

Eidgenössisches Finanzdepartement
Rechtsdienst Generalsekretariat
Bernerhof
3003 Bern

Bahnhofplatz 9
Postfach 1818
CH-8021 Zürich
Phone +41 (0)43 266 14 14 (D+E)
+41 (0)21 311 29 83 (F+I)
Fax +41 (0)43 266 14 15

www.bankingombudsman.ch

Zürich, 30. Oktober 2014

**Vernehmlassungsverfahren zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG)
Stellungnahme des Schweizerischen Bankenombudsman**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zur Vernehmlassungsvorlage zum FIDLEG Stellung nehmen zu können, und nutzen diese gerne wie folgt:

A. Einleitende Bemerkungen

Unsere Stellungnahme beschränkt sich bewusst auf Bemerkungen zum 4. Titel der Vorlage mit einer Fokussierung auf das 2. Kapitel betreffend die Ombudsstellen. In einem ersten Abschnitt "B." haben wir dabei die Positionen des Schweizerischen Bankenombudsman zusammengefasst. Im nachfolgenden Abschnitt "C." haben wir sodann vertieft unsere Überlegungen, die auf den Erfahrungen aus der gut 20-jährigen Praxis der Bankenombudsstelle basieren, zur Frage des Handlungsbedarfs bei der "Rechtsdurchsetzung" gegenüber Banken dargelegt, und im letzten Abschnitt "D." finden Sie schliesslich unsere Bemerkungen und Änderungsvorschläge zu einzelnen Bestimmungen der Vorlage.

Bezüglich des 2. und 3. Titels der Vernehmlassungsvorlage erlauben wir uns sodann, einen allgemeinen Hinweis auf die Stellungnahme der Bankenombudsstelle zum FINMA Vertriebsbericht 2010 vom 28. April 2010 anzubringen (www.bankingombudsman.ch/dokumente).

B. Zusammenfassung der Positionen des Schweizerischen Bankenombudsmann

(1) Die institutionelle Stärkung der Ombudsstellen wird begrüsst

Der Schweizerische Bankenombudsmann begrüsst die mit dem FIDLEG vorgesehene institutionelle Stärkung der Ombudsstellen, namentlich

- durch deren gesetzliche Verankerung,
- durch die Einführung einer Anschluss- und Teilnahmepflicht der Finanzdienstleister,
- durch die Bestätigung des bestehenden Finanzierungsmodells der Bankenombudsstelle, sowie
- durch die Positionierung des Ombudsverfahrens als "passage obligé" für den Zugang zum als Alternativen vorgeschlagenen Schiedsgericht bzw. zu Leistungen des Prozesskostenfonds.

(2) Der Verzicht auf Zuweisung von Entscheidkompetenzen an Ombudsstellen wird unterstützt

Zudem unterstützt der Bankenombudsmann mit Nachdruck die im erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage ausdrücklich dargelegte Absicht, die Ombudsstellen auch künftig ausschliesslich als Schlichtungsstellen wirken zu lassen. Wie im Bericht zutreffend festgehalten wird, würde die Zuweisung einer Entscheidkompetenz den Spielraum der Ombudsstelle als Vermittlerin einschränken. Derartige Einschränkungen sind zu vermeiden, da sie die Erreichung des angestrebten Zwecks einer alternativen einvernehmlichen Streitbeilegung durch die Parteien unter Vermittlung des Schlichters gefährden.

In diesem Sinne gilt es, den in der französischen Version der Vorlage verwendeten missverständlichen Begriff "arbitrage", der in der Praxis primär im Kontext der Schiedsgerichtsbarkeit gebraucht wird, konsequent durch den Begriff "médiation" zu ersetzen.

Konsequenterweise ist sodann die in Art. 76 Abs. 7 der Vorlage vorgesehene Verpflichtung der Ombudsstelle, eine "eigene tatsächliche und rechtliche Einschätzung der Streitigkeit" bekannt geben und einen "sachgerechten Vorschlag zur Streitbeilegung" machen zu müssen, zu streichen. Eine derartige Verpflichtung verkennt, dass der Zweck des Verfahrens vor der Ombudsstelle nicht in der Rechtsfindung besteht. Vielmehr ist das Tätigwerden des Schlichters darauf ausgerichtet, auf die Lösung eines Konflikts hinzuwirken. Dabei kommt er zwar nicht umhin, auch tatsächliche und rechtliche Aspekte der Streitsache in Betracht zu ziehen, aber nicht zwingend primär oder gar ausschliesslich.

Zudem verkennt eine derartige Verpflichtung, dass die sich in Streitigkeiten im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen stellenden Tat- und Rechtsfragen oft komplex sind. Diese aufgrund der im Rahmen eines auf die Lösungsvermittlung ausgerichteten und - wie in Art. 76 Abs. 1 der Vorlage gefordert - unbürokratischen und raschen Verfahrens gewonnenen Erkenntnisse so zuverlässig beurteilen zu können, dass sich ein Vorschlag zur Streitbeilegung ableiten liesse, der auch dem dritten in der Vorlage zurecht aufgeführten Erfordernis der Fairness genügt, würde daher wohl oft nicht möglich oder sachgerecht sein. Eine Art. 76 Abs. 7 der Vorlage entsprechende Verpflichtung ist denn auch in der Regelung des Schlichtungsverfahrens im Rahmen der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht vorgese-

hen (Art. 210 ZPO) und wäre im Übrigen auch nicht unter der EU-Richtlinie 2013/11/EU vom 21. Mai 2013 gefordert.

Dennoch soll die Ombudsstelle dem Kunden oder der Kundin sowie auch dem Finanzdienstleister sachgerecht Orientierungshilfe bieten, indem sie in einem abschliessenden Bescheid die Positionen und Argumente beider Parteien festhält, sowie aufzeigt, welche tatsächlichen und rechtlichen Fragen in einem nachfolgenden Entscheidverfahren wohl zu beantworten wären. Ergänzend zu dieser Verpflichtung soll es aber, wie bis anhin im Verfahren des Schweizerischen Bankenombudsman, im Ermessen der Ombudsstelle liegen, sich in ihrem abschliessenden Bescheid ausnahmsweise auch mit Bezug auf ihre tatsächliche und rechtliche Einschätzung der Streitigkeit zu äussern, sofern dies aufgrund der konkreten Gegebenheiten eines Einzelfalles als sachgerecht erscheint (Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2013, Seiten 12 f. und 41; www.bankingombudsman.ch/dokumente).

