



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Vorsitzender, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Martin Fischer, Thomas Klein und Dr. Martin Liebi sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Marti

Urteil vom 16. Dezember 2015

in Sachen

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____ **AG**,

Kläger

1, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

1, 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X3. _____

gegen

D. _____ **SA**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Unterlassung**

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. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWST) zu Lasten der Beklagten."

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt und Verfahren	3
A. Sachverhaltsübersicht	3
B. Prozessverlauf	8
Erwägungen	11
1. Formelles	11
1.1. Zuständigkeit.....	11
1.2. Prosequierungsfrist.....	11
1.3. Einfache Streitgenossenschaft der Kläger.....	11
1.4. Rechtsschutzinteresse der Kläger.....	11
2. Verwirkung der Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB	12
3. Drohende Verletzung Bankgeheimnis und Anwaltsgeheimnis	13
3.1. Parteivorbringen	13
3.2. Anspruchsgrundlage	13
3.3. Fazit.....	14
4. Drohende Verletzung Geschäftsgeheimnis	14
4.1. Darstellung der Kläger.....	14
4.2. Darstellung der Beklagten	15
4.3. Anspruchsgrundlage	16
4.4. Fazit.....	17
5. Persönlichkeitsverletzung durch rechtswidrige Datenbearbeitung.....	17
5.1. Übersicht	17
5.2. Rechtsgrundlagen.....	18

5.3. Persönlichkeitsverletzung durch Datenbekanntgabe ins Ausland	20
5.4. Fazit.....	52
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	53
6.1. Streitwert	53
6.2. Gerichtskosten.....	54
6.3. Parteientschädigungen	54
Das Handelsgericht erkennt:	56

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Die Beklagte ist eine in ... domizilierte Schweizer Bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (act. 3/2) mit einer Bilanzsumme per Ende 2013 von mehr als 6 Milliarden Franken und einem Personalbestand von 996 Mitarbeitenden (act. 9 Rz. 7). Sie nimmt am "Program for non-prosecution agreements and non-target letters for Swiss banks" (nachfolgend: "US Programm") der US Steuerbehörde (Internal Revenue Service, nachfolgend "IRS") und des US Justizministeriums (Department of Justice, nachfolgend "DoJ") teil in der Kategorie 2, d.h. als Bank, gegen die keine Strafuntersuchung geführt wird, die aber Grund zur Annahme hat, gegen die US-Gesetzgebung verstossen zu haben, und ein Non-Prosecution-Agreement ("NPA") anstrebt (act. 1 Rz. 18, 21; act. 9 Rz. 8, 47). Vor Abschluss eines NPA fordert das US Programm von den Banken der Kategorie 2 unter anderem das Folgende (act. 3/8 S. 3, II.D.2.b.v. und vi.):

- "2. Upon execution of an NPA, for all U.S. Related Accounts that were closed during the Applicable Period, the Swiss Bank must provide information including:
- a. [...]
 - b. as to each account:
 - [i. - iv. ...]
 - v. the name and function of any relationship manager, client advisor, asset manager, financial advisor, trustee, fiduciary, nominee, attorney, account-

ant, or other individual or entity functioning in a similar capacity known by the Bank to be affiliated with said account at any time during the Applicable Period;

- vi. information concerning the transfer of funds into and out of the account during the Applicable Period on a monthly basis, including (a) whether funds were deposited or withdrawn in cash, (b) whether funds were transferred through an intermediary (including but not limited to an asset manager, financial advisor, trustee, fiduciary, nominee, attorney, accountant, or other third party functioning in a similar capacity) and the name and function of any such intermediary; (c) identification of any financial institution and domicile of any financial institution that transferred funds into or received funds from the account; and (d) any country to or from which funds were transferred.

[...]."

b. Damit sich die Beklagte durch die Lieferung der in der Kategorie 2 des US Programms geforderten Daten an die US-Behörden nicht wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat strafbar machen würde, erhielt sie - wie auch andere Banken - vom Schweizerischen Bundesrat am 29. November 2013 eine einjährige Bewilligung zur Lieferung von Daten im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB (Verfügung des Schweizerischen Bundesrates vom 29. November 2013, act. 3/11; act. 1 Rz. 24; act. 9 Rz. 31), welche durch das Eidgenössische Finanzdepartement mit Verfügung vom 31. Oktober 2014 bis zum 31. Dezember 2015 verlängert wurde (act. 10/14; act. 9 Rz. 32). Gemäss der entsprechenden Verfügung entfällt die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB im Rahmen der Bewilligung bei Einhaltung der Bedingungen nach deren Ziffer 1, entbindet die Gesuchstellerin (die Beklagte) aber nicht von der Beachtung anderer nach Schweizer Recht auf den Sachverhalt anwendbarer Bestimmungen, und die Missachtung der Bedingungen nach Ziffer 1 kann zudem gestützt auf Art. 292 StGB mit Busse bestraft werden (act. 3/11 Ziff. 3: "La presente autorizzazione esclude la punibilità in virtù dell'articolo 271 CP in caso di rispetto delle condizioni definite al punto 1, ma non dispensa la richiedente dall'obbligo di rispettare le altre disposizioni del diritto svizzero applicabili alla fattispecie. La mancata ottemperanza alle condizioni definite

al punto 1 può inoltre essere punita con la multa in virtù dell'articolo 292 CP."; deutsche Übersetzung nach act. 3/12 Ziff. 4). Für die Lieferung von Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten gelten nach Ziff. 1.1 und 1.4 der Verfügung des Bundesrates folgende Bedingungen, die die Beklagte einzuhalten hat (act. 3/11, deutsche Übersetzung nach act. 3/12; act. 9 Rz. 32):

"1.1 Dati rilevanti

L'autorizzazione copre indicazioni e documenti di carattere generale sulle attività della richiedente e informazioni sulle sue relazioni d'affari in riferimento con soggetti statunitensi ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1 numero 26 dell'Accordo di cooperazione del 14 febbraio 2013 tra la Svizzera e gli Stati Uniti d'America per l'applicazione agevolata della normativa FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act).

(Relevante Daten

Die Bewilligung erfasst generelle Angaben und Dokumentationen zum Geschäftsgebaren der Gesuchstellerin sowie Informationen zu Geschäftsbeziehungen, die einen Bezug zu einer US-Person gemäss Artikel 2 Absatz 1 Ziffer 26 des Abkommens vom 14. Februar 2013 zwischen der Schweiz und den USA über die Zusammenarbeit für eine erleichterte Umsetzung von FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) haben.)

1.4 Dati personali di collaboratori e di terzi:

(Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten:)

- a. Possono essere trasmessi soltanto dati personali riguardanti (ex e attuali) collaboratori che all'interno della banca hanno organizzato, gestito o sorvegliato relazioni d'affari ai sensi del punto 1.1 o terzi che hanno operato in modo analogo per siffatte relazioni d'affari.

(Es dürfen nur Personendaten von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden herausgegeben werden, die innerhalb der Bank Geschäftsbeziehungen nach Ziffer 1.1 organisiert, betreut oder überwacht haben, sowie von Dritten, die für solche Geschäftsbeziehungen in ähnlicher Weise tätig waren.)

- b. I dati personali riguardanti (ex e attuali) collaboratori e terzi possono essere trasmessi soltanto informando le persone interessate con almeno 20 giorni di anticipo sulla data prevista per la trasmissione alle autorità statunitensi sull'entità e il genere di dati e sul periodo al quale si riferiscono.

(Personendaten von (ehemaligen und gegenwärtigen) Mitarbeitenden und Dritten dürfen nur herausgegeben werden, wenn die betroffenen Personen mindestens 20 Tage vor der geplanten Herausgabe an die US-Behörden über Umfang und Art der Daten sowie über den Zeitraum, aus dem die Daten stammen, informiert werden.)

- c. Se i dati devono essere trasmessi contro la volontà di una delle persone interessate, la richiedente informa la persona in questione che ha diritto di esperire azione in virtù dell'articolo 15 della legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati. Trasmette i dati riguardanti questa persona al più presto dieci giorni dopo averla informata, se non viene promossa alcuna azione tendente a vietare la comunicazione dei dati, oppure dopo che l'azione è stata respinta con una decisione cresciuta in giudicato.

(Sollen Daten entgegen dem Willen einer betroffenen Person herausgegeben werden, weist die Gesuchstellerin die Person auf ihr Klagerecht nach Art. 15 Datenschutzgesetz hin. Sie übermittelt Personendaten, welche diese Person betreffen, frühestens zehn Tage nach erfolgter Mitteilung, wenn keine Klage betreffend Verbot der Datenbekanntgabe anhängig gemacht wird, oder nachdem die Klage rechtskräftig abgewiesen wurde.)"

c. Zur Einhaltung dieser Bedingungen für die Datenherausgabe informierte die Beklagte namentlich die Kläger 1 - 3 mit separaten Schreiben datierend vom 5. Juni 2014 (act. 3/14-15) darüber, dass sie beabsichtige, im Rahmen des US Programms unter Wahrung der dort angesetzten Frist bis 30. Juni 2014 Daten der Kläger an die USA zu überliefern und einen allfälligen Widerspruch bis zum 17. Juni erwarte (act. 1 Rz. 31; act. 9 Rz. 51). Bei den Klägern 1 und 2 handelt es sich um in Zürich praktizierende und im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragene Rechtsanwälte (act. 1 Rz. 2). Die Klägerin 3 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche gemäss Handelsregister das Erbringen von Rechtsdienstleistungen im In- und Ausland durch in der Schweiz registrierte Anwältinnen und Anwälte und andere qualifizierte Berater, sowie damit verbundene Tätigkeiten, bezweckt (act. 3/1). Der Kläger 1 ist überdies Verwaltungsratspräsident der Klägerin 3 mit Einzelunterschrift (act. 3/1), der Kläger 2 war bei Einleitung des Hauptverfahrens noch Arbeitnehmer der Klägerin 3. Bei der Beklagten bestanden

vom 22. September 2009 bis Ende Oktober/Anfangs November 2011 sieben Konten und sieben Unterkonten von sieben panamaischen Stiftungen, deren jeweiliger wirtschaftlich Berechtigter ein amerikanischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in den USA ist (act. 9 Rz. 34 und 41). Die Kläger 1 und 2 verfügten über Vollmachten für diese Konten und die Bankkorrespondenz derselben war an die Adresse der Klägerin 3 zuhanden des Klägers 2 zuzustellen (act. 9 Rz. 36 f.). Die Konten waren nach einer entsprechenden Anfrage des Klägers 2 eröffnet worden (act. 9 Rz. 34) für Stiftungen, die der Klägerin 3 im Nachgang einer Erbschaftangelegenheit zugingen (act. 15 Rz. 51). In ihrem Bericht über ihr US-Geschäft wollte die Beklagte erwähnen, dass die Klägerin 3 ihr US-Kunden zugeführt habe. Ausserdem sind auf der sog "Leaver Liste" der Beklagten, mit welcher sie die Informationen an das DoJ liefern wollte, auch diese 7 Haupt- und 7 Unterkonten mit einer bankinternen Identifikationsnummer aufgelistet, und die Beklagte beabsichtigte, bei diesen Konten die Kläger 1 und 2 als Bevollmächtigte sowie die Klägerin 3 als "Finder" aufzuführen (act. 9 Rz. 50).

d. Gegen die Datenherausgabe erhoben die Kläger Widerspruch (act. 3/16-17; act. 1 Rz. 25, 32 f.; act. 9 Rz. 52). Sie vertreten die Auffassung, dass die nach wie vor drohende Datenherausgabe durch die Beklagte ans DoJ oder den IRS widerrechtlich und unzulässig sei, da sie die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes DSG, das Bankkundengeheimnis, das Geschäftsgeheimnis und das Anwaltsgeheimnis der Kläger verletze und dadurch jegliche Bewilligung zur Datenherausgabe gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB entfalle und die Datenherausgabe gemäss Art. 271 StGB strafbar bleibe (act. 1 Rz. 26 und 27).

e. Nach erfolgtem Widerspruch der Kläger teilte die Beklagte diesen mit Schreiben vom 20. Juni 2014 mit, dass sie anhand der vorgenommenen Einzelfallabwägung der Interessen im jeweiligen Fall zum Schluss gekommen sei, dass trotz des Widerspruchs ein überwiegendes Interesse an der Übermittlung der betroffenen Daten an das DoJ bestehe und bei Ausbleiben einer Klage gemäss Art. 15 DSG bis zum 3. Juli 2014 die Daten wie vorgesehen übermittelt würden (act. 3/3; act. 1 Rz. 6, 34; act. 9 Rz. 53). Die Kläger untersagten der Beklagten in der Folge mit Schreiben vom 2. Juli 2014 erneut die Herausgabe von die Kläger

betreffenden Daten an die US-Behörden und verlangten die Zustellung von Kopien der vollständigen Dokumente, die von der beabsichtigten Datenherausgabe an die US Behörde betroffen wären (act. 3/19; act. 1 Rz. 36; act. 9 Rz. 55). Die Beklagte stellte den Klägern daraufhin auszugsweise Kopien der am 27. Juni 2014 an die US-Behörden herausgegebenen Leaver Liste zu, in der die Kläger anonymisiert ("Attorney 1" resp. "Attorney 2" mit der Rolle "Signature Authority" und "Third Party Referrer 1" mit der Rolle "Finder") waren und die nicht diese Konten betreffenden Daten geschwärzt wurden (act. 3/13 und 11/20; act. 1 Rz. 37, act. 9 Rz. 55). Nach Darstellung der Beklagten ist beabsichtigt, bei Abweisung der vorliegenden Klage dem DoJ offen zu legen, welche Namen sich hinter den Bezeichnungen "Attorney 1", "Attorney 2" und "Third Party Referrer 1" verbergen (act. 9 Rz. 55). Die Beklagte ist der Ansicht, im Rahmen der vom Bundesrat erteilten Bewilligung zu handeln, da ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenlieferung bestehe. Mit der Herausgabe werde nicht widerrechtlich in die Persönlichkeitsrechte der Kläger eingegriffen und die Bestimmungen des Datenschutzes, des Bankgeheimnisses, des Geschäftsgeheimnisses und des Anwaltsgeheimnisses würden nicht verletzt (act. 9 Rz. 60).

f. Die weiteren Sachverhaltsdarstellungen der Parteien werden im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen insoweit dargelegt, als sie entscheidrelevant sind.

