



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

## Beschluss und Urteil vom 6. März 2019

in Sachen

1. **A.** \_\_\_\_\_,
2. **B.** \_\_\_\_\_,
3. **C.** \_\_\_\_\_,
4. **D.** \_\_\_\_\_ **Reg.**,
5. **E.** \_\_\_\_\_ **Anstalt (beendet)**, vertreten durch den Beistand D. \_\_\_\_\_ reg.
6. **F.** \_\_\_\_\_ **ANSTALT**,

Kläger

1, 2, 3, 4, 5, 6 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_

1, 2, 3, 4, 5, 6 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**G.** \_\_\_\_\_,

Beklagte

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

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

betreffend **Datenschutz**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

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

**Sachverhalt und Verfahrensgang**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Sämtliche Kläger 1-6 haben oder hatten mit der H.\_\_\_\_\_, einem Konglomerat von Anstalten und Gesellschaften mit Hauptsitz in I.\_\_\_\_ (J.\_\_\_\_ [europäisches Land]), welches in der Vermögensberatung (Treuhand- und Finanzdienstleistung) tätig ist, zu tun. Die Kläger 1-3 sind natürliche Personen und sind oder waren in einem Arbeitsverhältnis zur H.\_\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 2). Die Klägerin 4 ist eine *Corporate Company*, die im Wesentlichen Organfunktion für von H.\_\_\_\_\_ betreute Strukturen wahrnimmt, wobei sie häufig auch die Zeichnungsberechtigung für Bankkonten dieser Strukturen hat bzw. hatte (act. 29/1). Bei der Klägerin 5 handelt es sich um eine im J.\_\_\_\_\_ domizilierte Anstalt, die bis zu ihrer Beendigung am 29. September 2011 als Organ für von H.\_\_\_\_\_ betreute Strukturen agierte (act. 29/2). Die Klägerin 6 ist innerhalb von H.\_\_\_\_\_ im Bereich der Übernahme von Verwaltungen und Verwaltungsfunktionen sowie der Durchführung aller mit diesem Zweck direkt oder indirekt im Zusammenhang stehenden Geschäfte aktiv (act. 3/3).

Die Beklagte ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit Sitz in Zürich, die den Betrieb einer Bank einschliesslich des gewerbsmässigen Handels mit Effekten und anderen beweglichen Vermögenswerten bezweckt (act. 3/4).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte hat in Aussicht gestellt, die Kläger 1-6 betreffende Informationen – insbesondere deren Namen – mittels einer sogenannten II.D.2-Tabelle (auch: Flow of Funds-Übersicht oder Leaver-Liste) ans *Department of Justice* (fortan DoJ) zu übermitteln. Die Kläger 1-6 wollen dies mit der vorliegenden Klage verhindern.

B. Prozessverlauf

Die Kläger 1-6 (anstelle der jetzigen Klägerin 4: H.\_\_\_\_\_ Anstalt, ...-str. ..., I.\_\_\_\_\_ [J.\_\_\_\_\_]; anstelle der jetzigen Klägerin 5: F.\_\_\_\_\_ -Anstalt, ...-str. ..., I.\_\_\_\_\_ [J.\_\_\_\_\_]) reichten am 18. Dezember 2017 (Datum Poststempel) hierorts die vorliegende Klage samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1-55). Innert der ihnen mit Verfügung vom 21. Dezember 2017 angesetzten Frist haben sie den von ihnen geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten geleistet (act. 4; act. 6/1-2). Die Klageantwort vom 19. März 2018 samt Beilagen wurde fristgerecht eingereicht (act. 9; act. 11 und act. 12/1-127). Den in der Klageantwort gestellte Verfahrens-antrag auf Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung wurde nach Einholung der klägerischen Stellungnahme mit Verfügung vom 19. April 2018 gutgeheissen und die Kläger 2-6 zur Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung von je CHF 12'850.– verpflichtet (act. 15; act. 17). Die entsprechende Sicherheit wurde in der Folge rechtzeitig geleistet (act. 21). Mit Zustimmung der Beklagten sind die Kläger 4 und 5 anstelle der H.\_\_\_\_\_ Anstalt sowie der F.\_\_\_\_\_ -Anstalt in den Prozess eingetreten, und das Rubrum wurde entsprechend angepasst. Alsdann wurde der zweite Schriftenwechsel angeordnet (act. 19; act. 20; act. 22; act. 26). Sowohl die Replik vom 4. September 2018 samt Beilagen (act. 28; act. 29/1-15) als auch die Duplik vom 14. November 2018 samt Beilagen (act. 32; act. 33/128-136) wurden in der Folge rechtzeitig erstattet. Mit ihrer Eingabe vom 3. Dezember 2018 haben die Kläger 1-6 eine Stellungnahme zu be-

haupteten Duplikaten eingereicht (act. 36), worauf die Beklagte ebenso Stellung nahm (act. 39). Alsdann haben die Kläger 1-6 eine Stellungnahme zur Präzisierung des Rechtsschutzinteresses ins Recht gereicht (act. 41).

Mit Verfügung vom 22. Januar 2019 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 37). Beide Parteien haben innert Frist ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 40; act. 42).

Wie sogleich zu zeigen ist, hat die Stellungnahme zur Präzisierung des Rechtsschutzinteresses (act. 41) keinerlei Auswirkungen auf die vorliegende Beurteilung. Die Beklagte ist dadurch nicht beschwert. Eine vorgängige Zustellung an die Beklagte unterblieb daher. Der Prozess erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

#### C. Beweisvorbringen der Parteien

Beide Parteien offerierten ihre Beweismittel form- und fristgerecht, versehen mit je einem Beweismittelverzeichnis (act. 3/1-55; act. 12/1-127; act. 29/1-15; act. 33/128-136).

### **Erwägungen**

#### **I. Formelles**

1.1. Die internationale und örtliche sowie die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 2 Ziff. 1 LugÜ i.V.m. Art. 129 und Art. 21 IPRG sowie Art. 6 Abs. 1 ZPO und § 44 lit. b GOG) und im Übrigen unbestritten geblieben. Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2/A-F; act. 8; act. 23-24). Sodann wurden sowohl der geforderte Gerichtskostenvorschuss als auch die entsprechende Sicherheit fristgerecht geleistet (act. 4; act. 6/1-2; act. 17; act. 21).

1.2. Die Kläger 1-6 beantragen, die entsprechende Datenbekanntgabe nebst dem DoJ auch an "andere amerikanische Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika" zu verbieten.

Das schutzwürdige Interesse ist eine Prozessvoraussetzung, die das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 60 ZPO). Grundsätzlich führt das Fehlen einer Prozessvoraussetzung zu einem Nichteintretensentscheid (Art. 59 Abs. 1 i.V.m. Art. 236 Abs. 1 ZPO). Ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse ist bei einer Unterlassungsklage nur dann gegeben, wenn das Verhalten der Beklagten eine künftige Persönlichkeitsverletzung ernsthaft befürchten lässt, so dass eine solche mit einer gewissen Unmittelbarkeit droht (BGE 124 III 72, E. 2a). Naturgemäss lässt sich ein künftiges Verhalten nie mit letzter Sicherheit beweisen, so dass es lediglich darum gehen kann, eine Vermutung darzutun (BGE 97 II 97, E. 5b). In welcher Intensität eine einschlägige Gefahr vorhanden sein muss, um einen Unterlassungsanspruch bejahen zu können, ist eine Rechtsfrage. Die tatsächlichen Gegebenheiten, aus denen sich eine Gefahr der dargelegten Art ergeben soll, sind vom Kläger nachzuweisen (Urteile des Bundesgerichts 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 3.2, 5A\_228/2009 vom 8. Juli 2009, E. 4.1). In seinem neusten Urteil 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018 erwog das Bundesgericht in einem ähnlich gelagerten Fall, bei welchem ein Verbot zur Datenherausgabe nebst dem DoJ auch gegenüber dem Internal Revenue Service (IRS) beantragt wurde, dass zur Bejahung eines schutzwürdigen Interesses an einem Verbot zur Datenherausgabe vom Kläger dargetan werden müsse, dass eine Datenherausgabe auch vom IRS verlangt worden sei oder ein entsprechendes Begehren bevorstehe und dass der Adressat einem solchen Begehren – mangels Verbot – auch stattgeben würde. Mangels konkreter Anhaltspunkte verneinte das Bundesgericht ein schutzwürdiges Interesse hinsichtlich einer Datenherausgabe an den IRS und hielt fest, dass die Vorinstanz diesbezüglich auf die Klage nicht hätte eintreten dürfen (E. 3.2).

Fraglich ist somit, ob vorliegend konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Datenbekanntgabe auch an andere U.S.-Behörden als das DoJ droht. Die Beklagte scheint – insbesondere vorprozessual – das DoJ mit der generellen

Bezeichnung "U.S.-Behörden" gleichzusetzen. So hat sie in ihren vorprozessualen Schreiben an die Kläger 1-6 (damals anstelle der jetzigen Klägerin 4 die H.\_\_\_\_\_ Anstalt und anstelle der jetzigen Klägerin 5 die F.\_\_\_\_\_ -Anstalt) die Datenübermittlung an die U.S.-Behörden (und nicht bloss ans DoJ) in Aussicht gestellt (act. 3/12-17). In ihren Rechtsschriften führt sie indessen aus, dass sie zu einer entsprechenden Datenübermittlung nur vom DoJ aufgefordert worden sei (act. 11 Rz. 87 ff.; act. 32 Rz. 30 ff.). Spätestens mit dem mittlerweile zwischen der Beklagten und dem DoJ abgeschlossenen *Deferred Prosecution Agreement* (fortan DPA) vom tt. und tt.mm.2018 ist nun aber offensichtlich, dass die in Frage stehende Datenbekanntgabe gegenüber dem DoJ vorgesehen ist. Davon sind denn auch die Kläger 1-6 in ihrer Replik ausgegangen (act. 28 Rz. 26 ff.). Gleich verhält es sich mit den beklagtischen Ausführungen in der Duplik (act. 32 Rz. 23 ff.). Es mag zwar zutreffen, dass das DoJ die Beklagte gemäss dem zwischen ihnen abgeschlossenen DPA dazu anhalten kann, mit dem IRS oder mit einer anderen Strafverfolgungsbehörde vollumfänglich zu kooperieren ("[...] *cooperate fully with the Department, the IRS and any other law enforcement agency so designated by this office [...]*") (vgl. act. 29/3 Rz. 13). Gleichwohl ist es aber letztlich das DoJ (und dazu gehört auch die Tax Division des DoJ), das gestützt auf das DPA eine entsprechende Datenübermittlung veranlassen würde. Daran vermögen auch die Ausführungen der Kläger 1-6 in ihrer Stellungnahme vom 12. Februar 2019 – insoweit diese nach dem eingetretenen Aktenschluss überhaupt noch zu berücksichtigen wären – nichts zu ändern. Selbst wenn nämlich eine andere U.S.-Behörde aufgrund des zwischen dem DoJ und der Beklagten abgeschlossenen DPA die Datenübermittlung der in Frage stehenden Daten verlangen würde, würde dies letztlich auf Veranlassung des DoJ geschehen, womit es sich zumindest indirekt um eine Datenbekanntgabe gegenüber dem DoJ handeln würde. Eine solche indirekte Datenbekanntgabe wäre aber ebenso von einem auszusprechenden Verbot zur Datenübermittlung erfasst. Hinzu kommt sodann, dass im jetzigen Zeitpunkt keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der IRS oder eine andere U.S.-Behörde eine entsprechende Datenübermittlung tatsächlich verlangt hätte bzw. diese Stellen vom DoJ mit dem Empfang der betreffenden Daten bezeichnet worden wären.

Dass sich die Beklagte in ihrem Eventualbegehren nicht gegen eine Datenbekanntgabe an andere U.S.-Behörden als das DoJ stellt (vgl. act. 11 Rz. 259 ff.), schadet – auch in Anbetracht ihrer übrigen Ausführungen in ihren Rechtsschriften, worin sie nur von einer Datenübermittlung ans DoJ spricht – nicht, ist das schutzwürdige Interesse doch von Amtes wegen zu prüfen.

1.3. Konkrete Anhaltspunkte für eine Datenübermittlung an andere U.S.-Behörden liegen somit nicht vor, weshalb diesbezüglich kein schutzwürdiges Interesse gegeben ist. Auf die Klage ist daher – der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend – insoweit nicht einzutreten, als sich das Verbot zur Datenübermittlung auf andere amerikanische Behörden als das DoJ bezieht. Im Übrigen ist auf die Klage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

Betreffend die Beanstandungen der Beklagten zum klägerischen Rechtsbegehren siehe Erw. II.2.3.

## **II. Materielles**

1. Drohende Persönlichkeitsverletzung durch Datenbekanntgabe ins Ausland

1.1. Ausgangslage

1.1.1. Die von der Beklagten beabsichtigte Datenübermittlung steht im Zusammenhang mit insgesamt 13 Kontobeziehungen, welche von in J.\_\_\_\_\_ domizilierten Stiftungen gehalten werden. In der Leaver-Liste erscheinen diese mit den folgenden, eigens für die Offenlegung in die USA kreierten Nummern (act. 1 Rz. 32 ff.; act. 11 Rz. 99 ff.):

- Konto Nr. 1, betreffend Stiftung 1
- Konto Nr. 2, betreffend Stiftung 2
- Konto Nr. 3, betreffend Stiftung 3
- Konto Nr. 4, betreffend Stiftung 4

- Konto Nr. 5, betreffend Stiftung 5
- Konto Nr. 6, betreffend Stiftung 6
- Konto Nr. 7, betreffend Stiftung 7
- Konto Nr. 8, betreffend Stiftung 8
- Konto Nr. 9, betreffend Stiftung 9
- Konto Nr. 10, betreffend Stiftung 10
- Konto Nr. 11, betreffend Stiftung 11
- Konto Nr. 12, betreffend Stiftung 12
- Konto Nr. 13, betreffend Stiftung 13.

Die im Zusammenhang mit dem Namen der Klägerin 1 zu übermittelnden Angaben betreffen die Konti 1, 2, 3 und 4 (Stiftungen 1-4). Die im Zusammenhang mit dem Namen des Klägers 2 zu übermittelnden Angaben betreffen die Konti 1, 2, 3, 4, 5, 6 und 7 (Stiftungen 1-7). Die im Zusammenhang mit dem Namen des Klägers 3 zu übermittelnden Angaben betreffen das Konto 8 (Stiftung 8). Die im Zusammenhang mit dem Namen der Klägerin 4 zu übermittelnden Angaben betreffen die Konti 8, 9, 10, 11 und 12 (Stiftungen 8-12). Die im Zusammenhang mit dem Namen der Klägerin 5 zu übermittelnden Angaben betreffen das Konto 11 (Stiftung 11). Und die im Zusammenhang mit dem Namen der Klägerin 6 zu übermittelnden Angaben betreffen die Konti 1, 2, 3 und 4 (Stiftungen 1-4), 7 (Stiftung 7) sowie 13 (Stiftung 13) (act. 1 Rz. 30 ff.; act. 11 Rz. 97 ff.; act. 28 Rz. 9 ff.; act. 32 Rz. 12 ff.).

1.1.2. Das DoJ führte ab September 2011 eine Strafuntersuchung gegen die Beklagte wegen Verdachts auf Unterstützung von U.S.-Bürgern bei der Steuerhinterziehung. Im Juni 2017 hat das DoJ die Beklagte ausdrücklich aufgefordert, die Daten gemäss Ziffer II.D.2 des U.S.-Programms zu liefern. Da die Beklagte die laufende Strafuntersuchung einvernehmlich und ohne Anklageerhebung abschliessen wollte, beabsichtigte sie die Offenlegung der Namen der Kläger 1-6 (anstelle der Kläger 4 und 5 zunächst die H.\_\_\_\_\_ Anstalt sowie die F.\_\_\_\_\_ Anstalt).

Am tt.mm.2018 hat die Beklagte mit dem DoJ ein *Deferred Prosecution Agreement* (fortan DPA) abgeschlossen. Demgemäss sichert das DoJ unter bestimmten Auflagen und gegen Bezahlung einer Geldsumme zu, auf die Strafverfolgung gegen die Beklagte zu verzichten. Provisorisch wurde beim zuständigen Gericht zwar eine *Information* (*engl.*, sinngemäss ein provisorischer Anklagesachverhalt) deponiert, welche jedoch bei vollständiger Erfüllung der entsprechenden Auflagen während des festgelegten Zeitraums definitiv zurückgezogen und demgemäss die Strafverfolgung eingestellt würde (act. 11 Rz. 65 ff.; act. 28 Rz. 27 ff.; act. 29/3; act. 32 Rz. 14 ff.).

## 1.2. Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes

1.2.1. Nachdem die Kläger 1-6 ihren Sitz bzw. Wohnsitz im Ausland haben, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1, DSG) enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen zu seinem räumlichen Geltungsbereich. Als öffentlich-rechtliche Bestimmungen gilt aber das Territorialitätsprinzip. Die Vorschriften des DSG gelten somit für die Bearbeitung von persönlichen Daten in der Schweiz, die den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) verletzen können (Urteil des Bundesgerichts 1C\_230/2011 vom 31. Mai 2012, E. 3.2; BELSER/NOURREDINE, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN [HRSG.], Datenschutzrecht, 2011, S. 432 ff.).

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

1.2.3. Die Beklagte bringt vor, dass den U.S.-Behörden bei zehn der vorliegend in Frage stehenden 13 Kundenbeziehungen die entsprechenden Informationen bereits aufgrund des Verfahrens betreffend *Offshore Voluntary Disclosure Initiative* (OVDI-Verfahren) bekannt seien (act. 11 Rz. 108 ff.; act. 32 Rz. 60 ff.). Die Kläger 1-6 bestreiten dies (act. 28 Rz. 62 ff.). Fraglich ist somit, ob eine Datenbekanntgabe überhaupt noch droht, mithin das DSG anwendbar ist.

Als Beweismittel reicht die Beklagte anonymisierte Gesuche um Übermittlung von Dokumenten zwecks Teilnahme am OVDI-Verfahren (act. 12/100-109), ein OVDI-Musterformular (act. 12/99), ein anonymisiertes IRS *Closing Agreement* inkl. Bestätigung durch den IRS (act. 12/110) sowie zwei Verzichtserklärungen betreffend Bankkundengeheimnis (act. 12/111-112) ins Recht. Sämtliche dieser Beweismittel sind in geschwärzter Form eingereicht worden. Als Begründung hierzu führt die Beklagte aus, dass dies zur Wahrung des Bankkundengeheimnisses geschehen sei. Den Klägern sei der Inhalt der abgedeckten Stellen bekannt. Auf Verlangen werde die Beklagte dem Gericht die geschwärzten Stellen aber offenlegen (act. 11 Rz. 6; act. 32 Rz. 8).

Die Beklagte behauptet nicht, dass aus den eingereichten Unterlagen an den geschwärzten Stellen die klägerischen Namen hervorgehen würden. Vielmehr leitet sie aus den eingereichten Schreiben der wirtschaftlich Berechtigten der betreffenden Kundenbeziehungen, dem genannten *Closing Agreement* sowie den zwei Verzichtserklärungen betreffend Bankkundengeheimnis (act. 12/100-112) ab, dass die entsprechenden Kundenbeziehungen offengelegt worden und folglich dem IRS im Rahmen des OVDI-Verfahrens – anlässlich welchem sämtliche Daten unter Androhung der Strafe wegen Meineids wahr, zutreffend und vollständig gemacht werden müssten (vgl. act. 12/99) – die entsprechenden Stiftungen sowie auch die Namen der Kläger 1-6 mit einer mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bekanntgegeben worden seien (act. 11 Rz. 109 ff.; act. 32 Rz. 60 ff.). Diese Schlussfolgerung ersetzt allerdings den zivilprozessual geforderten Beweis, dass der IRS im Rahmen des OVDI-Verfahrens auch tatsächlich Kenntnis von den Namen der Kläger 1-6 erhalten hat, nicht. Auch wenn daher an den geschwärzten Stellen in den betreffenden Dokumenten die entsprechenden

Kundenbeziehungen (Kontonummern und allenfalls Namen der Stiftungen) ersichtlich sein würden, so wäre damit noch nicht erwiesen, dass dabei auch tatsächlich die Namen der Kläger 1-6 – und um diese Daten geht es vorliegend – von den wirtschaftlich Berechtigten der entsprechenden Kundenbeziehungen genannt wurden. Es handelt sich dabei um eine reine Mutmassung.

Der Beweis, dass dem IRS die in Frage stehenden Namen der Kläger 1-6 im Rahmen des OVDI-Verfahrens auch tatsächlich bekanntgegeben wurden, wurde damit nicht erbracht. Es handelt sich lediglich um eine bestrittene Tatsachenbehauptung.

1.2.4. Selbst wenn dem IRS die entsprechenden Daten (Kontonummern, Namen der Stiftungen und diejenigen der Kläger 1-6) bereits bekannt wären, so wäre damit noch nicht erstellt, dass auch das DoJ von diesen Daten Kenntnis erhalten hätte. Das zu dieser Frage von der Beklagten zitierte Urteil des Richteramts Oltén-Gösgen vom 23. Juni 2016 (act. 33/134), worin es erwog, dass davon ausgegangen werden könne, dass sämtliche Daten im Rahmen des OVDI-Verfahrens auch dem DoJ bekannt seien, überzeugt nicht. Beim IRS handelt es sich um die Bundessteuerbehörde der Vereinigten Staaten von Amerika und ist dem Finanzministerium unterstellt. Das DoJ ist hingegen das Justizministerium der Vereinigten Staaten von Amerika. Auch wenn im Rahmen der Rechtspflege und der Strafverfolgung eine enge Zusammenarbeit herrschen mag, so ist damit noch nicht erwiesen, dass beide Ministerien über dieselben Daten freien Zugang hätten. Ob im Rahmen des entsprechenden OVDI-Verfahrens beim IRS, bei welchem auch Vertreter des DoJ anwesend sein können, genau über die im vorliegenden Verfahren genannten Daten (Namen der Kläger 1-6) ein Austausch stattfand, ist somit eine reine Annahme. Ob es sich sodann bei den vorliegend in Frage stehenden Daten überhaupt um *relevante* handelt, über die ein Austausch stattgefunden haben könnte, ist ebenso nicht erstellt. Daran würde auch eine Aussage eines Mitglieds des Rechtsdienstes der Beklagten nichts ändern (Beweisantrag der Beklagten). Es würde sich somit auch hier um eine reine Mutmassung handeln, die im Rahmen der zivilprozessualen Vorgaben den Beweis nicht zu erbringen vermag.

1.2.5. Dafür, dass die in Frage stehenden Daten (Namen der Kläger 1-6) dem IRS und sodann auch dem DoJ bereits bekannt sind, hat die Beklagte den Beweis nicht erbracht. Folglich fällt die beabsichtigte Datenlieferung als "Bekanntgabe" unter Art. 3 lit. f DSG. Das DSG ist somit anwendbar.

### 1.3. Persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung

1.3.1. Wer Personendaten im vorgenannten Sinne bearbeitet, darf gemäss Art. 12 DSG die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Namentlich dürfen Personendaten gemäss Art. 4 Abs. 3 DSG nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde oder der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Die Missachtung der Zweckbindung hat grundsätzlich eine Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Person zur Folge, welche dann widerrechtlich und deshalb unzulässig ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt (ROSENTHAL, in: ROSENTHAL/JÖHRI [HRSG.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 4 N. 2 f. und N. 48). Da die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland droht, darf diese nicht nur keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 12 DSG bewirken, sondern muss zusätzlich den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG genügen. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist vorab zu prüfen, zumal Art. 6 DSG eine in sich geschlossene und strengere Sonderregelung darstellt, deren Grundsätze (und Rechtfertigungsgründe) bei jeder Datenbekanntgabe ins Ausland – nebst den anderen Bestimmungen des DSG – berücksichtigt werden müssen (NOUREDDINE, in: PASSADELLIS/ROSENTHAL/THÜR [HRSG.], Datenschutzrecht – Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Rz. 3.127). Art. 6 Abs. 1 DSG bestimmt für die grenzüberschreitende Bekanntgabe weiter, dass Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden dürfen, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde. Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG gilt als schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit von Gesetzes wegen (d.h. im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung) jede Bekanntgabe in ein Land, welches über keine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügt (ROSENTHAL, in: ROSENTHAL/JÖHRI [HRSG.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zü-

rich/Basel/Genf 2008, Art. 6 Abs. 1 N. 27). Ist Letzteres der Fall, dann ist eine Datenbekanntgabe grundsätzlich rechtswidrig. Art. 6 Abs. 2 DSG enthält jedoch eine Liste von Bedingungen, unter welchen die Bekanntgabe von persönlichen Daten ins Ausland erlaubt ist, auch wenn die Anforderungen von Abs. 1 nicht erfüllt sind (MAURER-LAMBROU/STEINER, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA [HRSG.], Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N. 22c). Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG sind gegenüber denjenigen von Art. 13 Abs. 1 DSG eingeschränkt, wobei insbesondere ein überwiegendes privates Interesse zwar eine Datenbekanntgabe nach Art. 12 DSG (Art. 13 Abs. 1 DSG), nicht jedoch eine solche nach Art. 6 Abs. 1 DSG (vgl. Art. 6 Abs. 2 DSG) zu rechtfertigen vermag.

1.3.2. Das hiesige Handelsgericht und anschliessend das Bundesgericht haben bereits (mehrfach) festgehalten, dass die USA nicht über eine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleistet (Urteil des Bundesgerichts 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.1; statt vieler: Urteile des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150018-O vom 1. September 2017, E. 2.3.4.3.; HG150254-O vom 21. Juni 2017, E. II.2.2.1.; HG140186-O vom 16. Dezember 2015, E. 5.3.1; HG150048-O vom 14. Juni 2016, E. 4.1. m.w.H.). Daran vermag auch das beklagliche Vorbringen, wonach der *Privacy Act of 1974* einen Datenschutz in den USA gewährleisten würde (act. 11 Rz. 168; act. 32 Rz. 135 f.), nichts zu ändern. Der *Privacy Act of 1974* gilt nur für *Citizens of the United States* oder *aliens lawfully admitted for permanent residence* (§ 552a, act. 31/31). Damit gilt der Datenschutz gerade nicht für Nicht-US-Bürger oder Personen ohne dauerhafte Aufenthaltsgenehmigung für die USA. Umso mehr stehen den Klägern 1-6 denn auch keine ausreichenden Mittel zur Verfügung, die einen angemessenen Datenschutz in den USA gewährleisten würden. Die drohende Datenherausgabe ans DoJ stellt daher eine Persönlichkeitsverletzung dar.

Irrelevant ist, mit welcher Absicht die Personendaten bearbeitet werden. Ob die Bekanntgabe der Namen der Kläger 1-6 sowie deren Funktion im Zusammenhang mit den betreffenden Konti das DoJ zu einer Strafverfolgung veranlassen würde,

ist denn auch nicht entscheidend.

1.3.3. Demnach droht durch die beabsichtigte Bekanntgabe der Namen der Kläger 1-6 gegenüber dem DoJ eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO, welche nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO nicht widerrechtlich wäre.

1.4. Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO

1.4.1. Die Beklagte erachtet in ihrer Eventual- bzw. Subeventualbegründung die beabsichtigte Personendatenübermittlung in die USA als zur Wahrung der Rechte der Beklagten in einem ausländischen Verfahren als unerlässlich bzw. durch ein überwiegendes öffentliches Interesse als gerechtfertigt (vgl. act. 11 Rz. 52 ff. und Rz. 176 ff.; act. 32 Rz. 78 ff.). Damit beruft sich die Beklagte auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO (beide Satzteile).

1.4.2. Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO können Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden, obschon die dortige Gesetzgebung keinen angemessenen Schutz gewährleistet, wenn die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist. Die Bestimmung betrifft Einzelfälle, also konkrete Situationen; die systematische und regelmässige Datenbekanntgabe wird dadurch nicht gerechtfertigt. Dennoch können die übermittelten Daten eine oder mehrere Personen betreffen (zum Ganzen: MAURER-LAMBROU/STEINER, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA, [HRSG.] Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N. 32 f.; PASSADELIS, in: PASSADELIS/ROSENTHAL/THÜR [HRSG.], Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Basel 2015, Ziff. 6.59 ff; EPINEY/FASNACHT, in: BELSER/EPINEY/WALDMANN [HRSG.], Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 10 Rz. 23). Da eine Widerrechtlichkeit vermutet wird, trifft die "Verletzerin" (also diejenige, welche die Daten bekanntgeben will) die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO (RAMPINI, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA, [HRSG.] Basler Kommentar, a.a.O., Art. 15 N. 3).

Die Unerlässlichkeit ist somit für diesen Rechtfertigungsgrund (beide Satzteile) zwingende Voraussetzung. Als unerlässlich – d.h. als notwendig – erachtet das Bundesgericht eine Datenlieferung etwa dann, wenn ohne sie davon auszugehen wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt (werden) würde (Urteil des Bundesgerichts 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4.). Das Bundesgericht hat im genannten Urteil eine Datenlieferung im Rahmen des 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 (Urteil des Bundesgerichts 4A\_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.4; vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 5.2).

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

1.4.3. Die Beklagte setzt sich mit dem Erfordernis der Unerlässlichkeit kaum auseinander. Hinsichtlich der Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht macht die Beklagte in ihrer Eventualbegründung keinerlei substantiierten Ausführungen dazu, inwiefern die Bekanntgabe der Personendaten der Kläger 1-6 hierfür notwendig sein sollen (vgl. act. 11 Rz. 52 ff. und Rz. 176; act. 32 Rz. 78 ff.). Entsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu. Demnach kann auch offen bleiben, ob mit der in Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG enthaltenen Wendung "vor einem Gericht" nach geltendem Recht ebenso ein Behördenverfahren miteingeschlossen wäre (vgl. act. 11 Rz. 52 ff.; act. 32 Rz. 78 ff.).

Weiter sieht die Beklagte in ihrer Subeventualbegründung die Gefahr eines Wi-

derrufs des DPA durch das DoJ als möglich, weshalb sie – auch in Anbetracht der hohen Anzahl der die Beklagte betreffenden hängigen datenschutzrechtlichen Verfahren – von einem überwiegenden öffentlichen Interesse ausgeht. Hierzu führt sie im Wesentlichen aus, dass ohne die Datenlieferung davon auszugehen wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren würde (act. 11 Rz. 177 ff.; act. 32 Rz. 85 ff.). Diese pauschale Betrachtungsweise vernachlässigt allerdings das – auf den Einzelfall bezogene – Erfordernis der Unerlässlichkeit von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO, welches kumulativ gegeben sein muss. Damit von einer unerlässlichen bzw. notwendigen Datenlieferung gesprochen werden könnte, müsste die Anklageerhebung im Urteilszeitpunkt – wie erwähnt – *konkret* drohen; sie darf nicht bloss möglich sein. Die Beklagte zeigt nicht auf, dass und inwiefern das DoJ ihr konkret – d.h. gerade bezüglich der Nichtlieferung der in Frage stehenden Daten (Namen der Kläger 1-6) – angedroht hätte, das DPA zu widerrufen und Anklage zu erheben. Daran vermag auch die Vielzahl von hängigen datenschutzrechtlichen Verfahren, welche die Beklagte betreffen, nichts zu ändern.

Demnach wurde die Unerlässlichkeit der Datenlieferung nicht hinreichend darge-  
tan.

1.4.4. Hinsichtlich der von der Beklagten geltend gemachten Gefahr eines Widderrufs des DPA durch das DoJ sowie einer erneuten Entfachtung des Steuerstreits mit den USA ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass seit dem genannten Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 (4A\_83/2016) bis heute keine tatsächlichen Entwicklungen eingetreten sind, die im Hinblick auf vergleichbare Streitfälle eine andere als die bundesgerichtliche Einschätzung der Situation im Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA nahe legen würden (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018, E. 5.2). Die Beklagte bringt nichts vor, was auf eine mittlerweile angespanntere Situation hindeuten würde. Die Vielzahl der die Übermittlung verbietenden Gerichtsentscheide reicht hierfür nicht aus. Es sind somit keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA im Falle eines gerichtlichen Verbots zur Herausgabe der in Frage stehenden Daten erneut entfacht würde. Ohnehin kann die in Frage stehende Datenherausgabe zur Wahrung

überwiegender öffentlicher Interessen heute auch deshalb nicht (mehr) allgemein als unerlässlich bezeichnet werden, weil das DoJ die mittlerweile von diversen schweizerischen Gerichten angeordneten Verbote zur Datenherausgabe zu respektieren scheint. Nicht zuletzt deshalb hiess denn auch das Handelsgericht des Kantons Zürich in mehreren gleich gelagerten Fällen die entsprechenden Unterlassungsklagen gut (vgl. die [rechtskräftigen] Urteile HG160058-O vom 26. März 2018, HG160128-O vom 21. März 2018, HG150254-O vom 8. Januar 2018, HG160049 vom 14. Dezember 2017, HG150022-O vom 24. November 2017, HG150020-O vom 3. November 2017, HG150018-O vom 1. September 2017, HG150080-O vom 6. Juli 2017, HG150100-O vom 6. Juli 2017 und HG150254-O vom 21. Juni 2017).

1.4.5. Eine konkrete Bedrohungssituation für die Beklagte liegt damit im heutigen Zeitpunkt nicht vor. Die beabsichtigte Datenbekanntgabe kann demnach weder für die Ausübung/Durchsetzung der behaupteten Rechtsansprüche vor Gericht noch zur Wahrung der von der Beklagten geltend gemachten öffentlichen Interessen als unerlässlich bezeichnet werden.

1.4.6. Damit erübrigt es sich, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Folglich braucht auch nicht auf das beklagliche Vorbringen bezüglich des Datenschutzes bei juristischen Personen eingegangen zu werden (vgl. act. 11 Rz. 60 ff.; act. 32 Rz. 83 f.).

1.4.7. Die Kläger 1-6 berufen sich zur Begründung des Unterlassungsanspruchs zudem auf Art. 47 BankG sowie Art. 271 StGB und Art. 273 StGB (act. 28 Rz. 117 ff.). Ob die angerufenen Straftatbestände erfüllt sind und im vorliegenden Zivilprozess überhaupt einen durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung einer drohenden Verletzung zu begründen vermögen (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG140186 vom 16. Dezember 2015, E. 2 ff.), kann bei diesem Ausgang des Verfahrens offengelassen werden. Entsprechend sind auch die diesbezüglichen beklaglichen Ausführungen obsolet.

Gleiches gilt für die weiteren Vorbringen der Parteien, insbesondere betreffend Zweckbindung der Datenbeschaffung bzw. -bearbeitung, Pflicht der Beklagten zur

Datenlieferung gemäss NPA sowie Umgehung der Amts- und Rechtshilfebestimmungen.

## 1.5. Fazit

Durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der Namen der Kläger 1-6 ans DoJ droht eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung für die Kläger 1-6. Für eine solche Datenbekanntgabe besteht kein Rechtfertigungsgrund, da diese weder für die Ausübung/Durchsetzung der behaupteten Rechtsansprüche vor Gericht noch zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich ist.

## 2. Durchsetzbarkeit des Datenschutzes

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

2.2. Da durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der Personendaten der Kläger 1-6 ans DoJ eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung für die Kläger 1-6 droht, kann gegenüber der Beklagten gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB grundsätzlich ein Verbot zur Datenübermittlung ausgesprochen werden.

2.3. Die Beklagte führt in ihrem Eventualbegehren aus, dass das auszusprechende Verbot auf die Übermittlung von Personendaten der betroffenen Kläger im Rahmen des abgeschlossenen DPA zu begrenzen sei. Dies deshalb, weil Gegenstand des Verfahrens nur Personendaten seien, nur die Übermittlung der Daten an U.S.-Behörden zur Diskussion stünde und es ausschliesslich um die Daten-

übermittlung im Rahmen des abgeschlossenen DPA gehe (act. 11 Rz. 259 ff.; act. 32 Rz. 11).

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 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. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110005-O vom 12. Juli 2012, E. 3.3 m.w.H.; BGE 131 III 70, E. 3.3).

Die Beanstandungen der Beklagten hinsichtlich des klägerischen Rechtsbegehrens verfangen nicht. Zunächst ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Daten gemäss Art. 3 lit. a DSG um Angaben handelt, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Genau daran orientiert sich auch das klägerische Rechtsbegehren mit "die Kläger identifizierende, bezeichnende oder betreffende Dokumente und Informationen". Gegenstand des Verfahrens sind somit ohnehin Personendaten. Nicht nachvollziehbar sind daher die diesbezüglichen beklagtischen Vorbringen (act. 11 Rz. 261). Im Weiteren geht es vorliegend um eine Datenübermittlung ans DoJ. Nachdem die entsprechende Datenübermittlung ans DoJ bei dieser Sach- und Rechtslage im Rahmen des DSG als unrechtmässig qualifiziert wurde, ist denn auch nicht entscheidend, in welchem Rahmen (wie vorliegend im Rahmen des DPA) die in Frage stehenden Daten übermittelt werden sollen. Damit verfängt auch diese beklagtische Beanstandung (act. 11 Rz. 263; act. 32 Rz. 11) nicht. Sodann muss mit einem auszusprechenden Verbot auch eine Umgehungshandlung unterbunden werden, weshalb es geradezu erforderlich ist, die indirekte Datenübermittlung zu erfassen. Das gilt für die Art und Weise, wie

die Daten in den Dokumenten und Informationen enthalten sind, als auch für die Bekanntgabe der Daten über Dritte. Gegen die klägerische Formulierung "direkt oder indirekt" ist daher nichts einzuwenden. Von daher vermögen denn auch diese beklagischen Vorbringen (act. 11 Rz. 262) nicht zu überzeugen.

2.4. Um den gerichtlichen Anordnungen Nachdruck zu verleihen, ist das Verbot für den Widerhandlungsfall antragsgemäss mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) zu verbinden. Die Kläger 1-6 beantragen zusätzlich eine Strafan drohung an die Geschäftsleiter. Der dem deutschen und österreichischen Recht entnommene Ausdruck "Geschäftsleiter" ist dem schweizerischen Obligationenrecht fremd. Es wurde weder dargetan noch ist ersichtlich, wer damit gemeint sein könnte. Ein internes Organigramm liegt nicht vor. In Anbetracht dessen, dass eine Bestrafung nach Art. 292 StGB voraussetzt, dass die betroffenen Personen von der Androhung Kenntnis erlangen, mithin klar sein muss, an wen sich die Androhung richtet, kann der beantragten Strafan drohung an die Geschäftsleiter somit nicht stattgegeben werden. Nachdem das Gericht über die Anordnung der Vollstreckungsmassnahmen nach seinem eigenen Ermessen entscheidet, hat dies für den Ausgang des Verfahrens (insbesondere für die Kostenverteilung) keinerlei Relevanz.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht (RÜEGG, in: SPÜLER/TENCHIO/INFANGER [HRSG.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 91 N. 3 ff.). Mit den Parteien ist von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Er beträgt praxisgemäss CHF 500'000.– pro Partei, vorliegend also CHF 3'000'000.–.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Es ist von einem

durchschnittlich aufwendigen Verfahren auszugehen. Die Gerichtsgebühr ist daher in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 50'000.– festzusetzen.

3.2. Wie gesehen ist auf die Klage, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung auf andere Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika bezieht, nicht einzutreten. Die Kläger 1-6 unterliegen somit in diesem Punkt und haben hierfür die Kosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine anderweitige Kostenverteilung im Sinne von Art. 107 ZPO rechtfertigt sich vorliegend nicht. Zwar hat die Beklagte vorprozessual die Datenübermittlung generell an die U.S.-Behörden in Aussicht gestellt und teilweise das DoJ mit der Bezeichnung U.S.-Behörden gleichgestellt. Allerdings ging bereits aus der Klageantwort hervor, dass die Beklagte lediglich vom DoJ zur Übermittlung der betreffenden Daten aufgefordert wurde. Sodann lagen spätestens mit Abschluss des DPA keine konkreten Anhaltspunkte einer Gefahr zur Datenübermittlung an andere U.S.-Behörden mehr vor. Dennoch haben sich die Kläger 1-6 in ihrer Stellungnahme vom 12. Februar 2019 – unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_250/2018 vom 1. Oktober 2018, dem das Handelsgericht Folge leistet – nach wie vor auf den Standpunkt gestellt, dass ein schutzwürdiges Interesse auch in Bezug auf andere U.S.-Behörden als das DoJ gegeben sei. Auch deshalb rechtfertigt es sich, den Klägern 1-6 die diesbezüglichen Kosten aufzuerlegen.

In Anbetracht dessen, dass die Kläger 1-6 nur in einem vergleichsweise geringen Teil unterliegen, rechtfertigt es sich, ihnen die Kosten im Umfang von einem Fünftel unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen. Nachdem bei der Kostenverteilung das Verhältnis ihres Unterliegens massgebend ist, ist denn auch – entgegen der Kläger 1-6 (act. 41 Rz. 23 f.) – nicht entscheidend, wieviel dies hinsichtlich des Streitwerts letztlich in Zahlen ausgedrückt wäre. In Anbetracht des Verhältnisses zwischen einem Verbot betreffend aller U.S.-Behörden und einem solchen nur gegenüber dem DoJ erscheint dies durchaus als angemessen.

Im übrigen Umfang von vier Fünfteln sind die Kosten der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem von den Klägern 1-6 geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Den

Klägern 1-6 ist für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten von vier Fünfteln das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

3.3. Es sind Parteientschädigungen zu entrichten. Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003), wobei sich diese ebenfalls in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse richtet. Zur Grundgebühr kommt ein Zuschlag für die eingereichte zweite Rechtschrift hinzu (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Angesichts des Gegenstands der Klage sowie der klägerischen Ausführungen trägt der Umstand, dass es sich um sechs Kläger handelt, nicht zu einer Erhöhung der Gebühr im Sinne von § 8 AnwGebV bei. Ausgehend von einem Streitwert von CHF 3'000'000.– ist daher – in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV – sowohl für die Kläger 1-6 als auch für die Beklagte von einer Parteientschädigung von je CHF 60'000.– auszugehen.

Nachdem die Kläger 1-6 zu einem Fünftel unterliegen, hat die Beklagte den Klägern 1-6 in Verrechnung ihrer zuzusprechenden Parteientschädigung von einem Fünftel (CHF 12'000.–) eine Parteientschädigung von drei Fünfteln (CHF 36'000.–) zu bezahlen (CHF 48'000.– [vier Fünftel] abzüglich CHF 12'000.– [ein Fünftel]). Die für die Parteientschädigung der Beklagten von den Klägern 2-6 geleistete Sicherheit ist diesen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung nach erfolgter Beschwerde zurückzuerstatten.

Die Kläger 1-6 verlangen die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer (act. 2 S. 2). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände sind zu behaupten und zu belegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Kläger 2-6 haben ihren Sitz

bzw. Wohnsitz nicht in der Schweiz. Damit ist bereits fraglich, ob bezüglich der Kläger 2-6 die erbrachten Leistungen der klägerischen Rechtsvertretung überhaupt der Mehrwertsteuerpflicht unterliegen. Jedenfalls legen dies die Kläger 2-6 nicht dar und behaupten im Übrigen auch keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Hinzu kommt sodann, dass für die Klägerin 1-3, denen als natürliche Personen die Parteientschädigung grundsätzlich unter Zuzug der Mehrwertsteuer zuzusprechen wäre, nicht dargetan wurde, welche konkreten Leistungen der Rechtsvertretung die Kläger 1-3 betreffen. Eine Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer für die Kläger 1-3 wäre daher ohnehin nicht möglich. Folglich ist den Klägern 1-6 die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte keinerlei Ausführungen zur grundsätzlichen Möglichkeit des Vorsteuerabzugs macht, weshalb ihr die Parteientschädigung denn auch ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen gewesen wäre.

#### **Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung auf andere Behörden der Vereinigten Staaten von Amerika als das US Department of Justice (DoJ) bezieht.
2. Über die Kosten- und Entschädigungfolgen wird im nachfolgenden Erkenntnis entschieden.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **und erkennt sodann:**

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) im Widerhandlungsfall verboten, dem US Department of Justice (DoJ) in irgendeiner Wei-

se direkt oder indirekt die Kläger 1-6 identifizierende, bezeichnende oder betreffende Dokumente oder Informationen, namentlich über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten oder im Zusammenhang mit diesen geschäftlichen Aktivitäten, zu übermitteln, herauszugeben oder sonstwie direkt oder indirekt zugänglich zu machen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 50'000.–.
3. Die Kosten werden zu einem Fünftel (CHF 10'000.–) unter solidarischer Haftung den Klägern 1-6 und zu vier Fünfteln (CHF 40'000.–) der Beklagten auferlegt und aus dem von den Klägern 1-6 geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Den Klägern 1-6 wird für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten (CHF 40'000.–) das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern 1-6 eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 36'000.– zu bezahlen.

Die für die Parteientschädigung der Beklagten von den Klägern 2-6 geleistete Sicherheit wird diesen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung nach erfolgter Beschwerde zurückerstattet.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger 1-6 unter Beilage des Doppel von act. 42 und an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 40 und act. 41.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 3'000'000.–.

Zürich, 6. März 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Roland Schmid

Roman Kariya