

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190100-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, sowie der Gerichtsschreiber
Leonard Suter

Urteil vom 21. Mai 2019

in Sachen

1. **A._____ S.A.,**

2. **B._____,**

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1._____,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

gegen

C._____ SA,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. Y2._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, Personendaten der Gesuchsteller direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, wobei der Begriff Personendaten auch alle Daten umfasst, welche die 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 die Gesuchsteller betreffende sog. II.D.2-Liste, ein sog. II.D.4-Datenblatt 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%."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Parteien

Bei der Klägerin 1 handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Panama. Der Kläger 2 ist eine natürliche Person, welche ihren Wohnsitz in Jerusalem (Israel) hat.

Die Beklagte ist eine Schweizer Bank mit Sitz in Genf und Zweigniederlassungen in Zürich, Basel und Lugano (act. 3/12 und 13).

2. Prozessgegenstand

Im Rahmen des Programmes "For Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" (act. 3/20, nachfolgend US-Programm) plant die Beklagte, dem Department of Justice (nachfolgend DoJ) eine sogenannte Leaver-Liste gemäss II.D.2 des US-Programms sowie ein Factsheet (Informationen nach II.D.4

des US-Programms) betreffend vier Konten, welche die Klägerin 1 bis ins Jahr 2012 bei der Beklagten unterhielt, zu übermitteln (act. 1 Rz 45). Dieses Vorhaben teilte die Beklagte den Klägern per Email-Nachricht vom 26. September 2018 erstmals mit (act. 3/4). Die Klägerschaft erhob dagegen Widerspruch und ersuchte die Beklagte, ihr Kopien der Daten zukommen zu lassen, welche die Bank an das DoJ zu übermitteln gedenke (act. 3/3 und act. 3/7b1). Dieser Aufforderung kam die Beklagte mit Schreiben vom 14. März 2019 unter Beilage der an das DoJ zu übermittelnden Unterlagen nach (act. 3/11).

3. Prozessverlauf

Am 15. März 2019 überbrachten die Kläger ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 1; act. 2A + 2B; act. 3/2-35). Mit Verfügung vom 15. März 2019 wurde dem Gesuch einstweilen, ohne Anhörung der Beklagten, entsprochen und gleichzeitig Frist für die Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und die Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 4). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 7). Die innert erstreckter Frist eingereichte Klageantwort, in welcher die Beklagte die Unzuständigkeitseinrede erhob, datiert vom 18. April 2019 (act. 8 und 11). Diese beklagliche Stellungnahme wurde den Klägern zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 4). Diese reichten daraufhin in Ausübung des allgemeinen Replikrechts am 2. Mai 2019 eine Stellungnahme ein (act. 14). Nach Zustellung der klägerischen Stellungnahme reichte die Beklagte am 10. Mai 2019 ihrerseits eine Stellungnahme ein (Prot. S. 5; act. 16). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur soweit für die Entscheidung notwendig einzugehen.

4. Zuständigkeit

4.1. Vorbemerkung

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen, namentlich mitunter das Vorliegen der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Die Parteien sind zur Mitwirkung verpflichtet und die klagende Partei hat die Tatsachen vorzutragen und zu belegen, welche die Zulässig-

keit ihrer Klage begründen (ZÜRCHER, Alexander, in: Zürcher Kommentar zur ZPO, Aufl. 3, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 60 N 4). Fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario).

Werden von der klägerischen Partei Tatsachen behauptet, welche sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind, wird von sogenannten doppelrelevanten Tatsachen gesprochen. Diese sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht. Kommt das Gericht dabei zum Schluss, dass die zuständigkeits- und haftungsbe gründenden Behauptungen nicht zutreffen bzw. nicht bewiesen werden konnten, so hat kein Nichteintretensentscheid zu ergehen, sondern die Klage wird mit einem Sachurteil abgewiesen. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und die durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 137 III 32 E. 2.3; VOLKEN/GÖKSU, Zürcher Kommentar zum IPRG, a.a.O., Art. 129 N 57).

