



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

**Urteil vom 30. Mai 2017**

in Sachen

1. **A.\_\_\_\_\_ Holdings S.A.,**

2. **B.\_\_\_\_\_,**

Kläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**C.\_\_\_\_\_ (Suisse) SA,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Datenschutz**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an

US-Behörden weiterzugeben, wobei Personendaten auch alle Daten umfasst, welche die Kläger bestimmbar machen (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter / codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern), insbesondere sei der Beklagten zu verbieten, eine die Kläger betreffende sog. II.D.2-Liste an US-Behörden zu übermitteln, unter Androhung gegen die Organe der Beklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

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

**Anlässlich der Replik erweitertes Rechtsbegehren:**

(act. 26 S. 2)

" Es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, wobei Personendaten auch alle Daten umfasst, welche die Kläger bestimmbar machen (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter / codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern), insbesondere sei der Beklagten zu verbieten, eine die Kläger betreffende sog. II.D.2-Liste an US-Behörden zu übermitteln, unter Androhung gegen die Organe der Beklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

Eventualiter seien die sich bei den US-Behörden befindlichen Personendaten der Kläger vernichten zu lassen; und

es sei festzustellen,

a) dass Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG auch alle Daten umfasst, welche die Kläger bestimmbar machen (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter / codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern);

b) dass die im konkreten Fall erfolgte Personendatenübermittlung an die US-Behörden, sei dies gemäss Ziff. II.D.1, II.D.2, II.D.4 des US Program oder sonst wie, die Persönlichkeit der Kläger widerrechtlich verletzt hat.

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

**Inhaltsverzeichnis:**

<b>Sachverhalt und Verfahren:</b> .....	4
A. Sachverhaltsübersicht .....	4
B. Prozessverlauf .....	7
<b>Erwägungen:</b> .....	10
1. Formelles .....	10
1.1. Zuständigkeit.....	10
1.2. Einfache Streitgenossenschaft .....	11
1.3. Klageänderung/-erweiterung .....	12
1.4. Rechtsschutzinteresse .....	12
2. Anwendbares Recht und Anspruchsgrundlagen im Allgemeinen .....	14
2.1. Rechtswahl.....	14
2.2. Zu den Anspruchsgrundlagen im Allgemeinen .....	14
3. Drohende Verletzung des Bankgeheimnisses .....	14
3.1. Parteivorbringen .....	14
3.2. Würdigung .....	15
3.3. Fazit.....	15
4. Drohende Verletzung des Geschäftsgeheimnisses etc. ....	16
4.1. Parteivorbringen .....	16
4.2. Würdigung .....	16
4.3. Fazit.....	18
5. Drohende Verletzung vertraglicher Sorgfalts- und Treuepflichten.....	19
5.1. Relevanter Sachverhalt.....	19
5.2. Parteivorbringen zu den vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten ....	30
5.3. Würdigung .....	31
5.4. Fazit.....	54
6. Drohende Persönlichkeitsverletzung .....	55
6.1. Parteivorbringen .....	55
6.2. Würdigung .....	55
6.3. Fazit.....	59
7. Eventualbegehren .....	59

8. Gesamtfazit/Zusammenfassung .....	60
9. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	61
9.1. Streitwert .....	61
9.2. Kostenaufgabe im Allgemeinen .....	62
9.3. Gerichtskosten.....	62
9.4. Parteientschädigung .....	63
<b>Urteilsdispositiv:</b> .....	64

### **Sachverhalt und Verfahren:**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a) Die Parteien und ihre Stellung

i) Die Klägerin 1 (fortan: Klägerin) ist eine Gesellschaft mit Sitz in ... auf den Bahamas (act. 3/11 [= act. 7/51], act. 7/49 und act. 7/53). Sie unterhielt ab 1999 zunächst ein Bankkonto bei der D.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG in Zürich. Als diese Bank im Frühling 20.. mit der Beklagten fusionierte, wurde die Kontobeziehung mit der Klägerin bis zur Kontoschliessung am 9. April 2014 fortgeführt (act. 1 Rz. 21 ff., act. 3/14, act. 3/17 und act. 23/1 Blatt 1). Die Klägerin, eine Offshore-Gesellschaft (act. 22 Rz. 26), gibt an, eine Diamantenhändlerin zu sein und über das Konto einen regen Diamantenhandel getätigt zu haben (act. 1 Rz. 12, 16, 21, 24 ff., act. 26 Rz. 109 f.), was die Beklagte bestreitet (act. 22 Rz. 36, 47 und 49 f.).

ii) Der Kläger 2 (fortan: Kläger) ist in E.\_\_\_\_\_ [Staat im Nahen Osten] domiziliert, seit 35 Jahren Mitglied des F.\_\_\_\_\_ und zugleich wirtschaftlich Berechtigter des Kontos der Klägerin (act. 1 Rz. 1, 8 und 21 ff., act. 3/2 und act. 26 Rz. 14). Der Kläger ist (unter anderem, siehe act. 30 N 66) amerikanischer Staatsbürger (act. 22 Rz. 4, 26 und 49).

iii) Die Beklagte ist eine als schweizerische Aktiengesellschaft organisierte Bank mit Sitz in Genf (und mit Zweigniederlassungen in Zürich und ...; act. 3/10, act. 22 Rz. 10 und act. 23/1).

b) Prozessgegenstand

i) Zur Beilegung des seit mehreren Jahren andauernden Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA stellt das US-Justizministerium (Department of Justice, fortan: DoJ) das sog. "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" (fortan: US-Programm) zur Verfügung, das es den schweizerischen Banken erlaubt, ihre Situation zu bereinigen. Mit Entscheid vom tt.mm.2014 erteilte das Eidgenössische Finanzdepartement (fortan: EFD) der Beklagten eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Abs. 1 StGB (act. 23/8). Die Beklagte nimmt am US-Programm teil und hat am tt.mm.2015 ein Non-Prosecution Agreement (fortan: NPA) abgeschlossen (act. 22 Rz. 27 und act. 23/12). In diesem Zusammenhang behauptet die Beklagte, dem DoJ am 19. September 2014 einen das Konto der Klägerin enthaltenden Entwurf der II.D.2-Liste gemäss US-Programm (fortan: Leaver-Liste) und am 17. Dezember 2015 die finale Version dieser Leaver-Liste übermittelt zu haben, weshalb es den Klägern am Rechtsschutzinteresse fehle (act. 22 Rz. 4, 23 und 28, act. 23/9-10 und 23/13-14, act. 30 Rz. 6 ff., 30 f., 54, 56, 68, 72). Die Beklagte bringt implizit vor, auch eine II.D.4-Liste gemäss US-Programm (fortan: Factsheet) an das DoJ geliefert zu haben (act. 22 Rz. 26). Die Beklagte ist der Auffassung, die dem DoJ angeblich gelieferten Daten stellten infolge Anonymisierung (bzw. einer dieser gleichkommenden Pseudonymisierung) weder Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes (DSG), noch Bankkundendaten im Sinne des Bankengesetzes (BankG) dar. Es seien somit keine Personendaten an das DoJ übermittelt worden und im Übrigen wolle die Beklagte gar keine solchen Daten an die US-Behörden übermitteln; deshalb sei das DSG vorliegend nicht anwendbar und das Bankgeheimnis nicht verletzt worden (act. 22 Rz. 4, 7, 48, 93 ff., act. 30 Rz. 23, 65, 84). Sodann hätten die Kläger in den "General [Terms and] Conditions" der Beklagten für den Fall berechtigter Interessen auf das Bankgeheimnis verzichtet (act. 22 Rz. 56, 102 ff., act. 30 Rz. 67). Hätte die Beklagte die unter dem US-Programm verlangten Daten nicht geliefert, hätten die von ihr beigezogenen unabhängigen Prüfer die Vollständigkeit und Richtigkeit der Liste nicht bestätigt, und hätte die Beklagte kein NPA abschliessen können (act. 22 Rz. 103). Schliesslich bestreitet die Beklagte die Aktivlegitimation des Klägers, da er nicht Kontoinhaber gewesen

sei und keine ihn identifizierbar machende oder auch nur ihn betreffende Informationen offengelegt worden seien (act. 22 Rz. 89). Hinsichtlich der Feststellungsbegehren der Kläger vertritt die Beklagte die Ansicht, dass jeweils kein entsprechendes Feststellungsinteresse gegeben sei (act. 30 Rz. 16 ff.).

ii) Die Kläger wehren sich mit ihrem Hauptbegehren gegen die Herausgabe ihrer Daten, insbesondere gegen die Herausgabe einer ihre Daten enthaltende Leaver-Liste und eines entsprechenden Factsheets. Sie machen einerseits einen (nach-)vertraglichen, andererseits einen datenschutz- bzw. persönlichkeitsrechtlichen Anspruch geltend, wobei sie gestützt auf diese beiden Anspruchsgrundlagen dasselbe verlangen, nämlich die Unterlassung der Personendatenlieferung an US-Behörden. Zunächst bestreiten die Kläger, dass ihre Daten tatsächlich bereits an das DoJ geliefert worden seien; vielmehr handle es sich dabei um ein prozesstaktisches Vorbringen der Beklagten (act. 26 Rz. 3, 8 ff., 13, 23). Dann stellen sie in Abrede, dass eine Anonymisierung bzw. eine dieser gleichkommende Pseudonymisierung ihrer Daten erfolgt sei, und gehen vielmehr von einer gewöhnlichen Pseudonymisierung aus, weshalb sie beide bestimmbar bzw. identifizierbar seien; es handle sich daher um Personendaten im Sinne des DSG bzw. um Bankkundendaten im Sinne des BankG (act. 1 Rz. 2 ff., 30 ff., act. 26 Rz 3 ff. und 64 ff.). Weiter wird vorgebracht, die Klägerin sei eine aktive operative Gesellschaft (sog. active Non-Financial Foreign Entity, fortan: NFFE) und falle daher nicht unter das US-Programm (act. 1 Rz. 24 f. und 41). Ferner sind die Kläger der Auffassung, dass die beabsichtigte bzw. bereits vollzogene Datenübermittlung einerseits dem DSG bzw. den einschlägigen Artikeln des Zivilgesetzbuches (ZGB) sowie des Obligationenrechts (OR) zuwiderlaufe und andererseits eine Verletzung von Art. 162 StGB (Verletzung des Geschäftsgeheimnisses), Art. 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) und Art. 47 BankG (Bankgeheimnis) darstelle (act. 1 Rz. 60 ff.). Schliesslich sind die Kläger der Ansicht, die beabsichtigte bzw. bereits erfolgte Datenübermittlung sei nicht durch die entsprechende Bewilligung des EFD im Sinne von Art. 271 Abs. 1 StGB gedeckt (act. 1 Rz. 85). Für den Fall, dass die in den Leaver-Listen bzw. im Factsheet enthaltenen Daten bereits an das DoJ geliefert worden sein sollten, stellen die Kläger verschiedene Eventualbegehren (act. 26 S. 2).

## B. Prozessverlauf

### a) Vorprozessuales

i) Vor Klageeinleitung führten die Parteien in Anschluss an die Kontoschließung im April 2014 vom 12. Mai 2014 bis am 20. August 2015 umfangreiche Korrespondenz betreffend die Herausgabe der klägerischen Daten an das DoJ (act. 1 Rz. 36-54, act. 3/22-42). Soweit relevant wird nachfolgend auf die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien einzugehen sein (act. 22 Rz. 60-69, act. 26 Rz. 124-127 [act. 26 Rz. 128-130 betreffen entgegen der Überschrift nicht act. 22 Rz. 69, sondern act. 22 Rz. 70], act. 30 Rz. 79). Unbestrittenermassen haben die Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 6. Juni 2014 verboten, Bankkundendaten weiterzugeben, bzw. ihr mit Schreiben vom 17. November 2014 mitgeteilt, "that no data which relates to the referenced account may be transmitted at all" (act. 1 Rz. 46 und 65 sowie act. 3/25 und 3/33).

ii) Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass kein vorsorgliches Massnahmeverfahren durchgeführt wurde, weder vor noch nach Eintritt der Rechtshängigkeit am 24. August 2015. Es ist daher nicht ersichtlich, welches richterliche Verbot die Kläger in ihrer Stellungnahme zur Duplik vom 27. Juni 2016 meinen (act. 34 Rz. 5).

### b) Klageeinleitung und wesentliche Verfahrensschritte

i) Mit Eingabe vom 24. August 2015 (Datum Poststempel) machten die Kläger hierorts die vorliegende Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 26. August 2015 wurde den Parteien der Eingang der Klage bestätigt und der Beklagten das Doppel der Klage samt Beilagen zugestellt. Gleichzeitig wurde einerseits beiden Klägern Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und andererseits der Klägerin 1 unter Säumnisandrohung Nachfrist zur Einreichung eines Handelsregister- oder vergleichbaren Firmenregisterauszugs angesetzt (act. 4, Prot. S. 2 f.). Nach fristgerechtem Eingang der eingeforderten Nachweise (act. 6 und 7/49-53) sowie des Kostenvorschusses (act. 8) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 9. September 2015 Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt (act. 9, Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 22. September 2015

(Datum Poststempel) beantragte die Beklagte, es sei ihr die Frist zur Einreichung der Klageantwort abzunehmen, die Klägerin 1 zu verpflichten, beim hiesigen Gericht eine Sicherheit für die Parteientschädigung zu hinterlegen, und die Frist zur Einreichung der Klageantwort nach Leistung der Sicherheit bzw. Abweisung des entsprechenden Antrags neu anzusetzen (act. 11). Mit Verfügung vom 23. September 2015 wurde der Beklagten die Frist zur Einreichung der Klageantwort abgenommen und den Klägern Frist angesetzt, um sich zum Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung zu äussern (act. 13, Prot. S. 5). Nachdem sich die Kläger hierzu mit Eingabe vom 14. Oktober 2015 (Datum Poststempel) geäußert hatten (act. 15), wurde der Klägerin 1 mit Verfügung vom 20. November 2015 Frist angesetzt, um für die Parteientschädigung eine Sicherheit von CHF 17'550.– zu leisten (act. 17, Prot. S. 7 f.). Nach fristgerechter Leistung dieser Sicherheit (act. 19) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. Dezember 2015 eine neue Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt (act. 20, Prot. S. 9). Mit Eingabe vom 26. Februar 2016 (Datum Poststempel) reichte die Beklagte diese fristgerecht ein, wobei ihr Hauptantrag auf Nichteintreten lautete (act. 22). Mit Verfügung vom 29. Februar 2016 wurde die Klageantwort samt Beilagen den Klägern zugestellt und ihnen Frist angesetzt, um sich zum Nichteintretensantrag der Beklagten zu äussern (act. 24, Prot. S. 10). Innert dieser Frist erstatteten die Kläger mit Eingabe vom 6. April 2016 (Datum Poststempel) die vollständige Replik und ergänzten ihr ursprüngliches Rechtsbegehren mit Eventualanträgen (act. 26). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 11. April 2016 das Doppel der Replik samt Beilagen zugestellt und ihr Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 28, Prot. S. 11). Die Duplik vom 14. Juni 2016 (Datum Poststempel) ging fristgerecht ein (act. 30). Mit Verfügung vom 17. Juni 2016 wurde die Duplik samt Beilagen den Klägern zugestellt und gleichzeitig der Aktenschluss angeordnet (act. 32, Prot. S. 12). Mit Eingabe vom 27. Juni 2016 (Datum Poststempel) nahmen die Kläger Stellung zur Duplik (act. 34); diese Eingabe wurde der Beklagten samt Beilagen umgehend zugestellt (Prot. S. 13). Mit Noveneingabe vom 25. Oktober 2016 (Datum Poststempel) reichten die Kläger ein weiteres Beweismittel zu den Akten (act. 37 und 38/98). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2016 wurde das Doppel der Noveneingabe samt Beilage der Beklagten zugestellt (act. 39, Prot.



S. 14). Daraufhin liess sich die Beklagte mit Eingabe vom 28. Oktober 2016 (Datum Poststempel) freiwillig vernehmen (act. 41); diese Eingabe wurde den Klägern umgehend zugestellt (Prot. S. 15).

ii) Mit Verfügung vom 3. April 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie unter dem Vorbehalt eines Beweisverfahrens auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichten wollen (act. 43, Prot. S. 16 f.). Beide Parteien verzichteten auf die Durchführung der Hauptverhandlung (act. 45 und 46).

iii) Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

c) Beweismittel

Die Parteien reichten mit ihren Rechtsschriften jeweils Beweismittelverzeichnisse ein (act. 1 S. 32 ff.; act. 22 S. 29 f. [= letzte zwei Blätter], act. 26 S. 45 ff., act. 30 S. 24 f. [= letzte zwei Blätter], act. 34 S. 10 ff. und act. 37 S. 4 ff.). Neben verschiedenen, teilweise zu edierenden Urkunden offerieren die Parteien die Einvernahme verschiedener Zeugen sowie eine schriftliche Auskunft. Seitens der Kläger wird die Einholung eines Gutachtens vorbehalten.

## **Erwägungen:**

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist zwar nicht strittig (act. 1 Rz. 8 ff.; act. 22 Rz. 3), jedoch von Amtes wegen zu prüfen. Die Parteien haben unbestrittenermassen eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen (act. 1 Rz. 13, act. 3/7 Blatt 2, act. 3/8-9 und act. 3/20). Entgegen der klägerischen Auffassung beurteilen sich Gültigkeit und Inhalt der Gerichtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien hier jedoch nicht nach Art. 5 IPRG (act. 1 Rz. 9), sondern nach Art. 23 LugÜ (i.V.m. Art. 63 Ziff. 1 LugÜ). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, wonach "die Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates hat", vereinbaren können, "dass ein Gericht oder die Gerichte eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen"; dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates sind ausschliesslich zuständig, sofern nichts anderes vereinbart wurde (Art. 23 Ziff. 1 i.V.m. Art. 60 Ziff. 1 LugÜ). Es reicht aus, dass eine Partei in einem Drittstaat und die andere in einem Mitgliedstaat wohnt bzw. ihren Sitz hat, selbst wenn das Gericht oder die Gerichte dieses Mitgliedstaates vereinbart worden sind (SHK LugÜ-KILLIAS, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 23 N 14, m.w.H.; BSK LugÜ-BERGER, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 23 N 10 und 17, je m.w.H.). Die Beklagte hat ihren (Haupt-)Sitz in Genf (act. 23/1), mithin in der Schweiz als LugÜ-Vertragsstaat, und es wurde eine Zuständigkeit in Zürich oder am Sitz einer schweizerischen Zweigniederlassung der Beklagten vereinbart (act. 3/7 Blatt 2, act. 3/8-9 und act. 3/20). Beide Kläger haben ihren (Wohn-)Sitz ausserhalb des LugÜ-Raums. Die Voraussetzungen gemäss Art. 23 Ziff. 1 LugÜ sind erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Dass ein internationaler Sachverhalt vorliegt, ist offensichtlich. Damit besteht eine gültige Ge-

richtsstandsvereinbarung zwischen den Parteien und die internationale Zuständigkeit der Schweiz sowie die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts sind gegeben.

