

Einschreiben / Dreifach
Bundesverwaltungsgericht
Postfach
9023 St. Gallen

Homburger AG
Prime Tower
Hardstrasse 201
CH-8005 Zürich

homburger.ch
+41 43 222 10 00

Flavio Romerio
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
flavio.romerio@homburger.ch
+41 43 222 16 47

31. Mai 2023

Geschäfts-Nr. ... – Beschwerdeverfahren betreffend die Verfügung der FINMA vom 19. März 2023 (Abschreibung der AT1-Anleihen der Credit Suisse Group AG)

Zwischenverfügung vom 8. Mai 2023

Sehr geehrter Herr Präsident,

Sehr geehrte Damen Bundesverwaltungsrichtern und Herren Bundesverwaltungsrichter

Wir beziehen uns auf die Zwischenverfügung vom 8. Mai 2023 (**Zwischenverfügung**) im obgenannten Beschwerdeverfahren betreffend die Verfügung der FINMA vom 19. März 2023. Namens und im Auftrag der Credit Suisse Group AG (**CSG**) stellen wir hiermit die folgenden

Anträge:

- (a) Es sei der beschwerdeführenden Partei aufgrund überwiegender Geheimhaltungsinteressen mit Ausnahme der Verfügung der Vorinstanz vom 19. März 2023 keine Einsicht in die Akten der Vorinstanz zu gewähren;
 - (b) *Eventualiter* sei der beschwerdeführenden Partei keine Akteneinsicht zu gewähren, solange deren Beschwerdelegitimation nicht rechtskräftig bejaht ist;
 - (c) *Subeventualiter* sei der beschwerdeführenden Partei die Akteneinsicht nur nach vorgängiger Anhörung der CSG und unter Anordnung besonderer Schutzmassnahmen zu gewähren.
- Es sei Ziffer 5 der Zwischenverfügung dahingehend zu präzisieren oder eventualiter anzupassen, dass die FINMA aufgefordert wird, nur die Verfahrensakten in Bezug auf die

Verfügung vom 19. März 2023 (und nicht auch jene betreffend die Verfügung vom 22. März 2023) einzureichen.

3. Es sei die der FINMA angesetzte Frist zur Herausgabe der Verfahrensakten bis zum Eintritt der Rechtskraft des Entscheids über den Antrag Nr. 2 abzunehmen.

Begründung:

Zum Antrag Nr. 1: Kein Anspruch auf Akteneinsicht

Mit Ziffer 5 der Zwischenverfügung wurde die FINMA aufgefordert, dem Gericht bis zum 7. Juni 2023 die Verfahrensakten im Zusammenhang mit dem Erlass ihrer Verfügung vom 19. März 2023 einzureichen.

Nach dem Verständnis der CSG enthalten die Verfahrensakten der FINMA für den Erlass der Verfügung vom 19. März 2023 namentlich Mitteilungen zwischen der CSG und der FINMA sowie vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse der CSG. Diese Mitteilungen, Informationen und Geschäftsgeheimnisse wurden im Rahmen des aufsichtsrechtlichen Dialogs zwischen der FINMA und der CSG ausgetauscht. Die CSG und wohl auch die FINMA gingen davon aus, dass dieser Austausch dem Amtsgeheimnis unterliegt und deshalb Dritten oder gar der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht wird. Ebenso ging die CSG davon aus, dass ihre vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnisse einzig und allein ihrer Aufsichtsbehörde FINMA zugänglich werden – und nicht unbestimmten Dritten oder gar der Öffentlichkeit.

Nach Art. 27 VwVG ist die Akteneinsicht zu verweigern, wenn wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder wesentliche private Interessen die Geheimhaltung erfordern. Dies ist hier der Fall, weshalb der beschwerdeführenden Partei – mit Ausnahme der Verfügung vom 19. März 2023 – keine Einsicht in die Akten der Vorinstanz zu gewähren ist:

Die Vertraulichkeit des Austausches zwischen der FINMA und den beaufsichtigten Instituten ist eine der **zentralen Grundlagen für die Aufsichtstätigkeit** der FINMA. Die Institute sind zu einer weitgehenden und proaktiven Mitwirkung angehalten, und sie müssen von sich aus der FINMA alle für die Aufsicht massgeblichen Elemente offenlegen. Diese Transparenz würde erheblich erschwert und damit die Ziele einer effizienten Aufsicht behindert, wenn die Institute nicht (mehr) darauf vertrauen können, dass die der FINMA offengelegten und vertraulichen Informationen nur für die Finanzmarktaufsicht verwendet werden. Denn in diesem Falle müssten die beaufsichtigten Institute ihren Austausch mit der FINMA jeweils **auch** unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Offenlegung an Dritte und die Öffentlichkeit betrachten. Sie müssten immer bedenken, dass ihre vertraulichen Geschäftsgeheimnisse an Dritte gelangen und so die Bank erheblich schädigen können.

Eine funktionierende Aufsicht ist auf eine offene, ungehemmte und spontane Kooperation der Institute angewiesen. Die Vertraulichkeit des Austausches zwischen der FINMA und den beaufsichtigten Instituten wird deshalb vom Gesetzgeber als **besonders schutzwürdig** anerkannt. So ist die FINMA nach Art. 2 Abs. 2 BGÖ vom Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen. Weiter hat der Gesetzgeber in Art. 40 FINMAG ausdrücklich vorgesehen, dass die FINMA die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen und die Herausgabe von Akten sogar gegenüber inländischen Behörden verweigern kann, wenn dies die Erfüllung der Aufsichtstätigkeit der FINMA beeinträchtigen würde.

Aus den vorstehenden Gründen sind Dritte nur in hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen als Partei in Verfahren zugelassen, welche die FINMA gegen beaufsichtigte Institute führt. Die FINMA hat deshalb zu Recht und im Einklang mit ihrer vom Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht bestätigten Praxis die beschwerdeführende Partei und andere Halter von AT1-Anleihen generell nicht als Verfahrenspartei zugelassen (zur Beschwerdelegitimation, s. unten).

Aufgrund dieser Rechtslage und des erheblichen öffentlichen Interesses an der Vertraulichkeit der FINMA-Akten müssen weder das beaufsichtigte Institut noch die FINMA damit rechnen, dass ihr aufsichtsrechtlicher Dialog bei einer Beschwerde eines Dritten nachträglich an diesen Dritten oder die Öffentlichkeit gelangen könnte. Dies würde das berechtigte Vertrauen der CSG in die Vertraulichkeit des aufsichtsrechtlichen Dialogs erschüttern, und es können ihr daraus weitere Nachteile entstehen, wenn **wie hier** dem Geschäftsgeheimnis unterliegende Informationen oder Mitteilungen der Bank an die FINMA an die Dritte gelangen.

Entsprechend liegen sowohl überwiegende und wesentliche private wie auch wichtige öffentliche Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 VwVG vor, welche einer Einsichtnahme in die Akten des Vorverfahrens durch die beschwerdeführende Partei entgegenstehen. Aus den vorgenannten Gründen beantragt die CSG deshalb, von einer Offenlegung der Vorakten an die beschwerdeführende Partei abzusehen.

Sollte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen, dass eine Offenlegung der Vorakten an die beschwerdeführende Partei dennoch erfolgen soll, dürfte eine solche nicht erfolgen, solange die Frage der Beschwerdelegitimation der beschwerdeführenden Partei nicht abschliessend gerichtlich geklärt ist.

Gemäss Art. 37g BankG können Gläubiger und Eigner einer Bank in den Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt nur ausnahmsweise Beschwerde führen. Die vorliegend angefochtene Schutzmassnahme zählt nicht zu den in Art. 37g BankG aufgelisteten Ausnahmen, handelt es sich doch um eine Weisung an die Bank im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a BankG. Schon deshalb ist die Beschwerdelegitimation der beschwerdeführenden Partei zu verneinen. Zum selben Ergebnis kommt man auch gestützt auf die allgemeinen Grundsätze.

Gemäss Art. 48 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die beschwerdeführende Partei durfte als Dritte nicht am Vorverfahren teilnehmen und ist auch nicht Verfügungsadressatin. Dritte gelten jedoch nur dann als besonders berührt im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG, wenn sie eine besondere beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache aufweisen.¹ Die beschwerdeführende Partei ist angeblich Inhaberin von Additional Tier 1-Anleihen (**AT1-Anleihen**), welche durch **Erklärung der CSG** vom 20. März 2023 – und nicht etwa aufgrund der Verfügung der FINMA vom Vortrag – untergegangen sind. Die Anordnung der FINMA in ihrer Verfügung vom 19. März 2023 richtete sich ausschliesslich an die CSG und verlangte, dass die CSG ein Recht ausübt, dass sich aus den Bedingungen der AT1-Anleihen ergibt. Die CSG hätte dieses Recht ohne weiteres auch selbständig, auf privatrechtlicher Basis und ohne Anordnung der FINMA ausüben können. Die CSG wird sich dazu ausführlich äussern, sobald ihr eine entsprechende Frist angesetzt wird.