(3) Die Handlungsfreiheit des Schlichters einschränkende Auflagen sind zu eliminieren

Dasselbe gilt allerdings auch für andere Auflagen, die die Handlungsfreiheit eines Schlichters tangieren oder ihm über seine Schlichteraufgabe hinausgehende Funktionen überbinden, die materiell als Bestandteil einer Entscheidfunktion zu qualifizieren sind oder für ein späteres Entscheidverfahren eine präjudizielle oder determinierende Wirkung haben können. Art. 76 FIDLEG beinhaltet einige derartige schädliche Bestimmungen, die vom Bankenombudsman abgelehnt werden.

Die Ombudsstelle soll, wie dies seit vielen Jahren mit sehr guten Ergebnissen im Ombudswesen für die Bankbranche der Fall ist, konzeptionell die Funktion eines von beiden Parteien beauftragten Schlichters haben, der diesen, im Sinne der Konzeption des Auftragsrechts, ein sorgfältiges Tätigwerden und nicht etwa ein definiertes Ergebnis in Form einer erfolgreichen Streitbeilegung schuldet. Um dies zu verdeutlichen, sollte der entsprechende 1. Abschnitt des Kapitels betreffend die Ombudsstellen "Vermittlung" anstatt "Streitbeilegung" lauten und sollten in den nachfolgenden Bestimmungen die Begriffe "Streitbeilegung" und "Streitbeilegungsverfahren" durch die Begriffe "Vermittlung" bzw. "Vermittlungsverfahren" oder "Ombudsverfahren" ersetzt werden.

In Fällen, in denen aufgrund einer sorgfältigen Vorprüfung eine erfolgreiche Schlichtung als aussichtslos erscheint, muss die Ombudsstelle zudem die Entscheidungsfreiheit besitzen, von der Durchführung eines umfassenden Vermittlungsverfahrens abzusehen und den Kunden oder die Kundin auf den Rechtsweg zu verweisen. Dies ist geboten, um allen Beteiligten sich mit grosser Wahrscheinlichkeit als unnütz erweisenden Kosten- und Zeitaufwand zu ersparen.

(4) Die gesetzliche Regelung des Ombudsverfahrens ist auf das Erforderliche zu beschränken

Nach Auffassung des Bankenombudsman ist im Gesetz auf eine detaillierte Regelung des Ombudsverfahrens, welche die anerkanntermassen bewährte und sehr erfolgreiche bisherige Schlichtungstätigkeit seiner Institution in ihrer Effektivität oder ihrer Effizienz einschränken könnte, zu verzichten. Vielmehr sollte die Regelung im Gesetz sich auf eine allgemeine Definition der Aufgaben und der Zuständigkeiten der Ombudsstellen sowie der fundamentalen Verfahrensgrundsätze beschränken, denen in den Verfahrensordnungen für die Ombudsstellen Rechnung zu tragen ist.

Die Ausgestaltung der seit dem 1. Juli 2013 gültigen Verfahrensordnung für den Schweizerischen Bankenombudsman (www.bankingombudsman.ch/dokumente), die auf den während rund 20 Jahren gewonnenen Erfahrungen der Ombudsstelle basiert und in die die Ergebnisse der durch RA Dr. Urs Philipp Roth-Cuony im Auftrag des Stiftungsrates erarbeiteten Studie "Evaluation der Institution und der Funktion des Schweizerischen Bankenombudsman (Evaluation BOM)" eingeflossen sind, kann und soll hierbei als Orientierungshilfe dienen.

(5) Unterschiedliche Verfahrensregelungen je nach betroffener Geschäftsart sind zu vermeiden

Gegenstand des FIDLEG bilden die in diesem definierten und abgegrenzten Finanzdienstleistungen, wohingegen die Zuständigkeit des Bankenombudsman sich auf Fragen und Beschwerden von Bankkunden zu sämtlichen Geschäften (u.a. Kontoprodukte, Zahlungsverkehrsdienstleistungen, Kartengeschäft, Kreditgeschäft, Hypotheken), die durch Banken mit Sitz in der Schweiz getätigt werden, erstreckt (Art. 2.1 Verfahrensordnung für den Schweizerischen Bankenombudsman). Der generelle Zuständigkeitsbereich des Bankenombudsman ist somit deutlich weiter gefasst, als derjenige, auf den die Verfahrensbestimmungen des FIDLEG Anwendung finden würden.

Die Anteile dieser beiden Teilbereiche sind zudem erheblichen Schwankungen unterworfen, was ein Vergleich der Anteile der Fälle der (FIDLEG-)Sachgebiete Anlageberatung, Vermögensverwaltung, Börse sowie Depot und der (Nicht-FIDLEG-)Sachgebiete Konto, Zahlungsverkehr, Karten, Kredite, Hypotheken an der Gesamtzahl der abgeschlossenen schriftlichen Fälle der Jahre 2009 und 2012 illustriert. So machte der Anteil der ersten Gruppe im Jahre 2009 77% aus und im Jahre 2012 lediglich 30%, wohingegen der Anteil der zweiten Gruppe sich 2009 auf 11% belief und 2012 auf 56% (Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2013, Seite 43).

Dass auf Ombudsverfahren künftig je nach der betroffenen Geschäftsart unterschiedliche Verfahrensbestimmungen Anwendung finden, gilt es zwingend zu vermeiden. Dabei ist der in einer langjährigen Praxis bestens bewährten und in der Verfahrensordnung für den Schweizerischen Bankenombudsman festgehaltenen Regelung der Vorrang vor dem neu in Art. 76 FIDLEG vorgeschlagenen Konzept zu geben.

(6) Für gewisse Fälle besteht ein Bedarf für ein rasches und kostengünstiges Entscheidungsverfahren

Den Kunden der Schweizer Banken steht mit dem Bankenombudsman bereits heute ein nicht nur sehr niederschwelliges, sondern auch gebührenfreies und kostenrisikoloses sowie in der Regel sehr rasches Streitschlichtungsverfahren zur Verfügung. Dieses funktioniert anerkanntermassen gut und vermag die Zielsetzung, ihr unterbreitete Konflikte zwischen Kunden und ihrer Bank soweit möglich durch Vermittlung einer aussergerichtlichen Lösung zu bereinigen oder durch Erteilung eines begründeten Bescheids soweit zu klären, dass eine weitere, mutmasslich nicht zielführende Eskalation des Streits vermieden werden kann, weitgehend zu erfüllen (Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2013, Seite 47, Schlichtungsergebnisse).

