

Evaluation der Institution und der Funktion des Schweizerischen Bankenombudsman (Evaluation BOM)

Studie im Auftrag des Stiftungsrates des Schweizerischen Bankenombudsman

RA Dr. Urs Philipp Roth-Cuony

Zug, 10. Januar 2012

EXPOSEE

Die vorliegende Studie bezweckt eine Evaluation der Institution und der praktischen Arbeit des Schweizerischen Bankenombudsman im Hinblick auf das 20jährige Bestehen dieser Informations- und Schlichtungsstelle für die Kunden der Banken in der Schweiz. Reglementarische Grundlagen und praktische Durchführung der Verfahren des Schweizerischen Bankenombudsman werden sowohl anhand des theoretischen Fundaments des klassischen Ombudsman und der Ombudsmankonzepte des Privatsektors überprüft als auch an den praktischen Ausgestaltungen und Entwicklungen in Ombudssystemen der Finanzwirtschaft in der EU und in verschiedenen Ländern auf globaler Basis gemessen. Die Ergebnisse wurden im Rahmen strukturierter Interviews mit Vertretern von Banken, der FINMA, des Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA und von Konsumentenorganisationen sowie einzelner Ombudsstellen im Ausland besprochen. Daraus resultierten eine Reihe von Verbesserungsempfehlungen bei den Reglementen und beim praktischen Verfahren.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	2
Executive Summary.....	4
Auftrag	11
Methode.....	12
I. Teil Historische und theoretische Grundlagen	14
1. Der klassische parlamentarische Ombudsman.....	14
1.1 <i>Entwicklungsgeschichte der Ombudsman Institution</i>	14
1.2 <i>Das Konzept des parlamentarischen Ombudsman in der Theorie</i>	16
1.3 <i>Entwicklungstendenzen</i>	18
1.4 <i>Abgrenzungen</i>	19
2. Ombudsstellen des Privatsektors	21
II. Teil Das Regelungskonzept des Schweizerischen Bankenombudsman	29
1. Generelles zum Ombudsman im Banken- und Finanzdienstleistungssektor	30
2. Der Schweizerische Bankenombudsman	31
2.1 <i>Entstehungsgeschichte, Ziel und Zweck</i>	31
2.2 <i>Die aktuelle Regelung im Einzelnen</i>	32
2.2.1 Das Rechtsstatut.....	33
2.2.2 Entscheidkompetenzen und Entscheidprozess des Stiftungsrates im Allgemeinen.....	35
2.2.3 Finanzielle Ausstattung des Bankenombudsman.....	36
2.2.4 Unabhängigkeit des Bankenombudsman.....	37
2.2.5 Qualifikation des Bankenombudsman.....	40
2.2.6 Das Personal des Bankenombudsman.....	42
2.2.7 Verfahrensordnung und Verfahrenspraxis.....	44
2.2.8 Zuständigkeit des Bankenombudsman	45
a. Persönliche Zuständigkeit.....	45
b. Sachliche Zuständigkeit	46
ba. Beschwerden von Bankkunden aus Geschäften der Bank	46
bb. Unzuständigkeit.....	47
bc. Fragen allgemeiner Geschäfts- und Tarifpolitik.....	49
bd. Abstrakte Rechts- und Wirtschaftsfragen.....	50
be. Geschäfte mit ausländischen Niederlassungen von Schweizer Banken....	50
bf. Weitere Ablehnungsgründe für den Bankenombudsman.....	52
2.2.9 Einleitung und Durchführung des Verfahrens	54
a. Behandlung von Serienfällen	56
aa. Folgerungen aus den Länderumfragen	58
ab. Lösungsansätze für das Verfahren bei Serienfällen des BOM.....	60
b. Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht.....	65
2.2.10 Abschluss des Verfahrens.....	66
a. Empfehlung aufgrund von Recht und Billigkeit.....	67
2.2.11 Verfahrenskosten	68
2.2.12 Rechenschaftspflicht und Publizität.....	69

III. Teil Grundsatzfragen einer Neuregelung des Ombudssystems der Finanzdienstleistung in der Schweiz	73
1. Staatliche Regulierung oder Selbstregulierung?	73
2. Entscheidkompetenz des Ombudsman?	76
3. Einheitliche Ombudsstelle für alle Finanzdienstleistungsbranchen?	82
4. Mediationsrolle des BOM?.....	84
Literaturverzeichnis	86
Abkürzungsverzeichnis	91

Executive Summary

Die Ausgestaltung des Konzeptes des Schweizerischen Bankenombudsman entspricht sowohl bezüglich der reglementarischen Grundlagen: Stiftungsurkunde, Reglement für den Ombudsman¹ mit Annex und Pflichtenheft des Ombudsman als auch bezüglich der informellen Ausgestaltung der Verfahrenspraxis durch den Ombudsman den Anforderungen der Theorie sowie den Empfehlungen der EU-Kommission:

- Unabhängigkeit und Neutralität
- Transparenz und Effizienz
- Umfassende Abklärungsbefugnis (Auskunfts- und Akteneditionsspflicht)
- Faires, kontradiktorisches Verfahren, rechtliches Gehör
- Beurteilung der Kundenbeschwerden nach Recht und Billigkeit
- Unentgeltlichkeit des Verfahrens und Niederschwelligkeit der Ansprache des Ombudsman
- Handlungsfreiheit und Vertretungsrecht.

Im Vergleich zu ausländischen Ombudsmankonzepten im Finanzdienstleistungsbereich schneidet dasjenige des Schweizerischen Bankenombudsman gleichwertig ab. Einzelne Konzepte gehen insofern weiter als das schweizerische System, als dem Ombudsman eine Entscheidungskompetenz und nicht eine blosse Empfehlungskompetenz übertragen wird. Dies ist aber kein Essentiale des Ombudsprozesses und hat sich bisher nicht als Standard in Ombudssystemen der Finanzdienstleistungswirtschaft durchgesetzt. Dem Konzept des klassischen Ombudsman ist es sogar weitgehend fremd.

Umgekehrt nimmt der Schweizerische Bankenombudsman seine Schlichtungsaufgabe aufgrund einer liberalen Verfahrensordnung sehr aktiv wahr: Er insistiert auf einer lückenlosen Sachverhaltsfeststellung, nimmt eine detaillierte und professionelle Beurteilung der Rechtslage unter Berücksichtigung von Billigkeitsaspekten vor, die er den Parteien mitteilt und leistet erhebliche Überzeugungsarbeit bei den Parteien, um seinen Empfehlungen zum Durchbruch zu verhelfen und eine gütliche Einigung in der Streitsache zu erzielen. Diesbezüglich hebt er sich vorteilhaft von einzelnen

¹ Der Begriff „Ombudsman“ wird in dieser Studie als Fachbegriff verwendet. Er schliesst sowohl Ombudsmänner als auch Ombudsfrauen ein. Der leichteren Lesbarkeit halber wird im Übrigen jeweils auch für andere Personenkreise (z.B. Kunden, Konsumenten) die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist aber selbstverständlich mit inbegriffen.

ausländischen Ombudssystemen ab, die keine entsprechend aktive Vermittlungsrolle des Ombudsmann vorsehen.

Sowohl die Institution des Schweizerischen Bankenombudsmann als auch Verfahrensordnung und Verfahrenspraxis werden von den befragten Banken und von der FINMA weitgehend positiv beurteilt. Differenzierte Meinungen bestehen insbesondere in der Frage, inwiefern es dem Bankenombudsmann zustehe, über den Einzelfall hinausreichende allgemeine Feststellungen rechtlicher Art zu treffen. Diesbezüglich haben sich Kontroversen namentlich bei Serienfällen ergeben; sie widerspiegeln das Dilemma zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Effizienz des Ombudsverfahrens. Die klassische Einzelfallbeurteilung stösst hier an ihre Grenzen; die Bildung von Kategorien nach definierten Kriterien für die Behandlung vergleichbarer Fallkonstellationen drängt sich auf. Festzulegen ist, ob dem Ombudsmann oder allenfalls einer unabhängigen dritten Stelle die Kompetenz erteilt werden soll, die Kriterien und Kategorien autoritativ zu bestimmen.

Auch ein gutes Ombudskonzept bietet Raum für Verbesserungen und Optimierungen. Im Einzelnen ergeben sich aus der Evaluation eine Reihe von Empfehlungen, die allesamt innerhalb des bestehenden Konzeptes umgesetzt werden können. Die nachstehend aufgelisteten Empfehlungen werden in der Studie näher begründet.

Zum Rechtsstatut des Schweizerischen Bankenombudsmann:

Empfehlung 1:

Ergänzung der Stiftungsurkunde in dem Sinn, dass der Stiftungsrat mehrheitlich aus von den Banken unabhängigen Persönlichkeiten zusammengesetzt sein muss, wobei einer ausgewogenen Zusammensetzung (Wissenschaft, Rechtsanwendung, Konsumenten, Bankwirtschaft) Rechnung zu tragen wäre.

Denkbar wäre sodann ein Modell, das vorsieht, dass der Stiftungsrat maximal drei unabhängige Persönlichkeiten als Ersatz ausscheidender Mitglieder selber kooptiert oder dass er dem Verwaltungsrat der SBVg Wahlvorschläge unterbreitet, wobei der Verwaltungsrat solche Vorschläge nur aus wichtigen Gründen zurückweisen könnte.

Zur finanziellen Ausstattung des Ombudsman:

Empfehlung 2:

Einführung des (allenfalls qualifizierten) Mehrheitsentscheids für Budgetbeschlüsse und entsprechende Änderung der Stiftungsurkunde.

Zur Unabhängigkeit des Ombudsman und seines Personals:

Empfehlung 3:

Änderung des Arbeitsvertrags zwischen der Stiftung Schweizerischer Bankenombudsman und dem BOM. Zulasten der Stiftung: Festlegung einer fünfjährigen Amtsdauer, die sich bei Wiederwahl um weitere fünf Jahre verlängert, vorbehaltlich der vorzeitigen Abberufung aus wichtigem Grund, besonders bei gravierender Pflichtverletzung. Stipulierung eines nicht qualifizierten Rücktrittsrechts des BOM, gegebenenfalls unter Einhaltung einer Rücktrittsfrist.

Empfehlung 4:

Erlass und Publikation eines Reglementes, welches die Unvereinbarkeiten, Interessenkonflikt- und Ausstandssituationen sowie die weiteren die Unabhängigkeit beeinflussenden Situationen (z.B. Geschenke, übrige geldwerte Leistungen, Einladungen) stufengerecht für den Stiftungsrat, den BOM, die Stv. BOM, die übrigen Mitarbeitenden der Ombudsstelle und die externen Experten regelt.

Zur Verfahrensordnung und Verfahrenspraxis des Ombudsmann im Allgemeinen:

Empfehlung 5:

Veröffentlichung des Reglementes für den Ombudsmann und des Annexes zum Reglement, ergänzt durch die Verfahrensbestimmungen im Pflichtenheft; Integration der nicht zu veröffentlichenden internen Kompetenz- und Organisationsbestimmungen in einem gesonderten Reglement.

Zu den Unzuständigkeitsregeln:

Empfehlung 6:

Präzisierung der Unzuständigkeitsregel betreffend „behördliche Verfahren“ wie folgt: „Fälle, die bereits Gegenstand eines behördlichen Verfahrens bilden, das in der Streitsache entscheidungskompetent ist oder die vor Abschluss des Ombudsverfahrens in ein derartiges Verfahren übergeführt werden oder die rechtskräftig erledigt sind“.

Zur internationalen Vernetzung des Ombudsmann:

Empfehlung 7:

Abklärung der Möglichkeiten einer Mitgliedschaft in FIN-NET und gegebenenfalls Beitritt zu diesem europäischen Netzwerk.

Zur Behandlung von Serienfällen:

Empfehlung 8:

Ausdrückliche Regelung und Publikation des Verfahrens zur Behandlung von Serienfällen, die insbesondere die folgenden Elemente enthalten sollten:

- Grundregeln der Kriterien- und Kategorienbildung;
- Primat der kollektiven vor der Einzelfallbehandlung;
- Kooperationspflicht des Finanzinstituts und des BOM im Hinblick auf eine konsensuale Erledigung der Serienfälle.

Zusätzliche Massnahmen:

- Schaffung einer umfassenden Kommunikationsstrategie und -politik;
- Überprüfung und gegebenenfalls Überarbeitung des BOM-internen Informations- und case management Systems.

Prüfung weiterer Massnahmen zur Verstärkung der Bindungswirkung der Empfehlungen des BOM:

- Erteilung der Kompetenz an den BOM, verbindliche Kategorien und Kriterien für die Behandlung von Serienfällen zu stipulieren;
- Erhöhung der Regelungsstufe der Institution und der Verfahrensordnung des BOM: Qualifikation als Landesregel und Bestandteil der bankengesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen, Festsetzung von Mindeststandards durch die FINMA.

Zur Rechenschaftspflicht und Publizität:

Empfehlung 9:

Verpflichtung der Banken im Reglement für den Ombudsman, die Kundschaft auf geeignete Weise (durch Hinweis in der Kundendokumentation, durch Link auf der Website, durch Auflage der Informationsbroschüre des BOM oder auf gleichwertige andere Weise) über die Möglichkeit der Schlichtung durch den BOM zu informieren.

Untersucht wurden in der Studie zudem tiefgreifende Änderungen am bestehenden Konzept des Schweizerischen Bankenombudsmann, wie sie teilweise in ausländischen Ombudsmannkonzepten anzutreffen sind und auch von der FINMA im Vertriebsbericht 2010 zur Diskussion gestellt werden.

Staatliche Regulierung und Aufsicht:

In verschiedenen Ländern wird der Ombudsmann im Finanzdienstleistungssektor staatlich reguliert, in einzelnen Ländern ist er eine staatliche Behörde. Eine Konsumentenorganisation würde sich eine staatliche Regulierung wünschen, da nur dadurch die erforderliche Unabhängigkeit des Ombudsmann gewährleistet werden könne. Bezüglich der Form und der Tragweite der staatlichen Regulierung ist allerdings zu differenzieren. Anstelle einer reinen privatautonomen Regelung durch Verbandssatzung reicht die Bandbreite staatlicher Intervention von voller gesetzlicher Regulierung und behördlichem Ombudsmann über eine angeordnete Selbstregulierung mit gesetzlich oder regulatorisch festgelegten Kriterien zu behördlich genehmigter Selbstregulierung, wobei die Genehmigung erteilt wird, wenn von der Aufsichtsbehörde als genügend beurteilte Mindeststandards eingehalten werden. Welche Lösung für den Schweizer Bankenombudsmann schliesslich gewählt wird, ist eine politische Frage. Nach Auffassung des Verfassers ist das Prinzip der Selbstregulierung in der schweizerischen Finanzmarktregulierung anerkannt und hat sich bewährt. Dasselbe gilt für das geltende Selbstregulierungskonzept des Bankenombudsmann. Von einem „Marktversagen“, das eine stärkere staatliche Regulierung und Aufsicht erfordern würde, kann keineswegs gesprochen werden².

Entscheidungskompetenzen des Ombudsmann:

Nach grundsätzlichen Kriterien und Fragestellungen muss auch die Frage entschieden werden, ob der Schweizerische Bankenombudsmann künftig über Entscheidungskompetenzen in der materiellen Streitsache verfügen soll. Formale Kriterien helfen nicht weiter. Zu

² Vorbehalten bleibt die in Empfehlung 8 angeregte Prüfung, ob zur Verstärkung der Bindungswirkung der Empfehlungen des BOM eine Anhebung der Institution und der Verfahrensordnung des BOM auf eine von der FINMA genehmigte Selbstregulierung angezeigt wäre.

fragen ist, was mit dem Ombudssystem bezweckt wird: Soll der Ombudsman Schlichter sein oder eine autoritative und für den Kunden kostengünstige Streitentscheidung ermöglichen? Ist ein solches hybrides Verfahren der Streiterledigung, das Elemente der Schlichtung mit solchen einer richterlichen Streiterledigung vereint, notwendig oder genügen dafür die in der schweizerischen Rechtsordnung gebräuchlichen Instrumente der autoritativen Streiterledigung: Gerichte und Schiedsgerichte?

Die Übertragung von Entscheidungskompetenzen an den Ombudsman wird von einer Konsumentenorganisation und von einzelnen Autoren in der neueren Literatur befürwortet. Vertreter von Banken und FINMA könnten sich allenfalls ein vom Ombudssystem personell und funktional getrenntes Branchenschiedsgericht vorstellen, das den Parteien alternativ zum Schlichtungsprozess des Ombudsman zur Verfügung gestellt würde. Nach Ansicht des Verfassers drängt sich die Schaffung eines Branchenschiedsgerichts angesichts der potentiell geringen Fallzahlen nicht auf: Zwischen 86 Prozent und 95 Prozent der Empfehlungen des Bankenombudsman (bei Verweigerung in 6 bis 17 Fällen) wurden in den Jahren 2006 bis 2008 von den Parteien akzeptiert. Im Jahr der Krisenbewältigung 2009 sank die Akzeptanz auf 73 Prozent bei 249 Verweigerungen; 2010 ist sie wieder auf 80 Prozent (22 Verweigerungen) angestiegen. Für die nicht durch Schlichtung erledigten Fälle genügen die ordentlichen Gerichte und das in der Schweiz gut ausgebaute Schiedsgerichtssystem.

Einheitliche Ombudsstelle für alle Finanzdienstleister:

Eine einheitliche Ombudsstelle für alle Finanzdienstleister entspricht zwar einer gewissen Logik in einem einheitlichen Finanzmarktregulierungssystem wie der Schweiz. Nach den Erfahrungen der FINMA und der Konsumentenorganisationen würde eine solche einheitliche Ombudsstelle allerdings den Kunden wenig Nutzen bringen; sie wird deshalb nicht als zwingend angesehen. Auch auf internationaler Ebene ist das Bild gemischt; einheitliche Ombudsstellen sind klar in der Minderheit. Immerhin verfügen noch nicht alle Finanzmarktbranchen in der Schweiz über eine Ombudsstelle. Sollten sie sich dazu entscheiden oder von der FINMA dazu verpflichtet werden, wäre aber zu prüfen, ob vergleichbare Finanzdienstleistungssektoren in die bestehenden

Ombudssysteme der Versicherungen und der Banken aufgenommen werden könnten. Daraus ergibt sich die nachstehende Empfehlung.

Empfehlung 10:

Beibehaltung der getrennten Ombudssysteme des Versicherungs- und des Bankenbereichs; Entscheid künftiger Anschlussbegehren von Finanzdienstleistern aufgrund einer sachlichen Beurteilung (Vergleichbarkeit der Dienstleistungen und der Problemstellungen für den Ombudsman, Synergiepotentiale etc.).

Mediationsrolle des Ombudsman:

Schliesslich wurde die Frage gestellt, ob der Bankenombudsman zusätzlich und in dafür geeigneten Fällen als Mediator wirken könnte. Die liberale Verfahrensordnung des Schweizerischen Bankenombudsman würde ein derartiges Rollenverständnis ohne weiteres zulassen. In den Gesprächen mit den verschiedenen Anspruchsgruppen wurden die Rolle und der Wert der Mediation durchwegs anerkannt. Gleichzeitig wurde aber zu Recht darauf hingewiesen, dass dafür im Markt ausreichende professionelle Anbieter zur Verfügung stehen. Ein zusätzliches Eindringen des Bankenombudsman in die Mediation sei deshalb nicht angezeigt. Dieser Auffassung hat der Verfasser nichts beizufügen.

Auftrag

Die Institution „Schweizerischer Bankenombudsman“ wurde 1992 durch die Schweizerische Bankiervereinigung (im Folgenden: SBVg) als „neutrale, unabhängige Informations- und Vermittlungsstelle ohne Rechtsprechungsbefugnis für die Kunden der Mitgliedinstitute“ geschaffen³. Der Bankenombudsman (im Folgenden: BOM) ist seit 1.4.1993 operativ. 1995 übernahm der BOM zusätzlich die Funktion als „Anlaufstelle für die Suche nachrichtenloser Vermögenswerte“ gemäss den entsprechenden Richtlinien

³ vgl. § 3 lit. f der Statuten der Schweizerischen Bankiervereinigung in der diesbezüglich unveränderten Fassung vom 16.9.2010: http://www.swissbanking.org/statuten_sbv_g_2010

der SBVg. Vor dem Hintergrund der insbesondere im Gefolge der Finanzmarktkrise 2008 stark zunehmenden Zahl der an den BOM herangetragenen Kundenbeschwerden sowie dem Rückgang der Akzeptanzquote der Empfehlungen des BOM und der sich daraus ergebenden Fragestellungen beauftragte der Stiftungsrat im Dezember 2010 den Verfasser, in einer Studie die Institution, Funktionsweise, Zielerreichung und die Perzeption des BOM durch die verschiedenen Anspruchsgruppen (Regulierungsbehörde, Mitgliedsinstitute der SBVg und Konsumentenkreise) zu evaluieren und gegebenenfalls Empfehlungen für die Weiterentwicklung der Institution des BOM zu erarbeiten. Historische und theoretische Grundlagen des Ombudsmann-Konzeptes sind dabei ebenso zu beachten wie die praktischen Ausprägungen und Entwicklungen der Institutionen des Bankenombudsmann bzw. des Ombudsmann für Finanzdienstleistungen in ausgewählten Referenzländern. Gegenstand dieser Studie ist die originäre Funktion des BOM als unabhängige, neutrale Informations- und Vermittlungsstelle für die Kunden der Mitgliedsinstitute der SBVg, nicht aber die Funktion als Anlaufstelle für die Suche nachrichtenloser Vermögenswerte.

Methode

Als Grundlage für die Beurteilung und Bewertung des Systems des BOM wurde zunächst das theoretische Fundament erstellt. Dafür wurde die massgebliche Literatur zur Entstehungsgeschichte, der praktischen Ausprägung und der wissenschaftlichen Durchdringung des klassischen parlamentarischen Ombudsmann und des Ombudsmannkonzeptes des Privatsektors aufgearbeitet. Die bestehenden Regularien des BOM wurden anschliessend anhand dieser theoretischen Erkenntnisse überprüft. In diese Analyse wurden informelle Weiterentwicklungen der Verfahrenspraxis des BOM einbezogen.

In einem weiteren Schritt wurden Ausprägungen in ausländischen Ombudsmannkonzepten des Finanzbereichs insoweit analysiert, als sie sich vom schweizerischen System grundsätzlich unterscheiden. Im Rahmen eines „desk research“ wurden die Grundzüge europäischer Ombudsmannkonzepte einschliesslich der Empfehlungen der EU-Kommission und des Zusammenarbeitsnetzes FIN-NET sowie die Regelungen in Canada und Australien studiert. Mit Vertretern zweier sich grundlegend

unterscheidender europäischer Ombudsmankonzepte, derjenigen des Vereinigten Königreichs und des Bundesverbandes deutscher Banken (BdB), wurden Kernfragen in mehrstündigen Interviews diskutiert. Weiter wurden einzelne Fragen mit dem Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA erörtert. Insbesondere zur Thematik der Serienfälle wurde die Praxis von 13 Ombudsstellen des Finanzsektors auf globaler Basis erhoben⁴.

Funktionsweise und Perzeption des BOM-Systems wurden schliesslich mit den Anspruchsgruppen in der Schweiz erörtert. Zu diesem Zweck wurden anhand von je Anspruchsgruppe standardisierten Fragebögen jeweils zweistündige, gestützte Interviews mit Vertretern der FINMA, zweier Schweiz weit tätiger Konsumentenorganisationen und Vertretern von insgesamt zwölf Banken durchgeführt⁵. Die in das Interview-„sample“ aufgenommenen Banken wurden im Gespräch mit dem BOM aufgrund folgender Kriterien ausgewählt:

- Vertretung aller Bankensektoren (Grossbanken, Kantonalbanken, übrige weitgehend im Inlandgeschäft tätige Banken, Vermögensverwaltungs- und Privatbanken, Auslandsbanken).
- Vertretung der drei Sprachregionen (Deutsche Schweiz, Suisse Romande, Ticino) und der weiteren Grossregionen und Finanzplätze (Ostschweiz, Nordwestschweiz, Grossräume Zürich und Bern, Arc Lémanique, Lugano).
- Vertretung von Instituten mit einer aussagekräftigen Anzahl an den BOM gelangter Beschwerdefälle seit 2005.
- Vertretung eines ausgeglichenen Mixes von Banken, die der Arbeit des BOM in konkreten Fällen kritisch gegenüber standen und solchen, die die Zusammenarbeit mit dem BOM ausnahmslos positiv bewerteten.

Das ausgewählte „sample“ erhebt nicht den Anspruch, wissenschaftlichen Anforderungen an Repräsentativität und „statistischer“ Relevanz nachzukommen. Der Verfasser ist aber der Ansicht, dass sich aus den Antworten wesentliche Elemente für die Beurteilung der Funktion und der Leistungen des BOM durch die Banken in der Schweiz ergeben.

⁴ vgl. unten, Fn 85

⁵ Die Interviews wurden in der Zeit vom 4.7.2011 bis 22.7.2011 durchgeführt

Weitere Gespräche wurden mit dem BOM und Vertretern der SBVg durchgeführt.

Die Studie gliedert sich in drei Teile: In einem ersten Teil werden die theoretischen Grundlagen des parlamentarischen und des privatsektoriellen Ombudsmankonzeptes zusammenfassend dargestellt. Der zweite Teil beleuchtet die konkrete Ausprägung des bestehenden BOM-Systems, misst diese an ausländischen Vergleichskonzepten sowie an den Bewertungen und Ansprüchen der verschiedenen schweizerischen Anspruchsgruppen. Aus diesen Überprüfungen resultieren im jeweiligen Kontext dargestellte Empfehlungen des Verfassers für Verbesserungen innerhalb des bestehenden Konzeptes. In einem dritten Teil werden einige Grundfragen besprochen, die sich aus den Anregungen im Diskussionspapier der FINMA vom Oktober 2010: Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen (FINMA-Vertriebsbericht 2010) sowie aus dem Vergleich mit ausländischen Konzepten und den geführten Interviews ergeben haben. In einem einleitenden Executive Summary werden vorstehend die Ergebnisse dieser Studie zusammenfassend dargestellt.

I. Teil

Historische und theoretische Grundlagen

1. Der klassische parlamentarische Ombudsman

1.1 Entwicklungsgeschichte der Ombudsman Institution

Die Geburt des Ombudsman-Konzeptes wird in der Lehre gemeinhin auf das Jahr 1709 datiert, als der schwedische König Karl XII. nach der Niederlage Schwedens gegen Russland in die Türkei fliehen musste. Er bestimmte in der Folge einen Ombudsman⁶ mit dem Auftrag sicherzustellen, dass die schwedische Reichsverwaltung ihre Pflichten

⁶ vgl. zum Ganzen: Caiden, Institution, S. 9 ff.; der Begriff „Ombudsman“ beruht auf germanischen Wurzeln und bezeichnete einen Funktionär, dessen Aufgabe es war, Bussen von reuigen Schuldigen einzutreiben und an Geschädigte auszubezahlen. In der Folge wurde der Begriff „Ombudsman“ auch generalisiert für Stellvertreter und Beauftragte verwendet: daselbst, S. 9 f.; vgl. zu den unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs Ombudsman sodann Haller, S. 33 f.

erfüllte und die Gesetze beachtete. In seiner modernen Ausprägung wurde die Institution des Ombudsmann 1809 in Schweden eingeführt⁷. Der „Justitie Ombudsmann“ wurde nicht mehr vom Monarchen bzw. der Exekutive, sondern vom Parlament (Riksdag) gewählt und rapportierte an dieses und nicht an den Monarchen. Seine Aufgabe war es, fehlerhaftes und gesetzwidriges Verhalten der Verwaltung aufzudecken und rechtlich zu verfolgen⁸. Über die Zeit wandelte sich der Auftrag jedoch immer stärker in Richtung der Wahrnehmung und Verteidigung der Rechte der Bürger, welche durch die Bürokratie verletzt wurden⁹.

Als zweites Land übernahm Finnland nach seiner Unabhängigkeit 1919 die Institution eines parlamentarischen Ombudsmann mit relativ geringfügigen Abweichungen gegenüber dem schwedischen Modell¹⁰. Weitere skandinavische Länder folgten erst nach dem zweiten Weltkrieg: 1952 führte Norwegen einen militärischen Ombudsmann, 1963 auch einen Ombudsmann für die Aufsicht über die zivile Verwaltung ein¹¹, Dänemark folgte mit einer allgemeinen Ombudsmann-Institution 1955. Das dänische Modell weicht insoweit vom schwedischen Modell ab, als der Ombudsmann keine Kompetenz zur Untersuchung von Beschwerden gegen die Justiz besitzt, seine Untersuchungsergebnisse erst nach Abschluss der Untersuchung veröffentlicht werden, seine Kompetenzen zur Rechtsprechung und zu Inspektionen beschränkt sind und er keine (Straf)Verfolgungskompetenz besitzt¹². Als erstes Land ausserhalb Skandinaviens folgte Deutschland 1957 mit der Etablierung eines militärischen Ombudsmann für die neu konstituierte Bundeswehr¹³.

Insbesondere durch die Publizitätsoffensive des ersten dänischen Ombudsmann, Stephan Hurwitz, breitete sich das Ombudsmann-Konzept ab den 1960er Jahren weltweit aus, wobei nun das dänische und nicht mehr das ursprüngliche schwedische Modell zum Standard wurde¹⁴. Innerhalb von acht Jahren zwischen 1962 und 1970 entstanden Ombudsmann-Institutionen in den meisten Kontinenten: Neuseeland führte 1962 als

⁷ Mit der Verfassungsänderung von 1915 wurden die Kontrollfunktionen des Justitie Ombudsmann im Militärbereich auf die neu geschaffene Institution des Militie Ombudsmann übertragen, vgl. Haller, S. 94 ff.

⁸ vgl. Haller, S. 82 ff.; die Institution des von der Exekutive bestimmten „Ombudsmann“, d.h. des Justizkanzlers, blieb parallel zum parlamentarischen Ombudsmann weiterhin bestehen.

⁹ vgl. Haller, S. 98 f., Caiden, Institution, S. 10.

¹⁰ vgl. Haller, S. 245 ff., Caiden, Institution, S. 10.

¹¹ vgl. Haller, S. 255 ff.; das norwegische Modell weist mehr Ähnlichkeit zum dänischen als zum schwedischen Modell auf: Haller, S. 259.

¹² vgl. Caiden, Institution, S. 10; einlässlich zu den Unterschieden zwischen dem schwedischen und dem dänischen Modell: Haller, S. 249 ff.

¹³ vgl. Caiden, Institution, S. 10; Haller, S. 261 f.

¹⁴ vgl. Haller, S. 248.

erstes Land des Commonwealth einen allgemeinen Ombudsman ein¹⁵; Guyana und Tanzania folgten 1966, Canada, Israel und Grossbritannien 1967, die USA 1969 und Mauritius 1970¹⁶. Hinzu kamen regionale und kommunale Ombudsman-Institutionen. Die Entwicklung hat seither nicht angehalten¹⁷.

In der Schweiz bestehen ebenfalls kommunale und kantonale parlamentarische Ombudsman-Institutionen; jedoch gibt es bis heute keinen gesamtschweizerischen Ombudsman¹⁸. Als erste Ombudsstelle in der Schweiz nahm der Ombudsman der Stadt Zürich am 1.11.1971 seine Tätigkeit auf¹⁹. Die Kantone Zürich (1979)²⁰, Basel-Stadt (1988)²¹ und Basel-Land (1989)²² folgten. Die Kantone Zug und Waadt verfügen über Ombudsman-ähnliche Vermittlungsstellen²³. Neben der Stadt Zürich bestehen kommunale Ombudsstellen in den Städten Bern, Winterthur und St. Gallen²⁴.

1.2 Das Konzept des parlamentarischen Ombudsman in der Theorie

Die konkreten Ausprägungen der Ombudsman-Institutionen sind in den einzelnen Ländern, Regionen und Kommunen entsprechend ihren politischen und rechtlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen durchaus unterschiedlich²⁵. Das grundlegende theoretische Fundament und seine praktischen Ausgestaltungsprinzipien bleiben jedoch über alle Rechtsordnungen hinweg gleich²⁶.

Die Ombudsman-Institution ist zunächst ein Instrument der Legislative zur Kontrolle der Exekutive, besonders der Verwaltung²⁷. Sie ist aber zweitens – und diese Funktion ist in der Entwicklung und Praxis des Ombudsman dominant geworden – eine Beschwerde- und Schlichtungsstelle zur „Verstärkung des Rechtsschutzes der Bürger

¹⁵ vgl. Haller, S. 263 ff.

¹⁶ vgl. Caiden, Institution, S. 10 f.

¹⁷ vgl. die Zusammenstellung bei Caiden, Institution, S. 11.

¹⁸ vgl. zum Ganzen: Kofler, S. 368 ff.

¹⁹ daselbst, S. 373 ff.

²⁰ daselbst, S. 368 ff.

²¹ daselbst, S. 371 f.

²² daselbst, S. 372 f.

²³ daselbst, S. 368.

²⁴ daselbst, S. 368.

²⁵ vgl. Kucsko, S. 10 ff.; Caiden, Institution, S. 13; Gregory/Giddings, S. 11 f.

²⁶ vgl. die einlässliche vergleichende Darstellung bei Kucsko, S. 10 ff. sowie Tollemache, S. 236

²⁷ vgl. Steiner/Nabholz, S. 40; ; Keller, S. 46 ff.

vor Übergriffen der rechtsanwendenden Organe“²⁸. Zu den unverzichtbaren Begriffsmerkmalen der Ombudsman-Institution gehören in der Definition von Vertretern der zürcherischen und der baslerischen Ombudsstellen:

- Verwaltungsunabhängigkeit und Neutralität.
- Gesetzliche Grundlage der Institution und Tätigkeit im öffentlichen Interesse.
- Umfassende Abklärungsbefugnis (Auskunfts- und Akteneditionspflicht der Verwaltung).
- Keine Entscheidkompetenz: Die Ombudsstelle gibt Empfehlungen ab.
- Beurteilung der Beschwerde bzw. der Tätigkeit der Verwaltung nach Recht und Billigkeit.
- Faires Verfahren (rechtliches Gehör, gleich lange Spiesse).
- Unentgeltlichkeit des Verfahrens und Niederschwelligkeit der Ansprache der Ombudsstelle²⁹.

In einer wegweisenden Studie zur Institution des Ombudsman definierte Gerald E. Caiden die Begriffsmerkmale des Ombudsman wie folgt:

„The Ombudsman is an independent and non-partisan officer (or committee of officers...) often provided for in the Constitution, who supervises the administration. He deals with specific complaints from the public against administrative injustice and maladministration. He has the power to investigate, report upon, and make recommendations about individual cases and administrative procedures. He is not a judge or a tribunal, and he has no power to make orders or to reverse administrative action. He seeks solutions to problems by a process of investigation and conciliation. His authority and influence derive from the fact he is appointed by and reports to one of the principal organs of state, usually either the parliament or the chief executive.“³⁰

Als Korrelat zur weitgehenden, teilweise sogar unbegrenzten Auskunfts- und Akteneditionspflicht der Verwaltung gegenüber dem Ombudsman wird von der Literatur gefordert und in einzelnen konkreten Regelungen gesetzlich auch so

²⁸ Haller, S. 31.

²⁹ vgl. Steiner/Nabholz, S. 36 f.; Caiden, Institution, S. 10.

³⁰ Caiden, Institution, S. 13; vgl. weitere, in der Substanz vergleichbare Definitionen in der Ombudsman-Literatur: zitiert bei Gregory/Giddings, S. 2 ff.; Caiden, Institution, S. 12 f. sowie das Modell der American Bar Association, ABA, zitiert bei Kuta, S. 390 ff. und Caiden, Institution, S. 12.

vorgesehen, dass der Ombudsman durch ein Zeugnisverweigerungsrecht oder sogar ein absolutes Zeugnisverbot geschützt wird³¹. Unbestritten ist sodann das Recht des Ombudsman, über seine Tätigkeit und seine Empfehlungen nicht nur im Rahmen seiner Rechenschaftspflicht gegenüber dem Parlament, sondern auch gegenüber der breiten Öffentlichkeit mindestens in anonymisierter Form zu berichten³². Rechenschaftspflicht und Publikationsrecht wirken dabei in zwei Richtungen: Einerseits wird dadurch der Kontrolldruck auf die Verwaltung erhöht, andererseits wird auch die Arbeit des Ombudsman durch das Parlament und eine weitere Öffentlichkeit und namentlich über die Medien überwacht. In der Literatur wird denn auch die Verantwortlichkeit („accountability“) des Ombudsman als wesentliches Kriterium seiner Glaubwürdigkeit bezeichnet³³. Accountability wird dabei über den engeren Begriff der rechtlichen und finanziellen Verantwortlichkeit hinaus verstanden als Effizienz, Effektivität und Exzellenz³⁴ seiner Amtsausübung.

Im Hinblick auf die Diskussion bezüglich einer allfälligen Entscheidkompetenz des BOM in der Streitsache³⁵ ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Literatur zum klassischen Ombudsman-Konzept einhellig die Auffassung vertritt, dass eine Entscheidkompetenz mit der Funktion des parlamentarischen Ombudsman nicht vereinbar ist³⁶.

1.3 Entwicklungstendenzen

Allerdings hat die Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeiten der Ombudsstellen³⁷ dazu geführt, dass dem Ombudsman in einzelnen Ländern und in spezifischen Bereichen, namentlich in Fällen von Menschenrechtsverletzungen, eine Rolle als

³¹ vgl. Kuta, S.407 ff.: Gefordert wird ein weitgehendes Zeugnisverweigerungsrecht für den Ombudsman und dessen Angestellte, sofern das entsprechende Ombudsman-Konzept den Kriterien der ABA, genügen; sodann daselbst, S. 394 sowie S. 399 ff.: die US Rechtsprechung ist bezüglich des Zeugnisverweigerungsrechts des Ombudsman uneinheitlich.

³² vgl. Kucsko, S. 50 ff.

³³ vgl. Gregory/Giddings, S. 6.

³⁴ vgl. Giddings, S. 468 ff.

³⁵ vgl. unten, S. 69 ff.

³⁶ vgl. die oben stehenden Definitionen von Steiner/Nabholz und Caiden, Institution sowie u.a. Nebenzahl, S. 60; Jent-Sørensen, S. 159 f.; Kucsko, S. 46; Giddings, S. 464 f.; Gregory/Giddings, S. 14 mit Verweis auf diesen Unterschied in gewissen Ombudsman-Regelungen des Privatsektors.

³⁷ z.B. verfügen Ombudsstellen in einzelnen Ländern unter dem Stichwort der good governance über eine Audit-Kompetenz gegenüber der Verwaltung, die zu Verbesserungsvorschlägen bezüglich des Verhaltens und der Verfahren der Verwaltung führen kann; in einzelnen Ländern wurde sodann die sachliche Zuständigkeit auf die Überprüfung des Verhaltens der Behörden gegenüber Auskunftsbegehren von Bürgern erweitert: vgl. dazu Gregory/Giddings, S. 11 ff.

„Anwalt“ des betroffenen Bürgers und nicht nur eines neutralen Schlichters oder sogar eine Entscheidungskompetenz zuerkannt wird³⁸.

Als weiteres Korrektiv zur fehlenden Machtbasis und Durchsetzungsbefugnis wird vorgeschlagen, dass der Ombudsman die Möglichkeit zur öffentlichen Nennung von Verwaltungsstellen haben müsse, welche sich der Umsetzung seiner Empfehlungen verweigern („naming and shaming“)³⁹.

Die neuere Literatur sieht eine Erweiterung der Arbeitstechnik der Ombudsstellen über die bloße Vermittlung und Schlichtung hinaus auf eine eigentliche Mediationstätigkeit⁴⁰. Die Mediationstechnik eignet sich nach dieser Auffassung insbesondere im Bereich von Dauer(schuld)verhältnissen, bei denen die Parteien nach Lösung des Konfliktes das Vertrags- oder Schuldverhältnis weiterführen wollen oder müssen. In diesen Fällen kann Mediation, die sich diesbezüglich am Harvard-Konzept⁴¹ orientiert und eine „win-win“-Situation herbeiführen will, zu nachhaltigeren Lösungen führen als die Schlichtung, welche in der Sache letztlich einen „Gewinner“ und einen „Verlierer“ hinterlässt⁴².

1.4 Abgrenzungen

Das Ombudsverfahren reiht sich in die Techniken der alternativen Streitbeilegung ein. Alternative Streitbeilegungstechniken (alternative dispute resolution, ADR) sind in unterschiedlichen Ausprägungen und in verschiedenen Jurisdiktionen im Verlauf der letzten Jahrzehnte populärer geworden. Als Vorzüge werden etwa genannt: Tiefere Kosten und weitgehende Formlosigkeit beim Ombudsverfahren⁴³, fachliche und zeitliche Effizienz sowie Nicht-Öffentlichkeit beim Schiedsgerichtsverfahren, weitgehende Verfahrensherrschaft der Parteien und Herbeiführen einer win-win-Situation im Mediationsverfahren⁴⁴. Die Unterschiede zwischen den einzelnen

³⁸ vgl. Giddings, S. 460, 464.

³⁹ vgl. Giddings, S. 464.

⁴⁰ zu den Unterschieden zwischen Schlichtung/Vermittlung und Mediation s. unten, S. 20 f.

⁴¹ vgl. zum Harvard-Konzept u.a. die Monographie von Fisher/Ury/Patton.

⁴² vgl. Gregory/Giddings, S. 13 f.; insbesondere bezüglich der Ombudsstellen von Zürich und Basel: Steiner/Nabholz, S. 48 f., 63.

⁴³ vgl. Giddings, S. 462

⁴⁴ vgl. Steiner/Nabholz, S. 18

alternativen Streitbeilegungstechniken sind aber zum Teil beträchtlich und nicht jede Technik eignet sich für jeden Konfliktfall⁴⁵.

Das Schiedsgerichtsverfahren ist am Weitesten entfernt vom Ombudsverfahren. Die Unterschiede, insbesondere die verfahrensmässige Nähe zu ordentlichen Gerichtsverfahren und die rechtliche Vollstreckbarkeit des Schiedsgerichtsentscheides, sind evident und erfordern keine detaillierte Erörterung der Abgrenzungen. Schiedsgerichtsverfahren rechtfertigen sich anstelle des Ombudsverfahrens nur in Fällen mit erheblichem Streitwert und fachlicher Komplexität und diesbezüglich unterschiedlicher Sachverhaltsbeurteilung durch die Parteien. Sie sind diesfalls eine Alternative zum Verfahren vor ordentlichen Gerichten, insbesondere indem sie durch entsprechende Parteiwahl fachliche Kompetenz der Entscheidungsfindung und Diskretion ermöglichen. Das Ombudsverfahren gelangt allerdings dann in die Nähe eines Schiedsgerichtsverfahrens, wenn dem Ombudsman eine Entscheidungskompetenz eingeräumt wird, wie das namentlich im Finanzsektor vorkommt⁴⁶.

Näher beim Ombudsverfahren liegt die Mediationstechnik. Steiner/Nabholz definieren Mediation wie folgt:

„Das Wort ‚Mediation‘ bedeutet Vermittlung. Unter dem Fachbegriff ‚Mediation‘ wird ein besonderes, freiwilliges Konfliktlösungsverfahren verstanden. Mediation wird gewöhnlich als ein aussergerichtliches Verfahren definiert, bei welchem eine neutrale Drittperson (Mediator, Mediatorin) die Konfliktparteien darin unterstützt, für ihren Konflikt selber eine rechtsverbindliche Lösung zu finden. Mediatorinnen und Mediatoren haben keine eigene Entscheidbefugnis, sondern es sind die Parteien, die durch Verhandeln eigenverantwortlich und einvernehmlich eine ihren Interessen optimal entsprechende Lösung erarbeiten, die dann auch von ihnen getragen wird. Sie müssen sich nicht einer durch Dritte vorgegebenen, autoritativen Lösung unterziehen, sondern binden sich in eigener Entscheidungsfreiheit. Voraussetzung ist, dass die Parteien zu einer Mediation bereit sind und den Willen haben, einen Konsens zu finden. Die Mediatorinnen und Mediatoren, ..., leiten das Mediationsverfahren und schaffen mit ihren besonderen Verhandlungsmethoden und Fragetechniken die Voraussetzungen dafür, dass die Kommunikation zwischen

⁴⁵ vgl. Meier, Streitbeilegung, S. 48 ff.

⁴⁶ vgl. unten, S. 76 ff.

den Konfliktparteien wieder in Gang gesetzt wird, dass gegenseitiges Verständnis und neues Vertrauen zueinander entsteht und der Konflikt schliesslich gelöst werden kann.“⁴⁷

Der Hauptunterschied zwischen dem Mediationsverfahren und dem klassischen Ombudsverfahren liegt in der Art der Konfliktlösung. Während es im Ombudsverfahren der Ombudsman ist, der aufgrund seiner Sachverhaltsermittlung seine Beurteilung der Streitsache nach Recht und Billigkeit vornimmt, sind es in der Mediation die Parteien selber, die eine ihren Interessen entsprechende Lösung suchen. Das Ombudsverfahren resultiert etwas plakativ gesagt in einem „win-lose“-Verdikt, während das Mediationsverfahren ein gegenseitiges Verständnis der Positionen und Interessen anstrebt und daraus eine die wesentlichen Interessen beider (oder aller) Parteien möglichst optimal berücksichtigende Einigung, eine „win-win“-Situation, anstrebt⁴⁸.

Ein weiterer Unterschied wird etwa darin gesehen, dass die Person des Schlichters im Ombudsverfahren gesetzt ist, während die Parteien ihren Mediator frei wählen können. Für die Frage, ob die Funktion des Ombudsman auf die Rolle eines Mediators ausgedehnt werden könne und solle, ist dieser Unterschied aber nicht von vornherein ausschlaggebend, da bereits die Wahl der Mediation freiwillig ist und Alternativen im „Markt“ verfügbar sind⁴⁹.

2. Ombudsstellen des Privatsektors

Die Ausbreitung des Ombudsman-Konzeptes blieb nicht auf den öffentlichen Sektor beschränkt. Aus dem gleichen Bedürfnis wie bezüglich der öffentlichen Verwaltung heraus, nämlich dem Bedürfnis nach einem Ausgleich des Macht- und Informationsgefälles gegenüber grossen Institutionen und Unternehmen⁵⁰, wurden ab den 1970er Jahren Beschwerde- und Schlichtungsstellen in staatsnahen Institutionen wie Spitälern und in Versorgungsbetrieben wie der Telekommunikations- und Elektrizitätswirtschaft, den Medien und weiteren privatwirtschaftlichen Unternehmen

⁴⁷ Steiner/Nabholz, S. 17; ähnlich: Stumpf, S. 274 f.

⁴⁸ vgl. Kricshek, S. 49; Meier, Streitbeilegung, S. 58 f.

⁴⁹ vgl. zum Ganzen: Steiner/Nabholz, S. 48 ff.

⁵⁰ vgl. Caiden, Institution, S. 12 f.

und Standesorganisationen aufgebaut, die sich mehrheitlich als Ombudsstellen bezeichneten⁵¹.

Die traditionelle Lehre zum klassischen Ombudsman-System stand der Proliferation des Ombudsman-Konzeptes in den Privatsektor und besonders der Bezeichnung dieser Beschwerde- und Schlichtungsstellen als Ombudsman skeptisch gegenüber. Puristen wollten den Begriff Ombudsman für den klassischen parlamentarischen Ombudsman monopolisieren, konnten sich jedoch – Macht des Faktischen – damit nicht durchsetzen⁵². Die Kritik setzte hauptsächlich an zwei für den parlamentarischen Ombudsman essentiellen qualitativen Kriterien an:

- Ombudsstellen des Privatsektors beruhten nicht auf einer gesetzlichen, insbesondere verfassungsmässigen Grundlage⁵³. Derartige Ombudsstellen seien der Öffentlichkeit gegenüber demgemäss auch nicht verantwortlich; es fehle das Kriterium der accountability⁵⁴.
- Ombudsstellen des Privatsektors würden nicht durch eine von Beaufsichtigten bzw. den Unternehmen, gegen die sich die Beschwerden richten, unabhängige Institution eingesetzt; sie seien deshalb ebenfalls nicht unabhängig, sondern stünden unter dem zumindest indirekten Einfluss dieser Unternehmen⁵⁵.

Hinzu kommen weitere, in der Literatur weniger stark gewichtete Unterschiede:

- Ombudsstellen des Privatsektors verfügen über kein durchsetzbares Auskunfts- und Akteneditonsrecht⁵⁶, ein solches ist zwar vielfach in den entsprechenden privatrechtlichen Satzungen vorgesehen, aber gegenüber einer unwilligen Unternehmung nicht durchsetzbar⁵⁷; unwillige Unternehmen können deshalb ein Ombudsverfahren leicht torpedieren.

⁵¹ vgl. Gregory/Giddings, S. 10 f.

⁵² vgl. Caiden, Institution, S. 12; soweit dem Autor bekannt ist, hat einzig Neuseeland eine gesetzliche Autorisierungspflicht für die Verwendung der Bezeichnung Ombudsman eingeführt: vgl. Tollemache, S. 238 f.

⁵³ Einzelne Ombudssysteme im Finanzdienstleistungsbereich beruhen aber doch auf einer gesetzlichen und regulatorischen Grundlage, vgl. unten S. 73 ff.; vgl. auch Stieber, S. 54 für den Bereich der Ombudsstellen von Organisationen wie den Universitäten

⁵⁴ und ⁵³ darauf weist Stieber, S. 55 mit Verweis auf Vertreter der klassischen Lehre hin; vgl. sodann Caiden, Institution, S. 3 und 12 f.

⁵⁶ vgl. Gregory/Giddings, S. 14

⁵⁷ vgl. Tollemache, S. 241.

- Ombudsstellen des Privatsektors werden ausschliesslich auf Beschwerde der gemäss Satzung Berechtigten (insbesondere der Kunden, Mitarbeiter etc.) hin und nur für die in der Satzung definierten Fallkonstellationen⁵⁸ tätig; ihre Tätigkeit bezweckt hauptsächlich die Beurteilung von rechtlichen Sachverhalten und das Erreichen einer für die Parteien wenigstens moralisch bindenden Lösung⁵⁹; eine Untersuchung auf eigene Initiative hin ist ihnen verwehrt; die Möglichkeit zur Kontrolle des Verhaltens der Unternehmen gegenüber ihren Anspruchsgruppen und die Möglichkeit, erzieherisch im Sinne einer Verbesserung der Governance zu wirken, ist damit begrenzt⁶⁰.

In der neueren Ombudsman-Literatur ist die Kontroverse um das Ombudsman-Monopol überwunden. Anstelle der Unterschiede werden die Gemeinsamkeiten hervorgehoben. Es wird betont, dass das ursprüngliche schwedische Ombudsman-Konzept genügend offen ist und die verschiedensten Ausprägungen erlaubt⁶¹; oder, wie es ein Autor ausdrückt: „An ombudsman cannot be bought off the peg; he must be made to measure.“⁶² Es wird anerkannt, dass Ombudsstellen des Privatsektors eine wichtige Rolle beim Ausgleich des Machtgefälles zwischen Unternehmen und Individuum spielen und dass sie ein wertvolles Instrument im Rahmen der alternativen Streitbeilegung zur Verfügung stellen⁶³. An Gemeinsamkeiten mit den klassischen Ombudsstellen stechen besonders die folgenden Gestaltungselemente privater Ombudsstellen hervor:

- Wie die parlamentarischen Ombudsstellen beenden auch die Ombudsstellen des Privatsektors das Beschwerdeverfahren grundsätzlich mit einer Empfehlung. Da ihre Tätigkeit aber in erster Linie auf die Lösung privatrechtlicher und vielfach schuldrechtlicher Konflikte und weniger auf die Kontrolle der Tätigkeit der unterstellten Institutionen ausgerichtet ist, werden verschiedentlich Ombudsstellen

⁵⁸ vgl. für das Bankenombudsman-System in Neuseeland: Tollemache, S. 243.

⁵⁹ vgl. Gregory/Giddings, S. 14.

⁶⁰ Im Gegensatz zu den meisten übrigen Ombudssystemen im Finanzdienstleistungsbereich weist Tollemache für Neuseeland darauf hin, dass das System des Bankenombudsman über den Einzelfall hinaus im Sinne eines systematischen Audit wirken kann, indem der Bankenombudsman Empfehlungen zur Verbesserung der Bankpraxis abgeben kann, vgl. Tollemache, S. 240 sowie unten, S. 46; ähnlich neuerdings auch Canada, das in einer Revision der OBSI ToR 2010 unter dem Titel der „systemic issues“ die gleiche Möglichkeit geschaffen hat: vgl. OBSI ToR, Art. 2 und 11

⁶¹ vgl. Caiden, Institution, S. 13.

⁶² S.A. de Smith, Mauritius Legislative Assembly Sessional Papers, No. 2/1965, para.39, zitiert bei Caiden, Institution, S. 13.

⁶³ vgl. Tollemache, S. 239

des Privatsektors mit (regelmässig begrenzter) Entscheidkompetenz ausgestattet⁶⁴.

- Auch die privaten Ombudsstellen beurteilen die Beschwerden bzw. das Verhalten der Unternehmen in erster Linie nach Recht, lassen aber auch Billigkeitserwägungen einfließen.
- Ebenso ist Gewähr für ein faires Verfahren (rechtliches Gehör, gleich lange Spiesse) geboten⁶⁵.
- Das Verfahren ist unentgeltlich und weitgehend formlos; die Niederschwelligkeit der Ansprache der Ombudsstelle ist damit ebenfalls gewährleistet.
- Sofern das Ombudsman-System durch eine Standesorganisation (z.B. einen Berufs- oder Branchenverband) und nicht durch ein einzelnes Unternehmen aufgebaut und beherrscht wird, ist zudem das Prinzip der Unabhängigkeit und Neutralität gewahrt⁶⁶. Diesbezüglich wird etwa gefordert, dass eine unabhängige Stelle zwischen die Gründerunternehmen und die Ombudsstelle gesetzt wird. Durch die Stärke und Glaubwürdigkeit einer derartigen unabhängigen Stelle, an welche der Ombudsman Rechenschaft ablegt, und durch Publikation von Tätigkeitsberichten zuhanden der Öffentlichkeit entsteht accountability des Ombudsman⁶⁷.

In der Praxis der Ombudsstellen des Privatsektors stellen sich weitere Fragen, die sich nicht als definitorischer Gegensatz zu den parlamentarischen Ombudsstellen qualifizieren lassen, sondern *ceteris paribus* auch dort vorkommen mögen oder aber aus den spezifischen Gegebenheiten des Privatsektors zu begreifen sind.

In die erste Kategorie fallen Fragen der Zuständigkeit und der Gründe für die Ablehnung der Annahme der Beschwerde durch den Ombudsman.

- Darauf, dass das jeweilige Ombudsman-Statut den sachlichen Zuständigkeitsbereich definiert und damit begrenzt, wurde bereits hingewiesen⁶⁸. Im externen Verhältnis

⁶⁴ z.B. im Finanzsektor, s. unten, S. 76 ff.

⁶⁵ vgl. zu den verschiedenen Ausprägungen des Fairness-Gedankens (Fairness des Verfahrens, Fairness des Resultats, Recht und Billigkeit): Tollemache, S. 239 ff.

⁶⁶ vgl. Gregory/Giddings, S. 10.

⁶⁷ vgl. Tollemache, S. 238.

⁶⁸ oben, S. 23

der Unternehmen der Wirtschaft zu ihren Vertragspartnern ist die sachliche Zuständigkeit regelmässig auf Konflikte ausgelegt, die sich durch finanzielle Entschädigung lösen lassen. Lediglich dort, wo dem Ombudsman eine weitergehende Audit-Funktion zuerkannt wird, erstreckt sich die sachliche Zuständigkeit auch auf Verhaltensfragen⁶⁹. Im Einzelnen kann aber die scheinbar eindeutig geregelte sachliche Zuständigkeit, bzw. deren Begrenzung zu schwierigen Auslegungsfragen führen. Dem Ombudsman wird vielfach ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt und es hängt dann von der Persönlichkeit des Ombudsman ab, ob er seine Funktion extensiv zugunsten der Sachzuständigkeit und damit zugunsten des Beschwerdeführers oder aber restriktiv und damit letztlich zugunsten der Beschwerdegegnerin auslegt. Die diesbezügliche Praxis wirkt sich unmittelbar auf die Perzeption und die Reputation des Ombudsman aus⁷⁰.

- In die gleiche Kategorie fällt die Frage, wie der Ombudsman mit komplexen Fragen umgehen soll, welche ausgedehnte Sachverhaltsabklärungen, teilweise Spezialwissen erfordern oder deren Sachverhalt von den Parteien unterschiedlich verstanden wird. Die meisten Ombudsman-Statute schweigen sich dazu aus⁷¹. Unbestritten ist, dass der Ombudsman nicht verpflichtet ist, eine Beschwerde anzunehmen, die seine Lösungskompetenz aus irgendwelchen Gründen übersteigt, oder die Beziehung der Parteien bezüglich der Streitsache eine Eskalationsstufe erreicht hat, die eine Lösung als unwahrscheinlich erachten lässt⁷². Die Anhandnahme komplexer Fälle widerspricht auch der Zielsetzung des Ombudsverfahrens, rasche und kostengünstige Lösungen ausserhalb gerichtlicher Verfahren bereitzustellen. Umgekehrt will das Ombudsman-Konzept eben gerade das Instrument der Wahl sein, um Konflikte informell und ausserhalb der gerichtlichen Auseinandersetzung einer einvernehmlichen Lösung zuzuführen. Die Ombudsstellen sind deshalb generell sehr zurückhaltend bei der Ablehnung der Behandlung von Beschwerden, wobei auch hier wieder die Persönlichkeit und die

⁶⁹ z.B. die Änderung von Praxisregeln im Bankensektor; vgl. für Neuseeland Tollemache, S. 240

⁷⁰ vgl. zum BOM unten, S. 46 ff.

⁷¹ ausgenommen z.B. Deutschland: Gemäss Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art 4 (4) ist die Sachverhaltserhebung des Ombudsmanns auf Urkundenbeweise beschränkt; in der Praxis führt dies dazu, dass der Ombudsmann keine eigentliche Vermittlungstätigkeit ausübt, sondern bei aufgrund der Urkunden unklarer Beweissituation die Schlichtung beendet, vgl. unten, S. 55 f. und 85

⁷² vgl. ausdrücklich zum Mediationsverfahren: Steiner/Nabholz, S. 19 ff., besonders Fn 5

„Amtsauffassung“ des Ombudsman entscheidend ist.

- Grundsätzlich erklären sich die Ombudsstellen für unzuständig, wenn in der Beschwerdesache bereits ein gerichtliches Verfahren hängig oder rechtskräftig entschieden ist⁷³.
- Gleichermassen wie für den parlamentarischen Ombudsman stellt sich für den Ombudsman des Privatsektors die Frage der Transparenz der Regeln und Verfahren. Während diese Transparenz beim parlamentarischen Ombudsman ohne weiteres durch die gesetzliche Grundlage hergestellt wird, auf deren Basis seine Arbeit beruht, gründen das Statut und die Verfahrensregeln beim Ombudsman des Privatsektors auf privatrechtlicher Satzung⁷⁴. Es steht deshalb der Gründerorganisation und der Ombudsstelle frei, inwieweit sie diese Regeln veröffentlichen wollen⁷⁵. Die Praxis der Ombudskonzepte des Privatsektors ist diesbezüglich uneinheitlich⁷⁶. In der Literatur wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass diesbezügliche Transparenz die Glaubwürdigkeit des Ombudssystems und damit letztlich die accountability des Ombudsman fördert⁷⁷.
- Die Unabhängigkeit und die Wirksamkeit sowohl des parlamentarischen als auch des Ombudsman des Privatsektors hängt im Weiteren mit seiner finanziellen Ausstattung zusammen. Auch der profilierteste Ombudsman kann nicht effektiv arbeiten, wenn ihm die Ressourcen fehlen. Offensichtlich ist jedes Budget letztlich begrenzt, aber ebenso offensichtlich kann die Budgetpolitik durch diejenigen, die bezahlen, seien es staatliche oder private Instanzen, politisch gesteuert werden. Die Versuchung ist da, einen missliebigen Ombudsman durch (angedrohte) Budgetkürzungen zu gängeln oder durch knappe Budgets seinen Wirkungsbereich zu begrenzen. Ein völlig altruistischer, von Partikularinteressen freier Ressourcenentscheid ist zweifellos unrealistisch, aber der Privatsektor besitzt die

⁷³ vgl. Brown, S. 77.

⁷⁴ Allerdings bestehen auch dazu Ausnahmen, z.B. das System des UK-FOS, das auf gesetzlicher und regulatorischer Ebene steht (FSMA und FSA Regulierung)

⁷⁵ Dies gilt mindestens insoweit, als die Regelung nicht auf einer gesetzlich oder regulatorisch angeordneten Selbstregulierung beruht, wie das beispielsweise bei der Funktion des BOM als Auskunft- und Meldestelle für nachrichtenlose Vermögen der Fall ist.

⁷⁶ Während das schweizerische System des BOM diesbezüglich zurückhaltend ist, veröffentlichen vergleichbare Systeme anderer Länder die Regelungen im Wortlaut: vgl. unten, S. 44 f.

⁷⁷ vgl. Stauder, Rz 21 und 36

grössere Gestaltungsfreiheit als der öffentliche Sektor⁷⁸. Sodann kann er den Budgetprozess so steuern, dass die Entscheidung nicht dem dominanten Einfluss einer Anspruchsgruppe, insbesondere der beaufsichtigten Institution und deren Mitglieder unterliegen⁷⁹.

- Schliesslich wird die Unabhängigkeit des Ombudsmann auch durch die Länge der Periode, für die er eingesetzt ist, sowie durch die Frage beeinflusst, ob und unter welchen Bedingungen er vor Ablauf seiner Amtszeit abberufen werden kann. In der diesbezüglich einhelligen Literatur zum parlamentarischen und zum privaten Ombudsmann wird differenziert: Das Kriterium der Unabhängigkeit verbietet eine willkürliche Abberufung; umgekehrt erfordert das Kriterium der Verantwortlichkeit, Glaubwürdigkeit und Kontrolle (accountability), dass ein Ombudsmann, der seinen Pflichten ungenügend nachkommt, auch während seiner Amtszeit abberufen werden kann. Eine Abberufung soll deshalb nur ausnahmsweise und nur aus (wichtigem) Grund erfolgen können⁸⁰.

In die zweite Kategorie der für den Privatsektor spezifischen Gegebenheiten fällt folgende Frage:

- Soll oder darf sich der Ombudsmann für unzuständig erklären, wenn es sich bei der Beschwerde um einen Pilotfall im Rahmen einer Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Fälle oder um eine Streitsache handelt, die über den Einzelfall hinaus grundlegende Fragen aufwirft oder die wirtschaftliche Position der Beschwerdegegnerin grundsätzlich tangiert? In solchen Fällen sind die Unternehmen, gegen die sich die Beschwerde richtet, vielfach in der Zusammenarbeit gegenüber dem Ombudsmann zurückhaltend oder lehnen Empfehlungen des Ombudsmann rundweg ab, da sie eine präjudizielle Wirkung der Lösung im Einzelfall auf die Gesamtheit der potentiell drohenden Fälle befürchten⁸¹. Wiederum schweigen sich die meisten der vom Autor beigezogenen Ombudsmann-Statute zu dieser Frage aus. Immerhin stellen aber die Ombudsmann-Statute des UK

⁷⁸ vgl. Giddings, S. 464, der die politischen Zwänge zu Budgetkürzungen bei angespanntem Staatshaushalt als Schwäche beim klassischen Ombudsmann sieht.

⁷⁹ vgl. Stauder, Rz 20.

⁸⁰ so die Resolution der ABA von 1971, Ziff. 4: „...independence of the ombudsman through a long-term, not less than five years, with freedom from removal except for cause, determined by more than a majority of the legislative body, such as two thirds...“; vgl. Caiden, Institution, S. 12; Kucsko, S. 14 f.

⁸¹ Darauf weist der BOM u.a. im Jahresbericht 2009, S. 7 im Zusammenhang mit behaupteten Beratungsfehlern bei Anlageprodukten hin, die als Folge der Finanzmarktkrise 2008 zu Verlusten geführt haben.

und Neuseelands eine interessante Lösung für sog. test cases zur Verfügung: Mit Zustimmung des Ombudsmann kann eine Bank das „test case“ Procedere anrufen, wenn es sich bei der Beschwerdesache um eine wichtige ungeklärte Rechtsfrage mit erheblichen Konsequenzen für die Bank handelt. Diesfalls kann der Beschwerdeführer auf den gerichtlichen Weg verwiesen werden, wobei die Bank seine Prozesskosten übernimmt⁸². Für Serienfälle haben der Gesetzgeber und die FSA im Vereinigten Königreich sodann neulich eine rechtliche Grundlage geschaffen, die unter Beibehaltung des Prinzips der Einzelfallbehandlung Kategorisierungen von ähnlich gelagerten Beschwerden erlaubt⁸³.

- Schliesslich stellt sich die Frage, auf welche Rechtsquellen sich der Ombudsmann bei seiner Beurteilung stützen darf. Unbestritten ist, dass die materiellen Regeln aller Rechtsetzungsstufen des Privatrechts anwendbar sind. Dasselbe gilt für privatrechtliche Usancen (Handelsbräuche). In öffentlich-rechtlich regulierten Branchen stellt sich zudem die Frage, ob und inwieweit die das öffentliche Interesse und öffentliche Güter repräsentierenden Regeln für die Lösung des privatrechtlichen Konfliktes ebenfalls herangezogen werden müssen oder dürfen. Und schliesslich ist zu entscheiden, ob Standesregeln, die namentlich im Bankensektor das ordnungsgemässe Verhalten der Bank im Verhältnis zu ihren Kunden regeln, aber letztlich öffentliche Güter im Sinne des Gläubiger- und Funktionsschutzes wahren, ebenfalls als Rechtsquellen für die Beurteilung der privatrechtlichen Streitigkeit heranzuziehen sind. Auf diese Frage ist bei den Betrachtungen zum BOM näher einzugehen⁸⁴.

⁸² vgl. FSA Handbook, DISP 3.3.5; vgl. sodann Brown, S. 77 f.; Tollemache, S. 242.

⁸³ vgl. zum Ganzen unten, S. 56 ff.

⁸⁴ vgl. unten, S. 67 f.

II. Teil

Das Regelungskonzept des Schweizerischen Bankenombudsmann

Der vorliegende zweite Teil der Studie konzentriert sich auf Entstehung, bisherige Regelung sowie Zukunftsperspektiven und -entwicklungen des Systems des Schweizerischen Bankenombudsmann; sie stellt die Frage nach der Perzeption der Tätigkeit des BOM durch die verschiedenen Anspruchsgruppen (SBVg, Mitgliedsinstitute, Konsumentenorganisationen, Regulatoren) und deren Ansprüche an die Institution. Zum Vergleich werden die Regelungen folgender repräsentativer Ombudssysteme der Finanzbranche herangezogen (mit gelegentlichen Hinweisen auf weitere Regelungen sowie die Empfehlungen der EU-Kommission):

- Financial Ombudsman Service (UK)
- Ombudsmann der privaten Banken (Deutschland)
- Ombudsman for Banking Services and Investments (Canada)
- Financial Ombudsman Service (Australien)

Diese Regelungen sind hier insofern von Interesse, als sie teilweise von der schweizerischen Regelung abweichende Konzepte enthalten, die eine Überprüfung der schweizerischen Regelung erlauben und auf Verbesserungsmöglichkeiten innerhalb des bestehenden BOM-Systems hinweisen. Zur spezifischen Thematik der Serienfälle wurde ein noch weiter gehender Praxisvergleich mit Ombudsstellen des Finanzsektors in 13 Ländern auf globaler Ebene vorgenommen⁸⁵.

Die Verfahrensordnung des Ombudsmann der Privatversicherung und der SUVA ist inhaltlich weitgehend identisch mit der Regelung des BOM⁸⁶. Das Gespräch mit dem Versicherungsombudsmann konzentrierte sich deshalb primär auf die im FINMA-

⁸⁵ Australien: Financial Ombudsman Service; Belgien: Service de Médiation pour le secteur financier; Canada: Ombudsman for Banking Services and Investments; Dänemark: Pengeinstitutankenævnet (Danish Complaint Board of Banking Services); Deutschland: Ombudsmann der privaten Banken; Frankreich: Médiateur de la Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA); Luxemburg: Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF); Niederlande: Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) (Financial Services Complaints Institute); Norwegen: Finansklagenemnda (Norwegian Financial Services Complaints Board); Schweden: Allmänna reklamationsnämnden (National Board for Consumer Complaints); Schweiz: Ombudsmann der Privatversicherung und der SUVA; Spanien: Servicio de Reclamaciones del Banco de España (Complaints Service of the Bank of Spain); United Kingdom: Financial Ombudsman Service

⁸⁶ vgl. dazu die zusammenfassende Darstellung bei Nabholz Haidegger, S. 119 ff.; das Verfahrensreglement selbst ist nicht zugänglich; vgl. sodann Meier, Streitbeilegung, S. 49 ff.

Vertriebsbericht 2010 aufgeworfenen Fragen: Vereinheitlichung der Ombudsstellen, Entscheidungskompetenz des Ombudsmann und kollektive Streiterledigung.

1. Generelles zum Ombudsmann im Banken- und Finanzdienstleistungssektor

Im Finanzdienstleistungssektor ist das Ombudsmann-Konzept recht früh rezipiert worden. Das ist teilweise auf regulatorischen Druck, die Kunden-Beschwerdeverfahren zu verbessern⁸⁷, zurückzuführen. Zudem erfüllt der Finanzdienstleistungssektor essentielle wirtschaftliche Funktionen mit einem starken Element eines öffentlichen Gutes und einer oligopolistisch wirkenden Struktur⁸⁸. Deshalb dürfte besonders die Retailkundschaft gerade im Versicherungs- und Bankenbereich das Macht- und Informationsgefälle als besonders gross empfinden und das Risiko eines gerichtlichen Vorgehens gegen eine als fehlbar erachtete Versicherungsgesellschaft oder Bank als unerträglich einschätzen. 1981 wurde im UK in einem Akt der Selbstregulierung das Insurance Ombudsman Bureau geschaffen, weitere Finanzdienstleister folgten, darunter die Banken, die ebenfalls in Selbstregulierung nach Erlass des Financial Services Act 1986 den United Kingdom Banking Ombudsman schufen. Im Gefolge gesetzlicher und regulatorischer Entwicklungen durch den Financial Services and Markets Act 2000 und darauf gestützte FSA-Regulierungen wurden die bestehenden Ombudssysteme zum grundsätzlich alle Finanzdienstleistungssektoren umfassenden Financial Ombudsman Service ausgebaut. Weitere Commonwealth Länder, besonders Australien (1990), Neuseeland (1992) und Canada (1996) folgten⁸⁹. In Kontinentaleuropa führte der Bundesverband deutscher Banken 1992 ein Ombudsverfahren ein⁹⁰. Weitere Länder und Wirtschaftsverbände der Finanzdienstleistungsbranche folgten in raschen Abständen.

In der Schweiz setzte für einmal die Entwicklung früh ein: Bereits 1972 hatte der Schweizerische Versicherungsverband den Ombudsmann der Privatversicherung

⁸⁷ vgl. für UK: Tollemache, S. 237; vgl. für Canada die website des Ombudsman for Banking Services and Investments: <http://www.obsi.ca/UI/AboutUs/OurWork.aspx>.

⁸⁸ vgl. James, S. 1 f.

⁸⁹ vgl. Tollemache, S. 237.

⁹⁰ vgl. Hoeren, S. 150.

geschaffen. 2002 trat die SUVA dem System bei. Die Institution firmiert heute als Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA. Die Institution des Schweizerischen Bankenombudsman wurde, wie eingangs dargelegt, 1992 geschaffen. Seit 1993 ist der BOM operativ⁹¹.

2. Der Schweizerische Bankenombudsman

2.1 Entstehungsgeschichte, Ziel und Zweck

Am 29. Oktober 1992 errichtete die SBVg die Stiftung Schweizerischer Bankenombudsman mit Sitz in Zürich. Nach Vorarbeiten nahm die Ombudsstelle am 1. April 1993 ihre operative Tätigkeit auf. Den Weg dazu hatten, auf der Basis von Vorschlägen einer dafür eingesetzten Arbeitsgruppe, Beschlüsse des Verwaltungsrats der SBVg zur Stiftungsgründung und zur ersten personellen Besetzung des Stiftungsrates und des Ombudsman vom 24. September 1992 sowie die Genehmigung der erforderlichen Statutenänderung der SBVg durch deren Generalversammlung (Bankiertag) vom 25. September 1992 geendet. Die Vorgeschichte und Ziele, welche die SBVg mit der Schaffung des BOM verfolgte, sind nur spärlich dokumentiert. Immerhin gehen aus den Protokollen des Verwaltungsratsausschusses und des Verwaltungsrates sowie aus dem schriftlich vorliegenden Referat des damaligen stv. Generalsekretärs, Heinrich Schneider, anlässlich der Pressekonferenz vom 8. September 1992 folgende Elemente hervor:

Gemäss Umfragen habe sich „gezeigt, dass ‚die Banken‘ als Ganzes als zu mächtig und unnahbar beurteilt“ würden. Die Banken hätten „erkannt, dass der Einzelne trotz des allgemein guten Vertrauensverhältnisses der Kunden zu ihrer Bank das Bedürfnis verspüren mag, eine neutrale Stelle mit Fragen oder einer Meinungsverschiedenheit angehen zu können. Dies erschein[e] umso verständlicher, als mit der Entwicklung der Gehaltskonti die Bankdienstleistungen jedermann angeboten ... und gleichzeitig immer komplexer w[ü]rden. Im Übrigen [beständen] in den EG-Staaten Bestrebungen, die Einführung von Ombudsstellen für grenzüberschreitende Dienstleistungen obligatorisch

⁹¹ oben, S. 11

zu erklären, wobei das entsprechende Bedürfnis vor allem im Zahlungsverkehr lokalisiert“ werde.

Besonders hervorgehoben wurde im Referat die Frage der Neutralität und Unabhängigkeit des BOM: Schneider hob hervor, dass die Banken kein Interesse an halben Massnahmen hätten; sowohl durch die Rechtsform der Stiftung als Trägerschaft des BOM und der Zusammensetzung des Stiftungsrates aus unabhängigen Persönlichkeiten aus Wissenschaft, Rechtslehre, Politik, Konsumenten und Banken als auch durch den Wahlmodus des BOM und die Regelung der Verfahren und der Finanzierung sollte die Unabhängigkeit und Neutralität gewährleistet und das Vertrauen der Kundschaft gewonnen werden. Formell begnügte sich die SBVg mit der Gründung der Stiftung und der Verabschiedung der entsprechenden Stiftungsurkunde sowie mit der Wahl des Stiftungsrates. Als erste Stiftungsräte wurden durch den Verwaltungsrat der SBVg folgende Persönlichkeiten gewählt:

- e. Bundesrat L. Schlumpf
- Prof. E. Buschor, damals Co-Rektor der Universität St. Gallen
- Frau F. Doriot-Annoni, Präsidentin der Fédération romande des consommatrices
- R. Raschein, e. Bundesrichter
- C. de Saussure, damals Präsident der SBVg.

Der Stiftungsrat genehmigte das Reglement für den Ombudsman und dessen Pflichtenheft⁹² und wählte auf Vorschlag des Verwaltungsrates der SBVg als ersten BOM Rechtsanwalt A. Dobler, e. Präsident des Ständerates und e. Regierungsrat des Kantons Schwyz.

2.2 Die aktuelle Regelung im Einzelnen

Nachstehend werden die Rechtsgrundlagen für die Tätigkeit des BOM überprüft, soweit sie für die Zwecke dieser Studie von Bedeutung sind⁹³.

⁹² Reglement und Pflichtenheft waren zwar durch Fachleute der SBVg entworfen und im Verwaltungsrat auch diskutiert worden, der Verwaltungsrat fasste aber gemäss Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 24. September 1992 dazu keinen Beschluss, sondern verwies auf die Zuständigkeit des Stiftungsrates.

⁹³ Statuten der SBVg: http://www.swissbanking.org/statuten_sbvg_2010; Stiftungsurkunde der Stiftung Schweizerischer Bankenombudsman; Reglement für den Ombudsman; Annex zum Reglement; Pflichtenheft;

2.2.1 Das Rechtsstatut

Das rechtliche Kleid des Schweizerischen Bankenombudsman erfüllt die grundlegenden Kriterien und Voraussetzungen für die Unabhängigkeit und Neutralität des BOM.

Zunächst wird das System des Bankenombudsman auf der Ebene des obersten schweizerischen Bankenverbandes und nicht auf der Ebene eines Unterverbandes oder einer einzelnen Bank angesiedelt. Über die Verankerung in den Statuten ist die Zuständigkeit des BOM für alle Mitglieder verbindlich. Da der SBVg mit wenigen Ausnahmen alle Banken in der Schweiz angeschlossen sind, gilt die Zuständigkeit des BOM für das Bankensystem der Schweiz flächendeckend.

Der Grundsatz der Neutralität und Unabhängigkeit der Institution Schweizerischer Bankenombudsman wird zunächst im Rahmen der Zweckbestimmung der SBVg durch § 3 lit. f der Statuten explizit so festgelegt und in Art. 3 der Stiftungsurkunde wiederholt. Darin und in der Feststellung, dass der Ombudsman als Informations- und Vermittlungsstelle für Bankkunden ohne Rechtsprechungsbefugnis handeln und für das ganze Gebiet der Schweiz zuständig sein soll, erschöpft sich die materielle Vorgabe der SBVg. Für die Ausgestaltung der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahren sowie die Festlegung der Aufgaben und Kompetenzen des BOM ist der Stiftungsrat ebenso zuständig (Stiftungsurkunde Art. 4) wie für die Wahl des BOM selbst (Art. 10 Abs. 1).

Als Stifterin ernennt die SBVg durch ihren Verwaltungsrat die jeweiligen Mitglieder des Stiftungsrates sowie dessen Präsidenten und Vizepräsidenten (Stiftungsurkunde Art. 7 Abs. 4 und 5). Die Stiftungsurkunde schweigt jedoch zur Frage der Qualifikationen der Stiftungsräte und der Zusammensetzung des Stiftungsrates. Die Unabhängigkeit dieses obersten Organs der Stiftung (Stiftungsurkunde Art. 6) wird insofern durch die Rechtstexte nicht gewährleistet. Aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung der SBVg vom 24. September 1992 ergibt sich jedoch die klare Absicht, Persönlichkeiten in den Stiftungsrat zu wählen, die Gewähr für die Erfüllung des mit der Schaffung des

Stiftungsurkunde, Reglement und Pflichtenheft finden sich als Beilagen 2-4 zum Zirkular Nr. 1052 der SBVg vom 15. Dezember 1992.

Instituts des BOM verfolgten statutarischen Zwecks bieten⁹⁴. Diese Absicht war, wie erwähnt⁹⁵, bereits in der Pressekonferenz vom 8. September 1992 öffentlich geäußert worden. Diese Absichtserklärungen beinhalten allerdings keine rechtsverbindliche Verpflichtung. Immerhin hat sich der Verwaltungsrat der SBVg bei der Bestellung des Stiftungsrates stets an die Grundsätze der Unabhängigkeit und Neutralität der Stiftungsräte und die repräsentative Zusammensetzung des Gremiums gehalten. In der gelebten Praxis schlägt der Stiftungsrat jeweils dem Verwaltungsrat der SBVg entsprechend diesen Kriterien geeignete Persönlichkeiten zur (Ersatz-)Wahl in den Stiftungsrat vor. Der Verwaltungsrat der SBVg ist den Vorschlägen des Stiftungsrates immer gefolgt⁹⁶.

Das Vertrauen des Publikums, besonders der Kundschaft der Banken in die Institution Schweizerischer Bankenombudsman wird einerseits durch das faktische Verhalten der Banken als Gründungsväter, der Stiftungsorgane und des BOM selbst geprägt. Andererseits spielen die Regularien für die öffentliche Wahrnehmung und insbesondere für den mit der Praxis weniger vertrauten Beobachter eine wesentliche Rolle. Es wäre deshalb ratsam, die Regularien mit der gelebten Praxis in Übereinstimmung zu bringen⁹⁷.

⁹⁴ Der entsprechende Passus im Protokoll lautet: „S’agissant du Conseil de fondation, nous vous proposons des personnalités qui assurent une gestion conforme à nos objectifs.“

⁹⁵ oben, S. 31 f.

⁹⁶ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

⁹⁷ vgl. Meier, Streitbeilegung, S. 82, der eine paritätische Zusammensetzung aus Vertretern der Anbieter und der Konsumentenorganisationen vorschlägt; die Empfehlung 1 geht diesbezüglich in Übereinstimmung mit der gelebten Praxis der SBVg noch etwas weiter, indem der Beizug weiterer unabhängiger Persönlichkeiten mit unterschiedlichem Hintergrund postuliert wird.

Empfehlung 1:

Ergänzung der Stiftungsurkunde in dem Sinn, dass der Stiftungsrat mehrheitlich aus von den Banken unabhängigen Persönlichkeiten zusammengesetzt sein muss, wobei einer ausgewogenen Zusammensetzung (Wissenschaft, Rechtsanwendung, Konsumenten, Bankwirtschaft) Rechnung zu tragen wäre.

Denkbar wäre sodann ein Modell, das vorsieht, dass der Stiftungsrat maximal drei unabhängige Persönlichkeiten als Ersatz ausscheidender Mitglieder selber kooptiert oder dass er dem Verwaltungsrat der SBVg Wahlvorschläge unterbreitet, wobei der Verwaltungsrat solche Vorschläge nur aus wichtigen Gründen zurückweisen könnte.

Die Amtsdauer des Stiftungsrates beträgt fünf Jahre mit der Möglichkeit der Wiederwahl (Stiftungsurkunde Art. 7 Abs. 3). Eine Abberufung während der Amtszeit ist nicht vorgesehen, dürfte aber bei Vorliegen wichtiger Gründe, insbesondere bei gravierenden Pflichtverletzungen, dennoch möglich sein. Dies entspricht dem Standard und verstärkt die Unabhängigkeit des Stiftungsrates.

2.2.2 Entscheidkompetenzen und Entscheidungsprozess des Stiftungsrates im Allgemeinen

Entscheidkompetenzen und Entscheidungsprozess des Stiftungsrates entsprechen im Übrigen weitgehend dem anerkannten Standard. Insbesondere regelt der Stiftungsrat „die Durchführung des Stiftungszwecks und erlässt ... ein Reglement und ein Pflichtenheft für den Aufgaben- und Kompetenzbereich des Ombudsmann“ (Stiftungsurkunde Art. 4). „Der Stiftungsrat vertritt die Stiftung nach aussen“ und regelt das Zeichnungsrecht (Stiftungsurkunde Art. 8). Stiftungsratssitzungen finden mindestens einmal jährlich statt und eine Minderheit des Stiftungsrates kann weitere Stiftungsratssitzungen verlangen (Stiftungsurkunde Art. 9 Abs. 1). Es gelten übliche Einberufungsfristen von vierzehn Tagen (Stiftungsurkunde Art. 9 Abs. 4). Für Entscheide ist ein Präsenzquorum von drei Mitgliedern notwendig, Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der anwesenden Mitglieder gefällt, Zirkularbeschlüsse erfordern Einstimmigkeit (Stiftungsurkunde Art. 9).

2.2.3 *Finanzielle Ausstattung des Bankenombudsmann*

Die Stiftungsurkunde regelt nicht, wie die Kosten der Institution des BOM gedeckt werden sollen. Die SBVg hat sich darin lediglich verpflichtet, das Stiftungskapital von CHF 800'000 einzubezahlen, welches zur Erfüllung des Stiftungszwecks verwendet werden darf. Im Übrigen kann die Stiftung „anderweitige Zuwendungen entgegennehmen“ (Stiftungsurkunde Art. 5). Gemäss Beschluss des Verwaltungsrates der SBVg vom 24. Juni 1992 werden die vom Stiftungsrat BOM budgetierten Kosten der Institution BOM auf die Mitglied institute der SBVg nach einem Aufteilungsschlüssel aufgeteilt, der auf der Zahl der Personaleinheiten jedes Mitglied instituts in der Schweiz basiert. Die Geschäftsstelle der Vereinigung übernimmt für die Stiftung das Inkasso⁹⁸. Als zweites Element der Kostentragung wird dem Verursacherprinzip insofern Rechnung getragen, als der jeweils betroffenen Bank eine Fallgebühr auferlegt wird, sofern der BOM im konkreten Fall mit ihr in Kontakt getreten ist. Der Beschluss des Verwaltungsrates vom 24. Juni 1992 gilt bis heute unverändert. Im Übrigen ergibt sich die Pflicht der SBVg zur Deckung der Kosten des BOM-Systems zumindest implizit bereits aus der Bestimmung von Art. 3 lit. f der Statuten der SBVg, welche die Schaffung einer Ombudsstelle als eine der Aufgaben der Vereinigung zur Erreichung ihres statutarischen Zwecks bezeichnet. Die Mitglied institute sind ihrerseits an die statutarischen Verpflichtungen, insbesondere die sich daraus ergebenden Beitragspflichten gebunden. Sollte ein Mitglied institut seinen Verpflichtungen und namentlich der Pflicht zur Bezahlung der Mitgliederbeiträge wiederholt und trotz Mahnung nicht nachkommen, kann es aus der SBVg ausgeschlossen werden⁹⁹.

Eine Besonderheit ergibt sich aus der Stiftungsurkunde: In Abweichung vom übrigen Entscheidungsprozess ist für Budgetentscheide Einstimmigkeit vorgesehen (Stiftungsurkunde Art. 9 Abs. 3). Damit kann jedes Stiftungsratsmitglied und insbesondere der Bankenvertreter den Budgetentscheid im Stiftungsrat mit seinem faktischen Vetorecht blockieren. Das Vetorecht berührt die Unabhängigkeit des BOM von der Bankwirtschaft, indem seine Tätigkeit durch die Banken über die finanzielle Ausstattung gesteuert werden kann¹⁰⁰. In der Praxis haben die Banken diese Möglichkeit

⁹⁸ gemäss Auskunft der Geschäftsstelle der SBVg; Protokoll der 376. Sitzung des Verwaltungsrates der SBVg vom 24. Juni 1992; vgl. auch das publizierte Tarifblatt der SBVg unter: http://www.swissbanking.org/beitraege2011_d.pdf

⁹⁹ Statuten der SBVg, § 5: http://www.swissbanking.org/statuten_sbvg_2010

¹⁰⁰ Eine Konsumentenorganisation ist der Auffassung, dass durch die alleinige Finanzierung der Institution des BOM durch die Banken deren Unabhängigkeit nicht gewährleistet werden kann. Sie befürwortet deshalb eine staatliche

allerdings nie wahrgenommen. Vielmehr hat auch der Bankenvertreter im Stiftungsrat die Budgetentscheide stets mitgetragen.

Der Verfasser sieht die Verpflichtung der SBVg, das vom Stiftungsrat BOM beschlossene Ausgabenbudget zu decken, auch ohne entsprechende ausdrückliche Regelung in der Stiftungsurkunde als gegeben an. Der Bankenvertreter im Stiftungsrat hat zwar sein faktisches Vetorecht gegenüber Budgetbeschlüssen nie ausgeübt. Aus Gründen der Reputation könnte sich die Bankwirtschaft auch kaum erlauben, die von ihr geschaffene Institution BOM über die Ablehnung ihres Budgets durch den Bankenvertreter zu torpedieren. Dennoch ist es zum Schutz der Unabhängigkeit des BOM empfehlenswert, auf das Einstimmigkeitserfordernis für Budgetbeschlüsse zu verzichten und insofern die Regularien der gelebten Praxis anzupassen.

Empfehlung 2:

Einführung des (allenfalls qualifizierten) Mehrheitsentscheids für Budgetbeschlüsse und entsprechende Änderung der Stiftungsurkunde.

2.2.4 Unabhängigkeit des Bankenombudsman

Der BOM wird durch den Stiftungsrat gewählt. Seine Amtszeit beträgt fünf Jahre mit der Möglichkeit der Wiederwahl (Stiftungsurkunde Art. 10 Abs. 1). Die stiftungsrechtliche Regelung steht jedoch im Widerspruch zum Arbeitsvertrag zwischen dem Stiftungsrat und dem derzeitigen BOM. Dieser sieht eine sechsmonatige Kündigungsfrist jeweils auf das Ende eines Monats ohne weitere Qualifizierung vor¹⁰¹. Es kann hier dahingestellt bleiben, wie dieser Widerspruch im Streitfall zu lösen wäre. Vielmehr genügt es darauf hinzuweisen, dass er durch die Anpassung der Rechtsgrundlagen zu beseitigen ist. Im Sinne der Unabhängigkeit des BOM sollte der Regelung gemäss Stiftungsurkunde der Vorzug gegeben werden¹⁰², wobei die Beendigungsregelung durchaus asymmetrisch

Regulierung des BOM und die Aufteilung der Kosten je hälftig auf den Staat und die Banken; vgl. Näheres dazu unten, S. 68 f.

¹⁰¹ gemäss mündlichen Angaben des BOM, Interview vom 24.5.2011; der erste Bankenombudsman, RA A. Dobler, stand dagegen in einem Auftragsverhältnis mit der Stiftung und wurde auf Honorarbasis entschädigt.

¹⁰² vgl. auch Stauder, Rz 17

erfolgen könnte: Während die Stiftung den BOM nur aus wichtigem Grund während der Amtszeit abberufen könnte¹⁰³, wäre ihm ein Rücktritt, gegebenenfalls unter Einhaltung einer Rücktrittsfrist, möglich.

Empfehlung 3:

Änderung des Arbeitsvertrags zwischen der Stiftung Schweizerischer Bankenombudsman und dem BOM. Zulasten der Stiftung: Festlegung einer fünfjährigen Amtsdauer, die sich bei Wiederwahl um weitere fünf Jahre verlängert, vorbehaltlich der vorzeitigen Abberufung aus wichtigem Grund, besonders bei gravierender Pflichtverletzung. Stipulierung eines nicht qualifizierten Rücktrittsrechts des BOM, gegebenenfalls unter Einhaltung einer Rücktrittsfrist.

Unmittelbar beeinflusst wird die Unabhängigkeit des BOM über seine Möglichkeiten, in banknahen Bereichen am Wirtschaftsleben teilzunehmen¹⁰⁴. Diese werden über die reglementarischen Unvereinbarkeits- und Ausstandsregeln gesteuert. Als einzige Bestimmung dazu besagt Art. 4.3 des Reglementes für den Ombudsman (im Folgenden: „Reglement“), dass „die Ausübung banknaher Verwaltungsrats-Mandate durch den Ombudsman ... der Zustimmung durch den Stiftungsrat“ bedürfe. Diese äusserst liberale Regelung wurde offensichtlich mit Blick auf die Person des ersten BOM, RA A. Dobler, verfasst. Die SBVg ging davon aus, dass die Tätigkeit als BOM lediglich ein Teilzeitpensum von 30 bis 40 Prozent erfordere¹⁰⁵ und dass RA A. Dobler seine Rechtsanwaltspraxis weiterführe. Da RA A. Dobler im Übrigen den Standesregeln der Rechtsanwälte und insbesondere denjenigen zu den Interessenkonflikten unterstand, mag diese Regelung verständlich erscheinen. State of the Art war und ist sie aber in keiner Weise.

Gänzlich ihre Berechtigung eingebüsst hat die liberale Regelung im Licht der Entwicklung der Institution des BOM seit dem Rücktritt von RA A. Dobler¹⁰⁶. Sein

¹⁰³ vgl. für Deutschland: Höche, Rz 35

¹⁰⁴ vgl. für Deutschland: Höche, Rz 36

¹⁰⁵ Protokoll der Sitzung des Verwaltungsrates der SBVG vom 24. September 1992

¹⁰⁶ vgl. Stauder, Rz 18

Nachfolger und derzeitiger BOM steht in einem Anstellungsverhältnis zur Stiftung mit einem 100 Prozent Pensum. Die Stiftung beschäftigt zusätzlich zum BOM sieben Mitarbeitende mit Vollzeit- oder Teilzeitpensum¹⁰⁷. Die Grösse und Bedeutung des Finanzplatzes Schweiz, die Entwicklung der Fallzahlen, die Komplexität des Bankgeschäfts und der Bankdienstleistungen sowie die Fokussierung der Amtsausübung auf die Person des BOM¹⁰⁸ lassen es als unwahrscheinlich erscheinen, dass ein BOM künftig auf Teilzeitbasis tätig sein und im Übrigen weiteren wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgehen könnte. Aber selbst wenn sich die Stiftung diese Möglichkeit offenhalten möchte, ist eine den heutigen Anforderungen entsprechende Unvereinbarkeits- und Ausstandsregelung angezeigt.

Als Vorlage für eine strenge, dem Ansehen des BOM zweifellos dienende Regelung können die diesbezüglichen Vorschriften für den Verwaltungsratspräsidenten und den Direktor der FINMA dienen. Danach darf der Präsident oder die Präsidentin des Verwaltungsrates insbesondere keine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben¹⁰⁹. Für die Mitarbeitenden der FINMA gilt sodann, dass die Ausübung einer Nebenbeschäftigung oder eines öffentlichen Amtes der Genehmigung durch die FINMA bedarf und weder das Ansehen der FINMA beeinträchtigen noch einen Interessenkonflikt begründen darf¹¹⁰. Mitarbeitende dürfen nicht von individuellen Vergünstigungen bei Beaufsichtigten profitieren¹¹¹. Im Verhaltenskodex der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht¹¹² werden diese Regeln weiter detailliert: Insbesondere können Mitglieder des Verwaltungsrats der FINMA nicht gleichzeitig Mitglieder der Geschäftsleitung, Verwaltungsratspräsident oder -vizepräsident eines beaufsichtigten Instituts sein¹¹³; ferner dürfen für die FINMA tätige Personen grundsätzlich keine Wertrechte halten, deren Wert durch den Aktienkurs oder die Kreditfähigkeit eines beaufsichtigten Instituts bestimmt wird¹¹⁴. Geschenke und Einladungen dürfen nur in engen Grenzen angenommen werden, die eine Beeinflussung

¹⁰⁷ vgl. Jahresbericht BOM 2010, S. 23

¹⁰⁸ Art. 6 des Pflichtenheftes des BOM besagt: „Das Amt des Ombudsmann wird ad personam erteilt. Er selbst unterbreitet und vertritt Vermittlungsvorschläge. Er darf diese Aufgabe nicht auf seine Mitarbeiter übertragen...“

¹⁰⁹ Art. 9 Abs. 4 FINMAG (SR 956.1)

¹¹⁰ Art. 36 f. FINMA-Personalverordnung (SR 956.121)

¹¹¹ Art. 39 FINMA-Personalverordnung (SR 956.121)

¹¹² <http://www.finma.ch/d/regulierung/gesetze/Documents/finma-verhaltenskodex-d.pdf>

¹¹³ Art. 4 Abs. 2 Verhaltenskodex

¹¹⁴ Art. 6 Verhaltenskodex

bei der Aufsichtstätigkeit ausschliessen lassen¹¹⁵. Schliesslich gelten strikte Ausstandsregeln bereits bei potentieller Befangenheit^{116,117}.

Als Korrelat und teilweise auch als Korrektiv zu einer erheblichen Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des BOM ist eine Entlohnung vorzusehen, die der Bedeutung und den Anforderungen des Amtes entspricht und die es ermöglicht, Persönlichkeiten mit entsprechenden Qualifikationen¹¹⁸ für das Amt des BOM zu gewinnen. In der Ombudsman-Literatur wird dafür etwa eine hohe richterliche Funktion oder eine Professur als Vergleichsbasis herangezogen¹¹⁹. Auf den BOM übertragen könnte etwa die Salarierung des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons Zürich, eines ordentlichen Professors an der rechts- oder wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich oder eines Geschäftsleitungsmitglieds der FINMA eine Vergleichsbasis bilden.

2.2.5 Qualifikation des Bankenombudsman

Die Regularien des BOM äussern sich nicht zu den Anforderungen an die fachliche und persönliche Qualifikation des BOM. In seiner Sitzung vom 24. Juni 1992 hat der Verwaltungsrat der SBVg immerhin das Anforderungsprofil des BOM aufgrund der Vorarbeiten einer Arbeitsgruppe wie folgt definiert:

- „Integre Persönlichkeit / glaubwürdig
- in der Öffentlichkeit bekannt und geachtet ...
- unabhängig
- kennt sich im Bankgeschäft einigermaßen aus, muss aber nicht absolut Fachmann sein
- lässt sich nicht unter Druck setzen (Erfolgszwang)
- rasch / effizient
- Kommunikationsbereitschaft mit Bankenvertretern.“¹²⁰

¹¹⁵ Art. 8 Verhaltenskodex

¹¹⁶ Art. 11 Organisationsreglement; Art. 10 f. Verhaltenskodex

(<http://www.finma.ch/d/regulierung/gesetze/Documents/organisationsreglement-20110330-d.pdf>); ähnlich auch Stauder, Rz 18

¹¹⁷ s. dazu die Empfehlung unten, S. 43

¹¹⁸ s. dazu den nachstehenden Abschnitt

¹¹⁹ vgl. Gellhorn, sec. 7, S. 164

¹²⁰ Vorbericht und Protokoll der 376. Sitzung des Verwaltungsrates der SBVg vom 24. Juni 1992

In der Ombudsman-Literatur, insbesondere zu Ombudsstellen des Privatsektors, wird mehrheitlich vorgeschlagen, dass sich der Ombudsman idealerweise über eine qualifizierte juristische Ausbildung und Praxis ausweisen sollte. Als besonders befähigt werden Richter oder Rechtsprofessoren und im Finanzdienstleistungssektor auch ehemalige hohe Funktionäre der Finanzmarktaufsicht angesehen¹²¹. Auf die gleiche Ebene sind zweifellos auch ehemalige¹²² hohe interne Rechtsberater von Banken oder entsprechend qualifizierte externe Rechtsanwälte zu stellen.

Nach Ansicht des Verfassers sollte sich das Wahlgremium allerdings nicht zu absolut auf das Kriterium der juristischen Qualifikation fixieren, sondern auch Kandidaten mit anderem beruflichem Hintergrund, z.B. Ökonomen oder Bankpraktiker in Betracht ziehen. Ebenso wichtig wie die spezifische fachliche Qualifikation ist die Persönlichkeit des Ombudsman, sein Ansehen in der Öffentlichkeit¹²³, seine Integrität und Unabhängigkeit sowie sein Wille, Problemstellungen und Beschwerden aktiv anzugehen und die Fähigkeit, seine Empfehlungen durchzusetzen. Für das Verständnis der Sachfragen und deren juristische Qualifizierung ist im Bereich der Finanzdienstleistungen ohnehin oft spezialisiertes Wissen und somit der Rückgriff auf interne Fachleute der Ombudsstelle oder externe Experten erforderlich¹²⁴.

Beides ist dem BOM erlaubt: Das Amt des BOM ist zwar ad personam verliehen und es steht dem BOM allein zu, Vermittlungsvorschläge zu unterbreiten und zu vertreten (Pflichtenheft Art. 6). Er stellt aber innerhalb des vom Stiftungsrat genehmigten Stellenplans die erforderlichen Spezialisten und Hilfskräfte an und kann auch geeignete (externe) Experten beiziehen (Reglement Art. 4.2; Pflichtenheft Art. 3.1 und 3.3).

¹²¹ vgl. Caiden, Institution, S. 14; Gellhorn, sec. 5, S. 164; sodann die Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 1 (3), welche als Qualifikationserfordernis die Befähigung zum Richteramt festlegt.

¹²² nach einer angemessenen „cooling off“ Periode; die Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe sieht eine Karenzfrist von 3 Jahren vor: Art. 1 (3)

¹²³ das sich eine vorher in der Öffentlichkeit weniger bekannte Persönlichkeit allerdings auch durch ihre Tätigkeit als Ombudsman erwerben kann.

¹²⁴ in einem ähnlichen Sinn hat sich auch eine Bank geäußert, die sich eine stärkere Vernetzung des BOM auf der Ebene der obersten Geschäftsleitung wünschen würde.

2.2.6 Das Personal des Bankenombudsmann

Dass das Amt des Ombudsmann ad personam verliehen und ausgeübt werden soll, ist auch in der Literatur unbestritten. Ebenso unbestritten ist, dass der Ombudsmann kaum je eine „one man show“ sein kann, sondern auf Personal im Sinn von Spezialisten und Hilfskräften angewiesen ist, um seine Aufgaben zeit- und sachgerecht erfüllen zu können¹²⁵. Inwieweit die Anforderungen an den BOM insbesondere bezüglich der Unabhängigkeit auch auf einzelne seiner Mitarbeitenden auszudehnen sind, hängt von deren Kompetenzen im Verhältnis zu den Beschwerdeführern ab.

Die Banken-Ombudsstelle verfügt neben dem BOM über sieben festangestellte Mitarbeitende, wovon vier in der Vermittlung tätig sind. Diese tragen entsprechend einem Beschluss des Stiftungsrates den Titel eines stellvertretenden Bankenombudsmann¹²⁶. Die Stv. BOM bearbeiten die einzelnen Beschwerdefälle und treten bei der Sachverhaltsabklärung gegenüber den Banken in dieser Funktion auf. Gegenüber Beschwerde führenden Kunden unterzeichnen sie im Schriftverkehr nur bei Abwesenheit des BOM. Die eigentlichen Vermittlungsvorschläge werden durch den BOM selber gegenüber den Parteien vertreten, von den Stv. BOM lediglich bei Verhinderung des BOM¹²⁷.

Sämtliche Mitarbeitende und insbesondere auch die Stv. BOM sind aufgrund eines unbefristeten Arbeitsvertrags angestellt¹²⁸. Das Mitarbeiter-Handbuch, welches integrierenden Bestandteil der Arbeitsverträge bildet, enthält die üblichen Schweigepflichtklauseln sowie die Verpflichtung zur Einhaltung des Bankkundengeheimnisses¹²⁹. Eine allfällige zusätzliche externe Erwerbstätigkeit und insbesondere die Tätigkeit als Verwaltungsrat oder Geschäftsleitungsmitglied einer Erwerbsgesellschaft erfordert eine (vorgängige) Zustimmung des BOM¹³⁰. Weitere Bestimmungen zu Unvereinbarkeiten bestehen nicht; die Kriterien für eine Zustimmung oder Ablehnung externer Erwerbstätigkeit werden nicht definiert. Entgelte für externe

¹²⁵ vgl. z.B. Gellhorn, sec. 8, S. 164

¹²⁶ vgl. Jahresbericht BOM 2010, S. 42, Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

¹²⁷ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011; im mündlichen Verkehr bei der Sachverhaltsabklärung sprechen die Stv. BOM aber durchaus direkt mit den Kunden.

¹²⁸ Jahresbericht BOM 2010, S. 7 und 42; zur Bewältigung von Spitzen in aussergewöhnlichen Situationen werden nach Bedarf auch zusätzliche Kräfte mit befristeten Arbeitsverträgen oder im Auftragsverhältnis beschäftigt; vgl. Jahresbericht BOM 2009, S. 6

¹²⁹ Mitarbeiter-Handbuch Art. 2.1 und 3.1.2

¹³⁰ Mitarbeiter-Handbuch Art. 3.1.4

Tätigkeiten in der Funktion der Ombudsstelle und Geschenke von Dritten müssen der Ombudsstelle abgeliefert werden, wenn sie einen Wert von mehr als CHF 300 repräsentieren. Für gewisse Entgelte unter CHF 300 besteht eine Meldepflicht an den BOM¹³¹.

Da Ombudsstellen, wie bereits mehrfach erwähnt, ihre Anerkennung wesentlich aus ihrer von der Kundschaft und der Öffentlichkeit perzipierten Unabhängigkeit und Neutralität beziehen, ist es m.E. angezeigt, die bestehenden Regeln im Mitarbeiter-Handbuch zu Unvereinbarkeiten, Ausstand und zur Vermeidung von Interessenkonflikten zu ergänzen und zu publizieren¹³². Als Vergleichsbasis und Referenz können wiederum die entsprechenden Vorschriften der FINMA stufengerecht herangezogen werden.

Für von Fall zu Fall zugezogene externe Experten genügen die üblichen Befangenheitsregeln. Der Experte darf nicht in einer Beziehung zu einer der Parteien stehen oder am Ausgang des Verfahrens sonstwie ein unmittelbares Interesse haben. Eine noch weiter gehende Unabhängigkeitsregelung wäre nicht zielführend: Externe Experten im Bereich der Finanzdienstleistungen werden dann beigezogen, wenn Spezialistenwissen bezüglich dem „state of the art“ der Geschäftsausübung in komplexen Dienstleistungen gefordert ist. Über dieses verfügen letztlich nur Profis der betreffenden Branche. Eine totale Unabhängigkeit von der Finanzdienstleistungsbranche ist deshalb nicht möglich¹³³.

Empfehlung 4:

Erlass und Publikation eines Reglementes, welches die Unvereinbarkeiten, Interessenkonflikt- und Ausstandssituationen sowie die weiteren die Unabhängigkeit beeinflussenden Situationen (z.B. Geschenke, übrige geldwerte Leistungen, Einladungen) stufengerecht für den Stiftungsrat, den BOM, die Stv. BOM, die übrigen Mitarbeitenden der Ombudsstelle und die externen Experten regelt.

¹³¹ Mitarbeiter-Handbuch Art. 3.1.5

¹³² gl. Meinung: Stauder, Rz 19 und eine Konsumentenorganisation

¹³³ Stauder, Rz 19 geht m.E. zu weit, wenn er die gleichen Unabhängigkeitsregeln wie für Mitarbeitende des BOM fordert.

2.2.7 Verfahrensordnung und Verfahrenspraxis

Das Verfahren des BOM richtet sich nach dem Reglement für den Ombudsman vom 2. November 1992, welches durch den Annex vom 12. Mai 1997 ergänzt wurde, sowie nach dem Pflichtenheft vom 2. November 1992. Im Rahmen dieser Regelungen hat der BOM die Verfahrenspraxis informell ausgestaltet und ergänzt. Die in diesem Kapitel beschriebenen informellen Verfahrensgrundsätze beruhen auf mündlichen Angaben des BOM im Interview vom 24. Mai 2011.

In einer an die Kundschaft der Banken gerichteten Informationsbroschüre wird die Institution des BOM und seine unabhängige und neutrale Stellung kurz dargestellt; sodann werden die Unzuständigkeitsregeln und die wesentlichen Verfahrensgrundsätze in leicht verständlicher Form zusammengefasst und es wird auf die Kostenlosigkeit des Verfahrens hingewiesen. Die gleichen Angaben sind auch online auf der Website des BOM¹³⁴ abrufbar. Broschüre und Website sind in den vier Sprachen deutsch, französisch, italienisch und englisch verfügbar. Reglement¹³⁵, Annex und Pflichtenheft werden hingegen nicht veröffentlicht¹³⁶.

Die Informationsbroschüre und die Informationen auf der Website enthalten zwar alle für den Kunden relevanten Angaben in einer Form, die für ihn leichter verständlich ist als juristisch abgefasste Reglementstexte. Transparenz ist aber heute das Gebot der Stunde und Transparenz schafft Vertrauen. Mit der zusätzlichen Veröffentlichung der Verfahrensregeln im Wortlaut würde das Vertrauen der Kundschaft und der Öffentlichkeit in die Institution des BOM weiter gefördert¹³⁷. Allenfalls könnten rein interne Kompetenz- und Organisationsbestimmungen der Ombudsstelle in ein separates, nicht veröffentlichtes Reglement gekleidet werden.

¹³⁴ <http://www.bankingombudsman.ch>

¹³⁵ Das Reglement ist immerhin in der BF abgedruckt; diese ist aber nur gegen Bezahlung der Printversion oder des Abonnements für die Online Version erhältlich: <http://bf.weblaw.ch/>

¹³⁶ Dies im Gegensatz zu Regelungen an ausländischen Finanzplätzen; z.B. UK: Die einschlägigen Rechtstexte sind auf der Website des FOS abrufbar: <http://www.financial-ombudsman.org.uk/>; Deutschland: Die Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe wird im jeweiligen Tätigkeitsbericht abgedruckt, der auch online auf der Website des BdB abrufbar ist; Australien: Die Terms of Reference sind ebenfalls auf der Website des Financial Ombudsman Service abrufbar: http://fos.org.au/centric/home_page.jsp

¹³⁷ gl. Meinung: Stauder, Rz 21 und Rz 36; Meier, Streitbeilegung, S. 82

Empfehlung 5:

Veröffentlichung des Reglementes für den Ombudsman und des Annexes zum Reglement, ergänzt durch die Verfahrensbestimmungen im Pflichtenheft; Integration der nicht zu veröffentlichenden internen Kompetenz- und Organisationsbestimmungen in einem gesonderten Reglement.

2.2.8 Zuständigkeit des Bankenombudsman**a. Persönliche Zuständigkeit**

Der BOM ist als Anlauf-, Informations- und Vermittlungsstelle für Bankkunden der Mitglied institute der SBVG zuständig (Reglement Art. 1). Er befasst sich mit Fragen und Beschwerden zu Geschäften, die durch die Bank oder ein bankähnliches Institut mit Sitz in der Schweiz getätigt werden. Jede direkt betroffene natürliche oder juristische Person kann sich an ihn wenden (Reglement Art. 2.1). Mit der weiter nicht qualifizierten Bestimmung, dass sich generell nicht nur natürliche (Privat-)Personen, sondern auch Personengesellschaften und juristische Personen, d.h. auch juristisch verselbständigte Vermögensträger und Unternehmen, an den BOM wenden können, verfolgt die schweizerische Lösung im Gegensatz zu vergleichbaren ausländischen Modellen¹³⁸ einen sehr liberalen Ansatz.

Der letzte Satz in Reglement Art. 2.1, wonach der BOM grundsätzlich Personen zur Verfügung stehen soll, denen das Bankgeschäft nicht vertraut ist, besitzt eher programmatische Bedeutung und hat jedenfalls in der Praxis keine Relevanz erlangt. Tatsächlich nimmt der BOM gestützt auf einen Entscheid des Stiftungsrates auch Anfragen und Beschwerden von Kunden entgegen, die sich ihm gegenüber durch einen Anwalt vertreten lassen¹³⁹.

¹³⁸ vgl. UK: Begrenzung auf Konsumenten und Mikrounternehmen, FSA Handbook DISP 2.7.3; Deutschland: Begrenzung auf Verbraucher, keine Begrenzung nur, wenn es bei der Streitsache um den Anwendungsbereich der Vorschriften über Zahlungsdienste handelt, Verfahrensordnung des Ombudsmann der privaten Banken, Art. 2 (1).

¹³⁹ Interview BOM vom 24.5.2011

Umgekehrt schliesst das Erfordernis der direkten Betroffenheit aus Geschäften mit der Bank eine „Populärbeschwerde“, z.B. durch Konsumentenverbände oder andere Kunden-Schutzorganisationen aus.

b. Sachliche Zuständigkeit

ba. *Beschwerden von Bankkunden aus Geschäften der Bank*

In sachlicher Hinsicht ist der BOM breit für Fragen und Beschwerden von Bankkunden aus „Geschäften“, d.h. für Dienstleistungen aller Art der betreffenden Bank zuständig. Der BOM besitzt keine Kompetenz, aus eigener Initiative Bankpraktiken aufzugreifen und gegebenenfalls deren Änderung zu empfehlen. Dies entspricht dem international weitgehend geltenden Standard und hat auch in der Literatur nicht zu Kritik geführt¹⁴⁰. Es wird anerkannt, dass der Zweck privatsektorieller Ombudsstellen darin besteht, in konkreten Konfliktfällen zwischen dem Anbieter und dem Kunden zu vermitteln. Regelungen wie diejenige in Neuseeland und Canada¹⁴¹, die dem Bankenombudsman eine „own initiative“ Untersuchungskompetenz bzw. eine Kompetenz zur Empfehlung von Verbesserungen des offiziellen „Code of Banking Practice“, mithin eine eigentliche „systematic audit“ Funktion, erteilen, sind die Ausnahme geblieben.

In der schweizerischen Praxis ritzt der BOM allerdings die Begrenzung auf konkrete Beschwerden, indem er einerseits Banken im Rahmen eines konkreten Beschwerdefalles auf einen allfälligen systematischen Mangel bei der Ausübung der betreffenden Dienstleistung hinweist. Diese Hinweise veranlassen die Banken regelmässig freiwillig zur Korrektur¹⁴². Andererseits trifft der BOM im Rahmen seiner Publikationen auch generalisierende Feststellungen, z.B. zu Klumpenrisiken oder zum Begriff des „Sparers im engeren Sinn“¹⁴³. Die Reaktion der befragten Banken auf diese Feststellungen ist geteilt. Zwar wird ein Nutzen für die Verbesserung von Bankpraktiken durchaus gesehen; es wird aber Gewicht darauf gelegt, dass klare Rechtsbegriffe

¹⁴⁰ vgl. oben, S. 23

¹⁴¹ vgl. oben, S. 23

¹⁴² Als Beispiel nennt der BOM eine vertragswidrig angewendete oder veränderte Gebühr, die nur in einem Einzelfall gerügt, aber von der Bank in einer Mehrzahl von Fällen systematisch so berechnet wurde: Interview mit dem BOM vom 24.5.2011.

¹⁴³ vgl. zum Begriff des „Sparers im engeren Sinn“ z.B. Jahresbericht BOM 2008, S. 20; zum Begriff des Klumpenrisikos: <http://www.bankingombudsman.ch/de/fallsammlung/fall&fid=186>

verwendet werden und dass keine argumentative Vermischung von Rechts- und Billigkeitserwägungen stattfindet.

Zudem soll der Empfehlung des BOM keine präjudizielle Wirkung zukommen. Damit ist auch die Akzeptanz der breiten Beurteilungsbasis nach rechtlichen Kriterien und Billigkeitsaspekten verbunden¹⁴⁴. Verschiedene Banken haben aber doch positiv vermerkt, dass sie aus konkreten, sie betreffenden Beschwerdefällen und aus den Publikationen des BOM durchaus Rückschlüsse auf eine gute Bankpraxis zögen und gegebenenfalls Verbesserungen ihrer eigenen Praxis vornähmen.

Als generelle Verhaltensempfehlung an die Adresse des BOM lässt sich aus diesen Überlegungen der Anspruch auf argumentative Klarheit und Präzision und die Vermeidung umstrittener, namentlich unbestimmter Rechtsbegriffe ableiten. Im Rahmen der Besprechung eines konkreten Einzelfalles vorgenommene Bewertungen und Beurteilungen können und dürfen nach Ansicht des Verfassers und verschiedener Interviewpartner durchaus über den Einzelfall hinaus und auf eine Verbesserung der Praxis des Bankgeschäfts hinweisen, ohne dass sie dadurch präjudizielle Wirkung entfalten.

bb. Unzuständigkeit

Das Reglement zählt lediglich drei Fallkonstellationen auf, in denen sich der BOM unzuständig erklären muss, nämlich:

- „Fragen allgemeiner Geschäfts- und Tarifpolitik“
- „Abstrakte Rechts- und Wirtschaftsfragen“
- „Geschäfte mit ausländischen Niederlassungen von Schweizer Banken“.

Nur „in der Regel“ erklärt sich der BOM auch unzuständig für „Fälle, die bereits Gegenstand eines behördlichen Verfahrens sind“ (Reglement Art. 2.2). Im Gegensatz zu den drei Muss-Vorschriften, die trotz ihrer vermeintlichen Klarheit erheblichen Spielraum für Interpretation und Kritik offen lassen¹⁴⁵, ist die Berechtigung der Kann-Vorschrift offensichtlich: Es macht, Ausnahmefälle vorbehalten, tatsächlich wenig Sinn,

¹⁴⁴ vgl. unten, S. 67 f.

¹⁴⁵ vgl. Stauder, Rz 22 ff.; s. dazu im Einzelnen die nachstehenden Ausführungen

wenn der BOM parallel zu einem gerichtlichen oder sonstwie behördlichen Entscheidungsverfahren in der Streitsache tätig wird. Entweder hat der Konflikt eine Eskalationsstufe erreicht, in welcher eine Vermittlung wenig Erfolgschancen hätte oder aber eine Vergleichslösung wird durch das Gericht innerhalb seines Verfahrens herbeigeführt¹⁴⁶. Im Übrigen wäre die Vermittlungsempfehlung des BOM ohnehin bedeutungslos, wenn das Gericht zu einem anderen und zwar vollstreckbaren Urteil gelangt.

Vertreter der FINMA haben im Interview¹⁴⁷ m.E. zu Recht darauf hingewiesen, dass die generelle Formulierung „Fälle, die bereits Gegenstand eines behördlichen Verfahrens sind“, zu weit ist, indem z.B. Aufsichtsverfahren der FINMA, die zu keinem Entscheid in der privatrechtlichen Streitsache führen, nicht die Unzuständigkeit des BOM bewirken sollten. Bankenvertreter schlagen sodann vor, dass auch die rechtskräftige Erledigung eines Konflikts zwischen der Bank und dem Kunden die Unzuständigkeit des BOM bewirken sollte¹⁴⁸.

Empfehlung 6:

Präzisierung der Unzuständigkeitsregel betreffend „behördliche Verfahren“ wie folgt:
„Fälle, die bereits Gegenstand eines behördlichen Verfahrens bilden, das in der Streitsache entscheidungskompetent ist oder die vor Abschluss des Ombudsverfahrens in ein derartiges Verfahren übergeführt werden oder die rechtskräftig erledigt sind“.

¹⁴⁶ wie das z.B. bei Verfahren vor dem Zürcher Handelsgericht regelmässig der Fall ist.

¹⁴⁷ Interview mit Vertretern der FINMA vom 11.7.2011

¹⁴⁸ Ein Bankenvertreter hat als Beispiel angeführt, dass einzelne Kunden trotz rechtskräftig festgestellter Forderung der Bank an den BOM gelangen, um auf diesem Weg die Zwangsvollstreckung zu verzögern oder eine Schuldensanierung zu erreichen.

bc. Fragen allgemeiner Geschäfts- und Tarifpolitik

Obwohl in der Literatur weitgehend unbestritten ist, dass sich der Ombudsman nicht zu Fragen der Geschäftspolitik der Unternehmen, insbesondere zur Kreditpolitik und zu Gebührenfragen, äussern kann¹⁴⁹, wird anerkannt, dass sich im Einzelfall schwierige Abgrenzungsfragen stellen können. Vereinzelt wird im Sinn der Verbesserung der Transparenz vorgeschlagen, diese Unzuständigkeitsregel in den Verfahrensreglementen zu präzisieren¹⁵⁰.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es in vielen Fällen nicht um Fragen der Freiheit der Banken bei der Formulierung ihrer Tarif- oder Kreditpolitik geht, sondern darum, ob die Bank ihre Politik gegenüber dem Kunden vertragskonform, einschliesslich der Konformität mit ihren AGB¹⁵¹, angewendet hat. Dies sind materielle Rechtsfragen im konkreten Einzelfall, zu deren Beurteilung der BOM ohne weiteres befugt ist und die er gemäss ständiger Praxis entgegennimmt und gegenüber den Parteien vertritt¹⁵². M.E. handelt es sich bei den für die Kritik Stauders angeführten Beispielen¹⁵³ gerade um Fragen der rechtlich korrekten Anwendung der Geschäftspolitik, für die sich der BOM ohne weiteres zuständig erklärt.

Aus grundsätzlicher Sicht stehen sich zwei Konzepte und vielleicht auch „Glaubensrichtungen“ gegenüber: Einerseits das Bestreben, grösstmögliche Rechtssicherheit und Transparenz für beide Seiten durch eine detaillierte Definition dieses Unzuständigkeitsgrundes zu schaffen; andererseits das Ziel, dem BOM grösstmögliche Flexibilität zugunsten der Behandlung von Kundenanfragen und Beschwerden zu ermöglichen. Erfahrungsgemäss führt die Präzisierung eher zu einer Eingrenzung der Kompetenz als zu deren Ausweitung, was nicht im Interesse der Kunden und auch nicht im Interesse der Banken liegen kann. Die Bankenvertreter haben denn auch in den Interviews einhellig die allgemeine Formulierung der Unzuständigkeitsbestimmungen begrüsst und die Meinung vertreten, dass im Interesse der Banken und ihrer Kunden dem BOM eine möglichst unbeschränkte sachliche Zuständigkeit zukommen soll.

¹⁴⁹ vgl. z.B. Tollemache, S. 243

¹⁵⁰ vgl. Stauder, Rz 24

¹⁵¹ und allenfalls die alte Streitfrage, ob und inwieweit sich der Kunde die AGB entgegenhalten lassen muss

¹⁵² Interview BOM vom 24.5.2011

¹⁵³ vgl. Stauder, Rz 24

Natürlich könnte eingewendet werden, dass eine weite und generelle Formulierung einem passiven Ombudsman die Rechtfertigung bieten kann, im Zweifelsfall die Behandlung abzulehnen. Das ist aber nicht eine Frage der Unzuständigkeitsregeln, sondern eine Frage der Wahl einer geeigneten Persönlichkeit zum Ombudsman. M.E. sollte die heutige generelle Formulierung deshalb beibehalten werden¹⁵⁴.

bd. Abstrakte Rechts- und Wirtschaftsfragen

In der Literatur zu den Ombudsstellen des Privatsektors und der Reglementierung dieser Ombudsstellen in der Praxis ist weitgehend unbestritten geblieben, dass die Raison d'Être des Ombudsman darin besteht, eine neutrale Vermittlung in konkreten Auseinandersetzungen, d.h. im Finanzdienstleistungsbereich meistens vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen, anzubieten. Für eine autoritative Feststellung allgemeiner rechtlicher oder wirtschaftlicher Problemstellungen ist der Ombudsman weder geeignet noch besitzt er die dafür notwendige Autorität¹⁵⁵. Die entsprechende Unzuständigkeitsregel im Reglement für den BOM ist denn auch in den Interviews unbestritten geblieben.

be. Geschäfte mit ausländischen Niederlassungen von Schweizer Banken

Wie das Reglement für den BOM¹⁵⁶ begrenzen auch die ausländischen Regulierungen die Zuständigkeit des Ombudsman auf die dem System angeschlossenen Unternehmen¹⁵⁷ bzw. auf die Aktivitäten und Dienstleistungen, die von einem der betreffenden Regulierung unterstellten Unternehmen im jeweiligen Land ausgeübt werden¹⁵⁸. Es ist offensichtlich, dass nationale Ombudssysteme trotz des grenzüberschreitenden Charakters der Finanzdienstleistungen nicht in die nationalen Systeme anderer Länder

¹⁵⁴ Sollten der Stiftungsrat und die SBVg als Gründerorganisation zur Ansicht gelangen, dass dem BOM eine materielle Entscheidungskompetenz zu geben ist, müsste diese Frage nochmals überprüft werden; dies insbesondere dann, wenn die Entscheidung des BOM für mindestens eine der beiden Parteien bindend und vollstreckbar wäre.

¹⁵⁵ vgl. mit zusätzlichen Differenzierungen: Stauder, Rz 25

¹⁵⁶ Stiftungsurkunde Art. 3 und Reglement Art. 2.2

¹⁵⁷ z.B. BdB, Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 3 (3); vgl. Höche, Rz 64

¹⁵⁸ z.B. FSA Handbook, DISP 1.1.3

eingreifen können. Dies wird zwar von einzelnen Autoren kritisiert¹⁵⁹, ohne dass aber praktikable Vorschläge gemacht werden, wie dieses Problem bewältigt werden könnte.

Im Rahmen des EWR besteht mit FIN-NET insofern ein Kanal für die Zusammenarbeit auf europäischer Ebene, als Mindeststandards für eine anerkannte Schlichtungsstelle geschaffen und der Zugang der Konsumenten zu der für ihre Beschwerde zuständigen Ombudsstelle erleichtert wird. Die Zuständigkeit für die materielle Behandlung der Beschwerde wird aber nach wie vor durch das nationale System im Land des jeweiligen Dienstleistungserbringers geregelt¹⁶⁰. Von diesem hängt es letztlich ab, ob die Beschwerde auch dann behandelt wird, wenn der Verbraucher in einer mehrstufigen Transaktion ein Vertragsverhältnis nur mit seinem Dienstleister im Domizilland, nicht aber mit einem dazwischen geschalteten, allenfalls fehlbaren Dienstleister im Drittland besitzt, wie das beispielsweise in dem von Stauder¹⁶¹ angeführten Beispiel einer mehrstufigen internationalen Banküberweisung der Fall ist. Gemäss Auskunft des Vertreters des Bundesverbandes deutscher Banken ist der Ombudsman der privaten Banken Deutschlands nicht zuständig für eine Beschwerde eines Kunden einer Bank in einem anderen Staat, der keine direkte Vertragsverbindung mit dem deutschen Institut pflegt, das im Rahmen der mehrstufigen Vergütung allenfalls eine Pflichtverletzung begangen hat. Dies gilt sowohl für eine mehrstufige Vergütung, die in einem EWR-Mitgliedland als auch für solche, die in einem Drittland wie der Schweiz ihren Ausgangspunkt hatte¹⁶². Diese systemimmanente Lücke in der Zusammenbaukette wird durch FIN-NET nicht geschlossen.

Der BOM pflegt zwar eine der Kooperation innerhalb des FIN-NET ähnliche informelle Zusammenarbeit mit Ombudsstellen anderer Länder, ist aber nicht Mitglied von FIN-NET. Auch wenn FIN-NET letztlich keine Plattform für die materielle Schlichtung in grenzüberschreitenden Konstellationen bietet, sondern einen Kanal für Erfahrungsaustausch unter den Ombudsstellen in Europa und einen Informationskanal für die Kundschaft der Finanzinstitute bildet, wäre ein Beitritt des BOM zu dieser Organisation zu prüfen. Der Finanzplatz Schweiz gehört schliesslich zu den Wichtigsten

¹⁵⁹ vgl. Stauder, Rz 23

¹⁶⁰ vgl. Empfehlung der EU-Kommission vom 30. März 1998 betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die aussergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind (98/257/EG) und Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services in the European Economic Area

¹⁶¹ a.a.O.

¹⁶² Interview mit Thorsten Höche, Chefsyndikus Recht des Bundesverbandes deutscher Banken vom 29.7.2011

und Anerkanntesten in Europa. Eine institutionelle Einbindung und Mitarbeit in seine Gremien ist deshalb zu fördern.

Die Regelung und Verfahrenspraxis des BOM erfüllt die materiellen Beitrittskriterien zu FIN-NET, gemäss der Empfehlung 98/257/EG der Kommission vom 30. März 1998 betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die aussergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind: Unabhängigkeit, Transparenz, kontradiktorische Verfahrensweise, Effizienz, Rechtmässigkeit, Handlungsfreiheit und Vertretung¹⁶³. Mit Bezug auf die Transparenz könnte eine Formalisierung und Publikation der Verfahrensordnung als Beitrittsbedingung erforderlich sein¹⁶⁴. Derzeit sind ausschliesslich Ombudsstellen aus Ländern des EWR Mitglied von FIN-NET. Ob dem BOM als Ombudsstelle eines Nicht-EWR-Landes formell die Mitgliedschaft gewährt werden könnte, wäre abzuklären.

Empfehlung 7:

Abklärung der Möglichkeiten einer Mitgliedschaft in FIN-NET und gegebenenfalls Beitritt zu diesem europäischen Netzwerk.

Der BOM ist Mitglied des International Network of Financial Services Ombudsman Schemes, welches ebenfalls eine Plattform für den Erfahrungsaustausch, die Weiterentwicklung der Ombudssysteme und die Weiterbildung bietet¹⁶⁵.

bf. Weitere Ablehnungsgründe für den Bankenombudsman

Der BOM ist befugt, in komplexen Fällen die Behandlung abzulehnen (Reglement Art. 3.7)¹⁶⁶. Der BOM hat von dieser Befugnis bisher nur in sehr seltenen Ausnahmesituationen Gebrauch gemacht und den Beschwerdeführer auf den Rechtsweg

¹⁶³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:DE:HTML>; vgl. auch die Ausführungen zur Einleitung und Durchführung des BOM-Verfahrens, unten S. 53 ff.

¹⁶⁴ vgl. auch die Empfehlung oben, S. 45

¹⁶⁵ vgl. dessen Website: <http://www.networkfso.org/index.html>

¹⁶⁶ oder vom Kunden eine Kostenbeteiligung zu verlangen; vgl. unten, S. 68 f.

verwiesen, z.B. in einem Fall, der für die betroffene Bank bei einer Entscheidung zu ihren Lasten Existenz bedrohende Konsequenzen hätte haben können¹⁶⁷.

In der Lehre ist unbestritten geblieben, dass der Ombudsman generell nicht verpflichtet sein soll, jeden Beschwerdefall an die Hand zu nehmen. Insbesondere in komplexen Situationen, bei welchen der für die Beurteilung relevante Sachverhalt nur nach einem (aufwändigen) Beweisverfahren erstellt werden kann, widerspricht eine Anhandnahme des Falles der Zielsetzung, rasch und unkompliziert eine gütliche Lösung des Konflikts herbeizuführen¹⁶⁸.

Ob der Ombudsman einen bezüglich des Sachverhaltes klaren Fall auch von der Hand weisen müsste, wenn seine Empfehlung unverhältnismässig schwere oder sogar existentielle Folgen für die eine oder andere Partei hätte, ist hingegen weniger klar, solange der Ombudsman diesbezüglich keine Entscheidungskompetenz besitzt. Die Parteien müssen sich nicht an seine Empfehlung halten und dieser kommt auch keine präjudizielle Wirkung im Rechtssinn zu. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Beurteilung des Ombudsman durchaus geeignet ist, einen faktischen Einfluss auf die spätere richterliche Beurteilung auszuüben. Es erscheint aus Sicht insbesondere der betroffenen Bank deshalb als verständlich (und liegt angesichts der Möglichkeit einer für ihn ungünstigen Empfehlung vielleicht auch im Interesse des Beschwerdeführers), wenn sich der Ombudsman einer Beurteilung enthält, wie er dies im oben erwähnten Einzelfall getan hat. Der BOM liegt m.E. aber richtig, wenn er von der Befugnis, eine Beschwerde von der Hand zu weisen, nur in Ausnahmefällen Gebrauch macht. Dies liegt im Interesse des Ombudsman und der Banken, die gütliche Streiterledigung durch ein unkompliziertes, kostengünstiges und rasches Verfahren zu fördern und Kundenvertrauen zu schaffen.

Als Alternative hat das Ombudssystem des UK das sog. „test case“ Procedere geschaffen, welches das Prozesskostenrisiko des Kunden auf den Finanzdienstleister abwälzt, der beantragt, die Beschwerde von der Hand zu weisen. Dieses Verfahren erklärt sich aber schwergewichtig aus dem common law Rechtssystem, indem es auf wichtige oder bisher nicht beurteilte Rechtsfragen mit erheblichen Auswirkungen ausgerichtet ist und für die

¹⁶⁷ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

¹⁶⁸ So wird die Durchführung eines Beweisverfahrens ausgenommen durch Urkunden durch die Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 4 (4), ausdrücklich ausgeschlossen

nach Ansicht des Ombudsmans eine gerichtliche Beurteilung besser geeignet ist¹⁶⁹. Das „test case“ Verfahren hat allerdings keine wesentliche praktische Bedeutung erlangt. Im UK wurde es seit der Schaffung des Ombudssystems für Finanzdienstleistungen in den 1980er Jahren nur gerade in drei Fällen angerufen¹⁷⁰. Die befragten Schweizer Banken lehnen eine Einführung eines auf die Schweiz adaptierten „test case“ Verfahrens mangels praktischer Relevanz ebenfalls mehrheitlich ab. Die Konsumentenorganisationen würden die Einführung eines „test case“ Verfahrens unter gewissen einschränkenden Bedingungen begrüßen, während die Vertreter der FINMA alternativ ein Verfahren zur kollektiven Streiterledigung anregen¹⁷¹.

M.E. kann aufgrund der Erfahrungen des UK Financial Ombudsman Systems auf die Einführung einer schweizerischen Spielart des „test case“ Verfahrens verzichtet werden. Selbst im Vereinigten Königreich fehlt es trotz einer beeindruckenden Zahl von über 200'000 jährlich beim FOS neu eingehender Konsumentenbeschwerden an praktischer Relevanz und dies, obwohl der FOS über eine Entscheidkompetenz mit Bindungswirkung für die Finanzdienstleister verfügt, die es ihm erlaubt, praktisch alle Fälle zu entscheiden¹⁷². Zur Frage einer Regelung des Verfahrens für Serienfälle s. unten, S. 55 ff.

2.2.9 Einleitung und Durchführung des Verfahrens

Die Einleitung und Durchführung des Ombudsverfahrens ist in Art. 3 des Reglementes für den Ombudsman geregelt und entspricht den anerkannten Standards: Es ist niederschwellig, indem sich der Bankkunde mündlich oder schriftlich an den BOM

¹⁶⁹ „the complaint ... raises an important or novel point of law, which has important consequences; and ... would more suitably be dealt with by a court as a test case“, FSA Handbook DISP 3.3.5 (2); vgl. sodann oben S. 27 f.; dieses Verfahren wurde durch weitere Ombudssysteme, z.B. das australische (FOS ToR Art. 10) und das neuseeländische, übernommen

¹⁷⁰ Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011

¹⁷¹ Interview mit Vertretern der FINMA vom 11.7.2011; vgl. unten S. 57

¹⁷² Die Entscheidkompetenz ist derzeit auf £ 100'000 begrenzt; ab 1.1.2012 wird sie auf £ 150'000 angehoben: FSA Handbook DISP 3.7.4 und Dispute Resolution: Complaints (Amendment No 3) Instrument 2011, FOS 2011/3, FSA 2011/33 Part. 3; Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011: 99.7% aller bisher behandelten Beschwerden liegen innerhalb der Grenze von £ 100'000.

wenden kann (Art. 3.1). Im Unterschied zu anderen Ombudssystemen¹⁷³ kann der BOM nicht per Mail kontaktiert werden; dies wäre m.E. zu korrigieren.

Grundsätzlich verlangt der BOM, dass sich der Kunde vorgängig vergeblich mit der Bank um eine Lösung bemüht hat¹⁷⁴. Der BOM regelt einfache Anfragen mündlich. Er berät den Kunden über das weitere Vorgehen (Art. 3.2). In komplexeren Fällen kann der BOM vom Kunden eine schriftliche Anfrage verlangen; diesfalls erfolgt in der Regel auch seine Stellungnahme schriftlich (Art. 3.3). Die Banken sind verpflichtet, dem BOM alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und ihm Akteneinsicht zu gewähren (Art. 3.4). Beiden Parteien gewährt er rechtliches Gehör (Art. 3.5). Er wirkt als Vermittler und unterbreitet den Parteien Lösungsvorschläge, an die diese nicht gebunden sind (Art. 3.6). Im Aussenverhältnis gegenüber dem Beschwerde führenden Kunden entspricht diese Regelung dem international Üblichen. Im Internverhältnis, d.h. als Verfahrensanweisungen an die Ombudsstelle sowie gegenüber den unterstellten Finanzdienstleistern, enthalten ausländische Regelungen mehr oder weniger detaillierte weitere Bestimmungen, z.B. mit Bezug auf die Verfahrensfristen¹⁷⁵.

In allen vom Verfasser konsultierten Regelungen kann der Ombudsman eine in der Regel auf Urkunden und andere Dokumente begrenzte Beweisaufnahme und Beweiswürdigung vornehmen¹⁷⁶. Hearings mit den Parteien und persönliche Gegenüberstellungen finden dagegen nur in Ausnahmefällen statt¹⁷⁷. Dem entspricht auch die Praxis des BOM.

Der BOM hat im Übrigen sein Verfahren in der Praxis informell weiter detailliert mit dem Ziel, den Kunden (und den Banken) ein faires, für den Kunden niederschwelliges, unabhängiges und rasches Verfahren zu gewährleisten¹⁷⁸. Im Gegensatz etwa zum Ombudsman der privaten deutschen Banken¹⁷⁹ versteht der BOM seine Aufgabe als

¹⁷³ z.B. Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA:
http://www.versicherungsombudsman.ch/html/cont_d.html;
UK-FOS: <http://www.financial-ombudsman.org.uk/contact/index.html>

¹⁷⁴ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

¹⁷⁵ vgl. z.B. für Deutschland die Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 4 (2); für UK: FSA Handbook, DISP 3.5.13 ff.

¹⁷⁶ z.B. Deutschland: Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 4 (4); eine offenen Formulierung bezüglich der zugelassenen Beweismittel enthält das FSA Handbook: DISP 3.5.8 f.

¹⁷⁷ z.B. UK: Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011; vgl. auch FSA Handbook DISP 3.5.5

¹⁷⁸ vgl. zum Verfahren im Allgemeinen auch die zusammenfassende Darstellung im Jahresbericht 2010 des BOM, S. 8 f.

¹⁷⁹ Interview mit Thorsten Höche, Chefsyndikus des BdB, vom 29.7.2011; vgl. auch unten, S. 85

aktive Vermittlung und Schlichtung: Er bewertet die ihm eingereichten Dokumentationen und weiteren Auskünfte, bildet sich ein Urteil nach Recht und Billigkeit, teilt seine Beurteilung und Empfehlung den Parteien mit und leistet Überzeugungsarbeit bei den Parteien, namentlich den Banken, wenn er zur Auffassung gelangt, dass ein Fehlverhalten vorliegt und ein Entgegenkommen der Bank angezeigt ist¹⁸⁰. Diese Verfahrenspraxis hat weder bei den Banken noch bei den anderen Anspruchsgruppen zu Bemerkungen oder Kritik geführt¹⁸¹. Darauf, dass die Publikation der Verfahrensordnung empfehlenswert ist, wurde bereits mehrfach hingewiesen¹⁸².

a. Behandlung von Serienfällen

Als Folge der Finanzmarktkrise 2008 hat sich insofern eine neue Entwicklung ergeben, als Kunden in grosser Zahl Verluste mit gleichen Finanzprodukten erlitten und deswegen Schadenersatz von den betroffenen Banken wegen angeblicher Beratungsfehler verlangten, wobei Ausgangslage und Sachverhalt bezüglich der einzelnen Kunden durchaus unterschiedlich sein konnten. Der BOM nahm Beschwerden der von den betreffenden Banken abgewiesenen Kunden m.E. zu Recht zur Beurteilung entgegen, da es sich weder im Einzelfall noch in der Gesamtheit um Dimensionen handelte, die für die betroffenen Banken ein unerträgliches finanzielles Risiko beinhaltet hätten. Während sich die einen Banken den Einzelfallempfehlungen des BOM anschlossen, wiesen andere seine Lösungsempfehlungen insgesamt zurück und boten den Kunden statt dessen eigene Vergleichskonzepte an. Kunden, die diese nicht akzeptierten oder von diesen Banken nicht als Schadenersatz berechtigt beurteilt wurden, wurden auf den Rechtsweg verwiesen¹⁸³.

Es ist nicht die Aufgabe des Verfassers zu beurteilen, ob die Methode des BOM oder das Vergleichskonzept der jeweiligen Bank der besonderen Situation besser Rechnung trug. Und es wird den Banken und den Kunden auch in Zukunft frei stehen, Empfehlungen des BOM zu akzeptieren oder zurückzuweisen. Dies liegt in der Natur der Sache, sofern dem

¹⁸⁰ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011; die Auskünfte des BOM konnten durch den Verfasser durch Einsichtnahme in Beschwerdeakten beim BOM verifiziert werden.

¹⁸¹ mit einer Ausnahme: Eine Bank wünscht sich, dass das Mahnwesen bezüglich der vom BOM für die Beantwortung von Auskunftsbeglehen und Stellungnahmen gesetzten Termine flexibler gehandhabt wird, um den internen Gegebenheiten v.a. grösserer Institute besser Rechnung zu tragen.

¹⁸² vgl. insbesondere die Empfehlung oben, S. 45

¹⁸³ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

BOM nicht eine Entscheidungskompetenz zugewiesen wird. Tatsächlich hat die Kontroverse aber zu Zweifeln von Kunden an einer fairen Lösung des Streites geführt und hat wegen der hohen Resonanz in den Medien zu Reputationsschäden sowohl bei den betroffenen Banken und möglicherweise darüber hinaus bei den Banken insgesamt sowie einer Schwächung des Instituts des BOM geführt.

Wie kann einer ähnlichen Situation in der Zukunft im Interesse des Schutzes der Institution BOM begegnet werden?

Ombudsman und Banken können sich zunächst auf den (fatalistischen) Standpunkt stellen, dass diese Konflikte systemimmanent und deshalb hinzunehmen seien. Mindestens würde sich dann aber empfehlen, Fallkonstellationen auch mit Bezug auf ihr Reputationsschaden-Potential zu beurteilen und zu behandeln.

Die FINMA hat im Vertriebsbericht 2010 die Schaffung einer „Möglichkeit kollektiver Streiterledigung von gleichgelagerten Fällen, welche eine Vielzahl von Privatkunden in ähnlicher Weise betreffen“, angeregt¹⁸⁴. Die FINMA scheint dabei nicht in erster Linie eine Art schweizerischer „Sammelklage“, sondern in dafür geeigneten Fällen ein kollektives Schlichtungsverfahren nach kollektiven Kriterien im Auge zu haben¹⁸⁵. Diese Idee wird auch von einer Konsumentenorganisation unterstützt, während die andere Konsumentenorganisation die Einführung einer schweizerischen Sammelklage zumindest für den Finanzdienstleistungsbereich begrüssen würde. In einem Aufsatz plädiert Peter Nobel dafür, die Wirkung der neuen Bestimmungen der Bundes-Zivilprozessordnung zur kollektiven Streiterledigung abzuwarten, bevor in Ombudssystemen neue Verfahren eingeführt werden¹⁸⁶. Soweit sich die befragten Banken aus eigener Erfahrung zu dieser Frage geäußert haben, teilen sie die Auffassung, dass sich Serienfälle nicht für die im Übrigen begrüßte Methode der Einzelfallbeurteilung durch den BOM eignen. Gleichzeitig weisen sie darauf hin, dass die liberale Verfahrensordnung es dem BOM erlaubt, Kategorien von Beschwerden nach einheitlichen Kriterien zu bilden und so zu einer kollektiven Empfehlung zu gelangen.

¹⁸⁴ S. 43

¹⁸⁵ Interview mit Vertretern der FINMA vom 11.7.2011

¹⁸⁶ vgl. Nobel, S. 283 ff. besonders S. 290 f.

Tatsächlich hat der BOM in Serienfällen interne Richtlinien zur Gruppenbildung erlassen und Beschwerden entsprechend behandelt¹⁸⁷.

aa. Folgerungen aus den Länderumfragen

Das Problem der Serienfälle und dessen systemische Unvereinbarkeit mit dem universal geltenden Grundsatz der Einzelfallbetrachtung im Ombudsverfahren hat sich für viele Ombudssysteme im Finanzbereich gestellt. Eine einheitliche Verfahrensdoktrin hat sich bisher nicht herauskristallisiert; jedes System geht nach seinen eigenen rechtlichen Grundlagen und Verfahrensregeln an das Problem der Serienfälle heran. Einzelne Elemente können aber doch als allgemein akzeptiert herausgeschält werden:

Anerkannt ist zunächst das Prinzip, dass die effiziente und der Gesamtheit der Einzelfälle auch im Ergebnis gerecht werdende Behandlung der Einzelfälle eine sachgerechte Kategorisierung der betroffenen Kunden und die Erarbeitung und Anwendung vereinheitlichter Lösungskriterien für die Vielzahl der Einzelfälle erfordert.

Nur eine Minderheit der untersuchten Finanzplätze und ihrer Finanzdienstleister verweigert sich überhaupt der Anerkennung, dass die Serienfallproblematik real existiert und einer spezifischen Lösungssystematik bedarf und beharrt auf der strikten Einzelfallbetrachtung.

Die Mehrheit der Ombudsstellen, die über eine Praxis zur Behandlung von Serienfällen verfügt, legt das Schwergewicht bei der Bestimmung der Kategorien, der Kriterien für die Einzelfallbeurteilung und gegebenenfalls der materiellen Lösung der Einzelfälle auf die frühzeitige Kommunikation mit den betroffenen Finanzinstituten und auf die Erarbeitung eines Konsenses mit diesen. Dies gilt sowohl für Ombudsstellen, die eine verbindliche Entscheidungskompetenz besitzen als auch für solche, die ausschliesslich vermittelnd oder empfehlend wirken können. In der Erkenntnis, dass Serienfälle oft auch das Potential besitzen, Konsumentenorganisationen, Regulatoren und Politik auf

¹⁸⁷ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

den Plan zu rufen, werden diese Stellen durch einzelne Ombudsstellen frühzeitig in die Kommunikation und Lösungsfindung einbezogen¹⁸⁸.

Eine autoritative Festlegung standardisierter Kriterien wird hingegen durch den UK-FOS im Zusammenwirken mit der durch die FSA vorgenommenen Risikokategorisierung von Finanzprodukten praktiziert. Gegen die diesbezüglichen Entscheide des UK-FOS ist nur ein Judicial Review mit begrenzter rechtlicher Kognition möglich¹⁸⁹.

In Ombudssystemen, die keine bindende Entscheidkompetenz des Ombudsman vorsehen, wird als systemimmanent anerkannt, dass der Kunde bei fehlender Einigung an die ordentlichen Gerichte gelangen muss, um seinen Anspruch durchzusetzen. Das dänische und das schwedische Ombudssystem haben für gewisse Serienfälle eine Art Gruppenklage eingeführt und räumen dem Ombudsman eine eigene Aktivlegitimation zur Klageerhebung ein¹⁹⁰.

Die Kategorisierung und Kriterienbildung erfolgt bei allen angefragten Ombudsstellen im Rahmen interner Procedere und nicht aufgrund formeller reglementarischer Bestimmungen in den betreffenden Verfahrensordnungen (mit den genannten Differenzierungen im UK). Inwieweit diese internen Procedere durch die in den Verfahrensordnungen stipulierten Kompetenzen und Verfahrensregeln gedeckt sind, kann vom Verfasser nicht beurteilt werden. Die Priorisierung konsensueller Lösungen gerade auch durch Ombudsstellen, die über eine verbindliche Entscheidkompetenz in der Sache verfügen (z.B. Australien¹⁹¹), scheint auch daraufhin zu deuten, dass diesbezüglich eine gewisse Unsicherheit besteht. Letztlich ist die Einzelfallbeurteilung eben doch ein weitgehend unumstössliches Dogma des Ombudssystems.

So geht auch der schweizerische Versicherungsombudsman das Problem der Serienfälle aktiv und wenn möglich präventiv an, indem er einen regelmässigen Dialog mit den Versicherungsunternehmen pflegt oder aber aktuelle oder potentielle Serienfälle ad hoc auf Geschäftsleitungsebene mit betroffenen Unternehmen bespricht und so versucht,

¹⁸⁸ z.B. Australien: Schriftliche Stellungnahme Shane Tregillis, Chief Ombudsman, vom 19.10.2011

¹⁸⁹ Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011; vgl. sodann Gilad, S. 915 und 918

¹⁹⁰ Schriftliche Stellungnahmen Thomas Brenøe, Director, The Danish Complaint Board of Banking Services, vom 22.11.2011 und Torsten Palm, (Swedish) National Board for Consumer Complaints, vom 3. und 25.10.2011

¹⁹¹ schriftliche Stellungnahme Shane Tregillis, Chief Ombudsman, vom 19.10.2011

Lösungsansätze für eine Mehrzahl von Fällen gemeinsam zu entwickeln und gegebenenfalls generelle Korrekturen von Geschäftspraktiken zu erreichen¹⁹².

Schliesslich sorgen bei mehreren Ombudsstellen administrative und logistische Dispositionen wie der Aufbau eines für Serienfälle geeigneten Informations- und Case Management Systems, die Prioritätensetzung, die Bildung von ad hoc einsetzbaren Task Forces, die mit geeigneten erfahrenen Mitarbeitenden besetzt sind, etc. dafür, dass die Effizienz und materielle Effektivität der Serienfallbehandlung gesteigert wird¹⁹³.

Das interessante dänische und schwedische Modell, wonach dem Ombudsman unter bestimmten Voraussetzungen von Gesetzes wegen eine Aktivlegitimation zur Einleitung von Gruppenklagen vor einem zuständigen Zivilgericht zukommt, steht in der Schweiz auf absehbare Zeit ebenfalls nicht zur Verfügung, da die erst am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung eine Gruppen- oder Sammelklage (Class Action) nicht vorsieht¹⁹⁴.

Innerhalb des bestehenden Vermittlungsmodells sind aber dennoch Verbesserungen möglich, die zumindest die „moralische“ Bindung der Banken an die Empfehlungen des BOM verstärken. Ausgehend von einem Basismodell lassen sich weitere Verstärkungen einbauen.

ab. Lösungsansätze für das Verfahren bei Serienfällen des BOM

i. Definition der Serienfälle

Unter Serienfällen werden Beschwerdefälle verstanden, die in einem begrenzten Zeitraum und in grosser Zahl auftreten und sich auf gleiche oder ähnliche Produkte oder auf den gleichen oder ähnlichen Sachverhalt beziehen oder aus dem gleichen oder ähnlichen (Rechts-)Grund erhoben werden..

¹⁹² Interview mit RA Martin Lorenzon, Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA vom 11.8.2011; im Übrigen könne durch den Kontakt mit Ansprechpartnern auf Geschäftsleitungsebene der Versicherungsunternehmen auch auf Häufungen von Beschwerdefällen bei einzelnen Geschäftsstellen oder Unternehmensbereichen hingewiesen werden; dies stelle für die Unternehmen ein wichtiges Kontrollinstrument dar.

¹⁹³ Namentlich im fortschrittlichen australischen System: Schriftliche Stellungnahme Shane Tregillis, Chief Ombudsman, vom 19.10.2011

¹⁹⁴ Gleicher Meinung: Nobel, S. 290 f. sowie der Versicherungsombudsman: Interview mit RA Martin Lorenzon, Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA, vom 11.8.2011

ii. *Basismodell:*

Aufbauend auf dem Praxisvergleich und besonders auf dem australischen Modell empfehle ich dafür ein Massnahmenbündel, das etwa die nachstehend beschriebenen Einzelmassnahmen umfassen kann.

- Ausdrückliche Regelung des Verfahrens zur Behandlung von Serienfällen in der zu revidierenden Verfahrensordnung. Dabei sind insbesondere der Begriff der Serienfälle zu definieren sowie die Grundregeln für die Kriterien- und Kategorienbildung zu bestimmen. Für so definierte Serienfälle sollte der Primat der kollektiven Behandlung vor der Einzelfallbehandlung statuiert werden.
- Festlegen der Verpflichtung des betroffenen Finanzinstituts und des BOM zur Kooperation mit dem Ziel, eine Einigung für die jeweilige Serienfallkonstellation zu erzielen; diese umfasst insbesondere die Anerkennung des Vorliegens eines Serienfalles, die massgeblichen Kategorien und Kriterien für die Beurteilung der Beschwerden und ob die Beschwerden kollektiv oder im Einzelfall behandelt werden sollen.
- Diese Bestimmungen können durch solche ergänzt werden, die dem BOM eine „own initiative“ Behandlungs- und Empfehlungs-Kompetenz bezüglich systemischer Fälle erteilen, auch wenn diese nur zu Beschwerden in einzelnen Fällen geführt haben. Es ist offensichtlich, dass Serienfälle und systemische Fälle, die aus Zufälligkeiten nur einzelne Beschwerden zur Folge hatten, einen engen Bezug zueinander haben.
- Institutionalisierung eines Kommunikationssystems, das es ermöglicht, potentielle Serienfall-Konstellationen frühzeitig zu erkennen, im Dialog mit allen Anspruchsgruppen: Banken, FINMA und Konsumentenorganisationen, zu adressieren und die Entwicklung geeigneter Lösungskriterien und -ansätze mit den Banken anzustossen. Auch dies ist generell in der Verfahrensordnung zu regeln mit der gleichzeitigen Bestimmung, dass der entsprechende Prozess durch den BOM geführt wird. Die Kommunikation sollte sowohl periodisch und routinemässig als auch ad hoc erfolgen.
- Bei Auftreten von Serienfällen: Zeitgerechte Publikation der Kriterien und Kategorien sowie der aufgrund dieser Elemente erfolgten Einzelfallempfehlungen auf den üblichen Kommunikationskanälen des BOM.

- Überprüfung und gegebenenfalls Überarbeitung des BOM-internen Informations- und case management Systems; Überprüfung und gegebenenfalls Verstärkung des Bereitschaftsgrades der internen Organisation und der notwendigen internen und externen Ressourcen; Bestimmung der bei Serienfällen ad hoc einzusetzenden Task Forces.; Entwicklung weiterer interner Prozedere und Checklisten (to do lists), die ein schnelles und standardisiertes „Hinauffahren“ der Organisation für Serienfälle gewährleisten, z.B. Vorbereitung von Kriterienkatalogen, Q&As etc. Hier wird nicht einem organisatorischen „Overkill“ das Wort geredet. Vielmehr soll die Organisation pragmatisch entsprechend dem als realistisch betrachteten Risiko des Auftretens und der Häufigkeit und Schwere von Serienfällen aufgestellt werden.

iii. Verstärkung des Basismodells:

Dieses Basismodell kann durch verschiedene Zusatzmassnahmen modulartig ergänzt werden. Dadurch würde die Bindungswirkung der Empfehlungen des BOM in Serienfällen entscheidend verstärkt werden:

Modul 1:

- Erteilung der Kompetenz an den BOM, verbindliche Kategorien und Kriterien für die Behandlung von Serienfällen zu stipulieren, denen die Empfehlung des BOM im Einzelfall folgen wird. Die Einzelfallempfehlung wäre nach wie vor de iure nicht bindend, de facto aber nur schwer abzulehnen, da die wesentlichen Grundlagen der Empfehlung bindenden Charakter besässen.
- Das Durchlaufen des in der Verfahrensordnung festzulegenden Prozesses der Kommunikation, Konsultation und Konsensfindung bildet diesfalls die Voraussetzung für die verbindliche Festlegung der Kriterien und Kategorien durch den BOM. Diese tritt erst und nur ein, wenn in jenem Prozess keine Einigung bezüglich der massgebenden Kriterien und Kategorien erzielt wird.
- Vorzusehen ist sodann eine Eskalationsmöglichkeit für das Finanzinstitut, welches den durch den BOM festgelegten Kriterien- und Kategorienkatalog ablehnt. Denkbar wäre entweder eine Eskalation an den Stiftungsrat oder ein von diesem eingesetztes Fachpanel oder aber eine Eskalation an ein von der SBVg zu schaffendes Fachpanel,

welches mehrheitlich aus unabhängigen Fachleuten zusammengesetzt wäre. Der Entscheid des Stiftungsrates bzw. des betreffenden Fachpanels wäre bindend.

- Die Beurteilung durch den Stiftungsrat oder das Fachpanel hätte nach Recht und Billigkeit zu erfolgen. Zudem wäre die Angemessenheit der vom BOM festgelegten Kriterien und Kategorien zu beurteilen. Folgende Entscheidungsmöglichkeiten wären vorzusehen:
 - Genehmigung des Entscheides des BOM;
 - Aufhebung des Entscheides des BOM und Genehmigung eines vom Finanzinstitut beantragten Kriterien- und Kategorienkatalogs;
 - Rückweisung des Entscheides des BOM und eines allfälligen vom Finanzinstitut beantragten Kriterien- und Kategorienkatalogs zur Neuurteilung durch die Parteien, gegebenenfalls mit inhaltlichen Vorgaben.
 - Alternativ könnte auch eine gestaltende Entscheidungskompetenz vorgesehen werden.

Modul 2:

Anstelle dieses recht komplizierten Mechanismus könnte eine faktische Verstärkung der Bindungswirkung der Empfehlungen des BOM durch eine Erhöhung der Regelungsstufe der BOM-Institution erreicht werden.

- Dazu müsste das Statut der Institution BOM einschliesslich der Verfahrensordnung auf die Stufe einer Landesregel angehoben werden, für die die FINMA Mindeststandards erlassen und die sie bei Einhaltung dieser Mindeststandards genehmigen und zum Bestandteil der Bewilligungsvoraussetzungen erheben würde¹⁹⁵.
- Der BOM wäre diesfalls zu ermächtigen oder zu verpflichten, schwerwiegende Verstösse gegen die Bestimmungen der Verpflichtungen unter dem Ombudsman-Statut oder der Verfahrensordnung an die FINMA zu melden. Als schwerwiegende Verstösse wären in der Verfahrensordnung etwa zu qualifizieren:

¹⁹⁵ Regelungsstufe 3; vgl. unten, S. 74

- Wiederholte Verweigerung der Zusammenarbeit mit dem BOM oder Verweigerung der Zusammenarbeit in besonders schwerwiegenden Einzelfällen;
- Nichtbefolgen der Empfehlungen des BOM entgegen klarer Rechtslage zugunsten des Kunden;
- generell das Nicht-Zustandekommen einer Einigung bezüglich der Kriterien und Kategorien sowie der kollektiven Erledigung von Serienfällen.
- Ähnlich wie bei Verletzungen der VSB hätte die FINMA die Meldungen im Hinblick auf eine allfällige Verletzung der Bewilligungsvoraussetzungen zu prüfen und gegebenenfalls aufsichtsrechtliche Massnahmen zu treffen. Eine zivilrechtliche Beurteilung stünde ihr aber nicht zu.

Auch wenn die FINMA von der Durchführung eines Aufsichtsverfahrens absehen würde, ist doch davon auszugehen, dass bereits das Risiko der Einleitung eines Verfahrens disziplinierend auf die Finanzinstitute wirken würde. Umgekehrt müsste ein Verlust der Regelungsautonomie des Stiftungsrates und der SBVg als Gründungsvater in Kauf genommen werden. Offen bleibt zudem, ob die FINMA bereit wäre, zusätzliche Aufsichtsaufgaben im Zusammenhang mit der BOM-Institution zu übernehmen.

Zusammengefasst ergibt sich daraus die nachstehende Empfehlung:

Empfehlung 8:

Ausdrückliche Regelung und Publikation des Verfahrens zur Behandlung von Serienfällen, die insbesondere die folgenden Elemente enthalten sollten:

- Grundregeln der Kriterien- und Kategorienbildung;
- Primat der kollektiven vor der Einzelfallbehandlung;
- Kooperationspflicht des Finanzinstituts und des BOM im Hinblick auf eine konsensuale Erledigung der Serienfälle.

Zusätzliche Massnahmen:

- Schaffung einer umfassenden Kommunikationsstrategie und -politik;
- Überprüfung und gegebenenfalls Überarbeitung des BOM-internen Informations- und case management Systems.

Prüfung weiterer Massnahmen zur Verstärkung der Bindungswirkung der Empfehlungen des BOM:

- Erteilung der Kompetenz an den BOM, verbindliche Kategorien und Kriterien für die Behandlung von Serienfällen zu stipulieren;
- Erhöhung der Regelungsstufe der Institution und der Verfahrensordnung des BOM: Qualifikation als Standesregel und Bestandteil der bankengesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen, Festsetzung von Mindeststandards durch die FINMA.

b. Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht

Nach dem Verständnis der Banken und des BOM erstreckt sich das Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 3.4 des Reglementes für den Ombudsman über die mit dem Kunden ausgetauschte Dokumentation (generelle und spezielle AGBs, Individualverträge, übrige Korrespondenzen und Belege) hinaus auch auf die weitere bankinterne Dokumentation wie Risikoprofile, Gesprächs- und Aktennotizen etc. Dies entspricht der ständig geübten Praxis der Zusammenarbeit zwischen dem BOM und den

Banken und wird von keiner Seite bestritten. Der BOM hört gemäss Reglement Art. 3.5 beide Seiten an und gibt ihnen mit seinen eigenen Worten und Formulierungen Kenntnis von den jeweiligen Argumenten und Akten der Gegenseite, ohne ihnen direkte Akteneinsicht zu gewähren¹⁹⁶. Die Parteien, insbesondere hier die Banken, haben das Recht, gewisse interne Dokumentationen durch den BOM vertraulich erklären zu lassen, womit sie der Gegenseite auch nicht im genannten indirekten Sinn offen gelegt werden¹⁹⁷. Die Möglichkeit der Geheimhaltung vertraulicher Auskünfte entspricht dem internationalen Standard¹⁹⁸. Das Obergericht des Kantons Zürich und weitere Gerichte haben die Vertraulichkeit des BOM-Verfahrens schon bisher geschützt, indem sie Klagen von Kunden im Einzelfall auf Einsicht in vom BOM vertraulich erklärte Akten der Gegenseite abwiesen¹⁹⁹. Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, in Kraft getreten am 1. Januar 2011, gewährt dem Ombudsman nun ein generelles Zeugnisverweigerungsrecht für „Tatsachen, ..., die [er] im Rahmen [seiner] Tätigkeit wahrgenommen hat“²⁰⁰.

2.2.10 Abschluss des Verfahrens

Die Sachverhaltsfeststellung wird in der Regel mit der Beweisaufnahme durch Urkunden und weitere schriftliche Dokumentationen und Stellungnahmen der Parteien abgeschlossen. Persönliche Anhörungen sind möglich, finden aber nur in Ausnahmefällen statt²⁰¹. Dies entspricht auch der Praxis des UK-FOS²⁰², während gemäss der Verfahrensordnung des Ombudsmann der privaten deutschen Banken ausdrücklich nur der Urkundenbeweis zugelassen wird²⁰³.

Der BOM „wirkt als Vermittler und unterbreitet den Parteien Lösungsvorschläge. Die Parteien sind daran nicht gebunden. Sie sind in Ihren Entscheiden frei“²⁰⁴. Der BOM pflegt dabei gleich wie der FOS Ombudsman im Vereinigten Königreich innerhalb seines

¹⁹⁶ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

¹⁹⁷ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

¹⁹⁸ vgl. z.B. UK: FSA Handbook, DISP 3.5.4 ff. insbesondere DISP 3.5.9 betreffend Vertraulichkeit

¹⁹⁹ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

²⁰⁰ Art. 166 Abs. 1 lit. ZPO; vgl. Hasenböhler, Rz 38

²⁰¹ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

²⁰² vgl. FSA Handbook, DISP 3.5.5 f.; Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011.

²⁰³ vgl. Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 4 (4).

²⁰⁴ Reglement Art. 3.6

pflichtgemässen Ermessens eine freie Beweiswürdigung unter Einschluss von Billigkeitserwägungen²⁰⁵. Mit dieser Regelung bewegt sich das schweizerische System innerhalb der Bandbreiten auch der Empfehlung der EU-Kommission²⁰⁶.

Die befragten Bankenvertreter sehen das Erfordernis der Neutralität des BOM in seiner Empfehlungspraxis als ausreichend gewahrt an. Eine leichte Neigung zugunsten des Kunden ist erkennbar und wird akzeptiert. Nur vereinzelt wird der BOM zu stark als Anwalt des Kunden gesehen. Diese Ausnahmefälle werden aber als systemimmanent hingenommen. Im gleichen Sinn wird die Gegenfrage beantwortet, ob der BOM im Interesse einer schnellen Fallerledigung Lösungen vorschläge, die ein leichteres Einlenken der Bank ermöglichten, für den Kunden aber nicht das Optimum darstellten²⁰⁷: Die Bankenvertreter haben die Erfahrung gemacht, dass der BOM Auseinandersetzungen mit der Bank durchaus nicht scheue, um das nach seiner Meinung nach angemessene Resultat zu erreichen. Eine Neigung zugunsten des Kunden wird auch von den Konsumentenorganisationen als positiv bezeichnet.

a. Empfehlung aufgrund von Recht und Billigkeit

Das Reglement für den BOM enthält keine Bestimmungen zu den vom BOM anzuwendenden Beurteilungsgrundlagen. Der BOM stützt seine Empfehlungen in ständiger Praxis auf rechtliche Kriterien im weitesten Sinn, d.h. auf Gesetzesrecht, Verordnungen des Bundesrates, Regulierungen und Rundschreiben der Finanzmarktaufsichtsbehörde, Selbstregulierung der SBVg sowie auf anerkannte Handelsbräuche und auf Billigkeitserwägungen²⁰⁸. Auch damit befindet er sich im Einklang mit internationaler „best practice“²⁰⁹. In den vom Verfasser geführten Interviews haben alle befragten Bankenvertreter, die Vertreter der FINMA und der Konsumentenorganisationen sowie die Vertreter ausländischer Ombudssysteme diese

²⁰⁵ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011; Einsichtnahme in Beschwerdefälle des BOM; Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011; sowie nachstehend, S. 67 f.

²⁰⁶ vgl. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:DE:HTML>; s. sodann im Einzelnen zur Frage, ob im schweizerischen System dem BOM eine Entscheidungskompetenz in der Streitsache zuerkannt werden könnte: unten, S. 76 ff.

²⁰⁷ Auf diese Gefahr weist Meier, Streitbeilegung, S. 54, hin.

²⁰⁸ Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

²⁰⁹ vgl. z.B. UK: FSA-Handbook, DISP 3.6.1 ff.; Deutschland: Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 4 (4)

breite Beurteilungsbasis unterstützt²¹⁰. Einzelne Bankenvertreter haben immerhin die Meinung vertreten, dass Billigkeitserwägungen bei tiefen Streitwerten eher angezeigt seien als bei sehr hohen Streitwerten, bei welchen eine Beurteilung nach rechtlichen Kriterien Vorrang haben sollte. Sodann wird Wert darauf gelegt, dass der BOM in seinen Erwägungen korrekt zwischen rechtlichen Beurteilungen und Billigkeitserwägungen unterscheidet: Billigkeitserwägungen dürften nicht dazu führen, dass eine im Ergebnis akzeptierte Empfehlung auf eine rechtlich unpräzise oder zweifelhafte Begründung gestützt werde.

2.2.11 Verfahrenskosten

Das BOM-Verfahren ist für den Kunden entsprechend dem internationalen Standard kostenlos. Der BOM hat seine Kompetenz, in komplexen Fällen dem Kunden eine Kostenbeteiligung nach Aufwand zu berechnen²¹¹, bisher nicht angewendet²¹². Die Kostenlosigkeit des Verfahrens für den Kunden wird von den Banken jedenfalls solange akzeptiert, als der BOM lediglich eine Empfehlungskompetenz besitzt²¹³.

Die Verfahrenskosten werden somit teilweise durch die jeweils betroffene und vom BOM kontaktierte Bank im Rahmen einer vom BOM entsprechend dem Aufwand festgesetzten und vom Stiftungsrat genehmigten moderaten Fallpauschale abgegolten²¹⁴. Der weitaus überwiegende Teil des Budgets wird hingegen durch alle Mitgliedbanken der SBVg nach einem auf der Zahl der Personaleinheiten in der Schweiz beruhenden Schlüssel finanziert²¹⁵. Diese Finanzierungsform wird durch die Banken grundsätzlich akzeptiert²¹⁶. Ein grundsätzlich anderes Finanzierungsmodell möchte eine Konsumentenorganisation sehen: Nach ihrer Auffassung beeinträchtigt die alleinige Finanzierung des Ombudssystems durch die Banken potentiell die Unabhängigkeit des BOM. Deshalb schlägt sie eine je hälftige Finanzierung der BOM-Institution durch den

²¹⁰ Die Banken jedenfalls solange, als der BOM über keine Entscheidkompetenz verfügt.

²¹¹ Reglement Art. 3.7

²¹² Er hat dies aber schon angedroht und nennt als Beispiel dafür Kosten für im konkreten Fall ungerechtfertigte und unverhältnismässige Zusatzabklärungen, die der Kunde verlangt, obwohl der Sachverhalt erstellt und eine Beurteilung gestützt darauf möglich ist; der Kunde hat darauf sein Begehren zurückgezogen; Interview mit dem BOM vom 24.5.2011

²¹³ vgl. zur Kostenfrage im Falle des Übergangs zu einer Entscheidkompetenz des BOM unten, S. 79

²¹⁴ vgl. Stiftungsurkunde Art. 10 Abs. 4; Reglement Art. 3.8; oben S. 36

²¹⁵ vgl. oben S. 36

²¹⁶ Eine Einzelkritik bemängelt, dass der Bank auch dann eine Fallpauschale berechnet wird, wenn der Kunde den BOM missbräuchlich einschaltet, um ungerechtfertigte Zugeständnisse zu erhalten.

Staat und die Banken vor. M.E. schlägt dieses Argument nicht durch, solange der Budgetentscheid des BOM durch einen unabhängigen Stiftungsrat getroffen wird und nicht mit einem Veto von Bankenseite belegt werden kann sowie wenn die Banken aufgrund ihrer Satzung verpflichtet sind, dieses Budget zu decken. Dies ist durch die Regelung des BOM-Systems grundsätzlich gewährleistet²¹⁷. Gemäss auch international üblichem Standard finanziert sodann der Staat Regulierungskosten des Finanzdienstleistungssektors nicht aus dem allgemeinen Staatshaushalt, sondern erhebt kostendeckende Abgaben und Gebühren von den unterstellten Unternehmen. Letztlich würde deshalb auch die Übernahme des Vorschlags der Konsumentenorganisation nichts daran ändern, dass die Banken die Kosten des BOM decken müssten.

2.2.12 Rechenschaftspflicht und Publizität

In der Ombudsman-Literatur wird das Recht oder die Pflicht des Ombudsman zur Berichterstattung über seine Tätigkeit gegenüber der Öffentlichkeit nach zwei Seiten hin beleuchtet: Einerseits als Rechenschaftsablage nicht nur gegenüber seiner übergeordneten Stelle, sondern auch gegenüber dem Publikum, womit eine öffentliche Kontrolle der Tätigkeit des Ombudsman gewährleistet wird und letztlich Verantwortlichkeit („accountability“) entsteht; andererseits aber auch als Kontrolldruck und Informationsmittel im Hinblick auf die ständige Verbesserung der Leistungen der ihm über das Beschwerdeverfahren angeschlossenen Stellen und Unternehmen²¹⁸.

Gemäss Art. 5 des Reglementes für den Ombudsman orientiert der BOM die Öffentlichkeit mindestens einmal jährlich in Form eines Jahresberichts und anlässlich einer Pressekonferenz über seine Tätigkeit. In Einzelfällen äussert er sich nicht öffentlich und er gibt auch keine Namen bekannt. Der BOM wendet diese Begrenzung so an, dass er über Einzelfälle beispielhaft im Rahmen des Jahresberichts sowie separat auf seiner Website in anonymisierter Form berichtet. Die Information über Einzelfallbeispiele kann durch das Publikum über einen RSS-feed automatisiert bezogen werden²¹⁹. Der Verfasser hat bereits darauf hingewiesen, dass die Berichterstattung zu Fallbeispielen bei den Banken nicht auf ungeteilte Zustimmung stösst. Während einige

²¹⁷ Zu einzelnen Empfehlungen zur Verbesserung der Finanzierungs-Governance s. oben S. 37

²¹⁸ vgl. oben, S. 17 f.

²¹⁹ vgl. <http://www.bankingombudsman.ch/de/fallsammlung>

der befragten Bankenvertreter diese Berichterstattung positiv beurteilen, wird von anderen insbesondere kritisiert, dass der BOM gelegentlich über den Einzelfall hinaus verallgemeinernde Feststellungen treffe und dabei Beurteilungskriterien festsetze, die nicht auf klaren Rechtsbegriffen beruhten oder nicht allgemein akzeptierten Massstäben entsprächen. Der Verfasser hat im Jahresbericht 2010 keine derartigen Verallgemeinerungen feststellen können. Hingegen sind solche Feststellungen vereinzelt in der Fallsammlung auf der Website des BOM sowie in den Jahresberichten 2008 und 2009 im Zusammenhang mit der Behandlung von Beschwerden zur Vermarktung von Finanzprodukten von Lehman Brothers, der Kaupthing Bank sowie generell von sog. Absolute Return Produkten anzutreffen²²⁰. Sie scheinen hier das Dilemma widerzuspiegeln, das zwischen dem Prinzip der Einzelfallbehandlung und den Notwendigkeiten der Kategorienbildung in Serienfällen entsteht. Dieses Dilemma ist nach Ansicht des Verfassers durch ein Verfahren zur Behandlung von Serienfällen anzugehen²²¹.

Grundsätzlich vertreten die befragten Stellen (Banken, FINMA, Konsumentenorganisationen) die Auffassung, dass eine Namensnennung im Sinne eines „naming and shaming“ fehlbarer Institute nicht zielführend sei. Befürchtet werden kontraproduktive Effekte, indem das Vertrauensverhältnis, auf das der BOM bei seiner Schlichtungstätigkeit angewiesen ist, dadurch gestört würde²²². Einzelne Interviewpartner könnten sich in gravierenden Fällen oder bei systematischer Missachtung der Empfehlungen des BOM allenfalls eine Meldung an die FINMA vorstellen, dies insbesondere dann, wenn eine regulatorische Kontrolle der FINMA über den BOM eingeführt würde. Im UK wird eine mildere Unterart der Namensnennung insofern praktiziert, als der FOS periodisch sowohl die Gesamtzahl der eingegangenen Beschwerden als auch die Anzahl Beschwerden pro Institut publiziert²²³. Soweit dem Verfasser bekannt ist, hat von den wichtigeren Finanzplätzen nur Canada ein formelles Recht des Ombudsman for Banking Services and Investments zum „naming and shaming“ eingeführt²²⁴, wobei dieses Recht bisher nicht ausgeübt wurde. Der canadische Ombudsman hat sich geäußert, dass es genüge, das Recht zu „naming and shaming“ zu

²²⁰ vgl. oben, S. 27 f. und 46 f.

²²¹ vgl. dazu die Empfehlung oben, S. 65

²²² vgl. in gleichem Sinn für das UK: Gilad, S. 916

²²³ Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011.

²²⁴ OBSI ToR, Art. 27; dieses Recht hat der OBSI immer, wenn ein Finanzdienstleistungsunternehmen seine Empfehlung ablehnt.

besitzen, um die Banken zum Wohlverhalten gegenüber dem Ombudsman zu veranlassen; benützt habe er es bisher nicht²²⁵.

Nach Auffassung des Verfassers drängt sich im System des BOM weder die Einführung der Namensnennung im Einzelfall noch eine aggregierte Publizität zur Zahl der Beschwerdefälle pro Bank auf. Das Erste widerspricht dem Grundsatz des Ombudswesens, für eine diskrete und effiziente Schlichtung von Individualbeschwerden zu sorgen; das Zweite würde ohne eine aussagekräftige Fallbeschreibung keine verlässlichen Rückschlüsse auf die Qualität der Bankdienstleistungen und die Qualität der Beschwerdebehandlung innerhalb der Bank erlauben²²⁶. Eine Meldung an die FINMA wäre im Zusammenhang mit einer allfälligen stärkeren regulatorischen Einbindung des BOM zu prüfen²²⁷.

Im Übrigen fördert der BOM die Kenntnis des Ombudssystems sowohl der Mitarbeitenden in den Banken als auch einer breiteren Öffentlichkeit durch seine Vortragstätigkeit und durch regelmässigen Austausch mit den Medien²²⁸ sowie durch Informationen zu seinem Verfahren in gedruckter Form und auf seiner Website.

Trotzdem ist den Kunden vielfach nicht bekannt, dass ihnen mit dem BOM eine kostenlose und niederschwellige Schlichtungsstelle zur Verfügung steht. Unzufriedene Kunden wenden sich vielfach zunächst an die FINMA oder an die Konsumentenorganisationen. Seit der Finanzmarktkrise und besonders bei Kunden aus städtischen Agglomerationen hat sich nach den Erfahrungen verschiedener Bankenvertreter das Wissen um den BOM allerdings wesentlich verbessert. Letztlich sei es aber auch eine Frage der persönlichen Betroffenheit: Erst dann informiere sich der Kunde über seine Möglichkeiten und Rechte.

Die Mehrheit der befragten Banken weist Kunden, die mit der Behandlung ihrer Beschwerde durch die Bank nicht zufrieden sind, auf die Möglichkeit einer neutralen Zweitbeurteilung durch den BOM hin, dies aber nicht systematisch, sondern dann, wenn

²²⁵ vgl. Stellungnahme des BOM vom 28. April 2011 zum FINMA-Vertriebsbericht 2010; http://www.bankingombudsman.ch/fileadmin/download/pdf/sonstiges/Vernehmlassung_zum_FINMA_Vertriebsbericht_2010.pdf

²²⁶ Dies zeigt sich auch aus der entsprechenden nichts sagenden Publikation der Anzahl der vom OBSI behandelten Beschwerdefälle pro Bank: vgl. OBSI Annual Report 2010, Appendix II; die Gesamtzahl der vom OBSI eröffneten Beschwerdefälle ist praktisch identisch mit der Gesamtzahl der vom BOM behandelten Fälle

²²⁷ vgl. Näheres dazu unten, S. 73 ff.

²²⁸ vgl. Jahresbericht BOM 2010, S. 7

die Bank im konkreten Fall der Auffassung ist, dass der Kunde einer solchen Zweitbeurteilung zugänglich ist. Einzelne Banken informieren die Kunden auf ihrer Website über die Möglichkeit, im Beschwerdefall den BOM einzuschalten. Die Konsumentenorganisationen bemängeln die Zurückhaltung der Banken und schlagen vor, dass die Banken an prominenter Stelle in der Kundendokumentation, auf ihrer Website oder durch Auflage der Informationsbroschüre des BOM auf die Institution des BOM hinweisen.

Tatsächlich scheint es dem Verfasser angezeigt, dass die Banken ihre Kunden aktiv auf die Möglichkeit der Streitschlichtung durch den BOM hinweisen. Dies muss nicht als Ausdruck des Misstrauens der Banken in ihre eigenen Leistungen aufgefasst werden. Vielmehr kann dieser Hinweis durchaus positiv konnotiert werden: „Die Banken tun alles, um mit ihren Dienstleistungen die Kundschaft zu deren vollen Zufriedenheit zu bedienen; sollten trotzdem einmal Differenzen entstehen, dann bemühen sich die Banken um eine gütliche Lösung. Dafür stellen sie dem Kunden insbesondere auch die Schlichtungsmöglichkeit durch den Ombudsman zur Verfügung.“

Empfehlung 9:

Verpflichtung der Banken im Reglement für den Ombudsman, die Kundschaft auf geeignete Weise (durch Hinweis in der Kundendokumentation, durch Link auf der Website, durch Auflage der Informationsbroschüre des BOM oder auf gleichwertige andere Weise) über die Möglichkeit der Schlichtung durch den BOM zu informieren.

III. Teil

Grundsatzfragen einer Neuregelung des Ombudssystems der Finanzdienstleistung in der Schweiz

Im vorhergehenden Kapitel wurden das bestehende System des BOM untersucht und gegebenenfalls Verbesserungen innerhalb dieses Systems vorgeschlagen. Das nachstehende Kapitel beleuchtet einige Grundfragen einer allfälligen tiefgreifenden Neuordnung des BOM-Systems, die sich aus den Überlegungen im FINMA-Vertriebsbericht 2010, dem Vergleich mit ausländischen Referenzsystemen und der Diskussion mit den verschiedenen Anspruchsgruppen ergeben haben.

1. Staatliche Regulierung oder Selbstregulierung?

Die Ombudssysteme im Finanzbereich sind in den verschiedenen Ländern auf unterschiedlicher Stufe geregelt. In verschiedenen Ländern sind die Ombudsstellen als öffentliche Behörden aufgestellt; ihre Rechtsgrundlage beruht auf Gesetz und Finanzmarktregulierung²²⁹. Andere Länder haben die Banken- und Finanzdienstleistungs-Ombudsstellen privatrechtlich durch Selbstregulierung organisiert; dies trifft sogar in Ländern zu, die traditionell nicht eine wesentliche Kultur der Selbstregulierung im Finanzbereich kennen²³⁰. Ein klarer Trend ist nicht feststellbar²³¹.

Es stellt sich allenfalls die Frage, ob die Regelungsebene einen Einfluss auf die Ausgestaltung des Ombudssystems ausüben kann, konkret: Bedingt eine signifikante Entscheidungskompetenz des Ombudsmann in der Streitsache eine staatliche Regulierung des Ombudssystems? Der Vertreter des FOS verneint diese Frage. Im Vereinigten Königreich waren die Ombudssysteme im Finanzsektor bis zum Erlass des FSMA 2000 durch Selbstregulierung des Finanzsektors geregelt. Von Anbeginn an verfügten die privatrechtlich organisierten Ombudsstellen aufgrund ihrer standesrechtlichen

²²⁹ z.B. UK: Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) und FSA Regulierung

²³⁰ z.B. Deutschland: Beschwerdestelle des Bundesverbandes deutscher Banken und entsprechende Beschwerdestellen der übrigen Bankenverbände (mit Nuancen)

²³¹ vgl. dazu die Informationsblätter zu den einzelnen Ländern des EWR: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_de.htm

Ordnung über erhebliche Entscheidungskompetenzen in der Sache, welche für die angeschlossenen Finanzdienstleister bindend waren. Der Versicherungsombudsman entschied bis zur Limite von £ 100'000, der Bankenombudsman bis £ 50'000. Die Limite von £ 100'000 gilt bis heute für den FOS auch unter dem FSMA 2000²³².

Der Vertreter des FOS weist im Übrigen auf Differenzierungsmöglichkeiten hinsichtlich der Regelungsstufe hin, die auch den in der Schweiz üblichen Differenzierungen entsprechen. Dies sind in absteigender Reihenfolge der Regelungsstufen²³³:

- Einsetzung einer staatlichen Ombudsstelle auf der Grundlage von Gesetzen, Verordnungen und weiteren Regulierungen der zuständigen staatlichen Organe (Regelungsstufe 1). Dem entspricht das UK-Modell.
- Gesetzlich angeordnete Selbstregulierung durch private Organisationen, namentlich Wirtschaftsverbände, unter Festsetzung von gesetzlich oder regulatorisch bestimmten Mindeststandards und deren direkte oder indirekte Überwachung durch die Regulierungsbehörde sowie Anschlusspflicht aller im Sektor tätigen Unternehmen an eine entsprechend zertifizierte Ombudsstelle (Regelungsstufe 2).
- Privatautonome Selbstregulierung durch die Wirtschaftsverbände mit Genehmigungspflicht durch die staatliche Regulierungsbehörde, wobei die Genehmigung aufgrund der Einhaltung von anerkannten Mindeststandards erteilt wird; der Anschluss an das entsprechende Ombudssystem wird von der Regulierungsbehörde auch für Nichtmitglieder des Verbands verbindlich erklärt und aufsichtsrechtlich gegenüber den unterstellten Unternehmen durchgesetzt (Regelungsstufe 3).
- Privatautonome Verbandssatzung mit verbandsrechtlicher Anschlusspflicht an das Ombudssystem für Verbandsmitglieder ohne Beteiligung der Regulierungsbehörde (Regelungsstufe 4). Dem entspricht das derzeitige BOM-System.

²³² Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011

²³³ vgl. in einem ähnlichen Sinn auch: Meier, Streitbeilegung, S. 73

Eine der befragten Konsumentenorganisationen befürwortet die Schaffung einer staatlichen Ombudsstelle für den Finanzdienstleistungsbereich im Sinne der dargestellten obersten Regelungsstufe. Dieser Vorschlag wird hauptsächlich mit dem Argument der Unabhängigkeit und Neutralität begründet. Eine staatliche Behörde kann nach dieser Ansicht am Besten die unabhängige und neutrale, dem Interesse der Konsumenten genügende Beurteilung garantieren und für den notwendigen Ausgleich des Macht- und Informationsgefälles zwischen dem Finanzdienstleistungsunternehmen und dem Einzelnen sorgen. Eine volle staatliche Regulierung erleichtert auch weitere Verbesserungen des bestehenden Systems, wie die öffentliche Kontrolle der Tätigkeit des Ombudsmann und die Compliance der Finanzdienstleister mit dem Ombudssystem, die Übertragung von Entscheidungskompetenzen in der Streitsache an den Ombudsmann etc. Als zweitbeste Lösung könnte vorerst eine angeordnete Selbstregulierung unter Festsetzung von Mindeststandards und einer Kontrolle durch die FINMA im Sinne der Regelungsstufe 2 ins Auge gefasst werden. Dieser Alternative könnte sich auch die andere befragte Konsumentenorganisation anschliessen. Für sie wäre eine volle staatliche Regulierung aber nicht anzustreben.

Die Position der FINMA steht noch nicht fest²³⁴. Die befragten Vertreter der FINMA gehen eher von einer Selbstregulierung der Branche auch in der Zukunft aus. Denkbar ist, dass eine Genehmigungspflicht unter Einhaltung gewisser Mindeststandards im Sinne der Regelungsstufe 3 eingeführt werden könnte²³⁵.

Die Banken und der Versicherungsombudsmann²³⁶ befürworten naturgemäss die Beibehaltung der bestehenden Selbstregulierung gemäss Regelungsstufe 4.

Aus der Sicht des Verfassers ergibt sich aus folgenden sachlichen Gründen keine Notwendigkeit, vom geltenden Selbstregulierungskonzept des BOM gemäss Regelungsstufe 4 abzuweichen. Die BOM-Selbstregulierung liegt innerhalb der Bandbreite der Empfehlung der EU-Kommission²³⁷; Selbstregulierung wird auch in der Literatur akzeptiert, sofern sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt²³⁸. Weltweit hat sich keine Entwicklungstendenz der „best practice“ in Richtung einer höheren

²³⁴ gemäss Diskussionsstand am Tag des Interviews, 11.7.2011

²³⁵ Interview mit Vertretern der FINMA vom 11.7.2011

²³⁶ Interview mit RA Martin Lorenzon, Ombudsmann der Privatversicherung und der SUVA vom 11.8.2011

²³⁷ vgl. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:DE:HTML>

²³⁸ vgl. oben, S. 21 ff.

Regelungsstufe ergeben²³⁹. Sämtliche im zweiten Teil dieser Studie empfohlenen Verbesserungen des geltenden BOM-Systems lassen sich unter Beibehaltung des geltenden Regelungskonzeptes verwirklichen. Da mit wenigen Ausnahmen alle Banken Mitglieder der SBVg sind, sind die Regularien samt den vorgeschlagenen Veränderungen faktisch für den schweizerischen Bankensektor universal verbindlich. Auch grundlegendere Veränderungen des bestehenden BOM-Konzeptes, wie sie in diesem Kapitel beleuchtet werden, liessen sich innerhalb des bestehenden Selbstregulierungssystems durchführen.

Ein Übergang zu Regelungsstufe 3 (genehmigungspflichtige Selbstregulierung mit gewissen „best practice“ Standards) oder 2 (angeordnete Selbstregulierung) könnte allenfalls angezeigt sein, wenn die FINMA die Allgemeingültigkeit und Anschlusspflicht auch für die wenigen Nichtmitglieder der SBVg formell festsetzen oder wenn sie auf diesem Weg Mindeststandards auch für andere von ihr beaufsichtigte Finanzdienstleister stipulieren wollte²⁴⁰. Schliesslich müsste ein Übergang zu einer dieser höheren Regelungsstufen erfolgen, wenn der Stiftungsrat oder die SBVg eine Verstärkung der Bindungswirkung der Empfehlungen des BOM gemäss dem bei der Besprechung der Serienfallproblematik dargestellten Modul 2 anstreben wollten²⁴¹.

Hingegen ist es eine politische Frage, ob eine volle staatliche Regulierung und ein Ombudsman als staatliche Behörde geschaffen werden soll. Zu dieser Frage hat sich der Verfasser nicht zu äussern. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass das Prinzip der Selbstregulierung im schweizerischen System der Finanzmarktregulierung verankert ist und sich bewährt hat.

2. Entscheidkompetenz des Ombudsman?

Auch mit Bezug auf die Frage, ob der Banken- oder Finanzdienstleistungs-Ombudsman über Entscheidkompetenzen verfügen soll oder ob er als Schlichtungsinstanz bloss nicht verbindliche Empfehlungen an die Konfliktparteien abgeben soll, besteht international keine mehrheitliche Ausrichtung und keine klare Entwicklungstendenz. Es

²³⁹ vgl. für den EWR die FIN-NET Informationsblätter: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_de.htm

²⁴⁰ Was von Nobel derzeit und bevor praktische Erfahrungen mit der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung vorliegen, nicht für notwendig erachtet wird: vgl. S. 288

²⁴¹ vgl. oben, S. 63 f.

bestehen aufgrund der Länder-spezifischen Ausgangslagen und rechtlichen Kulturen die unterschiedlichsten Systeme²⁴². Die hauptsächlichsten Kategorien lassen sich etwa wie folgt gliedern:

- Entscheidkompetenz des Ombudsman betragsmässig unlimitiert oder mit einer so hohen Limite, dass faktisch alle Beschwerdefälle darunter subsumiert werden können; in der Regel sehen diese Systeme vor, dass der Entscheid des Ombudsman einseitig für das Finanzdienstleistungsunternehmen, nicht aber für den Beschwerde führenden Kunden verbindlich ist. Ein Entscheid des Ombudsman ist direkt vollstreckbar. Diesem Konzept entspricht das UK FOS-System (Limite £ 100'000 und ab 1.1.2012 £ 150'000; einseitige Verbindlichkeit für den Finanzdienstleister; vollstreckbar²⁴³).
- Entscheidkompetenz betragsmässig limitiert, wobei der Betrag vielfach tief angesetzt und insofern auf einfachere Beschwerdesachverhalte besonders von Retailkunden und auf Bagatellfälle ausgerichtet ist. Teilweise ist unmittelbare Vollstreckbarkeit gegeben; in anderen Systemen muss der begünstigte Teil den Entscheid des Ombudsman in einem materiellen Gerichtsverfahren durchsetzen. Diesem letzteren Konzept entspricht das System des Ombudsman des Bundesverbandes deutscher Banken²⁴⁴.
- Ausschliessliche Empfehlungskompetenz. Dieses System gilt u.a. weitgehend in Skandinavien mit Ausnahme von Teilen der Finanzdienstleistungswirtschaft in Dänemark^{245,246}.
- Denkbar ist sodann die Einrichtung eines dualen Systems: Unverbindliche Empfehlung des Ombudsman und parallele Einrichtung eines Schiedsgerichts für den Banken- oder Finanzdienstleistungssektor, welches nach einer anerkannten

²⁴² Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011

²⁴³ vgl. FSA Handbook DISP 3.7; Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011

²⁴⁴ vgl. Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 4 (5); Interview mit Thorsten Höche, Chefsyndikus des BdB vom 29.7.2011

²⁴⁵ vgl. dazu und zu den weiteren Mitgliedländern des EWR die FIN-NET Informationsblätter: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_de.htm

²⁴⁶ Canada verfolgt eine eigenwillige Lösung: Zwar besitzt der OBSI „nur“ eine Empfehlungskompetenz; wegen seines Rechts zum „naming and shaming“ ablehnender Finanzdienstleister wirkt die Empfehlung aber faktisch wie ein Entscheid; vgl. OBSI ToR Art. 27; oben S. 70 f.

Schiedsordnung verfährt und entscheidet. Ansätze dazu finden sich z.B. im polnischen System der alternativen Streitbeilegung²⁴⁷.

In den Interviews hat sich lediglich eine Konsumentenorganisation für eine Entscheidkompetenz des BOM ausgesprochen. Falls eine solche Entscheidkompetenz betragsmässig limitiert werden sollte, wäre die Limite auf einer Höhe anzusetzen, die für die Konsumenten eine echte Alternative zu einem Gerichtsverfahren insbesondere mit Blick auf das Prozesskostenrisiko bietet. Denkbar wäre etwa eine Limite von CHF 50'000. Das Vertrauen in den BOM würde dadurch gestärkt. Eine Verrechtlichungsgefahr sieht diese Konsumentenorganisation insbesondere dann nicht, wenn der BOM durch die FINMA reguliert würde. Billigkeitserwägungen müssten in die Entscheidungsfindung einbezogen werden. Das rechtliche Gehör wäre durch zweimaligen Schriftenwechsel sicherzustellen. Der Entscheid müsste einseitig für die Bank verbindlich sein. In der neueren Literatur wird die Frage einer Entscheidkompetenz kontrovers diskutiert. Nach einer Meinung wird die Entscheidkompetenz als notwendig erachtet, um das Ungleichgewicht zwischen Banken und Kunden wenigstens teilweise auszugleichen. Eine blosser Empfehlungskompetenz wird nach dieser Meinung wegen der fehlenden Bindungswirkung als krass ungenügend beurteilt und weil die (angebliche) Praxis des BOM, auf Kulanzleistungen hinzuwirken, erst noch die rechtliche Bewertung verhindere²⁴⁸. Andere Autoren lehnen eine Entscheidkompetenz des Ombudsmann zumindest vorläufig ab, da die neue Schweizerische Zivilprozessordnung mit der Schlichtung und der Mediation neue Instrumente zur Verfügung stellt, und schlagen vor, deren Wirkung in der Praxis abzuwarten²⁴⁹.

Eine Entscheidkompetenz des BOM stösst bei allen Banken und beim Versicherungsombudsmann²⁵⁰ auf Ablehnung. Als Hauptargumente für diese Ablehnung werden angeführt: Eine Entscheidkompetenz würde zu einer Verrechtlichung des Verfahrens führen; Banken und Kunden würden sich stark auf rechtliche Argumente konzentrieren; für Billigkeitserwägungen bestünde kaum mehr Spielraum; die Banken

²⁴⁷ vgl. die entsprechenden Informationsblätter zu Polen in: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_de.htm

²⁴⁸ vgl. Rusch, S. 7 ff.; der Autor schlägt zusätzlich grundlegende Änderungen des Prozessrechts, wie Sammelklagen und Erfolgshonorare für Anwälte vor.

²⁴⁹ vgl. Nobel, S. 283 ff. besonders S. 288

²⁵⁰ Interview mit RA Martin Lorenzon, Ombudsmann der Privatversicherung und der SUVA vom 11.8.2011

würden auch zurückhaltender bezüglich der Offenlegung interner Dokumentationen; es müsste eine detaillierte Verfahrensordnung einschliesslich Beweisverfahren und Berufungsmöglichkeiten erlassen werden und auch über eine Kostenbeteiligung des Kunden müsste nachgedacht werden. Schliesslich würde die Einführung einer Entscheidkompetenz auch zu einem erheblich ansteigenden Ressourcenbedarf des BOM führen. Eine Entscheidkompetenz würde nicht zu einem Vertrauensgewinn des BOM beitragen. Das Vertrauen werde stärker durch die perzipierte Unabhängigkeit und Sachkompetenz des BOM beeinflusst. Falls dennoch eine Entscheidkompetenz eingeführt werden müsste, sollte diese auf Kleinstbeträge, maximal aber auf CHF 10'000 begrenzt werden. Mit ähnlicher einlässlicher Begründung hat sich auch der BOM gegen eine Entscheidkompetenz ausgesprochen²⁵¹.

Die Vertreter der FINMA sprechen sich gegen eine Vermischung von Empfehlungs- und Entscheidkompetenz aus. Im BOM-Verfahren sollte der Empfehlungscharakter beibehalten werden. Zu prüfen wäre allenfalls die parallele Einführung eines Branchenschiedsgerichts, das nach einer anerkannten Schiedsordnung verfahren würde²⁵². Diese Meinung wird von verschiedenen Bankenvertretern geteilt; ein solches Schiedsgericht müsste personell und funktional vom BOM-Verfahren und von der BOM-Institution getrennt aufgestellt werden und wäre für den Kunden nicht kostenlos.

Werden ausländische Erfahrungen beigezogen, erscheint ein Teil der Argumente der Bankenvertreter, namentlich die befürchtete Verrechtlichung des Verfahrens, der Ausschluss von Billigkeitserwägungen und die Zurückhaltung der Banken bei der Offenlegung interner Dokumentationen nicht als zwingend. So sieht z.B. die FSA-Regulierung letztlich doch ein recht schlankes Verfahren vor²⁵³, das sich nicht grundlegend von der schweizerischen BOM-Verfahrenspraxis unterscheidet. Der FOS-Ombudsman entscheidet unter Heranziehung aller relevanten rechtlichen und Billigkeitserwägungen²⁵⁴. Die Finanzdienstleister haben dabei durchaus ein Interesse, alle ihre Argumente und Dokumentationen auf den Tisch zu legen, da der Ombudsman eine freie Beweiswürdigung pflegt und nicht bewiesene Sachverhaltselemente nach

²⁵¹ vgl. Stellungnahme des BOM vom 28. April 2011 zum FINMA-Vertriebsbericht 2011, S. 6 ff.; http://www.bankingombudsman.ch/fileadmin/download/pdf/sonstiges/Vernehmlassung_zum_FINMA_Vertriebsbericht_2010.pdf

²⁵² Interview mit Vertretern der FINMA vom 11.7.2011.

²⁵³ Wesentlich detaillierter, aber im Ergebnis ebenfalls nicht fundamental anders sind die ToR des australischen FOS: http://www.fos.org.au/centric/home_page/about_us/terms_of_reference_b.jsp?str=Terms+of+reference

²⁵⁴ vgl. FSA Handbook, DISP 3.6.1: „The Ombudsman will determine a complaint by reference to what is, in his opinion, fair and reasonable in all circumstances of the case.“

seinem pflichtgemässen Ermessen würdigt²⁵⁵. Auch der allenfalls erhöhte Ressourcenbedarf spricht nicht von vornherein gegen eine Entscheidkompetenz des BOM.

Mit Bezug auf die betragsmässige Limitierung der Entscheidkompetenz des Ombudsmann lässt sich m.E. keine eindeutig „richtige“ Zahl bestimmen. Einhelligkeit besteht wohl am Ehesten darin, dass die Kompetenz betragsmässig zu limitieren sei. Eine Begründung lässt sich jedoch für jeden Betrag finden. Plausibel scheinen dem Verfasser sowohl die Argumente der Konsumentenorganisation als diejenigen von Bankenvertretern. Diese stimmt auch mit der Lösung des Ombudsverfahrens der deutschen privaten Banken überein. Die Limitierung auf £ 100'000 im FOS-System des Vereinigten Königreichs hat lediglich historische Gründe: Das Ombudssystem der Versicherungswirtschaft im UK sah von Anfang an diese Limite vor, welche auf dem seinerzeitigen durchschnittlichen Liegenschaftswert basierte und die dann unverändert im FOS-System übernommen wurde²⁵⁶.

M.E. helfen formale Argumente, wie sie oben angeführt wurden und mindestens teilweise plausibel sein mögen, somit nicht weiter bei der Abwägung, ob dem BOM eine Entscheidkompetenz zuerkannt werden sollte. Letztlich muss bei diesem politischen Entscheid – und um einen solchen handelt es sich hier – nach ganz grundsätzlichen Kriterien und Fragestellungen entschieden werden:

- Was bezwecken wir mit dem BOM, welche Ziele verfolgen wir? Soll der BOM ein Schlichter sein, der auf der Basis gegenseitigen Vertrauens beider Seiten darauf hinarbeitet, eine einvernehmliche Lösung zwischen den Konfliktparteien herbeizuführen und der seine eigenen Beurteilungen einbringt, um einer von ihm als fair beurteilten Lösung zum Durchbruch zu verhelfen? Oder soll der BOM eine für den Kunden kostengünstige Alternative zu einem Gerichtsverfahren sein, das zu einem autoritativen und vollstreckbaren Entscheid führt?
- Halten wir die Schaffung eines „hybriden“ Verfahrens zur Streiterledigung für notwendig, welches Element der Schlichtung und der richterlichen Streitentscheidung vereint und vermengt? Oder halten wir die in unserer

²⁵⁵ Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011

²⁵⁶ Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011

Rechtsordnung gebräuchlichen Instrumente der autoritativen Streiterledigung:
Gerichte und Schiedsgerichte, für adäquat und genügend?

- Hat das BOM-System insgesamt versagt, indem es keinen effizienten Schlichtungsprozess und –erfolg bewirkt hat?

Nach Auffassung des Verfassers weisen diese Fragen eher auf eine Beibehaltung des BOM-Systems als Informations- und Schlichtungsstelle zugunsten der Kunden als auf eine Übertragung von Entscheidungskompetenzen an den BOM hin. Zunächst wird der BOM schwergewichtig von inländischen Kunden um Hilfe gebeten; in der Schweiz herrscht trotz zunehmender Konfliktbereitschaft nach wie vor eine grundsätzliche Konsenskultur. Für die ausländischen Kunden stellt der BOM vornehmlich eine erste Anlaufstelle zur Abschätzung der eigenen Erfolgchancen und Risiken dar, sofern er nicht ohnehin eine Vergleichslösung vermitteln kann.

Die schweizerischen Gerichte ermöglichen sodann im Vergleich besonders zum angelsächsischen Prozessverfahren eine vergleichsweise kostengünstige und effiziente Streitentscheidung. Diese ist mit der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung noch verbessert und vereinfacht worden²⁵⁷. Die Erfahrung zeigt, dass Bankkunden auch bei geringfügigen Streitwerten von wenigen tausend Franken an die Gerichte gelangen, wenn sie sich im Recht sehen. Alternativ steht in der Schweiz ein ausgebautes Schiedsgerichtssystem nach international anerkannten Normen zur Verfügung, um Streitigkeiten zu erledigen, die spezifische Sachkenntnis erfordern oder diskret abgewickelt werden wollen.

Ich halte die von Vertretern der FINMA und von einzelnen Banken geäußerte Auffassung, wonach Ombudsverfahren und Schiedsgerichtsverfahren personell und funktional getrennt werden sollten, für richtig. Ob allerdings ein zusätzliches Branchenschiedsgericht für den Finanzdienstleistungsbereich geschaffen werden sollte, erscheint mir angesichts der doch begrenzten Zahl von Beschwerdefällen, die durch den BOM nicht auf dem Schlichtungsweg gelöst werden können, fraglich. Zwischen 86 Prozent und 95 Prozent der Empfehlungen des Bankenombudsman (bei Verweigerung

²⁵⁷ vgl. Nobel, S. 283 ff.

in 6 bis 17 Fällen) wurden in den Jahren 2006 bis 2008 von den Parteien akzeptiert. Im Jahr der Krisenbewältigung 2009 sank die Akzeptanz auf 73 Prozent bei 249 Verweigerungen; 2010 ist sie wieder auf 80 Prozent (22 Verweigerungen) angestiegen²⁵⁸. Bei dieser Akzeptanzquote kann nicht von einem Versagen oder von grundlegenden Mängeln des Systems gesprochen werden.

3. Einheitliche Ombudsstelle für alle Finanzdienstleistungsbranchen?

Die FINMA schlägt im Vertriebsbericht 2010 „die Schaffung einer obligatorischen Ombudsstelle für sämtliche Finanzdienstleister vor“ und stellt zur Diskussion, ob dafür ein einheitliches, „für sämtliche Produzenten und Finanzdienstleister des schweizerischen Finanzplatzes geltendes Ombudswesen“ geschaffen werden sollte²⁵⁹. Im Interview präzisierten die Vertreter die vorläufige Meinung der FINMA insofern, als die Frage eines einheitlichen Ombudssystems für den gesamten Finanzdienstleistungsbereich nicht entschieden sei, dass sich die Finanzdienstleister aber jedenfalls nach einem einheitlichen Mindeststandard ausrichten sollten. Dem Kunden sei aber nicht in jedem Fall klar, an welchen Ombudsman er sich wenden müsse²⁶⁰. Ähnliche Erfahrungen haben auch die Konsumentenorganisationen gemacht, indem sie verschiedentlich Konsumenten beraten müssen, an welche Ombudsstelle sie sich wenden können. Eine einheitliche Ombudsstelle für alle Finanzdienstleister scheint ihnen aber nicht zwingend zu sein.

Auf internationaler Ebene zeigt sich das gleiche uneinheitliche Bild wie in den oben gestellten Fragen zur Regelungsstufe und zu den Entscheidkompetenzen der Ombudsstellen, wobei einheitliche Ombudsstellen für den gesamten Finanzdienstleistungsbereich und für alle Finanzprodukte in den EWR Ländern in der Minderheit sind²⁶¹. Der Vertreter des UK-FOS hat immerhin darauf hingewiesen, dass die Einrichtung einer einheitlichen Ombudsstelle in jenen Ländern einer gewissen Logik entspreche, die auch eine einheitliche Regulierungs- und Aufsichtskonzeption für sämtliche Finanzdienstleister besitzen. Als Vorteil einer einheitlichen Ombudsstelle

²⁵⁸ vgl. Jahresbericht BOM 2010, S. 16

²⁵⁹ vgl. FINMA-Vertriebsbericht 2010, S. 43

²⁶⁰ Interview mit Vertretern der FINMA vom 11.7.2011

²⁶¹ vgl. die FIN-NET Informationsblätter: http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/members_de.htm

beurteilt er aus seiner praktischen Erfahrung, dass bei den ständigen starken Fluktuationen der pro Sektor eingehenden Beschwerdefälle eine flexible Personalallokation erleichtert werde. Dadurch könnten Spitzenbedarfssituationen in den jeweiligen Bereichen ohne Rekrutierung neuen Personals abgedeckt werden. Dass das einem anderen Bereich ad hoc zugeteilte Personal in der Sache unerfahren sei und zusätzlich geschult werden müsse, räumt er ein. Dieser Nachteil bestehe aber ohnehin auch bei Anstellung neuen Personals; die umgeteilten Personen würden aber immerhin bereits den Betrieb und seine Verfahren kennen²⁶².

Die Erfahrungen des FOS Ombudsman können nicht ohne weiteres auf die Schweiz übertragen werden, da die schiere Dimension des FOS-Apparates mit 1'500 Mitarbeitenden und über 200'000 neuen Beschwerdefällen pro Jahr²⁶³ nicht mit den schweizerischen Verhältnissen vergleichbar ist. Bei der vergleichsweise kleinen Dimension des schweizerischen Ombudssystems der Banken und Versicherungen sind Synergiegewinne bei einer Zusammenlegung der Ombudsstellen gering, da die Dienstleistungen trotz Berührungspunkten im Bereich von Produkten und Dienstleistungen der Vermögensanlage und –verwaltung unterschiedlich sind. Der Versicherungsombudsman vertritt die gleiche Ansicht und weist darauf hin, dass Produkte der Vermögensanlage und –verwaltung maximal 20 Prozent aller Fälle im Personenversicherungsbereich (gemäss Statistik im Jahresbericht 2010 wären dies ca. 100 Fälle) ausmachen²⁶⁴. Dass eine einheitliche Ombudsstelle bei einheitlicher Finanzmarktregulierung und Aufsicht einer gewissen Logik entspricht, ist unbestreitbar, erfordert aber nicht zwingend ein einheitliches Ombudssystem.

Aus der Sicht des Verfassers ist die Beibehaltung des derzeitigen Systems der getrennten Ombudsstellen des Versicherungs- und des Bankenbereichs durchaus zweckmässig und zumindest vertretbar. Zweifellos ist es richtig, dass Ombudsstellen des Finanzdienstleistungsbereichs einheitlichen Mindeststandards folgen sollten. Die Empfehlungen der EU-Kommission²⁶⁵ und die in diesem Gutachten herausgearbeiteten Kriterien bilden dafür eine taugliche Grundlage. Bevor weitere Finanzdienstleistungssektoren eigene Ombudsstellen ins Leben rufen, wäre aber doch

²⁶² Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011

²⁶³ Interview mit David Thomas, Corporate Director and Principal Ombudsman, FOS, vom 25.7.2011; vgl. auch FOS Annual Review 2010/2011, S. 3

²⁶⁴ Interview mit RA Martin Lorenzon, Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA vom 11.8.2011; vgl. dessen Jahresbericht 2010 (online Version), S. 2 und 10 f.: http://www.versicherungsombudsman.ch/html/rep_d.html

²⁶⁵ vgl. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:DE:HTML>

wenigstens zu prüfen, ob sich diese Sektoren einer bestehenden Ombudsstelle anschliessen könnten²⁶⁶.

Empfehlung 10:

Beibehaltung der getrennten Ombudssysteme des Versicherungs- und des Bankenbereichs; Entscheid künftiger Anschlussbegehren von Finanzdienstleistern aufgrund einer sachlichen Beurteilung (Vergleichbarkeit der Dienstleistungen und der Problemstellungen für den Ombudsman, Synergiepotentiale etc.).

4. Mediationsrolle des BOM?

Ombudsstellen im öffentlichen Bereich nehmen gerade auch in der Schweiz zunehmend eine Mediationsrolle neben der klassischen Schlichtungsrolle wahr. Eine Mediation eignet sich danach hauptsächlich im Bereich von Dauerverhältnissen, bei denen die Konfliktparteien nach Beilegung des Konflikts weiter aneinander gebunden sind²⁶⁷. Im Finanzdienstleistungsbereich hat die Mediation als Zusatzfunktion der Ombudsstellen bisher praktisch nicht Eingang gefunden. Ein Hauptgrund dürfte einerseits beim erheblichen Zusatzaufwand gegenüber einer Schlichtung und andererseits darin liegen, dass sich der Konflikt meist mit einer finanziellen Leistung beilegen lässt und die Parteien in der Regel ihre vertraglichen Beziehungen anschliessend nicht notwendigerweise weiterführen müssen. Dennoch ist die Diskussion über eine Mediationsrolle des Ombudsman in der neueren Literatur aufgenommen worden²⁶⁸.

Die befragten Interviewpartner anerkennen die Rolle und den Wert der Mediation in geeigneten Fällen. Sie weisen aber darauf hin, dass dafür ausreichende professionelle Alternativen zur Verfügung stehen, die Gewähr für Qualität bieten. Ein zusätzliches Eindringen des BOM in dieses Gebiet dränge sich deshalb nicht auf. Dem ist nichts beizufügen.

²⁶⁶ Die SBVg hat es seinerzeit allerdings abgelehnt, der Postfinance den Anschluss an das BOM-System zu ermöglichen; im Hinblick auf mögliche künftige Anschlussbegehren wäre diese wohl konkurrenzpolitisch zu verstehende Haltung mindestens zu überdenken.

²⁶⁷ vgl. oben, S. 18 f.

²⁶⁸ vgl. Höche, Rz 6a zur Richtlinie 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen

Die deutsche Diskussion ist vor dem Hintergrund insbesondere der Verfahrensordnung der Beschwerdestelle des BdB zu sehen, wonach der Ombudsman bei der Beweiserhebung auf Urkundenbeweise beschränkt bleibt. Kann aus den ihm vorgelegten Urkunden kein eindeutiger Schluss gezogen werden, so sieht er von der Schlichtung ab²⁶⁹. Der Ombudsman nimmt keine eigentliche Vermittlungstätigkeit wahr und bemüht sich nicht um einen Vergleich. Die Einführung einer Mediations-ähnlichen Rolle würde es dem Ombudsman ermöglichen, eine eigentliche Vermittlungsrolle wahrzunehmen²⁷⁰. Dieses Problem stellt sich in der Verfahrensordnung und Verfahrenspraxis des BOM nicht. Der BOM tritt als Vermittler auf und bemüht sich um eine Vergleichslösung²⁷¹. Er kommt damit faktisch in die Nähe einer Mediationsrolle auch wenn er deren klassische Kriterien und Techniken nicht notwendigerweise anwendet.

Zug, 10. Januar 2012

©RA Dr. Urs Philipp Roth-Cuony

²⁶⁹ vgl. Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, Art. 4 (4)

²⁷⁰ Interview mit Thorsten Höche, Chefsyndikus des Bundesverbandes deutscher Banken (BdB) vom 29.7.2011

²⁷¹ vgl. oben, S. 55 f.

Literaturverzeichnis

Brown, Liz: A framework for dispute resolution – the industry ombudsmen in New Zealand, 13 Denning L.J. 1998, S. 67 ff.

Caiden, Gerald E.: The Institution of the Ombudsman, in: Caiden, Gerald E. (ed.): International handbook of the ombudsman, Bd. 1, Greenwood Press, Westport Connecticut, 1983, S. 3 ff. (zitiert: Caiden, Institution)

Carbonneau, Thomas E.: Alternative dispute resolution: melting the lances and dismounting the steeds, Urbana, Ill., University of Illinois Press, 1989

Europäische Kommission: FIN-NET Tätigkeitsbericht 2008-2009, Brüssel, Mai 2010

Financial Ombudsman Service (UK): Annual Review, Financial Year 2010/2011

Fisher, Roger / William L. Ury / Bruce M. Patton: Das Harvard Konzept, (2006)

Giddings, Philip: The Future of the Ombudsman, in: Gregory, Roy / Philip Giddings (ed.): Righting Wrongs: The Ombudsman in six Continents, IOS Press, Amsterdam 2000, S. 459 ff.

Gilad, Sharon: Exchange without capture: The UK Financial Ombudsman Service's struggle for accepted domain, Public Administration Vol. 86, No. 4, 2008, S. 907 ff.

Gregory, Roy / Philip Giddings: The Ombudsman Institution: Growth and Development, in: Gregory, Roy / Philip Giddings (ed.): Righting Wrongs: The Ombudsman in six Continents, IOS Press, Amsterdam 2000, S. 1 ff.

Gwyn, William B.: The Conduct of Ombudsman Investigations of Complaints, in: Caiden, Gerald E. (ed.): International handbook of the ombudsman, Bd. 1, Greenwood Press, Westport Connecticut, 1983, S. 81 ff.

Haller, Walter: Der schwedische Justitieombudsman. Eine Einrichtung zur Verstärkung des Rechtsschutzes und der parlamentarischen Kontrolle im Hinblick auf das Verhalten von Organen der Verwaltung und der Rechtspflege, Diss. Zürich 1965

Hasenböhler, Franz, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf 2010

Höche, Thorsten: Schlichtungsverfahren: Ombudsmann, in: Schimansky / Bunte / Lwowski, Bankrechts-Handbuch, (Manuskript des Verfassers der 4. Auflage, voraussichtliches Erscheinungsjahr: 2011)

Hoeren, Thomas: Der Ombudsmann in der Banken- und Versicherungswirtschaft. Verfahrensrechtliche Aspekte der aussergerichtlichen Schlichtung von Kundenbeschwerden, in: Streitschlichtung. Rechtsvergleichende Beiträge zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, Hrsg. Walther Gottwald / Dieter Stempel. Köln 1995, S. 149 ff.

James, Rhoda: Private ombudsmen and public law, Aldershot, Hants, England; Brookfield, Vt.: Ashgate, Dartmouth, 1997

Jent-Sørensen, Ingrid: Der dänische Ombudsmann, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Bd. 61, Zürich, 1985

Keller, Beat: Der Ombudsmann der Stadt Zürich, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Bd. 13, Zürich 1979

Kirchheiner, H. H.: The ideological foundation of the ombudsman institution, in: Caiden, Gerald E. (ed.): International handbook of the ombudsman, Bd. 1, Greenwood Press, Westport Connecticut, 1983, S. 23 ff.

Kofler, Brigitte: Schweiz, in: Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (ed.): Europäische Ombudsman-Institutionen: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur vielfältigen Umsetzung einer Idee, Springer, Wien 2008, S. 368 ff.

Krischek, Ina: Wirtschaftsmediation als alternatives Streitbeilegungsverfahren – Gerichtsverfahren, Schiedsverfahren und Mediation im Vergleich, Lang, Frankfurt am Main 2005

Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (ed.): Europäische Ombudsman-Institutionen: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur vielfältigen Umsetzung einer Idee, Springer, Wien 2008

Kuta, Cristina M.: Universities, corporations and states use them – now it's time to protect them: An analysis of the public and private sector ombudsman and the continued need for a privileged relationship, Illinois University School of Law Journal 2002-2003, S. 389 ff. (Ill. U. L. J. 2002-2003, S. 389 ff.)

Matscher, Franz: L'ombudsman et la protection des droits de l'homme, in: Matscher, Franz (ed.): Ombudsmann in Europa: Institutioneller Vergleich, Engel, Kehl am Rhein 1994, S. 15 ff.

Mauerer, Michael: Die parlamentarischen Ombudsmann-Einrichtungen in den Mitgliedstaaten des Europarates, in: Matscher, Franz (ed.): Ombudsmann in Europa: Institutioneller Vergleich, Engel, Kehl am Rhein 1994, S. 123 ff.

Meier, Isaak: Mediation und Schlichtung in der Schweiz, Unter besonderer Berücksichtigung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für Mediation, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, 44/I, Zürich / Basel / Genf 2002, S. 295 ff. (zitiert: Meier, Mediation)

Meier, Isaak: Streitbeilegung im bilateralen Konsumentenstreit, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts JKR 1999, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000, S. 33-83 (zitiert: Meier, Streitbeilegung)

Meyer, Valerie: Court-connected Alternative Dispute Resolution: amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR); Bd. 10, 2005

Nabholz Haidegger, Lili: Ombudsstellen von Anbieterorganisationen unter besonderer Berücksichtigung der Versicherungsbranche, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts JKR 1999, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000, S. 119 ff.

Nebenzahl, Izhak E.: Four Perspectives on the Ombudsman's Role, in: Caiden, Gerald E. (ed.): International handbook of the ombudsman, Bd. 1, Greenwood Press, Westport Connecticut, 1983, S. 59 ff.

Nobel, Peter: Die verfahrensrechtlichen Aspekte des FINMA-Vertriebsberichts 2010, in: SZW 3/2011, S. 283 ff.

Ombudsmann der privaten Banken (Bundesverband deutscher Banken):
Tätigkeitsbericht 2009, Berlin August 2010

Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA, Jahresbericht 2010, Internetfassung,
http://www.versicherungsombudsman.ch/html/downloads/Jahresbericht_2010_Dt.pdf

Ombudsman for Banking Services and Investments (Canada): OBSI 2010 Annual Report

Rusch, Arnold F.: Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman,
in: Jusletter, 28. März 2011

Schweizerischer Bankenombudsman: Jahresberichte 2003 – 2010 (zitiert: Jahresbericht
BOM [Jahr])

Serota, B. Baroness: The Evolution of the Role of the Ombudsman – Comparisons and
Perspectives, in: Caiden, Gerald E. (ed.): International handbook of the ombudsman, Bd.
1, Greenwood Press, Westport Connecticut, 1983, S. 27 ff.

Stauder, Bernd: L'Ombudsman des banques suisses – quel accès des consommateurs à la
justice?, in: Jusletter 16. Dezember 2002

Steiner, Rolf / André Nabholz: Ombuds-Mediation: Mediation in der öffentlichen
Verwaltung, insbesondere durch parlamentarische Ombudsstellen in der Schweiz: mit
Tafeln und Fallbeispielen, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2003

Stieber, Carolyn: 57 Varieties: Has the Ombudsman Concept Become Diluted?,
Negotiation Journal January 2000, S. 49 ff.

Stumpf, Christoph A.: Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, Jus Publicum,
Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 149, Mohr Siebeck, Tübingen 2006

Thévenoz, Luc / Urs Zulauf (ed.): BF 2011 Bank- und Finanzrecht, online Version:
<http://bf.weblaw.ch/jcm/>

Tollemache, Nadja OBE: Taking the ombudsman concept into the private sector. Notes on the Banking Ombudsman Scheme in New Zealand, 26 Victoria U. Wellington L. Rev. 1996, S. 233 ff.

Zuberbühler, Christa: WirtschaftsMediation – Durch Konsens zum Erfolg, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2004

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
ADR	Alternative Dispute Resolution, Alternative Streitbeilegung
Annex	Annex vom 12. Mai 1997 zum Reglement des Stiftungsrates des BOM vom 2. November 1992
Art.	Artikel
BdB	Bundesverband deutscher Banken
bes.	besonders
BF	BF Bank- und Finanzrecht, Herausgeber: Luc Thévenoz und Urs Zulauf
BOM	Schweizerischer Bankenombudsman
bzw.	beziehungsweise
CSSF	Luxembourg: Commission de Surveillance du Secteur Financier
DISP	Dispute Resolution: Complaints: Kapitel im FSA Handbook zur Regulierung des internen Beschwerdewesens der Finanzdienstleister und des Financial Ombudsman
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
FINMA-Vertriebsbericht 2010:	Diskussionspapier: Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen, Oktober 2010
Fn	Fussnote
FOS	UK: Financial Ombudsman Service

FSA	UK: Financial Services Authority
FSA Handbook	Regulierungshandbuch der FSA
FSMA 2000	UK: Financial Services and Markets Act 2000
FSSA	Frankreich: Médiateur de la Fédération Française des Sociétés d'Assurances
i.d.R.	in der Regel
lit.	litera, Buchstabe
OBSI	Canada: Ombudsman for Banking Services and Investments
para.	Paragraph, Absatz
Pflichtenheft	Pflichtenheft für den Ombudsman vom 2. November 1992
Q&A	Questions and Answers, Fragen-/Antwortenkatalog
RA	Rechtsanwalt
Reglement	Reglement der Stiftung BOM für den Ombudsman vom 2. November 1992
RA	Rechtsanwalt
Rz	Randziffer
sec.	section
Stv.	Stellvertretende(r)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
ToR	Terms of Reference
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland

VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08)
zG	zu Gunsten
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, in Kraft getreten 1. Januar 2011