

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180350-O

U1/ei

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Giulio Donati

Urteil vom 21. Dezember 2018

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, Personendaten des Gesuchstellers direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, wobei der Begriff Personendaten auch alle Daten umfasst, welche den Gesuchsteller bestimmbar machen (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter / codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern), insbesondere sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, eine den Gesuchsteller betreffende sog. II.D.2-Liste oder ähnliches an US-Behörden zu übermitteln, 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. MWST zu 7.7 %."

Erwägungen

1. Parteien

Der Gesuchsteller ist ein in Israel wohnhafter Diamantenhändler mit US-Bürgerschaft (act. 1 Rz. 8). Die Beklagte ist eine Schweizer Bank mit Sitz in Zürich und Geschäftsstellen in Zürich, Genf, Luxemburg sowie Tel Aviv. Sie ist eine Tochtergesellschaft der C._____ Bank Israel (act. 8 Rz. 13).

2. Prozessgegenstand

Die US-Behörden führen gegen die C._____ -Gruppe, zu welcher die Beklagte gehört, ein Strafverfahren. Der Kläger befürchtet, dass die Beklagte aufgrund der gegen die C._____ -Gruppe laufenden Strafuntersuchung (vgl. act. 8 Rz. 6, Rz. 15) ihn betreffende Personendaten an die US-Behörden übermitteln könnte.

Die vorliegende Streitigkeit steht im Zusammenhang mit der von der US-Regierung intensivierten Verfolgung von Steuerdelikten.

3. Prozessverlauf

Der Kläger reichte sein Massnahmebegehren am 16. August 2018 ein (act. 1; Datum Poststempel). Mit Verfügung vom 17. August 2018 wurde dem Dringlichkeitsbegehren entsprochen (act. 4). Die Beklagte reichte ihre Stellungnahme am 7. September 2018 ein (act. 8; Datum Poststempel; eingegangen am 11. September 2018). Aufgrund der Vorbringen der Beklagten wurde mit Verfügung vom 12. September 2018 dem Kläger formell Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 11). Mit Eingabe vom 28. September 2018 reichte der Kläger seine Stellungnahme ein (act. 13; Datum Poststempel). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2018 wurde der Beklagten formell Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 15). In- nert Frist reichte die Beklagte ihre Stellungnahme am 17. Oktober 2018 ein (act. 17; Datum Poststempel). Diese beklagtische Stellungnahme wurde dem Klä- ger mit Verfügung vom 23. Oktober 2018 zugestellt (act. 19). Der Kläger reichte daraufhin am 31. Oktober 2018 in Ausübung seines allgemeinen Replikrechts ei- ne Stellungnahme ein (act. 21; Datum Poststempel). Nach Zustellung der klägeri- schen Stellungnahme reichte die Beklagte ihrerseits eine Stellungnahme am 13. November 2018 ein (act. 24; Datum Poststempel). Das Verfahren ist spruch- reif.

4. Örtliche Zuständigkeit

4.1. Die Beklagte erhebt die Einrede der Unzuständigkeit. Nach ihrer Darstel- lung bestehen insgesamt vier Kontoverbindungen mit ihrer Zweigniederlassung in Luxemburg, die direkt oder indirekt einen Bezug zum Kläger aufweisen. Lediglich eine der Kontoverbindungen laute auf den Namen des Klägers persönlich; bei zwei Konti (lautend auf D._____ Limited) sei der Kläger als wirtschaftlich Berech- tigt angegeben, bei einem weiteren Konto (lautend auf E._____ Holding SA) sei wohl eine dem Kläger nahestehende Person wirtschaftlich berechtigt (vgl. act. 17 Rz. 12 f. und Rz. 37). Der Kläger habe es unterlassen offenzulegen, um welche Daten bzw. Kontoverbindungen es ihm vorliegend gehe, weshalb die Beklagte die

betreffenden Kontoeröffnungsunterlagen bei ihrer Zweigniederlassung anzufordern gezwungen gewesen sei, um die Einrede der Unzuständigkeit gestützt auf die darin enthaltenen Gerichtsstandsvereinbarungen erheben zu können (act. 8 Rz. 21 ff.; act. 17 Rz. 15 und 24 ff.; act. 28 Rz. 21 ff. und act. 9/1, Ziffer 43). Für jede der Kontoverbindungen sei jeweils eine umfassende, ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung für alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Kontoverbindungen zugunsten der Luxemburger Gerichte getroffen worden.

4.2. Aktenkundig sind folgende vier Bankbeziehungen:

(1) Kontoeröffnung vom 10. Oktober 2001, Kontonummer 1, lautend auf D. _____ Limited (act. 9/1); **(2)** Kontoeröffnung vom 11. Mai 2003, Kontonummer geschwärzt, lautend auf E. _____ Holding SA (act. 18/16); **(3)** Kontoeröffnung vom 29. Februar 2004, Kontonummer 2, lautend auf den Kläger (act. 18/14); **(4)** Kontoeröffnung vom 21. September 2005, Kontonummer 3, lautend auf D. _____ Limited (act. 18/15).

4.3. Von den eingereichten Bankeröffnungsunterlagen lautet lediglich ein Bankvertrag auf den Kläger als Vertragspartei (Bankvertrag Nr. 3, act. 18/14). Der Kläger wendet ein, dass die Gerichtsstandsvereinbarungen in Verträgen, die gemäss den Kontoeröffnungsunterlagen nicht ihn persönlich als Vertragspartner betreffen, keine Derogationswirkung im Verhältnis zwischen den Parteien dieses Verfahrens entfalten würden (vgl. 13 Rz. 5 ff.). Die Beklagte erachtet demgegenüber eine gewisse Nähe des Klägers zur Kontobeziehung als ausreichend, um eine Derogationswirkung zu bejahen. So genüge hinsichtlich der Kontobeziehung mit der D. _____ Limited, dass der Kläger als wirtschaftlich berechtigt genannt werde (vgl. act. 17 Rz. 11 und Rz. 55).

4.4. Hinsichtlich jener Personendaten, die mit Konten im Zusammenhang stehen, bei welchen der Kläger nicht Vertragspartei ist, fällt eine Derogationswirkung der Gerichtsstandsvereinbarung im Verhältnis der Parteien dieses Verfahrens ausser Betracht. Da der Kläger nicht Vertragspartei ist, ist er auch nicht an eine allfällig zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Gerichtsstandsvereinbarung gebunden. Das hiesige Gericht ist für diese Vertragsverhältnisse somit örtlich zuständig.

4.5. Einzig im Hinblick auf das persönlich auf den Kläger lautende Bankkonto stellt sich die Frage nach der Bindungswirkung der Gerichtsstandsvereinbarung. Der Kläger führt zu dieser – erstmals in der Duplik erwähnten – Kontoverbindung in seiner Stellungnahme vom 31. Oktober 2018 (act. 21) nichts Konkretes aus, sondern beschränkt sich darauf, die neu eingereichten Unterlagen als irrelevant zu bezeichnen (vgl. act. 21 Rz. 15 f.). Zur Gerichtsstandsvereinbarung, welche die D._____ Limited betrifft (vgl. act. 9/1), führt er aus, es liege keine Zivil- und Handelssache im Sinne des LugÜ vor. Sodann liege keine Einigung über eine künftige, aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit vor (vgl. act. 13 Rz. 44). Demnach sind im Ergebnis nach Auffassung des Klägers sämtliche in den Bankverträgen enthaltene Gerichtsstandsvereinbarungen für den Kläger nicht bindend. Die Einwände des Klägers gehen indes fehl. Vorliegend liegt eine Zivil- und Handelssache im Sinne des LugÜ vor, wovon auch der Kläger selber auszugehen scheint, stützt er sich doch auf das LugÜ, um eine Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zu begründen (vgl. act. 13 Rz. 39). Der Kläger sieht einen engen Konnex der Streitigkeit zur hiesigen Gerichtsbarkeit, weil es um eine Datenbearbeitung *durch die Beklagte in der Schweiz* gehe und die Streitfrage zudem eine politische Komponente (sc. der Bankenstreit zwischen der Schweiz und den USA) beinhalte (vgl. act. 13 Rz. 46). Sinngemäss richtet sich die klägerische Argumentation an einer *Forum-non-conveniens*-Doktrin aus. Für eine solche besteht aber *in casu* kein Raum und diese ist im Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen (vgl. auch BERGER, in: BSK-LugÜ, 2. Aufl., Basel 2016, N 26 und N 57 zu Art. 23). Sodann kann – entgegen der klägerischen Ansicht – der Umgang mit Bankkundendaten Gegenstand einer Gerichtsstandsklausel sein. Die Beklagte legt zwar die AGB, die zu diesem Kontoverhältnis gehören, nicht ins Recht; der Kontoeröffnungsvertrag enthält aber ohnehin eine Klausel, welche sämtliche Streitigkeiten aus dem Kontoverhältnis der Jurisdiktion Luxemburgs unterstellt (vgl. act. 18/14). Die zwischen dem Kläger und der Beklagten vereinbarte Gerichtsstandsvereinbarung (Bankvertrag Nr. 3, act. 18/14) ist wirksam.

