



Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms

ADRIAN PLÜSS

In den letzten Wochen und Monaten sind wegweisende Gerichtsentseide zu Fragen rund um Datenlieferungen von Schweizer Banken an das Department of Justice ergangen. Solche Datenlieferungen werfen insbesondere deshalb Probleme auf, weil sie regelmässig unmittelbare und mittelbare Informationen über Mitarbeiter der Bank, externe Vermögensverwalter oder andere Bevollmächtigte und allenfalls weitere beteiligte Berater enthalten. Nach dem Bekanntwerden dieser Entseide erscheint eine aktuelle Standortbestimmung als sinnvoll.

Inhaltsübersicht

- I. Rechtsgrundlagen
 1. USA
 2. Schweiz
 - 2.1 Joint Statement
 - 2.2 Strafrecht
 - 2.3 Datenschutzrecht
 - 2.4 Arbeitsvertragsrecht
 - 2.5 Kollektives Arbeitsrecht
- II. Praxis
 1. Teilnahme von Schweizer Banken am US-Programm
 2. Verfahren um Lieferung von Mitarbeiterdaten
 3. Strafverfahren
 4. Aufsichtsrechtliche Verfahren
 5. Amtshilfeverfahren
- III. Gerichtsentseide
 1. Verfahren um vorsorgliche Massnahmen
 - 1.1 Urteil des Bezirksgericht Horgen vom 24. Juli 2014
 - 1.2 Urteil des Obergerichts Zürich vom 3. März 2015
 - 1.3 Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 6. August 2014
 - 1.4 Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 12. September 2014
 - 1.5 Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Oktober 2014
 - 1.6 Hinweise
 2. Hauptverfahren
 - 2.1 Verfahren um gerichtliche Verbote
 - 2.2 Verfahren um Einsicht, Auskunft und Kopien
 3. Schlussfolgerungen

I. Rechtsgrundlagen¹

1. USA

Das «Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks» (US-Programm) stellt einen *einseitigen Erlass* des US Department of Justice

(DoJ) dar, in welchem aufgezeigt wird, welche Bank am Programm teilnehmen kann und wie sie praktisch vorzugehen hat, um eine mögliche Strafuntersuchung oder Anklageerhebung im Zusammenhang mit un versteuerten Geldern in den USA abzuwenden^{2,3}. Die Teilnahme am Programm ist *freiwillig*.

Das Programm steht nicht in einem Zusammenhang zum bisherigen oder zum geänderten Doppelbesteuerungsabkommen CH–USA⁴.

2. Schweiz

2.1 Joint Statement

Das US-Programm wird ergänzt durch ein Joint Statement des Eidgenössischen Finanzdepartements und des DoJ, veröffentlicht am 29. August 2013. Das Joint Statement ist eine *politische Absichtserklärung ohne rechtliche Bindungswirkung*; die Schweiz sichert den USA zu, dass das geltende schweizerische Recht den Schweizer Banken eine effiziente Teilnahme am Programm erlaubt⁵.

ADRIAN PLÜSS, Dr. iur., Rechtsanwalt, Lanter Rechtsanwälte, Zürich

¹ Nicht behandelt wird im Folgenden die Problematik rund um die Lieferung von Bankkundendaten.

² Zu Funktionsweise und Bedeutung solcher strafprozessualer Vergleichsverträge in den USA vgl. die Hinweise bei TOBIAS F. ROHNER/URS FURRER, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, ST 8/2013, 515 ff., 516 und Fn. 18.

³ TOBIAS F. ROHNER/MICHAEL PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, ST 10/2013, 732 ff., 732.

⁴ Das Protokoll von 2009 zur Änderung des DBA CH–USA ist vom US-Senat bis heute noch nicht ratifiziert worden.

⁵ ROHNER/PETER (FN 3), 732.

Die FINMA drängte die Banken dazu, ihre Situation rasch zu analysieren und ihr bis am 9. Dezember 2013 mitzuteilen, ob sie am US-Programm teilnehmen oder nicht⁶.

2.2 Strafrecht

2.2.1 Art. 271 StGB

Die Schweizer Behörden gehen davon aus, dass die im US-Programm vorgesehenen Datenlieferungen grundsätzlich gegen Art. 271 StGB verstossen und die einzelnen Banken einer *Bewilligung* des Bundesrates bedürfen, um sich nicht strafbar zu machen⁷. In einer Wegleitung mit Musterverfügung⁸ wurde den Banken eine Bewilligung unter folgenden Bedingungen in Aussicht gestellt:

- Gegenstand der Lieferung: *keine Angaben, anhand denen die Bankkunden selbst identifiziert werden können*;
- Gegenstand der Lieferung: nur Angaben zu Mitarbeitern und anderen Dritten, die an der Organisation, Betreuung oder Überwachung des Geschäfts mit in den USA steuerpflichtigen Personen beteiligt waren;
- Pflicht zu *vorgängiger Information* der betroffenen Mitarbeiter oder Drittpersonen;
- Gelegenheit für die Betroffenen zum *Einspruch* und – bei unveränderter Beurteilung durch die Bank und Festhalten der Bank an ihrem Vorhaben, die Daten zu liefern – Gelegenheit für die Betroffenen zu *gerichtlicher Beurteilung*;
- Auflage, die *Pflichten* gemäss der Vereinbarung vom 29. Mai 2013 zwischen dem Schweizerischen Bankpersonalverband (SBPV), dem Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz (AGV Banken) und der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) *einzuhalten*⁹.

⁶ FINMA-Mitteilung vom 30. August 2013.

⁷ ROHNER/FURRER (FN 2), 519 und FN 61; dies wird aber bestritten: DAVID ROSENTHAL, *Entwicklungen im privaten Datenschutzrecht April 2013 bis März 2015*, in *Aktuelle Anwaltspraxis* (Hrsg. OLIVIER HARI und OLIVIER RISKE), Bern 2015, 565 ff., 572; PETER C. HONEGGER/ANDREAS KOLB, *Amts- und Rechtshilfe: 10 Aktuelle Fragen*, ASA 77 816.

⁸ Wegleitung zur Musterverfügung vom 3. Juli 2013, einschliesslich Inhalt der Musterverfügung siehe www.news.admin.ch/NSB-Subscriber/message/attachments/31820.pdf.

⁹ Dazu siehe hinten I./2.4. In der Musterverfügung ist zunächst vom Abschluss einer Vereinbarung mit den Personalverbänden die Rede; in den Erläuterungen wird ausdrücklich festgehalten, dass die Pflicht zum Abschluss einer Vereinbarung mit der Vereinbarung zwischen den Verbänden vom 29. Mai 2013 erfüllt ist und die Banken – wenn sie Verbandsmitglieder sind – nur diese Vereinbarung einhalten müssen.

Im Rahmen dieses Verfahrens sind Datenlieferungen nicht erlaubt, bis entweder die Fristen zum Einspruch bzw. zur Klage abgelaufen sind oder eine Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist¹⁰. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen wird regelmässig mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verknüpft¹¹.

