



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Dr. Felix Graber, Thomas Klein und Thomas Steinebrunner sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya

Beschluss und Urteil vom 14. Juni 2019

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2._____

betreffend **Datenschutz**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" 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. HE170477-O) von CHF 6'600.-- zu erstatten sowie für das gesamte Massnahmenverfahren eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. 8% MWST) zu entrichten."

Sachverhalt und Verfahrensgang:

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist Steuerberaterin und Inhaberin der Einzelunternehmung C. _____
(act. 3/7).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Bank mit Sitz in Sie ist eine selbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts und ist die-bank und ...-grösste Bank der Schweiz. Mit Verfügung der Nationalbank vom tt. November 2013 wurde sie zu einer systemrelevanten Bank erklärt (act. 11 Rz. 17 ff.).

b. Prozessgegenstand

Streitgegenstand bildet die Übermittlung von Personendaten der Klägerin an das U.S. Department of Justice (DoJ). Hintergrund der beabsichtigten Datenlieferung ist die gegen die Beklagte laufende Strafuntersuchung der U.S.-Behörden im Zusammenhang mit dem U.S.-Kundengeschäft der Bank.

B. Prozessverlauf

Mit Urteil des hiesigen Einzelgerichts vom 26. Februar 2018 wurde der Beklagten vorsorglich verboten, Personendaten der Klägerin direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben. Zugleich wurde der Klägerin Frist angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen (HE170477-O; Beizugsakten act. 4). Am 17. April 2018 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 18. April 2018 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 20'000.– angesetzt, welcher rechtzeitig einging (act. 5; act. 7). Mit Verfügung vom 26. April 2018 wurde alsdann Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8). Diese datiert vom 28. Juni 2018 (act. 11). Sodann wurde mit Verfügung vom 2. Juli 2018 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 13). Die Replik datiert vom 7. September 2018 (act. 15), die Duplik vom 15. November 2018 (act. 19). Mit Verfügung vom 19. November 2018 wurde die Duplik der Klägerin zugestellt (act. 21). Weitere Eingaben ergingen nicht.

Mit Verfügung vom 29. Mai 2019 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 23). In der Folge haben beide Parteien ausdrücklich auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichtet (act. 25; act. 26).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Erwägungen:

1. Formelles

1.1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 15 DSG i.V.m. Art. 28 und Art. 28a ZGB i.V.m. Art. 20 lit. a ZPO sowie Art. 6 Abs. 1 ZPO und § 44 lit. b GOG).

1.2. Mit Einreichung der vorliegenden Klage am 17. April 2018 (Datum Poststempel, act. 1) hat die Klägerin die ihr angesetzte Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache eingehalten.

1.3. Die Klägerin beantragt, die entsprechende Datenbekanntgabe mit der Formulierung *"direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben"* zu verbieten.

Das schutzwürdige Interesse ist eine Prozessvoraussetzung, die das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 60 ZPO). Grundsätzlich führt das Fehlen einer Prozessvoraussetzung zu einem Nichteintretensentscheid (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 236 Abs. 1 ZPO). Ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse ist bei einer Unterlassungsklage nur dann gegeben, wenn das Verhalten der Beklagten eine künftige Persönlichkeitsverletzung ernsthaft befürchten lässt, so dass eine solche mit einer gewissen Unmittelbarkeit droht (BGE 124 III 72, E. 2a). Naturgemäss lässt sich ein künftiges Verhalten nie mit letzter Sicherheit beweisen, so dass es lediglich darum gehen kann, eine Vermutung darzutun (BGE 97 II 97, E. 5b). 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 vom Kläger 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 an das DoJ wie auch gegenüber dem D._____ (...) beantragt wurde, dass zur Bejahung eines schutzwürdigen Interesses an einem Verbot zur Datenherausgabe vom Kläger dargetan werden müsse, dass eine Datenherausgabe auch vom D._____ verlangt worden sei oder ein entsprechendes Begehren bevorstehe, und dass der Adressat einem solchen Begehren – mangels Verbot – auch stattgeben würde. Mangels konkreter Anhaltspunkte verneinte das Bundesgericht ein schutzwürdiges Interesse hinsichtlich einer Datenherausgabe an den D._____ und hielt fest, dass die Vorinstanz diesbezüglich auf die Klage nicht hätte eintreten dürfen (E. 3.2).