1.1.2. Was die sachliche Zuständigkeit betrifft, kann grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen in der Klageschrift verwiesen werden (act. 1 Rz. 14 ff.), welche die Beklagte nicht bestreitet (siehe insbesondere act. 22 Rz. 3 und 48). Indessen bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin eine Diamantenhändlerin sei (act. 1 Rz. 12, act. 22 Rz. 47), wobei aus dieser Bestreitung nicht hervorgeht, ob die Beklagte damit auch das Vorliegen einer vermögensrechtlichen Streitigkeit in Abrede stellt. Da sich hierfür in den Rechtsschriften keine weiteren Anhaltspunkte finden und die Kläger mit ihren Begehren letztlich und überwiegend einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen – die Klägerin als juristische Person und angebliche Diamantenhändlerin und der Kläger als Mitglied des F.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 11) –, handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 4.3, mit Hinweis auf BGE 142 III 145, E. 6.1 f., m.w.H.; siehe auch BGer 4A\_239/2014 vom 2. Juli 2014, E. 2.1-2.4, m.w.H.). Die Kläger beziffern den Streitwert pauschal auf CHF 500'000.– (act. 1 Rz. 14) und die Beklagte macht keine Einwände dagegen geltend (act. 11 S. 2). Da überdies eine handelsrechtliche Streitigkeit vorliegt, ist die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts ebenfalls zu bejahen (Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

## 1.2. Einfache Streitgenossenschaft

Im vorliegenden Verfahren sollen Rechte und Pflichten zwischen den Parteien beurteilt werden, die auf gleichartigen Tatsachen und Rechtsgründen beruhen. Die Kläger bilden hierbei eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 71 ZPO. Im Übrigen wird auf die nach wie vor zutreffenden Ausführungen in der Verfügung vom 20. November 2015 verwiesen (act. 17 S. 7 f., E. 3.9).

### 1.3. Klageänderung/-erweiterung

Die Kläger erweiterten in ihrer Replik ihr ursprüngliches Rechtsbegehren um drei Eventualanträge, nämlich um ein Beseitigungs- und zwei Feststellungsbegehren (act. 26 S. 2). Eine Klage kann vor der Hauptverhandlung geändert werden, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und (a) mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder (b) die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Sowohl die Unterlassungs- als auch die eventualiter erhobenen Beseitigungs- bzw. Feststellungsbegehren sind im ordentlichen Verfahren zu beurteilen und beruhen auf dem gleichen Rechtsverhältnis. Die Beklagte hat gegen die Klageerweiterung in formeller Hinsicht nicht opponiert (act. 30 Rz. 5 ff.). Die Voraussetzungen der Klageerweiterung sind vorliegend erfüllt und die Eventualanträge damit zulässig.

### 1.4. Rechtsschutzinteresse

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

1.4.2. Nach Auffassung der Beklagten fehlt es den Klägern bereits hinsichtlich des Hauptbegehrens an einem Rechtsschutzinteresse: Soweit die Kläger verlangten, dass die Beklagte keine Personendaten an US-Behörden übermittle, welche die Kläger – den Inhaber [recte: die Inhaberin] und den wirtschaftlich Berechtigten eines Bankkontos – bestimmbar machen, fehle es am Rechtsschutzinteresse, weil die Beklagte gar keine solchen Daten der Kläger an US-Behörden übermitteln wolle. Soweit die Kläger darüber hinaus verlangten, eine (keine Identifizierung von Personen bzw. Bankkunden erlaubende) II.D.2-Liste an US-Behörden zu übermitteln, fehle das Rechtsschutzinteresse, weil die US-Anwälte der Beklagten die ent-

sprechenden Listen bereits an die US-Behörden übermittelt hätten (act. 22 Rz. 4, 23 und 28). Die Kläger bestreiten die angeblich bereits erfolgte Datenübermittlung vehement und halten auch für den Fall, dass eine solche Übermittlung tatsächlich bereits stattgefunden haben sollte, an ihrem Rechtsschutzinteresse fest (act. 26 Rz. 3 und 11 ff.). Dieses wird wiederum von der Beklagten in Abrede gestellt (act. 30 Rz. 4 ff.).

1.4.3. Die Frage der Unmittelbarkeit der drohenden Rechtsgutverletzung stellt sich hier nicht nur hinsichtlich des Rechtsschutzinteresses als Prozessvoraussetzung, sondern auch im Rahmen der materiellen Beurteilung, wobei wie erwähnt umstritten ist, ob die Daten tatsächlich bereits an die US-Behörden geliefert wurden. Es handelt sich also um eine doppelrelevante Tatsache, die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit der Klage bedeutsam ist. Sie wird nur in einem Verfahrensstadium untersucht, nämlich bei der Prüfung der Begründetheit. Für die Zulässigkeitsprüfung genügt es nach der Rechtsprechung, wenn die Kläger das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen – mithin des Rechtsschutzinteresses – schlüssig behaupten (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 60 N 16, m.w.H.). Dies haben die Kläger getan; insbesondere haben sie glaubhaft ausgeführt, selbst im Falle einer bereits erfolgten Datenübermittlung bestehe weiterhin ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, dass keine weiteren Daten übermittelt würden, weil so die Bestimmbarkeit der Kläger zunehmen würde. Zudem befürchten die Kläger, die Beklagte könnte bei einer späteren Verwertung der (angeblich) übermittelten Daten mitwirken (act. 26 Rz. 11 ff.). Schon jetzt kann festgehalten werden, dass die Übermittlung der klägerischen Daten an die US-Behörden gegen ihren Willen – ob noch bevorstehend oder bereits erfolgt – deren informationelles Selbstbestimmungsrecht berührt, das durch Art. 13 Abs. 2 BV und das DSG geschützt ist. Daher kann den Klägern zumindest im Rahmen dieser summarischen Prüfung das Rechtsschutzinteresse hinsichtlich ihres Hauptbegehrens nicht abgesprochen werden.

## 2. Anwendbares Recht und Anspruchsgrundlagen im Allgemeinen

### 2.1. Rechtswahl

In den "General Conditions" haben die Parteien unbestrittenermassen eine Rechtswahl zugunsten schweizerischen Rechts getroffen (Art. 116 Abs. 1 IPRG; act. 1 Rz. 57, act. 3/7 Blatt 2, act. 3/8 und act. 3/9 Blatt 2, act. 3/20). Somit ist auf den vorliegenden Fall schweizerisches Recht anzuwenden. Dies gilt auch für den geltend gemachten Anspruch aus Datenschutz bzw. Persönlichkeitsverletzung (Art. 139 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 139 Abs. 3 IPRG).

### 2.2. Zu den Anspruchsgrundlagen im Allgemeinen

Eine Unterlassungsklage als negative Leistungsklage kann auf vertragliche oder gesetzliche Ansprüche gestützt werden (BOPP/BESSENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 84 N 8). Die Kläger stützen ihre Klage sowohl auf vertragliche (OR) als auch auf gesetzliche (BankG, StGB, DSG) Anspruchsgrundlagen (act. 1 Rz. 10 ff. und Rz. 56 ff., act. 26 Rz. 64 ff.). Ob und welche dieser Anspruchsgrundlagen vorliegend einschlägig sind, ist nachfolgend zu zeigen.

## 3. Drohende Verletzung des Bankgeheimnisses

### 3.1. Parteivorbringen

Die Kläger berufen sich zur Begründung ihres Hauptbegehrens unter anderem auf das Bankgeheimnis bzw. konkret auf Art. 47 BankG (act. 1 Rz. 10 f., 16, 59 ff., 77 ff., 84, act. 26 Rz. 64 ff.). Die Beklagte bringt diesbezüglich insbesondere vor, die Kläger unterstünden dem Schutz des in Art. 47 BankG statuierten Bankgeheimnisses, soweit nicht im Einzelfall ein Rechtfertigungsgrund vorliege. Die Beklagte werde deshalb ausserhalb eines Amts- oder Rechtshilfeverfahrens keine Daten an US-Behörden liefern, die ihre Kunden identifizierten bzw. identifizierbar machten. Die Kläger strebten an, der Beklagten verbieten zu lassen, anonymisierte Daten an US-Behörden zu liefern. Solche anonymisierten Daten erlaubten allerdings keine Identifizierung von Personen und gälten deshalb weder als Perso-

nendaten im Sinne des DSG noch als Bankkundendaten im Sinne des BankG. Die Leaver-Liste enthalte keine Personendaten der Kläger, weshalb auch das Bankgeheimnis nicht verletzt sein könne (act. 22 Rz. 6 f., 79 und 97 ff.).

### 3.2. Würdigung

Der Straftatbestand der Verletzung des Bankgeheimnisses ist in Art. 47 BankG normiert. Die Geheimhaltungspflicht stellt in der Regel einen Gegenstand der vertraglichen Beziehung der Bank zu ihren Kunden dar. Mit Art. 47 BankG hat der Gesetzgeber dem Bankkunden einen zusätzlichen strafrechtlichen Schutz der Geheimhaltung seiner Bankbeziehung gewährt. Die Strafbestimmung schützt das Bank(kunden)geheimnis so, wie es jeweils durch Vertrag und Persönlichkeitsrecht konkret begründet ist. Vorbehalten bleibt seine Beschränkung durch Normen des privaten und öffentlichen Rechts (Art. 47 Abs. 5 BankG). Die Strafdrohung in Art. 47 BankG ist insoweit akzessorischer Natur und kann lediglich subsidiär als eigene Rechtsquelle der Geheimhaltungspflicht herangezogen werden (KLEINER/SCHWOB/WINZELER in Bodmer/Kleiner/Lutz/Wenzel [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Banken und Sparkassen [Fortsetzung], Zürich 1976, Ausgabe Juli 2015, Art. 47 N 4, m.w.H.). Abgesehen davon, dass das hiesige Handelsgericht keine Strafverfolgungsbehörde ist, begründet dieser Straftatbestand also keinen gesetzlichen Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Verletzung, der in einem Zivilprozess durchgesetzt werden könnte. Auch auf den Straftatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) können sich die Kläger nicht berufen: Das Bankgeheimnis stellt zwar ein solches Berufsgeheimnis dar, jedoch werden Banken nicht von der abschliessenden Aufzählung der Geheimhaltungspflichtigen in Art. 321 StGB erfasst (OFK StGB-FLACHSMANN, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 321 N 7, m.w.H.). Damit fällt die Beklagte nicht darunter. Kommt hinzu, dass dieser Straftatbestand ohnehin keinen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch bei drohender Verletzung eines Berufsgeheimnisses begründen würde.

### 3.3. Fazit

Das von den Klägern angebehrte Verbot kann sich nicht (direkt) auf die behauptete drohende Verletzung des Bankgeheimnisses im Sinne von Art. 47 BankG stüt-

zen, weshalb nicht weiter auf die diesbezüglichen Parteiausführungen einzugehen ist. Bei der Beurteilung des von den Klägern befürchteten vertraglichen Treubruchs wird allerdings auf den Gehalt von Art. 47 BankG zurückzukommen sein.

4. Drohende Verletzung des Geschäftsgeheimnisses, drohende verbotene Handlung für einen fremden Staat und drohender wirtschaftlicher Nachrichtendienst

4.1. Parteivorbringen

Neben Art. 47 BankG stützen sich die Kläger zur Begründung ihrer Unterlassungsklage auf weitere Straftatbestände. Sie sehen in der bevorstehenden Datenübermittlung eine drohende Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB), eine drohende verbotene Handlung für einen fremden Staat (Art. 271 StGB) und einen drohenden wirtschaftlichen Nachrichtendienst (Art. 273 StGB; act. 1 Rz. 10, 61, 76, 84 ff., 93 und act. 26 Rz. 92). Die Beklagte bringt dagegen vor, sie verfüge über eine Bewilligung nach Art. 271 StGB, deren Geltungsdauer zwischenzeitlich zweimal erstreckt worden sei. Weiter bestreitet sie, dass Personendaten der Kläger widerrechtlich bearbeitet würden. Es handle sich bei den vom DoJ verlangten Daten nicht um Daten, die vom Bankkunden- und Geschäftsgeheimnis erfasst seien. Die Offenlegung der Leaver-Listen würde das Geschäftsgeheimnis und den Schutz vor Wirtschaftsspionage der Klägerin nicht verletzen. Es liege keine Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses vor. Die Übermittlung der Informationen an das DoJ habe weder gegen datenschutzrechtliche noch gegen strafrechtliche Bestimmungen verstossen. Weshalb Informationen zu einer Bahamas-Gesellschaft und einem ... Staatsbürger [des Staates E.\_\_\_\_\_] die durch Art. 273 StGB geschützten wirtschaftlichen Interessen der Schweiz verletzen sollten, sei ohnehin nicht ersichtlich (act. 22 Rz. 21, 44, 51, 71, 79 und act. 30 Rz. 66).

4.2. Würdigung

4.2.1. Abgesehen davon, dass das hiesige Handelsgericht keine Strafverfolgungsbehörde ist, begründen die Straftatbestände der Art. 162, 271 und 273 StGB kei-



nen gesetzlichen Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Verletzung, der in einem Zivilprozess durchgesetzt werden könnte.

4.2.2. Betreffend die befürchtete Verletzung des Geschäftsgeheimnisses sieht das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in Art. 6 den spezialgesetzlichen Tatbestand der Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen vor. Nach dieser Bestimmung handelt insbesondere unlauter, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ausgekundschaftet oder sonst wie 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 (BSK UWG-FRICK, Basel 2013, Art. 6 N 39, m.w.H.). 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 Kläger behaupten nicht, dass und inwiefern die Beklagte die zur Herausgabe vorgesehene Daten der Kläger ausgekundschaftet oder unrechtmässig erfahren hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie der Beklagten im Rahmen des Kundenverhältnisses mit den Klägern – bzw. der Klägerin – durch diese selbst mitgeteilt wurden. Bereits aus diesem Grund stellt die von der Beklagten beabsichtigte – bzw. angeblich bereits erfolgte – 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. Eine andere gesetzliche Grundlage, auf welche die Kläger ihren Unterlassungsanspruch infolge drohender Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses stützen könnten, ist nicht ersichtlich.

4.2.3. Was die angeblich drohende verbotene Handlung für einen fremden Staat nach Art. 271 StGB betrifft, so datiert die entsprechende Bewilligung des Eidgenössischen Finanzdepartements vom tt.mm.2014 und war vorerst auf ein Jahr befristet (act. 23/8 Dispositiv-Ziff. 2). Die seitens der Beklagten vorgebrachte zweimalige Erstreckung wird von den Klägern zwar nicht bestritten, von der Beklagten

aber auch nicht näher substantiiert, geschweige denn belegt. Damit bleibt unklar, bis wann die Beklagte konkret über eine Bewilligung nach Art. 271 StGB verfügt(e); gestützt auf die Akten ist von einer Geltungsdauer bis mindestens tt.mm.2015 auszugehen. So oder anders ist anzumerken, dass – selbst im Falle einer noch gültigen Bewilligung – eine Datenübermittlung betreffend die Kläger "au plus tôt *dix jours après l'exécution de la notification*, si aucune plainte relative à une interdiction de divulguer les données n'a été déposée, ou *après l'entrée en force du rejet de la plainte*" erlaubt (gewesen) wäre (act. 23/8 Dispositiv-Ziff. 1.4.c). Unklar ist, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Ferner ist festzuhalten, dass die Bewilligung nach Art. 271 StGB der Beklagten auferlegt, sich bei Datenübermittlungen an US-Behörden an die schweizerischen Gesetze zu halten (act. 23/8 S. 3 [E. 8]). Vor diesem Hintergrund erscheint zumindest fraglich, ob die von der Beklagten behauptete Datenübermittlung am 17. Dezember 2015 (finale Version der Leaver-Liste) von der Bewilligung nach Art. 271 StGB gedeckt (gewesen) wäre, zumal die vorliegende Klage am 24. August 2015 anhängig gemacht wurde. Ebenso erscheint fraglich, ob die behauptete Übermittlung eines Entwurfs der Leaver-Liste an das DoJ am 19. September 2014 – noch vor Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage – mit der Bewilligung nach Art. 271 StGB vereinbar (gewesen) wäre, auch wenn die Kläger wie erwähnt kein vorsorgliches Massnahmebegehren gestellt haben. Bei der Beurteilung allfälliger datenschutzrechtlicher Rechtfertigungsgründe wird auf die Bewilligung nach Art. 271 StGB zurückzukommen sein.

#### 4.3. Fazit

Das von den Klägern angebehrte Verbot kann nach dem Gesagten nicht gestützt auf eine drohende Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB), eine drohende verbotene Handlung für einen fremden Staat (Art. 271 StGB) oder einen drohenden wirtschaftlichen Nachrichtendienst (Art. 273 StGB) erlassen werden, weshalb nicht weiter auf die diesbezüglichen Parteiausführungen einzugehen ist.

## 5. Drohende Verletzung vertraglicher Sorgfalts- und Treuepflichten

### 5.1. Relevanter Sachverhalt

5.1.1. Es ist unbestritten, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten – als Rechtsnachfolgerin der D.\_\_\_\_\_ (Schweiz) AG – ein Vertrag betreffend das bei der Beklagten geführte Konto bestand. Erteilt ist auch, dass die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 9. April 2014 die Schliessung des Kontos und die Beendigung des "business relationship" mit sofortiger Wirkung mitteilte (act. 1 Rz. 23 und act. 3/17). Damit ist mit der Beklagten davon auszugehen, dass heute kein Vertragsverhältnis mehr zwischen ihr und der Klägerin besteht. Dieser Auffassung scheint letztlich auch die Klägerin selber zu sein, wenn sie von der *nachvertraglichen* Treuepflicht der Beklagten spricht (act. 26 Rz. 134). Weiter ist festzuhalten, dass der Kläger als natürliche Person nicht Vertragspartei war, was dieser auch nicht behauptet. Er hat daher bloss als wirtschaftlich Berechtigter ("beneficial owner") zu gelten, worüber sich die Parteien einig sind (act. 22 Rz. 4 ff., 26 und 49, act. 26 Rz. 64). Ferner bestreitet die Beklagte nicht (substantiiert), dass die angebliche Datenübermittlung ohne vorherige Information über deren Art und Umfang sowie ohne Zustimmung der Kläger erfolgt ist (act. 26 Rz. 37 ff. und act. 30 Rz. 42). Entsprechend ist mit den Klägern davon auszugehen, dass sie frühestens am 3. März 2016 Kenntnis von Art und Umfang der angeblich bereits an das DoJ übermittelten Daten hatten und sie erstmals am 3. März 2016 Einsicht in die Leaver-Listen und das Factsheet nehmen konnten. Für die nachfolgende rechtliche Würdigung ist sodann relevant, ob eine (allenfalls weitere) Verletzung vertraglicher Sorgfalts- und Treuepflichten tatsächlich droht, d.h. ernsthaft bevorsteht, denn nur dann kommt eine Unterlassung bzw. ein Verbot überhaupt in Frage. Die Beklagte spricht den Klägern wie erwähnt das Rechtsschutzinteresse an ihrer Unterlassungsklage ab, da die Datenübermittlung an das DoJ bereits erfolgt sei. Die Kläger bestreiten, dass die Datenübermittlung an das DoJ bereits erfolgt sei und halten an ihrem Rechtsschutzinteresse fest. Das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses ist von Amtes wegen zu prüfen. Dabei ist insbesondere zu klären, ob die Beklagte die von ihr behauptete bereits erfolgte Datenübermittlung beweisen kann.

5.1.2. Nach Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Zu würdigen sind die einzelnen Beweismittel sowie das Gesamtergebnis, wobei auch das Verhalten der Parteien einfließt. Es muss entschieden werden, ob das für die zu beweisende Tatsachenbehauptung erforderliche Mass an Gewissheit erreicht ist. Das hier geltende Regelbeweismass (striker Beweis) besagt, dass der Beweis erbracht ist, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist und keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder allenfalls verbleibende Zweifel leicht erscheinen. Im Falle einer Beweisnot kann das Beweismass reduziert werden, was hier aber nicht angezeigt ist. Ist der Beweis gescheitert, greift die Entscheidungsregel von Art. 8 ZGB: Die Beweislosigkeit geht zu Lasten derjenigen Partei, die aus dem behaupteten Tatbestand Rechte ableitet (BSK ZPO-GUYAN, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 157 N 3 und N 7 f., je m.w.H.; KUKO ZPO-SCHMID, 2. Aufl., Basel 2014, vor Art 150-193 N 12 ff., m.w.H., und Art. 157 N 4; HASENBÖHLER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 157 N 22 und 25, je m.w.H.; BGE 132 III 715, E. 3.1, m.w.H.).

### 5.1.3. Parteivorbringen und Beweisofferten zur Übermittlung des Factsheets (II.D.4-Liste) an das DoJ und Würdigung

5.1.3.1. Die Beklagte macht geltend, das DoJ habe gestützt auf Ziff. II.D.4 des US-Programms von der Beklagten ein Factsheet zum Konto verlangt. Im entsprechenden Factsheet habe die Beklagte – wiederum in anonymisierter Form – einige Eckpunkte zum Konto festgehalten. Auch diese Informationen liessen keine Identifikation von Personen zu (act. 22 Rz. 26 und act. 23/11 [= act. 27/56]). Die Kläger bestreiten, dass dieses Factsheet tatsächlich dem DoJ übermittelt worden sei (act. 26 Rz. 3 und 8).

5.1.3.2. Da es die Beklagte ist, die aus einer bereits erfolgten Datenübermittlung Vorteile für sich ableiten will, namentlich ein fehlendes Rechtsschutzinteresse der Kläger, trägt sie die Beweislast für eine allfällige bereits erfolgte Übermittlung des Factsheets. Diesbezüglich hat sie lediglich das Factsheet selbst bzw. eine Kopie davon zum Beweis offeriert (act. 22 Rz. 26, act. 26 Rz. 3 und act. 23/11 [= act. 27/56]). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Beweislast die Behauptungslast vorgelagert ist, wobei sich Letztere aus Ersterer ergibt. Die Beklagte führt aber nie konkret aus, dass, wann und wie sie das Factsheet dem DoJ zugestellt haben will. Sie beschränkt sich darauf, in der Duplik vorzubringen, die an das DoJ übermittelten Excel-Listen hätten – unter anderem – die in act. 23/11 auszugsweise wiedergegebenen Informationen enthalten (act. 30 Rz. 4). Abgesehen davon, dass nicht abschliessend beurteilt werden kann, ob es sich beim Factsheet (act. 23/11 [= act. 27/56]) tatsächlich um eine Excel-Liste handelt, deckt sich dieses beklagte Vorbringen nicht mit der Aktenlage (siehe act. 23/10 und 23/14, wo lediglich von den Leaver-Listen die Rede ist). Die Beklagte hat somit nicht genügend substantiiert behauptet, das Factsheet dem DoJ zugestellt zu haben. Vielmehr bleibt unklar, ob, wann, durch wen und wie das Factsheet an das DoJ übermittelt worden sein soll. Daher kann zur Frage, ob das Factsheet bereits an das DoJ geliefert wurde, auch kein Beweis abgenommen werden. Abgesehen davon könnte diese Behauptung auch nicht mit dem Factsheet alleine bewiesen werden. In der Folge ist daher davon auszugehen, dass das Factsheet dem DoJ (noch) nicht übermittelt wurde und das DoJ entsprechend keine Kenntnis von den darin aufgeführten Angaben hat. Jedoch steht die Absicht der Beklagten, das Factsheet an das DoJ zu liefern, ausser Frage und wurde seitens der Kläger auch nicht bestritten. Da die Beklagte ihre Bereitschaft zur Aushändigung des Factsheets bereits kundgetan hat, bleibt ihre Beteuerung, wonach sie nicht beabsichtige, weitere Informationen zu US Related Accounts an das DoJ zu liefern (act. 30 Rz. 9 und 68), ohne Gehalt. Vielmehr ist festzuhalten, dass die Übermittlung des Factsheets an das DoJ ernsthaft droht.

#### 5.1.4. Parteivorbringen und Beweisofferten zur Übermittlung der Leaver-Listen (II.D.2-Listen) an das DoJ

5.1.4.1. Die Beklagte bringt vor, ihren Pflichten unter dem US-Programm nachkommend hätten ihre amerikanischen Anwälte dem DoJ am 30. Juni und am 31. Juli 2014 erste Entwürfe der Leaver-Liste übermittelt. Das Dokument sei noch unvollständig gewesen, habe zahlreiche Platzhalter enthalten und sei im Verlaufe der nächsten Monate weiter überarbeitet worden. Das Konto der Klägerin sei in der ersten Liste noch nicht aufgeführt gewesen. Es sei zum ersten Mal in einem am 19. September 2014 übermittelten Entwurf der Liste aufgetaucht. Am 17. Dezember 2015 hätten die amerikanischen Anwälte der Beklagten dem DoJ die finale Version der Leaver-Liste übersandt. Auch diese Liste habe Angaben zum Konto der Klägerin umfasst (act. 22 Rz. 23 und 28, act. 23/9 und 23/13 [jeweils elektronisch], act. 27/54 und 27/55 [durch die Kläger eingereichte Ausdrucke von act. 23/9 und 23/13], act. 30 Rz. 4 und 8). Die Kläger bestreiten nicht nur, dass diese Listen dem DoJ tatsächlich übermittelt worden sind, sondern insbesondere auch, dass die das Konto C'.\_\_\_\_\_-1 betreffenden Daten in den Excel-Tabellen mit den Paginierungsnummern C'.\_\_\_\_\_-2 und C'.\_\_\_\_\_-3 im Anhang zu den E-Mails vom 19. September 2014 und vom 17. Dezember 2015 enthalten gewesen sind. Wollte die Beklagte die behauptete Übermittlung der auf die Kontonummer C'.\_\_\_\_\_-1 geschlüsselten Personendaten beweisen, so müsste sie die elektronischen Original-E-Mails vom 19. September 2014 und vom 17. Dezember 2015 inklusive der jeweils angehängten und mit den Paginierungsnummern C'.\_\_\_\_\_-2 und C'.\_\_\_\_\_-3 versehenen Excel-Tabellen zum Beweis vorlegen, und zwar in der Form, wie diese E-Mails (mit Anhang) bei der Tax Division des DoJ in der E-Mail-Inbox eingegangen seien. Nur so könne anhand der einzig im (elektronischen) E-Mail enthaltenen sog. Header-Information überprüft werden, ob die E-Mail beim DoJ angekommen und wer der Absender der E-Mail gewesen sei. Zudem bedürfe es der elektronischen Original-E-Mails, um überprüfen zu können, ob die C'.\_\_\_\_\_-1-Daten sich im Anhang der beim DoJ eingegangenen E-Mails befunden hätten (act. 26 Rz. 3 und 8 ff.). Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Nummer "C'.\_\_\_\_\_-1" ihr Konto mit dem Kläger als wirtschaftlich Berechtigtem betrifft.

5.1.4.2. Da es die Beklagte ist, die eine bereits erfolgte Datenübermittlung behauptet, und daraus ableitet, auf die vorliegende Klage sei mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten, trägt sie die Beweislast für die angeblich bereits erfolgte Übermittlung der Leaver-Listen. Zum Beweis offeriert die Beklagte Auszüge des Entwurfs und der finalen Version der Leaver-Liste sowie die seitens ihrer amerikanischen Anwälte angeblich an das DoJ gesandten E-Mails (act. 23/9-10 und act. 23/13-14). Nach klägerischer Bestreitung der angeblich bereits erfolgten Datenübermittlung offerierte die Beklagte in der Duplik zusätzlich zwei Zeugen – G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_, beide bei I.\_\_\_\_\_ LLC [recte: LLP], ... [Adresse] – sowie eine von Amtes wegen einzuholende schriftliche Auskunft beim DoJ und die Edition der Original-E-Mails vom 19. September 2014 und vom 17. Dezember 2015 (act. 23/10 und 23/14) wie beim DoJ eingegangen, durch das DoJ, wobei diese Edition von Amtes wegen vorzunehmen sei (act. 30 Rz. 4). Die in diesem Zusammenhang nicht beweisbelasteten Kläger verlangen die Edition derselben Original-E-Mails, allerdings in elektronischer Form. Dabei ergibt sich erst aus dem Beweismittelverzeichnis, dass diese elektronischen Original-E-Mails durch die Beklagte herausgegeben werden sollen (act. 26 Rz. 8 und act. 26 S. 53).

5.1.4.3. In ihrer Stellungnahme zu den Dupliknoten führen die Kläger schliesslich aus, die Beklagte bringe wie erwartet keine Beweise bei, welche eine Übermittlung von II.D.1-, II.D.2- oder II.D.4-Daten belegen würden. Stattdessen bringe die Beklagte unmögliche Beweisanträge und beantrage dem Handelsgericht in Rz. 4 der Duplik, schriftliche Auskunft und die Edition der angeblichen Original-E-Mails "von Amtes wegen" beim DoJ einzuholen, was zivilprozessual nicht möglich sei. Zudem würden die US-Behörden über das vorliegende Verfahren durch das Gericht informiert. Mit dem damit verbundenen Hinweis auf das Verfahren und somit die Verfahrensparteien würden aus bestimmbareren Personendaten (pseudonymen Personendaten) bestimmte Personendaten. Es sei die Beklagte, welche beweisbelastet sei und die Beweise für ihre Behauptungen beizubringen habe. Es werde bestritten, dass die Beklagte tatsächlich, als das vorliegende Verfahren bereits hängig gewesen sei, die Personendaten der Kläger einfach an die US-Behörden geliefert habe. Sollte der Beklagten der Beweis gelingen, dass entgegen dem richterlichen Verbot Personendaten tatsächlich an die US-Behörden ausgeliefert

worden seien, so setzte sie die beteiligten Personen der Strafverfolgung aus, weshalb auch das Erscheinen der beiden beteiligten US-Anwälte als Zeugen vor Gericht sehr zweifelhaft erscheine (act. 34 Rz. 2 ff.). Diese Ausführungen der Kläger erfolgten als Reaktion auf die in der Duplik erstmals offerierten Beweismittel: weitere Zeugen, schriftliche Auskunft beim DoJ und Edition der Original-E-Mails beim DoJ. Die Duplik wurde den Klägern mit Verfügung vom 17. Juni 2016 zugestellt (act. 32); die Stellungnahme der Kläger zu den genannten Noven in der Duplik datiert vom 27. Juni 2016 (Datum Poststempel, act. 34 S. 1) und ist damit zulässig.

#### 5.1.5. Würdigung

Zentral für das Gelingen des von der Beklagten zu führenden Beweises ist, ob das DoJ die angeblich übermittelten Leaver-Listen tatsächlich erhalten hat, mithin der Empfang der Leaver-Listen seitens des DoJ. Dabei ist zu beachten, dass die Beklagte offenbar verschiedene Versionen der Leaver-Liste an das DoJ gesandt haben will (act. 22 Rz. 23).

##### 5.1.5.1. Auszüge der Leaver-Listen

Die durch die Beklagte elektronisch eingereichten Auszüge der Leaver-Listen (act. 23/9 und 23/13 [= act. 27/54 und 27/55; durch die Kläger eingereichte Ausdrücke von act. 23/9 und 23/13]) können für sich allein nichts über deren Empfang seitens des DoJ aussagen.

##### 5.1.5.2. Eingereichte E-Mails

a) Auch mit den eingereichten E-Mails (act. 23/10 und 23/14) kann die Beklagte den Empfang der Leaver-Listen seitens des DoJ nicht strikte beweisen. Weder zur E-Mail vom 19. September 2014 noch zu derjenigen vom 17. Dezember 2015 wurde eine Empfangsbestätigung seitens des DoJ oder eine entsprechende Antwort-E-Mail zum Beweis offeriert, die den Empfang seitens des DoJ belegen oder zumindest indizieren würden.



b) Die E-Mail vom 19. September 2014 (act. 23/10) scheint vom Zeugen H.\_\_\_\_\_ an einen gewissen J.\_\_\_\_\_ geschickt worden zu sein und in Kopie unter anderem an einen gewissen K.\_\_\_\_\_. Über die Identität von K.\_\_\_\_\_ ist nichts bekannt und er wurde auch nicht als Zeuge offeriert. Über die Identität von J.\_\_\_\_\_ ist ebenfalls nichts bekannt und die Parteien machen auch keine Ausführungen dazu. Der Zusatz "(TAX)" zum Namen J.\_\_\_\_\_s bringt keine weiteren Erkenntnisse; insbesondere bleibt unklar, ob es sich bei dieser Person um einen Mitarbeiter des DoJ handelt. Lediglich im Beweismittelverzeichnis wird seinem Namen "(DOJ)" angefügt. J.\_\_\_\_\_ wurde nicht als Zeuge offeriert. Zudem ist dessen Empfängeradresse nicht sichtbar. Hinzu kommt, dass die eingereichte E-Mail vom 19. September 2014 (act. 23/10) ein Ausdruck einer an einen gewissen L.\_\_\_\_\_ weitergeleiteten bzw. beantworteten E-Mail zu sein scheint, über dessen Identität ebenfalls nichts bekannt ist. Auch L.\_\_\_\_\_ wurde nicht als Zeuge offeriert. Sodann ergibt sich lediglich aus dem E-Mail-Text, dass diesem E-Mail offenbar ein "encrypted, multi-tabbed Excel spreadsheet (bearing Bates stamp C'.\_\_\_\_\_ -3)" angehängt war, wobei diese Excel-Datei offenbar zusätzliche Namen enthalten haben soll, "that have been cleared for release under Swiss law". Dass diese Excel-Datei – und damit auch die E-Mail vom 19. September 2014 – allfällige die Kläger betreffende Daten enthalten hat, ergibt sich daraus allerdings nicht, zumal diese E-Mail ohne Anhang eingereicht wurde. Zusammenfassend kann mit der eingereichten E-Mail vom 19. September 2014 nicht bewiesen werden, dass ein Entwurf der Leaver-Liste an das DoJ übermittelt bzw. von diesem tatsächlich empfangen wurde.

c) Hinsichtlich der E-Mail vom 17. Dezember 2015 (act. 23/14) kann grundsätzlich auf das soeben zur E-Mail vom 19. September 2014 Gesagte verwiesen werden. Anders als in der E-Mail vom 19. September 2014 wird in der E-Mail vom 17. Dezember 2015 der Zeuge G.\_\_\_\_\_ als Absender aufgeführt und anstelle von J.\_\_\_\_\_ sind als Empfänger ein gewisser M.\_\_\_\_\_ und ein gewisser N.\_\_\_\_\_ ersichtlich. Auch hier bringen die Zusätze "(TAX)" keine weiteren Erkenntnisse und sind keine Empfängeradressen ersichtlich. Immerhin ergibt sich aus dem NPA, dass M.\_\_\_\_\_ offenbar ein "Senior Litigation Counsel" und N.\_\_\_\_\_ ein "Trial Attorney" beim DoJ ist (act. 23/12 S. 7). Hinzu kommt, dass die eingereichte E-Mail

vom 17. Dezember 2015 ebenfalls ein Ausdruck einer an L.\_\_\_\_\_ weitergeleiteten bzw. beantworteten E-Mail zu sein scheint; die Unklarheiten bezüglich L.\_\_\_\_\_ wurden oben erörtert und bestehen auch hier. Sodann ergibt sich auch hier lediglich aus dem E-Mail-Text, dass diesem E-Mail offenbar ein "encrypted, multi-tabbed Excel spreadsheet (bearing Bates stamp C'.\_\_\_\_\_-2)" angehängt war, wobei diese Excel-Datei offenbar zusätzliche Namen enthalten haben soll, [that] "have been cleared for release under Swiss law". Dass diese Excel-Datei – und damit auch die E-Mail vom 17. Dezember 2015 – allfällige die Kläger betreffende Daten enthalten hat, ergibt sich daraus allerdings nicht, zumal diese E-Mail ohne Anhang eingereicht wurde. Daran ändert auch nichts, dass in dieser E-Mail von einer "final production of data" die Rede ist. Mit der eingereichten E-Mail vom 17. Dezember 2015 kann daher ebenfalls nicht bewiesen werden, dass die finale Version der Leaver-Liste an das DoJ übermittelt bzw. von diesem tatsächlich empfangen wurde.

