



---

Abteilung II  
B-1092/2009  
{T 0/2}

## Zwischenentscheid vom 30. April 2009

---

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz), Ronald Flury,  
Eva Schneeberger, Jean-Luc Baechler und  
Stephan Breitenmoser;  
Gerichtsschreiber Kaspar Luginbühl.

---

Parteien

**W.**\_\_\_\_\_,  
**H.**\_\_\_\_\_,  
**J.**\_\_\_\_\_,  
**S.**\_\_\_\_\_,  
**K.**\_\_\_\_\_,  
**B.**\_\_\_\_\_,  
**D.**\_\_\_\_\_,  
**C.**\_\_\_\_\_

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Rüd,  
Beschwerdeführende,

gegen

**UBS AG**,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Länzlinger,  
Beschwerdegegnerin,

**Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA**,  
Vorinstanz;

---

Gegenstand

Aufsicht über Kreditinstitute und Börsen, evtl. Amtshilfe.

**Sachverhalt:****A.**

Im September 2007 nahm das US Department of Justice (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 A-7342/2008 und 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 Bundesverwaltungsgericht. 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.

**B.**

Am 18. Februar 2009 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Vorinstanz) 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 u.U. weiteren mit der Verfolgung von Steuerstraftatbeständen befassten Behörden herausgeben könne. In Ziff. 4 des Dispositivs hielt die Vorinstanz zudem fest,

dass die Verfügung nur mit ihrer vorgängigen Zustimmung Dritten herausgegeben werden dürfe. Die Vorinstanz erliess ihre Verfügung gestützt auf Art. 25 f BankG (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 bzw. 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.

### **C.**

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 Verfahrensanhträge, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren sei, der Beschwerdegegnerin unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB zu verbieten sei, Bankunterlagen und weitere Dokumente, welche die Beschwerdeführenden betreffen, an Dritte, insbes. 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 VwVG 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 superprovisorische 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. Insbesondere könne eine derartige Verfügung nicht gestützt auf Art. 25 f. BankG erlassen werden, da diese Artikel ausschliesslich im Fall von ernsthaften Liquiditätsproblemen einer Bank anwendbar seien und entsprechende Massnahmen bei Insolvenzgefahr vorsähen. Die Beschwerdegegnerin habe derzeit keine Liquiditätsprobleme, weshalb die Massnahmen gemäss Art. 25 f. BankG schon aus diesem Grund nicht hätten ergriffen werden dürfen. Hinzu komme, dass Art. 26 BankG die Herausgabe von Bankdaten nicht decke. Art. 26 BankG sei offensichtlich nicht für Fälle des internationalen Informationsaustauschs vorgesehen. Daraus folge, dass eine Durchbrechung des Bankkundengeheimnisses ausschliesslich im Rahmen der ordentlichen Rechts- und Amtshilfeverfahren möglich sei. Eine Weiterleitung von Informationen, die ausserhalb dieser gesetzlich verankerten Verfahren stattfinde, komme dem Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes gleich. Insgesamt seien demnach sowohl die Durchbrechung des Bankkundengeheimnisses als auch die angefochtene Verfügung widerrechtlich.

#### **D.**

Mit superprovisorischer Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 (vorab per Fax, 19.34 Uhr) verbot das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin – Letzterer unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB – die Beschwerdeführenden betreffende Bankunterlagen oder Dokumente an Dritte, insbes. an die amerikanischen Behörden, herauszugeben. Weiter wurden die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin eingeladen, bis am 24. Februar 2009 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführenden Stellung zu nehmen.

#### **E.**

Mit Eingabe vom 24. Februar 2009 beantragte die Beschwerdegegnerin

rin, dass auf das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht einzutreten bzw. das Gesuch abzuweisen sei, und auf das Gesuch um superprovisorische Massnahmen unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB nicht einzutreten bzw. 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 selbsttags 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. Deshalb seien die Beschwerdeführenden weder zur Beschwerde selbst noch zu den prozessualen Anträgen legitimiert. Ferner seien die von den Beschwerdeführenden gestellten Verfahrensanträge auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und auf vorsorglichen Erlass eines Verbots zur Herausgabe von Kundendaten an die US-Behörden unzulässig, da die Daten schon ausgehändigt worden seien. Auch nach Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG seien die Beschwerdeführenden nicht zur Beschwerde legitimiert. Die Daten seien an die US-Behörden übermittelt worden, weshalb ein allfälliger Schaden für die Beschwerdeführenden bereits eingetreten sei und sie aus diesem Grund kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr geltend machen könnten.

#### **F.**

Mit Eingabe vom 24. Februar 2009 liess sich die Vorinstanz 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. Sollte das Bundesverwaltungsgericht nicht bereits in diesem Verfahrensstadium auf Nichteintreten schliessen, behalte sich die Vorinstanz vor, zu einem späteren Zeitpunkt eine ausführliche Stellungnahme einzureichen. 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 selbsttags, d.h. 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. Weil die

Vorinstanz die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführenden verneine, sei diesen vorläufig keine Akteneinsicht zu gewähren. Die eingereichte und teilweise geschwärzte Verfügung vom 18. Februar 2009 könne an die Beschwerdeführenden ausgehändigt werden. Eine nicht geschwärzte Version der Verfügung sei hingegen allein für das Bundesverwaltungsgericht bestimmt. In Bezug auf die Legitimation gelte es festzuhalten, dass die Vorinstanz nicht ein Amtshilfeverfahren durchgeführt, sondern Schutzmassnahmen i.S.v. Art. 25 f. BankG angeordnet habe. Die Anordnung von Schutzmassnahmen habe sich aufgedrängt, weil das DoJ der Beschwerdegegnerin mit einer Anklage gedroht habe, sollte sie nicht sofort die fraglichen Kundendaten herausgeben. Diese Drohung sei für die Beschwerdegegnerin potentiell existenzbedrohend gewesen, weshalb die Vorinstanz in Rücksprache mit dem Bundesrat Schutzmassnahmen angeordnet habe. Gegen solche Massnahmen könnten die Bankkunden gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG keine Beschwerde erheben. Der vorliegende Fall sei insofern anders gelagert gewesen als andere Fälle von drohender Illiquidität einer Bank, als der Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses genügend liquide Mittel zur Verfügung gestanden hätten. Hingegen sei die Lage aufgrund der Drohung des DoJ sehr ernst gewesen und die Vorinstanz habe sich gezwungen gesehen, wegen der systemrelevanten Bedeutung der Beschwerdegegnerin die besagten Schutzmassnahmen anzuordnen.

#### **G.**

Mit Instruktionsverfügung vom 26. Februar 2009 erklärte das Bundesverwaltungsgericht 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. Zugleich wurden die Beschwerdeführenden aufgefordert, sich bis am 13. März 2009 zu ihrer Legitimation und zu ihrem Rechtsschutzinteresse zu äussern. Weiter wurde die Vorinstanz aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis am 2. März 2009 eine ungeschwärzte Kopie der angefochtenen Verfügung einzureichen und bis am 13. März 2009 detaillierte Angaben darüber zu machen, dass bzw. weshalb sie nicht weiss, ob die Beschwerdeführenden zu den Kunden der Beschwerdegegnerin gehören, deren Daten übermittelt wurden. Ebenso wurde die Beschwerdegegnerin aufgefordert, bis am 13. März 2009 detaillierte Angaben darüber zu

machen, ob und inwiefern die Beschwerdeführenden von der Datenübermittlung betroffen seien.

#### **H.**

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; Registratordossier (Korrespondenz, generelle Ablage usw.); Dokumentation Trades; Einträge Kundenberater; E-mails; Kontoauszüge.

Am 5. März 2009 bestätigte die Vorinstanz die Angaben der Beschwerdegegnerin vom 4. März 2009.

Am 6. März 2009 reichte die Vorinstanz dem Gericht eine ungeschwärzte Version der Verfügung vom 18. Februar 2009 ein und machte darauf aufmerksam, dass der Inhalt der Verfügung im Rahmen der fortdauernden Auseinandersetzung mit den USA die öffentlichen Interessen der Schweiz tangiere, weshalb die integrale Verfügung vertraulich zu behandeln sei.

#### **I.**

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 Verfahrensanhträge, ihnen sei uneingeschränkte Einsicht in verschiedene Dokumente zu gewähren. Nach Einsichtnahme sei den Beschwerdeführenden eine Frist zur Ergänzung der Beschwerde anzusetzen. Soweit die Vorinstanz dem Gericht Akten mit dem Antrag einreiche, keine Offenlegung zu gewähren, so seien diese als unbeachtlich aus dem Recht zu weisen. Zur Begründung bringen die Beschwerdeführenden vor, sie seien i.S.v. Art. 48 VwVG beschwerdelegitimiert. Die Vorinstanz habe ihnen die Teilnahme am Verfahren verweigert und die Verfügung nicht eröffnet. Sie hätten erst über Medienberichte von der angefochtenen Verfügung Kenntnis erlangt. Durch die Herausgabe von sie betreffenden Daten seien die Beschwerdeführenden ausser-

dem direkt und mehr als die Allgemeinheit betroffen. Schliesslich hätten sie auch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung der Verfügung. 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. Durch ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts könnte diese Unrechtmässigkeit festgestellt werden. 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 bzw. bereits bestehenden Insolvenz zügig durchgeführt werden könne. Genau dies sei aber bei der Beschwerdegegnerin nicht der Fall gewesen. Gläubiger bei der Beschwerdegegnerin seien lediglich die W.\_\_\_\_\_, die H.\_\_\_\_\_, sowie die K.\_\_\_\_\_. Die Privatpersonen seien nicht Gläubiger, sondern lediglich wirtschaftlich Berechtigte. Letztere hätten demnach die Beschwerde nicht in ihrer Eigenschaft als Gläubiger erhoben, und es gehe – im Gegensatz zum Beschwerdeausschluss gemäss Art. 24 BankG – auch nicht um vermögenswerte Rechte. Vielmehr gehe es um die aus dem Bankkundengeheimnis resultierenden Rechte, deren Träger die Beschwerdeführenden seien. Der Schutz von Art. 47 BankG gehe in personeller Hinsicht über den Gläubigerschutz hinaus.

#### **J.**

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. Zusammen mit der Vernehmlassung reichte die Vorinstanz einen Kurzbericht ihrer Vorgängerorganisation EBK über deren Untersuchung des grenzüberschreitenden Geschäfts der Beschwerdegegnerin mit Privatkunden in den USA ein. Die Vorinstanz stellt den Antrag, dass die Beschwerdeführenden keinen Einblick in diese Vernehmlassung erhalten sollten, wobei

der Kurzbericht aber weitergeleitet werden könne.

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 Bundesverwaltungsgericht 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. Weiter wurden die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin aufgefordert, sich zu den Vorbringen der Beschwerdeführenden betreffend deren Rechtsschutzinteresse und Rechtsmittelmöglichkeit zu äussern. Die Vorinstanz wurde zudem aufgefordert, sich zu den Verfahrensanträgen der Beschwerdeführenden bzgl. Herausgabe weiterer Akten vernehmen zu lassen.

#### **K.**

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. Zudem sei die ungeschwärzte Eingabe gemäss Art. 27 VwVG zu behandeln. 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. Aus diesem Grund sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Hinzu komme, dass die Beschwerdeführenden kein aktuelles Rechtsschutzinteresse i.S.v. Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG geltend machen könnten, da die Daten schon an die US-Behörden übergeben worden seien. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse sei insbesondere auch nicht darin zu erblicken, dass ein positives Urteil in einem Verantwortlichkeitsverfahren gegen die Vorinstanz oder als Grundlage für die Einrede der "fruit of the poisonous tree doctrine" herangezogen werden könnte. Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht ausnahmsweise

auf das Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses verzichten sollte, wäre trotzdem nur auf die Beschwerden der Firmen bzw. "juristischen Strukturen" einzutreten. Bei den natürlichen Personen handle es sich lediglich um die wirtschaftlich Berechtigten an diesen Firmen. Gerade die wirtschaftlich Berechtigten seien aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht beschwerdelegitimiert.

#### **L.**

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 die beschwerdelegitimierten Personen. So seien nur Gläubiger und Eigner einer Bank beschwerdelegitimiert. Die Beschwerdeführenden würden jedoch nicht in einer dieser Eigenschaften Beschwerde führen, weshalb sie zum Vornherein nicht legitimiert seien. Selbst wenn das Gericht zum Schluss kommen sollte, dass die Legitimation gemäss Art. 48 VwVG zu beurteilen wäre, würde es am aktuellen Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführenden mangeln. Die Daten der Beschwerdeführenden seien bereits an die US-Behörden ausgehändigt worden. Dieser Nachteil könne jedoch auch durch die "fruit of the poisonous tree doctrine" nicht abgewendet werden, zumal das Verbot, unrechtmässig erlangte Beweismittel zu verwerten, nur für Strafverfahren gelte und nicht für "civil tax proceedings", wie im Urteil *Townes v. City of New York* (1999) festgehalten werde. Ebenso wenig bestehe ein aktuelles Rechtsschutzinteresse aufgrund der beabsichtigten Durchsetzung von Staatshaftungsansprüchen bei einer bereits vollzogenen Verfügung. Schliesslich könne vorliegend nicht ausnahmsweise auf das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses verzichtet werden. Die Vorinstanz habe explizit ausgeführt, dass sie nicht gedenke, die Herausgabe weiterer Kundendaten anzuordnen. Zudem habe das Bundesverwaltungsgericht in seinen Urteilen A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009 festgehalten, dass nicht von einer Wiederholung des Sachverhalts auszugehen sei.

#### **M.**

Mit Instruktionsverfügung vom 1. April 2009 schloss das Bundesver-

waltungsgericht den Schriftenwechsel in Bezug auf die Rechtsmittelmöglichkeit und das Rechtsschutzinteresse ab.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist im Rahmen von Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz, unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine Verfügung gemäss Art. 25 ff. i.V.m. Art. 24 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0) handelt oder um eine Amtshilfeverfügung im Kompetenzbereich der Vorinstanz.

**1.2** Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin beantragen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, und eventualiter, dass über die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführenden ein gesonderter Teilentscheid im vorliegenden Pilotverfahren ergehe.

Ob die beschwerdeführende Partei beschwerdelegitimiert ist, ist von der zuständigen Behörde als Sachurteilsvoraussetzung vom Amtes wegen zu untersuchen (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, Bundesgerichtsgesetz, Komm., Basel etc. 2008, Rz. 3 zu Art. 89). In der Regel entscheidet die zuständige Behörde nicht gesondert über die Beschwerdelegitimation einer Partei, sondern erst im Rahmen des Entscheids in der Sache. Es steht der Behörde jedoch frei, über Prozessvoraussetzungen in einem selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zu befinden (vgl. MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Rz. 3 zu Art. 46). Im vorliegenden Fall scheint ein Zwischenentscheid betreffend Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführenden deshalb angebracht, weil sofort ein Endentscheid gefällt würde, sollten die Beschwerdeführenden nicht beschwerdelegitimiert sein (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG bzw. Art. 93 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]).

**1.3** Die angefochtene Verfügung wurde von der Vorinstanz am 18. Februar 2009 erlassen und der Beschwerdegegnerin, nicht aber den Beschwerdeführenden, gleichentags eröffnet. Letztere erhielten über die Medien Kenntnis vom Erlass der angefochtenen Verfügung. Dagegen erhoben die Beschwerdeführenden am 20. Februar 2009 per Fax und postalischer Eingabe Beschwerde. Sie haben somit die 30-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG i.V.m. Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG, SR 956.1) eingehalten.

**1.4** Schliesslich haben die Beschwerdeführenden W.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ die Kostenvorschüsse rechtzeitig überwiesen.

Nicht bezahlt wurden hingegen die Kostenvorschüsse von der D.\_\_\_\_\_ sowie von C.\_\_\_\_\_, weshalb gemäss Art. 23 VwVG auf die Beschwerde, soweit diese Beschwerdeführenden betreffend, nicht einzutreten ist.

## **2.**

Im Rahmen der Eintretensfragen ist vorliegend insbesondere die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführenden umstritten.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin machen diesbezüglich geltend, die angefochtene Verfügung stütze sich auf Art. 25 f. BankG. Gemäss Art. 24 Abs. 2 BankG könne nur die Verfügungsadressatin, nicht aber ein Gläubiger der Bank Beschwerde erheben. Die Beschwerdeführenden als Kunden der Beschwerdegegnerin seien Gläubiger dieser Bank und daher nicht beschwerdelegitimiert.

Die Beschwerdeführenden machen ihrerseits geltend, sie seien gestützt auf Art. 48 VwVG beschwerdelegitimiert, denn durch die Herausgabe der sie betreffenden Daten seien sie direkt und mehr als die Allgemeinheit betroffen. Die Vorinstanz habe ihnen daher zu Unrecht die Teilnahme am Verfahren verweigert und die Verfügung nicht eröffnet.

**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 kumula-

tiv gegeben sein und im Zeitpunkt des Urteils vorliegen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., 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 Beschwerde kann daher abgesehen werden (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler, 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, VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich etc. 2009, Rz. 9 zu Art. 48; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a. O., Rz. 12 ff. zu Art. 48; DIESELBE, Die Beteiligten am Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, 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. VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Rz. 12 f. zu Art. 48; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler, 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) bzw. Art. 103 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, BS 3 521). Auf die bisherige Lehre und die Praxis des Bundesgerichts 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 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Spar-

kassen vom 20. November 2002, BBI 2002 8060 8078). 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, Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1999, S. 41 f.). Bei Liquidationsschwierigkeiten einer Bank akzentuiert sich typischerweise ein Konflikt zwischen dem Partikular- bzw. 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- bzw. 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 bzw. 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, Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel etc. 2005, Rz. 9 ff. zum 11. Abschnitt, 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 bzw. ihr Vermögensinteresse von der Bonität der Bank bzw.

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. BBI 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.; GÜNTHER STRATENWERT, in: Basler Kommentar, a.a.O., 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 bzw. 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 insbesondere auch Art. 20j f. der Verordnung vom 15. Juni 1998 zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996 [Vo DBA-USA, SR 672.933.61]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7342/2008 und A-7426/2008 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 i.S.v. Art. 42 Abs. 4 FINMAG und damit beschwerdelegitimiert ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum bankrechtlichen Amtshilfverfahren diejenige Person, die Vertragspartner der Bank ist, mithin der betroffene Kontoinhaber. Diese Regelung steht im Gegensatz zu den staatsvertraglich bzw. 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 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 i.d.R. 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 wirtschaftlicher Berechtigter in der Banken- und Börsenaufsicht im Allgemeinen vgl. z.B. BGE 131 II 306 E. 1.2.2, unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts 2A.573/2003 E. 2.1, unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts 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 Bundesgerichts 2A.173/1995 E. 1b). Das Bundesgericht 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 über-

nommen werden kann. Die Beschwerden von J.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_  
und B.\_\_\_\_\_ richten sich – anders als in einem Amtshilfverfahren –  
gegen eine bereits vollzogene Verfügung. Das bedeutet, dass die die  
wirtschaftlich Berechtigten betreffenden Daten schon bei den US-Be-  
hörden sind und diese denn auch bereits in mindestens einem Fall ein  
Strafverfahren eröffnet haben (vgl. Medienmitteilung des DoJ, Tax,  
XXXXXXXXXXXX bzgl. S.\_\_\_\_\_). In diesem Zusammenhang könnte  
argumentiert werden, dass die US-Behörden an den Kundendaten der  
juristischen Personen bzw. 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 Berech-  
tigten zu erfahren. Die Namen und die Bankkundendaten der Kontoin-  
haber hingegen waren wohl eher Mittel zum Zweck der  
steuer(straf-)rechtlichen Verfahren gegen die wirtschaftlich Berech-  
tigten.

**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 Vorinstanz die Bankkundendaten zwar schon an die  
US-Behörden weitergeleitet, bevor die Beschwerdeführenden Gele-  
genheit 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 amtshilfweisen erfolg-  
ten Übergabe der Daten angehoben worden. Dies einerseits deshalb,  
weil im konkreten Fall auch die Kontoinhaber keine Rechtsmittelmög-  
lichkeit hatten, weshalb die Spekulation müßig ist, ob sie unter ande-  
ren Umständen eine Datenübergabe hätten verhindern können. Ande-  
rerseits kann auch bei einem Amtshilfverfahren weder die Vorinstanz  
noch das Bundesverwaltungsgericht umfassend prüfen, welche rechtli-  
chen Folgen die Herausgabe von Daten für die davon direkt und indi-  
rekt Betroffenen im konkreten Fall haben können. Vorliegend rechtfert-  
igt es sich folglich nicht, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung  
zu den Amtshilfverfahren abzuweichen. Die wirtschaftlich Berechtig-  
ten J.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ sind deshalb von der Da-  
tenübergabe nicht als direkt betroffen im Rechtssinn anzusehen, wes-

halb 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. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler, 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: Niggli/Übersax/Wiprächtiger, a.a.O., 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 Bundesverwaltungsgerichts 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 Bundesgericht auf Zivilverfahren beschränkt (vgl. MARKUS SCHOTT, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 96). Das Bundesgericht 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 Bundesverwaltungsgerichts, 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 bzw. 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** Die Beschwerdeführenden machen weiter geltend, ein aktuelles Interesse bestehe auch aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes. Die durch die Vorinstanz autorisierte Herausgabe der Daten sei zu Unrecht damit begründet worden, die Daten würden Fälle von Steuerbetrug betreffen. Dies stelle eine Verletzung der Unschuldsvermutung dar.

**3.4.1** Der Schutz der Persönlichkeit gehört zum Schutzbereich des in Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierten Grundrechtsanspruchs auf Achtung des Privatlebens (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit weiteren einschlägigen Erlassen – Kommentar, Zürich 2007, zu Art. 13 N 5; STEPHAN BREITENMOSE, in: Bernhard Ehrenzeller/Klaus A. Vallender/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer, Die schweizerische Bundesverfassung, Komm., 2. Aufl., Zürich 2008, Rz. 17 zu Art. 13 Abs. 1; LUZIUS WILDHABER, IntKomm EMRK Rz. 127 ff. zu Art. 8). Art. 17 Abs. 1 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2) schützt den Einzelnen ausdrücklich vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 142).

**3.4.2** Diese Ausführungen der Beschwerdeführenden weisen ein aktuelles Rechtsschutzinteresse nicht nach. Eine rechtlich relevante Verletzung der Ehre oder des guten Rufes setzt voraus, dass die rufschädigende Behauptung gegenüber einem für den Betroffenen relevanten Adressatenkreis erfolgt und dass dieser Adressatenkreis erkennen kann, dass sich die Behauptung gegen den Betroffenen richtet. Im vorliegenden Fall ist indessen lediglich den Beschwerdeführern selbst, deren Anwalt, der Beschwerdegegnerin, der Vorinstanz und dem angerufenen Gericht bekannt, dass sich der von der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin in den Medien erhobene Vorwurf des Verdachts auf Abgabebetrug auch auf die Beschwerdeführenden bezog. Der Öffentlichkeit wurden dagegen keine Namen bekanntgegeben und es kann auch davon ausgegangen werden, dass weder die Beschwerdegegnerin noch die Vorinstanz oder das angerufene Gericht, welche dem Amtsgeheimnis unterstehen, die Namen der Beschwerdeführenden bekannt geben werden. Der Vorwurf des Verdachts auf Abgabebetrug ist somit weder in der breiteren Öffentlichkeit noch auch nur in einem kleineren, aber relevanten Adressatenkreis mit den Namen der Beschwerdeführenden verknüpft worden, und es besteht auch keinerlei

Anlass zur Annahme, dass dies ohne Zutun der Beschwerdeführenden in Zukunft geschehen würde.

**3.4.3** Soweit die Beschwerdeführenden ein aktuelles Rechtsschutzinteresse aus einer Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts ableiten wollen, kann ihrer Argumentation daher nicht gefolgt werden.

#### **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 bzw. 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, in: Auer/Müller/Schindler, 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. MOSER/BEUSCH/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 Bundesverwaltungsgericht 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 Bundesverwaltungsgericht 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.

**4.2.1.1** Im hier zu beurteilenden Verfahren hat das erkennende Gericht nicht primär 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 bzw. 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.

**4.2.1.2** Der Bundesrat 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 (TIEA), 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 bzw. 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. Tagesanzeiger 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 entgehen würden.

Im konkreten Fall und aufgrund der veränderten Umstände rechtfertigt es sich, von der vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil A-7426/2008 vom 5. März 2009 vertretenen Auffassung – soweit sich dieselben Fragen stellen – abzuweichen. 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 BV sowie allenfalls Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 Bst. a 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 rechtfertigen und andernfalls die behaupteten Verletzungen kaum je

oder mit einem allfälligen anderen Rechtsmittel nicht genügend geprüft werden könnten (vgl. unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts 1P.75/2000 E. 3, 4 vom 7. Juni 2000; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6110/2007 vom 22. Dezember 2008; 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: AJP 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 bzw. des Menschenrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK darstellt (vgl. GÜNTHER STRATENWERT, a.a.O., Rz. 1 f. zu Art. 47; RAINER J. SCHWEIZER, a.a.O., Rz. 41 und 47 zu Art. 13; LUZIUS WILDHABER, in: IntKomm EMRK, Ordner 1, a.a.O, Rz. 323 ff. zu Art. 8; unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 25. April 2001 2A.234/2000 E. 2b/bb). 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 h.L. 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. RAINER J. SCHWEIZER, a.a.O, Rz. 47 zu Art. 13). Eine Rechtsschutzmöglichkeit i.S.v. 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 16.12.1997, Rec. 1997-VIII, 2880; RAINER J. 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; RAINER J. SCHWEIZER, IntKomm EMRK, 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 Rechtswidrig-

keit einer bereits erfolgten Handlung, d.h. als Realakt auf Antrag in Form einer Feststellungsverfügung befunden werden muss (zum Realakt vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, Auer/Müller/Schindler, a.a.O., insbesondere Rz. 21 ff. zu Art. 25a; ENRICO RIVA, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte: Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in: SJZ 103 (2007) S. 337 ff., insbesondere 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 Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV bzw. 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 (vgl. 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.

## 7.

Beim Nichteintreten auf ein Verfahren sind den davon betroffenen Beschwerdeführenden gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigung-

gen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) die Verfahrenskosten aufzuerlegen und werden im vorliegenden Fall unter Anwendung von Art. 5 i.V.m. Art. 3 Bst. b VGKE auf je Fr. 500.– für C.\_\_\_\_\_, die D.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ festgelegt. Die Verfahrenskosten werden mit den jeweiligen Kostenvorschüssen verrechnet soweit J.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ betreffend. C.\_\_\_\_\_ und die D.\_\_\_\_\_ ihrerseits haben die Verfahrenskosten mittels beigelegtem Einzahlungsschein binnen 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Nichteintretensentscheids zu begleichen.

Über die Verfahrenskosten für diesen Zwischenentscheid in Bezug auf die Beschwerdeführenden W.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ wird im Rahmen des Endentscheids zu befinden sein.

### **8.**

Wie vorstehend dargelegt, geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass sich die Legitimation der Beschwerdeführenden W.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ aus ihrer unmittelbaren Betroffenheit in ihrer Rechtsstellung als aus dem Bankkundengeheimnis Berechtigte ergibt und damit analog zu beurteilen ist wie die Beschwerdelegitimation in einem Verfahren betreffend internationale Amtshilfe. Es erscheint daher als fraglich, ob der Umstand, dass die Vorinstanz ihre Verfügung auf Art. 25 f. BankG abgestützt hat, den Beschwerdeführenden, auf deren Beschwerden nicht eingetreten wird, eine Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht verschafft, die ihnen in einem normalen Amtshilfeverfahren nicht offen stehen würde (Art. 83 Bst. h BGG).

Die Frage, ob eine Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist oder nicht, kann vorliegend offen gelassen werden, denn ihre Beantwortung liegt ohnehin nicht in der Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts. Vielmehr wird das Bundesgericht gegebenenfalls selbst über die Zulässigkeit einer allfälligen Beschwerde entscheiden. Diese Überlegungen führen zu der offen formulierten Rechtsmittelbelehrung, wie sie dem nachfolgenden Entscheiddispositiv angefügt ist.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Auf das Rechtsbegehren, wonach die angefochtene Verfügung aufzuheben sei, wird nicht eingetreten.

**2.**

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführenden C.\_\_\_\_\_ und die D.\_\_\_\_\_ sowie S.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ wird wegen Nichtleistens des Kostenvorschusses bzw. mangels direkter Betroffenheit nicht eingetreten.

**3.**

Auf das Eventualbegehren, wonach die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen sei, wird mit Bezug auf die Beschwerdeführenden W.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ eingetreten.

**4.**

Über die Verfahrenskosten für diesen Zwischenentscheid sowie über allfällige Parteientschädigungen wird mit Bezug auf die Beschwerdeführenden W.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ mit dem Endentscheid befunden.

**5.**

Den Beschwerdeführenden C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ werden Verfahrenskosten von je Fr. 500.– auferlegt. Diese Verfahrenskosten werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Im Fall von C.\_\_\_\_\_ und der D.\_\_\_\_\_ sind die Verfahrenskosten mittels den beiliegenden Einzahlungsscheinen binnen 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Nichteintretensentscheids zu begleichen.

**6.**

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführer (Einschreiben; vorab per Fax; Beilage: Pressemitteilung, Einzahlungsscheine)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben; vorab per Fax; Beilage: Pressemitteilung)
- die Vorinstanz (Einschreiben; vorab per Fax; Beilage: Pressemitteilung)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Kaspar Luginbühl

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: >