



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler, die Handelsrichter Christoph Pfenninger, Ruedi Kessler und Dr. Thomas Lörtscher sowie der Gerichtsschreiber Leonard Suter

Urteil vom 8. Januar 2018

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____ **Holding Ltd.**,
4. **D.**_____ **Group S.A.**,

Kläger

1, 2, 3, 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

E._____ **AG**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

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 Rechtshilfeverfahrens in irgendeiner Weise direkt oder indirekt die Kläger identifizierende, bezeichnende oder betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten oder der betreuten Kundenbeziehungen, 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

Der Kläger 1 hat seinen Wohnsitz in F.____ (Fürstentum Liechtenstein) und ist Miteigentümer der G.____-Gruppe, welche aus der G.____ Consulting AG (mit Sitz in Zürich), der G.____ ... Ltd. (mit Sitz in H.____ [Land in Asien]) und der G.____ Consulting Trust Establishment (mit Sitz in F.____) besteht (act. 1 Rz. 74). Der Kläger 2 mit Wohnsitz in I.____/SG war bis im mm.2013 Verwaltungsrat der G.____ Consulting AG (act. 1 Rz. 74). Bei den Klägerinnen 3 und 4 handelt es sich um Kapitalgesellschaften mit Sitz auf den Virgin Islands (act. 3/1-2), die beide von der G.____ Consulting Trust Establishment gehalten werden und Organfunktionen für die von der G.____-Gruppe betreuten Gesellschaften und Stiftungen übernehmen. Der Kläger 1 ist zudem ein Organ der Klägerin 3 und 4 (act. 1 Rz. 75).

Die Beklagte, eine Schweizer Privatbank, ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die gemäss Handelsregisterauszug die Abwicklung von Gerichts-, Verwal-

tungs- und Aufsichtsverfahren im In- und Ausland sowie die Verwaltung und Abwicklung von Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit der früheren Finanzdienstleistungstätigkeit der Gesellschaft bezweckt. Die Beklagte ist die Tochtergesellschaft der J._____ (fortan J._____), welche im Zuge der Finanzkrise 2008 verstaatlicht wurde. Die Beklagte verwaltete per Ende 2014 ein Kundenvermögen von ca. CHF 31 Mia. und beschäftigte rund 1'000 Mitarbeiter; ... [Anzahl] davon in der Schweiz. Ende mm.2015 gab die Beklagte bekannt, dass die J._____ das international geführte Private Banking- und Vermögensverwaltungsgeschäft der Beklagten an die in K._____ domizilierte L._____, L._____ SA (fortan L._____), veräussert habe. Der Verkauf betraf auch den von der Schweiz aus geführten Geschäftsbereich. Bei der Beklagten sind seither noch knapp ... [Anzahl] Personen angestellt (act. 1 Rz. 65).

Zwischen der G._____-Gruppe und der Beklagten bestand eine langjährige Geschäftsverbindung. Dabei gründete und betreute die G._____-Gruppe für zahlreiche Kunden der Beklagten Gesellschaften und Stiftungen, welche dann bei der Beklagten Bankkonten unterhielten. Die Kläger fungierten als Organe und Zeichnungsberechtigte in den jeweiligen Gesellschaften und Stiftungen (act. 1 Rz. 76; act. 33 Rz. 62 ff.).

b. Prozessgegenstand

Zur Beilegung des seit mehreren Jahren andauernden Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA stellt das US-Justizministerium (*Department of Justice*, fortan DoJ) das sog. "*Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks*" (fortan US-Programm) zur Verfügung, das es den schweizerischen Banken erlaubt, ihre Situation zu bereinigen. Mit Entscheid vom tt.mm.2014 erteilte das Eidgenössische Finanzdepartement der Beklagten eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Abs. 1 StGB, im Rahmen des Steuerstreits mit den US-Behörden zu kooperieren (act. 24/5 u. 24/6). Die Beklagte nimmt am US-Programm teil in der Kategorie 2. 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. Ein solches NPA hat die

Beklagte am tt.mm.2016 abgeschlossen (act. 24/10). Damit hat sie sich unter anderem verpflichtet, dem DoJ eine Liste gemäss Ziff. II.D.2 des US-Programms (fortan Leaver-Liste) zukommen zu lassen. Diese muss alle Konten der betroffenen Bank mit US-Bezug ("U.S. Related Accounts") enthalten, welche während einer bestimmten Periode geschlossen wurden, und dabei Namen und Funktionen der Personen offenlegen, welche die Konten als Vermögensverwalter, Bevollmächtigter, Trustee oder Ähnliches betreuten (act. 3/13, S. 4, Ziff. II.D.2.b.v).

Bereits im Mai/Juni 2014 teilte die Beklagte den Klägern schriftlich ihre Absicht mit, im Rahmen des US-Programms die Kläger betreffende Daten an das DoJ zu übermitteln (act. 3/24-28). Nachdem sich die Kläger damit nicht einverstanden gezeigt hatten, erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 27. Juni 2014, an der Übermittlung besagter Daten unter namentlicher Nennung der Kläger festzuhalten (act. 3/30).

Mit der vorliegenden Klage wollen die Kläger die Bekanntgabe der sie identifizierenden, bezeichnenden oder betreffenden Dokumente und Informationen an das DoJ oder andere US-Behörden verbieten lassen.