2.2.2 Art. 273 StGB

Die Datenlieferungen stellen grundsätzlich auch einen Verstoss gegen Art. 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) dar¹². Diese Bestimmung sieht *kein Verfahren und keine Bewilligung vor, welche die Strafbarkeit ausschliesst*¹³. Hingegen könnten sich die Banken auf aussergesetzliche Rechtfertigungsgründe berufen und dabei geltend machen, die Datenlieferung sei zur Wahrung berechtigter Interessen (der USA) erfolgt und sei zur Zweckerreichung notwendig und angemessen¹⁴.

2.2.3 Art. 47 BankG

Die Daten fallen schliesslich auch unter Art. 47 BankG und werden vom Bankkundengeheimnis mitumfasst¹⁵. Datenlieferungen sind damit auch nach dieser Bestimmung grundsätzlich strafbar, wenn sie nicht durch aussergesetzliche Rechtfertigungsgründe legitimiert werden können¹⁶.

¹⁰ Damit sind keine vorsorglichen Massnahmen erforderlich, sondern es kann gleich das Schlichtungsgesuch gestellt werden. In der Regel bestätigen die Banken ohne Weiteres, dass sie mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs die Rechtshängigkeit als gegeben ansehen, was auch Art. 62 Abs. 1 ZPO entspricht.

¹¹ Kritisch dazu ROSENTHAL (FN 7), 572 und DAVID ROSENTHAL, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz* (Zürich 2008), Art. 271 StGB N 19.

¹² Vgl. dazu die Erläuterungen bei ROHNER/PETER (FN 3), 738 und ROHNER/FURRER (FN 2), 520.

¹³ Darauf verweisen ROHNER/PETER (FN 3), 783 und ROHNER/FURRER (FN 2), 520.

¹⁴ Das Bundesgericht stellt an solche Rechtfertigungen hohe Ansprüche: BGER 6B_305/2011 vom 12. Dezember 2011; BGE 117 IV 170, BGE 129 IV 6.

¹⁵ Vgl. URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, *Das schweizerische Bankgeschäft*, 7. A., Zürich 2011, Rz. 470; das ist allerdings nicht unumstritten (vgl. den diesbezüglichen Hinweis bei ROHNER/PETER [FN 3], 739). – Die Daten von Drittpersonen (externen Vermögensverwaltern, Anwälten, Bevollmächtigten) sind durch das Bankgeheimnis ebenfalls geschützt; vgl. dazu MATTHIAS MICHLIG: *Bankgeheimnisverletzung* (Art. 47 BankG) unter dem Aspekt der Lieferung von Personendaten ans U.S. Department of Justice, AJP/PJA 8, 2014, 1058 und Fn. 41; MAURICE AUBERT/PIERRE-ANDRÉ BEGUIN/PAOLO BERNASCONI/JOHANNA GRAZIANO VON BURG/RENATE SCHWOB/RAPHAËL TREULLAUD, *Le secret bancaire suisse*, 3. A., Bern 1995, 92; SUSAN EMMENEGGER/ANDREA ZBINDEN, *Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses*, in *Cross-Border Bankin*, Basel 2009, 202.

¹⁶ Vgl. dazu die in FN 14 zitierten Entscheide des Bundesgerichts.

2.3 Datenschutzrecht

Das Zusammenstellen und Aufarbeiten und die anschließende Lieferung der Daten an das DoJ stellen eine *Datenbearbeitung* im Sinn der Datenschutzgesetzgebung dar. Die Bearbeitung ist unzulässig, wenn sie gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Personen erfolgt und sich nicht auf einen *Rechtfertigungsgrund* zu stützen vermag. Nach Art. 13 Abs. 1 DSG liegt allgemein ein Rechtfertigungsgrund vor, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht und ein öffentliches oder privates Interesse an der Bearbeitung überwiegt; Art. 6 Abs. 1 DSG bestimmt, dass Personendaten nicht ins Ausland übermittelt werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde, namentlich, wenn die ausländische Rechtsordnung keinen angemessenen Schutz bietet¹⁷.

Die Rechtsordnung der USA wird in dieser Hinsicht als *ungenügend* beurteilt¹⁸. Damit sind Datenlieferungen nur erlaubt, wenn entweder die Einwilligung der betroffenen Person vorliegt oder ein überwiegendes *öffentliches* Interesse geltend gemacht werden kann¹⁹; das in Art. 13 Abs. 2 DSG angeführte überwiegende *private* Interesse wird in Art. 6 Abs. 2 DSG nicht erwähnt²⁰. Die Interessenabwägung muss *für den Einzelfall* erfolgen²¹.

2.4 Arbeitsvertragsrecht²²

Schliesslich ist auf Art. 328b OR zu verweisen. Danach darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, sofern sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Die Norm ist *relativ zwingend*, kann also arbeitsvertraglich nur zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. – Im Weiteren verweist Art. 328b OR auf die Bestimmungen der Datenschutzgesetzgebung.

Dies führt wiederum dazu, dass Datenlieferungen von Banken an das DoJ grundsätzlich *unzulässig* erscheinen und sich gegebenenfalls durch Gründe nach Art. 13 Abs. 2 bzw. 6 Abs. 2 DSG *rechtfertigen* müssen.

Missachtet die Bank die Einschränkungen in Art. 328b OR und liefert sie Mitarbeiterdaten, ohne dass Rechtfertigungsgründe vorliegen, macht sie sich *schadenersatzpflichtig*, wenn der betroffene Mitarbeiter dadurch einen Schaden erleidet. U.U. hat der Mitarbeiter auch einen Anspruch auf Genugtuung.

2.5 Kollektives Arbeitsrecht

Seit dem 29. Mai 2013 liegt auch eine Vereinbarung zwischen dem Schweizerischen Bankpersonalverband (SBPV), dem Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz (AGV Banken) und der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) vor²³.

Bei dieser Vereinbarung handelt es sich nicht um eine allgemeinverbindlich erklärte sozialpartnerschaftliche Vereinbarung. Direkt verpflichtet wurden nur die Verbände, welche die Vereinbarung unterzeichnet hatten. Die Verbände übernahmen aber die Pflicht, für eine korrekte Umsetzung durch ihre Mitglieder zu sorgen. – Die Vereinbarung verschafft den Mitarbeitern kein direktes Forderungsrecht im Sinn von Art 112 OR²⁴; allerdings wird etwa mit dem Hinweis auf die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR und der darauf gestützten Verpflichtung der Banken, bei Anklagen gegen die Mitarbeiter in den USA deren Anwaltskosten zu übernehmen, eine Auslegung von Art. 328 OR vorgenommen, die sich die Bank auch in einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit einem einzelnen Mitarbeiter immer entgegenhalten lassen muss.

Die Vereinbarung sieht u.a. einen Fonds für Härtefälle vor und verpflichtet Banken, für die Anwaltskosten von Mitarbeitern aufzukommen, die aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit für die Bank in den USA strafrechtlich angeklagt werden, soweit kein schweres Selbstverschulden gegeben ist. Mitarbeitern, die infolge von Datenlieferungen privat oder beruflich einen persönlichen, finanziellen oder anderen wirtschaftlichen Schaden erlitten haben, steht der Schweizerische Bankpersonalverband für Beratung und Unterstützung zur Verfügung²⁵.

¹⁷ Vgl. ROHNER/PETER (FN 3), 737; ROHNER/FURRER (FN 2), 520.

¹⁸ Siehe die (allerdings unverbindliche) Staatenliste des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, abrufbar unter www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html. Hinzu kommt, dass sich die USA im Joint Statement ausdrücklich das Recht vorbehalten, die gelieferten Personendaten zu allen gemäss ihrem Recht gestatteten Zwecken verwenden zu können (vgl. dazu ROHNER/PETER [FN 3], 737).

¹⁹ Art. 6 Abs. 2 DSG.

²⁰ Darauf verweisen ROHNER/PETER (FN 3), 737, ROHNER/FURRER (FN 2), 520 und DAVID ROSENTHAL in David Rosenthal/Yvonne Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutz, Zürich 2008, Art. 6 DSG N 37.

²¹ ROHNER/PETER (FN 3) 737, ROHNER/FURRER (FN 2), 521.

²² Vgl. dazu weiterführend GABRIEL AUBERT, La communication aux autorités américaines, par des banques, de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail, SZW 1/2013, 40 ff.

²³ Die Vereinbarung trat auf den 29. August 2013 (Datum der Publikation des US-Programms) in Kraft; der Wortlaut kann auf www.agv-banken.ch eingesehen werden.

²⁴ Da dies – nach dem Wortlaut der Vereinbarung – gerade nicht die Willensmeinung der Vertragsparteien war.

²⁵ Siehe zum Ganzen die Antwort des Bundesrats vom 20. August 2014 zur Interpellation *Lorenzo* vom 11. Juni 2014.

II. Praxis

1. Teilnahme von Schweizer Banken am US-Programm

Der spürbare Druck der FINMA führte dazu, dass zunächst unerwartet viele Banken (mehr als 100 von rund 300 Banken in der Schweiz) am US-Programm teilnahmen und – ebenfalls auf Anraten der FINMA – die meisten Banken «sicherheitshalber» für die «Kategorie 2» optierten (Banken, die Grund zur Annahme haben, sich im Zusammenhang mit Steuern strafbar verhalten zu haben). In der Zwischenzeit haben sich einige Banken (Kantonalbanken, Regionalbanken, aber auch eine Privatbank) entschieden, nicht teilzunehmen, und andere haben nachträglich auf eine Teilnahme verzichtet²⁶. Bei einigen Banken hat offenbar die Teilnahme zu bescheidenen Bussen (einige tausend Franken) und unverhältnismässig hohen Kosten geführt, weshalb das Drängen der FINMA und ihr Ratschlag, für die Kategorie 2 zu optieren, stark kritisiert worden ist²⁷.

2. Verfahren um Lieferung von Mitarbeiterdaten

Alle Banken, die am US-Programm teilnehmen und für die «Kategorie 2» optiert haben, müssen vor dem Abschluss eines Non Prosecution Agreement zahlreiche Informationen und Belege an das DoJ liefern²⁸:

- Angaben zur Strukturierung und zur Überwachung ihres Cross-Border-Geschäfts;
- Namen und Funktionen der Personen, die das Cross-Border-Geschäft nach dem 1. August 2008 strukturiert, betrieben oder überwacht haben;
- Angaben zu Kontenbeziehungen mit US-Bezug (per 1. August 2008 sowie die zwischen 1. August 2007 und 28. Februar 2009 bzw. später als 28. Februar 2009 eröffneten).

Mit dem Abschluss eines Non Prosecution Agreements verpflichten sich die Banken, weitere Informationen zu den einzelnen Kontenbeziehungen zu liefern (einschliesslich Namen und Funktionen von Relationship Managers, Kundenberatern, Vermögensverwaltern oder -beratern,

Trustees, Treuhändern, Bevollmächtigten, Anwälten, Buchhaltern usw.).²⁹

Sämtliche Banken der «Kategorie 2» müssen daher in verschiedenen Verfahrensstadien umfangreiches Datenmaterial an das DoJ liefern, das auch Daten von Mitarbeitern und Dritten enthält. Damit kommt es u.U. mehrmals zu Informationsschreiben an die Mitarbeiter und die weiteren Betroffenen. In der Regel verweisen die Banken darin und bei der Beantwortung von Einsprüchen auf die unbedingte und ausnahmslose Pflicht, die angeforderten Daten ungeschwärzt zu liefern, und auf die Gefahr, dass bei Weigerungen und gerichtlichen Verboten das angestrebte Non Prosecution Agreement in Frage gestellt werde und durch ein allfälliges Strafverfahren die Existenz der Bank gefährdet werden könne. Demgegenüber bestehe für Bankmitarbeiter, die nicht den obersten Führungsgremien angehören oder angehört haben, kein wirkliches Risiko, durch die Datenlieferungen in US-Strafverfahren verwickelt zu werden oder andere Nachteile zu erleiden³⁰.

Soweit ersichtlich, hat diese Argumentation viele Mitarbeiter und Drittbetroffene nicht überzeugt. Tatsächlich sind *einzelne Fälle von Befragungen blosser Sachbearbeiter durch US-Behörden bei der Ein- oder Ausreise bekannt* geworden. Demgegenüber ist kein Fall bekannt geworden, in dem eine Bank vom Abschluss eines Non Prosecution Agreement ausgeschlossen oder ein solches rückgängig gemacht worden wäre, weil die Bank gerichtliche Verbote beachten musste und die verlangten Daten nicht vollständig liefern konnte. Derzeit sind mehr als tausend Fälle, in denen Mitarbeiter und Drittbetroffene einer Lieferung von persönlichen Daten an das DoJ widersprochen haben, rechtshängig.

²⁶ «Fünf Kantonalbanken steigen aus dem US-Programm aus», FuW vom 4. Februar 2015; «Banken steigen aus dem US-Programm aus», NZZ vom 31. August 2014.

²⁷ «Ärger bei Banken trotz tiefer Bussen», SonntagsZeitung vom 28. Juni 2015; «Banken kritisieren die FINMA», NZZ vom 14. Oktober 2014.

²⁸ Vgl. dazu ROHNER/PETER (FN 3), 733, 734.

²⁹ Vgl. die Zusammenfassung bei ROHNER/PETER (FN 3), 734.

³⁰ «Bankmitarbeiter am Pranger», NZZ vom 12. Juli 2014. Das ergibt sich allerdings nicht aus der Medienmitteilung des DoJ vom 29. August 2013; darin ist nur zu lesen: «The department has assured its Swiss counterparts that it understands that simply because the names of individuals are included in the information that it receives from a bank does not necessarily mean that any particular is or is not culpable of wrongdoing.» In der US-amerikanischen Literatur wird zudem darauf hingewiesen, dass die Steuerstrafverfolgung immer mehr bei der Verfolgung von Banken und deren Mitarbeitern und sonstigen Beratern ansetze und dieses Vorgehen als deutlich wirksamer betrachtet werde; SCOTT A. SCHUMACHER, *Magnifying Deterrence by Prosecuting Professionals* (March 1, 2013), 89 Ind. L.J. (forthcoming), University of Washington School of Law, Legal Studies Research Paper No. 2013 – 17, S. 5, 40 <http://ssrn.com/abstract=2243093>, zitiert nach ROHNER/FURRER (FN 2), FN 13.

3. Strafverfahren

Wie unter Ziff. I./2.2.2 und 2.2.3 erwähnt, können Datenlieferungen u.U. die Tatbestände von Art. 273 StGB und BankG 47 erfüllen. Bisher sind keine Strafverfahren bekannt geworden, in denen auf Anzeige betroffener Mitarbeiter oder Dritter wegen bereits erfolgter Datenlieferungen gegen Banken ermittelt würde.

4. Aufsichtsrechtliche Verfahren

Ebenso wenig sind Verfahren bekannt geworden, in denen Datenlieferungen Gegenstand von Verfahren der FINMA gegen Banken worden wären.

5. Amtshilfeverfahren

Gestützt auf das geltende Doppelbesteuerungsabkommen CH–USA erbringen die schweizerischen Behörden Amtshilfe für US-Behörden. Von Bedeutung ist namentlich die Steueramtshilfe, welche die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) für den Internal Revenue Service (IRS) erbringt, wenn Personen des Steuerbetrugs verdächtigt werden. Werden in Amtshilfeverfahren Bankkorrespondenzen ausgeliefert, *müssen die darin erwähnten Namen von Bankmitarbeitern (und Dritten) nicht eingeschwärzt werden (und werden es offenbar auch nicht)*. Da nur die Bankkunden beschwerdeberechtigt sind, *erhalten die Bankmitarbeiter (und die Dritten) davon nicht einmal Kenntnis*.

III. Gerichtsentscheide

1. Verfahren um vorsorgliche Massnahmen

1.1 Urteil des Bezirksgericht Horgen vom 24. Juli 2014³¹

Die Gesuchstellerin war eine ehemalige Mitarbeiterin der Bank. Weitere Angaben zur Funktion der Gesuchstellerin, zum US-Geschäft der Bank und zu ihrer Teilnahme am US-Programm sind dem Urteil (in der publizierten Fassung) nicht zu entnehmen.

Die Gesuchstellerin stellte ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Sie machte geltend, dass die Datenlieferung schwere Auswirkungen auf ihr geschäftliches oder privates Leben hätte, da mit einer strafrechtli-

chen Verfolgung durch US-Behörden und mit strafrechtlichen Zwangsmassnahmen innerhalb und ausserhalb den USA zu rechnen sei.

Die Bank machte geltend, die schweizerischen Finanzinstitute dürften nicht an der vollen Kooperation mit den US-Behörden gehindert werden, da die Folgen für die Banken und den Finanzplatz Schweiz unabsehbar wären.

Das Gericht hatte zunächst zu prüfen, ob sich die Bank auf Art. 13 Abs. 1 DSG stützen und überwiegende private Interessen an der Datenlieferung geltend machen könne, wie es die Bank unter Berufung auf das Merkblatt des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden vom 20. Juni 2013 (Ziff. 4) in Anspruch nahm. Das Gericht kam nach einer systematischen und teleologischen Auslegung zum Schluss, dass bei Datenlieferungen ins Ausland *ausschliesslich Art. 6 Abs. 1 DSG anwendbar* sei und sich die Bank daher nur auf die dort aufgelisteten Rechtfertigungsgründe berufen und nur *überwiegende öffentliche Interessen* anrufen könne.

Das Gericht bewertete sowohl das Interesse der Gesuchstellerin an einem Verbot als auch jenes der Bank an einer Kooperation als real und konkret und auch das öffentliche Interesse an der Vermeidung nachteiliger Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz als gewichtig. Es behaftete die Bank dabei, dass sie selber die Gesuchstellerin als «kleinen Fisch» bezeichnet und eingeräumt hatte, die Daten könnten auch geschwärzt an das DoJ übermittelt werden. Das Gericht hielt deshalb das Risiko für die Bank, wegen dieses Einzelfalls einer existenzgefährdenden Anklage ausgesetzt zu sein, als gering, zumal die Bank offenbar betont hatte, im Übrigen vollumfänglich zu kooperieren.³²

Die für vorsorgliche Massnahmen vorausgesetzte Dringlichkeit des Erlasses wurde deshalb bejaht, weil die beabsichtigte Datenlieferung unmittelbar bevorstehe und ein Urteil im ordentlichen Verfahren zu spät käme.

³¹ Urteil ET140003, publiziert in ZR 113 (2014), Nr. 65, 218 ff.

³² Darauf geht ROSENTHAL (FN 7), 597, in seiner Kritik nicht ein. Demgegenüber ist festzuhalten, dass eine einigermaßen nachvollziehbare Quantifizierung der Risiken sowohl für den Mitarbeiter der Bank als auch für die Bank nicht möglich ist («Erfahrungswerte» fehlen völlig) und deshalb die Risiken beider Parteien als hoch erscheinen. Die Interessenabwägung müsste deshalb darauf abstellen, dass die Risiken letztlich die Folgen eines von den Banken so entwickelten und umgesetzten Geschäftsmodells sind und es sachgerechter ist, wenn die Banken bzw. der Finanzplatz Schweiz die Folgen tragen.

1.2 Urteil des Obergerichts Zürich vom 3. März 2015³³

Die Klägerin war eine ehemalige Mitarbeiterin der Bank, die nur mit 3 US-Kunden und US-Konten zu tun hatte. Das Bezirksgericht Affoltern³⁴ kam in seiner Interessenabwägung zum Schluss, die Risiken der Mitarbeiterin, in strafrechtliche Verfahren von US-Behörden einbezogen zu werden, seien gering³⁵, jedenfalls aber geringer als die Risiken für die Bank bei einer Nichtlieferung der Daten. Das Obergericht verwarf diese Interessenabwägung und hielt die Risiken der Bank für unbewiesen (da völlig offen sei, wie die US-Behörden auf einzelne, wegen Gerichtsentscheiden unterbliebene Datenlieferungen reagieren würden); da die Interessenabwägung für den *konkreten Einzelfall* vorgenommen werden müsse, hätte zudem die Vorinstanz beachten sollen, dass die Daten der Klägerin nur einen sehr kleinen Teil der Datenlieferung ausmachten und die Folgen der Nichtlieferung deshalb als eher gering einzuschätzen seien. – Die Bank hatte vorgebracht, die Verhinderung der Datenlieferung könne nicht nur dazu führen, dass ihr das DoJ ein Non Prosecution Agreement verweigere, sondern allenfalls auch dazu, dass das DoJ das *US-Programm überhaupt beende*. Das Obergericht erachtete eine solche gesamthafte Beendigung des US-Programms als kaum denkbar, da sich das DoJ dies nur für den Fall vorbehalten habe, dass es der Schweiz nicht gelinge, die Schweizer Banken zu einer Teilnahme am US-Programm zu bewegen. Bemerkenswert ist die Feststellung des Obergerichts, dass *private und öffentliche Interessen zuweilen zwangsläufig ineinander fließen* und dass im vorliegenden Zusammenhang auch die kumulierten privaten Interessen der Banken ein öffentliches Interesse darstellen können.

Der Fall wurde an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückgewiesen, da nach dem Rechtsbegehren der Klägerin der Bank auch die anonymisierte Weitergabe von Daten über die Klägerin verboten werden sollte und deshalb zu prüfen war, ob die Klägerin für diese Form auch einen drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil glaubhaft machen konnte.³⁶

1.3 Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 6. August 2014³⁷

Bei den Gesuchstellern handelte es sich um zwei Anwälte und ihre in der Form der Aktiengesellschaft geführte Anwaltskanzlei. Das Begehren richtete sich gegen eine nicht näher charakterisierte Bank. Die Gesuchsteller leisteten Dienste für ausländische Kunden der Bank und fanden sich deshalb auf einer sogenannten Leaver-Liste der Bank wieder, die diese im Rahmen des US-Programms an das DoJ zu senden beabsichtigte.

Das Handelsgericht hatte nur zu prüfen, ob sich die Datenlieferung – mangels Zustimmung der Gesuchsteller – auf ein überwiegendes öffentliches Interesse stützen lasse. Die Bank sah dieses darin, dass «sich Schweizer National- und Ständerat, der Bundesrat wie auch die FINMA für eine rasche Lösung des Steuerstreits mit den USA, respektive für die effektive Teilnahme der Schweizer Banken am US-Programm ausgesprochen» haben. «Da das DoJ die Übermittlung von Personendaten ... ausdrücklich zu einer Voraussetzung für die Teilnahme am US-Programm erklärt hat, besteht an der Datenlieferung ein öffentliches Interesse.» Die möglichen Folgen für die klagenden Anwälte – eine Verfolgung durch US-Behörden – blieben unbestritten. Das Gericht führte aus, es sei bekannt, dass die US-Behörden «mit harten Bandagen» kämpften, «was bis zur Verhaftung irgendwo auf der Welt und der Auslieferung reichen kann». Es sei offensichtlich, dass die US-Behörden «direkt oder indirekt an Bankkundendaten gelangen» wollten und sie jeden verfolgten, «der ihnen diesbezüglich helfen kann». Das Gericht wies ausdrücklich darauf hin, dass es dem DoJ – auch unter dem US-Programm – offenstehe, zusätzlich Mitarbeitende der Banken oder Dritten persönlich anzuklagen, wie es das DoJ in den letzten Jahren vermehrt auch getan haben. Das DoJ setze immer mehr bei der Verfolgung von Banken und sonstigen Beratern an. – Demgegenüber sei nicht dargelegt, dass ein *vorsorgliches* Verbot der Datenlieferung bereits zu negativen Reaktionen der US-Behörden führen würde. Das Gericht hielt abschliessend den Parteien vor, es hätten beide «mit dem Feuer gespielt, indem sie noch nach dem Fall UBS AG der Jahre 2008/2009 darauf vertrauten, das Aufrechterhalten bzw. Eingehen riskanter Kundenbeziehungen bleibe folgenlos.» Trotzdem oblie-

³³ Urteil LF140075.

³⁴ Entscheid ET140003 vom 22. September 2014.

³⁵ Das Gericht hielt es immerhin für möglich, dass die Klägerin bei einer allfälligen Einreise in die USA zwecks Befragung an- bzw. festgehalten werde.

³⁶ Der Kritik von ROSENTHAL (FN 7), 598/99 an der Argumentation des Gerichts ist zuzustimmen. Gerade weil das Verhalten der US-Behörden schwer voraussehbar ist, erscheinen die Risiken – sowohl der Mitarbeiter als auch der Bank – als gross. Massgebend für

die Interessenabwägung muss aber letztlich sein, wer die Risiken zu verantworten hat (siehe vorne FN 30).

³⁷ Urteil HE140223, publiziert in ZR 114 (2015) Nr. 22 S. 99 ff.; ähnlich auch die Urteile des Handelsgerichts Zürich HE140243 vom 30. September 2014 und HE140307 vom 2. Dezember 2014.

ge es der Bank, das überwiegende öffentliche Interesse glaubhaft zu machen, was ihr nicht gelungen sei.

1.4 Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 12. September 2014

Der Gesuchsteller war ein ehemaliger Kundenberater der Bank, der nach seinen Angaben «abgesehen von der Kontaktierung zwecks Kontosaldierung keine Kundenkontakte zu US-Kunden gehabt» habe. Bei der Bank handelte es sich um eine grössere Bank in Zug mit einer grösseren Zahl von Mitarbeitern.

Der Gesuchsteller machte geltend, er gehöre nicht zum Kreis der im US-Programm aufgezählten Personen; er sei kein Kundenberater von US-Kunden gewesen, sondern lediglich von der Bank beauftragt worden, neun US-Kunden zu kontaktieren, um ihnen die Kontoaufhebung zu kommunizieren und von ihnen zu erfahren, wie mit dem Saldo verfahren werden solle. Die Herausgabe seiner Personalien setze ihn dem Risiko eines amerikanischen Strafverfahrens aus.

Die Bank machte geltend, ein Teilnahme am US-Programm sei für sie faktisch der einzige Weg, um mit Sicherheit eine Strafklage in den USA auszuschliessen. Eine drohende Strafklage wäre existenzbedrohend. Um dies zu verhindern, sei eine vollständige Datenlieferung unabdingbar. Dazu gehörten auch die Daten des Gesuchstellers, der im Zusammenhang mit neun Kunden, die einen US-Bezug hatten, zu melden sei.

Das Gericht qualifizierte den Gesuchsteller als «D2-Mitarbeiter» und erachtete die Meldepflicht der Bank als ausgewiesen. Weiter erwog das Gericht, zur Beurteilung der Risiken für die Bank, bei unvollständiger Datenlieferung doch strafrechtlich angeklagt zu werden, dürfe nicht auf den Einzelfall abgestellt werde, da auch eine Vielzahl von Einzelfällen zum Scheitern des Programms führen könnten; das Argument des Gesuchstellers, das Nichtliefern seiner Daten werde kaum die Teilnahme am US-Programm für die Bank gefährden, überzeuge nicht. Das US-Programm erfolgreich absolvieren zu können, liege nicht nur im Interesse der Bank, sondern auch im öffentlichen Interesse, da davon eine grosse Zahl von Arbeitsplätzen bei der Bank, bei Zulieferern und bei Kunden abhängen. Zudem sei auch das Gesamtinteresse der Banken und des Finanzplatzes Schweiz an einer Beilegung des Steuerstreits mit den USA zu berücksichtigen. Demgegenüber erachtete das Gericht nur die Möglichkeit, dass der Gesuchsteller bei Reisen in die USA als Zeuge oder Auskunftsperson befragt würde, als glaubhaft. Gesamthaft erschien dem Gericht das Interesse des Gesuchstellers

geringer als dasjenige der Bank bzw. des Finanzplatzes Schweiz und der Öffentlichkeit.

1.5 Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Oktober 2014³⁸

Das Urteil ist deshalb bemerkenswert, weil das Gericht an sich zum Schluss kam, der klagende Bankmitarbeiter sei keinem relevanten Risiko ausgesetzt; er habe einzig bei der Einreise in die USA «allenfalls» mit Unannehmlichkeiten zu rechnen, was als «möglicher, wenn auch nur minimaler Nachteil» zu bewerten sei. Dennoch räumte das Gericht ein, dass «ein (diffus) unbehagliches Gefühl beim Grenzübertritt nicht in Abrede gestellt werden» könne, was es als genügenden Nachteil erachtete, um ein vorsorgliches Lieferverbot auszusprechen.

1.6 Hinweise

In zahlreichen weiteren Fällen haben erstinstanzliche Gerichte Gesuche von Bankmitarbeitern oder Dritt Betroffenen um vorsorgliche Verbote von Datenlieferungen gutgeheissen. Mindestens ein solcher Fall wurde ans Bundesgericht weitergezogen³⁹. Umstritten war aber nur die verfahrensrechtliche Frage, ob die Beschwerde der Bank gegen den Entscheid des Zürcher Handelsgerichts zulässig sei, weil der Bank durch den angefochtenen Entscheid ein nicht wiedergutzumachender Nachteil entstehe (dadurch, dass vor einem möglichen rechtskräftigen Entscheid über die Datenlieferung selbst das Department of Justice ein Strafverfahren gegen die Bank einleiten könnte). Das Bundesgericht betrachtete die Möglichkeit eines solchen Strafverfahrens als nicht nachgewiesen und trat auf die Beschwerde nicht ein.

In einigen Entscheiden wurde die Frage aufgeworfen, ob vorsorgliche Massnahmen oder gar deren superprovisorischer Erlass noch erforderlich seien, wenn die Banken bereits durch den Wortlaut der Bewilligungen des Bundesrats⁴⁰ bzw. der Vereinbarung zwischen den Bankenverbänden und den Personalverbänden⁴¹ gehalten sind, nach einem Einspruch und während eines rechtshängigen Gerichtsverfahrens keine Daten auszuliefern. Tatsächlich ist es zum Schutz der Betroffenen ausreichend, den Einspruch der Bank mitzuteilen und, wenn die Bank an der Datenlieferung festhält, innert der gesetzten Frist ein

³⁸ Urteil ET140027 (nicht publiziert, zitiert nach ROSENTHAL [FN 7], 596).

³⁹ BGer 4A_497/2014 vom 15. Dezember 2014.

⁴⁰ Siehe vorne Ziff. 1./2.2.1.

⁴¹ Ebenda. Diese Vereinbarung schützt aber Drittbetroffene (externe Vermögensverwalter, Anwälte usw.) nicht.

Schlichtungsgesuch zu stellen. Gleichwohl hat das Zürcher Obergericht in einem vielbeachteten Entscheid⁴² festgehalten, die Voraussetzungen für ein vorsorgliches Verbot seien erfüllt und das Gesuch der Bankmitarbeiterin begründet. Das Gericht bewertete die Wirkung eines solchen Verbots, verbunden mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB höher als die – indirekte – Wirkung aus dem Wortlaut der Bewilligung des Bundesrates. Daraus ergebe sich nur, dass die Bank bei einem Verstoß gegen die Verhaltenspflichten der Bewilligung *grundsätzlich* mit einem Strafverfahren zu rechnen habe; da die Strafverfolgungsbehörde dazu wiederum eine Ermächtigung des Bundesrates benötige und der Bundesrat bisher in politisch heiklen Fällen eine solche Ermächtigung verweigert habe, dürfe der Druck auf die Bank, sich bewilligungskonform zu verhalten, nicht überbewertet werden. Auch Erklärungen der Bank in ihren Eingaben, sich entsprechend der Vorgaben in der Bewilligung des Bundesrates zu verhalten und während eines rechtshängigen Gerichtsverfahrens keine Daten auszuliefern, seien nicht besonders glaubhaft. – In einem früheren Entscheid⁴³ hatte das Obergericht Zürich einen Fall zu beurteilen, in dem der Gesuchsteller sowohl ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gestellt als auch das Schlichtungsgesuch eingereicht hatte. Das Obergericht kam – wie auch die Vorinstanz – zum Schluss, dass nach der Einreichung des Schlichtungsgesuchs der Erlass vorsorglicher Massnahmen unnötig und damit unverhältnismässig sei. Das Gericht stellte namentlich auf die Zusicherung der Bank ab, die Daten nur zu übermitteln, wenn der Gesuchsteller die Klagebewilligung verfallen lasse oder den Hauptprozess rechtskräftig verloren habe. Die Einwendung des Gesuchstellers, die Bank könne während des Prozesses ihre Meinung ändern, liess das Gericht nicht gelten.

2. Hauptverfahren

2.1 Verfahren um gerichtliche Verbote

2.1.1 Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 9. Juli 2015 (noch nicht rechtskräftig)⁴⁴

Die Klägerin war Assistant Vice President bei der Bank. Die Bank ist die Schweizer Tochtergesellschaft einer grossen Auslandbank; die Schweizer Tochtergesellschaft

wird als nicht systemrelevant charakterisiert. Sie nimmt in der Kategorie 2 am US-Programm teil.

Die Klägerin machte geltend, die Datenlieferung hätte schwerwiegende Auswirkungen auf ihr privates und geschäftliches Leben, da strafrechtliche Zwangsmassnahmen innerhalb und ausserhalb der USA drohten, sie dadurch in einen Konflikt zwischen ihren persönlichen Interessen und ihren Geheimhaltungspflichten nach der Bankengesetzgebung gerate, sie zu ihrem Schutz faktisch die Schweiz nicht mehr verlassen könne und ihr auch Nachteile bei der Suche nach einer neuen Arbeitsstelle erwachsen, wenn sie Fragen nach allfälligen Ermittlungen von US-Behörden gegen sie beantworten müsse.

Die Bank machte geltend, die Lieferung von Daten über die Klägerin sei einerseits zwingend notwendig, da das US-Programm keine «de-minimis»-Regel enthalte, und andererseits für die Klägerin ungefährlich, da bislang nur wenige Kundenberater in hohen Führungspositionen und nicht untergeordnete Mitarbeiter, wie es die Klägerin sei, strafrechtlich belangt worden seien. Die Datenlieferung sei ganz allgemein gerechtfertigt, um gravierende Folgen für den Finanzplatz Schweiz abzuwenden; im besonderen beeinträchtige ein Verbot die lückenlose Kooperation, die das DoJ für den Abschluss eines Non Prosecution Agreement verlange, und es drohe eine Anklageerhebung, die den Untergang der Bank zur Folge hätte.

Das Gericht hielt zunächst fest, dass die Datenlieferung *ausschliesslich nach Art. 6 DSG zu prüfen* sei und damit lediglich überwiegende *öffentliche* Interessen in Betracht fielen. Das Gericht anerkannte auch, dass die mit dem US-Programm den einzelnen Banken offerierte Möglichkeit, den Steuerstreit mit den USA beizulegen, im öffentlichen Interesse der Schweiz liege; es vertrat jedoch die Auffassung, dass die Blockierung der Daten einzelner untergeordneter Mitarbeiter kaum zum Scheitern eines Non Prosecution Agreement führen werde. Demgegenüber riskiere die Klägerin bei einer Datenlieferung die *unkontrollierte Weiterverwendung zu jedem in den USA erlaubten Zweck*; da sich die *USA keinerlei Zurückhaltung auferlegten, ihre Übermacht auszuspielen*, müsse die Klägerin jederzeit damit rechnen, dass sie irgendwo auf der Welt zu Auskünften über die Kontoinhaber gezwungen werden könne. Das Gericht anerkannte auch die Nachteile für die Klägerin in ihrem beruflichen Fortkommen, da Personen, die in den Steuerstreit mit den USA involviert sind, erhebliche Schwierigkeiten hätten, eine neue Stelle zu finden.

Bemerkenswert ist die Unterscheidung des Gerichts zwischen Mitarbeitern, die Vermögenswerte von *mehr als USD 50 Mio.* und jenen, die Vermögenswerte von *weni-*

⁴² Urteil LF140107 vom 13. März 2015; ebenso das Urteil des Handelsgerichts Zürich HE140307 vom 2. Dezember 2014.

⁴³ Urteil LF140099 vom 29. Januar 2015.

⁴⁴ Urteil CG140026 (vgl. auch die Besprechung «Bezirksgericht Horgen: «Reines Powerplay der USA»», NZZ vom 18. Juli 2015).

ger als USD 50 Mio. verwaltet haben. Dies treffe für die Klägerin zu, weshalb sie «ein kleiner Fisch» gewesen sei. Bemerkenswert ist auch der Appel des Gerichts, die sich widersprechenden Steuerrechtsregelungen und die Vorstellungen über den Umfang der staatlichen Souveränität zwischen den USA und der Schweiz dürften nicht einseitig zulasten der Bankmitarbeiter umgesetzt werden. Auch in ihrer Funktion als Arbeitgeberin dürfe die Bank Konflikte mit der US-Gesetzgebung nicht auf den Schultern ihrer Mitarbeiter austragen.

Die Rechtsbegehren der Klägerin wurden gutgeheissen und das Gericht verbot der Klägerin die Datenlieferung unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB⁴⁵.

2.1.2 Urteil des Tribunal de Première Instance de Genève vom 28. Mai 2015 (noch nicht rechtskräftig)⁴⁶

Die Klägerin war Mitarbeiterin der Credit Suisse und arbeitete an deren Niederlassung in Genf zuerst als Trainee, dann als Assistant Relationship Manager für das Nordamerika-Desk. Sie stand in telefonischem und brieflichem Kontakt zu den Mitarbeitern der Credit Suisse in den US-amerikanischen Niederlassungen. Zu US-Kunden hatte sie telefonischen Kontakte und empfing sie bei ihren Besuchen in der Genfer Niederlassung der Bank, beschäftigte sich aber im wesentlichen mit administrativen Belangen rund um die Kundenbeziehungen, der Zusammenstellung von Dokumenten für die Kunden und der Ausführung von Kundenaufträgen. – Die Mitarbeiterin kündigte ihr Arbeitsverhältnis fristlos, nachdem sie erfahren hatte, dass die Bank bereits umfangreiches Datenmaterial, in dem sie wiederholt erwähnt wurde, ohne sie vorgängig zu informieren, an US-Behörden übermittelt hatte. – In weiteren Klagen verlangte die Mitarbeiterin Kopien der bereits an US-Behörden gelieferten Daten und machte unter verschiedenen Titeln Geldforderungen gegen die Bank geltend.

Im November 2012 (und weitere Male im Jahr 2013) kündigte die Bank der Mitarbeiterin erneut eine Datenlieferung an US-Behörden an, wogegen sich diese zur Wehr setzte und ein gerichtliches Verbot verlangte, welches das Gericht superprovisorisch erliess⁴⁷.

Das Gericht hatte namentlich zu prüfen, ob die Bank überwiegende öffentliche Interessen als Rechtfertigungsgrund für die beabsichtigten Datenlieferungen in Anspruch nehmen könne. Das Gericht sah durchaus ein öffentliches Interesse am Finanzplatz Schweiz und an der Bank, die als systemrelevant gilt und deren Zusammenbruch verheerende Auswirkungen auf die schweizerische Wirtschaft hätte. Es anerkannte aber ebenso die Interessen der Mitarbeiterin, sich frei bewegen und auch in die USA reisen zu können, ohne mit Gerichts- oder Behördenverfahren gegen sie rechnen zu müssen. In diesem Zusammenhang hielt das Gericht auch fest, dass die Geschäftsleitung der Credit Suisse betroffenen Mitarbeitern nahegelegt hatte, nicht in die USA zu reisen, und damit die Risiken einer solchen Reise implizit anerkannt hatte. Dass die Mitarbeiterin sich nur um administrative Belange gekümmert und gesamthaft eine untergeordnete Rolle in der Abteilung für US-Kunden gespielte hatte, war demgegenüber nicht von Bedeutung.

Gesamthaft überwogen die Interessen der Mitarbeiterin und untersagte das Gericht der Bank die beabsichtigten Datenlieferungen.

2.1.3 Hinweise

Es ist anzunehmen, dass die beiden Entscheide an die nächste Instanz weitergezogen werden. Wie sich auch aus den zahlreicheren gerichtlichen Entscheidungen über vorsorgliche Massnahmen ergibt, ist die Abwägung der Parteiinteressen (der Interessen der klagenden Mitarbeiter oder Drittpersonen an Sicherheit vor Strafverfolgung und Ermittlungsmassnahmen und jener der Bank an Vermeidung einer Anklage in den USA und ihren existenzbedrohenden Folgen) ausschlaggebend. Im heutigen Zeitpunkt werden die Risiken für die Mitarbeiter oder Drittbetroffenen als höher und jene der Banken – sofern ihnen nur einzelne Datenlieferungen verwehrt werden – als geringer eingestuft. Diese Bewertung könnte sich durchaus ändern, wenn in der Zukunft – wegen gerichtlicher Datenlieferungsverboten – Banken die Teilnahme am US-Programm verwehrt würde, aber auch verstärken, wenn es in den USA zu weiteren Strafverfolgungen und Zwangsmassnahmen gegen Bankmitarbeiter oder Dritte kommen sollte.

⁴⁵ Die Klägerin hatte offenbar zunächst ein superprovisorisches Begehren um ein solches Verbot gestellt, das vom Gericht bereits gutgeheissen worden war.

⁴⁶ Urteil JTPI/6136/2015.

⁴⁷ Das Verbot wurde als vorsorgliche Massnahme bestätigt. Das Rechtsmittel der Bank wurde im Urteil der Cour de Justice vom 13. Dezember 2013 abgewiesen (Urteil ACJC/1487/2013).