¹ Häner Isabelle, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 48 N 12.

Die beschwerdeführende Partei muss gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG darlegen, dass sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat. Erforderlich ist dabei, dass es sich um ein unmittelbares, eigenes und persönliches Interesse der beschwerdeführenden Partei handelt. Ein persönliches Interesse liegt vor, wenn die beschwerdeführende Person durch den Beschwerdegegenstand einen **unmittelbaren** Nachteil erleidet.² Darüber hinaus muss die beschwerdeführende Partei ein aktuelles und praktisches Interesse an der Überprüfung des Entscheids nachweisen.³ Praktisch ist das Interesse nur dann, wenn der erlittene Nachteil bei einer Guttheissung der Beschwerde beseitigt würde.⁴

Vorliegend ist nicht erkennbar, welches unmittelbare persönliche Interesse die beschwerdeführende Partei an der Aufhebung oder Änderung der FINMA Verfügung haben soll, die nur eine Weisung an die CSG enthielt. Die FINMA hat die AT1-Anleihen, welche die beschwerdeführende Partei angeblich hält, nicht abgeschrieben – die CSG hat dies am 20. März 2023 getan. Unklar ist auch, welches praktische Interesse die beschwerdeführende Partei an einer Änderung bzw. Aufhebung der FINMA Verfügung haben soll. Auch aus diesen Gründen, auf die zu einem späteren Zeitpunkt näher einzugehen sein wird, ist die Beschwerdelegitimation der beschwerdeführenden Partei bestritten.

Solange die Parteistellung der beschwerdeführenden Partei nicht rechtskräftig feststeht, darf dieser auch keine Akteneinsicht gewährt werden. Gerade in einem Beschwerdeverfahren darf die Beschwerdeinstanz beschwerdeführenden Dritten keine Akteneinsicht gewähren, ohne vorgängig deren Beschwerdelegitimation geprüft zu haben.⁵ Wie das Bundesgericht zutreffend festgehalten hat, dürfen Verfahrensbeteiligten keine Parteirechte gewährt und deren Prozessbegehren zu Lasten der Gegenpartei nicht gutgeheissen werden, bevor überhaupt die Befugnis dieser Beteiligten zur Beschwerdeführung festgestellt worden ist.⁶ Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der beschwerdeführenden Partei solange keine Akteneinsicht zu gewähren ist, bis ihre Beschwerdelegitimation abschliessend und rechtskräftig bestätigt ist.

Sollte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangen, dass keine öffentlichen Interessen bestehen, die einer Gewährung der Akteneinsicht an die beschwerdeführende Partei entgegenstehen, und dass diese beschwerdelegitimiert ist, wäre der CSG Gelegenheit zu geben, vor Erlass einer allfälligen Akteneinsichtsverfügung Einsicht in die Verfahrensakten zu nehmen und dazu Stellung zu nehmen. In diesem Fall wären zudem besondere Schutzmassnahmen anzuordnen, um beispielweise eine ungefilterte Weitergabe von offengelegten Verfahrensakten an die Medien zu unterbinden.

² Häner Isabelle, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 48 N 21; BGE 142 II 451, E. 3.4.1.

³ Häner Isabelle, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 48 N 22.

⁴ BGE 141 II 14, E. 1.2.2.3.

⁵ Waldmann Bernhard/Oeschger Magnus, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 26 N 49.

⁶ 1A.72/2002 vom 19.08.2002 E. 2.

Zu den Anträgen Nr. 2 und Nr. 3: Kein Anspruch auf Einsicht in die Akten eines anderen Verfahrens

Anlass zu den Anträgen Nr. 2 und Nr. 3 gibt der Umstand, dass das Gericht der beschwerdeführenden Partei nicht nur die Verfügung der FINMA vom 19. März 2023, sondern auch jene vom 22. März 2023 zugestellt hat. Ebenso wurde dieser die Gelegenheit eingeräumt, ihre Beschwerde mit Bezug auf die Verfügung vom 19. März 2023 **und** jene vom 22. März 2023 zu ergänzen. Diese Anordnungen und Erwägungen des Gerichts implizieren die Ansicht, dass die Verfügung vom 19. März 2023 und jene vom 22. März 2023 denselben Gegenstand haben und ein und demselben Verfahren entspringen. Dies ist aber **nicht der Fall**:

Die FINMA wies die CSG mit Verfügung vom Sonntag, 19. März 2023 an, sämtliche AT1-Anleihen abzuschreiben. Dieser Anordnung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen, und sie musste umgehend vollzogen werden. Entsprechend hat die CSG am Montag, 20. März 2023, die Verfügung der FINMA umgesetzt, d.h. die *Write-Down Notice* **gemäss den privatrechtlichen Emissionsbedingungen** mittels offizieller Mitteilung an die SIX Swiss Exchange gegeben und die AT1-Anleihen der beschwerdeführenden Partei abgeschrieben.⁷ Das Verfahren der FINMA in Bezug auf die Abschreibung der AT1-Anleihen **war damit abgeschlossen**.

Zwei Tage später, mit Verfügung vom 22. März 2023, wurde die CSG zusätzlich angewiesen, die sogenannten *Contingent Capital Awards (CCA)* der Mitarbeitenden der CSG ebenfalls abzuschreiben. Diese zusätzliche Anordnung betrifft die beschwerdeführende Partei **nicht**, denn die CCA und die AT1-Anleihen unterscheiden sich grundlegend:

- Die AT1-Anleihen, die von der Verfügung vom 19. März 2023 betroffen sind, sind Anleihen mit Forderungsverzicht gemäss Art. 11 Abs. 4 BankG, die Schweizer Recht unterstehen. Sie wurden am Kapitalmarkt bei **Investoren** platziert und konnten von den Inhabern börslich und ausserbörslich gehandelt werden. Die AT1-Anleihen sind *perpetual*, d.h. der Inhaber kann nicht die Rückzahlung der Anleihe verlangen. Die Medienmitteilung der FINMA vom 23. März 2023 betreffend die Verfügung vom 19. März 2023 listet die Anleihen, die von der Verfügung vom 19. März 2023 betroffen sind, einzeln auf.⁸ Dazu zählen auch die AT1-Anleihen, welche die beschwerdeführende Partei angeblich gehalten hat, und ihre Beschwerde bezieht sich nur auf diese Anleihen.
- Die CCA hingegen sind Teil der aufgeschobenen variablen Entlohnung, welche die CSG oder ihre Gruppengesellschaften als Arbeitgeber an ihre **Mitarbeitende** ausgerichtet haben. Die CCA unterstehen dem Recht von New York und wesentlich anderen Bestimmungen und Regeln als die AT1-Anleihen. Unter anderem waren die CCA **nicht** übertragbar, **nicht** an einer Börse kotiert und haben anders als die AT1-Anleihen ein festes Rückzahlungsdatum. Vor allem wurden sie **nur an Mitarbeitende** der betreffenden Credit Suisse-Gesellschaften als Lohnbestandteile ausgerichtet.

Die beschwerdeführende Partei hat keine CCA gehalten. Sie beschwert sich einzig, dass ihre AT1-Anleihen auf Anordnung der FINMA am 20. März 2023 – zwei Tage vor der Verfügung betr. die CCA – abgeschrieben wurden. Die CCA kommen in ihrer Beschwerde nicht vor.

⁷ Bereits am Sonntagabend, 19. März 2023, hatte die CSG die sofortige Suspendierung des Handels an der SIX Swiss Exchange der AT1-Anleihen veranlasst.

⁸ <https://www.finma.ch/de/news/2023/03/20230323-mm-at1-kapitalAnleihen/>

Entsprechend ist die beschwerdeführende Partei auch nach eigener Ansicht von der Abschreibung der CCA gemäss Verfügung vom 22. März 2023 weder berührt noch betroffen. Sie hat demzufolge keine Parteistellung in Bezug auf diese Verfügung und kein schutzwürdiges Interesse daran, ob die CCA der Mitarbeitenden der Credit Suisse Gruppe abgeschrieben werden oder nicht.

Die Akten zur Verfügung der FINMA vom 22. März 2023 sind für die Verfügung vom 19. März 2023 auch nicht relevant, weil sie dieser zeitlich **nachgelagert** sind. Eine spätere Verfügung und die in diesem Zusammenhang allenfalls vorhandene Akten können rein logisch eine frühere Verfügung nicht beeinflussen und nicht deren faktische oder rechtliche Entscheidungsgrundlage sein.

Weil sich die Beschwerde der beschwerdeführenden Partei nur gegen die Verfügung der FINMA vom 19. März 2023 richtet und richten kann, sollte die FINMA verpflichtet werden, im vorliegenden Verfahren nur die Akten in Bezug auf diese Verfügung einzureichen. Die Verfahrensakten zur Verfügung vom 22. März 2023 sind hingegen **nicht** einzureichen, weil sie das Objekt des vorliegenden Verfahrens selbst nach Ansicht der beschwerdeführenden Partei **nicht** betreffen. Entsprechend ersucht die CSG das Gericht darum, ihre Zwischenverfügung vom 8. Mai 2023 dahingehend zu präzisieren, dass "*die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Verfahren*" nur die Akten zur Verfügung vom 19. März 2023 umfassen. Falls das Gericht mit der Zwischenverfügung auch die Herausgabe der Akten zur Abschreibung der CCA der Mitarbeitenden verlangen wollte, beantragt die CSG eventualiter, dass diese Anordnung in Wiedererwägung gezogen und auf die Akten zur Verfügung vom 19. März 2023 eingeschränkt wird. Die der FINMA angesetzte Frist soll bis zum Eintritt der Rechtskraft des Entscheides über das vorliegende Wiedererwägungsgesuch abgenommen werden.

Da die beschwerdeführende Partei die Parteistellung im Verfahren rund um die Abschreibung der CCA von Bank-Mitarbeitenden nicht einmal beansprucht, dürfen ihr zu keinem Zeitpunkt Einsichtsrechte in die betreffenden Verfahrensakten gewährt werden.

Nach Art. 26 Abs. 1 VwVG haben eine Partei und ihre Vertreter nur Anspruch darauf, "*in ihrer Sache*" Einsicht in Akten zu nehmen. Der Anspruch auf Akteneinsicht bezieht sich nur auf Verfahren, an denen eine Partei selbst mitwirkt bzw. mitwirken darf. Akten von Verfahren, die sich auf andere tatsächliche und rechtliche Verhältnisse beziehen, sind vom Akteneinsichtsrecht von vornherein nicht erfasst.⁹

Die CCA sind **nicht** Sache der beschwerdeführenden Partei, weshalb auch eine Herausgabe aller Akten, welche die CCA und die Verfügung der FINMA vom 22. März 2023 betreffen, nicht zulässig ist. Dementsprechend besteht kein Grund, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die FINMA zur Herausgabe jener Akten anzuweisen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass Einsicht in die Akten rund um die Verfügung vom 22. März 2023 auch gestützt auf das BGÖ nicht zulässig ist. Nach Art. 2 Abs. 2 BGÖ ist die FINMA von Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen, und Art. 3 Abs. 1 Bstb. 1 Ziff. 5 BGÖ schliesst die Öffentlichkeit von Verfahren der Staats- und Verwaltungsrechtspflege (wie das vorliegende) aus. Aus diesen Gründen ist es nicht zulässig, die mehrfach verankerte

⁹ vgl. z.B. Brunner, in: VwVG Kommentar, Hrsg. Auer, Müller Schindler, 2019; Art. 26 N. 15.

Beschränkung der Einsicht in andere Verfahren durch einen Aktenbeizug "auszuhebeln", wie es Ziffer 5 der Zwischenverfügung ohne die hier verlangte Präzisierung zur Folge hätte.

Schliesslich ist eine Herausgabe dieser Daten und Akten an Dritte – wie die beschwerdeführende Partei – auch deshalb nicht zulässig, weil diese Daten zu den CCA und die Verfügung der FINMA vom 22. März 2023 höchst sensible Geschäftsgeheimnisse der CSG umfassen. Namentlich enthalten sie vertrauliche Informationen der CSG über ihre Vergütungspolitik und -systeme, einschliesslich den Umgang mit Vergütungsinstrumenten im Falle eines Ausscheidens, Ablebens oder Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmenden. Eine Offenlegung dieser Informationen an die beschwerdeführende Partei im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren würde offensichtlich gegen die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der CSG und ihrer Mitarbeitenden verstossen. Und dieses Geheimhaltungsinteresse überwiegt klar die Interessen der beschwerdeführenden Partei, in die Akten eines anderen Verfahrens Einsicht zu nehmen.

Mit Blick auf die laufenden Anfechtungsfristen sind wir Ihnen um eine rasche Prüfung des vorliegenden Gesuchs sehr dankbar.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Flavio Romero