4.6. Der Kläger beruft sich für die örtliche Zuständigkeit weiter auf Art. 31 LugÜ i.V.m. Art. 10 IPRG (vgl. act. 13 Rz. 51 ff.). Gemäss Art. 31 LugÜ können die im Recht eines Vertragsstaates vorgesehenen einstweiligen Massnahmen ein-

schliesslich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, bei den Gerichten dieses Staates auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates aufgrund dieses Übereinkommens zuständig ist. Die Derogationswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne von Art. 23 LugÜ bezieht sich nach Schweizer Auffassung grundsätzlich auch auf Massnahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes. Das derogationswidrig angerufene Gericht kann sich deshalb für vorsorgliche Massnahmen nicht auf eine nach dem Lugano-Übereinkommen gegebene Zuständigkeit stützen. Ob und unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass die Parteien die damit vorbehaltenen nationalen Zuständigkeitsregeln ebenfalls rechtswirksam derogiert haben, beurteilt sich nach dem jeweiligen nationalen Recht. Auch diesbezüglich ist – jedenfalls für das schweizerische Recht – zunächst festzuhalten, dass die in der Gerichtsstandsvereinbarung enthaltene Derogation grundsätzlich auch für den einstweiligen Rechtsschutz nach nationalem Recht gilt. Trotz der Gerichtsstandsvereinbarung muss es indes möglich bleiben, wenigstens dann vor einem anderen als dem ausschliesslich prorogierten Gericht um einstweiligen Rechtsschutz nachzusehen, wenn dieses andere Gericht allein in der Lage ist, eine sofort vollstreckbare Massnahme rechtzeitig anzuordnen (vgl. zum Ganzen BGE 125 III 451, S. 454 E. 3a; bestätigt in Urteil 5P.402/2002 vom 18. Dezember 2002, E. 2.2.2). Das ausserhalb einer Hauptsachezuständigkeit angerufene Gericht muss prüfen, ob der Erlass einer vorsorglichen Massnahme zum Schutz des Gesuchstellers überhaupt nötig ist, oder ob dies auch durch eine Massnahme des Hauptsachegerichts möglich wäre (vgl. FAVALLI/AUGSBURGER, in: BSK-LugÜ, a.a.O., N 137 zu Art. 31).

4.7. Es ist vorliegend nicht ersichtlich und wurde nicht ausgeführt, weshalb die Gerichte in Luxemburg nicht in der Lage sein sollten, sofort vollstreckbare vorsorgliche Massnahmen anzuordnen. Mit anderen Worten ist das hiesige Gericht nicht allein in der Lage, eine sofort vollstreckbare Massnahme rechtzeitig anzuordnen. Im eurointernationalen Anwendungsbereich des LugÜ sind vorsorgliche Massnahmen nicht zwingend auf das Landesgebiet der zuständigen Gerichte beschränkt; die zuständigen Gerichte können die Wirkung der Massnahmen auch

auf das Ausland ausweiten (Ausnahmen von dieser Regel sind vorliegend nicht einschlägig). In der Lehre wird daher zu Recht ausgeführt, dass eine Massnahme, mit welcher einer Person die Verfügung über eine Sache in einem anderen Staat unter Strafandrohung verboten wird, nicht *per se* völkerrechtswidrig sei, weil sich die Massnahme nicht direkt im fremden Staatsgebiet auswirke (vgl. FAVALLI/AUGSBURGER, in: BSK-LugÜ, a.a.O., N 184 zu Art. 31). Der Kläger behauptet nicht, dass es im vorliegenden Fall unmöglich wäre, eine vorsorgliche Massnahme in Luxemburg zu erwirken bzw. dass Luxemburg keine geeigneten vorsorglichen Massnahmen kenne. Da in Luxemburg aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung eine Zuständigkeit für einen Prozess gegen die Beklagte besteht, können die dortigen Gerichte vorsorgliche Massnahmen erlassen.

4.8. Zusammenfassend liegt eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung vor, die betreffend das Vertragsverhältnis Nr. 3 (Kontoeröffnung vom 29. Februar 2004, Kontonummer 2, lautend auf den Kläger; act. 18/14, siehe auch Erw. 4.1) zu einem Nichteintreten führt.

5. Würdigung

5.1. Anwendbares Recht

5.1.1. Der Kläger bezeichnet Schweizer Recht als anwendbar. Demgegenüber geht die Beklagte davon aus, dass luxemburgisches Recht anwendbar sei. Sie beruft sich auf eine Rechtswahlklausel in den Bankeröffnungsunterlagen (vgl. act. 8 Rz. 32). Wie bereits im Zusammenhang mit den Gerichtsstandsklauseln aufgezeigt, ist der Kläger nicht an vertragliche Klauseln gebunden, wenn er nicht Vertragspartei ist. Bezüglich dieser drei Bankverträge ist der Kläger folglich nicht an eine Rechtswahlklausel gebunden. In Bezug auf den Bankvertrag Nr. 3, der auf den Kläger persönlich lautet, stellt sich die Frage nicht, da das hiesige Gericht, wie erwogen, örtlich unzuständig ist (vgl. hiervor 4.9).

5.1.2. Welches Recht vorliegend anwendbar ist, muss nicht weiter geprüft werden. Selbst bei Geltung einer Rechtswahlklausel wäre Schweizer Recht anwendbar: Das Gesuch des Klägers stützt sich insbesondere auch auf Art. 6 DSG (vgl.

act. 1 Rz. 60, Rz. 70 ff., Rz. 101 ff.). Diese Bestimmung gilt gestützt auf Art. 18 IPRG für alle von der Schweiz aus gelieferten Daten (*lois d'application immédiate*; vgl. DASSER, in: BSK-DSG, 3. Aufl., Basel 2013, N 49 zu Art. 139).