B. Prozessverlauf

a. Mit Eingabe vom 3. Juli 2014, hierorts eingegangen am 7. Juli 2014, stellten die Kläger 1-3 sodann ein vorprozessuales Massnahmegesuch mit dem Antrag, der Beklagten sei zu verbieten, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Gesuchsteller herauszugeben, unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall, wobei infolge besonderer Dringlichkeit das Verbot superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung der Beklagten anzuordnen sei (act. 3/4). Mit Verfügung desselben Tages entsprach das Einzelgericht des Handelsgerichts dem Dringlichkeitsbegehren (Verfahren HE140223; act. 3/5). Nach fristgerechter Leistung eines Kostenvorschusses durch die Kläger und erfolgter Stellungnahme durch die

Beklagte wurde der Beklagten mit Urteil des Einzelgerichts vom 6. August 2014 unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfall vorsorglich verboten, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Klägerschaft herauszugeben. Gleichzeitig wurde dieser eine Frist bis 30. September 2014 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen, wobei bei Säumnis die Anordnung ohne weiteres dahinfallen würde (act. 3/6). Die Beklagte erhob gegen dieses Urteil Beschwerde beim Bundesgericht.

b. Am 30. September 2014 (Datum Poststempel) reichten die Kläger hierorts mit dem oben aufgeführten Rechtsbegehren Klage ein (act. 1). Gleichzeitig stellten sie (während Rechtshängigkeit des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht) erneut ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit dem Antrag, der Beklagten sei superprovisorisch 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 (act. 1 S. 2). Auf das erneute Begehren der Kläger um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wurde mit Beschluss vom 2. Oktober 2014 nicht eingetreten. Das Handelsgericht erwog, dass der Klägerschaft das Rechtsschutzinteresse an der erneuten Anordnung derselben, weiterhin geltenden, vorsorglichen Massnahme fehle (act. 4). Den gleichzeitig verlangten Kostenvorschuss leisteten die Kläger fristgerecht (act. 6). Mit Verfügung vom 21. Oktober 2014 wurde der Beklagten Frist angesetzt zur Einreichung der Klageantwort (act. 7). Diese wurde von der Beklagten am 7. Januar 2015 fristgerecht erstattet (act. 9). In ihrer Klageantwort teilte die Beklagte zudem mit, dass das Bundesgericht auf ihre Beschwerde gegen das Urteil des Einzelrichters des Handelsgerichts vom 6. August 2014 mit Urteil vom 15. Dezember 2014 nicht eingetreten sei (act. 11/B).

c. In der Folge wurde mit Verfügung vom 9. Januar 2015 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und den Klägern Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 12). Die Replik der Kläger erging innert erstreckter Frist am 26. März 2015 (act. 15), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 31. März 2015 Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt wurde (act. 17). Am 9. April 2015 reichten die Kläger

eine Noveneingabe ein (act. 19). Mit Verfügung vom 14. April 2015 wurde der Beklagten Gelegenheit gegeben, sich innert gleicher Frist wie derjenigen zur Duplik zur Noveneingabe der Kläger zu äussern (act. 21). Am 15. Juni 2015 erstattete die Beklagte ihre Duplik und Stellungnahme zur Noveneingabe der Kläger (act. 23), welche den Klägern mit Verfügung vom 17. Juni 2015 unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt wurde (act. 25). Mit Eingabe vom 26. Juni 2015 beantragten die Kläger Fristansetzung zur Stellungnahme zur Duplik (act. 27). Mit Verfügung vom 30. Juni 2015 wurde mit entsprechender Begründung entschieden, den Klägern keine Frist zur Stellungnahme zur Duplik anzusetzen (act. 30). Mit Eingabe vom 27. Juli 2015 reichten die Kläger eine Noveneingabe ein (act. 30), die der Beklagten am 28. Juli 2015 zugestellt wurde (Prot. S. 12). Am 12. August 2015 reichte die Beklagte eine Stellungnahme zur Noveneingabe ein, welche den Klägern am 13. August 2015 zugestellt wurde (Prot. S. 13).

d. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2015 wurde den Parteien Frist angesetzt um zu erklären, ob sie unter Vorbehalt der allfälligen Durchführung eines Beweisverfahrens auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten, wobei bei Stillschweigen Verzicht auf Hauptverhandlung angenommen würde (act. 34). Mit Eingabe vom 5. November 2015 teilten die Kläger mit, dass sie die Durchführung einer Hauptverhandlung wünschen (act. 36). Die Parteien wurden daher unter Hinweis auf die ständige bisherige Praxis des Handelsgerichts des Kantons Zürich auf den 16. Dezember 2015 zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 37). Mit Eingabe vom 24. November 2015 zeigte der Kläger 2 einen Wechsel seiner Rechtsvertretung an (act. 38). Die Hauptverhandlung fand am 16. Dezember 2015 statt (Prot. S. 15 ff.).

e. Die Parteien reichten mit ihren jeweiligen Rechtsschriften Beweismittelverzeichnisse ein (act. 3, 11, 16, 20, 24).

f. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich wurde von der Beklagten ausdrücklich anerkannt (act. 9 Rz. 3) und ist gegeben (Art. 15 DSG i.V.m. Art. 28 und 28a ZGB i.V.m. Art. 20 lit. a ZPO sowie Art. 6 Abs. 1 ZPO und § 44 lit. b GOG).

1.2. Prosequierungsfrist

Mit Einreichung der vorliegenden Klage am 30. September 2014 (Datum Poststempel, act. 1) haben die Kläger die ihnen mit Urteil des Einzelgerichts vom 6. August 2014 angesetzte Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache eingehalten, womit das vorprozessual vorsorglich angeordnete Verbot (act. 3/6) aufrechterhalten wurde (Art. 263 ZPO).

1.3. Einfache Streitgenossenschaft der Kläger

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. 70 Abs. 1 ZPO.

1.4. Rechtsschutzinteresse der Kläger

1.4.1. Die Beklagte macht geltend, es sei fraglich, ob ein in diesem Verfahren ausgesprochenes Verbot der Datenlieferung überhaupt endgültig verhindern könne, dass die Daten zu den Klägern an die US-Behörden gelangten. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die entsprechenden Daten ohne weiteres im Rahmen eines Steueramtshilfeverfahrens gestützt auf das Zusatzabkommen von 2009 zum DBA 1996 an die USA übermittelt würden (act. 9 Rz. 147). Nicht auszuschliessen ist, dass die streitgegenständlichen Daten den US-Behörden gestützt auf den (von den USA derzeit noch nicht ratifizierten) Zusatz zum DBA über ein Amtshilfeverfahren dereinst bekannt gegeben werden könnten. Aufgrund die-

ses Umstandes kann das aktuelle Rechtsschutzinteresse der Kläger jedoch nicht verneint werden, zumal die Datenbekanntgabe über ein Amtshilfeverfahren noch unsicher ist. In dieser Hinsicht ist das Rechtsschutzinteresse der Kläger also gegeben (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

1.4.2. Die Kläger machten überdies anlässlich der Hauptverhandlung vom 16. Dezember 2015 gestützt auf das dort vorgelegte Novum des Abschlusses eines NPA zwischen der Beklagten und dem DoJ am 10. Dezember 2015 (act. 41/1-2; vgl. dazu nachfolgend 5.3.6. ff.) geltend, dass nunmehr auszuschliessen sei, dass die Beklagte die Daten der Kläger noch ans DoJ liefern müsse. Ohne explizite Aufforderung des DoJ bestehe keine Pflicht zur Nachlieferung dieser Daten und es werde bestritten, dass die Beklagte dazu aufgefordert worden sei. Seitens der Beklagten bestehe weder eine Pflicht, noch eine Veranlassung oder ein Interesse an der Lieferung der die Kläger betreffenden Informationen. Selbst wenn die Beklagte aufgefordert würde, sei sie von der Lieferung befreit, da keine Lieferpflicht bestehe, wenn die Schweizer Gesetze einer Lieferung entgegenstünden und erst recht, wenn ein Schweizer Gericht die Datenherausgabe verbiete (act. 40 Rz. 9, 21 ff., 29). Die Beklagte ist demgegenüber der Meinung, dass sich durch das NPA nichts ändere und das Verfahren nicht gegenstandslos werde. Das DoJ verlange die Datenherausgabe dennoch und sie sei auch im Rahmen des NPA dazu verpflichtet. Das DoJ wolle diesen Sachverhalt aufgeklärt haben (Prot. S. 16 f.). Bereits aufgrund der eigenen Ausführungen der Beklagten erscheint die Herausgabe der Daten der Kläger ans DoJ trotz Abschluss des NPA als nicht ausgeschlossen. Zudem erachten selbst die Kläger für den Fall einer (zwar bestrittenen) Aufforderung des DoJ zur Nachlieferung der Daten der Kläger ein gerichtliches Verbot für notwendig. Deshalb ist das Rechtsschutzinteresse der Kläger durch den Abschluss des NPA nicht nachträglich entfallen.

1.4.3. Diese Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) ist somit gegeben.

2. Verwirkung der Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB

Die Kläger machen geltend, die Beklagte habe die ihr vom Bundesrat erteilte Bewilligung nach Art. 271 StGB verwirkt, da sie sich nachträglich nicht mehr an die ihr in der Bewilligung auferlegten Auflagen halten wolle. Dies sei jedoch conditio

sine qua non für die Gültigkeit und Wirksamkeit der Bewilligung (act. 1 Rz. 144 ff.; act. 15 Rz. 31, 46, 120 ff.).

Die Bewilligung des Bundesrates nach Art. 271 Ziff. 1 StGB hat einen Einfluss auf die Strafbarkeit der Beklagten nach eben dieser Bestimmung. Die Bewilligung (act. 3/11) wurde der Beklagten nur unter gewissen, darin aufgeführten Bedingungen erteilt, zu denen namentlich die im Rahmen der Sachverhaltsübersicht zitierten (oben lit. A.b) gehören. Zur Beurteilung, ob sich die Beklagte an diese Bedingungen gehalten hat resp. hält und damit die Bewilligung greift, ist jedoch nicht das hiesige Handelsgericht zuständig. Dies ist nicht im vorliegenden Verfahren zu klären.

3. Drohende Verletzung Bankgeheimnis und Anwaltsgeheimnis

3.1. Parteivorbringen

Die Kläger berufen sich zur Begründung des beantragten Verbots der Datenherausgabe auch auf eine Verletzung des Bankgeheimnisses und des Anwaltsgeheimnisses durch die beabsichtigte Datenherausgabe der Beklagten an die US-Behörden (act. 1 Rz. 29, 115, 127 ff.; act. 15 Rz. 87 ff., 144, 159, 166). Die Beklagte bestreitet, dass diese Bestimmungen vorliegend zum Tragen kommen (act. 9 Rz. 80, 95 ff., 107; act. 23 Rz. 34, 40).

3.2. Anspruchsgrundlage

Eine Klage auf Unterlassung kann auf vertragliche oder gesetzliche Ansprüche gestützt werden (BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 8 zu Art. 84 ZPO). Ein vertragliches Verhältnis zwischen den Parteien, gestützt auf welches die genannten Geheimnisse geschützt wären und aus dem sich ein vertraglicher Anspruch der Kläger auf Unterlassung ergeben würde, machen diese nicht geltend. Ein gesetzlicher Anspruch auf Unterlassung, der bei drohender Verletzung eines dieser Geheimnisse in einem Zivilprozess geltend gemacht werden könnte, wurde von den Klägern ebenfalls nicht dargelegt. Eine gesetzliche Anspruchsgrundlage ist auch nicht ersichtlich. Der Straftatbestand der Verletzung

des Bankgeheimnisses ist in Art. 47 BankG normiert. Dieser Straftatbestand begründet jedoch keinen gesetzlichen Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Verletzung, der in einem Zivilprozess durchgesetzt werden kann. Das Berufsgeheimnis der Anwältinnen und Anwälte wird zunächst in Art. 13 BGFA geregelt. Dieses Gesetz gilt aber nur für Personen, die über ein Anwaltspatent verfügen und in der Schweiz im Rahmen des Anwaltsmonopols Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (Art. 2 Abs. 1 BGFA), was auf die Beklagte unbestrittenermassen nicht zutrifft. Zudem sind bei Verletzung der Bestimmungen des BGFA Disziplinar-massnahmen bei der Aufsichtsbehörde vorgesehen (Art. 17 BGFA) und nicht ein gesetzlicher Anspruch auf Unterlassung, der vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden kann. Zusätzlich existiert der Straftatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB). In dieser Bestimmung werden jedoch die Geheimhaltungspflichtigen abschliessend aufgezählt (Stefan Flachsmann, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG, 19. Auflage 2013, N 7 zu Art. 321 StGB) und dabei werden Banken wie die Beklagte nicht erwähnt. Schliesslich würde aber auch dieser Straftatbestand keinen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch bei drohender Verletzung eines Berufsgeheimnisses begründen.

3.3. Fazit

Das von den Klägern in ihrem Rechtsbegehren verlangte Verbot kann daher nicht gestützt auf ihre Vorbringen zu einer drohenden Verletzung des Bank- oder Anwaltsgeheimnisses erlassen werden, weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien nicht weiter einzugehen ist.

4. Drohende Verletzung Geschäftsgeheimnis

4.1. Darstellung der Kläger

Die Kläger machen ferner geltend, bei einem Anwalt stünden die Informationen, welche die Geschäftsbeziehung der Kläger zum Kontoinhaber und allenfalls weiteren damit verbundenen Personen betreffen, an denen auch ein Geheimhaltungswille bestehe, sowie alles, was dem Anwalt ansonsten im Rahmen der Mandatsbeziehung an Informationen zugekommen sei, unter dem Schutz des An-

waltsgeheimnisses. Sowohl der Bestand als auch die Art und Weise der Geschäftsbeziehungen der Kläger mit den streitgegenständlichen Stiftungen seien Dritten gegenüber geheim. Eine Offenbarung habe zur Folge, dass daraus Rückschlüsse auf die Geschäftstätigkeit der Kläger gezogen werden könnten, welche nicht öffentlich zugänglich seien. Würden solcherart geschützte Informationen publik, bestehe die erhebliche Gefahr einer Schädigung der Kläger, welche nicht leicht zu beseitigen sei. Insbesondere könnten andere Klienten ihrerseits die Geschäftsbeziehung beenden, sollten sie von einer allfälligen Datenherausgabe erfahren. Schon nur die hypothetische Möglichkeit, von einer vergleichbaren Datenherausgabe betroffen werden zu können, reiche dafür aus. Daher verletze eine Datenherausgabe durch die Beklagte das Geschäftsgeheimnis der Kläger. Es könne nicht ernsthaft behauptet werden, dass für die Öffentlichkeit aus dem breit gestreuten Geschäftsfeld im Bereich des Wirtschaftsrechts der Klägerin 3 gemäss deren Homepage nachvollziehbar abzuleiten wäre, welche spezifischen Tätigkeiten zu welchen Konditionen angeboten würden. Derartige Rückschlüsse könnten vielmehr nur infolge der Datenherausgabe gezogen werden, wodurch das Geschäftsgeheimnis der Kläger offensichtlich verletzt würde (act. 1 Rz. 120 ff.; act. 15 Rz. 91 ff.).

4.2. Darstellung der Beklagten

Die Beklagte legt demgegenüber dar, eine Verletzung des Geschäftsgeheimnisses der Kläger sei nicht ersichtlich. Einzig offengelegt werde der Umstand, dass die Kläger als Finanzintermediäre tätig seien und diverse off-shore-Gesellschaften betreuten. Die Kläger vermöchten nicht substantiiert nachzuweisen, dass dies ein Geschäftsgeheimnis darstelle, vielmehr sei davon auszugehen, dass dies einem grösseren Personenkreis bereits bekannt sei (act. 9 Rz. 82). Die Kläger 1 und 2 seien als Finanzintermediäre der Selbstregulierungsorganisation des Schweizerischen Anwalts- und Notarenverbands unterstellt (act. 23 Rz. 33). Das Geschäftsgeheimnis werde im Schweizerischen Recht durch Art. 162 StGB geschützt. Vorliegend qualifiziere die blosser Verbindung zwischen den Kontoinhabern und den Klägern nicht als Geschäftsgeheimnis, da es sich nicht um Informationen handle, welche einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter hätten. Zu-

dem stehe die Beklagte in keiner vertraglichen oder gesetzlichen Geheimhaltungspflicht im Verhältnis zu den Klägern und könne somit nicht als Täter dieses Sonderdelikts in Frage kommen. Es gehe vorliegend nicht um Informationen über einen Bankkunden selber, sondern lediglich über Personen, welche auf den Bankkonten der Bankkunden eine Vollmacht hätten. Vollmachtsinhaber seien weder Inhaber des Kontos noch daran wirtschaftlich berechtigt, woraus sich schliessen lasse, dass die Bank ihnen gegenüber keiner Geheimhaltungspflicht unterstehe, soweit nicht durch die Bekanntgabe der Bevollmächtigten auf die Bankkunden bzw. wirtschaftlich Berechtigten geschlossen werden könne (act. 23 Rz. 41).

4.3. Anspruchsgrundlage

4.3.1. Eine vertragliche Anspruchsgrundlage für ihr Unterlassungsbegehren wurde von den Klägern auch in Bezug auf die geltend gemachte, drohende Verletzung ihres Geschäftsgeheimnisses nicht behauptet. Auch eine gesetzliche Grundlage nennen die Kläger nicht. Der Straftatbestand der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses gemäss Art. 162 StGB, der von der Beklagten erwähnt wird, begründet sodann keinen zivilrechtlichen Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Verletzung des Geschäftsgeheimnisses.

