

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE140307-O

U/ee

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Isabelle Monferrini

Urteil vom 2. Dezember 2014

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung mit Busse im Zuwiderhandlungsfall (Art. 292 StGB) superprovisorisch, eventualiter provisorisch, zu verbieten, im Rahmen des "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" den Namen der Gesuchstellerin an das US Department of Justice zu übermitteln.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Das Begehren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen wurde von einer als Aktiengesellschaft organisierten Treuhandgesellschaft mit Sitz in Zürich gestellt. Das Begehren richtet sich gegen eine Schweizer Bank mit Sitz in C._____.
2. Die Parteien (nachfolgend Klägerin und Beklagte genannt) haben die wesentlichen Umstände dargelegt (vgl. act. 1, act. 7, act. 12, act. 15). Um dem Beschleunigungsgebot des summarischen Verfahrens nachzuleben, wird im Rahmen der materiellen Würdigung nur auf die entscheidrelevanten 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 Klägerin verfügte im Rahmen ihrer beratenden Tätigkeit über eine Zeichnungsberechtigung über ein Bankkonto einer ausländischen Kundin der Beklagten. Im Rahmen des Programmes "FOR NON-PROSECUTION AGREEMENTS OR NON-TARGET LETTERS FOR SWISS BANKS" (act. 3/10: kurz "US-Programm") plant die Beklagte, den klägerischen Namen mit einer sogenannten Leaver - Liste an US-Behörden weiterzuleiten (Leaver - Listen enthalten im Übrigen nicht-personalisierte Daten betreffend geschlossener Konten). Als die Klägerin Widerspruch erhob, legte die

Beklagte mit Schreiben vom 8. August 2014 (act. 3/4) dar, dass sie die Offenlegung des klägerischen Namens aufgrund überwiegender öffentlicher und privater Interessen als gerechtfertigt erachte und sie dem Department of Justice (DoJ) die geforderten Daten übermitteln werde. Die Beklagte schrieb insbesondere:

"Im Rahmen dieser Interessenabwägung sind wir zum Ergebnis gelangt, dass die Offenlegung des Namens der A._____ AG aufgrund überwiegender öffentlicher und privater Interessen gerechtfertigt ist. Die Kooperation mit dem DoJ und damit die Lieferung der verlangten Daten ist eine vom DoJ als zentral bezeichnete Voraussetzung dafür, dass B._____ ihre Situation mit Blick auf Vermögenswerte von in den USA steuerpflichtigen Personen klären kann. Das daran bestehende Interesse wurde sowohl von der FINMA als auch dem Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten anerkannt. Zudem unterstreicht insbesondere auch der Bundesrat das erhebliche Interesse der Schweizer Banken an der Kooperation mit dem DoJ."

Die Beklagte behauptet pauschal, dass überwiegende öffentliche und private Interessen für eine Datenlieferung an das DoJ bestünden. Sie verweist in diesem Zusammenhang aber lediglich darauf, dass auch Behörden wie die FINMA oder der Bundesrat ein Interesse der Schweizer Banken an der Kooperation mit dem DoJ bejaht hätten. Die Beklagte unterlässt es aber insbesondere, ein *überwiegendes* öffentliches Interesse darzulegen. Es kann nicht ohne hinreichende Begründung aus dem öffentlichen Interesse ein *überwiegendes* öffentliches Interesse geschlossen werden. Dazu auch nachfolgend Ziffer 6.

4. Die Klägerin reichte ihr Massnahmebegehren am 2. September 2014 ein (act. 1; Posteingang 3. September 2014). Mit Verfügung vom 3. September 2014 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 25. September 2014 (act. 7; Posteingang 29. September 2014). Dazu nahm die Klägerin mit Eingabe vom 16. Oktober 2014 (act. 12; Posteingang 17. Oktober 2014) ihrerseits Stellung. Mit Eingabe vom 10. November 2014 reichte die Beklagte eine weitere Stellungnahme ein (act. 15; Posteingang 11. November 2014).

5.1 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, a.a.O., Art. 261 N 23).

5.2 Die Klägerin weist auf ihre mögliche Verfolgung sowie auf die mögliche Verfolgung ihrer Organe und Angestellten durch US - amerikanische Behörden hin (act. 1 Rz. 29, Rz. 34, Rz. 38; act. 12 Rz. 7, Rz. 16). Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Klägerin hinsichtlich ihrer Bewegungsfreiheit nicht eingeschränkt sei. Als Aktiengesellschaft drohe ihr keine Verhaftung oder Auslieferung, sondern höchstens eine Busse. Ihre Angestellten seien nicht direkt betroffen. Sodann würden keinerlei objektiven Anhaltspunkte vorliegen, wonach die Datenübermittlung ein Strafverfahren oder ein anderes Verfahren gegen die Klägerin auslösen könne (act. 7 Rz. 47).

5.3 Es entspricht notorischem wirtschaftspolitischen 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 / 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, http://www.sav-fsa.ch/fileadmin/user_upload/sav/Aktuell/Vademekum_Übermittlung%20von%20Personendaten%20an%20US-Behörden_D.pdf, besucht am 1. Dezember 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 Rechts-

anwalts 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 Organen der Klägerin 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, welcher indirekt auch die Klägerin treffen würde. Zudem droht auch der Klägerin selber - wie auch die Beklagte anerkennt - eine empfindliche Sanktionierung durch die Verpflichtung zur Leistung einer Busse von beträchtlichem Umfang.

