

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150338-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin  
Helene Lampel

## Urteil vom 14. Januar 2016

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,

2. **B.** \_\_\_\_\_,

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin X1. \_\_\_\_\_

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt X2. \_\_\_\_\_

gegen

**C.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

### Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, Personendaten [im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO] der Gesuchsteller direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behör-

den weiterzugeben, unter Androhung gegen die Organe der Gesuchsgegnerin der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

2. Die Verfügung gemäss Ziff. 1 sei als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 265 Abs. 1 ZPO sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin anzuordnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin, zzgl. 8 % MWST."

### **Erwägungen:**

1. Das Begehren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen wurde von einem aktuellen sowie einem früheren einzelzeichnungsberechtigten Mitglied des Verwaltungsrates der D.\_\_\_\_\_ AG, einer im Bereich Treuhand und Vermögensverwaltung tätigen Gesellschaft, gestellt (act. 1 Rz. 1, Rz. 11 f., Rz. 48; act. 7 Rz. 27; Handelsregisterauszug der D.\_\_\_\_\_ AG: act. 3/2). Es richtet sich gegen die Beklagte, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Stadt Zürich. Diese betrieb eine Bank unter der Firma E.\_\_\_\_\_ AG, deren Zweck anfangs 2014 geändert wurde in die Verwaltung und Abwicklung von Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit ihrer früheren Finanzdienstleistungstätigkeit (act. 12 Rz. 2; act. 18 Rz. 9 f.; Handelsregisterauszug der Beklagten: act. 3/6).

2. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 20 lit. d i.V.m. Art. 13 ZPO; Art. 6 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG). Diese blieb auch unbestritten (act. 1 Rz. 7 ff.; act. 7 Rz. 4 ff.).

3. Die Parteien (nachfolgend Kläger und Beklagte genannt) haben die wesentlichen Umstände dargelegt (act. 1, act. 7, act. 12, act. 18). 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.

4. Im Wesentlichen geht es um folgenden Sachverhalt (act. 1 Rz. 2, Rz. 17 f., Rz. 48 und act. 12 Rz. 2; act. 7 Rz. 1 f., Rz. 10 ff., Rz. 21, Rz. 25 f., Rz. 40, Rz. 58 f., Rz. 90 und act. 18 Rz. 8 ff.; act. 8/7 und act. 8/24): Am 29. August 2013 stellte das US-Justizministerium (Department of Justice; fortan DoJ) ein Programm vor, das Schweizer Banken ermöglicht, ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit im Hinblick auf mögliche Verstösse gegen US Recht zu bereinigen ("Program for non-prosecution agreements or non-target letters for swiss banks"; fortan US-Programm, vgl. act. 3/7). Das US-Programm ermöglicht es Schweizer Banken, zur direkten Regelung ihrer Situation mit den US-amerikanischen Behörden in einer von vier Kategorien teilzunehmen. Die Beklagte nimmt am US-Programm als Kategorie 2 Bank teil (act. 1 Rz. 17, Rz. 52; act. 7 Rz. 20, Rz. 40 und act. 18 Rz. 13; act. 3/8; act. 8/7). Das sind Banken, gegen welche die US-Behörden keine Strafuntersuchung führen, die aber Grund zur Annahme haben, gegen die US-Gesetzgebung verstossen zu haben und ein sog. Non-Prosecution-Agreement (fortan NPA) anstreben. Um in den Genuss eines NPA zu gelangen, sind solche Banken verpflichtet, u.a. folgende Informationen zu liefern (Abschnitt II.D.2.b.v. US-Programm; act. 3/7 S. 4):

" the name and function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, trustee, fiduciary, nominee, attorney, accountant, or other individual or entity functioning in a similar capacity known by the Bank to be affiliated with said account at any time during the Applicable Period; [...]"

Die Kläger waren im relevanten Zeitraum einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsräte der D. \_\_\_\_\_ AG, welche Gesellschaft bei zwölf Kundenbeziehungen der Beklagten mit US-Bezug als externe Vermögensverwalterin tätig war. Bei zwei dieser Kundenbeziehungen agierten die Kläger zudem als Zeichnungsberechtigte (act. 1 Rz. 1, Rz. 11 f., Rz. 48; act. 7 Rz. 27, Rz. 55 und act. 18 Rz. 47). Im Rahmen des US-Programms plant die Beklagte, einerseits Angaben zur D. \_\_\_\_\_ AG und andererseits insbesondere die Namen der Kläger mit einer sogenannten

Leaver-Liste an US-Behörden weiterzuleiten (Leaver-Listen enthalten im Übrigen nicht-personalisierte Daten betreffend geschlossener Konten). Darüber informierte die Beklagte die Kläger zunächst mit Schreiben vom 3. September 2014 und vom 25. Juni 2015 (act. 1 Rz. 18 ff.; act. 7 Rz. 27, Rz. 33, Rz. 85 und act. 18 Rz. 8; Schreiben der Beklagten an die Kläger: act. 3/8 und act. 8/19).

