

# **BVGer BVGE 2009/31 vom 30. April 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-04-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2009\\_31](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2009_31)

FR: TAF BVGE 2009/31 du 30 avril 2009

IT: TAF BVGE 2009/31 del 30 aprile 2009

## **Regeste**

Finanzmarktaufsicht

## **Erwägungen**

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein und im Zeitpunkt des Urteils vorliegen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Die Beteiligten am Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 3 zu Art. 48).

### **E. 2.2**

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführenden nicht Verfügungsadressaten und daher nicht formell beschwert sind. Ebenso unbestritten ist jedoch, dass die Vorinstanz ihnen vor Erlass der angefochtenen Verfügung keine Möglichkeit gab, sich am Verfahren zu beteiligen. Die Beschwerdeführenden erfuhren zeitlich erst nach dem Erlass und dem Vollzug der angefochtenen Verfügung, dass auch ihre Bankkundendaten Teil derjenigen Daten bildeten, die gestützt auf die angefochtene Verfügung an die US-Behörden übermittelt worden sind. Von der Anforderung der formellen Beschwerde kann daher abgesehen werden (vgl. HÄNER, a. a. O., Rz. 8 zu Art. 48).

### **E. 2.3**

Adressat im materiellen Sinn ist diejenige Partei, hinsichtlich derer die Verfügung eine Berechtigung oder Verpflichtung ausspricht. Neben dem eigentlichen Verfügungsadressaten können indes auch Dritte zur Beschwerde legitimiert sein, sofern sie ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung haben und in einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache stehen (vgl. BGE 131 II 649 E. 3.4 S. 654, BGE 130 V 560 E. 3.4; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], VwVG - Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich etc. 2009, Rz. 9 zu Art. 48; HÄNER, a. a. O., Rz. 12 ff. zu Art. 48; HÄNER, a. a. O., Rz. 521 und 527; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1771 ff.; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuenburg 1984, Bd. II, S. 898 ff.; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 158 und S. 162; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Bern 2000, S. 485 f.). Nach der überwiegenden Lehre bewirkte die seit dem 1. Januar 2007 in Kraft stehende neue Fassung

von Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG keine inhaltliche Änderung gegenüber der früheren (vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, a. a. O., Rz. 12 f. zu Art. 48; HÄNER, a. a. O., Rz. 12 ff. zu Art. 48). Die Tragweite dieser Bestimmung deckt sich auch mit derjenigen von Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) beziehungsweise Art. 103 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, BS 3 531). Auf die bisherige Lehre und die Praxis des Bundesgerichts (BGer) zur Frage des besonderen Berührtseins des Dritten kann daher abgestellt werden, ohne dass danach differenziert werden müsste, auf welche dieser Gesetzesbestimmungen sie sich beziehen. Nach dieser Lehre und Rechtsprechung liegt die notwendige Beziehungsnähe nur vor, wenn der Drittperson durch die streitige Verfügung ein unmittelbarer Nachteil entsteht (vgl. BGE 133 II 468 E. 1, BGE 130 V 560 E. 3.5, BGE 125 V 339 E. 4b). Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist jeweils in Bezug auf die konkrete Einzelfallkonstellation zu prüfen (BGE 130 V 560 E. 3.4 in fine). Führt ein Gläubiger Beschwerde gegen eine an den Schuldner adressierte Verfügung, so handelt es sich um einen sogenannten Drittbeschwerdeführer pro Adressat. In dieser Konstellation gesteht die Rechtsprechung dem Gläubiger zwar ein faktisches (wirtschaftliches) Interesse an einer Abänderung der Verfügung zu. Die Gläubigereigenschaft allein reicht jedoch nicht aus, um die notwendige Beziehungsnähe und den unmittelbaren Nachteil durch die angefochtene Verfügung und damit die Beschwerdelegitimation zu begründen (vgl. BGE 130 V 560 E. 3.5).

## **E. 2.4**

Eine analoge Konstellation kann sich bei Beschwerden gegen Verfügungen in Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG ergeben: Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BankG schliesst eine gerichtliche Nachprüfung von Verfügungen in Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG für Gläubiger und Eigner der Bank grundsätzlich aus. Ausnahmen davon bilden die Genehmigung eines Sanierungsplans sowie Verwertungshandlungen, gegen welche Beschwerde geführt werden kann.

### **E. 2.4.1**

In der Botschaft wird die Einschränkung der Beschwerdelegitimation von Gläubigern und Eignern in erster Linie mit der Zielsetzung der von der Vorinstanz im Rahmen des elften und zwölften Abschnitts des BankG zu treffenden Massnahmen erklärt. Eine von Solvenzproblemen betroffene Bank soll im Einzelfall entweder ohne Verzögerung einem effizienten und effektiven Sanierungsverfahren zugeführt werden oder - wenn keine Sanierung mehr möglich ist - mit einem für Gläubiger und Eigner möglichst günstigen Ergebnis liquidiert werden. Würden solche Verfahren dadurch am Fortgang gehindert oder zum Erliegen gebracht, dass Gläubiger oder Eigner der Bank nach jeder von der Vorinstanz getroffenen Verfahrensmassnahme Beschwerde einlegen könnten, wären diese Ziele kaum mehr erreichbar (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060, 8078; nachfolgend: Botschaft des BR über Banken und Sparkassen). Im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch der Spar- und Leihkasse Thun hat sich erwiesen, dass unter dem alten Recht allenfalls noch bestehende Sanierungsmöglichkeiten nicht wahrgenommen werden konnten und die Gläubiger beim anschliessenden Konkursverfahren auf einen hohen Prozentsatz ihrer Einlagen verzichten mussten (vgl. URS ZULAUF, Zur Revision der Schweizerischen Rechtsvorschriften über Banksanierung und Bankliquidation, in: Peter Nobel [Hrsg.], Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern

1999, S. 41 f.). Bei Liquidationsschwierigkeiten einer Bank akzentuiert sich typischerweise ein Konflikt zwischen dem Partikular- beziehungsweise Individualinteresse des einzelnen Gläubigers am optimalen Schutz seiner eigenen Vermögensrechte einerseits und dem allgemeinen Gläubigerinteresse, einem Kollektivinteresse der Gesamtheit aller Gläubiger bezüglich ihrer Vermögensrechte, andererseits. Werden Probleme einer Bank öffentlich, kann das private Interesse eines Gläubigers darin bestehen, im Sinn eines bank run möglichst schnell sein gesamtes Guthaben abzuheben. Dieses Verhalten ist nicht nur im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger problematisch, es kann auch konträr zum kollektiven Gläubigerinteresse sein, ist es doch dazu geeignet, den Fortbestand der Bank und somit die anderen Gläubigerguthaben zu gefährden. In diesem Konflikt zwischen dem Partikular- beziehungsweise Individualinteresse des einzelnen Gläubigers und dem Kollektivinteresse der Gesamtheit aller Gläubiger hat der Gesetzgeber daher zu Gunsten der Gläubigersamtheit der Vorinstanz ein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, welches es ihr erlaubt, bei einer Bank präventiv Massnahmen zu ergreifen und dadurch nach Möglichkeit einen Bankenkurs abzuwenden. Aus diesem Grund ist die Beschwerde der Gläubiger beziehungsweise Eigner nicht gegen alle, sondern nur gegen die für sie wichtigsten Verfügungen zuzulassen (vgl. TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel etc. 2005, Rz. 9 ff. zum 11. Abschn. mit Verweis auf den Expertenbericht SCHAERER, sowie Rz. 26 zu Art. 24).

#### **E. 2.4.2**

Im Zusammenhang mit den Massnahmen nach dem elften und zwölften Abschnitt des BankG stehen sowohl der einzelne Gläubiger oder Eigner der Bank als auch das Gläubigerkollektiv als möglicherweise in ihren finanziellen Interessen Betroffene da. Ihre Betroffenheit ist indessen insofern indirekt und mittelbar, als die Sicherheit ihrer Forderungen beziehungsweise ihr Vermögensinteresse von der Bonität der Bank beziehungsweise von der Grösse der Konkursmasse abhängen. So wird in der Botschaft ausgeführt, bis zur Erstellung des Sanierungsplans seien Gläubiger und Eigner vom Verfahren - wenn überhaupt - nur am Rande betroffen, weil die vorgängigen Schutzmassnahmen und der Entscheid, die Aussichten für eine Sanierung prüfen zu lassen, ihre Forderungen oder Beteiligungen höchstens 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 sollten (vgl. Botschaft des BR über Banken und Sparkassen, BBl 2002 8060, 8078).

#### **E. 2.4.3**

Wie dargelegt, gilt ein Gläubiger in Bezug auf die an den Schuldner adressierte Verfügung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Drittbeschwerdeführer pro Adressat. Als Gläubiger hat er zwar ein faktisches (wirtschaftliches) Interesse an einer Abänderung der Verfügung. Die Gläubigereigenschaft allein reicht jedoch nicht aus, um die notwendige Beziehungsnähe und den unmittelbaren Nachteil durch die angefochtene Verfügung und damit die Beschwerdelegitimation zu begründen (vgl. BGE 130 V 560 E. 3.5). Diese Konstellation ist typischerweise auch bei Verfügungen der Vorinstanz gestützt auf den elften oder zwölften Abschnitt des BankG gegeben, welche zur Verhinderung oder im Kontext der Durchführung einer allfälligen Liquidation erlassen werden, sofern es sich nicht um die Genehmigung eines Sanierungsplans oder um Verwertungshandlungen

handelt. Die Einschränkung der Beschwerdelegitimation der Gläubiger und Eigner gemäss Art. 24 BankG stellt somit eine spezialgesetzliche Konkretisierung dieses in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes dar, wonach die Gläubigereigenschaft an sich nicht ausreicht, um die erforderliche Beziehungsnähe für eine eigene Beschwerdelegitimation in Bezug auf Verfügungen gegen den Schuldner zu begründen. Entsprechend dieser Funktion und Zielsetzung greift diese Bestimmung somit nur dort, wo ein Beschwerdeführer durch eine gestützt auf den elften oder zwölften Abschnitt des BankG verfügte Massnahme der Vorinstanz in seinem indirekten und mittelbaren finanziellen Interesse als Gläubiger oder Eigner berührt ist.

### **E. 2.5**

Im vorliegenden Fall machen die Beschwerdeführenden indessen kein derartiges mittelbares finanzielles Interesse geltend. Sie berufen sich vielmehr darauf, dass sie durch die angefochtene Verfügung als Begünstigte des Bankkundengeheimnisses direkt berührt seien.

#### **E. 2.5.1**

Das Bankkundengeheimnis im Sinn von Art. 47 BankG ist ein in zeitlicher Hinsicht unlimitiertes Geheimhaltungsrecht des Kunden und eine entsprechende Pflicht der Bank. Es bezweckt den Schutz der Persönlichkeit des Kunden in seinen finanziellen Belangen, nicht aber den Schutz der Bank (vgl. MAX BOEMLE/MAX GSELL/JEAN-PIERRE JETZER/PAUL NYFFELER/CHRISTIAN THALMANN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 137 f.; URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, Rz. 393 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel etc. 2005, Rz. 1 ff. zu Art. 47). Geheimnisherr ist grundsätzlich der Bankkunde. Eine Verfügung der Vorinstanz, welche die Bank anweist, seine Bankdaten ohne seine Einwilligung an Dritte herauszugeben, betrifft ihn somit direkt und unmittelbar in seinen eigenen, rechtlich durch das Bankkundengeheimnis geschützten Interessen. Aufgrund dieser direkten und unmittelbaren Betroffenheit anerkennen denn auch alle Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zur internationalen Amts- und Rechtshilfe beziehungsweise die Rechtsprechung dazu ausdrücklich die Beschwerdelegitimation des Bankkunden gegenüber jenen Verfügungen, welche die Weitergabe seiner Bankdaten an ausländische Behörden zum Gegenstand haben (vgl. zur Weitergabe an ausländische Steuerbehörden insbes. auch Art. 20j f. der Verordnung vom 15. Juni 1998 zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996 [SR 672.933.61]; Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009 E. 1.2). Dass die Weitergabe der Bankdaten im vorliegenden Fall weder durch die für die Amtshilfe an ausländische Steuerbehörden zuständige Behörde noch in einem ordentlichen Amts- oder Rechtshilfeverfahren erfolgte, kann klarerweise kein Grund sein, den Nachteil des Bankkunden durch die Weitergabe seiner Bankdaten an eine ausländische Behörde als weniger direkt und unmittelbar einzustufen, als wenn eine Weitergabe auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg zur Debatte stehen würde.

#### **E. 2.5.2**

Bankkunde im Sinne von Art. 42 Abs. 4 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) und damit beschwerdelegitimiert ist nach der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum bankenrechtlichen Amtshilfeverfahren diejenige Person, die Vertragspartner der Bank ist, mithin der betroffene Kontoinhaber. Diese Regelung steht im Gegensatz zu den staatsvertraglich beziehungsweise bilateral geregelten steuerrechtlichen Amtshilfeverfahren, wo sich die Legitimation auf das von der Datenherausgabe betroffene Steuersubjekt - folglich also durchaus auch eine Privatperson, welcher Steuerobjekte wirtschaftlich zugerechnet werden können - bezieht. Damit steht im Einklang, dass der ersuchende Staat im bankenrechtlichen Amtshilfeverfahren gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG zuzusichern hat, die beantragten Daten nicht für straf- oder steuerrechtliche Zwecke zu verwenden. Denn in Abgrenzung dazu kann eine Herausgabe von Daten an ausländische Strafbehörden nur unter den qualifizierten Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 3 FINMAG erfolgen. Dadurch erhellt, dass im bankenrechtlichen Amtshilfeverfahren dem wirtschaftlich Berechtigten an einer Bankbeziehung in der Regel keine Parteistellung zukommt, auch wenn seine Identität offen gelegt wird (vgl. BGE 127 II 323 E. 3cc mit Hinweisen). Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn die juristische Person, welche als Kontoinhaberin geführt wird, nicht mehr besteht und deshalb kein Rechtsmittel mehr ergreifen kann (zur umfangreichen Rechtsprechung zur Legitimation wirtschaftlich Berechtigter in der Banken- und Börsenaufsicht im Allgemeinen vgl. z. B. BGE 131 II 306 E. 1.2.2; unveröffentlichter Entscheid des BGer 2A.573/2003 E. 2.1, unveröffentlichter Entscheid des BGer 2A.136/2003 E. 1.2; BGE 129 II 484, BGE 127 II 323 E. 3b/cc, BGE 125 II 65 E. 1, BGE 123 II 153 E. 4c, BGE 116 Ib 331 E. 1c, unveröffentlichter Entscheid des BGer 2A.173/1995 E. 1b). Das BGer begründet den grundsätzlichen Ausschluss der Beschwerdelegitimation von wirtschaftlich Berechtigten damit, dass sich diese anlässlich eines Amtshilfeverfahrens über den Kontoinhaber verteidigen könnten (analog BGE 131 II 306 E. 3.2.2). Wenn dem Kontoinhaber die Glaubhaftmachung gelinge, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Amtshilfe im konkreten Fall nicht gegeben seien, würden auch die den wirtschaftlich Berechtigten betreffenden Daten nicht herausgegeben. Die Beschwerdeführenden bringen in ihrer Eingabe vom 12. März 2009 selber vor, dass nur die W., die H. und die K. Inhaber der jeweiligen Bankkonten gewesen seien. Die Beschwerdeführer J., S. und B. werden demgegenüber als wirtschaftlich Berechtigte an den jeweiligen Konten bezeichnet. Zudem machen die Beschwerdeführenden nicht geltend, die juristischen Personen seien in der Zwischenzeit aufgelöst worden.

### **E. 2.5.3**

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Amtshilfeverfahren ohne Weiteres übernommen werden kann. Die Beschwerden von J., S. und B. richten sich - anders als in einem Amtshilfeverfahren - gegen eine bereits vollzogene Verfügung. Das bedeutet, dass die den wirtschaftlich Berechtigten betreffenden Daten schon bei den US-Behörden sind und diese denn auch bereits in mindestens einem Fall ein Strafverfahren eröffnet haben (...). In diesem Zusammenhang könnte argumentiert werden, dass die US-Behörden an den Kundendaten der juristischen Personen beziehungsweise der Kontoinhaber nur mittelbar interessiert wären. Die Kontoinhaber haben ihren Sitz nämlich allesamt nicht in den Vereinigten Staaten und können deshalb vom US-amerikanischen Fiskus nicht oder nur schwerlich belangt werden. Anders liegt der Fall bei den natürlichen Personen, da diese allesamt Wohnsitz in den USA haben und auch dort belangt werden können. Die US-Behörden waren daher primär daran interessiert, die Namen der wirtschaftlich Berechtigten zu erfahren. Die Namen und die Bankkundendaten der Kontoinhaber hingegen waren wohl eher Mittel zum Zweck der steuer(straf-)rechtlichen Verfahren gegen die wirtschaftlich Berechtigten.

#### **E. 2.5.4**

Auch wenn unter diesen Umständen die Frage berechtigt ist, ob die wirtschaftlich Berechtigten im vorliegenden Verfahren nicht stärker als lediglich indirekt betroffen sind, ist sie dennoch zu verneinen. Denn vorliegend hat die FINMA die Bankkundendaten zwar schon an die US-Behörden weitergeleitet, bevor die Beschwerdeführenden Gelegenheit hatten, dagegen ein Rechtsmittel einzulegen. Doch selbst für den Fall, dass ihnen der Beschwerdeweg offen gestanden hätte, wären die wirtschaftlich Berechtigten nicht legitimiert gewesen. Zudem wären die Steuer(straf-) verfahren wohl auch bei einer amtshilfweise erfolgten Übergabe der Daten angehoben worden. Dies einerseits deshalb, weil im konkreten Fall auch die Kontoinhaber keine Rechtsmittelmöglichkeit hatten, weshalb die Spekulation müssig ist, ob sie unter anderen Umständen eine Datenübergabe hätten verhindern können. Andererseits kann auch bei einem Amtshilfverfahren weder die Vorinstanz noch das BVGer umfassend prüfen, welche rechtlichen Folgen die Herausgabe von Daten für die davon direkt und indirekt Betroffenen im konkreten Fall haben können. Vorliegend rechtfertigt es sich folglich nicht, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Amtshilfverfahren abzuweichen. Die wirtschaftlich Berechtigten J., S. und B. sind deshalb von der Datenübergabe nicht als direkt betroffen im Rechtssinn anzusehen, weshalb auf die Beschwerde, soweit die Letztgenannten betreffend, nicht einzutreten ist. Direkt und unmittelbar betroffen durch Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung sind hingegen die W., die H. und K.

#### **E. 3**

In der Folge ist weiter zu prüfen, ob die Beschwerdeführenden W., H. und K. ein schutzwürdiges Interesse an der Guttheissung ihrer Beschwerden haben.

##### **E. 3.1**

Ein Interesse im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ist in der Regel nur schutzwürdig, wenn der Beschwerdeführer nicht bloss beim Einreichen der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat (vgl. BGE 128 II 34 E. 1b mit Hinweisen). Das heisst, dass in Bezug auf das Rechtsschutzinteresse zwei Voraussetzungen erforderlich sind: Einerseits muss dieses Interesse aktuell sein, andererseits muss es praktisch sein. Ersteres bedeutet, dass der durch die angefochtene Verfügung erlittene Nachteil im Zeitpunkt des Entscheids der Beschwerdeinstanz noch bestehen muss. Praktisch ist das Interesse dann, wenn dieser Nachteil bei Guttheissung der Beschwerde beseitigt werden kann. Das Interesse der beschwerdeführenden Person ist somit dann schutzwürdig, wenn durch den Ausgang des Verfahrens die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführenden noch beeinflusst werden kann. Demgegenüber fehlt es an einem aktuellen praktischen Interesse, wenn der Nachteil auch bei Guttheissung der Beschwerde nicht mehr behoben werden könnte (vgl. HÄNER, a. a. O., Rz. 21 zu Art. 48 VwVG; YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Bern 2008, Rz. 3125 f.). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der angefochtene Akt im Zeitpunkt des Urteils keine Rechtswirkung mehr entfalten kann, weil das Ereignis, auf welches er sich bezieht, bereits stattgefunden hat (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel etc. 2008, Rz. 17 zu Art. 89 BGG).

##### **E. 3.2**

Das Hauptrechtsbegehren der Beschwerdeführenden lautet auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Nachdem - insbesondere auch aufgrund der Vernehmlassung der Vorinstanz und der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin - erstellt ist, dass die angefochtene Verfügung bereits vor der Einreichung der Beschwerde vollstreckt und die in Frage stehenden Bankkundendaten zu diesem Zeitpunkt bereits übergeben waren, fehlt es den Beschwerdeführenden offensichtlich an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse in Bezug auf dieses Rechtsbegehren. Mit Eingabe vom 12. März 2009 haben sie indessen zusätzlich das Eventualbegehren gestellt, es sei nachträglich die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. In der Folge ist daher zu prüfen, wie es sich mit ihrem Rechtsschutzinteresse in Bezug auf dieses Eventualbegehren verhält.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, sie hätten ein aktuelles Rechtsschutzinteresse, weil vor US-Gerichten die « fruit of the poisonous tree doctrine » gelte, welche es den Behörden verbiete, unrechtmässig erlangte Beweismittel zu verwerten. Durch ein Urteil des BVGer könnte diese Unrechtmässigkeit festgestellt werden. Eine derartige Feststellung könne auch für die Durchsetzung allfälliger Haftungsansprüche relevant sein, insbesondere wenn diese Ansprüche in den USA durchgesetzt werden sollten. Eine vorfrageweise Klärung dieser Aspekte durch die ausländische Behörde sei mit einem ungleich grösseren Aufwand verbunden.

#### **E. 3.3.1**

Bezüglich der Feststellung und Anwendung von ausländischem Recht durch ein schweizerisches Gericht ist vorab zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht zu unterscheiden: In Bezug auf das Zivilrecht besteht ein spezielles Kollisionsrecht in Form des Internationalen Privatrechts (Art. 1 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht [IPRG, SR 291]). Ob der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (« iura novit curia ») auch in Bezug auf die Feststellung und Anwendung von ausländischem Recht gilt, ist eine Frage, die sich in Verwaltungsgerichtsverfahren seltener stellt und in der Lehre und Rechtsprechung kaum thematisiert wird, nicht zuletzt aufgrund der Bestimmung von Art. 96 BGG, welche die Überprüfung durch das BGer auf Zivilverfahren beschränkt (vgl. MARKUS SCHOTT, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel etc. 2008, Rz. 2 zu Art. 96). Das BGer hat die Frage in einem Fall bejaht, allerdings handelte es sich dort um eine reine Rechtsfrage (vgl. BGE 108 V 121 E. 3a). Im vorliegenden Fall ist indessen die Frage, ob die « fruit of the poisonous tree doctrine » zur Folge haben könnte, dass die Beschwerdeführenden ein allfälliges Urteil des BVGer, das die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen würde, vor den US-Gerichten zu ihren Gunsten verwenden könnten, eine Sachverhaltsfrage, deren Beantwortung lediglich vorfrageweise eine Anwendung von US-Recht beinhaltet. Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist daher in Bezug auf die Auslegung des ausländischen Rechts anwendbar; bezüglich der Feststellung des massgeblichen ausländischen Rechts hingegen gilt die Untersuchungsmaxime. Auch diese fordert zwar eine Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen, doch gilt sie nicht absolut. Insbesondere im Hinblick auf die Pflicht des angerufenen Gerichts, das ausländische Recht selbst festzustellen, ist diese Maxime beschränkt und die Parteien trifft eine wesentliche Mitwirkungspflicht (vgl. CLÉMENTCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Diss., Zürich etc. 2008, Rz. 237).

### **E. 3.3.2**

Dieser Mitwirkungspflicht sind die Beschwerdeführenden im vorliegenden Fall nicht nachgekommen. Sie beschränken sich lediglich auf eine unsubstantiierte Behauptung. Demgegenüber führt die Beschwerdegegnerin eingehend aus, weshalb eine allfällige Feststellung der Rechtswidrigkeit der vorinstanzlichen Verfügung für die US-Gerichte keinerlei bindende Wirkung hätte. Aus dem von ihr ins Recht gelegten Ausschnitt des Urteils *US v. Ferguson*, 508 F. Supp. 2d 1, 4 (D.D.C. 2007) geht denn auch hervor, dass ein US-Richter zwar ermessensweise ein Beweisverwertungsverbot wegen *Ordre-Public*-widrigen Verhaltens bei der Beweiserhebung eines ausländischen Staates aussprechen kann, dass es sich dabei jedoch nicht um einen prozessualen Anspruch der Beschwerdeführenden und ebensowenig um eine Verpflichtung US-amerikanischer Gerichte, ausländisches Verfahrensrecht beziehungsweise ausländische Rechtsprechung bei einer solchen Konstellation berücksichtigen zu müssen, handelt. Dass die US-amerikanischen Gerichte eine Datenübergabe, zu der die Beschwerdegegnerin nach US-amerikanischem Recht verpflichtet, nach schweizerischem Recht aber allenfalls nicht berechtigt war, als Verletzung von US-amerikanischem *Ordre Public* werten würden, erscheint als wenig wahrscheinlich.

### **E. 3.3.3**

Unter diesen Umständen ist es den Beschwerdeführenden nicht gelungen, ein aktuelles Rechtsschutzinteresse gestützt auf die « *fruit of the poisonous tree doctrine* » genügend darzulegen.

## **E. 3.4**

### 3.4.3 (...)

## **E. 4**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, im vorliegenden Fall könne aufgrund der schon erfolgten Weiterleitung der Bankkundendaten an die US-Behörden ausnahmsweise auf das Erfordernis der Aktualität verzichtet werden. Die zu klärenden Fragen seien von grundsätzlicher Bedeutung und die Beschwerdeführenden hätten daher ein Interesse an einer Feststellung der Verletzung ihrer Verfahrensrechte, zumal davon auszugehen sei, dass die Vorinstanz ansonsten in Bezug auf die von den USA verlangten 52'000 Kundendaten wiederum illegal und per Geheimverfahren vorgehen werde.

### **E. 4.1**

Auf die Aktualität des Rechtsschutzinteresses kann in Ausnahmefällen verzichtet werden. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dies statthaft, wenn sich die aufgeworfenen Fragen jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine gerichtliche beziehungsweise höchstrichterliche Prüfung stattfinden könnte (vgl. BGE 131 II 361 E. 1.2, mit weiteren Hinweisen). Darüber hinaus muss an der Beantwortung der Fragen aufgrund deren grundsätzlicher Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse bestehen (vgl. HÄNER, a. a. O., Rz. 22 zu Art. 48 mit weiteren Hinweisen; DONZALLAZ, a. a. O., Rz. 3127 f.). Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn sonst in Grundsatzfragen wegen der Dauer des Verfahrens nie ein rechtzeitiger Entscheid gefällt werden könnte (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, Rz. 2.72).

## **E. 4.2**

Für das erkennende Gericht ist ein massgebliches öffentliches Interesse an der Beantwortung der vorliegend aufgeworfenen Rechtsfragen offensichtlich, was denn auch von keiner der Verfahrensparteien bestritten wird. Ferner manifestiert sich ein erhebliches öffentliches Interesse auch an der Resonanz, welche die angefochtene Verfügung auf nationaler und internationaler Ebene, sowohl in der Politik als auch in den Massenmedien erhalten hat. Aus den vorgenannten Gründen und aus rechtlichen Erwägungen kommt den aufgeworfenen Rechtsfragen überdies eine grundsätzliche Bedeutung zu. So handelt es sich bei den von der Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung getroffenen Massnahmen um solche, bei denen nicht ohne weiteres klar ist, dass sie sich auf Art. 25 f. BankG stützen lassen. Aufgrund der massgeblichen Bedeutung, welche der Gesetzgeber der Verwendung von Daten beimisst, sowie des Umgangs mit Bankkundendaten insbesondere, erscheint es dem BVGer von grundsätzlicher Bedeutung, rechtliche Klarheit in Bezug auf derartige Fragestellungen zu schaffen.

### **E. 4.2.1**

Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass die Vorinstanz versucht sein könnte, in Zukunft wieder mittels Geheimverfahren das Bankkundengeheimnis zu unterlaufen. Dies sei insbesondere im Verfahren um die von den USA geforderten Daten von 52'000 weiteren Konten der Beschwerdegegnerin anzunehmen. Das BVGer hat sich in seinem Urteil A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009 in E. 8.4 dahingehend geäussert, es gehe nicht davon aus, dass eine grosse Wahrscheinlichkeit für eine Wiederholung von Vorgängen bestehe, welche zur faktischen Aushebelung des rechtsstaatlichen Amtshilfeverfahrens führten.

#### **E. 4.2.1.1**

Im hier zu beurteilenden Verfahren hat das erkennende Gericht nicht (...) zu prüfen, ob die Vorinstanz in Zukunft erneut in ein hängiges steuerrechtliches Amtshilfeverfahren eingreifen könnte. Vielmehr stellt sich generell die Frage, ob sich die Vorinstanz in Zukunft gezwungen sehen könnte, Bankkundendaten ausserhalb eines dafür vorgesehenen Verfahrens an ausländische Behörden auszuhändigen. Es ist offensichtlich, dass sich die politische Diskussion seit Eingang der zu beurteilenden Beschwerden verschärft und an Eigendynamik gewonnen hat. Das intensivere Vorgehen der USA und anderer Staaten gegen Banken, welche möglicherweise Steuerdelikte begünstigen beziehungsweise ermöglichen, ist hinlänglich und allgemein bekannt und hat mit der Abschlusserklärung des G 20-Gipfels in London eine breitere Legitimationsbasis gefunden. Angesichts der ernsthaften finanziellen Probleme, mit welchen sich die USA und andere Staaten konfrontiert sehen, ist davon auszugehen, dass im Kampf um die Erhöhung des Steuersubstrats vermehrt Druck auf ausländische Finanzhäuser und andere Staaten ausgeübt werden wird. Hinzu kommt, dass zahlreiche Banken in einer schwierigen wirtschaftlichen Situation sind, weshalb sich diese bei drohenden Strafverfahren oder Lizenzentzügen rascher als in einem gesunden wirtschaftlichen Umfeld der Gefahr einer Illiquidität ausgesetzt sehen könnten.

#### **E. 4.2.1.2**

Der BR hat zwar eine extensivere Handhabung des Bankkundengeheimnisses angekündigt, jedoch wird die Aushandlung der entsprechenden Doppelbesteuerungsabkommen voraussichtlich längere Zeit in Anspruch nehmen, zumal der Abschluss von standardisierten

sog. Tax Information Exchange Agreements, welche ausschliesslich den bilateralen Informationsaustausch gemäss OECD-Vorgaben regeln, keine Option zu sein scheint (vgl. Die Zeit vom 8. April 2009, Die Schweiz will die Welt zermürben; <http://www.oecd.org/> > Centre for Tax Policy and Administration). Bis im staatsvertraglichen Bereich Klarheit herrscht, könnten sich die im vorliegenden Verfahren aufgeworfenen Rechtsfragen daher in näherer Zukunft wieder stellen. Dies wäre insbesondere auch deshalb denkbar, weil für Ende Juni 2009 ein Gipfeltreffen der OECD-Finanzminister in Berlin bzgl. der Einhaltung von OECD-Standards zum internationalen Informationsaustausch vorgesehen ist. Die Schweiz wird bis zu diesem Zeitpunkt zwar voraussichtlich Verhandlungen mit einigen Staaten über die Anpassung von Doppelbesteuerungsabkommen aufgenommen haben. Jedoch ist keinesfalls damit zu rechnen, dass die von der OECD beziehungsweise der G 20 vorausgesetzten zwölf Abkommen mit erweitertem Datenaustausch nach den OECD-Regeln, welche nötig sind, um von der « grauen » auf die « weisse Liste » gesetzt zu werden, bis zu Beginn dieses OECD-Steurgipfels abgeschlossen sind. Die Befürchtung, dass gewisse Teilnehmerstaaten anlässlich dieses Treffens schärfere Sanktionen gegen die Schweiz fordern und allenfalls durchsetzen werden, sind daher begründet. Illustriert werden diese Befürchtungen etwa durch die Tatsache, dass sich die deutsche Koalitionsregierung auf ein Gesetz zur Bekämpfung von Steuerflucht geeinigt hat, welches den Geldtransfer zwischen Deutschland und « nicht kooperativen Staaten » erschweren dürfte (vgl. Handelsblatt vom 21. April 2009, Regierung erschwert Steuerflucht; Der Bund vom 17. April 2009, Bankgeheimnis: Der Schweiz droht neuer Ärger). Hinzu kommt, dass die Europäische Union fordert, die OECD-Standards zum Datenaustausch in das Betrugsabkommen mit der Schweiz zu übernehmen. Dies hätte zur Folge, dass die Schweiz nicht mehr mit allen EU-Mitgliedstaaten individuell über angepasste Doppelbesteuerungsabkommen verhandeln könnte. Vielmehr wäre das ergänzte Betrugsabkommen für alle Mitgliedstaaten gültig. Die EU will offenbar « den Druck auf die Schweiz hochhalten » und so « verhindern, dass die Schweiz die EU-Staaten gegeneinander ausspielt » (vgl. Basler Zeitung vom 26. April 2009, Steuerstreit: Schweiz lässt die Europäische Union abblitzen).

#### **E. 4.2.1.3**

Unter diesen Umständen und angesichts der angespannten Finanzlage ist die Annahme nicht abwegig, dass sich die Vorinstanz in Zukunft erneut gezwungen sehen könnte, Kundendaten im Rahmen von Massnahmen gemäss Art. 25 f. BankG an ausländische Behörden herauszugeben. Dies scheint selbst die Vorinstanz nicht auszuschliessen, nachdem ihr Verwaltungsratspräsident am 1. April 2009 gegenüber der Tagespresse erwähnt haben soll, dass « die Finanzmarktaufsicht [in Bezug auf die im Februar 2009 angeordnete Herausgabe von Kundendaten] wieder gleich entscheiden würde, wie sie es in den letzten Wochen tat » (vgl. Tages-Anzeiger vom 1. April 2009, UBS-Affäre: Aufsicht hadert mit Bundesrat).

#### **E. 4.3**

Sähe sich die Vorinstanz erneut gezwungen, gestützt auf Art. 25 f. BankG Bankkundendaten an ausländische Behörden auszuhändigen, wäre nicht auszuschliessen, dass sie die entsprechenden Verfügungen wiederum sofort vollstrecken würde. Dies hätte zur Folge, dass die im vorliegenden Verfahren aufgeworfenen Fragen erneut einer gerichtlichen Kontrolle entgehen würden. (...) Die Voraussetzungen für den ausnahmsweisen Verzicht auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses

sind somit im vorliegenden Verfahren gegeben.

## **E. 5**

Abgesehen vom soeben Ausgeführten stellt sich zudem die Frage, ob nicht schon aufgrund der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie allenfalls Art. 13 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) und Art. 2 Abs. 3 Bst. a des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2; nachfolgend: UNO-Pakt II) auf die vorliegende Beschwerde einzutreten wäre. Diese Frage stellt sich insbesondere deshalb, weil die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon ausgeht, es bestehe trotz fehlenden aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses dann ein Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Verfügung, wenn es die auf dem Spiel stehenden verfassungsmässigen und durch die EMRK geschützten Rechte rechtfertigten und andernfalls die behaupteten Verletzungen kaum je oder mit einem allfälligen anderen Rechtsmittel nicht genügend geprüft werden könnten (vgl. unveröffentlichter Entscheid des BGer 1P.75/2000 vom 7. Juni 2000 E. 3, 4; BVGE 2009/9; MARION SPORI, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, in: Aktuelle Juristische Praxis 2008 S. 147 ff., S. 150 unten).

### **E. 5.1**

Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Bankkundendaten einer natürlichen oder juristischen Person zu deren wirtschaftlicher Privatsphäre gehören, welche einen Teilgehalt des Grundrechts des Schutzes der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV beziehungsweise des Menschenrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK darstellt (vgl. GÜNTER STRATENWERTH, a. a. O., Rz. 1 f. zu Art. 47; RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, St. Gallen 2008, Rz. 41 und 47 zu Art. 13; LUZIUS WILDHABER, in: Wolfram Karl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Salzburg 2009, Ordner 1, Rz. 323 ff. zu Art. 8; unveröffentlichter Entscheid des BGer 2A.234/2000 E. 2b/bb vom 25. April 2001). Ein Eingriff in die Privatsphäre ist persönlichkeitsrelevant, selbst wenn er unter Berücksichtigung der Grundsätze von Art. 36 BV und Art. 8 Abs. 2 EMRK erfolgt ist. Nach herrschender Lehre muss gegen solche Eingriffe ein Rechtsmittel bestehen, welches den Anforderungen von Art. 13 EMRK genügt, selbst wenn der Rechtsweg im Einklang mit Art. 29a BV im Ausnahmefall ausgeschlossen worden ist (vgl. SCHWEIZER, a. a. O., Rz. 47 zu Art. 13). Eine Rechtsschutzmöglichkeit im Sinne von Art. 13 BV müsste insbesondere die Möglichkeit enthalten, ein effektives Rechtsmittel zu ergreifen, welches bei einer nationalen Instanz mit voller Kognition eingelegt werden kann (vgl. STEPHAN BREITENMOSER/BORIS RIEMER/CLAUDIA SEITZ, Praxis des Europarechts - Grundrechtsschutz, Basel etc. 2006, S. 120 mit Verweis auf EGMR, Urteil Camenzind/Schweiz vom 16. Dezember 1997, Rec. 1997-VIII, 2880; SCHWEIZER, a.a.O., Rz. 47 zu Art. 13). Eine Beschränkung auf die Feststellung einer erfolgten Verletzung würde Art. 13 EMRK genügen, wobei diese Feststellung aber für die zukünftige Rechtspraxis bindende Wirkung entfalten muss (vgl. MANFRED NOWAK, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Komm., Kehl 1989, § 69 Rz. 69; SCHWEIZER, a. a. O., Rz. 73 zu Art. 13).

## **E. 5.2**

Die soeben dargelegte Auffassung liesse sich ferner damit erhärten, dass gemäss Art. 25a Abs. 1 Bst. c VwVG über die Rechtswidrigkeit einer bereits erfolgten Handlung, das heisst als Realakt auf Antrag in Form einer Feststellungsverfügung befunden werden muss (zum Realakt vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, insbes. Rz. 21 ff. zu Art. 25a; ENRICO RIVA, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte: Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in: Schweizerische Juristen-Zeitung 103 (2007) S. 337 ff., insbes. S. 341 f.).

## **E. 5.3**

Nachdem die Vorinstanz den Beschwerdeführenden durch die sofortige Vollstreckung der angefochtenen Verfügung ohne vorgängige Information die rechtzeitige Erhebung eines Rechtsmittels verunmöglicht hat, wäre nicht auszuschliessen, dass das BVGer aufgrund der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV beziehungsweise Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 Bst. a UNO-Pakt II die Beschwerdeführenden wohl selbst dann als legitimiert anzusehen hätte, wenn es in den E. 4 ff. zum Schluss gekommen wäre, dass sich die Herausgabe von Bankkundendaten durch die Vorinstanz voraussichtlich in dieser oder ähnlicher Form nicht wiederholen könnte. Vorliegend erübrigen sich jedoch eingehendere Ausführungen zu dieser Frage, da die Voraussetzungen für den ausnahmsweisen Verzicht auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses als gegeben erachtet worden sind. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Herausgabe der Bankkundendaten durch die Vorinstanz in Bezug auf die Beschwerdeführenden allenfalls auch als verfügungsvollstreckenden Realakt hätte qualifiziert werden können, da bereits die direkte Betroffenheit der Beschwerdeführenden durch die angefochtene Verfügung als erstellt erachtet worden ist (E. 2.5 ff.).

## **E. 6**

Unter den gegebenen Umständen sind die Beschwerdeführenden W., H. und K. zur Beschwerde legitimiert. Nicht einzutreten ist mangels Entrichtung des Kostenvorschusses auf die Beschwerde, soweit die Beschwerdeführenden C. und die D. betreffend. Nicht legitimiert zur Beschwerde sind ausserdem S., B. und J., da es sich bei den Genannten lediglich um wirtschaftlich an den Konten Berechtigte, nicht aber um deren Inhaber handelt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.