4.2. Parteivorbringen

Gemäss den Klägern haben die Klägerin 1 und die Beklagte Zürich als Gerichtsstand vereinbart. Da die Kläger vorliegend eine einfache Streitgenossenschaft bildeten, sei das hiesige Handelsgericht für das Massnahmebegehren beider Kläger zuständig (act. 1 Rz 20 ff.). Beide Kläger hätten mit der Beklagten stets und ausschliesslich in Zürich zu tun gehabt. Auch habe der Kläger 2 von der Zweigniederlassung Zürich das Informationsschreiben vom 26. September 2018 betreffend die geplante Datenübermittlung erhalten. Daraus ergehe, dass die streitgegenständlichen Daten zweifelsohne in Zürich belegen seien, weshalb die Vollstreckung der vorsorglichen Massnahme in Zürich anzuordnen sei (act. 14 Rz 5).

In ihrer Klageantwort erhob die Beklagte betreffend den Kläger 2 die Unzuständigkeitseinrede. Zunächst könne sich der Kläger 2 nicht auf die Gerichtsstandsvereinbarung zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten beziehen (act. 11 Rz 8 ff.; act. 16 Rz 3). Weiter sei die vorliegende Streitigkeit klarerweise nicht aus dem

Betrieb der Zürcher Zweigniederlassung der Beklagten entstanden. Die Beklagte mit Sitz in Genf beabsichtige die streitgegenständliche Datenübermittlung in die USA, nicht die Zürcher Zweigniederlassung. Zwar habe der Kläger 2 grundlos gewisse Schreiben an die Zürcher Zweigniederlassung adressiert, die wichtigen Schreiben habe er jedoch stets an die effektiv zuständigen der Personen der Beklagten in Genf geschickt (act. 11 Rz 8 ff.; act. 16 Rz 3). In der vom Kläger 2 genannten E-Mail-Nachricht von der Zürcher Zweigstelle gehe es nicht um die streitgegenständliche Übermittlung der II.D.2-Liste. Viel mehr sei es bloss darum gegangen, den US-Status des Klägers 2 zu klären. Die streitgegenständliche Datenübermittlung werde ausschliesslich vom Genfer Hauptsitz koordiniert (act. 16 Rz 6).

4.3. Rechtliche Würdigung

4.3.1. Internationaler Sachverhalt

Vorliegend hat die Beklagte ihren Sitz in der Schweiz, während sich die (Wohn)sitze der Kläger in Panama und Israel befinden, weshalb ein internationaler Sachverhalt vorliegt. Da die Beklagte ihren Sitz in einem LugÜ-Vertragsstaat hat, hat die nachfolgende Zuständigkeitsprüfung gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 3 und Art. 60 LugÜ zu erfolgen.

4.3.2. Streitgenossenschaft

Art. 6 LugÜ und Art. 8a IPRG regeln die internationale bzw. örtliche Zuständigkeit bei Mehrparteienverhältnissen in internationalen Fällen. Für die aktive Streitgenossenschaft sehen die genannten Artikel jedoch keine spezielle Regelung vor. Wollen demnach mehrere Kläger ihre Ansprüche gegen eine beklagte Partei an einem einheitlichen Gerichtsstand geltend machen, muss die internationale sowie die örtliche Zuständigkeit für jeden Kläger einzeln geprüft werden (MÜLLER-CHEN, in: Müller-Chen/Widmer Lüchinger [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Auflage, Zürich 2018, Art. 8a N 47; MÜLLER, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Handkommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. Auflage, Bern 2011, Art. 6 N 17).

Nach dem Gesagten kann der Kläger 2 aus der internationalen und örtlichen Zuständigkeit des hiesigen Gerichts für die Klage der Klägerin 1, welche sich unbestrittenermassen aus einer Gerichtsstandsvereinbarung zwischen der Klägerin 1 und der Rechtsvorgängerin der Beklagten ergibt (Art. 23 LugÜ; act. 3/14 Ziff. 16), nichts zu seinen Gunsten ableiten.

4.3.3. Internationale Zuständigkeit für die Klage des Klägers 2

Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 60 LugÜ sind juristische Personen, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates haben, vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen. Vorliegend hat die Beklagte ihren Hauptsitz in Genf. Somit besteht für die Klage des Klägers 2 eine internationale Zuständigkeit in der Schweiz.

4.3.4. Örtliche Zuständigkeit für die Klage des Klägers 2

4.3.4.1. Die örtliche Zuständigkeit wird vom LugÜ vorliegend nicht festgelegt, weshalb das IPRG anzuwenden ist. Art. 129 IPRG (Klage aus unerlaubter Handlung) erfasst alle Arten von Klagen, die dazu dienen können, einen persönlichen Anspruch aus ausservertraglicher Haftung geltend zu machen. Darunter fällt auch die Persönlichkeitsverletzung durch das Bearbeiten von Personendaten (vgl. Art. 138 Abs. 3 IPRG).