Sowohl die D.\_\_\_\_\_ AG (separates Verfahren HE140487 bzw. HG150048; vgl. dazu act. 1 Rz. 2 ff., Rz. 27, Rz. 48; act. 12 Rz. 5 ff., Rz. 14 und act. 18 Rz. 16 f.) als auch die Kläger erhoben gegen die geplante Datenübermittlung Widerspruch (act. 1 Rz. 21; act. 7 Rz. 34; Schreiben der Kläger an die Beklagte vom 16. September 2014 und vom 13. Juli 2015: act. 3/9 und act. 8/20), wobei im Verfahren betreffend die D.\_\_\_\_\_ AG die Datenherausgabe zunächst superprovisorisch und sodann vorsorglich verboten wurde (act. 3/3 f.) und nunmehr das Hauptverfahren pendent ist (act. 13/24 f.).

Mit Schreiben vom 15. Juli 2015 (act. 3/10) informierte die Beklagte die Kläger darüber, dass sie nach vertiefter Prüfung trotz des formellen Widerspruchs an der Herausgabe der die Kläger betreffenden Daten an das DoJ festhalte (act. 1 Rz. 22, Rz. 41, Rz. 86; act. 7 Rz. 35). Die Beklagte schrieb insbesondere:

"[...] Die C.\_\_\_\_\_ hat die gegen eine Übermittlung ihrer Daten sprechenden Gründe sorgfältig geprüft und gegen die Gründe abgewogen, welche für die Übermittlung der vorerwähnten Daten sprechen. Im Rahmen dieser Interessenabwägung sind wir zum Ergebnis gelangt, dass die Übermittlung der betreffenden Unterlagen und Ihres Namens 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 die C.\_\_\_\_\_ 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 Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten anerkannt. Zudem unterstreicht insbesondere auch der Bundesrat das erhebliche Interesse der Schweizer Banken an der Kooperation mit dem DoJ. Auch bei nicht systemrelevanten Banken rechtfertigen öffentliche Interessen die Übermittlung der Daten. [...]"

Auf die Frage der Interessensabwägung ist nachfolgend unter 7. näher einzugehen.

5. Die Kläger reichten das vorliegende Massnahmebegehren mit Eingabe vom 21. Juli 2015, eingegangen am 22. Juli 2015, mit oben genanntem Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom 23. Juli 2015 wurde dem Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen entsprochen. Gleichzeitig wurde den Klägern Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 10'000 und der Beklagten Frist zur Beantwortung des Massnahmebegehrens angesetzt (act. 4). Die Kläger leisteten den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 6). In der Massnahmeantwort vom 17. August 2015 beantragte die Beklagte in erster Linie die Abweisung des klägerischen Begehrens (act. 7). Mit Verfügung vom 19. August 2015 (act. 10) wurde der weitere Antrag der Beklagten, es sei die angeordnete superprovisorische Massnahme mit sofortiger Wirkung vollumfänglich aufzuheben (act. 7 S. 2, Antrag 2), abgewiesen. Zudem wurde den Klägern Frist zur Stellungnahme angesetzt, welche mit Eingabe vom 10. September 2015 erstattet wurde (act. 12). Sodann wurde der Beklagten mit Verfügung vom 11. September 2015 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 14), welche innert erstreckter Frist (act. 16) am 22. Oktober 2015 eingereicht wurde (act. 18). Die Stellungnahme der Beklagten samt Beilagen wurde den Klägern am 26. Oktober 2015 zugestellt (Prot. S. 6; act. 20).

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 ZÜRCHER, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, 2011, N 28 zur Art. 261 ZPO; SPRECHER, in: Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, N 10 zu Art. 261 ZPO; HUBER, in: SUTTERSOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, N 23 zu Art. 261 ZPO).

