



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin
Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Martin Fischer, Thomas Klein
und Dr. Martin Liebi sowie der Gerichtsschreiber Gallus Maissen

Urteil vom 14. Juni 2016

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Datenschutz**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

" Es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten der Klägerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, unter Androhung gegen die Organe der Beklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zzgl. 8 % MwSt.), insbesondere sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Gerichtskosten des Massnahmenverfahrens (Geschäfts-Nr. HE 140487) von CHF 10'000.– zu erstatten sowie für das gesamte Massnahmenverfahren eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 8 % MwSt.) zu entrichten. "

Ergänzttes Rechtsbegehren:

(act. 23)

" 1. Es wird an den Anträgen der Klage vollumfänglich festgehalten.

[...]

und zusätzlich

2.a sei eventualiter festzustellen, dass die Beklagte durch Preisgabe von Personendaten der Klägerin an das Department of Justice (DoJ) das gerichtliche Verbot vom 28. Januar 2015 des Einzelgerichts des Handelsgerichts, welches die Strafe von Art. 292 StGB gegen die Organe der Bank androhte, verletzt hat; und

2.b sei eventualiter festzustellen, dass mit der Preisgabe der Personendaten der Klägerin die Persönlichkeit der Klägerin verletzt wurde.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten, zzgl. 8 % MwSt. "

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin, welche früher unter dem Namen A'._____ firmierte, bezweckt die Beratung und Verwaltung von Vermögen wie Wertschriften aller Art und die Vermittlung von Treuhandgeschäften (act. 3/3). Sie war externe Vermögensverwalterin verschiedener Personen mit US-Bezug, welche eine Kundenbeziehung zur Beklagten unterhielten. Die Beklagte betrieb eine Bank; heute bezweckt sie die Verwaltung und Abwicklung von Rechten und Pflichten ihrer früheren Finanzdienstleistungstätigkeit (act. 3/2).

b. Prozessgegenstand

Zur Beilegung des seit mehreren Jahren andauernden Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA stellt das US Department of Justice (DoJ) das sog. "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" (das US-Programm) zur Verfügung, welches den schweizerischen Banken erlaubt, ihre Situation zu bereinigen. Die Beklagte nimmt daran teil, weshalb sie im Rahmen dieses Programms gegenüber dem DoJ ihre US-Kundenbeziehungen darzulegen hat, namentlich Namen von damit involvierten Treuhändern und Vermögensverwaltern.

Die Klägerin wehrt sich gegen die Übermittlung ihrer Personendaten. Sie macht geltend, es bestehe hierfür weder eine gesetzliche Grundlage noch eine Rechtfertigung.

Die Beklagte demgegenüber bringt vor, die Klägerin sei den US-Behörden bereits anderweitig bekannt, weshalb kein Geheimhaltungsinteresse und keine negativen Auswirkungen für die Klägerin bestünden. Hingegen läge ein beachtliches Risiko vor, die Beklagte würde in den USA angeklagt, wenn sie die geforderten Daten nicht liefert, was den Ruf des schweizerischen Finanzplatzes arg in Mitleidenschaft ziehen würde. Die Interessen an der Herausgabe der Daten überwiegen daher jene der Klägerin an einem Übermittlungsverbot.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Das Einzelgericht am Handelsgericht (Geschäfts-Nr. HE140487; act. 5) erliess am 11. Dezember 2014 ein superprovisorisches Verbot (act. 5/4), das mit Urteil vom 28. Januar 2015 bestätigt wurde (act. 5/11). Der Beklagten wurde unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB vorsorglich verboten, Personendaten der Klägerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln bzw. an US-Behörden weiterzugeben sowie den alten oder den neuen Firmennamen zu übermitteln. Zugleich wurde der Klägerin Frist bis zum 16. März 2015 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen; bei Säumnis würde die Anordnung ohne Weiteres entfallen (act. 5/11 S. 7).

Mit gleichentags zur Post gegebener Eingabe vom 12. März 2015 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren hierorts anhängig (act. 1).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Mit Verfügung vom 16. März 2015 wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt und u.a. der Klägerin eine Frist zur Leistung des Kostenvorschusses auferlegt (act. 6). Nach Eingang des Kostenvorschusses (act. 10) wurde der Beklagten am 26. März 2015 Frist für die Beantwortung der Klage angesetzt (act. 11), die am 17. Juni 2015 fristgerecht erfolgte (act. 14). Darin beantragte die Beklagte neben der Abweisung der Klage, es sei die im summarischen Verfahren angeordnete vorsorgliche Massnahme mit sofortiger Wirkung aufzuheben (act. 14 S. 2). Mit gleichentags ergangener Verfügung wurde der Klägerin Gelegenheit gegeben, binnen Frist hiezu Stellung zu nehmen; gleichzeitig wurde ein zweiter Schriftwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Einreichung einer Replik angesetzt (act. 16).

Nachdem die klägerische Stellungnahme am 9. Juli 2015 eingetroffen war (act. 18), beschloss das Gericht am 28. Juli 2015 auf den beklagischen Antrag auf Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen nicht einzutreten (act. 21).

Die Replik erging fristgerecht am 21. September 2015 (act. 23). Mit Verfügung vom 24. September 2015 wurde der Beklagten Frist angesetzt zur Erstattung der

Duplik (act. 25). Diese wurde am 26. November 2015 rechtzeitig eingereicht (act. 27). Am 1. Februar 2016 wurde sie der Klägerin zugestellt und der Aktenschluss verfügt (act. 29).

Nachdem die Parteien mit Verfügung vom 11. Mai 2016 (act. 31) aufgefordert wurden, sich binnen Frist entsprechend zu äussern, erklärten sie jeweils mit Schreiben vom 17. bzw. 20. Mai 2016, auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung zu verzichten (act. 33; act. 34).

Das Verfahren ist spruchreif.

c. Beweismittel

Die Parteien reichten mit ihren jeweiligen Rechtsschriften Beweismittelverzeichnisse ein (act. 1 S. 27 ff; act. 23 S. 22 f; act. 27 S. 26 f). Neben verschiedenen, teilweise zu edierenden Urkunden (act. 3/1-28; act. 24/29-40; act 15/1-21; act. 28/22-31) wurde seitens der Beklagten ihr Geschäftsführer, C._____, zur Parteibefragung/Beweisaussage offeriert.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist nicht bestritten und ist gegeben (Art. 15 DSG i.V.m. Art. 20 lit. d ZPO sowie Art. 6 Abs. 2 ZPO und § 44 lit. b GOG).

1.2. Prosequierungsfrist

Mit Einreichen der vorliegenden Klage am 12. März 2015 (Datum Poststempel, act. 1) hat die Klägerin die ihr mit Urteil vom 28. Januar 2015 (act. 5/11) angesetzte Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache eingehalten, womit das vorprozessual vorsorglich angeordnete Verbot aufrecht erhalten blieb (Art. 263 ZPO).

1.3. Rechtsschutzinteresse der Klägerin

Die Beklagte macht zwar geltend, die Firma der Klägerin sei dem DoJ bereits bekannt, spricht ihr jedoch das Rechtsschutzinteresse – zu Recht – nicht ausdrücklich ab (act. 14 Rz 3 u. 28 ff; act. 27 Rz 11 u. 75 ff). Die beabsichtigte Übermittlung der Personendaten der Klägerin an die US-Behörden gegen ihren Willen berührt deren informationelles Selbstbestimmungsrecht, das durch die Bundesverfassung (Art. 13 Abs. 2 BV) und das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) geschützt ist, sodass das Rechtsschutzinteresse der Klägerin zu bejahen ist.

1.4. Klageänderung

Die Klägerin ergänzte in ihrer Replik ihr ursprüngliches Rechtsbegehren mit zwei Eventualanträgen, wonach die Verletzung sowohl des gerichtlichen Verbots wie ihrer Persönlichkeit festzustellen seien (act. 23 S. 2). Eine Klage darf vor der Hauptverhandlung geändert werden, wenn einerseits der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und andererseits mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Sowohl die Unterlassungs- wie die eventualiter erhobene Feststellungsklage werden im ordentlichen Verfahren beurteilt und beruhen auf dem gleichen Rechtsverhältnis. Zudem hat die Gegenpartei zumindest nicht gegen die Klageerweiterung opponiert. Die Voraussetzungen der Klageänderung sind vorliegend erfüllt, somit ist sie zulässig.

2. Rechtsgrundlage für die Datenübermittlung in die USA

2.1. Parteibehauptungen

2.1.1. Klägerin

Die Klägerin bestreitet eine genügende Rechtsgrundlage für die Übermittlung von Daten der Klägerin in die USA. Zunächst verneint sie jeglichen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSGVO mit dem Argument, diese rein zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe seien im vorliegenden Kontext nicht anwendbar, weil solche im öffentlichrechtlichen Gebiet der internationalen Rechtshilfe in Strafsa-

chen abschliessend geregelt seien. Vorliegend würden die USA das Verbot der Beweisausforschung umgehen und das Recht der Klägerin auf Teilnahme an der Beweiserhebung verwehren, indem sie sich direkt an die Banken wandten. Der Beklagten sei es daher wie staatlichen Behörden untersagt, dem Ersuchen nachzukommen (act. 1 Rz 39 ff u. 60; act. 23 Rz 43). Sodann würden Art. 47 BankG sowie Art. 271 und 273 StGB die Übermittlung von Personendaten der Klägerin ausserhalb der internationalen Amts- und Rechtshilfe verbieten. Die Bewilligung des Bundesrates bezüglich Art. 271 StGB müsse den rechtlichen Rahmen einhalten und könne nur rechtmässige Handlungen betreffen (act. 1 Rz 57 ff; act. 23 Rz 39, 44).

2.1.2. Beklagte

Die Beklagte bestreitet diesen Standpunkt der Klägerin. Die Bestimmungen der Amts- und Rechtshilfe fänden auf sie keine Anwendung, weil sie keine Behörde sei. Als Privatperson werde ihr Handeln vorliegend insbesondere durch das DSG und das StGB eingeschränkt (act. 14 Rz 41 ff).

2.2. Würdigung

2.2.1. Lex USA

Mit dem dringlichen Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA (Lex USA) hätten die Banken eine allgemeine und abstrakte Rechtsgrundlage erhalten und wären u.a. ermächtigt worden, den US-Behörden Namen und Funktion von Personen sowie Dritten, die Geschäftsbeziehungen mit US-Personen organisiert, betreut oder überwacht haben, zu liefern (vgl. Botschaft, BBI 2013 3947 ff, 3952). In den Eidgenössischen Räten scheiterte der Gesetzesvorschlag im Juni 2013 jedoch. Dagegen wurde namentlich vorgebracht, es brauche keine generell-abstrakte Regelung, denn der Bundesrat verfüge über die nötigen Kompetenzen, um den interessierenden Banken die Teilnahme am US-Programm zu ermöglichen (NR Nosser als Sprecher der Kommissionsmehrheit, AB 2013 S. 1028). Die Räte erklärten nach dem Scheitern aber übereinstimmend, sie erwarteten, der Bundesrat ergreife im Rahmen des geltenden Rechts alle Massnahmen, um die Banken in die La-

ge zu versetzen, mit dem DoJ zu kooperieren (Ständerat AB 2013 S. 597, act. 15/3; Nationalrat AB 2013 S. 1109, act. 15/2).

2.2.2. US-Programm und Joint Statement

Beim US-Programm (Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks) handelt es sich um einen einseitigen Erlass des DoJ, das schweizerischen Banken aufzeigen soll, ob und wie sie vorzugehen haben, wollen sie die Situation in den bereits mehrjährigen Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit un versteuerten Geldern in den USA bereinigen und eine mögliche Strafuntersuchung oder Anklageerhebung abwenden (act. 3/4). Am 29. August 2013 haben das DoJ und das Eidgenössische Finanzdepartement diesbezüglich eine gemeinsame Erklärung veröffentlicht (Joint Statement). Die Schweiz begrüsst darin die Bemühungen der US-Behörden, beabsichtigt, die Schweizer Banken auf die Bedingungen aufmerksam zu machen und ermutigt diese, ihre Teilnahme daran zu erwägen. Zudem weist die Schweiz auf die Erklärung ihres Parlaments hin, womit dieses den Bundesrat aufgefordert habe, das rechtlich Mögliche zu unternehmen, damit die Schweizer Banken mit dem US-Justizdepartement zusammenarbeiten könnten. Schliesslich sichert die Schweiz zu, dass ihr geltendes Recht eine effiziente Teilnahme gemäss den im Programm festgelegten Bedingungen erlaube (act. 15/5). Das Joint Statement stellt eine politische Absichtserklärung dar und ist ohne rechtliche Bindungswirkung (ROHNER/PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, Schweizer Treuhänder ST 10/2013, S. 732 f; PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sog. US-Programms, AJP 10/2015, S. 1360).

2.2.3. Art. 271 StGB

Nach Art. 271 StGB macht sich u.a. strafbar, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen. Die verpönte Handlung, welche der Täter vornimmt, muss sich ihrem Wesen oder Zweck nach als Amtstätigkeit charakterisieren lassen. Entscheidend ist mithin nicht die Person des Täters, sondern ob die Handlung ihrer Natur nach amtlichen Charakter trägt. Dazu gehören insbesondere

auch Untersuchungshandlungen zu straf-, steuer- und devisa-rechtlichen Zwecken (BGE 114 IV 128).

Es ist unbestritten geblieben, dass der Beklagten die in dieser Strafbestimmung genannte Bewilligung erteilt und bis zum 31. Dezember 2019 verlängert wurde (act. 15/8; act. 15/9). Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) als zuständige Behörde hat in seiner Verfügung erwogen, die Erhebung und Übermittlung von Informationen an die amerikanischen Behörden stellen keine übermässig schweren Eingriffe in die Souveränität der Schweiz dar, und es bestehe ein erhebliches Interesse der Beklagten an der Kooperation mit den amerikanischen Behörden. Indessen sei den Persönlichkeitsrechten betroffener Dritter durch Informationspflichten und Auskunftsrechte Rechnung zu tragen (act. 15/8 S. 2 f). Die Bewilligung wird daher an verschiedene Bedingungen geknüpft: Es dürften – unter Androhung der Bestrafung mit Busse nach Art. 292 StGB – keine Bankkundendaten bekannt gegeben werden, und Personendaten von Dritten nur, wenn diese mindestens 20 Tage vor der geplanten Herausgabe über Umfang, Art und Zeitraum der Daten informiert sowie auf das Klagerecht gemäss Art. 15 DSG aufmerksam gemacht würden. Die Personendaten dürften dann frühestens 10 Tage nach der Mitteilung übermittelt werden, wenn keine Klage erhoben oder diese rechtskräftig abgewiesen wurde. Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass andere, auf den Sachverhalt anwendbare schweizerische Bestimmungen, zu beachten sind (act. 15/8 S. 5 f).

2.2.4. Art. 273 StGB

Gemäss Art. 273 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle zugänglich macht. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses bezieht sich auf alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse sowie ein entsprechender Geheimhaltungswille bestehen (BGE 98 IV 210). Bei Dritten, die bei Konten mit US-Bezug involviert sind, dürfte in aller Regel ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse vorliegen. Sofern Informationen über Dritte herausverlangt werden, haben diese gemäss den Richtlinien der Bundesanwaltschaft über

die Preisgabe der Daten vorgängig zuzustimmen, andernfalls macht sich der Veröffentlicher strafbar (ROHNER/PETER, a.a.O., S. 738).

Vorliegend ist kein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 StGB ersichtlich. Ob eine gestützt auf Art. 271 StGB erteilte Bewilligung ein solcher darstellt, wird in der Lehre einhellig verneint. Immerhin verunmöglicht aber nach Auffassung der Bundesanwaltschaft eine solche Bewilligung die Anwendung von Art. 273 StGB angesichts dessen, dass sie von der höchsten politischen Behörde des Landes erteilt wird. Nicht auszuschliessen ist zudem, dass ein Täter zumindest in einem schuldausschliessenden entschuldbaren Notstand handelt (BSK StGB-HUSMANN, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 273 N 66 f u. N 73 f, m.w.H.).

Die Widerhandlung im Sinne von Art. 273 StGB gilt als politische Straftat, weshalb gemäss Art. 66 StBOG der Bundesrat die Ermächtigung zur Strafverfolgung zu erteilen hat. Er beschliesst nach dem politischen Opportunitätsprinzip und hat es dadurch in der Hand, höher zu bewertende Staatsinteressen zu berücksichtigen (BSK StGB-HUSMANN, a.a.O., vor Art. 271 N 4).

2.2.5. Art. 47 BankG

Nach Art. 47 BankG macht sich strafbar, wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft u.a. als Organ oder Angestellter einer Bank anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat. Neben den vom US-Programm nicht erfassten Bankkundendaten fallen auch Daten von Drittpersonen, wie Namen und Funktionen von bankexternen Beratern unter das Bankkundengeheimnis (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz 470; BSK BankG-STRATENWERTH, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 47 N 13).

Auch hier steht prinzipiell ausser Frage, dass bei einer Verletzung des Bankgeheimnisses der Rechtfertigungsgrund des Notstandes greifen kann (BSK BankG-STRATENWERTH, a.a.O., Art. 47 N 43 ff).

2.2.6. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Unter "internationaler Rechtshilfe in Strafsachen" wird die Unterstützung verstanden, welche die Behörde eines Staates der Behörde eines anderen Staates in

Verfahren strafrechtlicher Art gewährt. Ein Staat darf aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips hoheitliche Tätigkeiten nur innerhalb seines eigenen Territoriums ausüben, ansonsten er die Souveränität des betroffenen anderen Staates missachten würde. Würde ein Staat auf dem Gebiet eines anderen Staates ohne dessen Erlaubnis eine hoheitliche Tätigkeit ausüben, würde sich die ausführende Person regelmässig strafbar machen. Die Schweiz schützt ihre Souveränität u.a. mit Art. 271 StGB, dem Tatbestand der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 4).

2.2.7. Konklusion

Selbstredend beabsichtigen die US-Behörden im langjährigen Steuerstreit mit schweizerischen Finanzinstituten ausserhalb der internationalen Rechtshilfe an Informationen – sprich Beweismittel – rund um dort befindliche, mutmasslich un- versteuerte Vermögenswerte zu gelangen. Im Rahmen des US-Programms haben sich Schweizer Banken, um die mehrjährigen Auseinandersetzungen beizulegen, bekanntlich verpflichtet, zu kooperieren und Daten von Konten mit US-amerikanischem Bezug offen zu legen. Der Gesetzgeber hat mit der Ablehnung der Lex USA bewusst auf eine generell-abstrakte Regelung verzichtet. Er ist dabei der Auffassung, der Bundesrat verfüge über die Kompetenzen, den Banken zu ermöglichen, mit den US-Behörden zusammenzuarbeiten, mithin, dass Finanzinstitute als Privatrechtssubjekte die nachgefragten Informationen ausserhalb der internationalen Rechtshilfe zukommen lassen dürfen. Damit soll eben angesichts des erheblichen öffentlichen Interesses an einer baldigen Bereinigung des Steuerstreits mit den USA ausnahmsweise der Vorrang des zwischenstaatlichen Amts- und Rechtshilferechts durchbrochen werden. Somit fallen staatsvertragliche oder gesetzliche Bestimmungen der internationalen Rechtshilfe zwar ausser Betracht, weil diese alleine unter den Staaten gelten (vgl. Art. 1 IRSG). Indessen steht für Bundesrat und Parlament ausser Frage, dass insbesondere die Rechte der von der Datenbekanntgabe betroffenen Personen zu wahren sind. Dies stel-

len primär die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes sicher, weshalb sie zu beachten sind.

Wie dargelegt, ist es aufgrund von Art. 271 StGB untersagt, Handlungen für einen fremden Staat in der Schweiz vorzunehmen, ausser es liegt hierfür eine Bewilligung vor. Diese Strafbestimmung bezweckt den Schutz der schweizerischen Souveränität, nicht aber von Individualrechten. Das Eidgenössische Finanzdepartement hat daher in seinen Erwägungen zunächst die Schwere des Eingriffs in die schweizerische Souveränität gegen die Interessen der Gesuchstellerin, der Beklagten, an einer Kooperation mit den amerikanischen Behörden abgewogen, dann aber doch die Interessen von betroffenen Personen berücksichtigt und die Bewilligung an bestimmte Bedingungen geknüpft. Es liegt auf der Hand, dass damit der nach dem Scheitern der Lex USA geäusserten Erwartung des Gesetzgebers entsprochen werden sollte, die vom Bundesrat ergriffenen Massnahmen zur Beilegung des Steuerstreits hätten sich am geltenden Recht zu orientieren. Indem die Bankkundendaten von der Bewilligung ausgenommen wurden – unter Hinweis auf die Amtshilfe notabene (act. 15/8 S. 3) – und die Beklagte verpflichtet wurde, vor der Herausgabe von Personendaten von Mitarbeitern und Dritten diese zu informieren und auf das Klagerecht gemäss DSG aufmerksam zu machen, werden deren Interessen gewahrt. Mitarbeiter und Dritte haben die Möglichkeit, sich gegen die Bekanntgabe ihrer Daten an die US-Behörden gerichtlich zu wehren. Damit finden nicht zuletzt auch die von der Klägerin angeführten strafprozessualen Gebote – Recht auf Teilnahme an der Beweiserhebung und Verbot der Beweisausforschung – der Sache nach Beachtung.

Gegen die Bekanntgabe der Personendaten der Klägerin sprächen zwar Art. 273 StGB und Art. 47 BankG. In beiden Fällen ist jedoch nicht auszuschliessen, dass eine Notstandssituation bejaht werden könnte, zumal dort wie hier die Interessen der Beteiligten gegenübergestellt und abgewogen werden. Hinzu kommt, dass hinsichtlich Art. 273 StGB der Bundesrat die Ermächtigung für die Strafverfolgung wohl verweigern dürfte, sofern sich die Beklagte an die Bedingungen der Bewilligung nach Art. 271 StGB gehalten hat. Der Bundesrat dürfte kein Interesse daran haben, die Beklagte der Strafverfolgung auszusetzen, wegen einer Tätigkeit – der

Kooperation mit dem DoJ, d.h. die Datenherausgabe –, die er und das Parlament gerade ermöglichen wollten.

2.3. Fazit

Eine Rechtsgrundlage, worauf sich die Bekanntgabe der Personendaten der Klägerin an die US-Behörden direkt stützen kann, liegt nach dem Scheitern der Lex USA nicht vor. Zudem sind weder das Joint Statement noch die Erklärung der beiden eidgenössischen Räte rechtlich verbindlich. Dennoch handelt die Beklagte mit der Datenübermittlung nicht widerrechtlich, sofern sie sich an die mit der Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB verbundenen Bedingungen hält. Diese stellen die Rechte der Klägerin hinreichend sicher, weshalb – entgegen deren Auffassung –, der Bundesrat und die Beklagte nicht unrechtmässig handeln.

3. Bekanntgabe von Daten

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin reichte mit ihrer Replik ein in einem anderen Verfahren am Einzelgericht des Handelsgerichts Zürich von der Beklagten eingebrachtes E-Mail vom 4. Februar 2015 eines sog. Trial Attorney des DoJ ins Recht (act. 23 Rz 1 u. 25). Darin wird auf ein Treffen mit der Beklagten vom Vortag Bezug genommen und um weitere Auskünfte u.a. über "A' _____" gebeten (und über zwei natürliche Personen, den Ex-VRP und einen aktuellen VR der Klägerin; act. 24/29).

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das DoJ den früheren Firmennamen der Klägerin bereits kennt. Die Beklagte bestreitet weder das E-Mail noch das Treffen vom 3. Februar 2015 zwischen ihr und Vertretern des DoJ in ... (act. 27 Rz 8 u. 33).

3.2. Parteibehauptungen

3.2.1. Beklagte

Die Beklagte macht zunächst geltend, die Firma der Klägerin sei den US-Behörden bereits bekannt, weshalb kein Geheimhaltungsinteresse bestünde (act. 14 Rz 3). Sie führt aus, es hätten mindestens sieben von elf Kunden der Klägerin von sich aus ihre Kundenbeziehungen zur Beklagten den US-Behörden in sog. Off-

shore Voluntary Disclosure Initiative (OVDI-Verfahren) offengelegt. Angesichts der drohenden strafrechtlichen Konsequenzen sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass den US-Behörden die Klägerin als externe Vermögensverwalterin bereits bekannt sei. Bei der vorgesehenen Datenübermittlung handle es sich demnach nicht um eine Bekanntgabe von Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. f bzw. Art. 6 DSGVO (act. 14 Rz 28 ff u. 47; act. 27 Rz 23 ff u. 72).

3.2.2. Klägerin

Die Klägerin, die den dringenden Verdacht hegt, die Beklagte habe möglicherweise bereits Personendaten direkt an das DoJ übermittelt (act. 23 Rz 1 u. 25 ff), bestreitet, dass die US-Behörden ihre Identität bereits kennen würden (act. 23 Rz 23 f). Dieser Umstand wäre überdies irrelevant, weil jeder Übermittlung oder Bekanntgabe von Daten Bearbeitungsschritte vorgelagert seien, die die Klägerin verbieten lassen könne. Sodann wisse man nicht resp. könne man nicht wissen, was genau dem DoJ bereits bekannt sei, sodass nicht beurteilt werden könne, ob identische Informationen vorliegen würden. Hinzu komme, dass die Beklagte den Begriff der Bekanntgabe im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung verstehen würde (act. 23 Rz 2 u. 46 ff).

3.3. Würdigung

3.3.1. Die im US-Programm zu übermittelnden Daten

Zwischen den Parteien ist es grundsätzlich unbestritten (act. 1 Rz 11; act. 23 Rz 8 ff; act. 14 Rz 25 ff; act. 27 Rz 44 u. 52), dass die Beklagte im Rahmen des US-Programms dem DoJ u.a. die Namen und Funktion von Vermögensverwaltern und Treuhändern mitzuteilen hat, welche in Kundenbeziehungen mit US-Bezug involviert sind oder waren. Weiter sind jeweils die monatlichen Kontenbewegungen mit den Absender- bzw. Empfängerbanken und den Zielländern anzugeben. Hierfür stellt das DoJ ein Formular, die sog. II.D.2-Liste, bestehend aus zwei Tabellen, zur Verfügung (act. 24/30-31; act. 28/22-23). Die Klägerin ist in der ersten Tabelle jeweils bei bestimmten Kundenbeziehungen als externe Vermögensver-

walterin verzeichnet (act. 24/30 [noch mit der alten Firma]; act. 28/22), ist aber nicht in der zweiten Tabelle betr. Kontenbewegungen aufgeführt (act. 28/23).

3.3.2. Die im OVDI-Verfahren bekannt zu gebenden Daten

Ebenfalls an sich unbestritten sind die im sog. OVDI-Verfahren gebräuchlichen Musterformulare, mit denen US-steuerpflichtige Personen ihren Behörden gegenüber bislang unversteuerte Vermögenswerte bei ausländischen Bankinstituten anzeigten (act. 14 Rz 29; act. 27 Rz 23 ff; act. 23 Rz 23 f). In einer Beilage (sog. Attachment to Offshore Voluntary Disclosures Letter) ist unter Ziffer 5 der Name derjenigen Person oder Unternehmung anzugeben, die beim Eröffnen oder Betreuen des Kontos beratend oder unterstützend tätig war, sowie über die Kommunikation Auskunft zu erteilen. Weiter wird in Ziffer 11 des nämlichen Formulars nach weiteren Kontoberechtigten gefragt, die zu bezeichnen sind. Zudem hat der Selbstanzeiger in Ziffer 6 zu erklären, ob er u.a. Kontoauszüge erhalten und aufbewahrt hat (act. 15/12, S. 5 ff). Die Beklagte weist an einer Stelle darauf hin, es müssten im OVDI-Verfahren auch Kontoauszüge eingereicht werden, ohne hiezu allerdings einen Beweis zu offerieren (act. 27 Rz 68). Diese Behauptung findet jedenfalls keine Stütze in den von der Beklagten im Zusammenhang mit dem OVDI-Programm ins Recht gereichten Formularen und Korrespondenz (vgl. act. 15/12-17; act. 28/24-28). Immerhin bat ein Kunde per E-Mail die Beklagte, sie möge ihm Auszüge und Unterlagen seines Kontos zusenden (act. 28/29), womit freilich nicht erstellt ist, ob er diese im Rahmen des OVDI-Verfahrens an die US-Behörden weiterleiten musste, geschweige denn weitergeleitet hat.

3.3.3. E-Mail vom 4. Februar 2015 des DoJ

Im unbestrittenen E-Mail vom 4. Februar 2015 wünscht ein gewisser D._____, sog. Trial Attorney in der Steuerabteilung des DoJ, ..., weitere Informationen über die Bankkundenbeziehung u.a. mit der Klägerin (unter ihrer früheren Firma A'.____ AG), weil man Anlass zur Annahme habe ("...we have reason to believe ..."), diese sei bei Kunden der Beklagten mit US-Bezug involviert (act. 24/29; vgl. oben Ziff. 3.1.).

3.3.4. Konklusion

Im Rahmen des US-Programms hat die Beklagte den Namen der Klägerin als externe Vermögensverwalterin von ihren Bankkunden mit US-amerikanischem Bezug anzugeben, während beim OVDI-Verfahren die US-steuerpflichtige Person bei ihrer Selbstanzeige ebenfalls den Namen der Klägerin – sei es als Beraterin bzw. Betreuerin oder als Kontoberechtigte – zu vermerken hat. Somit läge für sich alleine betrachtet zwar eine identische Information vor, d.h. das DoJ wüsste bereits von der Klägerin. Allerdings sollen sich gemäss Darstellung der Beklagten vier Kunden der Klägerin nicht am OVDI-Verfahren beteiligt haben. Demnach würde das DoJ noch nicht den vollständigen Umfang der Beteiligung der Klägerin bei US-Kundenbeziehungen bei der Beklagten kennen. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe kein Geheimhaltungsinteresse mehr, trifft daher nicht zu. Letztlich kann aber auch die Beklagte nur annehmen, das DoJ wisse bereits von der Klägerin, wenn sie behauptet, es sei aufgrund der Strafdrohung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen. Die Beklagte vermag dies mit den hiezu zum Beweis offerierten Urkunden – verschiedene Korrespondenz mit ihren Kunden (act. 15/12-17; act. 28/24-28) – auch nicht zu beweisen. Dabei fällt auf, dass darin die Klägerin, auch nicht unter ihrer alten Firma, nirgends erwähnt ist. Insbesondere in den sog. IRS Closing Agreements ist von den involvierten Finanzinstituten, Vermögensverwaltern, Treuhändern etc., welche beim Hinterziehen von Steuern behilflich gewesen sein sollen, keine Rede, sondern es geht alleine darum, die Nachsteuern und Bussen festzulegen (act. 28/24; act. 28/26-27). Schliesslich legt auch die Formulierung im E-Mail des DoJ vom 4. Februar 2015 den Schluss nahe, diese wisse nicht mit Bestimmtheit, ob die Klägerin (unter ihrer alten Firma) bei Kunden der Beklagten, welche sich am OVDI-Verfahren beteiligt haben sollen, involviert ist.

3.4. Fazit

Die Frage, ob dem Empfänger die zu übermittelnde Information noch unbekannt zu sein hat, um von einer Datenbekanntgabe im Sinne des Datenschutzgesetzes ausgehen zu können, und welche vorgelagerten Bearbeitungsschritte darunter fallen, kann offen bleiben. Die US-Behörden dürften selbst nach beklagtischer Dar-

stellung die Beteiligung der Klägerin an Kundenbeziehungen mit US-Bezug bei der Beklagten nicht im vollen Umfang kennen, sodass der Klägerin ein Geheimhaltungsinteresse zuzugestehen ist. Der Beklagten würde zudem der Beweis nicht gelingen, dass das DoJ bzw. IRS bereits über die bekanntzugebenden Personendaten der Klägerin verfügt.

4. Grenzüberschreitende Bekanntgabe

4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Beklagte hat zu Recht nicht bestritten, dass in den USA kein hinreichender Schutz für die Personendaten der Klägerin besteht, sodass für eine Datenbekanntgabe dorthin ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG gegeben sein muss (act. 14 Rz 48 ff; act. 27 Rz 62 ff). Gemäss der Staatenliste des Eidgenössischen Öffentlichkeits- und Datenschutzbeauftragten gewährleisten die USA ungenügenden Datenschutz (<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>; Stand 10. Juni 2016, letztmals geändert am 2. Mai 2016).

4.2. Parteibehauptungen

4.2.1. Klägerin

Die Klägerin bestreitet im Eventualstandpunkt, dass für die Übermittlung von Daten der Klägerin ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG gegeben sei. Es liege im reinen Eigeninteresse der Beklagten, ihre rechtlichen Probleme in einem freiwilligen Verfahren mit den USA zu lösen und dabei eine möglichst tiefe Busse auszuhandeln. Ein allfälliges öffentliches Interesse würde in keiner Weise das Recht der Klägerin auf Schutz ihrer Persönlichkeit überwiegen (act. 1 Rz 65 ff). Die Beklagte sei eine Abwicklungsgesellschaft und ihre Schliessung beabsichtigt (act. 23 Rz 34 u. 60).

4.2.2. Beklagte

Die Beklagte macht ihrerseits überwiegende öffentliche Interessen für die Datenübermittlung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG geltend (act. 14 Rz 48 ff). Sie bestreitet zwar nicht, dass sie per November 2014 aus der bankenrechtlichen

Aufsichtspflicht entlassen wurde und nun die Rechte und Pflichten aus der früheren Finanzdienstleistungstätigkeit verwaltet und abwickelt. Sie bringt aber vor, es müssten sämtliche betroffenen Schweizer Banken vollständig mit dem DoJ kooperieren, um den Steuerstreit beizulegen, die unerlässliche Rechtssicherheit wiederherzustellen und für den Schweizer Finanzplatz und die schweizerische Wirtschaft rufschädigende Strafklagen abzuwenden. Es gehe nicht darum, eine möglichst kostengünstige Lösung auszuhandeln. Die schweizerischen Banken seien angesichts der Äusserungen des Bundesrats und der FINMA sowie der drohenden Strafklagen in den USA faktisch zur Teilnahme am US-Programm gezwungen (act. 14 Rz 56 ff; act. 27 Rz 38 ff, 50 u. 79). Die Beklagte stellt weiter in Abrede, dass die geplante Datenübermittlung die Strafverfolgung der Klägerin bezwecke. Diese habe ja nie geltend gemacht, sie habe US-Personen bei der Steuerrückzahlung geholfen, sodass kein Strafverfolgungsinteresse bestehe. Es seien keine Fälle bekannt, in denen externe Vermögensverwalter usw. wegen ihrer blossen Tätigkeit in den Fokus der amerikanischen Justiz geraten seien (act. 14 Rz 50 ff; act. 27 Rz 16 ff).

4.3. Rechtliches

Fehlt eine Gesetzgebung, die einen angemessenen Schutz gewährleistet, so können Personendaten nur ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn u.a. die Bekanntgabe im Einzelfall für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist (Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO).

Es muss ein öffentliches Interesse vorliegen, welches die mit der Datenbekanntgabe einhergehende Persönlichkeitsverletzung, mithin das Interesse der betroffenen Person, dass ihre Daten nicht in einen Staat ohne angemessenen Schutz übermittelt werden, überwiegt. Es genügt nicht, dass die sich gegenüberstehenden Interessen gleichwertig sind, sondern die Interessenabwägung hat zu einer höheren Gewichtung der öffentlichen Interessen an der Bekanntgabe zu führen, um die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung aufzuheben. Die Interessenabwägung ist anhand aller Umstände des Einzelfalles und sämtlicher (öffentlicher und privater) Interessen vorzunehmen. Sie ist ein Wertungsakt, der sich auf die rechtliche Schutzwürdigkeit der geltend gemachten Interessen stützt. Dabei ist

es Aufgabe des Datenbearbeiters zu belegen, dass die geltend gemachten öffentlichen Interessen die Interessen der verletzten Person überwiegen. In Frage kommen alle aus Sicht der Schweiz bestehenden öffentlichen Interessen. Sie müssen nicht ausschliesslich der Schweiz dienen, sondern bei Datenbekanntgabe auf Wunsch eines ausländischen Staates kann es genügen, wenn die Erfüllung dieses Wunsches den schweizerischen Interessen dient. Es kann sich beispielsweise um öffentliche Interessen wirtschaftlicher, rechtlicher oder politischer Natur handeln. Überdies muss die Datenbekanntgabe für die Wahrung dieses überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich sein (PASSADELIS, in: Passadelis/Rosenthal/Thür, Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Ziff. 6.59 ff; EPINEY/FASNACHT, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 10 Rz 23; BAERISWYL/BLONSKI, in: Baeriswyl/Pärli [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 6 N 29; WERMELINGER, in: Baeriswyl/Pärli [Hrsg.], a.a.O., Art. 13 N 8 f).

4.4. Würdigung

4.4.1. Öffentliches Interesse

Auch die Klägerin stellt grundsätzlich nicht in Abrede, dass angesichts der Bedeutung des Finanzplatzes für die schweizerische Volkswirtschaft, der Wichtigkeit der Rechtssicherheit und des Ansehens des Landes ein erhebliches öffentliches Interesse der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreits mit den USA besteht, um weitere Strafverfahren oder Anklagen gegen Schweizer Banken und eine weitere Eskalation zu vermeiden. Der Bundesrat hat daher den eidgenössischen Räten bekanntlich ein Gesetz vorgelegt, die Lex USA, das den Banken, die dies wünschten, erlauben würde, einen Schlussstrich unter den Steuerkonflikt mit den USA zu ziehen (vgl. Botschaft, BBI 2013 3950). Auch wenn das Parlament dieses Gesetz nicht angenommen hat, so ist aus dessen Erklärung doch immerhin zu entnehmen, dass auch der Gesetzgeber wünscht, die Banken mögen den Steuerstreit bereinigen, wozu der Bundesrat im Rahmen des geltenden Rechts alle Massnahmen ergreifen soll, damit sie mit dem DoJ kooperieren könnten (act.

15/2-3). Somit wollten Bundesrat und Parlament es den Banken überlassen, mit den US-Behörden zusammenzuarbeiten.

In seiner Botschaft zur Lex USA vom 29. Mai 2013 wies der Bundesrat auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen hin, die bei der Herausgabe von Personendaten zu beachten sind, und führte aus, es sei gerade bei Dritten in gewissen Konstellationen trotz hohem öffentlichen Interesse nicht im Voraus auszuschliessen, dass ein Gericht die Herausgabe ablehnen könnte. Damit könnte, so der Bundesrat weiter, die betroffene Bank ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht hinreichend erfüllen, mit der Folge, möglicherweise kein Non-Prosecution Agreement abschliessen zu können (BBI 2013 3951). Schliesslich wurde der Beklagten, wie anderen Banken auch (vgl. Musterverfügung, act. 3/20 S. 4 f), in der Bewilligung des Eidgenössischen Finanzdepartements im Sinne von Art. 271 StGB neben der Informationspflicht zusätzlich auferlegt, die Betroffenen auf die Klagemöglichkeit gemäss Art. 15 DSG hinzuweisen (vgl. oben Ziff. 2.2.3.; act. 15/8). Sowohl der Bundesrat wie das Parlament waren sich folglich der datenschutzrechtlichen Aspekte bewusst und sich darüber im Klaren, dass auf Klage hin ein Gericht die Herausgabe verbieten könnte, was den Abschluss eines Abkommens mit dem DoJ verhindern könnte. Aufgrund der Publizität waren diese bundesrätlichen Bedenken auch den US-Behörden zugänglich. Jedenfalls hinderen diese datenschutzrechtlichen Implikationen zumindest den Bundesrat nicht daran, das Joint Statement mit den darin erklärten Zusicherungen am 29. August 2013 unterzeichnen zu lassen.

Demnach waren offenbar sowohl die Regierung wie der Gesetzgeber im Gegensatz zur Beklagten der Auffassung, dass es für die Wahrung des erwähnten öffentlichen Interesses weder notwendig ist, dass sämtliche mutmasslich betroffenen Banken mit den US-Behörden kooperieren, noch dass die Personendaten vollständig übermittelt werden.

4.4.2. Interesse der Beklagten

Es ist unbestritten, dass die Beklagte seit November 2014 aus der bankenrechtlichen Aufsicht entlassen ist. Auch aus dem Handelsregisterauszug ergibt sich, dass per Januar 2014 ihr Zweck dahingehend geändert wurde, die Rechte und

Pflichten im Zusammenhang mit ihrer früheren Finanzdienstleistungstätigkeit zu verwalten und abzuwickeln (act. 3/2). Der Schluss liegt nahe, dass die Beklagte beabsichtigt, ihre Geschäftstätigkeit – zumindest als Finanzinstitut – zu beenden; immerhin hat sie die entsprechende Behauptung der Klägerin nicht bestritten. Das Interesse der Beklagten beschränkt sich damit letztlich auf eine möglichst rasche und effiziente Bereinigung ihres ehemaligen US-Geschäfts. Dies ist legitim, vermag jedoch das öffentliche Interesse in der vorliegenden Abwägung abzuschwächen.

4.4.3. Interesse der Klägerin

Was die Interessen der Klägerin anbelangt, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bereits die Datenbekanntgabe an sich einen Eingriff in deren Persönlichkeitsrechte darstellt und ein Interesse am Verbot begründet.

Die Klägerin hat zudem ein Interesse daran, in den USA nicht in ein Strafverfahren verwickelt oder gar angeklagt zu werden. Das DoJ resp. IRS beabsichtigt sehr wohl, durch die im Rahmen des US-Programms bekanntgegebenen Daten Informationen für weitere Untersuchungen von möglichen Steuerdelikten zu erlangen. In Ziffer 5 des Joint Statements (act. 15/5) wird denn auch – ironischerweise in datenschutzrechtlichem Zusammenhang – darauf hingewiesen, die zur Verfügung gestellten Personendaten würden nur zu Strafverfolgungszwecken verwendet (oder anderen gemäss US-Recht gestatteten Zwecken). Einzuräumen ist allerdings, dass die Gefahr einer Strafuntersuchung geschweige denn einer Anklage gegen die Klägerin als externe Vermögensverwalterin angesichts der allgemein bekannten Beispiele und Erfahrungen der letzten Jahre nicht allzu gross sein dürfte. Immerhin sollen sich aber vereinzelte ihrer amerikanischen Kunden bei den Steuerbehörden im Rahmen der OVDI-Programme selber angezeigt haben. Die Möglichkeit der Strafverfolgung in den USA birgt letztlich bei der Klägerin das Risiko, wegen des Reputationsverlusts bei Kunden und Personal sowie durch drohende Bussen zugrunde gerichtet zu werden.

4.4.4. Abwägung

Zur Wahrung des an sich erheblichen öffentlichen Interesses der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreits mit den USA ist es, wie oben dargelegt, nicht erforderlich, dass sämtliche Banken am US-Programm teilnehmen und die Personendaten vollständig geliefert werden. Das öffentliche Interesse, dass gegen die Beklagte in den USA keine Strafuntersuchung eröffnet oder gar Anklage erhoben würde, ist angesichts des Umstands, dass sie ihre Tätigkeit als Finanzinstitut eingestellt hat, nicht grösser als das eigene Interesse der Klägerin an der Wahrung ihrer Persönlichkeit, d.h. letztlich an der Vermeidung einer möglichen Strafuntersuchung. Dass die Verhinderung der Herausgabe der Daten der Klägerin Strafklagen gegen (andere) Banken zur Folge hätten, welche für diese existenzgefährdend wären und dem Ruf des Schweizer Finanzplatzes erheblich schaden würden (vgl. art. 14 Rz 56), hat die Beklagte weder substantiiert noch nachgewiesen. Damit ist vorliegend kein überwiegendes öffentliches Interesse auszumachen, zu dessen Wahrung die Bekanntgabe von Personendaten der Klägerin ins Ausland unerlässlich ist.

4.5. Fazit

In den USA besteht für die Personendaten der Klägerin kein angemessener Schutz, womit deren Persönlichkeit schwerwiegend gefährdet ist. Eine Rechtfertigung für eine Bekanntgabe dieser Daten dorthin liegt nicht vor; namentlich besteht kein überwiegendes öffentliches Interesse, für dessen Wahrung die Bekanntgabe unerlässlich ist (Art. 6 DSG; Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG).

5. Zusammenfassung

5.1.

Indem der Bundesrat den an einer Teilnahme am US-Programm interessierenden Banken die Bewilligung gemäss Art. 271 StGB erteilt und ihnen gleichzeitig die Verpflichtung auferlegt, sich bei den geplanten Datenübermittlungen in die USA an die schweizerischen Gesetze, insbesondere an die datenschutzrechtlichen

Bestimmungen zu halten und die Banken diese Vorgaben befolgen, ist das Vorgehen rechtmässig (oben Ziff. 2).

Den US-Behörden ist selbst nach Darstellung der Beklagten nicht bekannt, dass bei vier ihrer US-Kunden die Klägerin involviert ist, sodass dieser ein Geheimhaltungsinteresse zuzugestehen wäre. Zudem vermag die Beklagte nicht nachzuweisen, dass die US-Behörden die Personendaten der Klägerin bereits kennen (oben Ziff. 3).

Durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Personendaten an die US-Behörden droht der Klägerin eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung (soeben Ziff. 4). Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG ist der Beklagten daher zu verbieten, Personendaten der Klägerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben. Antragsgemäss ist dieses Verbot für den Widerhandlungsfall mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe der Beklagten gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis zu CHF 10'000.– zu verbinden.

5.2.

Dementsprechend erübrigt es sich zu prüfen, ob die Datenbekanntgabe an die US-Behörden auch eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 DSG darstellt. Ebenso entfällt die Beurteilung des von der Klägerin eventualiter gestellten Feststellungsbegehrens gemäss Ziffer 2a und 2b.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Vermögensrechtliche Streitigkeit

Das Bundesgericht hat in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid (Verfahren Nr. 4A_328/2015; Urteil vom 10. Februar 2016) die Auffassung der Vorinstanz geschützt, wonach diese unter Berufung auf höchstrichterliche Entscheide bei einer juristischen Person die drohenden negativen Auswirkungen auf das unternehmerisch betriebene Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft als relevant erachtet hat und damit von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit ausgegangen war (E. 6.2). Weil auch hier eine als Aktiengesellschaft organisierte Ver-

mögensverwalterin klagt, ist von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen.

6.2. Streitwert

Der Streitwert war im vorliegenden Verfahren kein Thema mehr zwischen den Parteien. In Übereinstimmung mit dem Einzelgericht (vgl. act. 5/11 S. 2 f) ist von einem Streitwert in Höhe von CHF 500'000 auszugehen, welcher auch Grundlage für den Kostenvorschuss bildete (act. 6). Die mit der Replik zusätzlich gestellten Eventualbegehren vermögen den Streitwert nicht zu verändern (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

6.3. Gerichtskosten

6.3.1.

Die Beklagte bringt vor, es seien ungeachtet der Verteilung der Kosten im vorliegenden Verfahren jene des vorsorglichen Massnahmeverfahrens vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen, weil dieses unnötig und zu vermeiden gewesen wäre. Der damit angestrebte Rechtsschutz sei bereits durch Ziffer 1.4 lit. c der Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 28. März 2014 (act. 15/8 S. 6) sichergestellt gewesen, denn das Einreichen der Klage hätte automatisch ein einstweiliges Lieferungsverbot nach sich gezogen (act. 14 S. 27 f). Die Klägerin hält dagegen, die Verfügung des EFD könne die gesetzliche Ordnung nicht aushebeln und die Beklagte hätte diese Kosten verursacht, weil sie über ihre Personendaten habe verfügen wollen (act. 23 Rz 42).

Gemäss Art. 108 ZPO hat derjenige unnötige Prozesskosten zu bezahlen, der sie verursacht hat. Solche müssen unter Missachtung der zumutbaren Sorgfalt entstanden sein (BSK ZPO-RÜEGG, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 108 N 1) bzw. wären bei Wahrung gehöriger Sorgfalt vermeidbar gewesen (STERCHI, Berner Komm. zur ZPO, Bern 2012, Art. 108 N 1).

Zwar trifft zu, dass gemäss der Verfügung des EFD, die Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB (vgl. oben Ziff. 2.2.3.), die Personendaten frühestens zehn Tage nach erfolgter Mitteilung übermittelt werden dürfen, wenn keine Verbotsklage betreffend Datenbekanntgabe anhängig gemacht wird. Angesichts der auf dem Spiel

stehenden gegensätzlichen Interessen und Rechtsauffassungen kann der Klägerin jedoch nicht vorgeworfen werden, dass sie den – durch die Bewilligung eben nicht ausgeschlossenen – Weg des superprovisorischen resp. vorprozessualen Erlasses vorsorglicher Massnahmen beschritten hat. Es kann damit keine Rede davon sein, die Klägerin habe dadurch unsorgfältig Kosten verursacht, weshalb die vom Massnahmeverfahren herrührenden Prozesskosten gemäss dem Ausgang im Hauptsacheprozess aufzuerlegen sind.

6.3.2.

Mit Beschluss vom 28. Juli 2015 ist das Gericht nicht auf das Gesuch der Beklagten eingetreten, die vorprozessual erlassenen Massnahmen seien aufzuheben, und es hat angeordnet, die entsprechenden Prozesskosten mit dem Endentscheid zu erheben (act. 14 S. 2; act. 21 S. 6).

Die Gerichtsgebühr ist beim erwähnten Streitwert von CHF 500'000 unter Berücksichtigung der Behandlung dieses Aufhebungsgesuchs in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 25'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind diese Kosten vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), vom Vorschuss der Klägerin zu beziehen und im Überbetrag von der Beklagten nachzufordern. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

Ausserdem ist über die definitive Verteilung der Kosten des vorprozessualen Massnahmeverfahrens zu entscheiden, die aus dem in jenem Verfahren von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt wurden (Urteil vom 28. Januar 2015, Geschäfts-Nr. HE140487; act. 5/11 S. 7). Bei diesem Verfahrensausgang sind auch die dort festgelegten Gerichtskosten in Höhe von CHF 10'000.– vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen, weshalb der Klägerin in diesem Umfang ebenfalls das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen ist.

6.4. Parteientschädigungen

Die Grundgebühr, auf die der Anspruch mit der Erarbeitung oder Beantwortung der Klage entsteht, deckt auch den Aufwand für eine allfällige Teilnahme an der Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und

weiteren notwendigen Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von jeweils höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet; diese darf insgesamt jedoch nicht überschritten werden (§ 11 Abs. 1 - 3 AnwGebV). Für die zweite Rechtsschrift ist die Grundgebühr von CHF 23'400.– zu erhöhen, womit die von der Beklagten der Klägerin zu bezahlende Parteientschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV auf CHF 29'200.– (inkl. MwSt.) festzusetzen ist.

Nachdem vorliegend innert Frist prosequiert wurde, entfällt die im vorprozessualen Massnahmeverfahren für den Fall der Säumnis festgesetzte Parteientschädigung und es ist nunmehr ausgangsgemäss die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren zu leisten. Die dort festgelegte Parteientschädigung von CHF 6'200.– (inkl. MwSt.) erscheint angemessen (Urteil vom 28. Januar 2015, Geschäfts-Nr. HE140487; act. 5/11 S. 7) und ist der Klägerin zusätzlich zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall verboten, Personendaten der Klägerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 25'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und soweit möglich aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird in diesem Umfang (CHF 21'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Der Mehrbetrag wird von der Beklagten eingefordert.
4. Die aus dem Vorschuss der Klägerin gedeckten Kosten des vorprozessualen Massnahmeverfahrens (Geschäfts-Nr. HE140487) von CHF 10'000.– werden der Beklagten auferlegt. Der Klägerin wird in diesem Umfang das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin unter Einbezug der Parteientschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE140487) eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 35'400.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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 500'000.

Zürich, 14. Juni 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Gallus Maissen