Dennoch existieren auch Fälle, namentlich

- Streitsachen, deren Gegenstand eine offene höchstrichterlich nicht geklärte Rechtsfrage bildet,
- Streitsachen, in denen sich eine im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens nicht beurteilbare Beweisfrage stellt, und - wenn auch selten -
- Streitsachen, in denen eine Bank sich - ohne Vorbringen von stichhaltigen Argumenten - einer Lösungsfindung im Vermittlungsverfahren verweigert,

in denen eine Streitbeilegung im Ombudsverfahren nicht gelingt.

Nach Auffassung des Bankenombudsmann besteht mit Bezug auf derartige Fälle angesichts der mit einem Zivilprozess verbundenen Kosten bzw. Kostenrisiken spezifisch für Ansprachen von finanziell nicht ausreichend potenten Kunden mit Begehren über kleine Streitwerte eine latent unbefriedigende Situation und damit ein Handlungsbedarf.

Gesetzessystematische Gründe sprechen allerdings dafür, die Verankerung und Regelung eines entsprechenden raschen und kostengünstigen Entscheidungsverfahrens in der Schweizerischen Zivilprozessordnung anstatt im FIDLEG vorzunehmen.

(7) Auf die Einführung eines spezialgesetzlichen Gruppenvergleichsverfahrens ist zu verzichten

Für Ansprüche von Kundinnen und Kunden von Banken steht mit dem Serienfallverfahren des Schweizerischen Bankenombudsmann (Art. 5 Verfahrensordnung für den Schweizerischen Bankenombudsmann) bereits heute ein Instrument zur Verfügung, das es ermöglichen soll, gleiche oder ähnliche Fälle einheitlich, effizient und zeitgerecht zu behandeln und einer konsistenten und fairen Lösung zuzuführen. Dieses ist für die Kundinnen und Kunden kostenfrei und dürfte auch unter dem Aspekt der Gesamtkosten als vergleichsweise sehr günstig beurteilt werden.

Da das Gruppenvergleichsverfahren offenbar völlig unabhängig von einem Vermittlungsverfahren durch die Ombudsstelle zur Verfügung stehen soll, ist zu befürchten, dass es dieses in der Praxis konkurrenzieren würde und faktisch obsolet machen könnte. Dies bei zweifellos höheren Gesamtkosten und einem fraglichen Mehrnutzen für die betroffenen Kundinnen und Kunden.

C. Der Handlungsbedarf bei der "Rechtsdurchsetzung" gegenüber Banken

a. Ausgangslage

Gemäss der langjährigen Erfahrung der Bankenombudsstelle suchen Kunden bei Differenzen mit ihrer Bank in der Regel keine juristische Auseinandersetzung und nur ausnahmsweise eine akribische Analyse der rechtlichen Gegebenheiten. Vielmehr haben sie meist zunächst ein Bedürfnis nach Orientierung, mithin einer neutralen Einschätzung ihrer Situation durch eine Fachperson, und schliesslich ein Interesse an einer begründeten und nachvollziehbaren Lösung ihres Problems. Kann eine solche gefunden werden, beruht sie oft nicht auf dem Umstand, Recht erhalten zu haben, sondern darauf, gehört und verstanden sowie fair behandelt worden zu sein.

Neben diesen Fällen gibt es aber zweifellos auch jene Fälle, in denen ein Kunde ein Bedürfnis nach "Rechtsdurchsetzung" hat; sei es von Anbeginn an, oder nachdem eine vorgängige Lösungssuche ergebnislos verlaufen ist. "Rechtsdurchsetzung" setzt aber zunächst "Rechtsfindung" voraus; denn wer in einer Streitigkeit recht hat, ist, was oft verkannt wird, nicht evident - und wird es meist auch nicht als Ergebnis eines raschen und unbürokratischen, auf die Erzielung eines Schlichtungsergebnisses ausgerichteten Vermittlungsverfahrens. Rechtsfindung setzt vielmehr einen auf diese ausgerichteten Prozess voraus, der uneingeschränkt dem Erfordernis der Rechtsstaatlichkeit zu genügen hat. Es ergibt sich daher, dass diese strukturell unterschiedlichen Streiterledigungsansätze nicht gleichzeitig, sondern gegebenenfalls nacheinander verfolgt werden sollen.

b. Das Angebot des Schweizerischen Bankenombudsman

Nach dem Grundsatz "Zuerst schlichten, dann richten" sollen zur Erledigung von zivilrechtlichen Streitigkeiten die Gerichte nur in den Fällen bemüht werden, wo es nicht gelungen ist, einen Konflikt im Rahmen eines vorgängigen Schlichtungsverfahrens beizulegen. Dieser Grundsatz der Subsidiarität ist im schweizerischen Zivilprozessrecht verankert und wird nun zurecht auch in der Vernehmlassungsvorlage für ein FIDLEG und im zugehörigen erläuternden Bericht bekräftigt.

Den Kunden der Schweizer Banken steht mit dem Schweizerischen Bankenombudsman schon heute ein nicht nur sehr niederschwelliges, sondern auch gebührenfreies und kostenrisikoloses sowie in der Regel sehr rasches Streitbeilegungsverfahren zur Verfügung. Ruft der Bankkunde den Ombudsman an, erhält er entweder Orientierungshilfe in der Form einer neutralen Beurteilung seines Anliegens, oder, wenn ein Fehler der Bank nicht ausgeschlossen werden kann und der Kunde dies wünscht, eine klärende Intervention des Ombudsman bei der Bank. Kommt der Ombudsman aus rechtlichen oder Billigkeitsüberlegungen zum Schluss, die Bank zu einer Leistung an den Kunden anzuhalten, führt dies in den allermeisten Fällen zu einer für den Kunden befriedigenden Lösung (Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2013, Schlichtungsergebnisse, Seite 47). Andernfalls erhält der Kunde wiederum einen begründeten Bescheid, der ihm Orientierung bietet und es ihm wohl ebenfalls meist ermöglicht, die Streitsache auf sich beruhen zu lassen.

Wie viele der Kunden, die vom Ombudsman einen für sie "negativen" Bescheid erhalten haben, in der Folge versuchen, ihre Forderungen auf dem Rechtsweg durchzusetzen, entzieht

sich der Kenntnis der Ombudsstelle. Mangels entsprechender Rückmeldungen von Kunden kann aber davon ausgegangen werden, dass solche Fälle sehr selten sind. Zu welchen Teilen diese Kundenentscheide auf sachbezogener Einsicht oder auf reinen Kostenüberlegungen (prohibitiv wirkende Kosten der Rechtsverfolgung auf dem Gerichtsweg, sei es aufgrund objektiv fehlender finanzieller Ressourcen des Kunden oder aufgrund eines ungünstigen Verhältnisses der nicht ersatzfähigen Kosten eines Gerichtsverfahrens zum gegebenen Streitwert) beruhen, ist nicht bekannt.

c. Grenzen des Ombudsverfahrens

An seine Grenzen stösst das Ombudsverfahren, das als ein reines Vermittlungsverfahren ausgestaltet ist, naturgemäss in Streitfällen, deren Gegenstand im Wesentlichen eine offene höchstrichterlich nicht geklärte Rechtsfrage bildet und in denen die Bank aus prinzipiellen Gründen eine strikte Haltung einnimmt, oder in denen sich eine Beweisfrage stellt, zu deren Klärung die Durchführung einer forensischen Untersuchung oder von formellen Parteibefragungen oder Zeugeneinvernahmen erforderlich wäre.

Haben die Parteien in einem derartigen Vermittlungsverfahren im Einzelfall keine ausreichende Vergleichsbereitschaft, so gebietet es das fundamentale Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, dass über die Streitsache auf eine entsprechende Initiative einer Partei hin in einem gerichtlichen Verfahren entschieden wird.

Dasselbe muss gelten, wenn eine Partei sich in einem anders gelagerten Fall vom Schlichtungsvorschlag des Ombudsmann oder dessen Bescheid nicht hat überzeugen lassen.

Im Grundsatz kann somit festgehalten werden, dass das bestehende den Kunden der Schweizer Banken zur Verfügung stehende Ombudsverfahren im Rahmen seiner Zweckbestimmung gut funktioniert und die Zielsetzung weitgehend erfüllt, Konflikte mit der Bank soweit möglich durch Vermittlung einer aussergerichtlichen Lösung zu bereinigen oder durch Erteilung eines begründeten Bescheids soweit zu klären, dass eine weitere, mutmasslich nicht zielführende Eskalation des Streits vermieden werden kann.

Ausnahmsweise muss der Ombudsmann allerdings auch Einzelfälle feststellen, in denen eine Bank sich mit für den Ombudsmann nicht nachvollziehbaren oder ohne Vorbringen von stichhaltigen Argumenten einer Lösungsfindung im Vermittlungsverfahren verweigert. Dass einem solchen Verhalten auch das Kalkül zugrunde liegen kann, der Kunde werde wegen unverhältnismässig oder - angesichts seiner finanziellen Möglichkeiten - gar prohibitiv hohen Kosten bzw. Kostenrisiken auf die Beschreitung des Rechtsweges verzichten und die Sache deshalb auf sich beruhen lassen, kann wohl nicht ausgeschlossen werden.

Nach Auffassung des Ombudsmann besteht für derartige Fälle, spezifisch für Ansprachen von finanziell nicht ausreichend potenten Kunden mit Begehren über kleine Streitwerte, mit Bezug auf die faktische Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung wohl in der Tat eine latent unbefriedigende Situation und damit ein gewisser Handlungsbedarf.

d. Schlussfolgerungen

Der Bankenombudsman steht daher Vorschlägen zur Bereitstellung eines kostengünstigen und raschen autoritativen Entscheidungsverfahrens für Streitsachen zwischen Bankkunden und ihrer Bank grundsätzlich positiv gegenüber. Dies unter der Prämisse, dass

- die Funktionen Schlichten und Richten nicht miteinander vermischt werden,
- dieses Entscheidungsverfahren rechtsstaatlichen Anforderungen genügt, und
- dem Kunden komplementär zum vorgängigen Vermittlungsverfahren zur Verfügung steht, sowie
- der Zugang zu diesem kostengünstigen Verfahren an zweckmässige Kriterien geknüpft wird.

Am einfachsten und unbürokratischsten liesse sich dies wohl durch die Etablierung einer Streitwertgrenze bewerkstelligen. Dies gestützt auf die Erfahrung, dass ein von einer Bank möglicherweise zu vertretender Schaden in den allermeisten Fällen lediglich einen Bruchteil des gesamten bei einer Bank deponierten Vermögens des Kunden (selten mehr als 10% dieses Wertes) ausmacht. Eine sinnvolle Begrenzung in diesem Sinne könnte daher bei einem Streitwert von CHF 100'000.- liegen. Wirft man zum Vergleich einen Blick auf die Statistik des Schweizerischen Bankenombudsman, ist festzustellen, dass 2013 der Anteil der abgeschlossenen schriftlichen Fälle mit einem Streitwert von CHF 100'000.- und tiefer einen Anteil von 86% am Total der Fälle mit einem feststellbaren Streitwert ausmachte (Schweizerischer Bankenombudsman, Jahresbericht 2013, Seite 46).

Ein derartiges kostengünstiges und rasches Verfahren kann prinzipiell entweder im Rahmen der privaten oder der staatlichen Gerichtsbarkeit bereitgestellt werden. Welche Variante vorzuziehen wäre, ist primär eine politische Frage. Nachdem die Schweizerische Zivilprozessordnung in Art. 243 ff. bereits ein vereinfachtes Verfahren vorsieht und dieses bzw. der Zugang zu diesem durch wenige Anpassungen so erweitert und erleichtert werden könnte, dass es den im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung im Finanzdienstleistungsbereich angestrebten Zweck erfüllen könnte, spricht einiges dafür, dass diese Variante ein vorteilhafteres Verhältnis zwischen dem angestrebten Zusatznutzen und den verbundenen Gesamtkosten aufweisen würde. Ausserdem ist eine Regelung im Rahmen der ZPO auch aus gesetzessystematischen Gründen einer Regelung im Rahmen des FIDLEG vorzuziehen.

D. Bemerkungen zu einzelnen vorgeschlagenen Bestimmungen

Aufgrund der vorstehend dargelegten Positionen schlagen wir die nachfolgend markierten und zusätzlich kommentierten bzw. begründeten Änderungen vor, wobei wir Ergänzungen im Gesetztext jeweils durch Fettdruck hervorgehoben haben. Mit Bezug auf die Bestimmungen des 1. und des 4. Kapitels haben wir uns auf eine Kommentierung beschränkt und von Formulierungsvorschlägen abgesehen.

4. Titel: Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche

1. Kapitel: Herausgabe von Dokumenten

Art. 72 Anspruch

¹ Die Kundin und der Kunde haben jederzeit Anspruch auf Herausgabe einer Kopie des Kundendossiers sowie sämtlicher weiterer die Kundin oder den Kunden betreffenden Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat.

² Mit Einverständnis der Kundin oder des Kunden kann der Finanzdienstleister die Kopie lediglich in elektronischer Form aushändigen.

Gestützt auf das Datenschutzgesetz und einschlägige Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts zu diesem sowie das Auftragsrecht verfügt der Kunde eines Finanzdienstleisters bereits heute über eine Rechtsgrundlage für das Herausverlangen von in Streitfällen typischerweise massgeblichen Dokumenten. Die Schaffung einer weiteren Rechtsgrundlage hierfür im Rahmen des FIDLEG erscheint daher als nicht erforderlich und eine Ausdehnung des Herausgabeanspruchs auf weitere Arten von Dokumenten allein zugunsten von Kunden von Finanzdienstleistern zudem unter gesetzessystematischen Aspekten als nicht sachgerecht. Dass ein Kunde, der mit seiner Bank einerseits eine Streitigkeit im Zusammenhang mit der ihm von der Bank zur Finanzierung seiner Wohnung gewährten Hypothek und andererseits eine Streitigkeit im Zusammenhang mit dem der Bank erteilten Vermögensverwaltungsmandat hat, der Bank gegenüber abhängig vom Streitgegenstand unterschiedlich weitgehende Ansprüche auf Herausgabe von Dokumenten haben soll, erscheint als sachlich nicht begründet und gilt es daher zu vermeiden.

Art. 73 Verfahren

¹ Wer einen Anspruch geltend machen will, stellt schriftlich ein entsprechendes Gesuch.

² Der Finanzdienstleister lässt der Kundin oder dem Kunden innert 30 Tagen nach Erhalt des Gesuchs eine Kopie der betreffenden Dokumente zukommen.

³ Er hat keinen Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendungsersatz.

⁴ Kommt er dem Gesuch auf Herausgabe nicht nach, so kann die Kundin oder

der Kunde das Gericht anrufen.

⁵ Eine allfällige Weigerung des Finanzdienstleisters zur Herausgabe kann in einem späteren Rechtsstreit zwischen der Kundin oder dem Kunden und dem Finanzdienstleister vom zuständigen Gericht beim Entscheid über die Prozesskosten sowie über die Übernahme der Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds nach dem 3. Kapitel berücksichtigt werden. Insbesondere kann der unterliegenden Kundin oder dem unterliegenden Kunden eine Parteientschädigung zugesprochen werden.

Verlangt ein Kunde vom Finanzdienstleister die Herausgabe von Kopien oder Duplikaten von Dokumenten, deren Originale ihm dieser im Rahmen der Rechenschaftsablage bereits einmal abgegeben hatte, erscheint eine Verpflichtung des Finanzdienstleisters, diese Kopien oder Duplikate bereitstellen und herausgeben zu müssen, ohne hierfür eine Entschädigung oder Aufwendungsersatz beanspruchen zu dürfen, als unbillig und eine Sozialisierung solcher Kosten als nicht gerechtfertigt.

Art. 74 *Beweislast für die Einhaltung der Informations- und Aufklärungspflichten des Finanzdienstleisters*

¹ Der Finanzdienstleister trägt die Beweislast dafür, dass er seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen ist.

² Ist der Finanzdienstleister seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten nicht nachgekommen, so wird vermutet, dass die Kundin oder der Kunde das betroffene Geschäft nicht getätigt hätte.

Diese Beweislastregel könnte aufgrund von Eigenheiten des Auftragsrechts dazu führen, dass Finanzdienstleister sich faktisch gezwungen sehen werden, Dokumente weit über die obligatorische Aktenaufbewahrungspflicht hinaus aufzubewahren. Ob die dadurch entstehenden Mehrkosten in einem vernünftigen Verhältnis zu einem möglichen Kundennutzen stehen würden, erscheint als fraglich. Zudem sind auch mit Bezug auf die Beweislast keine sachlichen Gründe ersichtlich, die bei Streitigkeiten mit einer Bank eine Privilegierung von Vermögensverwaltungskunden gegenüber Hypothekarkunden rechtfertigen würden.

Ergänzend verweisen wir sodann auf die Ausführungen unter dem Abschnitt "Beweislastumkehr für die Einhaltung der Verhaltenspflichten" in der Stellungnahme des Schweizerischen Bankenombudsmann vom 28. März 2013 zum Hearingbericht über die Stossrichtungen einer möglichen Regulierung (www.bankingombudsman.ch/dokumente).

2. Kapitel: Ombudsstellen

1. Abschnitt: Streitbeilegung Vermittlung

Wie unter Abschnitt B. Randziffer (3) vorstehend eingehend erläutert, ist es nach Auffassung des Schweizerischen Bankenombudsman sachgerechter, den Auftrag der Ombudsstellen und deren Verfahren konsequent mit "Vermittlung" bzw. "Vermittlungsverfahren" zu bezeichnen, anstatt mit "Streitbeilegung" bzw. "Streitbeilegungsverfahren".

Art. 75 Grundsätze

¹*Streitigkeiten über **Rechtsansprüche** der Kundin oder des Kunden gegen einen Finanzdienstleister sollen nach Möglichkeit im Rahmen eines ~~Streitbeilegungsverfahrens~~ **Vermittlungsverfahrens** durch eine Ombudsstelle erledigt werden.*

²*Andere Streitigkeiten, namentlich Streitigkeiten, deren Gegenstand Fragen allgemeiner Geschäfts- und Tarifpolitik oder allgemeine Beanstandungen der Servicequalität des Finanzdienstleisters bilden, fallen nicht unter den Anwendungsbereich der Bestimmungen dieses Kapitels.*

Auch für Finanzdienstleister gilt der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Privatautonomie. Der Entscheid, welche Dienstleistungen und Produkte zu welchen Konditionen welchen Personen angeboten werden sollen, liegt damit grundsätzlich im Ermessen der zuständigen Organe der Finanzdienstleister. Dasselbe gilt mit Bezug auf Entscheide im Bereich des Risikomanagements, wie beispielsweise bei Kreditentscheiden.

Eine gesetzliche Verpflichtung der Ombudsstellen, auch bei Streitigkeiten, deren Gegenstand eine Frage aus einem derartigen Bereich bildet (Beispiele: (a) Der Kunde erachtet die Höhe eines offerierten Dienstleistungspreises als unangemessen hoch. (b) Die Kundin ist nicht damit einverstanden, dass ihre Bank ihren Antrag auf Erneuerung eines ausgelaufenen Kredits abgelehnt hat. (c) Der Kunde verlangt von seiner Bank, dass deren in der Geschäftsstelle an seinem Wohnort installierter Bancomat regelmässiger aufgefüllt werde.), vermittelnd tätig zu werden, wird daher abgelehnt. Im Interesse der Klarheit und zur Vermeidung von Missverständnissen soll diese Abgrenzung im Gesetzestext unmissverständlich festgehalten werden.

Art. 76 Verfahrensgrundsätze

Vorbemerkungen:

Wie dem erläuternden Bericht zu entnehmen ist, entsprechen die in diesem Artikel vorgeschlagenen allgemeinen Verfahrensgrundsätze inhaltlich weitgehend Art. 45 der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV), der entsprechende Verfahrensgrundsätze für das Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsstelle gemäss Fernmeldegesetz (FMG) regelt. Nachdem sich Finanzdienstleistungen und Fernmeldedienste sowohl mit Bezug auf ihre Natur als auch mit Bezug auf

ihre Komplexität ganz erheblich voneinander unterscheiden und dies konsequenterweise auch für sich aus solchen ergebende Streitigkeiten gilt, erscheint die Übernahme der Verfahrensgrundsätze aus dem Fernmeldebereich als, wie die nachfolgenden Kommentaren zu einzelnen Bestimmungen illustrieren, nicht zweckmässig.

Der Artikel betreffend die Verfahrensbestimmungen ist daher zu überarbeiten, wobei sinnvollerweise die seit dem 1. Juli 2013 gültige Verfahrensordnung für den Schweizerischen Bankenombudsman (www.bankingombudsman.ch/dokumente), die auf den während rund 20 Jahren gewonnenen Erfahrungen der Bankenombudsstelle basiert, und in die die Ergebnisse der durch RA Dr. Urs Philipp Roth-Cuony im Auftrag des Stiftungsrates erarbeiteten Studie "Evaluation der Institution und der Funktion des Schweizerischen Bankenombudsman (Evaluation BOM)" eingeflossen sind, als Orientierungshilfe dienen kann und soll.

¹ *Das Verfahren vor der Ombudsstelle muss unbürokratisch, fair, rasch und für die Kundin oder den Kunden kostengünstig oder kostenlos sein.*

Keine Bemerkungen.

² *~~Das Verfahren ist mit Ausnahme der Vorschläge der Ombudsstelle zur Streitbeilegung vertraulich. Aussagen der Parteien dürfen in einem anderen Verfahren nicht verwendet werden. Die Ombudsstelle sowie ihre Organe und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unterstehen im Interesse aller Verfahrensparteien der Verschwiegenheitspflicht des Beauftragten.~~*

^{2bis} *In zivilrechtlichen Verfahren steht ihnen das Mitwirkungsverweigerungsrecht gemäss Art. 166 Abs 1 lit. d der Schweizerischen Zivilprozessordnung zu.*

^{2ter} *Im Rahmen des Vermittlungsverfahrens gemachte Aussagen der Parteien sowie zwischen einer Partei und der Ombudsstelle geführte Korrespondenz dürfen in einem anderen Verfahren nicht verwendet werden.*

Damit ein Schlichtungsverfahren den beabsichtigten Zweck erfüllen kann, ist es unabdingbar, dass sich die Parteien im Rahmen des Verfahrens und insbesondere bilateral dem Schlichter gegenüber vertrauensvoll und unbefangen äussern können. Bei einer Streitigkeit zwischen einem Bankkunden und seiner Bank ist zudem dem Bankkundengeheimnis gemäss Art. 47 BankG Rechnung zu tragen. Die Ombudsstelle soll daher ausdrücklich einer allgemeinen Verschwiegenheitspflicht unterworfen sein.

Das Schlichtungsverfahren beinhaltet sodann typischerweise, dass der Schlichter mit den Parteien abwechslungsweise einzeln kommuniziert, um deren Verständnis der massgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Aspekte der Streitsache und damit den Bereich, in dem eine Verständigungslösung allenfalls möglich sein könnte, zu ermitteln. Es versteht sich, dass in diesem Prozess einer Partei gegenüber zur Diskussion gestellte Lösungsvorschläge ebenfalls der Vertraulichkeit unterstehen müssen.

Dass der Ombudsstelle eine Verpflichtung auferlegt werden soll, den Parteien einen for-

mellen Vorschlag zur Streitbeilegung zu unterbreiten, wird vom Bankenombudsman entschieden abgelehnt (siehe im Detail die untenstehenden Bemerkungen zu Art. 76. Abs. 7 FIDLEG). Der entsprechende Vorbehalt zugunsten solcher Vorschläge zur Streitbeilegung ist im Gesetz daher zu streichen.

³ ~~Die Parteien haben keinen Anspruch auf Einsicht in die Korrespondenz der Ombudsstelle mit der jeweils anderen Partei~~ **Das Akteneinsichtsrecht der Parteien ist auf ihre eigene mit der Ombudsstelle geführte Korrespondenz beschränkt.**

Aufgrund der Natur des Vermittlungsverfahrens sollen die Parteien auch keine Einsicht in die übrigen Verfahrensakte der Ombudsstelle haben. Dies ist durch die Formulierung des Gesetzestexts zu verdeutlichen.

⁴ ~~Ein Vermittlungsgesuch~~ **Gesuch um Streitbeilegung** ist jederzeit zulässig, wenn:

- a. es nach den im Verfahrensreglement der Ombudsstelle festgelegten Vorgaben oder mit dem von der Ombudsstelle zur Verfügung gestellten Formular eingereicht wurde;
- b. die Kundin oder der Kunde zuvor dem Finanzdienstleister **den geltend gemachten Anspruch schriftlich unterbreitet und von ihm eine schriftliche Stellungnahme verlangt hat**, ~~über ihren oder seinen Standpunkt informiert und versucht hat, sich mit ihm zu einigen~~;
- c. es nicht offensichtlich missbräuchlich ist oder in der gleichen Sache bereits ein ~~Streitbeilegungsverfahren~~ **Vermittlungsverfahren** durchgeführt wurde; und
- d. weder eine Schlichtungsbehörde noch ein Gericht noch ein Schiedsgericht mit der Sache befasst ist.

Gemäss dem Grundsatz der Subsidiarität soll sich die Ombudsstelle erst dann mit einer Streitigkeit befassen, wenn der Kunde seinen Anspruch zunächst nachvollziehbar direkt dem Finanzdienstleister gegenüber geltend gemacht und dieser Gelegenheit erhalten hat, zum Begehren des Kunden Stellung zu nehmen oder die Streitigkeit direkt mit dem Kunden zu bereinigen. Aufgrund der oft vorhandenen Komplexität von Streitigkeiten, die aus einer Finanzdienstleistung herrühren, und auch im Interesse der Transparenz und der Effizienz sollen die Ansprache des Kunden und die Stellungnahme des Finanzdienstleisters in schriftlicher Form erfolgen. Dieses Vorgehen hat sich in der Praxis des Schweizerischen Bankenombudsman bewährt und ist denn auch in einer entsprechenden Bestimmung der Verfahrensordnung verankert (Art. 4.3 Verfahrensordnung für den Schweizerischen Bankenombudsman).

⁵ ~~Das Verfahren wird nach Wahl der Kundin oder des Kunden in einer Amtssprache des Bundes oder in englischer Sprache durchgeführt. Vorbehalten bleiben abwei-~~

*chende Vereinbarungen **in Einzelfällen**, soweit sie sich im Rahmen des Verfahrensreglements der Ombudsstelle halten. **Dieses kann zudem generell die Durchführung von Verfahren in weiteren Sprachen vorsehen.***

Die vorgeschlagene Regelung entspricht der bisherigen Praxis des Schweizerischen Bankenombudsman, hat sich bewährt und wird somit grundsätzlich unterstützt. Bei Ombudsstellen für Finanzdienstleister, deren Geschäft nicht auf Kunden mit Wohnsitz im Ausland ausgerichtet ist, erscheint eine generelle Verpflichtung, Vermittlungsverfahren auch in englischer Sprache anbieten zu müssen, allerdings als nicht sachgerecht. Es wird daher vorgeschlagen, die Durchführung von Verfahren in englischer Sprache - und allenfalls anderen Sprachen - im Sinne einer "Kannvorschrift" vorzusehen.

⁶ *Die Ombudsstelle trifft die erforderlichen Massnahmen zur Beilegung der Streitigkeit. Ist die Zuständigkeit der Ombudsstelle gegeben und sind die Eintretensvoraussetzungen gemäss Abs. 4 erfüllt, nimmt die Ombudsstelle gegebenenfalls weitere für ein ausreichendes Verständnis der Streitigkeit erforderliche Abklärungen vor und unternimmt sodann die ihr als geeignet und angemessen erscheinenden Vermittlungsbemühungen.*

^{6bis} *Erscheint aufgrund der Gegebenheiten einer Streitigkeit eine Lösungsfindung im Rahmen des Vermittlungsverfahrens als aussichtslos, kann die Ombudsstelle von der Aufnahme oder Weiterführung von Vermittlungsbemühungen absehen und dies der Kundin oder dem Kunden in einem begründeten Bescheid mitteilen.*

Die Ombudsstelle soll nicht im Sinne eines Organs der Rechtsdurchsetzung, sondern als ein neutraler und unvoreingenommener Vermittler wirken. Da die Beilegung einer Streitigkeit einzig durch die Streitparteien erfolgen und eine Einigung von der Ombudsstelle nicht erzwungen werden kann, ist es widersinnig, ihr eine Pflicht zum Treffen der zur Beilegung der Streitigkeit erforderlichen Massnahmen aufzuerlegen. Will man an dieser Stelle der Vorlage den der Ombudsstelle obliegenden Leistungsauftrag umreissen, so ist die entsprechende Verpflichtung als auf ein zweckmässiges und sorgfältiges Tätigwerden als Vermittlerin und nicht als auf die Erreichung eines vorgegebenen Vermittlungserfolgs bezogen zu definieren.

Eine Streitbeilegung im Vermittlungsverfahren setzt eine grundsätzliche Vergleichsbereitschaft der Parteien voraus. Fehlt diese im Einzelfall, beispielsweise, weil Gegenstand der Streitigkeit eine offene Rechtsfrage bildet, in der eine oder beide Parteien eine prinzipielle Haltung einnehmen, weil die Parteien diametral unterschiedliche Standpunkte in einer wesentlichen Beweisfrage vertreten oder weil ein geltend gemachter Anspruch als offensichtlich unbegründet erscheint, und muss eine Lösungsfindung im Rahmen des Vermittlungsverfahrens daher als aussichtslos beurteilt werden, muss es im Ermessen der Ombudsstelle liegen, von der Durchführung eines Vermittlungsverfahrens oder der Fortführung von Vermittlungsbemühungen abzusehen.

⁷ *Wenn keine Einigung erzielt werden kann, schliesst die Ombudsstelle das Vermittlungsverfahren mit einem abschliessenden Bescheid ab, in dem sie den Streitgegenstand sowie summarisch die von den Parteien vertretenen Positionen festhält und darlegt, welche wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Fragen in einem nachfolgenden Entscheidungsverfahren nach ihrer Einschätzung zu beantworten wären. ~~gibt die~~*

^{7bis} *Sofern es der Ombudsstelle gestützt auf die ihr vorliegenden Informationen als sachgerecht erscheint und soweit die massgeblichen Informationen nicht der Vertraulichkeit gemäss Abs. 2 unterliegen, kann sie im abschliessenden Bescheid ausserdem eine eigene tatsächliche und rechtliche Einschätzung der Streitigkeit bekannt ~~geben und macht einen sachgerechten Vorschlag zur Streitbeilegung.~~*

Die vorgeschlagene Verpflichtung der Ombudsstelle, eine eigene tatsächliche und rechtliche Einschätzung der Streitigkeit vornehmen und einen sachgerechten Vorschlag zur Streitbeilegung machen zu müssen, verkennt, dass der Zweck des Verfahrens vor der Ombudsstelle nicht in der Rechtsfindung besteht. Vielmehr ist das Tätigwerden des Schlichters darauf ausgerichtet, auf die Lösung eines Konflikts hinzuwirken. Dabei kommt er zwar nicht umhin, auch tatsächliche und rechtliche Aspekte der Streitsache in Betracht zu ziehen, aber nicht zwingend primär oder gar ausschliesslich.

Zudem verkennt eine derartige Verpflichtung, dass die sich in Streitigkeiten im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen stellenden Tat- und Rechtsfragen oft sehr komplex sind. Diese aufgrund der im Rahmen eines auf die Lösungsvermittlung ausgerichteten und - wie in Art. 76 Abs. 1 der Vorlage gefordert - unbürokratischen und raschen Verfahrens gewonnenen Erkenntnisse so zuverlässig beurteilen zu können, dass sich ein Vorschlag zur Streitbeilegung ableiten liesse, der auch dem dritten in der Vorlage zurecht aufgeführten Erfordernis der Fairness genügt, würde daher wohl oft nicht möglich oder sachgerecht sein. Eine Art. 76 Abs. 7 der Vorlage entsprechende Verpflichtung ist denn zu Recht auch in der Regelung des Schlichtungsverfahrens im Rahmen der Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht vorgesehen (Art. 210 ZPO).

