

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB180026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 25. September 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ SA,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_,**

2. **C.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Verbot der Datenweitergabe**

**Berufung gegen ein Urteil der 1. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom  
25. April 2018; Proz. CG160065**

**Rechtsbegehren:**

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagten **zu verbieten**, im Rahmen des "Program for Non-Prosecution Agreements or NonTarget Letters for Swiss Banks" die Namen der Kläger an das US Department of Justice zu übermitteln.
2. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Verbot sei der Beklagten und ihren Organen eine Ordnungsbusse von je CHF 5'000 sowie den Organen der Beklagten zusätzlich die Bestrafung mit Busse bis CHF 10'000 nach Art. 292 StGB **anzudrohen**.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer-Zuschlag) zulasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 25. April 2018**

**(act. 44 = act. 43/2 = act. 36 S. 15:**

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) im Widerhandlungsfall verboten, im Rahmen des "Program for Non-Prosecution Agreements or Non Target Letters for Swiss Banks" die Namen der Kläger dem US Department of Justice (DoJ) zu übermitteln.

Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) lautet wie folgt:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."

2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 12'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt, jedoch im Umfang von CHF 9'000.– aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss bezogen, unter Einräumung des Rückgriffsrechts auf die Beklagte.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von CHF 14'000.– zuzüglich 8% MwSt. sowie CHF 600.– Weisungskosten zu bezahlen.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 41 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. April 2018, Geschäfts-Nr. CG160065-L, sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Eventualiter ist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Kläger und Berufungsbeklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Kläger sind Rechtsanwälte und Partner bei der D. \_\_\_\_\_ AG in Zürich. Sie waren Zeichnungsberechtigte bzw. Bevollmächtigte eines von 1983 bis 2012 bei der Beklagten bestehenden Kontos. Wirtschaftlich Berechtigter des Kontos war ein US-Staatsbürger. Der maximale Kontosaldo betrug rund USD 1.3 Mio. (act. 2 S. 5; act. 24 S. 25 f.; act. 44 S. 3 unten).

Die Beklagte ist eine Bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft. Sie nimmt am "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-target Letters for Swiss Banks" (nachfolgend US-Programm) zur Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA als Kategorie-2-Bank teil. Es handelt sich dabei um Banken, gegen welche die US-Behörden keine Strafuntersuchung führen, die aber Grund zur Annahme haben, gegen die US-Gesetzgebung verstossen zu haben, und ein sogenanntes Non-Prosecution-Agreement (NPA) anstreben. Im

Rahmen der Bereinigung des Steuerstreits mit den USA stellte die Beklagte in Aussicht, dem US Department of Justice (DoJ) zur Erfüllung des NPA sogenannte "II.D.2.-Listen" zu übermitteln, welche unter anderem auch Namen und Funktionen der Kläger enthalten, sofern diese nicht innert Frist dagegen Einspruch erheben (act. 3/4). Die Kläger haben Einspruch erhoben und wehren sich gegen die Übermittlung der Daten.

Für die weitere Sachverhaltsdarstellung kann im Übrigen auf die Ausführungen des Bezirksgerichts verwiesen werden (act. 44 S. 4 f.).

2. Am 8. Juli 2016 stellten die Kläger beim zuständigen Friedensrichteramt ein Schlichtungsgesuch. Nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens erhoben sie mit Eingabe vom 8. Juli 2016 unter Beilage der Klagebewilligung Klage bei der Vorinstanz und stellten das eingangs erwähnte Begehren. Das Verfahren wurde zunächst auf Ersuchen der Parteien wegen aussergerichtlicher Vergleichsgespräche bis 31. März 2017 sistiert (Prot. VI S. 3-5). Nachdem sich ergab, dass sich das Verfahren nicht aussergerichtlich erledigen liess (vgl. act. 21), wurde der doppelte Schriftenwechsel durchgeführt (act. 2, act. 24, act. 28, act. 31). Auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichteten die Parteien (act. 33, act. 35). Der vorinstanzliche Entscheid erging am 25. April 2018 und wurde der Beklagten am 15. Mai 2018 zugestellt (act. 38).