6.2. Die Kläger bringen vor, ihre wirtschaftlichen Schicksale seien mit jenem der D.\_\_\_\_\_ AG eng verbunden. Ein Rufschaden der D.\_\_\_\_\_ AG sei auch ein solcher der Kläger und umgekehrt. Daneben weisen die Kläger auf die Möglichkeit einer Strafverfolgung durch US-amerikanische Behörden hin (act. 1 Rz. 4, Rz. 47

f., Rz. 59, Rz. 80 ff.). Nach Auffassung der Kläger würde die geplante Datenlieferung ihre Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 ZGB verletzen (act. 1 Rz. 29 ff., Rz. 59, Rz. 78, Rz. 91).

Die Beklagte wendet in erster Linie ein, gemäss ihrem Kenntnisstand seien mindestens sieben der zwölf von der D.\_\_\_\_\_ AG betreute Kundenbeziehungen den US-Behörden im Rahmen eines Voluntary Disclosure (fortan OVDI-Verfahren), bei welchem die US-steuerpflichtige Person den US-Behörden bis anhin nicht deklarierte Vermögenswerte bei ausländischen Bankinstituten anzeigt, offengelegt worden. Im Zusammenhang mit den bei der Beklagten geführten Kundenbeziehungen mit US-Bezug seien die Kläger den US-Behörden daher bereits bekannt, weshalb kein Geheimhaltungsinteresse bestehe und die Datenlieferung auf die Kläger keine negativen Auswirkungen hätte (act. 7 Rz. 3, Rz. 28 ff., Rz. 47, Rz. 55, Rz. 68, Rz. 70; act. 18 Rz. 18 ff., Rz. 29 f., Rz. 33 f., Rz. 37 ff., Rz. 43 f., Rz. 47). Die Beklagte betont in diesem Zusammenhang, dass sie ihrerseits keine Personendaten in Bezug auf die D.\_\_\_\_\_ AG oder die Kläger dem DoJ oder einer anderen US Behörde übermittelt habe (act. 18 Rz. 17, Rz. 22, Rz. 28, Rz. 38).

Die Kläger führten dazu aus, die Beklagte bleibe den Beweis schuldig, dass das DoJ oder der Internal Revenue Service die Identität der D.\_\_\_\_\_ AG oder der Kläger kenne. Sie bestreiten die Teilnahme von Kunden mit Bezug zu den Klägern an OVDI-Verfahren und machen geltend, es liege nahe, dass die Beklagte dem DoJ anlässlich der Sitzung vom 3. Februar 2015 die Identitäten der D.\_\_\_\_\_ AG und der Kläger offen gelegt haben könnte (act. 12 Rz. 8 ff.). Abgesehen davon bestehe unabhängig von einer allfälligen früheren Denunzierung der Kläger weiterhin ein Rechtsschutzinteresse daran, nicht in einer Leaver-Liste verzeichnet zu werden, würden diese doch zur Auswertung unstrukturierter Daten verwendet (act. 12 Rz. 21 f.). Das Rechtsschutzinteresse der Kläger sei daher nach wie vor gegeben (act. 12 Rz. 28).

6.3. Den Ausführungen der Beklagten ist zu entnehmen, dass sie lediglich annimmt, die vorliegend leer eingereichten Formulare betreffend "Offshore Voluntary Disclosures" (act. 8/12) seien durch die betreffenden Kunden im Rahmen der

