

Arbeitsgericht Zürich

4. Abteilung



Geschäfts-Nr.: AN150017-L/anonymisiert

Mitwirkend: Präsident lic. iur. E. Kaufmann als Vorsitzender, der Arbeitsrichter Dr. iur. T. Schweizer und die Arbeitsrichterin M. Capaul sowie der Gerichtsschreiber MLaw M. Schmid

Urteil vom 22. Januar 2016
(dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig)

in Sachen

A. A.,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.

gegen

B. BANK,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Z.

betreffend **Persönlichkeitsverletzung/Datenherausgabeverbot**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Es sei der Beklagten zu verbieten, persönliche Daten, insbesondere Name, Vorname, Wohnadresse, Geburtsdatum, Heimatort und dergleichen betreffend den Kläger an Dritte, insbesondere dem Department of Justice der USA direkt oder indirekt bekannt zu geben oder zugänglich zu machen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MwSt.) zulasten der Beklagten.

Im Rahmen der Replik erweitertes Rechtsbegehren:

(act. 22 S. 1)

1. Es sei der Beklagten zu verbieten, persönliche Daten, insbesondere Name, Vorname, Wohnadresse, Geburtsdatum, Heimatort und dergleichen betreffend den Kläger an Dritte, insbesondere dem Department of Justice der USA direkt oder indirekt bekannt zu geben oder zugänglich zu machen.
2. Sodann sei der Kläger für das Audienzverfahren zulasten der Beklagten angemessen zu entschädigen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) und die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die von ihm vorgeschossenen Audienzkosten von CHF 5'000 zu erstatten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MwSt.) zulasten der Beklagten.

Inhaltsverzeichnis

1. Hintergrund, Sachverhalt und Prozessgeschichte	3
1.1. Hintergrund	3
1.2. Die Parteien	3
1.3. Was ist bisher passiert?	4
1.4. Prozessgeschichte	5
2. Sachliche Zuständigkeit	6
3. Das US-Programm	7
3.1. Inhalt	7
3.2. Der Kläger fällt unter das US-Programm	8
4. Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 und Art. 328b OR)	8
4.1. Standpunkte der Parteien	8
4.2. Beurteilung	9
5. Datenschutzgesetz	12
5.1. Allgemeines	12
5.2. Standpunkte der Parteien	14
5.2.1. Kläger	14
5.2.2. Beklagte	16

5.3. Überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenübermittlung?	18
5.3.1. Grundsätzliches	18
5.3.2. Konkrete Interessenabwägung	19
6. Zwischenfazit: Verbot der Datenübermittlung	24
7. Umfang des Verbots	24
8. Kosten- und Entschädigungsfolgen	24
8.1. Verfahren vor dem Arbeitsgericht.....	24
8.2. Verfahren vor dem Einzelgericht Audienz.....	25

Erwägungen:

1. Hintergrund, Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Hintergrund

Hintergrund des Verfahrens ist der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA. Die in diesem Zusammenhang erfolgten Geschehnisse und insbesondere das vom U.S. Department of Justice (nachfolgend: DoJ) am 29. August 2013 veröffentlichte Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks (nachfolgend: US-Programm) und das Joint Statement zwischen dem DoJ und dem Eidgenössischen Finanzdepartement (nachfolgend: EFD) vom gleichen Tag [act.18/6] sowie die vom Bundesrat erlassene Musterverfügung (Bewilligung nach Art. 271 StGB) sind allgemein bekannt und zwischen den Parteien unbestritten (eine ausgesprochen ausführliche Schilderung des Hintergrunds und der Geschichte des Steuerstreites enthält das Urteil des Tribunal de Première Instance Genf vom 28. Mai 2015, C/1271/2013-7; vgl. auch Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Geschäfts-Nr. CG140026-F vom 9. Juli 2015; ADRIAN PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, AJP 2015, S. 1360 ff.; vgl. auch die stichwortartige Chronologie im Artikel der Handelszeitung vom 25. November 2015, act. 27/36). Auf Einzelheiten, insbesondere hinsichtlich des US-Programms, wird soweit relevant zurückzukommen sein.

1.2. Die Parteien

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft des schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich. Sie betreibt das Bankgeschäft und bietet umfassende Finanzdienstleis-

tungen an. Sie konzentriert sich vorab auf Privatkunden. Die Beklagte ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der C. Bank in [...] und Teil der D. Gruppe (act. 16 S. 7 Rz. 17 und 18; Prot. S. 11).

Der Kläger stand vom 19. Februar 2007 bis zum 30. April 2009 in den Diensten der Beklagten. Als Senior Relationship Manager im Range eines Vizedirektors war er zuständig für Kunden der Regionen Iberia/Latin America. Per 1. April 2008 beförderte die Beklagte den Kläger zum Leiter des Teams Iberia/Latin America. Dem Kläger waren zwei andere Senior Relationship Manager unterstellt (act. 1 S. 3 Rz. 1 und Rz. 2; act. 16 S. 7 f. Rz. 20 ff.).

Nach Darstellung der Beklagten besteht ein massgeblicher Bezug des Klägers im Sinne des US-Programms zu sechs Kundenbeziehungen (act. 16 S. 15 ff.). Der Kläger spricht davon, dass er drei Beziehungen betreut habe (act. 22 S. 16 Rz. 78).

1.3. Was ist bisher passiert?

Die Beklagte beantragte dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) am 13. Februar 2014, es sei ihr die Teilnahme am US-Programm zu ermöglichen und ihr zu erlauben, im erforderlichen Umfang mit den US-Behörden zusammenzuarbeiten. Mit Verfügung vom 28. Februar 2014 erlaubte das EFD der Beklagten die Kooperation mit US-Behörden im Sinne des US-Programms (act. 18/10). Mit Entscheid vom 18. Dezember 2014 erstreckte das EFD die Bewilligung vom 28. Februar 2014 zur Teilnahme der Beklagten am US-Programm bis zum 31. Dezember 2015 (act. 18/11).

Mit Schreiben vom 23. Juni 2014 orientierte die Beklagte den Kläger über die Absicht, dessen Personendaten an US-Behörden zu übermitteln, und liess ihn wissen, dass er der Datenübermittlung bis zum 15. Juli 2014 widersprechen könne. Der Kläger wurde darauf hingewiesen, dass ihm ein Einsichtsrecht zustehe. Er könne die fraglichen Daten beim "Coordination Officer" der Beklagten einsehen (act. 18/12). Der Kläger teilte der Beklagten mit Schreiben vom 1. Juli 2014 mit, er sei mit der Datenübermittlung nicht einverstanden (act. 18/29 "Beilage 2"). Am

11. Juli 2014 beantragte der Kläger beim Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich den Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 18/29). Mit Verfügung vom 14. Juli 2014 trat das Einzelgericht Audienz auf das klägerische Gesuch nicht ein (act. 18/30). Mit Schreiben vom 6. August 2014 informierte die Beklagte den Kläger darüber, dass sie beabsichtige, seine persönlichen Daten dem DoJ ohne sein explizites Einverständnis offenzulegen. Zudem informierte die Beklagte den Kläger, dass er gemäss Art. 15 Datenschutzgesetz die Möglichkeit habe, rechtliche Schritte einzuleiten (act. 18/31). Am 12. August 2014 stellte der Kläger beim Einzelrichter Audienz das Begehren, es sei mittels vorsorglicher Massnahme die Datenübermittlung zu verbieten. Mit Urteil vom 12. Januar 2015 verbot das Einzelgericht Audienz die Datenherausgabe im Sinne einer vorsorglichen Massnahme (act. 5/3).

Am [...] 2015 hat die Beklagte mit dem DoJ ein Non-Prosecution Agreement abgeschlossen (act. 27/42).

1.4. Prozessgeschichte

Am 28. November 2014 stellte der Kläger das Schlichtungsbegehren. Die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Kreise 7 + 8 datiert vom 3. Februar 2015 (act. 3). Mit Klageschrift vom 26. Februar 2015, hier eingegangen am 2. März 2015, erhob der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich die vorliegende Klage (act. 1).

Mit Beschluss vom 23. März 2015 setzte das Arbeitsgericht dem Kläger eine Frist zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 4'000.– an (act. 6). Dieser Betrag ging innert Frist am 8. April 2015 ein (act. 9). Innert zweimal erstreckter Frist erstattete die Beklagte am 15. Juni 2015 die Klageantwort (act. 16). Am 30. Juli 2015 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 1. Dezember 2015 vorgeladen (act. 20). Anlässlich dieser Hauptverhandlung erstatteten die Parteien je einen mündlichen Parteivortrag. Auf weitere Parteivorträge verzichteten die Parteien (Prot. S. 5 ff.).

Der Prozess ist spruchreif.

2. Sachliche Zuständigkeit

Die Beklagte bestreitet zunächst die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts. Das Arbeitsverhältnis sei seit über sechs Jahren beendet. Der Kläger könne sich heute nicht mehr auf den arbeitsvertraglichen Schutz seiner Persönlichkeit berufen. Ein irgendwie gearteter Kausalzusammenhang reiche nicht aus (act. 16 S. 5 Rz. 4).

Dem widerspricht der Kläger. Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts sei offensichtlich. Das (beendete) Arbeitsverhältnis bilde den Anlass für die von der Beklagten in Aussicht genommene Datenlieferung. Ohne Arbeitsverhältnis hätte es keinen Grund für die Datenerhebung gegeben (act. 22 S. 4 Rz. 14).

Die sachliche Zuständigkeit ist Bestandteil der Prozessvoraussetzungen, welche vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 59 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 60 ZPO). Das Arbeitsgericht entscheidet erstinstanzlich Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden (§ 20 Abs. 1 lit. a GOG). Art. 34 Abs. 1 ZPO umfasst alle Streitigkeiten über Ansprüche, die ihre Rechtsgrundlage in einem Einzelarbeitsvertrag haben. Der Begriff der arbeitsrechtlichen Klage ist weit auszulegen, so ist einzig die Anspruchsgrundlage für die Qualifikation einer arbeitsrechtlichen Klage massgebend (FELLER/BLOCH, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 9 zu Art. 34).

Art. 328b OR bestimmt, dass der Arbeitgeber die Daten über seine Angestellten nur bearbeiten darf, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Art. 328b OR ist auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses anwendbar, denn solange die Herkunft der verarbeiteten bzw. der herauszugebenden Daten auf das Arbeitsverhältnis zurückgeht, handelt es sich um eine Datenbearbeitung über den Arbeitnehmer (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 4 zu Art. 328b OR, mit Hinweisen).

Bei den Daten, welche die Beklagte herauszugeben beabsichtigt, handelt es sich um solche, welche während des Arbeitsverhältnisses erhoben wurden. Diese Daten, Name und Funktion des Klägers, hängen unmittelbar mit der Ausübung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers während des Arbeitsverhältnisses zusammen. Die Beklagte selber beruft sich darauf, sie müsse die Daten gemäss US-Programm herausgeben, weil der Kläger als Relationship Manager Kundenbeziehungen betreut habe (act. 16 S. 15 ff.).

Der von der Beklagten in der Klageantwort zitierte Fall, den die Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève am 4. Oktober 2005 zu beurteilen hatte, war anders gelagert und mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Dort ging es darum, dass die Arbeitgeberin drei Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Urteil in einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung der Presse zu spielte, die darüber unter Namensnennung berichtete. In diesem Fall konnte sich der Arbeitnehmer nach Ansicht des Gerichts nicht mehr auf die Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR berufen (JAR 2006 S. 460).

Im vorliegenden Fall ist der Streit untrennbar mit dem ehemaligen Arbeitsverhältnis verbunden. Ohne Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien würde die Lieferung der fraglichen Daten in die USA nicht zur Debatte stehen. Es ist daher ohne Weiteres von einem arbeitsrechtlichen Streit auszugehen. Die sachliche Zuständigkeit ist zu bejahen.

3. Das US-Programm

3.1. Inhalt

Das US-Programm verlangt die Bekanntgabe der Daten von sämtlichen Personen, die mit Konten zu tun hatten, welche zwischen dem 1. August 2008 und dem 31. Dezember 2014 wertmässig mehr als USD 50'000.– betrogen und deren wirtschaftlich Berechtigte entweder US-Bürger, in den USA wohnhaft oder amerikanische Unternehmen waren (act. 18/6, 2. Dokument, Punkt I. B.6-9). Dabei kann zwischen sogenannten "D1- und D2-Mitarbeitern" unterschieden werden: Als "D1-Mitarbeiter" können diejenigen Personen bezeichnet werden, die die grenzüber-

schreitenden Geschäfte für US-bezogene Konten während des geltend gemachten Zeitraums strukturierten, durchführten und überwachten (act. 18/6, Punkt II. D.1.b.). Zu den Personen der zweiten Kategorie ("D2") zählen alle Relationship Manager, Kundenberater, Vermögensverwalter, Finanzberater, Treuhänder, Bevollmächtigte, Buchhalter oder andere natürliche oder juristische Personen in ähnlicher Funktion, die nach Informationen der Bank zu irgendeinem Zeitpunkt während des geltenden Zeitraums in Verbindung mit den betreffenden Konten standen (act. 18/6, Punkt II. D.2.b.v.).

3.2. Der Kläger fällt unter das US-Programm

Nach Ansicht der Beklagten besteht ein massgeblicher Bezug des Klägers im Sinne von Punkt II. D.2.b.v des US-Programms zu sechs Kundenbeziehungen (act. 16 S. 15 ff.). Vom Kläger selber wird das teilweise bestritten. Immerhin wird von ihm aber eingeräumt, dass er drei Kundenbeziehungen betreute (act. 22 S. 16 Rz. 78).