3. Mit Eingabe vom 8. Juni 2018 (Poststempel vom gleichen Tag) erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung (act. 41). Den ihr mit Verfügung vom 28. Juni 2018 auferlegten Prozesskostenvorschuss leistete sie rechtzeitig (act. 47). Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann in Anwendung von Art. 312 ZPO verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend unstrittig gegeben. Die Berufung ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz. Die Beklagte ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert. Die Vorinstanz hat sodann im angefochtenen Entscheid (act. 44 S. 3) ihre Zuständigkeit zu Recht bejaht, gegen ihren Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig. Auf die Berufung ist ohne weiteres einzutreten.

2. Die Klage stützt sich auf Art. 15 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) in Verbindung mit Art. 28 f. ZGB. Das Bezirksgericht kam in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG zum Schluss, dass kein überwiegendes öffentliches Interesse angenommen werden kann, zu dessen Wahrung die Übermittlung der Daten der Kläger an das DoJ unerlässlich wäre.

3. Die Beklagte macht als Berufungsgrund sowohl die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes wie auch eine unrichtige Rechtsanwendung geltend. Zusammengefasst wirft sie dem Bezirksgericht vor, sie habe den Begriff des öffentlichen Interesses nach Art. 6 DSG zu eng gefasst und damit falsch angewendet (act. 44 S. 12). Die strittige Datenübermittlung sei entgegen des Urteils der Vorinstanz rechtlich zulässig, insbesondere weil sie nach Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sei (act. 41 S. 19). Die Systemrelevanz im Sinne des Bankengesetzes sei nicht das allein relevante Kriterium für das Vorhandensein öffentlicher Interessen nach Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG. Es bestehe ein öffentliches Interesse an der Beilegung des Steuerstreites mit den USA und der Vermeidung einer weiteren Eskalation. Zudem gehe es um die Reputation der Schweiz als zuverlässiger Verhandlungspartner. Die öffentlichen Interessen seien vollständig zu prüfen und im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG gegenüber den privaten Interessen der Kläger zu berücksichtigen und sie als überwiegend festzustellen. Indem die Vorinstanz das nicht getan habe, habe sie die involvierten öffentlichen Interessen falsch festgestellt

und übermässig relativiert sowie die privaten Interessen der Kläger falsch gewichtet (act. 41 S. 19 unten).

Es ist nachstehend soweit erheblich auf die Einwände der Beklagten einzugehen.

4.1.1. Es ist im Verfahren unbestritten, dass die Beklagte zur Erfüllung des NPA die Namen der Kläger aufgrund von deren Funktion und Berechtigung hinsichtlich des streitgegenständlichen Kontos in die II.D.2-Liste aufzunehmen hat. Die grenzüberschreitende Bekanntgabe dieser Daten ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 DSG indes grundsätzlich verboten, wenn sie die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährden würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet.

Das Bezirksgericht hat unter Hinweis auf höchstrichterliche Rechtsprechung (BGer 4A\_83/2016, Urteil vom 22. September 2016) und einen Entscheid des Obergerichts (I. Zivilkammer) vom 8. Februar 2016 (Prozess Nr. LB150082) eine schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit des Klägers bereits gestützt darauf bejaht, dass im Zielland, den USA, kein genügender Datenschutz besteht. Das Bezirksgericht führte überdies aus, dass im "Joint Statement" des DoJ und des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 29. August 2013 festgehalten werde, die USA dürften die gelieferten Daten für sämtliche nach US-Recht zulässigen Zwecke verwenden (act. 44 S. 9 oben).

Das Obergericht, I. Zivilkammer, stellte im Urteil vom 8. Februar 2016 fest, dass die schweizerischen Gerichte davon ausgingen, dass Bankangestellte durch die Datenlieferung gemäss dem US-Programm in die USA einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt sein könnten und dass die damit verbundene Unsicherheit bei Reisen in die USA und in andere Staaten die Bewegungsfreiheit einschränke (OGer ZH, LB150052, Urteil vom 8. Februar 2016, E. 4.3.1 und 2 unter Bezugnahme auf einen Entscheid des Handelsgerichts Zürich vom 16. Dezember 2015, publiziert in ZR 114/2015 Nr. 22 S. 100, und einen Aufsatz REBER, Datenübermittlung an die US-Behörden, in: Jusletter 7. September 2015 Ziff. III/1/b; siehe auch LB160032, Urteil vom 27. September 2016, II. ZK, Obergericht Kanton Zürich).