5.2. Hauptsacheprognose (Verfügungsanspruch): Verletzung von Art. 6 DSG

5.2.1. Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG gilt als schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit *von Gesetzes wegen* (d.h. im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung) jede Bekanntgabe in ein Land, welches über keine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügt (ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, N 27 zu Art. 6 Abs. 1). Das hiesige Handelsgericht und anschliessend das Bundesgericht haben bereits (mehrfach) festgehalten, dass die USA nicht über eine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleistet (Urteile des Bundesgerichts 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018 E. 4 und 4A_83/2016 vom 22. September 2016 E. 3.1; Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150022-O vom 24. November 2017 E. 2.3.2.; HG150018-O vom 1. September 2017 E. 2.3.4.3.; HG150254-O vom 21. Juni 2017 E. II.1.2.2.; HG150048-O vom 14. Juni 2016 E. 4.1. m.w.H.; HG140186-O vom 16. Dezember 2015 E. 5.3.1).

5.2.2. Strittig sind vorliegend insbesondere zwei Fragen: Erstens die Frage, *ob überhaupt eine Datenlieferung* seitens der Beklagten an die US-Behörden droht und zweitens, *ob der Kläger die relevanten Personendaten rechtsgenügend substantiiert* hat.

5.2.3. Zur Frage der drohenden Datenlieferung:

5.2.3.1. Der Kläger stützt sich für seine Klage insbesondere auf die vorprozessuale Korrespondenz zwischen den Parteien (vgl. act. 1 Rz. 1, Rz. 24, Rz. 34, Rz. 36 ff., Rz. 86; act. 13 Rz. 13, Rz. 17 ff.). Aktenkundig sind namentlich zwei vorprozessuale Schreiben der Beklagten: In einem ersten Schreiben vom 23. April 2018 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass die Bank – gestützt auf die aktenkundigen Schreiben ist ausdrücklich *die Beklagte* gemeint und nicht ihre luxem-

burgische Zweigniederlassung – den Kläger als *wirtschaftlich Berechtigten mehrerer Konti* identifiziert habe. Sie führte weiter aus, dass ohne Einwilligung des Klägers einzig mitgeteilt werde, wann das Kontoverhältnis eröffnet und beendet worden sei, weiter den Maximalstand der deponierten Werte sowie die Tatsache, dass der Kläger US-Bürger sei (vgl. act. 3/4). Im zweiten Schreiben vom 13. August 2018 legte die Beklagte sodann dar, dass die anonymisierten Daten, welche die Bank den amerikanischen Behörden zukommen lassen möchte, nicht unter das DSG fielen bzw. nicht durch dieses geschützt seien. Es sei anerkannt, dass Schweizer Banken die US-Behörden mit Informationen versorgen dürften, die *mit den in II.D.2-Listen enthaltenen Informationen vergleichbar* seien. Sie werde weiterhin mit den US-Behörden kooperieren, dies unter Einhaltung der schweizerischen Gesetze. Die Bank habe indes keine Pflicht, den Betroffenen vorgängig die II.D.2 Informationen und damit zusammenhängende Unterlagen vor der Bekanntgabe an das DOJ zu nennen, solange die betreffenden Daten innerhalb der nach schweizerischem Recht erlaubten Bekanntgabe blieben, und sie (die Beklagte) werde dies auch nicht tun (vgl. act. 3/8).

5.2.3.2. In ihrer Stellungnahme vom 17. Oktober 2018 betont die Beklagte demgegenüber, sie plane gar keine Datenlieferung. Eine solche werde nicht stattfinden (vgl. act. 17 Rz. 16).

5.2.3.3. Der Kläger muss vorliegend lediglich glaubhaft machen, es drohe eine Lieferung seiner Personendaten durch die Beklagte. Die Behauptung der Beklagten, sie plane keine Datenlieferung in die USA, ist als blosser Absichtserklärung zu qualifizieren. Als solche bietet sie dem Kläger keine ausreichende Sicherheit dafür, dass keine Datenlieferung stattfindet, weshalb auch dessen Rechtsschutzinteresse an einem Verbot nicht dahinfällt. In ihren vorprozessualen Schreiben verneinte die Beklagte jedenfalls ihre Absicht zur Datenlieferung nicht. Im Schreiben vom 13. August 2018 erwähnt sie insbesondere, möglicherweise Daten zu liefern, die mit den Daten in den II.D.2-Listen *vergleichbar* seien (vgl. act. 3/8). Damit hält sich die Beklagte gleichsam alle Türen offen, um später frei zu entscheiden, ob sie eine Datenlieferung vornimmt oder nicht und welche Daten sie dann liefern würde.

