

31

Auszug aus dem Zwischenentscheid der Abteilung II
i. S. US-Bankkunden gegen UBS und Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
B-1092/2009 vom 30. April 2009

Finanzmarktaufsicht. Beschwerdelegitimation US-amerikanischer Kontoinhaber und an den Konti wirtschaftlich Berechtigter bei der Weitergabe ihrer Daten unter banken- und notrechtlichen Gesichtspunkten.

Art. 48 Abs. 1 Bst. a–c VwVG. Art. 24 und Art. 47 BankG. Art. 42 FINMAG. Art. 29a BV. Art. 13 EMRK. Art. 2 Abs. 3 Bst. a UNO-Pakt II.

- 1. Direkte und unmittelbare Betroffenheit von Kontoinhabern und wirtschaftlich Berechtigten von der Anordnung der Weitergabe von Bankkundendaten an US-amerikanische Behörden ausserhalb des für die internationale Amtshilfe vorgesehenen Verfahrens. Tragweite des Bankkundengeheimnisses für die direkte und unmittelbare Betroffenheit (E. 2.1–2.5.4).**
- 2. Frage nach der Berücksichtigung US-amerikanischen Beweisrechts im schweizerischen Verwaltungsbeschwerdeverfahren (E. 3.3–3.3.3).**
- 3. Voraussetzungen für den Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen, praktischen Rechtsschutzinteresses bei Verfahren von grossem öffentlichem Interesse und Rechtsfragen, welche sich erneut stellen könnten (E. 4–4.3).**
- 4. Frage der Beschwerdelegitimation gestützt auf die verfassungs- oder die menschenrechtliche Rechtsweggarantie offen gelassen (E. 5–5.3).**

Surveillance des marchés financiers. Qualité pour recourir de ressortissants des Etats-Unis d'Amérique titulaires de comptes bancaires et d'ayants droit économiques de tels comptes dans le cadre d'un recours contre la transmission de leurs données sous l'angle du droit bancaire et du droit d'exception.

Art. 48 al. 1 let. a–c PA. Art. 24 et art. 47 LB. Art. 42 LFINMA. Art. 29a Cst. Art. 13 CEDH. Art. 2 al. 3 let. a Pacte ONU II.

- 1. Qualification de l'atteinte que représente, pour les titulaires et les ayants droit économiques de comptes bancaires, la transmis-**

sion de leurs données bancaires à des autorités des Etats-Unis d'Amérique, en dehors de la procédure prévue pour l'entraide administrative internationale. Portée du secret bancaire dans ce contexte (consid. 2.1–2.5.4).

2. Question de la prise en considération, dans la procédure administrative de recours suisse, du droit des Etats-Unis d'Amérique en matière de preuve (consid. 3.3–3.3.3).
3. Conditions de la renonciation à l'exigence d'un intérêt digne de protection, actuel et pratique, dans les procédures présentant un grand intérêt public et pour les questions de droit qui pourraient à nouveau se poser (consid. 4–4.3).
4. Qualité pour recourir fondée sur la garantie de l'accès au juge découlant du droit constitutionnel ou du droit international public. Question laissée indécidée (consid. 5–5.3).

Vigilanza sui mercati finanziari. Diritto di ricorrere di cittadini statunitensi titolari di conti e degli aventi economicamente diritto di tali conti contro la trasmissione dei loro dati bancari sotto l'aspetto del diritto bancario e di necessità.

Art. 48 cpv. 1 lett. a–c PA. Art. 24 e art. 47 LBCR. Art. 42 LFINMA. Art. 29a Cost. Art. 13 CEDU. Art. 2 cpv. 3 lett. a Patto ONU II.

1. I titolari ed aventi economicamente diritto dei conti sono colpiti in modo diretto ed immediato dall'ordine di trasmissione dei loro dati bancari alle autorità statunitensi, avvenuta al di fuori della procedura prevista per l'assistenza amministrativa internazionale. Portata del segreto bancario in questo contesto (consid. 2.1–2.5.4).
2. Quesito della presa in considerazione del diritto probatorio statunitense nella procedura svizzera di ricorso amministrativo (consid. 3.3–3.3.3).
3. Condizioni per la rinuncia all'esigenza dell'interesse degno di protezione attuale e pratico nell'ambito di procedure di grande interesse pubblico e di quesiti giuridici che potrebbero porsi nuovamente (consid. 4–4.3).
4. Può rimanere indecisa la questione a sapere se è dato il diritto a ricorrere sulla base della garanzia della via giudiziaria secondo

il diritto costituzionale o il diritto internazionale pubblico (consid. 5–5.3).

Im September 2007 nahm das United States Department of Justice (nachfolgend: DoJ) mit der UBS AG (Beschwerdegegnerin) Kontakt auf und informierte sie über das kurz zuvor erfolgte Whistleblowing eines ehemaligen Kundenberaters der Beschwerdegegnerin. Kurz darauf eröffnete das DoJ eine Untersuchung und begann, von der Beschwerdegegnerin umfangreiche Kundendaten von nicht namentlich bekannten US-amerikanischen Kunden herauszuverlangen. Das Verfahren nahm in der Folge sowohl in den USA als auch auf diplomatischer Ebene seinen Lauf. Gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009 stellte der Internal Revenue Service (IRS) am 16. Juli 2008 bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) gestützt auf Art. 26 des schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens ein Amtshilfegesuch. Gegenstand dieses Ersuchens waren ausschliesslich Kundendaten von namentlich nicht bekannten Kunden der Beschwerdegegnerin. Gestützt auf eine Editionsverfügung der ESTV übermittelte ihr die Beschwerdegegnerin insgesamt 285 Kundendossiers. Mitte Oktober 2008 erliess die ESTV erste Verfügungen, mittels welchen sie die Amtshilfe gewährte. Gegen diese Verfügungen erhoben einige davon Betroffene Beschwerde an das BVGer. Gemäss Rz. 24 f. der angefochtenen Verfügung schloss die Beschwerdegegnerin in der Folge u. a. mit dem DoJ einen Vergleich ab und zahlte in diesem Zusammenhang eine Entschädigung von US\$ 780 Mio. an die US-Behörden. Den Abschluss des Vergleichs machte das DoJ jedoch zusätzlich davon abhängig, dass bestimmte Kundendaten umgehend herauszugeben seien. Am 17. Februar 2009 stellte das DoJ der Beschwerdegegnerin in Aussicht, sie anzuklagen, sollten die gewünschten Kundendaten nicht sofort übergeben werden.

Am 18. Februar 2009 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) gegenüber der Beschwerdegegnerin eine Verfügung, mittels welcher sie die Beschwerdegegnerin anwies, ihr alle Kundendaten, welche unter Ziff. 9 des Deferred Prosecution Agreement vom 18. Februar 2009 sowie den Anhang mit der Bezeichnung Account Disclosure Letter vom 16. Februar 2009 fielen, auszuhändigen, damit sie diese Dokumente dem DoJ und unter Umständen weiteren mit der Verfolgung von Steuerstraftatbeständen befassten Behörden herausgeben könne. In Ziff. 4 des Dispositivs hielt die FINMA zudem fest, dass die Verfügung nur mit ihrer vorgängigen Zustimmung Dritten herausgegeben werden dürfe. Die Vorinstanz erliess ihre Verfügung gestützt auf Art. 25 f. des Bankenge-

setzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) (Massnahmen bei Insolvenzgefahr) und begründete sie im Wesentlichen damit, dass die US-Behörden mit einem Strafverfahren gegen die Beschwerdegegnerin gedroht hätten, sollten die rund 300 Kundendossiers nicht bis am 18. Februar 2009 den US-Behörden übergeben worden sein. Erfahrungsgemäss hätte ein Strafverfahren gegen eine Bank wie die Beschwerdegegnerin zur Folge gehabt, dass diese aufgrund von fehlendem Marktvertrauen keine liquiden Mittel mehr hätte aufnehmen können. Dies hätte fast zwangsläufig die Illiquidität beziehungsweise die Insolvenz der Bank nach sich gezogen. Im öffentlichen Interesse der Schweiz, welches im konkreten Fall allfälligen privaten Interessen an der Geheimhaltung der Daten vorgehe, sowie unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips, habe sich die Vorinstanz deshalb entschieden, der Beschwerdegegnerin die Anordnung zu geben, die verlangten Kundendaten zwecks Weitergabe an die US-Behörden an sie zu übermitteln.

Mit Faxeingabe vom 20. Februar 2009 und darauf folgender postalischer Eingabe erhoben die W., die H., die K., die D. sowie J., S., B. und C. (Beschwerdeführende) Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 18. Februar 2009. Sie stellen das Rechtsbegehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Zudem stellen sie die Verfahrensanträge, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren sei, der Beschwerdegegnerin unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) zu verbieten sei, Bankunterlagen und weitere Dokumente, welche die Beschwerdeführenden betreffen, an Dritte, insbesondere die amerikanischen Behörden, herauszugeben. Die aufschiebende Wirkung sowie das Verbot der Herausgabe seien superprovisorisch auszusprechen und allfälligen Einsprachen sei keinerlei suspensive Wirkung einzuräumen. Zur Begründung brachten die Beschwerdeführenden vor, dass sie allesamt Parteien im Amtshilfeverfahren zu Gunsten der IRS vor der ESTV und folglich durch die angefochtene Verfügung – wenn auch nicht als Partei – direkt in ihren Rechten betroffen seien. Aus diesem Grund hätten sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung, weshalb sie gemäss Art. 48 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zur Beschwerde legitimiert seien. Die aufschiebende Wirkung betreffend die Herausgabe der Bankunterlagen sei deshalb zu gewähren, weil die Beschwerdeführenden drakonische Strafen in den USA und somit einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu befürchten hätten, fände eine sofortige Übermittlung statt. Es seien keine höher zu wertenden Interessen ersichtlich, welche eine sofortige Vollstreckung der Verfügung rechtfertigen würden. Dasselbe gelte für die beantragte super-

provisorische Massnahme, wonach der Beschwerdegegnerin zu verbieten sei, die fraglichen Bankunterlagen herauszugeben. Zum Rechtsbegehren könne festgehalten werden, dass die Vorinstanz unter rechtsstaatlich fragwürdigen Umständen in ein laufendes gerichtliches Verfahren eingegriffen habe, zumal es der angefochtenen Verfügung an einer Rechtsgrundlage mangle.

Mit superprovisorischer Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 (vorab per Fax, 19.34 Uhr) verbot das BVGer der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin – Letzterer unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB – die Beschwerdeführenden betreffende Bankunterlagen oder Dokumente an Dritte, insbesondere an die amerikanischen Behörden, herauszugeben.

Mit Eingabe vom 24. Februar 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin, dass auf das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht einzutreten beziehungsweise das Gesuch abzuweisen sei, und auf das Gesuch um superprovisorische Massnahmen unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB nicht einzutreten beziehungsweise das Gesuch abzuweisen und die mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 verfügte vorsorgliche Massnahme aufzuheben sei. Zur Begründung macht die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen geltend, dass die Vorinstanz die von der Beschwerdegegnerin gelieferten Daten selbentags an die US-Behörden übermittelt habe, weshalb die Beschwerdeführenden kein schutzwürdiges Interesse hätten. Hinzu komme, dass Art. 24 Abs. 2 BankG die Beschwerdelegitimation bei Massnahmen nach Art. 25 f. BankG ausschliesse, sofern nicht die Genehmigung eines Sanierungsplans oder Verwertungshandlungen Gegenstand der Beschwerde seien.

Mit Eingabe vom 24. Februar 2009 liess sich die FINMA dahingehend vernehmen, dass auf die Beschwerde mangels Beschwerdelegitimation gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG nicht einzutreten sei. Zudem sei das Verfahren vorerst auf die Frage der Beschwerdelegitimation zu beschränken. Schliesslich sei vom Erlass vorsorglicher Massnahmen abzusehen und die angeordneten superprovisorischen Massnahmen seien als gegenstandslos aufzuheben. Zur Begründung bringt die Vorinstanz vor, dass sie die von der Beschwerdegegnerin herausverlangten Daten selbentags, das heisst noch am 18. Februar 2009, den US-Behörden herausgegeben habe, weshalb die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht mehr opportun sei und die superprovisorischen Massnahmen gegenstandslos geworden seien.

Mit Instruktionsverfügung vom 26. Februar 2009 erklärte das BVGer das mit Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 superprovisorisch ausgesprochene Verbot der Herausgabe von die Beschwerdeführenden betreffenden Bankunterlagen und Dokumenten als gegenstandslos und trat auf den

Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, nicht ein.

In ihrer Eingabe vom 4. März 2009 bestätigte die Beschwerdegegnerin, dass sie die Bankunterlagen und Daten sämtlicher Beschwerdeführenden an die Vorinstanz herausgegeben habe. Es handle sich hierbei um die Akten der folgenden Kategorien: Unterlagen zur Vorgängerbeziehung; Formular A; Basisdokument Quellensteuer; Formular W-8BEN/W-9; Gesellschaftsunterlagen; Konto-Basisdokumente; Registraturdossier (Korrespondenz, generelle Ablage usw.); Dokumentation Trades; Einträge Kundenberater; E-mails; Kontoauszüge.

Die Beschwerdeführenden beantragen in ihrer Vernehmlassung vom 12. März 2009, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Eventualiter beantragen sie, es sei die Rechtswidrigkeit der Verfügung festzustellen. Weiter sei festzustellen, dass die Vorinstanz die Verfahrensrechte der Beschwerdeführenden in rechts- und verfassungswidriger Weise grob verletzt habe. Die Beschwerdeführenden stellen überdies die Verfahrensanträge, ihnen sei uneingeschränkte Einsicht in verschiedene Dokumente zu gewähren. Zur Begründung bringen die Beschwerdeführenden vor, sie seien im Sinne von Art. 48 VwVG beschwerdelegitimiert. Die Vorinstanz habe ihnen die Teilnahme am Verfahren verweigert und die Verfügung nicht eröffnet. Durch die Herausgabe von sie betreffenden Daten seien die Beschwerdeführenden ausserdem direkt und mehr als die Allgemeinheit betroffen. 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. Vorerst hätten die Beschwerdeführenden ein Interesse an der Feststellung der Verletzung von Verfahrensrechten, 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. Hinzu komme, dass vor US-Gerichten die « fruit of the poisonous tree doctrine » gelte, welche es den Behörden verbiete, unrechtmässig erlangte Beweismittel zu verwerten. Schliesslich sei festzuhalten, dass ein Beschwerdeausschluss nach Art. 24 BankG vorliegend nicht möglich sei, denn Eingriffe in das Bankgeheimnis würden weder im Gesetz selbst noch in der Botschaft dazu erwähnt. Ziel der Regelung sei vielmehr, dass das Verfahren im Fall einer drohenden beziehungsweise bereits bestehenden Insolvenz zügig durchgeführt werden könne.

In ihrer Vernehmlassung vom 13. März 2009 machte die Vorinstanz u. a. Ausführungen dazu, warum sie nicht weiss, ob die Beschwerdeführenden

zu den Kunden der Beschwerdegegnerin gehörten, deren Daten an die US-Behörden übermittelt wurden.

Mit separater Eingabe vom selben Tag reichte die Vorinstanz einen Ordner mit Vorakten ein. In ihrem Begleitschreiben stellt sie den Antrag, dass die Beschwerdeführenden von der Einsicht in diese Akten und von allfälligen Instruktionsverhandlungen auszuschliessen seien.

Mit Instruktionsverfügung vom 17. März 2009 stellte das BVGer den Beschwerdeführenden den Kurzbericht zur Kenntnisnahme zu und hielt fest, dass auf die Frage des Akteneinsichtsrechts in die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 13. März 2009 sowie auf das Akteneinsichtsrecht im Allgemeinen zu einem späteren Zeitpunkt zurückzukommen sei.

In ihrer Eingabe vom 30. März 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Verfahrensanträge der Beschwerdeführenden. Eventualiter sei über die Anträge erst dann zu befinden, wenn die Eintretensfrage rechtskräftig geklärt sei. Zur Begründung bringt die Vorinstanz vor, sie habe die angefochtene Verfügung gestützt auf Art. 25 f. BankG erlassen. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die Rechtsmittelmöglichkeiten gegen solche Verfügungen abschliessend von Art. 24 Abs. 2 BankG geregelt würden. Demnach könnten die Gläubiger und die Eigner der Bank lediglich gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen Beschwerde führen, nicht aber gegen die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen.

In ihrer Eingabe vom 30. März 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Zur Begründung stellt sie sich auf den Standpunkt, dass Art. 24 Abs. 2 BankG den Beschwerdeführenden keine Rechtsmittelmöglichkeit gebe. Es handle sich hierbei vielmehr um eine abschliessende Regelung. Insbesondere würden durch Art. 24 Abs. 2 BankG nicht nur die Rechtsmittelmöglichkeiten eingeschränkt, sondern auch der Kreis der beschwerdelegitimierten Personen. So seien nur Gläubiger und Eigner einer Bank beschwerdelegitimiert.

Das BVGer bejaht in seinem Zwischenentscheid unter anderem die Beschwerdelegitimation von drei Beschwerdeführenden.

Aus den Erwägungen:

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 Auf-

hebung 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).

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 Beschwer kann daher abgesehen werden (vgl. HÄNER, a. a. O., Rz. 8 zu Art. 48).

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).

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.

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 Gläubigergesamtheit der Vorinstanz ein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, welches es ihr erlaubt, bei einer Bank präventiv Massnahmen zu ergreifen und dadurch nach Möglichkeit einen Bankenkonkurs 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).

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 Sanie-

rungsplan 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).

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.

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.

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 Ordnungsbestimmungen 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 Rechtshilfverfahren 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.

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 Amtshilfverfahren diejenige Person, die Vertragspartner der Bank ist, mithin der betroffene Kontoinhaber. Diese Regelung steht im Gegensatz zu den staatsvertraglich beziehungsweise bilateral geregelten steuerrechtlichen Amtshilfverfahren, 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 Amtshilfverfahren 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 Amtshilfverfahren dem wirt-

schaftlich 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.

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.

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 amtshilfeweise 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 Amtshilfeverfahren 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 Amtshilfeverfahren 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.

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

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 Gutheissung 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 Gutheissung 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).

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.

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.

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. CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Diss., Zürich etc. 2008, Rz. 237).

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.

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.

3.4 – 3.4.3 (...)

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.

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 höchstgerichtliche 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).

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.

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 Amtshilfverfahrens führten.

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 Amtshilfverfahren 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 Abschlussklärung 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.

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).

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).

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 entgegen würden.

(...) Die Voraussetzungen für den ausnahmsweisen Verzicht auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses sind somit im vorliegenden Verfahren gegeben.

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).

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).

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.).

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.).

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.