Handelt es sich bei der Beklagten um eine Gesellschaft, so ist die Klage gemäss Art. 129 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 IPRG grundsätzlich an deren (Haupt-)sitz einzuleiten. Alternativ steht der Gerichtsstand am Handlungs- oder Erfolgsort sowie am Ort einer Zweigniederlassung zur Verfügung, freilich unter der Einschränkung, dass die Tätigkeit dieser Niederlassung betroffen ist (VOLKEN/GÖKSU, Zürcher Kommentar zum IPRG, a.a.O., Art. 129 N 30).

Bei Vertragsverhältnissen wird dieser Bezug zur Zweigniederlassung etwa bejaht, wenn der Vertrag mit der Niederlassung selbst geschlossen wurde oder wenn er mit dem Unternehmen am Hauptsitz verhandelt wurde, aber die eingegangenen Verpflichtungen unmittelbar den Geschäftsbetrieb der Niederlassungen betreffen. Unerlaubte Handlungen sind aufgrund der Tätigkeit der Niederlassung erfolgt,

wenn sie im Zusammenhang mit der Abwicklung solcher Verträge erfolgen – etwa wenn die Vertragsverletzung gleichzeitig eine unerlaubte Handlung darstellt – oder aber das Delikt vom Personal der Niederlassung im Rahmen ihrer Arbeit verursacht wurde. Ob die geforderte Konnexität zur Niederlassung vorliegt, kann dabei nicht nur strittig, sondern auch für den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache selber entscheidend sein, entsprechend eine doppelrelevante Tatsache darstellen (VOLKEN/GÖKSU, Zürcher Kommentar zum IPRG, a.a.O., Art. 129 N 61 f.; BGE 137 III 32 E. 2.3).

4.3.4.2. Die schädigende Handlung, namentlich die drohende Bearbeitung der Personendaten des Klägers 2, ist eine doppelrelevante Tatsache. Sie ist nicht nur rechtserheblich für den Ausgang des Klageverfahrens in der Sache selber, sondern auch für die Bestimmung des Handlungsorts.

Zu beachten ist, dass der Kläger 2 beantragt, es sei der Beklagten allgemein zu verbieten, seine Personendaten an das DoJ weiterzugeben, nicht nur von der Zweigniederlassung in Zürich aus. Demnach wäre materiell zu prüfen, ob die Beklagte in irgendeiner Weise Personendaten ans DoJ zu übermitteln gedenkt, unabhängig davon, von welchem Ort oder durch welches Personal die Handlungen vorgenommen würden. Bei der Zuständigkeitsprüfung hingegen interessiert nur die Frage, ob die Datenlieferung einen genügenden Konnex zur beklagischen Zweigniederlassung in Zürich hat. Somit sind die Fragestellungen bei der Ermittlung des Handlungsorts und der eigentlichen Anspruchsprüfung nicht deckungsgleich. Nichtsdestotrotz lässt sich die Zuständigkeit vorliegend nicht festlegen, ohne auch über den materiellen Anspruch zu befinden. Denn beim Entscheid über das Vorliegen des behaupteten Handlungsorts müsste zwangsläufig geprüft werden, ob überhaupt eine unerlaubte Handlung vorliegt.

Aus diesem Grund ist für den Entscheid über die Zuständigkeit wie oben ausgeführt allein auf die Behauptungen des Klägers 2 abzustellen, ohne ihre Wahrfähigkeit zu prüfen.

Es kann vorliegend offen gelassen werden, inwiefern der Kläger 2 mit der Beklagten tatsächlich "stets und ausschliesslich in Zürich" zu tun hatte. Denn bereits die

Email-Nachricht der Beklagten vom 26. September 2018 lässt den klägerischen Parteivortrag, wonach die streitgegenständlichen Daten in Zürich belegen sind und von da aus an das DoJ übermittelt werden sollen, als nicht fadenscheinig oder inkohärent erscheinen. In der Email-Nachricht ersuchte die Beklagte den Kläger 2, seinen US-Status zu erklären. Weiter nennt die Nachricht vier Konten der Klägerin 1, welche einen Bezug zum Kläger 2 hätten, und betreffend diese zu belegen sei, dass sie bei der US-Steuerbehörde deklariert worden seien. Andernfalls würde die Beklagte die Kontoinformationen dem DoJ übermitteln (act. 1 Rz 44, act. 3/4). Auf dem Absender der E-Mail-Nachricht ist ersichtlich, dass sie von einem Mitarbeiter der Beklagten von deren Zweigniederlassung in Zürich stammt.

