

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 stellen 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.

## 2.

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 erstreckte, 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

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 Nichtaintretensentscheid, 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 Beschwerde, 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 abbeschriebene Amtshilfeverfahren in Steuersachen nicht beschlägt. Insbesondere muss daher auf die Rechtsfrage, ob und inwiefern eine genügende gesetzliche Grundlage für die Stellung eines Amtshilfege- suchs 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 Lüf-

tung 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 informationellen Selbstbestimmung die wirtschaftlichen Verhältnisse des Trägers vor staatlichen Eingriffen zu schützen (vgl. GÜNTER STRATENWERTH, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler, 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; LIZIUS 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.

ten, welche beruflich damit zu tun haben (vgl. STRATENWERTH, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 47). Es handelt sich hierbei um Normen, welche sicherstellen 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, Ba-Kom 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 Ange-



stellten, die Beauftragten, die Liquidatoren einer Bank sowie die Untersuchungs- und Sanierungsbeauftragten der FINMA und die Organe und Angestellten der Prüfungsgesellschaft 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,