

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180208-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Adrienne Hennemann

Urteil vom 10. Juli 2018

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Kläger

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

gegen

C._____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2._____

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 Wiederhandlungsfall.**
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 D._____ (act. 1 Rz. 2 und 3).

2. Prozessgegenstand

Das Departement of Justice (DoJ) leitete im Sommer 2011 eine Untersuchung gegen die Beklagte ein. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2011 forderte das DoJ die Beklagte, die sich als Kategorie-1-Bank bezeichnet hat (act. 1 Rz. 21), auf umfassende Unterlagen und Informationen im Zusammenhang mit ihrem grenz-

überschreitenden US-Kundengeschäft zu übermitteln, sollte sie an einem Abschluss der Strafuntersuchung ohne Anklageerhebung Interesse haben (act. 8 Rz. 14 ff.). Mit Schreiben vom 16. September 2013 und E-Mail vom 31. Oktober 2017 wurde die Beklagte aufgefordert, bestimmte Daten über Kundenbeziehungen mit US-Bezug zu übermitteln, die seit dem 1. August 2008 saldiert worden sind (act. 8 Rz. 23).

Mit Schreiben vom 3. April 2018 setzte die Beklagte die Kläger darüber in Kenntnis, dass sie in den zur Übermittlung an das DoJ vorgesehenen Daten in Verbindung mit geschlossenen US-Kundenbeziehungen als Zeichnungsberechtigte bzw. Bevollmächtigte genannt werden (act. 8 Rz. 28). Die Kläger haben je am 23. April 2018 Widerspruch gegen die Lieferung der sie betreffenden Daten an das DoJ erhoben (act. 8 Rz. 30). Mit Schreiben vom 3. Mai 2018 kündigte die Beklagte an, dass sie die Daten dennoch an die US-Behörden liefern werde (act. 8 Rz. 32).

Die Kläger erachten eine Datenbekanntgabe aus verschiedenen Gründen als unzulässig, insbesondere aber wegen fehlender öffentlicher Interessen (insb. act. 1 Rz. 73 ff.).

Die Beklagte verneint die Erforderlichkeit des vorliegenden Massnahmeverfahrens, da es den Klägern unbenommen gestanden sei, mit derselben Wirkung ein Schlichtungsverfahren einzuleiten. Dies könnten sie immer noch tun (act. 8 Rz. 36 ff.). Im Übrigen werde bestritten, dass die geplante Datenlieferung die Persönlichkeit der Kläger widerrechtlich verletze sowie gegen das Bankkundengeheimnis verstosse. Ohnehin würde die Datenherausgabe durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt (act. 8 Rz. 48 f.).

3. Prozessverlauf

Die Kläger reichten ihr Massnahmebegehren am 14. Mai 2018 ein (act. 1; Datum Poststempel). Mit Verfügung vom 16. Mai 2018 wurde dem Dringlichkeitsbegehren entsprochen (act. 4). Vor dem Entscheid über das Massnahmebegehren bzw. Aufrechterhaltung der superprovisorischen Anhörung war die Beklagte anzuhö-

ren. Ihre Stellungnahme reichte sie am 11. Juni 2018 ein (act. 8). Am 26. Juni 2018 ging die Stellungnahme an die Kläger (Prot. S. 5).

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. 126 ff.). Die Beklagte setzt dem nichts entgegen (act. 8 Rz. 36 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.sav-fsa.ch/de/documents/news/vademekum_uebermittlung-von-personendaten-an-us-behoerden_d.pdf, besucht am 5. Jul 2018).

(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 (...)."

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 ein überwiegendes öffentliches Interesse geltend, ohne dies jedoch näher zu begründen (act. 8 Rz. 49). Die Beklagte verweist auf folgende Unterlagen:

- Schreiben der FINMA an die C. _____ vom tt.mm.2011 (act. 10/2).
- Schreiben des DoJ an die C. _____ vom 9. Dezember 2011 (act. 10/3).
- Bewilligungen des EFD gem. Art. 271 StGB vom tt.mm.2012 (act. 10/4) etc., letztmals mit Verfügung vom tt.mm.2017 (act. 10/7).
- Empfehlung EDÖB vom 20. Juni 2013 (act. 31).

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. 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. 36 ff.), – 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. Mit den Klägern ist festzuhalten, dass unter Art. 6 Abs. 2 lit. d Satzteil 1 DSGVO nur öffentliche Interessen angerufen werden können. Die beabsichtigte Datenübermittlung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d Satzteil 1 DSGVO muss nicht nur durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt, sondern zur Wahrung eines solchen gerade unerlässlich sein. Das Unerlässlichkeitserfordernis gilt zudem auch für die Ausübung/Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d Satzteil 2 DSGVO. "Unerlässlich" bedeutet dabei "notwendig" (EPINEY/FASNACHT, in: Belser/Epiney/Waldmann [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2011, S. 576 [Fn. 73]; MEIER, Protection des données, Bern 2010, S. 468). Unerlässlichkeit liegt mit anderen Worten dann vor, wenn die betroffenen überwiegenden öffentlichen Interessen (bzw. die betroffenen Rechtsansprüche vor Gericht) *nur* durch die Lieferung der entsprechenden Daten gewahrt (bzw. ausgeübt/durchgesetzt) werden können. Als im Einzelfall unerlässlich erachtet das Bundesgericht eine Datenlieferung etwa dann, wenn ohne sie davon auszugehen wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt würde (BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4). 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. Ob die Lieferung von Daten unerlässlich ist, um ein öffentliches Interesse zu wahren (bzw. um Rechtsansprüche vor einem Gericht auszuüben/durchzusetzen), wofür die Beklagte die Beweislast trägt (BSK DSGVO-

Rampini, Art. 15 N 3), ist stets für den konkreten Einzelfall zu beurteilen und würde den Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens sprengen. Die angeforderte Massnahme ist auszusprechen.

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). Die Kläger bezifferten den Streitwert mit CHF 50'000.– (act. 1 Rz. 6). Das Gericht schätzte den Streitwert auf CHF 100'000 (act. 4 S. 2). Die Beklagte äusserte sich nicht dazu (vgl. act. 8). Die Klägerschaft wies in nachvollziehbarer Weise auf die möglichen schweren ökonomischen Folgen einer Datenherausgabe hin. Sie sprachen u.a. von einem im schlimmsten Fall drohenden Ruin der Kanzlei und einem hohen, langfristig wirksamen Schaden (act. 1 Rz 123). Damit waren klarerweise existenzielle wirtschaftliche Interessen angesprochen. Für die Bemessung der Gebühr ist folglich von einem Streitwert von CHF 100'000.– auszugehen (Art. 91 Abs. 2 ZPO), was in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. 8 GebVOG zu einer Gerichtsgebühr von CHF 6'600.– führt. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 AnwGebV auf CHF 7'300.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (BGer 4A_552/2015 E. 4.5).

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 Frist bis 3. September 2018 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 6'600.–. 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), haben die Kläger der Beklagten unter solidarischer Haftung eine Parteientschädigung von CHF 7'300.– 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 100'000.–.

Zürich, 10. Juli 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann