

Dokument	BGE 132 III 460
Urteilsdatum	22.03.2006
Gericht	Bundesgericht
Publikation	Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Rechtsgebiete	OR

52. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. Stiftung U. gegen A. (Berufung) 4C.432/2005 vom 22. März 2006

Bundesgericht

Art. 400 Abs. 1 OR; Vermögensverwaltungsvertrag; Herausgabe von Retrozessionen und Finder's Fees.

Voraussetzungen eines rechtsgültigen Verzichts des Auftraggebers auf die Herausgabe von Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen des Vermögensverwalters (E. 4).

Art. 400 al. 1 CO; contrat de gestion de fortune; versement de ristournes et de commissions (finder's fees).

Conditions dans lesquelles le mandant renonce valablement au versement des ristournes et autres recettes encaissées par le gérant (consid. 4).

Art. 400 cpv. 1 CO; contratto di gestione patrimoniale; consegna di ristorni e provvigioni (finder's fees).

Condizioni alle quali il mandante può validamente rinunciare, sotto il profilo giuridico, alla consegna di ristorni e altre entrate simili del gestore patrimoniale (consid. 4).

| BGE 132 III 460, 461

A.- Die Stiftung U. (Klägerin und Berufungsklägerin), wurde im Jahre 1993 gegründet; sie wurde wirtschaftlich von B. und dessen Ehefrau beherrscht. A. (Beklagter und Berufungsbeklagter) verwaltete das Stiftungsvermögen seit der Gründung bis im Sommer 1998 als Angestellter verschiedener Banken. Im Jahre 1998 nahm er eine selbständige Erwerbstätigkeit auf und führte die Verwaltung des Vermögens der Stiftung in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung weiter. Das Stiftungsvermögen wuchs auf über 100 Millionen Franken an.

Anfangs Februar 2000 wurde B. von der Staatsanwaltschaft Mannheim verhaftet und in der Folge wegen Vermögensdelikten in Milliardenhöhe, die er über seine Gesellschaft "D. GmbH" begangen hatte, zu einer mehrjährigen Gefängnisstrafe verurteilt. Über die "D. GmbH" eröffnete das Amtsgericht Karlsruhe am 4. Februar 2000 das

Insolvenzverfahren; am 1. Mai 2000 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen von B. eröffnet. Im Rahmen eines Rechtshilfverfahrens wies die Bezirksanwaltschaft Zürich am 10. Februar 2000 unter anderem auch den Beklagten an, ihr sämtliche Dokumente betreffend B. herauszugeben und belegte die B. zuzurechnenden Vermögenswerte einstweilen mit einem Verfügungsverbot.

Am 14. Februar 2000 stellte der Beklagte der Klägerin eine Honorarrechnung für seine Vermögensverwaltung über den Betrag von Fr. 847'500.-, den er am 16. Februar 2000 auf seinem Bankkonto gutgeschrieben erhielt. Am 15. Februar 2000 erstattete der Beklagte der Meldestelle für Geldwäscherei eine Verdachtsmeldung betreffend die Klägerin. Auf Strafanzeige der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 21. Februar 2000 eröffnete die Staatsanwaltschaft Graubünden am 7. März 2000 ein Strafverfahren wegen Geldwäscherei gegen den Beklagten und dehnte dieses Verfahren im Frühjahr 2001 auf den Tatbestand der Veruntreuung aus. Das Strafverfahren wurde in der Folge im November 2002 teilweise eingestellt; im Übrigen wurde der Beklagte am 30. Oktober 2003 vom Bezirksgerichtsausschuss

BGE 132 III 460, 462

Maloja freigesprochen; der Kantonsgerichtsausschuss von Graubünden bestätigte dieses Urteil am 9. Juni 2004.

Am 14. Mai 2002 stellte die Klägerin beim Vermittleramt des Kreises Oberengadin folgende Rechtsbegehren:

"1. Der Beklagte sei unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, der Klägerin umfassend Rechenschaft über seine Tätigkeit als Beauftragter der Klägerin abzugeben und insbesondere sämtliche Aufzeichnungen, Bücher und Belege herauszugeben, welche über die von ihm im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens der Klägerin bezogenen Honoraransprüche und Provisionen (Retrozessionen), über sämtliche vom Beklagten getätigten Barbezüge und weitere erhaltene Vermögenswerte sowie über deren Verwendung, umfassend Aufschluss zu geben.

2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin sämtliche von ihm im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Beauftragter der Klägerin vereinnahmten Provisionen (Retrozessionen) der Bank X., der Bank Y. sowie der Bank Z., alle Niederlassungen in St. Moritz, herauszugeben und es sei der Beklagte überdies zu verpflichten, der Klägerin sämtliche von ihm als Beauftragter der Klägerin erlangten Vermögenswerte, über deren auftragsgemässe Verwendung und/oder Weiterleitung der Beklagte keine Rechenschaft ablegen kann, zurückzuerstatten bzw. zu bezahlen, und zwar in der Höhe des nach erfolgter Rechenschaftsablegung des Beklagten festgestellten Herausgabeanspruchs der Klägerin, mindestens jedoch in der Höhe von Fr. 1'392'500.-, zuzüglich Zins ab Datum der Klageeinleitung an".

Die Klägerin erhöhte ihre Forderung in der Folge auf Fr. 2'783'873.28.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und verlangte widerklageweise noch ein Honorar für seine Verwaltungstätigkeit von Februar 2000 bis Februar 2001 in Höhe von Fr. 565'000.-.

B.- Das Bezirksgericht Maloja wies die Klage mit Urteil vom 3. November 2004 ab. Die Widerklage wurde gutgeheissen und die Klägerin/Widerbeklagte verpflichtet, dem Beklagten/Widerkläger Fr. 565'000.- zuzüglich 5% Zins seit 4. Juli 2002 zu bezahlen. Das Gericht kam zum Schluss, der Beklagte habe den wirtschaftlich Berechtigten regelmässig über seine Verwaltungstätigkeit informiert, die vorhandenen Akten seien im Strafverfahren beschlagnahmt worden und ständen der Klägerin zur Verfügung, weshalb eine erneute Rechenschaftslegung des Beklagten nicht geschuldet sei. Das Gericht stellte sodann fest, die Parteien seien sich über die Entgeltlichkeit des Auftrags zur Vermögensverwaltung einig; da keine der Parteien eine Vereinbarung über die Höhe des Entgelts beweisen konnte, setzte das Gericht die Entschädigung nach Verkehrsübung

BGE 132 III 460, 463

auf 0.5% des verwalteten Vermögens pro Jahr fest und schloss, die dem Beklagten von Banken ausgerichteten Retrozessionen ständen ihm gemäss Branchenübung und der mit B. stillschweigend getroffenen Vereinbarung zu. Das Bezirksgericht kam sodann zum Schluss, dass der Verwaltungsauftrag des Beklagten auch für die Zeit von Februar 2000 bis Februar 2001 weiterhin bestand und sprach ihm dafür den in der Widerklage begehrten Betrag zu.

Das Kantonsgericht von Graubünden wies die von der Klägerin gegen dieses Urteil erhobene Berufung am 23. Mai 2005 ab. Das Gericht hielt zunächst fest, die Klägerin habe ihr Rechtsbegehren auf Rechenschaftsablegung nicht mehr erneuert, weshalb darüber nicht mehr zu befinden sei; auch sei die nachträgliche Zeugeneinvernahme von Dr. E. zu Recht erfolgt. Das Gericht verneinte sodann die Pflicht des Beklagten zur Herausgabe der Retrozessionen und Finder's Fees mit der Begründung, die Parteien hätten dies vereinbart; eventuell habe sie der Beklagte auf eigene Rechnung erhalten und nach Art. 400 Abs. 1 OR daher nicht herauszugeben; schliesslich stehe der Ablieferungspflicht auch die Verkehrsübung entgegen.

C.- Die Klägerin hat gegen das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden sowohl staatsrechtliche Beschwerde wie auch eidgenössische Berufung eingereicht.

Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 400 und Art. 6 OR verletzt, indem sie die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Retrozessionen und Finder's Fees abgewiesen habe.

Aus den Erwägungen:

4. Die Klägerin rügt hauptsächlich, die Vorinstanz habe in Verletzung von Bundesrecht verneint, dass der Beklagte zur Herausgabe der von ihm im Rahmen der Verwaltung des Vermögens der Klägerin eingenommenen Retrozessionen und Finder's Fees verpflichtet sei. In der Bankenbranche wird unter Retrozession der Vorgang bezeichnet, dass eine Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt (vgl. die Definition bei BOEMLE/GSELL et al., Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 903; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl. 2004, N.1691 S. 553). Die Klägerin versteht unter dem Ausdruck "Finder's Fee" eine einmalige

BGE 132 III 460, 464

Entschädigung, welche der Vermögensverwalter von einer Bank für die Zuführung von neuen Vermögenswerten bzw. neuer Kunden(gelder) erhält (vgl. HESS, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Finanzmarktrecht, AJP 1999 S. 1432; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., N. 1693 S. 554).

4.1 Auf den Vermögensverwaltungsvertrag finden die auftragsrechtlichen Regeln Anwendung (BGE 124 III 155 E. 2b S. 161; 115 II 62 E. 1; Urteil 4C.97/1997 vom 29. Oktober 1997, E. 3a, publ. in: SJ 1998 S. 200). Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag - abgesehen von einem allfälligen Honorar - weder gewinnen noch verlieren; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen; behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält (FELLMANN, Berner Kommentar, N. 115, 117, 127 zu Art. 400 OR; WEBER, Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 400 OR; TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl. 2003, N. 4705 f.). Zu den indirekten Vorteilen, die der Beauftragte herausgeben muss, zählen beispielsweise Rabatte, Provisionen, Schmiergelder usw. (FELLMANN, a.a.O., N. 128 und 132 zu Art. 400 OR; WEBER, a.a.O., N. 14 zu Art. 400 OR). Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht (Urteil 4C.125/2002

vom 27. September 2002, E. 3.1; FELLMANN, a.a.O., N. 131 zu Art. 400 OR mit weiteren Hinweisen). Retrozessionen - und wohl regelmässig auch Finder's Fees, sofern der Beauftragte dem Auftraggeber im Rahmen des Vertrags geraten hat, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu) zu deponieren (a.M. offenbar DE CAPITANI, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Festschrift Jean-Paul Chappuis, Zürich 1998, S. 29 Ziff. 13) - werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und

BGE 132 III 460, 465

unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., N. 1694 S. 554; JÖRG/ARTER, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, Der Schweizer Treuhänder 2004, S. 297 f.; HESS, a.a.O., S. 1432; WATTER, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, AJP 1998 S. 1177 Rn. 27). Aus BGE 112 III 90 E. 4e S. 97 ergibt sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz nichts Gegenteiliges.

4.2 Die auftragsrechtliche Ablieferungspflicht kann die Hauptpflicht sein oder eine Nebenpflicht bilden (FELLMANN, a.a.O., N. 151 f. zu Art. 400 OR; WEBER, a.a.O., N. 10 zu Art. 400 OR). Ob der Auftraggeber auf die Ablieferung überhaupt oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gültig verzichten kann, ist in der Lehre umstritten. Während eine ältere Lehrmeinung die Pflicht zur Herausgabe im Sinne von Art. 400 OR für zwingend hält und einen Verzicht auf die Ablieferung erst zulässt, wenn der Verzichtende weiss, was und wieviel er erlässt (GAUTSCHI, Berner Kommentar, N. 38 d/f zu Art. 400 OR), wird die Gültigkeit einer Verzichtsvereinbarung in der neueren Lehre überwiegend bejaht (vgl. WERRO, Commentaire Romand, N. 20 zu Art. 400 OR; FELLMANN, a.a.O., N. 154 zu Art. 400 OR; DE CAPITANI, a.a.O., S. 27; WATTER, a.a.O., S. 1177 Rn. 27; EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., S. 554; vgl. allerdings WEBER, Basler Kommentar, N. 10/21 zu Art. 400 OR; differenzierend HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/6, Basel 2000, S. 119). Art. 400 OR enthält kein ausdrückliches Verbot und es sind auch keine Gründe erkennbar, welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen. Mit der überwiegenden neueren Lehre ist daher grundsätzlich die Gültigkeit einer Vereinbarung zu bejahen, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte verzichtet. Immerhin ergeben sich Schranken aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags, welche durch eine entsprechende Vereinbarung nicht aufgehoben werden kann (vgl. FELLMANN, a.a.O., N. 154 zu Art. 400 OR). Die Fremdnützigkeit als solche wird zwar nicht berührt, wenn die Ablieferung von Einnahmen wie sog. Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag eine Nebenpflicht bildet und dem Beauftragten dadurch im Ergebnis ein - zusätzliches - Entgelt für seine Tätigkeit zukommen soll. Die Pflicht zur Ablieferung bildet aber auch hier ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags und ist mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden, dass sie als deren Folge erscheint

BGE 132 III 460, 466

(vgl. BGE 110 II 181 E. 2 S. 182; GUHL/SCHNYDER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, S. 553 Rz. 20). Von der Lehre wird daher zutreffend verlangt, dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., S. 554 f.; DE CAPITANI, a.a.O., S. 27; vgl. auch LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, Zürich 2002, S. 506). Diese Anforderung rechtfertigt sich zusätzlich aus der Erwägung, dass eine solche Vereinbarung zu Interessenkonflikten führen kann, da durch (zu) häufige Transaktionen ein nennenswertes Zusatzeinkommen erzielt werden kann (zum sog. Churning vgl. WATTER, a.a.O., S. 1177).

4.3 Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, wenn sie annimmt, ein Verzicht auf die Ablieferung von im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Retrozessionen ergebe sich auch daraus, dass entsprechende Vereinbarungen als üblich gelten könnten. Nach der Feststellung im angefochtenen Urteil leiten 81% der Vermögensverwalter Retrozessionen nicht an ihre Kunden weiter und bestehen 28.5% ihrer Einnahmen aus Retrozessionen. Aus der allgemeinen tatsächlichen Verbreitung der Einbehaltung von Retrozessionen allein kann weder in Bezug auf den Grundsatz noch die Höhe derartiger Einnahmen eine übliche Vergütung nach Handels- oder Ortsgebrauch im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR abgeleitet werden (vgl. BGE 120 V 515 E. 4b/bb S. 520). Abgesehen davon, dass die entsprechenden Einnahmen von der Art und Häufigkeit von Vermögenstransaktionen abhängen, bildet die Vereinbarung über die Einbehaltung der umstrittenen Retrozessionen und ähnlicher Einnahmen keine Honorarabrede, auch wenn damit im Ergebnis die Entschädigung des Vermögensverwalters für seine Tätigkeit erhöht wird. Denn es kann nicht als üblich unterstellt werden, dass ein Auftraggeber unbeschadet auf Rechenschaft verzichte und mit Einnahmen des Beauftragten einverstanden sei, deren Ausmass er weder kennen noch kontrollieren kann. Die Standesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter verlangen denn auch im Gegenteil, dass der Vermögensverwalter gegenüber dem Kunden sämtliche derartigen Leistungen offen legt und im Vertrag mit dem Kunden festhält, wem die Rückvergütungen zukommen sollen (EMCH/RENZ/ARPAGAU, a.a.O., N. 1694 S. 554; vgl. Art. 10 i.V.m. Art. 7 Anhang B Standesregeln VSV). Derartige Standesregeln können nach der Rechtsprechung als Ausdruck einer Berufsausübung zur Auslegung

BGE 132 III 460, 467

und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden (Urteil 4C.236/1997 vom 31. Oktober 1997, publ. in: SJ 1998 S. 379, E. 3b mit Verweis auf BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters bei Derivaten - Bemerkung zum Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 1995 (4C.467/1994) in SZW 1996 S. 240 ff.; vgl. auch FELLMANN, a.a.O., N. 71 zu Art. 396 OR; LOMBARDINI, a.a.O., S. 503). Sie stehen hier einer Auslegung entgegen, wonach der Beauftragte mangels gegenteiliger Absprache die im Rahmen der Vermögensverwaltung eingenommenen Retrozessionen nicht abliefern müsse. Es bedarf einer Vereinbarung der Parteien, aus der sich der Wille des informierten Mandanten eindeutig ergibt, auf die Ablieferung der dem Mandatar im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen (ganz oder teilweise) zu verzichten.

4.4 Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall eine entsprechende Vereinbarung bejaht. Die Vorinstanz erwog zunächst in Würdigung der Beweise, dass auf die widersprüchliche Aussage des an der Klägerin wirtschaftlich Berechtigten B. (über die konkrete Kenntnis bzw. Unkenntnis von bezogenen Retrozessionen und Finder's Fees) nicht abgestellt werden könne. Die Vorinstanz stellte hingegen auf die Aussage des Stiftungsratspräsidenten der Klägerin (Dr. E.) ab. Aus dem Umstand, dass der Stiftungsratspräsident wusste, dass Retrozessionen und Finder's Fees an den Beklagten bezahlt wurden, könne - so die Vorinstanz - nur geschlossen werden, dass "sich die Parteien stillschweigend, aber zumindest durch konkludentes Handeln darüber einig waren, dass die Retrozessionen und Finder's Fees beim Beklagten verbleiben sollen." Die Vorinstanz hat angenommen, dass der Beklagte angesichts sämtlicher Umstände davon ausgehen durfte, die Klägerin sei damit einverstanden gewesen, dass der Beklagte die Entschädigungen behalte, zumal sie Stillschweigen bewahrte.

Die Vorinstanz erwog sodann in Anlehnung an die Begründung der ersten Instanz, dass der wirtschaftlich Berechtigte B. durch sein Stillschweigen betreffend die (allgemeine) Geschäftsabwicklung der Klägerin, "wozu auch die ihm allgemein bekannte Usanz der Auszahlung von Retrozessionen und Finder's Fees zählt", sein Einverständnis erklärte; denn ohne das Vorliegen einer solchen "Einigung" wäre nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin trotz Kenntnis des Bezugs von Retrozessionen und Finder's Fees nicht eingeschritten sei; ausserdem deute eine Besprechungsnotiz des Beklagten darauf hin, dass zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten der Klägerin (B.) und dem Beklagten sogar ausdrücklich vereinbart worden sei, dass

BGE 132 III 460, 468

dem Beklagten auch die Kommissionen als Honorar verbleiben sollten. Die Vorinstanz leitete jedoch aus diesen Feststellungen nichts ab und traf insbesondere keine Feststellungen über eine allfällige Befugnis des wirtschaftlich Berechtigten zur Vertretung der Klägerin bzw. zur Genehmigung ihrer Geschäfte. Sie hielt es vielmehr für das zwischen den Parteien geltende Vertragsverhältnis für letztlich belanglos, ob die wirtschaftlich berechtigten Personen der (Nicht-)Ablieferung von Retrozessionen und Finder's Fees zugestimmt hätten oder nicht.

Die Vorinstanz erwog schliesslich, dass der damalige Stiftungsratspräsident der Klägerin (Dr. E.) zwar nicht um die konkrete Höhe der Auszahlungen, aber immerhin darum gewusst habe, dass solche Auszahlungen in der Schweiz üblich seien; ausserdem sei ihm die Grössenordnung der verwalteten Vermögenswerte bekannt gewesen; ebenso sei er über deren Stand per Ende Jahr jeweils informiert worden und habe Kenntnis vom konkreten Verwaltungshonorar gehabt; folglich habe er auch die Höhe der Retrozessionen und Finder's Fees "fassbar abschätzen" können.

4.5 Das von der Vorinstanz festgestellte Wissen des Organs der Klägerin über die Grössenordnung der vom Beklagten eingenommenen Retrozessionen und Finder's Fees genügt nicht für einen rechtswirksamen Verzicht auf Rechenschaftslegung und Ablieferung mit dem die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR wegbedungen wird. Die von der Vorinstanz festgestellte Schätzbarkeit der Höhe der Retrozessionen aufgrund der Grössenordnung des verwalteten Vermögens, des vereinbarten Verwaltungshonorars und der Üblichkeit solcher Einnahmen vermittelte der Klägerin keine hinreichend genaue Kenntnis über die tatsächlich anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees; denn diese hängen von weiteren Faktoren wie insbesondere der Anzahl getätigter Geschäfte und der Vereinbarung über die Höhe derartiger Entschädigungen an den Vermögensverwalter durch Dritte ab. Über die genaue Höhe der konkreten Einnahmen des Beklagten hatte die Klägerin (bzw. ihr Stiftungsratspräsident) nach den Feststellungen der Vorinstanz keine Kenntnis. Auch wenn daher der Beklagte wusste, dass dem Stiftungsratspräsidenten als Organ der Klägerin die Üblichkeit derartiger Entschädigungen bekannt war und dass er um die Grössenordnung des verwalteten Vermögens wusste, durfte er nach Treu und Glauben aus dem blossen Stillschweigen der Klägerin bzw. deren Organe nicht ableiten, er sei von der Rechenschaftsablegung und Ablieferung der ihm im

BGE 132 III 460, 469

Rahmen der Verwaltung des Vermögens der Klägerin von Dritten bezahlten Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen befreit. Angesichts der Bedeutung der Rechenschaftspflicht für den fremdnützigen Auftrag hätte es vielmehr dem Beklagten obliegen, die Klägerin bzw. deren zuständige Organe über die konkret anfallenden Retrozessionen und Finder's Fees in Kenntnis zu setzen. Ohne ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung der Klägerin auf Rechenschaftslegung und Ablieferung hätte sich der Beklagte zumindest vergewissern müssen, dass die Auftraggeberin ihm die im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Einnahmen als zusätzliche Entschädigung für seine Tätigkeit in Kenntnis der konkreten Vereinbarung mit den Banken über deren Höhe sowie der mutmasslichen Häufigkeit der entschädigungspflichtigen Transaktionen überlassen wollte. Aus dem blossen Stillschweigen der Klägerin durfte der Beklagte nach den im angefochtenen Urteil festgestellten Umständen nicht auf einen Verzicht der Klägerin auf Herausgabe dieser der Klägerin zustehenden Einnahmen schliessen.

4.6 Die Vorinstanz hat bundesrechtswidrig angenommen, dass die umstrittenen Retrozessionen nicht der Ablieferungspflicht gemäss Art. 400 OR unterfallen und bundesrechtswidrig aus dem blossen Stillschweigen der Auftraggeberin geschlossen, dass der Beauftragte nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, die Klägerin sei mit der Nicht-Ablieferung von Retrozessionen und ähnlichen im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallender Entschädigungen einverstanden. Die Berufung ist in diesem Punkt begründet. Da dem angefochtenen Urteil keine Feststellungen darüber zu entnehmen sind, welche Beträge aus welchen Rechtsgeschäften der Beklagte im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens der Klägerin von Dritten eingenommen hat, ist das angefochtene Urteil entsprechend dem Eventualantrag der

Klägerin aufzuheben. Die Sache ist zur Ergänzung der massgebenden Feststellungen im Rahmen der rechtsgenügenden Vorbringen in diesem Punkt und zu neuem Entscheid im Rahmen der prozessual zulässigen Rechtsbegehren gemäss den vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG).



Dokument	BGE 137 III 393
Urteilsdatum	29.08.2011
Gericht	Bundesgericht
Publikation	Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Rechtsgebiete	Vertragsrecht (allgemein)

BGE 137 III 393

59. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Pensionskasse X. gegen Y. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_266/2010 vom 29. August 2011

Art. 400 Abs. 1 OR; Vermögensverwaltungsvertrag; Herausgabe von Retrozessionen; Verzicht auf Herausgabeanspruch.

Voraussetzungen eines ausdrücklichen Verzichts des Auftraggebers auf die Herausgabe von Rückvergütungen, die dem beauftragten Vermögensverwalter zufließen (E. 2).

Art. 400 al. 1 CO; contrat de gestion de fortune; restitution de ristournes; renonciation à la créance en restitution.

Conditions d'une renonciation expresse du mandant à la restitution de ristournes versées au gérant de fortune mandaté par lui (consid. 2).

Art. 400 cpv. 1 CO; contratto di gestione patrimoniale; consegna di ristorni; rinuncia alla pretesa di restituzione.

Condizioni per una rinuncia espressa del mandante alla consegna di ristorni confluiti al gestore patrimoniale da lui incaricato (consid. 2).

A.

A.a Die Y. AG (Beschwerdegegnerin) ist eine Vermögensverwaltungsgesellschaft.

In der Zeit vom 2. Mai 1996 bis zum 12. Oktober 2006 war die Beschwerdegegnerin für die Pensionskasse X. (Beschwerdeführerin) als externe Vermögensverwalterin tätig.

BGE 137 III 393, 394

A.b Die Vermögensverwaltung basierte auf einer als "Asset-Management-Vereinbarung" bezeichneten Vereinbarung vom 2. Mai 1996. Ziffern 7 und 8 des Vermögensverwaltungsvertrags sehen Folgendes vor:

"7. Der Auftraggeber ersetzt der (Beschwerdegegnerin) sämtliche

Courtage, Abgaben und übrigen Auslagen, die bei der Erfüllung dieses Vertrages anfallen. Allfällige Retrozessionen stehen vollumfänglich der (Beschwerdegegnerin) zu.

8. Der Auftraggeber zahlt der (Beschwerdegegnerin) eine allgemeine Administrativkommission von 0.5% p.a. des Depotwertes. Die Administrativkommission wird vierteljährlich erhoben. Als Berechnungsgrundlage dient jeweils der Depotwert per Ende des Vorquartals. Die Berechnung der Administrativkommission erfolgt pro rata temporis."

In Ziffer 17 wird ein als "Vereinbarung betreffend der Transaktionskosten sowie der zugelassenen Portfoliomanagement Aktivitäten" bezeichnetes Schreiben vom 2. Mai 1996 als integrierender Vertragsbestandteil erklärt. Nach diesem "betragen die Transaktionskosten (Courtage) jeweils 0.5% pro Abrechnung".

A.c Der Beschwerdegegnerin wurden von der Depotbank M. keine Courtage belastet, die ihr von der Auftraggeberin nach Ziffer 7 Satz 1 zurückzuerstatten gewesen wären. Die Bank M. rechnete als Depotbank die Börsenaufträge jeweils netto ab, d.h. die Courtage von 0.5% wurde in den Aktienkurs integriert. Sie vergütete der Beschwerdegegnerin aus vereinnahmten Transaktionsgebühren insgesamt Fr. 3'513'932.65 sowie Fr. 118'673.66 aus vereinnahmten Depotgebühren.

B.

B.a Mit Eingabe vom 13. April 2007 klagte die Beschwerdeführerin beim Kantonsgericht Zug gegen die Beschwerdegegnerin auf Rechnungslegung sowie Bezahlung von Fr. 118'673.66 zuzüglich Zins. Mit Replik vom 4. Oktober 2007 ergänzte die Beschwerdeführerin ihr Rechtsbegehren mit einer zusätzlichen Forderung über Fr. 3'513'932.65 zuzüglich Zins. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin habe ihr die Retrozessionen zu vergüten, die dieser von der Depotbank zugeflossen seien.

Mit Urteil vom 19. Februar 2009 hiess das Kantonsgericht Zug die Klage im Umfang von Fr. 118'673.66 sowie Fr. 3'513'932.65, jeweils zuzüglich Zins, gut. Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin betreffend Rechenschaftsablegung und Befreiung vom Bankgeheimnis wies es ab, soweit diese nicht gegenstandslos geworden seien.

BGE 137 III 393, 395

B.b Mit Urteil vom 23. März 2010 hiess das Obergericht des Kantons Zug eine von der Beschwerdegegnerin gegen das kantonsgerichtliche Urteil erhobene Berufung gut, es hob das angefochtene Urteil vom 19. Februar 2009 auf und wies die Klage ab.

C.- Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 23. März 2010 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zur Zahlung von Fr. 118'673.66 sowie Fr. 3'513'932.65, jeweils zuzüglich Zins, zu verurteilen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut, es hebt das angefochtene Urteil des Obergerichts des Kantons Zug auf und weist die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

(Zusammenfassung)

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr in Verletzung von Bundesrecht den Anspruch auf Herausgabe der von der Beschwerdegegnerin eingenommenen Retrozessionen abgesprochen.

2.1 Auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag sind die auftragsrechtlichen Regeln anzuwenden (vgl. BGE 132 III 460 E. 4 S. 463 mit Hinweisen). Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft neben denjenigen Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Behalten darf der Beauftragte nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält (BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464 mit Hinweisen).

Zu den indirekten Vorteilen des Beauftragten gehören unter anderem sogenannte Retrozessionen bzw. Rückvergütungen. Darunter werden namentlich Zahlungen verstanden, die dem Vermögensverwalter gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung mit der

BGE 137 III 393, 396

Depotbank aus vereinnahmten Gebühren zufließen. Diese fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen daher der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464 f. mit Hinweisen).

2.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Pflicht zur Herausgabe im Sinne von Art. 400 OR nicht zwingend. Der Auftraggeber kann auf die Ablieferung bestimmter Werte verzichten. Dabei ist nicht nur ein nachträglicher Verzicht auf die Herausgabe bereits erlangter Vorteile zulässig. Die Parteien können grundsätzlich auch vereinbaren, dass der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter künftig anfallender Werte verzichtet. Die Gültigkeit eines solchen Verzichts setzt jedoch voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend deutlich hervorgeht (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f. mit Hinweisen).

Darüber, welche konkreten Anforderungen an die Information des Auftraggebers zu stellen sind, damit der von ihm ausgesprochene Verzicht auf die Ablieferung gültig ist, herrscht in der Lehre Uneinigkeit. Während einzelne Autoren davon ausgehen, dass der Auftraggeber die genaue Höhe der Retrozessionen kennen müsse (BRETTON-CHEVALLIER, *Le gérant de fortune indépendant*, 2002, S. 164; vgl. auch BELLINA BORER-BENZ, *Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 Abs. 1 OR*, 2006, S. 161), verlangt eine zweite Gruppe Informationen zur Berechnungsgrundlage und zur Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen (NÄNNI/VON DER CRONE, *Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung*, SZW 2006 S. 383; SUSAN EMMENEGGER, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in: *Anlagerecht*, Emmenegger [Hrsg.], 2007, S. 84; FABIAN SCHMID, *Retrozessionen an externe Vermögensverwalter*, 2009, S. 188 ff.; REIMANN/KUHN, *Nach dem Retrozessionsentscheid: Konsequenzen für Vermögensverwalter*, *Der Schweizer Treuhänder* 80/2006 S. 690; MONIKA ROTH, *Das Dreiecksverhältnis Kunde - Bank - Vermögensverwalter*, 2007, Rz. 181; ROLF KUHN, *Retrozessionszahlungen an externe Vermögensverwalter*, *AJP* 2006 S. 1054; JEAN-YVES DE BOTH, *La saga des rétrocessions*, in: *Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, 2010, S. 125 f.; vgl. auch WERNER DE CAPITANI, *Retrozessionen an externe*

BGE 137 III 393, 397

Vermögensverwalter, in: *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht*, Festgabe für Jean-Paul Chapuis, 1998, S. 27 Rz. 5). Eine weitere Lehrmeinung will eine ausdrückliche Verzichtsklausel ohne Kenntnis der genauen oder auch nur ungefähren Höhe der Retrozessionen genügen lassen und zusätzliche Informationen nur ausnahmsweise bzw. nur auf Anfrage des Kunden voraussetzen (SANDRO ABEGGLEN, *Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen - Einordnung und Anforderungen*, *recht* 25/2007 S. 199, 203; CHRISTOPH GUTZWILLER, *Rechtsfragen der Vermögensverwaltung*, 2008, S. 203; PETER CH. HSU,

Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees, 2006, S. 35 f.; LOMBARDINI/MACALUSO, *Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire*, AJP 2008 S. 183 ff.; vgl. auch HSU/STUPP, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2006* S. 206, die für einen ausdrücklichen Vorausverzicht des Kunden immerhin fordern, dass der unabhängige Vermögensverwalter den Kunden über den Umstand informiert, dass ihm Retrozessionen zukommen, und er dem Kunden ausdrücklich anbietet, auf Wunsch vor dem Verzicht genauere Auskunft über die Zusammensetzung und die mutmassliche Höhe der Retrozessionen zu erteilen).

2.3 Wie die Rechenschaftspflicht ist auch die mit ihr eng verbundene Pflicht zur Ablieferung ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f.; vgl. auch SCHMID, a.a.O., S. 181). Die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR lässt sich darüber hinaus als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen (ROLF H. WEBER, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 9 zu Art. 398 OR; JOSEF HOFSTETTER, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, SPR Bd. VII/6, 2000, S. 36; NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 379; BRETTON-CHEVALLIER, a.a.O., S. 156; vgl. auch WALTER FELLMANN, *Berner Kommentar*, 1992, N. 128 zu Art. 400 OR, der eine Verbindung von Herausgabepflicht und Interessenwahrung herstellt). Die Ablieferungspflicht garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr begegnet, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen (NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 379; vgl. auch BRETTON-CHEVALLIER, a.a.O., S. 161; FELLMANN, a.a.O., N. 128 zu Art. 400 OR).

BGE 137 III 393, 398

Ein Interessenkonflikt ergibt sich etwa bei transaktionsabhängigen Rückvergütungen aus dem damit verbundenen Anreiz des Vermögensverwalters, durch (zu) häufige Transaktionen (sog. Churning) ein Zusatzeinkommen zu erzielen (BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 466; vgl. GUTZWILLER, a.a.O., S. 198; MONIKA ROTH, *Retrozessionen und Interessenkonflikte - wenn der Berater in Tat und Wahrheit ein Verkäufer ist*, ZBJV 146/2010 S. 522 f.; CAMP/BÜHRER, *Retrozessionszahlungen*, *Der Schweizer Treuhänder* 80/2006 S. 530; KUHN, a.a.O., S. 1052).

2.4 Ein voraussetzungsloser pauschaler Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen ist im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr von Interessenkonflikten, die durch die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR gerade verhindert werden sollen, problematisch. Eine Vereinbarung der Parteien, wonach allfällige Retrozessionen beim Vermögensverwalter verbleiben, setzt daher voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen hinreichend informiert ist. Die sich aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags ergebenden Schranken sind gewahrt, sofern der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, die es ihm erlauben, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen, und er im Wissen darum dem konkreten Entschädigungsmodell zustimmt.

Geht man davon aus, dass im Vermögensverwaltungsgeschäft ohne Rückvergütungen anstelle der indirekten Kosten höhere direkte Kosten in Form von Honoraren anfallen würden und sich der Ertrag somit letztlich gleich bleibt, verzichtet der (informierte) Auftraggeber mit der Preisgabe seines Herausgabeanspruchs letztlich nicht auf Geld, sondern insbesondere auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten (vgl. NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 383; BRETTON-CHEVALLIER, a.a.O., S. 164 f.; MÜLLER/MADER, *Développements récents de la jurisprudence en matière des contrats spéciaux*, in: *Actualité du droit des contrats*, Jean-Marc Rapp und andere [Hrsg.], 2008, S. 166; vgl. aber auch ROTH, *Dreiecksverhältnis*, a.a.O., Rz. 169, die im Falle der Weitergabe der Rückvergütungen an den Kunden eher von einer für den Anleger vorteilhafteren Kostenbilanz ausgeht). Der Auftraggeber muss daher wissen, welche Verwaltungshandlungen und in welchem Ausmass diese von

BGE 137 III 393, 399

Abreden mit Dritten beeinflusst sein können (NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 383). Ohne Kenntnis der anfallenden Rückvergütungen ist es weder möglich, die Kostenstruktur zu durchschauen und damit die Plausibilität der anfallenden Aufwendungen einzuschätzen, noch allfällige Interessenkonflikte oder -verletzungen seitens des Vermögensverwalters zu erkennen (WIEGAND/ZELLWEGE-GUTKNECHT, *Privatrechtliche Probleme der Vermögensverwaltung*, in: *Vermögensverwaltung und Nachlassplanung*, Wiegand [Hrsg.], 2005, S. 44; HSU, a.a.O., S. 27; BORER-BENZ, a.a.O., S. 153). Ein vorgängiger Verzicht auf die Information bezüglich Rückvergütungen ist nicht möglich; ein solcher käme einem voraussetzungslosen Herausgabeverzicht gleich (ROTH, *Dreiecksverhältnis*, a.a.O., Rz. 182; SCHMID, a.a.O., S. 181; KUHN, a.a.O., S. 1054; CLAUDE BRETTON-CHEVALLIER, *Les clauses de confidentialité dans les accords de collaboration*, in: *Transparence et secret dans l'ordre juridique, liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, 2010, S. 113 Fn. 20; a.M. HSU, a.a.O., S. 28 f.).

Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig ist, muss der Auftraggeber demnach die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genaue Bezifferung ist bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend verändert und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt ist (vgl. ABEGGLEN, a.a.O., S. 195; EMMENEGGER, a.a.O., S. 84; SCHMID, a.a.O., S. 189; BRETTON-CHEVALLIER, *gérant de fortune*, a.a.O., S. 164; GUTZWILLER, a.a.O., S. 202; ROTH, *Dreiecksverhältnis*, a.a.O., Rz. 181). Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen (vgl. NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 383; SCHMID, a.a.O., S. 189; ROTH, *Dreiecksverhältnis*, a.a.O., Rz. 195; REIMANN/KUHN, a.a.O., S. 690). Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird (vgl. HSU/STUPP, a.a.O., S. 206; HSU, a.a.O., S. 36; EMMENEGGER, a.a.O., S. 84; SCHMID, a.a.O., S. 190; REIMANN/KUHN, a.a.O., S. 690). Das Zusammenspiel dieser beiden Elemente ermöglicht es dem Auftraggeber, im Hinblick auf einen

BGE 137 III 393, 400

Verzicht sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung zu erfassen als auch die beim Vermögensverwalter aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen.

2.5 Eine Pflicht, den Kunden im Hinblick auf eine Verzichtserklärung unaufgefordert über den Umstand der zufließenden Retrozessionen zu informieren, der für diesen angesichts der damit verbundenen Gefahr von Interessenkonflikten zweifellos von Bedeutung ist, folgt bei der Ausführung des Auftrags aus der Treuepflicht des Beauftragten (vgl. BGE 115 II 62 E. 3a S. 64 f.), ergibt sich jedoch bereits vor Abschluss des Vertrags aus dessen vorvertraglicher Aufklärungspflicht (vgl. BRETTON-CHEVALLIER, *gérant de fortune*, a.a.O., S. 95 f.; SCHMID, a.a.O., S. 136; BORER-BENZ, a.a.O., S. 151 ff.; zu den vorvertraglichen Aufklärungspflichten FELLMANN, a.a.O., N. 150 ff. zu Art. 398 OR). Inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht, ist im Einzelfall zu bestimmen, wobei auch der Geschäftserfahrenheit des Auftraggebers Rechnung zu tragen ist (vgl. VON BÜREN/WALTER, *Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006*, ZBJV 143/2007 S. 499 f.; JÖRG SCHMID, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006 und 2007*, ZBJV 146/2010 S. 625; FABIAN SCHMID, a.a.O., S. 190 f.).

Während ein gänzlich unerfahrener und unwissender Kunde vom Vermögensverwalter über sämtliche erwähnten Punkte aufzuklären und auf die entsprechenden Zusammenhänge im Einzelnen aufmerksam zu machen ist, aus denen sich angesichts des Empfangs von Leistungen Dritter Interessenkonflikte ergeben können, reicht beim erfahrenen und in finanziellen Angelegenheiten sachkundigen Vermögensträger ein Hinweis auf die technischen Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie auf das zu erwartende Transaktionsvolumen bzw. die Angabe der erwarteten Rückvergütungen als Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens aus. Die Aufklärung muss dabei weder im einen noch im anderen Fall in einer besonderen Form erfolgen.

Hat der Auftraggeber hingegen - etwa aufgrund einer vorbestehenden Geschäftsbeziehung oder infolge Information durch Dritte - im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits Kenntnis der massgebenden Berechnungsgrundlagen, besteht kein Informationsbedarf und der erklärte Verzicht ist auch ohne besondere Aufklärung durch den

BGE 137 III 393, 401

Vermögensverwalter gültig (vgl. VON BÜREN/WALTER, a.a.O., S. 499 f.; FABIAN SCHMID, a.a.O., S. 190 f.). Der Beauftragte, der dem Herausgabeanspruch des Kunden dessen Verzicht auf die Ablieferung zugeflossener Rückvergütungen entgegenhalten will, hat jedoch nach Art. 8 ZGB zu beweisen, dass die Voraussetzung der hinreichenden Information beim Auftraggeber vorlag. Ein bloss allgemeiner Hinweis, wonach der Vermögensverwalter möglicherweise Rückvergütungen von Dritten erhält, lässt den Auftraggeber die Tragweite des Verzichts nicht erkennen und ist daher nicht ausreichend (NÄNNI/VON DER CRONE, a.a.O., S. 382; EMMENEGGER, a.a.O., S. 83; vgl. auch ROTH, Dreiecksverhältnis, a.a.O., Rz. 195; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Chronik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Oktober 2005-Oktob 2006, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Peter Nobel [Hrsg.], 2007, S. 133; FABIAN SCHMID, a.a.O., S. 189 f.; a.M. ABEGGLEN, a.a.O., S. 199; vgl. auch LOMBARDINI/MACALUSO, a.a.O., S. 183; SIMON SCHÄREN, Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Vermögensverwalters im Bezug auf "Retrozessionen", AJP 2008 S. 1210).

2.6 Ziffer 7 der zwischen den Parteien abgeschlossenen "Asset-Management-Vereinbarung" vom 2. Mai 1996 hält fest, dass allfällige Retrozessionen vollumfänglich der Beschwerdegegnerin zustehen sollen. Der im Vertrag enthaltene Hinweis darauf, dass die Beschwerdegegnerin möglicherweise Rückvergütungen von Dritten entgegennimmt, reicht für einen gültigen Verzicht der Beschwerdeführerin auf ihren auftragsrechtlichen Herausgabeanspruch (Art. 400 Abs. 1 OR) allerdings nicht aus. Ebenso wenig lässt sich aus dem von der Vorinstanz in allgemeiner Weise festgestellten "hohen Fachwissen" bzw. der "bereits vorhandenen Geschäftserfahrung" auf eine konkrete Information der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Berechnungsgrundlage der von der Depotbank M. ausgerichteten Rückvergütungen, geschweige denn deren voraussichtliche Grössenordnung schliessen, worauf auch der angefochtene Entscheid zutreffend hinweist.

Die Beschwerdegegnerin vermochte weder nachzuweisen, dass sie der Beschwerdeführerin gegenüber die massgebenden Berechnungsparameter offengelegt, noch dass sie sich konkret zur Grössenordnung der (aufgrund der ungefähren Häufigkeit der massgebenden Transaktionen) zu erwartenden Rückvergütungen geäußert hätte. Dem angefochtenen Entscheid lässt sich auch nicht entnehmen, dass der Beschwerdeführerin die entsprechenden

BGE 137 III 393, 402

Berechnungsgrundlagen der zufließenden Retrozessionen anderweitig zur Kenntnis gebracht worden wären, etwa durch Information seitens der Depotbank (zur Informationspflicht der Bank hinsichtlich Retrozessionen etwa WIEGAND/ZELLWEGER-GUTKNECHT, a.a.O., S. 45 ff.; BRETTON-CHEVALLIER, gérant de fortune, a.a.O., S. 165 f.; CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2. Aufl. 2008, S. 746 f. Rz. 108; BORER-BENZ, a.a.O., S. 129 f.;

ROTH, Dreiecksverhältnis, a.a.O., Rz. 53 f., 63; rechtsvergleichend das Urteil des BGH vom 19. Dezember 2000, publiziert in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 146 [2001] 235 E. 2 S. 238 ff.; vgl. auch ROLF WATTER, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, AJP 1998 S. 1177; vgl. demgegenüber DE CAPITANI, a.a.O., S. 31 ff. Rz. 18 ff.).

Entgegen dem angefochtenen Entscheid reichte für einen gültigen Vorausverzicht auch der Umstand nicht aus, dass die Beschwerdeführerin hätte annehmen müssen, dass Retrozessionen aus den Transaktionskosten fliessen würden und diese "in ihrer Höhe rein mathematisch begrenzt waren durch die maximale Höhe der vereinnahmten Transaktionskosten, also 0.5% auf dem Gesamtvolumen aller Transaktionen". Diese allgemeinen Angaben, über die der Auftraggeber regelmässig verfügt, lassen ebenso wenig auf die im Einzelfall tatsächlich entrichteten Rückvergütungen schliessen wie die von der Vorinstanz unter Berufung auf den Verband Schweizerischer Vermögensverwalter angeführten durchschnittlich erzielbaren Bruttomargen im Vermögensverwaltungsgeschäft. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführerin die konkreten Ansätze der von der Bank M. ausgerichteten Rückvergütungen unbekannt waren, lässt sich den Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Entscheids auch nicht entnehmen, dass sie über das zu erwartende Transaktionsvolumen informiert gewesen wäre.

Das von der Vorinstanz festgestellte Wissen der Beschwerdeführerin über die von der Beschwerdegegnerin vereinnahmten Rückvergütungen reichte für einen rechtswirksamen Verzicht auf den auftragsrechtlichen Herausgabeanspruch (Art. 400 Abs. 1 OR) nicht aus.

2.7 Der abgeschlossene Vertrag ist damit teilnichtig (Art. 20 Abs. 2 OR), d.h. er gilt, jedoch ohne den Herausgabeverzicht (EMMENEGGER, a.a.O., S. 84). Damit hat die Beschwerdeführerin nach Art. 400 Abs. 1 OR grundsätzlich Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen, die der Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der vereinbarten Vermögensverwaltung zugeflossen sind.

BGE 137 III 393, 403

Die Beschwerdegegnerin hat im kantonalen Verfahren jedoch verrechnungsweise eigene Ansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin erhoben. Aufgrund der Erwägungen im angefochtenen Entscheid zur Wirksamkeit des Verzichts, die sich als unzutreffend erwiesen haben, hat die Vorinstanz auf die Prüfung der geltend gemachten Verrechnungsforderung verzichtet. Entsprechend ist die Streitsache zur Beurteilung der Verrechnungsforderung an die Vorinstanz zurückzuweisen.



Dokument	BGE 137 II 431
Urteilsdatum	15.07.2011
Gericht	Bundesgericht
Publikation	Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Rechtsgebiete	Wirtschaft, Bank- und Finanzmarktrecht

BGE 137 II 431

39. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) gegen X. Ltd., Y. Ltd. und Z. Corp. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_127/2010 vom 15. Juli 2011

Art. 36 Abs. 1 und Art. 185 Abs. 3 BV; Art. 25 f. BankG; Art. 10 VwVG und Art. 11 des Organisationsreglements FINMA 2008; Zulässigkeit der Herausgabe von Bankkundendaten der UBS an die amerikanischen Behörden durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) im Februar 2009.

Inhalt und Stellenwert des Bankkundengeheimnisses im schweizerischen Recht (E. 2.1). Bankenrechtliche Schutzmassnahmen müssen das Bankkundengeheimnis wahren und dürfen nicht dazu dienen, die Kompetenzen der Rechtshilfe- oder Steuerbehörden bzw. die von diesen zu prüfenden, für die amtshilfweise Aufhebung des Bankkundengeheimnisses erforderlichen Voraussetzungen zu umgehen (E. 2.2 und 2.3). Bejahung der Zulässigkeit der Herausgabe der Kundendaten gestützt auf die polizeiliche Generalklausel (E. 3 und 4). Feststellung des Anscheins einer Befangenheit des damaligen Präsidenten der FINMA (E. 5).

Art. 36 al. 1 et art. 185 al. 3 Cst.; art. 25 s. LB; art. 10 PA et art. 11 du Règlement d'organisation FINMA 2008; admissibilité de la remise de données bancaires de clients de l'UBS aux autorités américaines par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) en février 2009.

Contenu et place du secret bancaire en droit suisse (consid. 2.1). Les mesures protectrices fondées sur la législation bancaire doivent respecter le secret bancaire et ne pas conduire à contourner les compétences des autorités fiscales ou d'entraide judiciaire en particulier celles concernant le contrôle des conditions autorisant de lever le secret bancaire dans le cadre de l'assistance administrative (consid. 2.2 et 2.3). Les données des clients pouvaient être remises sur la base de la clause générale de police (consid. 3 et 4). Constatation de l'apparence de prévention du Président de la FINMA de l'époque (consid. 5).

Art. 36 cpv. 1 e art. 185 cpv. 3 Cost.; art. 25 seg. LBCR; art. 10 PA e art. 11 del Regolamento di organizzazione 2008 FINMA; ammissibilità della consegna dei dati bancari di clienti dell'UBS alle autorità americane da parte dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) nel febbraio 2009.

Contenuto ed importanza del segreto bancario nel diritto svizzero (consid. 2.1). Le misure di protezione previste dalla legislazione bancaria devono tutelare il segreto bancario e non devono essere utilizzate per aggirare le mansioni delle autorità fiscali o di quelle competenti per l'assistenza giudiziaria rispettivamente, per eludere il loro esame delle condizioni necessarie per togliere il segreto bancario in materia di assistenza amministrativa (consid. 2.2 e 2.3). I dati dei clienti potevano essere consegnati in base alla clausola generale di polizia (consid. 3 e 4). Constatazione dell'apparenza di prevenzione dell'allora Presidente della FINMA (consid. 5).

BGE 137 II 431, 432

A.

A.a Am 18. Februar 2009 schloss die UBS AG mit dem amerikanischen Justizdepartement (Department of Justice [DoJ]) einen Vergleich ab (Deferred Prosecution Agreement [DPA]). Sie anerkannte darin, die USA durch gemeinsames Vorgehen mit Bankkunden um Steuereinnahmen betrogen zu haben. Sie verpflichtete sich, 780 Mio. Dollar zu bezahlen und künftig auf das grenzüberschreitende Geschäft mit US-Kunden zu verzichten. Das Agreement sah zudem vor, dass die UBS AG gewisse Kundendaten herausgeben würde. Im Gegenzug erklärte das DoJ sich bereit, die laufende Strafverfolgung für mindestens 18 Monate auszusetzen und auf diese definitiv zu verzichten, sollte die UBS AG ihren Verpflichtungen aus dem DPA nachkommen. Der Vergleich hielt fest, dass der Internal Revenue Service (IRS), d.h. die US-Steuerbehörde, im eingeleiteten John-Doe-Summons-Verfahren (JDS-Verfahren) die "enforcement action", d.h. das konkrete Durchsetzungsbegehren, einreichen würde und ein Verstoß gegen eine entsprechende richterliche Anordnung als Verletzung des DPA gelten könnte.

A.b Der IRS beantragte tags darauf, die UBS AG zu verpflichten, ihm die Daten von 52'000 US-Kontoinhabern herauszugeben. Am 1. Juli 2009 ermächtigte der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), der UBS AG zu untersagen, schriftlich oder mündlich, direkt oder indirekt, die im John-Doe-Summons-Verfahren geforderten Informationen zu übermitteln, und die UBS AG gegebenenfalls daran zu hindern, über diese Informationen zu verfügen, sei es durch die Anordnung einer Dokumentenbeschlagnahme, sei es durch Zugangsbeschränkungen zu den

BGE 137 II 431, 433

Informatiksystemen ("blocking order"). Am 10. August 2009 hiess der Bundesrat den Entwurf eines Abkommens mit der amerikanischen Regierung über ein Amtshilfegesuch des IRS betreffend die UBS AG gut. Am 19. August 2009 informierten die schweizerischen Behörden die Öffentlichkeit, dass der Vertrag in Kraft getreten sei (AS 2009 5669); die USA würden im Fall UBS ein neues Amtshilfegesuch einreichen und darauf verzichten, die Zivilklage durchzusetzen. Die Schweiz verpflichtete sich im Gegenzug, ein rund 4'450 Konten betreffendes Amtshilfeersuchen innert Jahresfrist zu bearbeiten.

A.c Mit Urteil vom 21. Januar 2010 stufte das Bundesverwaltungsgericht dieses Abkommen als blosse "Verständigungsvereinbarung" ein, auf deren Grundlage bei fortgesetzter, schwerer Steuerhinterziehung keine Amtshilfe ausserhalb des Abkommens vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen (DBA-USA; SR 0.672.933.61) geleistet werden könne (Urteil A-7789/2009). Am 31. März 2010 unterzeichneten die schweizerischen und die amerikanischen Behörden eine neue Vereinbarung, worin sie klarstellten, dass es sich beim revidierten Doppelbesteuerungsabkommen um einen Staatsvertrag handle, der dem geltenden Recht vorgehe. Das Abkommen wurde ab dem

31. März 2010 vorläufig angewendet und am 17. Juni 2010 durch das Parlament genehmigt (BB1 2010 2965 ff.; AS 2010 2907; SR 0.672.933.612). (...)

B.

B.a Die Eidgenössische Bankenkommission ("EBK"; heute: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA) erfuhr im Februar/März 2008 von den in den USA gegen die UBS AG erhobenen Vorwürfen und den damit verbundenen möglichen unilateralen Zwangsmassnahmen (z.B. "Subpoena" als Mittel zur Beibringung von Informationen unter Zwangsandrohung). Sie informierte die Eidgenössische Finanzverwaltung, das Bundesamt für Justiz (BJ) und die Eidgenössische Steuerverwaltung (EStV) hierüber. (...)

B.b Am 16. Juli 2008 (mit Ergänzung vom 29. August 2008) ersuchte der IRS die EStV gestützt auf das schweizerisch-amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen um Amtshilfe. Am 8. Dezember 2008 teilten die Staatsanwälte des DoJ der UBS AG mit, sie würden umgehend das Verfahren zur Anklageerhebung einleiten, wenn nun nicht rasch Kundendaten übermittelt würden. Am 15. Dezember 2008 informierten Vertreter des DoJ und des US Treasury die

BGE 137 II 431, 434

Schweizer Regierung, dass das laufende Amtshilfeverfahren zu lange dauere; es werde nunmehr erwartet, dass zeitlich noch um das Ende des Jahres eine signifikante Anzahl Daten ausgehändigt werde.

B.c Am 21. Dezember 2008 stellte die EBK fest, dass die UBS AG bei ihrem "Crossborder"-Geschäft in den USA gegen das Gewährs- und Organisationserfordernis des Bankengesetzes verstossen habe, indem einzelne Mitarbeiter in einer beschränkten Zahl von Fällen entgegen ihren Verpflichtungen unter dem "Qualified Intermediary Agreement" (QIA) für Steuerzwecke erstellte Kundendokumentationen als zureichend erachteten, von denen sie wussten oder hätten wissen müssen, dass sie den US-Steuerstatus des Kunden unzutreffend wiedergaben. Die UBS AG habe über eine längere Zeit zudem amerikanische aufsichtsrechtliche Beschränkungen zur grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen missachtet. Die Bankenkommission rügte die UBS "wegen schwerer Verletzung des Gewährs- und Organisationserfordernisses". (...)

C.

C.a Am 19./24. Dezember 2008 ersuchte der Bundesrat mit Blick auf den zunehmenden Druck aus den Vereinigten Staaten und deren Absichten, unilateral gegen die UBS AG vorzugehen, die EBK darum, im "Interesse der Stabilität sowohl des schweizerischen als auch des globalen Finanzsystems (...) alle notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen solchen Schritt zu verhindern".

Das DoJ machte den Abschluss eines Vergleichs mit der UBS AG davon abhängig, dass gewisse Kundendaten umgehend übermittelt würden. Am 17. Februar 2009 drohte es der UBS AG im Rahmen der Verhandlungen an, sie unverzüglich anzuklagen, sollten die offenzulegenden US-Kundendaten nun nicht sofort ausgehändigt werden.

C.b Mit Verfügung vom 18. Februar 2009 ordnete die FINMA an, dass die UBS AG dem Departement of Justice und allenfalls weiteren mit der Verfolgung von Straftatbeständen befassten US-Behörden über sie die unter Ziffer 9 des "Deferred Prosecution Agreement" vom 18. Februar 2009 sowie im Anhang "Account Disclosure Letter" (datiert vom 16. Februar 2009) genannten Daten (285 Dossiers von 255 Kunden) sofort herausgeben müsse. Die UBS AG habe ihr die offenzulegenden Informationen rechtzeitig in elektronischer Form zwecks Weiterleitung an das DoJ zu übergeben; soweit möglich, seien sämtliche Daten offensichtlich unbeteiligter Dritter abzudecken. Die Verfügung werde sofort vollstreckt. Die FINMA

BGE 137 II 431, 435

begründete ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass die UBS AG in einer "Zwangssituation zwischen widersprechenden Rechtspflichten in den USA und der Schweiz" stehe und selber nicht imstande sei, "die bevorstehende Anklageerhebung und die damit einhergehenden unmittelbaren Bedrohungen ihrer Existenz

abzuwenden". Zur Wahrung der Gläubiger- und Anlegerinteressen und zur Sicherung der Stabilität des Schweizer Finanzsystems sei es "zwingend und unausweichlich", geeignete Schutzmassnahmen anzuordnen, "da trotz aller Schritte der Schweizer Behörden keine realistische Aussicht mehr" bestehe, "eine die Existenz gefährdende Anklage abzuwenden". Die der FINMA übergebenen Daten wurden am Abend des 18. Februar 2009 der amerikanischen Botschaft ausgehändigt, nachdem der Vergleich in den USA zuvor richterlich genehmigt worden war.

C.c Mit Urteil vom 5. Januar 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht die gegen die Verfügung der FINMA gerichtete Beschwerde der X. Ltd., der Y. Ltd. und der Z. Corp. gut, soweit es darauf eintrat (Urteil B-1092/2009; auszugsweise publiziert in: ZBl 111/2010 S. 451 ff.). Das Gericht stellte fest, "dass die Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung vom 18. Februar 2009, welche die Herausgabe der Bankkundendaten der Beschwerdeführer an die US-amerikanischen Behörden anordneten, rechtswidrig" seien. Da der Bundesrat in einer von ihm als Notstand bewerteten Situation nicht selber Massnahmen ergriffen habe und die FINMA im Rahmen des konstitutionellen Notrechts nicht delegationsweise handeln können, stütze sich die angefochtene Verfügung auf keine für die Einschränkung von Grundrechten genügende gesetzliche Grundlage. Die FINMA habe über keine rechtliche Möglichkeit verfügt, die Herausgabe von Kundendaten ausserhalb der explizit hierfür vorgesehenen Rechts- bzw. Amtshilfeverfahren anzuordnen. Ihre Auffassung, dass sie sich hierzu auf Art. 25 und 26 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0; "Massnahmen bei Insolvenzgefahr" [Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 3. Oktober 2003, in Kraft seit 1. Juli 2004; AS 2004 2767, 2776; BBl 2002 8060]) habe berufen können, sei unzutreffend.

D.

D.a Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA gelangte am 4./5. Februar 2010 mit dem Antrag an das Bundesgericht, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben. Die von ihr

BGE 137 II 431, 436

angeordnete Herausgabe von Kundendaten sei durch Art. 25 und 26 BankG gedeckt. Zum Zeitpunkt ihrer Verfügung sei sie "angesichts der ernsthaften, schriftlich angezeigten Drohungen" des US-Departement of Justice betreffend eine Anklage der UBS AG zu Recht davon ausgegangen, dass die Liquidität und letztlich der Weiterbestand der Bank bei einer Anklage schwer, direkt und unmittelbar bedroht gewesen wären. Es habe eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr für die Liquidität der UBS und damit für die Gläubiger der UBS sowie das schweizerische Finanzsystem bestanden, dessen Funktionsfähigkeit sie habe schützen müssen. (...)

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gut, hebt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010 auf und bestätigt inhaltlich die Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009. Es stellt fest, dass der Präsident der FINMA bei Erlass der Verfügung vom 18. Februar 2009 hätte in den Ausstand treten müssen.

(Auszug)

Aus den Erwägungen:

2.

2.1

2.1.1 Das Bankkundengeheimnis bezeichnet die durch Straf- und allenfalls aufsichtsrechtliche Sanktionen verstärkte Pflicht einer Bank und ihrer Angehörigen, alle Informationen, die ihnen im Laufe der Geschäftsbeziehung vom Kunden anvertraut werden oder ihnen in diesem Rahmen zur Kenntnis kommen, nach aussen hin geheim zu halten. Es beruht auf der vertraglichen Beziehung zwischen der Bank und dem Kunden einerseits und dessen Persönlichkeitsschutz andererseits (Botschaft vom 18. August 1982 über die Volksinitiative "gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses

und der Bankenmacht" [BBI 1982 II 1201 ff. Ziff. 73]; Rechtsgutachten des BJ vom 4. Dezember 2002 "Bankgeheimnis und Archivierungsgesetz", VPB 67/2003 Nr. 99, dort S. 942; ROLF H. WEBER, Individuelle Geheimhaltung und öffentliche Interessen - ein unüberbrückbares Spannungsfeld-, ZSR 130/2011 I S. 159 ff., dort 163 f.; RHINOW UND ANDERE, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 632 ff.; THOMAS MÜLLER, Das Geheimnis um das Bankkündengeheimnis, Jusletter vom 3. Mai 2010 Rz. 19 ff.; CHRISTOPH WINZELER, Rechtsentwicklungen um das Bankkündengeheimnis, AJP 2010 S. 158 ff., dort 158 f.; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, in: Kommentar zum Bundesgesetz

BGE 137 II 431, 437

über die Banken [...], Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Ausgabe Oktober 2009, N. 3 ff. und 403 ff. zu Art. 47 BankG; OLIVER ARTER, Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, 2008, S. 256 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, in: Basler Kommentar, Bankengesetz [nachfolgend: Basler Kommentar], 2005, N. 1 ff. zu Art. 47 BankG; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl. 2004, N. 395; RENATE SCHWOB, in: Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Boemle und andere [Hrsg.], 2002, S. 141; ADRIANO MARGIOTTA, Das Bankgeheimnis - Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses-, 2002, S. 60 ff.; HELENA INGRID GLASER, Amtshilfe und Bankgeheimnis, 1996, S. 80 ff.; AUBERT UND ANDERE, Le secret bancaire suisse, 3. Aufl. 1995, S. 41 ff.). Art. 47 BankG regelt nicht das Bankkündengeheimnis als solches, sondern die (strafrechtliche) Sanktion bei dessen Verletzung (MÜLLER, a.a.O., Rz. 25; GÜNTER STRATENWERTH, Der behördlich erzwungene Verzicht auf das Bankgeheimnis, in: Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Rudolf v. Graffenried [Hrsg.], 1987, S. 227 ff., dort 228). Das Personal und die Organe der FINMA unterstehen ihrerseits nicht dem Bankkunden-, sondern dem Amtsgeheimnis nach Art. 14 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG; SR 956.1). Dieses verpflichtet sie, alles geheim zu halten, was weder allgemein bekannt noch zugänglich ist und woran die FINMA oder Dritte, die in einer Rechtsbeziehung zu ihr stehen, ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse haben. In diesem Rahmen hat die Aufsichtsbehörde auch die Geheimhaltungsinteressen der Beaufsichtigten, namentlich deren Geschäfts- bzw. Berufsgeheimnisse, wozu das Bankkündengeheimnis zählt, zu wahren (vgl. Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBI 2006 2829 ff. Ziff. 2.2.1 S. 2867; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., N. 361 f. zu Art. 47 BankG).

2.1.2 Die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person gehören zu deren Privatsphäre, die durch Art. 28 ff. ZGB geschützt ist und einen Teilgehalt des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV und Art. 8 EMRK bildet (vgl. auch KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., N. 3 zu Art. 47 BankG). Dem Bankkündengeheimnis kommt nach der Rechtsprechung nicht der Rang eines eigenständigen geschriebenen oder ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts zu, sodass es bei Kollisionen mit anderen Interessen diesen stets vorgehen würde (BGE 115 Ib 68 E. 4b S. 83). Als Einschränkung des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre dürfen Bankkundendaten

BGE 137 II 431, 438

unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV (bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK) ins Ausland weitergegeben werden, d.h. falls eine gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlage und ein öffentliches Interesse daran besteht und die entsprechende Massnahme zudem dem Gebot der Verhältnismässigkeit entspricht. Art. 8 Ziff. 2 EMRK anerkennt als Rechtfertigungsgründe die Aufrechterhaltung der Ordnung und des wirtschaftlichen Wohls des Landes; der zu deren Wahrung erforderliche Eingriff in die Privatsphäre muss einem dringenden sozialen Bedürfnis entsprechen und in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheinen (vgl. WEBER, a.a.O., S. 170). Das Bankkündengeheimnis zählt nur insofern zu den "wesentlichen Interessen der Schweiz", als es sich bei der verlangten Auskunft um eine solche handelt, "deren Preisgabe das Bankgeheimnis geradezu aushöhlen oder die der ganzen Wirtschaft Schaden zufügen" würde (BGE 125 II 83 ff.; 123 II 153 E. 7 S. 160 f.; 115 Ib 68 E. 4b S. 83 mit Hinweisen; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., N. 172 und 281 zu

Art. 47 BankG). Es findet seine Grenzen (1) im Willen des Kunden, (2) in einschlägigen, rechtsgenügend gestalteten rechtlichen Eingriffsgrundlagen oder (3) in überwiegenden eigenen (berechtigten) Interessen der Bank (vgl. GLASER, a.a.O., S. 83; STRATENWERTH, Basler Kommentar, BankG, a.a.O., N. 25 ff. [Einwilligung des Berechtigten], N. 28 ff. [gesetzliche Pflichtenkollision], N. 43 ff. [Notstand] je zu Art. 47 BankG; siehe auch EMCH/RENZ/ARPAGAUS, a.a.O., N. 416 ff.; MARGIOTTA, a.a.O., S. 93 ff.).

2.2

2.2.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass nicht die UBS AG die Datensätze den amerikanischen Behörden ausgehändigt hat, sondern die finanzmarktrechtliche Aufsichtsbehörde. Die FINMA ist zwar nicht dem Bankkunden-, jedoch dem Amtsgeheimnis unterstellt (Art. 14 FINMAG); sie hat das Bankkundengeheimnis in diesem Rahmen zu wahren. Zur Rechtfertigung des Eingriffs in dieses bzw. in das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre berief sie sich auf die ihr eingeräumte Möglichkeit, bankenrechtliche Schutzmassnahmen zu treffen. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete dies als unzulässig: Zwar handle es sich bei den entsprechenden Bestimmungen um formelle Gesetzesgrundlagen, doch deckten diese wegen der im Ausland drohenden Nachsteuer- und Strafverfahren einen so weit gehenden aufsichtsrechtlichen Eingriff in die Kundenbeziehung nicht ab. Selbst wenn sie dies täten, genügte Art. 25 und 26 BankG mangels hinreichender Bestimmtheit und Vorausssehbarkeit den

BGE 137 II 431, 439

verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für den mit der Herausgabe der Daten verbundenen Eingriff in die Privatsphäre nicht.

2.2.2 Entgegen der Ansicht der FINMA verletzt diese Auffassung kein Bundesrecht: Art. 25 BankG sieht vor, dass die FINMA Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG anordnen kann, wenn die "begründete Besorgnis" besteht, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat bzw. sie die Eigenmittelvorschriften nicht fristgerecht erfüllt. Sie kann in diesem Rahmen "namentlich": den Organen der Bank Weisungen erteilen (Abs. 1 lit. a), einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen (Abs. 1 lit. b), den Organen die Vertretungsbefugnis entziehen oder sie abberufen (Abs. 1 lit. c), die bankengesetzliche Prüfgesellschaft oder obligationenrechtliche Revisionsstelle abberufen (Abs. 1 lit. d), die Geschäftstätigkeit der Bank einschränken (Abs. 1 lit. e), der Bank verbieten, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effektentransaktionen zu tätigen (Abs. 1 lit. f) oder aber die Bank schliessen (Abs. 1 lit. g) bzw. eine Stundung oder einen Fälligkeitsaufschub anordnen (Abs. 1 lit. h). Art. 26 BankG gibt seinem Wortlaut nach der FINMA keinerlei Befugnis, im Rahmen solcher Massnahmen das Bankkundengeheimnis zu durchbrechen und mit der Herausgabe von vertraulichen Kundendaten an ausländische Steuerbehörden in die Privatsphäre der Kontoinhaber einzugreifen. Die explizit genannten Massnahmen richten sich in erster Linie an die Beaufsichtigten, d.h. die Banken selber, und haben nur indirekte (Reflex-) Wirkungen auf die Kunden bzw. die Gläubiger. In der Doktrin wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG mit Ausnahme der Stundung und dem Fälligkeitsaufschub um Massnahmen handle, welche die Aufsichtsbehörde bereits gestützt auf Art. 23ter (in der Fassung vom 11. März 1971) BankG "bei Verletzung des Gesetzes oder sonstigen Missständen" gegen die Beaufsichtigten anordnen könne (vgl. EVA HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht - die Bankenkommission als Konkursbehörde, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht [IWIR] 4/2002 S. 125 ff., dort 130).

2.2.3 Zwar ist die Aufzählung der möglichen Massnahmen in Art. 26 BankG nicht abschliessend und kann die FINMA gestützt darauf auch andere Anordnungen im Interesse der Gläubiger und des Finanzplatzes zum Schutz der Banken vor nicht erfüllbaren Rückzügen ("bank run") treffen, doch müssen diese den selben Zweck

BGE 137 II 431, 440



verfolgen wie die in Art. 26 BankG genannten, nämlich die Bank zu retten bzw. zu sanieren (vgl. KARL SPÜHLER, Bankenkongress - Bankennachlassstundung - Bankensanierung - gestern und morgen, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes, Peter Nobel [Hrsg.], 2004, S. 79 ff., dort 83). Die Schutzmassnahmen nach Art. 25 f. BankG sollen die Bank in die Lage versetzen, weiterhin ihre Tätigkeit auszuüben, sei es mit verbesserten Strukturen, sei es dadurch, dass sie von ihren Gläubigern nicht allzu sehr bedrängt wird (BARBARA SCHAERER, Bankeninsolvenzrecht und Einlegerschutz in Revision, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Peter Nobel [Hrsg.], 2001, S. 55 ff., dort 59). Obwohl der FINMA bei der Anwendung von Art. 25 f. BankG ein relativ weiter Ermessensspielraum zukommt, welcher es ihr erlauben soll, im Einzelfall aufsichtsrechtlich optimalen Schutz vor einer Überschuldung zu gewähren (vgl. den Bericht der Expertenkommission, Bankensanierung, Bankenliquidation und Einlegerschutz, Oktober 2000, Ziff. 10.2.3 [S. 45] sowie S. 54 ff.), entbindet dieser Freiraum sie nicht davon, ihre anderweitigen gesetzlichen Pflichten sowie das Legalitätsprinzip zu beachten. Nicht alles, was zur Abwendung der Insolvenzgefahr einer Bank nützlich und allenfalls sogar verhältnismässig erscheint, kann von ihr als aufsichtsrechtliche Schutzmassnahme verfügt werden. Die Anordnungen müssen qualitativ gleicher Natur sein wie die vom Gesetzgeber in Art. 26 BankG genannten, d.h. sie müssen sich in erster Linie gegen die beaufsichtigte Bank richten und dürfen deren Kunden nur punktuell und indirekt tangieren, andernfalls das Bestimmtheits- und das Voraussehbarkeitsgebot und damit das Legalitätsprinzip verletzt werden (vgl. zu diesen BGE 136 I 87 E. 3.1; 132 I 49 E. 6.2).

2.2.4 Zu Recht verweist das Bundesverwaltungsgericht unter systematischen Gesichtspunkten in diesem Zusammenhang auch auf die in den letzten Jahren geschaffenen bzw. revidierten finanzmarkt- und steuerrechtlichen Amtshilfeverfahren, die ihrerseits dem Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit der Kunden dienen. Diese regeln den Informationsaustausch mit den ausländischen Behörden abschliessend und können nicht durch die FINMA im Rahmen von Schutzmassnahmen aufsichtsrechtlich übersteuert werden: Nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG darf die FINMA ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und Unterlagen nur übermitteln, sofern diese an das Amts- und Berufsgeheimnis gebunden sind, sie die Informationen (lit. a) ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung von ausländischen Instituten

BGE 137 II 431, 441

verwenden und (lit. b) sie die Informationen nur aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag oder mit der Zustimmung der FINMA an Behörden und an Organe weiterleiten, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind. Betreffen die Daten einzelne Kunden, so gilt das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), was diesen ermöglicht, die gesetzlich vorgesehene amtshilfweise Durchbrechung des Bankkundengeheimnisses richterlich überprüfen zu lassen. Analoge Bestimmungen bestehen für die steuerrechtlichen Amtshilfeverfahren in den verschiedenen Doppelbesteuerungsabkommen und für die (strafrechtlichen) Rechtshilfeverfahren im Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG; SR 351.1) bzw. den einschlägigen Staatsverträgen in diesem Bereich. Könnte die FINMA gestützt auf Art. 25 und 26 BankG und - wie von ihr geltend gemacht - unter Ausschluss irgendeiner Beschwerdemöglichkeit der betroffenen Kunden handeln (vgl. Art. 24 Abs. 2 BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003), würden diese Verfahren kurzgeschlossen, der vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte richterliche Schutz unterlaufen und die Kompetenzen der zuständigen Rechtshilfe- oder Steuerbehörden bzw. die von diesen zu prüfenden, für die amtshilfweise Aufhebung des Bankkundengeheimnisses erforderlichen Voraussetzungen umgangen.

2.3 Die umstrittene Datenherausgabe konnte sich unter diesen Umständen auch nicht auf Art. 31 FINMAG stützen, wonach die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes sorgt, falls ein Beaufsichtigter ein Finanzmarktgesetz verletzt oder sonstige Missstände bestehen: Auch in diesem Rahmen muss die FINMA - trotz des ihr eingeräumten technischen Ermessens - gesetzeskonform handeln (vgl.

POLEDNA/MARAZZOTTA, in: Basler Kommentar, BankG, a.a.O., N. 4 zu Art. 23ter BankG). Sie kann keine geschützten Kundendaten in Umgehung der entsprechenden Amts- oder Rechtshilfverfahren ins Ausland liefern. Würden die entsprechenden aufsichtsrechtlichen Befugnisse anders und im Sinne der Ausführungen der FINMA verstanden, beeinträchtigte dies das Gesetzmässigkeitsprinzip dauerhaft, da sie jederzeit im Rahmen des ordentlichen Rechts ausserordentliche, nicht voraussehbare und ihre Aufsichtsbefugnisse nach den einschlägigen Gesetzen sprengende Massnahmen anordnen könnte, was rechtsstaatlich unzulässig ist (vgl. ANDREAS KLEY, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 130/2011 I S. 123 ff., dort 137 f.).

BGE 137 II 431, 442

3.

3.1 Zu prüfen bleibt, ob die von der FINMA verfügte Herausgabe der umstrittenen Daten gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zur Wahrung überwiegender privater oder öffentlicher Interessen zulässig war. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies mit der Begründung verneint, es erscheine fraglich, ob die möglichen gravierenden Probleme der UBS die öffentliche Ordnung und Sicherheit überhaupt unmittelbar gefährdet hätten; eine Berufung auf die polizeiliche Generalklausel falle schon deshalb ausser Betracht, "weil es sich im vorliegenden Fall nicht um einen unmittelbaren, nicht vorhersehbaren Notfall" gehandelt habe, nachdem die Drohungen der US-Behörden, Anklage zu erheben, bereits einige Zeit vor dem 18. Februar 2009 bekannt gewesen seien. Da der Bundesrat zwei Monate vor Erlass der angefochtenen Verfügung der FINMA die beantragte "Rückendeckung" in Form einer Ermächtigung, Bankkundendaten an die US-Behörden auszuhändigen, nicht gegeben habe, käme - so das Bundesverwaltungsgericht - die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel faktisch einer widerrechtlichen "Kompetenzattraktion durch die Vorinstanz gleich".

3.2

3.2.1 Unter Vorbehalt der Kompetenzen des Parlaments (vgl. Art. 173 Abs. 1 lit. a und b BV; Art. 7c ff. des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG; SR 172.010] in der Fassung des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen) ist nur der Bundesrat befugt, zur Wahrung der Interessen des Landes Verordnungen und Verfügungen zu erlassen (Art. 184 Abs. 3 BV) oder mit solchen eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit entgegenzutreten (Art. 185 Abs. 3 BV; vgl. URS SAXER, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, N. 35 ff. zu Art. 185 BV; GIOVANNI BIAGGINI, BV, Kommentar, 2007, N. 9 ff. zu Art. 185 BV). Keine Verwaltungsbehörde kann staatsorganisatorisch an seiner Stelle handeln. Es ist am Bundesrat, zu prüfen, ob die jeweiligen Handlungsvoraussetzungen gegeben sind oder nicht (vgl. PASCAL MAHON, in: Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Aubert/Mahon [Hrsg.], 2003, N. 7 zu Art. 185 BV). Sein entsprechender Entscheid ist grundsätzlich der richterlichen Kontrolle entzogen (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV).

BGE 137 II 431, 443

3.2.2 Dies schliesst indessen im vorliegenden Zusammenhang, wo FINMA und Bundesrat irrtümlicherweise davon ausgegangen sind, im Rahmen des ordentlichen Rechts handeln zu können, eine (nachträgliche) Berufung auf die polizeiliche Generalklausel nicht aus: Die Regierung hatte der FINMA gegenüber im Vorfeld der umstrittenen Verfügung ihren Entscheid vom 19. Dezember 2008 bestätigt, dass sie diese einlade, "alle notwendigen Massnahmen zu treffen", um eine Anklageerhebung gegen die UBS "im Interesse der Stabilität sowohl des schweizerischen als auch des globalen Finanzsystems" zu verhindern. Der Bundesrat nahm dabei (fälschlicherweise) an, dass dies gestützt auf Art. 25 f. BankG möglich sein würde und nicht auf notrechtliche Kompetenzen zurückgegriffen werden müsste. Sein Beschluss umfasste nötigenfalls auch einen Eingriff in das Bankkundengeheimnis gestützt auf die polizeiliche Generalklausel im Rahmen von Art. 36 BV. Er delegierte damit nicht seine verfassungsmässige Notkompetenz an die FINMA, sondern beauftragte diese, mit allen

ihr zur Verfügung stehenden aufsichtsrechtlichen Mitteln, einschliesslich einer allfälligen Datenherausgabe gestützt auf Art. 25 f. BankG bzw. die polizeiliche Generalklausel (Art. 36 BV), zu intervenieren, um nicht in Umgehung des ordentlichen Rechts und einer allfälligen Zuständigkeit der FINMA seine verfassungsmässigen Notkompetenzen anrufen zu müssen (vgl. BBl 2011 3362 ff. und insbesondere 3366), was in anderem Zusammenhang massiv kritisiert worden war (vgl. die verschiedenen Hinweise im Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats zur Parlamentarischen Initiative "Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen", BBl 2010 1563 ff., und die Stellungnahme des Bundesrats hierzu, BBl 2010 2803 ff.).

3.2.3 Zwar wäre die FINMA als Verwaltungsbehörde mit Blick auf die mit der Durchbrechung des Bankkundengeheimnisses verbundenen Auswirkungen nicht befugt gewesen, gestützt auf die polizeiliche Generalklausel in ihrem Fachbereich die Dokumentenherausgabe in eigener Verantwortung zu verfügen; sie konnte sich im konkreten Fall aber auf die polizeiliche Generalklausel berufen, weil sie den Bundesrat laufend über die Situation informiert hatte und inhaltlich letztlich gemeinsam mit ihm handelte. Warum der Bundesrat fälschlicherweise angenommen hat, die FINMA könne aufsichtsrechtlich vorgehen, weshalb nicht er, sondern sie gefordert sei, spielt keine Rolle, falls die Voraussetzungen zur Anwendung der

BGE 137 II 431, 444

polizeilichen Generalklausel, wie von FINMA und Bundesrat angenommen, objektiv tatsächlich gegeben waren. Die FINMA hat mit Wissen bzw. auf Anweisung und Drängen des Bundesrats hin verfügt, wobei dieser die konkret vorgesehene Massnahme - die umstrittene Datenherausgabe - gebilligt hatte (vgl. BBl 2011 3410; zur politischen Einschätzung der Rolle des Bundesrats und den daraus zu ziehenden Lehren: BBl 2011 3407 ff., insbesondere 3410). Den Beschwerdegegnerinnen erwuchs hieraus kein Nachteil, da die Verfügung der FINMA ihnen den Rechtsweg öffnete. Für das Handeln der FINMA hätte dann kein notstandsrechtlicher Raum (mehr) bestanden, wenn der Bundesrat bereits zu diesem Zeitpunkt ein verfassungsunmittelbares Editionsverbot erlassen und der UBS AG damit faktisch oder rechtlich verunmöglicht hätte, den amerikanischen Behörden die einverlangten Informationen zu übermitteln (vgl. hierzu MARTIN SCHAUB, Konflikt um Kundendaten: Die Situation der UBS vor dem Abkommen 09, ZSR 130/2011 I S. 209 ff., dort 225 ff. unter Hinweis auf den Fall Marc Rich & Co. AG sowie S. 235). Dies hat er indessen erst am 1. Juli 2009 getan (vgl. BBl 2011 3385), als absehbar war, dass die amerikanischen Behörden nach dem ersten - von ihm mitgetragenen - Herausgabeentscheid versucht sein könnten, die schweizerische Rechtsordnung und den Amtshilfeweg im Doppelbesteuerungsabkommen (weiterhin) unilateral zu umgehen (vgl. zum amerikanischen Rechtsverständnis von Amtshilfe und unilateralen Massnahmen: SCHAUB, a.a.O., S. 216 f.).

3.3

3.3.1 Die polizeiliche Generalklausel kann als konstitutionelles Notrecht im Rahmen von Art. 36 Abs. 1 BV eine fehlende gesetzliche Grundlage ersetzen und - selbst schwerwiegende - Eingriffe in Grundrechte legitimieren, wenn und soweit es gilt, die öffentliche Ordnung und fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen. Diese dürfen unter den konkreten Umständen nicht anders als mit gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Mitteln abzuwenden sein (Subsidiarität); die entsprechenden Massnahmen müssen zudem den allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts - insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit - Rechnung tragen (BGE 126 I 112 E. 4b S. 118; 121 I 22 E. 4b/aa S. 27 f.; 111 Ia 246 E. 2 und 3a mit Hinweisen; vgl. KLEY, a.a.O., S. 124). Zwar hat das Bundesgericht zum Schutz des Legalitätsprinzips und der Gewaltenteilung in jüngerer Zeit regelmässig verlangt, dass der Anwendungsbereich der polizeilichen

BGE 137 II 431, 445

Generalklausel auf "echte und unvorhersehbare Notfälle" zu beschränken sei und sie nicht angerufen werden könne, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden (BGE 130 I 369 E. 7.3 S. 381 ff.; 126 I 112 E. 4b S. 118; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. 2008, N. 312; SCHWEIZER, a.a.O., N. 17 zu Art. 36 BV; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, N. 6 ff. in § 56 S. 517 f.). Dieses Erfordernis ist in der Doktrin indessen als zu einschränkend bzw. zu ungenau kritisiert worden (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 56 N. 8 ff. S. 518 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 2470; MÜLLER/JENNI, Die polizeiliche Generalklausel, Sicherheit & Recht, 2008, S. 4 ff., dort 15 ff.; dieselben, Notrecht ... abermals zur polizeilichen Generalklausel, Sicherheit & Recht 2010 S. 101 ff., zum vorliegenden Fall dort 104 ff.).

3.3.2 Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid seine Praxis dementsprechend präzisiert: Danach kann ein Untätigsein des Gesetzgebers den Staat in einer Notsituation nicht zur Hingabe fundamentaler Rechts- bzw. Polizeigüter zwingen, wenn diese Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden (vgl. das Urteil 2C_166/2009 vom 30. November 2009, in: ZBl 111/2010 S. 469 ff., dort E. 2.3.2.1). Die polizeiliche Generalklausel bezweckt den Schutz fundamentaler Rechtsgüter, wenn eine sie bedrohende konkrete, schwerwiegende und unmittelbare Gefahr wegen der Dauer des politischen Prozesses nicht auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung wirksam bekämpft werden kann. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit bildet im Rahmen der Interessenabwägung nur ein zu berücksichtigendes Element unter anderen. Es ist nicht als Anwendungsvoraussetzung zu verstehen, welches es - losgelöst von der Art und der Dringlichkeit der Gefahr - ausschliesst, die polizeiliche Generalklausel überhaupt anzurufen.

4.

4.1 Der Bundesrat und die FINMA sahen sich vorliegend mit der amerikanischen Drohung, gegen die UBS Anklage zu erheben, einer Gefahr gegenüber, welche wegen der Systemrelevanz der Bank geeignet erschien, den nationalen und internationalen Finanzmarkt zu erschüttern. Mit der damit verbundenen Beeinträchtigung des weltweiten bzw. des schweizerischen Wirtschaftssystems wären unabsehbare Konsequenzen verbunden gewesen, welche wesentliche und existenzielle Interessen des Landes tangiert hätten. Es ging bei

BGE 137 II 431, 446

der umstrittenen Massnahme mit der wirtschaftlichen Funktionsfähigkeit darum, ein für dieses fundamentales Rechtsgut zu erhalten. In Ausnahmesituationen - wie hier - können auch die ökonomische Stabilität und der Schutz des Finanzmarkts ein entsprechend schützenswertes polizeiliches Gut darstellen, da beide klassische Polizeigüter wie das Eigentum oder Treu und Glauben im Geschäftsverkehr umfassen, welche bei einem Zusammenbruch des Finanzsystems massiv beeinträchtigt würden (zum Begriff der Polizeigüter: ZÜND/ERRASS, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 147/2011 S. 261 ff., dort 270 f. mit Hinweisen). Da die Gefahrenabwehr und die Funktionsfähigkeit der Märkte bzw. das wirtschaftliche Gleichgewicht eng zusammenhängen, ging es beim finanzmarktrechtlichen Funktionsschutz, wie er von der FINMA mit Zustimmung des Bundesrats wegen der Systemrelevanz der UBS hier wahrgenommen wurde, nicht um eine wirtschaftspolitische, sondern in erster Linie um eine wirtschaftspolizeiliche Massnahme. Es kann darin eine gestützt auf die bestehenden, traditionell anerkannten Polizeigüter (in Abgrenzung zu diesen) erweiterte Polizeiaufgabe gesehen werden (vgl. OTTO K. KAUFMANN, Die revidierten Wirtschaftsartikel der schweizerischen Bundesverfassung und das geltende Wirtschaftsrecht, in: Staat und Wirtschaft, 1950, S. 33 ff., dort 46; RHINOW UND ANDERE, a.a.O., S. 7 f. Rz. 22, S. 616 ff.; SCHOTT/KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111/2010 S. 409 ff., dort 438).

4.2 Die drohende Gefahr war mit Blick auf die möglichen Konsequenzen für das Finanzsystem auch schwer: Die UBS ist für die Schweizer Wirtschaft von systemischer Bedeutung ("too big to fail"; vgl. die Botschaft vom 14. April 2010 zur Genehmigung

des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls, BBl 2010 2965 ff. Ziff. 1.3; VON DER CRONE/BEELER, Regelung systemrelevanter Banken aus wirtschaftsrechtlicher Sicht - Lösungsansätze zur Too-big-to-fail-Problematik in der Schweiz, ZSR 130/2011 I S. 177 ff.). Ein Drittel der Verbindlichkeiten auf dem inländischen Interbankenmarkt entfällt auf sie. Ihr Ausfall hätte zu einer weitgehenden Lähmung des hiesigen Zahlungssystems geführt und rund 128'000 KMU-Beziehungen und über 3 Millionen Konten betroffen. Die Auszahlung der Löhne von rund einem Viertel der Arbeitnehmenden in der Schweiz wäre tangiert gewesen. Ein beträchtlicher Schaden hätte auch dem übrigen Bankensektor gedroht, da über den Interbankenmarkt andere

BGE 137 II 431, 447

Geldinstitute erhebliche Verluste auf ihren Forderungen erlitten hätten. Die makroökonomischen Auswirkungen wären ebenfalls tiefgreifend gewesen: Der Ausfall einer Bank in der Grössenordnung der UBS hätte kurzfristig Kosten für die schweizerische Volkswirtschaft in der Höhe von 15-30% des Bruttoinlandsprodukts (BIP) zur Folge gehabt (75-150 Mrd. Fr.); der langfristige Wachstumsverlust wird in einem solchen Fall auf 60-300% des BIP geschätzt, was 300-1'500 Mrd. Franken entspricht (vgl. die Botschaft des Bundesrats vom 5. November 2008 zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems, BBl 2008 8943 ff., 8945, 8958 f. Ziff. 1.2). Die Auswirkungen einer Illiquidität der UBS hätten wegen der grenzüberschreitenden finanziellen Verpflichtungen innerhalb der UBS-Gruppe sowie der wirtschaftlichen Verbindungen mit Gegenparteien und Kunden - entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen - kaum auf den amerikanischen Markt beschränkt werden können. Bei Erlass der beanstandeten Verfügung machten die amerikanischen Geschäftseinheiten einen wichtigen Teil des operativen Geschäfts der UBS aus. 35% der Belegschaft (27'362) waren am 31. Dezember 2008 in den USA beschäftigt und ca. 40% der verwalteten Vermögen stammten aus dem US-Wealth-Management-Geschäft (onshore). Der entsprechende Aktivenüberhang hätte es den USA erlaubt, die Mittel zugunsten der lokalen Gläubiger zu verwenden, was bei der Einschätzung der Ernsthaftigkeit der Drohung einer Anklage Anfang 2009 mitberücksichtigt werden durfte. Auf dem Spiel stand bei einem allfälligen Untergang der UBS mitunter das Risiko einer schweren volkswirtschaftlichen Krise.

4.3

4.3.1 Wäre in den USA tatsächlich Anklage erhoben worden, hätte dies mit hoher Wahrscheinlichkeit für die UBS existenzbedrohende Folgen mit den dargelegten Auswirkungen gehabt: Es ist - wie die FINMA zu Recht geltend macht - hinlänglich bekannt, dass eine Anklageerhebung in den USA unabhängig von ihrem Ausgang für das betroffene Unternehmen zu einem nicht wiedergutzumachenden Reputations- und einem Vermögensverlust führt, der im Bankenbereich verheerende Folgen hat und rasch zu einer Überschuldung führt. Seit 1989 wurden in den USA sechs Finanzinstitute angeklagt, nur eines davon hat dies überlebt (vgl. LUKAS HÄSSIG, Paradies perdu, Hamburg 2010, S. 150 ff.). Selbst die Einleitung eines Anklageerhebungsverfahrens, das sich letztlich als Drohgebärde oder als ungerechtfertigt erweist, gefährdet wegen des damit verbundenen Vertrauensverlustes die Existenz des betroffenen Instituts (BBl 2010

BGE 137 II 431, 448

2965 ff., 2971; SCHAUB, a.a.O., S. 212 zum Fall "Arthur Andersen"). Sobald der Markt von den finanziellen Schwierigkeiten oder den bevorstehenden behördlichen Massnahmen erfährt, tritt ein Vertrauensschwund ein, der die Beschaffung von Liquiditäten zu Marktbedingungen erschwert oder verunmöglicht. Das betroffene Bankhaus sieht sich gezwungen, Aktiven zu ungünstigen Bedingungen zu liquidieren und riskiert, dass die dadurch beschaffte Liquidität die fälligen oder die nächstens fällig werdenden Verpflichtungen nicht mehr deckt, was innerhalb kürzester Zeit zur Überschuldung führen kann. Hinzu kommt, dass die professionellen Gegenparteien sowie die Kunden und übrigen Marktteilnehmer ihr Geschäftsgebaren auf einen drohenden Zusammenbruch des angeklagten Betriebes ausrichten und sich

entsprechend verhalten. Aufgrund der Ansteckungswirkung pessimistischer Einschätzungen über das Weiterbestehen der Bank verstärken sich die negativen Tendenzen und entwickelt sich eine kaum mehr zu bremsende Eigendynamik (vgl. BBl 2010 2965 ff., 2971).

4.3.2 Über die Frage, ob die amerikanischen Behörden tatsächlich das Risiko eingegangen wären, gegen die UBS Anklage zu erheben und damit den internationalen Finanzmarkt (weiter) zu destabilisieren, kann heute nur spekuliert werden (vgl. SCHAUB, a.a.O., S. 210; HÄSSIG, a.a.O., S. 152 f. und 159 ff.). Auf jeden Fall bestand ein entsprechendes "nicht zu unterschätzendes" Risikopotential (vgl. WEBER, a.a.O., S. 174). Aufgrund der damaligen Situation, welcher der heutigen Beurteilung der Rechtmässigkeit des Handelns der FINMA zugrunde gelegt werden muss, erschien es aufgrund der verschiedenen Informationen aus mehreren Quellen wahrscheinlich, dass die amerikanischen Behörden ihre Drohungen wahr machen und gegen die UBS mit den damit für den schweizerischen Finanzmarkt verbundenen Konsequenzen tatsächlich Anklage erheben würden (gestützt auf einen Zeitungsartikel anderer Ansicht: SCHAUB, a.a.O., S. 219). Zumindest hielt sich die FINMA im Rahmen ihres technischen Ermessens, wenn sie aufgrund ihrer Erfahrungen und ihrer Kontakte mit in- und ausländischen Behörden die geschilderten Hinweise ernst nahm und mit Blick auf die damit verbundenen Konsequenzen in Abstimmung mit dem Bundesrat, dessen Handeln nicht Verfahrensgegenstand bildet (vgl. Art. 189 Abs. 4 BV), die umstrittene Verfügung erliess, auch wenn im Nachhinein heute aufgrund neuer Umstände Zweifel geäussert werden, ob die amerikanischen Behörden tatsächlich den letzten Schritt gegen die UBS unternommen hätten oder nicht.

BGE 137 II 431, 449

4.3.3 Richtig ist, dass die Bankenkommission (bzw. die Finanzmarktaufsicht) - wie das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt hat - die Drohungen der US-Behörden, Anklage gegen die UBS zu erheben, bereits "einige Zeit vor dem 18. Februar 2009" kannte und die EBK sich aufgrund dieser delikaten Situation schon im Jahr 2008 im Austausch mit dem EFD befand. Dies schloss jedoch eine unmittelbare und sofort zu begegnende Gefahr bei Erlass der umstrittenen Verfügung nicht aus: Der Druck auf die Schweizer Behörden stieg Ende 2008 insofern an, als die amerikanischen Instanzen bis Ende Jahr im Amtshilfeverfahren konkrete Resultate sehen wollten, andernfalls sie mit unilateralen Massnahmen und der Anklage der UBS drohten. Während im Jahre 2008 noch darauf vertraut werden durfte, dass die durch das illegale Verhalten von Angestellten der UBS AG ausgelöste Problematik amtshilfeweise gelöst werden könnte (vgl. HÄSSIG, a.a.O., S. 132 f.), häuften sich Ende Jahr die Hinweise, dass die amerikanischen Behörden die Geduld verlieren und gegen die UBS AG unmittelbar Anklage erheben würden (zu den detaillierten Abläufen in dieser Zeitspanne: vgl. BBl 2011 3357 ff. Ziff. 3.5.2). Die entsprechende Gefahr war damit zwar latent voraussehbar, wurde in ihrer Eskalation mit der Anklageerhebung gegen Raoul Weil Anfang 2009 indessen zusehends konkreter und dringender. Bis zu diesem Zeitpunkt schien über eine Beschleunigung der Amtshilfeverfahren und eine entsprechende Information der amerikanischen Behörden eine gesetzeskonforme Lösung für den mit den Auskunftsbegehren verbundenen Eingriff in das Bankkundengeheimnis auf dem Amtshilfeweg möglich. Diese Hoffnung zerschlug sich jedoch, weshalb rasch ausserhalb der zeitlichen Möglichkeiten des Gesetzgebungsprozesses eine geeignete Antwort auf die drohende Anklage und vor allem die mit dieser verbundenen Konsequenzen für den hiesigen Finanzmarkt und die schweizerische Volkswirtschaft gefunden werden musste. Die Tatsache, dass die FINMA vorausschauend verschiedene Optionen geprüft und dem Bundesrat unterbreitet hatte, schloss nicht aus, dass sie am 18. Februar 2009 mit dessen impliziter Zustimmung die polizeiliche Generalklausel anrufen konnte. Diese gilt nicht nur, wenn sich die Behörden durch eine Situation überraschen lassen, sondern auch wenn sie - wie hier - zuvor (erfolglos) alles versuchen, die Gefahr durch andere (gesetzeskonforme) Massnahmen im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips abzuwenden.

4.4 Die von der FINMA verfügte Herausgabe der Kundendossiers war schliesslich auch verhältnismässig: Richtig ist, dass durch die

BGE 137 II 431, 450

entsprechende Massnahme das ordentliche Amtshilfeverfahren kurzgeschlossen und aufsichtsrechtlich überholt wurde, was die durch das Bankkundengeheimnis und die Amtshilfebestimmungen geschützte materielle und verfahrensrechtliche Rechtsstellung der betroffenen Kunden verkürzte. Der Kundenschutz darf in Normalsituationen - wie dargelegt - nur im Rahmen der vom Gesetzgeber geregelten Ausnahmen durchbrochen werden. Art. 25 und 26 BankG bilden keine Grundlage hierzu, wohl aber - unter Zustimmung des Bundesrats - die polizeiliche Generalklausel in einer aufsichtsrechtlichen Notsituation, wie sie aufgrund der katastrophalen Situation auf den Finanzmärkten und der spezifischen Zwangslage der Schweiz hier bestand. Die schweizerischen Behörden haben versucht, den amtshilferechtlichen Weg einzuhalten und eine diplomatische Verständigung mit den US-Behörden zu erreichen. Erst als diese Bemühungen scheiterten bzw. die amtshilferechtliche Aufarbeitung nicht genügend schnell erfolgen konnte, um die amerikanische Seite von der Effizienz des schweizerischen Vorgehens zu überzeugen, womit sich die Gefahr einschneidender unilateraler Massnahmen mit den geschilderten Folgen für das Wirtschaftssystem konkretisierte, ergriff die FINMA in Abstimmung mit dem Bundesrat die umstrittene finanzmarktrechtliche Notmassnahme. An der Aufrechterhaltung eines funktionierenden Finanzmarktes bestand in diesem Moment ein die Interessen der 255 individuellen Kunden an der Durchführung des Amtshilfeverfahrens und des Interesses an der Wahrung des nicht absolut geltenden Bankkundengeheimnisses überwiegendes Interesse: Dieses wurde nur in einer beschränkten Zahl von Fällen durchbrochen. Bei einem Teil der entsprechenden Bankbeziehungen bestand der begründete Verdacht, dass ein Steuerbetrug unter Beihilfe von UBS-Mitarbeitern vorliegen könnte; in zumindest einem der im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung hängigen Beschwerdeverfahren bezüglich des Amtshilfesuchs des IRS vom 16. Juli 2008 war das Bundesverwaltungsgericht zudem zum Schluss gekommen, dass die Voraussetzungen zur Gewährung der Amtshilfe nach Art. 26 DBA-USA grundsätzlich gegeben waren (Urteile A-7342/2008/A-7426/2008 vom 5. März 2009). Die von der FINMA angeordnete Herausgabe der Datensätze war geeignet und erforderlich, die mit einer Illiquidität der UBS dem Wirtschaftsstandort Schweiz drohende schwere Gefahr abzuwenden, und versties, nachdem die anderen Optionen (Amtshilfe, diplomatische Verhandlungen usw.) ohne Erfolg geblieben waren, nicht gegen das Übermassverbot. Dass die UBS die Notlage letztlich mit ihrem widerrechtlichen Geschäftsgebaren geschaffen hat, hinderte die FINMA und den Bundesrat nicht daran, die Situation im überwiegenden Interesse der Schweiz in einem ganz spezifischen Umfeld (vorübergehend) aufsichtsrechtlich zu bereinigen, zumal die betroffenen Kunden ihrerseits nicht als an den entsprechenden Machenschaften völlig unbeteiligte Dritte gelten konnten. Dass es denkbar gewesen wäre, dass UBS-Angestellte, die einem amerikanischen Editionsbehl Folge geleistet hätten, aufgrund der Notstandsregeln allenfalls straflos geblieben wären, stand einer Intervention der FINMA in Koordination mit dem Bundesrat nicht entgegen, da auf das staatliche Handeln in einer Notsituation nicht verzichtet werden muss bzw. darf, nur weil die Situation auch durch ein - nach schweizerischem Recht fragwürdiges - Handeln eines Privaten bereinigt werden könnte (vgl. SCHAUB, a.a.O., S. 227 ff. mit weiteren Hinweisen in Fn. 101; anderer Ansicht: URS R. BEHNISCH, Amtshilfe der Schweiz in Steuer(straf)sachen, insbesondere an die USA: Durcheinandertal, ASA 77 S. 737 ff., dort 779 f.). Mit gewissen Stimmen in der Doktrin ist davon auszugehen, dass der Fall notrechtlichen Charakter hat und rechtsstaatlich eine Ausnahme bleiben muss, "begründet durch den Sonderfall der existenziellen Bedrohung einer für schweizerische Massstäbe systemrelevanten Bank" (so KLEINER/SCHWOB/WINZELER, a.a.O., N. 301 zu Art. 47 BankG; vgl. auch WINZELER, a.a.O., S. 162 f., und die Botschaft des Bundesrats vom 20. April 2011 zur Änderung des Bankengesetzes [Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail], BBl 2011 4717 ff.).

5.

5.1 Konnte sich die Verfügung der FINMA entgegen der Annahme des Bundesverwaltungsgerichts auf die polizeiliche Generalklausel stützen, stellt sich noch die von ihm nicht weiter beurteilte Frage, ob der Präsident der FINMA als ehemaliges Kadermitglied der UBS AG in den Ausstand hätte treten müssen. Die Problematik kann im vorliegenden Verfahren behandelt werden, da sich die Sache aufgrund der Akten

und der gerichtsnotorischen Tatsachen auch in diesem Punkt als spruchreif erweist (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG).

5.2 Die Ausstanzregeln sollen die objektive Prüfung einer Sach- oder Rechtsfrage durch eine unparteiische und unvoreingenommene Behörde gewährleisten. Nach Art. 10 VwVG müssen Personen, die eine Verfügung treffen oder diese vorbereiten, unter anderem dann in den Ausstanz treten, wenn sie in der Sache ein persönliches

BGE 137 II 431, 452

Interesse haben (Abs. 1 lit. a VwVG) oder sie aus anderen Gründen in dieser befangen sein könnten (Abs. 1 lit. d VwVG). Das ist nach der Rechtsprechung der Fall, wenn Umstände bestehen, die das Misstrauen in die Unbefangenheit und damit in die Unparteilichkeit des Amtswalters objektiv rechtfertigen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es dabei ebenso wenig an (BGE 111 Ia 259 E. 3a S. 263; 97 I 91 E. 2 S. 94) wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (BGE 97 I 91 E. 3 S. 94 f.; 120 IV 226 E. 4b S. 236 f.). Es genügt, dass ein entsprechender Anschein durch objektive Umstände und vernünftige Gründe glaubhaft dargetan erscheint (BGE 133 I 89 E. 3.2 S. 92 mit Hinweisen; vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BGG). Für verwaltungsinterne Verfahren gilt dabei nicht der gleich strenge Massstab wie gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK für unabhängige richterliche Behörden (vgl. BGE 125 I 209 E. 8; 112 Ia 142 E. 2d S. 147); gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt. Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege sind Ablehnungs- und Ausstanzbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen bzw. gegen Personen, die an einer Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, nicht leichthin gutzuheissen (Urteil 1B_22/2007 vom 29. Mai 2007 E. 3.3). Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden (BGE 127 I 196 E. 2b; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: VwVG, Praxiskommentar [...], Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2009, N. 8 ff. zu Art. 10 VwVG).

5.3

5.3.1 Die Tatsache, dass der ehemalige Präsident der FINMA während Jahrzehnten bei der UBS AG gearbeitet hat, begründet für sich allein noch keinen Anschein einer möglichen Befangenheit: Gemäss Art. 11 Abs. 1 des Reglements vom 18. Dezember 2008 über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Organisationsreglement FINMA 2008; publ. in: THÉVENOZ/ZULAUF, BF 2009, Regulierung und Selbstregulierung der Finanzmärkte in der Schweiz, 2009, B-01.01), welches am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats der FINMA fachkundig und von den Beaufsichtigten unabhängig sein. Die Aufgaben an der Spitze der Finanzmarktaufsichtsbehörde setzen

BGE 137 II 431, 453

eingehende Kenntnisse des Banken- und Wirtschaftssystems auch in praktischer Hinsicht voraus, was regelmässig dazu führt, dass die betroffenen Personen entsprechende einschlägige Berufserfahrungen mitbringen. Solche können nicht bereits als Ausstanzgrund gelten, auch wenn ein einzelnes Mitglied seine Karriere - wie hier - weitgehend in der Organisation eines bestimmten beaufsichtigten Unternehmens gemacht hat.

5.3.2 Nach Art. 11 Abs. 5 des Organisationsreglements FINMA 2008 treten die Mitglieder des Verwaltungsrats unter anderem bei Geschäften in den Ausstanz betreffend Beaufsichtigte, an denen sie ein anderes unmittelbares persönliches Interesse haben (Abs. 5 lit. c), bzw. bei Geschäften, in denen sie bereits früher aktiv involviert waren (Abs. 5 lit. e) oder in denen sie aus anderen Gründen befangen sein könnten (Abs. 5 lit. f). Eugen Haltiner als ehemaliger Präsident der EBK und der FINMA war zum Zeitpunkt, als das Qualified-Intermediary-Abkommen (QI) eingeführt wurde, Mitglied des Executive Boards der UBS Schweiz, welches über die Umsetzungsprobleme bei diesem und allfällige Lösungsansätze informiert und an

gewissen von den amerikanischen Behörden beanstandeten Auslegungen bzw. Entscheiden beteiligt war. Diese Implikation war objektiv geeignet, bei der hier beanstandeten Herausgabeverfügung den Anschein einer Befangenheit zu begründen. Daran ändert nichts, dass er bei der UBS nicht unmittelbar für dieses Geschäft, sondern für die schweizerischen Klein- und Firmenkunden verantwortlich zeichnete. Als ehemaliges Kadermitglied hätte er an den entsprechenden EBK- und FINMA-Geschäften nicht mitwirken dürfen, zumal sein Name 2008 auf einer Liste von Personen aufgetaucht war, deren Verwicklung in das grenzüberschreitende Geschäft der UBS vermutet wurde.

5.3.3 Bereits bei der Übernahme des EBK-Präsidiums durch Eugen Haltiner auf den 1. Februar 2006 war bekannt, dass er in der Group Managing Board der UBS AG und im Executive Board der Division Global Wealth Management und Business Einsitz hatte, weshalb mit ihm vereinbart worden war, dass er für Geschäfte, welche die UBS betrafen, bis zum 1. Januar 2008 zwar Zugang zu sämtlichen Dokumenten und Exposés erhalten würde, sich jedoch jeweils weder an der Diskussion noch an der Entscheidungsfindung sollte beteiligen dürfen ("Cooling-off-Period"). Für Geschäfte, welche sich auf die Zeit bezogen, in der er bei der UBS AG tätig gewesen ist,

BGE 137 II 431, 454

galt diese Ausstandsregelung zeitlich unbeschränkt. Wenn es auch verständlich erscheint, dass die EBK wegen des anwachsenden Drucks aus den USA nicht auf das Fachwissen ihres Präsidenten verzichten wollte und deshalb an ihrer Sitzung vom 18./19. November 2008 beschloss, dessen Ausstand für die Behandlung der umstrittenen UBS-Geschäfte in den USA ab sofort aufzuheben, bestand aufgrund seiner früheren Rolle bei der UBS in der von den amerikanischen Behörden untersuchten Zeitperiode objektiv doch der Anschein einer möglichen Befangenheit. Hieran änderte - entgegen der Ansicht der FINMA - die Tatsache nichts, dass ihr Verwaltungsrat diesen Entscheid Anfang 2009 seinerseits bestätigt hat und die Vorsteher des EFD sowie des EJPD "den Einbezug des Präsidenten in diesem zunehmend schwieriger werdenden Dossier" gewünscht haben. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass ohne Mitwirken des Präsidenten der EBK bzw. der FINMA die Aufsichtsbehörde geradezu handlungsunfähig gewesen wäre, d.h. auch diesbezüglich eine unmittelbare Notsituation bestanden hätte. Eine abweichende Organisation oder unterschiedliche Verteilung der Aufgaben hätte rechtzeitig ins Auge gefasst werden können und müssen. Gerade um jeden Anschein von Befangenheit auszuschliessen, war mit Eugen Haltiner vereinbart worden, dass er bei sämtlichen Geschäften, welche den Zeitraum seiner Anstellung bei der UBS betrafen, in den Ausstand treten würde. Auch wenn die laufenden Untersuchungsergebnisse - wie die FINMA geltend macht - "zusehends" ergeben haben sollen, "dass Dr. Haltiner in keiner Weise von dieser Untersuchung betroffen war", galt es doch, jeglichem Anschein von Befangenheit vorzubeugen. Entscheidend ist - wie bereits dargelegt - nicht, ob Eugen Haltiner tatsächlich befangen war, sondern ob objektiv begründete Hinweise bestanden, dass dies möglicherweise der Fall sein könnte.

5.4 Es bleibt zu prüfen, welche Konsequenzen aus der Verletzung der Ausstandspflicht zu ziehen sind: Die umstrittenen Datensätze befinden sich aufgrund der angefochtenen Verfügung heute im Ausland. Der entsprechende Entscheid der FINMA kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Es besteht somit kein aktuelles praktisches Interesse mehr daran, diesen aufzuheben, weil deren Präsident nicht daran hätte mitwirken dürfen. Es ist deshalb in teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010 im Sinne der Erwägungen

BGE 137 II 431, 455

aufzuheben, die Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009 im Resultat inhaltlich zu bestätigen und hinsichtlich der Ausstandsproblematik festzustellen, dass der (damalige) Präsident der FINMA bei Erlass der Verfügung vom 18. Februar 2009 in den Ausstand hätte treten müssen.