5.2.3.4. Obwohl die Beklagte betont, keine Daten liefern zu wollen, bestreitet sie ausführlich, dass *überhaupt* Daten des Klägers von einer allfälligen Lieferung betroffen wären. Dies, weil ihrer Ansicht nach pseudonymisierte Daten ohne Weiteres geliefert werden dürfen. Auch setzt sie sich eingehend mit der Frage des anwendbaren Rechts auseinander. Wenngleich es der Beklagten unbenommen ist, materiell-rechtliche Schlussfolgerung des Klägers zu bestreiten, auch wenn diese im Hinblick auf die Hauptargumentation der Beklagten (keine Lieferung von Daten) irrelevant sind, so nimmt sie damit doch in Kauf, dass ihre ausführlichen Stellungnahmen angesichts ihrer Kernverteidigung, sie wolle gar keine Daten liefern, wenig kohärent erscheinen. Sinngemäss behauptet die Beklagte mit ihrem Hauptargument, der Kläger habe schlichtweg die falsche Einheit der C._____ - Gruppe eingeklagt – nicht sie, sondern andere Gesellschaften der C._____ - Gruppe, insbesondere die Zweigniederlassung in Luxemburg, würden allenfalls Daten liefern (vgl. auch act. 8 Rz. 14, Rz. 22). Insofern erscheint es widersprüchlich, wenn die Beklagte sich ausführlich zur Frage äussert, ob überhaupt Daten im Sinne der Datenschutzgesetzgebung vorliegen, und dabei ausführt, gewisse pseudonymisierte Daten seien ohnehin nicht geschützt, wenn sie doch gar keine Lieferung von Daten beabsichtigt. Es entsteht jedenfalls der Eindruck, die Beklagte könne zurzeit nicht ausschliessen, dass es in Zukunft zu einer Lieferung der von ihr genannten Daten kommen könnte (vgl. hiervor zur Identifikation des Klägers als des wirtschaftlich Berechtigten an verschiedenen Konti, act. 3/4), was die Behauptung, es sei keine Lieferung von Daten beabsichtigt, entsprechend stark relativiert. Dies ist auch nachvollziehbar, scheint doch die Beklagte zurzeit nicht zu wissen, welche Verpflichtungen ihr aus dem laufenden Strafverfahren in den USA erwachsen werden (vgl. auch act. 8 Rz. 37; act. 17 Rz. 22 a.E.). Eine drohende Datenlieferung kann unter diesen Umständen jedenfalls nicht verneint werden. Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, in welchem Land die Daten gespeichert sind. Der Kläger muss lediglich glaubhaft machen, dass die *Beklagte* möglicherweise Daten liefern könnte. Hieran ändern die Ausführungen der Beklagten zu ihren internen Richtlinien, die die Bearbeitung von Daten regeln würden, nichts (vgl. act. 17, Rz. 17 ff.).

5.2.3.5. Die Beklagte wendet betreffend die Kontoverbindung vom 11. Mai 2003, Kontonummer geschwärzt, lautend auf E. _____ Holdings SA (act. 18/16; vgl. auch Erw. 4.1) ein, dass diese Kontoverbindung vermutlich von einem Familienangehörigen des Klägers eröffnet worden sei, jedoch nach dem Informationsstand der Beklagten keinerlei Bezüge zum Kläger aufweise (vgl. act. 17, Rz. 13 und Rz. 37 i.V.m. act. 18/16). Der Kläger wendet ein, Angaben zu seinen Familienmitgliedern seien geeignet, ihn zu identifizieren, weshalb es sich bei diesen Daten nicht nur um Personendaten seiner Familienmitglieder bzw. von Drittpersonen, sondern auch um Personendaten des Klägers handle (vgl. act. 21 Rz. 19). Nun setzt ein vorsorgliches Datenlieferungsverbot voraus, dass glaubhaft ist, dass überhaupt Daten vorliegen, die möglicherweise geliefert werden könnten. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass allfällige Namen von Familienangehörigen des Klägers durchaus einen tauglichen Anknüpfungspunkt bilden können, Genaueres über das betroffene Konto zu erfahren, und damit letztlich den Kläger identifizierbar machen könnten, bieten doch Namen von natürlichen Personen nicht die gleiche Anonymität wie Namen von Gesellschaften (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_365/2017 vom 26. Februar 2018, E. 5.3.2).

5.2.3.6. Aufgrund der Parteivorbringen erscheint in Bezug auf die Kontoverbindungen vom 10. Oktober 2001, Kontonummer 1, lautend auf D. _____ Limited (act. 9/1), vom 11. Mai 2003, Kontonummer geschwärzt, lautend auf E. _____ Holdings SA (act. 18/16) und vom 21. September 2005, Kontonummer 3, lautend auf D. _____ Limited (act. 18/15, vgl. auch Erw. 4.1), glaubhaft, dass eine Lieferung der klägerischen Personendaten droht.

5.2.4. Zur Frage der Substanziierung der Personendaten:

5.2.4.1. Die Beklagte bringt vor, der Kläger bezeichne die Daten nicht, deren Lieferung er verbieten möchte (vgl. act. 17 Rz. 37 ff.). Vorweg ist festzuhalten, dass der Kläger in seinem Begehren durchaus bezeichnet, welche Daten die Beklagte nicht liefern darf, wenngleich sich der Kläger einer sehr weit gefassten Umschreibung der Daten bedient. Letzteres ist aber in Fällen, die den US-Steuerstreit betreffen, die Regel und nicht die Ausnahme. Wie nachfolgend erwogen, ist das vom Kläger gewählte Vorgehen im vorliegenden konkreten Fall nicht zu beanstanden:

5.2.4.2. Grundsätzlich ist es Aufgabe des Klägers zu substantzieren, welche *konkreten* Daten er von einem Verbot erfasst sehen möchte. Im Zusammenhang mit dem US-Steuerstreit erfolgte eine Kontaktaufnahme seitens der betroffenen Bank regelmässig *vor einer Datenlieferung*. Banken, die beabsichtigten, den US-Behörden Daten zu liefern, teilten die konkret zu übermittelnden Daten den Betroffenen mit. Letztere konnten gestützt auf diese Vorabinformation in der Folge einschätzen, ob sie gegen eine beabsichtigte Datenlieferung intervenieren wollen. Vorliegend ist indes festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger trotz Nachfrage nicht mitteilte, welche Daten sie konkret liefern würde, ja sich nunmehr auf den Standpunkt stellt, überhaupt keine Daten liefern zu wollen. Gleichwohl wehrt sich die Beklagte in ihren Rechtsschriften – wie erwähnt – vehement gegen ein Verbot, Daten zu liefern. Aus ihren Darlegungen folgt insbesondere, dass sie annimmt, gewisse Daten seien ohnehin nicht durch die Datenschutzgesetzgebung geschützt; *solche* "Daten" dürfe sie folglich ohne Vorabinformation des Klägers ohne Weiteres an die US-Behörden liefern. Nun stimmen jedoch die Rechtsansichten der involvierten Parteien in Fällen des Datenschutzes, welche den US-Steuerstreit betreffen, selten überein, so auch vorliegend. Das Bundesgericht hatte denn auch bereits zahlreiche strittige Fälle zu entscheiden. Das Verhalten der Beklagten verunmöglicht es dem Kläger vorliegend, die von einem Lieferverbot erfassten Daten näher zu substantzieren. Der Kläger sieht sich in seinem Begehren damit gezwungen, die möglicherweise relevanten Daten bloss allgemein bzw. breit zu beschreiben. Gerade im Zusammenhang mit einer Lieferung von Daten in Länder, die keine Gesetzgebung kennen, die einen angemessenen Schutz gewährleistet, kommt der Vorabinformation des Betroffenen besonderes Gewicht zu. Dem Kläger muss mithin die Möglichkeit eingeräumt werden, vorgängig zu prüfen, ob eine gesetzeskonforme Datenlieferung beabsichtigt ist, um diese Frage gegebenenfalls gerichtlich prüfen zu lassen. Dies kann vorliegend nur dadurch sichergestellt werden, dass das weit gefasste klägerische Begehren gutgeheissen wird. Das Verbot muss auch pseudonymisierte und verschlüsselte / codierte Daten miteinschliessen, wie dies der Kläger in seinem Begehren beantragt. Denn gemäss Bundesgericht sind pseudonymisierte bzw. verschlüsselte / codierte Daten unter Umständen zwar anonymisierten Daten gleichgestellt und dürfen infolgedessen

auch gegen den Willen des Betroffenen geliefert werden, da sie nicht mehr Personendaten im Sinne der Datenschutzgesetzgebung darstellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts, 4A_365/2017, vom 26. Februar 2018, E. 5.2.1 und E. 5.3.1). Jedoch hängt die Zulässigkeit einer allfälligen Lieferung massgeblich von der Frage ab, ob eine *geeignete* Pseudonymisierung bzw. Verschlüsselung / Codierung vorliegt. Auch hinsichtlich der Geeignetheit der getroffenen Verschlüsselungsmassnahmen ist dem Kläger zuzugestehen, die Frage gerichtlich klären zu lassen, zumal eine unzulässiger Weise vorgenommene Datenlieferung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

5.2.4.3. Unbehelflich ist weiter das beklagliche Vorbringen, die Beklagte sei keine Bank der Kategorie 2, weshalb die Frage, inwiefern II.D.2-Listen Personendaten enthalten, nicht relevant sei, da solche Listen einzig von Banken jener Kategorie 2 zu erstellen seien (vgl. act. 17 Rz. 41). Zum einen ist es vorliegend nicht entscheidend, ob die Beklagte eine II.D.2-Liste erstellen will oder nicht. Diese Listen sind nur ein Beispiel für Datenzusammenstellungen, die möglicherweise Personendaten enthalten, zumal die Beklagte selbst in ihrer vorprozessualen Korrespondenz die II.D.2-Listen erwähnte und selber von mit II.D.2-Listen *vergleichbaren* Daten sprach (act. 3/8). Zum anderen ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte als Bank der Kategorie 1 – gegen die ein Strafverfahren läuft – einer weniger weitgehenden Offenlegungspflicht als Banken der Kategorie 2 unterstehen soll bzw. weshalb die vom DoJ im Einzelfall künftig angeforderten Daten weniger umfassen sollten als die in einer II.D.2-Liste enthaltenen (vgl. act. 8 Rz. 37).

5.2.4.4. Demnach ist glaubhaft gemacht, dass dem Kläger durch die beabsichtigte Bekanntgabe von Personendaten an US-Behörden eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 6 Abs. 1 DSG droht, welche nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG nicht widerrechtlich wäre.

5.2.5. Rechtfertigungsgründe

5.2.5.1. Die Beklagte ist für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen beweispflichtig. Ihre diesbezüglichen Ausführungen sind aber lediglich pauschal und allgemein gehalten. Sie verweist beispielsweise auf überwiegende öffentliche Interessen, ohne allerdings konkret darzutun, warum die Datenherausgabe zu deren Wahrung – im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des hiesigen Gerichts – *in concreto unerlässlich* ist (vgl. act. 8 Rz. 51; vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts, 4A_83/2016, vom 22. September 2016, E. 3.3.4; Urteil des Handelsgerichts HG150022-O vom 24. November 2017, E. 2.4.2.2).

5.2.5.2. Die dem Kläger drohende Persönlichkeitsverletzung ist damit nicht gerechtfertigt.

5.3. Nachteilsprognose (Verfügungsgrund)

5.3.1. Bei Eingriffen in absolute Rechte, wie den hier zur Diskussion stehenden Persönlichkeitsrechten des Klägers, werden die dadurch bewirkten Nachteile kaum mehr zu beheben sein (Urteil des Handelsgerichts HE170022-O vom 29. Juni 2017 E. 3.1). Ein späteres Aufwiegen durch Geld stellt nur eine Hilfslösung dar, auf welche sich die betroffene Partei nicht einlassen muss (vgl. ZÜRCHER, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 31 zu Art. 261 ZPO).

5.3.2. Vor diesem Hintergrund drohen dem Kläger durch die Datenlieferung in die USA schwere Nachteile, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

5.4. Dringlichkeit

Ansichts des Umstandes, dass ein vollständiges Durchlaufen des Hauptsacheprozesses erheblich länger dauern dürfte, ist die Dringlichkeit des vorsorglichen Verbotes der Datenherausgabe zu bejahen. Auch ist angesichts des gegen die Beklagte laufenden Strafverfahrens grundsätzlich jederzeit mit einer damit zusammenhängenden Datenlieferung zu rechnen.

5.5. Verhältnismässigkeit

5.5.1. Die Beklagte bestreitet die Verhältnismässigkeit der angeordneten vorsorglichen Massnahme. Ein Verbot würde für die Beklagte einen unverhältnismässigen Nachteil bedeuten, namentlich weil es zu einer Anklageerhebung gegen die C.____-Gruppe führen und/oder die geplante Übertragung der verbleibenden Schweizer Aktivitäten und Mitarbeiter an eine andere Bank verunmöglichen könnte (vgl. act. 8 Rz. 82; vgl. auch act. 17 Rz. 53). Die Beklagte zeigt nicht auf, dass es im Falle eines vorsorglichen Verbots zu einer Anklageerhebung käme. Damit eine solche Gefahr bejaht werden könnte, hätte sie konkrete Hinweise darlegen müssen und es nicht beim Aufzeigen von bloss möglichen Szenarien belassen dürfen. Auch stellt sie nicht dar, weshalb die anscheinend geplante Übertragung der verbleibenden Schweizer Aktivitäten und Mitarbeiter an eine andere Bank durch ein vorsorgliches Verbot erheblich tangiert wäre. Angesichts des weltweit laufenden amerikanischen Strafverfahrens überzeugt es nicht, wenn pauschal behauptet wird, die geplante Transaktion würde am vorsorglichen Verbot scheitern. Dies insbesondere angesichts der eigenen Vorbringen der Beklagten, wonach sie keine Datenlieferung beabsichtige: Inwiefern sie das beantragte Verbot unverhältnismässig schwer treffen sollte, wenn das verbotene Verhalten gar nicht beabsichtigt wird, erscheint nicht nachvollziehbar. Demgegenüber würden dem Kläger erhebliche Nachteile drohen, wenn das superprovisorisch verfügte Verbot nicht aufrechterhalten würde.

5.5.2. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit rechtfertigt es sich weiter, das Superprovisorium auch hinsichtlich der Kontoverbindungen vom 29. Februar 2004, Kontonummer 2, *lautend auf den Kläger* (act. 18/14), nicht sofort aufzuheben. Vielmehr ist das Verbot bis zum unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist aufrecht zu erhalten.

