

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE150500-O

U/jc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie Gerichtsschreiberin Claudia
Iunco-Feier

Urteil vom 7. April 2016

in Sachen

1. **A.**_____, Dr. iur.,

2. **B.**_____,

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

C._____ **SA,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw 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. Parteien

Die Kläger sind zwei in Zürich praktizierende und im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragene Rechtsanwälte. Die Beklagte ist eine Bank mit Sitz in Genf (act. 1 Rz. 2 f. und 27 f.).

2. Prozessgegenstand

Die Parteien haben die wesentlichen Umstände dargelegt. 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 bleibt dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Das Massnahmeverfahren wird vom Glaubhaftmachen beherrscht und kennt auch ansonsten Grundsätze, die im ordentlichen Verfahren nicht gelten.

Im Wesentlichen geht es um folgenden Sachverhalt: Die Beklagte hat den Klägern angekündigt, im Rahmen des US-Programms sie betreffende Daten an die US-Behörden zu liefern (act. 1 Rz. 30). Namentlich geht es um eine Kontobeziehung zwischen der Beklagten und einer "Corporation". Die Namen der Kläger sollen übermittelt werden, weil sie über eine Bankvollmacht für Konten dieser "Corporation" verfügten und die die "Corporation" betreffende Korrespondenz an die Adresse der Kanzlei der Kläger zugestellt wurde (act. 1 Rz. 27 ff.). Die Kläger erhoben dagegen Widerspruch. Mit Schreiben vom 3. November 2015 kündigte die

Beklagte an, dass sie die Daten dennoch an die US-Behörden liefern werde (act. 1 Rz. 33, 3/3, 3/4). Am 4. Januar 2016 schloss die Beklagte mit den US-Behörden ein Non-Prosecution Agreement (NPA) (act. Rz. 2).

Die Kläger erachten eine Datenbekanntgabe aus verschiedenen Gründen als unzulässig, insbesondere aber wegen des Wegfalls einer Herausgabepflicht durch den Abschluss des NPA und wegen fehlender überwiegender öffentlicher Interessen (insb. act 25 Rz. 14 ff.). Die Beklagte hält an der Zulässigkeit und Notwendigkeit der Datenbekanntgabe auch nach Abschluss des NPA fest (act. 19 Rz. 15, 33, 34).

3. Prozessverlauf

Die Kläger reichten ihr Massnahmebegehren am 13. November 2015 ein (act. 1, Datum Poststempel). Mit Verfügung vom 16. November 2015 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 am 9. Dezember 2015 ein (act. 8). Den Klägern wurde mit Verfügung vom 10. Dezember 2015 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 11). Innert erstreckter Frist nahmen die Kläger am 15. Januar 2016 Stellung, wobei sie Noven vorbrachten (act. 15). Auf entsprechende Aufforderung nahm die Beklagte hierzu mit Eingabe vom 10. Februar 2016 Stellung (act. 19). Hierauf wurde den Klägern erneut Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 21). Innert erstreckter Frist reichten die Kläger eine entsprechende Stellungnahme ein (act. 25). Diese wurde den Beklagten mit Verfügung vom 17. März 2016 zugestellt (act. 27).

4. Würdigung

4.1 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 et al, ZPO Komm., Art. 261 N 23).

4.2 Die Kläger weisen unter anderem auf ihre mögliche Verfolgung und Verhaftung durch US-Behörden hin (act. 1 Rz. 120 ff.). Die Beklagte stellt sich hingegen auf den Standpunkt, die Kläger hätten bei einer Datenherausgabe von den US-Behörden nichts zu befürchten (act. 8 Rz. 115 ff., 141 ff.).

4.3 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.

4.3.1 "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."

4.3.2 "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).

4.3.3 "Übermittlung von Personendaten von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten an US-Behörden" (ALICE REICHMUTH PFAMMATER, http://www.savfsa.ch/de/documents/news/vademekum_uebermittlung-von-personendaten-an-us-behoerden_d.pdf, besucht am 23. März 2016).

(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 (...)."

4.4 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.

