

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140243-O

U/ee

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

Urteil vom 30. September 2014

in Sachen

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

Kläger

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

D._____ **AG**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "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 drei Anwälten gestellt, deren Kanzlei in den Jahren 1996 bis 2009 unter der Firma ... ABC._____ als Kollektivgesellschaft mit Sitz in Zürich organisiert war. Das Begehren richtet sich gegen eine Schweizerische Bank.
2. Die Parteien (nachfolgend Kläger und Beklagte genannt) haben die wesentlichen Umstände dargelegt (act. 1 und act. 11). Um dem Beschleunigungsgebot des summarischen Verfahrens nachzuleben, wird im Rahmen der materiellen Würdigung 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. Im Wesentlichen geht es um folgenden Sachverhalt: Die Zuger Niederlassung der ehemaligen Kollektivgesellschaft der Kläger fungierte als Korrespondenzempfängerin betreffend Bankunterlagen für ausländische Kunden der Beklagten und erhielt solche regelmässig zugestellt. Die Beklagte plant im Rahmen des Programmes "FOR NON-PROSECUTION AGREEMENTS OR NON-TARGET LETTERS FOR SWISS BANKS" (act. 3/4: kurz "US-Programm"), den

US-Behörden die Firma der ehemaligen Kollektivgesellschaft der Kläger - die deren sämtliche Familiennamen enthält - auf einer sog. Leaver-Liste herauszugeben (act. 3/8 und 3/13). Die Kläger erhoben dagegen Widerspruch (act. 3/14). Mit Schreiben vom 14. Juli 2014 informierte die Beklagte die Kläger darüber, dass sie nach vertiefter Prüfung trotz des formellen Widerspruchs an der Herausgabe dieser Daten festhalte (act. 3/3). Die Beklagte schrieb den Vertretern der Kläger insbesondere:

"Im vorliegenden Fall hat die Bank folgende Interessen abgewogen:

Einerseits das Interesse ihrer Klientschaft an der Geheimhaltung ihrer Privatsphäre, andererseits das Interesse der Bank an der Offenlegung dieser Daten als Teil der Bedingungen, welche die Bank erfüllen muss, damit sie mit dem DOJ eine Vereinbarung über einen Verzicht auf Strafverfolgung (non-prosecution agreement) schliessen kann. Dabei darf nicht vergessen werden, dass nach Ansicht der Schweizerischen Eidgenossenschaft ein öffentliches Interesse an der Wahrung der schweizerischen Finanzindustrie durch Zusammenarbeit mit den U.S. Behörden, insbesondere im Rahmen des Programms, besteht.

Aus oben genannten Gründen kommt die Bank zum Schluss, dass sie ein überwiegendes Interesse an der Zusammenarbeit mit den U.S. Behörden geltend machen kann. [...]"

Mit dem Ausdruck "aus oben genannten Gründen" überspielte die Beklagte das Kernproblem, indem sie ohne hinreichende Begründung aus dem öffentlichen Interesse auf ein überwiegendes öffentliches Interesse schloss. Dazu nachfolgend Erwägung 7.

4. Die Kläger reichten ihr Massnahmebegehren am 22. Juli 2014 ein (act. 1, Datum Postaufgabe 18. Juli 2014). Mit Verfügung desselben Tages wurde dem Dringlichkeitsbegehren entsprochen (act. 4). Vor dem Entscheid über das Massnahmebegehren bzw. die Aufrechterhaltung der superprovisorischen Anordnung war die Beklagte anzuhören. Ihre Stellungnahme reichte sie innert mehrfach erstreckter Frist (act. 7 und 10/1) am 22. September 2014 ein (act. 11).

5. Die Beklagte beabsichtigte die Bekanntgabe der Firma der ehemaligen Kollektivgesellschaft der Kläger, welche die Familiennamen der Kläger enthält, und des Sitzes von deren Zweigniederlassung an die US-Behörden. Es ist glaubhaft,

dass dadurch sich auf die Kläger beziehende Angaben, durch welche diese mindestens bestimmbar sind, mithin Personendaten der Kläger im Sinne von Art. 3 lit. a DSG, bekanntgegeben (Art. 3 lit. f DSG) würden. Die Kläger sind deshalb entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 11 S. 13 f.) aktivlegitimiert (vgl. dazu CORRADO RAMPINI, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Hrgs., Basler Kommentar Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N 4 zu Art. 15 DSG).

6.

6.1. Unabhängig von der materiellen Rechtslage wird vom Bundesgericht immer wieder - im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes des Massnahmeverfahrens - die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und eine Interessensabwägung 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).

6.2. Die Kläger weisen neben einer durch das Vorgehen der Beklagten drohenden Durchbrechung des Geschäfts- und des Anwaltsgeheimnisses und der damit verbundenen Rufschädigung auf ihre mögliche Verfolgung durch US-amerikanische Behörden hin (act. 1 S. 27 ff.). Die Beklagte bringt demgegenüber vor, die beantragte Massnahme könne den geltend gemachten Nachteil nicht zuverlässig verhindern, da eine bereits erfolgte oder künftige Preisgabe der fraglichen Informationen an die US-Behörden durch andere Informationsträger, insbesondere im Rahmen der Selbstanzeige der betreffenden Kundenbeziehung, wahrscheinlich sei. Eine Eskalation, welche zu einer internationalen Ausschreibung zur Verhaftung der gesamten Belegschaft der Anwaltskanzlei der Kläger führen würde, wäre nach Meinung der Beklagten eher auf eine mangelnde Kooperation der fraglichen Personen zurückzuführen als auf die von ihr geplante, knappe Datenübermittlung (act. 11 S. 13, 19, 27).

6.3. Die Beklagte konnte durch ihre Behauptung, dass *wahrscheinlich* bereits im Rahmen der Selbstanzeige der entsprechenden Kundenbeziehung den US-Behörden die fraglichen Daten herausgegeben worden seien oder künftig herausgegeben würden, nicht rechtsgenügend glaubhaft machen, dass kein Interesse

der Kläger am beantragten Verbot mehr besteht. Aufgrund der vorgelegten Unterlagen (act. 11/11,12) besteht nur eine Möglichkeit.

6.4. Es entspricht sodann 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.

6.4.1. "Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken" (TOBIAS F. ROHNER / 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."

6.4.2. "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).

6.4.3. "Übermittlung von Personendaten von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten an US-Behörden" (ALICE REICHMUTH PFAMMATER, http://www.sav-fsa.ch/fileadmin/user_upload/sav/Aktuell/Vademekum_Übermittlung%20von%20Personendaten%20an%20US-Behörden_D.pdf, besucht am 29. September 2014).

(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 (...)."

6.5. Zusammengefasst droht den Klägern bei einer Abweisung des Massnahmebegehrens 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.

6.6. Die Beklagte macht gestützt auf diverse Quellen ein eminentes Interesse an der Datenlieferung geltend, wobei die privaten und die öffentlichen Interessen zu-

weilen zwangsläufig ineinander fliessen. Insbesondere verweist die Beklagte auf folgende Unterlagen:

- act. 12/1: Aufruf der FINMA "Das US-Programm: Entscheidende Phase für Schweizer Banken", publiziert in der NZZ am 29. November 2013 und in Le Temps am 30. November 2013
- act. 12/2: Artikel Swissinfo vom 22. Mai 2014 betr. "Remaining 'hit list' banks sweat over US verdict"
- act. 12/3: Artikel Cash vom 6. März 2011 betr. "US-Geschäft bricht der NZB das Genick"
- act. 12/4: Artikel Tagesanzeiger-Online vom 29. Januar 2012 betr. "Wegelin war erst der Anfang"
- act. 12/5: Artikel Handelszeitung vom 17. Oktober 2013 betr. "US-Steuerstreit: Bank Frey am Ende"
- act. 12/6: Verfügung Eidg. Finanzdepartement EFD vom 8. Januar 2014 i.S. Beklagte

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 und ihre Rechtsrisiken mit den USA zu regeln. Da viele Banken sich in einer ähnlichen Situation befänden und der Steuerstreit mit den USA die Schweiz als Wirtschaftsstandort seit über fünf Jahren belaste, die FINMA eine Teilnahme am US-Programm empfehle und das Eidgenössische Finanzdepartement der Beklagten gestützt auf den Ermächtigungsbeschluss des Bundesrates vom 18. Dezember 2013 die Bewilligung gemäss Art. 271 StGB erteilt habe (act. 12/6), sei auch das öffentliche Interesse gegeben (act. 11 S. 5 ff., 16 ff.).