Selbstanzeige ordnungsgemäss ausgefüllt worden und daher die Angaben zur D.\_\_\_\_\_ AG und den Klägern den US-Behörden "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" offen gelegt worden (act. 7 Rz. 28 ff.; vgl. auch act. 18 Rz. 19 ff., Rz. 29 f.). In der dazu eingereichten Korrespondenz (act. 8/13-17 und act. 19/27-32) sind die relevanten Angaben geschwärzt, weshalb die Behauptungen der Beklagten aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht nachvollziehbar sind. Insbesondere geht daraus nirgends hervor, ob diese Korrespondenz Kunden mit Bezug zu den Klägern betrifft. Auch die E-Mail Anfrage des DoJ an die Beklagte vom 4. Februar 2015 mit Bezug auf die Beziehung der Beklagten zu Personen und Gesellschaften auf der übermittelten Liste (act. 8/18 = act. 13/22) wurde weitgehend geschwärzt, so dass der Inhalt des E-Mails nur bruchstückhaft nachvollziehbar ist. Nach dem Teilsatz "we would like a description of the bank's relationship with the following individuals and entities, who we have reason to believe were involved with C.\_\_\_\_\_ 's U.S. related accounts" werden unter "13. D1.\_\_\_\_\_ AG, B.\_\_\_\_\_, and A.\_\_\_\_\_" aufgeführt. Die Formulierung "reason to believe" zeigt, dass seitens des DoJ lediglich eine entsprechende Vermutung geäussert wurde. Auch nach Darstellung der Beklagten geht aus dem E-Mail lediglich hervor, dass das DoJ Grund zur Annahme habe, u.a. die D.\_\_\_\_\_ AG (bis 8. Dezember 2005 unter der Firma D1.\_\_\_\_\_ AG, vgl. act. 3/2) und die Kläger hätten in Verbindung zu Kundenbeziehungen der Beklagten mit US-Bezug gestanden (act. 7 Rz. 31, vgl. auch Rz. 40, Rz. 68). Die von der Beklagten geplante Lieferung der Leaver-Listen an das DoJ, aus welchen u.a. die Namen der Kläger hervorgehen, würde die Annahmen des DoJ bestätigen und so deren Verdacht erhärten. Hinzu kommt, dass die Leaver-Listen gemäss den glaubhaften Ausführungen der Kläger (act. 12 Rz. 21 f.) und den dazu eingereichten Beilagen (act. 13/26 f.) zur Auswertung unstrukturierter Daten verwendet werden könnten. Was sodann die Selbstdeklarationen betrifft, so sind den US-Behörden gemäss Ausführungen der Beklagten dadurch lediglich rund die Hälfte der Kundenbeziehungen "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" bereits bekannt, so dass dem DoJ mit der geplanten Bekanntgabe von Daten auf den Leaver-Listen zusätzliche Informationen geliefert würden (vgl. auch act. 12 Rz. 24 f.). Auf den Umstand, dass die Beklagte in Bezug auf die weiteren Kundenbeziehungen keine Hinweise auf

Verstösse gegen die US Gesetze habe (act. 18 Rz. 44), kann es nicht ankommen, handelt es sich dabei doch lediglich um die subjektive Sichtweise der Beklagten. Zusammenfassend ist das Rechtsschutzinteresse der Kläger am beantragten Verbot nach wie vor gegeben.

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. Mit den Klägern kann daher davon ausgegangen werden, dass die zu übermittelnden Daten Strafverfolgungszwecken dienen (act. 1 Rz. 17 f., Rz. 47 ff., Rz. 75, Rz. 80 und act.12 Rz. 11, Rz. 22, Rz. 26 f. mit Hinweis auf act. 3/12-16, act. 13/27). Nicht zu überzeugen vermag unter diesen Umständen die Argumentation der Beklagten, wonach seit Juni 2008 von den US-Behörden gegen weniger als zehn externe Vermögensverwalter ein Verfahren eröffnet worden sei, wobei keine Fälle bekannt seien, in welchen diese wegen der blossen Tätigkeit im Zusammenhang mit US-Kundenbeziehungen in den Fokus der amerikanischen Justiz geraten seien, und die daraus gezogene Schlussfolgerung der Beklagten, es bestehe deshalb keine Gefahr, dass die Kläger in den USA wegen der geplanten Datenlieferung einer Strafverfolgung ausgesetzt wären (act. 7 Rz. 50 ff., Rz. 95 f. mit Hinweis auf act. 8/21-23 sowie act. 18 Rz. 31, Rz. 37 ff., Rz. 45, Rz. 48). 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 an die USA" (TOBIAS F. ROHNER / URS FURRER, in: Der Schweizer Treuhänder, 8/2013, S. 515 ff.).

(S. 516) "Gestützt auf die im Fall F.\_\_\_\_\_ 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; act. 3/11).

(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. In dieselbe Richtung geht der von der Beklagten eingereichte Artikel von Alexander M. GLUTZ mit dem Titel "Angriff auf die Menschenrechte" in der Weltwoche vom 21. Oktober 2015 (act. 19/33).

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. Hinzu kommt, dass das im Verfahren HE140487 betreffend die D.\_\_\_\_\_ AG vorsorglich angeordnete Verbot (act. 3/4) bei einem anderslautenden Entscheid im vorliegenden Verfahren unterlaufen werden könnte.