4.1.2. Die Beklagte stellt in der Berufung die Argumentation des Bezirksgerichts zu Recht nicht in Frage, dass es in den USA keinen angemessenen Datenschutz gibt (act. 44 S. 15 unten), womit die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG bereits erfüllt sind. Die streitgegenständliche Datenlieferung ist grundsätzlich verboten.

Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang beanstandet, das Bezirksgericht sei nicht darauf eingegangen, wie hoch konkret das Risiko einer Festhaltung der Kläger bei Auslandsreisen sei (act. 44 S. 14 f.), ist festzuhalten, dass dieses Risiko nicht messbar bzw. einem Beweis zugänglich ist. Die Erwägung, dass die von der Beklagten geplante Datenlieferung in die USA mit einer hohen Gefährdung der Persönlichkeit der Kläger verbunden wäre, ist eine Einschätzung, die gestützt auf bisherige Erfahrungen gewonnen wurde. Wie bereits das Bezirksgericht festhielt, entspricht es notorischem wirtschaftspolitischem Wissen, dass die amerikanischen Behörden an Bankkundendaten gelangen wollen und jede Person anhalten und befragen, die möglicherweise Auskunft hinsichtlich unversteuerter Vermögenswerte von amerikanischen Staatsbürgern geben kann (act. 44 S. 11). Die Beklagte selbst hält fest (allerdings in einem anderen Zusammenhang), dass es vorliegend um ein für das US DoJ relativ interessantes Konto gehe, weil dieses substantielle Vermögenswerte im Wert von bis zu rund USD 1,4 Millionen enthalte und der Beklagten keine Hinweise auf dessen Steuerkonformität vorliegen würden (act. 41 S. 18 unten f.). Damit kann selbst die Beklagte im Ergebnis nicht ausschliessen, dass sich die US-Behörden für die Kläger interessieren. Die Beklagte führt somit nichts aus, was zum Schluss führen müsste, dass die grundsätzlichen Erwägungen in den vorerwähnten Entscheiden des Bundesgerichts, des Obergerichts und des Handelsgerichts des Kantons Zürich im vorliegenden Fall keine Anwendung finden können.

Es ist mit dem Bezirksgericht festzuhalten, dass die von der Beklagten geplante Datenlieferung die Persönlichkeit der Kläger im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gefährden würde und deshalb grundsätzlich verboten ist.

4.2.1. Die Beklagte stellt im Berufungsverfahren nicht mehr in Abrede, dass sie nicht zu den systemrelevanten Banken gehört, weshalb auch nicht angenommen

werden kann, ihr Ausfallen würde die Schweizer Volkswirtschaft und das Schweizer Finanzsystem erheblich schädigen (so die Ausführungen des Bezirksgerichtes in act. 44 S. 10 unten f.; act. 41 S. 12 f.). Sie will aber im Rahmen der Gesamtwürdigung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG das öffentliche Interessen weiter verstanden wissen und beanstandet damit die unrichtige Anwendung von Art. 6 Abs. 2 DSG durch das Bezirksgericht. Die Beklagte macht geltend, es bestünden unabhängig davon, ob sie eine sogenannte systemrelevante Bank sei oder nicht, gewichtige öffentliche Interessen an der geplanten Datenlieferung.