B. Prozessverlauf

a. Die Kläger reichten am 14. Oktober 2015 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1-75). Den von ihnen je geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten von CHF 10'000.– (vgl. Beschluss vom 24. November 2015, in welchem der anfänglich festgesetzte Kostenvorschuss in Wiedererwägung gezogen wurde), leisteten sie fristgerecht (act. 4; act. 15; act. 19). Die Klageantwort vom 16. März 2016 samt Beilagen wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 20; act. 22; act. 24/1-18). In der Folge wurden in Gutheissung des beklagtischen Antrags der Kläger 1 sowie die Klägerinnen 3 und 4 zur Sicherstellung der Parteientschädigung von je CHF 15'525.– verpflichtet (act. 27). Die entsprechenden Sicherstellungen wurden rechtzeitig geleistet (act. 29). Alsdann wurde der zweite Schriftenwechsel angeordnet (act. 30). Sowohl die Replik vom 17. Oktober 2016 als auch die Duplik vom 3. Januar 2017 ergingen rechtzeitig (act. 33; act. 34/1-5; act. 37; act. 38/19-178). Die Beklagte reichte sodann eine Noveneingabe, datiert vom 18. Januar 2017, ins Recht

(act. 39; act. 40). In der Folge nahmen die Kläger Stellung zur Duplik sowie zur Noveneingabe (act. 46; act. 47/1-7). Die Stellungnahme der Beklagten hierzu (act. 48) wurde schliesslich den Klägern zugestellt (Prot. S. 17). Weitere Eingaben ergingen nicht. Mit Verfügung vom 4. Dezember 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 angenommen würde (act. 50). Beide Parteien verzichteten innert Frist ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 52; act. 55). Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

b. Am Beschluss vom 24. November 2015 (act. 15) wirkten noch der Präsident Dr. George Daetwyler (als damaliger Vizepräsident) und der Gerichtsschreiber Roman Kariya mit. Wie in der Verfügung vom 20. Dezember 2017 (act. 53) ausführlich erläutert, wurden die genannten Personen in der Gerichtsbesetzung durch den Vizepräsidenten Roland Schmid und den Gerichtsschreiber Leonard Suter ersetzt, was zulässig ist (BGE 142 I 93, E. 8.).

C. Wesentliche Prozessstandpunkte

Die Kläger erachten die von der Beklagten geplante Datenübermittlung an das DoJ als unzulässig. Im Wesentlichen bringen sie vor, dass ihre Personendaten nicht an die US-Behörden übermittelt werden dürften, da ihnen resp. ihren Organen und Mitarbeitern ansonsten 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 ihre Persönlichkeit einher. Entsprechend sei bereits aufgrund der Gefahr einer schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung eine Datenbekanntgabe in die USA ausgeschlossen, zumal die USA keinen angemessenen Datenschutz gewährleisten. Ohnehin bestehe kein überwiegendes öffentliches Interesse an der von der Beklagten geplanten Datenübermittlung (act. 1 S. 36 ff. Rz. 161 ff.).

Demgegenüber spricht sich die Beklagte aus mehreren Gründen für eine Datenübermittlung an das DoJ aus. Im Wesentlichen bringt sie vor, dass in casu keine Datenbekanntgabe im Sinne des DSG vorliege, da den US-Behörden die Namen

der Kläger bereits bekannt seien. Doch selbst wenn das DSG Anwendung finden würde, drohte nach Ansicht der Beklagten keine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung der Kläger (insbesondere bezüglich der Kläger 3 und 4 als juristische Personen). Letztendlich sei eine Datenbekanntgabe aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Interesses aber ohnehin gerechtfertigt (act. 22 Rz. 37 ff.; 138 ff.).

Auf diese und weitere Ausführungen der Parteien wird – soweit notwendig – in den nachfolgenden Erwägungen an entsprechender Stelle einzugehen sein.

D. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Kläger als auch die Beklagte offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis. Neben verschiedenen, teilweise zu edierenden Urkunden offerierten die Parteien die Einvernahme verschiedener Zeugen, Parteibefragungen sowie je eine schriftliche Auskunft. Seitens der Beklagten wurde zudem die Einholung eines Gutachtens beantragt (act. 3/1-75; act. 24/1-18; act. 38/19-178; act. 40 und act. 47/1-7).

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). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2A-2D; act. 23A-23B). Auch haben die Parteien die von ihnen jeweils geforderten Vorschüsse und Sicherheiten fristgerecht geleistet (act. 19; act. 29). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

2. Einfache Streitgenossenschaft

Im vorliegenden Verfahren sollen Rechte und Pflichten zwischen den einzelnen Klägern und der Beklagten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen und Rechtsgründen beruhen. Die Kläger bilden hierbei eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZPO.

3. Rechtsschutzinteresse

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

3.2. Gemäss der Beklagten sind die Daten der Kläger den US-Behörden und insbesondere auch dem DoJ bereits bekannt. Deshalb bestehe kein Rechtsschutzinteresse am Verbot der Übermittlung derselben Daten an dieselben Behörden (act. 22 Rz. 143).

3.3. Grundsätzlich führt das Fehlen einer Prozessvoraussetzung zu einem Nichteintretensentscheid (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 236 Abs. 1 ZPO), es sei denn, es handle sich – wie vorliegend – um eine doppelrelevante Tatsache. Denn die drohende Verletzung – d.h. die beabsichtigte Datenlieferung an das DoJ – ist auch für die materiell-rechtliche Beurteilung der vorliegenden Unterlassungsklage von Bedeutung. Die doppelrelevante Tatsache, welche also sowohl für die Zulässigkeit als auch die Begründetheit der Klage bedeutsam ist, wird nur in einem Verfahrensstadium untersucht, nämlich bei der Prüfung der Begründetheit (siehe unten Ziff. II.2.2. ff.). Sollte dann keine unmittelbare Drohung einer künftigen Rechtsverletzung festgestellt werden, ist auf die Klage einzutreten, diese aber als unbegründet abzuweisen (BOPP/BESSENICH in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuen-

berger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 84 N 9).

4. Noveneingaben

4.1. Nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels (oder nach der letzten Instruktionsverhandlung) tritt 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; insbesondere sind sie ohne Verzug vorzubringen. Das Gesetz unterscheidet zwischen echten und unechten Noven. Erstere sind erst nach Aktenschluss entstanden, während Letztere zwar bereits vor Aktenschluss vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten.

4.2. Nachdem die Beklagte ihre Duplik mit Eingabe vom 3. Januar 2017 (act. 37) erstattet hatte, trat der Aktenschluss ein. In dessen Nachgang reichte die Beklagte mit Eingabe vom 18. Januar 2017 die aktuelle Staatenliste des EDÖB (Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter) ein, dergemäss die USA nun als Land mit angemessenem Datenschutz unter bestimmten Voraussetzungen gelten würden (act. 39 u. 40). Mit Blick auf das Datum (nämlich 12. Januar 2017) der neu behaupteten und von den Klägern nicht bestrittenen Tatsache handelt es sich dabei um ein echtes Novum. Da es unverzüglich vorgebracht wurde, ist es zu berücksichtigen.

4.3. Entgegen ihren Ausführungen tragen die Kläger in ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2017 zur Duplik und zur vorgenannten beklaglichen Noveneingabe (act. 46) keine echten Noven vor. Die von den Klägern vorgebrachten neuen Beweismittel (act. 49/1-7) sind offensichtlich vor dem Aktenschluss entstanden, womit es sich um unechte Noven handelt. Mangels Entscheidrelevanz kann es indes unterbleiben, deren Zulässigkeit zu prüfen.

Nicht unter die Regelung gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO fallen demgegenüber Vorbringen, die sachbezogene Präzisierungen eines bereits im früheren Verfahrensstadium vertretenen Standpunkts darstellen; sie gelten nicht als neue Vorbringen (BSK ZPO-WILLISEGGER, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 229 N 16 ff.). Äusserungen der

Kläger in ihrer vorgenannten Stellungnahme (act. 46), insbesondere ein Bestreiten, welche sich auf im Rahmen der Duplik neu vorgetragene Behauptungen oder neu eingereichte Beweismittel beziehen, sind zu hören. Auf diese Vorbringen ist nachfolgend, soweit prozessrelevant, einzugehen.

II. Materielles

1. Anspruchsgrundlagen

Gemäss den Klägern ist die geplante Datenübermittlung der Beklagten unrechtmässig. Namentlich verstosse sie gegen Art. 271 Ziff. 1 StGB, Art. 273 Abs. 2 StGB und Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG. Sodann machen die Kläger verschiedene Verstösse gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen aus.

Auf die klägerischen Ausführungen zu den genannten strafrechtlichen Normen ist nicht weiter einzugehen. Denn abgesehen davon, dass das hiesige Handelsgericht keine Strafverfolgungsbehörde ist, begründen die Straftatbestände Art. 47 BankG, Art. 271 StGB und 273 StGB keinen gesetzlichen Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Verletzung, der in einem Zivilprozess durchgesetzt werden könnte. In der Folge ist somit bloss zu prüfen, inwiefern die geplante Datenübermittlung gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstiesse.

2. Drohende Persönlichkeitsverletzung durch Datenbekanntgabe ins Ausland

2.1. Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes

2.1.1. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Dabei fallen unter den Begriff Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, wobei natürliche oder juristische Personen von der Bearbeitung betroffen sein können (Art. 3 lit. a und b DSG). Unter dem Begriff Bekanntgabe wird gemäss Art. 3 lit. f DSG das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben und Veröffentlichen verstanden. Eine Datenbekanntgabe setzt voraus, dass Personen oder Behörden Zugang zu Informationen erhalten, die ihnen vorgängig

nicht bekannt waren (JÖHRI, in: ROSENTHAL/JÖHRI [HRSG.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008 Art. 3 lit. f N 74 ff.).

2.1.2. Die Beklagte beabsichtigt, einen Auszug aus der Leaver-Liste, welche die Namen und Funktionen der Kläger jeweils neben diversen Kontonummern und den Namen der an den Konten wirtschaftlich Berechtigten aufführt (fortan die "streitgegenständlichen Daten", act. 24/9 bzw. 38/94), an das DoJ zu übermitteln. Insgesamt sind darauf gemäss der Beklagten 47 Konten von US-Kunden der Beklagten vermerkt, zu denen die Kläger eine Verbindung als Zeichnungsberechtigte gehabt haben sollen (fortan die "streitgegenständlichen Kontobeziehungen" oder die "streitgegenständlichen Konten"; act. 22 Rz. 24).

Wie oben erläutert, stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass diese beabsichtigte Datenlieferung keine Datenbekanntgabe im Sinne des Art. 3 lit. f DSGVO darstelle. Denn eine solche setze voraus, dass Personen oder Behörden Zugang zu Informationen erhielten, die ihnen vorgängig nicht bekannt gewesen seien (act. 22 Rz. 115). Dies sei bei der geplanten Datenübermittlung aber nicht der Fall; die streitgegenständlichen Daten seien dem DoJ schon bekannt: Denn im Rahmen des Selbstanzeigeverfahrens "OVDP" (Offshore Voluntary Disclosure Program) seien 27 der gesamthaft 47 streitgegenständlichen Kontobeziehungen durch die Bankkunden der Beklagten selbst beim US-Steueramt (Internal Revenue Service; fortan IRS) offengelegt worden. Dabei seien die Kläger ausdrücklich als Zeichnungsberechtigte hinsichtlich der betreffenden Konten genannt worden (act. 22 Rz. 37 und 116; act. 37 Rz. 32 ff.; act. 38/23-177). Obwohl das OVDP vom IRS durchgeführt werde, sei es "gänzlich weltfremd" anzunehmen, das DoJ habe sich die streitgegenständlichen Daten nicht beschafft. Denn es stehe fest, dass die US-Behörden ihre Steuerdaten austauschen würden (act. 37 Rz. 81).

Die Kläger bestreiten diese Ausführungen; es sei nicht bewiesen, dass ihre Namen oder überhaupt die streitgegenständlichen Kontobeziehungen im Rahmen des OVDP dem IRS offengelegt worden seien. Doch selbst wenn von einer diesbezüglichen Datenlieferung an den IRS ausgegangen würde, fehle der Beweis für die Weiterleitung der Daten an das DoJ (act. 33 Rz. 40 ff.).

2.1.3. Die von der Beklagten geplante Datenlieferung an das DoJ stellt grundsätzlich eine Bekanntgabe gemäss Art. 3 lit. f DSG dar. Indes bleibt der Einwand zu prüfen, wonach es in casu bloss um die Lieferung von bereits zugänglich gemachten Daten gehe, was der Anwendbarkeit des DSG entgegenstehen könnte. Dass die streitgegenständlichen Daten dem DoJ bereits bekannt sein sollen, ist eine von der Beklagten zu beweisende Tatsachenbehauptung. Sie hat indes keine Beweismittel offeriert, die den entsprechenden Nachweis erbringen könnten.

2.1.3.1. Bereits der Nachweis, dass die streitgegenständlichen Daten zumindest teilweise dem IRS offengelegt worden sind, misslingt der Beklagten. Zu diesem Zweck hat sie diverse Urkunden eingereicht, welche den US-Bezug der streitgegenständlichen Konten, deren allfällige Offenlegung im Rahmen des OVDP und die Zeichnungsberechtigung der Kläger belegen sollen (act. 38/23-177).

Darunter sind etwa Unterlagen von Bankkunden der Beklagten, welche ihre Teilnahme am OVDP oder ihre diesbezügliche Bereitschaft bestätigen (bspw. act. 38/34, 51). Zudem liegen Schreiben des IRS betreffend die Berechtigung zur Teilnahme am OVDP im Recht, in welchen Kunden der Beklagten aufgefordert werden, den sog. "Voluntary Disclosure Letter" mit Angaben über nicht deklariertes Auslandvermögen einzureichen (act. 38/60, 167). Doch keines der offerierten Beweismittel zeigt auf, welche konkreten Informationen – insbesondere betreffend die Kläger – dem IRS im Rahmen des OVDP tatsächlich übermittelt worden sind. Es kann daher auch darauf verzichtet werden, die besagten Urkunden (act. 38/23-177) in der offerierten ungeschwärzten Fassung einzuholen (act. 22 Rz. 4).

Im Übrigen erwähnt die Beklagte in diesem Zusammenhang, dass ihr die Unterlagen aus OVDP-Verfahren von ihren Kunden in der Regel nicht vollständig oder gar nicht eingereicht würden. Jedoch wäre es "höchst töricht" von einem Bankkunden, "die Bank vom Bankgeheimnis zu entbinden und dann nicht am OVDP teilzunehmen". Zudem unterliege ein Teilnehmer "umfassender Kooperationspflicht" und der IRS könne "nachfragen", falls etwa Kundenberater nicht offengelegt würden (act. 37 Rz. 79 f.). Mit diesen Formulierungen legt die Beklagte selbst offen, letztlich bloss zu mutmassen und nicht beweisen zu können, ob und in wel-

chem Umfang die streitgegenständlichen Konten und vor allem Namen und Funktionen der Kläger gegenüber dem IRS tatsächlich offengelegt worden sind.

2.1.3.2. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit der beklagischen Behauptung, wonach der IRS seine im OVDP gewonnenen Daten an das DoJ weiterleite. Die Einholung der offerierten schriftlichen Auskunft zu dieser Frage beim DoJ ist somit von vornherein nicht angezeigt (act. 37 Rz. 83). Die Auskunft wäre zudem nur von Interesse, wenn nachgewiesen werden könnte, dass die streitgegenständlichen Daten an das DoJ weitergeleitet worden sind. Ein solches Vorgehen würde aber die ernste Gefahr bergen, dass die Identität der Kläger dem DoJ bekannt würde. Daher stellt die offerierte schriftliche Auskunft ohnehin kein taugliches Beweismittel dar, um – unter Wahrung der klägerischen Identität – die Übermittlung der streitgegenständlichen Daten an das DoJ zu beweisen. Selbst wenn also diese Daten dem IRS übermittelt worden sein sollten, wäre eine Bekanntgabe an das DoJ nicht bewiesen.

2.1.4. Der Beklagten gelingt nach dem Gesagten der Beweis nicht, dass die streitgegenständlichen Daten dem DoJ bereits bekannt sind. Es handelt sich dabei lediglich um eine (vage) Vermutung. Aus klägerischer Sicht droht daher aktuell die Bekanntgabe von Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. f DSGVO an das DoJ, weshalb die Bestimmungen des DSGVO vorliegend anwendbar sind.

2.2. Persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung

Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSGVO). Widerrechtlich im Sinne von Art. 12 Abs. 1 DSGVO ist eine Verletzung durch Datenbearbeitung, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSGVO).

2.3. Unrechtmässige Datenbekanntgabe in die USA

2.3.1. Die Beklagte beabsichtigt die Bekanntgabe von Personendaten der Kläger in die USA. Da somit die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland droht, darf diese nicht nur keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 12 DSGVO

bewirken, sondern muss zusätzlich den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG genügen. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist vorab zu prüfen, da 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: PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR [HRSG.], Datenschutzrecht – Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Rz. 3.127).

2.3.2. 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.], a.a.O., Art. 6 Abs. 1 N. 27).

2.3.3. Die Beklagte führt aus, dass entgegen der klägerischen Ansicht durch die Bekanntgabe der streitgegenständlichen Daten an das DoJ keine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung drohe (act. 22 Rz. 139). Für die Begründung einer solchen genüge es nicht, bloss auf die Staatenliste des EDÖB abzustellen. Vielmehr müsse abgeklärt werden, ob "die Übermittlung der konkret in Frage stehenden Daten an den konkret in Frage stehenden Empfänger im Drittstaat zu einer schwerwiegenden Gefährdung der Persönlichkeit führe". Art. 6 DSG solle vorab die Datenübermittlung zwischen Privaten verhindern, wenn die Daten in einen Staat gelangen, wo sie dem Zugang Dritter offenstehen. Diese Gefahr bestehe vorliegend aber nicht; die Daten würden bloss an die zuständigen Behörden geliefert, wobei Unbefugte keinen Zugriff hätten (act. 37 Rz. 117).

Zudem weist die Beklagte darauf hin, dass in der aktuellen Staatenliste des EDÖB die Vereinigten Staaten von Amerika als Land mit angemessenem Datenschutz unter bestimmten Voraussetzungen verzeichnet seien (act. 39 und 40).

2.3.4. Das hiesige Handelsgericht und anschliessend das Bundesgericht haben bereits (mehrfach) festgehalten, dass die USA nicht über eine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleistet (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1; 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.). Tatsächlich attestiert die aktuelle Länderliste des EDÖB den Vereinigten Staaten von Amerika einen angemessenen Datenschutz unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. act. 40). Konkret garantieren amerikanische Datenbearbeiter einen angemessenen Schutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG, wenn sie für das Swiss-US Privacy Shield zertifiziert sind und den EDÖB demzufolge als Aufsichtsorgan anerkennen. Die seit dem 12. April 2017 bestehende Möglichkeit zur Zertifizierung für das Swiss-US Privacy Shield gilt jedoch nur für die Datenübermittlung an US-Privatunternehmen; Behörden können sich nicht zertifizieren lassen ("Privacy Shield – das Wichtigste in Kürze", abrufbar unter: www.edoeb.admin.ch/daten-schutz). Somit führt eine Bekanntgabe von Personendaten an eine US-Behörde nach wie vor automatisch zu einer schwerwiegenden Persönlichkeitsgefährdung.

Es geht bei Art. 6 DSG – entgegen der Meinung der Beklagten – auch nicht darum, dass gemäss DSG bloss oder insbesondere die Datenübermittlung zwischen Privaten verhindert werden soll. Ebenso wenig ist im konkreten Fall speziell zu überprüfen, ob die Übermittlung der streitgegenständlichen Daten in die USA tatsächlich zu einer schwerwiegenden Gefährdung der klägerischen Persönlichkeitsrechte führen würde. Da vorliegend Daten in ein Land übermittelt werden sollen, das über keine Gesetzgebung zu einem angemessenen Datenschutz verfügt, was wie erwähnt von Gesetzes wegen bereits eine schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit darstellt, braucht auf die beklagtischen Vorbringen hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 6 DSG nicht weiter eingegangen zu werden.

2.3.5. Demnach droht durch die beabsichtigte Datenübermittlung an das DoJ ohne Weiteres eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung der Kläger nach Art. 6 Abs. 1 DSG, welche nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG nicht widerrechtlich wäre.

2.4. Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG

2.4.1. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 2 DSG

Die Kläger halten dafür, dass eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung nach Art. 6 Abs. 1 DSG gar nie gerechtfertigt sein könnte (act. 1 Rz. 165). Das trifft indes nicht zu. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a-g DSG sind bei einer schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung durch eine Datenlieferung ins Ausland ohne genügende Gesetzgebung durchaus Rechtfertigungsmöglichkeiten vorgesehen.

2.4.2. Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG

2.4.2.1. Vorliegend kommt als Rechtfertigungsgrund für die (angestrebte) grenzüberschreitende Datenlieferung einzig die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG in Frage, zumal die Beklagte keinen anderen Rechtfertigungsgrund anruft.

2.4.2.2. 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: BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, 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 (BSK DSG-RAMPINI, a.a.O., Art. 15 N 3).

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. 3.4.3 in fine).

Die Unerlässlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG 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.

2.4.2.3. Nach Auffassung der Beklagten droht eine für sie existenzbedrohende Strafanlage, falls die streitgegenständlichen Daten nicht vollständig an das DoJ übermittelt werden. Sie habe mit dem DoJ ein NPA vereinbart, mit dessen Abschluss eine Datenlieferung gemäss Ziff. II.D.2. des US-Programms fällig werde. Dazu würden auch die Namen der Kläger gehören, welche für die streitgegenständlichen Konten zeichnungsberechtigt gewesen seien. Die Aufrechterhaltung des Schutzes durch das NPA hänge entscheidend davon ab, dass die vom DoJ verlangten Informationen zeitgerecht und vollständig übermittelt würden (act. 22 Rz. 27 ff. und 156 f.). Aufgrund verschiedener Verfahren von der Art des vorliegenden habe die Beklagte die geforderten Daten bisher nicht vollständig liefern können. Das DoJ habe sie daher mit Schreiben vom 21. März 2016 (act. 38/22) unmissverständlich aufgefordert, die noch fehlenden Daten innert 30 Tagen zu liefern. Diese Frist sei jedoch erstreckt worden und die Beklagte befinde sich in Verhandlungen mit dem DoJ betreffend Datennachlieferung. Anlässlich der mit be-

sagtem Schreiben anberaumten Telefonkonferenz vom 29. März 2016 habe das DoJ aber nochmals bekräftigt, auf der Datenlieferung zu bestehen. Mit diesem Vorgehen habe das DoJ die Grundlage für eine allfällige Kündigung des NPA und die nachfolgende Strafverfolgung der Beklagten gelegt. Notwendigkeit und Dringlichkeit der Datenlieferungen seien damit deutlich gemacht (act. 37 Rz. 16 ff., 95).

Die Verhinderung ihres Untergangs, welcher bei einer Strafanlage mit hoher Wahrscheinlichkeit drohe, liegt nach Auffassung der Beklagten im öffentlichen Interesse: Die Beklagte sei nach wie vor von grosser Bedeutung für eine grosse Zahl von Mitarbeitern, Zulieferern und Kunden und ihr Untergang würde mit einem erheblichen Arbeitsplatzverlust einhergehen, den Schweizer Finanzmarkt erschüttern und den Ruf des Bankenplatzes Schweiz nachhaltig und schwer schädigen. Eine Verfolgung durch die US-Behörden würde im Übrigen nicht einfach mit der Liquidation der Beklagten enden. Vielmehr würden die Rechtsnachfolger, die Muttergesellschaft oder die Übernehmer der Kundenbeziehungen in die Pflicht genommen. Das Überleben sowohl der J._____ wie auch der L._____ würden ebenso im öffentlichen Interesse der Schweiz liegen (act. 37 S. 27 ff. Rz. 86 ff.).

Die Kläger bestreiten ein öffentliches Interesse an der geplanten Datenübermittlung, da vom US-Programm weder die Übermittlung der Daten von Organen der Bankkunden noch von den für diese Zeichnungsberechtigten verlangt würden (act. 33 Rz. 62 und 86). Zudem habe die Beklagte ihr operatives Geschäft an die L._____ verkauft, welche sich mehrheitlich in ... [Europäischer Staat] Staatsbesitz befinde, und betreibe selbst gar kein Bankgeschäft mehr. Deshalb bestehe kein öffentliches Interesse an der Erhaltung der Beklagten (act. 33 Rz. 89). Ohnehin drohe der Beklagten gar keine Strafanlage durch das DoJ: Das Bundesgericht habe festgestellt, dass keine Gefahr einer Anklage bestehe, wenn einzelne Daten aufgrund eines gerichtlichen Entscheids nicht geliefert werden könnten (act. 33 Rz. 21). Weiter bestreiten die Kläger, dass das DoJ die Übermittlung der streitgegenständlichen Daten ausdrücklich verlangt habe. Gemäss Schreiben des DoJ vom 21. März 2016 hätten bloss einige der betroffenen Banken nicht alle mit dem Konto verbundenen Personen gemeldet. Ob die Beklagte dazu gehöre, sei nicht erstellt. Zudem wäre die Aufforderung in unzweideutiger Weise erfolgt, hätte das

DoJ von der Beklagten die streitgegenständlichen Daten wie im NPA vorgesehen verlangt (act. 46 Rz. 13 ff.).

2.4.2.4. Es kann der klägerischen Ansicht nicht gefolgt werden, wonach das US-Programm die Übermittlung ihrer Namen und Funktionen nicht verlange, weil die Kläger "bloss" als Zeichnungsberechtigte für Bankkunden der Beklagten in Erscheinung getreten sind. Das US-Programm sieht vor, dass die teilnehmende Bank betreffend Konten mit US-Bezug, welche während einer bestimmten Periode geschlossen wurden, unter anderem "*the name and function of any relationship manager, (...), or other individual or entity functioning in a similar capacity known by the Bank to be affiliated with said account (...)*" zu übermitteln hat (act. 3/13, S. 4, Ziff. II.D.2.b.v). Unter diese weit gefasste Beschreibung dürften ohne Weiteres auch Zeichnungsberechtigte für Konten mit US-Bezug fallen. Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen ist die endgültige Beantwortung dieser Frage vorliegend jedoch nicht von Relevanz.

Die Beklagte sieht eine drohende Anklageerhebung durch das DoJ gegenwärtig. Diese pauschale Betrachtungsweise vernachlässigt allerdings das – auf den Einzelfall bezogene – Erfordernis der Unerlässlichkeit von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO. 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. Wie nachfolgend darzustellen ist, zeigt die Beklagte allerdings nicht auf, dass das DoJ ihr konkret – d.h. gerade bezüglich der Nichtlieferung der in Frage stehenden Daten – angedroht hätte, das NPA zu widerrufen und Anklage zu erheben.

Das zentrale Beweismittel der Beklagten, wonach das DoJ sie unmissverständlich (unter Androhung einer allfälligen Strafanklage) aufgefordert habe, die fehlenden Daten der Leaver-Liste innert 30 Tagen zu liefern, ist das bereits erwähnte Schreiben vom 21. März 2016, welches sich neben der Beklagten an sieben weitere Banken richtet. Darin bringt das DoJ Folgendes vor (act. 38/22):

" [...] None of the banks referenced above have provided complete II.D.2 information as required by the terms of the non-prosecution agreement, and each must remediate this deficiency within 30 days of the electronic receipt of this letter.

For example, the following deficiencies are apparent at this time: First, [...]. It appears that all of these banks cut off their lists at earlier dates and failed to include all of the required U.S. Related Accounts. Second, all of these banks have redacted the identity of some U.S. financial institutions that transferred funds into the account, [...]. Third, some of the banks have failed to identify all individuals affiliated with the account.

[...] and I would like to schedule a call with you within seven days to discuss this matter."

Wie die Kläger zu Recht anmerken, wird aus diesem Schreiben nicht klar, ob die Beklagte zu den Banken gehört, die nicht alle mit den offenzulegenden Konten in Verbindung stehenden Personen genannt haben ("some of the banks have failed to identify all individuals affiliated with the account") oder ob das DoJ von der Beklagten bloss die Behebung der anderen erwähnten Mängel verlangt. Zum einen ergibt sich aus diesem Schreiben also nicht, dass das DoJ von der Beklagten die Nennung der Namen und Funktionen der Kläger verlangt hat. Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, dass das DoJ der Beklagten direkt oder indirekt mit einer Anklage gedroht hätte. Die Beklagte hingegen sieht in der Fristansetzung zur Mängelbehebung die Einleitung des Verfahrens betreffend Kündigung des NPA und Erhebung einer Strafanklage. Konkret heisst es im NPA dazu (act. 24/10, S. 6):

" In the event that the Tax Division determines that E._____ has breached this Agreement, the Tax Division agrees to provide E._____ with written notice of such breach prior to instituting any prosecution resulting from such breach. Within thirty (30) days of receipt of such notice, E._____ may respond to the Tax Division in writing to explain the nature and circumstances of such breach, as well as the actions E._____ has taken to address and remediate the situation, which explanation the Tax Division shall consider in determining whether to pursue prosecution of E._____."

Demgemäss würde die Beklagte auf einen Vertragsbruch schriftlich hingewiesen und hätte dreissig Tage Zeit, schriftlich die Umstände des Vertragsbruchs zu erklären und die zur Bereinigung eingeleiteten Massnahmen aufzuzeigen. Angesichts dieser Erklärung würde die Tax Division des DoJ dann über die Einleitung einer Strafverfolgung entscheiden. Die Behauptung der Beklagten, das DoJ habe mit

seinem Schreiben die Grundlage für das eben genannte Prozedere gelegt, verfährt nicht. Die Beklagte weist nicht nach und behauptet noch nicht einmal, dass sie aufgefordert worden wäre, innert dreissig Tagen *schriftlich* zu einem Vertragsbruch Stellung zu nehmen. Insbesondere im Schreiben vom 21. März 2016 ist davon keine Rede. Auch fehlt ein Nachweis, wonach die Tax Division des DoJ aufgrund oder zumindest für den Fall einer ausbleibenden oder nicht zufriedenstellenden Stellungnahme eine Strafanklage in Aussicht gestellt hat. Es ist somit nicht belegt, dass das DoJ ein Verfahren eingeleitet hat, welches androhungsgemäss in der Kündigung des NPA und einer Strafanklage enden könnte. Dass das DoJ seine Aufforderung nach vollständiger Datenübermittlung telefonisch wiederholt haben und sich zurzeit mit der Beklagten in einer nicht näher beschriebenen Verhandlung betreffend die Datenlieferung befinden soll, vermag an der fehlenden konkreten Drohung einer Anklageerhebung nichts zu ändern.

Die Unerlässlichkeit der Datenlieferung wurde nach dem Erwogenen somit nicht hinreichend dargetan.

2.4.2.5. Im Weiteren ist 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. Auch bringt die Beklagte sonst nichts vor, was generell auf eine mittlerweile angespanntere Situation hindeuten würde. Es ist zurzeit nicht ersichtlich, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA im Falle eines gerichtlichen Verbots zur Herausgabe der in Frage stehenden Daten erneut entfacht würde. Ohnehin kann die in Frage stehende Datenherausgabe zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (bzw. zur Ausübung/Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht) heute auch deshalb nicht (mehr) allgemein als unerlässlich bezeichnet werden, weil die US-Behörden die mittlerweile von diversen schweizerischen Gerichten angeordneten Verbote zur Datenherausgabe zu respektieren scheinen. Nicht zuletzt deshalb hiess denn auch das Handelsgericht des Kantons Zürich in mehreren gleichgelagerten Fällen die entsprechenden Unterlassungsklagen gut (vgl. die [rechts-

kräftigen] Urteile HG150018-O vom 1. September 2017, HG150080-O vom 6. Juli 2017, HG150100-O vom 6. Juli 2017, HG150254-O vom 21. Juni 2017).

2.4.2.6. Eine konkrete Bedrohungssituation für die Beklagte liegt im heutigen Zeitpunkt nicht vor. Die beabsichtigte Datenbekanntgabe kann demnach – für die Wahrung der von der Beklagten geltend gemachten öffentlichen Interessen (bzw. für die Ausübung/Durchsetzung der behaupteten Rechtsansprüche vor Gericht) – nicht als unerlässlich bezeichnet werden, womit kein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO vorliegt und die drohende schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung bestehen bleibt. Damit erübrigt es sich, eine Abwägung der geltend gemachten öffentlichen Interessen und der diesen entgegenstehenden Interessen der betroffenen Kläger vorzunehmen.

2.5. Fazit

Durch die geplante Datenübermittlung droht den Klägern nach dem Erwogenen eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Folglich ist der beklagte Einwand des fehlenden Rechtsschutzinteresses der Kläger obsolet geworden und das angebehrte Unterlassungsbegehren ist grundsätzlich gutzuheissen.

2.6. Eventualbegehren / Umfang des Verbots

2.6.1. Die Beklagte ist der Auffassung, das klägerische Rechtsbegehren sei zu weit gefasst und daher eventualiter zumindest insoweit abzuweisen, als das beantragte Verbot nicht Personendaten betreffe und die Datenübermittlung unabhängig vom US-Programm an alle US-Behörden verbieten wolle.

Das DSGVO biete keine Grundlage für ein Verbot, das nicht Personendaten betreffen würde. Andere Angaben als Personendaten, etwa Art und Umfang der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien, seien vom Datenschutz nicht erfasst und dürften ausländischen Behörden übermittelt werden. Weiter gehe es vorliegend alleine um die Übermittlung von Daten an das DoJ im Rahmen des US-Programms. Eine Datenlieferung an eine andere US-Behörde ausserhalb des US-Programms sei nie zur Diskussion gestanden. Das von den Klägern verlangte

Verbot gehe daher über das hinaus, was notwendig sei, um die tatsächlich drohende Übermittlung zu verhindern (act. 22 Rz. 196 ff.; act. 37 Rz. 140 ff.).

Sodann seien im klägerischen Rechtsbegehren die Adressaten der Strafandrohung gem. Art. 292 StGB nicht unzweifelhaft bestimmbar. Namentlich sei nicht klar, wer "Geschäftsleiter" der Beklagten sein sollen (act. 37 Rz. 140 ff.).

2.6.2. Die Kläger erwidern, das Verbot sei nicht auf das DoJ zu beschränken, da es für die Beklagte ansonsten ein Einfaches sei, die Anordnung durch eine Datenlieferung an eine andere US-Behörde zu umgehen (act. 33 Rz. 164). Auch sei der Begriff "Geschäftsleiter" im klägerischen Begehren genügend bestimmt. Es handle sich dabei um Personen, welche ohne eine (formelle) Organstellung innezuhaben, die Geschäfte der Beklagten oder Teile davon leiteten (act. 46 Rz. 56).

2.6.3. Es ist der Beklagten zuzustimmen, dass sich Unterlassungsklagen auf das Verbot eines tatsächlich drohenden und genau umschriebenen bzw. genügend bestimmten Verhaltens richten müssen. Denn andernfalls wäre kein Unterlassungsanspruch gegeben und/oder die Vollstreckbarkeit wäre erschwert bzw. nicht gegeben. Grundsätzlich ist die drohende Verletzung Massstab für die Formulierung des Rechtsbegehrens, wobei zur Verhinderung im Ergebnis entsprechender Verletzungshandlungen eine etwas weitere, jedoch nicht allzu weite Formulierung zu wählen ist. 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. In der Praxis empfiehlt sich daher regelmässig eine enumerative Aufzählung verschiedener Handlungen, mit denen die Rechtsverletzung begangen werden könnte (BOPP/BESSENICH in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 84 N 10; BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 84 N 20 f., m.w.H.; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 84 N 4 f., m.w.H.; DIKE Komm ZPO-FÜLLEMANN, Band I, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 84 N 5, m.w.H.; HGer ZH HG110005-O vom 12. Juli 2012, E. 3.3; BGE 131 III 70, E. 3.3; BGE 107 II 82, E. 2.b; BGE 97 II 92).

2.6.4. Die Kläger wollen letztlich eine Übermittlung ihrer Personendaten an das DoJ im Rahmen des US-Programms verhindern. Dennoch ist ihr Begehren, die Übermittlung an alle US-Behörden zu verbieten, nicht zu weit formuliert. Denn damit werden Umgehungstatbestände erfasst, wodurch der Schutz der Kläger erst umfassend gewährleistet wird. Das von den Klägern angebehrte Verbot liefe faktisch ins Leere, wenn davon lediglich die Datenlieferung an das DoJ erfasst würde. Der Beklagten wäre es ohne Weiteres möglich, die Daten auf dem Umweg über eine andere Behörde an das DoJ gelangen zu lassen. Zumal die Beklagte selbst behauptet, die US-Behörden würden ihre Steuerdaten austauschen.

2.6.5. Die weiteren Einwände der Beklagten, wonach das Rechtsbegehren der Kläger zu weit gefasst bzw. nicht genügend bestimmt sei, sind nicht zu hören. So geht aus dem Begehren ganz klar hervor, dass bloss die Übermittlung von "in irgendeiner Weise direkt oder indirekt die Kläger identifizierende, bezeichnende oder betreffende Dokumente oder Informationen" verboten werden sollen; andere Angaben als Personendaten gemäss Art. 3 lit. a DSG sind davon nicht erfasst. Auch ist die Formulierung "Organe und Geschäftsleiter" bestimmt genug: Unter dem Begriff "Geschäftsleiter" sind ohne Weiteres alle Personen zu verstehen, welche ohne (formelle) Organstellung ein Unternehmen/Geschäft oder Teile davon verantwortlich leiten. Für den Vollstreckungsrichter stellen sich unter diesem Aspekt keine Probleme.

2.6.6. Das klägerische Rechtsbegehren ist demnach nicht zu weit formuliert und es ist genügend bestimmt. Daher ist das beantragte Verbot im Umfang des klägerischen Rechtsbegehrens auszusprechen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Vermögensrechtliche Streitigkeit sowie Streitwert

3.1.1. Beide Parteien gehen davon aus, dass die vorliegende Streitigkeit nicht vermögensrechtlich ist (act. 1 Rz. 7 ff.; act. 37 Rz. 147 ff.).

3.1.2. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor, wenn mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird BGE 139 II 404, E. 12.1; BGE 135 III 578, E. 6.3; BGE 118 II

528, E. 2c; BGE 108 II 77, E. 1a, je mit Hinweisen). Wie bereits ausführlich im Beschluss vom 24. November 2015 (act. 15) dargelegt, stehen vorliegend wirtschaftliche Interessen im Vordergrund. Die Kläger gründeten und betreuten im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit Gesellschaften und Stiftungen für Kunden, die Bankkonten bei der Beklagten hatten. Der von den Klägern begehrte Datenschutz wirkt sich primär auf ihre berufliche Tätigkeit aus. Den Klägern geht es letztlich darum, nicht in Verfahren von US-Behörden einbezogen zu werden und dadurch geschäftlichen Schaden zu erleiden. Daran ändert vorliegend auch nichts, dass die Kläger 1 und 2 natürliche Personen sind. Auch bei ihnen stehen wirtschaftliche Interessen im Vordergrund. Entsprechend handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (vgl. Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 4.3; Urteil 4A_239/2014 vom 2. Juli 2014, E. 2.1 ff.).

3.1.3. In ihrer Eventualbegründung geht die Beklagte von einem Streitwert von CHF 500'000.– für sämtliche Kläger aus (act. 37 Rz. 152). Dadurch wird allerdings den wirtschaftlichen Interessen der einzelnen Kläger nicht Rechnung getragen. Massgebend ist das wirtschaftliche Interesse jedes einzelnen Klägers an der Erhaltung und Ausübung seiner jeweiligen wirtschaftlichen Tätigkeit im entsprechenden Treuhand- und Vermögensverwaltungsdienstleistungssektor. Angesichts der möglichen existentiellen Einschränkung in der Ausübung einer derartigen Funktion ist ein Streitwert in der Höhe von CHF 500'000.– je Kläger angemessen.

3.1.4. Die Kläger bilden eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZPO. Gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO werden bei einfacher Streitgenossenschaft die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Der Streitwert beläuft sich daher insgesamt auf CHF 2'000'000.–.

3.2. Gerichtskosten

Die Gerichtsgebühr ist bei einem Streitwert von CHF 2'000'000.– unter Berücksichtigung der prozessualen Anträge der Parteien und der Komplexität des Falles in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG auf CHF 49'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und soweit möglich aus dem von den Klägern geleisteten

Kostenvorschuss zu decken. Den Klägern ist in diesem Umfang (CHF 40'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

3.3. Parteientschädigungen

3.3.1. Antragsgemäss ist den Klägern eine Parteientschädigung zuzusprechen. Mangels Mehraufwands für die Vertretung der vier Kläger ist diese Parteientschädigung nicht nach § 8 AnwGebV zu erhöhen. Die Grundgebühr, auf die der Anspruch mit der Erarbeitung oder Beantwortung der Klage entsteht, deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und weiteren notwendigen Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von jeweils höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet; diese darf insgesamt jedoch nicht überschritten werden (§ 11 Abs. 1-3 AnwGebV). Vorliegend haben die Parteien nach dem ersten Schriftenwechsel weitere Rechtsschriften eingereicht (act. 33, 37, 39, 46 und 48), weshalb die Grundgebühr zu erhöhen ist. Unter weiterer Berücksichtigung der prozessualen Anträge der Parteien und der Komplexität des Falles ist die von der Beklagten zu bezahlende Parteientschädigung, mithin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV, auf gesamthaft CHF 50'000.– festzusetzen. Gestützt auf Art. 106 Abs. 3 ZPO ist die Parteientschädigung den Klägern je zu einem Viertel zuzusprechen, da sie durch denselben Rechtsvertreter vertreten werden, keine anderen Gründe für eine anderes Verteilverhältnis sprechen und auch die Kläger zum Verteilverhältnis nichts ausführen.

3.3.2. Die Kläger verlangen die Zusprechung der Parteientschädigungen zuzüglich Mehrwertsteuer. Jedoch behaupten sie keine dafür erforderlichen, aussergewöhnlichen Umstände (vgl. ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.; Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Daher ist ihnen die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

3.3.3. Bei diesem Verfahrensausgang ist den Klägern 1, 3 und 4 die Sicherheit für die Parteientschädigung (je CHF 15'525.–) zurückzuerstatten.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe und Geschäftsleiter 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 Kläger 1-4 identifizierende, bezeichnende oder betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten oder der betreuten Kundenbeziehungen, zu übermitteln, herauszugeben oder sonstwie direkt oder indirekt zugänglich zu machen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 49'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und – soweit möglich – aus dem von den Klägern 1-4 geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Den Klägern 1-4 wird in diesem Umfang (CHF 40'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Im Mehrbetrag wird die Gerichtsgebühr von der Beklagten eingefordert.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern 1-4 je eine Parteientschädigung von CHF 12'500.– zu bezahlen.
5. Den Klägern 1, 3 und 4 wird die von ihnen geleistete Sicherheit für die Parteientschädigung (je CHF 15'525.–) zurückerstattet.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 2'000'000.–.

Zürich, 8. Januar 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Leonard Suter