6.6. Die Beklagte macht gestützt auf diverse Quellen ein eminentes Interesse an der Datenlieferung geltend. Insbesondere verweist die Beklagte auf folgende Unterlagen (act. 7 Rz. 12 ff., Rz. 58; act. 18 Rz. 12):

- Erklärungen der Räte zur Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten vom 19. Juni 2013, in: Amtliches Bulletin NR 13.054 (act. 8/2) sowie in: Amtliches Bulletin SR 13.053 (act. 8/3)
- Die im Zusammenhang mit dem US-Programm publizierte gemeinsame Erklärung der Schweiz und der USA, das "Joint Statement between the U.S. Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance" vom 29. August 2013 (Anhang von act. 3/7 = act. 8/5)
- FINMA-Mitteilung 50 (2013) vom 30. August 2013 (act. 8/7)
- Mitteilung des Saatssekretariats für internationale Finanzfragen SIF vom 30. August 2013 (act. 8/24)
- "Wegelin zerbricht am Steuerstreit", NZZ vom 27. Januar 2012 (act. 8/4)
- Patrick RAAFLAUB, "Das US-Programm: Entscheidende Phase für Schweizer Banken", NZZ vom 29. November 2013 und le Temps vom 30. November 2013 (act. 8/6)

- "US-Justizministerium zum Bankenprogramm: Gruppe 2 muss liefern", NZZ vom 19. März 2014 (act. 8/22).

Die Beklagte betont die Wichtigkeit und das Interesse der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreits sowie insbesondere der Teilnahme der Schweizer Banken am US-Programm. Die FINMA habe die Schweizer Banken im Herbst 2013 denn auch nachdrücklich aufgefordert, am US-Programm teilzunehmen. Bei einer nicht vollständigen Lieferung der vom DoJ geforderten Daten bestehe ein beträchtliches Risiko, dass das DoJ den Abschluss eines NPA verweigere und es zur Anklageerhebung gegen die Beklagte in den USA komme. Solche Strafklagen, auch bloss angedrohte, seien für die Banken existenzgefährdend und würden dem Ruf des Schweizer Finanzplatzes erheblich schaden. Zudem wirke sich die geplante Datenlieferung auf das gesamte US-Programm und damit auf alle teilnehmenden Banken aus, zumal bei einer Beendigung des US Programms wegen mangelnder Kooperation einzelner Banken auch allen anderen Banken eine Lösung des Steuerstreits auf diesem Weg verschlossen wären. Faktisch seien die Banken zur Teilnahme am US-Programm gezwungen (act. 7 Rz. 2 f., Rz. 15 ff., Rz. 40, Rz. 56 ff., Rz. 67 f., Rz. 74, Rz. 91 und act. 18 Rz. 8, Rz. 12 ff.).

6.7. Dass fehlende Kooperation mit den USA gravierende ökonomische Folgen für die Bankenwelt im Allgemeinen zeitigen könnte, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden. In Bezug auf die Beklagte relativiert sich dieser Umstand indessen insofern, als sie lediglich die Verwaltungs- und Abwicklungsgesellschaft einer Bank ist (act. 3/6), welche gemäss eigenen Ausführungen per 27. November 2014 aus der bankenrechtlichen Aufsichtspflicht entlassen worden war (act. 18 Rz. 9).

Im Kontext der massnahmerechtlichen Interessensabwägung ist zudem 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 US-amerikanischen Behörden führen würde. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Beklagte vom DoJ mit E-Mail vom 4. Februar 2015 (act. 8/18 = act. 13/22) dazu aufgefordert wurde, ihre Beziehung zur D.\_\_\_\_\_ sowie zu den Klägern zu beschreiben (act. 7 Rz. 31,

Rz. 40, Rz. 68; act. 12 Rz. 10), nachdem die Beklagte dazu u.a. ausführt, von den über 40 im E-Mail des DoJ aufgelisteten Personen hätten neben der D.\_\_\_\_\_ AG und den Klägern nur drei weitere Personen gegen die geplante Datenlieferung Widerspruch erhoben (act. 18 Rz. 48).

Weiter ist den Klägern darin beizupflichten (act. 1 Rz. 84 f.), dass die Abweisung des Massnahmebegehrens eine irreversible Bedeutung hätte. Die Datenlieferung könnte nicht mehr ungeschehen gemacht werden. Eine Verweisung der Kläger auf finanzielle Ansprüche nach einem Obsiegen im ordentlichen Prozess vermöchte den drohenden Eingriff in ihre Freiheitsrechte nicht adäquat auszugleichen.

