

lungen in den von der Vorinstanz anzuwendenden Finanzmarktgesetzen, welche den Tätigkeitsbereich der Vorinstanz umschreibt (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2829-2916, 2881). In Bezug auf das Bankenaufsichtsrecht ersetzt Art. 31 FINMAG den mit dem Inkrafttreten des FINMAG aufgehobenen Art. 23^m BankG, wonach die Vorinstanz den ordnungsgemässen Zustand wieder herzustellen hat, wenn ein Beaufchtigter die Bankengesetzgebung verletzt oder wenn sonstige Missstände bestehen. Art. 31 FINMAG ist als gesetzliche Grundlage zur Datenherausgabe schon deshalb ausgeschlossen, weil die Bestimmung vom Wortlaut her ausschliesslich die Beaufchtigten verpflichtet, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten bzw. dafür zu sorgen, dass keine Missstände entstehen. Da es sich bei Bankkunden gemäss Art. 3 FINMAG nicht um Beaufichtigte handelt, deckt die Bestimmung eine Verfügungskompetenz mit direkten Auswirkungen auf Kontoinhaber aus den in E. 5 ff. genannten Gründen kaum. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz selbst im Fall von – gesetzlich nicht definierten – Missständen ihre Rechtsanwendungsbefugnis nur im Rahmen der Bestimmungen des BankG und der entsprechenden Ausführungserlasse wahrnehmen darf (vgl. TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler, a.a.O., N 4 zu Art. 23^m). Nach dem in E. 6 ff. Gesagten ist eine Datenübergabe aufgrund des Bestimmtheitsgebots und der Voraussehbarkeit jedoch nur unter Anwendung der explizit hierfür vorgesehenen Normen und Verfahren möglich, nicht aber gestützt auf Art. 31 FINMAG oder Art. 25 und 26 BankG.

8.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin machen des Weiteren geltend, dass sich sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz und die Schweizerische Eidgenossenschaft in einer Notlage befunden hätten. Wären die Kundendaten nicht ausgehändigt worden, hätten die US-Behörden Anklage gegen die Beschwerdegegnerin erhoben. Die Beschwerdegegnerin hätte eine Anklage nicht überstanden. Wäre die Beschwerdegegnerin aufgrund dieser Anklage illiquid geworden, hätte dies einen Bankenkonzurs zur Folge gehabt, der das schweizerische Banken- und Finanzsystem ernsthaft gefährdet hätte. Der Bundesrat habe die Notstandssituation, in welcher sich die Schweizerische Eidgenossenschaft befunden habe, erkannt und deshalb am 19. Dezember 2008 einen Bundesratsbeschluss erlassen, mittels welchem er die Vorinstanz ermächtigt habe, alle notwendigen Massnahmen zur Vermeidung von unilateralen Zwangsmassnahmen der Vereinigten Staaten gegen die Beschwerdegegnerin zu ergreifen.

Hingegen habe der Bundesrat kein Notrecht erlassen. Von einem solchen Schritt habe er wohl auch deshalb abgesehen, weil er Art. 25 und 26 BankG als genügende gesetzliche Grundlage für die Datenherausgabe angesehen habe. Aus diesen Gründen habe die Vorinstanz keine andere Wahl gehabt, als die Datenherausgabe selbständig i.S.v. Art. 21 FINMAG anzuordnen. Die Vorinstanz beantragt in diesem Zusammenhang, dass unter Beachtung der Gewaltentrennung weitere Beweiserhebungen anzuordnen seien, wenn das erkennende Gericht diesem Sachverhalt entscheidendes Gewicht beimessen sollte.

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

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

8.1.1 Die schweizerische Bundesverfassung kennt im Gegensatz zum Bonner Grundgesetz und der Französischen Verfassung keine umfassende Notordnung (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 1801). Vielmehr handelt es sich bei der Bundesverfassung um Friedensrecht (vgl. TSCHANNEN, a.a.O., § 10 N 12 f.). Als konstitutionelles Notstandsrecht können höchstens die Bundesintervention (Art. 52 Abs. 2 BV), die Kompetenzen der Bundesversammlung und des Bundesrats zur Wahrung der äusseren und der inneren Sicherheit (Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b sowie Art. 185 Abs. 3 BV), die bundesrätliche Verordnungs- und Verfügungskompetenz im Rahmen der Beziehungen zum Ausland (Art. 184 Abs. 3 BV) und – in beschränktem Mass – die dringlichen Bundesgesetze (Art. 165 Abs. 3 BV) angesehen werden. Soweit Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV davon spricht, dass es in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr für Grundrechtseingriffe keiner gesetzlichen Grundlage bedarf, handelt es sich hierbei um einen Verweis auf die polizeiliche Generalklausel (vgl. SCHWEIZER, in: a.a.O. N 17 zu Art. 36; URS SAXER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 40 zu Art. 185). Allen diesen Normen ist gemein, dass sie nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben angewendet werden dürfen und somit kein echtes Notrecht darstellen

(vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1-643, 419, nachstehend: Botschaft BV; Biaggini, a.a.O., N 13 zu Art. 184). Das Parlament und der Bundesrat können insbesondere gestützt auf Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b, Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV direkt verordnen bzw. verfügen. Es handelt sich bei diesen Bestimmungen somit um materielles Verfassungsrecht (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 418 ff.). Entsprechende Massnahmen ergehen folglich *"praeter legem et se substituent en quelque sorte à des lois qui n'existent justement pas"* (BGE 131 III 652 E. 2).

8.1.2 Soll die verfassungsrechtliche Ordnung hingegen durchbrochen werden, haben sich Bundesrat und Parlament extrakonstitutionellen Notstandsrechts zu bedienen, welches einer eigenen, legitimierenden Begründung bedarf (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 419). Als extrakonstitutionelles Notstandsrecht wird jenes Recht verstanden, welches in Situationen erlassen wird, in denen das konstitutionelle Notstandsrecht mit Verfassungsbindung keine genügende Handhabe mehr bietet, um der Lage Herr zu werden (vgl. Daniel Thürer/Binh Truong/Felix Schwendimann, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 22 zu Art. 184). Entsprechendes Recht wird demnach völlig bar einer verfassungsrechtlichen Grundlage erlassen und kann die verfassungsrechtlichen Vorgaben auch durchbrechen (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 418 f.; Tschannen, a.a.O., § 10 Rz. 13). Die Lehre spricht in solchen Fällen von Staatsnotstand und verweist primär auf Situationen, welche den Zweck der Schweizerischen Eidgenossenschaft gemäss Art. 2 Abs. 1 BV, wie bspw. den Bestand des freiheitlichen Staats, die Unabhängigkeit des Landes oder das Überleben der Bevölkerung gefährden (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 419; Rainer J. Schweizer/Gabriela Köpfer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, a.a.O., N 2 zu Vorbemerkungen zur Sicherheitsverfassung). Konkurrierend kompetent zum Erlass von extrakonstitutionellem Notstandsrecht sind das Parlament und der Bundesrat, wobei – wie im Zweiten Weltkrieg vorgekommen – das Parlament dem Bundesrat umfassende Befugnisse zur selbständigen Rechtsetzung übertragen kann (vgl. David Reich, Direkte Demokratie in der Krise. Die Funktion des Notrechts in der Schweiz während Weltwirtschaftskrise und Zweitem Weltkrieg, dargestellt am Beispiel des Wahlenhausbeschlusses 1933-1945, Diss., Basel 2007, S. 219 f.; Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., N 1803). Das extrakonstitutionelle Notstandsrecht findet seine Grenze somit nicht bei den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wohl aber beim zwingenden Völkerrecht, den not-

standsfesten Garantien von Art. 15 Abs. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 2 UNO-Pakt II sowie beim Kriegsvölkerrecht (vgl. TSCHANNEN, a.a.O., § 10 Rz. 12).

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

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

1984, S. 161). Ebenso wurde zwecks Blockierung von Vermögenswerten auf Art. 184 Abs. 3 BV bzw. Art. 102 aBV abgestellt (vgl. THÜRER/BINH TRUONG/SCHWENDIMANN, a.a.O., N 20 zu Art. 184; BIAGGINI, a.a.O., N 16 zu Art. 184, mit Verweis auf die Blockierung der Vermögenswerte in der Schweiz von *Joseph-Désiré Mobutu*, BGE 131 III 652, bzw. von *Ferdinand Marcos*, EBK-Jahresbericht 1986, S. 25).

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

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

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

In einem Faxschreiben vom 14. Dezember 2008 an den Vorsteher des EFD forderte die Vorinstanz explizit "Rückendeckung" und regte unter anderem an, sie mit Hinweis auf die existenzgefährdende Situation der Beschwerdegegnerin mittels Bundesratsbeschlusses zu ermächtigen, die Herausgabe von Bankkundendaten zwecks Weiterleitung an die USA mit einer Weisung gegenüber der Beschwerdegegnerin zu verlangen, sofern eine Anklage nur so verhindert werden könne und dadurch zugleich eine umfassende Lösung der Auseinandersetzung erreicht werde.

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

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

Eine allfällige Stellungnahme des Bundesrats zum Schreiben der Vorinstanz vom 13. Februar 2009 befindet sich nicht in den Vorakten, wobei die Vorinstanz in ihren Eingaben auch nicht vorbringt, der Bundes-

rat hätte sich zu ihrem Schreiben inhaltlich anders geäußert als im Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2008.

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

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

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

8.4.1 Aus dem Wortlaut von Art. 184 Abs. 3 BV, Art. 185 Abs. 3 BV sowie Art. 173 Abs. 1 Bst. a und b BV geht hervor, dass die Kompetenz zum Erlass von konstitutionellem Notstandsrecht und allfälligen Notstandsverfügungen ausschliesslich dem Parlament und dem Bundesrat zukommt. Den Bestimmungen kann nicht entnommen werden, dass eine (Sub-)Delegation an untere Behörden zulässig wäre. Dasselbe ergibt sich implizit aus Botschaft und Lehre, indem stets ausschliesslich das Parlament und der Bundesrat als kompetente Organe genannt werden (vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1-643, 417; vgl. auch BIAGGINI, a.a.O., N 2 zu Art. 185, welcher explizit festhält, dass die Kompetenz auf die *beiden obersten Behörden* des Landes beschränkt ist; AUBERT/MAHON, a.a.O., N 10 zu Art. 36, welche explizit von einer Kompetenz der *Exekutive* sprechen; SAXER, a.a.O., N 3 zu Art. 185). Dies ganz im Gegensatz zu Art. 164 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 48 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010), welche für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren grundsätzlich die Delegation und u.U. bei Vorliegen einer formellgesetzlichen Grundlage auch die Subdelegation an untere Bundesbehörden erlauben.

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

verschaffen, Grundrechtseinschränkungen ohne gesetzliche Grundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 letzter Satz BV zu machen.

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

die extensive Anwendung von Art. 102 aBV durch den Bundesrat entflammt waren, kann demnach als ausgeschlossen angesehen werden, dass der Souverän mit der neuen Verfassung eine Ausweitung der konstitutionellen Notstandsrechtsbefugnis und insbesondere die (Sub-)Delegation einführen wollte (zur Kritik an der Handhabung von Art. 102 aBV vgl. BIAGGINI, a.a.O., N 13 zu Art. 184; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., N 1865, 1867).

9.

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

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

9.2 Der Bundesrat hat die angefochtene Verfügung nicht selbst erlassen. Zwar hat er in einem pauschal gehaltenen Bundesratsbeschluss implizit eine Notstandssituation festgestellt und die Vorinstanz ersucht, alle Vorkehrungen zur Vermeidung von unilateralen Zwangsmassnahmen der US-Behörden gegen die Beschwerdegegnerin zu treffen. Im besagten Beschluss liess der Bundesrat jedoch offen, was er unter "al-