



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, Handelsrichter Martin Fischer, Handelsrichter Thomas Steinebrunner und Handelsrichterin Ursula Suter sowie die Gerichtsschreiberin Susanna Schneider

## Urteil vom 4. Mai 2021

in Sachen

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

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

Kläger

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

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

gegen

**C.\_\_\_\_\_ SA**,

Beklagte

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

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

betreffend **Datenschutz**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

" Es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, wobei der Begriff Personendaten auch alle Daten umfasst, welche die Kläger bestimmbar machen (d.h. u.a. solche in pseudonymisierter und verschlüsselter / codierter Form, wie Kontonummern oder andere Kundennummern), insbesondere sei der Beklagten zu verbieten, eine die Kläger betreffende sog. II.D.2-Liste, ein sog. II.D.4-Datenblatt oder ähnliches an US-Behörden zu übermitteln, unter Androhung gegen die Organe der Beklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten, insbesondere sei die Beklagte zu verpflichten, die Gerichtskosten des Massnahmenverfahrens (Geschäfts-Nr. HE190100-O) von CHF 15'500.– zu erstatten sowie für das gesamte Massnahmenverfahren eine angemessene Parteientschädigung im Umfang von CHF 16'000.– zu entrichten."

### **Sachverhaltsübersicht und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin 1 ist eine Gesellschaft mit Sitz in Panama. Der Kläger 2 (nachfolgend zusammen mit der Klägerin 1: Kläger) ist eine natürliche, in Israel wohnhafte Person.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine als Schweizer Aktiengesellschaft organisierte Bank mit Sitz in Genf. Die Klägerin 1 eröffnete im Jahre 2003 diverse Konten bei der damaligen D.\_\_\_\_\_ AG. Diese Bankbeziehung ging bei der Übernahme der D.\_\_\_\_\_ AG auf die Beklagte über und wurde im Jahre 2012 beendet. Der Kläger 2 wurde in Bezug auf das Konto der Klägerin 1 ursprünglich als wirtschaftlich Berechtigter aufgeführt (act. 21/10), wobei die Richtigkeit dieser Angabe zwischen den Parteien strittig ist (act. 1 Rz. 35-37; act. 19 Rz. 34, 36 f., 60 ff.; act. 29 Rz. 146).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte plant, gestützt auf das von ihr im Rahmen ihrer Teilnahme am vom US Department of Justice (nachfolgend: DoJ) eingerichteten "Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks" (nachfolgend: DoJ-Programm) vom 29. August 2013 mit dem DoJ mit Datum vom 4. Januar 2016 abgeschlossene "Non-Prosecution Agreement" (nachfolgend: NPA), Daten hinsichtlich der von der Klägerin 1 bei der Beklagten geführten Konten zu übermitteln. Diese Datenübermittlung wollen die Kläger mit vorliegender Klage verhindern, wobei sie den von ihnen geltend gemachten Unterlassungsanspruch einerseits auf auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflichten im Sinne von Art. 398 Abs. 2 OR (act. 1 Rz. 77-81), andererseits auf das Datenschutzrecht (insbes. Art. 6 DSG) bzw. die allgemeinen Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 f. ZGB; act. 1 Rz. 82-106) stützen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage.

Streitpunkt bildet dabei in erster Linie die Qualifikation der für die Übermittlung bestimmten Informationen als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG. Weiter ist zwischen den Parteien (noch; vgl. zur örtlichen Zuständigkeit des hiesigen Gerichts sowie zum Rechtsschutzinteresse der Kläger den rechtskräftigen Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 4. Februar 2020; act. 25 sowie nachfolgend Ziff. 1.1 und Ziff. 0) strittig, ob der Kläger 2 für die vorliegende Klage aktivlegitimiert ist und ob die streitgegenständlichen Konten überhaupt einen für die Übermittlungspflicht gemäss DoJ-Programm vorausgesetzten US-Bezug aufweisen. Schliesslich liegen auch der beabsichtigte Umfang der Datenlieferung durch die Beklagte und das Bestehen eines (nach-)vertraglichen Unterlassungsanspruchs der Kläger im Streit.

B. Prozessverlauf

a. Massnahmeverfahren

Dem vorliegenden Verfahren ging ein Massnahmeverfahren vor dem Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich voraus (HE190100). Mit Urteil vom

21. Mai 2019 verbot das Einzelgericht der Beklagten vorsorglich, Personendaten der Kläger, insbesondere Informationen nach Ziff. II.D.2 und Ziff. II.D.4 des DoJ-Programms, direkt oder indirekt dem DoJ bekannt zu geben oder zugänglich zu machen, und setzte den Klägern Frist bis 22. Juli 2019, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen (act. 4/17).

b. Klageeinleitung

Am 19. Juni 2019 reichten die Kläger hierorts die Klage ein (act. 1).

c. Wesentliche Verfahrensschritte

Mit Verfügung vom 25. Juni 2019 wurde den Klägern Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 31'000.– angesetzt, welcher fristgerecht einging (act. 5, 7). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 19. Juli 2019 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8). Mit Eingabe vom 19. August 2019 stellte die Beklagte in Bezug auf die Klägerin 1 Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung und auf Abnahme der Frist für die Klageantwort (act. 10). Mit Verfügung vom 20. August 2019 wurde den Klägern Frist zur Stellungnahme zum beklagtischen Sicherstellungsantrag angesetzt und der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abgenommen (act. 11). Nach Eingang der Stellungnahme der Kläger vom 22. August 2019 (act. 13) wurde der Klägerin 1 mit Verfügung vom 28. August 2019 Frist angesetzt, um für die Parteientschädigung eine Sicherheit in der Höhe von CHF 20'410.– zu leisten, welche in der Folge fristgerecht einging (act. 14, 16). Mit Eingabe vom 25. November 2019 erstattete die Beklagte die Klageantwort innert der ihr mit Verfügung vom 23. September 2019 (neu) angesetzten Frist (act. 17, 19). Mit Verfügung vom 28. November 2019 wurde den Klägern Frist angesetzt, um zu dem in der Klageantwort erhobenen Nichteintretensantrag der Beklagten Stellung zu nehmen (act. 22). Nach Eingang der klägerischen Stellungnahme vom 11. Dezember 2019 (act. 24) wurde mit Beschluss vom 4. Februar 2020 die Unzuständigkeitseinrede in Bezug auf die Klage des Klägers 2 abgewiesen. Weiter wurde auf die Klage der Kläger insoweit nicht eingetreten, als sich das Verbot zur Datenübermittlung nicht ausschliesslich auf das DoJ bezieht (act. 25). Mit Verfügung vom 30. März 2020

wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 27). Die Replik datiert vom 20. Mai 2020 (act. 29). Die Duplik wurde unter dem 31. August 2020 erstattet (act. 33). Die Kläger liessen sich dazu mit Eingabe vom 10. September 2020 vernehmen (act. 37). Die Stellungnahme der Kläger wurde der Beklagten am 17. September 2020 zugestellt (act. 39), welche sich dazu nicht mehr äusserte.

Die Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 42 f.).

Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Parteivorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sich dies als zur Entscheidungsfindung notwendig erweist.

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

Mit Beschluss vom 4. Februar 2020 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich seine örtliche Zuständigkeit in Bezug auf den Kläger 2 gestützt auf Art. 129 IPRG bejaht und die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten abgewiesen (act. 25 Erw. lit. B. S. 3 ff.; Dispositivziffer 1). Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen. Die örtliche Zuständigkeit in Bezug auf die Klägerin 1 ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 1 LugÜ und ist im Übrigen unstrittig. Die sachliche Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO und § 44 lit. b GOG zu bejahen.

#### 1.2. Prosequierungsfrist

Mit Einreichung der vorliegenden Klage am 19. Juni 2019 haben die Kläger die ihnen im vorprozessualen Massnahmeverfahren angesetzte Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache eingehalten. Damit wurde das vorsorglich angeordnete Verbot aufrechterhalten (Art. 263 ZPO e contrario).

### 1.3. Rechtsschutzinteresse

Mit Beschluss vom 4. Februar 2020 wurde das Rechtsschutzinteresse der Kläger insoweit verneint, als sich das Datenübermittlungsverbot auf andere U.S.-Behörden als das DoJ und auf eine Datenübermittlung ins Ausland allgemein bezieht. Dementsprechend wurde auf die Klage nicht eingetreten, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung nicht ausschliesslich auf das DoJ bezieht (act. 25 Erw. lit. C. S. 8 ff.; Dispositivziffer 2). Dieser Beschluss blieb unangefochten. Die nachfolgende Prüfung hat sich demzufolge auf eine Datenübermittlung an das DoJ zu beschränken.

### 1.4. Weitere Prozessvoraussetzungen

Nachdem die Kläger den ihnen auferlegten Gerichtskostenvorschuss sowie die Sicherheit für die Parteientschädigung rechtzeitig geleistet haben (vgl. vorstehend) und auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten.

## 2. Aktivlegitimation des Klägers 2

### 2.1. Streitpunkte

Die Beklagte bestreitet vorliegend die Aktivlegitimation des Klägers 2. Sie macht geltend, der Kläger 2 sei weder Kontoinhaber noch beabsichtige sie irgendwelche ihn betreffende oder identifizierbar machende Daten an das DoJ zu übermitteln. Er könne sich vorliegend somit weder auf Vertrag noch auf das Datenschutzgesetz noch auf das Bankgeheimnis stützen. Mangels Anspruchsgrundlage komme ihm keine Aktivlegitimation zu (act. 19 Rz. 101).

### 2.2. Rechtliches

Art. 15 DSG verweist für die Klagerechte auf Art. 28, 28a und 28l ZGB. Der Schutz der Persönlichkeit kann von demjenigen in Anspruch genommen werden, der sich in seiner Persönlichkeit verletzt fühlt bzw. von einer Verletzung seiner Persönlichkeit bedroht wird. Sowohl natürliche als auch juristische Personen können sich auf den Persönlichkeitsschutz berufen (Basler Kommentar, Zivilgesetz-

buch I, 6. Aufl. 2018, N. 32 zu Art. 28 und N 2 zu Art. 28a ZGB, je m.w.H.). Das DSG schützt nur die betroffenen Personen, d.h. natürliche oder juristische Personen, über welche Daten bearbeitet werden oder wurden (RAMPINI, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 15 DSG).

### 2.3. Würdigung

Der Kläger 2 wurde – zumindest nach beklagtischer Auffassung zu Recht (act. 19 Rz. 67) – bis ins Jahr 2010 in Bezug auf die Konten der Klägerin 1 als wirtschaftlich Berechtigter aufgeführt. Insofern ist er mit den betreffenden Konten verbunden. Im Fact Sheet wird der Kläger 2 denn auch mit der Abkürzung "BO1" mehrfach erwähnt (vgl. act. 3/11/2; Überschriften "BO/POAs (Citizenship/Residency)" und "Chronology of identification"), sodass die Beklagte nur schwer behaupten kann, sie beabsichtige keine den Kläger 2 betreffende Daten zu übermitteln. Ob die für die Übermittlung bestimmten Daten eine Identifizierbarkeit des Klägers 2 erlauben, ist nicht eine Frage der Aktivlegitimation, sondern der Begründetheit des klägerischen Unterlassungsanspruchs. Somit ist der Kläger 2 zumindest für den datenschutzrechtlichen Rechtsschutz aktivlegitimiert. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sind die weiteren Rechtsgrundlagen ohnehin nicht zu prüfen, sodass auch die Aktivlegitimation des Klägers 2 in dieser Hinsicht offengelassen werden kann.

### 2.4. Fazit

Der Kläger 2 ist für die vorliegende Klage (zumindest für den Rechtsschutz gemäss DSG) aktivlegitimiert.

## 3. Drohende persönlichkeitsverletzende Datenbekanntgabe ins Ausland

### 3.1. Ausgangslage und Streitpunkte

Die Klägerin 1 eröffnete im Jahre 2003 diverse Konten bei der damaligen D.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: D.\_\_\_\_\_). Die D.\_\_\_\_\_ wurde von der Beklagten übernommen. Die Bankbeziehung der Klägerin 1 ging in der Folge auf die Beklagte über und

wurde schliesslich im Jahre 2012 beendet. Die Konten Nr. 1, 2 und 3 wurden im März 2012, das Konto Nr. 4 im August 2012 geschlossen (act. 1 Rz. 35-37; act. 19).

Die Beklagte hat im Rahmen des DoJ-Programms (act. 3/19) am 4. Januar 2016 mit dem DoJ ein NPA (act. 3/20) abgeschlossen. Vor diesem Hintergrund beabsichtigt die Beklagte anerkanntermassen (act. 33 Rz. 9 f., 32, 46), eine sogenannte II.D.2-Liste zumindest mit den Informationen gemäss act. 3/11/1 und ein sogenanntes Fact Sheet mit den Informationen gemäss act. 3/11/2 an das DoJ zu übermitteln, wobei die Kläger geltend machen, dass die Beklagte in Tat und Wahrheit beabsichtige, zusätzliche, in der genannten II.D.2-Liste zwar nicht aufgeführte, aber vom DoJ-Programm bzw. vom NPA ausdrücklich verlangte Informationen an das DoJ zu liefern (vgl. dazu im Einzelnen act. 29 Rz. 10-30). Letzteres wird von der Beklagten bestritten (vgl. dazu im Einzelnen act. 33 Rz. 8-18, 30, 32).

Hauptstreitpunkt bildet unter diesem Titel, wie erwähnt, die Qualifikation der (unbestrittenermassen) für die Übermittlung an das DoJ bestimmten Informationen als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO. Die Kläger machen geltend, die in der II.D.2.-Liste (act. 3/11/1) und dem Fact Sheet (act. 3/11/2) verzeichneten Informationen seien als Personendaten zu qualifizieren, weil sie nicht anonym, sondern – wenn überhaupt – pseudonymisiert seien und noch immer eine Identifizierung der Kläger durch das DoJ erlaubten bzw. sie für das DoJ bestimmbar machten. Die Kläger bringen in dieser Hinsicht verschiedene dem DoJ zur Verfügung stehende Identifikationsmechanismen vor (Abgleich Transaktionsdaten des SWIFT- oder CHIPS-Zahlungsverkehrs, Auswertung Transaktionsdaten via BSA Reports, Big Data Analysis, Analyse des sozialen Netzwerkes, Amts- und Rechtshilfeverfahren; vgl. dazu im Einzelnen act. 1 Rz. 10, 13, 53-56; act. 29 Rz. 33-38, 54-98).

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die zur Übermittlung bestimmten Dokumente keine Personendaten der Kläger enthielten, weil sie die darin verzeichneten Informationen ausreichend anonymisiert bzw. pseudonymisiert habe. Sie habe namentlich sämtliche Überweisungsbeträge in USD umge-

rechnet, die Transaktionen addiert und nur das monatliche Total ausgewiesen sowie das ermittelte Total auf die nächsten CHF 100'000 aufgerundet. Die Beklagte weist weiter darauf hin, dass die Namen der Kläger in den betreffenden Unterlagen nicht enthalten seien. Auch fänden sich darin keine Namen von Bankmitarbeitern und Drittpersonen, welche mit den betreffenden Konten in Verbindung gestanden seien. Bei den in den betreffenden Dokumenten den Konten der Klägerin 1 zugewiesenen Nummern (5, 6, 7 und 8) handle es sich denn auch nicht um Konto- oder Kundennummern, sondern um Kontrollnummern, welche ausschliesslich der Beklagten bzw. nur einer sehr beschränkten Anzahl Mitarbeiter der Beklagten eine Identifizierung der dahinter stehenden Kontobeziehung erlaubten. Die Beklagte bringt sodann vor, dass aufgrund der beschriebenen Massnahmen dem DoJ keine Informationen übermittelt würden, welche aus dessen Sicht mit einer Person in Verbindung gebracht werden könne. Es sei aufgrund der von der Beklagten getroffenen Massnahmen für das DoJ auch nicht mehr möglich, einzelne Zahlungen zurückzuverfolgen. Sie bestreitet alsdann – abgesehen vom Amts- und Rechtshilfeverfahren (vgl. dazu sogleich Ziff. 3.3.1) – die von den Klägern geltend gemachten Identifikationsmechanismen des DoJ (act. 19 Rz. 54 f., 82-86, 89-98, 115; act. 33 Rz. 31, 43, 72-123).

## 3.2. Rechtliches

### 3.2.1. Geltungsbereich DSG

Da die Kläger 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. Für das DSG als öffentlich-rechtlicher Erlass gilt das Territorialitätsprinzip. Die Vorschriften des DSG gelten somit – auch betreffend die Kläger – für die Bearbeitung von persönlichen Daten in der Schweiz, die den grundrechtlichen Anspruch auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) verletzen könnte (BGE 138 II 346 E. 3.2; BELSER/NOURREDINE, in: Belser/Epiney/Waldmann [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2011, S. 432 ff.).

Vorliegend ist in dieser Hinsicht Schweizer Recht anzuwenden, was zwischen den Parteien denn auch unstrittig ist (act. 1 Rz. 74; act. 19). Das klägerische Gesuch stützt sich insbesondere auf Art. 6 DSG. Diese Bestimmung gilt gestützt auf Art. 18 IPRG für alle von der Schweiz aus gelieferten Daten (*lois d'application immédiate*; vgl. DASSER/DAL MOLIN, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2021, N. 56 zu Art. 139 IPRG).

### 3.2.2. Voraussetzungen grenzüberschreitender Datenbekanntgabe (Art. 6 DSG)

Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen (Art. 2 Abs. 1 DSG). Bearbeiten ist jeder Umgang mit Personendaten, insbesondere auch das Bekanntgeben von Daten (Art. 3 lit. e DSG). Bekanntgeben ist das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben und Veröffentlichen (Art. 3 lit. f DSG). Wer Personendaten bearbeitet bzw. bekannt gibt, darf die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen, es sei denn, die Verletzung ist gerechtfertigt (Art. 12 f. DSG). Droht die Datenbekanntgabe ins Ausland, darf diese nicht nur keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung bewirken, sondern muss zusätzlich den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen von Art. 6 DSG genügen. Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist vorab zu prüfen, da Art. 6 DSG eine in sich geschlossene und strengere Sonderregelung darstellt, die bei jeder Datenbekanntgabe ins Ausland – nebst den anderen Bestimmungen des DSG – zu berücksichtigen ist (NOUREDDINE, in: PASADELIS/ROSENTHAL/THÜR [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015, Rz. 3.127). Demnach dürfen Personendaten dann nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit des Betroffenen schwerwiegend gefährdet würde (Art. 6 Abs. 1 DSG). Als schwerwiegende Gefährdung bzw. Verletzung der Persönlichkeit gilt von Gesetzes wegen jede Bekanntgabe in ein Land, welches über keine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügt (ROSENTHAL, in: ROSENTHAL/JÖHRI [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, N. 27 zu Art. 6 DSG). Ist letzteres der Fall, ist eine Datenbekanntgabe rechtswidrig, es sei denn eine der in Art. 6 Abs. 2 DSG genannten Bedingungen ist erfüllt (MAURER-LAMBROU/STEINER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., 2014, N. 22c zu Art. 6 DSG).

### 3.2.3. Personendaten gemäss Art. 3 lit. a DSG

#### a) Kriterien

Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine *bestimmte* oder *bestimmbare* Person beziehen (Art. 3 Abs. 1 DSG), wobei dieser Begriff weit zu verstehen ist und auch Daten mit sehr geringem Personenbezug und geringer Gefährdung der Persönlichkeit der betroffenen Person erfasst. Mit Angabe ist jede Art von Information gemeint unabhängig von ihrem Inhalt und ihrer Form (ROSENTHAL, a.a.O., N. 2 zu Art. 3 DSG). Eine Person ist dann *bestimmt*, wenn sich aus der Information selbst ergibt, dass es sich genau um diese Person handelt. *Bestimmbar* ist die Person, wenn aufgrund zusätzlicher Informationen auf sie geschlossen werden kann, wobei nicht jede theoretische Möglichkeit der Identifizierung für die Bestimmbarkeit genügt. Ist der Aufwand derart gross, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit gerechnet werden muss, dass ein Interessent diesen auf sich nehmen wird, liegt keine Bestimmbarkeit vor. Die Frage ist abhängig vom konkreten Fall zu beantworten, wobei insbesondere auch die Möglichkeiten der Technik zu berücksichtigen sind. Von Bedeutung ist nicht nur, welcher Aufwand objektiv erforderlich ist, um eine bestimmte Information einer Person zuordnen zu können, sondern auch, welches Interesse der Datenbearbeiter oder ein Dritter an der Identifizierung hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_365/2017 vom 26. Februar 2018, E. 5; BGE 138 II 346 E. 6.1; BGE 136 II 508 E. 3.2).

Ob eine Information aufgrund zusätzlicher Angaben mit einer Person in Verbindung gebracht werden kann, sich die Information also auf eine bestimmbar Person bezieht, beurteilt sich aus der Sicht des jeweiligen Inhabers bzw. im Falle der Informationsweitergabe des Empfängers der Information (BGE 138 II 346 E. 6.1; BGE 136 II 508 E. 3.4). Dabei ist die Notwendigkeit des Tätigwerdens eines Dritten zur Identifizierung so lange unmassgeblich, als insgesamt der Aufwand des Inhabers bzw. des Empfängers der Informationen für die Bestimmung der betroffenen Person nicht derart gross ist, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht mehr damit gerechnet werden kann, dieser werde ihn auf sich nehmen (BGE 136 II 508 E. 3.5). Bestimmbarkeit ist mithin selbst dann gegeben, wenn die Informationen, welche eine Identifizierung der betroffenen Person ermöglichen, in

einem rechtsstaatlichen Verfahren unter Mitwirkung einer staatlichen Behörde erhältlich gemacht werden können und müssen (im Ergebnis BGE 136 II 508 E. 3.5, in welchem Fall die Inhaber der dort in Frage stehenden, weitergegebenen IP-Adressen erst durch Einleitung eines Strafverfahrens gegen unbekannt und darauf folgende Einsicht in die Straftaten durch die Empfänger der betreffenden IP-Adressen ermittelt werden konnten; vgl. dazu auch Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt (ZB.2019.3) vom 9. August 2019 E. 4.2.1).

*Anonymisierung* von Daten bedeutet, dass der Personenbezug irreversibel aufgehoben wird (BLECHTA, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 13 zu Art. 3 DSG; ROSENTHAL, a.a.O., N. 35 zu Art. 3 DSG; RUDIN, in: Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz (DSG), 2015, N. 13 zu Art. 3 DSG). Anonymisierte Daten sind keine Personendaten mehr (Blechta, N. 13). Bei der *Pseudonymisierung* wird der Personenbezug nur reversibel aufgehoben, indem der Schlüssel zur Re-Identifizierung bzw. Re-Personalisierung erhalten bleibt (RUDIN, a.a.O., N. 14 zu Art. 3 DSG). Für alle, die Zugang zum Schlüssel haben, bleiben pseudonymisierte Personendaten weiterhin Personendaten im Sinne des DSG. Für Personen, die keinen Zugang zum Schlüssel haben und auch nicht über andere Kenntnisse verfügen, um die Daten wieder einer bestimmten Person zuordnen zu können, stellen pseudonymisierte Personendaten hingegen keine Personendaten mehr dar (ROSENTHAL, a.a.O., N. 36 zu Art. 3 DSG; RUDIN, a.a.O., N. 14 zu Art. 3 DSG). Die Anonymisierung oder Pseudonymisierung stellt eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. e DSG dar, auch wenn deren Resultat (gegebenenfalls) keine Personendaten bzw. geschützten Daten mehr sind (zit. Urteil des Bundesgerichts 4A\_365/2017 E. 5.2.2; ROSENTHAL, a.a.O. N. 63 zu Art. 3 DSG). Wenn Personendaten vor der Bekanntgabe ins Ausland so anonymisiert oder pseudonymisiert werden, dass deren Empfänger im Ausland keinen Personenbezug mehr herstellen kann, liegt auch keine grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten im Sinne von Art. 6 DSG vor (ROSENTHAL, a.a.O., N. 36 zu Art. 3 und N. 8 zu Art. 6 DSG).

b) Behauptungs- und Beweislast

Wer sich für die Rechtmässigkeit einer Weitergabe von (ursprünglichen) Personendaten auf die diesbezüglich selbst vorgenommene Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung beruft, hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Wirksamkeit der entsprechenden Massnahmen zu behaupten und zu beweisen. Ob dies auch hinsichtlich der Frage zutrifft, über welche Zusatzinformationen der Datenempfänger verfügt bzw. welche Zusatzinformationen er erhältlich machen kann und inwieweit er bereit ist, diese zu nutzen, liess das Bundesgericht im betreffenden Entscheid offen (zit. Urteil des Bundesgerichts 4A\_365/2018 E. 5.2.2). Dabei ist zu beachten, dass die Wirksamkeit von Anonymisierungs- bzw. Pseudonymisierungsmassnahmen nach dem Gesagten nicht losgelöst von den technischen Möglichkeiten und den Zusatzinformationen des Empfängers sowie dessen Interesse an der Identifizierung der betroffenen Personen beurteilt werden kann. Denn nur wenn unter Einbezug der genannten Faktoren nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit gerechnet werden muss, dass der Empfänger der Daten die betroffene Person identifiziert, ist eine Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung als wirksam einzustufen. Demzufolge ist die Behauptungs- und Beweislast für die vorgenannten weiteren Tatsachen (technische Möglichkeiten, Zusatzinformationen und Interesse an der Identifizierung) ebenfalls jener Partei zuzuweisen, welche sich für die Rechtmässigkeit der Datenweitergabe auf ihre Anonymisierungs- bzw. Pseudonymisierungsmassnahmen beruft (vgl. dazu auch Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt (ZB.2019.3) vom 9. August 2019 E. 4.2.3).

3.3. Würdigung

3.3.1. Personendaten

Unstrittig ist, dass die Kläger durch die streitgegenständlichen Informationen nicht bestimmt sind. Für die Personendatenqualität ist vorliegend somit massgeblich, ob die Kläger aufgrund der für die Übermittlung an das DoJ vorgesehenen Informationen (act. 3/11/1-2) für das DoJ bestimmbar sind.

Nachdem die Beklagte vorbringt, sie habe die zu übermittelnden Informationen ausreichend pseudonymisiert, trägt sie nach dem Gesagten die Behauptungs- und Beweislast sowohl für die Wirksamkeit der betreffenden Pseudonymisierungsmaßnahmen wie auch für die (nicht vorhandenen) Identifikationsmechanismen und die Interessenslage des DoJ. Die Beklagte macht in dieser Hinsicht geltend, sie könne nicht direkt beweisen, dass eine Identifizierung der Kläger durch das DoJ ausgeschlossen sei, da es sich um eine negative Tatsache handle (act. 33 Rz. 51). Bestimmte Negative lassen sich durch positive Sachumstände, welche den Schluss auf die negative Tatsache erlauben, beweisen. Der Übergang zu sogenannten unbestimmten Negative, welche sich im Regelfall aufgrund der Vielzahl und Dichte der darzulegenden positiven Sachumstände nicht stringent beweisen lassen, ist fliessend. Allerdings ändert der Umstand, dass allenfalls negative Tatsachen bewiesen werden müssen, ungeachtet der vorstehenden Unterscheidung nichts an der Beweislastverteilung. Die Beweislastregel von Art. 8 ZGB gilt mithin auch für negative Tatsachen bzw. das Nichtvorhandensein von Tatsachen. In diesem Fall hat die Gegenpartei nach Treu und Glauben die Obliegenheit, durch substanziiertes Bestreiten und soweit möglich und zumutbar durch Erbringen des Gegenbeweises an der Beweisführung mitzuwirken (BGE 133 V 205 E. 5.5; BGE 119 II 305 E. 1.b.aa; Urteil des Bundesgerichts 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 6.6.4; vgl. zum Ganzen WALTER, in: Berner Kommentar, Art. 1–9 ZGB, 2012, N. 336 f., 340, 342, 353 zu Art. 8 ZGB). Der Beklagten ist insofern zuzustimmen, als sich die Unmöglichkeit der Identifikation der Kläger durch das DoJ in dieser sehr allgemeinen und offenen Behauptung nicht direkt beweisen lässt. Dabei ist aber einerseits zu beachten, dass die Kläger konkret und relativ ausführlich geltend machen, von welchen Identifikationsmechanismen des DoJ sie ausgehen. In dieser Hinsicht ist die Beklagte zumindest gehalten, positive Sachumstände zu behaupten (und allenfalls zu beweisen), welche gegen eine Identifikation bzw. gegen den Erfolg oder die Existenz der geltend gemachten Methoden sprechen. Andererseits liegen der Bestimmbarkeit im Sinne von Art. 3 lit. a DSG positive Tatbestandsmerkmale wie Grösse des Aufwandes, Möglichkeiten der Technik und Interessenslage des Empfängers zugrunde, sodass diesbezüglich ohnehin nicht von negativen Tatsachen auszugehen ist. Schliesslich ist zu beach-

ten, dass aufgrund der konkreten Situation für beide Parteien eine gewisse Beweisnot in Bezug auf die Möglichkeiten und Techniken des DoJ bestehen dürfte, welche letztlich von der beweisbelasteten Partei zu tragen ist, wobei anzufügen bleibt, dass die Beklagte hinsichtlich der streitgegenständlichen Datenlieferung Verhandlungspartnerin des DoJ ist und diesem insofern näher steht. Auch Letzteres spricht für die vorliegende Verteilung der Behauptungs- und Beweislast.

Die Kläger bringen, wie gesehen, diverse Identifikationsmöglichkeiten des DoJ vor, darunter auch die Identifizierung der Kläger durch Einleitung eines Amts- und Rechtshilfeverfahrens (act. 1 Rz. 13, 56 f.; act. 29 Rz. 36 f., 97 f.). Sie machen in dieser Hinsicht geltend, das DoJ (oder der Internal Revenue Service) könne gestützt auf die II.D.2-Liste (act. 3/11/1) und das Fact Sheet (act. 3/11/2) leicht ein Amts- und Rechtshilfegesuch stellen, was denn auch bereits erfolgreich gemacht worden sei. Dabei würden die Kontrollnummern der Beklagten oder ein anderes von der Beklagten übermitteltes Pseudonym (wie Kontohöchststand oder ein charakteristischer Transfer) konkret genügen, um mit einem entsprechenden Ersuchen durchzudringen (act. 29 Rz. 36, 79 f., 98).

Die Beklagte bestreitet diese Vorbringen nicht (substanziert). Sie beschränkt sich darauf, die Vorbringen der Kläger als irrelevant und reine Spekulation zu bezeichnen. Da das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den USA aus dem Jahre 1996 die Möglichkeit eines Amtshilfeersuchens gesetzlich vorsehe, sei nicht ersichtlich, inwiefern es unzulässig sein solle, die Identität der Kläger im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens zu erfahren. Relevant sei einzig, dass die Kläger aufgrund der von ihr vorgenommenen Pseudonymisierungsmassnahmen nicht direkt, d.h. ausserhalb eines Amts- oder Rechtshilfeverfahrens, identifizierbar seien. Ein solches müsste indessen von den zuständigen Schweizer Behörden noch bewilligt werden (act. 19 Rz. 128, 142; act. 33 Rz. 54-57, 99-101, 122 f.). Dabei scheint auch die Beklagte davon auszugehen, dass eine Identifizierung der Kläger über ein Amts- oder Rechtshilfeverfahren gestützt auf die von ihr zur Übermittlung an das DoJ bestimmten Informationen möglich ist. So führt sie mehrfach an, dass es dem DoJ aufgrund der von ihr vorgenommenen Anonymisierungs- bzw. Pseudonymisierungsmassnahmen jedenfalls *ausserhalb eines*

*Amts- oder Rechtshilfeverfahrens* nicht möglich sein werde, die Kläger zu identifizieren (act. 33 Rz. 57, 101, 123). Hinzu kommt, dass sich die Beklagte als für das Fehlen von Identifikationsmechanismen des DoJ behauptungs- und beweisbelastete Partei, wie vorstehend dargelegt, ohnehin nicht darauf beschränken könnte, die Vorbringen der Kläger zu bestreiten. Vielmehr wäre sie – für den Fall, dass sie diese Identifikationsmöglichkeit tatsächlich hätte in Abrede stellen wollen – gehalten gewesen, darzulegen, weshalb ein gestützt auf die streitgegenständlichen Informationen eingeleitetes Amts- oder Rechtshilfeersuchen voraussichtlich nicht bewilligt würde. Auch wenn es sich dabei letztlich um eine rechtliche Frage handelt, ist die Beklagte nicht davon entbunden, diejenigen Argumente vorzubringen, welche gegen eine Bewilligung sprechen würden. Entsprechende Ausführungen der Beklagten fehlen indessen gänzlich, was aber nicht weiter erstaunt, da die Beklagte die Möglichkeit der Identifizierung der Kläger aufgrund der zur Übermittlung beabsichtigten Informationen mittels Amts- und Rechtshilfeersuchen – wie aufgezeigt – gar nicht in Abrede stellt.

Richtig ist, dass ein entsprechendes Amts- oder Rechtshilfegesuch des DoJ, wie von der Beklagten vorgebracht (act. 33 Rz. 56), von der zuständigen Behörde noch zu prüfen und zu bewilligen wäre. Ein entsprechender Entscheid kann vom hiesigen Gericht nicht vorweg genommen werden. Allerdings bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte dafür (und werden solche erwähntermassen auch nicht von der behauptungsbelasteten Beklagten vorgebracht), dass ein gestützt auf die streitgegenständlichen Informationen eingeleitetes Amts- oder Rechtshilfegesuch von vorneherein nicht durchdringen würde. Aus den unbestrittenermassen zur Übermittlung vorgesehenen Informationen gehen die bei der Beklagten intern bekannten Kontrollnummern, die (Beklagte als) kontoführende Bank, die Kontohöchststände in USD, die ungefähren monatlichen Transaktionsvolumen in USD (vgl. II.D.2-Liste; act. 3/11/1) sowie Anhaltspunkte für ein betrügerisches Verhalten (vgl. Kategorisierung als "Deceptive Client", d.h. betrügerischer Kunde, und "Chronology of identification" im Fact Sheet; act. 3/11/2) sowie Staatsangehörigkeit, Wohnort und weitere Informationen über den Kläger 2 (als "BO1" aufgeführt) und andere mit den hier interessierenden Konten in Verbindung stehende (nicht namentlich genannte, sondern mit "BO2", "POA1", "POA2", "POA3" und "POA4"

aufgeführte) Personen hervor (vgl. Fact Sheet; act. 3/11/2, S. 1). Art. 26 des von der Beklagten angerufenen Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den USA aus dem Jahre 1996 (SR 0.672.933.61; nachfolgend: DBA-USA) regelt im Anwendungsbereich des DBA-USA den Informationsaustausch zwischen den Vertragsstaaten. Ziff. 10 des Protokolls zum DBA-USA hält dabei fest, welche Angaben die zuständige Behörde des ersuchenden Staates der zuständigen Behörde des ersuchten Staates bei der Einreichung eines Amtshilfeersuchens vorzulegen hat. Dabei ist davon auszugehen bzw. jedenfalls nicht auszuschliessen, dass zumindest die bankintern dem jeweiligen Bankkunden zweifelsfrei zuordenbare Kontrollnummer der Beklagten als ausreichendes Identifikationsmerkmal für die in eine Überprüfung bzw. Untersuchung einbezogene Person qualifiziert würde. Ziff. 10 lit. a des Protokolls zum DBA-USA verlangt dafür nämlich lediglich "typischerweise" den Namen der betreffenden Person und erwähnt zugleich "ähnliche identifizierende Informationen". Auch ist davon auszugehen bzw. zumindest nicht auszuschliessen, dass die weiteren in Ziff. 10 lit. a des Protokolls zum DBA-USA geforderten Angaben und die für die Gewährung der Amtshilfe gemäss Art. 26 DBA-USA vorausgesetzten hinreichenden Verdachtsmomente (vgl. zu Letzteren BGE 139 II 404 E. 7.2.2) aufgrund der streitgegenständlichen Informationen an die zuständige Behörde geliefert werden könnten. Somit erscheint ein im vorliegenden Fall gestelltes Amtshilfeersuchen durchaus Aussicht auf Erfolg zu haben bzw. ein solcher zumindest nicht von vorneherein ausgeschlossen zu sein. Gleiches gilt für ein entsprechendes Rechtshilfeersuchen. Auch der hier einschlägige Art. 29 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.933.6; nachfolgend: RVUS) verlangt lediglich "soweit wie möglich" die Angabe des vollen Namens, des Orts und Datums der Geburt sowie der Adresse der Gegenstand einer Untersuchung bildenden Personen und erwähnt überdies "alle sonstigen Angaben, die zu ihrer Identifizierung beitragen können" (Art. 29 Abs. 1 lit. c RVUS). Auch das Bundesgericht erachtet die Namensnennung der betroffenen Personen im Gesuch als nicht entscheidend, sofern aus dem im Rechtshilfeersuchen gültig beschriebenen Sachverhalt hervorgeht, dass sie in die

für das Gesuch relevante Angelegenheit verwickelt sind (BGE 139 II 404 E. 7.2.2 S. 424).

Entgegen den Ausführungen der Beklagten, handelt es sich bei der Identifikationsmöglichkeit der Kläger durch ein Amts- oder Rechtshilfeverfahren denn auch nicht um blosse Spekulation. Wie die Beklagte selbst vorbringt und klar aus Ziff. II.D.4 des DoJ-Programms hervorgeht, dient das Fact Sheet dazu, den USA (und damit letztlich auch dem DoJ oder einer von ihm damit betrauten Behörde) das Stellen von Amtshilfegesuchen zu erleichtern (act. 19 Rz. 47, act. 3/19 S. 5). In dem von den Klägern angerufenen (act. 29 Rz. 78) Addendum vom 1. Februar 2020 zum vorliegenden NPA (act. 30/65) wurde denn auch die volle Kooperation der Beklagten bezüglich Unterstützung in Amts- und Rechtshilfeersuchen hinsichtlich der im Addendum erwähnten zusätzlichen 97 Konten bestätigt ("The Department acknowledges C.\_\_\_\_\_'s full cooperation under the Program, including its assistance in making treaty requests for account records relating to additional accounts"). Somit ist davon auszugehen, dass die Datenübermittlung unter dem NPA – zumindest hinsichtlich des Fact Sheets – gerade zu diesem Zweck erfolgt. Demzufolge ist die Identifikation der Kläger über ein Amts- oder Rechtshilfeersuchen keineswegs als eine rein theoretische oder spekulative Möglichkeit zu qualifizieren. Es liegt somit nahe, dass das DoJ, soweit notwendig, auf den Weg der Amts- oder Rechtshilfe zurückgreifen würde. Dass der diesbezügliche Aufwand im vorliegenden Fall zu gross wäre und vom DoJ nicht auf sich genommen würde, macht die Beklagte als in dieser Hinsicht behauptungs- und beweisbelastete Partei auch nicht geltend.

Sodann erweist sich diese Identifikationsmöglichkeit der Kläger entgegen der beklagten Auffassung auch nicht als irrelevant. Dass ein rechtsstaatliches Verfahren bzw. eine staatliche Behörde zur Identifikation bemüht werden muss, schliesst die für die Personendatenqualität massgebliche Bestimmbarkeit nicht aus, solange nicht davon ausgegangen werden muss, dass ein solcher Weg nicht beschritten würde (vgl. dazu Ziff. 3.2.3). Vor dem Hintergrund vorstehender Ausführungen ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass das DoJ kein Amts- oder Rechtshilfeverfahren zwecks Identifizierung der Kläger anstrengen würde. Ent-

sprechendes macht nicht einmal die Beklagte als hinsichtlich der Interessenslage des DoJ und dem mit einem Amts- oder Rechtshilfeverfahren verbundenen Aufwand behauptungs- und beweisbelastete Partei geltend.

Mit den Klägern ist alsdann davon auszugehen, dass das DoJ-Programm bzw. das NPA letztlich auch der Identifikation von Bankkunden dient (act. 1 Rz. 44 f.; act. 29 Rz. 44-46), was ebenfalls für eine Identifizierbarkeit der Kläger via Amts- oder Rechtshilfeverfahren bzw. für ein vom DoJ darauf gerichtetes Interesse spricht. Dies geht bereits aus dem DoJ-Programm und dem NPA hervor. Wenn die Datenlieferungen – wie von der Beklagten geltend gemacht – lediglich eine geordnete Vergangenheitsbewältigung der Schweizer Banken im Zusammenhang mit möglichen Steuervergehen ermöglichen sollten (act. 33 Rz. 60), so wäre kaum eine Unterstützung der USA in Amts- oder Rechtshilfeverfahren durch die am DoJ-Programm teilnehmenden Banken vorgesehen (vgl. act. 3/19 Ziff. II.D.4 S. 5; act. 3/20 S. 3 unten). Gemäss Ziff. II.D.5. sind die am DoJ-Programm teilnehmenden Banken denn auch verpflichtet, sämtliche Unterlagen, welche für ein Amts- oder Rechtshilfegesuch dienlich sein könnten, zu sammeln und aufzubewahren, um eine schnelle Beantwortung derselben zu erleichtern ("As a condition of any NPA, the Swiss Bank will collect and maintain all records that are potentially responsive to such treaty requests to facilitate prompt responses."; act. 3/19 S. 5). Gleiches wird im Übrigen auf Seite 4 des NPA statuiert (act. 3/20). Wie dem DoJ-Programm weiter zu entnehmen ist, bemisst sich die Bussenhöhe der teilnehmenden Banken aufgrund der *Gesamthöhe* der relevanten Konten in den betreffenden Perioden und nach den entsprechenden Prozentsätzen (act. 3/19 Ziff. II.D.1.e S. 4 und Ziff. II.H S. 6). Diese Informationen sind gemäss DoJ-Programm schon vor Abschluss des NPA zu liefern ("Prior to the execution of an NPA, the Swiss Bank must provide Information, including:"; act. 3/19 Ziff. II.D.1 S. 3). Entsprechend ist nicht davon auszugehen, dass die weiteren gemäss DoJ-Programm und dem NPA jeweils nach Abschluss des NPA ("Upon execution of an NPA [...]"; act. 3/19 Ziff. II.D.2) zu liefernden Kontoinformationen (vgl. dazu im Einzelnen act. 13/9 Ziff. II.D.2.b S. 4 f.) für die Ermittlung der Bussenhöhe und damit zum Zweck der von der Beklagten geltend gemachten Vergangenheitsbewältigung der Schweizer Banken übermittelt werden müssen, sondern vielmehr

der Identifikation der mit den betreffenden Konten im Zusammenhang stehenden Personen dienen. Das DoJ-Programm hält weiter fest, dass die unter dem NPA gewonnenen Informationen in Strafverfahren sollen verwendet werden können (act. 3/19 Ziff. II.F.1 S. 5). Wenn das DoJ-Programm und ein gestützt darauf abgeschlossenes NPA (wie der Name schon besagt) den teilnehmenden Banken dazu verhelfen soll, einem Strafverfahren zu entgehen (vgl. auch act. 20 S. 1 Abs. 2), kann es sich dabei nicht um Strafverfahren der informationsliefernden Banken handeln. Auch Ziff. V.B des DoJ-Programms deutet klar in diese Richtung: "The personal data provided by the Swiss Banks under this Program will be used and disclosed only for purposes of law enforcement (which may include regulatory action) in the United States or as otherwise permitted by U.S. law." (act. 3/19 S. 11). Dass mit dem DoJ-Programm die Identifikation von schuldigen Bankkunden bezweckt wird, geht alsdann auch unmissverständlich aus dem in act. 3/28 S. 6 protokollierten Joint Statement von E.\_\_\_\_\_, dem Vize Generalstaatsanwalt, und F.\_\_\_\_\_, der damaligen Chefin der ...-abteilung des DoJ, vom 26. Februar 2014 vor dem Permanent Subcommittee on Investigations des Committee on Homeland Security and Government Affairs bezüglich des "Swiss Bank Program" hervor (Hervorhebungen hinzugefügt): "[...] For several reasons, we also believe the Program is motivating **culpable account holders** to make voluntary disclosures of their accounts. First, the Swiss banks that participate in the Program will provide detailed **information that is calculated to lead to the discovery of U.S. accountholders**. [...]"

Weiter ist in dieser Hinsicht zu beachten, dass die Beklagte wiederholt die Notwendigkeit und Wichtigkeit der Einhaltung der Bestimmungen des NPA betont, ansonsten ihr schwerwiegende Konsequenzen drohten (act. 19 Rz. 45, 52, 81, 134; act. 33 Rz. 27, 61). Indessen plant die Beklagte – zumindest gemäss ihren eigenen Ausführungen – nicht alle gemäss DoJ-Programm und NPA vorgesehene Informationen betreffend die Konten der Klägerin 1 zu liefern (insbesondere fehlen Angaben hinsichtlich mit den Konten in Verbindung stehenden Bankmitarbeitern oder Drittpersonen sowie betreffend Korrespondenzbanken). Dabei unterlässt es die Beklagte – als für die Interessenslage des DoJ behauptungs- und beweisbelastete Partei – eine (plausible) Erklärung zu liefern, weshalb das DoJ mit

einer entsprechend reduzierten Datenlieferung einverstanden sein sollte. Jedenfalls verfängt das Vorbringen der Beklagten, wonach die streitgegenständliche Datenlieferung lediglich der Einschätzung des ungefähren Ausmasses der Aktivitäten auf dem Konto diene (act. 33 Rz. 128), nicht, zumal im vorliegenden Fall eine Transaktionsperiode von rund zwei Jahren (d.h. ab April bzw. Juni 2010 bis März bzw. August 2012) ohne erkennbaren Grund in der II.D.2-Liste gar nicht dokumentiert wird (act. 3/11/1, S. 1, 2. Spalte). Auch ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht weiter dargelegt, wofür das (ungefähre) Ausmass der Kontobewegungen für das DoJ von Relevanz sein sollte, wenn nicht für das konkrete Verhalten des jeweiligen Bankkunden. Jedenfalls ist nicht davon auszugehen, dass das DoJ ohne Grund und ohne Not auf Informationen verzichtet, zu deren Übermittlung die Beklagte gemäss DoJ-Programm und NPA verpflichtet wäre, und sich mit Daten zufrieden gibt, die ihm schlussendlich keinen Nutzen bringen. Auch dies spricht letztlich für die von den Klägern vorgebrachte Möglichkeit ihrer Identifizierung über den Weg der Amts- und Rechtshilfe.

Der Beklagten ist zwar insofern zuzustimmen, als sich eine Identifizierung der Kläger via Amts- oder Rechtshilfeverfahren nicht per se als unzulässig erweist. Ein entsprechendes Gesuch erfordert indessen – wie aufgezeigt – ein Minimum an Angaben, ansonsten eine unzulässige sogenannte fishing expedition bzw. unzulässige Beweisausforschung vorliegt, in Bezug auf welche die Amts- oder Rechtshilfe zu versagen ist (vgl. Ziff. 10 lit. a und lit. b des Protokolls zum DBA-USA; vgl. dazu auch BGE 139 II 404 E. 7.2.1 S. 424 und E. 7.2.3 S. 426). Dies bedeutet, dass die Angaben in den streitgegenständlichen Dokumenten dem DoJ letztlich dazu verhelfen, ein Amts- oder Rechtshilfegesuch zu stellen, und die Kläger dadurch identifizierbar werden, was wiederum für die Frage der Personendatenqualität und die Zulässigkeit der Weitergabe der Daten ins Ausland entscheidend ist.

Somit ist im Folgenden davon auszugehen, dass die konkrete Möglichkeit besteht, dass die Kläger mittels der Informationen, welche die Beklagte an das DoJ zu liefern beabsichtigt (act. 3/11/1-2), zumindest via Amts- oder Rechtshilfeverfahren identifizierbar bleiben, auch wenn nicht abschliessend beurteilt werden kann,

ob einem entsprechenden Gesuch von der zuständigen Behörde stattgegeben würde. Jedenfalls bestehen, wie aufgezeigt, keine Anhaltspunkte dafür, dass die Gutheissung eines entsprechenden Gesuchs gestützt auf die streitgegenständlichen Angaben von vorneherein ausgeschlossen ist. Besteht vorliegend somit die konkrete Möglichkeit einer Identifizierung der Kläger mittels Amts- oder Rechtshilfverfahren, sind die streitgegenständlichen Informationen (act. 3/11/1-2) als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG zu qualifizieren. Damit erübrigt sich die Prüfung der weiteren von den Klägern vorgebrachten Identifikationsmöglichkeiten des DoJ. Auch kann bei diesem Ergebnis offen bleiben, ob die Beklagte tatsächlich beabsichtigt, zusätzliche Informationen an das DoJ zu liefern.

### 3.3.2. Keine angemessene Datenschutzgesetzgebung

Die USA verfügen nicht über eine Gesetzgebung, die einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG gewährleistet, wie dies das Handelsgericht Zürich und das Bundesgericht bereits (mehrfach) festgehalten haben (Urteil des Bundesgerichts 4A\_83/2016 vom 22. September 2016 E. 3.1; statt vieler: Urteil des Handelsgerichts HG150018 vom 1. September 2017 E. 2.3.4.3. und HG180066 vom 14. Juni 2019 E. 4.2.3. m.w.H.). Etwas anderes wird auch von der Beklagten nicht behauptet (act. 19; act. 33). Die von der Beklagten beabsichtigte Datenübermittlung an das DoJ stellt daher – unabhängig davon, ob überhaupt eine Übermittlungspflicht gemäss DoJ-Programm bzw. NPA besteht, was vorliegend offen gelassen werden kann – grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung dar, welche nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG zulässig ist.

### 3.3.3. Rechtfertigungsgründe

Die Widerrechtlichkeit wird vermutet. Entsprechend trägt die Beklagte, welche die streitgegenständlichen Daten bekanntgeben will, die Behauptungs- und Beweisbelastung für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (RAMPINI, a.a.O., N. 3 zu Art. 15 DSG).

Die Beklagte macht keine Rechtfertigungsgründe geltend (act. 19; act. 33), weshalb solche zu verneinen sind.

#### 3.4. Fazit

Die in act. 3/11/1-2 enthaltenen Informationen sind als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSGVO zu qualifizieren. Die USA verfügen nicht über eine angemessene Datenschutzgesetzgebung. Rechtfertigungsgründe liegen keine vor. Entsprechend erweist sich die von der Beklagten beabsichtigte Datenlieferung an das DoJ als rechtswidrig und stellt eine drohende Persönlichkeitsverletzung dar.

#### 4. Verbot der Datenlieferung

##### 4.1. Rechtliches

Gemäss Art. 15 Abs. 1 DSGVO richten sich Klagen zum Schutz der Persönlichkeit im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten durch private Personen nach den Art. 28, 28a und 28I ZGB. 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 DSGVO in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 ZGB) und beantragen, die drohende Verletzung zu verbieten (Art. 15 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Über das Vollstreckungsmittel entscheidet das Gericht nach seinem eigenen Ermessen unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und ohne Bindung an den Parteiantrag. Für die Anordnung der Vollstreckungsmassnahmen ist das Gericht an den in Art. 343 ZPO aufgeführten und abschliessenden Massnahmenkatalog gebunden (STECK/BRUNNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 43, 45 zu Art. 236 ZPO).

#### 4.2. Würdigung

Da durch die von der Beklagten beabsichtigte Bekanntgabe der Personendaten der Kläger an das DoJ eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung droht, ist gegenüber der Beklagten gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ein Verbot zur Datenübermittlung auszusprechen. Damit das Verbot nicht ohne Weiteres umgangen werden kann, hat dieses auch die indirekte Datenübermittlung zu umfassen.

Um der Anordnung Nachdruck zu verleihen, ist das Verbot für den Widerhandlungsfall antragsgemäss mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) zu verbinden.

#### 4.3. Fazit

Gegenüber der Beklagten ist ein Verbot zur Datenübermittlung auszusprechen und für den Widerhandlungsfall mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000. –) zu verbinden.

#### 5. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die in act. 3/11/1-2 enthaltenen Informationen sind als Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG zu qualifizieren. Die USA verfügen nicht über eine angemessene Datenschutzgesetzgebung, weshalb mangels Rechtfertigungsgründen mit der von der Beklagten beabsichtigten Übermittlung von Informationen eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung droht. Demgemäss ist gegenüber der Beklagten gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ein Verbot zur Datenübermittlung auszusprechen und mit der Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000. –) zu verbinden. Demzufolge ist auf die übrigen geltend gemachten Anspruchsgrundlagen nicht weiter einzugehen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 6.1. Streitwert

Die Kläger beziffern unter Verweisung auf das im vorprozessualen Massnahmeverfahren ergangene Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts Zürich vom 21. Mai 2019 (act. 3/39 bzw. act. 4/17) den Streitwert vorliegend mit CHF 1'000'000.– (act. 1 Rz. 32). Die Beklagte äussert sich dazu nicht. Praxisgemäss setzt das Handelsgericht Zürich den Streitwert bei Datenschutzfällen vermögensrechtlicher Natur auf CHF 500'000.– pro klagende Partei fest. Diese Praxis ist auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden, weshalb von einem Streitwert von CHF 1'000'000.– auszugehen ist.

### 6.2. Verteilungsgrundsätze

Die Prozesskosten bestehen aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend. Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenpartei beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten, wobei es auf solidarische Haftung erkennen kann (Art. 106 ZPO). Eine solidarische Haftbarkeit rechtfertigt sich dann, wenn gemeinsame Rechtspositionen verfochten bzw. gleiche Interessen verfolgt werden (STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 11 f. zu Art. 106 ZPO).

Vorliegend ist bei der Verteilung der Prozesskosten zu beachten, dass mit Beschluss vom 4. Februar 2020 auf die Klage nicht eingetreten wurde, soweit sich das Verbot zur Datenübermittlung nicht ausschliesslich auf das DoJ bezog (act. 25; Dispositivziffer 2). Das Ausmass des Unterliegens ist entsprechend auf einen Fünftel festzulegen. In diesem Umfang werden die Kläger kosten- und entschädigungspflichtig. Sie verfolgen alsdann die identische Rechtsposition, weshalb sich vorliegend ihre solidarische Haftbarkeit rechtfertigt. Im übrigen Umfang von vier Fünfteln sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen.

### 6.3. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVOG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebVOG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 1'000'000.– (vgl. Ziff. 6.1). Unter Berücksichtigung des Entscheides über den beklagischen Nichteintretensantrag ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebVOG auf CHF 36'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss ist sie im Umfang von einem Fünftel (CHF 7'200.–) unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern und im Umfang von vier Fünfteln (CHF 28'800.–) der Beklagten aufzuerlegen und – soweit möglich – aus dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Im Mehrbetrag (CHF 5'000.–) ist die Gerichtsgebühr von der Beklagten nachzufordern (Art. 111 Abs. 1 ZPO). In dem Umfang, in welchem die der Beklagten auferlegten Kosten aus dem Kostenvorschuss der Kläger bezogen wurden (CHF 23'800.–; = CHF 31'000.– minus CHF 7'200.–), ist den Klägern das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE190100) wurde die Gerichtsgebühr auf CHF 15'500.– festgesetzt und bereits aus dem von den Klägern dort geleisteten Kostenvorschuss gedeckt (act. 4/17; Dispositivziffer 4). Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr analog zum Hauptverfahren auch für das Massnahmeverfahren zu einem Fünftel (CHF 3'100.–) unter solidarischer Haftung den Klägern und zu vier Fünfteln (CHF 12'400.–) der Beklagten aufzuerlegen. Für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten ist den Klägern das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

### 6.4. Parteientschädigung

Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die

Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung der Verantwortung, des notwendigen Zeitaufwands der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e, § 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermittelte ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer Rechtschrift und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 1'000'000.– beträgt die Grundgebühr vorliegend CHF 31'400.–. Die Verantwortung, der notwendige Zeitaufwand der Vertretung und die Schwierigkeit des Falls bewegen sich im üblichen Rahmen. Für den zweiten Schriftenwechsel ist ein Zuschlag von 25% zu berechnen (125% = CHF 39'250.–). Eine Erhöhung gestützt auf § 8 AnwGebV zufolge Vertretung mehrerer Klienten auf Seiten der klagenden Partei ist vorliegend angesichts des übereinstimmenden Gegenstandes der Klage nicht gerechtfertigt. Ausgangsgemäss ist den Klägern mithin eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 23'550.– (drei Fünftel von CHF 39'250.–) zuzusprechen.

Hinsichtlich des Umfanges der Parteientschädigung für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE190100) wurde diese für die Beklagte für den Fall, dass die Massnahme aufgrund von Säumnis der Kläger dahinfallen würde, auf CHF 16'000.– festgesetzt (act. 4/17; Dispositivziffer 5). Dies scheint nach wie vor angemessen. Auch für die Kläger ist für das Massnahmeverfahren unter Berücksichtigung ihrer Eingaben und des damit verbundenen Aufwands in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV von einer Parteientschädigung in entsprechender Höhe auszugehen. Ausgangsgemäss ist den Klägern für das vorprozessuale Massnahmeverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 9'600.– (drei Fünftel von CHF 16'000.–) zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Der Beklagten wird unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) im Widerhandlungsfall verboten, Personendaten der Kläger direkt oder indirekt an das US Department of Justice (DoJ) weiterzugeben, wobei der Begriff Personendaten auch alle Daten umfasst, welche die Kläger bestimmbar machen; insbesondere wird der Beklagten verboten, eine die Kläger betreffende sog. II.D.2.-Liste, ein sog. II.D.4-Datenblatt oder ähnliches an das DoJ zu übermitteln.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 36'000.–.
3. Die Kosten werden zu einem Fünftel unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern und zu vier Fünfteln der Beklagten auferlegt und – soweit möglich – aus dem von den Klägern geleisteten Vorschuss gedeckt. Im Mehrbetrag (CHF 5'000.–) werden die Kosten von der Beklagten eingefordert. In dem Umfang, in welchem die der Beklagten auferlegten Kosten aus dem Kostenvorschuss der Kläger bezogenen wurden (CHF 23'800.–), wird den Klägern das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
4. Die im vorprozessualen Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE190100) festgesetzten und von den Klägern bezogenen Kosten in der Höhe von CHF 15'500.– werden zu einem Fünftel unter solidarischer Haftbarkeit den Klägern und zu vier Fünfteln der Beklagten auferlegt. Für den der Beklagten auferlegten Teil der Kosten (CHF 12'400.–) wird den Klägern das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Hauptsache- und für das vorprozessuale Massnahmeverfahren (Geschäfts-Nr. HE190100) eine (reduzierte) Parteientschädigung von insgesamt CHF 33'150.– 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, 4. Mai 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Susanna Schneider