Zu prüfen ist somit, ob vorliegend konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Datenbekanntgabe auch an andere U.S.-Behörden als das DoJ droht. Die Beklagte scheint – insbesondere vorprozessual – das DoJ mit der generellen Bezeichnung "U.S.-Behörden" gleichzusetzen. So hat sie in ihren vorprozessualen Schreiben an die Klägerin die Datenübermittlung an die U.S.-Behörden (und nicht bloss ans DoJ) in Aussicht gestellt (act. 3/2-3). In ihren Rechtsschriften führt sie indessen aus, dass sie zu einer entsprechenden Datenübermittlung nur vom DoJ aufgefordert worden sei (act. 11 Rz. 72 ff.). Spätestens mit dem mittlerweile zwischen der Beklagten und dem DoJ abgeschlossenen *Deferred Prosecution Agreement* (fortan DPA) vom 7. bzw. 13. August 2018 ist nun aber offensichtlich, dass die in Frage stehende Datenbekanntgabe gegenüber dem DoJ vorgesehen ist. Davon geht auch die Klägerin in der Replik aus (act. 15 Rz. 38 ff.). Gleich verhält es sich mit den beklagischen Ausführungen in der Duplik (act. 19 Rz. 19 ff.). Es bestehen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass andere U.S.-Behörden eine entsprechende Datenübermittlung tatsächlich verlangt hätten bzw. diese Stellen vom DoJ mit dem Empfang der betreffenden Daten bezeichnet worden wären.

Konkrete Anhaltspunkte für eine Datenübermittlung an andere U.S.-Behörden bzw. sonst wie ins Ausland liegen somit nicht vor, weshalb diesbezüglich kein schutzwürdiges Interesse gegeben ist. Daran ändert auch nichts, wenn das DPA eine Kooperation mit anderen Behörden vorsieht, da die Datenübermittlung ausschliesslich an das DoJ erfolgen soll (act. 15 Rz. 61 und 94 ff.). Auf die Klage ist daher – der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend – insoweit nicht einzutreten, als sich das Verbot zur Datenübermittlung auf andere amerikanische Behörden als das DoJ bzw. generell auf das Ausland bezieht. Im Übrigen ist auf die Klage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

Betreffend die Beanstandungen der Beklagten zum klägerischen Rechtsbegehren siehe Ziff. 6.3 nachfolgend.

2. Sachverhalt

2.1. Mit Schreiben vom 9. November 2017 wurde die Klägerin von der Beklagten informiert, dass die Beklagte am "US Program for Swiss Banks" teilnimmt und eine Übermittlung von Personendaten an U.S.-Behörden unmittelbar bevorstehe (act. 3/3). Die Klägerin widersetzte sich einer Personendatenübermittlung mit Schreiben vom 22. November 2017 und vom 1. Dezember 2017 (act. 3/4; act. 3/5). Darauf antwortete die Beklagte mit Schreiben vom 5. Dezember 2017, dass sie an der geplanten Übermittlung festhalte (act. 3/2). Hierauf leitete die Klägerin das erwähnte Massnahmeverfahren ein (act. 1 Rz. 1 ff; act. 11 Rz. 50 ff.).

2.2. Im September 2011 wurde eine Strafuntersuchung durch die U.S.-Behörden gegen die Beklagte eingeleitet. Gegenstand der Strafuntersuchung des DoJ war das U.S-Kundengeschäft der Beklagten. Am 13. August 2018 schloss die Beklagte ein "Deferred Prosecution Agreement" (DPA) ab. Darin verpflichtete sich die Beklagte, insgesamt USD 98'533'560.– als Strafe zu zahlen und an die US-Behörden im Rahmen des rechtlich Zulässigen Informationen über ihre Mitarbeiter, Drittpersonen und ihre Kunden zu beliefern. Gleichzeitig mit dem Abschluss des DPA hat das DoJ formell eine Strafanklage gegen die Beklagte beim U.S. District Court for the Southern District of New York eingereicht. Gestützt auf die Verpflichtung der Beklagten, umfassend mit den U.S.-Behörden zu kooperieren, hat das DoJ dem U.S. District Court for the Southern District of New York beantragt, das durch die Strafanklage eingeleitete Strafverfahren während der dreijährigen Laufzeit des DPA aufzuschieben, worauf das Gericht diesem Antrag gefolgt ist.

2.3. Im DPA hat sich die Beklagte unter anderem zur Lieferung der "II.D.2-Daten" ("Leaver-Liste") gemäss Ziff. II.D.2 des U.S-Programms verpflichtet. Die Daten gemäss Ziff. II.D.2 des U.S.-Programms enthalten Angaben zu Kundenbeziehungen mit einem U.S.-Bezug und Vermögenswerten von mindestens USD 50'000.–, die zwischen dem 1. August 2008 und dem 31. Dezember 2014 geschlossen wurden. Unter anderem werden die Namen und Funktionen derjenigen Personen erfasst, die mit den betreffenden Kundenbeziehungen in Verbindung standen, wie Kundenbetreuer, Steuerberater, Treuhänder, Anwälte oder Vermö-

gensverwalter (act. 11 Rz. 72 ff.; act. 15 Rz. 46 ff.; act. 19 Rz. 12 ff. und 57 f.). Die "II.D.2-Daten" werden gemäss nach vom DoJ den Banken zur Verfügung gestellten Muster-Tabellen aufbereitet und sollen in dieser Form übermittelt werden (vgl. Mustertabelle 2; act. 3/13).

2.4. Die Kontoinhaberin der vorliegend relevanten Kundenbeziehung B._____ - ... war eine natürliche Person mit Schweizer Staatsbürgerschaft, die im Jahr 2009 verstorben ist. Ihre drei gesetzlichen Erben sind Staatsbürger der USA. Die Kundenbeziehung wurde im August 2010 saldiert. Die Klägerin war von Juli 2008 bis zur Saldierung im August 2010 Bevollmächtigte dieser Kundenbeziehung, weshalb ihr Name und ihre Funktion Teil der "II.D.2-Daten" sind. Es bestehen keine Hinweise, dass die U.S.-Personen als Erben der Kontoinhaberin ihren steuerrechtlichen Deklarationspflichten gegenüber den U.S-Behörden nicht nachgekommen sind (act. 11 Rz. 77 ff.; act. 15 Rz. 79).

2.5. Neben dem Verfahren, das die Klägerin eingeleitet hat, sind nach wie vor rund 50 Verfahren gegen die Beklagte im Zusammenhang mit Datenlieferungen hängig. Diese Klagen betreffen rund 10% der Kundenbeziehungen, die gemäss den Bestimmungen des DPA in den "II.D.2-Daten" aufgeführt werden müssen (act. 11 Rz. 69 ff.).

3. Parteistandpunkte

3.1. Die Klägerin will verhindern, dass die sie betreffenden Daten an U.S.-Behörden geliefert werden, da sie befürchtet, in einer Datenbank des DoJ oder einer anderen US-Behörde gespeichert zu werden. Die USA würden keinen angemessenen Datenschutz gewährleisten, weshalb eine einfache Übermittlung von Personendaten als schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSGVO bzw. als Verletzung des Bankkundengeheimnisses zu qualifizieren sei. Diese könne jedoch nicht gerechtfertigt werden, da keine zivilrechtliche Rechtfertigungsmöglichkeit bestehe und überdies auch keine überwiegenden öffentlichen Interessen zu erkennen seien. Die Lieferung der Personendaten würden den U.S.-Behörden zu Strafverfolgungszwecken bzw. zur Auswertung bereits früher

übermittelter Daten und von Daten aus anderen Quellen dienen (act. 1 Rz. 36 ff.; act. 15 Rz. 29 ff.).

3.2. Die Beklagte bringt vor, das DPA sehe vor, dass die Beklagte die "II.D.2-Daten" vollständig liefern müsse. Verletze die Bank ihre Pflichten gemäss dem DPA, könne das DoJ die Vereinbarung nach eigenem Ermessen auflösen und das Strafverfahren gegen die Beklagte fortführen. Eine Fortführung des Strafverfahrens gegen die Beklagte würde ein Wiederaufflammen des U.S-Steuerstreits darstellen und dessen definitive Beilegung weiter hinauszögern, womit der Ruf und die Stabilität des Schweizer Finanzplatzes in Frage gestellt wären. Um dies zu verhindern, müsse sie die "II.D.2-Daten" vollständig, einschliesslich der Personendaten der Klägerin, übermitteln. Die Lieferung der Daten stelle keine schwerwiegende Persönlichkeitsgefährdung nach Art. 6 Abs. 1 DSG dar, zumal auch nicht mit einer Strafverfolgung gegen die Klägerin gerechnet werden müsse. Selbst wenn von einer solchen ausgegangen würde, sei diese nach Art. 6 Abs. 1 lit. d DSG gerechtfertigt, da überwiegende öffentliche Interessen gewahrt würden und die Systemrelevanz der Beklagten zu berücksichtigen sei (act. 11 Rz. 99 ff. und 111 ff.; act. 19 Rz. 2 ff.).

4. Persönlichkeitsverletzende Datenbekanntgabe ins Ausland

4.1. Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes

Die Beklagte beabsichtigt, die "II.D.2-Daten" an das DoJ zu übermitteln. Als "Bekanntgabe" fällt eine solche beabsichtigte Datenlieferung zweifellos unter Art. 3 lit. f DSG, weshalb das Datenschutzgesetz anwendbar ist.

4.2. Persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung

4.2.1. Wer Personendaten im vorgenannten Sinne bearbeitet, darf gemäss Art. 12 DSG die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Namentlich dürfen Personendaten gemäss Art. 4 Abs. 3 DSG nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde oder der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Die Missachtung der Zweckbindung hat grundsätzlich eine Verletzung der Persönlichkeit der be-

troffenen Person zur Folge, welche dann widerrechtlich und deshalb unzulässig ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt (ROSENTHAL, in: ROSENTHAL/JÖHRI [HRSG.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 4 N. 2 f. und N. 48). Da die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland droht, darf diese nicht nur keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 12 DSG bewirken, sondern muss zusätzlich den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG genügen. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist vorab zu prüfen, zumal Art. 6 DSG eine in sich geschlossene und strengere Sonderregelung darstellt, deren Grundsätze (und Rechtfertigungsgründe) bei jeder Datenbekanntgabe ins Ausland – nebst den anderen Bestimmungen des DSG – berücksichtigt werden müssen (NOUREDDINE, in: PASSADELLIS/ROSENTHAL/THÜR [HRSG.], Datenschutzrecht – Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Rz. 3.127). Art. 6 Abs. 1 DSG bestimmt für die grenzüberschreitende Bekanntgabe weiter, dass Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde. 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, Art. 6 Abs. 1 N. 27). Ist Letzteres der Fall, dann ist eine Datenbekanntgabe grundsätzlich rechtswidrig. Art. 6 Abs. 2 DSG enthält jedoch eine Liste von Bedingungen, unter welchen die Bekanntgabe von persönlichen Daten ins Ausland erlaubt ist, auch wenn die Anforderungen von Abs. 1 nicht erfüllt sind (MAURER-LAMBROU/STEINER, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA [HRSG.], Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N. 22c). Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG sind gegenüber denjenigen von Art. 13 Abs. 1 DSG eingeschränkt, wobei insbesondere ein überwiegendes privates Interesse zwar eine Datenbekanntgabe nach Art. 12 DSG (Art. 13 Abs. 1 DSG), nicht jedoch eine solche nach Art. 6 Abs. 1 DSG (vgl. Art. 6 Abs. 2 DSG) zu rechtfertigen vermag.

4.2.2. Unbestritten ist, dass sich die USA nicht auf der Liste des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gemäss Art. 7 VDSG befinden, wonach ein angemessener Datenschutz für natürliche Personen bestünde (act. 11 Rz. 99 ff.). Auch wenn nicht allein darauf abzustellen ist, gilt es festzuhalten, dass entgegen den beklaglichen Vorbringen (act. 11 Rz. 104) der *Privacy Act of 1974* keinen genügenden Datenschutz gewährleistet: Der *Privacy Act of 1974* gilt nur für *Citizens of the United States* oder *aliens lawfully admitted for permanent residence* (§ 552a, act. 12/46). Damit gilt der Datenschutz gerade nicht für Nicht-US-Bürger oder Personen ohne dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung für die USA. Daher stehen der Klägerin keine ausreichenden Mittel zur Verfügung, die einen angemessenen Datenschutz in den USA gewährleisten würden. Die Bestimmungen des BWIS (Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997, SR 120), welche unter gewissen Voraussetzungen einen Datenzugriff ermöglichen, sind in diesem Zusammenhang entgegen der Ansicht der Beklagten nicht massgebend (act. 11 Rz. 107).

4.2.3. Dass die USA nicht über eine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleistet, haben das hiesige Handelsgericht und anschliessend das Bundesgericht überdies bereits (mehrfach) festgehalten (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1; statt vieler: Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150018-O vom 1. September 2017, E. 2.3.4.3.; HG150254-O vom 21. Juni 2017, E. II.2.2.1.; HG140186-O vom 16. Dezember 2015, E. 5.3.1; HG150048-O vom 14. Juni 2016, E. 4.1. m.w.H.).

4.2.4. Demnach droht durch die beabsichtigte Bekanntgabe des Namens der Klägerin gegenüber dem DoJ eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 6 Abs. 1 DSG, welche nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG nicht widerrechtlich wäre.

4.2.5. Irrelevant ist, mit welcher Absicht die Personendaten bearbeitet werden. Ob die Bekanntgabe des Namens der Klägerin sowie deren Funktion im Zusammenhang mit der betreffenden Kontobeziehung das DoJ zu einer Strafverfolgung veranlassen würde, ist denn auch nicht entscheidend. Ebenso wenig relevant ist,

in wie vielen Fällen es zur Strafverfolgung bei bereits übermittelten Daten gekommen ist (act. 11 Rz. 126 ff.).

5. Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG

5.1. Die Beklagte erachtet in ihrer Eventual- bzw. Subeventualbegründung die beabsichtigte Personendatenübermittlung in die USA als zur Wahrung der Rechte der Beklagten in einem ausländischen Verfahren als unerlässlich bzw. durch ein überwiegendes öffentliches Interesse als gerechtfertigt (act. 11 Rz. 111 ff.). Damit beruft sich die Beklagte auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG (beide Satzteile).

5.2. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG können Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden, obschon die dortige Gesetzgebung keinen angemessenen Schutz gewährleistet, wenn die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist. Die Bestimmung betrifft Einzelfälle, also konkrete Situationen; die systematische und regelmässige Datenbekanntgabe wird dadurch nicht gerechtfertigt. Dennoch können die übermittelten Daten eine oder mehrere Personen betreffen (zum Ganzen: MAURER-LAMBROU/STEINER, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA, [HRSG.] Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N. 32 f.; PASSADELIS, in: PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR [HRSG.], Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Ziff. 6.59 ff; EPINEY/FASNACHT, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN [HRSG.], Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 10 Rz. 23). Da eine Widerrechtlichkeit vermutet wird, trifft die "Verletzerin" (also diejenige, welche die Daten bekanntgeben will) die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSG (RAMPINI, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA, [HRSG.] Basler Kommentar, a.a.O., Art. 15 N. 3).

Die Unerlässlichkeit ist somit für diesen Rechtfertigungsgrund (beide Satzteile) zwingende Voraussetzung. Als unerlässlich – d.h. als notwendig – erachtet das Bundesgericht eine Datenlieferung etwa dann, wenn ohne sie davon auszugehen

wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt (werden) würde (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4.). Das Bundesgericht hat im genannten Urteil eine Datenlieferung im Rahmen des US-Programms als unzulässig beurteilt, weil diese ohne konkret drohende Anklageerhebung seitens der US-Behörden im Urteilszeitpunkt nicht notwendig war, um (überwiegende) öffentliche Interessen zu wahren (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.4; vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 5.2).

Die Unerlässlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO muss im Urteilszeitpunkt vorliegen. Ob die Lieferung von Daten unerlässlich ist, um ein überwiegendes öffentliches Interesse zu wahren bzw. um Rechtsansprüche vor einem Gericht auszuüben/durchzusetzen, ist stets für den konkreten Einzelfall zu beurteilen. Dabei ist gemäss Bundesgericht die (prozessual zu berücksichtigende) Veränderung der tatsächlichen Situation (auch) materiell-rechtlich zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4).

5.3. Die Beklagte setzt sich mit dem Erfordernis der Unerlässlichkeit kaum auseinander. Hinsichtlich der Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht macht die Beklagte in ihrer Eventualbegründung keinerlei substantiierten Ausführungen dazu, inwiefern die Bekanntgabe der Personendaten der Klägerin hierfür notwendig sein soll (vgl. act. 11 Rz. 111 ff.). Entsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu. Demnach kann auch offen bleiben, ob mit der in Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO enthaltenen Wendung "vor einem Gericht" nach geltendem Recht ebenso ein Behördenverfahren miteingeschlossen wäre (vgl. act. 11 Rz. 118).

Weiter sieht die Beklagte in ihrer Subeventualbegründung die Gefahr eines Widerrufs des DPA durch das DoJ als möglich, weshalb sie – auch in Anbetracht der hohen Anzahl der die Beklagte betreffenden hängigen datenschutzrechtlichen Verfahren – von einem überwiegenden öffentlichen Interesse ausgeht. Hierzu führt sie im Wesentlichen aus, dass ohne die Datenlieferung davon auszugehen

wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren würde (act. 11 Rz. 121 ff.). Diese pauschale Betrachtungsweise vernachlässigt allerdings das – auf den Einzelfall bezogene – Erfordernis der Unerlässlichkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG, welches kumulativ gegeben sein muss. Damit von einer unerlässlichen bzw. notwendigen Datenlieferung gesprochen werden könnte, müsste die Anklageerhebung im Urteilszeitpunkt – wie erwähnt – *konkret* drohen; sie darf nicht bloss möglich sein. Die Beklagte zeigt nicht auf, dass und inwiefern das DoJ ihr konkret – d.h. gerade bezüglich der Nichtlieferung der in Frage stehenden Daten (Name und Funktion der Klägerin) – angedroht hätte, das DPA zu widerrufen und Anklage zu erheben. Daran vermag auch die Vielzahl von hängigen datenschutzrechtlichen Verfahren, welche die Beklagte betreffen, nichts zu ändern.

Demnach wurde die Unerlässlichkeit der Datenlieferung nicht hinreichend darge-
tan.

5.4. Hinsichtlich der von der Beklagten geltend gemachten Gefahr eines Widerrufs des DPA durch das DoJ sowie einer erneuten Entfachung des Steuerstreits mit den USA ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass seit dem genannten Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 (4A_83/2016) bis heute keine tatsächlichen Entwicklungen eingetreten sind, die im Hinblick auf vergleichbare Streitfälle eine andere als die bundesgerichtliche Einschätzung der Situation im Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA nahe legen würden (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 5.2). Die Beklagte bringt nichts vor, was auf eine mittlerweile angespanntere Situation hindeuten würde. Die Vielzahl der die Übermittlung verbietenden Gerichtsent-
scheide reicht hierfür nicht aus. Es sind somit keine Anhaltspunkte dafür ersicht-
lich, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA im Falle eines ge-
richtlichen Verbots zur Herausgabe der in Frage stehenden Daten erneut entfacht
würde. Ohnehin kann die in Frage stehende Datenherausgabe zur Wahrung
überwiegender öffentlicher Interessen heute auch deshalb nicht (mehr) allgemein
als unerlässlich bezeichnet werden, weil das DoJ die mittlerweile von diversen
schweizerischen Gerichten angeordneten Verbote zur Datenherausgabe zu res-
pektieren scheint. Nicht zuletzt deshalb hiess denn auch das Handelsgericht des

Kantons Zürich in mehreren gleich gelagerten Fällen die entsprechenden Unterlassungsklagen gut (vgl. die [rechtskräftigen] Urteile HG160058-O vom 26. März 2018, HG160128-O vom 21. März 2018, HG150254-O vom 8. Januar 2018, HG160049 vom 14. Dezember 2017, HG150022-O vom 24. November 2017, HG150020-O vom 3. November 2017, HG150018-O vom 1. September 2017, HG150080-O vom 6. Juli 2017, HG150100-O vom 6. Juli 2017 und HG150254-O vom 21. Juni 2017).

5.5. Eine konkrete Bedrohungssituation für die Beklagte liegt damit im heutigen Zeitpunkt nicht vor. Die beabsichtigte Datenbekanntgabe kann demnach weder für die Ausübung/Durchsetzung der behaupteten Rechtsansprüche vor Gericht noch zur Wahrung der von der Beklagten geltend gemachten öffentlichen Interessen als unerlässlich bezeichnet werden. Damit erübrigen sich etwaige Ausführungen zu einer Interessenabwägung.

Die Klägerin beruft sich zur Begründung des Unterlassungsanspruchs zudem auf Art. 47 BankG sowie Art. 271 StGB und Art. 273 StGB (act. 1 Rz. 59 ff.). Ob die angerufenen Straftatbestände erfüllt sind und im vorliegenden Zivilprozess überhaupt einen durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Verletzung zu begründen vermögen (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140186 vom 16. Dezember 2015, E. 2 ff.), kann bei diesem Ausgang des Verfahrens offengelassen werden. Entsprechend sind auch die diesbezüglichen beklagtischen Ausführungen obsolet. Gleiches gilt für die weiteren Vorbringen der Parteien, insbesondere betreffend Umgehung der Amts- und Rechtshilfebestimmungen.

5.6. Durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe des Namens der Klägerin ans DoJ droht somit eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Für eine solche Datenbekanntgabe besteht kein Rechtfertigungsgrund, da diese weder für die Ausübung/Durchsetzung der behaupteten Rechtsansprüche vor Gericht noch zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich ist.

6. Durchsetzbarkeit des Datenschutzes

6.1. Gemäss Art. 15 Abs. 1 DSG richten sich Klagen zum Schutz der Persönlichkeit im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten durch private Personen nach den Art. 28, 28a und 28l ZGB. Die klagende Partei kann insbesondere verlangen, dass keine Daten an Dritte bekanntgegeben werden. Demnach kann, wer in seiner Persönlichkeit durch die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen widerrechtlich verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 ZGB) und beantragen, die drohende Verletzung zu verbieten (Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

6.2. Da durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der Personendaten der Klägerin ans DoJ eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung droht, kann gegenüber der Beklagten gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB grundsätzlich ein Verbot zur Datenübermittlung ausgesprochen werden.

6.3. Die Beklagte führt in ihrem Eventualbegehren aus, dass das Rechtsbegehren zu weit gefasst sei, da sich dieses auf die "direkte oder indirekte" Übermittlung beziehe (act. 11 Rz. 182 ff.; act. 19 Rz. 92 ff.).

Der Gegenstand des Unterlassungsbefehls muss genügend individualisiert sein, sodass er der Rechtskraft fähig ist und ohne nochmalige materielle Prüfung vollstreckt werden kann. Eine Unterlassungsklage muss genau angeben, welches Verhalten der Beklagten zu verbieten sei. Dabei ist die konkret drohende Verletzung nur der grundsätzliche Massstab für die Formulierung des Rechtsbegehrens. Zur Verhinderung im Ergebnis entsprechender bzw. gleicher Verletzungshandlungen ist eine etwas weitere, jedoch nicht allzu weite Formulierung zulässig. Mit anderen Worten sollte das Rechtsbegehren so abgefasst werden, dass damit auch ähnliche Handlungen, mit denen die beklagte Partei das Verbot umgehen könnte, erfasst werden (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110005-O vom 12. Juli 2012, E. 3.3 m.w.H.; BGE 131 III 70, E. 3.3).

Die Beanstandungen der Beklagten hinsichtlich des klägerischen Rechtsbegehrens verfangen nicht. Mit einem auszusprechenden Verbot muss auch eine Umgehungshandlung unterbunden werden, weshalb es geradezu erforderlich ist, die indirekte Datenübermittlung zu erfassen. Das gilt sowohl für die Art und Weise, wie die Daten in den Dokumenten und Informationen enthalten sind, als auch für die Bekanntgabe der Daten über Dritte. Gegen die klägerische Formulierung "direkt oder indirekt" ist daher nichts einzuwenden.

6.4. Um den gerichtlichen Anordnungen Nachdruck zu verleihen, ist das Verbot für den Widerhandlungsfall antragsgemäss mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) zu verbinden.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Die Parteien gehen vorliegend von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit aus (act. 1 Rz. 8; act. 11 Rz. 8). Zwar ging das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Datenlieferung eines ehemaligen Arbeitnehmers von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit aus (Urteil des Bundesgerichts 4A_328/2015 vom 10. Februar 2016 E. 6.5). Die beabsichtigte Übermittlung betrifft jedoch den guten Ruf der Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit als Steuerberaterin. Aufgrund eines möglichen Reputationsschadens und da wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen, ist vorliegend von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen (act. 1 Rz. 8; Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016 E. 4.3).

7.2. Im Eventualstandpunkt nimmt die Klägerin einen Streitwert von CHF 300'000.– (act. 1 Rz. 8) und die Beklagte einen solchen von CHF 30'000.– (act. 11 Rz. 9) an. Sind sich die Parteien uneinig, legt das Gericht den Streitwert fest (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Er beträgt wie in ähnlichen Fällen praxisgemäss CHF 500'000.–.

7.3. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG)

und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Es ist von einem durchschnittlich aufwendigen Verfahren auszugehen. Die Gerichtsgebühr ist daher in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf rund CHF 20'000.– festzusetzen. Für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE170477-O) wurde die Gerichtsgebühr auf CHF 6'600.– festgesetzt und bereits aus dem von der Klägerin dort geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Davon ist Vormerk zu nehmen.

7.4. Wie gesehen ist auf die Klage, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung auf andere Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika bzw. generell ins Ausland bezieht, nicht einzutreten. Die Klägerin unterliegt somit in diesem Punkt und hat die entsprechenden Kosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine anderweitige Kostenverteilung im Sinne von Art. 107 ZPO rechtfertigt sich vorliegend nicht. Zwar zielt die Formulierung des klägerischen Begehrens auf die Verhinderung einer möglichen Umgehung ab (act. 15 Rz. 94 ff.). Dennoch erweist sich dieses in Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Rechtsschutzinteresse als zu weit gefasst. Auch wenn die Beklagte vorprozessual die Datenübermittlung generell an die "U.S.-Behörden" in Aussicht gestellt hatte (act. 3/2; act. 3/3), ging bereits aus der Klageantwort (act. 11 Rz. 72 ff.) hervor, dass die Beklagte lediglich vom DoJ zur Übermittlung der betreffenden Daten aufgefordert wurde. Sodann lagen spätestens mit Abschluss des DPA keine konkreten Anhaltspunkte einer Gefahr zur Datenübermittlung an andere U.S.-Behörden mehr vor. Dennoch hielt die Klägerin replicando an ihrem gestellten Begehren fest (act. 15 Rz. 94 ff.).

In Anbetracht des Verhältnisses zwischen einem Verbot betreffend aller U.S.-Behörden bzw. generell dem Ausland und gegenüber dem DoJ, rechtfertigt es sich, der Klägerin die Kosten im Umfang von einem Fünftel aufzuerlegen, da sie in einem vergleichsweise nur geringen Teil unterliegt. Zudem bezweckte die Klägerin mit ihrem formulierten Begehren lediglich die Verhinderung einer Umgehung des angestrebten Verbots.

Im übrigen Umfang von vier Fünfteln sind die Kosten der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem von den

Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten von vier Fünfteln das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

7.5. Es ist eine Parteientschädigung zu entrichten. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003), wobei sich diese ebenfalls in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse richtet. Zur Grundgebühr kommt ein Zuschlag für die eingereichte zweite Rechtsschrift hinzu (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 500'000.– ist vorliegend – für beide Parteien – somit je von einer Parteientschädigung von rund CHF 29'000.– auszugehen. Nachdem die Klägerin zu einem Fünftel unterliegt, hat die Beklagte der Klägerin in Verrechnung ihrer zuzusprechenden Parteientschädigung von einem Fünftel (CHF 5'800.–) eine Parteientschädigung von drei Fünfteln (CHF 17'400.–) zu bezahlen (CHF 23'200.– [vier Fünftel] abzüglich CHF 5'800.– [ein Fünftel]).

7.6. Der Klägerin ist zudem für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE170477-O) eine Parteientschädigung zuzusprechen. Im vorprozessualen Massnahmeverfahren wurde die Parteientschädigung an die Beklagte für den Fall, dass die Massnahme aufgrund von Säumnis der Klägerin dahinfällt, auf CHF 7'300.– festgesetzt (Dispositiv-Ziffer 4). Nachdem innert Frist prosequiert wurde, ist nunmehr aufgrund des Ausgangs des Verfahrens die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von drei Fünfteln (entsprechend den obigen Ausführungen) für das vorprozessuale Massnahmeverfahren zu bezahlen, was rund CHF 4'400.– ergibt.

7.7. Gesamthaft resultiert eine Parteientschädigung von CHF 21'800.– (CHF 4'400.– + CHF 17'400.–).

7.8. Die Klägerin verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich 8 % bzw. 7.6 % Mehrwertsteuer (act. 1 S. 2 bzw. act. 15 Rz. 112). Die vorliegende Datenübermittlung steht – mangels anderweitiger Behauptungen – im Zusam-

menhang mit der Tätigkeit des von der Klägerin betriebenen Einzelunternehmens. Dieses untersteht der Mehrwertsteuerpflicht. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände sind zu behaupten und zu belegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Klägerin hat vorliegend keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände behauptet. Daher ist der Klägerin die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung auf andere Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika als das U.S. Department of Justice (DoJ) sowie generell auf das Ausland bezieht.
2. Über die Kosten- und Entschädigungfolgen 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 (Busse bis CHF 10'000.–) im Widerhandlungsfall verboten, dem U.S. Department of Justice (DoJ) direkt oder indirekt Personendaten der Klägerin zu übermitteln.

2. Die Gerichtsgebühr für das Hauptsacheverfahren wird festgesetzt auf CHF 20'000.–.
3. Die Gerichtsgebühr für das Hauptsachverfahren wird zu einem Fünftel (CHF 4'000.–) der Klägerin und zu vier Fünfteln (CHF 16'000.–) der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten (CHF 16'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE170477-O) festgesetzte Gerichtsgebühr von CHF 6'600.– wird zu einem Fünftel (CHF 1'320.–) der Klägerin und zu vier Fünfteln (CHF 5'280.–) der Beklagten auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass die Gerichtsgebühr für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE170477-O) bereits aus dem von der Klägerin dort geleisteten Kostenvorschuss gedeckt wurde. Der Klägerin wird für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten (CHF 5'280.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE170477-O) und für das Hauptsacheverfahren eine Parteienschädigung von insgesamt CHF 21'800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 26 und an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 25.
7. Eine bundesgerichtliche 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 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Roman Kariya