Die Risiken für die öffentlichen Interessen der Schweiz seien bei Ausbleiben der Datenlieferung nuancierter zu betrachten als die Vorinstanz dies getan habe (act. 41 S. 16). Die Datenbekanntgabe sei aufgrund der bereits genannten überwiegend öffentlichen Interessen gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG gerechtfertigt bzw. zur Wahrung derselben unerlässlich (act. 41 S. 14 oben). Das US-Programm sei in der Zwischenzeit hinsichtlich der Kategorie 2 weitgehend umgesetzt worden. Dennoch sei ohne die streitgegenständlich Datenlieferung weiterhin davon auszugehen, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen und bedroht werde (act. 14 S. 16). Dass die fehlende Lieferung der Daten der Kläger nicht zu einer erneuten Eskalation des Steuerstreits mit den USA führen werde, welche insgesamt den Schweizer Bankenplatz bedrohe, sei reine Spekulation der Vorinstanz und der Kläger (act. 41 S. 17 unten). Es sei vielmehr so, dass nicht antizipiert werden könne, wie das US DoJ auf eine Verweigerung der Datenlieferung reagieren werde. Für den Schweizer Finanzplatz bestehe aktuell das erhebliche Risiko, dass das US DoJ auf die Vielzahl der die Übermittlung verbietenden Gerichtsentscheide zum Nachteil der Banken reagiere und den Steuerstreit wieder aufflackern lasse (act. 41 S. 18). Das Risiko steige mit jedem ablehnenden Entscheidung, insbesondere wenn es wie vorliegend um ein für das US DoJ relativ interessantes Konto gehe, da dieses substantielle Vermögenswerte im Betrag von bis zu rund USD 1,4 Millionen enthalten habe, und der Beklagten keine Hinweise auf dessen Steuerkonformität vorliegen würden (act. 41 S. 19 oben).

4.2.2.1. Die Datenlieferung ist *im Einzelfall* dann nicht verboten, wenn sie für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses [...] *unerlässlich* ist (Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO). In Nachachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann im Zusammenhang mit der Unerlässlichkeit immer nur der konkrete Einzelfall beurteilt werden (BGer 4A\_83/2016, Urteil vom 22. September 2016, E.3.3.4.). Im Zentrum der Argumentation steht im Bereich des Datenschutzgesetzes immer die Persönlichkeit des Betroffenen. Es ist fallbezogen eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, inwiefern gerade die strittige Datenlieferung unerlässlich ist zur Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA und damit der Vermeidung der Bedrohung des schweizerischen Bankenplatzes. Die Beklagte führt (lediglich) aus, das US DoJ könne ihr und auch weiteren Schweizer Banken weniger schwere, aber immer noch erhebliche Schwierigkeiten bereiten, etwa durch extensive und ausufernde Informationsanfragen, was hohe Kosten, Gerichtsverfahren und Reputationsverlust zur Folge haben könne (act. 41 S. 17). Die Argumentationslinie der Beklagten bleibt auch im Berufungsverfahren zu vage, als dass eine Kausalität zwischen einem gerichtlichen Verbot der Bekanntgabe der streitgegenständlichen Daten und einer erneuten Eskalation hergestellt werden könnte.

4.2.2.2. Den von der Beklagten ins Feld geführten quantitativen Überlegungen, wonach eine flächendeckende Verweigerung der Bekanntgabe der Personendaten zu erneuten Problemen der Banken in und mit den USA führen könnten (act. 41 S. 16 ff.), ist entgegenzuhalten, dass eine erneute Eskalation von der Stufe einer Systemkrise einer Lösung auf staatspolitischer Ebene bedürfen würde. Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) und das U.S. Departement of Justice (DoJ) legten im "Joint Statement" vom 29. August 2013 den Rahmen für die Zusammenarbeit der vom Steuerstreit betroffenen Schweizer Banken mit den US-Behörden fest (act. 4/10; vgl. hierzu auch die Ausführungen des Bezirksgericht in s act. 44 S. 4). Es wäre gegebenenfalls an der Legislative bzw. Exekutive, neue oder weitergehende Datenlieferungen mittels Gesetzen oder etwa neuen "Joint Statement" datenschutzrechtlich abzusichern.