5.5 Die Beklagte bringt dagegen vor, die Vollständigkeit der Datenlieferung sei Voraussetzung für das Zustandekommen des Non-Prosecution Agreements. Eine unvollständige Datenlieferung würde sich auch auf das gesamte U.S.-Programm und damit auf alle teilnehmenden Banken auswirken. Denn das DoJ habe sich vorbehalten, das U.S.-Programm zu beenden, sofern die Datenübermittlungen der teilnehmenden Banken unvollständig seien. Dies zu verhindern, stelle ein erhebliches öffentliches Interesse dar, welches die Individualinteressen der Klägerin überwiege (act. 7 Rz. 49 ff.).

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. Die Beklagte führt in diesem Kontext lediglich aus, ein vorsorgliches Verbot der Datenübermittlung würde die vom U.S.-Programm verlangte zeitgerechte Lieferung der strittigen Daten verunmöglichen (act. 7 Rz. 82). Die Beklagte legt nicht ansatzweise dar, inwiefern sich eine nicht zeitgerechte Datenlieferung für sie nachteilig auswirken würde. Sie unterlässt es sogar darzulegen, innert welcher Frist die Daten zu übermitteln sind. Ihre Aussa-

ge, wonach sie im Falle einer ordentlichen Klageerhebung bis zum Abschluss eines ordentlichen Verfahrens mit der Datenlieferung an das DoJ warten würde (vgl. sogleich Ziffer 5.7.1), relativiert sodann die behauptete zeitliche Dringlichkeit. Schliesslich hätte die Abweisung des Massnahmebegehrens eine irreversible Bedeutung. Die Datenlieferung könnte nicht mehr ungeschehen gemacht werden.

5.7.1 In ihrer Stellungnahme vom 10. November 2014 (act. 15) macht die Beklagte geltend, dass ein Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der Durchführung des vorliegenden Massnahmeverfahrens fehle, da auch die Einreichung einer ordentlichen Klage vor Handelsgericht einen umfassenden einstweiligen Rechtsschutz vermitteln würde. Dies insbesondere deshalb, da die Beklagte bis zum rechtskräftigen Abschluss eines durch eine Klage ausgelösten ordentlichen Verfahrens darauf verzichte, dem DoJ die streitgegenständlichen Daten und Unterlagen zu liefern (act. 15 Rz. 5 ff.).

5.7.2 Sinn und Zweck vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 261 ZPO ist es, der Gesuchstellerin einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, bevor ein gerichtliches Endurteil vorliegt (HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 261 N 1). Vorsorgliche Massnahmen können daher bereits vor der Rechtshängigkeit des eigentlichen Prozesses beantragt werden (Art. 263 ZPO). Ansonsten würden vorsorgliche Massnahmen ihrer Kernfunktion, der Gewährung von raschem Rechtsschutz, beraubt (HUBER, a.a.O., Art. 263 N 1). Dementsprechend besteht das Motiv für die Stellung eines Massnahmebegehrens vor der Klageeinleitung regelmässig in der Dringlichkeit. Oftmals erheischt auch die Erarbeitung der Klageschrift geraume Zeit, weshalb es naheliegt, das Massnahmebegehren vorgängig separat zu stellen (JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 263 N 5).

5.7.3 Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist entgegen der Darstellung der Beklagten 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. 9/7 S. 6). Ohne Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens wäre

das in der Bewilligung enthaltene Verbot nach Ablauf der zehntägigen Frist dahingefallen. Vor dem Hintergrund des Schreibens der Beklagten vom 8. August 2014 (act. 3/4), in welchem sie an der Datenlieferung an das DoJ festhielt und der Klägerin eine Frist von 10 Tagen einräumte, um gegen die Herausgabe ihres Namens Klage zu erheben, war also Gefahr in Verzug. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann somit das Rechtsschutzinteresse an vorsorglichen Massnahmen nicht mit dem Verweis auf die Möglichkeit der Klägerin einer ordentlichen Klageeinleitung verneint werden. Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin besteht auch weiterhin, zumal die Aussage der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 10. November 2014 (act. 15) dahingehend verstanden werden kann, dass sie die streitgegenständlichen Daten *im Falle* einer ordentlichen Klageeinleitung bis zur rechtskräftigen Erledigung und nicht *bis* zu einer ordentlichen Klageeinleitung und darüber hinaus bis zur rechtskräftigen Erledigung nicht an das DoJ liefern wird. Ein wirksamer Rechtsschutz besteht für die Klägerin somit nur im Falle der Aufrechterhaltung der vorsorglichen Massnahmen. Somit besteht das Rechtsschutzinteresse der Klägerin nach wie vor.

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

6. Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei der (als 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.

Die von der Beklagten in ihren Eingaben 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. 3/11; act. 9/5; act. 9/12). 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 verabschie-

deter 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. 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. 3/10 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 Prozesses dahinfallen sollte, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Über den Antrag auf Zuspreehung einer Parteientschädigung ist ebenfalls in einem allfälligen Hauptsacheprozess zu befinden. Wiederum ist für den Eventualfall eine Entschädigung festzulegen. Vorliegend dürfte eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegen (BGer 4A_191/2014). Der Streitwert wurde in der Verfügung vom 3. September 2014 auf CHF 500'000 geschätzt (act. 4). Dagegen haben die Parteien keine Einwände vorgebracht, weshalb - auch angesichts des geltend gemachten existenziellen Interesses - von einem Streitwert von CHF 500'000 auszugehen ist.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Beklagten wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000 im Widerhandlungsfall, **vorsorglich verboten**, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Klägerin herauszugeben.
2. Der Klägerin wird eine **Frist bis 16. Februar 2015** 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 von der Klägerin 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), hat die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 8'000 (inkl. MWST) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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, 2. Dezember 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Isabelle Monferrini