



10.489

Parlamentarische Initiative
Mörgeli Christoph.
Keine Haftungsbegrenzung
für die Finma

Initiative parlementaire
Mörgeli Christoph.
Pour une responsabilité illimitée
de la FINMA

Vorprüfung – Examen préalable

CHRONOLOGIE

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 21.12.11 (VORPRÜFUNG - EXAMEN PRÉALABLE)

11.3757

Motion WAK-NR (10.489).
Finma.
Kosten der Untersuchungen
der Untersuchungsbeauftragten

Motion CER-CN (10.489).
FINMA. Prise en charge obligatoire
des frais occasionnés par
l'engagement d'un chargé d'enquête

CHRONOLOGIE

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 21.12.11
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 18.06.15

10.489

Antrag der Mehrheit
Der Initiative keine Folge geben

Antrag der Minderheit
(Kaufmann, Baader Caspar, Flückiger, Müri, Rime, Wandfluh)
Der Initiative Folge geben

Proposition de la majorité
Ne pas donner suite à l'initiative

Proposition de la minorité





(Kaufmann, Baader Caspar, Flückiger, Müri, Rime, Wandfluh)
Donner suite à l'initiative

11.3757

Antrag der Mehrheit
Annahme der Motion

Antrag der Minderheit
(Leutenegger Oberholzer, Kiener Nellen, Rennwald, Schelbert, Thorens Goumaz)
Ablehnung der Motion

Proposition de la majorité
Adopter la motion

AB 2011 N 2232 / BO 2011 N 2232

Proposition de la minorité
(Leutenegger Oberholzer, Kiener Nellen, Rennwald, Schelbert, Thorens Goumaz)
Rejeter la motion

Präsident (Walter Hansjörg, Präsident): Sie haben einen schriftlichen Bericht erhalten.

Pelli Fulvio (RL, TI), pour la commission: Il s'agit là aussi d'une initiative qui traite d'un thème assez complexe du point de vue du droit. La responsabilité de la FINMA, de ses organes, de son personnel et des personnes mandatées par elle est régie, selon l'article 19 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, par la loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires. Mais cette règle générale est limitée par une exception qui prévoit, à l'alinéa 2 de ce même article 19, que "la FINMA et les personnes qu'elle a mandatées sont responsables uniquement aux conditions suivantes: a. elles ont violé des devoirs essentiels de fonction". Cela signifie que la responsabilité est donnée seulement en cas d'abus ou de violation manifeste du droit d'appréciation et qu'une appréciation erronée ne suffit pas à provoquer une responsabilité de la FINMA ou de ces personnes, contrairement à ce qui est le cas pour tout autre collaborateur de la Confédération.

Monsieur Mörgeli demande de modifier cette situation. La majorité de la commission répond qu'il n'est pas nécessaire de le faire. Supprimer la limitation de la responsabilité de la FINMA pourrait conduire à ce que celle-ci n'agisse que lorsqu'elle a la certitude qu'un abus a été commis. Et ce n'est pas bien si la FINMA se limite dans ce sens. Dans le doute, la FINMA resterait passive à cause du risque élevé de responsabilité pesant sur elle. Donc, la majorité de la commission ne pense pas qu'il faille changer cette règle de base.

L'initiative parlementaire contient quand même d'autres propositions que la commission a examinées. Une deuxième proposition, c'est l'abolition de l'instrument d'enquête externe à la FINMA. La FINMA peut, sur la base de l'article 36 de la loi, charger quelqu'un d'externe de faire des enquêtes, c'est un chargé d'enquête. A ce sujet, il est bien de mentionner quelques données. Depuis la mi-2004, à savoir depuis l'introduction de l'article 36 sur le chargé d'enquête, il y a eu 370 mandats. 160 ont été exécutés par des personnes externes à la FINMA. Dans 26 cas – donc très peu de cas –, il s'agissait d'entreprises soumises à la FINMA et dans 130 cas à peu près, il s'agissait de cas de personnes morales qui agissent dans le marché financier sans une autorisation et qui, en fait, violent l'obligation d'en avoir une.

Il s'agit de cas particuliers d'entreprises qui n'ont pas l'autorisation et qui exercent quand même des fonctions délicates. Monsieur Mörgeli propose d'éliminer les enquêteurs externes pour des raisons qu'il va expliquer lui-même. La majorité de la commission pense que cet instrument est rationnel, important et qu'il n'est pas utilisé de façon abusive. Les cas sont peu nombreux et il s'agit de cas dans lesquels des soupçons préliminaires conduisent à l'engagement d'un chargé d'enquête. Le problème réside dans le fait que les externes coûtent cher, ce qui pose quelques problèmes. Donc: deuxième non de la commission.

On arrive au troisième problème: qui paie les frais de ces enquêtes? L'article 36 alinéa 4 de la loi sur la surveillance des marchés financiers prévoit que les frais occasionnés par l'engagement d'un chargé d'enquête sont à la charge de l'assujetti, donc de la personne contre laquelle on fait l'enquête. A la demande de la FINMA,



celle-ci verse une avance de frais. C'est la règle générale de l'activité de la FINMA, c'est toujours l'assujetti qui paie, même si la FINMA engage un enquêteur externe, ce qui augmente les coûts.

Monsieur Mörgeli demande que cette règle soit abolie. La commission a approfondi cette troisième question et elle a découvert que la pratique veut que lors de l'engagement d'un chargé d'enquête en cas de soupçon d'infraction à la loi relevant de la surveillance, l'obligation de la prise en charge des coûts existe également si, malgré des indices initiaux, l'enquête arrive à la conclusion qu'ils n'étaient pas justifiés: les frais sont donc à la charge de l'enquêté même si les soupçons étaient infondés.

Là, la commission estime que Monsieur Mörgeli a un petit peu raison et qu'il est inacceptable, suite à une enquête qui coûte beaucoup d'argent et que la FINMA ouvre sur la base de soupçons qui se révèlent erronés, que le suspect doive payer les frais. Selon la commission, les frais doivent rester à la charge de la FINMA qui a commis une erreur. Elle n'est pas responsable, sauf dans des cas très graves, mais elle doit au moins assumer les frais d'enquête qui sont souvent importants.

Voilà pourquoi la commission a déposé une motion qui prévoit de changer les règles selon lesquelles le suspect doit payer les frais même s'il a été blanchi. Je vous demande de la soutenir.

Müller Philipp (RL, AG), für die Kommission: Diese parlamentarische Initiative Mörgeli verlangt insbesondere, die Haftungsbegrenzung für die Finma sowie ihre Möglichkeit, Dritte mit einer Untersuchung zu beauftragen, aufzuheben. Die Motion verlangt, dass die Kosten für den Einsatz von Untersuchungsbeauftragten im Sinne von Artikel 36 des Bundesgesetzes über die eidgenössische Finanzmarktaufsicht nur dann von den Beaufsichtigten zu tragen sind, wenn sich die Vorwürfe gegen diese bestätigt haben.

In den Augen der Kommissionsmehrheit könnte die Aufhebung der Haftungsbegrenzung für die Finma dazu führen, dass diese nur noch handelt, wenn ein Verstoss in ihren Augen offensichtlich ist. Im Zweifelsfall würde die Finma aufgrund des erhöhten Haftungsrisikos untätig bleiben.

Hinsichtlich der Aufhebung des Einsatzes der Untersuchungsbeauftragten ist die Kommissionsmehrheit der Meinung, dass sich das bestehende System als flexibel und wirksam erwiesen hat. Es erlaubt der Finma, kurzfristig und für einen begrenzten Zeitraum zusätzliches Personal anzustellen, ohne dabei ihren Etatbestand erhöhen zu müssen. Die Mehrheit erachtet es insbesondere angesichts der bisweilen beträchtlichen Beträge jedoch als problematisch, dass der Beaufsichtigte die Kosten einer Untersuchung auch dann tragen muss, wenn diese ergeben hat, dass die Vorwürfe unbegründet waren. Sie fordert den Bundesrat deshalb in einer Motion auf, die rechtlichen Bestimmungen so zu ändern, dass der Beaufsichtigte die Kosten einer Untersuchung nur dann tragen muss, wenn diese die Vorwürfe bestätigt hat.

Eine Minderheit ist hingegen der Auffassung, dass für die Finma keine bevorzugten Haftungsbestimmungen gelten sollten. Angesichts der Tatsache, dass die Entscheide der Finma den Ruf eines Finanzinstituts zerstören können, sei es stossend, dass der Beaufsichtigte bei Fehlentscheiden nicht angemessen entschädigt werde. Die Möglichkeit der Finma, Privatpersonen mit Untersuchungen zu beauftragen, führt in den Augen dieser Minderheit nicht nur zu extrem hohen Verfahrenskosten, sondern birgt vor allem auch die Gefahr von Interessenkonflikten. Zur Durchführung solcher behördlicher Untersuchungen sollten deshalb einzig die Dienststellen der Finma befugt sein.

Eine weitere Minderheit lehnt sowohl die Initiative als auch die Motion ab, die Initiative aus denselben Gründen wie die Mehrheit die Motion, weil sie befürchtet, die Kosten der Untersuchungen würden auf die Steuerzahler abgewälzt. Die Kommission beantragt mit 13 zu 7 Stimmen, der parlamentarischen Initiative keine Folge zu geben. Die Annahme der Motion empfiehlt Ihnen die Kommission mit 12 zu 7 Stimmen.

Mörgeli Christoph (V, ZH): Eine Begrenzung der Haftung der Organe der Finma für ihr Handeln ist nicht zweckmässig. Die Organe der Finma sollten bezüglich Haftung vollumfänglich dem Verantwortlichkeitsgesetz unterstehen, und es ist keine Bevorzugung der Organe der Finma gegenüber anderen Beamten angezeigt. Ein verfehltes Handeln der Finma-Organe kann zu riesigen betriebswirtschaftlichen Schäden führen, und die

AB 2011 N 2233 / BO 2011 N 2233

verantwortlichen Organe müssen daher, wie auch Organe in der Privatwirtschaft, für Fehler geradestehen. Die aktuelle Gesetzeslage erlaubt unkorrektes und wenig sorgfältiges Handeln. Vielleicht lesen Sie gelegentlich entsprechende Interviews zum Fall Holenweger: Ich meine die Mitwisserschaft der Finma und anschliessende polizeiliche, frühmorgendliche Überfälle auf einen unbescholtenen Mitbürger. So etwas meinte ich auch mit dem Wort "Steuerpolizei" und den entsprechenden polizeilichen Massnahmen, die die Bürger eben sehr direkt treffen können.

Die Ausgliederung der Untersuchungstätigkeit an private Untersuchungsbeauftragte ist verfehlt. Sie führt zu



Doppelspurigkeiten und massiven Verfahrenskosten, weil diese Untersuchungsbeauftragten auf der Basis von hohen privatwirtschaftlichen Stundenansätzen abrechnen. Zudem fehlt teilweise bei den eingesetzten Untersuchungsbeauftragten schlicht das Fachwissen. Interessenkonflikte sind für betroffene Banken nur schwer erkennbar und kontrollierbar. Häufig werden die gleichen externen Untersuchungsbeauftragten eingesetzt, welche dann geschäftlich in eine Abhängigkeit von der Finma gelangen.

Die Finma soll ihre Überwachungsaufgaben selber wahrnehmen und nicht behördliche Aufgaben an Dritte delegieren. Ein Kostenantrag darf nur dann verfügt werden, wenn und soweit eine Verfehlung rechtskräftig feststeht. Die heutige Regelung ist krass stossend sowie verfassungsrechtlich und rechtstaatlich bedenklich. Die sofortige Bevorschussungspflicht für ein strafprozessualähnliches Verfahren widerspricht strafprozessualen Garantien und der Europäischen Menschenrechtskonvention. Durch die heutige Gesetzeslage wird die Unschuldsvermutung, welche verfassungsrechtlich garantiert ist, unterlaufen.

Finma-Untersuchungen gegen Banken und andere Finanzinstitute haben faktisch strafrechtlichen Charakter. Häufig sind Bussen oder sogar Berufsverbote die Folgen dieser Verfahren. Trotzdem werden in diesen Verfahren die grundlegenden strafprozessualen Garantien gegenüber den Betroffenen nicht eingehalten. Beispielsweise kollidiert das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht mit der Auskunft- und Meldepflicht gemäss Artikel 29 Finmag. Insbesondere ist auch eine klare Trennung von untersuchenden und entscheidenden Instanzen vorzunehmen. Bei negativen Verfügungen der Finma ist faktisch der Geschäftsbetrieb des Finanzinstituts akut gefährdet, und die Kontrolle der Verfügungen der Finma durch das Bundesverwaltungsgericht findet in der Praxis zu spät statt und ist oftmals auch nicht zielführend.

Ich bitte Sie sehr, meiner parlamentarischen Initiative Folge zu geben und zumindest die Motion anzunehmen, welche immerhin dem Missstand einen Riegel schiebt, dass die zu Unrecht Verdächtigten auch noch die gesamten Kosten tragen müssen.

Kaufmann Hans (V, ZH): Ich werde mich angesichts der fortgeschrittenen Zeit relativ kurz fassen.

Die SVP wird diese Motion und die parlamentarische Initiative unterstützen. Wir haben ja schon damals, als wir das Finanzmarktaufsichtsgesetz beraten haben, auf einige Konstruktionsfehler dieses Gesetzes aufmerksam gemacht. Einer davon ist der faktische Ausschluss der Haftung für die Finma. Einige Leute in der Schweiz haben denn auch die Folgen dieser Regelung zu spüren bekommen, indem Untersuchungen gestartet wurden, die zu grossen Reputations- und in der Folge dann auch zu Geschäftsschäden geführt haben, ohne dass im Nachhinein effektiv Schuldigkeit bewiesen wurde. Aber die Leute haben ihre Bank oder ihren guten Ruf verloren. Die Finma ist in keinem Fall entschädigungspflichtig geworden, im Gegenteil: Für die ganzen Untersuchungen mussten dann noch die Unschuldigen bezahlen, und das finden wir stossend.

Wir teilen auch nicht die Meinung der Mehrheit der Kommission, dass die Finma bei einer anderen Regelung nur noch dann eingreifen würde, wenn eindeutige Fälle vorliegen würden. Das wäre dann aber eine schlechte Aufsicht, wenn sie sich so verhalten würde.

Deshalb beantragen wir Ihnen, die parlamentarische Initiative Mörgeli zu unterstützen. Wir finden die Forderungen sinnvoll, dass eben die Begrenzung der Haftung im Gesetz nicht so wie bisher geregelt wird, sondern dass auch die Finma, die ebenfalls Fehler macht, für ihre Fehler geradestehen muss.

Bei anderen Aufsichten sind die Folgen nicht so schwerwiegend wie im Falle von Finanzinstituten, die ja von Vertrauen und von der Reputation leben. Wenn diese einmal durch irgendwelche Verfügungen vernichtet sind, dann rennt einem einfach die Zeit davon; man hat gar keine Chance. Bis dann das Bundesverwaltungsgericht schlussendlich vielleicht einen anderen Entscheid fällt, ist das Geschäft schon längst tot, die Arbeitsplätze sind vernichtet.

Deshalb bitten wir Sie, unserer Minderheit zuzustimmen.

Präsident (Walter Hansjörg, Präsident): Frau Leutenegger Oberholzer verzichtet auf eine Begründung des Minderheitsantrages zur Motion und lässt ausrichten, dass die SP-Fraktion diesen Minderheitsantrag unterstützt. Der Bundesrat beantragt ebenfalls die Ablehnung dieser Motion.

Widmer-Schlumpf Eveline, Bundesrätin: Ich bitte Sie, der parlamentarischen Initiative keine Folge zu geben. Die Einschränkung – die Einschränkung, nicht der Ausschluss – der Haftung auf wesentliche Amtspflichtverletzungen ist gerechtfertigt. Eine unbeschränkte Haftung der Finma könnte dazu führen – Herr Nationalrat Kaufmann, es ist einfach so –, dass die Finma mindestens nur noch dann eingreift, wenn sie davon ausgeht, dass ein begründeter Verdacht tatsächlich auch zu einer Verurteilung führen kann. Das kann es ja nicht sein. Wir sind darauf angewiesen, dass eine Untersuchung gemacht wird, wenn ein begründeter Verdacht besteht. Sonst kann die Finma ihren Auftrag nicht erfüllen. Sie müsste dann immer davon ausgehen, dass sie das Haftungsrisiko trägt, wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, dass sich der anfänglich begründete Ver-



dacht nicht bestätigt; dies erfolgt aber erst im Nachgang zur Untersuchung, wie im Übrigen bei Strafverfahren auch. Es würde auch dazu führen, dass die Finma für Ursachen das Risiko übernehmen müsste, die nicht bei ihr selbst liegen, sondern beispielsweise bei einer wirtschaftlich verfehlten Geschäftsführung einer von ihr beaufsichtigten Institution. Das würde auch zur Aufsichtsfrage führen, und es würde unter Umständen auch dazu führen, dass sie sich eine Amtspflichtverletzung anlasten lassen müsste.

Im Übrigen ist es so, dass Verfügungen der Finma immer mit Beschwerde angefochten werden können; das haben Sie auch gesagt. Natürlich erfolgt das nicht direkt, sondern im Nachgang. Es besteht aber die Möglichkeit, Verfügungen mit Beschwerden anzufechten; es besteht also eine richterliche Kontrolle.

Zum Aufsichtsinstrument der Untersuchungsbeauftragten: Das ist ein gutes Aufsichtsinstrument; es gibt der Finma die Flexibilität, die sie braucht, zum einen mit Bezug auf die Personalressourcen, zum anderen aber auch mit Bezug auf die fachlichen Kompetenzen, die sie möglicherweise selbst nicht hat. Darum braucht sie diese Untersuchungsbeauftragten.

Um unverhältnismässig hohe Mandatskosten zu vermeiden, unterstellt die Finma die Untersuchungsbeauftragten einer sehr engen Kostenkontrolle. Ausserdem können die Beaufsichtigten gegen die Einsetzung eines solchen Untersuchungsbeauftragten Beschwerde einreichen. Sie können bereits gegen die Mandatierung Beschwerde einreichen, und sie können auch gegen die Endverfügung der Finma Beschwerde einreichen. Es ist also ein rechtsstaatlich korrektes Verfahren.

Das Verfahren der Finma – da besteht offensichtlich keine vollständige Klarheit – ist kein Strafverfahren. Es ist ein Verwaltungsverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Darum kommen dabei auch nicht die strafprozessualen Grundsätze der EMRK zur Anwendung, die für den Strafbereich vorgesehen sind. Die Finma hat auch nicht die Möglichkeit, Bussen zu erheben. Ich habe zwar gehört, sie

AB 2011 N 2234 / BO 2011 N 2234

würde dies tun, doch kann sie das gar nicht. Sie hat ja nicht die Möglichkeit, strafrechtlich etwas zu machen. Das ist auch richtig so. Es ist richtig, dass die Finma Verwaltungsverfahren und nicht Strafverfahren durchführt. Das ist sachgerecht, weil sich das Aufsichtsrecht ja nicht auf Einzelne, sondern eben auf den Schutz des Marktes und seiner Teilnehmer bezieht. Insofern besteht überhaupt kein Anlass, dieser parlamentarischen Initiative Folge zu geben.

Ich möchte Sie auch bitten, die Motion der WAK-NR abzulehnen. Sie berücksichtigt ausschliesslich den Fall, dass der Untersuchungsbeauftragte eingesetzt wird, um einen Anfangsverdacht auf aufsichtsrechtlich relevante Gesetzesverletzungen abzuklären. Der Untersuchungsbeauftragte kommt aber auch in anderen Fällen zum Einsatz, beispielsweise, wenn es um die Abklärung komplexer Sachverhalte geht oder bei der Umsetzung von Massnahmen.

Die geltende Regelung, wonach die Kostentragungspflicht auch dann besteht, wenn objektive Anhaltspunkte für einen begründeten Anfangsverdacht auf eine Gesetzesverletzung bestanden haben, sich diese im Rahmen der Untersuchung aber als nicht gegeben herausstellen, ist bundesgerichtliche Rechtsprechung. Sie entspricht auch dem Verursacher- und Störerprinzip. Die von den Motionären beantragte Kostenregelung hätte zur Folge, dass nicht mehr der Beaufsichtigte, der die Kosten verursacht hat, in die Pflicht genommen würde, sondern alle Beaufsichtigten zusammen. Da teile ich im Übrigen die Ansicht der Minderheit nicht ganz, weil es nicht zutrifft, dass die Kosten der Untersuchung auf die Steuerzahler überwälzt würden. Die Finma finanziert sich über Aufsichtsabgaben der Beaufsichtigten. Die Kosten müssten bei dieser beantragten Regelung also von allen Beaufsichtigten zusammen getragen werden, aber das ist nicht richtig und entspricht vor allem nicht dem Verursacherprinzip. Genau darum ist diese Motion abzulehnen: Sie trägt dem Verursacherprinzip nicht Rechnung.

10.489

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 10.489/6798)

Für Folgegeben ... 46 Stimmen

Dagegen ... 121 Stimmen

11.3757



Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 10.489/6799)

Für Annahme der Motion ... 83 Stimmen

Dagegen ... 83 Stimmen

Mit Stichentscheid des Präsidenten

wird die Motion angenommen

Avec la voix prépondérante du président

la motion est adoptée

Präsident (Walter Hansjörg, Präsident): Ich teile Ihnen noch mit, dass Detailberatung des Geschäftes 11.018, "Massnahmen gegen Zwangsheiraten. Bundesgesetz", auf die Frühjahrssession 2012 verschoben werden muss.

Morgen beraten wir die Volksinitiative "Schutz vor Passivrauchen" (11.025). Es sind sehr viele Rednerinnen und Redner angekündigt. Gemäss der Planung könnten wir dieses Geschäft morgen nicht abschliessen und müssten damit am Freitag noch weiterfahren. Wenn Sie auf Ihr Votum verzichten können, melden Sie sich bitte beim Sekretariat, damit wir dieses Geschäft morgen zu Ende beraten können.

Schluss der Sitzung um 19.00 Uhr

La séance est levée à 19 h 00

AB 2011 N 2235 / BO 2011 N 2235