6.7. Dass fehlende Kooperation mit den USA gravierende ökonomische Folgen für die Bankenwelt im Allgemeinen und die Beklagte im Besondern zeitigen könnte, kann nicht ernsthaft 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 wären in der Leaver-Liste nur als Korrespondenz-Adresse aufgeführt worden und die betreffende Kundenbeziehung sei bereits im Rahmen einer Selbstanzeige offengelegt worden (act. 11 S. 15 f.). Zudem wurde die Bewilligung nach Art. 271 StGB durch das eidgenössische Finanzdepartement gerade nur unter der Bedingung erteilt, dass innert der dort vorgesehenen Frist keine Klage nach Art. 15 DSG der von der Datenherausgabe Betroffenen anhängig gemacht wird oder eine solche rechtskräftig abgewiesen wurde (act. 12/6 S. 5). Schliesslich hätte die Abweisung des Massnahmebegehrens 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 adäquat auszugleichen.

6.8. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist entgegen der Darstellung der Beklagten (act. 11 S. 19, 27) auch erforderlich. Die der Beklagten erteilte Bewilligung des eidgenössischen Finanzdepartements enthält ein Verbot der Datenherausgabe unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB nur für den Fall, dass innert der von der Bank gesetzten Frist von 10 Tagen eine Klage nach Art. 15 DSG hängig gemacht wird (act. 12/6 S. 5). Ohne Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens wäre das in der Bewilligung enthaltene Verbot nach Ablauf der zehntätigen Frist dahingefallen.

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

7.

7.1. Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei der (also solche unbestrittenen) Anwendung von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG. Die Beklagte bestätigt ausdrücklich, dass

sie sich zurzeit nicht in einem gerichtlichen Verfahren befindet. Für die Bekanntgabe der Daten an die US-Behörden bedarf es daher eines *überwiegenden* öffentlichen Interesses. Die von der Beklagten zitierten Quellen beschäftigen sich im relevanten Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse. Insbesondere die der Beklagten erteilte Bewilligung nach Art. 271 StGB des Eidgenössischen Finanzdepartements behält aber die gerichtliche Prüfung nach DSGVO ausdrücklich vor (act. 12/6 S. 5). 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."

7.2. 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, die tatsächlichen Grundlagen des *überwiegenden* öffentlichen Interesses glaubhaft zu machen. Für diesen Rechtfertigungsgrund trifft sie die Beweislast (CORRADO RAMPINI, a.a.O., Art. 15 N 3). Wie die Reaktion des DoJ auf einzelne, wegen Gerichtsentscheiden unterbliebene Datenübermittlungen sein wird, ist aber offen. Für das Massnahmeverfahren ist deswegen bezüglich der tatsächlichen Grundlagen des überwiegenden öffentlichen Interesses von Beweislosigkeit auszugehen, weshalb die angebehrte Massnahme auszusprechen ist (Art. 15 DSGVO i.V. mit Art. 261 ff. ZPO).

8. Bei den Prozesskosten 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 und eine Parteientschädigung festzulegen. Es dürfte eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegen (Urteile des Bundesgerichts 4A_191/2014 und 4A_239/2014 vom 2. Juli 2014 E. 2.3 f.). Die Kläger nannten einen Streitwert von CHF 50'000 (act. 1 S. 4), die Beklagte äusserte sich dazu nicht. Angesichts des geltend gemachten existenziellen Interesses ist der Streitwert realistisch auf CHF 500'000 zu schätzen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Beklagten wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Wiederhandlungsfall, **vorsorglich verboten**, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Kläger herauszugeben.
2. Den Klägern wird eine **Frist bis 17. November 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 8'000 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger mit Doppeln von act. 11 und act. 12/1-14.

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, 30. September 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Claudia Marti