

N 7 zu Art. 36). Insbesondere bei der Eingriffsverwaltung sind in diesem Zusammenhang die Normbestimmtheit und die Voraussehbarkeit von grosser Wichtigkeit (vgl. AUBERT/MAHON, a.a.O., N 8 zu Art. 5). Satz 2 von Art. 36 Abs. 1 BV verlangt für schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen eine formellgesetzliche Grundlage, und zwar deshalb, um der formellen Rechtsstaatlichkeit möglichst gerecht zu werden und dadurch der demokratischen Legitimation von Grundrechtseinschränkungen zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. SCHWEIZER, a.a.O., N 16 zu Art. 36). Das heisst, dass durch eine möglichst hohe Normstufe bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen die Mitspracherechte des Volks sichergestellt werden sollen (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, N 171).

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

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

(zum Bestimmtheitsgebot und zum Gebot der Voraussehbarkeit vgl. Entscheid des EGMR i.S. ZABURTSJEV/RUSSLAND vom 27.04.2006, Nr. 67051/01, Rz. 51).

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

5.3.2 Auch wenn damit dargetan ist, dass wesentliche und schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein müssen, stellt sich immer noch die Frage nach der Bestimmtheit der Norm bzw. der damit einhergehenden Voraussehbarkeit für den Adressaten (sog. "Normdichte"; vgl. BIAGGINI, a.a.O., N 11 f. zu Art. 36). Ob eine Norm zur Einschränkung von Grundrechten genügend voraussehbar und bestimmt ist, muss im Einzelfall beurteilt werden. Generell verlangen sowohl das Bundesgericht als auch der EGMR, dass der potentiell vom Eingriff Betroffene erkennt, "welche

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

## 6.

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

6.1 Die Bestimmungen von Art. 25 ff. BankG befinden sich unter dem Titel "Massnahmen bei Insolvenzgefahr" im 11. Abschnitt des BankG. Ziel des 11. Abschnitts ist es, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen die Vorinstanz bei Insolvenzgefahr einer Bank zum Schutz der Gläubigerinteressen sowie zum Schutz der Bank selbst vor unkontrollierten Geldrückzügen (sog. *bank run*) adäquate Massnahmen ergreifen kann. Gesetzliche Grundlage für derartige Massnahmen bildet Art. 25 BankG, welcher von den nachfolgenden Bestimmungen konkretisiert wird (vgl. CHRISTIAN HAAS, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler, a.a.O., N 1 zu Art. 25). Die Massnahmen, welche die Vorinstanz gestützt auf Art. 25 ff. BankG ergreifen kann, sollen "namentlich im Interesse der Gläubiger ein auf den Einzelfall zugeschnittenes Sanierungs- und Liquidationsverfahren ermöglichen" (vgl. Botschaft des Bundesrats

zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060-8117, nachfolgend: Botschaft BankG). Dabei hat der Gesetzgeber die entsprechenden Bestimmungen absichtlich offen formuliert, "um den verantwortlichen Behörden den unabdingbaren Handlungsspielraum zu belassen" (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8069). Dies hat *in praxi* zur Folge, dass der Vorinstanz bei der Wahl und der Anordnung von Massnahmen ein ausserordentlich weiter Ermessensspielraum zukommt, was von der Lehre teils als rechtsstaatlich problematisch angesehen wird (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8069; HAAS, a.a.O., N 3 f. zu Art. 25). Die Kompetenzkonzentration bei der Vorinstanz wird jedoch u.a. als für die Verfahrensbeschleunigung im Fall von Liquiditätsproblemen einer Bank als unerlässlich bezeichnet (vgl. EVA HÖPKES, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, a.a.O., N 8 vor 11. Abschnitt).

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

sich hierbei – wie erwähnt – um den Schutz der Gläubigerinteressen sowie den Schutz der Bank selbst vor unkontrollierten Geldrückzügen. So kann die Vorinstanz die Bank bspw. anweisen, auf Bonuszahlungen und die Ausschüttung von Dividenden zu verzichten, oder eine geplante Geschäftsausweitung zu unterlassen (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8081).

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

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

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

**6.3.2** Im vorliegenden Fall wurden den US-Behörden umfangreiche Kundendaten übermittelt. Wie aus der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 4. März 2009 hervorgeht, enthielt der an die US-Behörden herausgegebene Datenträger die Unterlagen zur Vorgängerbeziehung, das Formular "A", Basisdokument Quellensteuer, W-8BEN/W-9, die Gesellschaftsunterlagen, die Konto-Basisdokumente, das Registra-

turdossier (Korrespondenz, generelle Ablage usw.), die Dokumentation über die Trades, die Einträge des Kundenberaters, die E-Mail Korrespondenz sowie die Kontoauszüge. Der Datenträger, auf welchem diese Unterlagen gespeichert waren, enthielt Daten in der Grössenordnung einer sechsstelligen Zahl von DIN-A4-Seiten. Die Art und die Quantität der herausgegebenen Bankkundendaten legen nahe, dass die US-Behörden dadurch ein sehr genaues Profil der Beschwerdeführer und der an ihnen wirtschaftlich Berechtigten erstellen konnten. Auf die teils sehr weitgehenden Konsequenzen, welche die Herausgabe der Bankkundendaten für die Beschwerdeführer bzw. die an ihnen wirtschaftlich Berechtigten haben können, muss im Rahmen dieses Urteils nicht weiter eingegangen werden, zumal sie aus den Medien und mittlerweile auch aus der Lehre hinlänglich bekannt sind (vgl. Urs R. BEHNISCH, Amtshilfe in Steuer(strafsachen, insbesondere an die USA: Durcheinandertal, ASA 77, 2008/2009, S. 737 ff.). Unter den gegebenen Umständen kann im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass der Eingriff der Vorinstanz in die wirtschaftliche Privatsphäre der Beschwerdeführer relativ weitgehend war.

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

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

6.4.1 Die Voraussehbarkeit und die Bestimmtheit von Art. 25 und 26 BankG sind in Bezug auf die Herausgabe von Bankkundendaten nicht gegeben. Denn ein Bankkunde kann weder dem Wortlaut noch der Systematik von Art. 25 und 26 BankG entnehmen, dass diese eine ausreichende Rechtsgrundlage zur Weiterleitung von Daten an auslän-

dische Behörden darstellen könnten. Gemäss dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 2 BankG kann die Vorinstanz gegenüber einer Bank Schutzmassnahmen selbständig oder in Kombination mit einer Sanierung oder einer Liquidation anordnen. Normadressat ist demnach primär die Vorinstanz, sekundär allenfalls die Bank. Hinweise, dass sich derartige Massnahmen direkt auf die Bankkunden auswirken können, gibt Art. 25 BankG indes keine, zumal er sie nicht als Normadressaten aufführt. Auch der Beispielskatalog von Art. 26 Abs. 1 Bst. a bis h BankG sieht lediglich Massnahmen vor, welche die Bank, nicht aber deren Gläubiger (Kunden) oder Eigner direkt verpflichten (vgl. oben E. 6.1.2). Werden den Bankorganen bspw. Weisungen erteilt (Bst. a) oder soll die Geschäftstätigkeit der Bank eingeschränkt werden (Bst. e), so muss die von diesen Schutzmassnahmen betroffene Bank die entsprechenden Anweisungen der Vorinstanz befolgen, ohne dass jedoch die Gläubiger oder die Eigner daraus verpflichtet würden bzw. ihr Rechtsverhältnis zur Bank direkt tangiert würde.

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



Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen [RVUS, SR 0.351.933.6]).

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

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

8080; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009 E. 2.4.1). Diesen Interessenkonflikt wollte der Gesetzgeber offenbar lösen, indem im Fall von Liquiditätsschwierigkeiten einer Bank vorerst ausschliesslich das kollektive Gläubigerinteresse berücksichtigt wird. Die Individualinteressen sollten hingegen in diesem Stadium weder geltend gemacht noch tangiert werden können. So wird in der Botschaft ausgeführt, bis zur Erstellung des Sanierungsplans seien Gläubiger und Eigner vom Verfahren höchstens am Rande betroffen, weil die vorgängigen Schutzmassnahmen und der Entscheid, die Aussichten für eine Sanierung prüfen zu lassen, ihre Forderungen oder Beteiligungen im schlimmsten Fall vorläufig oder auf indirekte Weise tangierten. Der Sanierungsplan dagegen betreffe die Gläubiger und Eigner direkt, weshalb sie dagegen Einwendungen und gegen dessen Genehmigung auch Beschwerde erheben können sollen (vgl. Botschaft BankG, BBl 2002 8060, 8078). Durch den Beschwerdeausschluss im Fall von Schutzmassnahmen wollte der Gesetzgeber demnach nicht, dass die Vorinstanz Schutzmassnahmen ergreifen kann, welche die Gläubiger und Eigner direkt betreffen, da er ihnen für den Fall der direkten Betroffenheit ein Beschwerderecht einräumte (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009).

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

## 7.

Wie die Beschwerdeführer ferner korrekt vorbringen, stellt auch Art. 31 FINMAG keine gesetzliche Grundlage zur Herausgabe von Daten an eine ausländische Behörde dar. Bei Art. 31 FINMAG handelt es sich um eine generalklauselhafte Zusammenfassung der bisherigen Rege-