Damit gehört der Kläger zweifellos zur zweitgenannten Kategorie und damit zu den Personen, deren Name gemäss dem US-Programm eigentlich genannt werden müsste. Nicht massgebend ist die Zahl der betreuten Kundenbeziehungen. Es kann also offen bleiben, welche Kunden der Kläger genau betreut hat. Nicht massgebend ist es nach dem US-Programm auch, ob die Kunden ihre Vermögenswerte versteuert haben oder nicht. Und nicht relevant ist es nach dem Programm schliesslich auch, ob der Kläger irgendwelche Gesetze verletzt hat oder nicht.

4. Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 und Art. 328b OR)

4.1. Standpunkte der Parteien

Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Datenübertragung vertrage sich nicht mit der in Art. 328 OR genannten Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zu gewähren und insbesondere die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Zu den geschützten Bereichen gehörten der Geheimbereich und der Datenschutz. Es brauche besondere Rechtfertigungsgründe,

wolle der Arbeitgeber diese Schutzbereiche missachten. Es sei folglich eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen den Interessen des Arbeitnehmers am Schutz seiner Privatsphäre einerseits und dem Interesse des Arbeitgebers an der ungehinderten Datenübermittlung. Die Schutz- und Fürsorgepflicht der Beklagten gehe im vorliegenden Fall vor.

Das Arbeitsrecht gebiete dem Arbeitgeber in Art. 328b OR zudem, Daten über den Arbeitnehmer nur zu bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich seien. Die Datenlieferung in die USA habe weder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis noch sei sie zur Durchführung des Arbeitsvertrages, der längst beendet sei, erforderlich (act. 1 S. 10 f.).

Die Beklagte hält dem entgegen, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verliere die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers stark an Bedeutung. Das Interesse der Beklagten an der Datenherausgabe gehe den Anliegen des Klägers an der Wahrung seiner Privatsphäre in jeder Hinsicht vor. Es bestehe auch ein gewichtiges, überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenherausgabe. Damit falle die Interessenabwägung im Rahmen der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR zu Gunsten der Beklagten aus (act. 16 S. 33 f. Rz. 146 ff.).

Was Art. 328b OR anbelange, so zeige bereits der Wortlaut, dass die Bestimmung die Art der Daten, welche ein Arbeitgeber bearbeiten dürfe, definiere. Die weiteren Gesichtspunkte der Bearbeitung von Mitarbeiterdaten unterständen hingegen dem Datenschutzgesetz (DSG). Insofern verleihe das Arbeitsrecht dem Arbeitnehmer keinen weitergehenden Schutzanspruch (act. 16 S. 35 Rz. 158 ff.).

4.2. Beurteilung

Art. 328b OR bestimmt, dass der Arbeitgeber die Daten über seine Angestellten nur bearbeiten darf, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

Unumstritten ist in der Rechtsprechung und Lehre, dass generell nur Datenbearbeitungen zulässig sind, die in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz und

der zu leistenden Arbeit stehen. Ansonsten liegt zunächst einmal eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR). Klar ist auch, dass eine Übermittlung von Daten eine Datenbearbeitung ist (vgl. die Begriffserklärungen im Datenschutzgesetz: Art. 3 lit. e DSG: "Bearbeiten: jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten"; Art. 3 lit. f DSG: "Bekanntgeben: das Zugänglichmachen von Personendaten, wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen").

Kontrovers beurteilt wird jedoch die Frage, ob bereits aufgrund dieser Bestimmung eine Datenlieferung ausgeschlossen ist.

David Rosenthal hält dafür, dass Art. 328b OR keine Verbotsnorm sei. Satz 1 von Art. 328b OR sei ein Art. 4 DSG konkretisierender Bearbeitungsgrundsatz (ROSENTHAL in: ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, N 5 ff. zu Art. 328b OR mit weiteren Hinweisen). Auch eine Verletzung von Art. 328b OR unterliege der Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 13 Abs. 1 DSG. Die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Interessenabwägung sei im Übrigen im Rahmen von Art. 328 OR (Fürsorgepflicht) unbestritten. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, dass eine solche Interessenabwägung ausgerechnet im Rahmen von Art. 328b OR nicht zulässig sein solle, konkretisiere Art. 328b OR doch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Bereich der Datenbearbeitung (ROSENTHAL, a.a.O., N 12 f. zu Art. 328b OR).

Da die Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis den Bestimmungen des DSG wie jede andere Datenbearbeitung im privaten Bereich unterliege, könnten deliktische Ansprüche auch bei der ungerechtfertigten Verletzung anderer Bearbeitungsgrundsätze oder weiterer Bestimmungen des DSG entstehen. Art. 12 und Art. 15 DSG gälten selbstverständlich auch im Arbeitsverhältnis. Da mit dem Globalverweis auf das DSG auch Art. 13 DSG zur Anwendung komme, schlossen bei analoger Anwendung dieser DSG-Norm hinreichende Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG eine geltend gemachte Vertragsverletzung aus, soweit

sie auf einer Verletzung von Art. 328b OR Satz 1 oder sonst den Bestimmungen des DSG beruhen (ROSENTHAL, a.a.O., N 15 zu Art. 328b OR).

Demgegenüber weisen Streiff/von Kaenel/Rudolph darauf hin, dass Art. 328b OR einen weitreichenden, eigenen Regelungsgehalt habe. Er beschränke die zulässige Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis auf Fälle mit Arbeitsplatzbezug. Richtig betrachtet werde gar ein elementares Prinzip des Datenschutzgesetzes durchbrochen, indem Datenbearbeitungen nicht mehr grundsätzlich zulässig, sondern grundsätzlich unzulässig seien, es sei denn, sie seien durch den Bezug zur Eignung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages gerechtfertigt. Jede Bearbeitung von Daten des Arbeitnehmers, die keinen genügenden Arbeitsplatzbezug hätten, sei damit unzulässig. Sie sei also selbst dann nicht zulässig, wenn sie nach dem Datenschutzgesetz erlaubt wäre. Anders als im Bereich des Datenschutzgesetzes vermöge also auch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit nicht zu beseitigen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR, insbesondere unter Hinweis auf STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, N 1 zu Art. 328b OR; gleicher Meinung OFK-MICHEL PELLASCIO, Zürich 2009, Art. 328b N 2, und PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, 2009, Art. 328b OR).

Diese zweitgenannte Ansicht überzeugt. Der Wortlaut von Art. 328b OR ist klar und unmissverständlich. Es gibt gar nichts dazu auszulegen. Der erste Satz erlaubt die Datenbearbeitung nur, soweit die Daten über den Arbeitnehmer dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Jede andere Bearbeitung der Daten über den Arbeitnehmer ist damit verboten und rechtswidrig.

Dass sich der Gesetzgeber möglicherweise über die Tragweite dieser Norm nicht im Klaren war, ändert nichts daran, dass der Wortlaut eindeutig ist. Auch dass die Norm in gewissen Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, mag zutreffen. Weder das Eine noch das Andere rechtfertigt aber eine Auslegung am klaren und unmissverständlichen Wortlaut der Bestimmung vorbei.

Die Daten, welche die Beklagte vorliegend an die US-Behörden übermitteln will, betreffen weder die Eignung des Klägers für das Arbeitsverhältnis, noch sind sie zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich.

