

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140223-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Claudia Marti

Urteil vom 6. August 2014

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____ **AG**,

Kläger

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ und Rechtsanwalt lic. iur.
X2._____

gegen

D._____ **SA**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei zu verbieten, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten

betreffend die Gesuchsteller herauszugeben, unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall.

2. Infolge besonderer Dringlichkeit sei das Verbot superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.
3. Eine allfällige Schutzschrift der Gesuchsgegnerin sei nicht zu beachten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Das Begehren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen wurde von zwei Anwälten und einer als Aktiengesellschaft geführten Anwaltskanzlei eingereicht. Die beiden Anwälte sind in der Kanzlei tätig. Das Begehren richtet sich - wie schon aus dem Rubrum erhellt - gegen eine Schweizer Bank.

2. Die Parteien, sie werden nachfolgend Kläger bzw. Klägerin (= Klägerschaft) sowie Beklagte genannt, haben die wesentlichen Umstände dargelegt. Im Rahmen der materiellen Würdigung wird, um dem Beschleunigungsgebot des summarischen Verfahrens nachzuleben, nur auf die entscheiderelevanten Umstände Bezug genommen. Eine umfassende sachverhaltliche und rechtliche Würdigung muss dem ordentlichen Verfahren vorbehalten bleiben. Das Massnahmeverfahren wird vom Glaubhaftmachen beherrscht und kennt auch ansonsten Grundsätze, die im ordentlichen Verfahren nicht gelten.

3. Das Kernproblem lässt sich in wenigen Sätzen schildern: Die Klägerschaft leistete Dienste für ausländische Kunden der Beklagten. Im Rahmen des Programmes "FOR NON-PROSECUTION AGREEMENTS OR NON-TARGET LETTERS FOR SWISS BANKS" (act. 3/4: kurz "US-Programm") plant die Beklagte, die klägerischen Namen mit einer sogenannten Leaver - Liste an US-Behörden weiterzuleiten (Leaver - Listen enthalten im Übrigen nicht-personalisierte Daten betreffend geschlossener Konten). Als die Klägerschaft Widerspruch erhob, legte die Beklagte mit drei Schreiben vom 20. Juni 2014 dar, nach vorgenommener Einzel-

fallabwägung halte sie an der Übermittlung der "Sie betreffenden Daten" fest (act. 3/3; act. 10/23, 24). Die Beklagte schrieb insbesondere:

"Die Bank hat ein Interesse daran, am US-Programm teilzunehmen, um die mit dem ehemaligen US-Geschäft zusammenhängenden Risiken zu minimieren. Ein drohendes Strafverfahren (unter Umständen eine Anklage) in den USA ist ein rechtliches bzw. sogar existenzielles Risiko. Durch die Teilnahme am US-Programm kann sich die Bank dagegen absichern, dass sie in den USA strafrechtlich verfolgt wird. Eine effektive Teilnahme bedingt, dass die unter dem US - Programm geforderten Daten an das DoJ übermittelt werden können.

Da die USA nicht über den gleichen Datenschutzstandard wie die Schweiz verfügen, ist eine Übermittlung der Daten bei Vorliegen eines Widerspruches nur zulässig, wenn hieran auch ein öffentliches Interesse besteht. Dieses ist vorliegend gegeben. So haben sich Schweizer National- und Ständerat, der Bundesrat wie auch die FINMA für eine rasche Lösung des Steuerstreits mit den USA, respektive für eine effektive Teilnahme der Schweizer Banken am US-Programm ausgesprochen. Da das DoJ die Übermittlung von Personendaten, worunter auch die Sie betreffenden Daten fallen, ausdrücklich zu einer Voraussetzung für die Teilnahme am US-Programm erklärt hat, besteht an der Datenlieferung ein öffentliches Interesse.

Selbst in Anbetracht allfälliger nachteiliger Konsequenzen für Sie besteht somit ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Übermittlung der Sie betreffenden Daten."

Mit dem Wörtchen "somit" in der zweitletzten Zeile überspielte die Beklagte das Kernproblem, indem sie ohne hinreichende Begründung aus dem öffentlichen Interesse auf ein *überwiegendes* öffentliches Interesse schloss. Dazu nachfolgend sub 6.

4. Die Klägerschaft reichte ihr Massnahmebegehren am 7. Juli 2014 ein (act. 1; Postaufgabe 3. Juli 2014). Mit Verfügung vom selben Tag wurde dem Dringlichkeitsbegehren entsprochen (act. 4). Vor dem Entscheid über das Massnahmebegehren bzw. die Aufrechterhaltung der superprovisorischen Anordnung war die Beklagte anzuhören. Ihre Stellungnahme datiert vom 30. Juli 2014 (act. 9; Posteingang 4. August 2014).

