Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-1092/2009
{T 0/2}

Urteil vom 5. Januar 2010

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz), Ronald Flury, Eva Schneeberger, Jean-Luc Baechler und Stephan Breitenmoser;
Gerichtsschreiber Kaspar Luginbühl.

Parteien

W._____ Ltd.,
H._____ Ltd.,
K._____ Corp.,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Rüd,
Beschwerdeführer,

gegen

UBS AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Länzlinger,
Beschwerdegegnerin,

und

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Aufsicht über Kreditinstitute und Börsen, evtl. Amtshilfe.

Sachverhalt:

A.
Im September 2007 nahm das US-Department of Justice (DoJ) mit der UBS AG (Beschwerdegegnerin) Kontakt auf und informierte sie über das zuvor erfolgte whistleblowing eines ehemaligen Kundenberaters der Beschwerdegegnerin. Kurz darauf eröffnete das DoJ eine Untersuchung, in deren Verlauf von der Beschwerdegegnerin umfangreiche Kundendaten von nicht namentlich bekannten US-amerikanischen Kunden verlangt wurden. Gemäss Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009 stellte der Internal Revenue Service (IRS) am 16. Juli 2008 bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung EStV gestützt auf Art. 26 des schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens ein Amtshilfegesuch. Gegenstand dieses Ersuchens waren ausschliesslich Daten von namentlich nicht genannten Kunden der Beschwerdegegnerin. Gestützt auf eine Editionsverfügung der EStV übermittelte ihr die Beschwerdegegnerin insgesamt 285 Kundendossiers. Mitte Oktober 2008 erliess die EStV erste Verfügungen, mittels welcher sie die Amtshilfe gewährte. Gegen diese Verfügungen erhoben einige davon Betroffene Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Die Beschwerdegegnerin schloss in der Folge u.a. mit dem DoJ einen Vergleich ab und zahlte in diesem Zusammenhang eine Entschädigung von US$ 780 Mio. an die US-Behörden. Den Abschluss des Vergleichs machte das DoJ jedoch zusätzlich davon abhängig, dass bestimmte Kundendaten umgehend herauszugeben seien. Am 17. Februar 2009 stellte das DoJ der Beschwerdegegnerin in Aussicht, sie anzuklagen, sollten die gewünschten Kundendaten nicht sofort übergeben werden.

B.
Am 18. Februar 2009 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) gegenüber der Beschwerdegegnerin eine Verfügung, mittels welcher sie die Beschwerdegegnerin anwies, ihr alle Kundendaten, welche unter Ziffer 9 des Deferred Prosecution Agreement (DPA) vom 18. Februar 2009 sowie den Anhang mit der Bezeichnung Account Disclosure Letter vom 16. Februar 2009 fielen, auszuhändigen, damit sie diese Daten dem DoJ und u.U. weiteren mit der Verfolgung von Steuerstraftatbeständen befassten Behörden herausgeben könne. In Ziffer 4 des Dispositivs hielt die Vorinstanz zudem fest, dass die Verfügung nur mit ihrer vorgängigen Zustimmung an Dritte herausgegeben werden dürfe. Die Vorinstanz erliess ihre Verfügung

gestützt auf Art. 25 und 26 BankG (Massnahmen bei Insolvenzgefahr) und begründete sie im Wesentlichen damit, dass die US-Behörden mit einem Strafverfahren gegen die Beschwerdegegnerin gedroht hätten, sollten die rund 300 Kundendossiers nicht bis am 18. Februar 2009 an die US-Behörden übergeben worden sein. Erfahrungsgemäss hätte ein Strafverfahren gegen eine Bank wie die Beschwerdegegnerin zur Folge gehabt, dass diese aufgrund von fehlendem Marktvertrauen keine liquiden Mittel mehr hätte aufnehmen können. Dies hätte fast zwangsläufig die Illiquidität bzw. die Insolvenz der Bank nach sich gezogen. Im öffentlichen Interesse der Schweiz, welches im konkreten Fall allfälligen privaten Interessen an der Geheimhaltung der Daten vorgehe, sowie unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips habe sich die Vorinstanz deshalb entschieden, der Beschwerdegegnerin die Anordnung zu geben, die verlangten Kundendaten zwecks Weitergabe an die US-Behörden an sie zu übermitteln.

C.

Mit Faxeingabe vom 20. Februar 2009 und darauf folgender postalischer Eingabe erhoben die W._____ Ltd., die H._____ Ltd., die K._____ Corp., die B._____ Ltd. sowie J._____, S._____, B._____ und C._____ (Beschwerdeführer) Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 18. Februar 2009. Sie stellten das Rechtsbegehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Zudem stellten sie die Verfahrensanträge, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren sei, der Beschwerdegegnerin unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB zu verbieten sei, Bankunterlagen und weitere Dokumente, welche die Beschwerdeführer betreffen, an Dritte, insbesondere die amerikanischen Behörden, herauszugeben. Die aufschiebende Wirkung sowie das Verbot der Herausgabe seien superprovisorisch auszusprechen und allfälligen Einsprachen sei keinerlei suspensive Wirkung einzuräumen. Zur Begründung brachten die Beschwerdeführer vor, dass sie allesamt Parteien im Amtshilfeverfahren zu Gunsten der IRS vor der EStV und folglich durch die angefochtene Verfügung – wenn auch nicht als Verfügungsadressaten – direkt in ihren Rechten betroffen seien. Aus diesem Grund hätten sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung, weshalb sie gemäss Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert seien. Zum Rechtsbegehren könne festgehalten werden, dass die Vorinstanz unter rechtsstaatlich fragwürdigen Umständen in ein laufendes gerichtliches Verfahren eingegriffen habe, zumal für dieses Vorgehen keine genügende Rechtsgrundlage bestehe. Insbesondere könne eine derartige

Verfügung nicht gestützt auf Art. 25 und 26 BankG erlassen werden, da diese Bestimmungen ausschliesslich im Fall von ernsthaften Liquiditätsproblemen einer Bank anwendbar seien und entsprechende Massnahmen nur bei Insolvenzgefahr vorsähen. Die Beschwerdegegnerin habe derzeit keine Liquiditätsprobleme, weshalb die Massnahmen gemäss Art. 25 und 26 BankG schon aus diesem Grund nicht hätten ergriffen werden dürfen. Hinzu komme, dass Art. 26 BankG die Herausgabe von Bankdaten nicht decke. Art. 26 BankG sei offensichtlich nicht für Fälle des internationalen Informationsaustauschs vorgesehen. Daraus folge, dass eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses ausschliesslich im Rahmen der ordentlichen Rechts- und Amtshilfeverfahren möglich sei. Eine Weiterleitung von Informationen, die ausserhalb dieser gesetzlich verankerten Verfahren stattfinde, komme dem Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes gleich. Insgesamt seien demnach sowohl die Durchbrechung des Bankgeheimnisses als auch die angefochtene Verfügung widerrechtlich.

D.
Mit superprovisorischer Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 (vorab per Fax, 19:34 Uhr) verbot das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin – Letzterer unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB – die Beschwerdeführer betreffende Bankunterlagen oder Dokumente an Dritte, insbesondere an die amerikanischen Behörden, herauszugeben. Weiter wurden die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin eingeladen, sich bis am 24. Februar 2009 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführer zu äussern und dem Gericht ein Exemplar der angefochtenen Verfügung einzureichen.

E.
Mit Eingabe vom 24. Februar 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin, dass auf das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht einzutreten bzw. das Gesuch abzuweisen sei, und auf das Gesuch um superprovisorische Massnahmen unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB nicht einzutreten bzw. das Gesuch abzuweisen und die mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 verfügte vorsorgliche Massnahme aufzuheben sei.

F.
Mit Eingabe vom 24. Februar 2009 liess sich die Vorinstanz dahingehend vernehmen, dass auf die Beschwerde mangels Beschwerdelegi-

timation gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG nicht einzutreten sei. Zudem sei das Verfahren vorerst auf die Frage der Beschwerdelegitimation zu beschränken. Schliesslich sei vom Erlass vorsorglicher Massnahmen abzusehen und die angeordneten superprovisorischen Massnahmen seien als gegenstandslos aufzuheben.

G.
Mit Instruktionsverfügung vom 26. Februar 2009 erklärte das Bundesverwaltungsgericht das mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 superprovisorisch ausgesprochene Verbot der Herausgabe von den die Beschwerdeführer betreffenden Bankunterlagen und Dokumenten als gegenstandslos und trat auf den Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, nicht ein. Ferner stellte es den Beschwerdeführern die Vernehmlassung der Vorinstanz sowie die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom jeweils 24. Februar 2009 zu und lud sie ein, sich bis am 13. März 2009 zu den Eingaben der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zu äussern. Weiter erhob das erkennende Gericht einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– pro Beschwerdeführer, verlangte von der Vorinstanz eine ungeschwärzte Version der angefochtenen Verfügung und sowohl von der Vorinstanz als auch von der Beschwerdegegnerin Angaben dazu, weshalb sie nicht wüssten, ob die Beschwerdeführer zu den von der Datenherausgabe Betroffenen gehörten.

H.
In ihrer Eingabe vom 4. März 2009 zur Frage, ob die Beschwerdeführer zu den von der Datenherausgabe Betroffenen gehörten, bestätigte die Beschwerdegegnerin, dass sie die Bankunterlagen und Daten sämtlicher Beschwerdeführer an die Vorinstanz herausgegeben habe. Es handle sich hierbei um die Akten der folgenden Kategorien: Unterlagen zur Vorgängerbeziehung; Formular A; Basisdokument Quellensteuer; Formular W-8BEN/W-9; Gesellschaftsunterlagen; Konto-Basisdokumente; Registraturdossier (Korrespondenz, generelle Ablage usw.); Dokumentation Trades; Einträge Kundenberater; E-Mails; Kontoauszüge. Dieser Sachverhalt wurde am 5. März 2009 von der Vorinstanz bestätigt und den Beschwerdeführern mit Instruktionsverfügung vom 6. März 2009 mitgeteilt.

Am 6. März 2009 reichte die Vorinstanz dem Gericht eine ungeschwärzte Version der Verfügung vom 18. Februar 2009 ein und machte darauf aufmerksam, dass der Inhalt der Verfügung im Rahmen der

fortdauernden Auseinandersetzung mit den USA die öffentlichen Interessen der Schweiz tangiere, weshalb die integrale Verfügung vertraulich zu behandeln sei.

I.
Die Beschwerdeführer beantragten in ihrer Stellungnahme vom 12. März 2009 zu den Eingaben der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin vom jeweils 24. Februar 2009, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Eventualiter beantragten sie, es sei die Rechtswidrigkeit der Verfügung festzustellen. Weiter sei festzustellen, dass die Vorinstanz die Verfahrensrechte der Beschwerdeführer in rechts- und verfassungswidriger Weise grob verletzt habe. Die Beschwerdeführer stellten überdies die Verfahrensanträge, ihnen sei uneingeschränkte Einsicht in verschiedene Dokumente zu gewähren. Nach Einsichtnahme sei ihnen eine Frist zur Ergänzung der Beschwerde anzusetzen. Soweit die Vorinstanz dem Gericht Akten mit dem Antrag einreiche, keine Offenlegung zu gewähren, seien diese als unbeachtlich aus dem Recht zu weisen.

J.
In ihrer Vernehmlassung vom 13. März 2009 stellte die Vorinstanz den Antrag, dass den Beschwerdeführern kein Einblick in diese zu gewähren sei. Zusammen mit ihrer Vernehmlassung vom 13. März 2009 reichte die Vorinstanz einen Kurzbericht ihrer Vorgängerorganisation EBK über deren Untersuchung des grenzüberschreitenden Geschäfts der Beschwerdegegnerin mit Privatkunden in den USA ein und hielt fest, dass dieser an die Beschwerdeführer weitergeleitet werden könne.

Mit separater Eingabe vom selben Tag reichte die Vorinstanz einen Ordner mit Vorakten ein. In ihrem Begleitschreiben stellte sie den Antrag, dass die Beschwerdeführer von der Einsicht in diese Akten und von allfälligen Instruktionsverhandlungen auszuschliessen seien.

Mit Instruktionsverfügung vom 17. März 2009 stellte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführern den Kurzbericht zur Kenntnisnahme zu und hielt fest, dass auf die Frage der Einsicht in die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 13. März 2009 sowie auf das Akteneinsichtsrecht im Allgemeinen zu einem späteren Zeitpunkt zurückzukommen sei.

K.
In ihrer Eingabe vom 30. März 2009 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Verfahrensanträge der Beschwerdeführer. Eventualiter sei über die Anträge erst dann zu befinden, wenn die Eintretensfrage rechtskräftig geklärt sei. Zudem sei die ungeschwärzte Eingabe gemäss Art. 27 VwVG zu behandeln. Zur Begründung brachte die Vorinstanz im Wesentlichen vor, sie habe die angefochtene Verfügung gestützt auf Art. 25 und 26 BankG erlassen, weshalb die Rechtsmittelmöglichkeiten gegen solche Verfügungen abschliessend von Art. 24 Abs. 2 BankG geregelt würden. Demnach könnten die Gläubiger und die Eigner der Bank lediglich gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen Beschwerde führen, nicht aber gegen die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen. Aus diesem Grund sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführer kein aktuelles Rechtsschutzinteresse i.S.v. Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG geltend machen könnten, da die Daten schon an die US-Behörden übergeben worden seien.

L.
In ihrer Eingabe vom 30. März 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Zur Begründung stellte sie sich auf den Standpunkt, dass Art. 24 Abs. 2 BankG den Beschwerdeführern keine Rechtsmittelmöglichkeit gäbe. Selbst wenn das Gericht zum Schluss kommen sollte, dass die Legitimation gemäss Art. 48 VwVG zu beurteilen wäre, würde es am aktuellen Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer mangeln, da die Daten der Beschwerdeführer bereits an die US-Behörden ausgehändigt worden seien.

M.
Mit Zwischenentscheid vom 30. April 2009 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdelegitimation der W._____ Ltd., der H._____ Ltd. sowie der K._____ Corp. (Beschwerdeführer). In Bezug auf die wirtschaftlich Berechtigten natürlichen Personen trat es demgegenüber nicht auf deren Beschwerde ein. Weitere Beschwerden wurden mangels rechtzeitiger Leistung des Kostenvorschusses abgeschrieben.

N.
Mit Verfügung vom 10. Juli 2009 wurde die Vorinstanz eingeladen, sich bis am 21. August 2009 zum Umfang der beabsichtigten Akteneinsicht

durch die Beschwerdeführer zu äussern, wobei ihr das Bundesverwaltungsgericht Abdeckungsvorschläge der angefochtenen Verfügung sowie der vorinstanzlichen Stellungnahmen vom 13. und vom 30. März 2009 unterbreitete und gleichzeitig die Frage stellte, ob sie deren Weiterleitung an die Beschwerdegegnerin akzeptieren würde. Weiter wurden die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin eingeladen, bis am 21. August 2009 ihre Stellungnahmen zum Begehren der Beschwerdeführer, wonach die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen sei, zu ergänzen.

O.
Nachdem die Vorinstanz in ihrem Schreiben vom 16. Juli 2009 keine Einwände gegen die Weiterleitung der Abdeckungsvorschläge des Bundesverwaltungsgerichts an die Beschwerdegegnerin erhoben hatte, stellte es mit Verfügung vom 28. Juli 2009 die Frage an die Beschwerdegegnerin, ob sie mit der Weiterleitung der Abdeckunsvorschläge des Bundesverwaltungsgerichts an die Beschwerdeführer einverstanden sei. Mit Eingabe vom 21. August 2009 beantragte sie gewisse zusätzliche Abdeckungen von Namen.

P.
Mit Verfügung vom 18. August 2009 hiess das erkennende Gericht das Fristerstreckungsgesuch der Vorinstanz vom 13. August 2009 betreffend die materielle Stellungnahme teilweise gut und setzte die Frist neu auf den 25. September 2009 an. Das Fristerstreckungsgesuch zur Stellungnahme zur Akteneinsicht durch die Beschwerdeführer wurde gutgeheissen und bis zum 31. August 2009 erstreckt. Ebenso erstreckte es die Frist bezüglich materieller Stellungnahme durch die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 20. August 2009 auf den 31. August 2009.

Q.
Mit Eingabe vom 31. August 2009 äusserte sich die Vorinstanz zur Akteneinsicht durch die Beschwerdeführer dahingehend, dass grundsätzlich alle Akten zugänglich zu machen seien, sofern sie nicht die interne Meinungsbildung beträfen. Ferner seien zusätzlich gewisse Stellen in der angefochtenen Verfügung sowie den vorinstanzlichen Stellungnahmen vom 13. und vom 30. März 2009 abzudecken. Schliesslich sei die Akteneinsicht nur am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts und unter Beaufsichtigung zu gewähren, und den Beschwerdeführern und

ihren Rechtsvertretern sei unter Strafandrohung zu verbieten, die Akten oder deren Inhalt publik oder Dritten zugänglich zu machen.

R.
In ihrer Beschwerdeantwort vom 31. August 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin, auf den Antrag der Beschwerdeführer, wonach festzustellen sei, dass die Vorinstanz die Verfahrensrechte in verfassungswidriger Weise grob verletzt habe, nicht einzutreten. Des Weiteren sei der Antrag, die Rechtswidrigkeit der Verfügung der Vorinstanz vom 18. Februar 2009 sei festzustellen, abzuweisen, beides unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Zur Begründung bringt sie vor, aus dem Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 31. März 2009 gehe nicht hervor, dass dieses sich zum Antrag auf Feststellung der Verletzung von Verfahrensrechten geäussert habe, weshalb davon auszugehen sei, dass nicht darauf eingetreten werde. Art. 25 Abs. 2 VwVG erlaube zwar im Fall von schutzwürdigen Interessen die Feststellung über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlicher Rechte. Die Bestimmung gehe aber nicht so weit, dass sie auch eine Feststellung von Teilrechten erlauben würde.

Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung habe die Beschwerdegegnerin verpflichtet, die in Ziffer 9 DPA sowie die im Account Disclosure Letter genannten Bankkundendaten an die Vorinstanz zwecks Weiterleitung an die US-Behörden auszuhändigen. Ziffer 3 ermächtige die Beschwerdegegnerin, einen von ihr bestimmten Auditor zwecks Überprüfung der Einhaltung ihrer aus dem DPA fliessenden Pflichten zuhanden des DoJ und der SEC einzusetzen und im Rahmen des DPA mit diesen Behörden zu kooperieren. Die Beschwerdeführer seien in ihrer Beschwerde lediglich auf Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung eingegangen, nicht aber auf Ziffer 3. Es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführer durch Ziffer 3 betroffen sein sollten. Da die Beschwerdeführer den Streitgegenstand somit selbst auf die Rechtmässigkeitsprüfung von Ziffern 1 und 2 eingeschränkt hätten, sei auch nur darüber zu entscheiden, denn Ziffer 3 sei in Rechtskraft erwachsen.

Die Verfügung habe die Vorinstanz auf Art. 25 und 26 BankG gestützt, weil Schutzmassnahmen zugunsten der Beschwerdegegnerin aufgrund einer potentiellen Liquiditätsgefährdung notwendig geworden seien. Dabei verkennten die Beschwerdeführer, dass die in Art. 26 BankG

beispielhaft aufgezählten Massnahmen nicht abschliessend seien. Diese Auslegung ergebe sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung, jedoch auch aus der Botschaft und der Lehre sowie dem Zweck des 11. Abschnitts des BankG, welcher zum Ziel habe, das kollektive Gläubigerinteresse und das Finanzsystem als Ganzes zu schützen. Um dies zu erreichen, gewährten die entsprechenden Regeln der Vorinstanz einen grossen Ermessensspielraum und ein Auswahlermessen in Bezug auf die jeweils adäquaten Massnahmen. Nur weil Art. 26 BankG die Herausgabe von Kundendaten an eine ausländische Behörde nicht explizit vorsehe, heisse dies nicht, dass dadurch keine genügende gesetzliche Grundlage bestehe. Ob die Vorinstanz die Herausgabe von Kundendaten im Rahmen von Art. 26 BankG habe anordnen dürfen, beurteile sich vielmehr daran, ob sie das ihr vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen pflichtgemäss ausgeübt habe.

In diesem Zusammenhang sei denn auch nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz „verkappte Amtshilfe“ i.S.v. Art. 42 FINMAG gewährt haben soll. Ziel der angeordneten Herausgabe von Bankkundendaten sei vielmehr der Schutz des schweizerischen Finanzsystems und der Volkswirtschaft im Allgemeinen gewesen.

Soweit die Beschwerdeführer vorbringen würden, das in Art. 47 BankG statuierte Bankgeheimnis könne nicht durch auf Art. 26 BankG gestützte Massnahmen durchbrochen werden, lägen sie falsch. Denn das Bankgeheimnis gelte nicht absolut und werde durch verschiedene kantonale und eidgenössische Bestimmungen eingeschränkt. Zudem komme der Vorinstanz bei der Anordnung von Massnahmen gestützt auf Art. 26 BankG ein grosser Ermessensspielraum zu.

Auch Art. 24 Abs. 2 BankG stelle kein Indiz für den Ausschluss der Datenherausgabe gestützt auf Art. 26 BankG dar. Wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Zwischenentscheid festgehalten habe, bestehe der Beschwerdeausschluss gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG nur für Fälle, in welchen die Gläubiger durch eine Massnahme nicht direkt betroffen seien. Dass Art. 26 BankG generell Schutzmassnahmen, welche direkte Auswirkungen auf die Gläubiger und Eigner einer Bank haben, ausschliessen wolle, gehe weder aus Art. 24 Abs. 2 BankG noch aus Art. 26 BankG hervor.

Eine begründete Besorgnis ernsthafter Liquiditätsprobleme i.S.v. Art. 25 BankG sei dann gegeben, wenn die Gefahr bestehe, dass eine Bank nicht in der Lage sei, sich zu Marktbedingungen flüssige Mittel zu

verschaffen, und davon ausgegangen werden müsse, dass die vorhandene Liquidität die fälligen oder die nächstens fällig werdenden Verpflichtungen nicht mehr decke. Dabei sei festzuhalten, dass Banken schneller als andere Unternehmen in Liquiditätsengpässe kämen, weil die Kunden unter dem Eindruck von drohenden behördlichen Massnahmen bzw. Gerüchten über Liquiditätsprobleme ihre Mittel abziehen würden und die Bank gleichzeitig Schwierigkeiten habe, Liquidität zu Marktkonditionen aufzunehmen. Da eine Illiquidität sehr schnell eintreten könne, dürften keine zu hohen Anforderungen an die Annahme einer Gefahr ernsthafter Liquiditätsprobleme gestellt werden. Im vorliegenden Fall hätte sich die Beschwerdegegnerin mit einer Anklage durch das DoJ konfrontiert gesehen, wenn die Kundendaten nicht übermittelt worden wären. Aus Ziffern 9 und 14 des DPA gehe hervor, dass das DoJ nur im Fall einer Übermittlung von Kundendaten bereit gewesen sei, beim zuständigen US-Gericht eine Aussetzung der Anklage für 18 Monate zu beantragen. Daraus folge einerseits, dass schon ein Anklageverfahren gegen die Beschwerdegegnerin eingeleitet worden sei, und andererseits, dass die Vorinstanz habe handeln müssen. Hinzu komme, dass das DoJ der Beschwerdegegnerin vorgängig in einem Brief angedroht habe, ein Strafverfahren gegen sie einzuleiten, sollte sie keine Daten übermitteln.

Das von der Vorinstanz angenommene Szenario, wonach im Fall einer Anklageerhebung mit zahlreichen Rückzügen vieler, auch institutioneller Anleger zu rechnen gewesen wäre, und die US-Behörden gewissen Geschäftseinheiten der Beschwerdegegnerin die Geschäftsbewilligung hätten entziehen können, stimme. Derartige Massnahmen hätten für die Beschwerdegegnerin verheerende Folgen gehabt und sich stark auf deren internationale Geschäfte ausgewirkt. Das Vorbringen der Beschwerdeführer, die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz hätten sich durch die US-Behörden „bluffen“ lassen, da der massgebliche Sachverhalt bereits durch das whistleblowing von Bradley Birkenfeld bekannt gewesen sei und die befürchteten Abzüge von Kundengeldern trotzdem nicht eingetreten seien, sei unhaltbar. Sodann sei die Annahme der Beschwerdeführer, wonach sich eine Anklage lediglich auf das US-Geschäft der Beschwerdegegnerin ausgewirkt hätte, realitätsfremd. Im Bereich Wealth Management stammten Fr. 600 Milliarden von insgesamt verwalteten Fr. 1'470 Milliarden aus dem US-Geschäft. Von den weltweit beschäftigten 75'206 Arbeitnehmern seien 26'934 in den USA beschäftigt. Unter diesen Umständen anzunehmen, ernsthafte

Probleme der Bank in den USA hätten sich nicht auf das internationale Geschäft ausgewirkt, sei nicht nachvollziehbar.

Mit Bezug auf das Verhältnismässigkeitsprinzip führt die Beschwerdegegnerin aus, die angefochtene Verfügung sei ohne Weiteres geeignet gewesen, das Anklageverfahren gegen die Beschwerdegegnerin zu verhindern, da sich die USA in Ziffern 9 und 14 ff. DPA verpflichtet hätten, die Beschwerdegegnerin nach der Herausgabe der Daten nicht mehr strafrechtlich zu belangen. In diesem Zusammenhang sei das von der IRS eingeleitete zivilrechtliche „John Doe Summons-Verfahren" nicht relevant. Weiter sei der Erlass der angefochtenen Verfügung notwendig gewesen, weil zu diesem Zeitpunkt kein milderes Mittel, wie bspw. die Fortführung der Amtshilfeverfahren, mehr möglich gewesen sei.

Vorliegend sei ferner die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn, welche eine korrekte Abwägung zwischen den von einer Massnahme betroffenen öffentlichen und privaten Interessen erfordere, gewahrt. Der Systemschutz habe im vorliegenden Fall ein grösseres Gewicht gehabt als das Interesse von 255 Kunden an der Geheimhaltung ihrer Daten bzw. an einer vorgängigen gerichtlichen Prüfung einer Herausgabe. Daran ändere auch der Umstand, dass Art. 47 BankG die Bankkundendaten strafrechtlich vor einer Preisgabe schütze und eine Herausgabe nur unter bestimmten Bedingungen erlaube, nichts. Denn die gravierenden Auswirkungen einer Anklage gegen die Beschwerdegegnerin auf den Finanzplatz Schweiz und die gesamte schweizerische Volkswirtschaft überwiege das private Interesse der Kontoinhaber an der Geheimhaltung ihrer Daten bei Weitem. Die von der Vorinstanz getroffene Massnahme sei zudem auch nicht rechtsmissbräuchlich gewesen, denn die Vorinstanz habe den Tatbestand von Art. 25 und 26 BankG nicht künstlich angepasst und gegen den Gesetzessinn ausgelegt.

Schliesslich sei die getroffene Massnahme angemessen gewesen, denn die Vorinstanz habe alle zur Debatte stehenden öffentlichen und privaten Interessen pflichtgemäss gegeneinander abgewogen. Eine Insolvenz der Beschwerdegegnerin hätte der Schweiz viel mehr geschadet als eine Herausgabe von Bankkundendaten, denn der Zusammenbruch der grössten schweizerischen Bank hätte im Ausland zu einem massiven Vertrauensverlust geführt. Die von der Vorinstanz getroffene

Massnahme hingegen habe keinen spürbaren Vertrauensverlust in den schweizerischen Finanzplatz zur Folge gehabt.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei festzuhalten, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführer vor Erlass der angefochtenen Verfügung tatsächlich nicht angehört habe. Durch die Anhörung im vorliegenden Verfahren sei dem Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführer aber Genüge getan, womit kein Anlass bestehe, explizit auf die fehlende Gewährung des rechtlichen Gehörs vor der Vorinstanz einzugehen. Inwiefern Dr. Eugen Haltiner hätte in den Ausstand treten sollen, sei nicht ersichtlich, denn er habe keinesfalls ein persönliches Interesse am Verfahrensausgang gehabt. Der Anschein der Befangenheit werde gemäss Art. 10 VwVG nicht schon deshalb erweckt, weil jemand früher bei einer der Verfahrensparteien gearbeitet habe. Hinzu komme, dass Dr. Eugen Haltiner während seiner Arbeit bei der Beschwerdegegnerin nie in das zu behandelnde Geschäft involviert gewesen sei.

Abschliessend weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung der angefochtenen Verfügung gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG zulässig gewesen sei. Denn hätte die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung die aufschiebende Wirkung nicht entzogen, hätte diese nicht vollstreckt werden können und es wären die vom DoJ angedrohten Massnahmen eingetreten.

S.

Mit Verfügung vom 4. September 2009 stellte das Bundesverwaltungsgericht die angefochtene Verfügung sowie die vorinstanzlichen Stellungnahmen vom 13. und vom 30. März 2009 den Beschwerdeführern mit den von ihm vorgenommenen sowie den von der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin beantragten Abdeckungen zu. Zudem stellte es den Parteien die Eingaben der Beschwerdegegnerin vom 20. August 2009 sowie jener der Vorinstanz betreffend die Akteneinsicht vom 31. August 2009 wechselseitig zu. Des Weiteren wies es darauf hin, dass über eine weitergehende Akteneinsicht sowie deren Modalitäten und eine allfällig zu verfügende Strafandrohung im weiteren Verlauf des Verfahrens, jedoch spätestens bei dessen Abschluss, entschieden werde. Schliesslich wurden die Beschwerdeführer eingeladen, bis am 18. September 2009 eine allfällige Ergänzung der Beschwerdebegründung einzureichen.

T.

Mit Vernehmlassung vom 25. September 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung des Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung. Ebenso beantragt sie, das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführer, wonach sie deren Verfahrensrechte in rechts- und verfassungswidriger Weise grob verletzt habe, abzuweisen. Weiter stellt sie die Verfahrensanträge, die Herren P._____ (SNB), Dr. Eugen Haltiner (Verwaltungsratspräsident der Vorinstanz), Dr. Urs Zulauf (Leiter Recht/Enforcement/Internationales der Vorinstanz), S._____ (NY FED) sowie K._____ (Senior Litigation Counsel Attorney, Tax Division) seien als Zeugen, allenfalls als Auskunftspersonen zu befragen. Den Parteien und ihren Rechtsvertretern sei ausserdem unter Strafandrohung zu verbieten, die Verfahrensakten oder deren Inhalt publik zu machen, wobei die Akteneinsicht in die gekennzeichneten Dokumente zur verwaltungsinternen Meinungsbildung den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin zu verweigern sei. Generell seien die Namen von gegenwärtigen und ehemaligen Angehörigen der Beschwerdegegnerin, der Eidgenössischen Bankenkommission EBK, der Vorinstanz sowie anderer Bundesbehörden und dergleichen abzudecken, sofern deren Nennung nicht entscheidrelevant sei. Schliesslich sei den Parteien Akteneinsicht ausschliesslich am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts und unter Aufsicht zu gewähren.

Zum Verfahrensgegenstand bringt sie vor, die Beschwerdeführer hätten Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung in keiner ihrer Eingaben erwähnt, weshalb ausschliesslich über die Rechtsmässigkeit von Dispositiv-Ziffern 1 und 2 zu befinden sei.

In materieller Hinsicht macht sie geltend, dass die angefochtene Verfügung das Resultat eines äusserst schwerwiegenden, schwierigen Entscheids anlässlich einer notstandsähnlichen Situation gewesen sei. Der Verwaltungsrat der Vorinstanz sei sich der grossen Auswirkungen in faktischer und rechtlicher Hinsicht bewusst gewesen und habe sich deshalb vorgängig über den Verfahrensstand der Amtshilfeverfahren bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung EStV informiert und dabei abgeklärt, ob der Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft willens sei, von seiner Notrechtskompetenz Gebrauch zu machen. Erst danach habe er – seines Erachtens rechtmässig – die Datenherausgabe gestützt auf Art. 25 und 26 BankG verfügt. Irrelevant sei für den Entscheid gewesen, weshalb die amerikanischen Behörden ag-

gressiv vorgegangen seien und wie die Beschwerdegegnerin in dieses Dilemma geraten sei. Vielmehr sei die Vorinstanz aufgrund drohender volkswirtschaftlicher Konsequenzen selbst mit einer Dilemmasituation konfrontiert gewesen. In diesem Zusammenhang seien die vom Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts mehrfach gegenüber der Neuen Zürcher Zeitung NZZ gemachten Äusserungen, wonach die Datenherausgabe aus rechtsstaatlicher Sicht fragwürdig gewesen sei und ausserdem ein laufendes Gerichtsverfahren zur Farce hätten verkommen lassen, befremdlich und würden Zweifel an der Unvoreingenommenheit des erkennenden Gerichts wecken. Obwohl dieses Verhalten einen Ausstandsgrund, u.U. sogar für das Gesamtgericht, dargestellt hätte, sehe sie von der Stellung eines entsprechenden Antrags ab, da jeder Richter schon aufgrund der Verfassung unabhängig, unvoreingenommen und weisungsungebunden urteilen müsse.

In der Folge macht die Vorinstanz Ausführungen zur ernsten Lage auf den globalen Finanzmärkten ab dem Herbst 2008, zum Konkurs der Investmentbank Lehman Brothers Inc. sowie zu dem in Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Nationalbank (SNB), dem Bundesrat und der EBK zwecks Stabilisierung des schweizerischen Finanzsystems erarbeiteten Massnahmepaket. Gleichzeitig rekapituliert sie das Vorgehen der amerikanischen Behörden ab diesem Zeitpunkt (vgl. Sachverhaltspunkte A und B), wobei sie festhält, dass die Drohung, eine strafrechtliche Anklage gegen die Beschwerdegegnerin einzuleiten, wenn keine Kundendaten übermittelt würden, sehr real gewesen sei. Soweit die Rechtsmässigkeit der angefochtenen Verfügung zu beurteilen sei, seien dieser Sachverhalt sowie die immer drastischeren Drohungen der US-Behörden zu berücksichtigen.

Die Vorinstanz habe alle zuständigen Bundesbehörden seit dem Frühling 2008 regelmässig über die Bedrohungslage gegenüber der Beschwerdegegnerin und indirekt den Rechtsstaat Schweiz informiert. Der Gesetzgeber habe sie im Rahmen von Art. 25 und 26 BankG verpflichtet, zum Gläubigerschutz bei begründeter Besorgnis ernsthafter Liquiditätsprobleme Schutzmassnahmen anzuordnen, weshalb sie sich für den Erlass der angefochtenen Verfügung entschieden habe. Ihr Entscheid sei vom Bundesrat gutgeheissen worden, denn dieser habe sie mit Beschluss vom 19. Dezember 2008 darum ersucht, die zur Abwendung der drohenden Gefahren notwendigen Schritte zu unternehmen. Dabei habe sie nicht Amtshilfe geleistet. Sie habe die Massnahmen zur Abwendung grösster volkswirtschaftlicher Schäden getroffen, habe sich

aber nie dazu geäussert, ob die betroffenen Kunden der Beschwerdegegnerin tatsächlich Abgabe- bzw. Steuerbetrug begangen hätten. Dadurch erhelle, dass die Zuständigkeit anderer Behörden nie in Frage gestellt worden sei.

Der Bundesrat sei neben der Vorinstanz die einzige Behörde gewesen, welche die getroffenen Massnahmen hätte anordnen können. Er habe aber im Dezember 2008 und erneut am 13. Januar 2009 ausdrücklich davon abgesehen, von seiner Notrechtskompetenz Gebrauch zu machen. Zu diesem Entschluss sei er allenfalls auch deshalb gelangt, weil er Art. 25 und 26 BankG als genügend angesehen habe. Eventuell seien in diesem Zusammenhang durch das erkennende Gericht weitere Abklärungen zu treffen.

Die Vorinstanz sei gemäss Art. 6 FINMAG verpflichtet, die Aufsicht im Rahmen der Finanzmarktgesetzgebung auszuüben und nach Art. 31 FINMAG für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu sorgen, wenn ein beaufsichtigtes Institut die Gesetzesbestimmungen verletze oder sonstige Missstände bestünden. Dabei stehe es nicht in ihrem Ermessen, ob sie Massnahmen i.S.v. Art. 26 BankG ergreifen wolle, wenn Gläubigerinteressen oder die Funktion des Finanzmarkts in Frage gestellt seien. Da ein US-amerikanisches Strafverfahren gegen die Beschwerdegegnerin sofort zu einer massiven Gefährdung der Gläubigerinteressen geführt hätte, sei sie zum schnellen Eingreifen verpflichtet gewesen.

Die Anklagedrohung durch das DoJ sei ernsthaft und real gewesen und hätte – im Gegensatz zu den Vorbringen der Beschwerdeführer – gravierende Konsequenzen gehabt. Seit Mai 2008 sei die Vorinstanz mit dem DoJ und dem IRS in Kontakt gestanden. Diese hätten sich nur sehr schwer dazu bewegen lassen, ein Amtshilfegesuch zu stellen, was aber am 16. Juni 2008 trotzdem geschehen sei. Die EStV habe am 8. August 2008 die erste Editionsverfügung erlassen. Im Oktober 2008 hätten die US-Behörden und die NY FED klar gemacht, dass der Abschluss eines Deferred Prosecution Agreements DPA nur in Frage komme, wenn rasch Daten geliefert würden. Zur Erhöhung des Drucks sei Raoul Weil in Florida angeklagt und gewisse Mitglieder des Senior Managements der Beschwerdegegnerin als *unindicted co-conspirators* implizit ebenfalls mit Anklage "bedroht" worden. Im Dezember 2008 hätten die US-Behörden dann mit einer sofortigen Anklage gegen die Beschwerdegegnerin gedroht, wenn nicht sofort Daten geliefert würden.

Diese Drohung sei im Schreiben des DoJ vom 17. Februar 2009 an die Beschwerdegegnerin schriftlich wiederholt worden, wobei die Daten eines im DPA definierten Kundenkreises herausverlangt worden seien. Ein Antrag an das Gericht auf eine 18-monatige Aussetzung des Strafverfahrens sei gemäss DPA lediglich bei einer Datenübergabe möglich gewesen. Dass eine strafrechtliche Anklage gegen die Beschwerdegegnerin unmittelbar bevorgestanden sei, gehe aus dem DPA selbst hervor, wonach „*UBS […] already received credit by not facing immediate criminal prosecution*“, sowie aus verschiedenen Berichten von US-Zeitungen.

Die Ausführungen der Beschwerdeführer, wonach eine Anklage gegen die Beschwerdegegnerin diese nicht in ernsthafte Liquiditätsprobleme gebracht hätte, seien falsch. In diesem Zusammenhang könne auf den Fall Arthur Andersen verwiesen werden. Dass unter Anklage stehende Unternehmen in aller Regel konkursit würden, werde auch von der amerikanischen Lehre beschrieben.

Hinzu komme, dass die Beschwerdegegnerin einer konkreten Insolvenzgefahr ausgesetzt gewesen sei. Bei einer angeschlagenen Bank trete eine Insolvenzsituation sehr viel schneller ein als bei anderen Unternehmen. Aufgrund des Vertrauensverlusts der Marktteilnehmer sei die Beschaffung von Liquidität unmöglich oder nur zu schlechten Bedingungen machbar, weshalb innert kürzester Zeit eine Überschuldung wahrscheinlich sei. Hinzu komme, dass auch die Bankkunden die Konsequenzen aus dem Vertrauensverlust ziehen würden. Während eine Anklageerhebung bereits gesunde Unternehmen in ernsthafte Schwierigkeiten bringen könne, sei die Situation der Beschwerdegegnerin ab dem 3. Quartal 2008 ohnehin schon problematisch gewesen. Die durch Geldabflüsse, die unbefriedigende Kapitalentwicklung und die grosse Zahl an illiquiden Aktiven erlittenen Vertrauensverluste hätten nur durch das Massnahmenpaket im Oktober 2008 entschärft werden können, ohne jedoch den kritischen Verschuldungsgrad massgeblich zu verbessern. Wäre in dieser Situation noch Anklage erhoben worden, hätten alle professionellen Anleger und Gegenparteien die Anlagen zurückgezogen bzw. nicht mehr kurzfristig Geld geliehen. Aufgrund des stark internationalisierten Geschäfts der Beschwerdegegnerin und ihrer starken Position in den USA sei die Annahme, eine Insolvenz hätte auf das US-Geschäft beschränkt werden können, illusorisch. Schutzmassnahmen im Rahmen von Art. 25 und 26 BankG

anzuordnen, sei vor diesem Hintergrund die Verpflichtung der Vorinstanz gewesen.

Keine andere Behörde als die Vorinstanz habe zielführende Schutzmassnahmen ergreifen können. Der Massnahmenkatalog von Art. 26 BankG sei nicht abschliessend. Dadurch solle der Vorinstanz ermöglicht werden, situationsgerecht Schutzmassnahmen ergreifen zu können, um möglichst effizient eine Insolvenz der Bank abzuwenden. Im Rahmen des Willkürverbots, des Legalitäts- und des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie des Gebots von Treu und Glaube habe sie sowohl Massnahmen zum Schutz der Anleger als auch des Kapitalmarkts zu treffen. Deshalb könne auch keine Rede davon sein, die Vorinstanz habe den USA unter Missachtung von Art. 42 FINMAG verkappte Amtshilfe geleistet. Ziel der Datenherausgabe sei nicht die „Unterstützung“ einer ausländischen Behörde gewesen, sondern der Schutz der Beschwerdegegnerin vor drohender Illiquidität. Solche Massnahmen seien ausschliesslich von Art. 25 und 26 BankG gedeckt. Aus diesem Grund sei die Argumentation der Beschwerdeführer, wonach gemäss Art. 26 BankG nicht in bestehende Kundenverhältnisse eingegriffen werden dürfe, unzutreffend. Zwar treffe zu, dass der im öffentlichen Interesse erforderliche Eingriff der Vorinstanz in Individualrechte von Bankkunden – wozu das Bankgeheimnis gehöre – nirgends explizit geregelt sei. Trotzdem könne Art. 26 BankG in einer besonders schwerwiegenden Situation die Durchbrechung des Bankgeheimnisses decken.

Die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme sei geeignet gewesen, die öffentlichen Interessen und die betroffenen privaten Interessen wahrzunehmen. Dies würde sich schon aus der Tatsache, dass das DPA überhaupt habe abgeschlossen werden können, ergeben. Auch wenn damit leider ein zivilrechtliches „John Doe Summons-Verfahren“ nicht habe abgewendet werden können, seien dennoch die mit einer Anklageerhebung verbundenen viel grösseren Risiken verhindert worden. Aufgrund der dargestellten Bedrohungslage sei das Ergreifen der angeordneten Massnahmen absolut erforderlich gewesen.

Schliesslich sei die Datenherausgabe auch verhältnismässig gewesen. Ein Zusammenbruch der Beschwerdegegnerin hätte aufgrund deren Wichtigkeit für den schweizerischen Finanzmarkt die Liquiditätsversorgung sowie das Zahlungssystem massiv gefährdet und auch anderen

Banken grossen Schaden zugefügt. Im Vergleich dazu seien die betroffenen Privatinteressen weniger hoch einzustufen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht treffe zu, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführern vor Übermittlung der Bankdaten an die USA das rechtliche Gehör nicht gewährt habe. Dies sei aufgrund des Zeitdrucks auch nicht möglich gewesen und könne im Beschwerdeverfahren nachgeholt werden.

Das Vorbringen, wonach der Verwaltungsratspräsident der Vorinstanz, Dr. Eugen Haltiner, aufgrund seiner vormaligen Position bei der Beschwerdegegnerin hätte in den Ausstand treten müssen, treffe nicht zu. Die Vorsteher des EFD und des EJPD hätten für das konkrete Dossier ihr Einverständnis gegeben, Dr. Eugen Haltiner von seiner Ausstandspflicht zu befreien, weil sich abgezeichnet habe, dass Dr. Eugen Haltiner mit den zu beurteilenden Geschäften nie etwas zu tun gehabt habe. Deshalb habe die EBK entschieden, dass für ihn im Zusammenhang mit dem Corssborder-Geschäft kein Ausstandsgrund bestehe.

U.

In ihrer Beschwerdeergänzung vom 8. Oktober 2009 bestätigen die Beschwerdeführer ihre zuvor gestellten Rechtsbegehren und präzisieren ihren Antrag auf Akteneinsicht unter Nennung zahlreicher Dokumente.

Materiell bringen sie vor, dass sie Opfer eines internationalen Handels ohne Rechtsgrundlage geworden seien. Der Bundesrat habe zur Datenherausgabe kein Notrecht anwenden wollen. Aus diesem Grund habe er die Vorinstanz mit der Umsetzung und der Rechtfertigung eines politischen Entscheids beauftragt. Aus den Akten gehe hervor, dass der angefochtenen Verfügung monatelange Verhandlungen vorausgegangen seien, was das Argument der Dringlichkeit entkräfte. Die Vorinstanz habe als Instrument der Landesregierung einen politischen Entscheid umgesetzt und versucht, diesen mittels Schaffung eines *fait accompli* jeglicher Überprüfung zu entziehen. Aus diesen Gründen sei die angefochtene Verfügung nicht rechtmässig. Dies sei selbst dann nicht der Fall, wenn Art. 25 und 26 BankG eine genügende Gesetzesgrundlage für die Datenherausgabe darstellen sollten, denn die Vorinstanz habe die elementarsten Verfahrensgrundsätze dermassen verletzt, dass die Verfügung schon aufgrund dieser Tatsache rechtswidrig sei.

Die Beschwerdeführer machen in der Folge Ausführungen darüber, dass die Vorinstanz bereits seit März 2008 über die Drohungen der US-Regierung gegen die Beschwerdegegnerin informiert gewesen sei und trotz ausreichender Vorlaufzeit nichts unternommen habe, um die Verfahrensrechte der Beschwerdeführer zu wahren. Zudem habe die Vorinstanz unzulässigerweise in die laufenden Amtshilfeverfahren eingegriffen und den US-Behörden ausserhalb dieser Verfahren eine Hilfestellung geboten. Weiter habe sie die Datenprüfung an die Beschwerdegegnerin übertragen, was zur Folge gehabt habe, dass auch Drittpersonen betroffen gewesen seien, was für diese verheerende Folgen gehabt habe. Abschliessend weisen sie darauf hin, dass Dr. Eugen Haltiner die angefochtene Verfügung mitunterzeichnet habe. Dass jemand, der 32 Jahre bei der Beschwerdegegnerin gearbeitet und ihr seine heutige Stellung verdanke, nicht neutral sein könne, bedürfe keiner weiteren Ausführung.

V.

Mit Verfügung vom 15. Oktober 2009 lud das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin ein, bis am 6. November 2009 eine Stellungnahme zur Ergänzung der Beschwerdebegründung einzureichen und stellte den Parteien gleichzeitig die Beschwerdeantwort vom 31. August 2009 sowie die Vernehmlassung vom 25. September 2009 wechselseitig zu.

W.

Mit unaufgeforderter, als "Beschwerdereplik" bezeichneter Eingabe vom 26. Oktober 2009 stellen die Beschwerdeführer während laufender Frist für die Stellungnahme der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin nochmals dieselben Anträge wie in ihrer Beschwerdeergänzung und äussern sich zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 25. September 2009 sowie zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 31. August 2009. Dabei äussern sie sich erneut zur Akteneinsicht und machen abermals Ausführungen zur rechtlichen Qualifikation des Sachverhalts. Abgesehen vom bereits in der Beschwerde Ausgeführten bringen sie vor, die Beschwerde richte sich vorab gegen die Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung. Aus der Begründung gehe jedoch hervor, dass die Kritik weiter zu fassen sei. So erlaube Ziffer 3 der Beschwerdegegnerin, mit dem DoJ und der SEC im Rahmen des Vergleichs zu kooperieren. Soweit Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung den Austausch, die Ergänzung oder die Konkretisierung der Daten der

Beschwerdeführer beschlage, sei – mangels einer gesetzlichen Grundlage – auch diese Anordnung aufzuheben bzw. deren Rechtswidrigkeit festzustellen.

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 27. Oktober 2009 stellt die Beschwerdegegnerin die Anträge, es sei darüber zu entscheiden, ob die unaufgeforderte Eingabe der Beschwerdeführer vom 26. Oktober 2009 aus dem Recht zu weisen sei. Bis zu einem Entscheid in dieser Sache sei ihr die Frist zwecks Äusserung zur Beschwerdeergänzung abzunehmen und anschliessend zu erstrecken.

X.
Mit Verfügung vom 4. November 2009 setzte das Bundesverwaltungsgericht eine neue Frist für die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin zur Einreichung einer Stellungnahme zur Beschwerdeergänzung sowie ggf. zur unaufgeforderten Eingabe bis zum 20. November 2009 an.

Y.
In ihrer Stellungnahme vom 19. November 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin, auf das Begehren, wonach die Vorinstanz die Verfahrensrechte der Beschwerdeführer als verletzt festzustellen habe, sei nicht einzutreten. Des Weiteren sei der Antrag, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen, abzuweisen. Zur Begründung bringt sie vor, die Ausführungen der Beschwerdeführer seien weitgehend polemisch. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführer in ihrer unaufgeforderten Eingabe vom 27. Oktober 2009 neu auch die Aufhebung von Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung verlangten. Selbst wenn die unaufgeforderte Eingabe vom Gericht anerkannt werden sollte, ändere dies nichts daran, dass die Beschwerdeführer sich in den vorgängigen Eingaben nie zu Ziffer 3 geäussert hätten, weshalb dieser Punkt in Rechtskraft erwachsen sei. Des Weiteren sei nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführer Opfer eines konspirativen "Deals" zwischen verschiedenen in- und ausländischen Behörden geworden seien. Vielmehr sei die Datenherausgabe unilateral durch die Vorinstanz erfolgt, welche damit ein nicht unerhebliches Risiko eingegangen sei. Die Vorinstanz habe zwecks Wahrung der Interessen der Schweiz entsprechend handeln müssen. Da die Vorinstanz davon ausgegangen sei, dass die Beschwerdeführer gegen die Datenherausgabe nicht Beschwerde führen könnten, habe sie die Verfügung und ihre Stellungnahme abgedeckt, zumal die darin enthaltenen Informationen nicht für die

Öffentlichkeit bestimmt seien.

In materieller Hinsicht wiederholt die Beschwerdegegnerin, Art. 25 und 26 BankG stellten sehr wohl eine gesetzliche Grundlage für die Herausgabe von Bankkundendaten dar, sofern damit die Rettung einer Bank bei drohender Illiquidität verfolgt werde. Ferner könne nicht behauptet werden, die Vorinstanz habe durch die Datenherausgabe "unzulässige Vorhilfe" gegenüber einem fremden Staat geleistet. Die Datenherausgabe sei nicht im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens erfolgt, sondern zwecks Abwendung einer drohenden Illiquidität. Somit habe die Vorinstanz nicht Notrecht angewendet, sondern die einschlägigen bankenrechtlichen Normen. Die Behauptung der Beschwerdeführer, durch die Datenherausgabe seien auch unbeteiligte Dritte betroffen gewesen, sei nicht zielführend, da die Beschwerdeführer dadurch nicht betroffen seien.

Z.

Mit Eingabe vom 20. November 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Verfahrensanträge der Beschwerdeführer vom 8. bzw. 26. Oktober 2009 und hält im Übrigen an ihren prozessualen und materiellen Anträgen fest. Zur Begründung bringt sie vor, es sei klar festzuhalten, dass die Vorinstanz keinerlei "Deal" mit ausländischen Behörden gemacht habe, sondern gemäss Art. 21 FINMAG selbständig und in einer notstandsähnlichen Situation Daten an die US-Behörden übermittelt habe. In Bezug auf die Akteneinsicht sei festzuhalten, dass die Vorinstanz davon ausgegangen sei, die Beschwerdeführer seien nicht zur Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung legitimiert. Folglich habe sie keine Einsicht gewährt. Weiter hält die Vorinstanz daran fest, dass sich der Verfahrensgegenstand lediglich auf die Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung erstrecke, nicht aber auf Ziffer 3. Für den Fall, dass das erkennende Gericht dem Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2009 entscheidendes Gewicht beimessen sollte, beantragte sie, geeignete zusätzliche Beweismassnahmen anzuordnen. Von der Leistung unzulässiger Vorhilfe durch die Vorinstanz könne keine Rede sein, denn sie habe keine Amtshilfe geleistet. Dass im Rahmen des Verfahrens gegen die Beschwerdegegnerin betreffend die Einhaltung der SEC-Restriktionen Kontakte mit den US-Behörden stattgefunden hätten, sei normal und ohnehin im Rahmen der Kompetenz der Vorinstanz geschehen. Ob und inwiefern durch die Datenherausgabe Drittpersonen betroffen seien, sei nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Des Weiteren sei festzuhalten, dass die

Vorinstanz nicht zu den Geheimnisträgern i.S.v. Art. 47 BankG gehöre, sondern dem Amtsgeheimnis gemäss Art. 14 FINMAG unterstehe. Dieses könne jedoch zur Wahrung übergeordneter Interessen durchbrochen werden. Abschliessend sei festzuhalten, dass dem Bankgeheimnis kein Rang eines Verfassungsrechts zukomme, weshalb Eingriffe zwecks Wahrung übergeordneter Interessen möglich bleiben müssten.

Auf allfällige weitere Parteivorbringen und Akten wird in den Erwägungen eingegangen, soweit diese von Relevanz sind.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht hat mit unangefochten gebliebenem Zwischenentscheid vom 30. April 2009 die Beschwerdelegitimation der W._____ Ltd., der H._____ Ltd. sowie der K._____ Corp. (Beschwerdeführer) in Bezug auf deren Rechtsbegehren, es sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung vom 18. Februar 2009 festzustellen, bestätigt (vgl. Dispositiv-Ziffer 3). Auf das Begehren, wonach die angefochtene Verfügung aufzuheben sei, trat das Gericht schon in seinem Zwischenentscheid nicht ein (Dispositiv-Ziffer 1).

1.1 Die Beschwerdeführer beantragen neu ausdrücklich, Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben bzw. deren Rechtswidrigkeit festzustellen, weil der Beschwerdegegnerin dadurch erlaubt werde, mit dem DoJ und der SEC im Rahmen des Vergleichs zu kooperieren und allenfalls weitere Daten herauszugeben. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin beantragen, es sei im Rahmen des vorliegenden Entscheids lediglich über die Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung zu entscheiden.

Der in der Beschwerde gestellte Aufhebungsantrag und der in der Beschwerdeergänzung vom 8. Oktober 2009 formulierte Feststellungsantrag beziehen sich vom Wortlaut her auf die ganze Verfügung. Die fehlende Begründung zu einem gestellten Begehren führt nicht automatisch zu einem Nichteintretensentscheid, sondern gemäss Art. 52 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) i.d.R. zur Gewährung einer kurzen Nachfrist zwecks Begründungsergänzung.

Indessen ist Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung im Kontext mit den

Ziffern 1 und 2 zu betrachten: Ziffer 3 ermächtigt die Beschwerdegegnerin, einen Auditor zu ernennen, welcher die Einhaltung der sich aus den mit dem DoJ und der SEC abgeschlossenen Vergleichen ergebenden Pflichten überprüft. Ferner wird die Beschwerdegegnerin ermächtigt, in Absprache mit der Vorinstanz und im Rahmen der Vergleiche mit dem DoJ und der SEC zu kooperieren. Anders als die Beschwerdeführer vorbringen, ermächtigt Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung die Beschwerdegegnerin nicht, weitere Bankkundendaten an die US-Behörden auszuhändigen. Denn der Umfang der auszuhändigenden Daten wird abschliessend in Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung definiert, wonach die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz alle in Art. 9 DPA sowie im Account Disclosure Letter bezeichneten Daten herauszugeben hatte. Im Gegensatz dazu bezieht sich Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung ausschliesslich auf die technischen Aspekte der Umsetzung des DPA. Im Zusammenhang mit der Datentriage und der Datenherausgabe kommt Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung somit im Verhältnis zu Ziffer 1 keine eigenständige Bedeutung zu. Insbesondere ist sie nicht als Freipass für eine weitere, über Ziffern 1 und 2 hinausgehende und damit zu Lasten der Beschwerdeführer gehende Anordnung zur Datenübermittlung zu betrachten. Inwiefern die Beschwerdeführer durch Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung in ihren schutzwürdigen Interessen zusätzlich betroffen sein sollen, ist unter diesen Umständen nicht ersichtlich, weshalb auf den Antrag, Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben bzw. deren Rechtswidrigkeit festzustellen, nicht eingetreten wird.

1.2 Die Beschwerdeführer beantragen sodann die Feststellung der Verletzung formeller Verfahrensgarantien. Ein Antrag auf Aufhebung einer Verfügung kann formell oder materiell begründet sein. Beide Begründungsarten können zur gleichen Rechtsfolge führen. Ein auf Feststellung gerichtetes Begehren setzt im Normalfall ein entsprechendes Anfechtungsobjekt voraus. Kann der mit der Verfügung erreichte Erfolg nicht mehr rückgängig gemacht bzw. verhindert, sondern nur noch dessen Rechtswidrigkeit festgestellt werden, so bleibt in dieser Konstellation kein Raum mehr für eine separat zu treffende Feststellung über die Frage nach der Verletzung formeller Verfahrensgarantien. Auf das entsprechend gestellte Rechtsbegehren ist somit nicht einzutreten.

1.3 Die übrigen Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 52 ff. VwVG sind in Bezug auf die Beschwerdeführer erfüllt, weshalb auf die Be-

schwerde, soweit sie das Begehren auf Feststellung der Rechtswidrigkeit von Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung betrifft, einzutreten ist.

2.
Die Vorinstanz verzichtete in ihrer Vernehmlassung vom 25. September 2009 explizit auf ein Ausstandsbegehren gegen einzelne Richter oder das Gesamtgericht, kritisierte jedoch die Äusserungen des Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts in verschiedenen Medien nach Erlass der angefochtenen Verfügung. Da die Vorinstanz kein Ausstandsbegehren gestellt hat, ist auf ihre Ausführungen sowie die von ihr eingereichten Zeitungsartikel, gemäss welchen sich der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts mehrere Male zum vorliegend zu beurteilenden Fall geäussert haben soll, nicht weiter einzugehen. Auf eine weitere Evaluation der vorinstanzlichen Kritik kann daher verzichtet werden.

3.
Im vorliegenden Verfahren ist die Rechtsfrage zu beantworten, ob die Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung vom 18. Februar 2009, gestützt auf welche die Bankkundendaten der Beschwerdeführer an die US-Behörden übermittelt worden sind, rechtmässig sind. In Bezug auf die Frage des Streitgegenstands ist festzuhalten, dass das vorliegende Verfahren das in der Abt. I des Bundesverwaltungsgerichts abgeschriebene Amtshilfeverfahren in Steuersachen nicht beschlägt. Insbesondere muss daher auf die Rechtsfrage, ob und inwiefern eine genügende gesetzliche Grundlage für die Stellung eines Amtshilfegesuchs ohne die Nennung konkreter Namen besteht, nicht eingegangen werden. Ebensowenig geht es im vorliegenden Verfahren um die Frage, ob und wann von einer verpönten Beweisausforschung oder "fishing expedition" auszugehen wäre.

3.1 Die Beschwerdeführer bestreiten die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung vom 18. Februar 2009 aus rechtsstaatlichen Überlegungen und unter Verweis auf die (damals) laufenden Amtshilfeverfahren in Steuersachen. Art. 25 und 26 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0) bilden nach ihrer Auffassung keine genügende gesetzliche Grundlage für den internationalen Informationsaustausch und die Lüftung des Bankgeheimnisses. Die Gefährdung der Liquidität der Beschwerdegegnerin sei nicht belegt und die Vorinstanz könne sich nicht

auf die Beseitigung eines Missstands gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG, SR 956.1) berufen.

3.2 Die Vorinstanz beruft sich auf die durch die Pressionen der US-Behörden bewirkte Notlage im Zusammenhang mit der angedrohten Anklageerhebung gegen die Beschwerdegegnerin und deren befürchteten Auswirkungen. Massnahmen gegenüber einer Bank gemäss Art. 26 BankG seien zu einem Zeitpunkt zu ergreifen, in welchem eine drohende Illiquidität noch abgewendet werden könne. Die Vorinstanz habe sich in einer notstandsähnlichen Situation befunden, wobei der Bundesrat davon abgesehen habe, Notrecht anzuwenden.

3.3 Die Beschwerdegegnerin schliesst sich den Ausführungen der Vorinstanz im Wesentlichen an und verwendet sich für die Vorinstanz, welche nicht verkappte Amtshilfe i.S.v. Art. 42 FINMAG geleistet habe. Vielmehr habe sie aufgrund ihrer Besorgnis über ernsthafte Liquiditätsprobleme der Beschwerdegegnerin die Anordnung, Bankkundendaten an die US-Behörden auszuhändigen, erteilt. Ein Niedergang des US-Geschäfts hätte ihre Bankgeschäfte weltweit gravierend beeinflusst, wovon insbesondere die schweizerische Volkswirtschaft betroffen gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund sei das Ergreifen von Massnahmen gemäss Art. 25 und 26 BankG gerechtfertigt und die Lüftung des Bankgeheimnisses einer relativ kleinen Anzahl von Kunden verhältnismässig gewesen.

4. Es ist nachfolgend in einem ersten Schritt darauf einzugehen, durch welche gesetzlichen Bestimmungen Bankkundendaten in der Schweiz geschützt werden. Gestützt darauf sind Ausführungen zu machen, welchen Anforderungen eine Norm, die die Herausgabe von Bankkundendaten ermöglicht, zu genügen hat. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf einzugehen, ob Art. 25 und 26 BankG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Weitergabe von Bankkundendaten an eine ausländische Behörde bilden.

4.1 Der Schutz von Bankdaten entwickelte sich zunächst im Persönlichkeitsrecht, strahlt aber auch auf andere Rechtsbereiche, wie das Vertragsrecht und das Strafrecht, aus (vgl. PETER NOBEL, Das komplexe Gewebe des Bankgeheimnisses – Eine kleine juristische Einführung, Neue Zürcher Zeitung NZZ vom 5. März 2009).

Das Persönlichkeitsrecht hat zum Zweck, im Rahmen der informatio-

nellen Selbstbestimmung die wirtschaftlichen Verhältnisse des Trägers vor staatlichen Eingriffen zu schützen (vgl. GÜNTER STRATENWERTH, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Bankengesetz, Komm., Basel 2005, Rz. 1 f. zu Art. 47). Träger von Persönlichkeitsrechten sind sowohl natürliche als – soweit geeignet – auch juristische Personen (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Komm., 2. Aufl., St. Gallen 2008, Rz. 40 Art. 13). Die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person gehören zu deren Privatsphäre, welche durch Art. 28 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Januar 1907 (ZGB, SR 210) geschützt ist und ebenso einen Teilgehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 2 BV sowie Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) und Art. 17 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2) bildet (vgl. STRATENWERTH, a.a.O., Rz. 1 f. zu Art. 47; SCHWEIZER, a.a.O., Rz. 41 und 47 zu Art. 13; LUZIUS WILDHABER, in: Wolfram Karl (Hrsg.) Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Lieferung 1992, Rz. 323 ff. zu Art. 8; unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 25. April 2001 2A.234/2000 E. 2b/bb; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009 E. 5.1). Dabei ist unbestritten, dass der Schutz von Bankkundendaten nicht zum Kerngehalt von Art. 13 Abs. 2 BV gehört und somit eingeschränkt werden kann (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Steuerbehörden benutzen UBS AG als Untersuchungsgehilfin, Jusletter vom 9. Februar 2009, Rz. 17; CHRISTOF STEGER-BRUHIN, Das Bankgeheimnis zwischen Individual- und Gemeininteressen, in: Patrick Sutter (Hrsg.), Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 187 ff., 195 f.). Eingeschränkt und dadurch erst hinreichend präzisiert werden der Schutz von Bankdaten und somit das Bankgeheimnis selbst insbesondere durch die vertraglichen und die gesetzlichen Grundlagen zur Amts- und Rechtshilfe (zur Präzisierung von Grundrechten vgl. RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 1148 f.).

4.2 In Bezug auf die Bankdaten wird die Privatsphäre zusätzlich durch eine Reihe von privat- und strafrechtlichen Normen abgesichert, die jene Personen zur vertraulichen Behandlung von Bankdaten verpflichten, welche beruflich damit zu tun haben (vgl. STRATENWERTH, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 47). Es handelt sich hierbei um Normen, welche sicher-

stellen sollen, dass der wirtschaftlichen Privatsphäre des Kunden in alltäglichen Verrichtungen und Geschäftsbeziehungen Nachachtung verschafft wird. Ebenso konkretisieren diese Bestimmungen den Umfang der Geheimhaltung von Bankkundendaten.

4.2.1 Die Pflicht der Banken, Kundendaten vertraulich zu behandeln, ergibt sich in vertragsrechtlicher Hinsicht in genereller Weise aus Art. 398 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR, SR 220]) i.V.m. Art. 321a Abs. 4 OR. Art. 398 OR umschreibt die allgemeinen Sorgfaltspflichten des Beauftragten. Gemäss dieser Norm haftet die Bank gegenüber dem Kunden für den ihr erteilten (Vermögensverwaltungs-)Auftrag gleich wie der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber gegenüber. Art. 321a Abs. 4 OR konkretisiert die Sorgfaltspflicht des Beauftragten bzw. des Arbeitnehmers dahingehend, dass dieser anlässlich der Ausübung seiner Tätigkeiten wahrgenommene geheime Tatsachen sowohl während als auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht verwerten oder [Dritten] mitteilen darf. Einschränkend gilt es in Bezug auf den Auftrag – anders als im Arbeitsvertragsrecht – jedoch anzufügen, dass die Geheimhaltung vertraglich ausgeschlossen bzw. beschränkt werden kann und somit dispositiver Natur ist (vgl. ROLF H. WEBER, in: Honsell/Vogt/Wiegand, BaKom Obligationenrecht, Bd. 1, 4. Aufl., Basel 2007, N 23 zu Art. 398). Verstösst der Beauftragte gegen seine Geheimhaltungspflicht, wird er dem Auftraggeber aus Art. 97 OR schadenersatzpflichtig (vgl. BGE 119 II 252; WEBER, a.a.O., N 30 zu Art. 398). Dasselbe gilt gemäss Art. 698 ff. OR für die Organe einer Bank.

4.2.2 Neben der privatrechtlichen Schadenersatzpflicht der Bank soll die Privatsphäre des Bankkunden im Verkehr mit der Bank auch dadurch sichergestellt werden, dass sich mit der Behandlung von Bankkundendaten Betraute strafrechtlich verantworten müssen, wenn sie gegen ihre Geheimhaltungspflichten verstossen. In Bezug auf Bankkundendaten ergibt sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht aus dem Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), sondern aus der Spezialbestimmung von Art. 47 BankG. Es handelt sich hierbei um das strafrechtliche Pendant zu Art. 398 OR (vgl. WEBER, a.a.O., N 11 zu Art. 398). Art. 47 Abs. 1 BankG verpflichtet die Organe, die Angestellten, die Beauftragten, die Liquidatoren einer Bank sowie die Untersuchungs- und Sanierungsbeauftragten der FINMA und die Organe

und Angestellten der Prüfgesellschaft einer Bank unter Androhung von Gefängnis bis zu drei Jahren oder Geldstrafe dazu, das Bankgeheimnis zu wahren. Beim Versuch, eine der durch Art. 47 Abs. 1 BankG qualifizierten Personen zu einem Bruch des Bankgeheimnisses anzustiften, droht dieselbe Strafe. Auch die fahrlässige Begehung ist strafbar.

Als geheim i.S.v. Art. 47 BankG werden jene Informationen angesehen, die "relativ unbekannt" sind und an denen der Geheimnisherr ein Geheimhaltungsinteresse hat. Dies gilt sowohl für die Existenz der Geschäftsbeziehung an sich als auch für deren Inhalt und sich daraus ergebende Beziehungen zu Dritten (vgl. STRATENWERTH, a.a.O., N 13 zu Art. 47).

4.2.3 In Bezug auf das Personal und die Organe der Vorinstanz gilt das Amtsgeheimnis gemäss Art. 14 FINMAG, welches sie während und auch nach Abschluss ihrer Tätigkeit bei der Vorinstanz zur Verschwiegenheit über ihre amtliche Tätigkeit verpflichtet. Aussagen zur amtlichen Tätigkeit dürfen in Gerichtsverfahren nur dann getätigt werden, wenn die Vorinstanz zuerst eine Ermächtigung erteilt hat. Auch bei Art. 14 FINMAG handelt es sich um eine Strafnorm, welche als Konkretisierung von Art. 320 StGB zu verstehen ist (vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829-2916, 2867, nachfolgend: Botschaft FINMAG). In Bezug auf Bankkundendaten deckt sich Art. 14 FINMAG inhaltlich mit dem Bankgeheimnis gemäss Art. 47 BankG (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829-2916, 2867). Im Gegensatz zu den Ausführungen der Vorinstanz unterstehen ihr Personal und ihre Organe somit in Bezug auf die Bekanntgabe von Bankkundendaten materiell nicht anderen Regeln als die in Art. 47 BankG aufgezählten Geheimnisträger.

5.
Aus dem soeben Ausgeführten folgt, dass grundsätzlich alle Daten, die im Rahmen einer Beziehung eines Kunden mit seiner Bank und daraus fliessenden Beziehungen mit Drittpersonen gesammelt werden, geheim i.S.v. Art. 47 BankG sind.

5.1 Der Schutz der Privatsphäre – und somit auch der wirtschaftlichen Privatsphäre – gilt jedoch nicht umfassend (vgl. E. 4.1), sondern kann im Rahmen von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Abs. 2 EMRK eingeschränkt

werden. Art. 36 BV bestimmt, dass Grundrechtseinschränkungen einer Grundlage i.S. eines formellen Gesetzes bedürfen, sofern die Einschränkung schwer wiegt. Weiter muss die Einschränkung durch ein öffentliches Interesse oder durch den Grundrechtsschutz Dritter gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein. Schliesslich darf der Kerngehalt des einzuschränkenden Grundrechts nicht angetastet werden. Art. 36 Abs. 1 letzter Satz BV enthält zudem den Vorbehalt, dass dann von einer gesetzlichen Grundlage abgesehen werden kann, wenn eine ernsthafte, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr besteht.

Dass auch das Bankgeheimnis nicht uneingeschränkt gilt, ergibt sich aus Art. 47 Abs. 5 BankG, wonach eidgenössische und kantonale Bestimmungen zur Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde vorbehalten bleiben (vgl. zu den Voraussetzungen für die Einschränkung von Art. 47 Abs. 5 BankG auch BGE 123 II 153 E. 7b, wonach eine Einschränkung auch in einem Staatsvertrag vorgesehen sein kann).

5.2 Aus Satz 1 von Art. 36 Abs. 1 BV geht hervor, dass Grundrechtseinschränkungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Das Legalitätsprinzip ist ein Teilgehalt des in Art. 5 Abs. 1 BV statuierten Rechtsstaatsprinzips. Demnach ist das Recht sowohl Grundlage als auch Schranke staatlichen Handelns. Beim Rechtsstaatsprinzip handelt es sich um einen Verfassungsgrundsatz, welcher – soweit eine Verletzung von Bundesrecht zu beurteilen ist – selbständig angerufen werden kann (vgl. Yvo Hangartner, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 2 zu Art. 5). Inhalt von Art. 5 Abs. 1 BV ist u.a. die Verankerung des Rechtsstaats im formellen Sinn, was bedeutet, dass sich staatliches Handeln im Sinne einer Spezialermächtigung auf eine Rechtsgrundlage stützen muss und rechtliche Schranken nicht überschreiten darf. Art. 36 Abs. 1 BV konkretisiert das Rechtsstaatsprinzip insofern, als er das sog. Erfordernis des Rechtssatzes aufstellt. Dieses gewährleistet die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit, indem die von Grundrechtseingriffen Betroffenen ihr Verhalten nach den vorhersehbaren Folgen richten können (vgl. Rainer J. Schweizer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 2 zu Art. 36; Pascal Mahon, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Neuenburg 2003, N 7 zu Art. 36). Insbesondere bei der Eingriffsverwaltung sind in diesem Zusammenhang die Normbestimmtheit und die Voraussehbarkeit von grosser Wichtigkeit (vgl. Aubert/Mahon, a.a.O., N 8 zu Art. 5).

Satz 2 von Art. 36 Abs. 1 BV verlangt für schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen eine formellgesetzliche Grundlage, und zwar deshalb, um der formellen Rechtsstaatlichkeit möglichst gerecht zu werden und dadurch der demokratischen Legitimation von Grundrechtseinschränkungen zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. SCHWEIZER, a.a.O., N 16 zu Art. 36). Das heisst, dass durch eine möglichst hohe Normstufe bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen die Mitspracherechte des Volks sichergestellt werden sollen (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 171).

Aus dem soeben Ausgeführten ergibt sich demnach zweierlei: Vorerst dürfen Grundrechtseinschränkungen nur dann vorgenommen werden, wenn ein generell-abstrakter Rechtssatz dazu ermächtigt. Damit ist aber noch nichts über die Form des Rechtssatzes gesagt. Aufgrund des Rechtsstaatlichkeits- und Legitimationsgedankens hat der Verfassungsgeber deshalb explizit festgehalten, dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfen. Selbstverständlich muss die jeweilige Norm im jeweils formell korrekten Verfahren vom dafür zuständigen Organ erlassen worden sein (vgl. PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 7 N 100).

5.3 In Bezug auf die Einschränkung der Privatsphäre verlangt auch die EMRK in Art. 8 Abs. 2, dass ein Eingriff "gesetzlich vorgesehen sein muss". Zur Rechtfertigung eines Eingriffs fordern der EGMR und die Lehre die Erfüllung von vier Kriterien: Vorerst muss überhaupt eine gesetzliche Grundlage bestehen, wobei die Anforderungen daran nicht streng sind. So genügt bspw. auch ungeschriebenes Recht oder Richterrecht (vgl. WILDHABER/BREITENMOSER, IntKomm., a.a.O., N 526 zu Art. 8). Des Weiteren müssen die Einschränkung mit dem übrigen nationalen Recht vereinbar und die entsprechende Norm zugänglich und vorhersehbar sein. Dies erfordert, dass die den Eingriff rechtfertigende Norm genügend bestimmt und dem davon Betroffenen zum voraus bekannt ist, damit er sich rechtskonform verhalten kann. Schliesslich bedarf es eines formellen Gesetzes zum Schutz vor Willkür und öffentlicher Gewalt, sofern die Zugänglichkeit zur Norm und die Vorhersehbarkeit des Eingriffs nicht anders gewährleistet werden können (zum Bestimmtheitsgebot und zum Gebot der Voraussehbarkeit vgl. Entscheid des EGMR i.S. ZASURTSEV/RUSSLAND vom 27.04.2006, Nr. 67051/01, Rz. 51).

5.3.1 Satz 2 von Art. 36 Abs. 1 BV verlangt, dass schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen in einem formellen Gesetz vorgesehen sein müssen. Diese Bestimmung ist insofern weitergehend als Art. 8 Abs. 2 EMRK, als der eidgenössische Verfassungsgeber nicht allein auf die Bestimmtheit und die Voraussehbarkeit der Einschränkung abstellt, sondern ebenso auf die demokratische Legitimation der Norm (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3, BGE 128 I 327 E. 4.2, m.w.H.). Ziel ist deshalb, das rechtsstaatliche mit dem demokratischen Anliegen möglichst zu verknüpfen (vgl. SCHWEIZER, a.a.O., N 16 zu Art. 36). Wann ein Grundrechtseingriff als schwer anzusehen ist, kann nicht generell gesagt werden. Als Grundregel kann gelten, dass die Normstufe umso höher sein muss, je stärker der beabsichtigte Grundrechtseingriff ausfallen soll (vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, a.a.O., § 7 N 100). Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung muss bei der Beurteilung auf vier Kriterien abgestellt werden. Vorerst stellt sich die Frage nach der Intensität des Eingriffs. So müssen schwere Eingriffe in die Rechte und Freiheiten von Privaten, insbesondere in deren Freiheitsrechte, von einem Gesetz im formellen Sinne vorgesehen sein. Ein Gesetz im formellen Sinn ist ferner dann erforderlich, wenn vom Eingriff eine Vielzahl von Personen betroffen sind. Regelungen von grosser finanzieller Tragweite bedürfen ebenso einer Grundlage in einem Bundesgesetz wie jene Massnahmen, welche voraussichtlich auf Widerstand bei den Betroffenen stossen werden (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 396 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 310 f.; GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Komm., Zürich 2007, N 6 zu Art. 164; BGE 130 I 26 E. 5.1).

5.3.2 Auch wenn damit dargetan ist, dass wesentliche und schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein müssen, stellt sich immer noch die Frage nach der Bestimmtheit der Norm bzw. der damit einhergehenden Voraussehbarkeit für den Adressaten (sog. "Normdichte"; vgl. BIAGGINI, a.a.O., N 11 f. zu Art. 36). Ob eine Norm zur Einschränkung von Grundrechten genügend voraussehbar und bestimmt ist, muss im Einzelfall beurteilt werden. Generell verlangen sowohl das Bundesgericht als auch der EGMR, dass der potentiell vom Eingriff Betroffene erkennt, "welche rechtlichen Vorschriften auf einen gegebenen Fall anwendbar" sein können und "das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad

an Gewissheit erkennen kann" (vgl. BGE 125 I 361 E. 4, m.w.H.; SCHWEIZER, a.a.O., N 15 zu Art. 36). Während gewisse Normen aufgrund der zu regelnden Materie kaum jeden möglichen Anwendungsfall abdecken und antizipieren können, müssen sie dennoch so detailliert sein, dass die wesentlichsten Wertungen nicht von der rechtsanwendenden Behörde vorgenommen werden müssen (vgl. BGE 123 I 112 E. 7a, BGE 117 Ia 472 E. 3e; Entscheid des EGMR i.S. TOLSTOY MILOSLAVSKY/VEREINIGTES KÖNIGREICH vom 13.07.1995, Serie A, Band 316 B, Ziff. 37). Je bestimmter eine Norm ist, desto stärker ist die Bindung der rechtsanwendenden Behörde daran (zum sog. Tatbestandsermessen vgl. OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger, VwVG-Kommentar, Bern 2009, N 23 f. zu Art. 49).

6.
Die Vorinstanz stützte die angefochtene Verfügung vom 18. Februar 2009 auf Art. 25 und 26 BankG. Sie begründete ihren Entscheid, die Beschwerdegegnerin zur Herausgabe von Kundendaten zu verpflichten, damit, dass die Bank ansonsten in ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten geraten könnte. In diesem Fall ermächtige Art. 25 Abs. 1 BankG das Ergreifen von Schutzmassnahmen gemäss Art. 26 Abs. 1 BankG. Bei den in Art. 26 Abs. 1 Bst. a bis h BankG aufgezählten Massnahmen handle es sich um einen Beispielkatalog. Es stehe im Ermessen der Vorinstanz, auch andere Massnahmen zu ergreifen.

6.1 Die Bestimmungen von Art. 25 ff. BankG befinden sich unter dem Titel "Massnahmen bei Insolvenzgefahr" im 11. Abschnitt des BankG. Ziel des 11. Abschnitts ist es, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen die Vorinstanz bei Insolvenzgefahr einer Bank zum Schutz der Gläubigerinteressen sowie zum Schutz der Bank selbst vor unkontrollierten Geldrückzügen (sog. *bank run*) adäquate Massnahmen ergreifen kann. Gesetzliche Grundlage für derartige Massnahmen bildet Art. 25 BankG, welcher von den nachfolgenden Bestimmungen konkretisiert wird (vgl. CHRISTIAN HAAS, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, a.a.O., N 1 zu Art. 25). Die Massnahmen, welche die Vorinstanz gestützt auf Art. 25 ff. BankG ergreifen kann, sollen "namentlich im Interesse der Gläubiger ein auf den Einzelfall zugeschnittenes Sanierungs- und Liquidationsverfahren ermöglichen" (vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060-8117, nachfolgend: Botschaft BankG). Dabei hat der Gesetzgeber die entsprechenden Bestimmungen absichtlich offen formuliert, "um den verantwortlichen Behörden

den unabdingbaren Handlungsspielraum zu belassen" (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8069). Dies hat *in praxi* zur Folge, dass der Vorinstanz bei der Wahl und der Anordnung von Massnahmen ein ausserordentlich weiter Ermessensspielraum zukommt, was von der Lehre teils als rechtsstaatlich problematisch angesehen wird (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8069; HAAS, a.a.O., N 3 f. zu Art. 25). Die Kompetenzkonzentration bei der Vorinstanz wird jedoch u.a. als für die Verfahrensbeschleunigung im Fall von Liquiditätsproblemen einer Bank als unerlässlich bezeichnet (vgl. EVA HÜPKES, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, a.a.O., N 8 vor 11. Abschnitt).

Art. 26 Abs. 1 Bst. a bis h BankG enthält einen Katalog von möglichen Massnahmen. Demnach ermächtigt Art. 26 BankG die Vorinstanz, den Bankorganen Weisungen zu erteilen (Bst. a), einen Untersuchungsbeauftragten für die Bank einzusetzen (Bst. b), den Organen die Vertretungsbefugnis zu entziehen oder sie abzuberufen (Bst. c), die bankengesetzliche Prüfgesellschaft oder die obligationenrechtliche Revisionsstelle abzuberufen (Bst. d), die Geschäftstätigkeit der Bank einzuschränken (Bst. e), der Bank zu verbieten, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effektentransaktionen zu tätigen (Bst. f), die Bank zu schliessen (Bst. e) sowie Stundung und Fälligkeitsaufschub, ausgenommen für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen, anzuordnen (Bst. h). Dieser Katalog ist nicht abschliessend (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8080). Vielmehr stehen Art und Umfang der zu treffenden Massnahmen im ausschliesslichen Ermessen der Vorinstanz, wobei sie bei der Anordnung aber an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden ist (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8080). Wie die Massnahmen, welche nicht in den Bst. a bis h von Art. 26 Abs. 1 BankG figurieren, ausgestaltet sein müssen, geht aus der Botschaft nicht hervor. Dies hat der Gesetzgeber in Kauf genommen, um der Vorinstanz die nötige Flexibilität zu belassen und dem Einzelfall gerecht zu werden (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8069). Die Lehre äussert sich dahingehend, dass die ausserhalb des Beispielkatalogs angeordneten Massnahmen denselben Schutzzweck erfüllen müssen, wie die explizit aufgeführten (vgl. MARTIN HESS, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, a.a.O., N 7 zu Art. 26, mit Verweis auf HÜPKES, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, a.a.O., S. 130). Es handelt sich hierbei – wie erwähnt – um den Schutz der Gläubigerinteressen sowie den Schutz der Bank selbst vor unkontrollierten Geldrückzügen. So kann die Vorinstanz die Bank bspw. anweisen, auf Bonuszahlungen und die Ausschüttung von Dividenden zu verzichten, oder eine geplan-

te Geschäftsausweitung zu unterlassen (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8081).

6.2 In zeitlicher Hinsicht kann die Vorinstanz Massnahmen i.S.v. Art. 25 ff. BankG u.a. dann ergreifen, wenn eine "begründete Besorgnis" besteht, dass eine Bank "ernsthafte Liquiditätsprobleme" hat. Nach h.L. ist eine Besorgnis ernsthafter Liquiditätsprobleme in unternehmerischer Hinsicht dann begründet, wenn bspw. grössere Verluste eingetreten sind, ein c*ash-drain* im Gange ist oder die Geldflussrechnung eine Verschlechterung der Liquiditätsposition vermuten lässt (vgl. URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich/Bern 2004, Rz. 2745 ff.; HAAS, a.a.O., N 17 zu Art. 25). Insbesondere bei Banken kommt dem Vertrauen des Publikums in die Solvenz derselben eine stark erhöhte Bedeutung zu, denn eine Bank in finanziellen Schwierigkeiten, deren Aktiven die Gläubigerforderungen nach wie vor decken, kann innert kürzester Zeit und viel schneller als andere Unternehmen überschuldet werden. Sobald der Markt von den finanziellen Schwierigkeiten oder bevorstehenden behördlichen Massnahmen erfährt, kann ein Vertrauensverlust eintreten, der die Beschaffung von Liquidität zu Marktbedingungen erschwert oder verunmöglicht. Die betroffene Bank kann sich gezwungen sehen, Aktiva zu ungünstigen Bedingungen zu liquidieren, und riskiert, dass die dadurch beschaffte Liquidität die fälligen oder nächstens fällig werdende Verpflichtungen nicht mehr deckt (vgl. EVA HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommission als Konkursbehörde, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, Vol. 4/2002 und 1/2003, S. 125 ff., 134). Ähnlich, wenn auch weniger deutlich, geht aus der Gesetzessystematik hervor, dass die Vorinstanz die Insolvenz einer Bank nicht abwarten muss, bis sie Massnahmen ergreifen kann. Der Titel des 11. Abschnitts lautet "Massnahmen bei Insolvenzgefahr". Daraus erhellt, dass ein Eingreifen der Behörden schon zu einem Zeitpunkt möglich sein muss, wenn die Illiquidität bzw. Insolvenz absehbar, und nicht erst dann, wenn sie manifest ist. Dieses Gesetzesverständnis ergibt sich ebenso aus der Botschaft (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8079) und scheint auch von der Lehre geteilt zu werden (vgl. HAAS, a.a.O., N 18 zu Art. 25).

6.3 Vorliegend stellt sich insbesondere die Frage, ob Art. 25 und 26 BankG eine genügende gesetzliche Grundlage für Anordnung der Herausgabe von Kundendaten an die US-Behörden bilden.

6.3.1 Wie in E. 4.1 ff. dargelegt, wird die wirtschaftliche Privatsphäre eines Individuums oder einer juristischen Person sowohl von Art. 13 BV als auch von Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II geschützt. Die wirtschaftliche Privatsphäre umfasst einerseits die Kundenbeziehung zu einer Bank an sich und andererseits die in diesem Zusammenhang gesammelten Daten. In Bezug auf Bankkundendaten wird der Umfang der wirtschaftlichen Privatsphäre insbesondere von Art. 47 BankG definiert. Demnach fallen alle jene Daten unter das Bankgeheimnis, welche "relativ unbekannt" sind und an denen der Geheimnisherr ein Geheimhaltungsinteresse hat (vgl. E. 4.2.2). Werden Bankkundendaten gegen den Willen des Geheimnisherrn an ausländische Behörden übermittelt, handelt es sich demnach klarerweise um einen Eingriff in dessen wirtschaftliche Privatsphäre. Durch die Herausgabe wird in aller Regel die Identität des Bankkunden bekannt. Zudem kann sich die Behörde ein Bild über dessen Vermögensverhältnisse machen und nachvollziehen, welche Art von Transaktionen der Bankkunde vorgenommen hat und von wem ihm Gelder überwiesen worden sind. Die Informationen, die eine Behörde bei umfassender Zugänglichmachung den Bankkundendaten entnehmen kann, sind vielfältig und ermöglichen die Erstellung eines detaillierten Profils des davon Betroffenen. Die Einsichtnahme kann einer Behörde bspw. Rückschlüsse auf die Versteuerung der Vermögenswerte und die Ermittlung von Informationen betreffend Geschäftsbeziehungen zu Dritten erlauben. Schliesslich können die Unterlagen auch Auskunft über das Ausgabemuster und die finanziellen Gewohnheiten des Bankkunden geben. Entsprechend weitreichend können die Folgen für einen Bankkunden sein, wenn seine Daten einer Behörde zur Verfügung gestellt werden. Zu denken ist sowohl an einschneidende verwaltungs- als auch an strafrechtliche Massnahmen, welche in Geldbussen oder gar Freiheitsentzug münden können.

6.3.2 Im vorliegenden Fall wurden den US-Behörden umfangreiche Kundendaten übermittelt. Wie aus der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 4. März 2009 hervorgeht, enthielt der an die US-Behörden herausgegebene Datenträger die Unterlagen zur Vorgängerbeziehung, das Formular "A", Basisdokument Quellensteuer, W-8BEN/W-9, die Gesellschaftsunterlagen, die Konto-Basisdokumente, das Registraturdossier (Korrespondenz, generelle Ablage usw.), die Dokumentation über die Trades, die Einträge des Kundenberaters, die E-Mail Korrespondenz sowie die Kontoauszüge. Der Datenträger, auf welchem diese Unterlagen gespeichert waren, enthielt Daten in der Grössenordnung

einer sechsstelligen Zahl von DIN-A4-Seiten. Die Art und die Quantität der herausgegebenen Bankkundendaten legen nahe, dass die US-Behörden dadurch ein sehr genaues Profil der Beschwerdeführer und der an ihnen wirtschaftlich Berechtigten erstellen konnten. Auf die teils sehr weitgehenden Konsequenzen, welche die Herausgabe der Bankkundendaten für die Beschwerdeführer bzw. die an ihnen wirtschaftlich Berechtigten haben können, muss im Rahmen dieses Urteils nicht weiter eingegangen werden, zumal sie aus den Medien und mittlerweile auch aus der Lehre hinlänglich bekannt sind (vgl. URS R. BEHNISCH, Amtshilfe in Steuer(straf)sachen, insbesondere an die USA: Durcheinandertal, ASA 77, 2008/2009, S. 737 ff.). Unter den gegebenen Umständen kann im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass der Eingriff der Vorinstanz in die wirtschaftliche Privatsphäre der Beschwerdeführer relativ weitgehend war.

6.4 Es ist davon auszugehen, dass Grundrechtseingriffe der beschriebenen Grössenordnung in einem formellen Bundesgesetz i.S.v. Art. 36 Abs. 1 2. Satz i.V.m. Art. 164 Abs. 1 BV vorgesehen sein müssen.

Bei Art. 25 und 26 BankG handelt es sich zwar um eine formelle Grundlage in einem Bundesgesetz. Doch selbst wenn Art. 25 und 26 BankG derartige Eingriffe in die wirtschaftliche Privatsphäre decken würden – was nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zutrifft –, wäre die gesetzliche Grundlage gleichwohl mangels Bestimmtheit und Voraussehbarkeit ungenügend. Denn selbst unabhängig von einer grundrechtlichen Betrachtungsweise müsste sich angesichts der expliziten Schutzgewährung der Daten durch Art. 47 BankG die faktische Aufhebung derselben unter Beachtung des Grundsatzes der parallellen Formstrenge ebenfalls auf eine formelle gesetzliche Grundlage stützen können (Art. 164 Abs. 1 BV, insbesondere Bst. g; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 396 ff.).

6.4.1 Die Voraussehbarkeit und die Bestimmtheit von Art. 25 und 26 BankG sind in Bezug auf die Herausgabe von Bankkundendaten nicht gegeben. Denn ein Bankkunde kann weder dem Wortlaut noch der Systematik von Art. 25 und 26 BankG entnehmen, dass diese eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Weiterleitung von Daten an ausländische Behörden darstellen könnten. Gemäss dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 BankG kann die Vorinstanz gegenüber einer Bank Schutzmassnahmen selbständig oder in Kombination mit einer Sanierung oder einer Liquidation anordnen. Normadressat ist demnach pri-

mär die Vorinstanz, sekundär allenfalls die Bank. Hinweise, dass sich derartige Massnahmen direkt auf die Bankkunden auswirken können, gibt Art. 25 BankG indes keine, zumal er sie nicht als Normadressaten aufführt. Auch der Beispielkatalog von Art. 26 Abs. 1 Bst. a bis h BankG sieht lediglich Massnahmen vor, welche die Bank, nicht aber deren Gläubiger (Kunden) oder Eigner direkt verpflichten (vgl. oben E. 6.1.2). Werden den Bankorganen bspw. Weisungen erteilt (Bst. a) oder soll die Geschäftstätigkeit der Bank eingeschränkt werden (Bst. e), so muss die von diesen Schutzmassnahmen betroffene Bank die entsprechenden Anweisungen der Vorinstanz befolgen, ohne dass jedoch die Gläubiger oder die Eigner daraus verpflichtet würden bzw. ihr Rechtsverhältnis zur Bank direkt tangiert würde.

Auch unter systematischen Aspekten legen Art. 25 und 26 BankG den Schluss nicht nahe, eine Kompetenznorm für den Eingriff in bestehende Kundenverhältnisse zu sein: Davon ausgehend, dass der Vorinstanz eine ganze Palette von gesetzlichen Instrumenten zur Verfügung steht, um Einfluss auf die Verhältnisse des Gläubigers zur Bank zu nehmen, kann die Legitimation von Art. 25 und 26 BankG nur in einer Verfügungskompetenz bestehen, die sich auf direkte Wirkungen gegenüber der Bank beschränkt. Denn wie die Beschwerdeführer korrekt vorbringen, kann die Vorinstanz im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG ohne Weiteres in das Verhältnis des Gläubigers zu seiner Bank eingreifen und seine Bankkundendaten an eine ausländische Behörde übermitteln. Dasselbe gilt für die Übermittlung von Bankkundendaten an andere inländische Behörden (Art. 38 f. FINMAG). Zu denken ist ferner an ähnliche Kompetenznormen im Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG, SR 954.1). Auch andere Behörden sind gesetzlich ermächtigt, unter den gegebenen Umständen Bankkundendaten herauszugeben. Für das steuerrechtliche Amtshilfeverfahren ist explizit auf die entsprechenden Bestimmungen in den Doppelbesteuerungsabkommen hinzuweisen und für (strafrechtliche) Rechtshilfeverfahren auf die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG, SR 351.1) sowie entsprechende Staatsverträge (in Bezug auf die USA vgl. insbesondere den Staatsvertrag vom 25. Mai 1973 zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen [RVUS, SR 0.351.933.6]).

Könnte die Vorinstanz dieselben Mittel auch unter Anwendung von

Art. 25 und 26 BankG ergreifen, widerspräche dies dem Wortlaut und der Systematik des 11. Abschnitts BankG, stünde aber auch im Konflikt zu den soeben erwähnten Normen, da die Anforderungen an die Eingriffe in das Kundenverhältnis diesfalls nicht eingehalten werden müssten. Schliesslich wäre eine derartige Ermächtigung auch deshalb problematisch, weil der Vorinstanz dadurch ermöglicht würde, Bankkundendaten auch dann weiterzuleiten, wenn an sich ausschliesslich eine andere Behörde dafür zuständig wäre (vgl. BEHNISCH, a.a.O., S. 737 ff., 779).

6.4.2 Ohne im Rahmen dieses Urteils nochmals umfassend darauf eingehen zu wollen (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009 E. 2.4.1), erweist sich die soeben geäusserte Auffassung auch unter historisch-teleologischen Gesichtspunkten als zutreffend: Ziel des 11. Abschnitts des BankG ist primär die Wahrung der Gläubigerinteressen durch den Schutz der Bank in ihrem Bestand und nur sekundär die Liquidation zu einem möglichst günstigen Ergebnis (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8071, 8078). Dabei geht der Gesetzgeber von einem kollektiven Gläubigerinteresse aus. Der Bank soll demnach durch Schutzmassnahmen ermöglicht werden, liquid zu bleiben bzw. wieder zu werden und dadurch die Guthaben der Gläubiger in ihrer Gesamtheit bedienen zu können. Muss die Bank hingegen liquidiert werden, besteht das kollektive Gläubigerinteresse darin, die Einlagen zu einem möglichst hohen Prozentsatz aus der Konkursmasse decken zu können (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8078, 8080). Dieses kollektive Gläubigerinteresse kann dem Interesse eines Individualgläubigers u.U. diametral widersprechen. Denn bei Liquiditätsschwierigkeiten einer Bank interessiert den einzelnen Gläubiger vorwiegend die Sicherung seiner eigenen Vermögenswerte. Werden Probleme einer Bank öffentlich, kann seine Reaktion deshalb in einem sog. *bank run* bestehen, um möglichst schnell sein gesamtes Guthaben abzuheben (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8080). Ein solches Verhalten wäre nicht nur im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger problematisch, es kann auch konträr zum kollektiven Gläubigerinteresse stehen, ist es doch dazu geeignet, den Fortbestand der Bank und somit die anderen Gläubigerguthaben zu gefährden (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8078, 8080; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009 E. 2.4.1). Diesen Interessenkonflikt wollte der Gesetzgeber offenbar lösen, indem im Fall von Liquiditätsschwierigkeiten einer Bank vorerst ausschliesslich das kollektive Gläu-

bigerinteresse berücksichtigt wird. Die Individualinteressen sollten hingegen in diesem Stadium weder geltend gemacht noch tangiert werden können. So wird in der Botschaft ausgeführt, bis zur Erstellung des Sanierungsplans seien Gläubiger und Eigner vom Verfahren höchstens am Rande betroffen, weil die vorgängigen Schutzmassnahmen und der Entscheid, die Aussichten für eine Sanierung prüfen zu lassen, ihre Forderungen oder Beteiligungen im schlimmsten Fall vorläufig oder auf indirekte Weise tangierten. Der Sanierungsplan dagegen betreffe die Gläubiger und Eigner direkt, weshalb sie dagegen Einwendungen und gegen dessen Genehmigung auch Beschwerde erheben können sollen (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8060, 8078). Durch den Beschwerdeausschluss im Fall von Schutzmassnahmen wollte der Gesetzgeber demnach nicht, dass die Vorinstanz Schutzmassnahmen ergreifen kann, welche die Gläubiger und Eigner direkt betreffen, da er ihnen für den Fall der direkten Betroffenheit ein Beschwerderecht einräumte (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009).

6.4.3 Eine Herausgabe von Kundendaten gestützt auf Art. 25 und 26 BankG fällt demnach nicht in den (weiten) Ermessensspielraum, der die entsprechenden Normen der Vorinstanz gewähren. Art. 25 BankG räumt der Vorinstanz schon in Bezug auf den Rechtsbegriff der begründeten Besorgnis von Liquiditätsproblemen einen erheblichen Beurteilungsspielraum ein. Kommt die Vorinstanz in Ausübung ihres diesbezüglichen Beurteilungsspielraums zum Schluss, dass eine Massnahme gemäss Art. 26 BankG angebracht ist, hat sie in Bezug auf die Bst. a bis h von Art. 26 BankG ein Auswahlermessen. Ermessensweise kann sie – wie ausgeführt – auch andere, ihr angemessen erscheinende Schutzmassnahmen ergreifen. Indem sie als Schutzmassnahme jedoch die Herausgabe von Kundendaten anordnet, bewegt sie sich ausserhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums.

7.

Wie die Beschwerdeführer ferner korrekt vorbringen, stellt auch Art. 31 FINMAG keine gesetzliche Grundlage zur Herausgabe von Daten an eine ausländische Behörde dar. Bei Art. 31 FINMAG handelt es sich um eine generalklauselhafte Zusammenfassung der bisherigen Regelungen in den von der Vorinstanz anzuwendenden Finanzmarktgesetzen, welche den Tätigkeitsbereich der Vorinstanz umschreibt (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2829-2916, 2881). In Bezug auf das Bankenaufsichtsrecht ersetzt Art. 31 FINMAG den mit dem Inkrafttreten des FIN-

MAG aufgehobenen Art. 23ter BankG, wonach die Vorinstanz den ordnungsgemässen Zustand wieder herzustellen hat, wenn ein Beaufsichtigter die Bankengesetzgebung verletzt oder wenn sonstige Missstände bestehen. Art. 31 FINMAG ist als gesetzliche Grundlage zur Datenherausgabe schon deshalb ausgeschlossen, weil die Bestimmung vom Wortlaut her ausschliesslich die Beaufsichtigten verpflichtet, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten bzw. dafür zu sorgen, dass keine Missstände entstehen. Da es sich bei Bankkunden gemäss Art. 3 FINMAG nicht um Beaufsichtigte handelt, deckt die Bestimmung eine Verfügungskompetenz mit direkten Auswirkungen auf Kontoinhaber aus den in E. 5 ff. genannten Gründen kaum. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz selbst im Fall von – gesetzlich nicht definierten – Missständen ihre Rechtsanwendungsbefugnis nur im Rahmen der Bestimmungen des BankG und der entsprechenden Ausführungserlasse wahrnehmen darf (vgl. Tomas Poledna/Lorenzo Marazzotta, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, a.a.O., N 4 zu Art. 23ter). Nach dem in E. 6 ff. Gesagten ist eine Datenübergabe aufgrund des Bestimmtheitsgebots und der Voraussehbarkeit jedoch nur unter Anwendung der explizit hierfür vorgesehenen Normen und Verfahren möglich, nicht aber gestützt auf Art. 31 FINMAG oder Art. 25 und 26 BankG.

8.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin machen des Weiteren geltend, dass sich sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz und die Schweizerische Eidgenossenschaft in einer Notlage befunden hätten. Wären die Kundendaten nicht ausgehändigt worden, hätten die US-Behörden Anklage gegen die Beschwerdegegnerin erhoben. Die Beschwerdegegnerin hätte eine Anklage nicht überstanden. Wäre die Beschwerdegegnerin aufgrund dieser Anklage illiquid geworden, hätte dies einen Bankenkonkurs zur Folge gehabt, der das schweizerische Banken- und Finanzsystem ernsthaft gefährdet hätte. Der Bundesrat habe die Notstandssituation, in welcher sich die Schweizerische Eidgenossenschaft befunden habe, erkannt und deshalb am 19. Dezember 2008 einen Bundesratsbeschluss erlassen, mittels welchem er die Vorinstanz ermächtigt habe, alle notwendigen Massnahmen zur Vermeidung von unilateralen Zwangsmassnahmen der Vereinigten Staaten gegen die Beschwerdegegnerin zu ergreifen. Hingegen habe der Bundesrat kein Notrecht erlassen. Von einem solchen Schritt habe er wohl auch deshalb abgesehen, weil er Art. 25 und 26 BankG als genügende gesetzliche Grundlage für die Datenherausgabe angesehen habe. Aus diesen Gründen habe die Vorinstanz

keine andere Wahl gehabt, als die Datenherausgabe selbständig i.S.v. Art. 21 FINMAG anzuordnen. Die Vorinstanz beantragt in diesem Zusammenhang, dass unter Beachtung der Gewaltentrennung weitere Beweiserhebungen anzuordnen seien, wenn das erkennende Gericht diesem Sachverhalt entscheidendes Gewicht beimessen sollte.

Die Beschwerdeführer bringen vor, die Befürchtungen der Vorinstanz seien weder gerechtfertigt noch belegt. Es handle sich dabei um Mutmassungen und es sei zweifelhaft, ob die USA zugelassen hätten, dass eine auch für das amerikanische Bankensystem wichtige Bank in den Konkurs getrieben werde.

8.1 Unabhängig davon, ob im vorliegenden Fall tatsächlich eine Notstandssituation vorlag oder nicht, stellt sich vorerst die Frage nach den rechtlichen Mitteln für die Reaktion auf Notstandssituationen und danach, welche Behörde sie ergreifen kann.

8.1.1 Die schweizerische Bundesverfassung kennt im Gegensatz zum Bonner Grundgesetz und der Französischen Verfassung keine umfassende Notordnung (vgl. Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 1801). Vielmehr handelt es sich bei der Bundesverfassung um Friedensrecht (vgl. Tschannen, a.a.O., § 10 N 12 f.). Als konstitutionelles Notstandsrecht können höchstens die Bundesintervention (Art. 52 Abs. 2 BV), die Kompetenzen der Bundesversammlung und des Bundesrats zur Wahrung der äusseren und der inneren Sicherheit (Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b sowie Art. 185 Abs. 3 BV), die bundesrätliche Verordnungs- und Verfügungskompetenz im Rahmen der Beziehungen zum Ausland (Art. 184 Abs. 3 BV) und – in beschränktem Mass – die dringlichen Bundesgesetze (Art. 165 Abs. 3 BV) angesehen werden. Soweit Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV davon spricht, dass es in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr für Grundrechtseingriffe keiner gesetzlichen Grundlage bedarf, handelt es sich hierbei um einen Verweis auf die polizeiliche Generalklausel (vgl. Schweizer, in: a.a.O. N 17 zu Art. 36; Urs Saxer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 40 zu Art. 185). Allen diesen Normen ist gemein, dass sie nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben angewendet werden dürfen und somit kein echtes Notrecht darstellen (vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1-643, 419, nachstehend: Botschaft BV; Biaggini, a.a.O., N 13 zu Art. 184). Das Parlament und der Bundesrat können insbesondere gestützt auf Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b, Art. 184 Abs. 3

und Art. 185 Abs. 3 BV direkt verordnen bzw. verfügen. Es handelt sich bei diesen Bestimmungen somit um materielles Verfassungsrecht (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 418 ff.). Entsprechende Massnahmen ergehen folglich "*praeter legem* et se substituent en quelque sorte à des lois qui n'existent justement pas" (BGE 131 III 652 E. 2).

8.1.2 Soll die verfassungsrechtliche Ordnung hingegen durchbrochen werden, haben sich Bundesrat und Parlament extrakonstitutionellen Notstandsrechts zu bedienen, welches einer eigenen, legitimierenden Begründung bedarf (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 419). Als extrakonstitutionelles Notstandsrecht wird jenes Recht verstanden, welches in Situationen erlassen wird, in denen das konstitutionelle Notstandsrecht mit Verfassungsbindung keine genügende Handhabe mehr bietet, um der Lage Herr zu werden (vgl. Daniel Thürer/Binh Truong/Felix Schwendimann, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 22 zu Art. 184). Entsprechendes Recht wird demnach völlig bar einer verfassungsrechtlichen Grundlage erlassen und kann die verfassungsrechtlichen Vorgaben auch durchbrechen (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 418 f.; Tschannen, a.a.O., § 10 Rz. 13). Die Lehre spricht in solchen Fällen von Staatsnotstand und verweist primär auf Situationen, welche den Zweck der Schweizerischen Eidgenossenschaft gemäss Art. 2 Abs. 1 BV, wie bspw. den Bestand des freiheitlichen Staats, die Unabhängigkeit des Landes oder das Überleben der Bevölkerung gefährden (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 419; Rainer J. Schweizer/Gabriela Küpfer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 2 zu Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung). Konkurrierend kompetent zum Erlass von extrakonstitutionellem Notstandsrecht sind das Parlament und der Bundesrat, wobei – wie im Zweiten Weltkrieg vorgekommen – das Parlament dem Bundesrat umfassende Befugnisse zur selbständigen Rechtsetzung übertragen kann (vgl. David Reich, Direkte Demokratie in der Krise, Die Funktion des Notrechts in der Schweiz während Weltwirtschaftskrise und Zweitem Weltkrieg, dargestellt am Beispiel des Wahrenhausbeschlusses 1933-1945, Diss., Basel 2007, S. 219 f.; Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., N 1803). Das extrakonstitutionelle Notstandsrecht findet seine Grenze somit nicht bei den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wohl aber beim zwingenden Völkerrecht, den notstandsfesten Garantien von Art. 15 Abs. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 2 UNO-Pakt II sowie beim Kriegsvölkerrecht (vgl. Tschannen, a.a.O., § 10 Rz. 12).

8.2 Es liegt auf der Hand, dass die US-amerikanischen Bestrebungen zur Beschaffung von Bankkundendaten nicht Handlungen darstellten, welche unmittelbar die Existenz der Schweizerischen Eidgenossenschaft oder deren Bevölkerung bedroht hätten. Der Erlass von extrakonstitutionellem Notstandsrecht steht deshalb nicht zur Diskussion, wobei sich die Vorinstanz auch nicht darauf beruft. Es drängt sich hingegen die Frage auf, ob sich die Herausgabe von Bankkundendaten allenfalls auf konstitutionelles Notstandsrecht stützen lässt und ob der Bundesrat dies durch seinen Beschluss vom 19. Dezember 2008 entgegen dem Vorbringen der Vorinstanz getan hat.

8.2.1 Wird von der Annahme ausgegangen, dass die Einschätzungen der Vorinstanz und des Bundesrats in Bezug auf die destabilisierende Wirkung auf die Schweizerische Eidgenossenschaft zutreffen, könnten die Bestrebungen der US-Behörden zur Beschaffung von Bankkundendaten als wirtschaftliche Bedrohung durch einen fremden Staat aufgefasst werden, welche existenzielle Auswirkungen auf das Finanzsystem im Inland hat. Inwiefern in einer solchen Situation jedoch gestützt auf Notrecht i.S.v. Art. 184 Abs. 3 bzw. Art. 185 Abs. 3 BV eine Herausgabe von Bankkundendaten hätte verfügt werden können, ist nicht unbedingt klar: So könnte der Bundesrat gemäss Art. 184 Abs. 3 BV nach einhelliger Lehrmeinung zwar wohl Retorsionen oder Repressalien gegen die Vereinigten Staaten verfügen (vgl. AUBERT/MAHON, a.a.O., S 1396). Unsicher ist jedoch insbesondere, ob Massnahmen, welche ihre Wirkungen primär in der Schweiz entfalten, von Art. 184 Abs. 3 gedeckt sind (vgl. ANDREAS LIENHARD, Der Bundesrat mit dem Erlass der Notverordnung für den Milliardenkredit verfassungsrechtlich auf dünnem Eis, NZZ Hintergründe der Wirtschaft, 2009, N 38-8a, m.w.H.). Unabhängig von diesen Bedenken wurden in der Vergangenheit teils weitgehende Verordnungen und Verfügungen mit unmittelbarer Auswirkung auf das Inland gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV (bzw. gestützt auf den weitgehend gleichlautenden Art. 102 aBV) erlassen. Entsprechend wurde ein bundesrätliches Verbot, Akten an ein ausländisches Gericht herauszugeben, in Anwendung von Art. 102 aBV verfügt (vgl. BIAGGINI, a.a.O., N 16 zu Art. 184, mit Verweis auf das Verbot des Bundesrats zur Herausgabe von Dokumenten an die Vereinigten Staaten i.S. *Marc Rich*, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht [SJIR], 1984, S. 161). Ebenso wurde zwecks Blockierung von Vermögenswerten auf Art. 184 Abs. 3 BV bzw. Art. 102 aBV abgestellt (vgl. THÜRER/BINH TRUONG/SCHWENDIMANN, a.a.O., N 20 zu Art. 184; BIAGGINI, a.a.O., N 16 zu Art. 184, mit Verweis auf die Blockierung der Vermö-

genswerte in der Schweiz von *Joseph-Désiré Mobutu*, BGE 131 III 652, bzw. von *Ferdinand Marcos*, EBK-Jahresbericht 1986, S. 25).

8.2.2 Weitgehend dasselbe kann zu den Notverordnungs- und den Notverfügungskompetenzen von Bundesrat und Parlament gemäss Art. 185 Abs. 3 BV bzw. Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b BV festgehalten werden. Zwar bezieht sich die Kompetenz in diesen Verfahrensbestimmungen auch auf die Wahrung der inneren Sicherheit und der internen öffentlichen Ordnung, wobei damit aber hauptsächlich Situationen zur Bewältigung ausserordentlicher und unvorhersehbarer Lagen wie Naturkatastrophen, Epidemien, militärische Bedrohungen oder schwere Unruhen gemeint sind (sog. Polizeigüter; vgl.: SAXER, a.a.O., N 35 ff. zu Art. 185, m.w.H.). In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob Wirtschaftskrisen zu einer Gefährdung der inneren Sicherheit oder zu einer Störung der öffentlichen Ordnung i.S. der Polizeigüter führen können. Zweifelhaft ist ausserdem, ob der *mögliche* Zusammenbruch einer Grossbank und die damit einhergehenden Kredit- und Zahlungsschwierigkeiten für sich allein ausreichen, um gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV vorsorglich zu verfügen (vgl. LIENHARD, a.a.O., S. 2).

8.3 Die Frage, ob sich die Herausgabe von Bankkundendaten an eine ausländische Behörde auf konstitutionelles Notstandsrecht stützen liesse, kann vorliegend indes offengelassen werden, da die Vorinstanz zum selbständigen Erlass einer Notstandsverfügung selbst mit Erlaubnis des Bundesrats nicht kompetent wäre.

8.3.1 Im Vorfeld zum Erlass der angefochtenen Verfügung hat sich der Bundesrat von der Vorinstanz – wie aus den Vorakten ersichtlich – ausführlich beraten lassen. So hat die Vorinstanz die Vorsteher des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) am 12. Dezember 2008 in einem Bericht umfassend über die Lage der Beschwerdegegnerin und die sich ihrer Einschätzung nach daraus ergebenden Herausforderungen für die Schweizerische Eidgenossenschaft informiert. Im selben Bericht hat sie dem Bundesrat verschiedene Handlungsoptionen, darunter auch die Übergabe von Kundendaten durch die Beschwerdegegnerin, aufgezeigt.

In einem Faxschreiben vom 14. Dezember 2008 an den Vorsteher des EFD forderte die Vorinstanz explizit "Rückendeckung" und regte unter anderem an, sie mit Hinweis auf die existenzgefährdende Situation der

Beschwerdegegnerin mittels Bundesratsbeschlusses zu ermächtigen, die Herausgabe von Bankkundendaten zwecks Weiterleitung an die USA mit einer Weisung gegenüber der Beschwerdegegnerin zu verlangen, sofern eine Anklage nur so verhindert werden könne und dadurch zugleich eine umfassende Lösung der Auseinandersetzung erreicht werde.

Der Bundesrat erliess aufgrund eines Antrags des EFD vom 16. Dezember 2008, welcher sich nicht in den Vorakten befindet, am 19. Dezember 2008 einen Beschluss, wonach er zur Kenntnis nehme, dass die Androhung von unilateralen Zwangsmassnahmen gegen die Beschwerdegegnerin durch das DoJ für diese existenzgefährdend wäre und er deshalb im Interesse der Stabilität des schweizerischen und globalen Finanzsystems die Vorinstanz ersuche, alle notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen solchen Schritt zu verhindern. Weiter beauftragte der Bundesrat in seinem Beschluss das EFD, die Amtshilfeverfahren mit höchster Priorität voranzutreiben.

Am 13. Februar 2009 wandte sich die Vorinstanz mit einem weiteren Schreiben zu Handen des Gesamtbundesrats an das EFD, in welchem sie dessen Vorsteher informierte, dass sie ihrem Verwaltungsrat die Herausgabe von Kundendaten an die US-Behörden beantragen werde, weil sich die Lage zugespitzt habe und die Beschwerdegegnerin akut gefährdet sei. Sie werde sich auf den Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2008 stützen und alle Massnahmen ergreifen, um unilaterale Zwangsmassnahmen der Vereinigten Staaten abzuwenden. Des Weiteren bat sie den Bundesrat um eine Stellungnahme hierzu vor dem 18. Februar 2009. Diesem Schreiben fügte sie einen "Statusbericht" mit den ihrer Ansicht nach verbleibenden Handlungsoptionen an. Die Möglichkeit, auf die korrekte Durchführung der Amtshilfeverfahren zu bestehen, sah sie als zu riskant an. Sie schlug deshalb vor, die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 25 und 26 BankG zur Datenherausgabe zu verpflichten.

Eine allfällige Stellungnahme des Bundesrats zum Schreiben der Vorinstanz vom 13. Februar 2009 befindet sich nicht in den Vorakten, wobei die Vorinstanz in ihren Eingaben auch nicht vorbringt, der Bundesrat hätte sich zu ihrem Schreiben inhaltlich anders geäussert als im Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2008.

8.3.2 Aus dem zitierten Schriftenwechsel zwischen der Vorinstanz und dem Bundesrat geht hervor, dass der Bundesrat die Lage, in welcher sich die Beschwerdegegnerin befand, zur Kenntnis nahm und die Situation für das Land offenbar als genügend gravierend einstufte, um die Vorinstanz anzuweisen, alle notwendigen Massnahmen zur Vermeidung unilateraler Zwangsmassnahmen der Vereinigten Staaten gegen die Beschwerdegegnerin zu ergreifen. Andererseits wollte der Bundesrat gemäss Ziffer 3 des Bundesratsbeschlusses vom 19. Dezember 2008 jedoch auch an der Durchführung der Amtshilfeverfahren festhalten und, wie er in den Medien und auch gegenüber dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer verlauten liess, kein Notrecht anwenden (vgl. Knacknuss Notrecht, Blick vom 16. Februar 2009; Brief von BR Merz an RA R._____ vom 23. Januar 2009).

Wie aus dem Vorstehenden hervorgeht, ist der Sachverhalt aufgrund der Vorakten, der Ausführungen der Vorinstanz sowie von Aussagen des Bundesrats in den Medien genügend erstellt, um die allfälligen Auswirkungen des Bundesratsbeschlusses vom 19. Dezember 2009 auf die angefochtene Verfügung in rechtlicher Hinsicht beurteilen zu können. Weitere Beweiserhebungen in diesem Punkt sind daher i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 VwVG nicht erforderlich.

8.4 Angesichts des soeben Ausgeführten kann als erstellt angesehen werden, dass der Bundesrat die Schweizerische Eidgenossenschaft mit einer Notstandssituation konfrontiert sah. Somit überliess er den Entscheid, ob eine Notstandssituation vorlag oder nicht, nicht der Vorinstanz, sondern traf ihn nach Anhörung der Vorinstanz selber. Die angefochtene Verfügung zwecks Datenherausgabe wurde hingegen unbestrittenermassen von der Vorinstanz und nicht vom Bundesrat erlassen. Die Vorinstanz stützte sich dabei auf die Anweisung des Bundesrats vom 19. Dezember 2008, alle notwendigen Vorkehrungen zur Vermeidung unilateraler Zwangsmassnahmen der Vereinigten Staaten gegen die Beschwerdegegnerin zu treffen. Es stellt sich deshalb insbesondere die Frage, ob die Vorinstanz den Erlass von Notstandsverfügungen als untere Verwaltungsbehörde an sich (sub-)delegieren lassen kann bzw. darf.

8.4.1 Aus dem Wortlaut von Art. 184 Abs. 3 BV, Art. 185 Abs. 3 BV sowie Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b BV geht hervor, dass die Kompetenz zum Erlass von konstitutionellem Notstandsrecht und allfälligen Notstandsverfügungen ausschliesslich dem Parlament und dem Bundes-

rat zukommt. Den Bestimmungen kann nicht entnommen werden, dass eine (Sub-)Delegation an untere Behörden zulässig wäre. Dasselbe ergibt sich implizit aus Botschaft und Lehre, indem stets ausschliesslich das Parlament und der Bundesrat als kompetente Organe genannt werden (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 417; vgl. auch BIAGGINI, a.a.O., N 2 zu Art. 185, welcher explizit festhält, dass die Kompetenz auf die *beiden obersten Behörden* des Landes beschränkt ist; AUBERT/MAHON, a.a.O., N 10 zu Art. 36, welche explizit von einer Kompetenz der *Exekutive* sprechen; SAXER, a.a.O., N 3 zu Art. 185). Dies ganz im Gegensatz zu Art. 164 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 48 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010), welche für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren grundsätzlich die Delegation und u.U. bei Vorliegen einer formellgesetzlichen Grundlage auch die Subdelegation an untere Bundesbehörden erlauben.

Am Umstand, wonach von Verfassungswortlaut und -systematik her nur der Bundesrat oder das Parlament Notstandsmassnahmen ergreifen können, ändert sich auch nichts, dass die Vorinstanz gemäss Art. 4 Abs. 1 FINMAG eine öffentlichrechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ist, welche ihre Aufgaben gestützt auf Art. 21 Abs. 1 FINMAG selbständig und weisungsungebunden ausübt. Denn trotz dieses Sonderstatus ist die Vorinstanz gemäss Art. 6 FINMAG mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben betraut und untersteht damit – wenn auch eingeschränkt – staatlicher Aufsicht (Art. 21 FINMAG, insbesondere Art. 21 Abs. 4 FINMAG). Sie hat sich folglich wie jede mit der Erfüllung von Bundesaufgaben betraute Einheit an die rechtsstaatlichen Regeln zu halten. In Abgrenzung zu den Befugnissen anderer Behörden hält Art. 6 FINMAG fest, welches die Aufgabenbereiche der Vorinstanz sind. Art. 7 FINMAG präzisiert, mittels welcher rechtlicher Instrumente die Vorinstanz ihre Befugnisse wahrnehmen kann. Die Verfügungskompetenz der Vorinstanz wird überdies von den durch sie anzuwendenden Finanzmarktgesetzen gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a bis g FINMAG konkretisiert. Aus keiner dieser Bestimmungen ergibt sich, dass der Vorinstanz Kompetenzen zukommen, welche den konstitutionellen Notstandsregeln nachgebildet sind und ihr somit die Möglichkeit verschaffen, Grundrechtseinschränkungen ohne gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 letzter Satz BV zu machen.

8.4.2 Verfassungswortlaut und -systematik entsprechen somit klarerweise dem Zweck des konstitutionellen Notstandsrechts sowie den

Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns i.S.v. Art. 5 Abs. 1 BV; die obersten, demokratisch legitimierten Bundesbehörden sollen im Fall einer Notlage sofort handeln können, damit diese abgewendet oder behoben werden kann. Der Bundesrat und das Parlament als Leitungs- bzw. Oberaufsichtsorgane der Bundesverwaltung (Art. 178 Abs. 1 und Art. 169 Abs. 1 BV; in Bezug auf die Vorinstanz Art. 21 FINMAG) können sich von dieser zwar beraten und deren Einschätzungen in ihre Erwägungen einfliessen lassen (Art. 21 FINMAG sowie generell Art. 51 ff. RVOG; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 1697 ff.). Ebenso können sie Verwaltungsbehörden zum Vollzug bzw. zur Durchführung der von ihnen angeordneten Massnahmen beiziehen (Art. 178 BV). Hingegen können Notstandsrecht oder Notstandsverfügungen nicht von einer Behörde erlassen werden, die hierarchisch unter dem Parlament oder der Landesregierung steht. Dies ist selbst dann nicht der Fall, wenn eine untere Behörde vom Bundesrat oder vom Parlament dazu ermächtigt worden sein sollte. Denn die Folge einer solchen (Sub-)Delegation wäre, dass nicht mehr ausschliesslich die demokratisch gewählten und somit rechtsstaatlich legitimierten Organe im Notstandsfall ohne gesetzliche Grundlage Grundrechtseinschränkungen vornehmen könnten, sondern auch untere Behörden, welche hierzu demokratisch nur ungenügend legitimiert wären (zur sog. Gewaltenhemmung vgl. BIAGGINI, a.a.O., N 3 ff. zu Vorbemerkung zu Art. 143-191c). Diese teleologische Sichtweise ist auch vor dem historischen Hintergrund zu sehen: Die Schweizerische Eidgenossenschaft gestand unteren Bundesbehörden letztmals während des Zweiten Weltkriegs im Rahmen von extrakonstitutionellem Notstandsrecht selbständige Rechtsetzungskompetenzen zu (Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939 über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität, AS 1939 769 f.), was schon damals zu heftiger Kritik in der Lehre und der Bevölkerung führte (vgl. ZACCARIA GIACOMETTI, Die gegenwärtige Verfassungslage der Eidgenossenschaft, Schweizerische Hochschulzeitung, 1942, S. 139 ff.; DERS., Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945, S. 72, m.w.H.; REICH, a.a.O., S. 222 ff.; Annahme der Initiative "Rückkehr zur direkten Demokratie", Erwahrungsbeschluss vom 28. Oktober 1949, AS 1949 1511 f.). Nachdem auch später regelmässig wieder Kontroversen um die extensive Anwendung von Art. 102 aBV durch den Bundesrat entflammt waren, kann demnach als ausgeschlossen angesehen werden, dass der Souverän mit der neuen Verfassung eine Ausweitung der konstitutionellen Notstandsrechtsbefugnis und insbesondere die (Sub-)Delegation einführen wollte (zur Kritik an der Handhabung von

Art. 102 aBV vgl. BIAGGINI, a.a.O., N 13 zu Art. 184; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 1865, 1867).

9.
Angewendet auf den vorliegenden Fall ergibt Obenstehendes, dass die Vorinstanz zum Erlass einer Notstandsverfügung zur Herausgabe von Bankkundendaten nicht kompetent ist.

9.1 Wie ausgeführt, lässt das konstitutionelle Notstandsrecht keine Delegation zu und kann demzufolge ausschliesslich von den in den Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b BV, Art. 184 Abs. 3 BV sowie Art. 185 Abs. 3 BV vorgesehenen Organen angewendet werden. Die Beschränkung von Notstandsrechtskompetenzen auf die zwei obersten Organe des Bundesstaats ist auch aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, weil Art. 5 Abs. 1 BV bestimmt, dass Grundlage und Schranke staatlichen Handelns das Recht ist. Dabei geht die Verfassung aufgrund des Demokratieprinzips von einem formellen Rechtsbegriff aus. Der Staat muss sich bei seinen Rechtshandlungen in jedem Fall auf eine im korrekten Verfahren erlassene gesetzliche Grundlage stützen können (vgl. oben E. 5.2 und E. 5.3.1; HANGARTNER, a.a.O., N 6 f. zu Art. 5). Sollen in einer Notstandssituation gestützt auf die entsprechenden Verfassungsbestimmungen Massnahmen *praeter legem* ergriffen werden, welche ausserhalb des ordentlichen Verfahrens ergehen und somit das Erfordernis des formellen Rechtssatzes aufgrund der offenen Formulierung zumindest lockern, ist der Erlass durch eine Behörde, welche – in gewisser Weise kompensatorisch – in qualifiziertem Mass demokratisch legitimiert ist, unerlässlich. Dass eine öffentlichrechtliche Anstalt wie die Vorinstanz über die dazu notwendige demokratische Legitimation nicht verfügt, ist selbsterklärend (vgl. HANGARTNER, a.a.O., N 7 zu Art. 5).

9.2 Der Bundesrat hat die angefochtene Verfügung nicht selbst erlassen. Zwar hat er in einem pauschal gehaltenen Bundesratsbeschluss implizit eine Notstandssituation festgestellt und die Vorinstanz ersucht, alle Vorkehrungen zur Vermeidung von unilateralen Zwangsmassnahmen der US-Behörden gegen die Beschwerdegegnerin zu treffen. Im besagten Beschluss liess der Bundesrat jedoch offen, was er unter "allen notwendigen Massnahmen" verstand, womit er die Auswahl der konkreten Vorkehren der Vorinstanz überliess. Wie ausgeführt, lässt Notstandsrecht keine (Sub-)Delegation zu, weshalb der Bundesrat neben der Feststellung, dass eine Notstandssituation besteht, auch die konkreten Massnahmen zur Behebung derselben hätte anordnen müs-

sen. Daran vermöchte selbst der Umstand nichts zu ändern, wenn der Bundesrat zur Ansicht gelangt sein sollte, die Vorinstanz sei gestützt auf Art. 25 und 26 BankG zuständig, die Datenherausgabe zu verfügen. In diesem Zusammenhang ist nochmals zu erwähnen, dass der Bundesrat zum Zeitpunkt der Beschlussfassung offenbar (auch) mit der Fortführung und dem Abschluss der ordentlichen Amtshilfeverfahren rechnete und nicht beabsichtigte, Notstandsrecht anzuwenden. Die Vorinstanz ist unter Berücksichtigung obgenannter Umstände nicht als (lediglich) ausführendes Organ anzusehen, sondern hat die aus ihrer Sicht notwendigen Massnahmen gewählt und verfügt. Dies hätte sie unter den konkreten Umständen in rechtlicher Hinsicht nicht tun dürfen. Vielmehr hätte sie, sofern sie zum Schluss gekommen wäre, dass eine Notstandssituation besteht, den Bundesrat um Erlass der entsprechenden, ausformulierten und genügend konkreten Anordnungen bitten müssen.

10.

Unter diesen Umständen sieht das erkennende Gericht von der Anhörung der von der Vorinstanz benannten Zeugen bzw. Auskunftspersonen ab. Auch wenn die Vorinstanz in ihren Rechtsschriften nicht konkret ausführt, mit Bezug auf welche noch nicht aktenkundigen Tatsachen die von ihr benannten Personen anzuhören wären, so ist doch davon auszugehen, dass es um Erläuterungen zur Glaubwürdigkeit der Anklagedrohung der US-Behörden gegen die Beschwerdegegnerin bzw. den Folgen einer Anklageerhebung gehen sollte. Wie oben ausgeführt, mussten im vorliegenden Verfahren vorab die Fragen nach der Zuständigkeit zur Datenherausgabe und der Notrechtskompetenz beantwortet werden. Bei diesen Fragen handelt es sich um reine Rechtsfragen. Die Beurteilung der Situation als notstandsähnlich oder als Notstand für das nationale und allenfalls globale Finanzsystem gibt entgegen den Ausführungen der Vorinstanz weder Anlass zu weiteren Beweiserhebungen noch scheint sie relevant in Bezug auf die Frage nach der Zuständigkeit bzw. der Notrechtskompetenz, auch wenn die Einschätzungen der Vorinstanz und des Bundesrats im Hinblick auf das erklärte Ziel, die Beschwerdegegnerin von einer drohenden Illiquidität zu schützen und die diesbezüglich zu treffenden Massnahmen, nachvollziehbar und gut fundiert erscheinen. Dies ändert nichts am Umstand, dass die Wahl der getroffenen Massnahmen als Konsequenz auf die vorgenommene Situationsbeurteilung und damit auch deren Anordnung mangels entsprechender Kompetenzen nicht durch die Vorinstanz hätte erfolgen dürfen.

11.
Da der Bundesrat in einer von ihm als Notstand angesehenen Situation nicht selbst Notstandsmassnahmen ergriffen hat und die Vorinstanz hierzu auch delegationsweise nicht kompetent war, stützt sich die angefochtene Verfügung folglich auf keine zur Einschränkung von Grundrechten genügende gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 Abs. 2 EMRK. Die Vorinstanz hatte keine rechtlichen Möglichkeiten, die Herausgabe von Kundendaten ausserhalb der explizit hierfür vorgesehenen Verfahren anzuordnen. Die Betrachtungsweise, wonach unter Berufung auf Art. 25 und 26 BankG die Herausgabe von Bankkundendaten verfügt werden kann, verstösst gegen das Bestimmtheits- und Voraussehbarkeitsgebot. Art. 31 FINMAG, der bestimmt, dass bei Gesetzesverletzungen durch Beaufsichtigte oder bei sonstigen Missständen der ordnungsgemässe Zustand wieder herzustellen ist, richtet sich ausschliesslich an die Vorinstanz bzw. an die durch sie Beaufsichtigten, wozu Bankkunden gemäss Art. 3 FINMAG nicht gehören. Schliesslich kommt Art. 31 FINMAG auch keinerlei Notstandsrechtcharakter in dem Sinne zu, dass er die Vorgehensweise, festgestellte Missstände unter Verletzung von gleich- oder höherrangigem Recht durch Schaffung eines anders gelagerten Missstands beseitigen zu wollen, rechtfertigen würde.

12.

12.1 Schliesslich ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Herausgabe der Bankkundendaten auch nicht auf die sog. polizeiliche Generalklausel i.S.v. Art. 36 Abs. 1 3. Satz BV hätte stützen können.

Die polizeiliche Generalklausel ermächtigt im Gegensatz zum verfassungsmässigen Notstandsrecht auch Verwaltungsbehörden, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu ergreifen, wenn eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine schwere Störung der öffentlichen Ordnung zu beseitigen ist (vgl. BGE 128 I 327 E. 2.3, 3.2). Die polizeiliche Generalklausel kann nur in echten, unvorhergesehenen und gravierenden Notfällen angerufen werden, wenn sich die notwendigen Massnahmen nicht auf eine besondere gesetzliche Grundlage stützen lassen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2467). Nicht herangezogen werden kann die polizeiliche Generalklausel, wenn die abzuwehrende Situation voraussehbar war, d.h. eine Gefährdungslage trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurde (vgl. BGE 130 I 369 E. 7.3). Ein Handeln gestützt auf die polizeiliche

Generalklausel wegen Untätigkeit des Gesetzgebers lässt sich jedoch für Extremsituationen rechtfertigen, in denen es (bspw.) zu einer schwerwiegenden Gefährdung von Menschenleben kommt (vgl. MARKUS MÜLLER, Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, ZBJV 136, S. 725 ff., 740 f.).

12.2 Unabhängig von der Bewertung der Notstandssituation durch die Landesregierung, ist, wie in E. 8.2.2 ausgeführt, im vorliegenden Zusammenhang fraglich, ob mögliche gravierende Probleme der Beschwerdegegnerin aufgrund einer Strafklage in den USA Polizeigüter wie die öffentliche Ordnung und Sicherheit unmittelbar gefährdet hätten. Eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel kommt aber schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich im vorliegenden Fall nicht um einen unmittelbaren, nicht vorhersehbaren Notfall im Sinne des bisher Gesagten handelte: Wie im vorliegenden Urteil mehrfach erwähnt, waren die Drohungen der US-Behörden, Anklage gegen die Beschwerdegegnerin zu erheben, bereits einige Zeit vor dem 18. Februar 2009 bekannt. Aufgrund dieser delikaten Situation befand sich die Vorinstanz schon im Jahr 2008 im Austausch mit dem EFD, erhielt die am 14. Dezember 2008 – mithin zwei Monate vor Erlass der angefochtenen Verfügung – verlangte "Rückendeckung" in Form einer Ermächtigung, Bankkundendaten an die US-Behörden auszuhändigen, jedoch nicht. In casu könnte nicht von einer direkten, unmittelbaren und sofort zu begegnenden Gefährdung von entsprechenden höherrangigen Interessen ausgegangen werden, wie sie für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel vorauszusetzen wäre. In der gegebenen Situation, da die Vorinstanz und die Landesregierung eine eigentliche Notstandsituation erkannten, käme die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel faktisch einer Kompetenzattraktion durch die Vorinstanz gleich, welche aus den zuvor dargelegten Gründen unzulässig wäre. In diesem Zusammenhang wären, wie bereits angedeutet, auch die Dimension, mithin die Tiefe des Eingriffs in den gesetzlich geschützten Bereich, und damit erneut der Umstand zu berücksichtigen, dass sich die Vorinstanz auf einen Beschluss der in dieser Situation kompetenten Organe der Schweizerischen Eidgenossenschaft hätte stützen müssen. Es fällt nicht in die Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts, darüber zu befinden, auf welche Gründe letztlich zurück zu führen ist, dass die Vorinstanz im entscheidenden Moment nicht über eine genügend konkrete Ermächtigung verfügte. Schliesslich gefährdete die in den Tagen vor dem 18. Februar 2009 eingetretene Situation zu keinem Zeitpunkt Menschenleben. Nach dem Gesagten

vermag deshalb auch eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel die fehlende Kompetenz der Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Verfügung nicht zu rechtfertigen.

13.
Die Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung vom 18. Februar 2009 sind demnach unter Verletzung der bundesrechtlichen Vorgaben und der Rechtsstaatlichkeit zustande gekommen. Weil die Ziffern 1 und 2 der Verfügung bereits vollstreckt sind, hat dies die Feststellung deren Rechtswidrigkeit und die Gutheissung der Beschwerde zur Folge, soweit darauf eingetreten werden konnte.

14.
Mit Instruktionsverfügung vom 4. September 2009 wurde den Beschwerdeführern Einsicht in die teilweise abgedeckte Verfügung vom 18. Februar 2009 sowie die teilgeschwärzten vorinstanzlichen Vernehmlassungen vom 13. und 30. März 2009 gewährt. Es stellt sich die Frage, ob – wie von der Vorinstanz und den Beschwerdeführern beantragt – den Beschwerdeführern weitergehende Akteneinsicht zu gewähren ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Ausführungen hinsichtlich der Relevanz der nicht behandelten Rügen für den Verfahrensausgang grundsätzlich auch für die Frage nach dem Akteneinsichtsrecht Geltung haben.

14.1 Die Beschwerdeführer dringen mit der zu beurteilenden Beschwerde zur Hauptsache durch. Das Bundesgericht führt hierzu aus, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör, wozu die Akteneinsicht gehört, nur jenen Betroffenen zustehe, zu deren Ungunsten ein Entscheid getroffen werde ("*avant qu'une décision ne soit prise à son détriment*": BGE 122 I 109 E. 2a). Diese Rechtsprechung steht im Einklang mit Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG, wonach die Behörden Parteien nicht anzuhören brauchen vor Verfügungen, mittels welcher sie deren Begehren voll entsprechen (vgl. PATRICK SUTTER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., N 25 zu Art. 30). Entsprechend knüpft die Definition der formellen Natur des rechtlichen Gehörs an diese Prämisse an: Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zieht prozessuale Wirkungen nach sich, selbst wenn praktisch keine Aussicht darauf besteht, dass die Behörde unter Beachtung der Garantie zu einer anderen Entscheidung gelangt (vgl. MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss., Bern 2000, S. 449, m.w.H.). Diese Auffassung setzt jedoch ihrer-

seits begriffsnotwendig voraus, dass eine zur Aufhebung bzw. Rechtswidrigerklärung des angefochtenen Entscheids führende Verletzung des rechtlichen Gehörs nur vorstellbar ist, wenn zuungunsten des Betroffenen entschieden wird (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Januar 2009 B-6177/2008 E. 2.2).

14.2 In Bezug auf das vorliegende Verfahren kommt hinzu, dass die zur Sachverhaltserstellung und rechtlichen Würdigung herbeigezogenen Vorakten klar deklariert sind und deren wesentlicher Inhalt, soweit Akten betreffend, die den Beschwerdeführern nicht zur Einsicht geöffnet wurden, mit diesem Urteil offengelegt wird. Unter diesen Umständen erweist es sich deshalb als sachgerecht, dem Beschleunigungsgebot Vorrang zu geben, um die Eröffnung dieses Endentscheids nicht weiter zu verzögern.

15.

15.1 Die Verfahrenskosten sind gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Vorliegend sind die Beschwerdeführer mit ihrem Hauptantrag, wonach die angefochtene Verfügung aufzuheben sei, nicht durchgedrungen, weil nicht darauf eingetreten werden konnte. Angesichts des Umstands, dass die angefochtene Verfügung ohne das Wissen der Beschwerdeführer sofort vollstreckt worden ist, darf ihnen jedoch aufgrund des aus nachträglicher Sicht unpassenden Hauptbegehrens kein Nachteil erwachsen. Die Beschwerdeführer sind mit ihrem Eventualantrag in Bezug auf die Ziffern 1 und 2, nicht jedoch hinsichtlich Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung, durchgedrungen. Auch wenn auf den Antrag, wonach Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung ebenfalls rechtswidrig zu erklären sei sowie den Feststellungsantrag bezüglich Verletzung von Verfahrensrechten nicht eingetreten werden konnte, so haben die Beschwerdeführer in der Hauptrechtsfrage, nämlich dass die in Ziffern 1 und 2 angeordnete Datenherausgabe rechtswidrig war, überwiegend obsiegt. Die Beschwerdegegnerin ist somit im Ausmass des Obsiegens der Beschwerdeführer unterlegen, womit sie die Verfahrenskosten zu tragen hat (zur weitgehend gleichen Rechtslage gemäss Bundesgerichtsgesetz und Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern vgl. Thomas Geiser, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, Bundesgerichtsgesetz, Komm., Basel 2008, Rz. 13 zu Art. 66; Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 2 zu Art. 108).

Die Verfahrenskosten werden gemäss Art. 1 und 3 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festgesetzt. Bei der Berechnung der Höhe der Verfahrenskosten wird – sofern möglich – auf die zu beurteilenden Vermögensinteressen abgestellt. Sofern es sich um ein Verfahren ohne Vermögensinteresse handelt, gelten die Pauschalbandbreiten von Art. 3 VGKE. Vorliegend geht es nicht direkt um die Beurteilung von Vermögensinteressen. Vielmehr musste die Rechtmässigkeit einer ohnehin auf das amtshilferechtliche Verfahrensrecht beschränkte Verfügung betreffend Datenherausgabe an eine ausländische Behörde beurteilt werden. Somit kommt Art. 3 Bst. b VGKE zur Anwendung. Demnach können die Verfahrenskosten für einen Kollegialentscheid zwischen Fr. 200.– und Fr. 5'000.– festgelegt werden, wobei die Höhe unter Berücksichtigung der Grundsätze von Art. 2 VGKE bestimmt wird. Vorliegendes Verfahren war aufwändig und involvierte das Studium zahlreicher Eingaben und Akten. Weiter warf die zu behandelnde Materie Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung auf. Schliesslich war ein relativ umfangreicher Teilentscheid über die Eintretensfrage zu erlassen, für welchen noch keine Verfahrenskosten verlegt worden sind. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich die Festsetzung der Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.–. Diese werden der überwiegend unterliegenden Beschwerdegegnerin auferlegt. Die Beschwerdegegnerin hat die ihr auferlegten Verfahrenskosten binnen 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils zugunsten des Bundesverwaltungsgerichts zu überweisen. Ein Einzahlungsschein wird ihr mit separater Post zugestellt. Der von den Beschwerdeführern am 13. März 2009 geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von insgesamt Fr. 9'000.– (drei Mal Fr. 3'000.–) wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils von der Gerichtskasse zurückerstattet.

Schliesslich sieht das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, sich zur vorinstanzlichen Kostenverlegung zu äussern, zumal dieser Punkt von der Beschwerdegegnerin nicht angefochten worden ist.

15.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE haben obsiegende oder teilweise obsiegende Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Parteientschädigung wird der verfügenden Behörde auferlegt, sofern sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Eine Parteientschädigung wird gemäss Art. 64 Abs. 3 VwVG dann der unterliegenden Gegenpartei je nach deren

Leistungsfähigkeit auferlegt, wenn sie sich mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt hat. Die Beschwerdeführer haben einen Antrag auf Parteientschädigung gestellt und sind mit ihren Anträgen grossmehrheitlich durchgedrungen. Die Beschwerdegegnerin hat ebenfalls einen Antrag auf Parteientschädigung gestellt, ist aber lediglich in untergeordneten Teilpunkten (Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung sowie Feststellung der Verletzung von Verfahrensrechten) durchgedrungen. Ähnlich wie bei den Verfahrenskosten ist auch hinsichtlich der Parteientschädigung grundsätzlich vom überwiegenden Obsiegen der Beschwerdeführer auszugehen (Art. 7 Abs. 1 VGKE). Anders als dort ist hier aber zu berücksichtigen, dass nur die *notwendigen* Partei- bzw. Vertretungskosten zu ersetzen sind (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 VGKE) und ausserdem nicht auf die Beschwerden sämtlicher Beschwerdeführer eingetreten werden konnte.

Nach Art. 14 Abs. 1 und 2 VGKE haben die Rechtsvertreter der Parteien dem Bundesverwaltungsgericht vor dem Entscheid unaufgefordert eine detaillierte Kostennote einzureichen, andernfalls das Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung von Amtes wegen aufgrund der Akten festlegt; vorliegend haben weder die Beschwerdeführer noch die Beschwerdegegnerin eine Kostennote eingereicht, womit gestützt auf Art. 14 Abs. 2 VGKE der Parteiaufwand aufgrund der Akten festzusetzen ist.

Die Beschwerdeführer erstellten im Rahmen dieses Verfahrens umfassende Rechtsschriften. Zu benennen sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Beschwerde vom 20. Februar 2009, die Stellungnahme vom 12. März 2009 zur Beschwerdelegitimation, die Ergänzung zur Beschwerdebegründung vom 8. Oktober 2009 und die als "Beschwerdereplik" bezeichnete unaufgeforderte Eingabe vom 26. Oktober 2009.

Der Umfang und die Zahl dieser Rechtsschriften lassen einen Aufwand von insgesamt Fr. 20'000.– als angemessen erscheinen. Wie ausgeführt, können ausschliesslich die notwendigen entstandenen Kosten geltend gemacht werden. Im Fall der Beschwerdeführer ist der geschätzte Aufwand zu kürzen, weil die unaufgefordert eingereichte Eingabe vom 26. Oktober 2009 auch aus heutiger Sicht unnötig war und zu einem entsprechenden zusätzlichen Arbeitsaufwand führte. Der Aufwand für die Erstellung dieser Rechtsschrift ohne neue Vorbringen wird auf Fr. 3'000.– veranschlagt, weshalb der Betrag für die Parteientschädigung der Beschwerdeführer um Fr. 3'000.– auf Fr. 17'000.– zu

kürzen ist. Die Mehrwertsteuer ist nur für Dienstleistungen geschuldet, die im Inland gegen Entgelt erbracht werden, nicht jedoch im vorliegenden Fall, in dem die Dienstleistung der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mit Sitz im Ausland erbracht worden ist (Art. 5 Bst. b des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer [Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, ST 641.20] i.V.m. Art. 14 Abs. 3 Bst. c MWSTG und Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE; Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-505/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 8.2).

16.
Wie im Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. April 2009 dargelegt, geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass sich die Legitimation der Beschwerdeführer aus ihrer unmittelbaren Betroffenheit in ihrer Rechtsstellung als aus dem Bankgeheimnis Berechtigte ergibt und damit analog zu beurteilen ist wie die Beschwerdelegitimation in einem Verfahren betreffend internationale Amtshilfe. Es erscheint daher als fraglich, ob der Umstand, dass die Vorinstanz ihre Verfügung auf Art. 25 und 26 BankG abgestützt hat, der Vorinstanz und den Parteien eine Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht verschafft, die ihnen in einem ordentlichen Amtshilfeverfahren nicht offen stehen würde (Art. 83 Bst. h BGG).

Die Frage, ob eine Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist, kann vorliegend aber offen gelassen werden, denn ihre Beantwortung liegt ohnehin nicht in der Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts. Vielmehr wird das Bundesgericht gegebenenfalls selbst über die Zulässigkeit einer allfälligen Beschwerde entscheiden. Diese Überlegungen führen zu der offen formulierten Rechtsmittelbelehrung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass die Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung vom 18. Februar 2009, welche die Herausgabe der Bankkundendaten der Beschwerdeführer an die US-amerikanischen Behörden anordneten, rechtswidrig sind.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist binnen 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.
Den Beschwerdeführern wird zulasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung in der Höhe von gesamthaft Fr. 17'000.– (ohne MwSt.) zugesprochen.

4.
Der am 13. März 2009 geleistete Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 9'000.– (drei mal Fr. 3'000.–) wird den Beschwerdeführern nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils von der Gerichtskasse zurückerstattet.

5.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde; vorab per Fax; Beilage: Pressemitteilung vom 8. Januar 2010, Rückerstattungsformular);
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde; vorab per Fax; Beilage: Pressemitteilung vom 8. Januar 2010);
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde; vorab per Fax; Beilage: Pressemitteilung vom 8. Januar 2010);
- das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) zur Kenntnisnahme (Einschreiben).

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani Kaspar Luginbühl

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführenden Parteien in Händen haben, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 7. Januar 2010