



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Präsident, und Obergerichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Dr. Felix Graber, Thomas Klein und Thomas Steinebrunner sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya

Beschluss und Urteil vom 23. Januar 2019

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. **B._____,**

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

C._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2. _____

betreffend **Datenschutz**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

" Der Beklagten C._____ AG sei zu verbieten, im Rahmen des US-Steuerprogramms Personendaten der Kläger A._____ AG und B._____ sowie deren Verbindung zu US-Related Accounts Dritten, insbesondere amerikanischen Behörden wie dem Department of Justice bekannt zu geben oder zugänglich zu machen, dies unter der Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfall.

Die Akten des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen (Geschäfts-Nr. HE150348) seien beizuziehen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten C._____ AG."

Sachverhalt und Verfahrensgang

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin 1 ist eine in der Vermögensverwaltung tätige Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____ (act. 3/2). Der Kläger 2 ist eine natürliche Person und als einziges Mitglied und Direktor des Verwaltungsrates der Klägerin 1 mit Einzelzeichnungsberechtigung tätig (act. 3/2).

Die Beklagte ist eine Bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____ (act. 3/3).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte nimmt am *Program for non-prosecution agreements and non-target letters for Swiss banks* (fortan US-Programm) der US-Steuerbehörde (*Internal Revenue Service*, fortan IRS) und des US-Justizministeriums (*Department of Justice*, fortan DoJ) in der Kategorie 2 teil. Diese Kategorie bedeutet, dass zwar Grund zur Annahme besteht, dass die Beklagte gegen die US-Gesetzgebung

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

Die Beklagte hat in Aussicht gestellt, Informationen, welche die Kläger 1 und 2 betreffen (Name der Klägerin 1), mittels einer sogenannten II.D.2-Tabelle (auch: *Flow of Funds-Übersicht oder Leaver-Liste*) an die U.S.-Behörden zu übermitteln. Die Kläger 1 und 2 wollen dies mit der vorliegenden Klage verhindern.

B. Prozessverlauf

Die Kläger 1 und 2 reichten am 24. Juli 2015 (Datum Poststempel) beim Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ihr (superprovisorisches) Massnahmegesuch ein (act. 5/1 = Bezugsakten Geschäfts-Nr. HE150348-O, act. 1). Mit Urteil vom 18. Februar 2016 wurde der Beklagten (in Bestätigung der ergangenen superprovisorischen Anordnung [act. 5/4 = Bezugsakten Geschäfts-Nr. HE150348-O, act. 4]) vorsorglich verboten, im Rahmen des US-Steuerprogramms Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG der Kläger 1 und 2 sowie deren Verbindungen zu US-Related Accounts Dritten, insbesondere amerikanischen Behörden wie dem Department of Justice, bekannt zu geben. Gleichzeitig wurde den Klägern 1 und 2 Frist bis zum 22. April 2016 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen (act. 5/23 = Bezugsakten Geschäfts-Nr. HE150348-O, act. 23).

Die Klägerin reichte am 22. April 2016 (Datum Poststempel) hierorts die vorliegende Klage samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/2-23). Innert der ihr mit Verfügung vom 26. April 2016 angesetzten Frist hat sie den von ihr geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten geleistet (act. 6; act. 8). Die Klageantwort vom 22. August 2016 samt Beilagen wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 13; act. 14/2-24). Den in der Klageantwort gestellte Verfahrens Antrag auf Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung wurde mit Verfügung vom 24. Oktober 2016 abgewiesen (act. 25). Alsdann wurde der zweite Schriftenwechsel angeordnet (act. 27). Die Replik vom 12. Januar 2017 samt Beilagen ging rechtzeitig ein (act. 29; act. 30/24-25). In der Folge wurde auch die Duplik vom 20. März 2017

samt Beilagen innert Frist erstattet (act. 33; act. 34/25-32) und mit Verfügung vom 22. März 2017 der Klägerin zugestellt (act. 35). Weitere Eingaben ergingen nicht.

Mit Verfügung vom 7. Januar 2019 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 37). Beide Parteien haben innert Frist ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 39; act. 40).

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

C. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Kläger 1 und 2 als auch die Beklagte offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/2-23; act. 14/2-24; act. 30/24-25; act. 34/25-32).

Erwägungen

I. Formelles

1. Eintretensvoraussetzungen

1.1. Die internationale und örtliche sowie die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 2 Ziff. 1 LugÜ i.V.m. Art. 129 und Art. 21 IPRG sowie Art. 6 Abs. 1 ZPO und § 44 lit. b GOG) und im Übrigen unbestritten geblieben. Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2-A+B; act. 10). Auch hat die Klägerin den von ihr geforderten Gerichtskostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 6; act. 8).

1.2. Die Kläger 1 und 2 beantragen, die entsprechende Datenbekanntgabe nebst dem DoJ auch an "Dritte, insbesondere andere amerikanische Behörden" zu verbieten.

Das schutzwürdige Interesse ist eine Prozessvoraussetzung, die das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 60 ZPO). Grundsätzlich führt das Fehlen einer Prozessvoraussetzung zu einem Nichteintretensentscheid (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 236 Abs. 1 ZPO). Ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse ist bei einer Unterlassungsklage nur dann gegeben, wenn das Verhalten der Beklagten eine künftige Persönlichkeitsverletzung ernsthaft befürchten lässt, so dass eine solche mit einer gewissen Unmittelbarkeit droht (BGE 124 III 72, E. 2a). Naturgemäss lässt sich ein künftiges Verhalten nie mit letzter Sicherheit beweisen, so dass es lediglich darum gehen kann, eine Vermutung darzutun (BGE 97 II 97, E. 5b). In welcher Intensität eine einschlägige Gefahr vorhanden sein muss, um einen Unterlassungsanspruch bejahen zu können, ist eine Rechtsfrage. Die tatsächlichen Gegebenheiten, aus denen sich eine Gefahr der dargelegten Art ergeben soll, sind vom Kläger nachzuweisen (Urteile des Bundesgerichts 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 3.2, 5A_228/2009 vom 8. Juli 2009, E. 4.1). In seinem neusten Urteil 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018 erwog das Bundesgericht in einem ähnlich gelagerten Fall, bei welchem ein Verbot zur Datenherausgabe neben dem DoJ auch gegenüber dem Internal Revenue Service (IRS) beantragt wurde, dass zur Bejahung eines schutzwürdigen Interesses an einem Verbot zur Datenherausgabe vom Kläger dargetan werden müsse, dass eine Datenherausgabe auch vom IRS verlangt worden sei oder ein entsprechendes Begehren bevorstehe und dass der Adressat eines solchen Begehrens – mangels Verbot – auch stattgeben würde. Mangels konkreter Anhaltspunkte verneinte das Bundesgericht ein schutzwürdiges Interesse hinsichtlich einer Datenherausgabe an den IRS und hielt fest, dass die Vorinstanz diesbezüglich auf die Klage nicht hätte eintreten dürfen (E. 3.2).

Nicht anders verhält es sich bei der vorliegend in Frage stehenden Datenübermittlung, ist doch weder dargetan worden noch ersichtlich, dass eine Datenbekanntgabe auch an Dritte oder allgemein an andere U.S.-Behörden drohen würde. Die Beklagte hat mehrfach ausgeführt, dass die in Frage stehenden Daten mittels der Leaver-Liste gegenüber dem DoJ offengelegt werden müssten (act. 13 Rz. 30 ff.; act. 33 Rz. 22 ff.). Konkrete Anhaltspunkte für eine

Datenübermittlung an Dritte, insbesondere allgemein an andere U.S.-Behörden als das DoJ liegen damit nicht vor. An einem solchen (allgemeinen) Verbot zur Datenübermittlung besteht somit – der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend – kein schutzwürdiges Interesse.

1.3. Demnach ist auf die Klage insoweit nicht einzutreten, als sich das Verbot zur Datenübermittlung auf *Dritte, insbesondere allgemein auf andere amerikanische Behörden als das DoJ* bezieht. Im Übrigen ist auf die Klage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

2. Prosequierungsfrist

Mit Einreichung der vorliegenden Klage vom 22. April 2016 (Datum Poststempel, act. 1) haben die Kläger 1 und 2 die ihnen angesetzte Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache eingehalten (act. 5/23 = Beizugsakten Geschäfts-Nr. HE150348-O, act. 23). Damit wurde das vorprozessual vorsorglich angeordnete Verbot aufrechterhalten (Art. 263 ZPO).

II. Materielles

1. Persönlichkeitsverletzende Datenbekanntgabe ins Ausland

1.1. Ausgangslage

Die Beklagte hat in Aussicht gestellt, Informationen, welche die Kläger 1 und 2 betreffen (Name der Klägerin 1), mittels einer sogenannten II.D.2-Tabelle (auch: Flow of Funds-Übersicht oder Leaver-Liste) an das DoJ zu übermitteln (vgl. act. 5/17). Die Klägerin 1 wird dabei als externe Vermögensverwalterin mit insgesamt drei Kundenbeziehungen der Beklagten zu drei U.S.-Bürgern (USRA-212, USRA-226 und USRA-299) in Verbindung gebracht. Der Kläger 2 trägt als seinen Familiennamen denselben Namen wie die Klägerin 1.

1.2. Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes

1.2.1. Nachdem der Kläger 2 seinen Wohnsitz im Ausland hat, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1, DSG) enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen zu seinem räumlichen Geltungsbereich. Als öffentlich-rechtliche Bestimmungen gilt aber das Territorialitätsprinzip. Die Vorschriften des DSG gelten somit – auch betreffend den Kläger 2 – für die Bearbeitung von persönlichen Daten in der Schweiz, die den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) verletzen können (Urteil des Bundesgerichts 1C_230/2011 vom 31. Mai 2012, E. 3.2; BELSER/NOURREDINE, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN [HRSG.], Datenschutzrecht, 2011, S. 432 ff.).

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

1.2.3. Die Beklagte bringt vor, dass den U.S.-Behörden die entsprechenden Informationen bereits aufgrund des Verfahrens betreffend *Offshore Voluntary Disclosure Initiative* (OVDI-Verfahren) bekannt seien. Nachdem der IRS bereits über die entsprechenden Daten verfüge, seien diese ebenso dem DoJ bekannt (act. 13 Rz. 47 ff. und Rz. 76 f.; act. 33 Rz. 39 ff.). Die Kläger 1 und 2 bestreiten dies (act. 29 Rz. 38). Fraglich ist somit, ob eine Datenbekanntgabe überhaupt noch droht, mithin das DSG anwendbar ist.

Als Beweismittel reicht die Beklagte Bestätigungen des IRS betreffend das Konto USRA-212 (act. 14/14) und eines U.S.-Steueranwalts betreffend die Konti USRA-226 und USRA-299 (act. 14/15-16) sowie ein OVDI-Musterformular (act. 14/17) ins Recht. Sämtliche dieser Beweismittel sind in geschwärzter Form eingereicht worden. Als Begründung hierzu führt die Beklagte aus, dass dies zur Wahrung des Bankkundengeheimnisses geschehen sei. Den Klägern 1 und 2 seien der Inhalt der abgedeckten Stellen als ehemalige externe Vermögensverwalterin der betroffenen Kundenbeziehungen bekannt. Auf Verlangen werde die Beklagte dem Gericht die geschwärzten Stellen aber offenlegen (act. 13 Rz. 9; act. 33 Rz. 6).

Dass den Klägern 1 und 2 die entsprechenden geschwärzten Stellen in den eingereichten Beilagen bekannt sind, ist unbestritten. Hierzu bringen die Kläger 1 und 2 vor, dass weder im Schreiben betreffend die Kundenbeziehung USRA-212 (act. 14/14) noch in den Bestätigungen für die Kundenbeziehungen USRA-226 und USRA-299 (act. 14/15-16) die Namen der Kläger 1 und 2 erwähnt würden. Mit diesen Dokumenten werde daher bei keiner der drei Kundenbeziehungen bewiesen, dass die Daten der Kläger 1 und 2 tatsächlich im Rahmen eines OVDI-Verfahrens übermittelt worden seien (act. 29 Rz. 38 und Rz. 54 ff.).

1.2.4. Mit den genannten Beweismitteln in geschwärzter Form lässt sich die bestrittene Behauptung, wonach dem IRS im entsprechenden OVDI-Verfahren die in Frage stehenden drei Kontonummern sowie die Namen der Kläger 1 und 2 bereits bekannt gegeben worden seien, nicht stützen. Die eingereichten Musterformulare beweisen nicht, dass die in Frage stehenden Daten (Namen der Kläger 1 und 2) auch tatsächlich dem IRS übermittelt wurden. Die Beklagte behauptet nicht, dass im eingereichten Schreiben des IRS bezüglich des Abschlusses eines *Closing Agreement* betreffend das Konto USRA-212 (act. 14/14) und in den Bestätigungen bezüglich der Teilnahme am OVDI-Verfahren betreffend die Konti USRA-226 und USRA-299 (act. 14/15-16) die Namen der Kläger 1 und 2 aufgeführt sind (act. 13 Rz. 47; act. 33 Rz. 39). Sie bestreitet denn auch das klägerische Vorbringen nicht, wonach in den betreffenden Dokumenten die Namen der Kläger 1 und 2 nicht erwähnt würden (act. 29 Rz. 38). Hierzu führt die Beklagte lediglich pauschal aus, dass die in Frage stehenden Personendaten aufgrund des

OVDI-Verfahrens den U.S.-Behörden bereits bekannt seien (act. 33 Rz. 39). Für eine substantiierte Bestreitung genügt dies nicht. Auch mit dem eingereichten Musterformular (act. 14/17) lässt sich der Beweis, dass die in Frage stehenden Daten (Namen der Kläger 1 und 2) bekannt gegeben wurden, nicht erbringen. Daraus vermag auch nichts zu ändern, dass in den betreffenden Selbstanzeigen sämtliche Daten unter Androhung der Strafe wegen Meineids wahr, zutreffend und vollständig gemacht worden sein sollen. Alleine daraus kann nicht auf eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit geschlossen werden. Damit liegen keine Dokumente vor, welche den Beweis erbringen könnten, dass die in Frage stehenden Daten (Namen der Kläger 1 und 2) im Rahmen des OVDI-Verfahrens an den IRS auch tatsächlich bekanntgegeben wurden. Es handelt sich somit lediglich um eine bestrittene Annahme vonseiten der Beklagten.

1.2.5. Selbst wenn dem IRS die entsprechenden Daten (Kontonummern und Namen der Kläger 1 und 2) bereits bekannt wären, so wäre damit noch nicht erstellt, dass diese auch dem DoJ bekannt wären. Beim IRS handelt es sich um die Bundessteuerbehörde der Vereinigten Staaten. Diese ist dem Finanzministerium unterstellt. Das DoJ ist hingegen das Justizministerium der Vereinigten Staaten. Auch wenn im Rahmen der Rechtspflege und der Strafverfolgung eine enge Zusammenarbeit herrschen mag, so ist damit nicht erwiesen, dass beide Ministerien über dieselben Daten freien Zugang hätten. Ob im Rahmen des entsprechenden OVDI-Verfahrens beim IRS, bei welchem auch Vertreter des DoJ anwesend sein können, genau über die im vorliegenden Verfahren genannten Daten ein Austausch stattfand, ist eine reine Mutmassung. Ob es sich sodann bei den vorliegend in Frage stehenden Daten überhaupt um *relevante* handelt, über die ein Austausch stattgefunden haben könnte, ist ebenso nicht erstellt. Es würde sich somit auch hier um eine reine Annahme handeln, die im Rahmen der zivilprozessualen Vorgaben den Beweis nicht zu erbringen vermag.

1.2.6. Dafür, dass die in Frage stehenden Informationen dem IRS und sodann auch dem DoJ bereits bekannt sind, hat die Beklagte den Beweis nicht erbracht. Folglich fällt die beabsichtigte Datenlieferung als "Bekanntgabe" unter Art. 3 lit. f DSGVO. Das DSGVO ist somit anwendbar.

1.3. Persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung

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

Da die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland droht, darf diese nicht nur keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 12 DSG bewirken, sondern muss zusätzlich den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG genügen. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist vorab zu prüfen, zumal Art. 6 DSG eine in sich geschlossene und strengere Sonderregelung darstellt, deren Grundsätze (und Rechtfertigungsgründe) bei jeder Datenbekanntgabe ins Ausland – nebst den anderen Bestimmungen des DSG – berücksichtigt werden müssen (NOUREDDINE, in: PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR [HRSG.], Datenschutzrecht – Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Rz. 3.127).

Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG gilt als schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit *von Gesetzes wegen* (d.h. im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung) jede Bekanntgabe in ein Land, welches über keine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügt (ROSENTHAL, in: ROSENTHAL/JÖHRI [HRSG.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 6 Abs. 1 N. 27).

1.3.2. Das hiesige Handelsgericht und anschliessend das Bundesgericht haben bereits (mehrfach) festgehalten, dass die USA nicht über eine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleistet (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1; statt vieler: Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150018-O vom 1. September 2017, E. 2.3.4.3.; HG150254-O vom 21. Juni 2017, E. II.2.2.1.; HG140186-O vom 16. Dezember 2015, E. 5.3.1; HG150048-O vom 14. Juni 2016, E. 4.1. m.w.H.). Daran vermag vorliegend – entgegen der Beklagten (act. 33 Rz. 53 ff.) – auch die seit dem 12. April 2017

bestehende Möglichkeit zur Zertifizierung für den *Swiss-US Privacy Shield* nichts zu ändern, gilt diese doch nur für die Datenübermittlung an U.S.-Privatunternehmen ("Privacy Shield – das Wichtigste in Kürze", abrufbar unter: www.edoeb.admin.ch/datenschutz). Die drohende Datenherausgabe an eine U.S.-Behörde stellt daher grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung dar.

Irrelevant ist, mit welcher Absicht die Personendaten bearbeitet werden. Ob die Bekanntgabe der Namen der Kläger 1 und 2 im Zusammenhang mit den betreffenden Konti die amerikanischen Behörden zu einer Strafverfolgung veranlassen würde, ist denn auch nicht entscheidend.

1.3.3. Durch die beabsichtigte Bekanntgabe von Personendaten der Kläger 1 und 2 an das DoJ droht den Klägern 1 und 2 demnach eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 6 Abs. 1 DSG, welche nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG nicht widerrechtlich wäre.

1.4. Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG

1.4.1. Die Beklagte erachtet die beabsichtigte Personendatenübermittlung in die USA als durch ein erhebliches öffentliches Interesse gerechtfertigt (act. 13 Rz. 78 ff.). Damit beruft sich die Beklagte auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG.

1.4.1.1. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG können Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden, obschon die dortige Gesetzgebung keinen angemessenen Schutz gewährleistet, wenn die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist. Die Bestimmung betrifft Einzelfälle, also konkrete Situationen; die systematische und regelmässige Datenbekanntgabe wird dadurch nicht gerechtfertigt. Dennoch können die übermittelten Daten eine oder mehrere Personen betreffen (zum Ganzen: MAURER-LAMBROU/STEINER, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA, [HRSG.] Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N. 32 f.; PASSADELIS, in: PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR [HRSG.], Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirt-

schaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Ziff. 6.59 ff; EPINEY/FASNACHT, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN [HRSG.], Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 10 Rz. 23). Da eine Widerrechtlichkeit vermutet wird, trifft die "Verletzerin" (also diejenige, welche die Daten bekanntgeben will) die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSG (RAMPINI, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA, [HRSG.] Basler Kommentar, a.a.O., Art. 15 N. 3).

Die Unerlässlichkeit ist somit zwingende Voraussetzung. Als unerlässlich – d.h. als notwendig – erachtet das Bundesgericht eine Datenlieferung etwa dann, wenn ohne sie davon auszugehen wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt (werden) würde (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4.). Das Bundesgericht hat im genannten Urteil eine Datenlieferung im Rahmen des U.S.-Programms als unzulässig beurteilt, weil diese ohne konkret drohende Anklageerhebung seitens der US-Behörden im Urteilszeitpunkt nicht notwendig war, um (überwiegende) öffentliche Interessen zu wahren (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.4; vgl. dazu auch das neuste Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 5.2).

Die Unerlässlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG muss im Urteilszeitpunkt vorliegen. Ob die Lieferung von Daten unerlässlich ist, um ein überwiegendes öffentliches Interesse zu wahren bzw. um Rechtsansprüche vor einem Gericht auszuüben/durchzusetzen, ist stets für den konkreten Einzelfall zu beurteilen. Dabei ist gemäss Bundesgericht die (prozessual zu berücksichtigende) Veränderung der tatsächlichen Situation (auch) materiell-rechtlich zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4).

1.4.1.2. Die Beklagte setzt sich mit dem Erfordernis der Unerlässlichkeit kaum auseinander. Sie sieht eine drohende Anklageerhebung durch das DoJ und einen Widerruf des NPA als gegenwärtig. Diese pauschale Betrachtungsweise vernachlässigt allerdings das – auf den Einzelfall bezogene – Erfordernis der Unerläss-

lichkeit von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO, welches kumulativ gegeben sein muss. Damit von einer unerlässlichen bzw. notwendigen Datenlieferung gesprochen werden könnte, müsste die Anklageerhebung im Urteilszeitpunkt – wie erwähnt – *konkret* drohen; sie darf nicht *bloss möglich* sein. Die Beklagte zeigt nicht auf, dass und inwiefern das DoJ ihr konkret – d.h. gerade bezüglich der Nichtlieferung der in Frage stehenden Daten – angedroht hätte, das NPA zu widerrufen und Anklage zu erheben.

Die Unerlässlichkeit der Datenlieferung wurde damit nicht hinreichend dargetan.

1.4.1.3. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass seit dem genannten Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 (4A_83/2016) bis heute keine tatsächlichen Entwicklungen eingetreten sind, die im Hinblick auf vergleichbare Streitfälle eine andere als die bundesgerichtliche Einschätzung der Situation im Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA nahe legen würden (vgl. dazu auch das neuste Urteil des Bundesgerichts 4A_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 5.2). Auch bringt die Beklagte sonst nichts vor, was generell auf eine mittlerweile angespanntere Situation hindeuten würde. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA im Falle eines gerichtlichen Verbots zur Herausgabe der in Frage stehenden Daten erneut entfacht würde. Ohnehin kann die in Frage stehende Datenherausgabe zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen heute auch deshalb nicht (mehr) allgemein als unerlässlich bezeichnet werden, weil das DoJ die mittlerweile von diversen schweizerischen Gerichten angeordneten Verbote zur Datenherausgabe zu respektieren scheint. Nicht zuletzt deshalb hiess denn auch das Handelsgericht des Kantons Zürich in mehreren gleichgelagerten Fällen die entsprechenden Unterlassungsklagen gut (vgl. die [rechtskräftigen] Urteile HG160058-O vom 26. März 2018, HG160128-O vom 21. März 2018, HG150254-O vom 8. Januar 2018, HG160049 vom 14. Dezember 2017, HG150022-O vom 24. November 2017, HG150020-O vom 3. November 2017, HG150018-O vom 1. September 2017, HG150080-O vom 6. Juli 2017, HG150100-O vom 6. Juli 2017 und HG150254-O vom 21. Juni 2017).

1.4.2. Eine konkrete Bedrohungssituation für die Beklagte liegt damit im heutigen Zeitpunkt nicht vor. Die beabsichtigte Datenbekanntgabe kann demnach – für die Wahrung der von der Beklagten geltend gemachten öffentlichen Interessen (bzw. für die Ausübung/Durchsetzung der behaupteten Rechtsansprüche vor Gericht) – nicht als unerlässlich bezeichnet werden. Damit erübrigt es sich, eine Interessenabwägung vorzunehmen.

1.5. Fazit

Durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Personendaten ans DoJ droht den Klägern 1 und 2 eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Für eine solche Datenbekanntgabe besteht kein Rechtfertigungsgrund, da diese zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen nicht unerlässlich ist. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Vorbringen der Parteien.

2. Durchsetzbarkeit des Datenschutzes

2.1. Gemäss Art. 15 Abs. 1 DSG richten sich Klagen zum Schutz der Persönlichkeit im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten durch private Personen nach den Art. 28, 28a und 28l ZGB. Die klagende Partei kann insbesondere verlangen, dass keine Daten an Dritte bekanntgegeben werden. Demnach kann, wer in seiner Persönlichkeit durch die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen widerrechtlich verletzt wird, zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 ZGB) und beantragen, die drohende Verletzung zu verbieten (Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

2.2. Da durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Personendaten ans DoJ eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung für die Kläger 1 und 2 droht, kann gegenüber der Beklagten gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB grundsätzlich ein Verbot zur Datenübermittlung ausgesprochen werden.

Nachdem die Beklagte hinsichtlich des klägerischen Rechtsbegehrens keinerlei Beanstandungen vorbringt, ist dieses gemäss seiner Formulierung – mit Ausnahme der Formulierung "insbesondere amerikanischen Behörden wie" (vgl. Erw. I.1.2.f.) – ins Urteilsdispositiv zu übernehmen.

2.3. Um den gerichtlichen Anordnungen Nachdruck zu verleihen, ist das Verbot für den Widerhandlungsfall antragsgemäss mit der Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) zu verbinden. Die Strafandrohung nach Art. 292 StGB kann sich nur an natürliche Personen richten (ZINSLI, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 343 N. 15), mithin an die verantwortlichen Organe der Beklagten.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht (RÜEGG, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 91 N. 3 ff.). Die Kläger 1 und 2 beziffern den Streitwert – gemäss Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Februar 2016 im vorprozessualen Massnahmeverfahren (act. 5/23 = Beizugsakten Geschäfts-Nr. HE150348-O, act. 23) – auf CHF 500'000.–. Die Beklagte hat diesen Streitwert nicht bestritten. Es liegt somit eine Einigung über den Streitwert vor. Nach der Praxis des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind bei einer Streitgenossenschaft die Streitwerte an sich zwar zusammenzurechnen, was vorliegend CHF 1'000'000.– ergeben würde. Allerdings ist eine Änderung des Streitwerts bei dieser Sachlage, und da das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich den Streitwert bereits mit CHF 500'000.– beziffert hatte, nun nicht mehr möglich (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 4.4). Entsprechend ist der Streitwert für das vorliegende Verfahren bei CHF 500'000.– zu belassen.

3.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO

i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Es ist von einem durchschnittlich aufwendigen Verfahren auszugehen. Die Gerichtsgebühr ist daher in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf die Höhe der Grundgebühr von CHF 21'000.– festzusetzen.

3.3. Wie gesehen ist auf die Klage, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung generell auf amerikanische Behörden bezieht, nicht einzutreten. Entsprechend unterliegen die Kläger 1 und 2 in diesem Punkt und haben hierfür die Kosten zu tragen (Art. 106 Abs.1 ZPO). In Anbetracht dessen, dass die Kläger 1 und 2 nur in einem vergleichsweise geringen Teil unterliegen, rechtfertigt es sich, ihnen die Kosten im Umfang von einem Fünftel unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen.

Die Kosten sind aus dem von den Klägern 1 und 2 geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Den Klägern 1 und 2 ist für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten (vier Fünftel) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Für das vorprozessuale Massnahmeverfahren wurde die Gerichtsgebühr auf CHF 10'000.– festgesetzt und ist bereits aus dem dort von den Klägern 1 und 2 geleisteten Kostenvorschuss gedeckt worden (act. 5/23 = Beizugsakten Geschäfts-Nr. HE150348-O, act. 23 Dispositiv-Ziff. 3). Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr auch für das vorprozessuale Massnahmeverfahren im Umfang von einem Fünftel (CHF 2'000.–) unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern 1 und 2 und der Beklagten im Umfang von vier Fünfteln (CHF 8'000.–) aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Den Klägern 1 und 2 ist im Umfang von vier Fünfteln (CHF 8'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

3.4. Es sind Parteientschädigungen zu entrichten. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (AnwGebV), wobei sich diese ebenfalls in erster

Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse richtet. Der Streitwert beträgt CHF 500'000.– (vgl. Erw. II.3.1.).

3.4.1. Für die Höhe der Parteientschädigung der Kläger 1 und 2 für das Hauptsacheverfahren ist von der Grundgebühr von CHF 23'400.– auszugehen. Hinzu kommt ein Zuschlag für die eingereichte zweite Rechtsschrift (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Zu berücksichtigen sind sodann die Aufwendungen in diesem Verfahren (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Angesichts des Gegenstands der Klage sowie der klägerischen Ausführungen trägt der Umstand, dass es sich um zwei Kläger handelt, jedoch nicht zu einer Erhöhung der Gebühr im Sinne von § 8 AnwGebV bei. Für die Höhe der Parteientschädigung der Kläger 1 und 2 ist daher nachfolgend von CHF 30'000.– auszugehen. Entsprechend ihres Obsiegens zu vier Fünfteln steht den Klägern 1 und 2 daher für das Hauptsacheverfahren eine Parteientschädigung von CHF 24'000.– (vier Fünftel von CHF 30'000.–) zu. Hinsichtlich des vorprozessualen Massnahmeverfahrens ist für die Kläger 1 und 2 – in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV und unter Berücksichtigung ihrer Eingaben und des damit verbundenen Aufwands – von einer Parteientschädigung von CHF 5'000.– auszugehen. Entsprechend ihres Obsiegens zu vier Fünfteln steht den Klägern 1 und 2 daher für das vorprozessuale Massnahmeverfahren eine Parteientschädigung von CHF 4'000.– (vier Fünftel von CHF 5'000.–) zu. Insgesamt beläuft sich die Parteientschädigung der Kläger 1 und 2 für das Hauptsache- und das vorprozessuale Massnahmeverfahren auf insgesamt CHF 28'000.–.

3.4.2. Hinsichtlich der Parteientschädigung der Beklagten für das Hauptsacheverfahren ist auf obige Ausführungen hinsichtlich der Kläger 1 und 2 zu verweisen (Erw. II.3.4.1.). Es ist somit ebenfalls von einer Parteientschädigung von CHF 30'000.– auszugehen. Entsprechend ihres Obsiegens zu einem Fünftel steht der Beklagten daher für das Hauptsacheverfahren eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– (ein Fünftel von CHF 30'000.–) zu. Hinsichtlich des Umfangs der Entschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren wurde die Partei- bzw. Umtriebsentschädigung für die Beklagte für den Fall, dass die Massnahme aufgrund von Säumnis der Kläger 1 und 2 dahinfällt, auf CHF 1'000.– festgesetzt (act. 5/23 = Beizugsakten HE150348-O, act. 23 Dispositiv-Ziff. 4). Dies erscheint

– unter Berücksichtigung ihrer Eingaben und ihres Aufwands – als angemessen. Entsprechend ihres Obsiegens zu einem Fünftel steht der Beklagten daher für das vorprozessuale Massnahmeverfahren eine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung von CHF 200.– zu. Insgesamt beläuft sich die Partei- bzw. Umtriebsentschädigung der Beklagten für das Hauptsache- und das vorprozessuale Massnahmeverfahren auf insgesamt CHF 6'200.–.

3.4.3. In Verrechnung der jeweils festgesetzten Partei- bzw. Umtriebsentschädigungen hat die Beklagte den Klägern 1 und 2 somit eine Parteientschädigung von CHF 21'800.– zu bezahlen (CHF 28'000.– abzüglich CHF 6'200.–).

3.4.4. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Klägerin 1 behauptet keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Ihr gegenüber wäre die Parteientschädigung daher ohnehin ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen gewesen. Dem Kläger 2 stünde die Mehrwertsteuer als natürliche Person zwar grundsätzlich zu. Allerdings erscheint dies angesichts seines ausländischen Wohnsitzes bereits als fraglich. Ausführungen hierzu fehlen. Im Übrigen wurde auch nicht dargetan, für welchen Anteil die entsprechenden Leistungen für den Kläger 2 erbracht wurden. Insgesamt ist deshalb die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte keinerlei Ausführungen zur grundsätzlichen Möglichkeit des Vorsteuerabzugs macht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.), weshalb ihr die

Parteientschädigung denn auch ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen gewesen wäre.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung auf Dritte, insbesondere allgemein auf andere amerikanische Behörden als das Departement of Justice (DoJ) bezieht.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im nachfolgenden Erkenntnis entschieden.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) im Widerhandlungsfall verboten, im Rahmen des US-Steuerprogramms Personendaten der Kläger 1 und 2 sowie deren Verbindung zu US-Related Accounts dem Departement of Justice (DoJ) bekannt zu geben oder zugänglich zu machen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 21'000.–.
3. Die Kosten werden zu einem Fünftel (CHF 4'200.–) unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern 1 und 2 und zu vier Fünfteln (CHF 16'800.–) der Beklagten auferlegt und aus dem von den Klägern 1 und 2 geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Den Klägern 1 und 2 wird für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten (CHF 16'800.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

4. Die im vorprozessualen Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE150348-O) festgesetzten und von den Klägern 1 und 2 bereits bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 10'000.– werden zu einem Fünftel (CHF 2'000.–) unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern 1 und 2 und zu vier Fünfteln (CHF 8'000.–) der Beklagten definitiv auferlegt. Den Klägern 1 und 2 wird im Umfang von CHF 8'000.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern 1 und 2 für das Hauptsache- und das vorprozessuale Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE150348-O) eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 21'800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger 1 und 2 unter Beilage eines Doppels von act. 39 und an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 40.
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 500'000.–.

Zürich, 23. Januar 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Roman Kariya