



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Dr. Felix Graber, Thomas Klein und Thomas Steinebrunner sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Urteil vom 6. Juli 2017

in Sachen

1. **A._____ Anstalt,**
 2. **B._____,**
- Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____
gegen

C1._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____
betreffend **Datenschutz**

Ursprüngliches Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

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

Geändertes Rechtsbegehren:

(act. 20 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagten unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, dem U.S. Departement of Justice (DOJ) oder einer anderen Behörde der Vereinigten Staaten von Amerika ausserhalb eines Amts- oder Rechtshilfeverfahrens in irgendeiner Weise direkt oder indirekt den Kläger betreffende Dokumente, Informationen oder Daten, namentlich über Art und Umfang seiner Tätigkeit für die Beklagte, zu übermitteln, herauszugeben oder sonst wie direkt oder indirekt zugänglich zu machen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWST zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Sowohl die Klägerin 1 als auch der Kläger 2 übten verschiedene Funktionen bei der "D._____" aus. Bei " D._____" handelt es sich um ein Konglomerat von Gesellschaften, das im Bereich des Wealth Management tätig ist (act. 1 Rz. 69). Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit stellt die " D._____" unter anderem auch Organe, Repräsentanten und Personen für die Administration zur Verfügung. Die Klä-

gerin 1 ist eine liechtensteinische Anstalt und nimmt vorwiegend Organfunktionen für von " D. _____ " betreute Strukturen wahr. Der Kläger 2 ist eine natürliche Person und war von 2000 bis 2009 als Jurist bei " D. _____ " angestellt. Sowohl die Klägerin 1 als auch der Kläger 2 waren Organe einer in Vaduz (LI) domizilierten Stiftung, welche ein Konto bei der Beklagten hatte (act. 1 Rz. 70 ff.; act. 11 S. 4 Rz. 2.1).

Die Beklagte ist eine als Aktiengesellschaft organisierte Schweizer Privatbank mit Sitz in Zürich; sie bezweckt die Durchführung von Bank- und Finanzgeschäften aller Art im In- und Ausland. Sie ist Teil der C. _____ AG mit Sitz in Zürich (vgl. act. 3/2 und act. 1 Rz. 63).

b. Prozessgegenstand

Am 29. August 2013 stellte das US-Justizministerium (Department of Justice; fortan DoJ) ein Programm vor, das Schweizer Banken ermöglicht, ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit im Hinblick auf mögliche Verstösse gegen US-Recht zu bereinigen ("Program for non-prosecution agreements or non-target letters for swiss banks"; fortan US-Programm, vgl. auch die zutreffende Darstellung der Kläger: act. 1 Rz. 49 f.). Das US-Programm ermöglicht es Schweizer Banken, zur direkten Regelung ihrer Situation mit den US-amerikanischen Behörden in einer von vier Kategorien teilzunehmen. Die Beklagte nimmt am US-Programm als "Kategorie 2 Bank" teil (act. 1 Rz. 63). Das sind Banken, gegen welche die US-Behörden keine Strafuntersuchung führen, die aber Grund zur Annahme haben, gegen die US-Gesetzgebung verstossen zu haben und ein sog. Non-Prosecution-Agreement (fortan NPA) anstreben. Die Beklagte hat während laufendem Verfahren ein NPA abgeschlossen (act. 11 S. 6 Rz. 5.1). Sie möchte, um ihren Verpflichtungen aus dem NPA nachzukommen, Informationen betreffend die Klägerin 1 und den Kläger 2 an US-amerikanische Behörden übermitteln, so insbesondere deren namentliche Nennung im Zusammenhang mit von der Bank betreuten Bankverbindungen mit einem Bezug zur USA (vgl. act. 1 Rz. 13). Dem widersetzen sich die Kläger.