6.8. Schliesslich weist die Beklagte auf die ihr mit Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 28. März 2014 erteilte (act. 8/8 = act. 13/23) und am 27. März 2015 bis 31. Dezember 2019 verlängerte Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB hin (act. 8/9). Sie führt dazu aus, mit der Verfügung sei ihr die Lieferung der Leaver-Listen und somit die Offenlegung von Daten betreffend Dritte im Zusammenhang mit geschlossenen Kundenbeziehungen mit US-Bezug erlaubt worden (act. 7 Rz. 22, Rz. 27, Rz. 44, Rz. 77 f. und act. 18 Rz. 27; zu dieser Thematik die Kläger act. 1 Rz. 58 ff. mit Hinweis auf act. 3/17 ff.). Weiter hält die Beklagte fest (act. 7 Rz. 23 f., Rz. 35 f.), ihre Vorgehensweise in Bezug auf die geplante Datenübermittlung entspreche in allen Punkten den Verfügungen vom 28. März 2014 und vom 27. März 2015, dem Merkblatt des Eidgenössischen Datenschutzes- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 20. Juni 2013 (act. 8/10) sowie dessen Empfehlungen an fünf Banken der Kategorie 1 vom 16. Oktober 2012 (act. 8/11).

Die der Beklagten vom Eidgenössischen Finanzdepartement erteilte Bewilligung nach Art. 271 StGB entbindet sie indessen nicht von der Einhaltung u.a. der datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Die Bewilligung wurde denn auch nur unter der Bedingung erteilt, dass innert der dort vorgesehenen Frist keine Klage nach Art. 15 DSGVO der von der Datenbekanntgabe Betroffenen anhängig gemacht wird oder eine solche rechtskräftig abgewiesen wurde (act. 8/8 = act. 13/23 Erwägung-

gen Ziff. II.9. und Dispositiv Ziff. 1.4.c und Ziff. 3). Mit anderen Worten wäre das in der Bewilligung enthaltene Verbot der Datenbekanntgabe unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB dahingefallen, sofern die Kläger innert der zehntägigen Frist gemäss Schreiben vom 15. Juli 2015 (act. 3/10) kein gerichtliches Verfahren eingeleitet hätten.

In diesem Zusammenhang macht die Beklagte geltend, dass die Einreichung eines Schlichtungsgesuches zur Klageeinleitung gemäss Ziff. 1.4.c der Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements genügt hätte, worauf sie die Kläger mit Schreiben vom 15. Juli 2015 (act. 3/10 S. 2) ausdrücklich aufmerksam gemacht habe. Mit dem vorliegenden Gesuch um Anordnung eines einstweiligen Datenübermittlungsverbots hätten die Kläger ein unnötiges Gerichtsverfahren in Gang gesetzt, weshalb die beantragten Massnahmen unverhältnismässig und damit unzulässig seien (act. 7 Rz. 35 ff., Rz. 98 ff.).

Sinn und Zweck vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 261 ZPO ist es, der gesuchstellenden Partei einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, bevor ein gerichtliches Endurteil vorliegt (HUBER, a.a.O., N 1 zu Art. 261 ZPO). 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., N 1 zu Art. 263 ZPO). Dementsprechend besteht das Motiv für die Stellung eines Massnahmebegehrens vor der Klageeinleitung regelmässig in der Dringlichkeit. Braucht es einen Schlichtungsversuch (Art. 197 ff. ZPO), vergehen Wochen. Oftmals erheischt auch die Erarbeitung der Klageschrift geraume Zeit, weshalb es naheliegt, das Massnahmebegehren vorgängig separat zu stellen (ZÜRCHER, a.a.O., N 5 zu Art. 263 ZPO).

Gemäss dem ihnen zustehenden Wahlrecht im Sinne von Art. 6 Abs. 3 ZPO machten die Kläger ihr Begehren am Handelsgericht anhängig, so dass ein vorgängiges Schlichtungsverfahren nicht nur das für das Massnahmeverfahren, sondern auch für das Hauptverfahren entfällt (Art. 198 lit. a und lit. f ZPO). Zur direkten Einleitung des Hauptprozesses wäre eine schriftliche Klagebegründung einzureichen gewesen (vgl. Art. 221 ZPO). Ungeachtet des Hinweises der Beklagten