Dies genügt, um einen Bezug der behaupteten unerlaubten Handlung zur Niederlassung der Beklagten in Zürich anzunehmen bzw. nicht auszuschliessen. Daher ist das hiesige Handelsgericht gemäss Art. 10 lit. a i.V.m. Art. 129 IPRG örtlich für das Massnahmebegehren des Klägers 2 zuständig.

4.4. Fazit

Nach dem Gesagten ist das hiesige Einzelgericht am Handelsgericht des Kantons Zürich international und örtlich für die Klage beider Kläger zuständig. Darüber hinaus ist die sachliche Zuständigkeit gegeben und blieb denn auch unbestritten (act. 1 Rz 28 ff.; act. 11 Rz 4).

5. Rechtsschutzinteresse

5.1. Das Rechtsschutzinteresse ist eine weitere Prozessvoraussetzung, die das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 60 ZPO). Bei Unterlassungsklagen ist das Rechtsschutzinteresse gegeben, wenn die widerrechtliche Handlung, auf welche das Begehren gerichtet ist, unmittelbar droht, d.h., wenn das Verhalten der Beklagten die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt (ZÜRCHER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 59 N 13, m.w.H.).

5.2. Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin 1 wird nicht bestritten. Die Beklagte behauptet jedoch, die ohnehin in anonymisierter Weise zu übermittelnden Daten seien von vornherein nicht dem Kläger 2 zuzuordnen. Daher habe er kein Rechtsschutzinteresse, die geplante Datenübermittlung zu verhindern, weshalb auf sein Gesuch nicht einzutreten sei (act. 11 Rz 15 ff.).

Wie bereits oben erläutert, handelt es sich bei der drohenden Persönlichkeitsverletzung um eine doppelrelevante Tatsache, welche sowohl für die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Klage bedeutsam ist. Sie wird nur bei der Prüfung der Begründetheit untersucht, sofern der klägerische Parteivortrag nicht von vornherein als fadenscheinig erscheint. Sollte dann keine unmittelbare Drohung einer Rechtsverletzung festgestellt werden, ist auf die Klage einzutreten, diese aber als unbegründet abzuweisen (BOPP/BESSENICH in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 84 N 9).

Vorliegend führt die Beklagte selbst aus, der Kläger 2 sei bis 2010 der wirtschaftlich Berechtigte der streitgegenständlichen Konten gewesen (act. 11 Rz 49 ff.). Zudem wird der Kläger 2 im an das DoJ zu übermittelnde Factsheet als "beneficial owner 1" bezeichnet (act. 3/11/2; siehe unten unter Ziffer 6.3.3.2). Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass die bekanntzugebenden Daten einen Bezug zum Kläger 2 haben, weshalb sein behauptetes Rechtsschutzinteresse nicht als inkohärent bezeichnet werden kann.

5.3. Im Rahmen des Rechtsschutzinteresses bleibt jedoch das Begehren der Kläger zu prüfen, wonach die streitgegenständliche Datenbekanntgabe nicht nur an das DoJ sondern allgemein an US-Behörden und ins Ausland zu untersagen sei.

Ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse ist bei einer Unterlassungsklage wie erwähnt nur dann gegeben, wenn eine künftige Persönlichkeitsverletzung ernsthaft und mit einer gewissen Unmittelbarkeit droht (BGE 124 III 72, E. 2a). In welcher Intensität eine einschlägige Gefahr vorhanden sein muss, um einen Unterlassungsanspruch bejahen zu können, ist eine Rechtsfrage. Die tatsächlichen

Gegebenheiten, aus denen sich eine Gefahr der dargelegten Art ergeben soll, sind von den Klägern nachzuweisen (Urteile des Bundesgerichts 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 3.2, 5A_228/2009 vom 8. Juli 2009, E. 4.1). In seinem Urteil 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018 erwog das Bundesgericht in einem ähnlich gelagerten Fall, bei welchem ein Verbot zur Datenherausgabe neben dem DoJ auch gegenüber dem Internal Revenue Service (IRS) beantragt wurde, dass zur Bejahung eines schutzwürdigen Interesses an einem Verbot zur Datenherausgabe vom Kläger dargetan werden müsse, dass eine Datenherausgabe auch vom IRS verlangt worden sei oder ein entsprechendes Begehren bevorstehe und dass der Adressat eines solchen Begehrens – mangels Verbot – diesem auch stattgeben würde. Mangels konkreter Anhaltspunkte verneinte das Bundesgericht ein schutzwürdiges Interesse hinsichtlich einer Datenherausgabe an den IRS und hielt fest, dass die Vorinstanz diesbezüglich auf die Klage nicht hätte eintreten dürfen (E. 3.2).

Nicht anders verhält es sich bei der vorliegend in Frage stehenden Datenübermittlung, ist doch weder dargetan worden noch ersichtlich, dass eine Datenbekanntgabe auch "ins Ausland" oder an andere US-Behörden als das DoJ drohen würde. An einem allgemeinen Verbot zur Datenübermittlung besteht somit kein schutzwürdiges Interesse.

Demnach ist auf die Klage insoweit nicht einzutreten, als sich das Verbot zur Datenübermittlung auf andere US-Behörden als das DoJ oder das Ausland allgemein bezieht. Im Übrigen ist auf die Klage einzutreten.

6. Würdigung

6.1. Anwendbares Recht

Vorliegend ist Schweizer Recht anzuwenden, was von den Parteien auch nicht bestritten wird. Das klägerische Gesuch stützt sich insbesondere auf Art. 6 DSG. 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).

6.2. Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Zu den Voraussetzungen zählen insbesondere das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs und eines Verfügungsgrundes (BSK-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N 10). Bezüglich des Verfügungsanspruchs hat das Gericht eine sog. Hauptsachenprognose zu stellen, bezüglich des Verfügungsgrundes eine sog. Nachteilsprognose (BSK-SPRECHER, a.a.O., N 12 zu Art. 261 N 12). Verfügungsanspruch kann grundsätzlich jede subjektive Berechtigung des Zivilrechts sein, die auf eine positive oder negative Leistung, Gestaltung oder Feststellung gerichtet ist. Die gesuchstellende Partei muss ihren Verfügungsanspruch, die Begründetheit ihres materiellen Hauptbegehrens, glaubhaft machen (BSK-SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 15). Weiter muss die vorsorgliche Massnahme zur Abwehr des Nachteils notwendig sein. Mit Notwendigkeit ist gemeint, dass die Massnahme in zeitlicher und sachlicher Hinsicht als geeignet erscheint. Dabei darf die Massnahme nicht weiter gehen als zur Wahrung der materiellen Ansprüche erforderlich. Überdies muss sie auch verhältnismässig sein (BSK-SPRECHER, a.a.O., N 112 zu Art. 261 N 112). Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, insbesondere etwa ein Verbot oder eine Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands (Art. 262 lit. a und lit. b ZPO).

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

6.3.1. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Dabei fallen unter den Begriff "Personendaten" alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, wobei natürliche oder juristische Personen von der Bearbeitung betroffen sein können (Art. 3 lit. a und b DSG). "Bearbeiten" ist jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaf-

fen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (Art. 3 lit. e DSG). Unter "Bekanntgabe" wird gemäss Art. 3 lit. f. DSG das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben und Veröffentlichen verstanden.

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).

6.3.2. Strittig sind vorliegend insbesondere zwei Fragen: Zum einen, ob dem Kläger 2 eine Aktivlegitimation zukommt und zum anderen, ob überhaupt eine Lieferung von Personendaten i.S.d. Art. 3 DSG an das DoJ droht.

6.3.3. Zur Frage der Aktivlegitimation des Klägers 2

Die Beklagte bringt vor, der Kläger 2 sei weder Kontoinhaber der streitgegenständlichen Konten, noch beabsichtige die Beklagte, irgendwelche ihn betreffenden oder identifizierbar machenden Daten gegenüber dem DoJ offenzulegen. Deshalb komme ihm mangels Anspruchsgrundlage keine Aktivlegitimation zu (act. 11 Rz 84).

Wie die Kläger zu Recht ausführen, beziehen sich die Informationen in der Leaver-Liste und dem Factsheet durchaus (auch) auf den Kläger 2 (act. 1 Rz 63). Die Beklagte selbst führt aus, der US-Bezug der streitgegenständlichen Konten

bestehe darin, dass der Kläger 2 als bis im Jahr 2010 wirtschaftlich Berechtigter der Konten ein Domizil in den USA gehabt und politische Spenden in den USA gemacht habe (act. 11 Rz 57 ff.). Diese und weitere Informationen befinden sich auch im Factsheet, welches die Beklagte an das DoJ übermitteln möchte (act. 11/2).

Die an das DoJ zu übermittelnden Daten betreffen somit klarerweise den Kläger 2. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist zudem auch glaubhaft, dass es sich dabei um Personendaten handelt, welche unter den Schutzbereich von Art. 6 DSGVO fallen. Der Kläger 2 ist somit zur Klage aktivlegitimiert.

6.3.4. Zur Frage der drohenden Lieferung von Personendaten

6.3.4.1. Die Beklagte führt aus, die dem DoJ zu übermittelnden Transaktionsinformationen seien anonymisiert bzw. dem gleichkommend pseudonymisiert. Namentlich habe sie (i) sämtliche Überweisungsbeträge in US-Dollar umgerechnet, (ii) die Transaktionen addiert und nur das monatliche Total ausgewiesen und (iii) das ermittelte Total auf die nächsten CHF 10'000.– aufgerundet. Auch die weiteren Informationen in der Leaver-Liste und dem Factsheet liessen keine Identifikation von Personen zu. Zum einen würden die Namen der Kläger nicht genannt. Zudem handle es sich bei den den streitgegenständlichen Konten zugewiesenen C.____-Nummern weder um Konto- noch um Kundennummern. Es seien reine Kontrollnummern, welche es ausschliesslich der Beklagten erlaube, die dahinterstehende Kundenbeziehung zu identifizieren. Entsprechend handle es sich bei der zu übermittelnden Liste und dem Factsheet um keine Personendaten i.S.v. Art. 3 lit. a DSGVO, weshalb das Datenschutzgesetz nicht anwendbar sei (act. 11 Rz 41, 68 ff. und 85 ff.).

Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, die Beklagte würde eine Anonymisierung der Daten in der Leaver-Liste und dem Factsheet nicht glaubhaft machen. Die zu übermittelnden Daten könnten aufgrund von Big-Data-Analysen bestimmbar gemacht werden. Konkret könne das DoJ etwa die Informationen aus der Leaver-Liste mit SWIFT-Daten (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) abgleichen und so die Identität der Kläger ermitteln. Ein Bank-

kunde könne über Banktransaktionen, die er getätigt habe, leicht identifiziert werden (act. 1 Rz 85).

Die Beklagte entgegnet, das DoJ könne nicht ohne Weiteres auf SWIFT-Daten zurückgreifen. Doch selbst bei einem unbeschränkten Zugriff auf SWIFT-Daten wäre eine Identifizierung der Kläger gemäss der Beklagten wegen der Pseudonymisierung der Daten nicht möglich. Darüber hinaus scheide eine systematische Auswertung schon aufgrund der Datenmenge aus, welche das SWIFT-System übermittle (act. 11 Rz 78 f.).

6.3.4.2. Gemäss dem Bundesgericht sind pseudonymisierte Daten unter Umständen 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).

Eine Person ist bestimmbar, wenn sich ihre Identität aus dem Kontext der Daten oder durch die Kombination mit anderen Daten ergibt, solange dies ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich ist. Unverhältnismässig ist der Aufwand, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit gerechnet werden muss, dass ein Interessent diesen auf sich nehmen wird. Beim Aufwand sind auch die technischen Möglichkeiten mitzubersichtigen, so etwa im Internet verfügbare Suchwerkzeuge oder Technologien wie Big-Data-Analytics.

Nicht mehr bestimmbar ist eine Person, wenn Personendaten anonymisiert worden sind. Anonymisierung bedeutet, dass der Personenbezug irreversibel so aufgehoben wird, dass ohne unverhältnismässigen Aufwand keine Rückschlüsse auf Personen mehr möglich sind. Anders als bei der Pseudonymisierung darf kein Schlüssel (Zuordnungsregel) aufbewahrt werden, der die Re-Identifikation der betroffenen Person ermöglicht. Bei einer Pseudonymisierung soll der Personenbezug aufgehoben werden, aber bloss reversibel. Der Schlüssel zur Re-Identifizierung der Informationen bleibt erhalten. Deshalb bleiben pseudonymisierte Personendaten für alle, die Zugang zum Schlüssel haben, weiterhin Personendaten. Massgeblich ist also, wo sich dieser Schlüssel befindet bzw. wer konk-

ret Zugang dazu hat. Dass pseudonyme Daten grundsätzlich nicht als Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes zu qualifizieren sind, kann also nicht gesagt werden. Angesichts der heute bereits verfügbaren technischen Möglichkeiten der Re-Identifizierung – Stichwort: Big-Data-Analytics – verbleibt für die irreversible Anonymisierung von Personendaten nur wenig Raum. In den meisten Fällen werden sich vermeintlich irreversible Anonymisierungen angesichts der heute bereits verfügbaren technischen Re-Identifizierungsverfahren und des äusserst breiten Umfangs des Personendatenbegriffs als reversibel erweisen. Dies umso mehr, als im Big-Data-Bereich eine Menge von anonymisierten Daten analysiert wird, was bedeutet, dass je grösser die Datenmenge ist, desto höher wird die Wahrscheinlichkeit, dass Daten einer bestimmten Person zugeordnet werden können (SHK DSG-RUDIN, Bern 2015, Art. 3 N 10 ff., m.w.H.; BSK DSG-BLECHTA, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 N 12 f., m.w.H.; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Zürich 2008, Art. 3 N 35 ff., m.w.H.; BAERISWYL in: Weber/Thouvenin [Hrsg.], ZIK: Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, S. 52, m.w.H.).

6.3.4.3. Da die Beklagte vorbringt, nur sie selbst könne die Kläger anhand der zu übermittelnden Daten identifizieren (vgl. act. 11 Rz 71), ist vorliegend bloss von einer Pseudonymisierung und nicht einer Anonymisierung auszugehen.

Die Leaver-Liste enthält umfangreiche Transaktionsdaten; sie listen die von den klägerischen Konten getätigten oder empfangenen Zahlungen monatlich zusammengefasst auf unter Angabe der jeweiligen Sender- und Empfängerbanken (act. 3/11/1). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das US-Programm bekanntermassen keine anderen Währungen als US-Dollar erwähnt und die Addition der Transaktionen sowie die Ausweisung des monatlichen Totals sogar verlangt (Ziff. II.D.2.vi; act. 3/19 S. 4). Anders als von der Beklagten ausgeführt, sind darin also keine Anonymisierungsmassnahmen zu erkennen.

Weiter ergeben sich aus der Leaver-Liste und dem Factsheet zwar nicht die Namen der Kläger, indessen ihre rechtliche Stellung in Bezug auf die Konten und deren Status als U.S.-Person (BO = beneficial owner, PoA = power of attorney, act. 3/11/1 und 3/11/2). Zudem sind im Factsheet ausser der C._____-Nummer

und der Umrechnung und Aufrundung der Kontobestände keine Anonymisierungsmassnahmen ersichtlich. Insbesondere wurden hinsichtlich des wirtschaftlich Berechtigten – sprich des Klägers 2 – Angaben über seine Nationalität ("dual belgian-israeli national"), seinen Wohnort ("residing in Switzerland"), seine Beziehung zum zweiten wirtschaftlich Berechtigten (BO1 son, BO2 father) sowie zu seinem Verhalten in den USA ("...may permanently live in the U.S ... made contributions to U.S. political campaigns ... may have U.S. addresses and phone numbers") gemacht. Im Zusammenhang mit den Transaktionsdaten der Leaver-List scheint damit eine Bestimmbarkeit der Kläger zumindest glaubhaft gemacht, weshalb von Personendaten i.S.d. Art. 3 DSG auszugehen ist.

Zuletzt vermag die Beklagte die mit Beweismitteln unterlegten Ausführungen der Kläger nicht zu entkräften, wonach die US-Behörden Zugriff auf SWIFT-Daten hätten und durch einen Datenabgleich so die Kläger eindeutig identifizieren könnten (vgl. act. 1 Rz 53 ff.). Die blossе Bestreitung und der Verweis auf die Website der SWIFT genügen dabei nicht. Zumal aus besagter Beilage auch hervorgeht, dass sich zumindest eines der SWIFT-Rechenzentren in den USA befindet (act. 12/27). Angesichts der Entwicklungen in der jüngsten Zeitgeschichte (Überwachungs- und Spähaffäre, CIA-Leaks) sind die technologischen und administrativen Möglichkeiten der US-Behörden – gerade im Bereich der massenhaften Datenbeschaffung und -analyse – kaum zu unterschätzen, genauso wie ihr Wille, diese auch einzusetzen. Aus dem "gigantischen" Umfang der SWIFT-Daten (act. 11 Rz 78 ff.) kann die Beklagte somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vor diesem Hintergrund läuft das beklagte Vorbringen ins Leere, wonach es dem DoJ nicht möglich sei, eine solche Datenmenge zu analysieren, und wenn doch, es nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht zu erwarten sei, dass das DoJ einen solchen Aufwand auf sich nehmen würde (act. 11 Rz 80).

