

# ZH\_HANDELSGERICHT HE150348 vom 18. Februar 2016

Zh Handelsgericht, 2016-02-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE150348](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE150348)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE150348 du 18 février 2016

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE150348 del 18 febbraio 2016

## Erwägungen

### E. 1

Gestellt wurde das Begehren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen einerseits von der Klägerin 1, einer im Bereich Vermögensverwaltung tätigen Gesellschaft mit Sitz in .../SZ, welche sich seit tt. Januar 2015 in Liquidation befindet, und andererseits vom Kläger 2, dem einzigen Verwaltungsrat der Klägerin 1, der zusammen mit dem Liquidator D.\_\_\_\_\_ als Direktor amtiert und wie dieser über Einzelunterschrift verfügt (Handelsregistrauszug der Klägerin 1: act. 3/2). Es richtet sich gegen die Beklagte, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Stadt Zürich, die eine Bank betreibt (Handelsregistrauszug der Beklagten: act. 3/3).

### E. 2

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 20 lit. d i.V.m. Art. 13 ZPO; Art. 6 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. b GOG). Diese blieb auch unbestritten (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 9).

- 3 -

### E. 3

Die Parteien (nachfolgend Kläger und Beklagte genannt) haben die wesentlichen Umstände dargelegt (act. 1, act. 9, act. 18, act. 21). Um dem Beschleunigungsgebot des summarischen Verfahrens nachzuleben, wird im Rahmen der materiellen Würdigung nur auf die entscheiderelevanten Umstände Bezug genommen. Eine umfassende sachverhaltliche und rechtliche Würdigung muss dem ordentlichen Verfahren vorbehalten bleiben. Das Massnahmeverfahren wird vom Glaubhaftmachen beherrscht und kennt auch ansonsten Grundsätze, die im ordentlichen Verfahren nicht gelten.

### E. 4

Im Wesentlichen geht es um folgenden Sachverhalt (act. 1 Rz. 10 f., Rz. 37; act. 9 S. 2; vgl. auch act. 3/5, act. 3/8 S. 1; act. 3/10): Am 29. August 2013 stellte das US-Justizministerium (Department of Justice; fortan DoJ) ein Programm vor, das Schweizer Banken ermöglicht, ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit im Hinblick auf mögliche Verstösse gegen US Recht zu bereinigen ("Program for non-prosecution agreements or non-target letters for swiss banks"; fortan US-Programm, vgl. act. 3/4a S. 3 ff.). Das US-Programm ermöglicht es Schweizer Banken, zur direkten Regelung ihrer Situation mit den US-amerikanischen Behörden in einer von vier Kategorien teilzunehmen. Die Beklagte nimmt am US-Programm als Kategorie 2 Bank teil (act. 1 Rz. 11; act. 9 S. 2 ff.; act. 3/8 S. 1). Das sind Banken, gegen welche die US-Behörden keine Strafuntersuchung führen, die aber Grund zur Annahme haben, gegen die US-Gesetzgebung verstossen zu haben und ein sog. Non-Prosecution-Agreement (fortan NPA) anstreben. Um in den Genuss eines NPA zu

gelangen, sind solche Banken verpflichtet, u.a. folgende Informationen zu liefern (Abschnitt II.D.2.b.v. US-Programm; act. 3/4a S. 6): " the name and function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, trustee, fiduciary, nominee, attorney, accountant, or other individual or entity functioning in a similar capacity known by the Bank to be affiliated with said account at any time during the Applicable Period; [...]" Der Kläger 2 war im relevanten Zeitraum der einzige Verwaltungsrat der Klägerin 1, welche Gesellschaft als externe Vermögensverwalterin Kunden betreute, die