auf ein mögliches Schlichtungsgesuch innert der zehntägigen Klagefrist im Schreiben vom 15. Juli 2015 (act. 3/10 S. 2) war daher Gefahr im Verzug. Der von der Beklagten angeführte Entscheid des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 27. Februar 2015, in welchem ein Massnahmebegehren während noch laufender Frist zur Einreichung eines Schlichtungsgesuches als unverhältnismässig bezeichnet wurde (act. 8/26), ist daher vorliegend nicht einschlägig. Abgesehen davon erweist sich das Massnahmebegehren auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich in vergleichbaren Fällen als zulässig (Urteil LF150002 vom 3. März 2015 E. 5.3 sowie Urteil LF140107 vom 13. März 2015 E. 3.4.4 ff.). Im Ergebnis ist der Erlass vorsorglicher Massnahmen notwendig und erforderlich, so dass die Verhältnismässigkeit des Massnahmebegehrens nicht mit dem Verweis auf die Möglichkeit der Einreichung eines Schlichtungsgesuches verneint werden kann.

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

7.

7.1. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, gelangt man bei Anwendung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) zum gleichen Ergebnis.

7.2. Die Daten, welche die Beklagte in Bezug auf die Kläger auf einer Leaver-Liste an die US-Behörden zu übermitteln beabsichtigt (vgl. act. 1 Rz. 19 ff., Rz. 56; act. 7 Rz. 1, Rz. 10 und act. 18 Rz. 33), sind als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG zu qualifizieren. Auch geht es um eine Datenbearbeitung im Sinne von Art. 3 lit. e DSG und eine Datenbekanntgabe im Sinne von Art. 3 lit. f DSG. Zum Einwand der Beklagten, die Kläger seien den US-Behörden aufgrund von Selbstanzeigen von Kunden der D.\_\_\_\_\_ AG bereits bekannt, weshalb die Voraussetzungen gemäss Art. 3 lit. f DSG nicht erfüllt seien (act. 7 Rz. 47 und act. 18 Rz. 33 ff.; dazu die Kläger act. 12 Rz. 15 ff.), ist auf das unter 6.3. Ausgeführte zu verweisen.

7.3. Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG dürfen Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Den Klägern ist darin beizupflichten (act. 1 Rz. 34, Rz. 69, Rz. 76, Rz. 79 ff.), dass die Datenschutzgesetzgebung der USA als ungenügend zu qualifizieren ist (siehe die Staatenliste des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten Stand 3. Dezember 2015, abrufbar unter [www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html](http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html), besucht am 13. Januar 2016; vgl. dazu BAERISWIL / BLONSKI, in: Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2015, N 14 f. zu Art. 6 DSG sowie PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, in: AJP 10/2015, S. 1362). Somit sind die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG vorliegend erfüllt.

7.4. Im Zusammenhang mit den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG bringen die Kläger vor, diese seien rein zivilrechtlicher Natur und vorliegend nicht anwendbar, da die Rechtfertigungsgründe im öffentlich-rechtlich geregelten Gebiet der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Strafsachen abschliessend

geregelt seien. Es gebe daher keinen Spielraum für private Interessensabwägungen (act. 1 Rz. 38 ff., Rz. 72 ff.).

Die klägerische Argumentation geht fehl. Die Beklagte hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die von den Klägern angeführten Bestimmungen der Amts- und Rechtshilfe lediglich auf Behörden Anwendung finden und dass sie in Bezug auf die geplante Datenbekanntgabe namentlich den Schranken gemäss DSG und StGB unterliegt (act. 7 Rz. 41 ff. und act. 18 Rz. 32, Rz. 42). Nachdem die geplante Datenlieferung an die USA durch die Beklagte eine qualifizierte Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG darstellt, müssen für deren Rechtfertigung die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 DSG erfüllt sein.

Von den in Art. 6 Abs. 2 DSG abschliessend aufgezählten Rechtfertigungsgründen (vgl. Botschaft zur Änderung des DSG vom 19. Februar 2003, BBI 2003 2101 ff., S. 2129; BAERISWIL / BLONSKI, a.a.O., N 16 zu Art. 6 DSG) kommt vorliegend einzig der Rechtfertigungsgrund der Wahrung eines *überwiegenden* öffentlichen Interesses gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG in Frage, auf welches sich auch private Datenbearbeiter stützen können. Mit anderen Worten besteht vorliegend ohnehin kein Raum für eine Berücksichtigung eines überwiegenden privaten Interesses der Beklagten (BAERISWIL / BLONSKI, a.a.O., N 32 zu Art. 6 DSG; ROHNER / FURRER, a.a.O., S. 521; Urteil LF140075 der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2015 E. III.3.3).