6.3.4.4. Nach dem Gesagten ist glaubhaft gemacht, dass es sich bei den an das DoJ zu übermittelnden Daten um Personendaten i.S.v. Art. 3 DSG handelt und dass den Klägern durch die beabsichtigte Bekanntgabe eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 6 Abs. 1 DSG droht, welche nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG nicht widerrechtlich wäre.

6.3.5. Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG

Die Beklagte ist für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen beweispflichtig. Solche macht sie aber nicht geltend. So tut sie etwa nicht dar, warum die Datenherausgabe zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen – im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des hiesigen Gerichts – *in concreto unerlässlich* sei (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).

Die den Klägern drohende Persönlichkeitsverletzung ist damit nicht gerechtfertigt.

6.4. Nachteilsprognose (Verfügungsgrund)

Bei Eingriffen in absolute Rechte, wie den hier zur Diskussion stehenden Persönlichkeitsrechten der Kläger, 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).

Vor diesem Hintergrund drohen den Klägern durch die Datenlieferung in die USA schwere Nachteile, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

6.5. Dringlichkeit

Angesichts des Umstandes, dass ein vollständiges Durchlaufen des Hauptsacheprozesses erheblich länger dauern dürfte, ist die Dringlichkeit des vorsorglichen Verbotes der Datenherausgabe zu bejahen.

6.6. Verhältnismässigkeit

Die Parteien äussern sich nicht zur Verhältnismässigkeit der von den Klägern beantragten Massnahme.

Insbesondere macht die Beklagte nicht geltend, dass es im Falle eines vorsorglichen Verbots zu einer Anklageerhebung durch das DoJ käme. Damit eine solche Gefahr bejaht werden könnte, hätte sie konkrete diesbezügliche Hinweise aufzeigen müssen. Umgekehrt ist offensichtlich, dass nur Art. 292 StGB den Klägern einen genügenden Schutz bietet (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HE170477-O vom 26. Februar 2018 E. 4b; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF150002-O vom 3. März 2015 E. 5.5).

Das Verbot der Datenherausgabe erweist sich insgesamt als verhältnismässig. Ein mildereres Mittel ist nicht ersichtlich.

6.7. Fazit

Die Kläger vermochten glaubhaft darzutun, dass sie in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt werden könnten. Rechtfertigungsgründe liegen keine vor und wurden auch nicht gehörig dargetan. Das Verbot einer Datenherausgabe an das DoJ erweist sich als verhältnismässig und ist vorsorglich zu bestätigen. Die Klage ist gutzuheissen. Hiervon ausgenommen ist, wie oben erwogen, mangels Rechtsschutzinteresse die Datenübermittlung an andere US-Behörden als das DoJ und allgemein ins Ausland. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit rechtfertigt es sich jedoch, das diesbezügliche Superprovisorium nicht sofort aufzuheben.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO 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. Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a Anw-GebV). Auszugehen ist, wie in der Verfügung vom 15. März 2019 erwogen (act. 4), von einem Streitwert von CHF 1'000'000.–, was in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. 8 GebV OG zu einer Gerichtsgebühr von CHF 15'500.– führt. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 Anw-

GebV auf CHF 16'000.– festzusetzen. Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die (allfällige) Parteientschädigung der Beklagten praxisgemäss ohne Mehrwehrsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Der Einzelrichter verfügt:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung allgemein aufs Ausland und insbesondere auf andere amerikanische Behörden als das Departement of Justice (DoJ) bezieht.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im nachfolgenden Erkenntnis entschieden.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

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, insbesondere Informationen nach Ziffer II.D.2 und II.D.4 des program for non-prosecution agreements or non-target letters for swiss banks, direkt oder indirekt dem Departement of Justice (DoJ) bekannt zu geben oder zugänglich zu machen.
2. Den Klägern wird eine Frist bis 22. Juli 2019 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die Anordnung gemäss Ziff. 1 ohne Weiteres dahinfallen.
3. Das mit Verfügung vom 15. März 2019 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 Bundesgerichts.

4. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 15'500.–. 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.

5. 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 16'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage einer Kopie von act. 16.
7. 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 1'000'000.–.

Zürich, 21. Mai 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Leonard Suter