Damit ist die Datenübermittlung nicht rechtmässig, die Klage ist gutzuheissen.

Wie nachfolgend zu zeigen ist, gelangt man zum gleichen Ergebnis auch dann, wenn der Auffassung von Rosenthal gefolgt und geprüft wird, ob Rechtfertigungsgründe gemäss Datenschutzgesetz für die Übermittlung der fraglichen Daten gegeben sind.

5. Datenschutzgesetz

5.1. Allgemeines

Wer Personendaten bearbeitet, darf gemäss Art. 12 DSG die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Grundsätzlich dürfen Personendaten nach Art. 4 Abs. 3 DSG nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde oder der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Die Missachtung der Zweckbindung hat grundsätzlich eine Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Person zur Folge, welche dann widerrechtlich und deshalb unzulässig ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt (ROSENTHAL, a.a.O., N 2 f. und N 48 zu Art. 4 DSG).

Für die grenzüberschreitende Bekanntgabe bestimmt Art. 6 Abs. 1 DSG, dass Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Ist Letzteres der Fall, dann ist eine Datenbekanntgabe grundsätzlich rechtswidrig. Art. 6 Abs. 2 DSG enthält jedoch eine abschliessende Liste von Bedingungen, unter welchen die Bekanntgabe von persönlichen Daten ins Ausland erlaubt ist, auch wenn die Anforderungen von Abs. 1 nicht erfüllt sind (URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, in: URS MAURER-LAMBROU/GABOR P. BLECHTA (Hrsg), BSK-DSG, 3. Aufl., N 22c zu Art. 6). Die Rechtfertigungsgründe gemäss

Art. 6 Abs. 2 DSG sind gegenüber denjenigen von Art. 13 Abs. 1 DSG eingeschränkt, wobei insbesondere ein überwiegendes privates Interesse zwar eine Datenbekanntgabe nach Art. 12 DSG (Art. 13 Abs. 1 DSG), nicht jedoch eine solche nach Art. 6 Abs. 1 DSG (vgl. Art. 6 Abs. 2 DSG) zu rechtfertigen vermag (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 16 E. 3.1).

Die USA sind auf der Liste des EDÖB als Staat geführt, der grundsätzlich keinen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG bietet (vgl. die Staatenliste des EDÖB, abrufbar unter <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>, Staatenliste EDÖB, Stand: 3. Dezember 2015, zuletzt aufgerufen am 28. Dezember 2015). Zwar handelt es sich bei dieser Liste nicht um eine verbindliche Feststellung der Angemessenheit des Schutzniveaus einer ausländischen Gesetzgebung, doch stellt sie immerhin eine widerlegbare Vermutung auf, dass ein angemessener Schutz gegeben (oder eben nicht gegeben) ist (ROSENTHAL, a.a.O., N 30 zu Art. 6 DSG). Die US-Regierung ist denn auch nicht Teilnehmer des "Safe Harbor Privacy Frameworks", welches gemäss EDÖB einen genügenden Datenschutz geboten hätte. Ergänzend ist diesbezüglich anzufügen, dass der EuGH in einer Entscheidung vom 6. Oktober 2015 (Facebook) das Safe Harbor Abkommen zwischen Europa und den USA ohnehin für ungültig erklärt hat (<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/00970/01323/index.html?lang=de>, mit weiteren Links, zuletzt besucht am 28. Dezember 2015). Die Vereinigten Staaten von Amerika sind somit grundsätzlich als Land zu betrachten, in welchem es im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG an einer Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz von Personendaten gewährleistet, weshalb grundsätzlich Art. 6 DSG der allgemeinen Bestimmung von Art. 12 DSG als *lex specialis* vorgeht (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 16 f.).

Bezüglich des US-Programms sind sodann auch dem Joint Statement des EFD und des DoJ keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wie die USA den Datenschutz gewährleisten werden. Vielmehr behalten sich die USA explizit das Recht vor, die im Rahmen des US-Programmes zur Verfügung gestellten Personendaten zu allen gemäss ihrem Recht gestatteten Zwecken verwenden zu können. Damit ist nicht davon auszugehen, das US-Programm biete entgegen dem allgemeinen Da-

tenschutzstandard der USA ausnahmsweise einen angemessenen Schutz für die in dessen Rahmen übermittelten Personendaten (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 17.).

Nach dem Gesagten ist die Übermittlung der Mitarbeiterdaten an die US-Behörden durch die Banken grundsätzlich nach Art. 6 DSG zu beurteilen. Da der Kläger unbestrittenermassen in die Übermittlung der Daten nicht eingewilligt hat (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSG), kommt von den in Art. 6 Abs. 2 DSG abschliessend aufgeführten Rechtfertigungsgründen einzig derjenige des Vorliegens eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Datenbekanntgabe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG in Frage. Da das DoJ der Exekutive zuzurechnen und kein Gericht als solches ist, kommt der Rechtfertigungsgrund der Unerlässlichkeit der Bekanntgabe für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht gemäss derselben Bestimmung nicht in Betracht (ROHNER/FURRER, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, in: Der Schweizer Treuhänder, 8/2013, S. 515 ff, S. 520; ROSENTHAL, a.a.O., N 65 zu Art. 6 DSG).

5.2. Standpunkte der Parteien

5.2.1. Kläger

Der Kläger macht geltend, als selbständiger Vermögensverwalter auf eine ungehinderte weltweite Reisefreiheit zwingend angewiesen zu sein. Zudem stamme die Ehefrau des Klägers aus den USA, deren Familie lebe in [...], USA. Der Kläger, seine Ehefrau und seine Kinder seien somit auf eine ungehinderte Reisefreiheit auch privat angewiesen. Es gelte zu verhindern, dass er selbst oder seine Frau und seine Kinder beim Reisen in die USA Probleme kriegten oder das Risiko liefen, angehalten, befragt oder gar in Haft genommen zu werden. Der Kläger sei zurzeit mit der Ausdehnung seiner Geschäftstätigkeit in den USA befasst, ebenso nach Lateinamerika. Das freie Reisen in die USA sei für den Kläger daher eine absolute berufliche Notwendigkeit (act. 22 S. 5 f.). Der Kläger müsse das Risiko einer stets möglichen Strafklage nicht hinnehmen. Er liefere das Risiko, von US-Behörden über die Kunden und deren berufliche und finanzielle Verhältnisse be-

fragt zu werden. Dabei müsste der Kläger in Verletzung schweizerischen Rechts Auskünfte erteilen, um seine eigene Freiheit zu retten. Das sei eine unzumutbare Zwangslage. Zudem sei die DSG-widrige Meldung für sich selbst eine Persönlichkeitsverletzung, dazu brauche es nicht den Beweis einer Strafklage (act. 22 S. 31).

Der Kläger habe ausschliesslich versteuerte US-Vermögen betreut. Es handle sich dabei nicht um grosse Vermögen. Der Kläger sei also überhaupt kein Steuer-täter und vom Umfang der verwalteten Vermögen her ein kleiner Fisch. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips habe der Kläger daher Anspruch auf Schutz seiner Persönlichkeit und seiner Daten (act. 22 S. 44 Rz. 257).