#### 5.1.5.3. Offerierte Zeugen

Weiter ist anzumerken, dass die Beklagte zwar keinerlei Belege betreffend das Mandatsverhältnis zu ihren amerikanischen Anwälten eingereicht hat, ein solches Mandatsverhältnis seitens der Kläger jedoch nicht bestritten wurde. Es ist also davon auszugehen, dass die Beklagte im Rahmen ihrer Teilnahme am US-Programm amerikanische Anwälte mandatiert hat. Wer die amerikanischen Anwälte genau sein sollen, führt die Beklagte nicht substantiiert aus. Aus den Beweisofferten und den bei den Akten liegenden E-Mails geht hervor, dass es sich offenbar um die Anwaltskanzlei "I.\_\_\_\_\_ LLC [recte: LLP]" handelt und die offerierten Zeugen G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ dort als Anwälte beschäftigt zu sein scheinen. Der Beweiswert dieser beiden Zeugen ist fraglich, zumal sie aus eigener Wahrnehmung lediglich über den Versand der betreffenden E-Mails etwas aussagen könnten, sofern sie sich überhaupt daran erinnern, und nicht über deren Empfang. Die Einvernahme dieser Zeugen wäre zudem rechtshilfeweise über die US-Behörden vorzunehmen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a-d des Haager Übereinkommens über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen von 1970 (HBewUe70; SR 0.274.132), zu dessen Vertragsstaaten sowohl die Schweiz

als auch die USA gehören, hat ein Rechtshilfeersuchen folgende Angaben zu enthalten: (a) die ersuchende und, soweit bekannt, die ersuchte Behörde; (b) den Namen und die Adresse der Parteien und gegebenenfalls ihrer Vertreter; (c) die Art und den Gegenstand der Rechtssache sowie eine gedrängte Darstellung des Sachverhalts und (d) die Beweisaufnahme oder die andere gerichtliche Handlung, die vorgenommen werden soll. Zentrale Behörde im Sinne von Art. 2 HBewUe70 – und somit Adressatin – eines solchen Rechtshilfeersuchens wäre dabei das DoJ selbst (<https://www.hcch.net/de/states/authorities>, Website der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (HCCH), besucht am 30. Mai 2017). Die rechtshilfeweise Einvernahme der beiden Zeugen G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ birgt also in Übereinstimmung mit den Klägern die ernsthafte Gefahr, dass die Identität der Kläger dem DoJ bekannt und damit der Sinn und Zweck des vorliegenden Verfahrens dahinfallen würde. Das HBewUe70 sieht sodann keine anonymisierten Rechtshilfeersuchen vor, welche den Schutz der klägerischen Identitäten gewährleisten könnten. Eine gerichtliche Vorladung der beiden Zeugen in die Schweiz wäre mit schweizerischem Recht – wenn überhaupt – kaum durchsetzbar; die Zustellung der Vorladung müsste wiederum auf dem Rechtshilfeweg geschehen (siehe Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen von 1965, HZu-e65, SR 0.274.131), was ebenfalls die ernsthafte Gefahr bergen würde, dass die Identität der Kläger dem DoJ bekannt würde. Aus all diesen Gründen stellt die Einvernahme der Zeugen G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ hier kein taugliches Beweismittel dar, um – unter Wahrung der klägerischen Identitäten – die Übermittlung der Leaver-Listen an das DoJ zu beweisen.

#### 5.1.5.4. Schriftliche Auskunft

Sodann offeriert die Beklagte das Einholen einer schriftlichen Auskunft beim DoJ von Amtes wegen. Gemäss Art. 190 Abs. 1 ZPO kann das Gericht Amtsstellen um schriftliche Auskunft ersuchen. Dabei fallen auch Auskünfte ausländischer Amtsstellen in Betracht. Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime ist jedoch zu fordern, dass Auskünfte von Amtsstellen subsidiär nur dann infrage kommen, wenn sich die Parteien die Information nicht selber beschaffen können (WEIBEL/

NAEGELI in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 190 N 9, m.w.H.). Die Beklagte legt nicht dar, inwiefern es für sie nicht möglich und/oder nicht zumutbar gewesen wäre, die von ihr verlangte schriftliche Auskunft selber zu beschaffen – bzw. dies zumindest zu versuchen –, nötigenfalls unter Beizug ihrer amerikanischen Anwälte. Kommt hinzu, dass auch das Einholen einer schriftlichen Auskunft von Amtes wegen aus den genannten Gründen die ernsthafte Gefahr bergen würde, dass die Identität der Kläger dem DoJ bekannt würde. Deshalb fällt die Einholung einer schriftlichen Auskunft von Amtes ausser Betracht.

#### 5.1.5.5. Edition der Original-E-Mails

Die von der Beklagten offerierte Edition der Original-E-Mails vom 19. September 2014 und 17. Dezember 2015, wie beim DoJ eingegangen (d.h. mit Anhängen), scheitert daran, dass diese ebenfalls rechtshilfeweise über die US-Behörden vorzunehmen wäre. Was bereits im Zusammenhang mit den offerierten Zeugen dargelegt wurde, gilt auch für die rechtshilfeweise Edition der genannten E-Mails. Es besteht die ernsthafte Gefahr, dass die Identität der Kläger dem DoJ bekannt und damit der Sinn und Zweck des vorliegenden Verfahrens dahinfallen würde. Geeignete Schutzmassnahmen wie namentlich die Anonymisierung eines Rechtshilfersuchens sieht das HBewUe70 nicht vor. Aus der beklagtischen Beweisofferte geht zudem nicht hervor, in welcher Form die genannten E-Mails ediert werden sollen (elektronisch oder in Papierform). Schliesslich bringt die Beklagte nicht vor, inwiefern es für sie im Behauptungsstadium des Prozesses nicht möglich und/oder nicht zumutbar gewesen wäre, die Parteiedition der Original-E-Mails, wie beim DoJ eingegangen (d.h. mit Anhängen), zum Beweis zu offerieren und sie dann im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht beim DoJ selber zu beschaffen – bzw. dies zumindest zu versuchen –, nötigenfalls unter Beizug ihrer amerikanischen Anwälte. Ein Beweisnotstand ist nicht ersichtlich. Anhand der beklagtischen Editionsbegehren kann – unter Wahrung der klägerischen Identitäten – der Empfang der Leaver-Listen seitens des DoJ nicht bewiesen werden. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Leaver-Listen tatsächlich an das DoJ übermittelt wurden, wäre das Rechtsschutzinteresse der Kläger zu bejahen.

#### 5.1.6. Rechtsschutzinteresse

Wie in Ziff. 5.1.3 dargelegt kann nicht rechtsgenügend erstellt werden, dass das Factsheet bereits an das DoJ übermittelt wurde. Vielmehr ist von einer zumindest drohenden Übermittlung des Factsheets auszugehen. Die angeblich von der Beklagten bereits mittels E-Mails vom 19. September 2014 bzw. vom 17. Dezember 2015 übermittelten Leaver-Listen im Entwurf und in der finalen Version sind gemäss eigenen Ausführungen der Beklagten anonymisiert (bzw. dem gleichkommend pseudonymisiert) und enthalten keine Personendaten. Die Kläger verlangen mit ihrem Hauptbegehren, es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, wobei Personendaten auch alle Daten umfassten, welche die Kläger bestimmbar machten (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter/codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern). Grundsätzlich geht es den Klägern also darum, dass irgendwelche sie betreffenden bzw. sie potenziell identifizierenden Daten an das DoJ geliefert werden und dem DoJ so ihre Identität bekannt wird. Die Spezifizierung, dass der Beklagten insbesondere zu verbieten sei, eine die Kläger betreffende Leaver-Liste an die US-Behörden zu übermitteln, stellt dabei lediglich einen Teilaspekt des klägerischen Hauptbegehrens dar. Für das klägerische Rechtsschutzinteresse ist die seitens der Beklagten behauptete Übermittlung der Leaver-Liste an das DoJ indes nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Im Kern geht es den Klägern um die Wahrung ihrer Identität gegenüber dem DoJ und diese wurde gemäss eigenen Angaben der Beklagten bisher noch nicht preisgegeben. Nun verpflichtete sich die Beklagte aber im NPA dazu, alle Bankunterlagen im Zusammenhang mit US Related Accounts während zehn Jahren aufzubewahren ("[...] agrees to retain all records relating to its U.S. cross-border business, including records relating to all U.S. Related Accounts closed during the Applicable Period, for a period of ten (10) years from the termination date of [...] this Agreement."; act. 23/12 S. 5). Dieselbe Regelung findet sich bereits im US-Programm (act. 23/5 S. 5). Ausserdem lässt sich dem NPA entnehmen, dass die Beklagte einer vierjährigen Nachlieferungspflicht unterliegt ("[...] obligations under this Agreement shall continue for a period of four (4) years from the date this Agreement is fully executed."; act. 23/12

S. 5). Während dieser Zeit – und darüber hinaus – verpflichtete sich die Beklagte zur vollen Kooperation mit dem DoJ ("[...] shall cooperate fully with the Department in any and all matters relating to the conduct described in this Agreement, until the date on which all civil or criminal examinations, investigations, or proceedings, including all appeals, are concluded, whether those examinations, investigations, or proceedings are concluded within the four-year term of this Agreement"; act. 23/12 S. 5). Weiter hat die Beklagte im NPA zugestimmt, dass sie bei inkompletter Lieferung von Transaktionsdaten auf Anfrage des DoJ diesem die vollständigen Transaktionsdaten zur Verfügung stellen werde ("[...] agrees that, to the extent it [= die Beklagte] has not provided complete transaction information, it will promptly provide the entirety of the transaction information upon request of the Tax Division."; act. 23/12 S. 4). Daher ist mit den Klägern davon auszugehen, dass selbst bei bereits erfolgter Übermittlung der Leaver-Listen die Übermittlung weiterer sie betreffender Daten an das DoJ droht (act. 26 Rz. 14 und 95 ff.), wovon mindestens hinsichtlich des Factsheets auszugehen ist. Da die Kläger darin sinngemäss eine erneute bzw. weiterhin drohende Verletzung von vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten sehen, ist ein aktuelles Rechtsschutzinteresse gegeben, und zwar unabhängig davon, ob die Übermittlung der Leaver-Listen nun tatsächlich bereits erfolgt ist oder nicht. Entsprechend kann offenbleiben, ob die Leaver-Listen bereits an das DoJ übermittelt wurden und es ist zu dieser Frage kein Beweis abzunehmen. Auch der Abschluss des NPA an sich schliesst das Rechtsschutzinteresse der Kläger nicht kategorisch aus, da aufgrund der darin festgehaltenen Verpflichtung der Beklagten zur vollen Kooperation die Lieferung von (weiteren) Daten nach wie vor droht und keine Partei behauptet, die Identität der Kläger sei bereits offengelegt worden. Wie nachfolgend darzulegen sein wird, erhöht sich das Risiko, dass die Identität der Kläger dem DoJ bekannt wird, mit weiteren Datenübermittlungen.

## 5.2. Parteivorbringen zu den vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten

Die Kläger sehen im Auftragsrecht eine privatrechtliche Grundlage für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch. Sie fordern eine sorgfältige und getreue Vertragserfüllung und machen insbesondere geltend, [der Zugriff auf] Bankkundenda-

ten müsste[n] auch gemäss Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321a Abs. 4 OR geheim gehalten werden (act. 1 Rz. 11, 60 ff., 90 und act. 26 Rz. 92, 131 ff.). Die Beklagte bestreitet Letzteres nicht, bringt jedoch vor, dass zwischen den Parteien kein Vertrag bestehe, da dieser im April 2014 gekündigt worden sei. Die Parteien stünden deshalb heute in keinerlei vertraglichem Verhältnis, geschweige denn in einem Auftragsverhältnis. Es sei deshalb nicht ersichtlich, worauf die angebliche Treuepflicht gestützt sein soll. Eine Treuepflichtverletzung liege mangels Treuepflicht nicht vor (act. 22 Rz. 75, 79, 88, 91 f.). In der Replik entgegnet die Kläger, die Beklagte berufe sich in Rz. 65 [recte: 56] der Klageantwort aber selber auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Damit bestehe zweifellos ein Kontovertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten, welcher bezüglich Geheimhaltungspflichten auch nach Kontoschliessung durch die Beklagte seine Wirkungen entfalte. Die wirtschaftlich berechnete Person sei ebenfalls vom Vertrag und damit vom Bankgeheimnis erfasst. Die Treuepflicht der Bank, aus welcher die Geheimhaltungspflicht fliesse, gelte klar auch nachvertraglich weiter (act. 26 Rz. 131 ff.). Die Beklagte stellt klar, zwischen der Klägerin und der Beklagten habe ein Vertrag bestanden, heute bestehe aber kein Vertrag mehr (act. 30 Rz. 82).

### 5.3. Würdigung

#### 5.3.1. Vertragliche Grundlagen

5.3.1.1. Den Banken- oder Bankkontovertrag als eigenen Vertragstypus gibt es im schweizerischen Recht nicht. Abhängig von den konkreten Umständen ist ein Bankkontovertrag beispielsweise eher dem Darlehensvertrag (Sparkonto) oder dem auftragsrechtlichen Dienstleistungsvertrag (Kontokorrent) zuzuordnen. Im Bereich des Bankenrechts sind somit regelmässig gemischte Verträge anzutreffen. Der Minimalinhalt im Hinblick auf die Abwicklung eines Rechtsverhältnisses zwischen der Bank und dem Kunden besteht im Girovertrag verbunden mit der Kontokorrentabrede. Beim Girovertrag handelt es sich um einen auf Dauer gerichteten, entgeltlichen Auftrag zur Besorgung des Zahlungsverkehrs. Es handelt sich um einen Dauerauftrag, welcher den auftragsrechtlichen Bestimmungen des OR untersteht. Generell werden für die Beurteilung der Sorgfalts- und Treuepflichten von Bank und Kunde in erster Linie die Bestimmungen über den Auftrag beigezo-

gen. Diese sehr allgemeinen Formulierungen werden präzisiert durch Standes- und Verhaltensregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung (BK-FELLMANN, Bern 1992, Art. 398 N 299 f., N 360 f. und N 428 ff., je m.w.H.; HAVE 2016, S. 190, m.w.H.; ROTH, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 2016, S. 57 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 170 ff.; HUGGENBERGER in: Abegg/Geissbühler/Haefeli/Huggenberger [Hrsg.], Schweizerisches Bankenrecht – Ein Handbuch für Fachleute, 3. Aufl., Zürich 2012, S. 103 ff.; AJP 8/2014, S. 1058, m.w.H.).

5.3.1.2. Zur rechtlichen Natur und zum konkreten Inhalt des Vertragsverhältnisses machen die Parteien keine eingehenden Ausführungen. Sodann findet sich in den Akten keine Vertragsurkunde; es wurden lediglich die bereits genannten "General Conditions" eingereicht (act. 3/7). Ob die Klägerin (oder der Kläger für die Klägerin) tatsächlich ein Obligationenportefeuille aufgebaut und dafür einen "Loan" mit Libor +1 % für die Transfers aufgenommen hat (act. 1 Rz. 48 und act. 3/36/1), wurde nicht substantiiert in den Prozess eingebracht und lässt sich auch den Beilagen nicht abschliessend entnehmen. Immerhin ergibt sich aus act. 3/36/1 (Blätter 1 bis 3), dass offenbar aufgrund vieler Kontokorrenttransaktionen ein Portfolio angelegt wurde. Mangels anderweitiger Hinweise ist von einer reinen Konto-/Depotbeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten auszugehen. Keine Partei behauptet, es sei eine Anlageberatung oder gar eine Vermögensverwaltung erfolgt. Eine weitergehende Qualifizierung der Vertragsverhältnisse erübrigt sich, zumal sich die Kläger in vertraglicher Hinsicht einzig auf die Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Auftragsrecht berufen, was die Beklagte – zumindest für die Dauer der bestehenden Konto-/Depotbeziehung – nicht bestreitet. Zudem kommt die auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht im Bankenvertragsrecht wie ausgeführt regelmässig in den verschiedensten Vertragskonstellationen zur Anwendung, unabhängig von der konkreten Vertragsqualifikation. Im Weiteren ist auf eine allfällige Treuepflicht der Beklagten nach Art. 11 BEHG nicht einzugehen, da die Kläger deren Verletzung nicht geltend machen und auch sonst die operative Konto-/Depotführung (Portfolio) seitens der Beklagten nicht beanstanden.



### 5.3.2. Auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht im Allgemeinen

5.3.2.1. Damit ist klar, dass die Beklagte während der Dauer des Vertragsverhältnisses gegenüber der Klägerin zu Treue und Sorgfalt verpflichtet war. Ob solche Pflichten auch nachvertraglich noch bestehen, wird weiter unten eingehend zu erörtern sein. Die Begriffe "Sorgfalt" und "Treue" stehen zwar allein schon aufgrund der Gesetzessystematik (Art. 398 OR) in einem engen Zusammenhang, jedoch sind sie nicht deckungsgleich:

5.3.2.2. Der Sorgfaltsbegriff steht primär in Bezug zur vertraglichen Haftung. Es gilt zu beachten, dass die Sorgfaltspflicht niemals eine Hauptleistungspflicht ist. Sie tritt als Nebenpflicht zu anderen (Leistungs- bzw. Neben-)Pflichten hinzu und konkretisiert deren richtige – nämlich sorgfältige – Erfüllung. Die Sorgfaltspflicht setzt somit den Qualitätsmassstab. Erfüllt wird nicht die Sorgfaltspflicht an sich, sondern die damit verbundene Leistungs- oder Nebenpflicht, z.B. die Aufklärungspflicht des Beauftragten (CHK OR-GEHRER/GIGER, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 398 N 8, m.w.H.; BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 16 ff., m.w.H.).

5.3.2.3. Die Treuepflicht hat als Generalklausel für sämtliche Nebenpflichten des Beauftragten Geltung; mit der Haftungsfrage hat sie erst in zweiter Linie zu tun (BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 13 und 24, je m.w.H.). Die Treuepflicht stellt eine wesentliche Nebenpflicht des Auftrags als fremdnütziges Interessenwahrungsgeschäft dar. Der Beauftragte hat seine Interessen hinter diejenigen des Auftraggebers zu stellen und dessen Interessen umfassend zu wahren. Er hat alles zu tun, was zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht notwendig ist, und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber schaden könnte. Zu den typischen Nebenpflichten, die unter den Oberbegriff der Treuepflicht zu subsumieren sind und deren Umfang vom Einzelfall abhängt, fällt insbesondere die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht: Letztere ergibt sich entweder aus Gesetz (z.B. Art. 320 f. StGB, Art. 47 BankG, Art. 13 BGFA), aus Vereinbarung, Weisung oder den Umständen. Der Beauftragte ist auch über die Vertragsbeendigung hinaus an die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht gebunden, soweit der Auftraggeber nicht über die Bekanntgabe von Informationen an Dritte (ausdrücklich oder konkludent) bestimmt, mithin dieser zustimmt. Umfasst werden nicht nur dem Beauftragten anvertraute

Informationen, sondern *alles, was er im Rahmen der Vertragserfüllung erfährt*. Ist der Beauftragte zur Wahrung eigener Interessen auf eine Offenbarung angewiesen, so ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 77, m.w.H.; CHK OR-GEHRER/GIGER, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 398 N 3 f., m.w.H.; BUCHER, OR Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 1988, S. 230, m.w.H.).

5.3.2.4. Nun machen die Kläger vorliegend keinen Haftungstatbestand geltend; ihnen geht es im Kern darum, die Beklagte von einem drohenden treuwidrigen Verhalten abzuhalten und so ihre Identität geheim zu halten. Mit anderen Worten fordern sie keinen Schadenersatz – bzw. behalten sich dies lediglich vor (act. 26 Rz. 21 f.) –, sondern stellen hauptsächlich einen Unterlassungsanspruch, wobei es sich um einen Erfüllungs- bzw. Leistungsanspruch handelt (BUCHER, OR Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, S. 292, m.w.H.; BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 37, m.w.H.). Die seitens der Kläger geltend gemachte Geheimhaltungspflicht ergibt sich jedoch nicht aus Arbeitsrecht (Art. 398 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 321a Abs. 4 OR), sondern direkt aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR; BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 78, m.w.H.), was die Kläger zuweilen sinngemäss auch selber ausführen (act. 26 Rz. 134). Lediglich das Mass der Sorgfalt bemisst sich nach den arbeitsvertraglichen Bestimmungen (Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321e Abs. 2 OR), worauf hier aber nicht weiter einzugehen ist. Vielmehr ist nachfolgend zu prüfen, ob die Kläger sich zur Begründung ihres Unterlassungsanspruchs auf eine nachvertragliche (Diskretions- und) Geheimhaltungspflicht berufen können.

### 5.3.3. Dauer der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht

5.3.3.1. Die aus der Treuepflicht fliessende Diskretions- und Geheimhaltungspflicht wirkt wie erwähnt grundsätzlich auch nach Ausführung des Auftrages, jedoch nicht zeitlich unbegrenzt. Die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht bleibt als vertragliche Pflicht zwar bestehen, auch wenn im Übrigen das Vertragsverhältnis der Parteien abgeschlossen und abgerechnet ist, und solange die vertragliche Diskretions- und Geheimhaltungspflicht dauert, besteht auch ein vertraglicher Unterlassungsanspruch. Der Untergang der Diskretions- und Geheimhal-

tungspflicht kann aber nicht allgemeingültig festgelegt werden. Je grösser die zeitliche Distanz zur Vertragsbeendigung, desto mehr muss für die Aufrechterhaltung der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers gefordert werden. Wann die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht erlischt, hängt von der Art des Auftrages, von der Stellung und Funktion des Auftraggebers und des Beauftragten, von den wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen sowie anderen Umständen ab (BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 45 und N 77 ff., je m.w.H.).

5.3.3.2. Vorliegend endete die Konto-/Depotbeziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten frühestens am 9. April 2014 (act. 3/17), wobei sich aus den eingereichten Leaver-Listen und dem Factsheet ergibt, dass das Konto offenbar erst am 14. April 2014 geschlossen wurde (act. 23/9, 23/11 und 23/13). Diese Diskrepanz ist für die Beurteilung jedoch unbedeutend. Die vorliegende Klage wurde am 24. August 2015 anhängig gemacht, nachdem zwischen den Parteien in den Monaten zuvor – im Anschluss an die Kontoschliessung – unbestrittenermassen rege Korrespondenz betreffend die Herausgabe der klägerischen Daten an das DoJ stattgefunden hatte (act. 1 Rz. 36-54, act. 3/22-42). Unbestritten ist, dass die Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 6. Juni 2014 verboten haben, Bankkunden-daten weiterzugeben, bzw. dass sie ihr mit Schreiben vom 17. November 2014 mitteilten, "that no data which relates to the referenced account may be transmitted at all" (act. 1 Rz. 46 und 65 sowie act. 3/25 und 3/33). Damit war die Weitergabe der klägerischen Daten bereits unmittelbar nach der Schliessung des Kontos der Klägerin bis zur Klageeinleitung bzw. bis heute ein andauerndes Hauptthema zwischen den Parteien. Da die vorliegende Klage aus Sicht der Kläger im Hauptpunkt dazu dient, die Bekanntgabe sie betreffender (Personen-)Daten – in welcher Form auch immer – und eine drohende Offenlegung ihrer Identität zu verhindern, muss bereits aufgrund der zeitlichen Nähe vom Weiterbestand der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht aus der Konto-/Depotbeziehung zwischen den Parteien noch bis heute ausgegangen werden. Wie sich sogleich zeigt, haben die Kläger auch nicht auf den Geheimnisschutz verzichtet.

#### 5.3.4. Gegenstand der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht

5.3.4.1. Es stellt sich nun die Frage, was vorliegend konkret Gegenstand der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht ist. Der Geheimnisschutz entfällt grundsätzlich, wenn das Geheimnis durch den Beauftragten bereits offenbart wurde. Das Endziel der Kläger – mithin der vorliegenden Klage – ist, ihre Identität vor dem DoJ geheim zu halten. Das bedeutet, selbst wenn die Leaver-Listen dem DoJ bereits (wiederholt, act. 30 Rz. 85) zugestellt worden wären, hätte dieses zwar Kenntnis von gewissen die Kläger betreffenden – angeblich anonymisierten – Daten, aber nicht automatisch von deren Identität. Dass ihre Identität dem DoJ bereits bekannt wäre, wird von keiner Seite behauptet und ergibt sich auch sonst nicht aus den Akten. Es ist also davon auszugehen, dass das Geheimnis der Identität der Kläger dem DoJ noch nicht offenbart wurde. Selbst wenn das DoJ die Identität der Kläger schon aus anderer Quelle erfahren haben sollte, bliebe der Geheimnisschutz aufrecht, da die Datenübermittlung in einem solchen Fall einer unzulässigen Bestätigung gleichkäme (BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 62, m.w.H.).

5.3.4.2. Die privatrechtlich relevante Diskretions- und Geheimhaltungspflicht des Beauftragten fliesst nicht nur aus den strafrechtlichen Vorschriften, sondern ergibt sich primär aus den Vertragsabreden der Parteien, aus den Weisungen des Auftraggebers oder generell aus den Umständen. Sie erstreckt sich auf alle Tatsachen, die vom Auftraggeber als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet werden oder sich ein entsprechender Wille aus den Umständen ergibt. Massgebend bei der Einhaltung der Treuepflicht ist demnach allein das Geheimhaltungsinteresse des Auftraggebers, wie es für den Beauftragten erkennbar war bzw. nach den Umständen sein musste. Ob dieses Interesse des Auftraggebers auch objektiv und damit strafrechtlich als geheimhaltungswürdig erscheint, bleibt unerheblich. (BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 53 f., m.w.H.). Für das Bankgeschäft heisst dies, dass alle Kenntnisse, die sich aus der geschäftlichen Beziehung der Bank zum Kunden, namentlich aus den Bankverträgen ergeben, darüber hinaus aber auch Anfragen und Angebote für weitere Bankgeschäfte, und schliesslich der Geschäftsverkehr unter den Banken bei der Abwicklung des Zahlungsverkehrs des

Kunden grundsätzlich unter die Geheimhaltungspflicht fallen (Art. 47 BankG, siehe auch Ziff. 5.3.2.3 in fine). Der Schutz des Bank(kunden)geheimnisses ist als Teil eines gesamtheitlichen Persönlichkeitsschutzes zu sehen, d.h. als Schutz der Persönlichkeit in finanziellen Angelegenheiten (KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., Art. 47 N 1 und 8, m.w.H.; BSK BankG-STRATHENWERT, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 47 N 13, m.w.H., AJP 8/2014, S. 1058, m.w.H.). In der Konsequenz bedeutet dies, dass es sich bei Bankkundendaten um Personendaten handelt, da sie eben gerade dem Bankkunden als Person zugeordnet werden.

5.3.4.3. Die Kläger sind zusammengefasst der Meinung, die in den Leaver-Listen (act. 23/10 und 23/13, act. 27/54-56) und im Factsheet (act. 23/11 und 27/56) enthaltenen Daten fielen unter die vertragliche Geheimhaltungspflicht. Die Strafbestimmung von Art. 47 BankG schütze das Bankkundengeheimnis so, wie es konkret durch Vertrag (und Persönlichkeitsrecht) begründet sei. Umgekehrt gelte somit auch: Was vom strafrechtlichen Schutz des Art. 47 BankG erfasst sei, dürfe auch gemäss den zivilrechtlichen Vorschriften von Art. 398 Abs. 1 i.V.m. Art. 321a Abs. 4 OR und Art. 28 ZGB nicht ohne genügende rechtliche Grundlage offengelegt werden. Die Offenlegung der detaillierten Leaver-Listen würde auch das Geschäftsgeheimnis und den Schutz vor Wirtschaftsspionage der Klägerin verletzen. Von der Geheimhaltungspflicht seien auch Informationen betreffend Bankkonten erfasst, die nicht Personendaten enthielten oder Rückschlüsse auf die Identität zuließen, soweit deren Herausgabe sonst den Interessen des Bankkunden entgegen stehe. Im Weiteren berufen sich die Kläger auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (act. 1 Rz. 11, 60 f. und 63, act. 26 Rz. 94 mit Verweis auf BVGer A-6834/2014 vom 15. September 2015, E. 7.5).

5.3.4.4. Die Beklagte ist zusammengefasst der Auffassung, dass die (angeblich) bereits übermittelten Daten weder Bankkunden- noch Personendaten darstellten (act. 22 Rz. 4, 7, 93 ff., act. 30 Rz. 23, 65, 84). Die Kläger hätten zudem in Art. 16 der General Conditions für den Fall, dass berechtigte Interessen vorlägen, auf den Geheimnisschutz verzichtet, insbesondere was grenzüberschreitende Zahlungen und damit zusammenhängende Informationen angehe (act. 22 Rz. 56, 102, act. 30 Rz. 67). Auf die von den Klägern vorgebrachten Interessen geht die

Beklagte nicht wertend ein, sondern stellt sich sinngemäss auf den Standpunkt, die Kläger hätten keinerlei Interesse an der Aufrechterhaltung des Geheimnisschutzes, weil die betreffenden Daten bereits in anonymisierter Form an das DoJ übermittelt worden seien.

5.3.4.5. Über die konkreten vertraglichen Absprachen der Parteien ist wie erwähnt wenig bekannt. Das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses hat keine Partei behauptet. Beide Parteien berufen sich jedoch in ihren Rechtsschriften auf Art. 16 der General Conditions, sei es, um zu behaupten, diese Bestimmung enthalte einen Verzicht der Kläger auf den Geheimnisschutz, oder sei es, um ein Vertragsverhältnis darzulegen (act. 22 Rz. 56, 102 und act. 26 Rz. 132). Unbestritten ist, dass im Dezember 2009 offenbar eine Ergänzung von Art. 16 der General Conditions erfolgte (act. 1 Rz. 33 f., act. 3/20 und act. 22 Rz. 56). Dass der ursprüngliche Gehalt von Art. 16 der General Conditions dadurch dem Sinn nach geändert bzw. aufgehoben worden wäre, macht keine Partei geltend, und ist auch sonst nicht ersichtlich.

5.3.4.6. Die Beklagte beruft sich konkret auf folgende Passage von Art. 16 der General Conditions (act. 22 Rz. 102): "The bank shall be legally obliged to treat all client-related data confidential. The client shall take note of the fact that the legally protected bank client confidentiality is subject to certain legal limits [(a)]. In so far as this shall be necessary to safeguard the Bank's justified interests, the client shall dispense the bank from its obligation to maintain banking secrecy and data protection [(b)]." Bezeichnenderweise lässt die Beklagte die vorstehend mit eckigen Klammern markierten Stellen unzitieren: (a) "So far as provided by law, the Bank shall be obliged to furnish evidence and information to the Swiss authorities." und (b) "[...], in particular to safeguard claims against the client." (act. 3/7 Blatt 2). Ohne auf die Gültigkeit dieser Klausel der General Conditions näher einzugehen, ist Folgendes festzuhalten: Einerseits können die Parteien nicht über die Aufhebung des Bankgeheimnisses disponieren, soweit es um gesetzliche Verpflichtungen der Beklagten gegenüber *Schweizer* Behörden geht (a). Andererseits gilt das Bankgeheimnis nur für den Fall berechtigter Interessen der Beklagten als aufgehoben, wobei die durch die Beklagte nicht zitierte Spezifizierung na-

helegt, dass dies vor allem der Durchsetzung von Ansprüchen der Beklagten gegenüber der Klägerin dienen soll (b). Dass davon auch die Kooperation mit amerikanischen Behörden im Rahmen des US-Programms – welches kein Gesetz darstellt – erfasst sein soll, ergibt sich aus Art. 16 der General Conditions jedenfalls nicht. Weiter mag zutreffen, dass die Kläger sich gestützt auf Art. 16 der General Conditions bewusst waren, "that in the case of payment orders abroad, on principle it is necessary to state the client's name and additional client information (e.g. account number, identification number[,] address of the person placing the order) [...]." (act. 3/7 Blatt 2; ähnlich auch die Ergänzung der General Conditions vom Dezember 2009 in act. 3/20). Diese Klausel betrifft den internationalen Zahlungsverkehr unter Banken ("payment orders abroad") und die damit einhergehenden Datenübermittlungen. Inwiefern sich die Kläger dadurch mit einer Datenübermittlung an das DoJ einverstanden erklärt haben sollen, erhellt nicht. Aus Art. 16 der General Conditions geht vielmehr klar hervor, dass grundsätzlich "all client-related data" vertraulich zu behandeln ist bzw. sind. Eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip lässt nicht auf einen Verzicht der Kläger auf den Geheimnisschutz hinsichtlich der Lieferung von Daten an die US-Behörden schliessen. Aus den Ausführungen der Kläger ergibt sich insgesamt und im Einzelnen, dass sie sich der beklagischen Auffassung betreffend die vertragliche Aufhebung des Bankgeheimnisses nicht anschliessen (siehe dazu auch act. 3/38). So musste der Beklagten nur schon aufgrund der vorprozessual mit den Klägern geführten Korrespondenz klar sein, dass die Kläger mit einer Übermittlung sie betreffender Daten an US-Behörden – in welcher Form auch immer – nicht einverstanden waren. Unbestrittenermassen haben die Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 6. Juni 2014 verboten, Bankkundendaten weiterzugeben, bzw. ihr mit Schreiben vom 17. November 2014 mitgeteilt, "that no data which relates to the referenced account may be transmitted at all" (act. 1 Rz. 46 und 65 sowie act. 3/25 und 3/33). Damit fallen sämtliche Daten, die sich aus der mehrjährigen Konto-/Depotbeziehung zwischen den Parteien ergeben haben, unter den vertraglichen Geheimnisschutz, seien dies namentlich Transaktionsdaten, Notizen aus Kundengesprächen, die Namen von Relationship Managern oder das Bestehen einer Konto-/Depotbeziehung an sich. Diese Daten dienten wiederum als Grundlage für die Er-

stellung der Leaver-Listen und des Factsheets, weshalb diese Dokumente bzw. die darin enthaltenen Daten grundsätzlich – d.h. vorbehaltlich einer Anonymisierung bzw. einer dieser gleichkommenden Pseudonymisierung (act. 22 Rz. 99) – Geheimnisschutz geniessen.

### 5.3.5. Anonymisierung/Pseudonymisierung

5.3.5.1. An dieser Stelle gilt es zu prüfen, ob die Daten der Kläger tatsächlich anonymisiert oder (dem gleichkommend) pseudonymisiert wurden bzw. ob eine entsprechende Absicht der Beklagten besteht. Nur im Falle einer Anonymisierung bzw. einer dieser gleichkommenden Pseudonymisierung haben die Kläger keine Offenbarung des Geheimnisses, mithin ihrer Identität, zu befürchten.

5.3.5.2. Anonymisierung bedeutet, dass der Personenbezug irreversibel so aufgehoben wird, dass ohne unverhältnismässigen Aufwand keine Rückschlüsse auf Personen mehr möglich sind. Anders als bei der Pseudonymisierung darf kein Schlüssel (Zuordnungsregel) aufbewahrt werden, der die Re-Identifikation der betroffenen Person ermöglicht. Um eine Re-Identifikation auszuschliessen, reicht es vielfach nicht aus, klar identifizierende Merkmale wie Vorname, Name, Geburtsdatum und Adresse zu entfernen. Bei einer Pseudonymisierung soll der Personenbezug aufgehoben werden, aber bloss reversibel. Der Schlüssel zur Re-Identifizierung der Informationen bleibt erhalten. Deshalb bleiben pseudonymisierte Personendaten für alle, die Zugang zum Schlüssel haben, weiterhin Personendaten. Einzig für Aussenstehende, welche die pseudonymisierten Daten ohne Schlüssel ausgehändigt erhalten haben und die konkret auch keinen Zugang zum Schlüssel haben, sind pseudonymisierte Personendaten wie anonymisierte keine Personendaten mehr. Massgeblich ist also, wo sich dieser Schlüssel befindet bzw. wer konkret Zugang dazu hat. Dass pseudonyme Daten grundsätzlich nicht als Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes zu qualifizieren sind (act. 30 Rz. 43), kann also nicht gesagt werden. Angesichts der heute bereits verfügbaren technischen Möglichkeiten der Re-Identifizierung – Stichwort: Big Data Analytics – verbleibt für die irreversible Anonymisierung von Personendaten nur wenig Raum. In den meisten Fällen werden sich vermeintlich irreversible Anonymisierungen angesichts der heute bereits verfügbaren technischen Re-Identi-



fizierungsverfahren – Stichwort: neue, lernende Algorithmen – und des äusserst breiten Umfangs des Personendatenbegriffs als reversibel erweisen. Dies umso mehr, als im Big Data-Bereich eine Menge von anonymisierten Daten analysiert wird, was bedeutet, dass je grösser die Datenmenge ist, desto höher wird die Wahrscheinlichkeit, dass Daten einer bestimmten Person zugeordnet werden können (SHK DSG-RUDIN, Bern 2015, Art. 3 N 13 ff., m.w.H.; BSK DSG-BLECHTA, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 3 N 12 f., m.w.H.; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, Zürich 2008, Art. 3 N 35 ff., m.w.H.; BAERISWYL in: Weber/Thouvenin [Hrsg.], ZIK: Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2014, S. 52, m.w.H.).

5.3.5.3. Die Beklagte führt aus, um zu verhindern, dass das DoJ aus den übermittelten Informationen Rückschlüsse ziehen bzw. sie zur Identifizierung von Personen verwenden könne, habe sie über die Mindestanforderungen hinaus zusätzliche Anstrengungen unternommen und die Transaktionsinformationen anonymisiert. Namentlich habe sie (i) sämtliche Überweisungsbeträge in US-Dollar umgerechnet, (ii) die Transaktionen addiert und nur das monatliche Total ausgewiesen und (iii) das ermittelte Total auf die nächsten 10'000 aufgerundet. Auch die Informationen im Factsheet liessen keine Identifikation von Personen zu. Bei der C'.\_\_\_\_\_-Nummer handle es sich zudem weder um eine Konto- noch um eine Kundennummer. Sie sei eine reine Kontrollnummer, welche es der Beklagten erlaube, das dahinterstehende Konto zu identifizieren. Ausser der Beklagten und ihren Beratern sei niemand in der Lage, die C'.\_\_\_\_\_-Nummern einem Konto zuzuordnen. Es handle sich um eine interne Kontrollnummer der Beklagten. Bankkunden- und Personendaten der Klägerin seien vorliegend nicht Verfahrensgegenstand, da die Übermittlung lediglich anonymisierte Daten betreffe, die keinen Rückschluss auf die Bankkunden erlaubten und demnach keine Personendaten seien. Die Weitergabe von C'.\_\_\_\_\_-Nummern oder anderen Pseudonymen [sic!] sei nicht verboten. Massgeblich sei, dass die Übermittlung von Informationen in pseudonymer [sic!] Form nicht als Übermittlung von Personendaten gelte und somit keine Datenbearbeitung darstelle. Die [C'.\_\_\_\_\_-]Nummer werde im Zahlungsverkehr nicht verwendet und erlaube ausschliesslich der Beklagten eine Identifizierung der dahinter stehenden Kundenbeziehung. Die Beklagte benötige

nicht das Einverständnis der Kläger, um anonyme Informationen an US-Behörden liefern zu dürfen. Pseudonyme [sic!] Informationen qualifizierten nicht als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO. Die Anmerkungen in den E-Mails der beiden US-Anwälte (siehe dazu act. 26 Rz. 46) seien erstens im Kontext von US-Recht zu verstehen und hätten zweitens auch tatsächlich vertrauliche und geschützte Informationen und Personendaten enthalten, aber nicht in Bezug auf die Kläger, sondern beispielsweise Namen von ehemaligen Kundenberatern. Die Anonymisierungsmassnahmen seien sehr wohl ein taugliches Mittel, um die Identifizierung der Kläger zu verhindern. Es werde bestritten, dass die Rundung der Transaktionsbeträge kein Hindernis darstelle. Die US-Behörden wüssten nicht, wie hoch der konkrete Gesamtbetrag gewesen sei und aus wie vielen einzelnen Transaktionen sich dieser zusammensetze. Aufgrund der vorgenommenen Anonymisierung sei es unmöglich, einzelne Zahlungen zurückzuverfolgen. Die an das DoJ übermittelten Daten erlaubten nach allgemeiner Lebenserfahrung keine Identifizierung des Datensubjekts. Sie gälten deshalb nicht als Personendaten im Sinne des DSGVO oder Bankkundendaten im Sinne des BankG. Ob die Informationen nun anonymisiert oder pseudonymisiert seien, spiele keine Rolle. Die von der Beklagten [angeblich] übermittelten II.D.2-Informationen seien hochgradig bzw. derart anonymisiert/abstrahiert worden, dass eine Identifikation der dahinterstehenden Subjekte nicht oder nicht mit verhältnismässigem – und nach der allgemeinen Lebenserfahrung – erwartbarem Aufwand möglich sei. Zudem sei es reine Spekulation der Kläger, dass das DoJ auf sämtliche Transaktions-, insbesondere SWIFT-/CHIPS-Daten Zugriff habe. Die Identitäten der Kläger liessen sich weder durch SWIFT-/CHIPS-Daten noch durch die vom Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) gesammelten Daten ermitteln (act. 22 Rz. 9, 24 ff., 38, 40, 48, 54, 60, 67, 74 f., vor Rz. 93 ff. 104, act. 30 Rz. 22 ff., 42 f., 51 f., 55, 57, 63, 73, 87, 89).

5.3.5.4. Wie die Zusammenfassung der beklaglichen Vorbringen bereits andeutet, bestreiten die Kläger – teilweise voraussetzend – konsequent und umfangreich sowie mit zahlreichen Unterlagen, dass eine Anonymisierung bzw. eine dieser gleichkommende Pseudonymisierung stattgefunden habe. Sie gehen ihrerseits bestenfalls von einer (gewöhnlichen) Pseudonymisierung aus und erachten die in

den Leaver-Listen sowie im Factsheet enthaltenen Daten als reversibel und sich selber als bestimmbar, da die Verknüpfbarkeit ("linkability") nicht irreversibel aufgehoben worden sei. Sie setzen sich eingehend mit den heute verfügbaren Technologien auseinander und machen detaillierte Ausführungen zur Bestimmbarkeit von Personen – gerade im Big Data-Bereich – und zur Bedeutung von SWIFT-/CHIPS- und FinCEN-Daten (act. 1 Rz. 2 ff., 31 ff., 73 ff.; act. 3/18-19, 3/21, 3/43-47; act. 26 Rz. 4 ff., 43 ff., 47 ff. 64 ff., act. 27/83-91; act. 34 Rz. 13 ff. [zulässig im Sinne der obigen Erwägungen unter Ziff. 5.1.4.3 in fine]; act. 35/92-97 [zulässig im Sinne der obigen Erwägungen unter Ziff. 5.1.4.3 in fine]).

5.3.5.5. Die Ausführungen der Beklagten sind widersprüchlich. Einerseits stellt sie sich auf den Standpunkt, die in der Leaver-Liste und im Factsheet enthaltenen Daten "hochgradig" anonymisiert zu haben, andererseits spricht sie verschiedentlich selber (nur) von einer Pseudonymisierung. Da die Beklagte selber vorbringt, nur sie und ihre Berater könnten die Kläger re-identifizieren, ist mit den Klägern schon an dieser Stelle von einer Pseudonymisierung und nicht von einer Anonymisierung auszugehen. Während die Beklagte offenbar der Auffassung ist, eine der Anonymisierung gleichkommende Pseudonymisierung vorgenommen zu haben, vertreten die Kläger die gegenteilige Ansicht. Entgegen der Auffassung der Beklagten spielt es sehr wohl eine Rolle, ob die Informationen anonymisiert oder nur pseudonymisiert sind (act. 30 Rz. 63). Wenn die Beklagte ausführt, sie habe die zur Übermittlung bestimmten Daten hochgradig anonymisiert – was die Kläger bestreiten –, erscheint dies fraglich. Welche Mindestanforderungen sie meint, bleibt unklar. Die Leaver-Listen enthalten umfangreiche Transaktionsdaten; sie listen die vom Konto der Klägerin getätigten oder dort empfangenen Zahlungen monatlich zusammengefasst auf unter Angabe der jeweiligen Sender- und Empfängerbanken, die überwiegend in der Schweiz und in den USA liegen. Pro Monat sind teilweise mehrere Zahlungsflüsse aufgeführt (act. 23/9, Excel-Blatt "USP DoJ IID2 C'.\_\_\_\_\_ Trans", act. 23/13, Excel-Blatt "USP DoJ IID2 C'.\_\_\_\_\_ Trans", act. 27/54 Blatt 4 und act. 27/55 Blatt 4). Die von der Beklagten betreffend die Leaver-Listen – und implizit betreffend das Factsheet – ins Feld geführten Anonymisierungsmassnahmen (act. 22 Rz. 24, 52) können kaum als solche bezeichnet werden. Die Umrechnung in US-Dollar wird im US-Programm und im NPA

teilweise explizit so vorgeschrieben. Weder das US-Programm noch das NPA erwähnen andere Währungen als US-Dollar (act. 23/5 S. 4 und act. 23/12 S. 3). Im Übrigen bestreitet die Beklagte das klägerische Vorbringen, wonach bei Überweisungen in US-Dollar eine Umrechnung (in US-Dollar) keine taugliche Anonymisierungsmassnahme darstelle, nicht genügend substantiiert (act. 26 Rz. 58 und act. 30 Rz. 55). Die Addition der Transaktionen und die Ausweisung des monatlichen Totals wird im US-Programm gar verlangt: "[...] the Swiss Bank must provide [...] information concerning the transfer of funds into and out of the account during the Applicable Period on a monthly basis." (act. 23/5 S. 4). Die Aufrundung auf die nächsten 10'000 stellt ebenfalls keine taugliche Anonymisierungsmassnahme dar, da dies dem DoJ offenbar – genauso wie die Addition der Transaktionen und die Ausweisung des monatlichen Totals – so mitgeteilt werden bzw. worden sein soll (act. 23/9 und 23/13, dort jeweils das Excel-Blatt "USP DoJ IID2 C'.\_\_\_\_\_ Trans Desc"; act. 27/55 Blatt 6). Damit könnte das DoJ seine Analyseparameter leicht anpassen. Immerhin ergibt sich aus den eingereichten Leaver-Listen – im Entwurf und in der finalen Version –, dass die Namen der Kläger nicht aufgeführt sind, indessen ihre rechtliche Stellung in Bezug auf das Konto (BO = beneficial owner, PoA = power of attorney; act. 23/9, 23/13, 27/54-55). In der finalen Leaver-Liste findet sich der Name des Relationship oder Account Managers O.\_\_\_\_\_ (act. 23/13, Excel-Blätter "USP DoJ IID2 C'.\_\_\_\_\_ AccountUSPers" und "USP\_DoJ\_IID2\_Placeholders\_DiscI"; act. 27/54 Blätter 1 und 3), welcher zusammen mit den übrigen Daten der Leaver-Listen und dem Factsheet einen tauglichen Anknüpfungspunkt bildet, um Genaueres über das Konto der Kläger, insbesondere über die dahinterstehende(n) Identität(en) in Erfahrung zu bringen. Ausserdem scheint die Offenlegung des "PLACEHOLDER-..." geplant zu sein (act. 23/13, Excel-Blätter "USP DoJ IID2 C'.\_\_\_\_\_ AccountUS Pers" und "USP DoJ IID2 C'.\_\_\_\_\_ Account Desc"). Das Factsheet ist – wie der Entwurf und die finale Version der Leaver-Liste – ebenfalls mit der Nummer C'.\_\_\_\_\_ -1 gekennzeichnet (act. 23/11). Betreffend das Factsheet macht die Beklagte bis auf die Nummer C'.\_\_\_\_\_ -1 keine konkreten Anonymisierungsmassnahmen geltend. Bei Betrachtung des Factsheets fällt auf, dass zwar die Namen der Kläger nicht erwähnt werden, jedoch Angaben zum Kontoinhaber ("Accountholder Type") ge-

macht werden. Sodann ist der Maximalwert von rund USD 895'916.–, welcher sich auch in der finalen Version der Leaver-Liste findet, im Factsheet aufgeführt. Hinsichtlich des wirtschaftlich Berechtigten sind Angaben zu seinem Geburts- und Wohnort aufgeführt, wobei unstrittig ist, dass mit dem wirtschaftlich Berechtigten im Factsheet der Kläger gemeint ist. Im Weiteren erscheinen Informationen zur Funktion des wirtschaftlich Berechtigten sowie zu dessen Verhalten und seiner nicht näher bezeichneten Familienmitglieder ("breach behaviour"). Wie bereits ausgeführt enthalten die Leaver-Listen und das Factsheet also Bankkunden- bzw. Personendaten.

5.3.5.6. Damit verbleibt letzten Endes die Nummer C'.\_\_\_\_\_ -1, welche gemäss der Beklagten eine interne Kontrollnummer darstellt; nur ihr und ihren Beratern sei es möglich, diese Kontrollnummer dem klägerischen Konto zuzuordnen. Bei dieser Kontrollnummer handelt es sich also um eine pseudonymisierte Konto- bzw. Kundennummer. Zur Erstellung der Kontrollnummer an sich macht die Beklagte keine Ausführungen (act. 30 Rz. 57). Es bleibt unklar, wie, d.h. mit welchem Schlüssel/Verschlüsselung bzw. mit welcher Zuordnungsregel die Kontonummer konkret pseudonymisiert worden sein soll, und wo sich dieser Schlüssel konkret befindet. Weiter bleibt unklar, wer die Berater der Beklagten sein sollen, die offenbar ebenfalls Zugang zur Zuordnungsregel haben. Angesichts der konsequenten und umfangreichen – teilweise vorausseilenden – Bestreitungen der Kläger betreffend die Anonymisierung bzw. eine dieser gleichkommende Pseudonymisierung und den dazu eingereichten Belegen (act. 1 Rz. 2 ff., 31 ff., 73 ff.; act. 3/18-19, 3/21, 3/43-47; act. 26 Rz. 4 ff., 43 ff., 47 ff. 64 ff., act. 27/83-91; act. 34 Rz. 13 ff. [zulässig im Sinne der obigen Erwägungen unter Ziff. 5.1.4.3 in fine]; act. 35/92-97 [zulässig im Sinne der obigen Erwägungen unter Ziff. 5.1.4.3 in fine]) wäre die Beklagte gehalten gewesen, konkret und detailliert darzulegen, was sie – oder andere für sie – in techn(olog)ischer und allenfalls organisatorischer Hinsicht alles unternommen hat bzw. unternehmen will, um Rückschlüsse auf die Kläger zu verhindern. Dies hätte die Beklagte insbesondere auch deshalb aufzeigen müssen, weil es in Übereinstimmung mit den Klägern möglich ist, Personen anhand ihrer Transaktionsdaten zu identifizieren (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 3 N 38). Diesbezüglich kann sich die Beklagte nicht darauf beschränken, einerseits

untaugliche Anonymisierungsmassnahmen zu behaupten, und andererseits vorzubringen, es sei nicht möglich bzw. nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht zu erwarten, dass das DoJ den dafür nötigen Aufwand auf sich nehmen würde (act. 22 Rz. 96, act. 30 Rz. 52). Die Behauptung der Beklagten, wonach das DoJ keinen Zugriff auf SWIFT-Daten habe, ist nur schon gestützt auf ihre eigenen Ausführungen und die dazu eingereichten Belege in dieser Absolutheit nicht korrekt (act. 22 Rz. 31 ff. und act. 23/15 S. 5 in fine). Zumindest eines der SWIFT-Rechenzentren befindet sich zudem in den USA (NZZ vom 11. März 2010, S. 10). Angesichts der Entwicklungen in der jüngsten Zeitgeschichte (internationale Überwachungs- und Spähaffäre, CIA-Leaks) sind die technologischen und administrativen Möglichkeiten der USA und ihrer Behörden – gerade im Bereich der massenhaften Datenbeschaffung und -analyse – kaum zu unterschätzen, genauso wie ihr Wille, diese Möglichkeiten auch einzusetzen. Aus dem – mutmasslich – gigantischen Umfang der SWIFT-Daten (act. 22 Rz. 96) kann die Beklagte somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vor diesem Hintergrund läuft das Vorbringen der Beklagten ins Leere, wonach es dem DoJ nicht möglich sei, einen solchen Datenberg zu analysieren, und wenn doch, es nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht zu erwarten sei, dass das DoJ einen solchen Aufwand auf sich nehmen würde (act. 22 Rz. 96).

5.3.5.7. Weiter kann die Beklagte nicht ernsthaft bestreiten (act. 22 Rz. 51, 72), dass das US-Programm – wenn auch nicht ausschliesslich – Strafverfolgungszwecken dient und auf die Sammlung von Informationen über Bankkunden, mithin deren Identifikation ausgerichtet ist. Bereits in dem von der Beklagten selber eingereichten Joint Statement zwischen dem DoJ und dem EFD wird von "Massnahmen zur Strafverfolgung" gesprochen (act. 23/3 Ziff. 1 [deutsche Fassung]). Im Weiteren findet sich dazu im US-Programm insbesondere folgende Passage: "The personal data provided by the Swiss Banks under this Program will be used and disclosed only for *purposes of law enforcement* (which may include regulatory action) in the United States or as otherwise permitted by U.S. law." (act. 23/5 S. 11). In diesem Lichte ist auch das Factsheet zu sehen, welches gemäss Ziff. II.D.4 des US-Programms die Entwicklung geeigneter Suchkriterien bezweckt: "As a condition of any NPA, the Swiss Bank will provide all necessary in-

formation for the United States to draft treaty requests to seek account information; such cooperation will include but not be limited to the development of appropriate search criteria." (act. 23/5 S. 5). Sodann ist zu beachten, dass es in der jüngsten Zeitgeschichte auch zu umfangreichen Datenlecks – Panama Papers und Bahamas Papers – gekommen ist, die zur Erstellung umfangreicher Datenbanken geführt haben, die öffentlich zugänglich sind, was eine Identifikation der Kläger zusätzlich begünstigt. In diesem Zusammenhang sei insbesondere die Datenbank des International Consortium of Investigative Journalists [ICIJ] genannt (<https://offshoreleaks.icij.org/>).

5.3.5.8. Letztlich ist es die Beklagte, die eine Anonymisierung bzw. eine dieser gleichkommende Pseudonymisierung vorbringt und gestützt darauf behauptet, keine Personendaten bearbeitet bzw. übermittelt zu haben, weshalb ein Rechtsschutzinteresse der Kläger nicht gegeben sei. Mit anderen Worten bringt die Beklagte eine rechtshindernde Tatsache vor, mit welcher der Unterlassungsanspruch der Kläger vereitelt werden soll; dafür trägt sie die Beweislast (Art. 8 ZGB). Der Beweislast vorgelagert ist Behauptungslast, wobei sich Letztere aus Ersterer ergibt. Wie dargelegt ist die Beklagte ihrer Behauptungslast nicht genügend nachgekommen. Es bleibt unklar, wer die Personendaten der Kläger wo und wie genau bearbeitet hat. Entsprechend kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob tatsächlich eine Anonymisierung bzw. eine dieser gleichkommende Pseudonymisierung stattgefunden hat und – in der Folge – ob die Kläger nicht mehr bestimmbar wären. Entgegen ihrer Darstellung hat die Beklagte daher nicht rechtsgenügend dargelegt, dass die angeblich an die US-Behörden übermittelten bzw. zu übermittelnden Informationen das Datensubjekt nicht identifizierbar machten und folglich keine Verletzung der Treuepflicht gegeben ist (act. 22 Rz. 88). Entsprechend ist zumindest von der Bestimmbarkeit der Kläger auszugehen, wie dies von ihnen auch eingehend geschildert wird (act. 1 Rz. 2 ff., 31 ff., 73 ff.; act. 3/18-19, 3/21, 3/43-47; act. 26 Rz. 4 ff., 43 ff., 47 ff. 64 ff.; act. 27/83-91; act. 34 Rz. 13 ff. [zulässig im Sinne der obigen Erwägungen unter Ziff. 5.1.4.3 in fine]; act. 35/92-97 [zulässig im Sinne der obigen Erwägungen unter Ziff. 5.1.4.3 in fine]). Dies wiederum bedeutet, dass die in den Leaver-Listen und im Factsheet enthaltenen Daten einerseits (immer noch) Bankkundendaten im Sinne des Ban-

kengesetzes (Art. 47 BankG) und andererseits Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes (Art. 3 lit. a DSG) darstellen. Für die Beurteilung des Unterlassungsanspruchs heisst dies, dass die in der Leaver-Liste – im Entwurf und in der finalen Version – sowie im Factsheet enthaltenen Daten nach wie vor vom (nach-)vertraglichen Geheimnisschutz erfasst sind. Auch ist nicht auszuschliessen, dass die Beklagte gestützt auf ihre Verpflichtung aus dem NPA dem DoJ in Zukunft Daten über die Kläger liefern wird, welche diese noch identifizierbarer machen.

5.3.5.9. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob die Kläger bzw. deren Identität über Amts- und/oder Rechtshilfeverfahren ermittelt werden könnten (act. 26 Rz. 14, 36, 47 f. und 60). Einerseits ist über konkret bevorstehende Amts- und/oder Rechtshilfeverfahren betreffend die Parteien nichts bekannt und andererseits wäre es nicht am hiesigen Handelsgericht, allfällige Amts- oder Rechtshilfeersuchen zu beurteilen. Sodann könnte das hiesige Handelsgericht Datenübermittlungen – z.B. an die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) – gestützt auf allfällige gesetzliche, namentlich öffentlich-rechtliche Verpflichtungen nicht verhindern (act. 30 Rz. 10, 44). Dementsprechend ist auch das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den USA von 1996 (SR 0.672.933.61) für die vorliegende Beurteilung ohne Belang (act. 30 Rz. 58).

5.3.5.10. Ob die Beklagte – wie die Kläger behaupten – teilweise falsche und/oder unvollständige Daten übermitteln will bzw. angeblich übermittelt hat (act. 26 Rz. 24 ff.), spielt insofern keine Rolle, als für die Frage, ob Personendaten vorliegen, irrelevant ist, ob es sich um die richtige Person handelt (ROSENTHAL, a.a.O., Art. 3 N 32). Im Weiteren machen die Kläger gestützt auf dieses Vorbringen keinen eigenständigen Anspruch geltend, insbesondere verlangen sie keine Berichtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 DSG und auch keinen Vermerk im Sinne von Art. 15 Abs. 2 DSG. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

### 5.3.6. Interessenabwägung

5.3.6.1. Schliesslich ist die Beklagte offenbar der Ansicht, dass sie zur Wahrung eigener Interessen auf eine Offenbarung von Geheimnissen der Kläger angewie-



sen ist bzw. war (act. 22 Rz. 102 ff.). Wie oben ausgeführt (siehe Ziff. 5.3.2.3) müsste die Beklagte diesfalls unabhängig von der Art und Weise der Datenbearbeitung eine Interessenabwägung vornehmen. Die Beklagte legt nicht dar, inwiefern ihr Interesse an der Datenübermittlung höher sein soll als das Interesse der Kläger am Geheimnisschutz; mit anderen Worten nimmt sie keine Abwägung vor. Sie führt lediglich aus, die FINMA habe in einer Mitteilung erklärt, dass sie erwarte, dass sich alle Banken detailliert mit der Thematik auseinandersetzen und einen informierten Entscheid bezüglich einer Teilnahme am US-Programm fällen. Insbesondere seien die mit einer Nichtteilnahme drohenden Rechts- und Reputationsrisiken angemessen zu erfassen und in den Entscheid miteinzubeziehen. Der damalige FINMA-Direktor P.\_\_\_\_\_ habe allen Banken, bei denen eine Gefahr bestehe, dass sie in der Vergangenheit US-Recht verletzt haben könnten, eine Teilnahme am [US-]Programm empfohlen. Um die Vorgaben zu erfüllen und ein NPA zu erlangen, müsse das betreffende Bankinstitut mit dem DoJ kooperieren und Unterlagen und angeforderte Informationen gemäss den Bestimmungen des [US-]Programms übermitteln (act. 22 Rz. 15 ff., act. 23/6-7). Weiter schildert die Beklagte, dass ihre – gemäss Art. 16 der General Conditions angeblich berechtigten – Interessen namentlich darin gelegen hätten, die Vorgaben des US-Programms zu erfüllen und mit den US-Behörden ein NPA abzuschliessen, was ihr auch gelungen sei. Hätte sie die Informationen gemäss Ziff. II.D.2.b des US-Programms auf monatlicher Basis nicht geliefert, hätten die von ihr beigezogenen unabhängigen Prüfer die Vollständigkeit und Richtigkeit der Liste nicht bestätigt und hätte sie kein NPA abschliessen können. Das Interesse der Beklagten sei auch deshalb berechtigt gewesen, weil die Angaben in den Leaver-Listen hochgradig anonymisiert worden seien und der Klägerin durch eine Übermittlung keinerlei Nachteile entstünden (act. 22 Rz. 103 f.). Die Kläger verweisen auf das US-Programm und machen geltend, die Leaver-Listendaten würden "upon execution of an NPA", also beim Abschluss übermittelt. Es sei auch unglaubwürdig, dass eine Übermittlung der Leaver-Liste vor Abschluss eines NPA stattfinde, da die betroffene Bank ihre Verhandlungsposition gegenüber dem DoJ sonst vorzeitig verschlechtern würde (act. 26 Rz. 129). Die Beklagte hält dem entgegen, die Übermittlung von Entwürfen der Leaver-Liste vor Abschluss eines NPA sei vom DoJ gewünscht

worden und habe der gängigen Praxis der teilnehmenden Kategorie 2-Banken entsprochen (act. 30 Rz. 80).

5.3.6.2. Die angeblich hochgradige Anonymisierung bzw. eine dieser gleichkommende Pseudonymisierung ist wie dargelegt nicht erwiesen. Die übrigen Ausführungen der Beklagten sind nicht schlüssig. Vorliegend wurde das NPA am 24. November 2015 abgeschlossen. Die finale Version der Leaver-Liste will die Beklagte dem DoJ aber erst am 17. Dezember 2015 übermittelt haben. Die angebliche Übermittlung der finalen Version der Leaver-Liste kann also nicht Voraussetzung für den Abschluss des NPA gewesen sein. Was den dem DoJ angeblich übermittelten Entwurf vom 19. September 2014 betrifft, so ergibt sich aus den Vorbringen der Beklagten ebenfalls nicht, dass die Übermittlung dieses Entwurfs eine unabdingbare Voraussetzung für den Abschluss des NPA gewesen sein soll. Dafür, dass das DoJ die Übermittlung von Entwürfen der Leaver-Liste gewünscht habe, finden sich keine Belege bei den Akten, zumal mit den Klägern festzuhalten ist, dass das US-Programm im Zusammenhang mit den Leaver-Listen in Ziff. II.D.2 von einer Übermittlung an das DoJ – nicht an die unabhängigen Prüfer gemäss Ziff. II.D.3 – "upon execution of an NPA" spricht, dies im Gegensatz zu den Daten, welche gemäss Ziff. II.D.1 dem DoJ "prior the execution of an NPA" zu liefern sind (act. 23/5 S. 3 f.). Eine wirkliche Verpflichtung der Beklagten, dem DoJ die Leaver-Listen bzw. Entwürfe davon vorgängig zu übermitteln, findet sich im US-Programm nicht. Hingegen findet sich wie erwähnt die Verpflichtung der Beklagten, mit dem DoJ noch über mehrere Jahre nach Abschluss eines NPA zu kooperieren. Mag sein, dass das DoJ eine solche vorgängige Lieferung gewünscht hat, und mag sein, dass dies der gängigen Praxis der teilnehmenden Kategorie 2-Banken entsprach. Aus den beklagischen Ausführungen ergibt sich jedoch nicht, wann und wie das DoJ eine solche vorgängige Lieferung gewünscht haben soll. Eine Einvernahme des diesbezüglich offerierten Zeugen, Q.\_\_\_\_\_, kann angesichts dieser ungenügend substantiierten Behauptung unterbleiben. Ebenso wenig hat die Beklagte substantiiert aufgezeigt, wessen Praxis eine solche vorgängige Lieferung nun entsprochen haben soll, kann die Beklagte doch nur für sich selbst sprechen. Sollte damit die Praxis der von der Beklagten mandatierten Anwaltskanzlei R.\_\_\_\_\_ in Rahmen der Abwicklung des US-Programms

gemeint sein, ist über die Rechtmässigkeit einer solchen Praxis aber noch nichts gesagt. Selbst wenn eine solche Praxis bestünde, kann diese für sich allein das Interesse der Kläger an der Geheimhaltung ihrer Daten nicht auf-, geschweige denn überwiegen, zumal stets der Einzelfall zu betrachten ist. Die Einvernahme des Zeugen Q.\_\_\_\_\_ wird hierzu keine weiteren Erkenntnisse bringen und kann daher auch in diesem Punkt unterbleiben.

5.3.6.3. Die Beklagte macht sodann keine Ausführungen zu allfälligen Rechts- und Reputationsrisiken für den Fall, dass ein NPA nicht zustande gekommen wäre. Ein zeitlicher Druck seitens der Beklagten, der eine Datenlieferung ohne gerichtliche Klärung der unterschiedlichen Rechtsauffassungen notwendig gemacht hätte, ist nicht ersichtlich, da die Beklagte wie erwähnt einer mehrjährigen Nachlieferungspflicht unterliegt. Genauso wenig ist in diesem Zusammenhang ein finanzieller Druck zu erblicken: Gestützt auf den in der finalen Version der Leaver-Liste genannten Maximalwert von USD 895'916.89 ("Maximum Value in USD"; act. 23/13, Excel-Blatt "USP DoJ IID2 C'.\_\_\_\_\_ Account"; act. 27/54 Blatt 2) trüge das Konto der Klägerin nur im Umfang von USD 179'183.37 (20 % des Maximalwerts gemäss Ziff. II.H.1 des US-Programms, wobei 20 % des Gesamtbetrags mathematisch der Summe von jeweils 20 % der Einzelbeträge entsprechen; act. 23/5 S. 6) bzw. im Umfang von rund 0.58 % zu der im NPA veranschlagten Busse von USD 31'026'000.– bei.

5.3.6.4. Den Klägern ist schliesslich zuzustimmen, dass es nicht am hiesigen Handelsgericht ist, über die Rechtmässigkeit des US-Programms an sich zu befinden (act. 30 Rz. 47 und act. 34 Rz. 7 ff.). Vorliegend geht es nämlich nicht darum, ob das US-Programm für die Beklagte erfüllbar ist (act. 30 Rz. 88), sondern um die Prüfung sowie allenfalls Wahrung ihrer (nach-)vertraglichen und/oder gesetzlichen Pflichten gegenüber den Klägern gerade bei der Erfüllung des US-Programms.

#### 5.3.7. Zwischenfazit

Die beabsichtigte bzw. allenfalls teilweise bereits erfolgte Datenübermittlung an das DoJ ist demgemäss mit den (nach-)vertraglichen Treuepflichten der Beklag-

ten nicht vereinbar. Dies umso mehr, als die Beklagte die Leaver-Listen und das Factsheet entgegen dem klaren Willen der Kläger – teilweise gar während laufendem Verfahren sowie ohne vorgängige Information über die konkret zu liefernden Daten (act. 26 Rz. 37 ff. und act. 30 Rz. 42 f.) – bereits an das DoJ übermittelt haben will. Die (nach-)vertragliche Treuepflicht gebietet es, mit der Übermittlung irgendwelcher Bankkundendaten – in welcher Form auch immer – zuzuwarten bzw. diese zu unterlassen, bis die unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien gerichtlich überprüft worden sind, insbesondere auch dann, wenn ein Teil der Daten bereits vor Klageeinleitung entgegen dem für die Beklagte erkennbaren Willen der Kläger an das DoJ geliefert worden sein sollte. Die Beklagte kann sich ihrer (nach-)vertraglichen Geheimhaltungspflicht nicht dadurch entziehen, dass sie die Konto-/Depotbeziehung auflöst. Dies gilt auch für künftige, gestützt auf das NPA allfällig zu liefernde Daten der Kläger durch die Beklagte.

#### 5.3.8. Die Klägerin als NFFE

5.3.8.1. Da der (nach-)vertragliche Unterlassungsanspruch durchdringt, kann offen bleiben, ob es sich bei der Klägerin um eine operative Gesellschaft bzw. einen (aktiven) NFFE in Form einer Diamantenhändlerin handelt, welche gar nicht unter das US-Programm fallen soll (act. 1 Rz. 24 f., 43 f. und 48 in fine, act. 26 Rz. 32 und Rz. 100).

5.3.8.2. Der Vollständigkeit halber ist dazu dennoch Folgendes zu erwähnen: Der Begriff NFFE findet sich im FATCA-Abkommen (auch: FATCA-Agreement) zwischen der Schweiz und den USA (siehe Ziff. IV.B.2-4 in Anhang I zum FATCA-Abkommen [SR 0.672.933.63]). Das FATCA-Abkommen wurde im Zusammenhang mit dem Erlass des unilateralen US-Steuergesetzes FATCA (= Foreign Account Tax Compliance Act) abgeschlossen. Zur Umsetzung des FATCA-Abkommens wurde das FATCA-Gesetz erlassen (SR 672.933.6). Da das FATCA-Gesetz nicht zivilrechtliche, sondern steuerrechtliche bzw. (verwaltungs-)strafrechtliche Sachverhalte betrifft, ist grundsätzlich die ESTV zuständig. Das vorliegend relevante US-Programm nimmt jedoch im Rahmen der Begriffsdefinition Bezug auf das FATCA-Abkommen (act. 23/5 S. 1 f.). Dabei ist zu beachten, dass der Begriff "U.S. Account" gemäss Art. 2 Ziff. 1.20 des FATCA-Abkommens *nicht* mit

dem Begriff "U.S. *Related Accounts*" gemäss Ziff. I.B.9 des US-Programms (act. 23/5 S. 2) übereinstimmt. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut dieser beiden Bestimmungen. Andererseits wird im US-Programm explizit nicht ausgeführt, die Begriffsbedeutung von "U.S. *Related Accounts*" richte sich nach dem FATCA-Abkommen (act. 23/5 S. 1 f.) – dies im Unterschied zu Ziff. I.B.5, I.B.7 und I.B.8 der Begriffsdefinitionen des US-Programms (dort: "[...] has the same meaning as in the FATCA-Agreement."). Zwar wird in Ziff. I.B.9 des US-Programms auch auf das FATCA-Abkommen Bezug genommen, jedoch nur auf Ziff. II in Anhang I ("Annex I, Part II"; act. 23/5 S. 2), welche sich mit den Sorgfaltspflichten bei der Identifikation allfällig meldepflichtiger US-Konten befasst. Bezeichnenderweise findet aber der Begriff "NFFE" in Ziff. II von Anhang I des FATCA-Abkommens keine Erwähnung. Entsprechend ist das Vorbringen der Klägerin, sie werde als operatives Unternehmen bzw. als aktiver NFFE gar nicht vom US-Programm erfasst, in dieser Absolutheit nicht schlüssig. Vielmehr scheint es möglich zu sein, dass ein NFFE zwar allenfalls nicht der Meldepflicht an den amerikanischen Internal Revenue Service (IRS) bzw. die ESTV gemäss FATCA-Abkommen/FATCA-Gesetz unterliegt, jedoch im Rahmen des US-Programms – an welchem sich Banken freiwillig beteiligen können – unter gegebenen Voraussetzungen an das DoJ gemeldet werden soll. Gemäss US-Programm ist dies dann der Fall, wenn "indicia exist that a U.S. Person or Entity has or had a financial or beneficial interest in, ownership of, or signature authority [...] or other authority [...] over the account, [...]" (act. 23/5 S. 2). Anders als das FATCA-Abkommen/FATCA-Gesetz unterscheidet das US-Programm also nicht zwischen Individual- und Geschäftskonten. Dies macht – zumindest aus Sicht der USA – Sinn, geht es beim US-Programm doch darum, in den USA nicht deklarierte Konten amerikanischer Bürger bzw. Unternehmen im Ausland aufzuspüren (act. 23/3).

### 5.3.9. Aktivlegitimation des Klägers

5.3.9.1. Die Beklagte bringt vor, der Kläger sei weder Kontoinhaber gewesen, noch seien ihn identifizierbar machende oder auch nur ihn betreffende Informationen offengelegt worden. Die Beklagte beabsichtige auch nicht, irgendwelche An-

gaben zum Kläger offenzulegen. Er könne sich somit weder auf das Datenschutzgesetz, noch auf das Bankgeheimnis berufen. Mangels Anspruchsgrundlage komme dem Kläger keine Aktivlegitimation zu, weshalb die Klage ohne Weiteres abzuweisen sei, soweit sie von ihm erhoben worden sei (act. 22 Rz. 89).

5.3.9.2. Es mag zutreffen, dass der Kläger als wirtschaftlich Berechtigter des streitgegenständlichen Kontos nicht in einem Vertragsverhältnis mit der Beklagten stand. Wie ausgeführt finden sich keine unterzeichneten Vertragsurkunden bei den Akten, weshalb diese Frage nicht abschliessend geklärt werden kann. Denkbar wäre z.B. ein Vertrag zugunsten Dritter, d.h. zugunsten des Klägers als wirtschaftlich Berechtigtem (Art. 112 OR). Wie dargelegt waren in den Listen für das DoJ auch Angaben zum beneficial owner aufzuführen. Auch ist davon auszugehen, dass der Kläger bzw. seine Interessensphäre als Teilgehalt der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin vom vertraglichen Unterlassungsanspruch erfasst wird (BK-FELLMANN, a.a.O., Art. 398 N 69, m.w.H.). Zudem zeigt sich nachfolgend, dass sich der Kläger zur Durchsetzung seines Anspruchs auf das Datenschutzgesetz berufen kann, weshalb ihm seine Aktivlegitimation nicht abgesprochen werden kann.

#### 5.4. Fazit

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass zumindest die Klägerin aus (nach-)vertraglicher Pflicht der Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung der Datenübermittlung durch die Beklagte an das DoJ hat, und zwar selbst dann, wenn der Entwurf und die finale Version der Leaver-Liste bereits an das DoJ geliefert worden sein sollten. Diesfalls richtet sich der – naturgemäss zukunftsgerichtete – Unterlassungsanspruch darauf, weitere Verletzungen der vertraglichen Treuepflicht zu verhindern, mithin die Lieferung weiterer die Kläger betreffender Daten, wie sie z.B. im Factsheet enthalten sind, um so die Identität der Kläger weiterhin geheim zu halten. Damit ist das Hauptbegehren gutzuheissen und der Beklagten zu verbieten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, wobei Personendaten auch alle Daten umfassen, welche die Kläger bestimmbar machen (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter/codierter Form, wie Kontonummern

oder andere Kundennummern), insbesondere ist der Beklagten zu verbieten, eine die Kläger betreffende sog. II.D.2-Liste an US-Behörden zu übermitteln, unter Androhung gegen die Organe der Beklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

## 6. Drohende Persönlichkeitsverletzung

### 6.1. Parteivorbringen

Während sich die Kläger detailliert mit den datenschutzrechtlichen Bestimmungen auseinandersetzen (act. 1 Rz. 67 ff.) und ihren Unterlassungsanspruch auch gestützt auf Persönlichkeitsrecht begründen, stellt sich die Beklagte schlicht auf den Standpunkt, das Datenschutzgesetz sei gar nicht anwendbar (act. 22 [vor] Rz. 93 ff.). Für den Fall, dass das DSG doch zur Anwendung gelangen sollte, macht die Beklagte keine Ausführungen.

### 6.2. Würdigung

6.2.1. 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. Wie oben zur vertraglichen Treuepflicht dargelegt droht – im Minimum hinsichtlich des Factsheets – die Übermittlung von Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG an das amerikanische DoJ. In Übereinstimmung mit den Klägern ist festzuhalten, dass ein aktuelles Rechtsschutzinteresse gegeben ist und die Bestimmungen des DSG auf den vorliegenden Fall anwendbar sind (siehe Ziff. 5.1.2 ff. und Ziff. 5.3.5).

6.2.2. 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 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 ZGB) und diesem insbesondere beantragen, die drohende Verletzung zu verbieten (Art. 15 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

6.2.3. Zur Persönlichkeitsverletzung durch Datenbearbeitung bestimmt Art. 12 Abs. 1 DSG, 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 DSG bearbeiten oder ohne Rechtfertigungsgrund Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeiten (Art. 12 Abs. 2 lit. a und b DSG). Widerrechtlich im Sinne von Art. 12 Abs. 1 DSG 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 DSG).

6.2.4. Zusätzlich zu den allgemeinen Grundsätzen der Datenbearbeitung, deren Verletzung nach Art. 12 DSG eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, sind bei Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland die besonderen Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG zu respektieren (BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N 11a). Danach dürfen Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet (Art. 6 Abs. 1 DSG). Art. 6 Abs. 2 DSG enthält sodann einen abschliessenden Katalog von alternativen Bedingungen, unter denen eine Datenbekanntgabe ins Ausland auch bei Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, ge-



rechtfertigt ist (BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N 22c). Aufgrund von Art. 6 Abs. 1 DSG gilt demnach das Fehlen einer Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, gesetzlich als Persönlichkeitsverletzung (BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N 11), deren Widerrechtlichkeit jedoch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSG entfällt.

#### 6.2.5. Aktivlegitimation

Der Schutz der Persönlichkeit kann von demjenigen in Anspruch genommen werden, der sich in seiner Persönlichkeit verletzt fühlt bzw. von einer Verletzung seiner Persönlichkeit bedroht wird. Sowohl natürliche als auch juristische Personen können sich auf den Persönlichkeitsschutz berufen (BSK ZGB IMELI, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 28 N 32 und Art. 28a N 2, je m.w.H.). Beide Kläger sind daher in datenschutz- bzw. persönlichkeitsrechtlicher Hinsicht aktivlegitimiert.

#### 6.2.6. Persönlichkeitsverletzung durch Datenbekanntgabe ins Ausland

Es droht – im Minimum hinsichtlich des Factsheets und künftiger weiterer Daten gestützt auf das NPA – die Bekanntgabe von Personendaten der Kläger im Sinne von Art. 3 lit. a, e und f DSG durch die Beklagte an das DoJ, mithin in die USA (siehe Ziff. 5.1.2 ff. und Ziff. 5.3.5). Die Datenbekanntgabe soll also ins Ausland erfolgen, weshalb sie nicht nur keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 12 DSG bewirken darf, sondern zusätzlich den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG genügen muss. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist vorab zu prüfen.

##### 6.2.6.1. Angemessener Datenschutz durch Gesetzgebung

Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG 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. Das hiesige Handelsgericht und anschliessend das Bundesgericht haben zu einem früheren Zeitpunkt bereits festgehalten, dass die USA nicht über eine Gesetzgebung verfügen, die einen ange-

messenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleistet (HGer ZH HG140186-O vom 16. Dezember 2015, E. 5.3.1, m.w.H.; BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1). Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die seit dem 12. April 2017 bestehende Möglichkeit zur Zertifizierung für den "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](http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz)). Die drohende Datenherausgabe in die USA bzw. an die US-Behörden stellt daher grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung dar. Folglich sind allfällige Rechtfertigungsgründe zu prüfen.

#### 6.2.6.2. Rechtfertigungsgründe

Die Beklagte macht keinen der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG geltend (siehe beispielhaft act. 22 Rz. 6), insbesondere auch nicht die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder die Unerlässlichkeit für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht. Im Zusammenhang mit letzterem Rechtfertigungsgrund hat das hiesige Handelsgericht zu einem früheren Zeitpunkt bereits festgehalten, dass es sich beim US-Programm nicht um ein Verfahren vor einer Instanz mit Rechtsprechungsfunktion über Rechtsansprüche handelt, sondern vielmehr um die Unterstützung der US-Behörden in ihren Strafverfolgungsbemühungen und die Klärung des Status' der am US-Programm teilnehmenden Banken bei laufenden Ermittlungen (HGer ZH HG140186-O vom 16. Dezember 2015, E. 5.3.4.4, m.w.H.). Auch haben die Kläger einer Datenübermittlung ins Ausland nicht zugestimmt (siehe Ziff. 5.3.4.5 f.). Im Hinblick auf die Ausführungen der Beklagten (act. 1 Rz. 85) ist der Vollständigkeit halber klarzustellen, dass die abschliessende Aufzählung in Art. 6 Abs. 2 DSG eine Bewilligung des EFD 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 als Rechtfertigungsgrund für eine Datenbekanntgabe angesehen werden. Da die Kläger frühestens am 3. März 2016 Kenntnis von Art und Umfang der an das DoJ konkret zu übermittelnden Daten hatten und sie erstmals am 3. März 2016 Einsicht in die Leaver-Listen und das Factsheet nehmen konnten,

erscheint wie ausgeführt fraglich, ob die Beklagte die Vorgaben der Bewilligung des EFD eingehalten hat (act. 23/8 Dispositiv-Ziff. 1.4; siehe Ziff. 4.2.3 und 5.1.1).

### 6.3. Fazit

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Kläger auch auf datenschutz- bzw. persönlichkeitsrechtlicher Grundlage einen Anspruch auf Unterlassung der Datenübermittlung durch die Beklagte an das DoJ haben, und zwar selbst dann, wenn der Entwurf bzw. die finale Version der Leaver-Liste bereits an das DoJ geliefert worden sein sollten. Diesfalls richtet sich der – naturgemäss zukunftsgerichtete – Unterlassungsanspruch darauf, weitere Persönlichkeitsverletzungen zu verhindern, mithin die Lieferung weiterer Daten, wie sie z.B. im Factsheet enthalten sind, um so die Identität der Kläger weiterhin geheim zu halten. Damit ist das Hauptbegehren auch aus diesem Grund gutzuheissen.

### 7. Eventualbegehren

Für den Fall, dass das Gericht zum Schluss gelangen sollte, dass die Beklagte tatsächlich bereits Daten der Kläger an das DoJ übermittelt haben sollte und folglich für eine solche Teilpersonendatenlieferung kein Unterlassungsanspruch mehr geltend gemacht werden könnte, stellen die Kläger verschiedene Eventualbegehren für diesen Teil der angeblich bereits übermittelten Personendaten (act. 26 S. 2 und Rz. 14 ff., 74 ff.). Konkret verlangen sie die Beseitigung der sich bei den US-Behörden befindlichen Personendaten, die Feststellung, dass (a) Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO auch alle Daten umfassten, welche die Kläger bestimmbar machten (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter/codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern), und die Feststellung, dass (b) die im konkreten Fall erfolgte Personendatenübermittlung an die US-Behörden, sei dies gemäss Ziff. II.D.1, II.D.2, II.D.4 des US-Programms oder sonst wie, die Persönlichkeit der Kläger widerrechtlich verletzt habe. Die Beklagte erachtet die klägerischen Eventualbegehren mangels schutzwürdigen Interesses als unzulässig und schliesst auf Nichteintreten (act. 30 Rz. 6 ff.). Wie oben dargelegt ist nicht erstellt, dass das DoJ bereits Personendaten der Kläger von der Beklagten erhalten hat, und ist das Hauptbegehren der Kläger vollumfänglich

gutzuheissen. Demgemäss sind die Eventualbegehren gegenstandslos und es ist nicht weiter darauf einzugehen.

## 8. Gesamtfazit/Zusammenfassung

8.1. Die von der Beklagten behauptete bereits erfolgte Datenübermittlung an das DoJ – sei es in Form eines Factsheets (II.D.4-Liste) und/oder in Form von Leaver-Listen (II.D.2-Listen) – ist nicht erstellt, weshalb zumindest von einer drohenden Datenübermittlung auszugehen ist (Ziff. 5.1). Selbst wenn eine (teilweise) Datenübermittlung an das DoJ tatsächlich bereits erfolgt sein sollte, kann den Klägern das Rechtsschutzinteresse an ihrer Unterlassungsklage nicht abgesprochen werden, da die Beklagte unter dem US-Programm bzw. dem NPA einer mehrjährigen Nachlieferungspflicht unterliegt (Ziff. 5.1.6).

8.2. Die Kläger können ihren Unterlassungsanspruch einerseits auf die (nach-)vertragliche Treuepflicht der Beklagten aus der (aufgelösten) Konto-/Depotbeziehung, andererseits auf das Datenschutzgesetz stützen (Ziff. 5.3 f. und 6.2 f.). Weder haben die Kläger in eine Datenübermittlung an das DoJ durch die Beklagte eingewilligt, noch haben sie auf das Bankgeheimnis verzichtet. Ein überwiegendes vertragliches bzw. privates Interesse der Beklagten an der Datenübermittlung hat diese nicht (schlüssig) dargetan und ein solches ist denn auch nicht ersichtlich (Ziff. 5.3.6). Die Beklagte hat ferner nicht dargelegt, inwiefern die Bedingungen der Bewilligung nach Art. 271 StGB eingehalten wurden, und macht zudem keine Rechtfertigungsgründe nach DSG geltend (Ziff. 6.2.6.2).

8.3. Damit ist das Hauptbegehren vollumfänglich gutzuheissen und der Beklagten zu verbieten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, wobei Personendaten auch alle Daten umfassen, welche die Kläger bestimmbar machen (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter/codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern), insbesondere ist der Beklagten zu verbieten, eine die Kläger betreffende sog. II.D.2-Liste an US-Behörden zu übermitteln, unter Androhung gegen die Organe der Beklagten der Bestrafung

wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

## 9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 9.1. Streitwert

9.1.1. Die Kläger beziffern den Streitwert pauschal auf CHF 500'000.–. Sie berufen sich dabei auf die Einschätzung des Einzelrichters des hiesigen Handelsgerichts in einem anderen Verfahren (HGer ZH HE140487-O vom 28. Januar 2015), welches sie als mit dem vorliegenden Verfahren vergleichbar erachten (act. 1 Rz. 14). Die Beklagte äussert sich kaum zum Streitwert; lediglich bei der Begründung ihres Antrags auf Sicherstellung der Parteientschädigung führt sie aus, die Kläger gingen in der Klage von einem Streitwert von CHF 500'000.– aus, und übernimmt diesen zur Berechnung der von der Klägerin sicherzustellenden Parteientschädigung (act. 11 S. 2). Im Verlaufe des vorliegenden Verfahrens fand unter den Parteien somit eine Einigung auf einen Streitwert von pauschal CHF 500'000.– statt. Damit ist aber noch nichts über die Richtigkeit der übereinstimmenden Parteiangaben gesagt (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

9.1.2. Die Verfügung betreffend den Vorschuss für die mutmasslich anfallenden Gerichtskosten enthält nur knappe Erwägungen und äussert sich nicht zum Streitwert (act. 4 S. 2). Die Verfügung betreffend die Sicherstellung der Parteientschädigung nimmt in den Erwägungen nur an zwei Stellen auf den Streitwert Bezug, wobei lediglich die Parteiangaben wiedergegeben, ansonsten aber keine weiteren Ausführungen gemacht werden (act. 17 E. 3.5 und 3.10). Dass damit bereits eine gerichtliche Streitwertschätzung erfolgt wäre, kann nicht gesagt werden, zumal die Erhöhung des Vorschusses bzw. der Sicherheitsleistung jeweils ausdrücklich vorbehalten war. Die Kosten – und damit der ihnen zugrunde liegende Streitwert – wurden bis heute noch nicht abschliessend, sondern bestenfalls summarisch im Zuge der Prozessleitung festgesetzt.

9.1.3. Das von den Klägern angerufene Urteil (HGer ZH HE140487 vom 28. Januar 2015) ist mit dem vorliegenden Fall nur beschränkt vergleichbar. Einerseits

handelte es sich dabei um ein vorsorgliches Massnahmeverfahren im Summarium und andererseits war dort nur ein Kläger vorhanden. Vorliegend fand kein vorsorgliches Massnahmeverfahren statt; entsprechend gibt es auch keinen vorsorglichen Massnahmeentscheid, der sich bereits zum Streitwert geäussert hätte und einer selbständigen Anfechtung zugänglich gewesen wäre. Zudem sind vorliegend zwei Kläger involviert. Vor diesem Hintergrund ist der von den Parteien angegebene Streitwert von pauschal CHF 500'000.– zu tief.

9.1.4. Praxisgemäss setzt das hiesige Handelsgericht den Streitwert bei Datenschutzfällen vermögensrechtlicher Natur auf CHF 500'000.– pro klagende Partei fest. Diese Praxis ist auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Gemäss eigenen Angaben befürchten die Kläger nämlich eine Rufschädigung bei Geschäftspartnern, was ihrer Auffassung nach im Diamantenhandelsgeschäft zum wirtschaftlichen und persönlichen Ruin führen könnte (act. 1 Rz. 11 in fine). Deshalb ist wie dargelegt von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen (Ziff. 1.1.2) und es rechtfertigt sich, den Streitwert auf CHF 500'000.– für jeden Kläger einzeln festzusetzen. Zur Ermittlung des Streitwerts der Klage sind diese Schätzungen zusammenzurechnen (Art. 93 Abs. 1 ZPO), was einen Streitwert von insgesamt CHF 1'000'000.– ergibt.

## 9.2. Kostenaufgabe im Allgemeinen

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 ZPO).

## 9.3. Gerichtskosten

9.3.1. Die Gerichtsgebühr ist bei einem Streitwert von CHF 1'000'000.– unter Berücksichtigung des Antrags auf Sicherstellung der Parteientschädigung und der Komplexität des Falles in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 35'000.– festzusetzen.

9.3.2. Wie dargelegt ist die Klage vollumfänglich gutzuheissen. Dementsprechend ist die Gerichtsgebühr vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen und soweit

möglich aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Den Klägern ist in diesem Umfang (CHF 21'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen. Im Mehrbetrag ist die Gerichtsgebühr von der Beklagten einzufordern.

#### 9.4. Parteientschädigung

9.4.1. Antragsgemäss ist den Klägern eine Parteientschädigung zuzusprechen. Mangels Mehraufwands für die Vertretung beider Kläger ist diese Parteientschädigung nicht nach § 8 AnwGebV zu erhöhen. Die Grundgebühr, auf die der Anspruch mit der Erarbeitung oder Beantwortung der Klage entsteht, deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend haben die Parteien weitere Rechtsschriften eingereicht (act. 26, 30, 34, 37). Die Parteientschädigung ist bei einem Streitwert von CHF 1'000'000.– unter weiterer Berücksichtigung des Antrags auf Sicherstellung der Parteientschädigung und der Komplexität des Falles in Anwendung von Art. 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf CHF 36'110.– festzusetzen. Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beklagte zu verpflichten, den Klägern eine volle Parteientschädigung zu bezahlen.

9.4.2. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies infolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Kläger verlangen die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer (act. 1 und 26, je S. 2). Sie machen keine weiteren Ausführungen zu diesem Antrag. Insbesondere behaupten sie keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist den Klägern die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

9.4.3. Bei diesem Verfahrensausgang ist der Klägerin die Sicherheit für die Parteientschädigung (CHF 17'550.–) zurückzuerstatten.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Der Beklagten wird verboten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, wobei Personendaten auch alle Daten umfassen, welche die Kläger bestimmbar machen (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter/codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern), insbesondere wird der Beklagten verboten, eine die Kläger betreffende sog. II.D.2-Liste an US-Behörden zu übermitteln, unter Androhung gegen die Organe der Beklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 35'000.–.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beklagten auferlegt und soweit möglich aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Den Klägern wird in diesem Umfang (CHF 21'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Im Mehrbetrag wird die Gerichtsgebühr von der Beklagten eingefordert.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von CHF 36'110.– zu bezahlen.
5. Der Klägerin 1 wird die von ihr geleistete Sicherheit für die Parteientschädigung (CHF 17'550.–) zurückerstattet.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42



und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'000'000.–.

Zürich, 30. Mai 2017

---

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Silvan Sdzuy