5.1 Unabhängig von der materiellen Rechtslage wird vom Bundesgericht immer wieder - im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes des Massnahmeverfahrens - die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzipes und eine Interessensabwä-

gung vor allem auch in der Nachteilsfrage angemahnt (vgl. die Hinweise bei Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 28; BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 10; Huber, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, ZPO Komm., Art. 261 N 23).

5.2 Die Kläger und die Klägerin weisen neben einer durch das Vorgehen der Beklagten drohenden Durchbrechung des Berufs- bzw. Anwaltsgeheimnisses und der damit verbundenen Rufschädigung auf ihre mögliche Verfolgung durch US - amerikanische Behörden hin (act. 1 S. 27 ff.). Zu Letzterem bzw. zur "Wahrscheinlichkeit eines solchen Szenarios" äussert sich die Beklagte ausdrücklich nicht, unter Hinweis darauf, dass die Daten an eine "Rechtsdurchsetzungsbehörde" gelangen würden, welche an das Gesetz gebunden sei und gegen deren Verhalten der Rechtsweg offen stünde (act. 9 S. 30).

5.3. Es entspricht notorischem wirtschaftspolitischem Wissen, dass die US - amerikanischen Behörden im Steuerstreit mit der Schweiz harte Bandagen tragen, was bis zur Verhaftung irgendwo auf der Welt und der Auslieferung reichen kann. Auch die einschlägige Literatur bzw. die Literaturbeiträge relevanter Kreise lassen keinen Zweifel offen: Die amerikanischen Behörden wollen direkt oder indirekt an Bankkundendaten gelangen und sie verfolgen jeden, der ihnen diesbezüglich helfen kann.

5.3.1 "Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken" (Tobias F. Rohner und Urs Furrer, in: Der Schweizer Treuhänder, 8/2013, S. 515 ff.).

(S. 516) "Gestützt auf die im Fall UBS gewonnenen Erkenntnisse genehmigte das DoJ bislang die Eröffnung von rund einem Dutzend weiterer Strafverfahren gegen Schweizer Banken. Mithin wechselte der Fokus von der Lieferung von Bankkundendaten im Rahmen der Amtshilfe und von der Verfolgung von US-Steuerpflichtigen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Schweizer Banken und ihrer Mitarbeitenden. Ein gegenüber diesen Banken gemachter Vorwurf lautet auf Teilnahme an einer Verschwörung gegen die USA ("conspiracy to commit offense or to defraud the United States") und auf Beihilfe zur Steuerhinterziehung und zur Einreichung von falschen Steuererklärungen."

(S. 516/517) "Zusätzlich verlangt das DoJ auch die Lieferung von Namen von Bankmitarbeitenden und Dritten. Darin kommt der Trend zum Ausdruck, dass die USA seit einigen Jahren ihre Ressourcen weniger zur Strafverfolgung von Steuerhinterziehern, sondern vermehrt zur Verfolgung von Banken und Beratern von Bankkunden einsetzen.

Nicht geliefert und auch nicht verlangt werden die Namen der betroffenen US-Personen; solche Informationen können die USA nur gestützt auf das geltende DBA erhalten. Hingegen sollen die Banken im Rahmen der Kooperation den USA die für ein Gruppensuchen notwendigen Informationen liefern."

(S. 517) "Dem DoJ steht auch offen, zusätzlich Mitarbeitende oder gar Dritte persönlich anzuklagen, wie es das DoJ in den letzten Jahren vermehrt auch tut. Dies kann mit einem internationalen Haftbefehl verbunden werden, was die Bewegungsfreiheit des Betroffenen faktisch auf die Schweiz beschränkt, da diese ihre eigenen Staatsbürger nicht ausliefert. So ist beispielsweise ein Schweizer Wirtschaftsanwalt, dem 'Conspiracy to defraud the United States with respect to tax' vorgeworfen wird, bei Interpol zur weltweiten Verhaftung ausgeschrieben."

(S. 517) "Bei der Beurteilung der Gefahr von Anklagen durch das DoJ muss die Erweiterung des Fokus der US-amerikanischen Politik bei der Verfolgung von Steuervergehen berücksichtigt werden. Diese setzt immer mehr bei der Verfolgung von Banken und deren Mitarbeitenden und sonstigen Beratern an."

5.3.2 "Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie" (Rainer J. Schweizer, Markus H.F. Mohler, Alexander M. Glutz; in: Jusletter 10. Juni 2013).

(S. 2): "Gleichermassen hoch bestraft wurden Dritte, denen Beihilfe vorgeworfen worden war. Die Datenlieferungen von Banken sind also durchwegs als Mitwirkung an transnationalen Strafverfahren bzw. materiellrechtlich als Rechtshilfe in Strafsachen anzusehen." (Hervorhebung weggelassen).

5.3.3 "Übermittlung von Personendaten von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten an US-Behörden" (Alice Reichmuth Pfammater; der Leitfaden ist auf der website des Schweizerischen Anwaltsverbandes abgedruckt und liegt als act. 10/18 bei den Akten).

(S. 7): "Die personenbezogenen Daten, die (...) übermittelt werden können, umfassen u.U. auch solche von Rechtsanwälten, wenn sie von den Bankinstituten als 'Dritte' qualifiziert werden. Es dürfte sich bei den personenbezogenen Daten primär um Namen, (...), Adressen (...) des Rechtsanwalts handeln, der für US - Kunden tätig geworden ist. Solche Informationen können in den besagten Leaverlisten enthalten sein."

(S. 13): "Darüber hinaus ist die Konsequenz für den Anwalt (...) umso mehr unverhältnismässig, als die Folgen in den USA für den Betroffenen nur schwer absehbar sind (...)."

5.4 Zusammengefasst droht den Klägern 1 und 2 bei einer Abweisung des Massnahmebegehren der - jedenfalls vorübergehende - Verlust ihrer (Bewegungs-) Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und eine empfindliche Sanktionierung. Das stellt einen überaus grossen, kaum mehr restituierbaren Nachteil dar, welcher indirekt auch die Klägerin 3 (Anwaltskanzlei) treffen würde.

5.5 Die Beklagte macht gestützt auf diverse Quellen ein eminentes Interesse an der Datenlieferung geltend, wobei die privaten und die öffentlichen Interessen zuweilen zwangsläufig ineinander fliessen. Insbesondere wird auf folgende Unterlagen verwiesen:

- act. 10/6: Botschaft des Bundesrates zur Lex USA, BBl 2013 3947 ff.

- act. 10/7: Erklärungen der Räte zur Bereinigung des Steuerstreits (Amtliches Bulletin SR vom 19. Juni 2013, dito des NR vom selben Tag).

- act. 10/8: Medienmitteilung und Empfehlung des eidg. Datenschutzbeauftragten Thür zur Übermittlung von Bankmitarbeiterdaten.

Die Beklagte schliesst daraus, ihre Teilnahme am US-Programm stelle eine geschäftspolitische Notwendigkeit dar und diene der Existenzsicherung. Es gelte unbedingt, eine Anklage oder gar Verurteilung zu vermeiden. Da viele Banken sich in einer ähnlichen Situation befänden, sei auch das öffentliche Interesse gegeben.

5.6 Dass fehlende Kooperation mit den USA gravierende ökonomische Folgen für die Bankenwelt im Allgemeinen und die Beklagte im Besondern zeitigen könnte, kann ernsthaft nicht bezweifelt werden. Im Kontext der massnahmerechtlichen Interessensabwägung ist immerhin das Folgende zu berücksichtigen: Es wurde nicht dargelegt, dass auch eine vorsorgliche Massnahme (also kein *definitiver* Entscheid) im beantragten Sinne voraussichtlich zu negativen Reaktionen der amerikanischen Behörden führen würde. Dies gilt insbesondere für die Beklagte, welche geltend macht, die Kläger und die Klägerin seien die *einzig* in der Leaver - Liste erwähnten Personen, welche sich gegen die Herausgabe der Daten gewehrt hätten (act. 9 S. 24 f.). Schliesslich hätte die Abweisung des Massnah-

mebegehrens eine irreversible Bedeutung. Die Datenlieferung könnte nicht mehr ungeschehen gemacht werden. Eine Verweisung der Klägerschaft auf finanzielle Ansprüche nach einem Obsiegen im ordentlichen Prozess vermöchte nicht, den drohenden Eingriff in die Freiheitsrechte der Kläger 1 und 2 adäquat auszugleichen.

5.7 Fazit: Aufgrund der spezifischen Grundsätze des Massnahmerechts (Verhältnismässigkeitsprinzip, Abwägen der Nachteile) ist das Massnahmebegehren gutzuheissen. Nur damit lassen sich die der Klägerschaft drohenden Nachteile abwenden, wobei über das Definitivum im ordentlichen Prozess zu entscheiden sein wird.

6. Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei der (also solche unbestrittenen) Anwendung von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG. Danach bedarf es für die Bekanntgabe von Daten im Einzelfall eines *überwiegenden* öffentlichen Interesses. Alle von der Beklagten zitierten Quellen beschäftigen sich im relevanten Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse, behalten aber die - vorbehältlich einer entgegengesetzten rechtlichen Regelung, wie sie die Lex USA geboten hätte - gerichtliche Prüfung nach DSG ausdrücklich vor (act. 3/7, act. 10/2). Die Freiheit der Rechtsprechung kann durch Verlautbarungen der Legislative oder der Exekutive nicht tangiert werden. Vorbehalten bleibt selbstredend der Einfluss des Gesetzgebungsverfahrens bei der Auslegung verabschiedeter Gesetze. Das steht vorliegend nicht zur Diskussion. Rohner/Furrer (a.a.O., S. 521) halten zutreffend fest:

"Ob ein öffentliches bzw. privates Interesse der Bank besteht, welches das Interesse des Betroffenen überwiegt, kann nur für den Einzelfall entschieden werden. Das Interesse des Betroffenen, nicht der (einschneidenden) Strafverfolgung in den USA ausgesetzt sein zu müssen, ist in aller Regel als sehr gewichtig einzustufen. Aber auch das Interesse der Bank, nicht angeklagt zu werden, ist gewichtig. Und die Öffentlichkeit hat sicherlich ein Interesse daran, dass nicht reihenweise Schweizer Banken aufgrund der Anklagen untergehen. Auch die Unterstützung von Anliegen eines ausländischen Staats kann im öffentlichen Interesse liegen. Diese sich widersprechenden Interessen müssen durch das Gericht gegeneinander abgewogen werden, wobei nur der Einzelfall entschieden werden kann."

Eine eigentliche Antwort bezüglich der Gewichtung von Kriterien geben die Autoren allerdings nicht. Vorliegend haben beide Parteien 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. In diesem Verfahren kann als wesentliches Argument dienen, dass es an der Beklagten liegt, das *überwiegende* öffentliche Interesse glaubhaft zu machen. Für diesen Rechtfertigungsgrund trifft sie die Beweislast (BSK DSG-Rampini, Art. 15 N 3). Wie die Reaktion des DoJ auf einzelne, wegen Gerichtsentscheiden unterbliebene Datenübermittlungen sein wird, ist offen (daran ändert auch act. 10/21 nichts). Für das Massnahmeverfahren ist deswegen bezüglich der tatsächlichen Grundlagen des überwiegenden privaten und öffentlichen Interesses von Beweislosigkeit auszugehen, weshalb die angebehrte Massnahme auszusprechen ist (Art. 15 DSG i.V. mit Art. 261 ff. ZPO).

7. Bei den Gerichtskosten ist gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO die definitive Regelung dem Hauptsachegericht vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozess dahinfallen sollte, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Über den Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung ist ebenfalls in einem allfälligen Hauptsacheprozess zu befinden. Wiederum ist für den Eventualfall eine Entschädigung festzulegen. Entgegen der Eröffnungsverfügung dürfte eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegen (BGer 4A_191/2014). Die Kläger nannten einen Streitwert von CHF 50'000 (act. 1 S. 4), die Beklagte schrieb von CHF 100'000 übersteigend (act. 9 S. 4). Angesichts des geltend gemachten existenziellen Interesses ist der Streitwert realistisch auf CHF 500'000 zu schätzen. Bezüglich der Parteientschädigung ist allerdings vom niedrigeren Betrag (CHF 100'000) auszugehen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Beklagten wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall, **vorsorglich verboten**, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Klägerschaft herauszugeben.

2. Der Klägerschaft wird eine **Frist bis 30. September 2014** angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die Anordnung gemäss Ziff. 1 ohne Weiteres dahinfallen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 10'000. Sie wird aus dem klägerischerseits geleisteten Vorschuss gedeckt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Ziff. 2), so wird der Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung dem dortigen Verfahren vorbehalten.
4. Über den Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung ist im Hauptsacheprozess zu befinden. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Ziff. 2), haben die Kläger unter solidarischer Verpflichtung der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'200 (inkl. MWST) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerschaft mit Doppeln von act. 9 und act. 10/1 - 26.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 500'000.

Zürich, 6. August 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Claudia Marti