Der Kläger stellt ein öffentliches Interesse an der Datenlieferung in Abrede. Bei der Beklagten handle es sich um eine Kleinbank. Bei über 270 Banken bleibe das wirtschaftliche Schicksal der Beklagten ohne Auswirkung auf den Bankenplatz. Es spiele volkswirtschaftlich keine Rolle, ob und in welcher Weise die Beklagte vom US-Verfahren betroffen sei (z.B. act. 22 S. 25 Rz. 136; z.B. auch act. 22 S. 28 f. Rz. 149 ff.).

Die US-Behörden hätten in ihrem Vorgehen jede Bank nach deren individuellem Schuldverhalten beurteilt und damit trotz angeblicher zeitlicher Dringlichkeit Gelegenheit gefunden, jedes Dossier einzeln zu prüfen und angemessen zu bewerten. Sie hätten jede Bank einzeln eingeschätzt und deren Verhalten individuell beurteilt und entsprechend die Busse festgelegt. Die Behörden hätten also nicht nur individuell entschieden, sondern auch das Prinzip der Verhältnismässigkeit gewahrt (act. 22 S. 26 Rz. 140 f.).

Inzwischen sei das Non-Prosecution Agreement abgeschlossen worden, obwohl das vorliegende Verfahren immer noch laufe. Die US-Justiz müsse damit rechnen, dass der Beklagten verboten werde, den klägerischen Namen zu liefern. Und dennoch habe man das NPA abschliessen können, was beweise, dass für die Beklagte der Name des Klägers nicht wesentlich für die künftige Lösung des Steuerstreites mit den USA sei (Prot. S. 6).

5.2.2. Beklagte

Die Beklagte macht geltend, ein überwiegendes privates Interesse an der Datenübermittlung zu haben (act. 16 S. 25 f.).

Sie stellt sich sodann auch auf den Standpunkt, die Datenübermittlung stehe im überwiegenden öffentlichen Interesse (act. 16 S. 26 ff.).

Die US-Behörden hätten unmissverständlich klar gemacht, dass das US-Programm nur dann als endgültige Lösung des Steuerstreites taugte, wenn es flächendeckend und ohne jede Ausnahme umgesetzt werde. Für den Fall, dass die Kooperationsbereitschaft der Schweizer Banken mangelhaft bleibe, hätten die US-Behörden gar drastische Wirtschaftssanktionen angedroht. Es bestehe die Befürchtung, dass schon ein einziger negativer Entscheid eines Schweizer Gerichts in Bezug auf Vorkehren und Pflichten der Schweizer Banken gemäss US-Programm - etwa im Zusammenhang mit der Herausgabe von Daten - dazu führen könne, dass die Umsetzung des US-Programms insgesamt scheitere (act. 16 S. 9).

Eine Strafverfolgung in den USA hätte für Schweizer Banken schwerwiegende Konsequenzen: Erstens bestehe die Gefahr, dass Schweizer Banken durch Strafuntersuchungen in den USA komplett von Transaktionen in US-Währung ausgeschlossen würden. Zweitens wäre damit zu rechnen, dass US-Behörden bei der Strafverfolgung weltweit auf Vermögenswerte von Schweizer Banken und/oder deren Mitarbeitenden und Organen zugreifen würden. Derartige Massnahmen beeinträchtigten eine Schweizer Bank in ihren Geschäftsaktivitäten schwerwiegend. Die Folgen wären kaum absehbar und könnten für sie durchaus existenzbedrohend sein. Davon gehe auch das EFD in seiner Verfügung vom 28. Februar 2014 aus. Als Schweizer Bank sei auch die Beklagte im Zusammenhang mit dem Steuerstreit potenziell einer Strafverfolgung in den USA ausgesetzt. Die Auswirkungen eines Strafverfahrens in den USA wären für die Beklagte fatal. Die Teilnahme am US-Programm und insbesondere der Abschluss eines NPA ermöglichten es einer Schweizer Bank demgegenüber, diese Gefahren zu vermeiden (act. 16 S. 10).

Der potenzielle Verlust eines Bankinstituts wäre für die Gesamtwirtschaft besonders gefährlich. Aufgrund von Verflechtungen und gegenseitigen Abhängigkeiten im Finanzsektor bestehe in dieser Branche ein ausserordentlich hohes Ansteckungsrisiko. Die Konsequenzen eines unkontrollierten Zusammenbruchs einer Bank wären kaum überschaubar. Die Risiken beständen dabei nicht nur im Falle eines Zusammenbruchs eines systemrelevanten Bankinstituts. Vielmehr könnten die negativen Auswirkungen auch dann eintreten, wenn ein kleinerer Marktteilnehmer betroffen sei. Die Existenz der Beklagten liege im öffentlichen Interesse der Schweiz (act. 25 S. 4 f. Rz. 9 ff.). Die Beklagte habe im Übrigen nicht 30, sondern 45 Mitarbeiter (Prot. S. 11 und 17).

Zur Ausräumung der genannten Risiken nehme auch die Beklagte am US-Programm teil. Sie habe sich dabei für die Kategorie 2 entschieden. Nach Ziff. II. lit. A des US-Programms bestehe für die Finanzinstitute der Kategorie 2 die Möglichkeit, mit den US-Behörden ein Non-Prosecution Agreement abzuschliessen. Bei Zustandekommen eines NPA entgehe das betreffende Bankinstitut der Strafverfolgung durch amerikanische Behörden. Der Abschluss eines NPA setze voraus, dass die Finanzinstitute umfassend und lückenlos mit den US-Behörden kooperierten (act. 16 S. 11). Schon geringfügige Lücken in den Unterlagen und Angaben, welche eine Schweizer Bank offenzulegen habe, verunmöglichten den Abschluss eines NPA (act. 16 S. 13 Rz. 46; auch S. 45 Rz. 211 und 213).

Mit dem Abschluss des NPA habe sich die Herausgabe der Personendaten des Klägers an das DoJ nicht erübrigt. Im Gegenteil. Schon bei den Verhandlungen der Beklagten mit dem DoJ habe sich gezeigt, dass den amerikanischen Behörden durchaus bewusst gewesen sei, dass die Beklagte noch nicht alle Personendaten herausgegeben hätten, die unter Ziffer II.D. US Programm fielen. Die Beklagte habe sich daher im NPA dazu verpflichten müssen, die Zusammenarbeit mit den amerikanischen Behörden im Sinne des US Programms fortzusetzen und insbesondere garantieren müssen, den dortigen Informationspflichten weiterhin nachzukommen (act. 25 S. 7 f. Rz. 23 f.). Die Verpflichtungen unter der Vereinbarung beständen generell für vier Jahre weiter. Das DoJ könne eine Strafverfolgung gegen die Beklagte im Zusammenhang mit dem Steuerstreit doch aufneh-

men, wenn die Beklagte Bestimmungen des NPA verletzen sollte. Dabei stelle jede Verletzung des US Programms gleichzeitig eine Verletzung des NPA dar (act. 25 S. 8 Rz. 25 und Rz. 27).