B. Prozessverlauf

Am 30. April 2015 (Datum Poststempel) reichten die Kläger ihre Klageschrift samt Beilagen beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 3/1–41). Den ihnen mit Verfügung vom 5. Mai 2015 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 21'000.00 (act. 4) leisteten die Kläger bzw. die Klägerin 1 für die Kläger fristgemäss (act. 6), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 3. Juni 2015 Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt wurde (act. 7). Nach erteilter Fristerstreckung (Prot. S. 4) reichte die Beklagte ihre Klageantwort samt Beilagen fristgerecht ein (act. 11; act. 12/1–3). Mit Verfügung vom 8. Dezember 2015 ordnete das hiesige Gericht einen zweiten Schriftenwechsel an und setzte den Klägern Frist bis zum 29. Februar 2016 an, um eine zweite Rechtsschrift (Replik) einzureichen (act. 13). Mit Eingabe vom 14. April 2016 (Datum Poststempel) erstatteten die Kläger ihre schriftliche Replik samt Beilagen (act. 20; act. 21/1–28). Mit Verfügung vom 19. April 2016 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um ihre schriftliche Duplik einzureichen (act. 22). Innert erstreckter Frist (act. 24/1–4) erstattete die Beklagte ihre Duplik samt Beilagen (act. 25; act. 26/4–5). Mit Eingabe vom 25. Juli 2016 (Datum Poststempel) reichten die Kläger eine Stellungnahme zu den Dupliknoten ein (act. 29), welche der Beklagten zugestellt wurde (Prot. S. 10). Es erfolgten keine weiteren Eingaben der Parteien. Mit Verfügung vom 19. Juni 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 30). Die Verfügung konnte den Parteien am 22. Juni 2017 zugestellt werden (act. 31/1–2). Die Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 32 und act. 33). Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

C. Beweisvorbringen der Parteien

Sowohl die Kläger als auch die Beklagte offerieren ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/1–41; act. 12/1–3; act. 21/1–28; act. 26/4–5).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 129 IPRG sowie Art. 6 Abs. 2 ZPO und § 44 lit. b GOG) und wird zu Recht auch von keiner Partei in Frage gestellt.

1.2. Einfache Streitgenossenschaft der Klägerin 1 und des Klägers 2

Im vorliegenden Verfahren sollen Rechte und Pflichten zwischen den Klägern 1 und 2 sowie der Beklagten beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen und Rechtsgründen beruhen. Die Klägerin 1 und der Kläger 2 bilden dabei eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 70 Abs. 1 ZPO.

1.3. Parteifähigkeit der Klägerin 1 und übrige Prozessvoraussetzungen

Bei der Klägerin 1 handelt es sich gemäss liechtensteinischem Handelsregister um eine Anstalt des liechtensteinischen Rechts. Als solche ist sie gestützt auf Art. 154 f. IPRG i.V.m. Art. 106 Abs. 1 PGR sowie Art. 534 PGR (Liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) vom 20. Januar 1926, LR-Nr. 216) partei- und prozessfähig im Sinne der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

1.4. Änderung des Rechtsbegehrens durch die Kläger

Die Klägerin 1 und der Kläger 2 haben in ihrer Replik vom 14. April 2016 ihr ursprüngliches Rechtsbegehren dahingehend präzisiert, dass sie das beantragte Verbot nur für Handlungen der Beklagten ausserhalb von Amts- oder Rechtshilfungsverfahren verlangen (vgl. act. 20, S. 2 und act. 20, Rz. 6 f.). Die Beklagte nimmt in ihrer Duplik die Einschränkung des Rechtsbegehrens zur Kenntnis und bestreitet die Zulässigkeit der Änderung nicht (act. 25, S. 2 Rz. 4).

Mit der vorgenommenen Einschränkung des Rechtsbegehrens verlangen die Kläger weniger als mit dem ursprünglichen Rechtsbegehren, welches – zwar nicht ausdrücklich – auch ein Verbot im Rahmen von Amts- oder Rechtshilfeverfahren beinhaltete. Die Einschränkung der Rechtsbegehren ist prozessrechtlich zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO).

2. Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes

Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Dabei fallen unter den Begriff Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, wobei natürliche oder juristische Personen von der Bearbeitung betroffen sein können (Art. 3 lit. a und b DSG). 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 dem Begriff Bekanntgabe wird gemäss Art. 3 lit. f DSG das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben und Veröffentlichen verstanden. Das von den Klägern begehrte Datenlieferungsverbot betrifft vorliegend Daten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a und b DSG. Deren Weitergabe stellt grundsätzlich ein Bekanntgeben im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. f DSG dar. 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 28I 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 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 ZGB) und insbesondere beantragen, die drohende Verletzung sei zu verbieten (Art. 15 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Wer Personendaten bearbeitet, darf die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG). Widerrechtlich im Sinne der genannten Bestimmung ist die Verletzung der Persönlichkeit durch Datenbearbei-

tung dann, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetze gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSGVO).

3. Voraussetzungen einer grenzüberschreitenden Datenlieferung

3.1. Unstrittig geht es vorliegend um eine (drohende) *grenzüberschreitende* Bekanntgabe von Daten. Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO 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. 2 DSGVO enthält einen abschliessenden Katalog von alternativen Rechtfertigungsgründen, die auch bei Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, eine Datenbekanntgabe ins Ausland ermöglichen (MAURER-LAMBROU/STEINER, in: Basler Kommentar zum DSGVO, Aufl. 3, Basel 2014, Art. 6 N 22c). Aufgrund von Art. 6 Abs. 1 DSGVO gilt demnach das Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, als Persönlichkeitsverletzung, deren Widerrechtlichkeit jedoch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO entfällt (vgl. (MAURER-LAMBROU/STEINER, in: Basler Kommentar zum DSGVO, a.a.O., Art. 6 N 11).

3.2. Die USA kennen keine umfassende Datenschutzgesetzgebung und garantieren keinen angemessenen Schutz der Daten; darin stimmen die Parteien überein (vgl. act. 1 Rz. 152, Rz. 154; act. 11, S. 8 Rz. 1.3; S. 10 Rz. 2.4). Rechtsquellen des Datenschutzes sind der vierte 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, welches jedoch Ausnahmen kennt. Gestützt auf den Freedom of Information Act 5 U.S.C. 522(a) können zudem Kopien von Unterlagen der Bundesbehörden in der Regel von jedermann angefordert werden (DETERMANN, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Ziff. 33.3 ff., 33.40). Entsprechend ist auch der Eidgenössische Datenschutz- und

Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) gemäss seiner (unverbindlichen) Länderliste der Ansicht, dass in den USA nur Datenbearbeiter, die in Bezug auf Personendaten, welche aus der Schweiz stammen, dem US-Swiss-Safe-Harbor-Framework beitreten und auf der Liste des US Department of Commerce verzeichnet sind, einen angemessenen Schutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG garantieren (Länderliste abrufbar unter: <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html> besucht am 16. September 2015). Die Zertifizierung nach dem US-Swiss Safe Harbor Framework führt indessen nur zum Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a DSG, d.h. zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzes im Ausland durch einen Vertrag, welche die Datenbekanntgabe rechtfertigt. Die Existenz des US-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 DSG gewährleistet. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die seit dem 12. April 2017 bestehende Möglichkeit zur Zertifizierung für das Swiss-US-Privacy-Shield nur für die Datenübermittlung an US-Privatunternehmen gilt ("Privacy Shield – das Wichtigste" in Kürze, abrufbar unter: www.edoeb.admin.ch/datenschutz/).

3.3. 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 DSG 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 (vgl. auch ROSENTHAL/JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, Art. 6 N 36).

3.4. Für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG trägt die Beklagte die Behauptungs-, die Substanziierungs- und die Beweislast (vgl. RAMPINI, in: Basler Kommentar zum DSG, a.a.O., Art. 15 N 3; ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar DSG, a.a.O., Art. 6 N 36):

3.4.1. Die Parteien tragen die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substanziierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b; Urteile 4A_427 vom 28. November 2016, E. 3.3; 4A_1/2016 vom 25. April 2016 E. 2.1; 5A_658/2014 vom 6. Mai 2015, E. 6.3.1; 4A_210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.2, je mit Hinweisen). Ein globaler Verweis auf eingereichte Unterlagen genügt den Anforderungen an Behauptung und Substanziierung nicht (Urteil 5A_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3 mit Hinweisen). Da sich der Gegenstand der Behauptungs- und Substanziierungslast nach der materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage richtet, bestimmen für Rechtsverhältnisse des Bundesprivatrechts die anwendbaren Normen des Bundesrechts, welche Tatsachen zu behaupten und zu substantzieren sind (BGE 123 III 183 E. 3e; Urteile 5A_658/2014 vom 6. Mai 2015, E. 6.3.1; 4A_210/2009 vom 7. April 2010, E. 3.3).

3.4.2. Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 141 III 241 E. 3.1: Urteil

5A_96/2016 vom 18. November 2016, E. 3.1). Die Beweislast für das Bestehen einer Rechtfertigung trägt derjenige, der sich darauf beruft, mithin der Datenexporteur (ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar DSG, a.a.O., Art. 6 N 36). Die Beklagte trägt demnach die Behauptungs- und Beweislast, dass die von ihr gewollte Datenlieferung an die USA für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist (vgl. auch Urteil des Handelsgerichts Zürich HE150500 vom 7. April 2016, E. 4.7; Urteil des Handelsgerichts Zürich HE150348 vom 18. Februar 2016, E. 8.6; RAMPINI, in: Basler Kommentar zum DSG, a.a.O., Art. 15 N 3).

4. Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Datenlieferung

4.1. Vorliegend kommt als Rechtfertigungsgrund für die (angestrebte) grenzüberschreitende Datenlieferung einzig die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG in Frage, zumal die Beklagte keinen anderen Rechtfertigungsgrund anruft (vgl. act. 11 S. 8 Rz. 1.2).

4.2. Die Lieferung der Daten muss für die Wahrung des öffentlichen Interesses unerlässlich sein. "Unerlässlich" bedeutet "notwendig". Unerlässlichkeit liegt mit anderen Worten dann vor, wenn die betroffenen überwiegenden öffentlichen Interessen nur durch die Lieferung der entsprechenden Daten gewahrt werden können. Die Unerlässlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG muss im Urteilszeitpunkt vorliegen (Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4). Ob die Lieferung von Daten unerlässlich ist, um ein öffentliches Interesse zu wahren, ist stets konkret zu beurteilen. Dabei ist gemäss Bundesgericht die (prozessual zu berücksichtigende) Veränderung der tatsächlichen Situation (auch) materiellrechtlich zu berücksichtigen. Das Datenschutzrecht bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Im Zentrum der Erwägungen steht daher immer die Persönlichkeit dieser Betroffenen (Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4).

4.3. Die Beklagte bringt vor, der Nichtabschluss eines NPA oder die Nichterfüllung eines abgeschlossenen NPA würden zur Anklageerhebung gegen die Beklagte durch die amerikanischen Behörden führen. Eine Anklageerhebung sei mit

dem Ausschluss der betroffenen Bank aus dem Handel mit US-Dollar verbunden und sei darum für praktisch alle Banken der Gruppe 2 existenzbedrohend. Der Untergang einer Bank sei für den Finanzplatz Schweiz und die Volkswirtschaft der Schweiz systemrelevant. Neben dem Bundesrat gingen sowohl das EFD als auch die legiferierenden politischen Instanzen von einem überwiegenden öffentlichen Interesse aus (act. 11, S. 3 Rz. 1.1). Die Gefährdung einer kleineren Bank der Gruppe 2 sei nicht weniger systemrelevant als die einer grösseren Bank, denn in der Gefährdung dieser Gruppe liege die Systemrelevanz (act. 11, S. 4 Rz. 1.1). Insofern bestehe ein öffentliches Interesse der Schweiz daran, dass die Banken der Gruppe 2 erhalten blieben (act. 11, S. 9 Rz. 2.2, S. 11 Rz. 2.8).

4.4. Vorweg ist festzuhalten, dass die von der Exekutive und der Legislative geäusserten Absichten und Interessen nicht die Freiheit der Rechtsprechung zu tangieren vermögen. Vorbehalten bleibt selbstredend der Einfluss des Gesetzgebungsverfahrens bei der Auslegung verabschiedener Gesetze, was vorliegend aber nicht relevant ist. Insofern folgt aus den Äusserungen des Bundesrates und des Parlaments, die im Zusammenhang mit der Lösung des Bankenstreits gemacht wurden, nicht die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Datenlieferung. Ob sie hinsichtlich der Frage, ob ein überwiegendes Interesse vorliegt, relevant sind, kann, wie nachfolgend darzulegen, offen bleiben.

4.5. Die Beklagte geht im Rahmen ihrer Argumentation betreffend die Zulässigkeit einer Datenlieferung nach Art. 6 DSG vor allem auf das Tatbestandsmerkmal des (überwiegenden) öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG ein: Da ein öffentliches Interesse gegeben sei, sei auch die Datenlieferung zulässig. Indessen vermag die Beklagte die Erfüllung des zweiten Tatbestandsmerkmals von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG, welches kumulativ gegeben sein muss, nicht hinreichend darzutun: Die Datenlieferung muss – wie erwähnt – zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses auch unerlässlich sein. Die Beklagte setzt sich mit diesem Tatbestandsmerkmal kaum auseinander. Die Ausführungen der Beklagten zum Tatbestandsmerkmal der Unerlässlichkeit der Datenlieferung lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die Nichterfüllung des abgeschlossenen NPA führe zur Anklageerhebung durch die amerikanischen Behörden, was zum

Untergang der Beklagten führe. Die Vermeidung ihres Untergangs sei im öffentlichen Interesse der Schweiz. Folgerichtig sei die Lieferung der Daten unerlässlich für die Wahrung dieses öffentlichen Interesses der Schweiz. Für die beklagischen Überlegungen reicht demnach eine drohende Anklageerhebung durch die amerikanischen Behörden. Damit eine notwendige Datenlieferung angenommen werden kann, muss jedoch eine Anklageerhebung *konkret* drohen. Sie darf nicht *bloß möglich* sein.

4.6. So bestätigte das Bundesgericht im Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016 das Urteil des hiesigen Handelsgerichts, gemäss welchem eine Datenlieferung im Rahmen des US-Bankenprogramms als unzulässig befunden wurde, unter anderem mit der Begründung, dass die Bekanntgabe der Daten im Urteilszeitpunkt nicht notwendig gewesen sei, um (überwiegende) öffentliche Interessen zu wahren (Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.4.3 a.E.). Seit dem Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 bis heute sind keine tatsächlichen Entwicklungen eingetreten, die im Hinblick auf analoge Streitfälle – wie dem vorliegenden – eine andere als die bundesgerichtliche Einschätzung nahelegen würden. Es bestehen zurzeit jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA im Falle eines gerichtlichen Verbots der Herausgabe der streitgegenständlichen Daten erneut entfacht bzw. die Kündigung des US-Programms drohen oder gegen die Beklagte Anklage erhoben würde. Die allgemeine Meldepflicht gestützt auf ein abgeschlossenes NPA reicht für sich allein nicht aus, um die Unerlässlichkeit der Datenlieferung zu begründen. Eine solche allgemeine Meldepflicht der Bank bestand auch bereits im erwähnten Bundesgerichtsentscheid.

4.7. Um eine Anklageerhebung hinreichend darzutun, die *konkret* gegen die Beklagte droht, müsste die Beklagte aufzeigen, dass die US-Behörden ihr gerade im Hinblick auf die Nichtlieferung der streitgegenständlichen Daten angedroht haben, Anklage zu erheben. Die Beklagte behauptet aber nicht, dass die amerikanischen Behörden ihr angedroht hätten, Anklage zu erheben, sollte sie die Daten nicht liefern. Zwar scheint die Beklagte davon auszugehen, die Nichtlieferung der streitgegenständlichen klägerischen Daten führe automatisch zur Kündigung des

NPA und zur Anklageerhebung (vgl. act. 25 Rz. 16 und S. 7 Rz. 20). Dass die US-Behörden die streitrelevanten Daten ausdrücklich herausverlangt hätten, verbunden mit der Androhung der Anklageerhebung, geht aus den Akten freilich nicht hervor. Die Kläger weisen zu Recht daraufhin, dass die Beklagte diesbezüglich keine Beweismittel nennt, die eine spezifische Aufforderung seitens der amerikanischen Behörden aufzeigen würden, die streitrelevanten Daten zu liefern, ansonsten gegen die Beklagte Anklage erhoben werde (vgl. act. 29 Rz. 6; siehe auch act. 25, S. 6 Rz. 16 und S. 7 Rz. 20). Ebenso wenig zeigt die Beklagte auf, dass in analogen Fällen jemals Anklage erhoben wurde – dies, obwohl bereits mehrere Gerichtsentscheide ergangen sind, die eine Datenlieferung untersagten. Die Beklagte beruft sich wohl auch hier auf die aufgrund des NPA bestehende allgemeine Meldepflicht. Die Meldepflicht gestützt auf das NPA genügt, wie erwähnt, aber nicht, um eine Unerlässlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSGVO bejahen zu können. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch der im NPA vorgesehene Mechanismus für den Fall, dass die US-Behörden von einer Verletzung des NPA ausgehen: Die zuständige US-Behörde hat der Beklagten vorgängig – also bevor sie Anklage erhebt – schriftlich anzuzeigen, dass sie von einer Verletzung des NPA ausgeht. In der schriftlichen Anzeige hat die Behörde der Beklagten eine Frist von 30 Tagen anzusetzen, innert welcher die Beklagte ihren Standpunkt erklären sowie aufzeigen kann, welche Massnahmen sie zur Wiedergutmachung ergriffen hat. Die US-Behörden müssen diese Stellungnahme in ihren Erwägungen, *ob* sie Anklage erheben möchten, zwingend miteinbeziehen (act. 12/3 S. 6). Mithin kann nicht davon ausgegangen werden, dass bei Nichtlieferung das zwischen der Beklagten und den US-Behörden abgeschlossene NPA wieder aufgehoben würde, zumal der Weiterbestand des NPA auch im Interesse der US-Behörden liegt: Ein NPA hat nicht bloss finanzielle Folgen, sondern installiert auch eine Kooperationspflicht der Bank, die sich über einen längeren Zeitraum in der Zukunft erstreckt (vgl. act. 12/3, S. 3). Die US-Behörden sichern sich damit auch für die Zukunft die Lieferung zahlreicher Informationen, die im Falle einer Aufhebung des NPA entfallen würde. Letzteres dürfte kaum im Interesse der US-Behörden sein; ihr Interesse dürfte vielmehr im Vollzug des NPA liegen, was ebenfalls gegen eine konkret drohende Anklageerhebung spricht.

4.8. Das allfällige Bestehen eines öffentlichen Interessens der Schweiz vermag für sich allein jedenfalls nicht die Unerlässlichkeit einer Datenlieferung zu begründen. Nicht überzeugend ist die beklagtische Ansicht, wonach eine Anklage durch die US-amerikanische Strafjustiz gegen eine einzelne Bank gleichzeitig existenzgefährdend für alle Banken sei, die der gleichen Gruppe angehören wie die angeklagte Bank. Dieses Vorbringen, welches gewissermassen von einer Art "Sippenhaft" ausgeht, zielt letztlich auf das Tatbestandsmerkmal des überwiegenden öffentlichen Interessens (welches darin liegen würde, dass keine Bank untergeht und der Finanzplatz nicht in Mitleidenschaft gezogen wird) und nicht auf dasjenige der Unerlässlichkeit, weshalb auf die vorstehenden Erwägungen zur Unerlässlichkeit zu verweisen ist. Soweit die Beklagte davon ausgeht, dass der Untergang einer einzelnen Bank für den Schweizer Finanzplatz systemrelevant sei, tangiert ihre Argumentation wiederum das öffentliche Interesse im Zusammenhang mit einer grenzüberschreitenden Datenlieferung, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Immerhin ist zum beklagtischen Vorbringen, wonach für die Frage, ob eine Bank systemrelevant sei, deren wirtschaftliche Grösse keine Rolle spiele und einzig deren Zugehörigkeit zur Gruppe 2 des Bankenprogramms massgebend sei, weil in der Gefährdung dieser Gruppe die Systemrelevanz liege (vgl. act. 11, S. 3 f. Rz. 1.1), folgendes festzuhalten: Die Argumentation der Beklagten betreffend die Systemrelevanz würde dazu führen, dass jede noch so kleine Bank systemrelevant wäre, solange sie der Gruppe 2 angehört. Das ist unzutreffend. Vielmehr hängt die Systemrelevanz einer Bank entscheidend von ihrer wirtschaftlichen Grösse ab und damit von ihrem Einfluss auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des schweizerischen Finanzsystems (und der schweizerischen Volkswirtschaft). In welcher Gruppe sich eine Bank am Bankenprogramm beteiligt – ein Entscheid, der ohnehin jede Bank nach eigener Einschätzung und freiem Ermessen trifft –, hat hingegen mit der Frage der Systemrelevanz nichts zu tun.

4.9. Die Beklagte möchte weiter gestützt auf die vom Bundesrat erteilte Bewilligung im Sinne von Art. 271 StGB ausführen, dass damit das öffentliche Interesse der Schweiz, den US-Streit durch Abschluss eines NPA beenden zu können, manifest sei (act. 11, S. 6 Rz. 4.1). Aus der Erteilung der genannten Bewilligung kann zwar durchaus ein öffentliches Interesse der Schweiz abgeleitet werden, je-

doch nicht die Unerlässlichkeit der Datenlieferung im Sinne von Art. 6 DSGVO. Die Wirkung der erteilten Bewilligung beschränkt sich auf Art. 271 StGB und erfasst die Normen des Datenschutzgesetzes gerade nicht.

4.10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Datenbekanntgabe in die USA nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt. Ein solcher Rechtfertigungsgrund liegt aber hinsichtlich der streitgegenständlichen Personendaten nicht vor. Insbesondere gelingt es der Beklagten nicht, überzeugend darzulegen, dass die Datenlieferung unerlässlich ist.

5. Fazit

5.1. Durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Personendaten ans DoJ resp. an den IRS droht eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung der Kläger. Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSGVO 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 herauszugeben. Antragsgemäss ist dieses Verbot für den Widerhandlungsfall mit der Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB der verantwortlichen Organe der Beklagten mit Busse (bis zu CHF 10'000.00) zu verbinden.

5.2. Dementsprechend kann darauf verzichtet werden, auf die weiteren Vorbringen der Kläger einzugehen und zu prüfen, ob auch diese einer Datenlieferung entgegenstehen würden.

5.3. Die Kläger beantragen im geänderten Rechtsbegehren ein Verbot der Herausgabe von "den Kläger betreffende Dokumente, Informationen oder Daten, namentlich über Art und Umfang seiner Tätigkeit für die Beklagte", während sie im ursprünglichen Rechtsbegehren noch ein Verbot der Herausgabe von "die Kläger 1 und 2 betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten oder im Zusammenhang mit diesen geschäftlichen Aktivitäten" beantragten. Gemäss übereinstimmender Darstel-

lung der Parteien waren die Kläger aber nie für die Beklagte tätig, weshalb es keinen Sinn macht, die Herausgabe von Daten über Art und Umfang der Tätigkeit der Kläger für die Beklagte zu verbieten. Bei der namentlichen exemplarischen Aufzählung im geänderten Rechtsbegehren handelt es sich wohl um ein offensichtliches Versehen, bezieht sich die ausgetauschte Formulierung doch nur auf einen einzigen "Kläger", statt wie ursprünglich auf "die Kläger 1 und 2". Demnach ist das Verbot im Sinne des ursprünglichen Rechtsbegehrens auszusprechen, jedoch mit der Einschränkung auf Daten ausserhalb eines Amts- oder Rechtshilfverfahrens, wie im geänderten Rechtsbegehren verlangt.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Vermögensrechtliche Streitigkeit sowie Streitwert

6.1.1. Beide Parteien gehen davon aus, dass die vorliegende Streitigkeit nicht vermögensrechtlich ist (act. 1 Rz. 7 ff.; act. 11, S. 2 Rz. 3; act. 25, S. 2 Rz. 2). Die Frage, ob eine Streitigkeit vermögensrechtlicher oder nichtvermögensrechtlicher Natur ist, liegt nicht in der Disposition der Parteien. Nichts anderes kann aus Art. 91 Abs. 2 ZPO abgeleitet werden: Der in Art. 91 Abs. 2 ZPO enthaltene Vorbehalt zu Gunsten einer Einigung der Parteien betreffend ihre nicht auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Rechtsbegehren findet einerseits aufgrund seines Wortlauts, andererseits zufolge seiner Stellung im 7. Titel ("Streitwert") des 1. Teils der ZPO keine (direkte) Anwendung auf die Frage, ob eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt. Die Bestimmung befasst sich einzig mit der Frage, wie der Streitwert zu ermitteln ist, und setzt mithin voraus, dass das Rechtsbegehren seiner Natur nach überhaupt in Geld bewertet werden kann, also eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt (BGE 140 III 145, E. 5.2).

6.1.2. Der Begriff der vermögensrechtlichen Streitigkeit respektive Angelegenheit oder Sache wird in der Zivilprozessordnung an keiner Stelle definiert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist massgebend, ob mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Ist dies der Fall, liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (BGE 139 II 404 E. 12.1; BGE 118 II 528 E. 2c; BGE 116 II 379 E. 2a). Ein Vermögensinteresse besteht nicht nur, wenn di-

rekt die Leistung einer bestimmten Geldsumme umstritten ist, sondern schon dann, wenn der Entscheid unmittelbar finanzielle Auswirkungen zeitigt oder mittelbar ein Streitwert konkret beziffert werden kann; in diesen Fällen werden von den Betroffenen letztlich wirtschaftliche Zwecke verfolgt (BGE 135 II 172 E. 3.1 mit Hinweisen). Dass die genaue Berechnung des Streitwertes nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig ist, genügt nicht, um eine Streitsache als eine solche nichtvermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen (BGE 142 III 145; BGE 139 II 404 E. 12.1; BGE 108 II 77 E. 1a).