Die Gerichte haben das geltende (Datenschutz-)Recht anzuwenden (vgl. auch Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden vom 20. Juni 2014, act. 4/19, Ziffer 4). Das erwähnte "Joint Statement" vom 29. August 2013 hält in Ziffer 2 fest, dass "... the Swiss Federal Council will take all measures within existing legal framework to put Swiss banks in a position to cooperate with the Department of Justice" (act. 4/10). Das zur Anwendung gelangende Datenschutzgesetz verlangt, wie dargelegt, eine Einzelfallbetrachtung. In diesem Sinne kann das Argument der Beklagten nicht überzeugen, wonach der Bundesrat dem US DoJ mit dem Joint Statement zugesichert habe, dass das schweizerische Recht eine "effektive Teilnahme der Schweizer Banken" erlaube, womit der Beklagte meint, jede Datenlieferung sei gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG unerlässlich (act. 41 S. 12 unten f.), was nicht zutrifft. Die Darstellung des Bezirksgerichts blieb denn auch unbestritten, wonach nicht auf Äusserungen von Bundesbehörden (Parlament, Bundesrat) oder der FINMA, welche die Wichtigkeit einer Bereinigung des Steuerstreits der Banken mit den USA hervorstreichen, abgestellt werden könne, weil diese Äusserungen keine bindende Wirkung für das Gericht und auch nicht auf einer eingehenden Auseinandersetzungen mit dem nun vorliegenden US-Programm, dem inzwischen abgeschlossenen NPA oder dem Datenschutzrecht gründen würden (E. 3.3., act. 44 S. 9 unten, S. 10 oben).

4.3.1. Die Beklagte macht weiter geltend, dass unabhängig vom Kriterium der Systemrelevanz ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe. Sie spricht davon, dass das US DoJ eine Anklage gegen sie in den USA erheben könnte, was die Beklagte insbesondere von allen Finanztransaktionen in Dollar Währung ausschliessen würde (act. 41 S. 3 unten, S. 13). Die Existenz der Beklagten und die damit direkt oder indirekt verbundenen Arbeitsplätze, und darüber hinaus, das Abwenden weiterer Strafverfahren gegen die Banken generell, die Beilegung des Steuerstreits und die Aufrechterhaltung des internationalen Ansehens der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin würden im Gesamtinteresse der Schweiz bestehen. Das Bezirksgericht habe diese involvierten Interessen übermässig relativiert und damit die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG zu Unrecht verneint (act. 41 S. 14).

Die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Nachteilsgefahr für die Kläger bei der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG das private Interesse der Kläger falsch gewichtet (act. 41 S. 14). Es handle sich um eine einzige Konto-Verbindung, bezüglich welcher II.D.2-Informationen übermittelt werden sollten. In der Annahme, dass sich die Kläger in Bezug auf ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit dem relevanten Konto keines Fehlverhaltens schuldig gemacht haben, sei das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung der Kläger in den USA insgesamt als sehr gering einzuschätzen (act. 41 S. 14 unten f.). Die Vorinstanz gehe nicht darauf ein, wie hoch konkret das Risiko einer Festhaltung der Kläger bei Auslandsreisen zwecks Befragung aufgrund deren Verbindung mit dem streitgegenständlichen Konto sei (act. 41 S. 15).

4.3.2.1. Es kann höchstens ein überwiegendes *öffentliches* Interesse als Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG für die Datenlieferung in Frage kommen. Die Frage, ob ein öffentliches Interesse vorliegt, ist dabei einzig aus Schweizer Sicht zu prüfen (OGer LB150052, Urteil vom 8. Februar 2016, E. 4.4.1 mit Hinweisen). Ein überwiegendes *privates* Interesse der Bank kann für sich allein somit nicht genügen. Das Bezirksgericht erwog zutreffend und sorgfältig, weshalb aus Sicht der Schweiz kein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegt, zu dessen Wahrung die Datenlieferung unerlässlich ist. Es kann auf diese Ausführungen verwiesen werden (act. 44 S. 9-14 oben). Die Beklagte zieht in der Berufung die Ausführungen des Bezirksgerichtes nicht substantiell in Zweifel. Die nachfolgenden Erwägungen sind daher mehr als Verdeutlichung denn als Ergänzung zu verstehen.

4.3.2.2. Das Bezirksgericht erklärte das Interesse der Kläger am Verbot der Datenlieferung zu Recht als gross, weil das Risiko einer Anhaltung, Verhaftung und Auslieferung von Personen bestehe, die eventuell über Informationen über unversuerte Gelder von US-amerikanischen Staatsbürgern verfügen (act. 44 S. 11, E. 3.5.1.). Es liegt in der Natur der Sache, dass nicht prozentmässig angegeben werden kann (act. 41 S. 15 unten), wie hoch ein Risiko der Anhaltung etc. ist. Risiko heisst, mögliche negative Konsequenzen zu vergegenwärtigen, die von letztlich nicht zu beeinflussenden Faktoren abhängig sind (siehe bereits die Erwägung-