- 4 - Konti bei der Beklagten unterhielten. Bei drei dieser Kundenbeziehungen war ein US-Bezug gegeben (act. 1 Rz. 8 f., Rz. 11, Rz. 41 f. und act. 18 Rz. 21; act. 9 S. 2, S. 4). Im Rahmen des US-Programms plant die Beklagte, Angaben zur Klägerin 1 im Zusammenhang mit den US-bezogenen Konti an US-Behörden weiterzuleiten. Darüber informierte die Beklagte die Klägerin 1 zunächst mit Schreiben vom 31. Juli 2014 (act. 3/5, vgl. dazu die Parteien act. 1 Rz. 9, Rz. 17 und act. 9 S. 2). Gegen die geplante Datenübermittlung erhoben beide Kläger mit Schreiben vom 15. August 2014 Widerspruch (act. 3/9, vgl. dazu die Parteien act. 1 Rz. 18 und act. 9 S. 2). Es ist unbestritten, dass bis zum Abschluss des NPA weitere Schritte zur Offenlegung der die Klägerin 1 betreffenden Daten unterblieben (act. 9 S. 2; act. 18 Rz. 3, Rz. 12 und act. 21 S. 2). Die Beklagte präzisiert in diesem Zusammenhang, dass die Information von Kunden wie der Klägerin 1 damals erfolgt sei, ohne dass der Zeitplan des DoJ bekannt gewesen sei. Erst im Juni 2015 habe das DoJ eine erste Datenlieferung verlangt (act. 21 S. 2). Sodann betont die Beklagte, dass eine Offenlegung der Personalien des Klägers 2 nie in Aussicht gestellt worden sei (act. 9 S. 2 f., S. 8). Die Beklagte schloss am 2./3. Juni 2015 mit dem DoJ ein NPA ab. Darin verpflichtete sich das DoJ, die Beklagte gerichtlich nicht zu verfolgen, wenn diese ihre Verpflichtungen gemäss NPA einhält, eine Busse in Höhe von USD 11'510'000 leistet und weiterhin mit dem DoJ zusammenarbeitet, was u.a. Datenlieferungen einschliesst (act. 1 Rz. 16; act. 9 S. 2, S. 4; NPA vom 2./3. Juni 2015: act. 3/8 insbes. S. 1-3). Mit Schreiben vom 24. Juni 2015 (act. 3/10) gelangte die Beklagte erneut an die Klägerin 1 und kündigte eine sie betreffende Datenlieferung an die US-amerikanischen Behörden an (act. 1 Rz. 19; act. 9 S. 2 f.). Vorab mündlich und am 15. Juli 2015 schriftlich (act. 3/11) erhoben die Kläger dagegen Widerspruch (act. 1 Rz. 20; act. 9 S. 3). Mit Schreiben vom 14. Juli 2015, von den Klägern in Empfang genommen am 22. Juli 2015 (act. 3/12), informierte die Beklagte darüber, dass sie nach vertiefter Prüfung trotz des formellen Widerspruchs an der Herausgabe der die Klägern 1

- 5 - betreffenden Daten an das DoJ festhalte (act. 1 Rz. 21 f., Rz. 54). Die Beklagte schrieb insbesondere: "[...] C.\_\_\_\_\_ Bank AG has carefully considered the reasons why you object to such disclosure and weighed them against the reasons in favor of disclosure. In doing so, we have concluded that the transmission of the documents to the DoJ is justified by overriding interests. The cooperation with the DoJ and the disclosure of all relevant documents is according to the DoJ necessary in order to allow C.\_\_\_\_\_ Bank AG to resolve pending issues regarding accounts of persons with tax liability in the U.S. FINMA and the Swiss Federal Data Protection and Information Commissioner have acknowledged the interests in resolving these issues. Further, the Swiss Federal Council has underlined the Swiss banks' substantial interest in cooperating with the DoJ [...]" Auf die Frage der Interessensabwägung ist nachfolgend näher einzugehen (vgl. 7.1 ff. und 8.4 ff.).

## E. 5

Die Kläger reichten das vorliegende Massnahmebegehren mit Eingabe vom 24. Juli 2015, eingegangen am 27. Juli 2015, mit oben genanntem Rechtsbegehren ein (act. 1). Mit Verfügung vom selben Tag wurde dem Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen entsprochen. Gleichzeitig wurde den Klägern u.a. Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 10'000 und der Beklagten Frist zur Beantwortung des Massnahmebegehrens angesetzt (act. 4). Die Kläger leisteten den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 8). In der Massnahmeantwort vom 20. August 2015 beantragte die Beklagte die Abweisung des klägerischen Begehrens (act. 9). Mit Verfügung vom 25. August 2015 wurde den Klägern Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 11), welche innert erstreckter Frist (act. 15) mit Eingabe vom 2. Oktober 2015 erstattet wurde (act. 18). Sodann wurde der Beklagten mit Verfügung vom 5. Oktober 2015 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 19), welche am 23. Oktober 2015 eingereicht wurde (act. 21). Diese Stellungnahme wurde den Klägern zugestellt und am 4. November 2015 von diesen in Empfang genommen (Prot. S. 7; act. 22).

- 6 -

### **E. 6.1**

Die Beklagte macht zunächst geltend, sie habe die Korrespondenz jeweils ausschliesslich an die Klägerin 1 als juristische Person bzw. an deren anwaltliche Vertretung gerichtet. Eine Herausgabe von Akten, welche den Namen des Klägers 2 enthalten, sei von Seiten der Beklagten nie zur Rede gestanden. Der Kläger 2 sei demnach im vorliegenden Verfahren nicht aktiv legitimiert und seine Klage abzuweisen (act. 9 S. 3, S. 7 f.). Die Kläger wenden ein, von einer Datenlieferung in Bezug auf die Klägerin 1 sei auch der Kläger 2 direkt und persönlich betroffen. Als Gesellschaftsinhaber und einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift sei er in diesem Zusammenhang mit der Klägerin 1 quasi gleichzusetzen. Es sei ein leichtes Spiel, von der Firma der Klägerin 1 auf den Namen des Klägers 2 zu kommen, selbst nach einer allfälligen Löschung der Klägerin 1 im Handelsregister. Bei einer Datenlieferung in Bezug auf die Klägerin 1 könnte das DoJ somit einfach auf den Kläger 2 als natürliche Person zurückgreifen, was angesichts der Situation in der USA auch zu erwarten sei. Allfällige Einschränkungen für den Kläger 2, namentlich hinsichtlich seiner Bewegungsfreiheit, hätten sodann auch Auswirkungen auf die Klägerin 1 (act. 18 Rz. 4 f., Rz. 14, Rz. 22).

### **E. 6.2**

Im Allgemeinen geht es bei der Aktivlegitimation um die Frage, ob die klagende Partei Trägerin des Rechts ist, das sie für sich in Anspruch nimmt (DOMEJ, Kurzkomentar zur ZPO, 2. Aufl. 2014, N 22 zu Art. 59 ZPO). Im vorliegend relevanten Persönlichkeitschutzverfahren (Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 15 Abs. 1 DSGVO) ist jede Person aktiv legitimiert, die eine Verletzung ihrer Persönlichkeit behauptet. Neben natürlichen Personen können auch juristische Personen in den Grenzen von Art. 53 ZGB den Schutz für sich in Anspruch nehmen (AEBI-MÜLLER, in: Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitschutz, HAVE 2013, S. 64; vgl. auch MEILI, in: Basler Kommentar zu ZGB I, 5. Aufl. 2014, N 32 f. zu Art. 28 ZGB). Von der Frage der Aktivlegitimation abzugrenzen ist die Frage, ob die klagende Partei über ein schutzwürdiges Interesse verfügt (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Rechtsschutzinteresse beurteilt sich unabhängig von den Erfolgsaussichten der

- 7 - Klage. Dementsprechend wird die Richtigkeit des Begehrens unterstellt und lediglich untersucht, ob ein hinreichendes Interesse der klagenden Partei an dessen Beurteilung besteht (ZINGG, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bd. I, 2012, N 32 zu Art. 59 ZPO). Im Bereich des Persönlichkeitsschutzrechts muss das Verhalten der beklagten Partei eine künftige Persönlichkeitsverletzung befürchten lassen, d.h. eine solche muss mit einer gewissen Unmittelbarkeit drohen (AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 60; vgl. auch DOMEJ, a.a.O., N 24 zu Art. 59 ZPO).

### **E. 6.3**

Beide Kläger behaupten eine drohende Persönlichkeitsverletzung aufgrund der von der Beklagten geplanten Datenherausgabe. Damit ist deren Aktivlegitimation ohne Weiteres zu bejahen. Die Argumentation der Beklagten, wonach dem Kläger 2 eine Herausgabe seines Namens nie angedroht worden sei, betrifft denn auch nicht die Frage der Aktivlegitimation, sondern jene des Rechtsschutzinteresses.

### **E. 6.4**

Zu berücksichtigen ist, dass der Kläger 2 bereits im relevanten Zeitraum ab 1. August 2008 (vgl. act. 3/4a S. 3) der einzige Verwaltungsrat der Klägerin 1 war und nach wie vor ist (act. 3/2). Dass die US-amerikanischen Behörden bei einer Datenlieferung in Bezug auf die Klägerin 1 auch den Kläger 2 ins Visier nehmen könnten, erscheint naheliegend. Dies gilt umso mehr, als der Anfang der Firma der Klägerin 1 gleich lautet wie der Nachname des Klägers 2. Eine allfällige Löschung der Klägerin 1 aus dem Handelsregister vermöchte daran nichts zu ändern, sind doch auch die Daten betreffend gelöschte Gesellschaften unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch) für jedermann zugänglich. Somit ist das Rechtsschutzinteresse des Klägers 2 an einer Nichtbekanntgabe von Daten bezüglich der Klägerin 1 gegeben, unabhängig von einem allfälligen Ausscheiden der Klägerin 1 aus dem vorliegenden Prozess. Auch ist es denkbar, dass die vorzunehmende Interessensabwägung (vgl. nachfolgend) in Bezug auf die Klägerin 1 als Gesellschaft in Liquidation zu einem anderen Ergebnis führen könnte als in Bezug auf den Kläger 2 als natürliche Person. Sodann hat der Kläger 2 selbstredend ein schutzwürdiges Interesse daran, dass Daten in Bezug auf ihn selber nicht an US-amerikanische Behörden weitergegeben werden. Aufgrund der engen Verbindung zwischen den Klägern erscheint es als naheliegend, das Schreiben der Beklagten vom 14. Juli

- 8 - 2015 (act. 3/12) als allfällige Ankündigung einer Datenlieferung hinsichtlich beider Kläger zu verstehen. Zusammenfassend ist das Rechtsschutzinteresse beider Kläger zu bejahen.

### **E. 7.1**

Unabhängig von der materiellen Rechtslage wird vom Bundesgericht immer wieder - im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes des Massnahmeverfahrens - die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips und eine Interessensabwägung vor allem auch in der Nachteilsfrage angemahnt (vgl. die Hinweise bei ZÜRCHER, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, 2011, N 28 zur Art. 261 ZPO; SPRECHER, in: Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, N 10 zu Art. 261 ZPO; HUBER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2013, N 23 zu Art. 261 ZPO).

### **E. 7.2**

Die Kläger bringen vor, bei einer Datenlieferung an das DoJ wären sie in ihrer Bewegungs- und wirtschaftlichen Freiheit stark beeinträchtigt und hätten einen Reputationsschaden zu befürchten. Insbesondere weisen die Kläger auf die Möglichkeit einer Strafverfolgung und Festnahme des Klägers 2 durch US-amerikanische Behörden hin (act. 1 Rz. 46 f., Rz. 50 ff.; act. 18 Rz. 5, Rz. 14, Rz. 16).

### **E. 7.3**

Es entspricht notorischem wirtschaftspolitischem Wissen, dass die US-amerikanischen Behörden im Steuerstreit mit der Schweiz harte Bandagen tragen, was bis zur Verhaftung irgendwo auf der Welt und der Auslieferung reichen kann. Mit den Klägern kann daher davon ausgegangen werden, dass die zu übermittelnden Daten Strafverfolgungszwecken dienen und dem Kläger 2 eine Festnahme drohen könnte (act. 1 Rz. 51; act. 18 Rz. 5). Zu kurz greift unter diesen Umständen die Argumentation der Beklagten, das Interesse der Klägerin 1 an einer Geheimhaltung ihres Namens sei als eher gering einzustufen, da sie nach ihrer Auflösung keine Geschäftstätigkeit mehr ausübe, ihr wirtschaftliches Fortkommen nicht mehr von Relevanz sei und sie in absehbarer Zeit aus dem Handelsregister gelöscht werde (act. 9 S. 6 f.), zumal der Name des Klägers 2 auch nach der Löschung der Klägerin 1 aus dem Handelsregister ohne Weiteres eruiert

- 9 - werden könnte. Zudem ist den Klägern darin beizupflichten (act. 18 Rz. 14), dass die Klägerin 1 auch als Gesellschaft in Liquidation weiterhin existiert und Subjekt des Persönlichkeitsschutzes ist. Demzufolge hat sie im Rahmen von Art. 53 ZGB Anspruch auf Schutz ihrer Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 ZGB (AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 64; MEILI, a.a.O., N 32 f. zu Art. 28 ZGB). Ebenfalls nicht zu überzeugen vermag die subjektive Einschätzung der Beklagten, dass das Interesse der US-Behörden an der Klägerin 1 als untergeordnet zu qualifizieren sei, da diese lediglich mit der Vermögensverwaltung befasst gewesen sei (act. 9 S. 6), zumal im US-Programm und im NPA die Lieferung von Daten u.a. betreffend Vermögensverwalter explizit verlangt wird (act. 3/4a S. 6 und act. 3/8 S. 3). Auch die einschlägige Literatur bzw. die Literaturbeiträge relevanter Kreise lassen keinen Zweifel offen: Die amerikanischen Behörden wollen direkt oder indirekt an Bankkundendaten gelangen und sie verfolgen jeden, der ihnen diesbezüglich helfen kann.

#### **E. 7.3.1**

"Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA" (TOBIAS F. ROHNER / URS FURRER, in: Der Schweizer Treuhänder, 8/2013, S. 515 ff.). (S. 516)  
"Gestützt auf die im Fall UBS gewonnenen Erkenntnisse genehmigte das DoJ bislang die Eröffnung von rund einem Dutzend weiterer Strafverfahren gegen Schweizer Banken. Mithin wechselte der Fokus von der Lieferung von Bankkundendaten im Rahmen der Amtshilfe und von der Verfolgung von US-Steuerpflichtigen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Schweizer Banken und ihrer Mitarbeitenden. Ein gegenüber diesen Banken gemachter Vorwurf lautet auf Teilnahme an einer Verschwörung gegen die USA ("conspiracy to commit offense or to defraud the United States") und auf Beihilfe zur Steuerhinterziehung und zur Einreichung von falschen Steuererklärungen." (S. 516/517)  
"Zusätzlich verlangt das DoJ auch die Lieferung von Namen von Bankmitarbeitenden und Dritten. Darin kommt der Trend zum Ausdruck, dass die USA seit einigen Jahren ihre Ressourcen weniger zur Strafverfolgung von Steuerhinterziehern, sondern vermehrt zur Verfolgung von Banken und Beratern von Bankkunden einsetzen.

- 10 - Nicht geliefert und auch nicht verlangt werden die Namen der betroffenen US-Personen; solche Informationen können die USA nur gestützt auf das geltende DBA erhalten. Hingegen sollen die Banken im Rahmen der Kooperation den USA die für ein Gruppensuchen notwendigen Informationen liefern." (S. 517) "Dem DoJ steht auch offen, zusätzlich Mitarbeitende oder gar Dritte persönlich anzuklagen, wie es das DoJ in den letzten Jahren vermehrt auch tut. Dies kann mit einem internationalen Haftbefehl verbunden werden, was die Bewegungsfreiheit des Betroffenen faktisch auf die Schweiz beschränkt, da diese ihre eigenen Staatsbürger nicht ausliefert. So ist beispielsweise ein Schweizer Wirtschaftsanwalt, dem 'Conspiracy to defraud the United States with respect to tax' vorgeworfen wird, bei Interpol zur weltweiten Verhaftung ausgeschrieben. Bei der Beurteilung der Gefahr von Anklagen durch das DoJ muss die Erweiterung des Fokus der US-amerikanischen Politik bei der Verfolgung von Steuervergehen berücksichtigt werden. Diese setzt immer mehr bei der Verfolgung von Banken und deren Mitarbeitenden und sonstigen Beratern an."

### **E. 7.3.2**

"Das Bundesgesetz zum Steuerstreit verletzt den Rechtsstaat und die Demokratie" (RAINER J. SCHWEIZER / MARKUS H.F. MOHLER / ALEXANDER M. GLUTZ, in: Jusletter vom 10. Juni 2013). (S. 2): "Gleichermassen hoch bestraft wurden Dritte, denen Beihilfe vorgeworfen worden war. Die Datenlieferungen von Banken sind also durchwegs als Mitwirkung an transnationalen Strafverfahren bzw. materiellrechtlich als Rechtshilfe in Strafsachen anzusehen." (Hervorhebung weggelassen).

### **E. 7.4**

Zusammengefasst droht den Klägern bei einer Abweisung des Massnahmebegehrens der jedenfalls vorübergehende - Verlust ihrer (Bewegungs-) Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und eine empfindliche Sanktionierung. Das stellt einen überaus grossen, kaum mehr restituierbaren Nachteil dar.

### **E. 7.5**

Die Beklagte macht gestützt auf diverse Quellen ein eminentes Interesse an der Datenlieferung geltend. Relevant sind in diesem Zusammenhang folgende Unterlagen: - Die im Zusammenhang mit dem US-Programm publizierte gemeinsame Erklärung der Schweiz und der USA, das "Joint Statement between the U.S.

- 11 - Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance" vom 29. August 2013 (act. 3/4a S. 1 f. und act. 3/4b) - Patrick RAAFLAUB, "Gastkommentar zum Steuerstreit: Entscheidende Phase für Schweizer Banken", NZZ vom 29. November 2013 (act. 10/2) - "Finma macht Banken US-Programm schmackhaft", Tages Anzeiger vom 29. November 2013 (act. 10/3). Die Beklagte weist darauf hin, dass die FINMA mit ihrer nachdrücklichen Empfehlung vom 29. November 2013 auf den Entscheidungsprozess der Banken Einfluss genommen habe. Die Empfehlung sei im Zusammenhang mit der Bewilligungsvoraussetzung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu sehen, und das Risiko möglicher Sanktionen unter diesem Aspekt nicht von der Hand zu weisen (act. 9 S. 4 f.). Nach Auffassung der Kläger sind die Empfehlungen der FINMA unverbindlich und vorliegend nicht massgebend (act. 18 Rz. 8, Rz. 18). Unbestritten ist, dass auch der Bundesrat die Schweizer Banken bei der Beilegung des Steuerstreits mit den USA unterstützt, was gemäss der Beklagten in der grosszügigen Handhabung der Bewilligungspraxis des Eidgenössischen Finanzdepartements unter Art. 271 StGB zum

Ausdruck komme (act. 1 Rz. 12; act. 9 S. 2, S. 5). Weiter führt die Beklagte aus, was es bedeuten könne, wenn ein Unternehmen von den US-Behörden verfolgt werde, sei in der Vergangenheit verschiedentlich durch die Zerschlagung von gesunden Unternehmen (Enron, Bank Wegelin) ein- drücklich vor Augen geführt worden (act. 9 S. 4). Verweigere sie die Herausgabe der Unterlagen, drohe die Auflösung des NPA und sogar ein Strafverfahren (act. 9 S. 6). Die Kläger bestreiten nicht, dass der Beklagten bei Nichteinhaltung ihrer Verpflichtungen gemäss NPA Strafverfahren in den USA drohen könnten (act. 1 Rz. 16). Es sei aber auch denkbar, dass eine Bank die vom DoJ geforderten Un- terlagen nicht herausgebe, ohne dass ihr deswegen Sanktionen von Seiten der amerikanischen oder schweizerischen Behörden drohen (act. 18 Rz. 12). Insbe- sondere sei nicht vorstellbar, dass die Beklagte einzig deswegen aus dem US- Programm ausgeschlossen oder ihr NPA widerrufen würde, weil sie gewisse Na- men von "kleinen Fischen" wie den Klägern, welche einen äusserst geringen US- Bezug hätten, nicht liefere. Selbst wenn aber die Beklagte wegen der unterbliebe-

- 12 - nen Datenübermittlung aus dem US-Programm ausgeschlossen würde, wäre die Existenz des US-Programms an sich noch nicht bedroht, hätten sich doch einige Banken der Kategorie 2 aus dem US-Programm zurückgezogen, ohne dass das US-Programm deswegen in Frage gestellt worden wäre oder dies Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz gehabt hätte. Abgesehen davon sei die Beklagte keine systemrelevante Bank, weshalb die Schweiz als Staat kein direktes Interes- se an deren Fortbestand habe (act. 1 Rz. 40 ff., Rz. 47 f., Rz. 56; act. 18 Rz. 8, Rz. 19, Rz. 21). Die Beklagte hält in Bezug auf die Gesamtsicht des Schweizer Finanzplatzes dafür, würde für mehrere nicht systemrelevante Banken auf Grund ihrer Grösse das überwiegende Interesse verneint, so hätte dies durchaus negati- ve Auswirkungen auf das US-Programm und das Verhalten des DoJ gegenüber den Schweizer Banken sowie deren Mitarbeitenden und weiteren involvierten Drittpersonen. Darunter würde der gesamte Finanzplatz in der Schweiz leiden (act. 9 S. 7). Angesichts des drohenden Strafverfahrens und der möglichen Sank- tionen der Aufsichtsbehörde sei nicht vorstellbar, dass eine Bank die vom DoJ ge- forderten Unterlagen nicht herausgebe (act. 9 S. 5 f.).

#### **E. 7.6**

Dass fehlende Kooperation mit den USA gravierende ökonomische Folgen für die Bankenwelt im Allgemeinen und die Beklagte im Besonderen zeitigen könnte, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden. Im Kontext der massnahmerechtlichen Interessensabwägung ist das Folgende zu berücksichtigen: Es wurde nicht dargelegt, dass auch eine vorsorgliche Mass- nahme (also kein definitiver Entscheid) im beantragten Sinne voraussichtlich zu negativen Reaktionen der US-amerikanischen Behörden führen würde. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte mit dem DoJ auch ohne die geplante Lieferung der die Klägerin 1 betreffenden Daten bereits ein NPA abschliessen konnte (act. 3/8). Mit den Klägern (act. 18 Rz. 12) ist die Aufhebung des NPA aufgrund des bean- tragten vorsorglichen Datenlieferungsverbots als unwahrscheinlich zu bezeich- nen. Weiter ist den Klägern darin beizupflichten (act. 1 Rz. 47, Rz. 50, Rz. 53, Rz. 56; act. 18 Rz. 16), dass die Abweisung des Massnahmebegehrens eine irreversible Bedeutung hätte. Die Datenlieferung könnte nicht mehr ungeschehen gemacht

- 13 - werden. Eine Verweisung der Kläger auf finanzielle Ansprüche nach einem Ob- siegen im ordentlichen Prozess vermöchte den drohenden Eingriff in ihre Frei- heitsrechte nicht adäquat auszugleichen.

### **E. 7.7**

Sodann hat die Beklagte die ihr mit Verfügung des Eidgenössischen Finanz- departements vom 28. März 2014 erteilte und am 26. März 2015 bis 31. Dezember 2019 verlängerte Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB eingereicht (act. 10/1 und act. 14; dazu die Kläger act. 1 Rz. 12 ff. und act. 18 Rz. 9). Es ist unbestritten (act. 1 Rz. 13; act. 9 S. 2), dass die Vorgehensweise der Beklagten in Bezug auf die geplante Datenübermittlung den Verfügungen vom 28. März 2014 und vom 26. März 2015 sowie dem Merkblatt des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten vom 20. Juni 2013 (act. 3/7) entspricht. Die der Beklagten vom Eidgenössischen Finanzdepartement erteilte Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB entbindet sie indessen nicht von der Einhaltung u.a. der datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Die Bewilligung wurde denn auch nur un- ter der Bedingung erteilt, dass innert der dort vorgesehenen Frist keine Klage nach Art. 15 DSGVO der von der Datenbekanntgabe Betroffenen anhängig gemacht wird oder eine solche rechtskräftig abgewiesen wurde (act. 10/1 und act. 14, Er- wägungen Ziff. II.9. und Dispositiv Ziff. 1.4.c und Ziff. 3). Mit anderen Worten wäre das in der Bewilligung enthaltene Verbot der Datenbekanntgabe unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB dahingefallen, sofern die Kläger innert der zehntägigen Frist gemäss Schreiben vom 14. Juli 2015 (act. 3/12) kein gerichtli- ches Verfahren eingeleitet hätten. Damit erweist sich der Erlass einer vorsorgli- chen Massnahme auch als erforderlich.

### **E. 7.8**

Das Massnahmebegehren ist aufgrund der spezifischen Grundsätze des Massnahmerechts (Verhältnismässigkeitsprinzip, Abwägen der Nachteile) gutzu- heissen. Nur damit lassen sich die den Klägern drohenden Nachteile abwenden, wobei über das Definitivum im ordentlichen Prozess zu entscheiden sein wird.

- 14 -

### **E. 8.1**

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, gelangt man bei Anwendung des Bun- desgesetzes über den Datenschutz (DSG) zum gleichen Ergebnis.

### **E. 8.2**

Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO dürfen Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Die Kläger haben zutreffend darauf hingewiesen (act. 1 Rz. 32 ff., Rz. 48, Rz. 50 und act. 18 Rz. 11, Rz. 16 f.; dazu die Beklagte act. 9 S. 7), dass die Datenschutzgesetzgebung der USA als unge- nügend zu qualifizieren ist (siehe die Staatenliste des Eidgenössischen Daten- schutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten Stand 3. Dezember 2015, S. 11, abrufbar unter [www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html](http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html), besucht am 17. Februar 2016; vgl. dazu BAERISWIL / BLONSKI, in: Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2015, N 14 f. zu Art. 6 DSGVO; MAURER-LAMBROU / STEI- NER, in: Basler Kommentar zum Datenschutz- und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N 18a zu Art. 6 DSGVO; PLÜSS, Datenlieferungen im Rahmen des sogenann- ten US-Programms, in: AJP 10/2015, S. 1362). Somit sind die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO vorliegend erfüllt.

### **E. 8.3**

Nachdem die von der Beklagten geplante Datenlieferung an die USA eine qualifizierte Persönlichkeitsverletzung der Kläger im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO darstellt, müssen für deren Rechtfertigung die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 DSGVO erfüllt sein. Bei Art. 6 Abs. 2 DSGVO handelt es sich um eine *lex specialis* zu den übrigen Datenbearbeitungsgrundsätzen des DSGVO. In dieser Bestimmung werden die Rechtfertigungsgründe bei grenzüberschreitender Bekanntgabe von Personendaten in ein Land mit unzureichendem Datenschutz abschliessend aufgezählt (vgl. Botschaft zur Änderung des DSGVO vom 19. Februar 2003, BBl 2003 2101 ff., S. 2129; MAURER-LAMBROU / STEINER, a.a.O., N 5 und N 22c zu Art. 6 DSGVO; ROSENTHAL / JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, N 2 und N 36 f. zu Art. 6 DSGVO; Urteil LF140075 der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2015 E. III.3.2 f.; ZR 113 [2014] Nr. 65

- 15 - E. 3.2.11 ff.). Somit ist der Katalog von Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO gegenüber den Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSGVO eingeschränkt, weshalb namentlich ein bloss überwiegendes privates Interesse der Bank keinen genügenden Rechtfertigungsgrund darstellt (ROHNER / FURRER, a.a.O., S. 520 f.). Demzufolge besteht entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 9 S. 5 f.; dazu die Kläger act. 1 Rz. 35; act. 18 Rz. 7, Rz. 10 f., Rz. 13, Rz. 17) kein Raum für eine Berücksichtigung ihrer allfälligen privaten Interessen, so dass es sich erübrigt, auf ihre in dieser Hinsicht vorgebrachten Argumente einzugehen.

### **E. 8.4**

Von den in Art. 6 Abs. 2 DSGVO abschliessend aufgezählten Rechtfertigungsgründen kommt vorliegend einzig der Rechtfertigungsgrund der Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO in Frage, auf welchen sich auch private Datenbearbeiter stützen können (BAERISWIL / BLONSKI, a.a.O., N 32 zu Art. 6 DSGVO; ROHNER / FURRER, a.a.O., S. 521; Urteil LF140075 der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2015 E. III.3.3).

### **E. 8.5**

Die von der Beklagten zitierten Quellen beschäftigen sich im relevanten Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse (act. 10/2 f.). Insbesondere die der Beklagten vom Eidgenössischen Finanzdepartement erteilte Bewilligung nach Art. 271 StGB behält aber die gerichtliche Prüfung nach DSGVO ausdrücklich vor (act. 10/1 und act. 14, Erwägungen Ziff. II.9. und Dispositiv Ziff. 1.4.c und Ziff. 3). Die Freiheit der Rechtsprechung kann durch Verlautbarungen der Legislative oder der Exekutive nicht tangiert werden. Vorbehalten bleibt selbstredend der Einfluss des Gesetzgebungsverfahrens bei der Auslegung verabschiedeter Gesetze. Das steht vorliegend nicht zur Diskussion. ROHNER/FURRER (a.a.O., S. 521) halten zutreffend fest: "Ob ein öffentliches bzw. privates Interesse der Bank besteht, welches das Interesse des Betroffenen überwiegt, kann nur für den Einzelfall entschieden werden. Das Interesse des Betroffenen, nicht der (einschneidenden) Strafverfolgung in den USA ausgesetzt sein zu müssen, ist in aller Regel als sehr gewichtig einzustufen. Aber auch das Interesse der Bank, nicht angeklagt zu werden, ist gewichtig. Und die Öffentlichkeit hat sicherlich ein Interesse daran, dass nicht reihenweise

- 16 - Schweizer Banken aufgrund der Anklagen untergehen. Auch die Unterstützung von Anliegen eines ausländischen Staats kann im öffentlichen Interesse liegen. Diese sich widersprechenden Interessen müssen durch das Gericht gegeneinander abgewogen werden, wobei nur der Einzelfall entschieden werden kann."

#### **E. 8.6**

Eine eigentliche Antwort bezüglich der Gewichtung von Kriterien geben die Autoren allerdings nicht. In diesem Verfahren kann als wesentliches Argument dienen, dass es an der Beklagten liegt, die tatsächlichen Grundlagen des überwiegenden öffentlichen Interesses glaubhaft zu machen. Für diesen Rechtfertigungsgrund trifft sie die Beweislast (CORRADO RAMPINI, Basler Kommentar zum Datenschutz- und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N 3 zu Art. 15 DSG; ROSENTHAL / JÖHRI, a.a.O., N 36 zu Art. 6 DSG). Wie die Reaktion des DoJ auf einzelne, wegen Gerichtsentscheiden unterbliebene Datenübermittlungen sein wird, ist aber offen (vgl. dazu auch das Urteil LF140075 der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2015 E. III.3.5.7 S. 23 ff.). Jedenfalls ist bis anhin kein Fall bekannt, in dem eine Bank vom Abschluss eines NPA ausgeschlossen oder ein solches rückgängig gemacht worden wäre, weil die Bank gerichtliche Verbote beachten musste und die verlangten Daten nicht vollständig liefern konnte (PLÜSS, a.a.O., S. 1363). Die Beklagte behauptet denn auch nicht, dass sie derzeit in den USA in ein Strafverfahren involviert sei, sondern lediglich, dass eine Aufhebung des NPA und in der Folge eine Anklageerhebung in den USA bei nicht vollständiger Datenlieferung drohen könnte (act. 9 S. 6). Für das Massnahmeverfahren ist bezüglich der tatsächlichen Grundlagen des überwiegenden öffentlichen Interesses von Beweislosigkeit auszugehen, weshalb die angebehrte Massnahme auszusprechen ist (Art. 15 DSG i.V.m. mit Art. 261 ff. ZPO).

#### **E. 9**

Vorliegend ist von einer vermögensrechtliche Streitigkeit auszugehen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_191/2014 und 4A\_239/2014 vom 2. Juli 2014 jeweils E. 2.3 f.; Urteil LF130077 der II. Zivilkammer des Obergerichts vom 3. März 2014 E. 4.2.2). Der Streitwert wurde in der Verfügung vom 27. Juli 2015 auf CHF 500'000 geschätzt (act. 4 S. 2). Dagegen haben die Parteien keine Einwände vorgebracht, weshalb - auch angesichts des geltend gemachten existenziellen Interesses - von einem Streitwert von CHF 500'000 auszugehen ist.

- 17 - Bei den Gerichtskosten ist gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO die definitive Regelung dem Hauptsachegericht vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses dahinfallen sollte, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Über den Antrag auf Zusprechung einer Partei- bzw. Umtriebsentschädigung ist ebenfalls in einem allfälligen Hauptsacheprozess zu befinden. Wiederum ist für den Eventualfall eine Entschädigung festzulegen. Die nicht anwaltlich vertretene Beklagte hat es unterlassen, ihren Aufwand im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren darzulegen und zu begründen. Es erscheint indessen angemessen, der Beklagten für den offenkundigen Aufwand ihres Rechtsdienstes für das Aktenstudium und das Verfassen der Eingaben vom 20. August 2015 (act. 9) und vom 23. Oktober 2015 (act. 21) für den Eventualfall eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von CHF 1'000.00 zuzusprechen. Der Einzelrichter erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.