6.1.3. Vorliegend stehen wirtschaftliche Interessen im Vordergrund. Sowohl die Klägerin 1 als auch der Kläger 2 waren im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in der Kontobeziehung zur Beklagten involviert. Der von ihnen begehrte Datenschutz wirkt sich primär (im Fall der Klägerin 1 ausschliesslich) auf ihre berufliche Tätigkeit aus: Den Klägern geht es letztlich darum, nicht in Verfahren von US-Behörden einbezogen zu werden und dadurch geschäftlichen Schaden zu erleiden. Daran ändert vorliegend auch nichts, dass der Kläger 2 eine natürliche Person ist. Es handelt sich darum um eine vermögensrechtliche Streitigkeit (vgl. Urteil 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 4.3; Urteil 4A_239/2014 vom 2. Juli 2014, E. 2.1 ff.).

6.1.4. Da die Parteien irrtümlicherweise von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit ausgingen, haben sie auch keinen Streitwert angegeben. Dieser ist folglich vom Gericht zu schätzen. Bei der Festsetzung des Streitwerts für die vorliegende Klage ist das wirtschaftliche Interesse der Kläger an der Erhaltung und Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im entsprechenden Treuhand- und Vermögensverwaltungsdienstleistungssektor massgebend. Angesichts der möglichen existentiellen Einschränkung in der Ausübung einer derartigen Funktion im entsprechenden Wirtschaftssektor ist ein Streitwert in der Höhe von CHF 500'000.00 je Kläger angemessen.

6.1.5. Die Kläger bilden eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZPO. Gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO werden bei einfacher Streitgenossenschaft die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich

nicht gegenseitig ausschliessen. Der Streitwert beläuft sich daher auf CHF 1'000'000.00.

6.2. Gerichtskosten

Die Gerichtsgebühr beträgt bei einem Streitwert in Höhe von CHF 1'000'000.00 rund CHF 30'750.00 (§ 4 Abs. 1 GebV OG). In Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr aufgrund des nicht übermässig aufwendigen Verfahrens auf CHF 35'000.00 festzusetzen. Die Einschränkung des Rechtsbegehrens durch die Kläger wirkt sich vorliegend nicht auf die Verteilung der Kosten aus (siehe zur Einschränkung des Rechtsbegehrens Erw. 1.4). Die Gerichtsgebühr ist daher ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.3. Parteientschädigungen

Die Grundgebühr, auf die der Anspruch mit der Erarbeitung oder Beantwortung der Klage entsteht, deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und weiteren notwendigen Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von jeweils höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet; diese darf insgesamt jedoch nicht überschritten werden (§ 11 Abs. 1–3 AnwGebV). Die Grundgebühr ist für die zweite Rechtsschrift leicht, jedoch mangels Mehraufwandes für die Vertretung der zwei Kläger nicht nach § 8 AnwGebV zu erhöhen. Die von der Beklagten den Klägern zu bezahlende Parteientschädigung ist mithin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV auf CHF 37'000.00 festzusetzen. Gestützt auf Art. 106 Abs. 3 ZPO ist die Parteientschädigung den Klägern je zur Hälfte zuzusprechen, da sie durch den selben Rechtsvertreter vertreten werden, keine anderen Gründe für ein anderes Verteilverhältnis sprechen und auch die Kläger zum Verteilverhältnis nichts ausführen. Da die im Ausland domizilierten Kläger nicht der Mehrwertsteuerpflicht unterliegen, ist diese nicht hinzuzurechnen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe und Geschäftsleiter gemäss Art. 292 StGB verboten, dem U.S. Departement of Justice (DoJ) oder einer anderen Behörde der Vereinigten Staaten von Amerika ausserhalb eines Amts- oder Rechtshilfeverfahrens in irgendeiner Weise direkt oder indirekt die Klägerin 1 und den Kläger 2 betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten oder im Zusammenhang mit diesen geschäftlichen Aktivitäten, zu übermitteln, herauszugeben oder sonst wie direkt oder indirekt zugänglich zu machen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 35'000.00.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und – soweit möglich – aus dem von der Klägerin 1 geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin 1 wird in diesem Umfang das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern 1 und 2 eine Parteientschädigung von zusammen CHF 37'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'000'000.00.

Zürich, 6. Juli 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Dr. Giulio Donati