gen weiter oben unter Ziffer II./ 4.1.2). Die negativen Auswirkungen auf Personen, die das DoJ im Einflussbereich von Steuerhinterziehern sieht, sind unbestreitbar und existent, auch wenn sie sich nicht in jedem Fall realisieren müssen. Die Tatsache, dass bei einer objektiven Betrachtung den Klägern auf Auslandsreisen bei einer Übermittlung der Daten eine Anhaltung droht, genügt, wie gezeigt, für die Bejahung des privaten Interesses der Kläger am Verbot der Datenlieferung.

4.3.2.3. Entgegen der Beklagten fasste das Bezirksgericht bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses die allfälligen öffentlichen Interessen weit, und es schränkte in seinen Erwägungen das öffentliche Interesse nicht allein auf das Kriterium der Systemrelevanz ein (act. 44 S. 11 E. 3.5. ff.). Das Bezirksgericht kam bei der Prüfung zum Schluss, dass das öffentliche Interesse der Schweiz bei einer Verweigerung der Datenherausgabe, wenn überhaupt nur sehr beschränkt tangiert sei (act. 44 S. 11 E. 3.5.2. ff.). Was die Beklagte als solche betrifft, beanstandet die Beklagte in der Berufung die Erwägungen des Bezirksgerichtes nicht, wonach die Folgen eines Konkurses der Beklagten hinsichtlich verloren gegangener Arbeitsplätze nicht grösser seien als bei jedem vergleichbar grossen Unternehmen (act. 44 S. 12 oben). Es ist daher der Schluss des Bezirksgerichtes nicht zu beanstanden, wonach unter diesem Aspekt keine überwiegende öffentliche Interessen der Beklagten an der Datenlieferung bestünden.

4.3.2.4. Ob es bei einer Nichtlieferung der Daten der Kläger aufgrund eines gerichtlichen Verbots an die Beklagte tatsächlich zu einer Strafanklage gegen sie und als letzte Konsequenz davon zu einem Untergang der Beklagten kommen würde, ist gemäss Bezirksgericht offen (act. 44 S. 12, E. 3.5.2.2.), gemäss Beklagte möglich bzw. offen (act. 41 S. 17, Rz 65); als wahrscheinlich sieht die Beklagte weniger schwere, aber erhebliche Schwierigkeiten wie ausufernde Informationsanfragen durch das DoJ (act. 41 S. 17 oben), welche die Beklagte in ihrer Existenz bedrohen könnte.

Das Bezirksgericht prüfte für die Variante, dass man das öffentliche Interesse am Erhalt der Beklagten grundsätzlich höher gewichten wollte als das Interesse der Kläger am Verbot der Datenherausgabe, wie wahrscheinlich eine Anklageerhebung und im Zuge davon ein Untergang der Beklagten wäre, wenn sie die Daten