5.6. Fazit

Der Kläger konnte glaubhaft dartun, dass er in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt werden könnte. Rechtfertigungsgründe liegen keine vor und wurden auch nicht gehörig dargetan. Das Verbot einer Datenherausgabe an die USA erweist sich als verhältnismässig und ist vorsorglich zu bestätigen. Die Klage ist gutzuheissen. Hiervon ausgenommen sind, wie hiavor erwogen, mangels Zuständig-

keit die Daten in Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis des Klägers persönlich (Kontoverbindungen vom 29. Februar 2004, Kontonummer 2, act. 18/14). Aus Gründen der Verhältnismässigkeit rechtfertigt es sich jedoch, das Superprovisorium hinsichtlich dieses Vertragsverhältnisses des Klägers persönlich nicht sofort aufzuheben.

6. Rechtsbegehren der Beklagten auf Leistung einer Sicherheit

6.1. Die Beklagte beantragt, der Kläger sei zur Leistung einer Sicherheit von CHF 100'000.00 zu verpflichten für den Fall, dass das superprovisorisch erlassene Verbot aufrechterhalten bleibe oder ein anders lautendes Verbot der Übermittlung von Personendaten gegen die Beklagte erlassen würde. Die Beklagte begründet ihren Antrag damit, dass es im Falle eines Verbots zu einer Anklage in den USA käme. Dies hätte auch im Zusammenhang mit einer geplanten Übernahme hinsichtlich der verbleibenden Schweizer Bankaktivitäten der C._____ - Gruppe negative Auswirkungen (vgl. act. 8 Rz. 10 und 85; act. 17 Rz. 53 f.).

6.2. Die Anordnung einer Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 264 Abs. 1 ZPO setzt eine Glaubhaftmachung hinsichtlich Bestand der Schadensgefahr, der Kausalität zwischen vorsorglicher Massnahme und potenziellem Schaden und hinsichtlich der Höhe eines allfälligen Schadens voraus. Es bleibt unklar, inwiefern ein Verbot der Datenübermittlung bei der Beklagten einen Schaden verursachen sollte. Massgeblich wäre zunächst ein glaubhaft zu machender Schaden der Beklagten, nicht der ganzen Gruppe. Wenn die Beklagte nach eigenem, wiederholtem Vorbringen weder über Bankkundendaten des Klägers verfügt, noch Zugriff auf solche Daten hat und es insbesondere "keine Übermittlung von den Kläger betreffenden Personendaten durch die Beklagte in die USA geben wird" (so wörtlich in act. 17 Rz. 16), so ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Verbot, Daten zu übermitteln, die *ohnehin nicht übermittelt werden sollen*, einen Schaden der Beklagten verursachen könnte. Damit sind die Voraussetzungen für eine Sicherheitsleistung nicht glaubhaft gemacht.

7. 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 der Kläger ein international tätiger Diamantenhändler ist und die Datenherausgabe die Ausübung seines Gewerbes ernsthaft beeinträchtigen kann (z.B. durch Tangierung des Rufes bei Bekanntwerden der Verfolgung durch US-Behörden), ist von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Der Kläger bezifferte den Streitwert mit CHF 500'000.00 (act. 1 Rz. 20). Die Beklagte äusserte sich nicht dazu. Für die Bemessung der Gebühr ist folglich von einem Streitwert von CHF 500'000.00 auszugehen (Art. 91 Abs. 2 ZPO), was in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. 8 GebV OG zu einer Gerichtsgebühr von CHF 10'000.00 führt. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 Anw-GebV auf CHF 12'000.00 festzusetzen. Die Parteientschädigung ist ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (Urteil des Bundesgerichts, 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5).

Das Einzelgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000.00 im Widerhandlungsfall, **vorsorglich verboten**, an US-Behörden irgendwelche Daten im Zusammenhang mit den Kontoverhältnissen vom 10. Oktober 2001, Kontonummer 1, lautend auf D._____ Limited (act. 9/1), vom 11. Mai 2003, Kontonummer geschwärzt, lautend auf E._____ Holdings SA (act. 18/16) und vom 21. September 2005, Kontonummer 3, lautend auf D._____ Limited (act. 18/15), betreffend den Kläger herauszugeben.

2. Auf die Klage betreffend das Kontoverhältnis vom 29. Februar 2004, Kontonummer 2, lautend auf den Kläger (act. 18/14), wird nicht eingetreten.
3. Dem Kläger wird Frist bis 4. März 2019 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die Anordnung gemäss Ziff. 1 ohne Weiteres dahinfallen.
4. Das mit Verfügung vom 17. August 2018 superprovisorisch angeordnete umfassende Verbot bleibt bis zum unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist in Kraft. Bei Einreichung einer Beschwerde richtet sich die Fortwirkung nach dem BGG bzw. den Anordnungen des Bundesgerichtes.
5. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 10'000.00. Sie wird aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss gedeckt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (Vgl. Ziff. 3), so wird der Kostenbezug definitiv.

Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung dem dortigen Verfahren vorbehalten.

6. Über den Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung ist im Hauptsacheprozess zu befinden. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Ziff. 32), hat der Kläger der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 12'000.00 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 24.
8. 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 500'000.00.

Zürich, 21. Dezember 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtschreiber:

Dr. Giulio Donati