



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichter Andreas Flury, die Handelsrichter Dr. Felix Graber, Thomas Klein und Martin Fischer sowie Gerichtsschreiber Silvan Sdzuy

Urteil vom 21. März 2018

in Sachen

1. **A.**_____, Dr. iur.,
 2. **B.**_____,
- Kläger

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

gegen

C._____ SA,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **Datenschutz**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Beklagten sei zu verbieten, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Kläger herauszugeben, unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren:

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Kläger sind zwei in Zürich praktizierende und im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragene Rechtsanwälte (act. 3/1).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ..., die gemäss Handelsregisterauszug den Betrieb einer Bank bezweckt (act. 3/2). Die Beklagte betreibt eine Zweigniederlassung in Zürich (act. 3/2).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte mit rund 1'600 Mitarbeitenden nimmt am *Program for Non-Prosecution Agreements or 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) teil. Das US-Programm ermöglicht es Schweizer Banken, zur direkten Regelung ihrer Situation mit den US-amerikanischen Behörden in einer von vier Kategorien teilzunehmen. Die Beklagte nimmt am US-Programm als "Kategorie 2-Bank" teil. Das sind Banken, gegen welche die US-Behörden keine Strafuntersuchung führen, die aber Grund zur Annahme haben, gegen die US-Gesetzgebung verstossen zu haben und ein sog.

Non-Prosecution-Agreement (fortan NPA) anstreben (act. 1 S. 6 ff. Rz. 14-22; act. 11 S. 8 Rz. 24-26 und S. 21 f. Rz. 65-71, act. 19 S. 8 Rz. 26). Mit Datum vom tt.mm.2016 schloss die Beklagte mit dem DoJ ein NPA ab (act. 1 S. 11 Rz. 35 f., act. 11 S. 22 Rz. 71; act. 3/15 und act. 12/35). Sie möchte nun, um ihren Verpflichtungen aus dem NPA nachzukommen, Informationen betreffend die Kläger an US-amerikanische Behörden (konkret: DoJ) übermitteln, so insbesondere die namentliche Nennung der Kläger im Zusammenhang mit einer von der Beklagten geführten Bankverbindung mit einem (von der Beklagten behaupteten) Bezug zur USA (vgl. act. 1 S. 9 f. Rz. 26-32, act. 11 S. 26 f. Rz. 85-89; vgl. auch act. 3/4, act. 3/5 und act. 3/11). Dem widersetzen sich die Kläger (vgl. act. 3/13).

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 13. November 2015 (Datum Poststempel) reichten die Kläger hierorts ein Gesuch um Anordnung superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen ein. Dem Dringlichkeitsgesuch wurde in der Folge entsprochen und der Beklagten unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB untersagt, die angekündigte (Daten-)Lieferung von Daten der Kläger an das DoJ oder andere US-Behörden wie IRS vorzunehmen (act. 4/4; Massnahmeverfahren HE150500-O). Nach fristgerechter Leistung eines Gerichtskostenvorschusses (vgl. act. 4/7) und nach Erstattung diverser Stellungnahmen durch die Parteien wurde der Beklagten mit Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts vom 7. April 2016 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB untersagt, wie angekündigt Personendaten der Kläger der IRS oder dem DoJ herauszugeben. Gleichzeitig wurde den Klägern Frist bis zum 14. Juni 2016 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen (act. 3/3 [= act. 4/29]).

Am 14. Juni 2016 (Datum Poststempel) reichten die Kläger ihre Klageschrift samt Beilagen beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1, act. 3/1-21). Der von den Klägern verlangte Gerichtskostenvorschuss wurde in der Folge rechtzeitig geleistet (act. 5, act. 7). Mit Verfügung vom 18. August 2016 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8). Mit Eingabe vom 19. Oktober 2016 (Datum Poststempel) erstattete die Beklagte rechtzeitig die Kla-

geantwortet (act. 11). Mit Verfügung vom 24. Oktober 2016 wurde der zweite Schriftenwechsel angeordnet (act. 13). Sowohl die Replik vom 12. Januar 2017 (Datum Poststempel) samt Beilage als auch die Duplik vom 20. März 2017 (Datum Poststempel) samt Beilagen wurden in der Folge fristgerecht erstattet (act. 15, act. 16/1; act. 19, act. 21/38-41). Mit Verfügung vom 21. März 2017 wurde das Doppel der Duplik samt Beilagen den Klägern zugestellt (act. 22). Mit Eingabe vom 6. April 2017 (Datum Poststempel) erstatteten die Kläger unaufgefordert eine Stellungnahme zu behaupteten Dupliknoven (act. 24). Mit Verfügung vom 7. April 2017 wurde die klägerische Eingabe vom 6. April 2017 der Beklagten zugestellt (act. 25). Es erfolgten keine weiteren Eingaben der Parteien. Mit Verfügung vom 23. Januar 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 28). Auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung hat die Beklagte verzichtet (act. 30); die Kläger haben sich innert Frist nicht geäußert, weshalb androhungsgemäss Verzicht auf (mündliche) Hauptverhandlung anzunehmen ist. Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

C. Wesentliche Prozessstandpunkte

Die Kläger erachten eine Datenübermittlung an die US-Behörden aus mehreren Gründen als unzulässig. Im Wesentlichen bringen sie vor, die Beklagte habe im mm.2016 mit dem DoJ ein NPA abgeschlossen. Im NPA habe sich das DoJ verpflichtet, kein Strafverfahren gegen die Beklagte durchzuführen. Die Beklagte ihrerseits habe das im NPA geschilderte Verhalten anerkannt und sich zu einer Strafzahlung von USD 187'767'000 verpflichtet. Mit erfolgtem Abschluss des NPA und der Bezahlung der Strafzahlung habe die Beklagte sämtliche Pflichten unter dem US-Programm erfüllt. Zudem habe die Beklagte gemäss ins Recht gelegter Leaver-Liste die II.D.2-Daten in anonymisierter Form bereits dem DoJ übermittelt. Eine Pflicht der Beklagten zur aktiven Nachlieferung bereits in anonymisierter Form gelieferter II.D.2-Daten bestehe nicht (act. 1 S. 11 ff. Rz. 35 ff.). Die Beklagte habe sich zur Bezahlung der zweithöchsten Busse aller Banken in der Höhe von USD 187'767'000 verpflichtet. Entsprechend werde in der Pressemitteilung

des DoJ zum Abschluss des NPA die grosse Bedeutung dieses Vertragsabschlusses für das DoJ hervorgehoben. Es sei ausgeschlossen, dass das DoJ einzig aufgrund des vorliegenden Falles das NPA widerrufen und Anklage erheben werde (act. 1 S. 17 f. Rz. 61 ff.). Eine grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten der Kläger sei nicht zulässig, da die USA gemäss der Staatenliste des Eidgenössischen Datenbeauftragten als Land ohne angemessenen Schutz gälten und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenbekanntgabe bestehe und die Beklagte sich auch nicht in einem gerichtlichen Verfahren befinde (act. 1 S. 25 ff. Rz. 103 ff.). Im Falle einer Datenlieferung an die US-Behörden riskierten Mitglieder einer Anwaltskanzlei, welche als konspirativ zu den Handlungen der Bankkunden im Sinne des US-Rechts beurteilt würden, als potenzielle Mitverschwörer beim Verlassen des schweizerischen Staatsgebiets verhaftet und an die USA ausgeliefert zu werden, wo ihnen – neben der widerrechtlichen Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte – strafrechtliche Verfahren drohten (act. 1 S. 38 Rz. 160, S. 40 Rz. 166). Bestritten werde der behauptete US-Bezug zum fraglichen Konto bzw. dass es sich bei der wirtschaftlich berechtigten Person um eine US-Person gehandelt haben soll (act. 15 S. 12 Rz. 56, S. 14 ff. Rz. 69, Rz. 79, Rz. 82 und Rz. 88).

Demgegenüber spricht sich die Beklagte aus mehreren Gründen für eine Datenübermittlung an die US-Behörden aus. Im Wesentlichen bringt sie vor, die Kläger würden in ihrer Funktion als Zeichnungsberechtigte für die Kontoinhaberin mit einem "US Related Account" mit der Schlüsselnummer C'._____-1 in Verbindung stehen. Das Konto C'._____-1 habe als US-Indiz die US-Staatsbürgerschaft der am Konto wirtschaftlich berechtigten Person (act. 11 S. 5 Rz. 13, S. 26 Rz. 85 ff.; act. 19 S. 2 ff. Rz. 4 ff.). Soweit die Kläger indes beantragten, es sei der Beklagten zu verbieten, der US Steuerbehörde (IRS) Daten herauszugeben, sei auf die Klage nicht einzutreten, da es den Klägern diesbezüglich an einem Rechtsschutzinteresse fehle, weil eine Datenlieferung an die US Steuerbehörde (IRS) weder angekündigt noch beabsichtigt sei (act. 11 S. 5 Rz. 14). Gestützt auf die Teilnahme am US-Programm und das NPA sei die Beklagte nach wie vor verpflichtet, Name und Funktion jeder Person, welche mit einem US Related Account in Verbindung gestanden sei – mithin auch die Namen der Kläger –, an das US DoJ zu

übermitteln (act. 11 S. 16 Rz. 50 f., S. 24 Rz. 81 f., S. 27 Rz. 89). Die Datenlieferung führe nicht zu einer schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzung der Kläger, zumal die von ihnen angerufene Staatenliste unverbindlich sei und vorliegend die Daten im Rahmen eines von der Schweiz unterzeichneten Abkommens mit den USA (Joint Statement) an eine staatliche US-Behörde geliefert würden (act. 11 S. 38 f. Rz. 134 ff.). Selbst wenn eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung zu bejahen wäre, lägen mehrere Rechtfertigungsgründe für die Datenlieferung vor. Zunächst sei ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenlieferung gegeben; dieses sei vom Bundesgericht, vom Bundesrat, der FINMA, verschiedenen Vereinigungen (Arbeitgeberverband der Banken in der Schweiz, Schweizerische Bankiervereinigung, Schweizerischer Bankpersonalverband) und dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten anerkannt worden. Das öffentliche Interesse bestehe darin, Anklagen in den USA gegen schweizerische Banken zu vermeiden, welche gravierende Auswirkungen auf die Beklagte (Existenzgefährdung; verwaltete Vermögen in Höhe von rund CHF 118 Mia.), ihre Mitarbeiter, die Bankkunden, die übrigen Gläubiger der Beklagten, die anderen Bankinstitute sowie den gesamten Finanzplatz Schweiz hätten. Ohne die Datenlieferung sei davon auszugehen, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren und damit der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt würde (act. 11 S. 31 ff. Rz. 108 ff., S. 39 ff. Rz. 140 ff.; act. 19 S. 8 Rz. 26). Letztlich sei die Datenübermittlung unter dem Aspekt von Art. 6 Abs. 2 lit. d Teilsatz 2 DSG zulässig, zumal das einzige Mittel der Beklagten, die Gefahr einer Eröffnung einer Strafuntersuchung oder einer allfälligen Verurteilung zu verhindern, die Teilnahme am US-Programm bzw. die Erfüllung der Verpflichtungen gemäss NPA bzw. US-Programm darstelle (act. 11 S. 41 f. Rz. 149 ff.).

D. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Kläger als auch die Beklagte offerieren ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/1-21; act. 12/2-37; act. 16/1; act. 21/38-41).

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 ZGB 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. 42 Rz. 157). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2/A, act. 2/B; act. 10). Auch haben die Kläger den von ihnen geforderten Gerichtskostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 5; act. 7). Auf die Klage ist daher (grundsätzlich) einzutreten (vgl. Ziff. 2 nachstehend).

2. Inbesondere das Rechtsschutzinteresse

2.1. Die Beklagte macht geltend, den Klägern fehle es insofern am Rechtsschutzinteresse, als beantragt werde, es sei der Beklagten zu verbieten, unter anderem der US Steuerbehörde (IRS) Daten betreffend die Kläger herauszugeben. Eine Lieferung von Daten betreffend die Kläger an die US Steuerbehörde (IRS) habe die Beklagte den Klägern weder angekündigt noch sei eine solche beabsichtigt. Entsprechend sei bezüglich des beantragten Verbots einer Datenlieferung an die US Steuerbehörde (IRS) auf die Klage nicht einzutreten (act. 11 S. 5 Rz. 14).

2.2. Die Kläger wenden ein, die vom DoJ gesammelten Informationen sollen gemäss der mittels Pressemitteilung vom tt.mm.2016 publizierten Aussage der verantwortlichen Staatsanwältin D._____ ausdrücklich dem IRS zur Verfügung gestellt werden, um gegen die fraglichen Personen im Rahmen von civil actions vorzugehen. Ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse sei gegeben (act. 15 S. 13 Rz. 57).

2.3. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere: Die klagende Partei hat ein schutzwürdiges Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das schutzwürdige Interesse ist gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung dem Privatrecht zuzuordnen. Es ist vorhanden, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz nötig macht. Um den Bestand des schutzwürdigen Interesses zu beurteilen, muss das Gericht die dem Prozess zugrunde liegenden materiellen Verhältnisse einer summarischen Prüfung unterziehen. Ob eine Partei am geltend gemachten materiellen Rechtsverhältnis tatsächlich berechtigt ist, muss im Rahmen der Urteilsfindung entschieden werden (GEHRI, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 59 N 5 und N 7).

2.4. Es ist unbestritten, dass die Beklagte Daten, die grundsätzlich vom Datenschutzgesetz umfasst bzw. geschützt sind (vgl. unten Erw. II/1.2.1), dem US-amerikanischen DoJ bekannt geben möchte, während sich die Kläger gerichtlich dagegen sträuben. Auch eine Datenbekanntgabe an die US Steuerbehörde (IRS) wäre bzw. ist anhand des Datenschutzgesetzes zu beurteilen. Damit ist das Rechtsschutzinteresse der Kläger mit Bezug auf ihr Rechtsbegehren, der Beklagten eine Datenweitergabe an die US Steuerbehörde (IRS) zu verbieten, grundsätzlich gegeben. Es ist daher auch diesbezüglich auf die Klage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

3. Prosequierungsfrist

Mit Einreichung der vorliegenden Klage am 14. Juni 2016 (Datum Poststempel, act. 1) haben die Kläger die ihnen angesetzte Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache eingehalten (act. 3/3 [= act. 4/29]). Damit wurde das vorprozessual vorsorglich angeordnete Verbot aufrechterhalten (Art. 263 ZPO).

II.

Materielles

1. Persönlichkeitsverletzende Datenbekanntgabe ins Ausland

Die Beklagte beabsichtigt, dem DoJ u.a. den Namen der Kläger und deren Funktionen bezüglich eines bei der Beklagten geführten Kontos mit (von der Beklagten behauptetem) US-Bezug bekanntzugeben (act. 1 S. 9 Rz. 26 ff.; act. 11 S. 26 Rz. 86 ff., S. 43 Rz. 161 und Rz. 163; vgl. auch act. 3/4, act. 3/5, act. 3/11, act. 3/12 und act. 12/4). Offengelegt würde dabei der Name der Kläger, nicht hingegen derjenige des Bankkunden selbst (act. 11 S. 16 Rz. 51).

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). Wider-

rechtlich 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, elektronisch abrufbar unter: www.edoeb.admin.ch/datenschutz; MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N 18).

1.1.3.2. 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.], 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 BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, Erw. 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 DSGVO in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 ZGB) und beantragen, die drohende Verletzung zu verbieten (Art. 15 Abs. 1 DSGVO in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

1.2. Würdigung

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

Wie auch die Parteien zutreffend und übereinstimmend ausführen (act. 1 S. 21 Rz. 79, S. 25 ff. Rz. 102 ff.; act. 11 S. 38 ff. Rz. 133 ff.), ist Art. 6 DSGVO auf die vorliegende Datenbekanntgabe an die US-Behörden anwendbar.

1.2.2. US Related Account C'. _____-1 und der Bezug der Kläger zu diesem Konto

1.2.2.1. Gemäss dem US-Programm sind Informationen betreffend Konten mit einem relevanten US-Bezug ("US Related account[s]"), welche vor dem 1. August 2008 eröffnet und zu einem späteren Zeitpunkt wieder geschlossen wurden, durch das betreffende Bankinstitut den amerikanischen Behörden (DoJ) zu übermitteln. Dabei hat gemäss den Bestimmungen des US-Programms ein Konto einen relevanten US-Bezug und gilt damit als US Related Account, u.a. wenn es einen Hinweis (sog. "US-Indiz") darauf gibt, dass eine "US-Person", d.h. "eine natürliche Person, die Staatsbürger oder Staatsbürgerin der Vereinigten Staaten oder dort ansässig ist, eine in den Vereinigten Staaten oder nach dem Recht der Vereinigten Staaten oder eines ihrer Bundesstaaten errichtete Personengesellschaft oder Gesellschaft, ein[en] Trust [...] oder ein[en] Nachlass eines Erblassers, der US-Staatsbürger oder in den Vereinigten Staaten ansässig war" (vgl. act. 12/7 [FATCA-Abkommen], Art. 2 (26)), Inhaber oder Begünstigter des Kontos war, zur Unterschrift berechtigt war oder eine andere Vollmacht bzw. Verfügungsmacht über das Konto besass (vgl. act. 12/12, Abschnitt I.B.9.). Gemäss Abschnitt II.D.2 des US-Programms (act. 12/12 S. 4) hat das jeweilige Bankinstitut auch den Namen und die Funktion jeder Person, einschliesslich von gegenwärtigen und

ehemaligen Mitarbeitenden und Dritten, welche mit einem US Related Account in Verbindung standen, an das DoJ zu übermitteln ("name and function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, trustee, fiduciary, nominee, attorney, accountant, or other individual or entity functioning in a similar capacity known by the Bank to be affiliated with said account [...]"; vgl. auch act. 12/29 S. 2).

1.2.2.2. Die Beklagte unterhielt in den Jahren 2002 bis 2012 unter der Kontonummer 2 eine Kontobeziehung mit einer E._____ Corporation [mit der internen Identifikationsnummer C'._____-1 gemäss Leaver-Liste]. Die Kläger verfügten für die genannte Kontobeziehung über eine Bankvollmacht und werden in der Leaver-Liste als Bevollmächtigte aufgeführt (act. 1 S. 9 Rz. 26 f.; act. 11 S. 26 Rz. 86 und Rz. 88, S. 43 Rz. 161; act. 12/4). Die Beklagte behauptet, das Konto C'._____-1 habe als US-Indiz die US-Staatsbürgerschaft der am Konto wirtschaftlich berechtigten (natürlichen) Person (act. 11 S. 26 Rz. 87). Die Kläger bestreiten replicando, dass es sich bei der wirtschaftlich berechtigten Person um eine US-Person handle (act. 15 S. 12 Rz. 56, S. 14 f. Rz. 69, S. 16 Rz. 79 und Rz. 82).

1.2.2.3. Sofern die Kontobeziehung mit der internen Identifikationsnummer C'._____-1 keinen US-Bezug aufwies, wären die entsprechenden Daten der Kläger vorab nicht an das DoJ zu übermitteln. Die Beweislast für den Bestand eines US-Bezugs trägt derjenige, der sich darauf beruft, mithin der Datenexporteur (Art. 8 ZGB). Aus dem Auszug aus den II.D.2-Informationen betreffend der Kontobeziehung mit der internen Identifikationsnummer C'._____-1 lässt sich entnehmen, dass der wirtschaftlich Berechtigte eine US-Person ist und die amerikanische Staatsbürgerschaft oder eine Green Card hat (act. 12/4). Auch wenn dieses Dokument von der Beklagten im Hinblick auf die Datenlieferung erstellt wurde, ist nicht zu vermuten, dass darin falsche Angaben gemacht werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass beispielsweise das darin festgehaltene Datum der Eröffnung (20/06/2002) und jenes der Schliessung der Kontobeziehung (28/06/2012) mit jenen Informationen im Computersystem der Beklagten übereinstimmt (vgl. act. 21/38 S. 2). Auch der Beleg für die doppelte Staatsangehörigkeit des wirtschaftlich Berechtigten (USA/Israel; vgl. act. 21/38 S. 1) findet sich in den beiden

Passkopien wieder (vgl. act. 12/36). Die Beklagte hat verschiedene, geschwärzte Dokumente für ihre Behauptung zu den Akten gereicht (vgl. act. 12/36, act. 12/37, act. 21/38-41). Damit lässt sich – wie die Kläger an sich zutreffend behaupten – der strikte Beweis eines US-Bezugs nicht erbringen. Wegen des Bankgeheimnisses und des Datenschutzes (vgl. act. 19 S. 3 Rz. 4) hat die Beklagte auf einigen Dokumenten Stellen geschwärzt (vgl. act. 19 S. 3 Rz. 4). Diese geschwärzten Passagen enthalten zweifellos die wesentlichen Informationen, welche einen Bezug zwischen der Kontobeziehung und dem wirtschaftlich Berechtigten belegen würden. Wegen des zu beachtenden Bankkundengeheimnisses befindet sich die Beklagte indes in einer gewissen Beweisnot. Es rechtfertigt sich daher, vom Regelbeweismass der vollen Überzeugung abzuweichen und eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend zu betrachten. Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (vgl. BGer 4A_319/2014 vom 19. November 2014, Erw. 4.1)

1.2.2.4. Es ist nicht zu vermuten, dass die Beklagte Daten im Zusammenhang mit Konti an das DoJ bekannt zu geben bereit ist, welche keinen Bezug zu den USA haben. Wird des Weiteren die oben unter Erw. II/1.2.2.3 erwogene Koinzidenz betreffend Eröffnung/Schliessung der Kontobeziehung in den erwähnten Dokumenten sowie die doppelte Staatsangehörigkeit berücksichtigt, besteht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen US-Bezug der Kontobeziehung mit der internen Identifikationsnummer C'._____ -1 qua amerikanische Staatsangehörigkeit des wirtschaftlich Berechtigten.

1.2.2.5. Im Rahmen der Antretung des Gegenbeweises hätten die Kläger, die beide als Finanzintermediäre tätig sind und sich der Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwaltsverbandes und des Schweizerischen Notarenverbandes angeschlossen haben (act. 19 S. 4, Rz. 8, act. 24 S. 4 Rz. 5; act. 21/40), substantiiert darzulegen gehabt, dass und wie sie die wirtschaftlich berechnete Person am Konto mit der internen Identifikationsnummer C'._____ -1

(bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung und allenfalls auch später während der Geschäftsbeziehung) identifizierten und welche Staatsbürgerschaft(en) diese Person aufwies (vgl. auch Art. 2 ff. GwG in den jeweils während der Geschäftsbeziehung gültigen Fassungen des GwG).

1.2.3. Pflicht zur Datenlieferung

1.2.3.1. Die Kläger behaupten, die Beklagte müsse die Daten der Kläger nicht mehr liefern, da die Beklagte die relevanten II.D.2.-Daten bereits vor Abschluss des NPA zu liefern gehabt habe (act. 15 S. 5 Rz. 13). Die Beklagte stellt dies in Abrede (act. 19 S. 5 f. Rz. 14 ff.).

1.2.3.2. Angesichts der Formulierung im US-Programm ("Upon Execution of an NPA [...] the Swiss Bank must provide information including [...]"; act. 12/12 S. 4, II.D.2.) erhellt ohne Weiteres, dass (erst) mit Abschluss des NPA die Verpflichtung zur Offenlegung der entsprechenden Daten besteht. Vor Abschluss des NPA können Daten dem DoJ auf freiwilliger Basis übermittelt werden; die Übermittlung kann jedoch vom DoJ (im Sinne von Fälligkeit) noch nicht eingefordert werden.

1.2.3.3. Unverständlich erscheint letztlich, wenn die Kläger mit Hinweis auf act. 3/10 behaupten, die Beklagte habe die Daten in anonymisierter Form bereits dem DoJ übermittelt (act. 1 S. 13 Rz. 44). Die Lieferung anonymisierter Daten widerspricht wohl der Intention des DoJ, mit dem US-Programm und einem NPA zu (verwertbaren) Daten zu gelangen, um allenfalls damit Personen zur Rechenschaft zu ziehen, die aus amerikanischer Sicht zu ungerechtfertigten Steuerverkürzungen beigetragen haben.

1.2.4. 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, Erw. 4.1). Die USA sind nicht Vertragspartei des Übereinkommens STE Nr. 108 und des Zusatzprotokolls (vgl. dazu namentlich

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 den IRS, ist somit durch die dortige Gesetzgebung kein angemessener Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG 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). Auch die Parteien – die Beklagte implizit – anerkennen übereinstimmend, dass in den USA kein angemessener Datenschutz existiert (act. 1 S. 25 Rz. 102 ff.; act. 11 S. 38 Rz. 133 ff.).

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

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

1.2.5.1. 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 vom 29. August 2013 (act. 3/7, act. 12/10) 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 DSGVO 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; act. 12/12 S. 11).

Eine Datenbekanntgabe in die USA liesse sich daher lediglich auf die in diesem Zusammenhang einzig geltend gemachten Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO (vgl. act. 11 S. 39 ff. Rz. 138-154) 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 zunächst 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 Kläger überwiegen. Hierfür trägt – wie erwähnt – die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast. Des Weiteren ist gestützt auf die Behauptungen der Parteien zu prüfen, ob eine Datenbekanntgabe für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist.

1.2.5.2. Die Beklagte hält zunächst 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 einer Anklage der Beklagten in den USA, d.h. letztlich in der Existenzsicherung der Beklagten und der entsprechenden Arbeitsplätze, im Abwenden von Strafverfahren gegen Banken generell, im Vermeiden von negativen Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz sowie in der Aufrechterhaltung des internationalen Ansehens der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin bzw. des Schweizer Bankenplatzes begründet (act. 11 S. 31 ff. Rz. 108 ff., S. 39 f. Rz. 138 ff.; act. 19 S. 8 f. Rz. 23 ff.).

1.2.5.2.1. 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 sind 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 (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140186-O vom 16. Dezember 2015, 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 (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140186-O vom 16. Dezember 2015, Erw. II.5.3.8.4).

Das Bundesgericht schützte in seinem Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016 das erwähnte handelsgerichtliche Urteil im Ergebnis. Betreffend die Frage der Unerlässlichkeit der Datenbekanntgabe betonte das Bundesgericht, das Datenschutzgesetz liesse es zu, 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 (Erw. 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 Ungleichbe-

handlung 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 (Erw. 3.4.3).

1.2.5.2.2. 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 werde bzw. die Kündigung des US-Programms drohen würde. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die streitgegenständliche Datenherausgabe lediglich eine einzige Kontobeziehung mit US-Bezug mit einem maximalen Kontostand in der fraglichen Periode von ca. USD 16.8 Mio. betrifft (vgl. act. 12/4; act. 11 S. 26 Rz. 88; act. 15 S. 14 f. Rz. 69), während bezüglich weiterer rund 2'900 Kontobeziehungen mit US-Bezug (mit einem maximalen Volumen von ca. USD 4.9 Mia.) die geforderten Daten offenbar von der Beklagten geliefert werden bzw. wurden (vgl. act. 1 S. 17 Rz. 61; act. 11 S. 22 ff. Rz. 71 ff., S. 44 Rz. 168; act. 3/14 S. 3 f. und act. 12/35, Exhibit A, S. 3). Die pauschal geäußerten Befürchtungen (wie die mögliche Anklageerhebung und Existenzbedrohung, Verlust der Arbeitsstelle zahlreicher Angestellter, die negativen Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz sowie eine weitere, erneute Eskalation im Steuerstreit [vgl. act. 11 S. 33 f. Rz. 113 f., S. 42 Rz. 155, act. 19 S. 8 Rz. 26]) genügen hierfür nicht. Die Beklagte räumt denn auch ein, es bestehe keine unmittelbare Befürchtung einer Anklage (vgl. act. 19 S. 11 Rz. 32). 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. In Bezug auf die Beklagte fällt sodann das abgeschlossene NPA über einen Betrag von rund USD 187.8 Mio. ("penalty", "Strafzahlung"; vgl. act. 1 S. 12 Rz. 39, act. 19 S. 23 Rz. 75; vgl. act. 12/35 und act. 3/14 S. 3) ins Gewicht. Im Verhältnis zu den allfälligen Steuerausfällen bezüglich der vorliegend in Frage stehenden Vermögenswerte, die nicht allzu hoch 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.

1.2.5.3. Was den weiteren, von der Beklagten angerufenen Rechtfertigungsgrund für eine Datenübermittlung (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. d Teilsatz 2 DSG) angeht, hat die Beklagte mit keinem Wort dargelegt, im Zusammenhang mit welchem gerichtlichen Verfahren eine Datenbekanntgabe unerlässlich sein soll (vgl. act. 11 S. 41 f. Rz. 149 ff.). Beim US-Programm handelt es sich – wie bereits im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140186-O vom 16. Dezember 2015 dargelegt (dort Erw. 5.3.4.4) – jedenfalls nicht um ein gerichtliches Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit d DSG. Es ist deshalb nicht weiter auf diesen Rechtfertigungsgrund einzugehen.

1.2.6. Weitere angerufene Gesetzesbestimmungen für ein Datenübermittlungsverbot

Bei dieser Sachlage kann auf eine Prüfung der weiteren von den Klägern angerufenen Gesetzesbestimmungen, um eine Datenbekanntgabe durch die Beklagte zu unterbinden (vgl. act. 1 S. 33 ff. Rz. 133 ff.), verzichtet werden.

1.2.7. Fazit

Durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Personendaten an das DoJ droht eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung für die Kläger. 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.

Die Beklagte hält dafür, angekündigt und beabsichtigt sei lediglich eine Datenbekanntgabe gegenüber dem DoJ; eine Lieferung von Daten betreffend die Kläger an die US-Steuerbehörde (IRS) habe die Beklagte den Klägern jedoch weder angekündigt noch beabsichtige sie eine Lieferung von Daten an diese Behörde (act. 11 S. 5 Rz. 14). Die Kläger widersprechen mit der Begründung, die vom DoJ gesammelten Informationen sollen gemäss einer mittels Pressemitteilung vom tt.mm.2016 publizierten Aussage der verantwortlichen Staatsanwältin D. _____ ausdrücklich dem IRS zur Verfügung gestellt werden, um gegen die fraglichen Personen im Rahmen von civil actions vorzugehen (act. 15 S. 13 Rz. 57). Es trifft wohl zu, dass in concreto eine Datenlieferung der Beklagten an das DoJ zur Diskussion steht. Indes sind die Voraussetzungen auch für ein Verbot einer Datenlieferung an den IRS gegeben, unabhängig davon, ob die Informationen für ein straf- oder zivilrechtliches Vorgehen gegen die Betroffenen verwendet werden. Es ist den Klägern unter dem Aspekt der Prozessökonomie nicht zuzumuten, für den Fall des Anstehens einer Datenbekanntgabe an den IRS erneut ein Verfahren zur Verhinderung der Datenlieferung anstreben zu müssen. Daher ist das klägerische Rechtsbegehren im beantragten Sinne gutzuheissen.

Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSGVO in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist der Beklagten unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verbieten, der US-Steuerbehörde (IRS) oder dem US-Justizmi-

nisterium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Kläger herauszugeben.

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, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 91 N 3 ff.). Die Parteien gehen zu Recht von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit aus. Die Kläger nehmen einen Streitwert von CHF 500'000 pro klägerischem Anwalt (d.h. pro klagende Partei) an und machen existentielle Interessen geltend, da eine Datenherausgabe sie in ihrer weiteren wirtschaftlichen Tätigkeit erheblich gefährde (Reputationsschaden; Vertrauensverlust; Ausbleiben von Mandaten, im schlimmsten Fall Ruin der Kanzlei; faktische Unmöglichkeit, Mitarbeiter zu finden; act. 15 S. 12 Rz. 52, act. 1 S. 37 f. Rz. 156 ff.). Die Beklagte beziffert den Streitwert auf maximal CHF 500'000 (act. 11 S. 3 Rz. 3, act. 19 S. 15 Rz. 47).

2.2. Da sich die Parteien bezüglich des Streitwerts nicht einig sind, ist dieser vom Gericht zu schätzen bzw. festzusetzen (Art. 91 Abs. 2 ZPO; Urteil BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, Erw. 4.4). Bei der Festsetzung des Streitwerts für die vorliegende Klage ist das wirtschaftliche Interesse der Kläger an der Erhaltung und Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit massgebend. Angesichts der möglichen existentiellen Einschränkung des einzelnen Klägers in der Ausübung seiner beruflichen und wirtschaftlichen Tätigkeit erscheint ein Streitwert in der Höhe von je CHF 500'000 pro Kläger angemessen. Dieser Wert entspricht auch der konstanten Praxis des Handelsgerichts in derartig gelagerten Fällen. Zur Ermittlung des Streitwerts der Klage sind diese Schätzungen zusammenzurechnen (Art. 93 Abs. 1 ZPO), was einen Streitwert von CHF 1'000'000 ergibt.

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

2.3.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich 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 Anw-GebV). Es ist von einem durchschnittlich aufwendigen Verfahren auszugehen, weshalb es sich rechtfertigt, im Hauptsacheverfahren die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 31'000 festzusetzen. Die Kosten sind soweit möglich aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss (CHF 20'000) zu decken, wofür den Klägern das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen ist (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Im Mehrbetrag (CHF 11'000) ist die Gerichtsgebühr von der Beklagten direkt einzufordern.

2.3.2. Für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150500-O) wurde die Gerichtsgebühr auf CHF 10'000 festgesetzt und bereits aus dem von den Klägern dort geleisteten Kostenvorschuss gedeckt (act. 3/3 [= act. 4/29] Dispositiv-Ziffer 3). Davon ist Vormerk zu nehmen. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150500-O) der Beklagten aufzuerlegen und den Klägern in diesem Umfang (CHF 10'000) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

2.3.3. 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 Kläger sind die eingereichten Rechtsschriften zu berücksichtigen. Zur Grundgebühr kommt ein Zuschlag für die eingereichte zweite Rechtsschrift (Replik) sowie für die Stellungnahme zu den Dupliknoten hinzu (§§ 4 und 11 AnwGebV), mangels Mehraufwandes für die Vertretung der zwei Kläger jedoch nicht ein solcher nach § 8 Anw-GebV. Es rechtfertigt sich daher, den Klägern für das Hauptsacheverfahren eine Parteientschädigung von CHF 34'500 zuzusprechen. Gestützt auf Art. 106 Abs. 3 ZPO ist die Parteientschädigung den Klägern je zur Hälfte zuzusprechen, da sie durch denselben Rechtsvertreter vertreten werden, keine anderen Gründe für ein anderes Verteilverhältnis sprechen und auch die Kläger zum Verteilverhältnis nichts ausführen.

2.3.4. Den Klägern ist zudem für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150500-O) eine Parteientschädigung zuzusprechen. Im vorprozessualen Massnahmeverfahren wurde die Parteientschädigung an die Beklagte für den Fall, dass die Massnahme aufgrund von Säumnis der Kläger dahinfällt, auf CHF 6'000 (inkl. MWST) festgesetzt (act. 3/3 [= act. 4/29] Dispositiv-Ziffer 4). Nachdem innert Frist prosequiert wurde, ist nunmehr aufgrund des klägerischen Obsiegens die Beklagte zu verpflichten, den Klägern eine Parteientschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren zu bezahlen. Die Parteientschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV zu reduzieren und auf CHF 4'000 festzusetzen.

2.3.5. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies infolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, Erw. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Kläger verlangen die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer (act. 1 S. 2), behaupten aber keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Unklar ist mangels entsprechender Behauptungen auch, ob die Kläger Angestellte oder Organe der F._____ AG sind. Letztlich bestreitet die Beklagte den geltend gemachten Mehrwertsteuerzuschlag (act. 11 S. 42 Rz. 156, act. 19 S. 15 Rz. 48). Daher ist den Klägern die Parteientschädigung für das Hauptsacheverfahren und für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (insgesamt CHF 38'500) ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall verboten, der US-Steuerbehörde (IRS) oder dem US-

- Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Kläger herauszugeben.
2. Die Gerichtsgebühr für das Hauptsacheverfahren wird festgesetzt auf CHF 31'000.
 3. Die Gerichtsgebühr für das Hauptsacheverfahren wird der Beklagten auferlegt und – soweit möglich – aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Den Klägern wird in diesem Umfang (CHF 20'000) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Im Mehrbetrag (CHF 11'000) wird die Gerichtsgebühr für das Hauptsacheverfahren von der Beklagten direkt eingefordert.
 4. Die für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150500-O) festgesetzte Gerichtsgebühr von CHF 10'000 wird der Beklagten auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass die Gerichtsgebühr für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150500-O) bereits aus dem von den Klägern dort geleisteten Kostenvorschuss gedeckt wurde. Den Klägern wird in diesem Umfang (CHF 10'000) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
 5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150500-O) und für das Hauptsacheverfahren eine Parteienschädigung von insgesamt CHF 38'500 zu bezahlen.
 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage des Doppels von act. 30, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 27.
 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 1'000'000.

Zürich, 21. März 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Silvan Sdzuy