



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Obergerichterin
Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Dr. Felix Graber, Thomas
Klein und Thomas Steinebrunner sowie der Gerichtsschreiber
Roman Kariya

Urteil vom 21. Juni 2017

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

B._____ (Suisse) SA,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law Y2._____

betreffend **Datenschutz**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe und Geschäftsleiter gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verbieten, dem US Department of Justice (DoJ) oder einer anderen Behörde der Vereinigten Staaten von Amerika ausserhalb eines Amts- oder Rechtshilfverfahrens in irgendeiner Weise direkt oder indirekt die Klägerin identifizierende, bezeichnende oder betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten oder im Zusammenhang mit diesen geschäftlichen Aktivitäten, zu übermitteln, herauszugeben oder sonstwie direkt oder indirekt zugänglich zu machen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWST zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahrensgang

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Vaduz (Fürstentum Liechtenstein), die gemäss Handelsregisterauszug die Erbringung von Bankdienstleistungen im Bereich des klassischen *Private Banking* bezweckt (act. 3/1).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Genf, die gemäss Handelsregisterauszug den Betrieb einer Bank im In- und Ausland bezweckt (act. 3/2).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte, eine Tochtergesellschaft der in Luxemburg domizilierten C._____, Luxembourg, mit rund 350 Mitarbeitern nimmt am *Program for non-prosecution agreements and non-target letters for Swiss banks* (fortan US-Programm) der US-Steuerbehörde (*Internal Revenue Service*, fortan IRS) und des US-Justizministeriums (*Department of Justice*, fortan DoJ) in der Kategorie 2 teil. Diese Kategorie bedeutet, dass zwar Grund zur Annahme besteht, dass die Beklagte

gegen die US-Gesetzgebung verstossen haben könnte, aber dennoch zugunsten eines *Non-Prosecution-Agreements* (fortan NPA) von einer Strafuntersuchung abgesehen wird.

Die Beklagte teilte der Klägerin mit, dass sie beabsichtige, Daten und Informationen, welche die Klägerin betreffen (insbesondere die namentliche Nennung der Klägerin), an die US-Behörden zu übermitteln. Die Klägerin war damit nicht einverstanden. In der Folge hielt die Beklagte an der Übermittlung der entsprechenden Daten fest und verwies die Klägerin auf deren gesetzliches Klagerecht.

Mit der vorliegenden Klage will die Klägerin die Bekanntgabe der sie identifizierenden, bezeichnenden oder betreffenden Dokumente oder Informationen an die US-Behörden verbieten lassen.

B. Prozessverlauf

Die Klägerin reichte am 11. November 2015 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1-63). Den von ihr mit Verfügung vom 13. November 2015 geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgerecht (act. 5; act. 7). Die Klageantwort vom 7. März 2016 samt Beilagen wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 8; act. 11; act. 12/2-25). Alsdann wurde der zweite Schriftenwechsel angeordnet (act. 13). Die Replik vom 27. Mai 2016 samt Beilagen erging rechtzeitig (act. 15; act. 16/1-9). In der Folge wurde auch die Duplik vom 5. September 2016 innert Frist erstattet (act. 19; act. 20/26-28) und mit Verfügung vom 7. September 2016 der Klägerin zugestellt (act. 21). Die Klägerin reichte sodann eine Noveneingabe, datiert vom 20. September 2016, ins Recht (act. 23; act. 24), worauf die Beklagte mit ihrer Eingabe vom 29. September 2016 ihrerseits Stellung nahm (act. 27). Letztere wurde der Klägerin mit Verfügung vom 3. Oktober 2016 zugestellt (act. 28). Weitere Eingaben ergingen nicht.

Mit Verfügung vom 31. Mai 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenom-

men würde (act. 30). Beide Parteien haben innert Frist ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 32; act. 33).

Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

C. Wesentliche Prozessstandpunkte

Die Klägerin erachtet eine Datenübermittlung an die US-Behörden aus mehreren Gründen als unzulässig. Im Wesentlichen bringt sie vor, dass ihre Personendaten nicht an die US-Behörden übermittelt werden dürften, da ihr resp. ihren Organen und Mitarbeitern eine Verhaftung und eine öffentliche Blossstellung durch Publikation entsprechender Vorfälle im Internet drohe. Damit verbunden sei der komplette Kontrollverlust über ihre Daten. Mit der Datenübermittlung gehe damit eine erhebliche und unmittelbare Gefahr für die Persönlichkeit der Klägerin einher. Entsprechend sei bereits aufgrund der Gefahr einer schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung eine Datenbekanntgabe in die USA ausgeschlossen, zumal die USA keinen angemessenen Datenschutz kennen würden. Auch bestehe kein überwiegendes öffentliches Interesse (act. 1 S. 32 ff. Rz. 137 ff.).

Demgegenüber spricht sich die Beklagte aus mehreren Gründen für eine Datenübermittlung an die US-Behörden aus. Im Wesentlichen bringt sie vor, dass Art. 6 DSGVO beim Export von Daten juristischer Personen nicht anwendbar sei. Sodann sei die Berufung auf Art. 6 DSGVO rechtsmissbräuchlich. Denn der Klägerin gehe es einzig darum, die Datenlieferung an sich und die Verwendung ihrer Daten durch das DoJ als primäre Datenempfängerin zu verhindern, obschon Art. 6 Abs. 1 DSGVO lediglich die Gefahr der unzulässigen Weitergabe der Daten durch den (ausländischen) primären Datenempfänger an andere Dritte bzw. die Zweckentfremdung ohne angemessene Kontrollmöglichkeit adressiere. Selbst wenn Art. 6 DSGVO anwendbar wäre, wäre eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung der Klägerin als juristische Person nicht gegeben. Im Weiteren würden die USA über einen angemessenen Datenschutz gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO verfügen. Selbst wenn nicht, wäre ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenübermittlung gegeben (act. 11 S. 36 ff. Rz. 127 ff.).

Auf diese und weitere Ausführungen wird – soweit notwendig – in den nachfolgenden Erwägungen an entsprechender Stelle eingegangen.

D. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/1-63; act. 12/2-25; act. 16/1-9; act. 20/26-28; act. 24, siehe hierzu Erw. I.2.).

Erwägungen

I. Formelles

1. Eintretensvoraussetzungen

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) und im Übrigen von der Beklagten anerkannt worden (act. 11 S. 5 Rz. 2). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2; act. 11). Auch hat die Klägerin den von ihr geforderten Gerichtskostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 5; act. 7). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

2. Nach Aktenschluss eingereichter NZZ-Artikel vom 15. September 2016 (act. 24)

2.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat jede Partei das Recht, zu jeder Eingabe der Gegenpartei innert nützlicher Frist Stellung zu nehmen (sog. Replikrecht). Das Replikrecht dient dabei einzig der Wahrung des rechtlichen Gehörs. Wie Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge in den Prozess einzuführen sind, wird dagegen von der Zivilprozessordnung abschliessend geregelt. Demnach tritt, nachdem ein zweites Mal plädiert werden konnte, der so

genannte Aktenschluss ein. Aufgrund dessen können Noven, d.h. neue Behauptungen und neue Beweisanträge, nur noch unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgetragen werden. Das Gesetz unterscheidet zwischen echten und unechten Noven. Erstere sind erst nach Aktenschluss entstanden, während Letztere zwar bereits vor Aktenschluss vorhanden, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten. Unabhängig von der begrifflichen Unterscheidung in echte und unechte Noven liegt das massgebliche Kriterium für die Zulässigkeit von Noven in der Entschuldbarkeit der Verspätung (PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [HRSG.], ZPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 229 N. 12). Es obliegt derjenigen Partei, welche das Novenrecht beansprucht, substantiiert darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht erfüllt sind (DAETWYLER/STALDER, in: Handelsgericht Zürich, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 211). Sie hat daher auszuführen, inwiefern die Verspätung entschuldbar ist, und insbesondere, warum ein früheres Vorbringen nicht möglich war, und worin die von ihr unternommenen Anstrengungen bestanden haben sollen (PAHUD, ZPO Kommentar, a.a.O., Art. 229 N. 15; WALDER-RICHLI/GROB ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Zürich 2009, § 19 Rz. 14). Hätten etwa neue Beweismittel bereits früher beschafft werden können, sind diese aber aus Nachlässigkeit nicht in den Prozess eingeführt worden, so erweisen sich solche Noven als unzulässig.

Noven sind ohne Verzug vorzubringen. Als ohne Verzug vorgebracht gilt eine Eingabe innert zehn Tagen (vgl. ZR 112 [2013] Nr. 35 S. 141 und ZR 113 (2014) Nr. 54 S. 176 mit Verweis auf LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 229 N. 9 f. m.w.N.; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG120008-O vom 23. Oktober 2013, E. 4.2; DAETWYLER/STALDER, a.a.O., S. 211).

2.2. Beim am 20. September 2016 – nach Aktenschluss – eingereichten NZZ-Artikel vom 15. September 2016 (act. 24) handelt es sich um ein zulässiges Novum, entstand dieser doch erst nach Aktenschluss, und wurde er doch auch

ohne Verzug ins Recht gereicht. Die Beklagte stellt sich denn auch zurecht nicht dagegen. Aufgrund dessen darf dieses Novum für den vorliegenden Prozess berücksichtigt werden.

II. Materielles

1. Persönlichkeitsverletzende Datenbekanntgabe ins Ausland

Die Beklagte beabsichtigt, den US-Behörden mitzuteilen, dass Vermögenswerte eines in den USA steuerpflichtigen Kunden von der Beklagten auf die Klägerin übertragen worden seien. Offengelegt würde dabei der Name der Klägerin, nicht hingegen derjenige des Bankkunden selbst (act. 11 S. 54 Rz. 232). Dieser Umstand ist von der Klägerin nicht bestritten worden und geht im Übrigen aus dem Schreiben vom 4. Juli 2014 hervor (act. 3/19).

1.1. Rechtliche Grundlagen

1.1.1. Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes

Das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1, DSG) gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Unter den Begriff *Personendaten* fallen alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, wobei natürliche oder juristische Personen gleichermassen von der Bearbeitung betroffen sein können (Art. 3 lit. a und b DSG). *Bearbeiten* ist jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten (Art. 3 lit. e DSG). Unter *Bekanntgabe* wird gemäss Art. 3 lit. f DSG das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben und Veröffentlichen verstanden.

1.1.2. Persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung

Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG). Insbesondere darf er nicht Personendaten entgegen den Grundsätzen der Artikel 4, 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 DSG bearbeiten oder ohne Rechtfertigungsgrund Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeiten (Art. 12 Abs. 2 lit. a und b DSG). Widerrechtlich im Sinne von Art. 12 Abs. 1 DSG ist eine Verletzung der Persönlichkeit durch Datenbearbeitung dann, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG).

1.1.3. Unrechtmässige Datenbekanntgabe ins Ausland

1.1.3.1. Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet

Zusätzlich zu den allgemeinen Grundsätzen der Datenbearbeitung, deren Verletzung nach Art. 12 DSG eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, sind bei der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland die besonderen Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG zu beachten (MAURER-LAMBROU/STEINER, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA [HRSG.], Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N. 11a). Danach 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 (Art. 6 Abs. 1 DSG).

Ein angemessener Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG ist dann gewährleistet, wenn die Gesetzgebung des Empfängerstaates den Anforderungen des Übereinkommens des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (*Série des traités européens STE Nr. 108*, fortan Übereinkommen STE Nr. 108) samt Zusatzprotokoll (SR 0.235.1) entspricht (BBI 2003 2101 ff., 2128; MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6

N. 18; BAERISWYL/BLONSKI, in: BAERISWYL/PÄRLI [HRSG.], Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 6 N. 14). Bei der Beurteilung der Angemessenheit des Schutzes im Zielland ist zu prüfen, ob die im Übereinkommen STE Nr. 108 und im Zusatzprotokoll aufgestellten Grundsätze in den Rechtsvorschriften allgemeiner sowie sektorieller Art und in der Rechtspraxis des Empfängerstaates berücksichtigt werden. Speziell ist zu berücksichtigen, ob die Grundsätze des DSG eingehalten werden, die betroffene Person bei Nichteinhaltung dieser Grundsätze ihre Interessen wahren kann, das Auskunftsrecht gewährleistet wird, und ob ein unabhängiges Aufsichtsorgan besteht (BBI 2003 2101 ff., 2116; Merkblatt "Übermittlung ins Ausland kurz erklärt" des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB, abrufbar unter: www.edoeb.admin.ch/datenschutz; MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N. 18).

1.1.3.2. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 DSG (auch) auf Daten juristischer Personen

Art. 6 DSG ist beim Export von Daten gleichermassen auf juristische Personen anwendbar (Art. 2 Abs. 1 DSG). Soweit Personendaten juristischer Personen ins Ausland bekannt gegeben werden sollen, ist daher ein angemessener Schutz an sich nur dann gewährleistet, wenn die Gesetzgebung im Zielland auch diese Daten entsprechend schützt (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 N. 33). Ansonsten ist ein Export solcher Daten (juristischer Personen) nur bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 6 Abs. 2 (siehe nachfolgend Erw. II.1.1.3.3.) zulässig, da für sie im Zielland gar kein Datenschutz besteht (vgl. ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 Abs. 1 N. 33).

Zwar stützt sich Art. 6 Abs. 1 DSG auf das Übereinkommen STE Nr. 108, welches an sich nur auf natürliche Personen Bezug nimmt. Deshalb führt ROSENTHAL denn auch Überlegungen an, wonach Personendaten juristischer Personen frei exportiert werden könnten (vgl. ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 Abs. 1 N. 34). Da das Datenschutzgesetz allerdings explizit und ausnahmslos auch auf juristische Personen anwendbar ist, und es sich beim Übereinkommen STE Nr. 108 nicht um zwingendes Völkerrecht handelt, kann unter geltendem Bundesrecht keine

entsprechende Einschränkung vorgenommen werden (Art. 190 BV). Kommt hinzu, dass auch nicht allgemein gesagt werden kann, dass die Bearbeitung von Personendaten juristischer Personen (entgegen ROSENTHAL) ein generell geringeres Gefährdungspotential beinhalte. Das Bundesgericht bejahte in seinem Urteil 4A.83/2016 vom 22. September 2016 denn auch – implizit – die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 DSG auf juristische Personen (wobei es um eine Anwaltskanzlei ging; vgl. auch das rechtskräftige Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150048-O vom 14. Juni 2016, in welchem die Datenbekanntgabe einer als Vermögensverwalterin handelnden Aktiengesellschaft ebenfalls nach den Voraussetzungen gemäss Art. 6 DSG geprüft wurde).

1.1.3.3. Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG

Art. 6 Abs. 2 DSG enthält einen abschliessenden Katalog von alternativen Bedingungen, unter denen eine Datenbekanntgabe ins Ausland auch bei Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, gerechtfertigt ist (MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N. 22c). Aufgrund von Art. 6 Abs. 1 DSG gilt demnach das Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, gesetzlich als eine Persönlichkeitsverletzung (MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N. 11), deren Widerrechtlichkeit jedoch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSG entfällt. Da die Widerrechtlichkeit vermutet wird, trifft die "Verletzerin" (also diejenige, welche die Daten bekanntgeben will) die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (RAMPINI, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA, [HRSG.] Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, a.a.O., Art. 15 N. 3).

Gemäss – dem im vorliegenden Fall einschlägigen – 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, a.a.O., 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.

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.).

Unter dem überwiegenden öffentlichen Interesse als Rechtfertigung der Datenbekanntgabe ins Ausland nach Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG ist ein öffentliches Interesse zu verstehen, 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. Die Interessenabwägung hat vielmehr 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 (PASSADELIS, a.a.O., Ziff. 6.60; EPINEY/FASNACHT, a.a.O., § 10 Rz. 23; BAERISWYL/BLONSKI, a.a.O., Art. 6 N. 29; WERMELINGER, in: BAERISWYL/PÄRLI [HRSG.], Datenschutzgesetz, a.a.O., Art. 13 N. 8 f.).

1.1.4. Durchsetzbarkeit des Datenschutzes

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).

1.2. Würdigung

1.2.1. Anwendbarkeit von Art. 6 DSG auf die vorliegende Datenbekanntgabe

1.2.1.1. Wie die Klägerin zutreffend ausführt (act. 1 S. 20 f. Rz. 70 ff.), ist Art. 6 DSG auch auf die vorliegende Datenbekanntgabe an die US-Behörden anwendbar; auch wenn es sich um Daten einer juristischen Person (und nur um diese geht es vorliegend) handelt. Die von der Beklagten – unter Berufung auf ROSENTHAL – vorgebrachte Meinung, wonach Art. 6 DSG nicht auf die Daten juristischer Personen anwendbar sei, zielt mit Verweis auf Erw. II.1.1.3.2. ins Leere.

1.2.1.2. Im Weiteren führt die Beklagte aus, dass die Berufung auf Art. 6 DSG rechtsmissbräuchlich sei. Denn bei Art. 6 DSG gehe es nicht darum, ob die Daten überhaupt exportiert bzw. zu welchem Zweck sie im Ausland genützt würden. Es gehe vielmehr um die Frage, wie hoch im Ausland das Risiko sei, dass es zu einem Missbrauch der Daten und anderen Datenschutzverletzungen komme, und dass dagegen nichts unternommen werden könne. Art. 6 Abs. 1 DSG würde lediglich die Gefahr der unzulässigen Weitergabe der Daten durch den (ausländischen) primären Datenempfänger an andere Dritte bzw. Zweckentfremdung ohne angemessene Kontrollmöglichkeit adressieren. Hierzu verweist die Beklagte auf ROSENTHAL (act. 11 S. 36 ff. Rz. 127 ff.).

Dabei verkennt die Beklagte jedoch, dass sich ihre Vorbringen auch mit den von ihr angegebenen und zitierten Literaturstellen nicht stützen lassen. Einerseits beziehen sich diese Literaturstellen ohnehin auf die Interessenabwägung, welche im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 lit. c DSGVO allenfalls vorzunehmen wäre. Und andererseits betont darin ROSENTHAL selber, dass es bei der Interessenabwägung nicht darum gehe, dass tatsächlich auch Daten exportiert und zu welchem Zweck dies geschehen würde. Vielmehr seien bei der Interessenabwägung die Risiken eines Datenmissbrauchs entscheidend, die bei einem Land ohne angemessenen Datenschutz sehr hoch seien (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 Abs. 2 Bst. d N. 62). Aufgrund dessen ist nicht nachvollziehbar, inwiefern sich die Klägerin mit ihrer Berufung auf Art. 6 DSGVO rechtsmissbräuchlich verhalten soll.

1.2.2. Kein angemessener Datenschutz in den USA

Wie im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140186-O vom 16. Dezember 2015 ausgeführt, erfüllt die US Gesetzgebung die genannten Voraussetzungen für die Gewährung eines angemessenen Datenschutzes im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO nicht (vgl. auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150048-O vom 14. Juni 2016, E. 4.1.). Die USA sind nicht Vertragspartei des Übereinkommens STE Nr. 108 und des Zusatzprotokolls (vgl. www.eda.admin.ch), und auch ein umfassendes Datenschutzgesetz gibt es in den USA nicht. Datenschutzrechtliche Bestimmungen sind etwa im vierten Verfassungszusatz angedeutet und in risikospezifischen Bundesgesetzen für bestimmte Sektoren sowie dem jeweiligen Recht der Einzelstaaten enthalten. Dem Staat ist es aber grundsätzlich erlaubt, Daten zu erheben. Lediglich für die Veröffentlichung von persönlichen Daten durch Bundesbehörden besteht im *Federal Privacy Act 5 U.S.C. 552a (1974)* ein grundsätzliches Verbot mit Ausnahmen. Gestützt auf den *Freedom of Information Act 5 U.S.C. 522(a)* können zudem Kopien von Unterlagen der Bundesbehörden in der Regel von jedermann angefordert werden (DETERMANN, in: PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR [HRSG.], Datenschutzrecht, a.a.O., Ziff. 33.3 ff., 33.40). Bei der Bekanntgabe von Personendaten aus der Schweiz an die US-Behörden, insbesondere das DoJ oder IRS, ist somit durch die dortige Gesetzgebung kein angemessener Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO

gewährleistet. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die seit dem 12. April 2017 bestehende Möglichkeit zur Zertifizierung für das *Swiss-US Privacy Shield* nur für die Datenübermittlung an US-Privatunternehmen gilt ("Privacy Shield – das Wichtigste" in Kürze, abrufbar unter: www.edoeb.admin.ch/daten-schutz).

Demnach droht durch die beabsichtigte Bekanntgabe von Personendaten der Klägerin an die US-Behörden eine Persönlichkeitsverletzung der Klägerin nach Art. 6 Abs. 1 DSG, welche nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG nicht widerrechtlich wäre.

1.2.3. Kein Rechtfertigungsgrund nach Art. 6 Abs. 2 DSG

1.2.3.1. Vorab ist – wie im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140186-O vom 16. Dezember 2015 ausgeführt – darauf hinzuweisen, dass im Joint Statement zwischen der Schweiz und den USA keine über die amerikanischen Gesetze hinausgehende Vereinbarung über den Schutz der damit im Zusammenhang stehenden Datenbekanntgaben an US-Behörden getroffen wurde, welche eine hinreichende Garantie für einen angemessenen Schutz im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG und damit einen Rechtfertigungsgrund darstellen könnte. Im Gegenteil: Die USA behalten sich das Recht vor, die Daten zu allen gemäss dem – keinen angemessenen Schutz bietenden – amerikanischen Recht zulässigen Zwecken zu verwenden (vgl. US-Programm, Ziff. V).

Eine Datenbekanntgabe in die USA liesse sich daher lediglich auf den in diesem Zusammenhang einzig geltend gemachten Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG stützen. Demgemäss 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. Es ist daher gestützt auf die Parteibehauptungen zu prüfen, welche öffentlichen Interessen an der Datenbekanntgabe bestehen, zu deren Wahrung die Datenbekanntgabe unerlässlich ist. In einem weiteren Schritt wäre sodann zu prüfen, ob

diese öffentlichen Interessen gegenüber den der Datenbekanntgabe entgegenstehenden Interessen der betroffenen Klägerin überwiegen. Hierfür trägt – wie erwähnt – die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast.

1.2.3.2. Die Beklagte hält dafür, dass für die von ihr beabsichtigte Datenbekanntgabe an die US-Behörden als Rechtfertigungsgrund ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehe. Das öffentliche Interesse sei in der Vermeidung der Anklage der Beklagten in den USA, d.h. letztlich in der Existenzsicherung der Beklagten, im Vermeiden von negativen Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz sowie im internationalen Ansehen der Schweiz begründet (act. 11 S. 40 ff. Rz. 149 ff.; act. 19 S. 21 Rz. 86 und S. 33 Rz. 185 ff.).

1.2.3.2.1. Die im vorliegenden Prozess von der Beklagten geltend gemachten öffentlichen Interessen wurden bereits im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140186-O vom 16. Dezember 2015 geprüft und jeweils als öffentliche Interessen anerkannt worden. Es besteht kein Grund, von der damaligen Auffassung abzuweichen. Indessen wurde die Unerlässlichkeit der Datenbekanntgabe hinsichtlich der Vermeidung der Anklage der Beklagten in den USA, mithin des Interesses an der Existenzsicherung der Beklagten, der negativen Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz sowie des internationalen Ansehens der Schweiz mit der Begründung verneint, dass die Möglichkeit der gerichtlichen Beurteilung der Datenbekanntgabe im Einzelfall und eines gerichtlichen Verbots derselben kein Grund für die Kündigung des US-Programms darstelle (Erw. II.5.3.8.3.). Betreffend den drohenden Verlust von 1'000 Arbeitsplätzen nahm das Handelsgericht demgegenüber eine Interessenabwägung vor und kam zum Schluss, dass das öffentliche Interesse an der Datenbekanntgabe nicht schwerer zu gewichten sei als das Interesse der von der Datenbekanntgabe Betroffenen am Verbot (Erw. II.5.3.8.4.).

Das Bundesgericht schützte in seinem Urteil 4A.83/2016 vom 22. September 2016 das handelsgerichtliche Urteil im Ergebnis. Betreffend die Frage der Unerlässlichkeit der Datenbekanntgabe betonte das Bundesgericht, dass es das Datenschutzgesetz zuliesse, dass die (prozessual zu berücksichtigende) Veränderung der tatsächlichen Situation (auch) materiell-rechtlich zu berücksichtigen sei

und zu einer anderen Beurteilung der Unerlässlichkeit führe. Im Zentrum stehe nämlich immer die Persönlichkeit des Betroffenen. Und diesem Zweck würde es widersprechen, wenn die veränderte Situation generell unberücksichtigt bliebe, und im Einzelfall die Datenherausgabe erlaubt würde, obwohl diese im Hinblick auf die benannten öffentlichen Interessen im Urteilszeitpunkt nicht mehr unerlässlich sei (E. 3.3.4.). Demgemäss ist für die Frage, ob die Datenbekanntgabe unerlässlich ist oder nicht, der konkrete Einzelfall von entscheidender Bedeutung, weshalb stets auf die konkrete Situation im Urteilszeitpunkt abzustellen ist. Freilich kann dies – wie das Bundesgericht selber anmerkt – zu einer Ungleichbehandlung der einzelnen Banken und der von deren Datenherausgabe betroffenen Personen führen; je nachdem, wann eine strittige Datenherausgabe beurteilt wird. Um einen ausreichenden Schutz der Persönlichkeit eines Betroffenen gewährleisten zu können, ist eine solche allfällige Ungleichbehandlung allerdings hinzunehmen. Jedenfalls schützte das Bundesgericht betreffend die Unerlässlichkeit die Sichtweise des hiesigen Handelsgerichts mit der Begründung, dass die Datenherausgabe zur Zeit und ohne konkret drohende Anklageerhebung der US-Behörden nicht unerlässlich sei (E. 3.4.3.).

1.2.3.2.2. Seit den genannten Urteilen hat sich die Situation hinsichtlich des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA nicht wesentlich verändert. Jedenfalls bringt die Beklagte nichts vor, was auf eine mittlerweile angespanntere Situation hindeuten würde. Die Beklagte vermag keine konkreten Anhaltspunkte anzuführen, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA im Falle eines gerichtlichen Verbots zur Bekanntgabe der vorliegend in Frage stehenden Daten erneut entfacht werden bzw. die Kündigung des US-Programms drohen würde. Die pauschal geäusserten Befürchtungen (wie die mögliche Anklageerhebung und Existenzbedrohung, die negativen Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz sowie eine weitere Eskalation im Steuerstreit [vgl. act. 11 S. 40 ff. Rz. 151 ff.]) genügen hierfür nicht. Damit hat die behauptungs- und beweisbelastete Beklagte bereits die Unerlässlichkeit der Datenbekanntgabe zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen nicht hinreichend dargetan.

Ohnehin kann die in Frage stehende Datenbekanntgabe zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen nicht als unerlässlich bezeichnet werden, scheinen die US-Behörden doch die mittlerweile von diversen Schweizer Gerichten angeordneten Verbote zur Datenbekanntgabe zu respektieren. Dies wird denn auch durch den von der Klägerin eingereichten NZZ-Artikel vom 15. September 2016 gestützt, in welchem C._____, eine hochrangige Vertreterin der Steuerabteilung DoJ klarstellen lässt, dass das DoJ die von Schweizer Gerichten angeordneten Verbote zur Datenbekanntgabe respektieren werde (act. 24). In Bezug auf die Beklagte fällt sodann das abgeschlossene NPA über einen Betrag von USD 17'807'000.– (act. 11 S. 17 Rz. 50; act. 12/16) ins Gewicht. Im Verhältnis zu den allfälligen Steuerausfällen bezüglich der vorliegend in Frage stehenden Vermögenswerten, die äusserst bescheiden ausfallen dürften, relativieren sich denn auch die von der Beklagten geäusserten Befürchtungen. Eine konkrete Bedrohungssituation für Schweizer Banken (mithin für die Beklagte) liegt damit nicht vor.

Die entsprechende Datenbekanntgabe kann demnach für die von der Beklagten geltend gemachten öffentlichen Interessen nicht als unerlässlich bezeichnet werden. Damit erübrigt es sich, eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass ebenso keine Interessenabwägung hinsichtlich der Arbeitsplätze der Beklagten vorgenommen zu werden braucht. Da nämlich – wie erwähnt – nicht von einer Existenzbedrohung der Beklagten auszugehen ist, stehen auch keine Arbeitsplätze, die unter Umständen ein öffentliches Interesse darstellen könnten, auf dem Spiel.

1.2.4. Fazit

Durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Personendaten ans DoJ oder an eine andere Behörde der USA droht eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung für die Klägerin. Für eine solche Datenbekanntgabe besteht kein Rechtfertigungsgrund, da diese zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen nicht unerlässlich ist. Bei diesem Ergebnis

erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Vorbringen der Parteien (insbesondere zu Art. 12 und 13 DSGVO).

Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSGVO in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist der Beklagten daher zu verbieten, dem DoJ oder einer anderen US-Behörde irgendwelche Daten betreffend die Klägerin (insbesondere deren Namen) bekanntzugeben.

Antragsgemäss ist dieses Verbot für den Widerhandlungsfall mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe der Beklagten gemäss Art. 292 StGB zu verbinden.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen

2.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht (RÜEGG, in: SPÜLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 91 N. 3 ff.). Er beträgt praxisgemäss (pro klagende Partei) und unbestritten (act. 11 S. 5 Rz. 3; act. 15 S. 4 Rz. 1 ff.) CHF 500'000.–.

2.2. Ausgangsgemäss wird die Beklagte vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2.1. 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, weshalb es sich rechtfertigt, die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 28'000.– festzusetzen. Die Kosten sind – soweit möglich – aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken, wofür der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen ist (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

2.2.2. 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. Bei der Festsetzung der Parteientschädigung an die Klägerin sind die eingereichten Rechtsschriften sowie die zulässige Noveneingabe zu berücksichtigen (§§ 4 und 11 AnwGebV). Es rechtfertigt sich daher, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 31'600.– zuzusprechen.

Die Klägerin beantragt, ihr sei die Parteientschädigung unter Zuzug der Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 1 S. 2). Ob eine Grundlage für den entsprechenden Antrag der Klägerin besteht, erscheint angesichts des ausländischen Sitzes derselben bereits fraglich. Die Klägerin hat diesbezüglich jedenfalls nichts ausgeführt. Dem Gericht ist es daher auch nicht möglich zu prüfen, inwiefern bejahendenfalls die grundsätzliche Möglichkeit eines Vorsteuerabzugs nicht bzw. nicht vollumfänglich bestehen sollte. All dies wäre von der Klägerin zu behaupten und zu belegen gewesen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.), was sie indessen nicht tat. Demgemäss ist der Klägerin die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall verboten, dem US-Justizministerium (DoJ) oder einer anderen Behörde der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) ausserhalb eines Amts- oder Rechtshilfeverfahrens in irgendeiner Weise direkt oder indirekt die Klägerin identifizierende, bezeichnende oder betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten oder im Zusammenhang mit diesen geschäftlichen Aktivitäten, zu übermitteln, herauszugeben oder sonstwie direkt oder indirekt zugänglich zu machen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 28'000.–.

3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und – soweit möglich – aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 31'600.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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, 21. Juni 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Roman Kariya