4.3.2. Indessen sieht das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Art. 6 einen Tatbestand der Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen vor. Nach dieser Bestimmung handelt insbesondere unlauter, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ausgekundschaftet oder sonstwie unrechtmässig erfahren hat, verwertet oder anderen mitteilt. Voraussetzung ist dabei eine Wettbewerbshandlung im Sinne eines Auskundschaftens oder unrechtmässigen Erfahrens des Geheimnisses, welches anschliessend verwertet oder anderen mitgeteilt wird (MARKUS R. FRICK, in: Hilty/Arpagaus, Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2013, N 39 ff. zu Art. 6 UWG). Wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, kann dem Richter gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten. Die

Beklagte hat aber die zur Herausgabe vorgesehenen Daten der Kläger weder ausgekundschaftet noch unrechtmässig erfahren, sondern sie wurden ihr im Rahmen des Kundenverhältnisses mit den Klienten der Kläger durch diese selbst mitgeteilt. Bereits aus diesem Grund stellt die von der Beklagten beabsichtigte Datenherausgabe kein unlauteres Handeln im Sinne von Art. 6 UWG dar. Damit besteht kein Anspruch der Kläger auf Unterlassung der Datenherausgabe nach Art. 6 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG.

4.3.3. Eine andere gesetzliche Grundlage, auf welche die Kläger ihren Unterlassungsanspruch infolge drohender Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses stützen könnten, ist nicht ersichtlich.

4.4. Fazit

Es besteht kein Anspruch der Kläger auf Verbot der Datenherausgabe wegen drohender Verletzung ihres Geschäftsgeheimnisses.

5. Persönlichkeitsverletzung durch rechtswidrige Datenbearbeitung

5.1. Übersicht

5.1.1. Im Zentrum der Klage steht indessen ein Unterlassungsanspruch der Kläger gegenüber der Beklagten wegen drohender Persönlichkeitsverletzung durch rechtswidrige Datenbearbeitung.

5.1.2. Die Kläger bringen unter Berufung auf die Vorschriften des Datenschutzgesetzes im Wesentlichen vor, durch die von der Beklagten beabsichtigte Datenbekanntgabe an die US-Behörden erfolge eine unzulässige Zweckänderung der Datenbearbeitung sowie eine treuwidrige und unverhältnismässige Datenbearbeitung. Ausserdem seien die Daten nicht richtig. Und insbesondere würde es sich um eine unzulässige grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten handeln, da diese nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden könne. Die Kläger würden daher durch diese Datenbearbeitung widerrechtlich in ihrer Persönlichkeit verletzt (act. 1 Rz. 52-110; act. 15 Rz. 51 ff.). Den Unterlassungsanspruch stützen die Kläger sodann auf Art. 15 DSG in Verbindung mit Art. 28 und 28a ZGB (act. 1 Rz. 45).

5.1.3. Dagegen wendet die Beklagte zusammengefasst ein, dass die von ihr beabsichtigte Datenbekanntgabe im Einklang mit dem Prinzip der Zweckmässigkeit, dem Prinzip von Treu und Glauben sowie der Verhältnismässigkeit stehe, die Daten richtig seien und ein überwiegendes öffentliches Interesse die Datenbekanntgabe ins Ausland rechtfertige. Aus diesem Grund vertritt sie die Auffassung, dass kein Unterlassungsanspruch der Kläger wegen drohender Persönlichkeitsverletzung gegeben sei (act. 9 Rz. 62 -93; act. 23 Rz. 32).

5.2. Rechtsgrundlagen

5.2.1. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen 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). 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. In Übereinstimmung mit den Parteien (act. 1 Rz. 46, act. 9 Rz. 61) ist festzuhalten, dass die Bestimmungen des DSG auf die streitgegenständliche Datenbekanntgabe der Beklagten an die US-Behörden anwendbar sind.

5.2.2. 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, wobei die klagende Partei insbesondere verlangen kann, dass keine Daten an Dritte bekannt gegeben werden. Demnach kann, wer in seiner Persönlichkeit durch die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen widerrechtlich verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 ZGB) und diesem insbesondere beantra-

gen, die drohende Verletzung zu verbieten (Art. 15 Abs. 1 DSGVO in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

5.2.3. Zur Persönlichkeitsverletzung durch Datenbearbeitung bestimmt Art. 12 Abs. 1 DSGVO, dass, wer Personendaten bearbeitet, dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen darf; insbesondere darf er nicht Personendaten entgegen den Grundsätzen der Artikel 4, 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 DSGVO bearbeiten oder ohne Rechtfertigungsgrund Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeiten (Art. 12 Abs. 2 lit. a und b DSGVO). Widerrechtlich im Sinne von Art. 12 Abs. 1 DSGVO ist eine Verletzung der Persönlichkeit 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).

5.2.4. Zusätzlich zu den allgemeinen Grundsätzen der Datenbearbeitung, deren Verletzung nach Art. 12 DSGVO eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, sind bei Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland die besonderen Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSGVO zu respektieren (URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, in: Basler Kommentar Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N 11a zu Art. 6 DSGVO). 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 DSGVO). Abs. 2 von Art. 6 DSGVO enthält sodann einen abschliessenden Katalog von alternativen Bedingungen, unter denen eine Datenbekanntgabe ins Ausland auch bei Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, gerechtfertigt ist (URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, a.a.O., N 22c zu Art. 6 DSGVO). Aufgrund von Art. 6 Abs. 1 DSGVO gilt demnach das Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, gesetzlich als Persönlichkeitsverletzung (URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, a.a.O., N 11 zu Art. 6 DSGVO), deren Widerrechtlichkeit jedoch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO entfällt.

5.3. Persönlichkeitsverletzung durch Datenbekanntgabe ins Ausland

Die Beklagte beabsichtigt nach übereinstimmenden Parteidarstellungen die Bekanntgabe von Personendaten der Kläger im Sinne von Art. 3 lit. a, e und f DSGVO ans DoJ resp. an den IRS (act. 1 Rz. 47 ff.; act. 9 Rz. 61). Die Datenbekanntgabe soll also ins Ausland erfolgen, weshalb sie nicht nur keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 12 DSGVO bewirken darf, sondern zusätzlich den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSGVO genügen muss. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen wird zunächst geprüft.

5.3.1. Angemessener Datenschutz durch Gesetzgebung (Art. 6 Abs. 1 DSGVO)

5.3.1.1. Ein angemessener Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist dann gewährleistet, wenn die Gesetzgebung des Empfängerstaates den Anforderungen des Übereinkommens STE 108 samt Zusatzprotokoll (SR 0.235.1) entspricht (BBl 2003 2101 ff., 2128; URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, a.a.O., N 18 zu Art. 6 DSGVO; BRUNO BAERISWYL/DOMINIKA BLONSKI, in: Baeriswyl/Pärli, Stämpflis Handkommentar Datenschutzgesetz, N 14 zu Art. 6 DSGVO). Bei der Beurteilung der Angemessenheit des Schutzes im Zielland ist zu prüfen, ob die im Übereinkommen STE 108 und im Zusatzprotokoll aufgestellten Grundsätze in den Rechtsvorschriften allgemeiner und sektorieller Art und in der Rechtspraxis des Empfängerstaates berücksichtigt werden. Speziell ist zu berücksichtigen, ob die Grundsätze des DSGVO eingehalten werden, die betroffene Person bei Nichteinhaltung dieser Grundsätze ihre Interessen wahren kann, das Auskunftsrecht gewährleistet wird und ob ein unabhängiges Aufsichtsorgan besteht (BBl 2003 2101 ff., 2116; Merkblatt "Übermittlung ins Ausland kurz erklärt" des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB, abrufbar unter: <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html> besucht am 16. September 2015; URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, a.a.O., N 18 zu Art. 6 DSGVO).

5.3.1.2. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die USA keine Gesetzgebung haben, welche einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO gewährleistet (act. 1 Rz. 75, act. 15 Rz. 77; act. 9 Rz. 64). Es ist auch nicht ersichtlich, dass die US-Gesetzgebung die oben genannten Vo-

oraussetzungen für die Gewährung eines angemessenen Datenschutzes im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO erfüllen würde. Die USA sind nicht Vertragspartei des STE 108 und des Zusatzprotokolls dazu (vgl. https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/internationale-vertraege/datenbank-staatsvertraege/detailansicht-staatsvertrag.ggst0_235_contract20012356.html?_charset_=UTF-8). Ein umfassendes Datenschutzgesetz gibt es in den USA nicht. Rechtsquellen des Datenschutzes sind eine Andeutung im vierten Verfassungszusatz, risikospezifische Bundesgesetze für bestimmte Sektoren sowie das Recht der Einzelstaaten. Dem Staat ist es 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 (LOTHAR DETERMANN, in: Passadelis/Rosenthal/Thür, Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Ziff. 33.3 ff., 33.40). Entsprechend ist auch der EDÖB gemäss seiner (unverbindlichen) Länderliste der Ansicht, dass in den USA nur Datenbearbeiter, die in Bezug auf Personendaten, welche aus der Schweiz stammen, dem U.S.-Swiss Safe Harbor Framework beitreten und auf der Liste des U.S. Department of Commerce verzeichnet sind, einen angemessenen Schutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO garantieren (Länderliste abrufbar unter: <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html> besucht am 16. September 2015). Die Zertifizierung nach dem U.S.-Swiss Safe Harbor Framework führt indessen nur zum Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a DSGVO, d.h. zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzes im Ausland durch einen Vertrag, welche die Datenbekanntgabe rechtfertigt. Die Existenz des U.S.-Swiss Safe Harbor Frameworks bestätigt hinsichtlich der Gesetzgebung zum Datenschutz der USA aber ebenfalls, dass diese keinen angemessenen Schutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO gewährleistet.

5.3.1.3. Bei Bekanntgabe von Personendaten aus der Schweiz an die US-Behörden DoJ oder IRS ist somit durch die dortige Gesetzgebung kein angemessener Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO gewährleistet. Entsprechend

droht durch die beabsichtigte Bekanntgabe von Personendaten der Kläger an diese US-Behörden durch die Beklagte eine Persönlichkeitsverletzung der Kläger nach Art. 6 Abs. 1 DSG, welche nur bei Vorliegen eines der in Art. 6 Abs. 2 DSG aufgezählten Rechtfertigungsgründe nicht widerrechtlich ist.

5.3.2. Rechtfertigungsgrund nach Art. 6 Abs. 2 DSG

5.3.2.1. Die Beklagte macht geltend, dass für die von ihr beabsichtigte Datenherausgabe an die US-Behörden der Rechtfertigungsgrund von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG gegeben sei (act. 9 Rz. 64). Auf einen anderen der in Art. 6 Abs. 2 DSG aufgeführten Rechtfertigungsgründe beruft sich die Beklagte nicht.

5.3.2.2. Dennoch ist vorab darauf hinzuweisen, dass im Joint Statement (vgl. dazu auch nachfolgend Erwägungen 5.3.4.4. und 5.3.8.3.) zwischen der Schweiz und den USA keine über die amerikanischen Gesetze hinausgehende Vereinbarung über den Schutz der damit im Zusammenhang stehenden Datenbekanntgaben an US-Behörden getroffen wurde (act. 3/9 Ziff. 5), welche eine hinreichende Garantie für einen angemessenen Schutz im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG und damit einen Rechtfertigungsgrund darstellen könnte. Im Gegenteil behalten sich die USA das Recht vor, die Daten zu allen gemäss dem - keinen angemessenen Schutz bietenden - amerikanischen Recht zulässigen Zwecken zu verwenden (act. 3/9 Ziff. 5 und Program for non-prosecution Agreements or non-target letters for Swiss banks, Ziff. V, act. 3/8). Ferner liegt unstrittig auch keine die Datenbekanntgabe ins Ausland rechtfertigende Einwilligung der Kläger vor (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSG).

5.3.2.3. Im Hinblick auf die Ausführungen der Beklagten (act. 9 Rz. 32 f.) ist überdies klarzustellen, dass die abschliessende Aufzählung in Art. 6 Abs. 2 DSG eine Bewilligung des Bundesrates gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Datenbekanntgabe ins Ausland bei Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Schutz gewährleistet, nennt. Diese Bewilligung kann also nicht bereits als Rechtfertigungsgrund für die Datenbekanntgabe angesehen werden.

5.3.2.4. Nach dem von der Beklagten zur Rechtfertigung angerufenen Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO können Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden, obwohl 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, und rechtfertigt nicht die systematische und regelmässige Datenbekanntgabe. Dennoch können die übermittelten Daten eine oder mehrere Personen betreffen. Die Datenbekanntgabe muss entweder zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder alternativ in einem engen Zusammenhang mit der Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht erfolgen. Hierfür hat sie unerlässlich zu sein, so dass ohne sie der Zweck der Datenbekanntgabe nicht erreicht werden könnte (zum Ganzen: URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, a.a.O., N 32 f. zu Art. 6 DSGVO; NICOLAS PASSADELIS, in: Passadelis/Rosenthal/Thür, Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Ziff. 6.59 ff; EPINEY/FASNACHT, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 10 Rz. 23; Erläuterungen zu den Änderungen vom 17. Dezember 2004 und vom 24. März 2006 des Bundesgesetzes über den Datenschutz des EDÖB [nachfolgend zitiert: "Erläuterung des EDÖB"], S. 6, abrufbar unter <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00784/index.html?lang=de>).

5.3.2.5. Im Folgenden werden diese Voraussetzungen für eine Rechtfertigung der Datenbekanntgabe durch die Beklagte an die US-Behörden nach Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO im Einzelnen geprüft.

5.3.3. Einzelfall

Entgegen der Meinung der Kläger (act. 1 Rz. 83, act. 15 Rz. 81 f.) handelt es sich bei der von der Beklagten beabsichtigten Datenbekanntgabe um einen Einzelfall im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO. Es trifft wohl zu, dass die Leaver Liste der Beklagten, auf der diese für die bereits erfolgte Bekanntgabe an die US-Behörden die Daten der Kläger anonymisiert hatte (vgl. deren Auszug act. 3/13 resp. 11/20),

Daten von diversen Personen enthält. Dennoch handelt es sich bei der Leaver Liste und dem Sidney Bericht der Beklagten um eine einmalige Datenbekanntgabe in einer konkreten Situation und nicht um ein systematisches, regelmässiges Vorgehen. Mit der Beklagten (act. 9 Rz. 78, act. 23 Rz. 38) ist daher festzuhalten, dass diese erste Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO bezüglich Leaver Liste und Sidney Bericht der Beklagten erfüllt ist.

5.3.4. Kein Verfahren vor Gericht

5.3.4.1. Die Beklagte bringt vor, dass unter den Term "Gericht" gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO sämtliche Rechtsprechungsorgane fielen, sofern sie verbindliche Entscheidungen fällen könnten. Dieses Kriterium sei hier erfüllt, denn ein Non-Prosecution Agreement stelle eine verbindliche Nichtanhandnahme eines Strafverfahrens unter Auflagen dar. Ausserdem sei die Bekanntgabe der Daten vorliegend unerlässlich, denn um ein NPA zu erhalten, müssten alle gemäss II.D.2 US Programm geforderten Daten ans DoJ übermittelt werden, worunter auch die Daten der Kläger fielen (act. 23 Rz. 37). Es werde keineswegs verlangt, dass sich das Verfahren bereits im Stadium der Anklage befinde, sondern der Tatbestand erstrecke sich vielmehr auf das Stadium des Verfahrens, in welchem es unerlässlich werde, bestimmte Unterlagen grenzüberschreitend bekannt zu geben, wobei sich die Beklagte genau in diesem Stadium des Verfahrens befinde. Es sei unerlässlich, dem DoJ die verlangten Daten bereits im jetzigen Stadium offenzulegen, wobei in verwaltungsrechtlichen Verfahren, welche gestützt auf eine Selbstanzeige eröffnet würden und den Erlass einer Sanktion bezweckten, grundsätzlich immer volle Kooperation bezüglich des inkriminierten Verhaltens verlangt werde (act. 9 Rz. 139).

5.3.4.2. Dagegen sind die Kläger der Auffassung, dass sich die Beklagte nicht in einem gerichtlichen Verfahren gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO befinde. Gegen sie liege in den USA keine Anklage vor. Gerichtliche Verfahren sollten, wie die US-Behörden selbst zugäben, gerade erst Folge der erhältlich gemachten Daten bilden, welche neue Verfahren gegen eine unbegrenzte Zahl von betroffenen Dritten ermöglichen. Die Rechtfertigung einer Datenlieferung müsse sich sodann auf einen bestimmten Prozess beziehen und die Daten dürften nur für die Zwecke des

konkreten Verfahrens verwendet werden, wohingegen hier gerade das Gegenteil der Fall sei, denn die US-Behörden bezweckten mit den erhaltenen Daten neue Verfahren gegen eine unbegrenzte Zahl von betroffenen Dritten erst anzuzetteln (act. 1 Rz. 101 f., act. 15 Rz. 79 f.).

5.3.4.3. Es trifft zu, dass "Gericht" im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG jede Instanz mit Rechtsprechungsfunktion sein kann, sowohl ein staatliches Gericht als auch ein Schiedsgericht. Nicht in den Anwendungsbereich fallen dagegen Mediationen und aussergerichtliche Vergleiche. Des Weiteren ist die Rechtsgrundlage der Ansprüche, mit denen die Datenbekanntgabe in engem Zusammenhang stehen muss, nicht entscheidend, solange diese nach Massgabe der ausländischen Rechtsordnung Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung sein können. Keinesfalls dürfen die Daten aber für andere Zwecke gebraucht werden, d.h. deren Verwertung ist nur im entsprechenden Verfahren statthaft (NICOLAS PASSADELIS, a.a.O., Ziff. 6.62 f.; URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, a.a.O., N 33 zu Art. 6 DSG; EPINEY/FASNACHT, a.a.O., § 10 Rz. 24 f.).

5.3.4.4. Gemäss dem Joint Statement zwischen dem DoJ und dem Eidgenössischen Finanzdepartement will das DoJ durch das US Programm denjenigen Schweizer Banken, die zurzeit nicht Ziel von den durch das DoJ, Abteilung Steuern, autorisierten strafrechtlichen Ermittlungen sind, einen Weg aufzeigen, um Klarheit über ihren Status im Zusammenhang mit den laufenden Ermittlungen des Departements zu erhalten und das DoJ in seinen Strafverfolgungsbemühungen zu unterstützen. Das Programm steht dagegen denjenigen Schweizer Banken nicht zur Verfügung, gegen die die Abteilung Steuern formell strafrechtliche Ermittlungen im Zusammenhang mit ihren Geschäften zugelassen hat (act. 3/9 Ziff. 1, vgl. die inoffizielle deutsche Übersetzung abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31813.pdf>, besucht am 18. September 2015, Ziff. 1). Beim US Programm handelt es sich somit nicht um ein Verfahren vor einer Instanz mit Rechtsprechungsfunktion über Rechtsansprüche: vielmehr geht es um die Unterstützung der US-Behörden in ihren Strafverfolgungsbemühungen sowie um die Klärung des Status der Beklagten im Zusammenhang mit laufenden Ermittlungen. Zudem zeigt die Teilnahme der Beklagten

am US Programm zur Erlangung eines NPA, dass sie zurzeit nicht Ziel strafrechtlicher Ermittlungen der US-Behörden ist: durch Abschluss eines NPA würde auf Strafverfolgung verzichtet.

5.3.4.5. In Frage käme aber auch ein Verfahren vor Gericht, in dem die Beklagte nicht als Partei beteiligt ist, sondern die Datenbekanntgabe im Rahmen einer Zeugenaussage oder eines Sachverständigengutachtens erfolgt (NICOLAS PASSADELIS, a.a.O., Ziff. 6.63; EPINEY/FASNACHT, a.a.O., § 10 Rz. 25). Dies wird jedoch von der Beklagten nicht geltend gemacht. Jedenfalls erfüllt die blosser Unterstützung der US-Behörden in ihren Strafverfolgungsbemühungen gegen noch unbekannte Dritte nicht das Kriterium der Datenbekanntgabe für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG, sondern dient dazu auszuforschen, gegen wen allenfalls Rechtsansprüche bestehen könnten.

5.3.4.6. Die Datenbekanntgabe der Beklagten erfolgt somit nicht für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht, weshalb die erste Variante von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG nicht greift. Damit bleibt zu prüfen, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenbekanntgabe besteht, zu dessen Wahrung sie unerlässlich ist.

5.3.5. Datenbekanntgabe unerlässlich zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen

5.3.5.1. Bei der zweiten Variante einer Rechtfertigung der Datenbekanntgabe ins Ausland nach Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG muss ein öffentliches Interesse vorliegen, 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, sondern die Interessenabwägung hat 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 (NICOLAS PASSADELIS, a.a.O., Ziff. 6.60; EPINEY/FASNACHT, a.a.O., § 10 Rz. 23; BRUNO BAERISWYL/DOMINIKA BLONSKI, a.a.O., N 29 zu Art. 6 DSG; AMÉDÉO WERMELINGER, in: Baeriswyl/Pärli, Stämpflis Handkommentar Datenschutzgesetz, N 8 f. zu Art. 13 DSG). In Frage kommen alle aus Sicht der Schweiz bestehenden öffentlichen Interessen. Sie müssen nicht ausschliesslich der Schweiz dienen, sondern bei Datenbekanntgabe auf Wunsch eines ausländischen Staates kann es genügen, wenn die Erfüllung dieses Wunsches den schweizerischen Interessen dient. Es kann sich beispielsweise um öffentliche Interessen wirtschaftlicher, rechtlicher oder politischer Natur handeln (NICOLAS PASSADELIS, a.a.O., Ziff. 6.59; EPINEY/FASNACHT, a.a.O., § 10 Rz. 23). Überdies muss die Datenbekanntgabe für die Wahrung dieses überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich sein (NICOLAS PASSADELIS, a.a.O., Ziff. 6.61; EPINEY/FASNACHT, a.a.O., § 10 Rz. 23).

5.3.5.2. Im Folgenden ist daher gestützt auf die Parteibehauptungen zu prüfen, welche öffentlichen Interessen an der Datenbekanntgabe bestehen, zu deren Wahrung die Datenbekanntgabe unerlässlich ist, und ob diese öffentlichen Interessen die der Bekanntgabe entgegenstehenden Interessen der betroffenen Kläger überwiegen.

5.3.6. Darstellung der Beklagten

5.3.6.1. Die Beklagte macht geltend, den Interessen der Kläger an der Vermeidung persönlicher Nachteile stünden überwiegende (staats-)politische und wirtschaftliche Interessen der Schweiz an der umfassenden Erledigung des US-Steuerstreits sowie die überwiegenden Interessen des Schweizer und Tessiner Finanzplatzes im Hinblick auf den Schutz der Beklagten als wichtige Institution des Tessiner Finanzplatzes und als bedeutende Arbeitgeberin gegenüber (act. 9 Rz. 10, act. 23 Rz. 7). Die Botschaft des Bundesrates zur Lex USA, das Joint Statement, die gleichlautenden Erklärungen des National- und Ständerates, die Mitteilung der FINMA und das Merkblatt des EDÖB belegten, dass sich die offi-

elle Schweiz dafür ausgesprochen habe, dass aufgrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Bankenbranche ein gegenüber allfälligen privaten Interessen Betroffener überwiegendes, politisches und wirtschaftliches, öffentliches Interesse an der umfassenden Erledigung des US-Steuerstreits bzw. der Vermeidung weiterer Strafverfahren oder Anklagen gegen Schweizer Banken und daran bestehe, dass die Schweizer Banken durch die Teilnahme am US Programm zur Beilegung des US-Steuerstreites beitragen. Dieser Steuerstreit belaste die Beziehungen der beiden Länder seit mehr als 7 Jahren schwer. Eine baldige Beilegung des Steuerstreits sei jedoch nur durch eine effektive Teilnahme aller betroffenen Schweizer Banken zu erreichen. Entsprechend bestehe ein öffentliches Interesse daran, dass sich alle Schweizer Banken, welche Grund zur Annahme hätten, US Recht verletzt zu haben, am Programm beteiligten. Dieses Interesse sei nicht zuletzt durch die FINMA zum Ausdruck gebracht worden, welche den Banken eine Teilnahme zur Minimierung der Rechts- und Reputationsrisiken nahegelegt habe. Es bestehe aber auch ein öffentliches Interesse daran, dass die Banken vollständig kooperierten, d.h. auch unter Lieferung der geforderten Daten. Die Datenübermittlung sei durch den Bundesrat und die anderen involvierten Bundesstellen in Kauf genommen worden, um den betroffenen Banken die Lösung des US-Steuerstreits zu ermöglichen. Nur so könne der Schweizer Finanzplatz seine Vergangenheit bewältigen und in Zukunft die von Bundesrat, Parlament, FINMA und Bankenplatz gewünschte Weissgeldstrategie umsetzen. Das Dringlichkeitsgesetz "Lex USA", das den gesetzlichen Rahmen für die Kooperation der Schweizer Banken mit den US-Behörden im Hinblick auf das US Programm hätte regeln sollen, sei vom Parlament abgelehnt worden, doch hätten beide Räte am 19. Juni 2013 eine gleichlautende Erklärung verabschiedet, mit welcher sie das öffentliche Interesse der Schweiz an einer Kooperation der Schweizer Banken mit den US-Behörden feststellten (act. 9 Rz. 17 f.). Der EDÖB habe in einer Medienmitteilung vom 16. Oktober 2012 mit Bezug auf die Gruppe 1 Banken festgehalten, dass unter Berücksichtigung der Darlegungen der Bundesbehörden wie des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen, der FINMA und des Bundesamts für Justiz es nachvollziehbar sei, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenübermittlung vorliege. Es sei auch glaubhaft, dass den Banken ernsthafte Konsequen-

zen drohten, wenn der durch die US-Behörden geforderten Übermittlung nicht nachgekommen werde. Diese Ausführungen liessen sich nach Auffassung der Beklagten auf die Rechtslage der Gruppe 2 Banken übertragen (act. 9 Rz. 19). Anzumerken sei, dass bei einer nicht vollständigen Kooperation der Abschluss eines NPA in Frage gestellt und unter Umständen sogar das gesamte US Programm gefährdet werde. Das DoJ behalte sich nämlich das Recht vor, das ganze Programm zu kündigen, wenn schweizerisches Recht eine effektive Teilnahme verhindern sollte (Ziff. V.C. des US Programms). Sollten Schweizer Gerichte entgegen den diesbezüglichen Zusicherungen des Bundesrates dazu übergehen, die vom US Programm verlangten Datenlieferungen mangels eines überwiegenden öffentlichen Interesses zu blockieren, werde dies zweifelsohne in die Beurteilung des DoJ bezüglich der Widerrufbarkeit des US Programms einfließen. Es bestehe das Risiko, dass in einem Zeitpunkt, in welchem die Kategorie 2 Banken den US-Behörden bereits zahlreiche Daten geliefert hätten, das DoJ wegen der von Schweizer Gerichten ausgesprochenen Verbote betreffend Datenübermittlung das US Programm kündige und stattdessen individuelle Strafverfahren gegen jede einzelne Kategorie 2 Bank eröffne. Dadurch würde in Kauf genommen, dass das US Programm zu Fall gebracht werde im Bestreben, einzelne Individuen zu schützen, die notabene ebenfalls an der Steuerproblematik beteiligt seien und ihre Problematik durch Massnahmen wie die Teilnahme von deren US-Kunden am Offenlegungsprogramm hätten reduzieren können. Das Risiko, dass mangels genügender Datenlieferung das von der Beklagten angestrebte NPA nicht zustande komme, habe auch Implikationen für den gesamten Finanzplatz und gefährde die Reputation der Schweiz als verlässlicher Verhandlungspartner (act. 9 Rz. 19, 22, 85 - 89, 126 ff., 137; act. 23 Rz. 8, 28 f.).

5.3.6.2. Des Weiteren hält die Beklagte fest, gemäss der ihr durch Verfügung des Bundesrates erteilten Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB seien bei der Datenherausgabe zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen gewisse Modalitäten einzuhalten. Die bundesrätliche Verfügung behalte eine Interessenabwägung im Einzelfall vor, so dass Betroffene eine richterliche Überprüfung im Einzelfall verlangen könnten. Dem Einzelnen werde somit Gelegenheit gegeben, vor Gericht darzulegen, weshalb in seinem spezifischen Einzelfall eine

Datenherausgabe nicht erfolgen könne. Die Bewilligung äussere sich nicht direkt zur Zulässigkeit der Datenübermittlung gemäss Art. 6 und 12 DSGVO. Mit der Feststellung, dass keine überwiegenden Interessen Dritter ersichtlich seien, die einer Bewilligungserteilung entgegenstünden, nehme der Bundesrat aber eine klare Position im Hinblick auf die Interessenabwägung unter dem DSGVO vor (act. 9 Rz. 32 f., act. 23 Rz. 9).

5.3.6.3. Ferner führt die Beklagte aus, sie habe bei Veröffentlichung des US Programms gewusst, dass eine grosse Zahl ihrer Kunden bereits von der Möglichkeit der Selbstanzeige Gebrauch gemacht habe und entsprechend ihr Name den US-Behörden bekannt sei. Die FINMA habe in deren Positionspapier Rechtsrisiken vom 22. Oktober 2010 die Erwartung ausgedrückt, dass die Banken die erkannten Rechts- und Reputationsrisiken mit geeigneten Mitteln eliminierten oder zumindest minimierten. Die Nichtteilnahme am US Programm einer Bank, die Grund zur Annahme habe, dass sie mit dem von ihr praktizierten US-Geschäft gewisse US-Strafbestimmungen verletzt habe, könne als Verletzung des Gewährserfordernisses gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG gewertet werden und die Bank der Gefahr eines Enforcement-Verfahrens durch die FINMA aussetzen. Es habe zwar kein behördlicher Zwang zur Teilnahme der Beklagten am US Programm bestanden, doch sei ihr aus Risikoüberlegungen und im Hinblick auf die Einhaltung der bankenrechtlichen Gewährserfordernisse nichts anderes übrig geblieben als teilzunehmen (act. 9 Rz. 26 ff.; act. 23 Rz. 36). Das DoJ erwarte dabei volle Kooperation bei der Offenlegung der geforderten Informationen und die vollständige Wahrnehmung der Offenlegungspflicht (act. 9 Rz. 47, 139, act. 23 Rz. 25). Nach Information des DoJ durch die Beklagte über die vorsorgliche Blockierung der im Streit liegenden Daten durch ein Schweizer Gericht habe das DoJ dem amerikanischen Rechtsvertreter der Beklagten zu verstehen gegeben, dass es von der Beklagten im Hinblick auf den Abschluss eines NPA die Durchsetzung der Datenerlieferung verlange und über den Fortgang des Verfahrens informiert werden möchte (act. 9 Rz. 74). Die Erlangung eines NPA habe gerade das Ergebnis, dass sich die US Strafbehörden verpflichteten, auf die Einleitung eines Strafverfahrens zur Feststellung einer strafrechtlichen Schuld zu verzichten, soweit die Auflagen des NPA eingehalten würden (act. 23 Rz. 47). Schliesslich bestehe ein

öffentliches Interesse daran, dass die Beklagte erfolgreich am US Programm teilnehmen könne. Ihre Teilnahme entspreche im Hinblick auf die Minimierung der erheblichen Rechtsrisiken in den USA einer geschäftspolitischen Notwendigkeit und diene nicht zuletzt der Existenzsicherung und weiteren gedeihlichen Entwicklung der Bank, was auch den knapp 1'000 Mitarbeitenden und dem Schweizer und Tessiner Finanzplatz zu Gute komme (act. 9 Rz. 90). Die Erfahrung von Banken der Gruppe 1 zeige zudem, dass bereits die blosser Kontoeröffnung für US-Kunden, welche nach Februar 2009 und unter Inkaufnahme erfolgt sei, dass diese unversteuert sein könnten, ein Strafverfahren in den USA auslösen könne. Schon nur die Ankündigung möglicher Strafuntersuchungen durch US-Behörden führe bei einer Privatbank zu einer grossen Verunsicherung bei Kunden und Geschäftspartnern, welche den Geschäftsgang nachhaltig beeinträchtigen könne (act. 9 Rz. 26). Mit dem US Programm wolle der Bundesrat einen zweiten Fall E._____ mit all seinen negativen Konsequenzen für den Schweizer Finanzplatz vermeiden. Es sei davon auszugehen, dass im Rahmen des US Programms eine fehlende Kooperation der Beklagten die Gefahr einer Anklageerhebung durch die US-Behörden berge. Der Fall F._____ habe gezeigt, dass die USA durchaus gewillt seien, sogar im Falle einer systemrelevanten Bank Strafverfahren nur mit einem vollen Schuldeingeständnis vor Gericht zu erledigen. Dass die F._____ trotz der Verurteilung keinen Einbruch ihrer Geschäftstätigkeit habe hinnehmen müssen, sei der sorgfältigen Koordination des Schuldspruchs durch das DoJ mit allen Aufsichtsbehörden bzw. Marktakteuren zu verdanken. Es habe durchsetzen können, dass es trotz des Schuldeingeständnisses zu keinem Lizenzentzug bzw. Abbruch von Geschäftsbeziehungen gekommen sei. Ein solches Vorgehen des DoJ sei jedoch nur im Falle systemrelevanter Banken, wenn überhaupt, zu erwarten. Die Anklage eines Schweizer Instituts, sollte der Steuerstreit nicht mittels des US Programms erledigt werden können, stelle damit weiterhin eine reelle Gefahr dar (act. 9 Rz. 134 f.). Die drohende Anklage gegen die G._____ in den USA sei anfangs 2009 durch Vereinbarung eines Deferred Prosecution Agreements und Bekanntgabe von Kundendaten ans DoJ abgewendet worden. Anfangs Januar 2012 seien drei Mitarbeiter der Bank E._____ und kurz darauf die Bank angeklagt worden. Bereits die in Aussicht gestellte Anklage habe zum Niedergang der Bank ge-

führt, indem diese ihr Nicht-US-Geschäft im Rahmen eines Notverkaufs an die H._____ verkaufen und im Übrigen ihren Bankbetrieb habe einstellen müssen. Bereits hätten drei weitere Bankinstitute aufgrund einer drohenden US-Anklage den Geschäftsbetrieb einstellen müssen, nämlich die I._____ Bank, die Bank J._____ und die K._____ Bank (act. 9 Rz. 13 ff.).

5.3.6.4. In Bezug auf die Vorbringen der Kläger stellt die Beklagte klar, die Datenlieferung erfolge nicht im Hinblick auf eine Bussenreduktion, denn die Anzahl der gelieferten Daten bilde kein Kriterium für die Determinierung der Bussenhöhe (act. 9 Rz. 143, act. 23 Rz. 25, 30). Sie habe auch nie behauptet, die Gefährdung ihrer Existenz und der Stabilität des Finanzplatzes ergebe sich aus einer drohenden exorbitanten Busse. Vielmehr gehe es um die Beseitigung von Unsicherheiten auf dem Finanzplatz Schweiz und die Vermeidung einer Rufschädigung desselben (act. 9 Rz. 148).

5.3.6.5. Was die Interessen der von der Datenbekanntgabe betroffenen Kläger anbelangt, bestreitet die Beklagte, dass die geplante Datenherausgabe schon zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses an sich unterbunden werden müsse. Die Namen der Mandanten der Kläger seien nicht Teil der Datenherausgabe und die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse stammten nicht aus der anwaltstypischen Tätigkeit der Kläger. Die geplante Datenherausgabe vermöge daher das Vertrauen in das Anwaltsgeheimnis nicht zu erschüttern (act. 9 Rz. 80 f.). Ausserdem wendet sie ein, den Anklagen gegen zwei Schweizer Anwälte, auf die die Kläger verwiesen, liege ein mit der Situation der Kläger nicht vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde. Dort habe es sich um Anwälte gehandelt, die im grossen Stil US-Kunden betreut hätten. Die Anklagen stünden mit Strafverfahren gegen Banken der Gruppe 1 in Verbindung und würden der Erhöhung des Drucks auf diese Banken dienen. Diese zwei Fälle belegten gerade nicht, dass alle Anwälte, zu denen die USA über Informationen verfügten, zwangsläufig angeklagt würden. Wäre dem so, müsste es bereits eine grössere Anzahl von Anklagen geben, dürften die USA doch bereits aufgrund der zahlreichen Verfahren betreffend Offenlegung von Offshorekonten durch US-Bürger über detaillierte Kenntnisse zu anderen involvierten Anwälten verfügen. Es sei deshalb höchst unsicher, ob die von

den Klägern ins Feld geführten Freiheitsrechte überhaupt zum Tragen kämen. Wie der Fall L._____ zeige, habe eine Anklage auch nicht die von den Klägern behaupteten existenziellen Folgen. Dessen Homepage sei zu entnehmen, dass er seine Situation in den USA habe bereinigen können und weiterhin als Anwalt in der Schweiz praktiziere (act. 9 Rz. 83). Bei der grossen Anzahl von als Finanzintermediären tätigen Anwälten erscheine die bisher erfolgte Anklage in den USA von zwei Schweizer Anwälten als nicht besonders hoch und die von den Klägern geschilderten Szenarien als nicht zwingend. Insbesondere bestünden keine Anzeichen dafür, dass die blossе Übermittlung der Daten zu einer direkten Verletzung der Freiheitsrechte der Kläger führe (act. 9 Rz. 147). Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der von den Klägern geschilderten Szenarien sei keineswegs rechtsgenügend dargetan. Überdies würden die Kläger im Sidley Bericht in keiner Weise hervorgehoben, so dass nicht ersichtlich sei, weshalb die amerikanischen Behörden ausgerechnet die Kläger aus der höchst umfangreichen Masse der von sämtlichen Schweizer Banken gelieferten Daten herauspicken und strafrechtlich verfolgen sollten. Zudem hätten die Kläger, wenn sie sich nichts zu Schulden haben kommen lassen, auch nichts zu befürchten. Sollten ihre Handlungen aus US-Sicht strafrechtlich relevant sein, dann sei auch nicht einzusehen, wieso sie im Rahmen der Interessenabwägung besonders schützenswert sein sollten (act. 23 Rz. 42). Auch könnten die Kläger nicht als Unbeteiligte im Hinblick auf das vom US Programm als potentiell strafbar angesehene Verhalten qualifiziert werden. Vielmehr seien sie als Rechts- und Steuerberater sowie als Betreuer der für die Kunden errichteten Strukturen in zentraler Rolle mit der Strukturierung, Durchführung und Überwachung des grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäfts mit US-Kunden beschäftigt gewesen. Sie hätten in massgeblicher Stellung dafür gesorgt, dass die Konten im September 2009 auf die Beklagte transferiert worden seien. Der Beklagten sei keine Teilnahme der wirtschaftlich Berechtigten dieser Konten am Offenlegungsprogramm der USA bekannt, und sie verfüge auch nicht über Dokumente als Beleg für die erfolgte Versteuerung der Kundenbeziehung. Die Kläger hätten auch nichts unternommen, um die eigene Situation in den USA zu bereinigen (act. 9 Rz. 42 ff.).

5.3.6.6. Die Beklagte ist sodann der Ansicht, wäge man die Interessen der Kläger und der Öffentlichkeit gegeneinander ab, so überwiege das Interesse der Schweiz an der Bewältigung der Vergangenheit, an der Verbesserung der diplomatischen Beziehungen mit den USA und an der Neuausrichtung des Finanzplatzes und damit an der effektiven Umsetzung des US Programms durch jede einzelne Bank die privaten Interessen der Kläger bei weitem, insbesondere da diese als Finanzintermediäre selbst in das Geschäft mit unversteuerten US-Kunden involviert gewesen seien. Der Bundesrat habe mit seinem klaren Bekenntnis zum US Programm im Rahmen des Joint Statement implizit ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenherausgabe bejaht. Wenn es um die Feststellung öffentlicher Interesse im Rahmen der auswärtigen Beziehungen gehe, so sei die Meinung des Bundesrates massgebend, obliege ihm doch gemäss BV die Regelung der Aussenbeziehungen sowie der Aussenwirtschaft (act. 9 Rz. 91 ff.). Das US Programm habe den Schutz des Schweizer Bankenplatzes zum Ziel und stelle damit die Interessen der teilnehmenden Banken an einer erfolgreichen Teilnahme vor die Interessen allfälliger Dritter, welche ebenfalls in der Betreuung von US-Kunden involviert gewesen seien (act. 9 Rz. 138). Es könne nicht angehen, dass der Schutz eines privaten Interesses eines Einzelnen, der zudem an der Steuerproblematik massgeblich beteiligt gewesen sei, höher gewichtet werde, als der Schutz des Finanzplatzes Schweiz und damit der Schutz von Unbeteiligten (act. 9 Rz. 148). Bei der Abwägung sei mit einzubeziehen, dass die Datenherausgabe an eine Rechtsdurchsetzungsbehörde erfolgen solle, die an das Gesetz gebunden sei. Den Klägern stünde bei einer allfälligen Rechtsverletzung der Rechtsweg offen und sie hätten die Möglichkeit, ihre Risiken durch Kooperation mit den US-Behörden zu minimieren (act. 9 Rz. 84). Ob ein überwiegendes Interesse an der Datenübermittlung bestehe, sei jedoch nicht davon abhängig, wie viele Personendaten bereits an die USA geliefert worden seien bzw. ob nur wenige Betroffene sich gegen eine Datenlieferung wehrten. Denn dann würden die wenigen, welche der Übermittlung nicht zugestimmt hätten, davon profitieren, dass wegen der Handlungen der anderen das öffentliche Interesse an Gewicht verloren habe (act. 9 Rz. 151, act. 23 Rz. 6).

5.3.6.7. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 16. Dezember 2015 wurde von den Parteien als Novum das vom DoJ mit der Beklagten abgeschlossene Non-Prosecution Agreement vom 10. Dezember 2015 samt Anhang vorgelegt (act. 41/2-2). Dabei handelt es sich zweifelsohne um ein echtes Novum, welches ebenso wie die darauf bezogenen Ausführungen der Parteien zu Beginn der Hauptverhandlung noch vorgebracht werden konnten und zu berücksichtigen sind (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Beklagte führte dazu aus, ihre Pflicht zur Lieferung der Daten und zur Kooperation mit dem DoJ bestehe für die nächsten 4 Jahre weiter. Das NPA könne ihr entzogen werden, wenn sie den Aufforderungen des DoJ nicht nachkomme. Ihre Lage sei ungemütlich, da das DoJ sehr viele Informationen von ihr habe und damit einfacher gegen sie vorgehen könne. Ihre Lage sei allein durch den Abschluss des NPA nicht verbessert, sondern nur durch die Einhaltung der dortigen Verpflichtungen. Nach § 5 NPA müsse sie weiterhin alle Informationen über ihr früheres US-Geschäft offenlegen. Der die Klägerin betreffende Sachverhalt sei für das DoJ von besonderem Interesse, was sich darin zeige, dass er als einer der wenigen Sachverhalte im Statement of Facts namentlich ausgeführt werde. Das DoJ wolle diesen Sachverhalt aufgeklärt haben und von ihm sei klar die Aufforderung an die Beklagte ergangen, dass es diese Daten wolle und die Beklagte sie liefern müsse. Es stehe im Belieben des DoJ, das NPA zurückzuziehen und darauf zurückzukommen, wenn die Verpflichtungen der Beklagten nicht eingehalten würden. Dann bestehe das Risiko eines Strafverfahrens und im schlimmsten Fall einer Anklage der Beklagten, ein reelles Risiko, da die Beklagte auf Verjährungseinreden verzichtet und sehr viele Daten geliefert habe. Es gehe um den Bankplatz und die Vermeidung solcher Verfahren (Prot. S. 16 f.).

5.3.7. Darstellung der Kläger

5.3.7.1. Die Kläger führen demgegenüber aus, es sei nicht ersichtlich, welches überwiegende öffentliche Interesse die Beklagte wahrnehmen wolle. Durch die freiwillige Teilnahme am US Programm verzichte sie auf ein ordentliches Verfahren in den USA bei gleichzeitigem Eingeständnis eigenen Fehlverhaltens, welches eine Busse nach sich ziehen werde. Sie verfolge mit der Datenherausgabe ausschliesslich eigennützige wirtschaftliche Interessen, ein öffentliches Interesse

an einer reduzierten Busse der Beklagte bestehe nicht (act. 1 Rz. 80 ff.). Andere Banken, welche sich dazu entschieden hätten, nicht am US Programm teilzunehmen oder aus diesem auszusteigen, erfüllten genau dieselben öffentlichen Interessen. Keine jener Banken, welche ausgestiegen seien oder gar nicht erst teilgenommen hätten, sei bis anhin in der Schweiz oder den USA als Folge der Nichtteilnahme oder des Ausstiegs in irgendein Verfahren verwickelt worden. Damit sei erstellt, dass der geschäftspolitische Entscheid jener Banken, aus dem US Programm auszusteigen oder an diesem gar nicht erst teilzunehmen, dieselbe Legitimität geniesse (act. 15 Rz. 9). Inzwischen seien zahlreiche Banken ohne jede Konsequenzen aus dem US Programm ausgestiegen; Schätzungen zufolge rund 30 der ursprünglich rund 100 Banken. Eine Reihe weiterer Banken habe bekannt gegeben, am US Programm an sich nicht teilnehmen zu wollen. Wäre eine Nichtteilnahme am bzw. ein Ausstieg aus dem US Programm ein derartiges Spiel mit dem Feuer, hätten sich nicht derart viele Institute für diesen Weg entschieden. Die Teilnahme am US Programm sei weder gestützt auf Risikoüberlegungen noch zwecks Erfüllung des Gewährserfordernisses notwendig (act. 15 Rz. 38 ff.). Die Teilnahme am US Programm sei für die Beklagte freiwillig. Weder unter schweizerischem noch unter US Recht bestehe eine Verpflichtung. Dadurch verzichte die Beklagte auf ein ordentliches Verfahren vor den US Strafverfolgungsbehörden, bei gleichzeitigem Eingeständnis eigenen Fehlverhaltens, welches eine Busse nach sich ziehen werde. Dies komme einem Vergleich nahe, mit dem die Beklagte in erster Linie die Rechtsposition von Dritten schädige, denen von den USA keinerlei Fehlverhalten vorgeworfen werde. Bis zum Zeitpunkt der Replik sei nicht bekannt, dass auch nur gegen eine Bank, die sich zur Nichtteilnahme oder zum Ausscheiden aus dem US Programm entschieden habe, von der FINMA ein Enforcement-Verfahren eingeleitet worden wäre. Die Alternative zum US Programm bestehe schlicht in einem ordentlichen Untersuchungsverfahren vor den US Strafverfolgungsbehörden und allenfalls anschliessend einem ordentlichen Gerichtsverfahren. Die Gewährsfrage könnte sich hypothetisch nur dann stellen, wenn dieses Prozedere durchlaufen wäre und zu einem Schuldspruch geführt hätte. Ein Schuldspruch sei aber nur schon deswegen unwahrscheinlich, weil die US-Behörden selbst keine Mittel scheuten, den Lizenzentzug einer Bank nicht zu ris-

kieren, solange sie nur genügende Bussgeldzahlungen erwirken könnten (act. 15 Rz. 28 ff.).

5.3.7.2. Ferner legen die Kläger dar, die Befürchtungen der Banken von hohen Bussen hätten sich nicht bewahrheitet. Insbesondere die neuartige Berechnungsmethode, welche von den US-Behörden selbst definiert worden sei, zeige, dass eine existentielle Bedrohung in keinem Fall zur Debatte stehe. Entsprechend schätzten renommierte Beratungsunternehmen die Aussichten für (Privat-)Banken keinesfalls so düster ein, wie diese ihre eigene Situation darzustellen versuchten. Schliesslich sei von einer weiteren Deeskalation im Steuerstreit auszugehen, da nach dem Rücktritt von Justizminister M._____ dessen Nachfolger andere Schwerpunkte setzen müsse (act. 1 Rz. 43 f.). Es bestehe weder hinsichtlich einer allfälligen Strafuntersuchung noch vor dem Hintergrund von US-Drohungen von Anklagen gegen Banken eine reale Gefahr für die Beklagte. Bekanntlich liefen oder laufen gegen 14 Banken formelle Strafuntersuchungen, doch habe keine davon durch die Einleitung einer solchen formellen Strafuntersuchung einen ernstlichen Nachteil erlitten. Das von der Beklagten zitierte Beispiel der Bank K._____ zeige, dass das Ergebnis einer solchen Untersuchung in einer moderaten Busse bestehen könne. Die Einstellung des Geschäftsbetriebes dieser Bank habe ihren Grund gerade nicht in der verhängten Busse gehabt (act. 15 Rz. 33 f.). Der Fall E._____ sei mit der Situation der Beklagten nicht vergleichbar. Die Beklagte sei weder in den USA angeklagt, noch bestehe Grund zur Annahme, eine Anklage stehe bevor. Der Bank E._____ sei vorgeworfen worden, nach Bekanntwerden von Verstössen von G._____ -Kunden gegen das US-Steuerrecht proaktiv und gezielt in mutmasslich konspirativer Mitwirkung der Bank solche Kunden abgeworben zu haben. Dieser Vorwurf stehe gegenüber der Beklagten nicht im Raum. Gerade das Beispiel E._____ zeige, dass selbst im Falle eines Gerichtsverfahrens in den USA im Notfall die für die Schweiz relevanten Geschäftsteile und Vermögenswerte innert Stunden ausgelagert werden könnten und das für den schweizerischen Finanzplatz wichtige Kerngeschäft einer CH-Bank somit so oder anders nicht gefährdet wäre. Auch sei die damalige Situation der G._____, die zu der vom Bundesgericht gestützt auf die Polizeigeneralklausel geschützten Herausgabe von Bankkundendaten geführt habe, mit der heutigen Sachlage nicht

vergleichbar. Fakt sei auch, dass bis heute mit Ausnahme der Bank E._____ kein einziges schweizerisches Finanzinstitut in den USA angeklagt und verurteilt worden sei. Auch sei aufgrund der damaligen Finanzkrise in den USA eine Anklage gegen die G._____ nie wahrscheinlich gewesen. Dies gelte noch heute, da die USA sich angesichts ihrer Rekordverschuldung stets am Rande des wirtschaftlichen Kollapses befänden und sich eine Destabilisierung der Finanzmärkte gar nicht leisten könnten. Eine Anklage gegen die Beklagte sei auch deshalb unrealistisch, weil die Beklagte im Gegensatz zur G._____, die in voller Absicht ein System entwickelt habe, wie sich die Vorschriften des US-Steuerrechts durch Ausnutzen von Lücken im Qualified Intermediary Agreement umgehen liessen, nie ein solches System entwickelt habe. Selbst die F._____, welche wohl die exponiertere Bank unter jenen der Kategorie 1 darstelle, habe kein derartiges System entwickelt und sei mittels ihres Schuldeingeständnisses einer Anklage entgangen. Diese Verfahrenserledigung sei nicht zuletzt deshalb möglich gewesen, weil die US-Behörden selbst einen Weg gesucht hätten, ein Schuldeingeständnis und eine möglichst hohe Busse zu erlangen, ohne dass der Bank die Lizenz verloren ginge. Der Fall F._____ zeige, dass real keine Gefahr einer Anklageerhebung in den USA gegen eine Schweizer Bank, selbst nicht im Fall einer Kategorie 1 Bank, bestehe. Die F._____ habe infolge ihres Schuldeingeständnisses in den USA keinerlei bekannte Nachteile erlitten, die sie in ihrer Geschäftstätigkeit beeinträchtigen würden. Der Beklagten drohe schlimmstenfalls eine Busse, sonst nichts (act. 1 Rz. 87 ff., act. 15 Rz. 35 ff.). Doch selbst wenn das Szenario einer möglichen Anklageerhebung real gewesen wäre oder in Bezug auf die Beklagte real bestehen würde, würde dies an der mangelnden Rechtfertigung infolge fehlenden überwiegenden öffentlichen Interesses nichts ändern. Habe die Beklagte tatsächlich Verfehlungen begangen - worauf ihr freiwilliger Verbleib im US Programm schliessen lasse - sei es allein ihre Sache, für diese gerade zu stehen und die Konsequenzen zu tragen. Es könne nicht im öffentlichen Interesse sein, einzelne Privatrechtssubjekte um jeden Preis schützen zu wollen und alle anderen Rechtssubjekte dafür schutzlos der Willkür fremder Staaten auszuliefern (act. 1 Rz. 96 ff.).

5.3.7.3. Die Kläger stellen ausserdem fest, die Erteilung der Bewilligung nach Art. 271 Abs. 1 StGB durch den Bundesrat behalte ausdrücklich die richterliche

Überprüfung der Einhaltung schweizerischen Rechts vor. Weder das Parlament, das der Lex USA nicht zugestimmt habe, noch der Bundesrat, der die Einhaltung von Schweizer Recht ausdrücklich zur *conditio sine qua non* gemacht habe, hätten gewollt, dass die Datenherausgabe im Belieben der Beklagten stehe. Die Musterverfügung sei den US-Behörden vor Bekanntgabe des US Programms bekannt gewesen und sie hätten somit anerkannt und akzeptiert, dass im Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen werden müsse und die Gerichte das letzte Wort haben würden (act. 15 Rz. 6 f., 20, 102). Auch das Merkblatt des EDÖB halte fest, dass nur eine Interessenabwägung im konkreten Fall unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Schranken von Art. 6 und 13 DSG eine Datenlieferung allenfalls zu rechtfertigen vermöge und dem Betroffenen der Gang vor den Richter offenstehen müsse (act. 15 Rz. 21). Die Zusicherung der Eidgenossenschaft im Joint Statement, dass das anwendbare Recht Schweizer Banken an einer effektiven Teilnahme am US Programm nicht hindere, meine nur, dass keine schweizerische Norm existiere, welche das Programm als solches verbieten würde, und nicht etwa, dass sich die Beklagte bereits aufgrund der erteilten Bewilligung auf ein angebliches öffentliches Interesse berufen könne. Aus diesen Verlautbarungen könne daher nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass das öffentliche Interesse gegenüber allfälligen privaten Interessen als überwiegend angesehen werde (act. 15 Rz. 25 f., 101). Ebenso wenig gefährde ein Verbot einer Datenlieferung im Einzelfall die effektive Teilnahme am US Programm, denn wie die Beklagte selbst ausführe, sende sie im schlechtesten Fall einzig jene Daten der Kläger im vorliegenden Verfahren nicht an die US-Behörden, und es sei ausgeschlossen, dass allein deshalb das US Programm beendet würde (act. 15 Rz. 104). Es sei nicht erkennbar, inwiefern eine Nichtbekanntgabe der Daten der Kläger die Beklagte überhaupt daran hindern oder es ihr auch nur erschweren könnte, ihren freiwilligen Pflichten gemäss dem US Programm nachzukommen (act. 1 Rz. 82). Jedenfalls zeige das von den USA mit N._____ abgeschlossene NPA, dass es angesichts des im Vergleich zur N._____ mutmasslich erheblich beschränkteren Fehlverhaltens der Beklagten völlig unverhältnismässig sei, aus dem kleinen streitgegenständlichen Fall betreffend von Anwälten eingerichtete Konten, die nicht im Fokus des DOJ stünden, ableiten zu wollen, dass die Beklag-

te bloss deshalb in ihrer Teilnahme am US Programm beeinträchtigt würde (act. 19 Rz. 17).

5.3.7.4. Zu ihren eigenen Interessen führen die Kläger aus, die US-Behörden würden im grossen Stil Daten bezüglich angeblicher Beteiligter an Vermögensstrukturierungen und ähnlichen Tätigkeiten sammeln und nahezu uneingeschränkt Daten zwischen den Behörden austauschen, ohne dass dies genehmigt oder transparent gemacht werde. Sie schreckten auch nicht davor zurück, selbst Schweizer Bürger oder in der Schweiz praktizierende Rechtsanwälte mit US Staatsangehörigkeit zur Verhaftung auszuschreiben oder anzuklagen, obwohl die erfolgten Tätigkeiten weder einen Verstoss gegen geltendes Schweizerisches Recht noch gegen (damals) geltendes US-Recht darstellten (act. 1 Rz. 131). Gegen sie habe zu keinem Zeitpunkt der Verdacht einer Straftat bestanden, weder unter schweizerischem noch unter US-Recht. Ihre Tätigkeit habe sich jederzeit auf gesetzeskonforme und der anerkannten Tätigkeit von Rechtsanwälten entsprechende Tätigkeit im Rahmen der geltenden Rechtsordnung beschränkt (act. 1 Rz. 70, 108). Doch Mitglieder einer Anwaltskanzlei, welche den US-Behörden im Rahmen von Datenlieferungen bekannt würden und die anschliessend als konspirativ zu den Handlungen der Bankkunden im Sinne des US Rechts beurteilt würden, riskierten schlimmstenfalls als potentielle Mitverschwörer beim Verlassen des Staatsgebiets der Schweiz verhaftet und an die USA ausgeliefert zu werden. De facto bildeten die schweizerischen Landesgrenzen für die Mitglieder und Mitarbeiter einer von einer Datenherausgabe betroffenen Kanzlei eine Art Gefängnis. Weiter sei evident, dass sich in Zukunft wohl kaum ein Arbeitnehmer finden werde, der ein solches Risiko eingehen wolle. Seien die Daten einmal in den Händen der US-Behörden, seien sie der informationellen Selbstbestimmung der Kläger entzogen. Die Konsequenzen einer Datenverwendung in den USA seien völlig unklar. Gemäss Ziff. 5 des Joint Statement sei davon auszugehen, dass die zur Verfügung gestellten Personendaten nur zu Strafverfolgungszwecken inkl. Regelungsmassnahmen in den USA oder zu anderen gemäss US Recht gestatteten Zwecken verwendet werden. Für die Kläger bestehe aber weder eine Garantie, dass die US-Behörden die streitgegenständlichen Daten nur im vorgegebenen Zusammenhang benutzen, noch eine Möglichkeit zu erfahren, wer, wann und wo

Daten speichere und wie diese gegebenenfalls verwendet würden. Dies könne aber beinahe alles heissen, und aufgrund dieser diffusen Formulierung werde ersichtlich, welcher komplexen Schaden eine Datenherausgabe bewirken würde. Die Datenlieferung der Beklagten an die US-Behörden, soweit sie die Bekanntgabe der Daten der Kläger umfasse, würden daher nicht nur eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte, des Geschäftsgeheimnisses und des Anwaltsgeheimnisses der Kläger darstellen, sondern gleichzeitig eine nicht mehr wiedergutzumachende Verletzung der von der Verfassung geschützten Freiheitsrechte der Kläger bewirken (act. 1 Rz. 132 ff., act. 15 Rz. 98). Daran ändere auch die Entwicklung im Fall L. _____ nichts, da er nur deswegen einer Anklage in der USA entgangen sei, weil er offenbar über Informationen für einen Deal mit den US-Behörden verfügt habe, so dass man ihn habe laufen lassen. Durch Informationserteilung einem Verfahren zu entgehen, scheidet für all diejenigen Personen aus, deren Namen im Rahmen des US Programms den US-Behörden bekannt würden. Es sei zwar richtig, dass die Kläger nicht im grossen Stil US Kunden betreut hätten. Unzutreffend sei aber, dass daraus folge, dass keine Gefahr bestehe, dass die Kläger 1 oder 2 deswegen verhaftet werden könnten. Wenn die Beklagte stets behaupte, selbst die blosser Annahme von Geldern, welche möglicherweise un versteuert gewesen seien, könne bei ihr zu einer Anklage führen, so müsse dies auch für die Kläger gelten. Die US-Behörden würden auch Einzelfälle verfolgen. Die Gefahr einer Verhaftung und/oder strafrechtlichen Verfolgung aufgrund der geplanten Datenherausgabe sei damit real und habe für die Kläger unabsehbare Folgen (act. 15 Rz. 96 ff.). Dass derzeit keine vermehrte Tätigkeit der US-Behörden zu verzeichnen sei, sei damit zu erklären, dass diese wiederum abwarteten, bis die Daten aus dem US Programm ausgewertet seien, auch um die anstehenden Datenlieferungen nicht zu gefährden (act. 15 Rz. 199).

5.3.7.5. Zur Abwägung der Interessen vertreten die Kläger die Ansicht, der Beklagten gehe es mit der Datenbekanntgabe einzig darum, ihre Busse an die US-Behörden zu reduzieren. Sie verfolge damit einzig eigene wirtschaftliche Interessen. Den Klägern drohten demgegenüber eine widerrechtliche Verletzung ihres absolut geschützten Persönlichkeitsrechts durch die Beklagte und als Konsequenz der Datenherausgabe strafrechtliche Verfahren im Ausland, welche zu ei-

nem Verlust der Bewegungsfreiheit und einem schwere Eingriff in die Freiheitsrechte der Kläger führten. Überdies drohe ihnen eine völlige Ungewissheit darüber, ob im Ausland gegen sie infolge der Datenübermittlung Verfahren eröffnet würden, und es sei nicht abschätzbar, welche Daten der Kläger effektiv ausgehändigt würden (act. 1 Rz. 137 ff.). Dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung und Respektierung des Bank-, Geschäfts- und Anwaltsgeheimnisses gemäss der schweizerischen Gesetzgebung einschliesslich der Rechts- und Amtshilfebestimmungen müsse bei der Interessenabwägung zweifelsfrei der Vorrang eingeräumt werden gegenüber dem Partikularinteresse der Beklagten, ihre freiwilligen Streitbeilegungskosten im Ausland zu reduzieren (act. 1 Rz. 141).

5.3.7.6. Veranlasst durch den Abschluss des NPA der Beklagten am 10. Dezember 2015 führten die Kläger anlässlich der Hauptverhandlung vom 16. Dezember 2015 überdies aus, dass der Abschluss des NPA die Erfüllung der Bestimmungen des US Programms durch die Beklagte gegenüber dem DoJ bedeute, welches sich entsprechend im NPA verpflichtet habe, kein Strafverfahren gegen die Beklagte durchzuführen. Die Beklagte habe das im Statement of Facts geschilderte Verhalten anerkannt und sich innert 7 Tagen seit Abschluss des NPA zu einer Strafzahlung von USD 5'068'000 verpflichtet. Mit Bezahlung dieses Betrages habe die Beklagte sämtliche Pflichten unter dem US Programm erfüllt. Die sogenannten II.D.2.-Daten seien mit Abschluss eines NPA zu liefern und die Daten der Kläger stellen solche Daten dar. Mit Abschluss des NPA vom 10. Dezember 2015 habe die Beklagte diese Daten folglich geliefert. Die Daten der Kläger seien in anonymisierter Form bereits dem DoJ geliefert worden. Eine Pflicht der Beklagten zur aktiven Nachlieferung der bereits in anonymisierter Form gelieferten II.D.2.-Daten enthalte das NPA nicht. Eine solche bestehe einzig für II.D.1.-Daten. Zusätzliche Unterlagen und Informationen müsse die Beklagte nur auf explizites Verlangen des DoJ liefern (act. 40 Rz. 10 ff. und Prot. S. 16). Weiter halten die Kläger fest, jede nachträgliche Lieferpflicht von Daten unter dem NPA stehe gemäss ausdrücklichem Wortlaut unter Vorbehalt der anwendbaren Gesetze und Regulierungen. Die Beklagte treffe deshalb keine Lieferpflicht, wenn die Schweizer Gesetze einer Lieferung bestimmter Daten entgegenstünden. Verbiete ein Gericht in der Schweiz eine Datenlieferung, bedeute dies eine Befreiung der Beklagten von

einer Lieferpflicht, selbst wenn noch eine Aufforderungen zur nachträglichen Lieferung erfolgen würde (act. 40 Rz. 22 ff. und Prot. S. 16). Schliesslich bringen die Kläger vor, im Statement of Facts werde deutlich, dass der Sachverhalt betreffend die Kläger in dessen Rz. 32-33 besonders hervorgehoben werde. Da nun aber gleichzeitig die Kläger die einzigen seien, die sich einer Datenherausgabe widersetzt hätten und deren Daten anonymisiert geliefert worden seien, und der Independent Examiner die II.D.2.-Daten geprüft habe, das DoJ aber keinerlei Hinderungsgrund für den Abschluss eines NPA erblickt habe, sei ausgeschlossen, dass das DoJ die Beklagte nachträglich auffordern könnte, diese Daten noch in nicht-anonymisierter Form zu liefern (act. 40 Rz. 26 ff.).

5.3.8. Interessenabwägung des Gerichts

5.3.8.1. Eingangs ist festzuhalten, dass der im Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 9. Juli 2015 vorgenommenen Interessenabwägung, deren Geltung die Kläger auch in diesem Verfahren verlangen (act. 30 S. 6 ff.), keinerlei bindende Wirkung im vorliegenden Prozess zukommt. Auf dieses Urteil ist daher nicht weiter einzugehen.

5.3.8.2. Ein erhebliches öffentliches Interesse der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreits mit den USA ohne weitere Strafverfahren oder Anklagen gegen Schweizer Banken und an der Vermeidung einer weiteren Eskalation ist aufgrund der Bedeutung der Bankenbranche für die schweizerische Volkswirtschaft und zur Wahrung der Reputation des Landes zweifellos zu bejahen. Auch die Kläger stellen dies nicht grundsätzlich in Abrede. Die entsprechende Erkenntnis führte denn auch dazu, dass der Bundesrat gestützt auf ein am 26. Oktober 2011 verabschiedetes Mandat mit den amerikanischen Justiz- und Steuerbehörden Gespräche zur Beilegung des Steuerstreits führte. Als Ergebnis legte er den Eidgenössischen Räten das Bundesgesetz über Massnahmen zur Erleichterung der Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten samt Botschaft vom 29. Mai 2013 zur Beschlussfassung vor (Vorlage 13.046, BBl 2013 3947 - 3956, "Lex USA"; act. 11/5), auf das auch die Parteien Bezug nehmen. In seiner Botschaft erklärte der Bundesrat, dieser Lösungsansatz würde den Banken, die dies wünschen, erlauben, einen Schlussstrich unter den Steuerkonflikt

mit den Vereinigten Staaten zu ziehen. Mit dem Gesetzesentwurf werde die Verantwortung gegenüber dem Finanzplatz, den Banken, den Bankkunden und den Bankmitarbeitenden wahrgenommen, während ohne diese gesetzliche Grundlage die Unsicherheit für den Finanzplatz fortbestehen würde (BBI 2013 3947-3956, 3948 f.; act. 11/5). Im Weiteren hielt der Bundesrat unter anderem Folgendes fest (BBI 2013 3947-3956, 3951 f.; act. 11/5):

"Die Herausgabe von Personendaten ist ausser im Falle der Einwilligung des Betroffenen unter anderem dann nicht widerrechtlich, wenn sie durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder durch eine gesetzliche Regelung gerechtfertigt ist. Würde ein Gericht die Herausgabe ablehnen, was gerade im Falle von Dritten in gewissen Konstellationen trotz hohem öffentlichem Interesse nicht für jeden Fall im Voraus ausgeschlossen ist, könnte die betroffene Bank somit ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht hinreichend erfüllen. Als Folge davon könnte sie möglicherweise kein Non-Prosecution Agreement oder Deferred Prosecution Agreement abschliessen und damit ihre Vergangenheit im Rahmen des vom DoJ offerierten Lösungsansatzes nicht regeln. Die insbesondere auch von den Banken geforderte definitive Lösung im Rahmen der Schweizer Rechtsordnung wäre damit nicht erfüllt."

[...]

"Mit der vorliegenden Botschaft werden deshalb die Gesetzesbestimmungen vorgeschlagen, die eine hinreichende Kooperation der Banken mit den US-Behörden ermöglichen. Diese sehen namentlich vor:

- eine Ermächtigung an die Schweizer Banken, den US-Behörden die nötigen Informationen zur Wahrung ihrer Interessen zu liefern, einschliesslich der für den Abschluss eines Deferred Prosecution Agreement oder Non-Prosecution Agreement notwendigen Leaver-Listen sowie Angaben über Personen, welche innerhalb einer Bank das grenzüberschreitende Geschäft mit US-Kunden organisiert, betreut oder überwacht haben, und Angaben über Dritte, die mit einer solchen Geschäftsbeziehung in einem Zusammenhang stehen;
- eine Regelung zum grösstmöglichen Schutz der von den Datenlieferungen betroffenen Bankmitarbeitenden."

In Bezug auf die von der Datenbekanntgabe betroffenen Dritten sah der Gesetzesentwurf vor, dass diese im Voraus über Umfang und Art der zu übermittelnden Dokumente sowie über den Zeitraum, aus dem sie stammen, hätten in Kenntnis gesetzt werden müssen (BBl 2013 3947-3956, 3954; act. 11/5; vgl. Art. 2 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes). Das Bundesgesetz wurde jedoch vom Parlament durch (doppeltes) Nichteintreten des Nationalrats auf die entsprechende Vorlage 13.046 (AB 2013 N 1109) verworfen. Stattdessen gaben National- und Ständerat gleichlautende Erklärungen ab, sie seien "zum Schluss gelangt, dass die Banken im Steuerstreit mit den USA ihre Vergangenheit bereinigen sollen", und würden die Notwendigkeit einer raschen Lösung anerkennen. Ausserdem würden sie erwarten, dass der Bundesrat im Rahmen des geltenden Rechts alle Massnahmen ergreife, um die Banken in die Lage zu versetzen, mit dem Department of Justice zu kooperieren (Ständerat Geschäft 13.053; Nationalrat Geschäft 13.054; act. 11/7). Doch entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich aus dem vom Bundesrat vorgelegten Gesetzesentwurf "Lex USA" und seiner Botschaft gerade, dass er es zur Beseitigung der Unsicherheiten des Finanzplatzes und zur Wahrung der öffentlichen Verantwortung gegenüber dem Finanzplatz, den Banken, den Bankkunden und den Bankmitarbeitenden als genügend erachtete, dem Willen der Banken anheim zu stellen, mit dem DoJ zu kooperieren, um ein Deferred Prosecution Agreement oder ein NPA zu erlangen. Der vorgelegte Gesetzesentwurf enthielt keine Verpflichtung der Banken zur Vergangenheitsregelung durch Kooperation mit dem DoJ, sondern sollte eine solche nur ermöglichen für diejenigen Banken, die dies wünschten. Demzufolge bestand nach seiner Ansicht gerade keine Notwendigkeit der vollständigen Kooperation sämtlicher möglicherweise betroffenen Banken zur Wahrung dieser öffentlichen Interessen. Durch das Nichteintreten des Nationalrates auf die Vorlage und das Scheitern des Gesetzesentwurfes ging das eidgenössische Parlament zudem bewusst das in der Botschaft des Bundesrates geschilderte Risiko ein, dass ein Gericht mangels Existenz einer gesetzlichen Grundlage für die Datenbekanntgabe gestützt auf die Datenschutzbestimmungen die Herausgabe ablehnen könnte, wodurch die betroffene Bank ihre Kooperationsverpflichtungen gegenüber dem DoJ nicht hinreichend erfüllen und damit ihre Vergangenheit nicht im Rahmen des vom DoJ offerierten Lö-

sungsansatzes regeln könnte. Demnach erachtete es auch das Schweizerische Parlament entgegen der Darstellung der Beklagten nicht als unerlässlich zur Wahrung der öffentlichen Interessen, dass sämtliche Banken vollumfänglich mit den US-Behörden kooperieren können. Zusammengefasst erlaubt es diese klare Haltung von Exekutive und Legislative dem urteilenden Gericht nicht, davon abzuweichen. Damit ist festzustellen, dass es zur Wahrung des eingangs geschilderten öffentlichen Interesses nicht unerlässlich ist, dass sämtliche vom Steuerstreit betroffenen Schweizer Banken unter vollständiger Kooperation durch Bekanntgabe aller verlangten Daten am US Programm teilnehmen. Die Bekanntgabe der Personendaten der Kläger ist folglich zur Wahrung dieses öffentlichen Interesses nicht unerlässlich. Deshalb ist dieses öffentliche Interesse nicht in die Interessenabwägung einzubeziehen.

5.3.8.3. Nachdem die Lex USA gescheitert und dem Bundesrat durch das Parlament die Regelung des Steuerstreits im Rahmen des geltenden Rechts aufgetragen worden war, unterzeichnete das Eidgenössische Finanzdepartement im Namen der Schweiz mit dem DoJ das Joint Statement vom 29. August 2013 (act. 3/9); das DoJ verkündete gleichentags das US Programm. Dabei handelt es sich demnach um die von Exekutive und Legislative gewählte Lösung zur Wahrung des öffentlichen Interesses der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreits mit den USA unter Vermeidung weiterer Strafverfahren und Anklagen gegen Schweizer Banken und einer weiteren Eskalation. Von Seiten der Schweiz wurde im Joint Statement namentlich folgende Erklärung abgegeben (act. 3/9 Ziff. 2, vgl. die inoffizielle deutsche Übersetzung abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31813.pdf>, besucht am 18. September 2015, Ziff. 2):

"2. Die Schweiz begrüsst die Bemühungen des US-Justizdepartements, das Programm bereitzustellen, und beabsichtigt, die Schweizer Banken auf die Programmbedingungen aufmerksam zu machen, und ermutigt diese, ihre Teilnahme daran zu erwägen. Die Schweiz weist darauf hin, dass das Schweizer Parlament in seiner Deklaration vom 19. Juni 2013 den Schweizerischen Bundesrat auffordert, das rechtlich Mögliche zu unternehmen, damit die Schweizer Banken mit dem US-Justizdepartement zusammenarbei-

ten können. Die Schweiz sichert zu, dass das geltende schweizerische Recht eine effiziente Teilnahme der Schweizer Banken gemäss den im Programm festgelegten Bedingungen erlaubt."

Ein öffentliches Interesse an der Einhaltung und Aufrechterhaltung dieser Lösung für die Schweizer Banken in Form des US Programms ist daher mit der Beklagten auch unter Hinweis auf die Reputation der Schweiz als Verhandlungspartnerin zu bejahen. Das US Programm enthält indessen folgende Bedingung (act. 3/8 Ziff. V.C.):

"This Program is conditioned on the intention of Switzerland, as stated in the Joint Statement between the U.S. Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance dated August 29, 2013, to encourage Swiss Banks to consider participation in the Program. Should Switzerland fail to provide or act to withdraw such encouragement, or should legal barriers prevent effective participation by the Swiss Banks on the terms set out in this Program, this Program may be terminated by the Department."

Um eine allfällige Kündigung des US Programms durch das DoJ gestützt auf diese Klausel zu verhindern und ihre Interesse zu wahren, hat die Schweiz mithin dafür zu sorgen, dass sie die von ihr im Joint Statement Ziff. 2 gemachten Zusicherungen einhält. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist dies aber nicht nur dann möglich, wenn alle teilnehmenden Banken sämtliche Daten bekanntgeben und kein gerichtliches Verbot einer Datenbekanntgabe im Einzelfall gestützt auf die Bestimmungen des DSG ausgesprochen wird. Vor Unterzeichnung des Joint Statement und Veröffentlichung des US Programms legte der Bundesrat nämlich am 3. Juli 2013 die von den Parteien erwähnte Musterverfügung betreffend Bewilligung gemäss Art. 271 StGB samt der Wegleitung des Eidgenössischen Finanzdepartements für Schweizer Banken, die beabsichtigen, am US Programm des DoJ zur Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten von Amerika teilzunehmen, vor (act. 3/12, insbes. Variante 2 des Sachverhalts auf S. 2 der Musterverfügung). Die Ausarbeitung und Veröffentlichung der Musterverfügung wurde somit im Zusammenhang mit der bevorstehenden Unterzeichnung des Joint Statement notwendig und erfolgte insbesondere, um die Einhaltung der Zusicherungen der Schweiz im Joint Statement zu gewährleisten.

Gemäss der Musterverfügung - und ebenso gemäss der der Beklagten tatsächlich erteilten Bewilligung (act. 3/11 Disp. Ziff. 3) - soll den am US Programm teilnehmenden Banken zwar eine Bewilligung nach Art. 271 StGB erteilt werden, doch sind namentlich die Bestimmungen des DSG einzuhalten (act. 3/12 Erwägung 8 und Disp. Ziff. 4). Dass das Joint Statement mit den darin enthaltenen Zusicherungen unter diesen Voraussetzungen unterzeichnet wurde, kann nur bedeuten, dass der Bundesrat, der gemäss der oben zitierten Botschaft zur Lex USA das Risiko eines Verbots der Datenbekanntgabe durch Gerichte erkannt hatte, solche gerichtlichen Verbote nach DSG im Gegensatz zum Straftatbestand der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB) nicht als Hindernis für diese Zusicherungen ansah. Entsprechend muss davon ausgegangen werden, dass der Erlass eines Verbots der Datenbekanntgabe das US Programm und die Reputation der Schweiz als Verhandlungspartnerin nicht gefährdet. Hinzu kommt, dass unbestritten blieb, dass dem DoJ bei Unterzeichnung des Joint Statement der Wortlaut der Musterverfügung bekannt war. Dass die Unterzeichnung dennoch erfolgte, kann wiederum nur bedeuten, dass auch nach dem Verständnis des DoJ die Möglichkeit der gerichtlichen Beurteilung der Datenbekanntgabe im Einzelfall und eines gerichtlichen Verbots derselben kein Grund für die Kündigung des US Programms ist. Die von der Beklagten vorgebrachte Feststellung in der Bewilligung nach Art. 271 StGB, dass dieser Bewilligung keine überwiegenden Drittinteressen entgegenstünden, betrifft demgegenüber nur Art. 271 StGB und nicht die vorbehaltene Überprüfung der Zulässigkeit der Datenbekanntgabe nach DSG. Aus diesem Grund erscheint die Bekanntgabe der Personendaten der Kläger an die USA nicht unerlässlich zur Aufrechterhaltung des US Programms und zur Wahrung der damit verfolgten öffentlichen Interessen der Schweiz. Auch dieses öffentliche Interesse hat daher bei der Interessenabwägung unberücksichtigt zu bleiben.

5.3.8.4. Des Weiteren ist der Beklagten zuzustimmen, dass angesichts ihrer knapp 1'000 Arbeitsplätze und ihres doch nicht ganz unerheblichen Umsatzes auch ein gewisses öffentliches Interesse daran besteht, ein Strafverfahren und eine mögliche Anklage gegen sie in den USA zu vermeiden, da sie dies angesichts der bisherigen Erfahrungen womöglich nicht überleben würde und ihre Existenz

gefährdet wäre. Eine nähere Untersuchung durch das DoJ und die Eröffnung einer Strafuntersuchung bei einem Ausstieg der Beklagten aus dem US Programm ist nämlich nicht auszuschliessen, zumal sie dem DoJ unstrittig aufgrund von Selbstanzeigen von amerikanischen Bankkunden bekannt ist. Zur Vermeidung einer möglichen Strafuntersuchung erscheint daher die Teilnahme der Beklagten am US Programm notwendig. Inzwischen konnte die Beklagte mit dem DoJ am 10. Dezember 2015 ein Non-Prosecution Agreement mit einem Statement of Facts in dessen Anhang A abschliessen (act. 41/1-2). Auf diese Dokumente berufen sich beide Parteien, womit deren Inhalt unbestritten ist. Aufgrund dieser neuen Entwicklung steht nunmehr fest, dass trotz der teilweisen Anonymisierung der von der Beklagten ans DoJ herausgegebenen Daten - nämlich bezüglich der Daten der Kläger - der Abschluss eines solchen Agreements möglich war. Für den Abschluss des NPA war die Herausgabe der Daten der Kläger somit gerade nicht unerlässlich. Indessen wird bereits im ersten Abschnitt des NPA festgehalten, dass jeder Verstoss der Beklagten gegen das US Programm einen Verstoss gegen das NPA bedeutet (act. 41/1 S. 1). Demnach gelten die Bestimmungen des US Programms, insbesondere diejenigen zur Datenherausgabe, auch nach Abschluss des NPA weiterhin. Nach den Bestimmungen des NPA steht es ferner im alleinigen Ermessen des DoJ zu beurteilen, ob die Beklagte materiell falsche Informationen gegeben und die Bestimmungen des NPA und des US Programms eingehalten hat, und im Falle einer materiellen Verletzung des NPA oder der Bestimmungen des US Programms durch die Beklagte insbesondere durch unvollständige Information die Strafverfolgung gegen die Beklagte zu verfolgen (act. 41/1 S. 5 f.). Daraus wird - entgegen der klägerischen Auffassung - klar, dass die Beklagte trotz Abschluss des NPA die Bestimmungen des US Programms namentlich zur Datenherausgabe einzuhalten hat und bei unvollständiger Information dessen Aufhebung riskiert. Trotz Abschluss des NPA ist somit die Bekanntgabe der Personendaten der Kläger zur Wahrung dieses öffentlichen Interesses unerlässlich, denn obwohl die Bezeichnung der Funktion der Klägerin 3 umstritten ist, ist dennoch nicht strittig, dass die Beklagte die Daten der Kläger grundsätzlich gemäss den Vorschriften des US Programms für eine vollständige Offenlegung bekanntzugeben hätte. Demgegenüber wurde im NPA auch der von der Beklag-

ten anstelle einer Busse etc. an das DoJ zu zahlende Betrag auf USD 5'068'000.– (entspricht bei Umrechnung am 17. Dezember 2015 CHF 5'013'420.–) festgelegt. Diese Zahlung hat die Beklagte innert 7 Tagen nach Abschluss des NPA zu erbringen, wobei das DoJ dann keine weiteren Handlungen zur Erlangung einer zusätzlichen Busse unternehmen wird, es sei denn, die Tax Division des DoJ entscheide, dass die Beklagte die Bedingungen des NPA oder des US Programms wie auf den Seiten 5-6 des NPA umschrieben materiell verletzt habe (act. 41/1 S. 2). Dieser von der Beklagten zu bezahlende Betrag ist von einem für sie existenzgefährdenden Ausmass deutlich entfernt. Mutmasslich dürfte dies angesichts des vom DoJ im Statement of Facts - abgesehen von den anonymisierten Personendaten der Kläger mutmasslich - lückenlos umschriebenen Verhaltens der Beklagten auch eine im Rahmen eines allfälligen Strafverfahrens ausgesprochene Busse zutreffen. Dadurch wird das Risiko einer Existenzgefährdung der Beklagten durch ein allfälliges Strafverfahren erheblich relativiert, was bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Datenbekanntgabe zu berücksichtigen ist. Überdies bringen die Kläger richtig vor, dass der Fall E._____ gezeigt hat, dass das schweizerische Geschäft einer Privatbank auch bei Anklage in den USA und damit einhergehender Gefährdung der Existenz dieser Bank durch Übertragung auf einen anderen Rechtsträger weitgehend schadlos fortgesetzt werden kann, womit die Arbeitsplätze in der Schweiz bewahrt würden und der Tessiner Finanzplatz selbst bei Untergang der Beklagten keine allzu schwerwiegenden Erschütterungen hinzunehmen hätte. Das bestehende öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Beklagten, so ihre Existenz denn überhaupt gefährdet wäre, wiegt daher nicht allzu schwer.

5.3.8.5. Was die Interessen der betroffenen Kläger anbelangt, ist zunächst nicht zu vergessen, dass bereits die Datenbekanntgabe an sich einen Eingriff in deren Persönlichkeitsrechte darstellt und ein Interesse am Verbot begründet. Dagegen wird der Unsicherheit in Bezug auf die Verwendung der bekanntgegebenen Daten in den USA bereits durch die gesetzliche Regelung in Art. 6 DSG Rechnung getragen. Die Kläger haben ausserdem ein Interesse daran, nicht in den USA in ein Strafverfahren verwickelt oder gar angeklagt zu werden. Durch die Datenbekanntgaben der im US Programm teilnehmenden Schweizer Banken beabsichtigt

das DoJ gerade die Erlangung von Daten für weitere Untersuchungen von möglichen Steuerdelikten. Die Gefahr einer Strafuntersuchung oder Anklage gegen die Kläger ist zwar - wiederum gestützt auf die von den Parteien angeführten allgemein bekannten Beispiele und Erfahrungen der letzten Jahre - nicht allzu gross; dies kann aber bei Bekanntgabe der Daten ebenso wenig ausgeschlossen werden, wie eine Strafuntersuchung oder Anklage gegen die Beklagte bei deren Aussteigen aus dem US Programm. Namentlich ist eine gewisse Gefahr einer amerikanischen Strafuntersuchung gegen die Kläger deshalb zu bejahen, weil es sich bei den 14 Konten, in deren Zusammenhang sie genannt werden sollen, mutmasslich um in den USA nicht versteuerte und durch die wirtschaftlich Berechtigten nicht mittels Selbstanzeigen offengelegte Gelder handelt. Zudem zeigt die explizite Erwähnung des Sachverhalts hinsichtlich der Konten, in deren Zusammenhang die Daten der Kläger herausgegeben werden sollten, im Statement of Facts der Beklagten (act. 41/2 Ziff. 32), dass das DoJ auf diese Konten aufmerksam wurde. Entsprechend ist das Risiko einer weitergehenden Untersuchung dieses Sachverhalts durch die amerikanischen Behörden durch den Abschluss des NPA der Beklagten und das dazugehörige Statement of Facts sicher nicht gesunken, sondern wohl eher erhöht worden. Die Möglichkeit einer Strafuntersuchung oder einer Anklage in den USA umfasst in Bezug auf die Klägerin 3 als juristische Person und Anwaltskanzlei letztlich ebenso wie bei der Beklagten als Bank das Risiko, dass sie wegen des Reputationsverlustes bei Kunden und Personal sowie durch die möglicherweise erhobenen Bussen zugrunde gerichtet würde. Bei den Klägern 1 und 2 als natürliche Personen ist sodann nicht vollkommen auszuschliessen, dass sie für den Fall der Einleitung einer Strafuntersuchung gegen sie in den USA zur Verhaftung ausgeschrieben und dann bei einem Auslandsaufenthalt verhaftet würden. Dadurch würde ihre persönliche Freiheit eingeschränkt. Diese Interessen sind auf Seiten der betroffenen Kläger zu bedenken.

5.3.8.6. Demzufolge ist das geschilderte öffentliche Interesse daran, dass die Beklagten durch vollumfängliche Datenbekanntgabe das abgeschlossene NPA aufrechterhalten und zu Ende führen und so eine mögliche Strafverfolgung in den USA mit den entsprechenden Konsequenzen vermeiden kann, abzuwägen gegen das Interesse der Kläger, ihre Persönlichkeitsrechte zu schützen und ebenfalls ei-

ne mögliche Strafuntersuchung in des USA zu vermeiden, die für die Kläger 1 und 2 eine Beeinträchtigung ihrer persönlichen Freiheit darstellen und die Klägerin 3 als Gesellschaft gefährden könnte. Den Interessen beider Seiten an der Vermeidung möglicher Strafverfahren in den USA ist dabei das gleiche Gewicht zuzumessen. Insbesondere hat das öffentliche Interesse am Fortbestand der Beklagten trotz deren Grösse im Verhältnis zur Klägerin 3 angesichts der bereits geschilderten Aussicht auf Erhaltung ihres Schweizer Privatkundengeschäfts und unter Berücksichtigung des durch die im NPA festgesetzte Zahlung ungefähr kalkulierbaren Umfangs einer möglichen Busse selbst bei einer Anklage in den USA keine grössere Bedeutung als das eigene Interesse der Klägerin 3 an der Vermeidung einer Strafuntersuchung. Auch bezüglich der Kläger 1 und 2 vermögen die öffentlichen Interessen, die durch die Bekanntgabe gewahrt werden sollen, deren Interesse am Verbot der Datenbekanntgabe wegen der möglichen Gefährdung ihrer persönlichen Freiheit nicht zu überwiegen. Insgesamt ist damit das öffentliche Interesse an der Datenbekanntgabe nicht schwerer zu gewichten als das Interesse der von der Datenbekanntgabe betroffenen Kläger 1 - 3 am Verbot. Demnach liegt kein überwiegendes öffentliches Interesse vor, zu dessen Wahrung die Datenbekanntgabe unerlässlich ist. Auch nach der zweiten Variante von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG besteht daher kein Rechtfertigungsgrund für die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der Personendaten der Kläger in die USA an den IRS resp. ans DoJ.

5.3.9. Zusammenfassung

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass eine Datenbekanntgabe in die USA nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSG keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt. Ein solcher Rechtfertigungsgrund liegt aber hinsichtlich der streitgegenständlichen Personendaten nicht vor. Namentlich besteht kein überwiegendes öffentliches Interesse, zu dessen Wahrung die Datenbekanntgabe unerlässlich ist (Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG).

5.4. Fazit

5.4.1. Durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Personendaten ans DoJ resp. an den IRS droht eine widerrechtliche Persönlich-

keitsverletzung der Kläger. Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist der Beklagten daher zu verbieten, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Kläger 1 - 3 herauszugeben. Antragsgemäss ist dieses Verbot für den Widerhandlungsfall mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe der Beklagten gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis zu CHF 10'000.– zu verbinden.

5.4.2. Dementsprechend kann darauf verzichtet werden zu prüfen, ob die Datenbekanntgabe an die US-Behörden auch eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 lit. a und b DSG darstellt.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Streitwert

Die Kläger berufen sich zum Streitwert ihrer Klage für alle drei einfachen Streitgenossen zusammen auf die Einschätzung des Einzelgerichts im Verfahren betreffend vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen (HE140223, act. 3/6 Ziff. 3) von CHF 500'000 (act. 1 Rz. 6). Daran hielten sie auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 16. Dezember 2015 fest (Prot. S. 19). Die Beklagte äusserte sich nicht zum Streitwert. Wie die Kläger selbst darlegen, kann eine mit einem allfälligen US Strafverfahren einhergehende Publizität ihrerseits sowohl für die Klägerin 3 als auch für die Kläger 1 und 2 persönlich ohne weiteres dazu führen, dass sie aufgrund des eintretenden Reputationsschadens im Hinblick auf gegenwärtige und künftige Dienstleistungen für Klienten nicht mehr tragbar wären. Deshalb könnte die Datenherausgabe sowohl für die Klägerin 3 als auch für die Kläger 1 und 2 persönlich mit erheblichen wirtschaftlichen Konsequenzen verbunden sein. Das wirtschaftliche Interesse der Kläger 1 und 2 an der Erhaltung und Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit sowie der Klägerin 3 an ihrem Unternehmen sind für die Festlegung des Streitwertes vorliegend massgebend. Angesichts der möglichen existenziellen Einschränkung erscheint daher die Schätzung eines Streitwerts von CHF 500'000.– für jeden Kläger einzeln sowohl für die Klägerin 1 und 2 als auch (gerade noch) für die Klägerin 3 gerechtfertigt. Zur Ermittlung des Streitwerts der

Klage sind diese Schätzungen zusammenzurechnen (Art. 93 Abs. 1 ZPO), was einen Streitwert von CHF 1'500'000.– ergibt.

6.2. Gerichtskosten

6.2.1. Die Gerichtsgebühr ist bei diesem Streitwert unter Berücksichtigung des Aufwandes für das erneute Massnahmegesuch der Kläger in ihrer Klagebegründung in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 45'000.– festzusetzen.

6.2.2. Die Gerichtskosten der Hauptsache von CHF 36'000.– sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber haben die Kläger die Kosten des Nichteintretensentscheids auf ihr erneutes Massnahmegesuch von CHF 9'000.– solidarisch zu tragen, und diese Kosten sind aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Die der Beklagten auferlegten Kosten sind vorab im Umfang von CHF 2'000.– aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss zu decken und den Klägern ist in diesem Umfang das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

6.2.3. Ausserdem ist über die definitive Verteilung der Kosten des vorprozessualen Massnahmeverfahrens zu entscheiden, die aus dem in jenem Verfahren von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss gedeckt wurden (HE140223; act. 3/6 Disp. Ziff. 3). Bei diesem Verfahrensausgang sind auch die Gerichtskosten des vorprozessualen Massnahmeverfahrens von CHF 10'000.– der Beklagten aufzuerlegen, weshalb den Klägern in diesem Umfang ebenfalls das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen ist.

6.3. Parteienschädigungen

6.3.1. Der Beklagten ist in Zusammenhang mit dem erneuten Massnahmegesuch der Kläger keine Parteienschädigung zuzusprechen, da diesbezüglich ohne Anhörung der Beklagten ein Nichteintretensbeschluss ergangen ist (act. 4). Demgegenüber ist die Beklagte bei diesem Ausgang des Prozesses antragsgemäss zu verpflichten, den obsiegenden Klägern eine Parteienschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels Mehraufwands für die Vertretung aller drei Kläger

ist diese Parteienschädigung hingegen 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 (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für den erst nach Vorladung zur Hauptverhandlung erfolgten Vertreterwechsel des Klägers 2 (act. 38 und 39), der in diesem Verfahren einzig für die Hauptverhandlung vom 16. Dezember 2015 zum Tragen kommt, ist daher keine separate Parteienschädigung im Sinne von § 12 Abs. 2 AnwGebV zuzusprechen. Zudem handelt es sich bei den ursprünglich alle Kläger vertretenden Rechtsanwälten um Arbeitnehmer der Klägerin 3, deren Organ der Kläger 1 ist. Da diese Verbindung wie von den Klägern dargelegt (Prot. S. 18) zwar allenfalls nicht den Zeitaufwand für die Instruktion der Rechtsvertreter der Kläger verringerte, indessen der Aufwand dafür sich durch die Anstellung reduziert, ist die den Klägern zu bezahlende Parteienschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV auf CHF 36'700.– festzusetzen. Aufgrund des Angestelltenverhältnisses der Rechtsvertreter zur Klägerin 3 ist den Klägern keine Mehrwertsteuer zuzusprechen.

6.3.2. Im vorprozessualen Massnahmeverfahren wurde die Parteienschädigung an die Beklagte für den Fall, dass die Massnahme aufgrund von Säumnis der Kläger dahinfällt, auf CHF 6'200 inkl. MWSt festgesetzt. Nachdem innert Frist prosequiert wurde, ist nunmehr aufgrund des Obsiegens der Kläger die Beklagte zu verpflichten, diesen eine Parteienschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren zu leisten. Wiederum ist die Parteienschädigung an die Kläger ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen und in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV zu reduzieren. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, den Klägern für das vorprozessuale Massnahmeverfahren eine Parteienschädigung von CHF 4'300.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000.– im Widerhandlungsfall verboten, der US Steuerbehörde (IRS) oder dem US Justizministerium (DoJ) irgendwelche Daten betreffend die Kläger 1 - 3 herauszugeben.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 45'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten im Umfang von CHF 36'000.– und den Klägern solidarisch im Umfang von CHF 9'000.– auferlegt. Die den Klägern auferlegten Kosten werden aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Die der Beklagten auferlegten Kosten werden vorab im Umfang von CHF 2'000.– aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Den Klägern wird in diesem Umfang (CHF 2'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die aus dem Vorschuss der Kläger gedeckten Kosten des vorprozessualen Massnahmeverfahrens (Geschäfts-Nr. HE140223) von CHF 10'000.– werden der Beklagten auferlegt. Den Klägern wird im Umfang von CHF 10'000.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern unter Einbezug der Parteientschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE140223) eine Parteientschädigung von CHF 41'000.– (CHF 36'700.– plus CHF 4'300.–) zu bezahlen.
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 1'500'000.

Zürich, 16. Dezember 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Peter Helm

Claudia Marti