2.2 Verfahren um Einsicht, Auskunft und Kopien

2.2.1 Urteil des Bundesgerichts vom 12. Januar 2015⁴⁸

Das Bundesgericht hatte zwei parallele Fälle zu beurteilen: Zwei ehemalige Mitarbeiter einer Genfer Bank wurden von der Bank darüber informiert, dass die Bank Dokumente an die US-Behörden zu liefern beabsichtige, in denen sie erwähnt seien. Beide Mitarbeiter verlangten und erhielten Einsicht in diese Dokumente und forderten anschliessend Kopien an. Die Bank lehnte dies ab.

Art. 8 Abs. 1 DSGVO hält fest, dass «jede Person ... vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen [kann], ob Daten über sie bearbeitet werden». Der Inhaber der Datensammlung muss der betroffenen Person nach Art. 8 Abs. 2 DSGVO nicht nur «alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten», sondern auch «den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger» mitteilen. Daraus ist zu schliessen, dass die beiden ehemaligen Bankmitarbeiter zweifellos ein Auskunftsrecht darüber hatten, welche Daten über sie in welcher Form an die US-Behörden geliefert werden sollen.

Nach Art. 8 Abs. 5 DSGVO hat die Auskunft «in der Regel schriftlich» zu erfolgen. Art. 9 DSGVO enthält Gründe zur Einschränkung des Auskunftsrechts. So kann der Inhaber einer Datensammlung die Auskunft verweigern, einschränken oder aufheben, soweit ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht oder es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist. Soweit der Inhaber der Datensammlung die Daten nicht Dritten bekannt gibt, kann er die Auskunft auch verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit es eigene überwiegende Interessen erfordern. Nach diesen Einschränkungen ist auch zu beurteilen, ob das Auskunftsrecht nur durch Einsicht erfolgen kann und nicht schriftlich erfolgen muss⁴⁹.

Die Bank versuchte, sich dem Begehren der Mitarbeiter um Kopien mit einer Vielzahl von Einwendungen zu entziehen. Das Bundesgericht prüfte namentlich das Risiko, die ehemaligen Mitarbeiter könnten die in den Do-

kumenten enthaltenen Informationen ihrerseits an Dritte weitergeben, hielt dieses Risiko aber mit Blick auf die Verschwiegenheitspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR für gering und jedenfalls für nicht bewiesen. Demgegenüber hätten die Mitarbeiter ein schutzwürdiges Interesse an Kopien, um ihre Daten immer und überall konsultieren zu können, Beweismittel für den Fall einer allfälligen Klage gegen die Bank in der Hand zu haben und in allfälligen Verfahren vor US-Behörden über dieselben Unterlagen wie diese zu verfügen. Namentlich dieser Anspruch auf «gleichlange Spiesse» dürfte den Ausschlag für die Bejahung des Rechts auf Kopien gegeben haben⁵⁰.

In dieser allgemeinen Art und Weise werden schutzwürdige Interessen von Bankmitarbeitern immer zu bejahen sein. Als Verweigerungsgrund lässt sich am ehesten die Missbrauchsgefahr und damit entgegenstehende Interessen von Bankkunden oder anderen Personen anführen, die in den Dokumenten genannt sind, von denen Kopien verlangt werden. Da das Bundesgericht diese Gefahr als grundsätzlich gering ansieht, darf davon ausgegangen werden, dass der Anspruch auf Kopien grundsätzlich immer besteht und kaum je eingeschränkt werden kann⁵¹.

2.2.2 Urteile des Obergerichts Zürich vom 5. Dezember/28. Februar 2014⁵²

Das Obergericht hatte sich zunächst mit der Frage zu befassen, ob die Einsichtnahme des klagenden ehemaligen Bankmitarbeiters die Bank von der schriftlichen Auskunft dispensiere, was es unter Hinweis auf BGE 125 II 321 ff. und 123 II 534 ff. verneinte (es handelte sich um Dokumente mit gesamthaft rund 200 Seiten). Das Gericht verwarf auch die weitere Einwendung der Bank, der Mitarbeiter habe vorgängig arbeitsvertraglich auf das Auskunftsrecht verzichtet. Im Übrigen kam das Gericht zum Schluss, dass keine überwiegenden Interessen der Herausgabe von Kopien entgegenstünden; dabei war zu berücksichtigen, dass der Mitarbeiter ohnehin damit einverstanden war, dass die Bank Daten von Bankkunden und Dritten abdecken oder einschwärzen werde, so dass das Risiko eines Missbrauchs als sehr gering erschien. Die Urteile sind v.a. deshalb bemerkenswert, weil das Obergericht auch das Begehren betroffener Bankmitarbeiter

⁴⁸ BGE 4A_406/2014, 4A_408/2014 (zur Publikation vorgesehen); das Urteil entspricht in der Argumentation BGE 138 II 425 ff.

⁴⁹ So allgemein BSK-DSG-RALPH GRAMIGNA/URS MAURER-LAMBROU, In Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Urs Maurer-Lambrou, Gabor P. Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar zum DSGVO und BGÖ, 3. A., Basel 2014, Art. 9 N 3.

⁵⁰ Vgl. dazu ROSENTHAL (FN 7) 587 ff., 588 f., der die Entscheidung des Bundesgerichts als methodisch falsch kritisiert.

⁵¹ Zur Kritik vgl. ROSENTHAL (FN 7), 587 ff.

⁵² Urteile LB140073 bzw. LB130059. Das erste Urteil wurde aus verfahrensrechtlichen Gründen vom Bundesgericht aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen (BGE 4A_215/2014 vom 18. September 2014). Das Obergericht fällte einen neuen Entscheid, aber mit gleichem Ergebnis und mit kaum veränderter Begründung. Der zweite Entscheid ist rechtskräftig.

um eine *Kopie des Begleitschreibens der Bank an die US-Behörden* zu Datenlieferungen schützte.

Die Urteile sind in diesem zweiten Punkt auf fundamentale Kritik gestossen⁵³. Es ist deshalb nicht auszuschliessen, dass die Frage nach der Ausdehnung des (schriftlichen) Auskunftsrechts von anderen Gerichten anders oder einschränkender beurteilt wird.

3. Schlussfolgerungen

Die dargestellten Entscheide zeigen eine deutliche Tendenz der Gerichte an den beiden bedeutenden Finanzplätzen Zürich und Genf, die Risiken betroffener Mitarbeiter oder externer Dritter aus Datenlieferungen der Banken an das DoJ ernst zu nehmen und nicht generell den Interessen der Banken an einer möglichst raschen und geräuschlosen Beilegung des US-Steuerstreits zu opfern. Dass diese Tendenz vom Obergericht Zürich bekräftigt wird, lässt vermuten, sie werde sich auch bei den bisher eher bankenfreundlich argumentierenden Gerichten durchsetzen. Sie stünde aber sicher umgehend auf dem Prüfstand, wenn Retorsionsmassnahmen der US-Behörden gegen Banken bekannt würden, die wegen gerichtlicher Verbote nicht alle nach dem US-Programm verlangten Daten liefern konnten. Umgekehrt könnte sie sich auch verstärken, wenn neue Fälle von Anklagen gegen oder Festnahmen und Befragungen von Mitarbeitern bekannt würden.

⁵³ ROSENTHAL (FN 7), 591 ff.