Der Kläger hätte durch die Datenbekanntgabe kein Nachteile zu befürchten. Es sei davon auszugehen, dass den US-Behörden im Rahmen des Programms mittlerweile viele Tausende von Personendaten herausgegeben worden seien. Trotz des weitreichenden Datenaustauschs sei bis anhin kein einziger Fall bekannt geworden, wo eine betroffene Person deswegen in irgendeiner Form von der US-Justiz belangt oder behelligt worden wäre. Die wenigen Fälle von Verhaftungen im Rahmen des Steuerstreits hätten ausserhalb des US-Programms stattgefunden und seien in Fällen geschehen, in welchen auch gegen das betreffende Bankinstitut Anklage erhoben worden sei. Überdies hätten die Verhaftungen Verantwortliche aus dem Topmanagement betroffen (act. 25 S. 10 f. Rz. 32 ff.). Der Kläger sei heute nicht bei einer Bank tätig oder angestellt, sondern selbständig tätig seit 2009 bei der E. GmbH in Zürich. Die Herausgabe seines Namens werde ihn auch nicht in seinem beruflichen Fortkommen behindern (act. 25 S. 11 f. Rz. 40).

Die Beklagte beteuert, die fraglichen Personendaten mit Blick auf die vorsorglichen Massnahmen und das vorliegende Verfahren den US-Behörden bis anhin nicht offengelegt zu haben (act. 16 S. 22).

5.3. Überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenübermittlung?

5.3.1. Grundsätzliches

Mit dem überwiegenden öffentlichen Interesse, ist das öffentliche Interesse aus Sicht der Schweiz gemeint. Ein überwiegendes öffentliches Interesse kann auch die Unterstützung von Anliegen eines ausländischen Staates sein, z.B. durch Zusammenarbeit mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen im Kampf gegen den Terrorismus oder die Geldwäscherei. Im überwiegenden Interesse der Schweiz kann es unter Umständen auch liegen, speziell wichtige Branchen der Wirtschaft vor Sanktionen durch andere Staaten zu schützen. Auch Fälle, in de-

nen die Verweigerung einer Datenbekanntgabe aufgrund von Art. 6 DSG das Ansehen der Schweiz im Ausland schädigen kann, vermögen grundsätzlich ein öffentliches Interesse zu begründen. Soweit auf Anliegen ausländischer Staaten zur Begründung eines öffentlichen Interesses abgestellt wird, muss dieses aus Schweizer Sicht berechtigt sein (ROSENTHAL, a.a.O., N 60 f. zu Art. 6 DSG). Ob ein öffentliches Interesse überwiegt, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt werden. Dem öffentlichen Interesse gegenübergestellt werden muss das Interesse der betroffenen Person, dass ihre Daten nicht in ein Land ohne angemessenen Datenschutz übermittelt werden (ROSENTHAL, a.a.O., N 62 zu Art. 6 DSG).

5.3.2. Konkrete Interessenabwägung

Zwei grundlegende Überlegungen sind im Sinne von Vorbemerkungen den übrigen Erwägungen voranzustellen:

Klarzustellen ist, dass vorliegend nicht die Frage im Vordergrund steht, ob ein öffentliches Interesse *an der Beilegung des Steuerstreits mit den USA* besteht (vgl. act. 16 S. 26) oder ob ein öffentliches Interesse *am Erhalt aller Bankinstitute* zu bejahen ist (vgl. act. 16 S. 27). Dass diesbezüglich ein öffentliches Interesse besteht, liegt auf der Hand. Es wird darauf zurückzukommen sein.

Die eigentlichen Kernfragen sind erstens, ob ein öffentliches Interesse *an der Bekanntgabe der Personendaten* besteht, und wenn ja zweitens, ob es die Interessen des Klägers *überwiegt* (vgl. act. 16 S. 29).

Nach dem oben Gesagten ist bei den nachfolgenden Überlegungen immer zu bedenken, dass die Übermittlung der persönlichen Daten des Klägers in die USA grundsätzlich auch nach Art. 6 DSG dessen Persönlichkeit verletzt und damit widerrechtlich ist, es sei denn, es werde ein überwiegendes öffentliches Interesse an dieser Übermittlung nachgewiesen. Diesen Nachweis hat letztlich die Beklagte zu erbringen. Umgekehrt ist es nicht der Kläger, der ein überwiegendes Interesse am Verbot einer Datenlieferung nachzuweisen hat, wie es die Beklagte teilweise zu fordern scheint (act. 16 S. 6 Rz. 14, S. 29 Rz. 124).

Die Wichtigkeit des Finanzplatzes Schweiz darf aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht unterschätzt werden. Eine Anklageerhebung des DoJ gegen ein sich in der Schweiz befindendes Bankinstitut hätte für dieses zweifelsohne verheerende Folgen und würde - unabhängig vom Ausgang des Verfahrens - mit ziemlich hoher Wahrscheinlichkeit mit dessen Untergang enden (vgl. BGE 137 II 431, E. 4.3.1.). Ein Beispiel dafür ist der Untergang der Bank Wegelin. Laut einer Analyse einer amerikanischen Anwaltskanzlei sollen von zehn in den letzten 30 Jahren angeklagten Instituten mit einer Ausnahme alle übernommen worden oder ganz vom Markt verschwunden sein (NZZ, 8. Juni 2013, Wenn die Klagekeule zuschlägt). Die Verhinderung des Untergangs einer Schweizer Bank - abgesehen von den ganz wenigen systemrelevanten Grossbanken - wäre angesichts der dargelegten Folgen für sich allein gesehen aber dennoch als "bloss" privates Interesse zu qualifizieren. Gesamtwirtschaftlich gesehen wären die negativen Folgen für die Schweizer Wirtschaft überschaubar. Allerdings können die kumulierten privaten Interessen mehrerer Banken auch öffentliche Interessen darstellen (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 21). Angesichts der Wichtigkeit des Finanzplatzes für die Schweizer Wirtschaft besteht ein öffentliches Interesse daran, einen reihenweisen Kollaps von Bankinstituten, mit entsprechend schwerwiegenden Folgen für die Schweizer Wirtschaft (z.B. Verlust von Arbeitsplätzen und Steuereinnahmen etc.), zu verhindern.

Wie eingangs erwähnt ist grundsätzlich auch ein öffentliches Interesse an der Beilegung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und der USA und somit an der Kooperation der Banken zu bejahen.

Aber nicht dies ist massgebend, sondern einzig, ob im hier konkret zu beurteilenden Fall auch ein öffentliches Interesse *an der Übermittlung* der Daten besteht. Bei der Prüfung dieser Frage ist zu bedenken, dass es sich bei der Beklagten um eine sehr kleine Bank handelt. Die von der Beklagten betonte Gefahr, dass die Beklagte bei einem Untergang auch andere Banken gleichsam mit in den Abgrund reissen würde, erscheint äusserst gering. Abgesehen davon, dass jeder einzelne Arbeitsplatzverlust bedauerlich ist, wäre der Untergang der Beklagten aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht von Bedeutung.