der Kläger nicht liefern könnte (act. 44 S. 12 f.). Das Bezirksgericht erwog, dass die Beklagte den Schutz eines NPA zwar nur bei der Erfüllung der Pflichten gemäss NPA geniesse, insbesondere auch der Pflicht zur vollständigen Datenübermittlung. Im NPA sei diesbezüglich festgehalten, dass die Beklagte der Strafverfolgung unterliege, wenn die Steuerabteilung des DoJ nach eigenem Ermessen feststellte, dass die Beklagte oder einer ihrer Vertreter wesentlich falsche, unvollständige oder irreführende Aussagen oder Informationen gemacht bzw. gegeben haben oder anderweitig eine Bestimmung des NPA oder Bedingungen des US-Programms wesentlich verletzt haben (act. 44 S. 12). Es sei aber grundsätzlich davon auszugehen, dass die USA die Schweizer Rechtsordnung respektierten, und hierauf würde auch die jüngste Entwicklung hindeuten. Das Bezirksgericht begründete im Folgenden diese Einschätzung (act. 44 S. 12 unten f.). Die Beklagte setzt sich mit den konkreten und detaillierten Ausführungen des Bezirksgerichts nicht auseinander, wonach die USA die Entscheide der Schweizer Gerichte bislang akzeptiert hätten, welche den Klägern (Bankangestellten, Kundenberater, Treuhänder) Recht gaben, die sich gegen die Datenübermittlung gewehrt hatten. Auch blieb unbestritten, dass das DoJ aller Wahrscheinlichkeit nach Kenntnis der verschiedenen Urteile erhalten hat, die einzelnen Banken Datenlieferungen verboten haben, die Behörde (DoJ) aber trotzdem in steigender Kadenz seit Ende März 2015 mit sämtlichen Banken der Kategorie 2 ein NPA abgeschlossen hatte. Es wäre an der Beklagten als Berufung führende Partei gewesen, sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheids im Einzelnen auseinanderzusetzen. Sie hat nicht konkret darlegt, inwiefern das Bezirksgericht den Sachverhalt unrichtig festgestellt hat, wonach all die Einigungen mit den Banken erzielt wurden, obwohl einzelne Gerichte die Datenherausgabe verboten haben und notorisch ist, dass noch etliche Prozesse betreffend Datenlieferung in der Schweiz pendent sind. Mit ihren Mutmassungen, ein erneutes Verbot der Datenlieferung bedeute potenzielle Zerschlagung der mit dem US DoJ getroffenen Abkommen, was auch den Widerruf des NPA zwischen der Beklagten und dem US DoJ vom 4. Januar 2016 zur Folge haben könnte, legt die Beklagte keinen aus ihrer Sicht korrekten und konkreten Sachverhalt dar, der zu einem abweichenden Ergebnis führen kann. Es zeigen vielmehr auch die jüngsten Meldungen aus

der Wirtschaft, dass trotz fehlender Daten weitere NPA abgeschlossen werden. Die USA akzeptieren die Entscheide der Schweizer Gerichte, die eine Übermittlung von Daten an die USA verbieten, und dies im Wissen, dass noch zahlreiche Prozesse in der Schweiz betreffend Datenlieferung pendent sind (vgl. bspw. NZZ v. 15. August 2018, S. 21, "Mitarbeiter klagen gegen Datenlieferung").

Das Obergericht schliesst sich der Schlussfolgerung des Bezirksgerichts an. Es ist nicht anzunehmen, das DoJ werde das NPA mit der Beklagten widerrufen, wenn die Daten nicht geliefert werden können, weil die Beklagte im hängigen Gerichtsverfahren trotz redlichen Bemühens unterlegen ist (act. 44 S. 13, E. 3.5.2.2. am Schluss). Wie bereits das Bezirksgericht festhielt, stellt die Nichtlieferung der die Kläger betreffenden Daten kaum eine "wesentliche" Verletzung des NPA bzw. des US-Programms (bzw. eine "wesentlich" unvollständige Lieferung) dar. Die Wahrscheinlichkeit einer Strafanklage nach Abschluss des NPA ist mit dem Bezirksgericht derart gering, dass auch bei höherer Gewichtung der Wichtigkeit der Beklagten für die Schweiz das öffentliche Interesse an der Datenlieferung das Interesse der Kläger an der Nichtlieferung nicht zu überwiegen vermöchte.

5. Zusammenfassend ergibt sich aus dem Gesagten, dass vorliegend ein überwiegendes öffentliches Interesse an der von der Beklagten geplanten Datenlieferung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG nicht angenommen werden kann, weshalb es beim Verbot der Datenlieferung bleibt. Als Folge davon ist der Unterlassungsanspruch ausgewiesen und es ist Antrag Ziff. 1 der Berufung abzuweisen. Den Eventualantrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung hat die Beklagte nicht begründet, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es für das erstinstanzliche Verfahren hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen beim vorinstanzlichen Entscheid und die Beklagte wird auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die Entscheidgebühr ist auf CHF 6'000.-- festzusetzen, der Beklagten aufzuerlegen und mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss zu verrechnen. Parteientschä-

digungen sind keine zuzusprechen, der Beklagten nicht weil sie unterliegt, den Klägern nicht, weil ihnen durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtige Aufwendungen entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (1. Abt.) vom 25. April 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger und Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 41, sowie an das Bezirksgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.  
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Seebacher

versandt am: