



Abteilung II
B-1002/2009

Urteil vom 5. Januar 2010

Besetzung

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

Parteien

gegen

UBS AG, z.H. Herrn Jean-Michel Kunz, Postfach,
8098 Zürich,
vertreten durch Herrn Dr. Andreas Länzlinger,
Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

und

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,
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, auszuhandigen, 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

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 Partelen 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 genü-

gende 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, 18:34 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 dahinge-

hend vernehmen, dass auf die Beschwerde mangels Beschwerdelegitimation 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 mach-

te 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 Verfahrensanhänge 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
 sowie der

. 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 Abdeckungsvorschläge 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 betreffen. 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, gewähren 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