Urteilskopf

137 II 431

39. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) gegen X. Ltd., Y. Ltd. und Z. Corp. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_127/2010 vom 15. Juli 2011

Regeste (de):
Art. 36 Abs. 1 und Art. 185 Abs. 3 BV; Art. 25 f. BankG; Art. 10 VwVG und Art. 11 des Organisationsreglements FINMA 2008; Zulässigkeit der Herausgabe von Bankkundendaten der UBS an die amerikanischen Behörden durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) im Februar 2009.

Inhalt und Stellenwert des Bankkundengeheimnisses im schweizerischen Recht (E. 2.1). Bankenrechtliche Schutzmassnahmen müssen das Bankkundengeheimnis wahren und dürfen nicht dazu dienen, die Kompetenzen der Rechtshilfe- oder Steuerbehörden bzw. die von diesen zu prüfenden, für die amtshilfeweise Aufhebung des Bankkundengeheimnisses erforderlichen Voraussetzungen zu umgehen (E. 2.2 und 2.3). Bejahung der Zulässigkeit der Herausgabe der Kundendaten gestützt auf die polizeiliche Generalklausel (E. 3 und 4). Feststellung des Anscheins einer Befangenheit des damaligen Präsidenten der FINMA (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 36 al. 1 et art. 185 al. 3 Cst.; art. 25 s. LB; art. 10 PA et art. 11 du Règlement d'organisation FINMA 2008; admissibilité de la remise de données bancaires de clients de l'UBS aux autorités américaines par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) en février 2009.

Contenu et place du secret bancaire en droit suisse (consid. 2.1). Les mesures protectrices fondées sur la législation bancaire doivent respecter le secret bancaire et ne pas conduire à contourner les compétences des autorités fiscales ou d'entraide judiciaire en particulier celles concernant le contrôle des conditions autorisant de lever le secret bancaire dans le cadre de l'assistance administrative (consid. 2.2 et 2.3). Les données des clients pouvaient être remises sur la base de la clause générale de police (consid. 3 et 4). Constatation de l'apparence de prévention du Président de la FINMA de l'époque (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 36 cpv. 1 e art. 185 cpv. 3 Cost.; art. 25 seg. LBCR; art. 10 PA e art. 11 del Regolamento di organizzazione 2008 FINMA; ammissibilità della consegna dei dati bancari di clienti dell'UBS alle autorità americane da parte dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) nel febbraio 2009.

Contenuto ed importanza del segreto bancario nel diritto svizzero (consid. 2.1). Le misure di protezione previste dalla legislazione bancaria devono tutelare il segreto bancario e non devono essere utilizzate per raggirare le mansioni delle autorità fiscali o di quelle competenti per l'assistenza giudiziaria rispettivamente, per eludere il loro esame delle condizioni necessarie per togliere il segreto bancario in materia di assistenza amministrativa (consid. 2.2 e 2.3). I dati dei clienti potevano essere consegnati in base alla clausola generale di polizia (consid. 3 e 4). Constatazione dell'apparenza di prevenzione dell'allora Presidente della FINMA (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 432

A.

A.a Am 18. Februar 2009 schloss die UBS AG mit dem amerikanischen Justizdepartement (Departement of Justice [DoJ]) einen Vergleich ab (Deferred Prosecution Agreement [DPA]). Sie anerkannte darin, die USA durch gemeinsames Vorgehen mit Bankkunden um Steuereinnahmen betrogen zu haben. Sie verpflichtete sich, 780 Mio. Dollar zu bezahlen und künftig auf das grenzüberschreitende Geschäft mit US-Kunden zu verzichten. Das Agreement sah zudem vor, dass die UBS AG gewisse Kundendaten herausgeben würde. Im Gegenzug erklärte das DoJ sich bereit, die laufende Strafverfolgung für mindestens 18 Monate auszusetzen und auf diese definitiv zu verzichten, sollte die UBS AG ihren Verpflichtungen aus dem DPA nachkommen. Der Vergleich hielt fest, dass der Internal Revenue Service (IRS), d.h. die US-Steuerbehörde, im eingeleiteten John-Doe-Summons-Verfahren (JDS-Verfahren) die "enforcement action", d.h. das konkrete Durchsetzungsbegehren, einreichen würde und ein Verstoss gegen eine entsprechende richterliche Anordnung als Verletzung des DPA gelten könnte.

A.b Der IRS beantragte tags darauf, die UBS AG zu verpflichten, ihm die Daten von 52'000 US-Kontoinhabern herauszugeben. Am 1. Juli 2009 ermächtigte der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), der UBS AG zu untersagen, schriftlich oder mündlich, direkt oder indirekt, die im John-Doe-Summons-Verfahren geforderten Informationen zu übermitteln, und die UBS AG gegebenenfalls daran zu hindern, über diese Informationen zu verfügen, sei es durch die Anordnung einer Dokumentenbeschlagnahmung, sei es durch Zugangsbeschränkungen zu den



Informatiksystemen ("blocking order"). Am 10. August 2009 hiess der Bundesrat den Entwurf eines Abkommens mit der amerikanischen Regierung über ein Amtshilfegesuch des IRS betreffend die UBS AG gut. Am 19. August 2009 informierten die schweizerischen Behörden die Öffentlichkeit, dass der Vertrag in Kraft getreten sei (AS 2009 5669); die USA würden im Fall UBS ein neues Amtshilfegesuch einreichen und darauf verzichten, die Zivilklage durchzusetzen. Die Schweiz verpflichte sich im Gegenzug, ein rund 4'450 Konten betreffendes Amtshilfeersuchen innert Jahresfrist zu bearbeiten.

A.c Mit Urteil vom 21. Januar 2010 stufte das Bundesverwaltungsgericht dieses Abkommen als blosse "Verständigungsvereinbarung" ein, auf deren Grundlage bei fortgesetzter, schwerer Steuerhinterziehung keine Amtshilfe ausserhalb des Abkommens vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen (DBA-USA; SR 0.672.933.61) geleistet werden könne (Urteil A-7789/2009). Am 31. März 2010 unterzeichneten die schweizerischen und die amerikanischen Behörden eine neue Vereinbarung, worin sie klarstellten, dass es sich beim revidierten Doppelbesteuerungsabkommen um einen Staatsvertrag handle, der dem geltenden Recht vorgehe. Das Abkommen wurde ab dem 31. März 2010 vorläufig angewendet und am 17. Juni 2010 durch das Parlament genehmigt (BBl 2010 2965 ff.; AS 2010 2907; SR 0.672.933.612). (...)

B.

B.a Die Eidgenössische Bankenkommission ("EBK"; heute: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA) erfuhr im Februar/März 2008 von den in den USA gegen die UBS AG erhobenen Vorwürfen und den damit verbundenen möglichen unilateralen Zwangsmassnahmen (z.B. "Subpoena" als Mittel zur Beibringung von In-

formationen unter Zwangsandrohung). Sie informierte die Eidgenössische Finanzverwaltung, das Bundesamt für Justiz (BJ) und die Eidgenössische Steuerverwaltung (EStV) hierüber. (...)

B.b Am 16. Juli 2008 (mit Ergänzung vom 29. August 2008) ersuchte der IRS die EStV gestützt auf das schweizerisch-amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen um Amtshilfe. Am 8. Dezember 2008 teilten die Staatsanwälte des DoJ der UBS AG mit, sie würden umgehend das Verfahren zur Anklageerhebung einleiten, wenn nun nicht rasch Kundendaten übermittelt würden. Am 15. Dezember 2008 informierten Vertreter des DoJ und des US Treasury die



Schweizer Regierung, dass das laufende Amtshilfeverfahren zu lange dauere; es werde nunmehr erwartet, dass zeitlich noch um das Ende des Jahres eine signifikante Anzahl Daten ausgehändigt werde.

B.c Am 21. Dezember 2008 stellte die EBK fest, dass die UBS AG bei ihrem "Crossborder"-Geschäft in den USA gegen das Gewährs- und Organisationserfordernis des Bankengesetzes verstossen habe, indem einzelne Mitarbeiter in einer beschränkten Zahl von Fällen entgegen ihren Verpflichtungen unter dem "Qualified Intermediary Agreement" (QIA) für Steuerzwecke erstellte Kundendokumentationen als zureichend erachteten, von denen sie wussten oder hätten wissen müssen, dass sie den US-Steuerstatus des Kunden unzutreffend wiedergaben. Die UBS AG habe über eine längere Zeit zudem amerikanische aufsichtsrechtliche Beschränkungen zur grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen missachtet. Die Bankenkommission rügte die UBS "wegen schwerer Verletzung des Gewährs- und Organisationserfordernisses". (...)

C.

C.a Am 19./24. Dezember 2008 ersuchte der Bundesrat mit Blick auf den zunehmenden Druck aus den Vereinigten Staaten und deren Absichten, unilateral gegen die UBS AG vorzugehen, die EBK darum, im "Interesse der Stabilität sowohl des schweizerischen als auch des globalen Finanzsystems (...) alle notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen solchen Schritt zu verhindern". Das DoJ machte den Abschluss eines Vergleichs mit der UBS AG davon abhängig, dass gewisse Kundendaten umgehend übermittelt würden. Am 17. Februar 2009 drohte es der UBS AG im Rahmen der Verhandlungen an, sie unverzüglich anzuklagen, sollten die offenzulegenden US-Kundendaten nun nicht sofort ausgehändigt werden.

C.b Mit Verfügung vom 18. Februar 2009 ordnete die FINMA an, dass die UBS AG dem Departement of Justice und allenfalls weiteren mit der Verfolgung von Straftatbeständen befassten US-Behörden über sie die unter Ziffer 9 des "Deferred Prosecution Agreement" vom 18. Februar 2009 sowie im Anhang "Account Disclosure Letter" (datiert vom 16. Februar 2009) genannten Daten (285 Dossiers von 255 Kunden) sofort herausgeben müsse. Die UBS AG habe ihr die offenzulegenden Informationen rechtzeitig in elektronischer Form zwecks Weiterleitung an das DoJ zu übergeben; soweit möglich, seien sämtliche Daten offensichtlich unbeteiligter Dritter abzudecken. Die Verfügung werde sofort vollstreckt. Die FINMA



begründete ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass die UBS AG in einer "Zwangssituation zwischen

widersprechenden Rechtspflichten in den USA und der Schweiz" stehe und selber nicht imstande sei, "die bevorstehende Anklageerhebung und die damit einhergehenden unmittelbaren Bedrohungen ihrer Existenz abzuwenden". Zur Wahrung der Gläubiger- und Anlegerinteressen und zur Sicherung der Stabilität des Schweizer Finanzsystems sei es "zwingend und unausweichlich", geeignete Schutzmassnahmen anzuordnen, "da trotz aller Schritte der Schweizer Behörden keine realistische Aussicht mehr" bestehe, "eine die Existenz gefährdende Anklage abzuwenden". Die der FINMA übergebenen Daten wurden am Abend des 18. Februar 2009 der amerikanischen Botschaft ausgehändigt, nachdem der Vergleich in den USA zuvor richterlich genehmigt worden war.

C.c Mit Urteil vom 5. Januar 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht die gegen die Verfügung der FINMA gerichtete Beschwerde der X. Ltd., der Y. Ltd. und der Z. Corp. gut, soweit es darauf eintrat (Urteil B-1092/2009; auszugsweise publiziert in: ZBl 111/2010 S. 451 ff.). Das Gericht stellte 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" seien. Da der Bundesrat in einer von ihm als Notstand bewerteten Situation nicht selber Massnahmen ergriffen habe und die FINMA im Rahmen des konstitutionellen Notrechts nicht delegationsweise habe handeln können, stütze sich die angefochtene Verfügung auf keine für die Einschränkung von Grundrechten genügende gesetzliche Grundlage. Die FINMA habe über keine rechtliche Möglichkeit verfügt, die Herausgabe von Kundendaten ausserhalb der explizit hierfür vorgesehenen Rechts- bzw. Amtshilfeverfahren anzuordnen. Ihre Auffassung, dass sie sich hierzu auf Art. 25 und 26 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0; "Massnahmen bei Insolvenzgefahr" [Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 3. Oktober 2003, in Kraft seit 1. Juli 2004; AS 2004 2767, 2776; BBl 2002 8060]) habe berufen können, sei unzutreffend.

D.

D.a Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA gelangte am 4./5. Februar 2010 mit dem Antrag an das Bundesgericht, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben. Die von ihr



angeordnete Herausgabe von Kundendaten sei durch Art. 25 und 26 BankG gedeckt. Zum Zeitpunkt ihrer Verfügung sei sie "angesichts der ernsthaften, schriftlich angezeigten Drohungen" des US-Departement of Justice betreffend eine Anklage der UBS AG zu Recht davon ausgegangen, dass die Liquidität und letztlich der Weiterbestand der Bank bei einer Anklage schwer, direkt und unmittelbar bedroht gewesen wären. Es habe eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr für die Liquidität der UBS und damit für die Gläubiger der UBS sowie das schweizerische Finanzsystem bestanden, dessen Funktionsfähigkeit sie habe schützen müssen. (...) Das Bundesgericht heisst die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gut, hebt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010 auf und bestätigt inhaltlich die Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009. Es stellt fest, dass der Präsident der FINMA bei Erlass der Verfügung vom 18. Februar 2009 hätte in den Ausstand treten müssen. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1

2.1.1 Das Bankkundengeheimnis bezeichnet die durch Straf- und allenfalls aufsichtsrechtliche Sanktionen verstärkte Pflicht einer Bank und ihrer Angehörigen, alle Informationen, die ihnen im Laufe der Geschäftsbeziehung vom Kunden anvertraut werden oder ihnen in diesem Rahmen zur Kenntnis kommen, nach aussen hin geheim zu halten. Es beruht auf der vertraglichen Beziehung zwischen der Bank und dem Kunden einerseits und dessen Persönlichkeitsschutz andererseits (Botschaft vom 18. August 1982 über die Volksinitiative "gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht" [BBl 1982 II 1201 ff. Ziff. 73]; Rechtsgutachten des BJ vom 4. Dezember 2002 "Bankgeheimnis und Archivierungsgesetz", VPB 67/2003 Nr. 99, dort S. 942; ROLF H. WEBER, Individuelle Geheimhaltung und öffentliche Interessen - ein unüberbrückbares Spannungsfeld-, ZSR 130/2011 I S. 159 ff., dort 163 f.; RHINOW UND ANDERE, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 632 ff.; THOMAS MÜLLER, Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis, Jusletter vom 3. Mai 2010 Rz. 19 ff.; CHRISTOPH WINZELER, Rechtsentwicklungen um das Bankkundengeheimnis, AJP 2010 S. 158 ff., dort 158 f.; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, in: Kommentar zum Bundesgesetz



über die Banken [...], Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Ausgabe Oktober 2009, N. 3 ff. und 403 ff. zu Art. 47 BankG; OLIVER ARTER, Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, 2008, S. 256 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, in: Basler Kommentar, Bankengesetz [nachfolgend: Basler Kommentar],2005, N. 1 ff. zu Art. 47 BankG; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl. 2004, N. 395; RENATE SCHWOB, in: Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Boemle und andere [Hrsg.], 2002, S. 141; ADRIANO MARGIOTTA, Das Bankgeheimnis - Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses-, 2002, S. 60 ff.; HELENA INGRID GLASER, Amtshilfe und Bankgeheimnis, 1996, S. 80 ff.; AUBERT UND ANDERE, Le secret bancaire suisse, 3. Aufl. 1995, S. 41 ff.). Art. 47 BankG regelt nicht das Bankkundengeheimnis als solches, sondern die (strafrechtliche) Sanktion bei dessen Verletzung (MÜLLER, a.a.O., Rz. 25; GÜNTER STRATENWERTH, Der behördlich erzwungene Verzicht auf das Bankgeheimnis, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Rudolf v. Graffenried [Hrsg.], 1987, S. 227 ff., dort 228). Das Personal und die Organe der FINMA unterstehen ihrerseits nicht demBankkunden-, sondern dem Amtsgeheimnis nach Art. 14 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG; SR 956.1). Dieses verpflichtet sie, alles geheim zu halten, was weder allgemein bekannt noch zugänglich ist und woran die FINMA oder Dritte, die in einer Rechtsbeziehung zu ihr stehen, ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse haben. In diesem Rahmen hat die Aufsichtsbehörde auch die Geheimhaltungsinteressen der Beaufsichtigten, namentlich deren Geschäfts- bzw. Berufsgeheimnisse, wozu das Bankkundengeheimnis zählt, zu wahren (vgl. Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2829 ff. Ziff. 2.2.1 S. 2867; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., N. 361 f. zu Art. 47 BankG).

2.1.2 Die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person gehören zu deren Privatsphäre, die durch Art. 28 ff. ZGB geschützt ist und einen Teilgehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV und Art. 8 EMRK bildet (vgl. auch KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., N. 3 zu Art. 47 BankG). Dem Bankkundengeheimnis kommt nach der Rechtsprechung nicht der Rang eines eigenständigen geschriebenen oder ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts zu, sodass es bei Kollisionen mit anderen Interessen diesen stets vorgehen würde (BGE 115 Ib 68 E. 4b S. 83). Als Einschränkung des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre dürfen Bankkundendaten

unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV (bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK) ins Ausland weitergegeben werden, d.h. falls eine gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlage und ein öffentliches Interesse daran besteht und die entsprechende Massnahme zudem dem Gebot der Verhältnismässigkeit entspricht. Art. 8 Ziff. 2 EMRK anerkennt als Rechtfertigungsgründe die Aufrechterhaltung der Ordnung und des wirtschaftlichen Wohls des Landes; der zu deren Wahrung erforderliche Eingriff in die Privatsphäre muss einem dringenden sozialen Bedürfnis entsprechen und in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheinen (vgl. WEBER, a.a.O., S. 170). Das Bankkundengeheimnis zählt nur insofern zu den "wesentlichen Interessen der Schweiz", als es sich bei der verlangten Auskunft um eine solche handelt, "deren Preisgabe das Bankgeheimnis geradezu aushöhlen oder die der ganzen Wirtschaft Schaden zufügen" würde (BGE 125 II 83 ff.; BGE 123 II 153 E. 7 S. 160 f.; BGE 115 Ib 68 E. 4b S. 83 mit Hinweisen; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., N. 172 und 281 zu Art. 47 BankG). Es findet seine Grenzen (1) im Willen des Kunden, (2) in einschlägigen, rechtsgenügend gestalteten rechtlichen Eingriffsgrundlagen oder (3) in überwiegenden eigenen (berechtigten) Interessen der Bank (vgl. GLASER, a.a.O., S. 83; STRATENWERTH, Basler Kommentar, BankG, a.a.O., N. 25 ff. [Einwilligung des Berechtigten], N. 28 ff. [gesetzliche Pflichtenkollision], N. 43 ff. [Notstand]je zu Art. 47 BankG; siehe auch EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., N. 416 ff.; MARGIOTTA, a.a.O., S. 93 ff.).

2.2

2.2.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass nicht die UBS AG die Datensätze den amerikanischen Behörden ausgehändigt hat, sondern die finanzmarktrechtliche Aufsichtsbehörde. Die FINMA ist zwar nicht dem Bankkunden-, jedoch dem Amtsgeheimnis unterstellt (Art. 14 FINMAG); sie hat das Bankkundengeheimnis in diesem Rahmen zu wahren. Zur Rechtfertigung des Eingriffs in dieses bzw. in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre berief sie sich auf die ihr eingeräumte Möglichkeit, bankenrechtliche Schutzmassnahmen zu treffen. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete dies als unzulässig: Zwar handle es sich bei den entsprechenden Bestimmungen um formelle Gesetzesgrundlagen, doch deckten diese wegen der im Ausland drohenden Nachsteuer- und Strafverfahren einen so weit gehenden aufsichtsrechtlichen Eingriff in die Kundenbeziehung nicht ab. Selbst wenn sie dies täten, genügten Art. 25 und 26 BankG mangels hinreichender Bestimmtheit und Voraussehbarkeit den



verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für den mit der Herausgabe der Daten verbundenen Eingriff in die Privatsphäre nicht.

2.2.2 Entgegen der Ansicht der FINMA verletzt diese Auffassung kein Bundesrecht: Art. 25 BankG sieht vor, dass die FINMA Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG anordnen kann, wenn die "begründete Besorgnis" besteht, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat bzw. sie die Eigenmittelvorschriften nicht fristgerecht erfüllt. Sie kann in diesem Rahmen "namentlich": den Organen der Bank Weisungen erteilen (Abs. 1 lit. a), einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen (Abs. 1 lit. b), den Organen die Vertretungsbefugnis entziehen oder sie abberufen (Abs. 1 lit. c), die bankengesetzliche Prüfgesellschaft oder obligationenrechtliche Revisionsstelle abberufen (Abs. 1 lit. d), die Geschäftstätigkeit der Bank einschränken (Abs. 1 lit. e), der Bank verbieten, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effektentransaktionen zu tätigen (Abs. 1 lit. f) oder aber die Bank schliessen (Abs. 1 lit. g) bzw. eine Stundung oder einen Fälligkeits-

aufschub anordnen (Abs. 1 lit. h). Art. 26 BankG gibt seinem Wortlaut nach der FINMA keinerlei Befugnis, im Rahmen solcher Massnahmen das Bankkundengeheimnis zu durchbrechen und mit der Herausgabe von vertraulichen Kundendaten an ausländische Steuerbehörden in die Privatsphäre der Kontoinhaber einzugreifen. Die explizit genannten Massnahmen richten sich in erster Linie an die Beaufsichtigten, d.h. die Banken selber, und haben nur indirekte (Reflex-) Wirkungen auf die Kunden bzw. die Gläubiger. In der Doktrin wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG mit Ausnahme der Stundung und dem Fälligkeitsaufschub um Massnahmen handle, welche die Aufsichtsbehörde bereits gestützt auf Art. 23ter (in der Fassung vom 11. März 1971) BankG "bei Verletzung des Gesetzes oder sonstigen Missständen" gegen die Beaufsichtigten anordnen könne (vgl. EVA HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht - die Bankenkommission als Konkursbehörde, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht [IWIR]4/2002 S. 125 ff., dort 130).

2.2.3 Zwar ist die Aufzählung der möglichen Massnahmen in Art. 26 BankG nicht abschliessend und kann die FINMA gestützt darauf auch andere Anordnungen im Interesse der Gläubiger und des Finanzplatzes zum Schutz der Banken vor nicht erfüllbaren Rückzügen ("bank run") treffen, doch müssen diese den selben Zweck



verfolgen wie die in Art. 26 BankG genannten, nämlich die Bank zu retten bzw. zu sanieren (vgl. KARL SPÜHLER, Bankenkonkurs - Bankennachlassstundung - Bankensanierung - gestern und morgen, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes, Peter Nobel [Hrsg.], 2004, S. 79 ff., dort 83). Die Schutzmassnahmen nach Art. 25 f. BankG sollen die Bank in die Lage versetzen, weiterhin ihre Tätigkeit auszuüben, sei es mit verbesserten Strukturen, sei es dadurch, dass sie von ihren Gläubigern nicht allzu sehr bedrängt wird (BARBARA SCHAERER, Bankeninsolvenzrecht und Einlegerschutz in Revision, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Peter Nobel [Hrsg.], 2001, S. 55 ff., dort 59). Obwohl der FINMA bei der Anwendung von Art. 25 f. BankG ein relativ weiter Ermessensspielraum zukommt, welcher es ihr erlauben soll, im Einzelfall aufsichtsrechtlich optimalen Schutz vor einer Überschuldung zu gewähren (vgl. den Bericht der Expertenkommission, Bankensanierung, Bankenliquidation und Einlegerschutz, Oktober 2000, Ziff. 10.2.3 [S. 45]sowie S. 54 ff.), entbindet dieser Freiraum sie nicht davon, ihre anderweitigen gesetzlichen Pflichten sowie das Legalitätsprinzip zu beachten. Nicht alles, was zur Abwendung der Insolvenzgefahr einer Bank nützlich und allenfalls sogar verhältnismässig erscheint, kann von ihr als aufsichtsrechtliche Schutzmassnahme verfügt werden. Die Anordnungen müssen qualitativ gleicher Natur sein wie die vom Gesetzgeber in Art. 26 BankG genannten, d.h. sie müssen sich in erster Linie gegen die beaufsichtigte Bank richten und dürfen deren Kunden nur punktuell und indirekt tangieren, andernfalls das Bestimmtheits- und das Voraussehbarkeitsgebot und damit das Legalitätsprinzip verletzt werden (vgl. zu diesen BGE 136 I 87 E. 3.1; BGE 132 I 49 E. 6.2).

2.2.4 Zu Recht verweist das Bundesverwaltungsgericht unter systematischen Gesichtspunkten in diesem Zusammenhang auch auf die in den letzten Jahren geschaffenen bzw. revidierten finanzmarkt- und steuerrechtlichen Amtshilfeverfahren, die ihrerseits dem Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit der Kunden dienen. Diese regeln den Informationsaustausch mit den ausländischen Behörden abschliessend und können nicht durch die FINMA im Rahmen von Schutzmassnahmen aufsichtsrechtlich übersteuert werden: Nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG darf die FINMA ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und Unterlagen nur übermitteln, sofern diese an das Amts- und Berufsgeheimnis gebunden sind, sie die Informationen (lit. a) ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung von ausländischen Instituten

verwenden und (lit. b) sie die Informationen nur aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag oder mit der Zustimmung der FINMA an Behörden und an Organe weiterleiten, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind. Betreffen die Daten einzelne Kunden, so gilt das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), was diesen ermöglicht, die gesetzlich vorgesehene amtshilfeweise Durchbrechung des Bankkundengeheimnisses richterlich überprüfen zu lassen. Analoge Bestimmungen bestehen fürdie steuerrechtlichen Amtshilfeverfahren in den verschiedenen Doppelbesteuerungsabkommen und für die (strafrechtlichen) Rechtshilfeverfahren im Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG; SR 351.1) bzw. den einschlägigen Staatsverträgen in diesem Bereich. Könnte die FINMA gestützt auf Art. 25 und 26 BankG und - wie von ihr geltend gemacht - unter Ausschluss irgendeiner Beschwerdemöglichkeit der betroffenen Kunden handeln (vgl. Art. 24 Abs. 2 BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003), würden diese Verfahren kurzgeschlossen, der vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte richterliche Schutz unterlaufen und die Kompetenzen der zuständigen Rechtshilfe- oder Steuerbehörden bzw. die von diesen zu prüfenden, für die amtshilfeweise Aufhebung des Bankkundengeheimnisses erforderlichen Voraussetzungen umgangen.

2.3 Die umstrittene Datenherausgabe konnte sich unter diesen Umständen auch nicht auf Art. 31 FINMAG stützen, wonach die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes sorgt, falls ein Beaufsichtigter ein Finanzmarktgesetz verletzt oder sonstige Missstände bestehen: Auch in diesem Rahmen muss die FINMA - trotz des ihr eingeräumten technischen Ermessens - gesetzeskonform handeln (vgl. POLEDNA/MARAZZOTTA, in: Basler Kommentar, BankG, a.a.O., N. 4 zu Art. 23ter BankG). Sie kann keine geschützten Kundendaten in Umgehung der entsprechenden Amts- oder Rechtshilfeverfahren ins Ausland liefern. Würden die entsprechenden aufsichtsrechtlichen Befugnisse anders und im Sinne der Ausführungen der FINMA verstanden, beeinträchtigte dies das Gesetzmässigkeitsprinzip dauerhaft, da sie jederzeit im Rahmen des ordentlichen Rechts ausserordentliche, nicht voraussehbare und ihre Aufsichtsbefugnisse nach den einschlägigen Gesetzen sprengende Massnahmen anordnen könnte, was rechtsstaatlich unzulässig ist (vgl. ANDREAS KLEY, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 130/2011 I S. 123 ff., dort 137 f.).



3.

3.1 Zu prüfen bleibt, ob die von der FINMA verfügte Herausgabe der umstrittenen Daten gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zur Wahrung überwiegender privater oder öffentlicher Interessen zulässig war. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies mit der Begründung verneint, es erscheine fraglich, ob die möglichen gravierenden Probleme der UBS die öffentliche Ordnung und Sicherheit überhaupt unmittelbar gefährdet hätten; eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel falle schon deshalb ausser Betracht, "weil es sich im vorliegenden Fall nicht um einen unmittelbaren, nicht vorhersehbaren Notfall" gehandelt habe, nachdem die Drohungen der US-Behörden, Anklage zu erheben, bereits einige Zeit vor dem 18. Februar 2009 bekannt gewesen seien. Da der Bundesrat zwei Monate vor Erlass der angefochtenen Verfügung der FINMA die beantragte "Rückendeckung" in Form einer Ermächtigung, Bankkundendaten an die US-Behörden auszuhändigen, nicht gegeben habe, käme - so das Bundesverwaltungsgericht - die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel faktisch einer widerrechtlichen "Kompetenzattraktion durch die Vorinstanz gleich".

3.2

3.2.1 Unter Vorbehalt der Kompetenzen des Parlaments (vgl. Art. 173 Abs. 1 lit. a und b BV; Art. 7c ff. des

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG; SR 172.010]in der Fassung des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen) ist nur der Bundesrat befugt, zur Wahrung der Interessen des Landes Verordnungen und Verfügungen zu erlassen (Art. 184 Abs. 3 BV) oder mit solchen eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit entgegenzutreten (Art. 185 Abs. 3 BV; vgl. URS SAXER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, N. 35 ff. zu Art. 185 BV; GIOVANNI BIAGGINI, BV, Kommentar, 2007, N. 9 ff. zu Art. 185 BV). Keine Verwaltungsbehörde kann staatsorganisatorisch an seiner Stelle handeln. Es ist am Bundesrat, zu prüfen, ob die jeweiligen Handlungsvoraussetzungen gegeben sind oder nicht (vgl. PASCAL MAHON, in: Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Aubert/Mahon [Hrsg.], 2003, N. 7 zu Art. 185 BV). Sein entsprechender Entscheid ist grundsätzlich der richterlichen Kontrolle entzogen (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV).



3.2.2 Dies schliesst indessen im vorliegenden Zusammenhang, wo FINMA und Bundesrat irrtümlicherweise davon ausgegangen sind, im Rahmen des ordentlichen Rechts handeln zu können, eine (nachträgliche) Berufung auf die polizeiliche Generalklausel nicht aus: Die Regierung hatte der FINMA gegenüber im Vorfeld der umstrittenen Verfügung ihren Entscheid vom 19. Dezember 2008 bestätigt, dass sie diese einlade, "alle notwendigen Massnahmen zu treffen", um eine Anklageerhebung gegen die UBS "im Interesse der Stabilität sowohl des schweizerischen als auch des globalen Finanzsystems" zu verhindern. Der Bundesrat nahm dabei (fälschlicherweise) an, dass dies gestützt auf Art. 25 f. BankG möglich sein würde und nicht auf notrechtliche Kompetenzen zurückgegriffen werden müsste. Sein Beschluss umfasste nötigenfalls auch einen Eingriff in das Bankkundengeheimnis gestützt auf die polizeiliche Generalklausel im Rahmen von Art. 36 BV. Er delegierte damit nicht seine verfassungsmässige Notkompetenz an die FINMA, sondern beauftragte diese, mit allen ihr zur Verfügung stehenden aufsichtsrechtlichen Mitteln, einschliesslich einer allfälligen Datenherausgabe gestützt auf Art. 25 f. BankG bzw. die polizeiliche Generalklausel (Art. 36 BV), zu intervenieren, um nicht in Umgehung des ordentlichen Rechts und einer allfälligen Zuständigkeit der FINMA seine verfassungsmässigen Notkompetenzen anrufen zu müssen (vgl. BBl 2011 3362 ff. und insbesondere 3366), was in anderem Zusammenhang massiv kritisiert worden war (vgl. die verschiedenen Hinweise im Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats zur Parlamentarischen Initiative "Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen", BBl 2010 1563 ff., und die Stellungnahme des Bundesrats hierzu, BBl 2010 2803 ff.).

3.2.3 Zwar wäre die FINMA als Verwaltungsbehörde mit Blick auf die mit der Durchbrechung des Bankkundengeheimnisses verbundenen Auswirkungen nicht befugt gewesen, gestützt auf die polizeiliche Generalklausel in ihrem Fachbereich die Dokumentenherausgabe in eigener Verantwortung zu verfügen; sie konnte sich im konkreten Fall aber auf die polizeiliche Generalklausel berufen, weil sie den Bundesrat laufend über die Situation informiert hatte und inhaltlich letztlich gemeinsam mit ihm handelte. Warum der Bundesrat fälschlicherweise angenommen hat, die FINMA könne aufsichtsrechtlich vorgehen, weshalb nicht er, sondern sie gefordert sei, spielt keine Rolle, falls die Voraussetzungen zur Anwendung der



polizeilichen Generalklausel, wie von FINMA und Bundesrat angenommen, objektiv tatsächlich gegeben waren. Die FINMA hat mit Wissen bzw. auf Anweisung und Drängen des Bundesrats hin verfügt, wobei dieser

die konkret vorgesehene Massnahme - die umstrittene Datenherausgabe - gebilligt hatte (vgl. BBl 2011 3410; zur politischen Einschätzung der Rolle des Bundesrats und den daraus zu ziehenden Lehren: BBl 2011 3407 ff., insbesondere 3410). Den Beschwerdegegnerinnen erwuchs hieraus kein Nachteil, da die Verfügung der FINMA ihnen den Rechtsweg öffnete. Für das Handeln der FINMA hätte dann kein notstandsrechtlicher Raum (mehr) bestanden, wenn der Bundesrat bereits zu diesem Zeitpunkt ein verfassungsunmittelbares Editionsverbot erlassen und der UBS AG damit faktisch oder rechtlich verunmöglicht hätte, den amerikanischen Behörden die einverlangten Informationen zu übermitteln (vgl. hierzu MARTIN SCHAUB, Konflikt um Kundendaten: Die Situation der UBS vor dem Abkommen 09, ZSR 130/2011 I S. 209 ff., dort 225 ff. unter Hinweis auf den Fall Marc Rich & Co. AG sowie S. 235). Dies hat er indessen erst am 1. Juli 2009 getan (vgl. BBl 2011 3385), als absehbar war, dass die amerikanischen Behörden nach dem ersten - von ihm mitgetragenen - Herausgabeentscheid versucht sein könnten, die schweizerische Rechtsordnung und den Amtshilfeweg im Doppelbesteuerungsabkommen (weiterhin) unilateral zu umgehen (vgl. zum amerikanischen Rechtsverständnis von Amtshilfe und unilateralen Massnahmen: SCHAUB, a.a.O., S. 216 f.).

3.3

3.3.1 Die polizeiliche Generalklausel kann als konstitutionelles Notrecht im Rahmen von Art. 36 Abs. 1 BV eine fehlende gesetzliche Grundlage ersetzen und - selbst schwerwiegende - Eingriffe in Grundrechte legitimieren, wenn und soweit es gilt, die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen. Diese dürfen unter den konkreten Umständen nicht anders als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln abzuwenden sein (Subsidiarität); die entsprechenden Massnahmen müssen zudem den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts - insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit - Rechnung tragen (BGE 126 I 112 E. 4b S. 118; BGE 121 I 22 E. 4b/aa S. 27 f.; BGE 111 Ia 246 E. 2 und 3a mit Hinweisen; vgl. KLEY, a.a.O., S. 124). Zwar hat das Bundesgericht zum Schutz des Legalitätsprinzips und der Gewaltenteilung in jüngerer Zeit regelmässig verlangt, dass der Anwendungsbereich der polizeilichen



Generalklausel auf "echte und unvorhersehbare Notfälle" zu beschränken sei und sie nicht angerufen werden könne, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden (BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 381 ff.; BGE 126 I 112 E. 4b S. 118; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. 2008, N. 312; SCHWEIZER, a.a.O., N. 17 zu Art. 36 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, N. 6 ff. in § 56 S. 517 f.). Dieses Erfordernis ist in der Doktrin indessen als zu einschränkend bzw. zu ungenau kritisiert worden (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 56 N. 8 ff. S. 518 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 2470; MÜLLER/JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, Sicherheit & Recht, 2008, S. 4 ff., dort 15 ff.; dieselben, Notrecht ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, Sicherheit & Recht 2010 S. 101 ff., zum vorliegenden Fall dort 104 ff.).

3.3.2 Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid seine Praxis dementsprechend präzisiert: Danach kann ein Untätigsein des Gesetzgebers den Staat in einer Notsituation nicht zur Hingabe fundamentaler Rechts- bzw. Polizeigüter zwingen, wenn diese Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden (vgl. das Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009, in: ZBl 111/2010 S. 469 ff., dort E. 2.3.2.1). Die polizeiliche Generalklausel bezweckt den Schutz fundamentaler Rechtsgüter, wenn eine sie bedrohende konkrete, schwerwiegende und unmittelbare Gefahr wegen der Dauer des politischen Prozesses nicht auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung wirksam bekämpft werden kann. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit bildet im Rahmen der Interessenabwägung

nur ein zu berücksichtigendes Element unter anderen. Es ist nicht als Anwendungsvoraussetzung zu verstehen, welches es - losgelöst von der Art und der Dringlichkeit der Gefahr - ausschliesst, die polizeiliche Generalklausel überhaupt anzurufen.

4.

4.1 Der Bundesrat und die FINMA sahen sich vorliegend mit der amerikanischen Drohung, gegen die UBS Anklage zu erheben, einer Gefahr gegenüber, welche wegen der Systemrelevanz der Bank geeignet erschien, den nationalen und internationalen Finanzmarkt zu erschüttern. Mit der damit verbundenen Beeinträchtigung des weltweiten bzw. des schweizerischen Wirtschaftssystems wären unabsehbare Konsequenzen verbunden gewesen, welche wesentliche und existenzielle Interessen des Landes tangiert hätten. Es ging bei



der umstrittenen Massnahme mit der wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit darum, ein für dieses fundamentales Rechtsgut zu erhalten. In Ausnahmesituationen - wie hier - können auch die ökonomische Stabilität und der Schutz des Finanzmarkts ein entsprechend schützenswertes polizeiliches Gut darstellen, da beide klassische Polizeigüter wie das Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr umfassen, welche bei einem Zusammenbruch des Finanzsystems massiv beeinträchtigt würden (zum Begriff der Polizeigüter: ZÜND/ERRASS, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 147/2011 S. 261 ff., dort 270 f. mit Hinweisen). Da die Gefahrenabwehr und die Funktionsfähigkeit der Märkte bzw. das wirtschaftliche Gleichgewicht eng zusammenhängen, ging es beim finanzmarktrechtlichen Funktionsschutz, wie er von der FINMA mit Zustimmung des Bundesrats wegen der Systemrelevanz der UBS hier wahrgenommen wurde, nicht um eine wirtschaftspolitische, sondern in erster Linie um eine wirtschaftspolizeiliche Massnahme. Es kann darin eine gestützt auf die bestehenden, traditionell anerkannten Polizeigüter (in Abgrenzung zu diesen) erweiterte Polizeiaufgabe gesehen werden (vgl. OTTO K. KAUFMANN, Die revidierten Wirtschaftsartikel der schweizerischen Bundesverfassung und das geltende Wirtschaftsrecht, in: Staat und Wirtschaft, 1950, S. 33 ff., dort 46; RHINOW UND ANDERE, a.a.O., S. 7 f. Rz. 22, S. 616 ff.; SCHOTT/KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111/2010 S. 409 ff., dort 438).

4.2 Die drohende Gefahr war mit Blick auf die möglichen Konsequenzen für das Finanzsystem auch schwer : Die UBS ist für die Schweizer Wirtschaft von systemischer Bedeutung (”too big to fail”; vgl. die Botschaft vom 14. April 2010 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls, BBl 2010 2965 ff. Ziff. 1.3; VON DER CRONE/BEELER, Regelung systemrelevanter Banken aus wirtschaftsrechtlicher Sicht - Lösungsansätze zur Too-big-to-fail-Problematik in der Schweiz, ZSR 130/2011 I S. 177 ff.). Ein Drittel der Verbindlichkeiten auf dem inländischen Interbankenmarkt entfällt auf sie. Ihr Ausfall hätte zu einer weitgehenden Lähmung des hiesigen Zahlungssystems geführt und rund 128’000 KMU-Beziehungen und über 3 Millionen Konten betroffen. Die Auszahlung der Löhne von rund einem Viertel der Arbeitnehmenden in der Schweiz wäre tangiert gewesen. Ein beträchtlicher Schaden hätte auch dem übrigen Bankensektor gedroht, da über den Interbankenmarkt andere

Geldinstitute erhebliche Verluste auf ihren Forderungen erlitten hätten. Die makroökonomischen Auswirkungen wären ebenfalls tiefgreifend gewesen: Der Ausfall einer Bank in der Grössenordnung der UBS hätte kurzfristig Kosten für die schweizerische Volkswirtschaft in der Höhe von 15-30 % des Bruttoinlandprodukts (BIP) zur Folge gehabt (75-150 Mrd. Fr.); der langfristige Wachstumsverlust wird in einem solchen Fall auf 60-300 % des BIP geschätzt, was 300-1'500 Mrd. Franken entspricht (vgl. die Botschaft des Bundesrats vom 5. November 2008 zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, BBl 2008 8943 ff., 8945, 8958 f. Ziff. 1.2). Die Auswirkungen einer Illiquidität der UBS hätten wegen der grenzüberschreitenden finanziellen Verpflichtungen innerhalb der UBS-Gruppe sowie der wirtschaftlichen Verbindungen mit Gegenparteien und Kunden - entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen - kaum auf den amerikanischen Markt beschränkt werden können. Bei Erlass der beanstandeten Verfügung machten die amerikanischen Geschäftseinheiten einen wichtigen Teil des operativen Geschäfts der UBS aus. 35 % der Belegschaft (27'362) waren am 31. Dezember 2008 in den USA beschäftigt und ca. 40 % der verwalteten Vermögen stammten aus dem US-Wealth-Management-Geschäft (onshore). Der entsprechende Aktivenüberhang hätte es den USA erlaubt, die Mittel zugunsten der lokalen Gläubiger zu verwenden, was bei der Einschätzung der Ernsthaftigkeit der Drohung einer Anklage Anfang 2009 mitberücksichtigt werden durfte. Auf dem Spiel stand bei einem allfälligen Untergang der UBS mitunter das Risiko einer schweren volkswirtschaftlichen Krise.

4.3

4.3.1 Wäre in den USA tatsächlich Anklage erhoben worden, hätte dies mit hoher Wahrscheinlichkeit für die UBS existenzbedrohende Folgen mit den dargelegten Auswirkungen gehabt: Es ist - wie die FINMA zu Recht geltend macht - hinlänglich bekannt, dass eine Anklageerhebung in den USA unabhängig von ihrem Ausgang für das betroffene Unternehmen zu einem nicht wiedergutzumachenden Reputations- und einem Vermögensverlust führt, der im Bankenbereich verheerende Folgen hat und rasch zu einer Überschuldung führt. Seit 1989 wurden in den USA sechs Finanzinstitute angeklagt, nur eines davon hat dies überlebt (vgl. LUKAS HÄSSIG, Paradies perdu, Hamburg 2010, S. 150 ff.). Selbst die Einleitung eines Anklageerhebungsverfahrens, das sich letztlich als Drohgebärde oder als ungerechtfertigt erweist, gefährdet wegen des damit verbundenen Vertrauensverlustes die Existenz des betroffenen Instituts (BBl 2010



2965 ff., 2971; SCHAUB, a.a.O., S. 212 zum Fall "Arthur Andersen"). Sobald der Markt von den finanziellen Schwierigkeiten oder den bevorstehenden behördlichen Massnahmen erfährt, tritt ein Vertrauensschwund ein, der die Beschaffung von Liquiditäten zu Marktbedingungen erschwert oder verunmöglicht. Das betroffene Bankhaus sieht sich gezwungen, Aktiven zu ungünstigen Bedingungen zu liquidieren und riskiert, dass die dadurch beschaffte Liquidität die fälligen oder die nächstens fällig werdenden Verpflichtungen nicht mehr deckt, was innerhalb kürzester Zeit zur Überschuldung führen kann. Hinzu kommt, dass die professionellen Gegenparteien sowie die Kunden und übrigen Marktteilnehmer ihr Geschäftsgebaren auf einen drohenden Zusammenbruch des angeklagten Betriebes ausrichten und sich entsprechend verhalten. Aufgrund der Ansteckungswirkung pessimistischer Einschätzungen über das Weiterbestehen der Bank verstärken sich die negativen Tendenzen und entwickelt sich eine kaum mehr zu bremsende Eigendynamik (vgl. BBl 2010 2965 ff., 2971).

4.3.2 Über die Frage, ob die amerikanischen Behörden tatsächlich das Risiko eingegangen wären, gegen die UBS Anklage zu erheben und damit den internationalen Finanzmarkt (weiter) zu destabilisieren, kann heute nur spekuliert werden (vgl. SCHAUB, a.a.O., S. 210; HÄSSIG, a.a.O., S. 152 f. und 159 ff.). Auf jeden Fall bestand ein entsprechendes "nicht zu unterschätzendes" Risikopotential (vgl. WEBER, a.a.O., S. 174). Aufgrund der damaligen Situation, welcher der heutigen Beurteilung der Rechtmässigkeit des Handelns der

FINMA zugrunde gelegt werden muss, erschien es aufgrund der verschiedenen Informationen aus mehreren Quellen wahrscheinlich, dass die amerikanischen Behörden ihre Drohungen wahr machen und gegen die UBS mit den damit für den schweizerischen Finanzmarkt verbundenen Konsequenzen tatsächlich Anklage erheben würden (gestützt auf einen Zeitungsartikel anderer Ansicht: SCHAUB, a.a.O., S. 219). Zumindest hielt sich die FINMA im Rahmen ihres technischen Ermessens, wenn sie aufgrund ihrer Erfahrungen und ihrer Kontakte mit in- und ausländischen Behörden die geschilderten Hinweise ernst nahm und mit Blick auf die damit verbundenen Konsequenzen in Abstimmung mit dem Bundesrat, dessen Handeln nicht Verfahrensgegenstand bildet (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV), die umstrittene Verfügung erliess, auch wenn im Nachhinein heute aufgrund neuer Umstände Zweifel geäussert werden, ob die amerikanischen Behörden tatsächlich den letzten Schritt gegen die UBS unternommen hätten oder nicht.

BGE 137 II 431 S. 449

4.3.3 Richtig ist, dass die Bankenkommission (bzw. die Finanzmarktaufsicht) - wie das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt hat - die Drohungen der US-Behörden, Anklage gegen die UBS zu erheben, bereits "einige Zeit vor dem 18. Februar 2009" kannte und die EBK sich aufgrund dieser delikaten Situation schon im Jahr 2008 im Austausch mit dem EFD befand. Dies schloss jedoch eine unmittelbare und sofort zu begegnende Gefahr bei Erlass der umstrittenen Verfügung nicht aus: Der Druck auf die Schweizer Behörden stieg Ende 2008 insofern an, als die amerikanischen Instanzen bis Ende Jahr im Amtshilfeverfahren konkrete Resultate sehen wollten, andernfalls sie mit unilateralen Massnahmen und der Anklage der UBS drohten. Während im Jahre 2008 noch darauf vertraut werden durfte, dass die durch das illegale Verhalten von Angestellten der UBS AG ausgelöste Problematik amtshilfeweise gelöst werden könnte (vgl. HÄSSIG, a.a.O., S. 132 f.), häuften sich Ende Jahr die Hinweise, dass die amerikanischen Behörden die Geduld verlieren und gegen die UBS AG unmittelbar Anklage erheben würden (zu den detaillierten Abläufen in dieser Zeitspanne: vgl. BBl 2011 3357 ff. Ziff. 3.5.2). Die entsprechende Gefahr war damit zwar latent voraussehbar, wurde in ihrer Eskalation mit der Anklageerhebung gegen Raoul Weil Anfang 2009 indessen zusehends konkreter und dringender. Bis zu diesem Zeitpunkt schien über eine Beschleunigung der Amtshilfeverfahren und eine entsprechende Information der amerikanischen Behörden eine gesetzeskonforme Lösung für den mit den Auskunftsbegehren verbundenen Eingriff in das Bankkundengeheimnis auf dem Amtshilfeweg möglich. Diese Hoffnung zerschlug sich jedoch, weshalb rasch ausserhalb der zeitlichen Möglichkeiten des Gesetzgebungsprozesses eine geeignete Antwort auf die drohende Anklage und vor allem die mit dieser verbundenen Konsequenzen für den hiesigen Finanzmarkt und die schweizerische Volkswirtschaft gefunden werden musste. Die Tatsache, dass die FINMA vorausschauend verschiedene Optionen geprüft und dem Bundesrat unterbreitet hatte, schloss nicht aus, dass sie am 18. Februar 2009 mit dessen impliziter Zustimmung die polizeiliche Generalklausel anrufen konnte. Diese gilt nicht nur, wenn sich die Behörden durch eine Situation überraschen lassen, sondern auch wenn sie - wie hier - zuvor (erfolglos) alles versuchen, die Gefahr durch andere (gesetzeskonforme) Massnahmen im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips abzuwenden.

4.4 Die von der FINMA verfügte Herausgabe der Kundendossiers war schliesslich auch verhältnismässig: Richtig ist, dass durch die

BGE 137 II 431 S. 450

entsprechende Massnahme das ordentliche Amtshilfeverfahren kurzgeschlossen und aufsichtsrechtlich überholt wurde, was die durch das Bankkundengeheimnis und die Amtshilfebestimmungen geschützte materielle und verfahrensrechtliche Rechtsstellung der betroffenen Kunden verkürzte. Der Kundenschutz darf in Normalsitua-

tionen - wie dargelegt - nur im Rahmen der vom Gesetzgeber geregelten Ausnahmen durchbrochen werden. Art. 25 und 26 BankG bilden keine Grundlage hierzu, wohl aber - unter Zustimmung des Bundesrats - die polizeiliche Generalklausel in einer aufsichtsrechtlichen Notsituation, wie sie aufgrund der katastrophalen Situationauf den Finanzmärkten und der spezifischen Zwangslage der Schweiz hier bestand. Die schweizerischen Behörden haben versucht, den amtshilferechtlichen Weg einzuhalten und eine diplomatische Verständigung mit den US-Behörden zu erreichen. Erst als diese Bemühungen scheiterten bzw. die amtshilferechtliche Aufarbeitung nicht genügend schnell erfolgen konnte, um die amerikanische Seite von der Effizienz des schweizerischen Vorgehens zu überzeugen, womit sich die Gefahr einschneidender unilateraler Massnahmen mit den geschilderten Folgen für das Wirtschaftssystem konkretisierte, ergriff die FINMA in Abstimmung mit dem Bundesrat die umstrittene finanzmarktrechtliche Notmassnahme. An der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Finanzmarktes bestand in diesem Moment ein die Interessen der 255 individuellen Kunden an der Durchführung des Amtshilfeverfahrens und des Interesses an der Wahrung des nicht absolut geltenden Bankkundengeheimnisses überwiegendes Interesse: Dieses wurde nur in einer beschränkten Zahl von Fällen durchbrochen. Bei einem Teil der entsprechenden Bankbeziehungen bestand der begründete Verdacht, dass ein Steuerbetrug unter Beihilfe von UBS-Mitarbeitern vorliegen könnte; in zumindest einem der im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung hängigen Beschwerdeverfahren bezüglich des Amtshilfegesuchs des IRS vom 16. Juli 2008 war das Bundesverwaltungsgericht zudem zum Schluss gekommen, dass die Voraussetzungen zur Gewährung der Amtshilfe nach Art. 26 DBA-USA grundsätzlich gegeben waren (Urteile A-7342/2008 / A-7426/2008 vom 5. März 2009). Die von der FINMA angeordnete Herausgabe der Datensätze war geeignet und erforderlich, die mit einer Illiquidität der UBS dem Wirtschaftsstandort Schweiz drohende schwere Gefahr abzuwenden, und verstiess, nachdem die anderen Optionen (Amtshilfe, diplomatische Verhandlungen usw.) ohne Erfolg geblieben waren,



nicht gegen das Übermassverbot. Dass die UBS die Notlage letztlich mit ihrem widerrechtlichen Geschäftsgebaren geschaffen hat, hinderte die FINMA und den Bundesrat nicht daran, die Situation im überwiegenden Interesse der Schweiz in einem ganz spezifischen Umfeld (vorübergehend) aufsichtsrechtlich zu bereinigen, zumal die betroffenen Kunden ihrerseits nicht als an den entsprechenden Machenschaften völlig unbeteiligte Dritte gelten konnten. Dass es denkbar gewesen wäre, dass UBS-Angestellte, die einem amerikanischen Editionsbefehl Folge geleistet hätten, aufgrund der Notstandsregeln allenfalls straflos geblieben wären, stand einer Intervention der FINMA in Koordination mit dem Bundesrat nicht entgegen, da auf das staatliche Handeln in einer Notsituation nicht verzichtet werden muss bzw. darf, nur weil die Situation auch durch ein - nach schweizerischem Recht fragwürdiges - Handeln eines Privaten bereinigt werden könnte (vgl. SCHAUB, a.a.O., S. 227 ff. mit weiteren Hinweisen in Fn. 101; anderer Ansicht: URS R. BEHNISCH, Amtshilfe der Schweiz in Steuer(straf)sachen, insbesondere an die USA: Durcheinandertal, ASA 77 S. 737 ff., dort 779 f.). Mit gewissen Stimmen in der Doktrin ist davon auszugehen, dass der Fall notrechtlichen Charakter hat und rechtsstaatlich eine Ausnahme bleiben muss, "begründet durch den Sonderfall der existenziellen Bedrohung einer für schweizerische Massstäbe systemrelevanten Bank" (so KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., N. 301 zu Art. 47 BankG; vgl. auch WINZELER, a.a.O., S. 162 f., und die Botschaft des Bundesrats vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes [Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail], BBl 2011 4717 ff.).

5.

5.1 Konnte sich die Verfügung der FINMA entgegen der Annahme des Bundesverwaltungsgerichts auf die polizeiliche Generalklausel stützen, stellt sich noch die von ihm nicht weiter beurteilte Frage, ob der Präsident der FINMA als ehemaliges Kadermitglied der UBS AG in den Ausstand hätte treten müssen. Die Problematik kann im vorliegenden Verfahren behandelt werden, da sich die Sache aufgrund der Akten und der gerichtsno-

torischen Tatsachen auch in diesem Punkt als spruchreif erweist (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG).

5.2 Die Ausstandregeln sollen die objektive Prüfung einer Sach- oder Rechtsfrage durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleisten. Nach Art. 10 VwVG müssen Personen, die eine Verfügung treffen oder diese vorbereiten, unter anderem dann in den Ausstand treten, wenn sie in der Sache ein persönliches



Interesse haben (Abs. 1 lit. a VwVG) oder sie aus anderen Gründen in dieser befangen sein könnten (Abs. 1 lit. d VwVG). Das ist nach der Rechtsprechung der Fall, wenn Umstände bestehen, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amtswalters objektiv rechtfertigen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebenso wenig an (BGE 111 Ia 259 E. 3a S. 263; BGE 97 I 91 E. 2 S. 94) wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (BGE 97 I 91 E. 3 S. 94 f.; BGE 120 IV 226 E. 4b S. 236 f.). Es genügt, dass ein entsprechender Anschein durch objektive Umstände und vernünftige Gründe glaubhaft dargetan erscheint (BGE 133 I 89 E. 3.2 S. 92 mit Hinweisen; vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BGG). Für verwaltungsinterne Verfahren gilt dabei nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK für unabhängige richterliche Behörden (vgl. BGE 125 I 209 E. 8; BGE 112 Ia 142 E. 2d S. 147); gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt. Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege sind Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen bzw. gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, nicht leichthin gutzuheissen (Urteil 1B_22/2007 vom 29. Mai 2007 E. 3.3). Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden (BGE 127 I 196 E. 2b; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: VwVG, Praxiskommentar [...], Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2009, N. 8 ff. zu Art. 10 VwVG).

5.3

5.3.1 Die Tatsache, dass der ehemalige Präsident der FINMA während Jahrzehnten bei der UBS AG gearbeitet hat, begründet für sich allein noch keinen Anschein einer möglichen Befangenheit: Gemäss Art. 11 Abs. 1 des Reglements vom 18. Dezember 2008 über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Organisationsreglement FINMA 2008; publ. in: THÉVENOZ/ZULAUF, BF 2009, Regulierung und Selbstregulierung der Finanzmärkte in der Schweiz, 2009, B-01.01), welches am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats der FINMA fachkundig und von den Beaufsichtigten unabhängig sein. Die Aufgaben an der Spitze der Finanzmarktaufsichtsbehörde setzen



eingehende Kenntnisse des Banken- und Wirtschaftssystems auch in praktischer Hinsicht voraus, was regelmässig dazu führt, dass die betroffenen Personen entsprechende einschlägige Berufserfahrungen mitbringen. Solche können nicht bereits als Ausstandsgrund gelten, auch wenn ein einzelnes Mitglied seine Karriere - wie hier - weitgehend in der Organisation eines bestimmten beaufsichtigten Unternehmens gemacht hat.

5.3.2 Nach Art. 11 Abs. 5 des Organisationsreglements FINMA 2008 treten die Mitglieder des Verwaltungsrats unter anderem bei Geschäften in den Ausstand betreffend Beaufsichtigte, an denen sie ein anderes unmittelbares persönliches Interesse haben (Abs. 5 lit. c), bzw. bei Geschäften, in denen sie bereits früher aktiv involviert waren (Abs. 5 lit. e) oder in denen sie aus anderen Gründen befangen sein könnten (Abs. 5 lit. f). Eugen Haltiner als ehemaliger Präsident der EBK und der FINMA war zum Zeitpunkt, als das Qualified-Intermediary-Abkommen (QI) eingeführt wurde, Mitglied des Executive Boards der UBS Schweiz, welches über die Umsetzungsprobleme bei diesem und allfällige Lösungsansätze informiert und an gewissen von den amerikanischen Behörden beanstandeten Auslegungen bzw. Entscheiden beteiligt war. Diese Implikation war objektiv geeignet, bei der hier beanstandeten Herausgabeverfügung den Anschein einer Befangenheit zu begründen. Daran ändert nichts, dass er bei der UBS nicht unmittelbar für dieses Geschäft, sondern für die schweizerischen Klein- und Firmenkunden verantwortlich zeichnete. Als ehemaliges Kadermitglied hätte er an den entsprechenden EBK- und FINMA-Geschäften nicht mitwirken dürfen, zumal sein Name 2008 auf einer Liste von Personen aufgetaucht war, deren Verwicklung in das grenzüberschreitende Geschäft der UBS vermutet wurde.

5.3.3 Bereits bei der Übernahme des EBK-Präsidiums durch Eugen Haltiner auf den 1. Februar 2006 war bekannt, dass er in der Group Managing Board der UBS AG und im Executive Board der Divison Global Wealth Management und Business Einsitz hatte, weshalb mit ihm vereinbart worden war, dass er für Geschäfte, welche die UBS betrafen, bis zum 1. Januar 2008 zwar Zugang zu sämtlichen Dokumenten und Exposés erhalten würde, sich jedoch jeweils weder an der Diskussion noch an der Entscheidfindung sollte beteiligen dürfen (”Cooling-off-Period”). Für Geschäfte, welche sich auf die Zeit bezogen, in der er bei der UBS AG tätig gewesen ist,



galt diese Ausstandsregelung zeitlich unbeschränkt. Wenn es auch verständlich erscheint, dass die EBK wegen des anwachsenden Drucks aus den USA nicht auf das Fachwissen ihres Präsidenten verzichten wollte und deshalb an ihrer Sitzung vom 18./19. November 2008 beschloss, dessen Ausstand für die Behandlung der umstrittenen UBS-Geschäfte in den USA ab sofort aufzuheben, bestand aufgrund seiner früheren Rolle bei der UBS in der von den amerikanischen Behörden untersuchten Zeitperiode objektiv doch der Anschein einer möglichen Befangenheit. Hieran änderte - entgegen der Ansicht der FINMA - die Tatsache nichts, dass ihr Verwaltungsrat diesen Entscheid Anfang 2009 seinerseits bestätigt hat und die Vorsteher des EFD sowie des EJPD ”den Einbezug des Präsidenten in diesem zunehmend schwieriger werdenden Dossier” gewünscht haben. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass ohne Mitwirken des Präsidenten der EBK bzw. der FINMA die Aufsichtsbehörde geradezu handlungsunfähig gewesen wäre, d.h. auch diesbezüglich eine unmittelbare Notsituation bestanden hätte. Eine abweichende Organisation oder unterschiedliche Verteilung der Aufgaben hätte rechtzeitig ins Auge gefasst werden können und müssen. Gerade um jeden Anschein von Befangenheit auszuschliessen, war mit Eugen Haltiner vereinbart worden, dass er bei sämtlichen Geschäften, welche den Zeitraum seiner Anstellung bei der UBS betrafen, in den Ausstand treten würde. Auch wenn die laufenden Untersuchungsergebnisse - wie die FINMA geltend macht - ”zusehends” ergeben haben sollen, ”dass Dr. Haltiner in keiner Weise von dieser Untersuchung betroffen war”, galt es doch, jeglichem Anschein von Befangenheit vorzubeugen. Entscheidend ist - wie bereits dargelegt - nicht, ob Eugen Haltiner tatsächlich befangen war, sondern ob objektiv begründete Hinweise bestanden, dass dies möglicherweise der Fall sein könnte.

5.4 Es bleibt zu prüfen, welche Konsequenzen aus der Verletzung der Ausstandspflicht zu ziehen sind: Die umstrittenen Datensätze befinden sich aufgrund der angefochtenen Verfügung heute im Ausland. Der entsprechende Entscheid der FINMA kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Es besteht somit kein aktuelles praktisches Interesse mehr daran, diesen aufzuheben, weil deren Präsident nicht daran hätte mitwirken dürfen. Es ist deshalb in teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 5.

Januar 2010 im Sinne der Erwägungen



aufzuheben, die Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009 im Resultat inhaltlich zu bestätigen und hinsichtlich der Ausstandsproblematik festzustellen, dass der (damalige) Präsident der FINMA bei Erlass der Verfügung vom 18. Februar 2009 in den Ausstand hätte treten müssen.