7.5. Die Kläger führen aus, ein überwiegendes öffentliches Interesse sei nicht ersichtlich, sondern es gehe der Beklagten, die keine systemrelevante Bank, sondern eine blosser Verwaltungs- und Abwicklungsgesellschaft sei, um die Aushandlung einer möglichst tiefen Busse und damit um pure Eigeninteressen (act. 1 Rz. 68, Rz. 77; act. 12 Rz. 2). Die Beklagte wendet ein, die geplante Datenübermittlung sei durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt. Die Interessen der Kläger seien nicht merklich betroffen, bestehe für sie doch keine Gefahr, in den USA wegen der Datenlieferung einer Strafverfolgung ausgesetzt zu sein. Den kaum relevanten privaten Interessen der Kläger an der Verhinderung der Datenlieferung stünden bedeutende öffentliche Interessen an der Herausgabe der

Daten gegenüber. Übermittle die Beklagte nicht sämtliche Daten wie vom US-Programm verlangt, drohe das NPA nicht zustande zu kommen sowie eine existenzbedrohende Strafklage gegen die Beklagte in den USA, was dem Ruf des Schweizer Finanzplatzes erheblich schaden könnte (act. 7 Rz. 3, Rz. 39, Rz. 48 ff., Rz. 67 f., Rz. 72 ff., Rz. 91 ff. und act. 18 Rz. 14 f., Rz. 36 f., Rz. 45, Rz. 48 f.).

7.6. Einige der von der Beklagten zitierten Quellen beschäftigen sich im relevanten Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse, vorbehaltlich einer gerichtliche Prüfung nach DSG (act. 8/6, act. 8/10 f., act. 8/24). Auch die der Beklagten vom Eidgenössischen Finanzdepartement erteilte Bewilligung nach Art. 271 StGB behält die gerichtliche Prüfung nach DSG ausdrücklich vor (act. 8/8 = act. 13/23 Erwägungen Ziff. II.9. und Dispositiv Ziff. 1.4.c und Ziff. 3). 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."

7.7. 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, die tatsächlichen Grundlagen des *überwiegenden* öffentlichen Interesses glaubhaft zu machen. Für diesen Rechtfertigungsgrund trifft sie die Beweislast (RAMPINI, Basler Kommentar zum Daten-

schutz- und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N 3 zu Art. 12 und N 3 zu Art. 15 DSG). Wie die Reaktion des DoJ auf einzelne, wegen Gerichtsentscheiden unterbliebene Datenübermittlungen sein wird, ist aber offen (vgl. dazu auch das Urteil LF140075 der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2015 E. III.3.5.7 S. 23 ff.). Jedenfalls ist bis anhin kein Fall bekannt, in dem eine Bank vom Abschluss eines NPA ausgeschlossen oder ein solches rückgängig gemacht worden wäre, weil die Bank gerichtliche Verbote beachten musste und die verlangten Daten nicht vollständig liefern konnte (PLÜSS, a.a.O., S. 1363). Die Beklagte behauptet denn auch nicht, dass sie derzeit in den USA in ein Strafverfahren involviert sei, sondern lediglich, dass eine Anklageerhebung in den USA bei nicht vollständiger Datenlieferung drohen könnte (act. 7 Rz. 3, Rz. 56, Rz. 67 und act. 18 Rz. 14), wobei davon ausgegangen werden kann, dass diese Gefahr bei einer blossen Verwaltungs- und Abwicklungsgesellschaft einer Bank wie der Beklagten wesentlich geringer als bei einer aktuell im Bankengeschäft tätigen Gesellschaft sein dürfte. Für das Massnahmeverfahren ist bezüglich der tatsächlichen Grundlagen des überwiegenden öffentlichen Interesses von Beweislosigkeit auszugehen, weshalb die angebehrte Massnahme gutzuheissen ist (Art. 15 DSG i.V.m. mit Art. 261 ff. ZPO).

8. 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 ist von einer vermögensrechtliche Streitigkeit auszugehen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_191/2014 und 4A\_239/2014 vom 2. Juli 2014 E. 2.3 f.; Urteil LF130077 der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 3. März 2014 E. 4.2.2). Der Streitwert wurde in der Verfügung vom 23. Juli 2015 auf CHF 500'000 geschätzt (act. 4 S. 2). 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**, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US Behörden weiterzugeben.
2. Den Klägern wird eine **Frist bis 14. März 2016** 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 10'000.00. 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 6'200.00 (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, 14. Januar 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel