



Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut

Fachgruppe Handels- und
Wirtschaftsrecht

Rämistrasse 74
CH-8001 Zürich
www.hawi.uzh.ch

Zürich, 22. Februar 2010
lic. iur. Lukas Fahrländer
Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rolf Sethe

URTEIL DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS, ABTEILUNG II, VOM 5. JANUAR 2010 (B-1092/2009) – AUFSICHT ÜBER KREDITINSTI- TUTE UND BÖRSEN, EVTL. AMTSHILFE

Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich in diesem Piloturteil mit der Frage, ob die FINMA ausserhalb der explizit hierfür vorgesehenen Verfahren Bankkundendaten an ausländische Behörden übergeben darf, um dadurch ein Strafverfahren mit potentiell weitreichenden Konsequenzen für den Schweizer Finanzplatz abzuwenden.

I. Sachverhalt

Trotz eines laufenden Amtshilfeverfahrens zwischen dem amerikanischen Internal Revenue Service (IRS) und der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) bezüglich Daten von mutmasslichen Steuerbetrügnern, welche bei der UBS AG ein Konto hatten, stellte das US-Department of Justice (DoJ) am 17. Februar 2009 in Aussicht, die UBS anzuklagen, sollten die gewünschten Daten nicht sofort übergeben werden.

Am 18. Februar 2009 verfügte die FINMA daher, die UBS müsse ihr die entsprechenden Kundendaten aushändigen, damit sie diese den US-Behörden herausgeben könne. Sie stützte sich dabei auf Art. 25 und 26 BankG (Massnahmen bei Insolvenzgefahr), da die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen eine Bank wie die UBS erfahrungsgemäss fast zwangsläufig die Illiquidität bzw. die Insolvenz der Bank zur Folge hätte. Man habe sich in einer notstandsähnlichen Situation befunden, wobei der Bundesrat davon abgesehen habe, Notrecht anzuwenden. 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 FINMA deshalb entschieden, die Herausgabe dieser Kundendaten zu verfügen.

Am 20. Februar 2009 erhoben verschiedene betroffene UBS-Kunden Beschwerde, in der sie die Rechtmässigkeit der Verfügung bestritten. In ihren Augen bilden Art. 25 und 26 BankG keine genügende gesetzliche Grundlage für die Datenherausgabe. Weiter könne sich die FINMA auch nicht auf die Beseitigung eines Missstandes nach Art. 31 FINMAG berufen.

II. Auszug aus den Erwägungen

A. *Rechtsgrundlagen des Bankkundengeheimnisses und Möglichkeit der Einschränkung (Erwägungen 4 und 5)*

Die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person gehören zu deren Privatsphäre und werden somit zunächst durch das *Persönlichkeitsrecht* geschützt (Art. 28 ff. ZGB). Ebenso bilden sie einen Teilgehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II.

In *vertragsrechtlicher* Hinsicht ergibt sich aus Art. 398 Abs. 1 OR (Auftragsrecht) die Pflicht der Bank, Kundendaten vertraulich zu behandeln. Das *strafrechtliche* Pendant dazu ist Art. 47 BankG, der die Bekanntgabe von geheimen Bankdaten unter Strafe stellt. Für das Personal und die Organe der FINMA gilt das *Amtsgeheimnis* gemäss Art. 14 FINMAG.

Daraus folgert das Gericht, „dass grundsätzlich alle Daten, die im Rahmen einer Beziehung eines Kunden mit seiner Bank und daraus fliessenden Beziehungen mit Drittpersonen gesammelt werden, geheim i.S.v. Art. 47 BankG sind“. Der Schutz der (wirtschaftlichen) Privatsphäre gilt jedoch nicht umfassend, sondern kann im Rahmen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Voraussetzung dafür ist unter anderem eine genügende gesetzliche Grundlage.

B. *Art. 25 und 26 BankG als Grundlage für die Datenherausgabe? (Erwägung 6)*

Die FINMA stützte ihre Verfügung auf Art. 25 und 26 BankG. Diese Bestimmungen definieren die Voraussetzungen, unter denen die FINMA bei Insolvenzgefahr einer Bank adäquate Massnahmen ergreifen kann. Sie sind absichtlich offen formuliert, um der FINMA den nötigen Handlungsspielraum zu belassen. So ist denn der Katalog von möglichen Massnahmen in Art. 26 Abs. 1 BankG nicht abschliessend; Art und Umfang der zu treffenden Massnahmen stehen im ausschliesslichen Ermessen der FIN-



MA, wobei gemäss der Lehre ausserhalb des Beispielkatalogs angeordnete Massnahmen denselben Schutzzweck erfüllen müssen, wie die explizit genannten. Dabei handelt es sich um den Schutz der Gläubigerinteressen und den Schutz der Bank selbst vor unkontrollierten Geldrückzügen (sog. *bank run*).

Es stellt sich also die Frage, ob Art. 25 und 26 BankG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Anordnung der Datenherausgabe bilden. Bei diesen Normen handelt es sich zwar um eine formelle gesetzliche Grundlage gemäss Art. 36 Abs. 1 BV, jedoch sind nach Ansicht des Gerichts die Voraussehbarkeit und die Bestimmtheit in Bezug auf die Herausgabe von Bankkundendaten nicht gegeben.

So ergäben sich aus dem *Wortlaut* keine Hinweise, dass sich Massnahmen gemäss Art. 25 und 26 BankG direkt auf die Bankkunden auswirken könnten. Normadressaten seien die FINMA und die Bank. Auch aus der *Gesetzessystematik* werde ersichtlich, dass diese Artikel keine genügende Grundlage für einen Eingriff in das Verhältnis des Gläubigers zu seiner Bank darstellten. Denn für die Herausgabe von Daten stünden die Amtshilfeverfahren an ausländische (Art. 42 Abs. 2 FINMAG) und inländische (Art. 38 f. FINMAG) Behörden zur Verfügung. Somit könne die Legitimation von Art. 25 und 26 BankG nur in einer Verfügungskompetenz bestehen, „die sich auf direkte Wirkungen gegenüber einer Bank beschränkt“.

Wie bereits im Zwischenentscheid vom 30. April 2009 in der gleichen Sache (B-1092/2009 E. 2.4.1) dargelegt, erweise sich diese Auffassung auch durch eine historisch-teleologische Auslegung des 11. Abschnitts des BankG als zutreffend: Bei Liquidationsschwierigkeiten einer Bank akzentuiert sich typischerweise ein Konflikt zwischen kollektiven und individuellen Gläubigerinteressen. Während das private Interesse eines Gläubigers darin besteht, möglichst schnell sein Guthaben abzuheben, gefährdet ein solcher *bank run* den Fortbestand der Bank und somit die Guthaben der anderen Gläubiger. Diesen Konflikt wollte der Gesetzgeber so lösen, dass in einem ersten Stadium, in dem durch Schutzmassnahmen versucht wird, die Liquidation der Bank abzuwenden, auf das kollektive Gläubigerinteresse abgestellt wird. In dieser Phase sollen individuelle Interessen weder geltend gemacht noch tangiert werden können. Erst die Erstellung eines Sanierungsplans trifft die Gläubiger direkt, weshalb sie dagegen Einwendungen und gegen dessen Genehmigung auch Beschwerde erheben können sollen (vgl. Art. 29 ff. BankG). Daraus folgert das Gericht, dass der Gesetzgeber nicht wollte, „dass die Vorinstanz [FINMA] Schutzmassnahmen ergreifen kann, welche die Gläubiger und Eigener direkt betreffen, da er ihnen für den Fall der direkten Betroffenheit ein Beschwerderecht einräumte“.



Aus diesen Ausführungen konkludiert das Bundesverwaltungsgericht, dass eine Herausgabe von Kundendaten gestützt auf Art. 25 und 26 BankG nicht in den (weiten) Ermessensspielraum fällt, der diese Normen der FINMA gewähren.

C. Art. 31 FINMAG als Grundlage für die Datenherausgabe? (Erwägung 7)

Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, die FINMA könne auch nicht auf Art. 31 FINMAG (Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes) abstellen. Diese Ansicht unterstützt das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls. Art. 31 FINMAG sei als gesetzliche Grundlage zur Datenherausgabe schon vom Wortlaut her ausgeschlossen, da sich diese Bestimmung nur an Beaufsichtigte richte. Weil Bankkunden keine Beaufsichtigten gemäss Art. 3 FINMAG seien, werde eine Verfügungskompetenz mit direkten Auswirkungen auf Kontoinhaber kaum von Art. 31 FINMAG abgedeckt. Hinzu komme, dass die FINMA selbst im Fall von Missständen gemäss Art. 31 FINMAG ihre Rechtsanwendungsbefugnis nur im Rahmen der Normen des BankG (und der entsprechenden Ausführungserlasse) wahrnehmen dürfe. Wie in Erwägung 6 festgestellt, ist eine Datenherausgabe jedoch nur unter Anwendung der explizit dafür vorgesehenen Normen und Verfahren möglich, nicht aber gestützt auf Art. 31 FINMAG oder Art. 25 und 26 BankG.

D. Notrecht als Grundlage für die Datenherausgabe? (Erwägungen 8 bis 10)

Im Weiteren setzt sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Argument der FINMA auseinander, sowohl die UBS wie auch die FINMA und die Schweizerische Eidgenossenschaft hätten sich durch die angedrohte Anklage der UBS in einer Notlage befunden. Dies habe auch der Bundesrat erkannt, weshalb er die FINMA ermächtigte, „alle notwendigen Massnahmen zur Vermeidung von unilateralen Zwangsmassnahmen der Vereinigten Staaten gegen die UBS zu ergreifen“. Weil der Bundesrat selber jedoch kein Notrecht erliess, habe die FINMA keine andere Wahl gehabt, als die Datenherausgabe selbständig anzuordnen.

Das Gericht prüft zunächst, ob die FINMA als untere Verwaltungsbehörde sich den Erlass von Notstandsverfügungen (sub-)delegieren lassen kann. Aus dem Wortlaut der Verfassung (Art. 184 Abs. 3, 185 Abs. 3 sowie 173 Abs. 1 lit. a und b BV) ergibt sich, dass die Kompetenz zum Erlass von konstitutionellem Notstandsrecht – ein Anwendungsfall von extrakonstitutionellem Notstandsrecht liege klarerweise nicht vor – ausschliesslich dem Parlament und dem Bundesrat zukommt. Auch wenn die FINMA eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ist, welche ihre Aufgaben selbständig und unabhängig ausübt (Art. 4 Abs. 1 und Art. 21 Abs.1 FINMAG),



ergibt sich aus keiner Bestimmung des FINMAG, dass der FINMA eine solche Kompetenz zukommen soll. Des Weiteren hält das Gericht fest, dass Notstandsrecht auch dann nicht von einer untergeordneten Behörde erlassen werden kann, wenn sie von Parlament oder Bundesrat dazu ermächtigt worden ist.

Die FINMA war also nicht kompetent, eine solche Notstandsverfügung zu erlassen. Vielmehr hätte sie nach Ansicht des Gerichts „den Bundesrat um Erlass der entsprechenden, ausformulierten und genügend konkreten Anordnungen bitten müssen“.

Aus diesem Grund lässt das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob eine Notstandssituation vorgelegen habe, offen. Es äussert sich lediglich dahingehend, dass die Einschätzungen der FINMA und des Bundesrats „im Hinblick auf das erklärte Ziel, die Beschwerdegegnerin [UBS] von einer drohenden Illiquidität zu schützen, und die diesbezüglich zu treffenden Massnahmen, nachvollziehbar und gut fundiert erscheinen“. Gleichzeitig äussert das Gericht jedoch seine Zweifel, ob, selbst wenn die Lagebeurteilung der FINMA zutreffen würde, dies ein Anwendungsfall von verfassungsmässigem Notstandsrecht darstellte, denn damit seien „hauptsächlich Situationen zur Bewältigung ausserordentlicher und unvorhersehbarer Lagen wie Naturkatastrophen, Epidemien, militärische Bedrohungen oder schwere Unruhen gemeint“.

*E. Polizeiliche Generalklausel als Grundlage für die Datenherausgabe?
(Erwägung 12)*

Schliesslich befasst sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage, ob die FINMA die Herausgabe der Daten auf die sog. polizeiliche Generalklausel i.S.v. Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV hätte stützen können.

„Die polizeiliche Generalklausel ermächtigt im Gegensatz zum verfassungsmässigen Notstandsrecht auch Verwaltungsbehörden, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu ergreifen, wenn eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine schwere Störung der öffentlichen Ordnung zu beseitigen ist.“ Voraussetzung ist jedoch, dass die entsprechende Situation nicht voraussehbar war; nicht herangezogen werden kann die Generalklausel daher, wenn eine Gefährdungslage trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurde.

Nach Ansicht des Gerichts ist es einerseits fraglich, „ob mögliche gravierende Probleme der Beschwerdegegnerin [UBS] aufgrund einer Strafklage in den USA Polizeigüter wie die öffentliche Ordnung und Sicherheit unmittelbar gefährdet hätten“. Auf diese Frage geht das Gericht jedoch wie bereits in Erwägung 8 nicht näher ein, denn eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel komme schon deshalb nicht in Betracht,



„weil es sich im vorliegenden Fall nicht um einen unmittelbaren, nicht vorhersehbaren Notfall“ handelte, da die Drohungen der US-Behörden, gegen die UBS Anklage zu erheben, schon einige Zeit vor dem 18. Februar 2009 bekannt waren.

Somit vermöge auch eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel die fehlende Kompetenz der FINMA zum Erlass der Verfügung nicht zu rechtfertigen.

III. Fazit

Das Bundesverwaltungsgericht kommt in seinem Urteil zum Schluss, dass die FINMA keine rechtliche Möglichkeit hatte, die Herausgabe von Bankkundendaten ausserhalb der explizit hierfür vorgesehenen Verfahren anzuordnen. Weder stellen Art. 25 und 26 BankG sowie Art. 31 FINMAG eine genügende gesetzliche Grundlage dafür dar, noch hat die FINMA eine Kompetenz zum Erlass einer entsprechenden Notverfügung. Schliesslich kann sich die FINMA im konkreten Fall auch nicht auf die polizeiliche Generalklausel berufen.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst daher die Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung gut. Weil diese im Zeitpunkt der Urteilsöffnung bereits vollstreckt war, stellt das Gericht in seinem Urteil die Rechtswidrigkeit der Verfügung fest.

Anmerkung: Die FINMA hat in der Zwischenzeit entschieden, das Urteil an das Bundesgericht weiterzuziehen.