Entscheidend sind allerdings folgende Überlegungen: Die Gefahr, dass es im Rahmen des Steuerstreites mit den USA überhaupt zum Untergang der Beklagten kommen könnte, erscheint äusserst gering. Die noch in der Klageantwort von der Beklagten geäusserte Angst, der Abschluss eines NPA mit dem DoJ könnte scheitern, auch wenn nur einzelne Namen nicht geliefert würden, war unberechtigt. Gemäss den Angaben der Beklagten wurde der Name des Klägers nicht an das DoJ geliefert. Und dennoch hat dieses am [...] 2015 ein NPA abgeschlossen (act. 27/42). Dem DoJ ist zweifellos nicht entgangen, dass bereits vor diesem [Datum] zwei erstinstanzliche Urteile ergangen sind, die Banken Datenlieferungen verboten haben (Urteil des Tribunal de Première Instance Genf vom 28. Mai 2015, C/1271/2013-7, inzwischen von der zweiten Instanz bestätigt am 11. Dezember 2015: Arrêt de la Cour de Justice, Chambre civile, C/1271/2013; Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Geschäfts-Nr. CG140026-F vom 9. Juli 2015). Auch die Angst der Beklagten, ein einziges negatives Urteil in der Schweiz könnte dazu führen, dass die Umsetzung des US-Programms insgesamt scheitere, hat sich also als unbegründet erwiesen. Im Gegenteil: "Die Kadenz der Einigungen steigt", wie die NZZ am 28. November 2015 berichtete (act. 27/40). Mittlerweile haben sich 78 Schweizer Banken der Kategorie 2 mit dem DoJ geeinigt (NZZ online 09.01.2016, 08:00 Uhr). Das ist die überwiegende Mehrheit, haben sich doch laut Schätzungen rund 90 Banken in die Kategorie 2 eingereiht (act. 27/40). Erzielt worden sind all diese Einigungen, obwohl noch etliche Prozesse betreffend Datenlieferung in der Schweiz pendent sind (in der NZZ vom 17. Dezember 2015, S. 29, ist von über 1'000 Fällen die Rede), also noch viele Namen nicht geliefert worden sind, die gemäss US-Programm eigentlich hätten geliefert werden sollen.

Es trifft zwar zu, dass im NPA der Beklagten mit dem DoJ die Verpflichtung festgehalten ist, auch weiterhin zu kooperieren und Informationspflichten im Sinne des US-Programms nachzukommen (act. 25 S. 7 Rz. 23). Erwähnt sind im von der Beklagten zitierten zweitletzten Absatz auf Seite 3 des NPA allerdings lediglich die Informationen "... described in Part II.D.1 of the Swiss Bank Program ..." (act. 27/42). Der Kläger gehört indessen nicht zu diesen Personen, welche die grenzüberschreitenden Geschäfte für US-bezogene Konten während des geltend gemachten Zeitraums strukturierten, durchführten und überwachten ("... the indi-

viduals who structured, operated, or supervised the cross-border business for U.S. Related Accounts during the Applicable Period", act. 18/6 Punkt II.D.1.b.). Er war vielmehr ein Kundenberater gemäss Punkt II.D.2.b.v. ("... any relationship manager, client advisor, asset manager ...or other individual or entity functioning in a similar capacity known by the Bank to be affiliated with said account at any time during the Applicable Period"). Es ist also fraglich, ob das NPA die Beklagte überhaupt verpflichtet, die Daten des Klägers bekannt zu geben.

Es trifft auch zu, dass auf Seite 4, Mitte, lit. f des NPA die Beklagte verpflichtet wird, auf entsprechende Anfrage hin sämtliche Informationen in Bezug auf jene Vorgänge bekannt zu geben, welche Anlass zu ihrer Teilnahme am Programm gaben (act. 25 S. 8 Rz. 24; act. 27/42). Es ist nicht recht einzusehen, weshalb der Name des Klägers unter diese Ziffer fallen soll.

Schon vom Wortlaut des NPA her erscheint es wenig wahrscheinlich, dass die Lieferung des Namens des Klägers überhaupt irgendwann noch nötig wird. Und selbst wenn der Name des Klägers noch zu den Informationen gehören sollte, die vom DoJ irgendwann einmal verlangt werden könnten, erscheint es vor dem Hintergrund der fast mit allen "Kategorie 2-Banken" erfolgten Einigungen unwahrscheinlich, dass das DoJ wegen eines fehlenden Namens das NPA mit der Beklagten widerrufen könnte. Und noch viel unwahrscheinlicher ist es, dass das DoJ wegen eines fehlenden Namens oder auch wegen einiger Dutzend fehlender Namen die Beilegung des Steuerstreites mit der Schweiz aufs Spiel setzen wird.

Die Beklagte selber führt aus, die US-Behörden beabsichtigten mit dem US-Programm in erster Linie, ein umfassendes Bild der Lage zu erhalten und darüber hinaus von betroffenen Schweizer Finanzinstituten gegebenenfalls eine finanzielle Entschädigung für entgangene Steuereinnahmen einzuziehen (act. 16 S. 30 Rz. 125). Ein solches Bild der Lage bezüglich der Beklagten hat sich das DoJ machen können (vgl. das NPA der Beklagten, act. 27/42, insbesondere in Exhibit A das "STATEMENT OF FACTS"). Zudem ist eine Entschädigung von US-Dollar [...] geflossen (act. 27/42, Seite 2; act. 25 S. 6 Rz. 18).

Es ist nach dem Gesagten wenig wahrscheinlich, dass die Lieferung der persönlichen Daten des Klägers überhaupt erforderlich ist. Wenn die Lieferung doch nötig wäre, würde wohl wegen des fehlenden Namens des Klägers weder die Beklagte angeklagt werden noch die Beilegung des Steuerstreites mit der Schweiz scheitern. Und selbst der allerschlechtesten und kaum denkbare Fall einer Anklage und eines Untergangs der Beklagten wäre aus volkswirtschaftlicher Sicht wenig bedeutend. Ein öffentliches Interesse an der Lieferung der Daten des Klägers durch die Beklagte an die US-Behörden ist - wenn es denn überhaupt besteht - äusserst klein.