4.5 Die Beklagte macht gestützt auf diverse Quellen ein öffentliches Interesse an der Datenlieferung geltend (act. 8 Rz. 92 ff.). Insbesondere wird auf folgende Unterlagen verwiesen:

- act. 9/3, 9/16: Bewilligungen des EFD gem. Art. 271 StGB vom 8. Januar 2014, 2. Februar 2015
- act. 9/5: Botschaft des Bundesrates zur Lex USA, BBI 2013, 3947 ff.
- act. 9/30: Empfehlung EDÖB vom 15. Oktober 2012

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 aber das Folgende zu berücksichtigen: Inwiefern ein negativer Massnahmeentscheid zu negativen Reaktionen der amerikanischen Behörden führen würde, wurde nicht dargelegt und ist fraglich, zumal bereits mehrere solche Entscheide ergangen sind, negative Reaktionen der US-Behörden aber nicht bekannt sind. Zu berücksichtigen ist sodann, dass mittlerweile alle Banken der Kategorie 2 des US-Steuerprogramms mit den amerikanischen Behörden NPA abgeschlossen haben, was die Bedeutung der – aufgrund gerichtlicher Entscheide – noch nicht gelieferten Daten für die amerikanischen Behörden eher relativiert.

Schliesslich ist zu beachten, dass die Abweisung des Massnahmebegehrens eine irreversible Bedeutung hätte. Die Datenlieferung könnte nicht mehr ungeschehen gemacht werden.

4.6 Fazit: Aufgrund der spezifischen Grundsätze des Massnahmerechts (Verhältnismässigkeitsprinzip, Abwägen der Nachteile) ist das Massnahmebegehren gutzuheissen. Nur damit lassen sich die den Klägern drohenden Nachteile abwenden, wobei über das Definitivum im ordentlichen Prozess zu entscheiden sein wird. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist das vorsorgliche Verbot notwendig, zumal – selbst wenn sie stets deutlich kommuniziert hätte, von einer Datenlieferung abzusehen, wenn ein Gerichtsverfahren dagegen eingeleitet wird (act. 8 Rz.

140), was sie nicht belegt hat – die Kläger über keinen wirksamen Rechtsschutz verfügen, solange nicht ein Gericht die Datenübermittlung verboten hat.

4.7 Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei der Anwendung von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO. 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 – vorbehaltlich einer entgegengesetzten rechtlichen Regelung, wie sie die Lex USA geboten hätte – gerichtliche Prüfung nach DSGVO ausdrücklich vor (act. 9/3, 9/5, 9/30). 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. 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 DSGVO-Rampini, Art. 15 N 3). Wie die Reaktion des DoJ auf einzelne, wegen Gerichtsentscheiden unterbliebene Datenübermittlungen sein wird, ist offen. Negative Reaktionen sind trotz mehrerer die Datenherausgabe verbietender Entscheide jedenfalls nicht bekannt und wurden von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. 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).

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 Zusprechung einer Parteientschädigung ist ebenfalls in einem allfälligen Hauptsacheprozess zu befinden. Wiederum ist für den Eventualfall eine Entschädigung festzulegen. Da die Kläger als Anwälte ein Gewerbe betreiben und die Datenherausgabe die Ausübung des Gewerbes ernsthaft beeinträchtigen kann (z.B. durch Tangierung des Rufes bei Ruchwerden der Verfolgung durch US-Behörden), ist von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen (Anwendung der Grundsätze des Bundesgerichtes, vgl. BGer 4A_328/2015, E. 6.1, wobei das Präjudiz eine andere Konstellation betraf und ein anderes Ergebnis zeitigte). Das Gericht schätzte den Streitwert auf CHF 500'000 (Prot.S. 2). Dies entgegen der klägerischen Angabe von CHF 50'000 (act. 1 Rz 5). Die Beklagte schloss sich den Klägern an, da diese kein existenzielles Interesse geltend gemacht hätten (unter Hinweis auf HE140223). Seitens der Klägerschaft war in für das Gericht nachvollziehbarer Weise auf die möglichen schweren ökonomischen Folgen einer Datenherausgabe hingewiesen worden. Sie sprachen u.a. von einem im schlimmsten Fall drohenden Ruin der Kanzlei und einem hohen, langfristig wirksamen Schaden (act. 1 Rz 117). Damit waren klarerweise existenzielle wirtschaftliche Interessen angesprochen, welche zu einem Streitwert von mindestens CHF 500'000 führen müssen. Für die Bemessung der Gebühr ist davon auszugehen (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Nachdem sich beide Parteien für einen viel tieferen Streitwert ausgesprochen haben, ist davon auszugehen, dass sie für die Bemessung der Parteientschädigung einen Streitwert von CHF 50'000 als Bemessungsgrundlage wünschen.

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 Kläger herauszugeben.
2. Den Klägern wird eine **Frist bis 14. Juni 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.–. Sie wird aus dem von den Klägern 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 6'000.– (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, 7. April 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Claudia Iunco-Feier