



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Obergerichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Thomas Klein, Dr. Felix Graber und Thomas Steinebrunner sowie Gerichtsschreiber Silvan Sdzuy

## Urteil vom 26. März 2018

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,

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

Kläger

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

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

gegen

**C1.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2. \_\_\_\_\_,

betreffend **Unterlassung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

" Es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten [im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO] der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, 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 Wiederhandlungsfall.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zzgl. MWST zu 8%), insbesondere sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern die Gerichtskosten des Massnahmenverfahrens (Geschäfts-Nr. HE150338-O) von CHF 10'000.-- zu erstatten sowie für das gesamte Massnahmenverfahren eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. MWST zu 8%) zu entrichten."

**Modifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 16 S. 2)

- " 1. Es wird an den Anträgen der Klage vollumfänglich festgehalten.  
Sämtliche Anträge der Beklagten seien abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann;  
und zusätzlich
2. sei eventualiter festzustellen, dass mit der Preisgabe der Personendaten der Kläger die Persönlichkeit der Kläger verletzt wurde.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten, zzgl. 8% MWST."

**Inhaltsverzeichnis:**

<b>Sachverhalt und Verfahren:</b> .....	<b>4</b>
A. Sachverhaltsübersicht .....	4
a. Parteien und ihre Stellung.....	4
b. Prozessgegenstand .....	4
B. Prozessverlauf.....	4
<b>Erwägungen:</b> .....	<b>6</b>
1. Formelles.....	6
1.1. Eintretensvoraussetzungen.....	6
1.2. Prosequierungsfrist .....	6
1.3. Klageänderung / -erweiterung .....	6
2. Unbestrittener Sachverhalt / Ausgangslage .....	7
3. Persönlichkeitsverletzende Datenbekanntgabe ins Ausland .....	8
3.1. Bekanntgeben von Personendaten gemäss Art. 3 lit. f DSGVO.....	8
3.2. Persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung im Allgemeinen .....	13
3.3. Unrechtmässige Datenbekanntgabe in die USA im Besonderen .....	14
3.4. Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO .....	16
4. Rechtsschutzinteresse .....	22
5. Zusammenfassung und Fazit .....	25
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	26
6.1. Vermögensrechtliche Streitigkeit.....	26
6.2. Streitwert .....	27
6.3. Gerichtsgebühr.....	28
6.4. Parteientschädigung.....	29
<b>Dispositiv</b> .....	<b>30</b>

## **Sachverhalt und Verfahren:**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Der Kläger 1 ist einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der D.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse], welche die Beratung und Verwaltung von Vermögen wie Wertschriften aller Art, Devisen, Edelmetalle, Commodities, Financial Futures und ähnliche Finanzinstrumente sowie Vermittlung von Treuhandgeschäften aller Art bezweckt. Der Kläger 2 war ("bis vor kurzem" bzw. bis Ende August 2014) einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident der D.\_\_\_\_\_ AG (act. 1 Rz. 1, Rz. 9; act. 3/2; act. 11 Rz. 3, Rz. 41).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E.\_\_\_\_\_, welche die Verwaltung und Abwicklung von Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit ihrer früheren Finanzdienstleistungstätigkeit bezweckt; zuvor firmierte sie unter "C1.\_\_\_\_\_ AG" bzw. "C2.\_\_\_\_\_ AG" und bezweckte den Betrieb einer Bank (act. 1 Rz. 18; act. 3/6; act. 11 Rz. 29).

#### b. Prozessgegenstand

Die Beklagte hat in Aussicht gestellt, Informationen, welche die Kläger betreffen – insbesondere deren Namen und Funktionen – mittels einer sogenannten II.D.2-Tabelle (auch: Leaver-Liste oder Flow of Funds-Übersicht) an die US-Behörden zu übermitteln. Die Kläger wollen dies mit der vorliegenden Klage verhindern.

### B. Prozessverlauf

a. Mit Eingabe vom 22. Juli 2015 (Datum Überbringung) reichten die Kläger hierorts ein (superprovisorisches) Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ein. Dem Dringlichkeitsgesuch wurde in der Folge entsprochen und der Beklagten untersagt, wie angekündigt Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiter-

zugeben (act. 3/23; act. 7/4 [act. 7/1-22B = Beizugsakten des Massnahmeverfahrens HE150338-O]). Nach fristgerechter Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und nach Eingang diverser Eingaben beider Parteien (Gesuchsantwort der Beklagten vom 17. August 2015, Stellungnahme der Kläger vom 10. September 2015, Stellungnahme der Beklagten vom 22. Oktober 2015) sowie zwischenzeitlicher Abweisung des beklagtischen Gesuchs um Aufhebung der superprovisorischen Massnahme (act. 3/22 S. 5; act. 7/4-19/33), wurde der Beklagten mit Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts (fortan: Einzelgericht) vom 14. Januar 2016 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verboten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben. Gleichzeitig wurde den Klägern eine Frist bis zum 14. März 2016 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen (act. 3/22; act. 7/21).

b. Am 10. März 2016 (Datum Poststempel) reichten die Kläger hierorts die Klage samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/2-26). Der von den Klägern verlangte Gerichtskostenvorschuss wurde in der Folge rechtzeitig geleistet (act. 5; act. 8). Mit Verfügung vom 23. März 2016 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 9). Mit Eingabe vom 6. Juni 2016 (Datum Poststempel) reichte die Beklagte rechtzeitig die Klageantwort samt Beilagen ein (act. 11; act. 13/2-37). Mit Verfügung vom 9. Juni 2016 wurde der zweite Schriftenwechsel angeordnet (act. 14). Sowohl die Replik vom 6. September 2016 (Datum Poststempel) als auch die Duplik vom 14. November 2016 (Datum Poststempel) wurden in der Folge fristgerecht erstattet (act. 16; act. 20). Mit Verfügung vom 16. November 2016 wurde das Doppel der Duplik samt Beilagen den Klägern zugestellt und der Aktenschluss festgehalten (act. 22). Mit Eingabe vom 24. November 2016 (Datum Poststempel) erstatteten die Kläger eine Stellungnahme zur Duplik, zu welcher sich die Beklagte ihrerseits mit Eingabe vom 9. Dezember 2016 (Datum Poststempel) äusserte (act. 24; act. 27). Weitere Eingaben gingen nicht ein.

c. Auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung haben die Parteien verzichtet (act. 31-32).

d. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **Erwägungen:**

### 1. Formelles

#### 1.1. Eintretensvoraussetzungen

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 15 DSG i.V.m. Art. 28 und Art. 28a ZGB i.V.m. Art. 20 lit. a ZPO sowie Art. 6 Abs. 1 ZPO und § 44 lit. b GOG). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2A-B; act. 12). Auch haben die Kläger den von ihnen geforderten Gerichtskostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 5; act. 8). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

#### 1.2. Prosequierungsfrist

Mit Einreichung der vorliegenden Klage am 10. März 2016 (Datum Poststempel; act. 1) haben die Kläger die ihnen angesetzte Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache eingehalten (act. 3/22; act. 7/21). Damit wurde das vorprozessual vorsorglich angeordnete Verbot aufrechterhalten (Art. 263 ZPO).

#### 1.3. Klageänderung / -erweiterung

Die Kläger ergänzten in ihrer Replik ihr ursprüngliches Rechtsbegehren mit einem Eventualantrag, wonach festzustellen sei, dass mit der Preisgabe ihrer Personendaten ihre Persönlichkeit verletzt worden sei (act. 16 S. 2). Eine Klage darf vor der Hauptverhandlung geändert werden, wenn einerseits der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und andererseits mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Sowohl die Unterlassungs- wie die eventualiter erhobene Feststellungsklage sind im ordentlichen Verfahren zu beurteilen und basieren auf dem gleichen Sachverhalt. Zudem hat die Beklagte nicht gegen die Klageänderung bzw. -erweiterung opponiert. Die Voraussetzungen der Klageänderung bzw. -erweiterung sind vorliegend erfüllt; somit ist sie zulässig.

## 2. Unbestrittener Sachverhalt / Ausgangslage

2.1. Zur Beilegung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA erging das "Joint Statement between the U.S. Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance" vom 29. August 2013 (fortan: Joint Statement). Das amerikanische Department of Justice (fortan: DoJ) veröffentlichte in diesem Zusammenhang zudem das sog. "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" vom 29. August 2013 (fortan: US-Programm). Die Beklagte beteiligt sich am US-Programm als "Kategorie 2-Bank". Am 28. März 2014 wurde der Beklagten vom Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB erteilt, welche in der Folge bis am 31. Dezember 2019 verlängert wurde (act. 1 Rz. 15; act. 3/7; act. 11 Rz. 14 ff., Rz. 25, Rz. 36; act. 13/6; act. 13/12-13 [= act. 17/32-33]).

2.2. Es ist unstrittig, dass die D.\_\_\_\_\_ AG bei zwölf (in der Zwischenzeit saldierten) Kundenbeziehungen der Beklagten mit US-Bezug (fortan: US-Konten) als externe Vermögensverwalterin tätig war. Dabei agierten die Kläger in ihren Funktionen als Verwaltungsrat bzw. Verwaltungsratspräsident der D.\_\_\_\_\_ AG jeweils bei zwei der zwölf Kundenbeziehungen als Kollektivzeichnungsberechtigte (nicht zu verwechseln mit der Einzelzeichnungsberechtigung als Organe der D.\_\_\_\_\_ AG; act. 1 Rz. 1, Rz. 9; act. 3/2; act. 11 Rz. 3, Rz. 41; act. 16 Rz. 41).

2.3. Mit Schreiben vom 3. September 2014, vom 25. Juni 2015 und vom 15. Juli 2015 wurden die Kläger von der Beklagten je separat informiert, dass sie betreffende Personendaten (Vor- und Nachnamen) an die US-Behörden übermittelt werden sollen. Den Schreiben vom 15. Juli 2015 lagen tabellarische Aufstellungen – konkret Auszüge aus der II.D.2-Tabelle – bei, welche die Namen der Kläger jeweils neben zwei fiktiven, von der Beklagten generierten Kontonummern (C1.\_\_\_\_\_ -1 und C1.\_\_\_\_\_ -2) aufführen. Die Kläger opponierten gegen die Offenlegung ihrer Personendaten mehrfach, sowohl generell als auch speziell hinsichtlich der sie betreffenden Daten, welche in der II.D.2-Tabelle aufgeführt sind. Da die Beklagte an der beabsichtigten Datenübermittlung festhielt, leiteten die Kläger am 22. Juli 2015 das obgenannte Massnahmeverfahren ein (act. 1 Rz. 15 ff., act. 3/8-9; act. 11 Rz. 14 ff., Rz. 39 f.; act. 11 Rz. 49 ff.; act. 13/28-29).

2.4. Am 27. Januar 2016 schloss die Beklagte mit dem DoJ ein Non-Prosecution Agreement (fortan: NPA) ab (act. 1 Rz. 25; act. 3/26; act. 11 Rz. 29; öffentlich einsehbar unter: [www.justice.gov/opa/file/.../download](http://www.justice.gov/opa/file/.../download), besucht am 6. März 2018, 14.35 Uhr). Die Beklagte verpflichtete sich im NPA unter anderem dazu, den US-Behörden eine Zahlung von USD 49'757'000.– zu entrichten, sowie dem DoJ alle Beweise und Informationen gemäss Ziff. II.D.1 und Ziff. II.D.2 des US-Programms bekannt zu geben (act. 3/26 S. 2 ff.). Es liegt im alleinigen Ermessen des DoJ zu entscheiden, ob die Beklagte das NPA verletzt hat. Diesfalls sieht das NPA einen Mechanismus vor, wonach das DoJ die Beklagte schriftlich über einen allfälligen Bruch des NPA zu informieren hätte und die Beklagte sich innert 30 Tagen dazu äussern und Erklärungen anbringen könnte; danach würde das DoJ über die Aufnahme der Strafverfolgung entscheiden ("[...] whether to pursue prosecution of C1.\_\_\_\_."; act. 3/26 S. 5 f.).

2.5. Schliesslich ist unstrittig, dass das DoJ die Namen der Kläger bereits kennt (act. 11 Rz. 66; act. 16 Rz. 1; act. 20 Rz. 8, Rz. 66). Hingegen ist strittig, ob es die Beklagte war, welche dem DoJ die Namen der Kläger bekannt geben hat (act. 20 Rz. 9).

### 3. Persönlichkeitsverletzende Datenbekanntgabe ins Ausland

#### 3.1. Bekanntgeben von Personendaten gemäss Art. 3 lit. f DSGVO

3.1.1. Die Beklagte beabsichtigt unbestrittenermassen, Auszüge aus der II.D.2-Tabelle, welche Personendaten der Kläger (Namen) jeweils neben zwei fiktiven Kontonummern/-beziehungen (C1.\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_-2) aufführen, an die US-Behörden zu übermitteln. Wie sogleich aufzuzeigen ist, stellt eine solche beabsichtigte Datenlieferung – entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 11 Rz. 66; act. 20 Rz. 11, Rz. 66) – eine "Bekanntgabe" im Sinne von Art. 3 lit. f DSGVO dar.

3.1.2. Daran ändert insbesondere der Umstand, dass die Namen der Kläger dem DoJ bereits bekannt sind (act. 11 Rz. 66; act. 16 Rz. 1; act. 20 Rz. 8, Rz. 66), nichts. Denn vorliegend kommt es primär darauf an, ob die Namen der Kläger



dem DoJ gerade im Zusammenhang mit den obgenannten Kontobeziehungen C1.\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_-2 bekannt sind; die Kläger wollen nicht, dass die Beklagte sie gegenüber den US-Behörden mit diesen Kontobeziehungen in Zusammenhang bringt (act. 16 Rz. 13 ff., Rz. 63, Rz. 65). Die behauptungs- und beweisbelastete Beklagte legt nicht (substantiiert) dar, dass und inwiefern die Namen der Kläger dem DoJ in Verbindung mit der Kontonummer C1.\_\_\_\_-2 bereits bekannt sind; vielmehr scheint sie dies selbst nicht genau zu wissen (act. 11 Rz. 43 [wo nur von C1.\_\_\_\_-1 die Rede ist], Rz. 45; act. 20 Rz. 67, Rz. 79). Kommt hinzu, dass die Kläger diese (unsubstantiierte) Behauptung der Beklagten bestreiten (act. 16 Rz. 8) und die Beklagte diesbezüglich – im Gegensatz zur Kontobeziehung C1.\_\_\_\_-1 (dazu sogleich) – keine Beweise offeriert. Dass dem DoJ die klägerischen Namen in Verbindung mit der Kontobeziehung C1.\_\_\_\_-2 bereits bekannt sind, ist daher nicht erstellt.

Was die Bekanntgabe der klägerischen Namen an das DoJ in Verbindung mit der Kontonummer C1.\_\_\_\_-1 anbelangt (act. 11 Rz. 43 ff.; act. 16 Rz. 8, Rz. 56; act. 20 Rz. 79), so trägt die Beklagte auch hier die Behauptungs- und Beweislast, da sie aus dieser Tatsachenbehauptung ein Recht auf Datenlieferung ableiten will. Sie behauptet jedoch nicht konkret, welcher ihrer US-Kunden sich hinter der Kontonummer C1.\_\_\_\_-1 verbirgt, geschweige denn, wann dieser betreffende US-Kunde dem DoJ (via Selbstanzeige beim Internal Revenue Service; fortan: IRS) konkret welche Daten geliefert haben soll. Zum Beweis, dass dem DoJ die klägerischen Namen im Zusammenhang mit der Kontobeziehung C1.\_\_\_\_-1 bereits bekannt seien, hat die Beklagte zudem einzig eine "Bestätigung OVDI-Teilnahme Kundenbeziehung C1.\_\_\_\_-1" eingereicht (act. 11 Rz. 44; act. 13/25). Dabei handelt es sich um eine Kopie eines englischsprachigen Dokuments mit dem Titel "Information on asset declaration". Dieses Dokument enthält drei geschwärzte Stellen und das Feld "Kundennummer und Adresse" ist nicht ausgefüllt. Es ist nicht ersichtlich, wer dieses Dokument ausgefüllt/unterzeichnet hat und wann bzw. von wem es der Beklagten zugesandt wurde (vgl. Adresskopf, wo die Beklagte als Empfängerin aufgeführt ist). Die Kontonummer "C1.\_\_\_\_-1" erscheint in diesem Dokument nicht im maschinengeschriebenen Text, sondern wurde nachträglich von Hand hinzugefügt, wobei un-

klar bleibt, wer diese Ergänzung wann, wo und weshalb vorgenommen hat. Da unklar ist, von wem das Konto C1.\_\_\_\_-1 gehalten bzw. für welchen US-Kunden die Kontonummer C1.\_\_\_\_-1 generiert wurde, wäre selbst bei Offenlegung der geschwärzten Stellen in act. 13/25 nicht überprüfbar, ob die unterzeichnende Person tatsächlich Inhaberin des Kontos C1.\_\_\_\_-1 (gewesen) wäre. Ebenso wenig könnte überprüft werden, ob, wann und welche Angaben in Verbindung mit der Kontobeziehung C1.\_\_\_\_-1 dem DoJ (via Selbstanzeige beim IRS) tatsächlich bekannt gegeben worden sein sollen, zumal act. 13/25 an die Beklagte und nicht an US-Behörden adressiert ist. Daher könnte die Beklagte mit act. 13/25 allein – ob nun geschwärzt oder nicht – selbst bei hinreichender Behauptung nicht beweisen, dass dem DoJ die klägerischen Namen im Zusammenhang mit der Kontobeziehung C1.\_\_\_\_-1 bereits bekannt sind. Weitere Beweismittel für diese bestrittene Tatsachenbehauptung offeriert die Beklagte nicht. So oder anders ist daher nicht erstellt, dass dem DoJ die klägerischen Namen in Verbindung mit der Kontobeziehung C1.\_\_\_\_-1 bereits bekannt sind.

Aus diesen Gründen ist für die weitere Beurteilung davon auszugehen, dass die klägerischen Namen dem DoJ zwar bereits bekannt sind, jedoch weder in Verbindung mit der Kontobeziehung C1.\_\_\_\_-1 noch in Verbindung mit der Kontobeziehung C1.\_\_\_\_-2. Da nicht erstellt ist, dass es die Beklagte war, welche die Namen der Kläger dem DoJ bekannt gegeben hat, ist nicht weiter auf das Eventualbegehren gemäss Ziff. 2 des modifizierten Rechtsbegehrens einzugehen.

3.1.3. Aufgrund des soeben Gesagten ist zunächst festzuhalten, dass die Beklagte bis anhin zumindest keine Personendaten der Kläger in Verbindung mit den Kontobeziehungen C1.\_\_\_\_-1 bzw. C1.\_\_\_\_-2 an US-Behörden bekannt gegeben hat. Insbesondere behaupten auch die Kläger nicht, die Beklagte habe dies getan. Sodann ist im Weiteren nicht ersichtlich, dass und inwiefern es die Beklagte gewesen sein soll, welche dem DoJ die alleinigen Namen der Kläger bekannt gegeben habe, was strittig ist (act. 16 Rz. 1 ff., Rz. 24 ff.; act. 20 Rz. 9, Rz. 24):

Betreffend die Bekanntgabe ihrer Namen allein (d.h. ohne Verbindung mit den Kontonummern C1.\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_-2) behaupten die Kläger, es sei nicht glaubhaft bzw. höchst unwahrscheinlich und reine Spekulation der Beklag-

ten, dass ihre Personendaten (Namen/Identitäten) via Selbstanzeigen von Kunden der D.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen der "Offshore Voluntary Disclosure Initiative [bzw. Program]" (fortan: OVDI-Verfahren) über den IRS an das DoJ gelangt seien. Die Kläger bestreiten die Teilnahme von Kunden der D.\_\_\_\_\_ AG am OVDI-Verfahren mit Nichtwissen und sind weiter der Auffassung, selbst wenn die Identitäten der Kläger dem IRS bekannt wären, hätte der IRS diese dem DoJ nicht bekannt gegeben (act. 11 Rz. 43 ff.; act. 16 Rz. 8, Rz. 27; act. 20 Rz. 10). Vielmehr lege die E-Mail von F.\_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2015 (act. 13/27 [= act. 17/27]) den dringenden Verdacht nahe, dass die Beklagte anlässlich einer Sitzung vom 3. Februar 2015 zwischen der Beklagten und dem DoJ diesem eine Liste mit Gesellschaften und Einzelpersonen, darunter die Kläger, vorgelegt und diese Liste besprochen habe (act. 16 Rz. 25 f.). Die Beklagte bestätigt zwar das Abhalten einer Sitzung am 3. Februar 2015, hält aber daran fest, dass sie bis heute dem DoJ keine Personendaten der Kläger bekannt gegeben habe, und dass die Namen der Kläger dem DoJ via Selbstanzeigen von mindestens sieben der zwölf US-Kunden der D.\_\_\_\_\_ AG beim IRS bekannt geworden seien (act. 11 Rz. 43; act. 20 Rz. 25 ff., Rz. 36 ff.).

Letztlich gibt es denkbar viele Möglichkeiten, wie die Namen der Kläger an das DoJ gelangt sein könnten. Angesichts der überzeugenden (zuletzt unbestrittenen) Darstellung der Beklagten in ihrer Duplik ist vorab davon auszugehen, dass der IRS durchaus mit dem DoJ zusammenarbeitet (act. 3/7 S. 6; act. 20 Rz. 29 ff.; act. 21/39-40). Die öffentlich zugängliche Website des IRS äussert sich denn auch ausdrücklich zur Zusammenarbeit mit dem DoJ ([www.irs.gov/compliance/criminal-investigation/in-partnership-irs-criminal-and-civil-enforcement-and-department-of-justice-abusive-tax-schemes](http://www.irs.gov/compliance/criminal-investigation/in-partnership-irs-criminal-and-civil-enforcement-and-department-of-justice-abusive-tax-schemes), besucht am 6. März 2018, 15.15 Uhr). Deshalb ist eine Weitergabe der klägerischen Personendaten (Namen) vom IRS an das DoJ (z.B. infolge eines OVDI-Verfahrens) ohne Weiteres möglich.

Ferner bestreiten beide Kläger – ein ehemaliges und ein aktives Organ der D.\_\_\_\_\_ AG – die Teilnahme von US-Kunden der D.\_\_\_\_\_ AG am OVDI-Verfahren mit Nichtwissen, ohne darzutun, weshalb die Verifizierung der entsprechenden beklagtischen Behauptung für sie nicht möglich oder zumutbar gewesen

wäre (z.B. Nachfrage bei den betreffenden US-Kunden). Entsprechend ist von einer ungenügenden Bestreitung auszugehen sowie davon, dass US-Kunden der D.\_\_\_\_\_ AG – welche auch immer – am OVDI-Verfahren teilgenommen haben. Selbst wenn nicht nachgewiesen wäre, dass das DoJ von den Namen der Kläger via Selbstanzeigen von Kunden der D.\_\_\_\_\_ AG erfahren hat, könnte daraus nicht geschlossen werden, dass es die Beklagte gewesen war, welche dem DoJ ihre Namen mitgeteilt hat, zumal die Kläger ihr dies bereits mit Schreiben vom 16. September 2014 ausdrücklich verboten hatten (act. 13/29). Dieses Verbot (zusammen mit dem Festhalten der Beklagten an der Datenlieferung) stellt wiederum den Grund für das Massnahme- und das Hauptsacheverfahren dar. Sodann sind die Namen der Kläger öffentlich zugänglich im Handelsregisterauszug der D.\_\_\_\_\_ AG einsehbar (act. 3/2). Dass die Beklagte dem DoJ den Firmennamen der D.\_\_\_\_\_ AG bekannt gegeben habe, behaupten die Kläger aber nicht (substantiiert); eine solche Bekanntgabe wäre ohnehin nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, da die D.\_\_\_\_\_ AG vorliegend nicht Partei ist. Auch behaupten die Kläger nicht, dass die Beklagte dem DoJ (oder dem IRS oder anderen US-Behörden) anderweitige Personendaten der Kläger bekannt gegeben haben soll. Schliesslich brachten die Kläger in der Klagebegründung – nachdem sie gemäss eigenen Angaben bereits im vorangegangenen Massnahmeverfahren von der obgenannten E-Mail von F.\_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2015 erfahren hatten – widersprüchlich vor, der Abschluss des NPA sei für die Beklagte auch ohne Lieferung der Personendaten der Kläger möglich gewesen (act. 1 Rz. 24 f.; act. 16 Rz. 24).

Damit erweist sich die Behauptung der Kläger, wonach die Beklagte dem DoJ ihre Namen allein (d.h. ohne Verbindung zu den Kontobeziehungen C1.\_\_\_\_\_ -1 und C1.\_\_\_\_\_ -2) bereits bekannt gegeben habe, als nicht erstellt. Aus den genannten Gründen ist für die weitere Beurteilung davon auszugehen, dass die Beklagte bis anhin keine Personendaten der Kläger an US-Behörden bekannt gegeben hat. Die mögliche Bekanntgabe der klägerischen Namen durch ehemalige oder aktuelle US-Kunden der D.\_\_\_\_\_ AG ist – wie von den Klägern ausgeführt (act. 16 Rz. 8, Rz. 47 ff.) – für die vorliegende datenschutzrechtliche Beurteilung nicht entscheidend, zumal es hier um die beabsichtigte Bekanntgabe von Personendaten der Kläger durch die Beklagte geht.

3.1.4. Davon ausgehend, dass das DoJ allein die Namen der Kläger kennt und die Beklagte bis anhin keine Personendaten der Kläger an US-Behörden bekannt gegeben hat, würde durch die beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Namen in Verbindung mit den Kontobeziehungen C1.\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_-2 der Umfang der klägerischen Personendaten, welche dem DoJ bereits bekannt sind (Namen allein), um diese Kontobeziehungen erweitert. Mithin käme das DoJ in den Besitz von zusätzlichen Informationen betreffend die Kläger. Dies bedeutet gemäss der von der Beklagten selbst angerufenen Kommentarstelle bei ROSENTHAL zweifelsohne eine "Bekanntgabe" im Sinne von Art. 3 lit. f DSG (ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 N 76). Da gemäss Botschaft zum Datenschutzgesetz bereits Daten bekannt gibt, wer "einfach Angaben aus einer Datensammlung macht", würde die von der Beklagten beabsichtigte Datenlieferung an US-Behörden zudem selbst dann eine "Bekanntgabe" darstellen, wenn das DoJ die Namen der Kläger bereits in Verbindung mit den beiden obgenannten Kontobeziehungen aus anderer Quelle erfahren haben sollte. Diesfalls bedeutete die von der Beklagten beabsichtigte Datenbekanntgabe an das DoJ nämlich eine (gegebenenfalls unzulässige) Bestätigung von Drittinformationen (Botschaft DSG 1988, S. 447; GERSCHWILER, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht – Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Rz. 3.51, m.w.H.; SHK DSG-RUDIN, Bern 2015, Art. 3 N 40 f., m.w.H.; PraxKomm IDG (BS)-RUDIN, Zürich 2014, § 3 N 57, m.w.H.; vgl. auch BK OR-FELLMANN, Bern 1992, Art. 398 N 62, m.w.H., betreffend Gegenstand der Diskretions- und Geheimhaltungspflicht im Auftragsrecht).

3.1.5. Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob die beabsichtigte Bekanntgabe von Personendaten der Kläger durch die Beklagte an US-Behörden mit den einschlägigen Bestimmungen des Datenschutzgesetzes vereinbar ist.

### 3.2. Persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung im Allgemeinen

Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG). Widerrechtlich im Sinne von Art. 12 Abs. 1 DSG ist eine Verletzung der Persönlichkeit durch Datenbearbeitung dann, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein über-

wiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG).

### 3.3. Unrechtmässige Datenbekanntgabe in die USA im Besonderen

3.3.1. Da die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland droht, darf diese nicht nur keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 12 DSG bewirken, sondern muss zusätzlich und in erster Linie den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG genügen. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist vorab zu prüfen, zumal Art. 6 DSG eine in sich geschlossene und strengere Sonderregelung darstellt, deren Grundsätze (und Rechtfertigungsgründe) bei jeder Datenbekanntgabe ins Ausland – nebst den anderen Bestimmungen des DSG – berücksichtigt werden müssen (NOUREDDINE, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], a.a.O., Rz. 3.127).

3.3.2. Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG gilt als schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit *von Gesetzes wegen* (d.h. im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung) jede Bekanntgabe in ein Land, welches über keine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügt (ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], a.a.O., Art. 6 N 27).

Das hiesige Handelsgericht und das Bundesgericht haben wiederholt festgehalten, dass die USA nicht über eine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleistet (BGer 4A\_365/2017 vom 26. Februar 2018; BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1; HGer ZH HG150018-O vom 1. September 2017, E. 2.3.4.3; HGer ZH HG150254-O vom 21. Juni 2017, E. II.2.2.1; HGer ZH 150170-O vom 30. Mai 2017, E. 6.2.6.1; HGer ZH HG140186-O vom 16. Dezember 2015, E. 5.3.1; HGer ZH HG150048-O vom 14. Juni 2016, E. 4.1, m.w.H.). Dies sehen auch die Kläger so (act. 1 Rz. 36; act. 16 Rz. 50); die Beklagte widerspricht dem nicht.

Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass die seit dem 12. April 2017 bestehende Möglichkeit zur Zertifizierung für das *Swiss-US Privacy Shield* nur für die Datenübermittlung an US-Privatunternehmen gilt und nicht für

eine solche an US-Behörden ("Privacy Shield – das Wichtigste in Kürze", siehe: [www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/datenuebermittlung-in-die-usa/privacy-shield-\\_das-wichtigste-in-kuerze.html](http://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/datenuebermittlung-in-die-usa/privacy-shield-_das-wichtigste-in-kuerze.html), besucht am 7. März 2018, 10.15 Uhr).

3.3.3. Irrelevant ist, mit welcher Absicht die Personendaten bearbeitet werden. Ob die Bekanntgabe der Namen der Kläger in Verbindung mit den zwei Kontobeziehungen C1.\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_-2 die amerikanischen Behörden zu einer Strafverfolgung veranlassen würde, was strittig ist (act. 1 Rz. 61; act. 11 Rz. 69; act. 27 Rz. 10 ff.), ist nicht entscheidend.

Nichtsdestotrotz ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Beklagte nicht ernsthaft bestreiten kann, dass das mit dem NPA verknüpfte US-Programm – namentlich die II.D.2-Tabelle – Strafverfolgungszwecken dient, zumal sie dies an anderer Stelle selber einräumt (act. 11 Rz. 23; act. 20 Rz. 17 ff., Rz. 73). Bereits das von der Beklagten selber eingereichte Joint Statement zwischen dem DoJ und dem EFD spricht von "law enforcement efforts" (act. 3/6 S. 1; siehe auch die deutsche Fassung unter: [www.news.admin.ch/news/message/attachments/....pdf](http://www.news.admin.ch/news/message/attachments/....pdf), besucht am 6. März 2018, 15.35 Uhr, dort: "Strafverfolgungsbemühungen") und gemäss Ziff. V.B des US-Programms werden die von den Schweizer Banken gelieferten Personendaten für "purposes of law enforcement" verwendet und offengelegt (act. 3/7 S. 11; act. 13/6 Ziff. 1). Selbst wenn sich die Kläger nichts zu Schulden kommen liessen bzw. gegen sie kein Verdacht bestehen sollte, wird dadurch die schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit nicht beseitigt. Es versteht sich von selbst, dass die Kläger hinsichtlich der obgenannten Kontobeziehungen in den Fokus der US-Behörden geraten würden. Genau dies wollen die Kläger mit der vorliegenden Klage aber verhindern. Welche Massnahmen die US-Behörden schliesslich aufgrund dieser Daten ergreifen würden, ist nicht absehbar und für die vorliegende Beurteilung auch nicht von Bedeutung.

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

### 3.4. Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG

#### 3.4.1. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 2 DSG

3.4.1.1. Die Kläger sehen in der beabsichtigten Datenübermittlung im Rahmen des NPA eine Umgehung des staatlichen Amts- und Rechtshilfekanal und sprechen von "privatisierter grenzüberschreitender Strafverfolgung" bzw. von "Superrechtshilfe". Gemäss Auffassung der Kläger ist eine Rechtfertigung der beabsichtigten Datenbekanntgabe nach Art. 6 Abs. 2 DSG gänzlich ausgeschlossen (act. 1 Rz. 40 ff., Rz. 43 ff., Rz. 61; act. 16 Rz. 44).

3.4.1.2. Allerdings geht es vorliegend nicht um internationale Amts-/Rechtshilfe, da diese nur zwischen Staaten bzw. deren Behörden stattfindet. Hier handelt es sich vielmehr um einen Sachverhalt betreffend eine ausländische Behörde und ein inländisches Unternehmen, welchen beide Parteien richtigerweise dem DSG unterstellen. Entsprechend muss das DSG im Zivilprozess auch einheitlich angewendet werden, wie dies die Beklagte sinngemäss ebenfalls ausführt (act. 11 Rz. 59 ff.; act. 20 Rz. 65). Dass ein internationales Amts- bzw. Rechtshilfeverfahren (im eigentlichen Sinne) hängig wäre – dessen Beurteilung nicht in die Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts fiel –, wird von keiner Partei behauptet, weshalb der Ausschlussgrund von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG nicht einschlägig ist.

3.4.1.3. Wie erwähnt verfügt die Beklagte über eine Bewilligung des EFD im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB, welche ihr auferlegt, sich bei Datenübermittlungen an US-Behörden an die schweizerischen Gesetze zu halten (act. 13/12 S. 3, S. 5 f.; act. 13/13 S. 2 ff.). Es ist zwar nicht am hiesigen Handelsgericht, über die Bewilligung des Bundesrates bzw. des EFD an sich zu befinden, jedoch stellt das DSG ein solches schweizerisches Gesetz dar, dessen Einhaltung im vorliegenden Zivilprozess überprüft werden kann (Art. 15 Abs. 1 DSG; vgl. auch act. 13/12 S. 6 Ziff. 1.4.c). Entsprechend ist vorliegend zu klären, ob die beabsichtigte Datenbekanntgabe in Erfüllung des NPA (und damit des US-Programms) mit den gesetzlichen Pflichten der Beklagten gegenüber den Klägern gemäss DSG vereinbar ist, mithin ob die beabsichtigte Datenlieferung nach Art. 6 Abs. 2 DSG gerechtfertigt werden kann. Insbesondere taugt die Bewilligung des Bundesrates im Sinne von



Art. 271 Ziff. 1 StGB nicht als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG. Die Wirkung der erteilten Bewilligung beschränkt sich auf die Strafbarkeit nach Art. 271 Ziff. 1 StGB und erfasst die Normen des Datenschutzgesetzes gerade nicht. Wie aufgezeigt, wird aus schweizerischer Sicht für die Rechtmässigkeit einer Datenübermittlung in ein Land ohne angemessenen Datenschutz das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG gefordert.

#### 3.4.2. Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG

3.4.2.1. Die Beklagte beruft sich explizit auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG (erste Variante) und erachtet die beabsichtigte Bekanntgabe der klägerischen Personendaten in die USA als durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt (act. 11 Rz. 65 ff.; act. 20 Rz. 65 ff.). Sie macht jedoch nicht geltend, die beabsichtigte Datenbekanntgabe sei – gemäss der zweiten Variante von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG – im vorliegenden Fall für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich. Deshalb ist nachfolgend lediglich die erste Variante von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG zu prüfen.

3.4.2.2. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG (erste Variante) können Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden, obschon die dortige Gesetzgebung keinen angemessenen Schutz gewährleistet, wenn die Bekanntgabe im Einzelfall für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich ist. Die Bestimmung betrifft Einzelfälle, also konkrete Situationen; die systematische und regelmässige Datenbekanntgabe wird dadurch nicht gerechtfertigt. Dennoch können die übermittelten Daten eine oder mehrere Personen betreffen (zum Ganzen: BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N 32 f.; PASSADELIS, in: PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR [Hrsg.], a.a.O., Ziff. 6.59 ff.; EPINEY/FASNACHT, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN [Hrsg.], Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 10 Rz. 23). Da eine Widerrechtlichkeit vermutet wird, trifft die "Verletzerin" (also diejenige, welche die Daten bekanntgeben will) die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSG (BSK DSG-RAMPINI, a.a.O., Art. 15 N 3).

Als unerlässlich – d.h. als notwendig – erachtet das Bundesgericht eine Datenlieferung etwa dann, wenn ohne sie davon auszugehen wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt (werden) würde (BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4). Das Bundesgericht hat im genannten Urteil eine Datenlieferung im Rahmen des US-Programms als unzulässig beurteilt, weil diese ohne konkret drohende Anklageerhebung seitens der US-Behörden im Urteilszeitpunkt nicht notwendig war, um (überwiegende) öffentliche Interessen zu wahren (BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.4.3 in fine). Dieser Bundesgerichtsentscheid betraf wie hier eine Kategorie 2-Bank, welche gestützt auf das US-Programm mit dem DoJ ein NPA abgeschlossen hatte.

Die Unerlässlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG muss im Urteilszeitpunkt vorliegen. Ob die Lieferung von Daten unerlässlich ist, um ein überwiegendes öffentliches Interesse zu wahren, ist stets für den konkreten Einzelfall zu beurteilen. Dabei ist gemäss Bundesgericht die (prozessual zu berücksichtigende) Veränderung der tatsächlichen Situation (auch) materiell-rechtlich zu berücksichtigen (BGer 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4).

3.4.2.3. Die Beklagte setzt sich mit dem Erfordernis der "Unerlässlichkeit" kaum auseinander, sieht die Drohung einer Anklageerhebung durch die US-Behörden aber als gegenwärtig an: Die Weigerung der Beklagten, der vom DoJ auf Basis des Joint Statements, des US-Programms und des NPA geforderten Datenherausgabe nachzukommen, stelle eine Verletzung des NPA dar. Bei einer Verletzung des NPA müsste die Beklagte mit einer Strafanklage in den USA rechnen. Um dieser Gefahr zu entgehen, habe die Beklagte keine andere Wahl, als die angeforderten Daten zu liefern. Sie mache damit nicht mehr als notwendig, um eine existenzbedrohende Strafklage zu verhindern. Eine mildere Alternative stehe ihr nicht zur Verfügung (act. 11 Rz. 30 ff., Rz. 88 ff.; act. 20 Rz. 39 ff., Rz. 50 ff., Rz. 59). Diese pauschale Betrachtungsweise vermag allerdings das – auf den Einzelfall bezogene – Erfordernis der Unerlässlichkeit von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG, welches kumulativ gegeben sein muss, nicht hinreichend darzulegen. Damit von

einer unerlässlichen bzw. notwendigen Datenlieferung gesprochen werden könnte, müsste die Anklageerhebung im Urteilszeitpunkt – wie erwähnt – *konkret* drohen; sie darf nicht *bloss möglich* sein. Die Beklagte zeigt nicht auf, dass und inwiefern die US-Behörden ihr konkret – d.h. gerade bezüglich der Nichtlieferung der in Frage stehenden Daten (Namen der Kläger in Verbindung mit den Kontobeziehungen C1.\_\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_\_-2) – angedroht hätten, aufgrund einer Verletzung des NPA Anklage zu erheben ("[...] to pursue prosecution of C1.\_\_\_\_\_."; act. 3/26 S. 6; vgl. in diesem Sinne auch Ziff. II.J des US-Programms gemäss act. 3/7 S. 6).

Die Beklagte räumt denn auch ein, dass das Schreiben vom 21. März 2016, wonach das DoJ auf einer vollständigen Datenlieferung bestehe, nicht an sie adressiert gewesen sei (act. 11 Rz. 34 f., Rz. 89; act. 13/11; act. 20 Rz. 54). Auch geht aus der Medienmitteilung des EFD vom 30. August 2013 – entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 11 Rz. 35; act. 13/5) – gerade nicht hervor, dass die Übermittlung der im US-Programm geforderten Daten nach Schweizer Recht zulässig wäre. Vielmehr hält diese Medienmitteilung fest, dass die Schweizer Banken im Rahmen ihrer Zusammenarbeit mit den US-Behörden das geltende Schweizer Recht, insbesondere Datenschutz (und arbeitsrechtliche Bestimmungen), beachten müssen (act. 13/5); dies ergibt sich, wie erwähnt, auch aus der Bewilligung des EFD im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB (act. 13/12-13). Aus der E-Mail des DoJ vom 21. Januar 2016 an einen gewissen G.\_\_\_\_\_, über dessen Verhältnis zur Beklagten nichts weiter bekannt ist (act. 13/10), kann die Beklagte ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten: Einerseits wurde diese E-Mail vor dem Abschluss des NPA am 27. Januar 2016 versandt; andererseits räumt die Beklagte selber ein, sie habe gegenüber dem DoJ – entgegen der Aufforderung in dieser E-Mail – bis anhin noch nicht bestätigt, dass sie die II.D.2-Daten vollständig liefern werde (act. 11 Rz. 31); trotzdem kam es zum Abschluss eines NPA. Sodann geht auch aus der – ebenfalls an den besagten G.\_\_\_\_\_ gerichteten – E-Mail des DoJ vom 2. Februar 2016 (act. 21/41) nicht hervor, dass und inwiefern die Beklagte konkret hinsichtlich der streitgegenständlichen Personendaten der Kläger abgemahnt worden wäre. Schliesslich wurde diese E-Mail vor über zwei Jahren versandt und die Beklagte hat weder in ihrer letzten Stellungnahme

vom 9. Dezember 2016 (act. 27) noch mittels einer entsprechenden Noveneingabe behauptet, dass das DoJ ihr zwischenzeitlich einen Bruch des NPA vorgeworfen und sie zu einem solchen Vorwurf nach Massgabe des NPA (act. 3/26 S. 6) Stellung genommen habe. Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern die Beklagte aufgrund der Nichtlieferung der streitgegenständlichen Personendaten von einer Anklageerhebung konkret bedroht wäre.

Die Unerlässlichkeit der Bekanntgabe der klägerischen Personendaten wurde damit nicht hinreichend dargetan.

3.4.2.4. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass seit dem genannten Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 (BGer 4A\_83/2016) bis heute keine tatsächlichen Entwicklungen eingetreten sind, die im Hinblick auf vergleichbare Streitfälle eine andere als die bundesgerichtliche Einschätzung der Situation im Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA nahe legen würden. Auch bringt die Beklagte sonst nichts vor, was generell auf eine mittlerweile angespanntere Situation hindeuten würde. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA im Falle eines gerichtlichen Verbots zur Herausgabe der in Frage stehenden Daten erneut entfacht würde. Ohnehin kann die in Frage stehende Datenherausgabe zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen heute auch deshalb nicht (mehr) allgemein als unerlässlich bezeichnet werden, weil die US-Behörden die mittlerweile von diversen schweizerischen Gerichten angeordneten Verbote zur Datenherausgabe zu respektieren scheinen. Dies wird denn auch durch den von den Klägern eingereichten NZZ-Artikel vom 15. September 2016 gestützt, in welchem H.\_\_\_\_\_, eine hochrangige Vertreterin der Steuerabteilung des DoJ, klarstellen lässt, dass die betreffenden Schweizer Banker zwar weiterhin mit einer Anklage in den USA rechnen müssten, das DoJ die von Schweizer Gerichten angeordneten Verbote zur Datenbekanntgabe jedoch respektieren werde (act. 24 Rz. 3 f.; act. 25/37).

Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 27 Rz. 5 ff.) ist nicht ersichtlich, weshalb H.\_\_\_\_\_ in ihrer Rede an einer Tagung des Europa Instituts der Universität Zürich nicht die offizielle Haltung des DoJ vertreten haben sollte. Dass eine hochrangige Vertreterin der Steuerabteilung des DoJ eigens nach Zürich

reist, um an einer durchaus öffentlichen Tagung (über welche sogar eine führende Schweizer Tageszeitung berichtet) private Äusserungen zu machen, ist nicht schlüssig und überzeugt daher nicht. Entgegen dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten (act. 27 Rz. 6) kann diese Tagung zudem nicht am 15. September 2016 stattgefunden haben, zumal der NZZ-Artikel an diesem Tag morgens um 07.00 Uhr publiziert wurde (act. 25/37; Art. 153 Abs. 2 ZPO). Vielmehr fand diese Tagung bereits am 30. August 2016 statt, wie dies das Office of Public Affairs des DoJ selber angekündigt hatte ; [www.justice.gov/archives/opa/event/senior-litigation-counsel-nanette-davis-tax-division-will-speak-about-us-international-law](http://www.justice.gov/archives/opa/event/senior-litigation-counsel-nanette-davis-tax-division-will-speak-about-us-international-law), besucht am 8. März 2018, 14.35 Uhr; [www.swisslex.ch/Events/ViewEvent/55883963-d29f-442a-8faf-0eccacaa8a79?gobackType=Aktuelles](http://www.swisslex.ch/Events/ViewEvent/55883963-d29f-442a-8faf-0eccacaa8a79?gobackType=Aktuelles), besucht am 8. März 2018, 14.37 Uhr). Diese Ankündigung des DoJ deutet zusätzlich darauf hin, dass H.\_\_\_\_\_ an dieser Tagung die offizielle Haltung des DoJ vertreten hat. Nicht zuletzt aufgrund der Aussagen von H.\_\_\_\_\_ anlässlich dieser Tagung hiess denn auch das hiesige Handelsgericht in mehreren gleichgelagerten Fällen die entsprechenden Unterlassungsklagen gut (vgl. die folgenden [rechtskräftigen] Urteile: HGer ZH HG150018-O vom 1. September 2017, HGer ZH HG150080-O vom 6. Juli 2017; HGer ZH HG150100-O vom 6. Juli 2017; HGer ZH HG150254-O vom 21. Juni 2017).

Dass sich seit dieser Tagung an der Haltung des DoJ, wonach die von Schweizer Gerichten angeordneten Verbote zur Datenbekanntgabe respektiert würden, etwas geändert hätte, macht die Beklagte nicht geltend und ist auch anderweitig nicht ersichtlich. Kommt hinzu, dass die von der Beklagten dargestellte "bisherige Kommunikation" mit den US-Behörden, wonach diese auf einer vollständigen Datenlieferung bestünden (act. 27 Rz. 7 mit Verweisen), einerseits – wie dargelegt – teilweise gar nicht an sie gerichtet war, und sich andererseits bereits Monate vor dieser Tagung ereignete. Schliesslich ist – mit den Klägern (act. 16 Rz. 2, Rz. 30) – auf das rechtskräftige Urteil HGer ZH HG150048-O vom 14. Juni 2016 hinzuweisen, welches die D.\_\_\_\_\_ AG (mit dem Kläger 1 als ehemaligem bzw. dem Kläger 2 als aktivem Organ) und die Beklagte betrifft (act. 17/28). Dieses Urteil erging noch vor der obgenannten Tagung und verbot der Beklagten, Personendaten der D.\_\_\_\_\_ AG in die USA zu übermitteln. Die

Beklagte hat aber weder in ihrer letzten Stellungnahme vom 9. Dezember 2016 (act. 27) noch mittels einer entsprechenden Noveneingabe behauptet, dass ihr in der Folge ein Bruch des NPA vorgeworfen bzw. Anklage gegen sie erhoben worden wäre.

3.4.2.5. Eine konkrete Bedrohungssituation für die Beklagte liegt damit im heutigen Zeitpunkt nicht vor. Die beabsichtigte Datenbekanntgabe kann demnach – für die Wahrung der von der Beklagten geltend gemachten öffentlichen Interessen – nicht als unerlässlich bezeichnet werden.

Entsprechend greift auch das beklagtische Argument, wonach jede Strafanklage gegen eine Schweizer Bank und jeder Konkurs eines schweizerischen Finanzinstituts den Ruf des Schweizer Finanzplatzes und somit die Schweizer Wirtschaft schädige, was auch für sie als ehemalige Bank gelte (act. 20 Rz. 45), im Zeitpunkt der heutigen Beurteilung nicht. Ohnehin wäre – mit den Klägern (act. 16 Rz. 7, Rz. 33, Rz. 61) – fraglich, ob der Beklagten als inzwischen reine Abwicklungsgesellschaft eine derartige Bedeutung für den Schweizer Finanzplatz überhaupt (noch) zukäme, was aber offen bleiben kann.

Damit erübrigt es sich, eine Interessenabwägung vorzunehmen, und es muss auf die weiteren Vorbringen zur Rechtfertigung der beabsichtigten Datenbekanntgabe nicht näher eingegangen werden. Für die von der Beklagten beabsichtigte Datenbekanntgabe ist mangels Unerlässlichkeit kein Rechtfertigungsgrund gegeben.

#### 4. Rechtsschutzinteresse

4.1. Die Beklagte ist (eventualiter) der Auffassung, das klägerische Rechtsbegehren sei zu breit gefasst: Sollte das Gericht die Klage schützen, wäre ein allfälliges Datenlieferungsverbot auf die Übermittlung von Personendaten der Kläger an die US-Behörden im Rahmen der Teilnahme der Beklagten am US-Programm zu beschränken. Vorliegend stehe nur die Übermittlung von Personendaten der Kläger an US-Behörden zur Diskussion. Die Herausgabe an andere Dritte werde in der Klage überhaupt nicht thematisiert. Insbesondere werde nicht dargetan,

dass überdies eine Bekanntgabe an weitere Dritte drohe, wie etwa an Privatpersonen, an Behörden anderer ausländischer Staaten oder an inländische Behörden. Schliesslich handle das vorliegende Verfahren ausschliesslich von der Datenübermittlung im Rahmen des US-Programms. Eine Offenlegung in anderem Zusammenhang werde nicht geltend gemacht und sei somit nicht Verfahrensgegenstand (act. 11 S. 2 und Rz. 119 ff.; act. 20 S. 2). Mit anderen Worten bestreitet die Beklagte teilweise das Rechtsschutzinteresse der Kläger, wie dies auch aus anderen Stellen ihrer Rechtsschriften hervorgeht (act. 11 Rz. 5, Rz. 76, Rz. 115; act. 20 Rz. 11, Rz. 82 ff.).

Die Kläger behaupten dagegen ein intaktes Rechtsschutzinteresse und sehen dieses gar verstärkt durch den Umstand, dass das DoJ ihre Namen bereits kennt (act. 16 Rz. 2, Rz. 4, Rz. 47 ff., Rz. 53, Rz. 60).

4.2. Das Rechtsschutzinteresse ist eine Prozessvoraussetzung, die das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 60 ZPO). Grundsätzlich führt das Fehlen einer Prozessvoraussetzung zu einem Nichteintretensentscheid (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 236 Abs. 1 ZPO), es sei denn, es handle sich – wie vorliegend – um eine doppelrelevante Tatsache. Denn die drohende Verletzung – d.h. die beabsichtigte Datenlieferung an die US-Behörden – ist auch für die materiell-rechtliche Beurteilung der vorliegenden Unterlassungsklage von Bedeutung. Da die Beklagte die (eventualiter teilweise) Abweisung der Klage verlangt, geht sie offenbar ebenso von einer doppelrelevanten Tatsache aus.

4.3. Der Gegenstand des Unterlassungsbefehls muss genügend individualisiert sein, sodass er der Rechtskraft fähig ist und ohne nochmalige materielle Prüfung vollstreckt werden kann. Eine Unterlassungsklage muss genau angeben, welches Verhalten der beklagten Partei zu verbieten sei. Dabei ist die konkret drohende Verletzung nur der grundsätzliche Massstab für die Formulierung des Rechtsbegehrens. Zur Verhinderung im Ergebnis entsprechender bzw. gleicher Verletzungshandlungen ist eine etwas weitere, jedoch nicht allzu weite Formulierung zulässig. Mit anderen Worten sollte das Rechtsbegehren so abgefasst werden, dass damit auch ähnliche Handlungen, mit denen die beklagte Partei das Verbot

umgehen könnte, erfasst werden (vgl. HGer ZH HG110005-O vom 12. Juli 2012, E. 3.3, m.w.H.; BGE 131 III 70, E. 3.3).

4.4. Vorliegend können sich die Kläger – wie dargelegt – auf einen datenschutz- bzw. persönlichkeitsrechtlichen Anspruch berufen, wobei Art. 6 Abs. 1 DSG explizit die Datenübermittlung *ins Ausland* erwähnt und dabei lediglich an die Grenzüberschreitung anknüpft. Massgebend ist, dass die Personendaten durch die Bekanntgabe nicht mehr (nur) der schweizerischen Rechtsordnung unterstehen (BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, a.a.O., Art. 6 N 14, m.w.H.; ROSENTHAL, a.a.O., Art. 6 N 2, m.w.H.). Wenn die Kläger verlangen, dass die durch die Beklagte beabsichtigte Übermittlung von Personendaten ins Ausland verboten werden soll, so erweist sich dieser Teil des Rechtsbegehrens schon für sich allein als genügend bestimmt, zumal die schweizerische Grenze entweder überschritten ist oder eben nicht. Analog verhält es sich mit der schweizerischen Rechtsordnung. Diese Fragen können vom Vollstreckungsgericht ohne Weiteres beantwortet werden. Nun haben die Kläger ihr Rechtsbegehren aber nicht bloss nahe am Gesetzestext formuliert, sondern dahingehend spezifiziert, dass die durch die Beklagte beabsichtigte Übermittlung von Personendaten insbesondere nicht an US-Behörden erfolgen soll. Dadurch hat sich die Bestimmtheit ihres Rechtsbegehrens noch erhöht. Von der Formulierung "direkt oder indirekt" werden sodann allfällige Umgehungsmöglichkeiten erfasst, wodurch der Schutz der klägerischen Personendaten umfassend gewährleistet wird. Damit spielt auch das Format der Datenübermittlung (mittels II.D.2-Tabelle) keine Rolle.

Für das Vollstreckungsgericht stellen sich damit keinerlei Probleme. Das klägerische Rechtsbegehren genügt somit dem Bestimmtheitsgebot. Folglich ist das Rechtsschutzinteresse gegeben. Entgegen der beklagischen Befürchtung (act. 11 Rz. 86, Rz. 121) bleibt eine allfällige Bekanntgabe von Personendaten der Kläger – insbesondere gegenüber den zuständigen Schweizer Behörden (z.B. in einem Amts-/Rechtshilfeverfahren) – bei gegebenen Voraussetzungen bzw. bei Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen auch im Lichte des klägerischen Rechtsbegehrens ohne Weiteres möglich.



4.5. Der Vollständigkeit halber ist noch anzumerken, dass das Rechtsschutzinteresse der Kläger nicht geschmälert wird, nur weil ihre Namen dem DoJ bereits aus anderer Quelle bereits bekannt sind. Wie bereits dargelegt, ist vorliegend davon auszugehen, dass das DoJ allein die Namen der Kläger (d.h. ohne Verbindung mit den Kontobeziehungen C1.\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_-2) kennt und die Beklagte bis anhin keine Personendaten der Kläger an US-Behörden bekannt gegeben hat. Im Übrigen kann auf das in Ziff. 3.1.2 ff. (insbesondere Ziff. 3.1.4) Gesagte verwiesen werden.

## 5. Zusammenfassung und Fazit

5.1. Die Beklagte beabsichtigt, Auszüge aus der II.D.2-Tabelle, welche Personendaten der Kläger (Namen) jeweils neben zwei fiktiven Kontonummern/-beziehungen (C1.\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_-2) aufführen, an die US-Behörden (DoJ) zu übermitteln. Es davon auszugehen, dass das DoJ allein die Namen der Kläger (d.h. ohne Verbindung mit den Kontobeziehungen C1.\_\_\_\_-1 und C1.\_\_\_\_-2) kennt, und dass die Beklagte bis anhin keine Personendaten der Kläger an US-Behörden bekannt gegeben hat (Ziff. 3.1).

5.2. Da die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland droht, müssen in erster Linie die Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSGVO erfüllt sein. Da die USA über keinen angemessenen Datenschutz verfügen (Art. 6 Abs. 1 DSGVO), bedarf es für die beabsichtigte Datenbekanntgabe eines Rechtfertigungsgrundes im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSGVO. Die Beklagte beruft sich diesbezüglich konkret auf die erste Variante von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO, hat aber die dort geforderte Unerlässlichkeit der Datenbekanntgabe ins Ausland zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses nicht hinreichend dargetan (Ziff. 3.2 ff.).

5.3. Daher ist die Unterlassungsklage gutzuheissen und der Beklagten zu verbieten, Personendaten (im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO) der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, 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. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 6.1. Vermögensrechtliche Streitigkeit

6.1.1. Die Kläger gehen von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit aus, die Beklagte von einer nichtvermögensrechtlichen (act. 1 Rz. 11, Rz. 86; act. 11 Rz. 13).

6.1.2. Zur Beantwortung der Frage, ob eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung massgebend, ob mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Ist dies der Fall, liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (BGE 142 III 145, E. 6, m.w.H.; BGer 4A\_239/2014 vom 2. Juli 2014, E. 2.3 f., m.w.H.).

6.1.3. Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Kläger als Vermögensverwalter und Treuhänder in ganz besonderem Masse auf einen tadellosen Ruf angewiesen sind. Auch stellt sie die Befürchtung der Kläger, dass eine Datenbekanntgabe deren wirtschaftliche Existenz ernsthaft gefährden könnte, nicht in Abrede (act. 1 Rz. 82 ff.). Selbst wenn man diese Befürchtung der Kläger als "subjektive Ängste" abtun wollte (act. 20 Rz. 76), haben die Kläger dennoch kundgetan, dass sie mit der vorliegenden Klage – entgegen der Meinung der Beklagten (act. 11 Rz. 13) – ihr Vermögen schützen wollen und sie deshalb letztlich und überwiegend einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen. Daran ändert auch nichts, dass die Kläger zusätzlich ihre Reisefreiheit durch allfällige Zwangsmassnahmen im Ausland bedroht sehen (act. 1 Rz. 84; act. 16 Rz. 54): Einerseits kann eine eingeschränkte Mobilität im Geschäftsleben durchaus negative wirtschaftliche Folgen mit sich bringen, und andererseits können allfällige Zwangsmassnahmen im Ausland kostspielige anwaltliche Beratung/Verteidigung notwendig machen.

Sodann hat die Beklagte die Einschätzung des Einzelgerichts im Massnahmeverfahren, wonach von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen sei (act. 3/22 S. 18 [= act. 7/21 S. 18]), nicht beanstandet. Schliesslich geht das hiesige Handelsgericht in vergleichbaren Fällen praxisgemäss von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit aus (vgl. z.B. HGer ZH HG140186-O vom 16. Dezember 2015; HGer ZH HG150170-O vom 30. Mai 2017; HGer ZH HG150100-O

vom 6. Juli 2017). Ferner ist das vorliegende Verfahren – wie die Kläger zu Recht ausführen (act. 1 Rz. 4) –, ohne Weiteres mit dem Verfahren der D.\_\_\_\_\_ AG gegen die Beklagte vergleichbar, wo von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit ausgegangen wurde (act. 17/28 = HGer ZH HG150048-O vom 14. Juni 2016, E. 6.1, m.w.H.). Der zugrunde liegende Lebenssachverhalt ist bei beiden Verfahren derselbe (Steuerstreit mit den USA und Teilnahme der Beklagten am US-Programm); der Unterschied liegt primär darin, dass vorliegend nicht die D.\_\_\_\_\_ AG als juristische Person, sondern je ein ehemaliges und aktives Organ der D.\_\_\_\_\_ AG als natürliche Personen klagen, die primär ihre wirtschaftliche Existenz bedroht sehen.

6.1.4. Somit ist vorliegend von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen.

## 6.2. Streitwert

6.2.1. Lautet das Rechtsbegehren – wie hier – nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

6.2.2. Die Kläger beziffern den Streitwert gestützt auf das Massnahmeverfahren bzw. das Urteil des hiesigen Einzelgerichts vom 14. Juni 2016 auf CHF 500'000.– (act. 1 Rz. 11, Rz. 86; act. 3/22 S. 18 f. [= act. 7/21 S. 18 f.]). Die Beklagte äussert sich nicht explizit zum Streitwert, sondern geht, wie erwähnt, von einer nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit aus. Damit macht sie geltend, es gebe gar keinen Streitwert. Folglich kann auch nicht gesagt werden, die Parteien hätten sich über den Streitwert geeinigt. Im Übrigen ist das erkennende Kollegialgericht an die Festsetzung des Streitwerts durch das Einzelgericht nicht gebunden (Art. 104 Abs. 3 ZPO; act. 3/22 S. 18 f. [= act. 7/21 S. 18 f.]).

6.2.3. Praxisgemäss setzt das hiesige Handelsgericht den Streitwert bei Datenschutzfällen vermögensrechtlicher Natur – wie hier – auf CHF 500'000.– pro klagende Partei fest (vgl. beispielhaft HGer ZH HG150100-O vom 6. Juli 2017; HGer ZH HG150080-O vom 6. Juli 2017; HGer ZH HG150229-O vom 8. Januar 2018).

Diese Praxis ist auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Wie dargelegt, fürchten die Kläger um ihre wirtschaftliche Existenz als Vermögensverwalter und Treuhänder. Deshalb rechtfertigt es sich, den Streitwert – zumindest für das Hauptsacheverfahren – 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 für das Hauptsacheverfahren einen Streitwert von insgesamt CHF 1'000'000.– ergibt.

### 6.3. Gerichtsgebühr

6.3.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht. Er beträgt, wie dargelegt, CHF 1'000'000.–. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Ausgangsgemäss wird die Beklagte vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist bei einem Streitwert von CHF 1'000'000.– in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf rund CHF 31'000.– festzusetzen.

6.3.2. 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 (CHF 10'000.–) ist die Gerichtsgebühr von der Beklagten direkt einzufordern.

6.3.3. Was das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150338-O) betrifft, erachtet die Beklagte dieses als unnötig, weshalb die entsprechenden Kosten den Klägern aufzuerlegen seien (act. 11 Rz. 54 f., Rz. 125 ff.; act. 20 Rz. 61 ff., Rz. 95). Die Kläger halten die vorsorgliche Massnahme für notwendig und fordern die Kostenaufgabe zu Lasten der Beklagten (act. 16 Rz. 43, Rz. 67).

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann aus dem Umstand, dass die Kläger zunächst ein vorprozessuales Massnahmeverfahren angestrengt haben, anstatt sogleich eine Unterlassungsklage (allenfalls verbunden mit einem prozessualen Massnahmebegehren) oder ein Schlichtungsgesuch anhängig zu ma-

chen (act. 11 Rz. 126), nicht abgeleitet werden, die Kläger hätten unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO verursacht: Die erschöpfende Geltendmachung aller dienlichen (nicht jedoch von vornherein offensichtlich unbegründeten) Angriffs- oder Verteidigungsmittel kann nämlich selbst dann nicht als unnötig qualifiziert werden, wenn letztlich ein einziger den Ausschlag über Erfolg oder Misserfolg des Prozesses gibt (BK ZPO-STERCHI, Band I, Bern 2012, Art. 108 N 3 ff., m.w.H.). Das Massnahmebegehren der Kläger wurde gutgeheissen, mithin war dieses nicht aussichtslos. Vielmehr haben die Kläger die ihnen vom Gesetz zur Verfügung gestellten (vor-)prozessualen Möglichkeiten zur Durchsetzung ihres Unterlassungsanspruchs ausgeschöpft. Es ist daher nicht ersichtlich, dass und inwiefern die Kläger unnötige Prozesskosten verursacht hätten.

6.3.4. Für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150338-O) wurde die Gerichtsgebühr auf CHF 10'000.– festgesetzt und bereits aus dem von den Klägern dort geleisteten Kostenvorschuss gedeckt (act. 3/22 [= act. 7/21] Dispositiv-Ziff. 3). Davon ist Vormerk zu nehmen. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150338-O) der Beklagten aufzuerlegen und den Klägern in diesem Umfang (CHF 10'000.–) antragsgemäss das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

#### 6.4. Parteientschädigung

6.4.1. Bei diesem Verfahrensausgang ist den Klägern für das Hauptsacheverfahren antragsgemäss eine Parteientschädigung zuzusprechen. Ausgehend von einem Streitwert von CHF 1'000'000.– beträgt die Grundgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 AnwGebV CHF 31'400.–. Zur Grundgebühr kommen Zuschläge für die eingereichten zweiten Rechtsschriften (act. 16; act. 20) sowie die weiteren Stellungnahmen (act. 24; act. 27) hinzu (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Daher ist die Parteientschädigung für das Hauptsacheverfahren auf rund CHF 37'500.– festzusetzen.

6.4.2. Zudem ist den Klägern für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150338-O) eine Parteientschädigung zuzusprechen. Im vorprozessualen Massnahmeverfahren wurde die Parteientschädigung an die Beklagte für den

Fall, dass die Massnahme aufgrund von Säumnis der Kläger dahinfällt, auf CHF 6'200.– festgesetzt (act. 3/22 [= act. 7/21] Dispositiv-Ziff. 4). Nachdem innert Frist prosequiert wurde, ist nunmehr aufgrund des klägerischen Obsiegens die Beklagte zu verpflichten, den Klägern eine Parteientschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren zu bezahlen. Die Parteientschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV zu reduzieren und auf CHF 4'500.– festzusetzen.

6.4.3. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies infolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Urteil des Bundesgerichts 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 S. 2; act. 16 S. 2), behaupten aber keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher ist den Klägern die Parteientschädigung (insgesamt CHF 42'000.–) ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Der Beklagten wird verboten, Personendaten (im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO) der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, 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 für das Hauptsacheverfahren wird festgesetzt auf CHF 31'000.–.

3. Die Gerichtsgebühr für das Hauptsacheverfahren wird der Beklagten auferlegt und vorab – 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 für das Hauptsacheverfahren von der Beklagten direkt eingefordert.
4. Die für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150338-O) festgesetzte Gerichtsgebühr von CHF 10'000.– wird der Beklagten auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass die Gerichtsgebühr für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150338-O) bereits aus dem von den Klägern dort geleisteten Kostenvorschuss gedeckt wurde. Den Klägern wird in diesem Umfang (CHF 10'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Hauptsacheverfahren und für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (HE150338-O) eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 42'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'000'000.–.

Zürich, 26. März 2018

---

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Silvan Sdzuy