Es mag zutreffen, dass auch der Kläger gerade nach dem Abschluss des NPA nicht allzu viel zu befürchten hätte, wenn sein Name den US-Behörden übermittelt würde. Insbesondere dürfte zutreffen, dass das Interesse der US-Behörden an einer Strafverfolgung des Klägers nach dem Abschluss eines NPA zumindest geringer geworden ist (act. 16 S. 30 f.). Allerdings ist bekannt, dass das Verhalten der US-Behörden wenig berechenbar ist. Auch die Bank Wegelin hat eine Busse bezahlt. Man hätte meinen können, damit sei die Sache erledigt. Wir wissen inzwischen, dass der Ex-Wegelin Kundenberater R.K. auf Betreiben der USA in Deutschland verhaftet wurde und jetzt ausgeliefert werden soll (vgl. neuerdings NZZ vom 29. Dezember 2015, S. 24 "Zur Auslieferung eingeladen"). Zwar dürfte der Fall des Klägers nicht ohne weiteres mit dem des Wegelin-Beraters zu vergleichen sein. Die Parteien sind sich einig, dass der Kläger im Zusammenhang mit der Betreuung von Kunden mit US-Bezug nur eine ganz untergeordnete und unbedeutende Rolle spielte und jedenfalls nach schweizerischer Sichtweise kein Recht verletzte. Ein Restrisiko besteht indessen für den Kläger wie für alle Bankmitarbeitenden, welche US-Kunden betreuten.

Aber letztlich ist nicht relevant, wie hoch genau die Risiken für den Kläger sind. Entscheidend ist, dass es der Beklagten nicht gelingt, ein öffentliches Interesse darzutun, das die Interessen des Klägers überwiegt. Im Gegenteil: mit dem Abschluss des NPA ist eben auch das Risiko, dass der Beklagten etwas passiert, ganz drastisch gesunken.

6. Zwischenfazit: Verbot der Datenübermittlung

Eine Datenübermittlung in die USA ist bereits aufgrund von Art. 328b OR verboten. Aber auch wenn man die Meinung teilte, Art. 328b OR konkretisiere lediglich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Bereich der Datenbearbeitung und sei keine Verbotsnorm, käme man zum gleichen Ergebnis. Auch das Datenschutzgesetz liefert keinen Rechtfertigungsgrund für die Lieferung der Daten an die US-Behörden. Von einem öffentlichen Interesse an der Lieferung, das die privaten Interessen des Klägers überwiegt, kann keine Rede sein. Unter diesen Umständen ist die Klage gutzuheissen und die Datenübermittlung zu verbieten.

7. Umfang des Verbots

Der Kläger hat in seinen Rechtsbegehren ein Verbot der Datenlieferung ganz generell an Dritte verlangt. Er hat indessen nie behauptet, es stehe eine Datenbekanntgabe an jemand anderes als die US-Behörden zur Debatte. Insofern ist - gleich wie das Einzelgericht Audienz dies bereits tat (act. 5/3 S. 16) - das Rechtsbegehren nur insoweit gutzuheissen, als es um die Bekanntgabe von Daten an US-Behörden geht. Ein Verbot der Bekanntgabe von persönlichen Daten des Klägers generell an Dritte ginge zu weit. Es müsste, stünde eine solche Bekanntgabe zur Diskussion, in jenem konkreten Fall entschieden werden, ob sie rechtmässig wäre. Mit einem generellen Verbot der Datenbekanntgabe an Dritte würde der Beklagten beispielsweise auch die Nennung des Namens des Klägers gegenüber der eidgenössischen Aufsichtsbehörde FINMA verunmöglicht. Das wiederum würde unter Umständen der schweizerischen Gesetzgebung widersprechen (z.B. Art. 29 Abs. 1 FINMAG, wonach die von der FINMA Beaufsichtigten ihr alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben müssen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt).

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Verfahren vor dem Arbeitsgericht

Trotz der eben genannten kleinen Einschränkung kann für die Bestimmung der Kosten- und Entschädigungsfolgen von einem vollständigen Obsiegen des Klä-

gers ausgegangen werden. Entsprechend wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig.

Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten bemisst sich die Gerichtsgebühr gemäss § 5 Abs. 1 GebV OG nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles. Sie beträgt in der Regel CHF 300.– bis CHF 13'000.–. Es hat ein Schriftenwechsel stattgefunden, und es wurde eine Hauptverhandlung durchgeführt. Der Sachverhalt ist einfach. Hingegen stellten sich schwierige Rechtsfragen. Für die Parteien ist die Streitigkeit offensichtlich von grossem Interesse. Eine Entscheidegebühr von CHF 6'000.– erscheint angemessen.

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach den gleichen Kriterien festzusetzen. Sie beträgt in der Regel CHF 1'400.– bis CHF 16'000.– (§ 5 Abs. 1 AnwGebV). Nach dem Gesagten erscheint eine Grundgebühr von CHF 7'500.– als angemessen. Da mit dieser Grundgebühr die Teilnahme an der Hauptverhandlung abgedeckt ist (§ 11 AnwGebV), sind keine Zuschläge zu berechnen. Hingegen sind dem Kläger 8 % Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Im Schlichtungsverfahren sind keine Kosten erhoben worden, über deren Verteilung hier zu befinden wäre.

8.2. Verfahren vor dem Einzelgericht Audienz

Das Einzelgericht Audienz hat im Urteil vom 12. Januar 2015 die Entscheidegebühr von CHF 5'000.– vom heutigen Kläger bezogen und den Vorbehalt des endgültigen Entscheids des Gerichts im ordentlichen Verfahrens angebracht (act. 5/3 S. 17, Dispositiv-Ziffer 3). Ausgangsgemäss ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger diese CHF 5'000.– zurückzuerstatten.

Auch die Regelung der Entschädigungsfolgen hat das Einzelgericht Audienz dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Es hat eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 6'000.– an die Beklagte festgesetzt für den Fall, dass der Kläger die Frist zur Einreichung der Klage versäumt (act. 5/3 S. 17, Dispositiv-Ziffer 4). Beim Ausgang des vorliegenden Verfahrens ist die Beklagte auch zu verpflichten,

dem Kläger eine Entschädigung für das - gewonnene - Verfahren beim Einzelgericht Audienz zu bezahlen. Die Höhe von CHF 6'000.– erscheint angemessen. Der Kläger hat bereits vor Einzelgericht Audienz die Zusprechung von 8 % Mehrwertsteuer verlangt (act. 5/3 S. 2).

Es wird erkannt:

1. Es wird der Beklagten verboten, persönliche Daten, insbesondere Name, Vorname, Wohnadresse, Geburtsdatum, Heimatort und dergleichen betreffend den Kläger den US-Behörden, insbesondere dem Department of Justice der USA, direkt oder indirekt bekannt zu geben oder zugänglich zu machen.

Im Mehrumfang (Datenübermittlung an Dritte) wird die Klage abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 6'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden zunächst aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss von CHF 4'000.– bezogen.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Gerichtskasse den Differenzbetrag von CHF 2'000.– zu bezahlen.

Zudem wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss von CHF 4'000.– zu ersetzen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Verfahren vor Arbeitsgericht eine Parteientschädigung von CHF 8'100.– (CHF 7'500.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Kosten für das Verfahren vor Einzelgericht Audienz von CHF 5'000.– zu ersetzen.

6. Die Beklagte wird zudem verpflichtet, dem Kläger für das Verfahren vor Einzelgericht Audienz eine Parteienschädigung von CHF 6'480.– (CHF 6'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.
8. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 22. Januar 2016

ARBEITSGERICHT ZÜRICH
4. Abteilung

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Kaufmann

MLaw M. Schmid