Dennoch soll die Ombudsstelle dem Kunden oder der Kundin sowie auch dem Finanzdienstleister sachgerecht Orientierungshilfe bieten, indem sie in einem abschliessenden Bescheid die Positionen und Argumente beider Parteien festhält, sowie aufzeigt, welche tatsächlichen und rechtlichen Fragen in einem nachfolgenden Entscheidungsverfahren wohl zu beantworten wären. Ergänzend zu dieser Verpflichtung soll es aber, wie bis anhin im Verfahren des Schweizerischen Bankenombudsman, im Ermessen der Ombudsstelle liegen, sich in ihrem abschliessenden Bescheid ausnahmsweise auch mit Bezug auf ihre tatsächliche und rechtliche Einschätzung der Streitigkeit zu äussern, sofern dies aufgrund der konkreten Gegebenheiten eines Einzelfalles als sachgerecht erscheint.

Art. 77 Verhältnis zum Schlichtungsverfahren und zu anderen Verfahren

¹ *Die Einreichung eines ~~Vermittlungsgesuchs~~ ~~Gesuchs um Streitbeilegung~~ bei einer Ombudsstelle schliesst eine Zivilklage nicht aus und verhindert eine solche nicht.*

² *Nach Durchführung eines Verfahrens vor einer Ombudsstelle kann die klagende*

Partei einseitig auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nach der Zivilprozessordnung²¹ verzichten.

³ Die Ombudsstelle beendet das Verfahren, sobald eine Schlichtungsbehörde, ein Gericht oder ein Schiedsgericht mit der Sache befasst ist.

Im Sinne einer einheitlichen Sprachregelung ist die Formulierung "Gesuch um Streitbeilegung" durch "Vermittlungsgesuch" zu ersetzen.

2. Abschnitt: Pflichten der Finanzdienstleister

Art. 78 Anschlusspflicht

Finanzdienstleister haben sich spätestens mit Aufnahme ihrer Tätigkeit einer Ombudsstelle anzuschliessen.

Keine Bemerkungen.

Art. 79 Teilnahmepflicht

¹ Finanzdienstleister, die von einem **Vermittlungsgesuch** ~~Gesuch um Schlichtung~~ bei einer Ombudsstelle betroffen sind, müssen am Verfahren teilnehmen.

² Sie haben Vorladungen, Aufforderungen zur Stellungnahme sowie Auskunftsanfragen der Ombudsstellen fristgerecht nachzukommen.

Im Sinne einer einheitlichen Sprachregelung ist auch hier die Formulierung "Gesuch um Schlichtung" durch "Vermittlungsgesuch" zu ersetzen.

Art. 80 Pflicht zur Information

¹ Finanzdienstleister informieren ihre Kundinnen und Kunden ~~vor~~ **bei** Eingehung einer Geschäftsbeziehung, ~~oder vor dem~~ **beim** erstmaligen Vertragsschluss, ~~sowie auf deren Anfrage hin jederzeit~~ **sowie bei einer Zurückweisung eines durch die Kundin oder den Kunden geltend gemachten Rechtsanspruchs** über die Möglichkeit eines ~~Streitbeilegungsverfahrens~~ **Vermittlungsverfahrens** durch eine Ombudsstelle.

² Die Information erfolgt in geeigneter Form und beinhaltet Name und Adresse der Ombudsstelle, welcher sich der Finanzdienstleister angeschlossen hat.

Im Sinne einer einheitlichen Sprachregelung ist auch hier der Begriff "Streitbeilegungsverfahren" durch den Begriff "Vermittlungsverfahren" zu ersetzen.

Zudem erscheint eine Information des Kunden oder der Kundin dann, wenn eine Streitigkeit eingetreten ist und sich im direkten Kontakt zwischen den Parteien nicht hat bereinigt werden können, als am zweckmässigsten und sollte daher, sei es zusätzlich oder allenfalls ausschliesslich im Gesetz vorgesehen werden.

Art. 81 *Finanzielle Beteiligung*

*Finanzdienstleister leisten **direkt oder indirekt über einen Branchenverband** finanzielle Beiträge an die **Finanzierung der Ombudsstelle**, der sie sich angeschlossen haben. Die Beiträge bemessen sich nach der Beitrags- und Kostenordnung der Ombudsstelle **und gegebenenfalls dem durch den Branchenverband festgelegten Verteilschlüssel der Kosten.***

Wie im erläuternden Bericht festgehalten wird, sollen Ombudsstellen - wie dies für die Stiftung Schweizerischer Bankenombudsman der Fall ist - auch künftig indirekt über einen Branchenverband finanziert werden können. Eine solche indirekte Finanzierung ist unter dem Aspekt der Unabhängigkeit als vorteilhaft zu beurteilen und soll daher auch über eine blosser Delegation des Inkassos von Beiträgen bei den angeschlossenen Finanzdienstleistern hinaus möglich bleiben. Im Interesse der Klarheit gilt es, dies im Gesetzestext ausdrücklich festzuhalten.

3. Abschnitt: Anerkennung und Informationsaustausch

Art. 82 *Anerkennung und Aufsicht*

¹ *Für die Anerkennung ~~und die Aufsicht über die~~ der Ombudsstellen ist das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement zuständig.*

^{1bis} ***Dieses nimmt zudem die Aufsicht über die Ombudsstellen wahr, die nicht bereits einer gleichwertigen Aufsicht durch eine andere Behörde unterstehen.***

Im Interesse der Unabhängigkeit und Neutralität der Ombudsstelle wurde die Institution des Schweizerischen Bankenombudsman als Stiftung im Sinne der Artikel 80 und folgende des Schweizerischen Zivilgesetzbuches verfasst und untersteht als gemeinnützige Stiftung der Aufsicht durch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht, die dem Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern EDI angegliedert ist. Gemäss Gesetz und Stiftungsstatut wacht diese über die Einhaltung der statutarischen Bestimmungen, kontrolliert und genehmigt die Jahresrechnungen, prüft und genehmigt die Reglemente der Institution sowie deren Änderungen und ist auch zuständig für förmliche Aufsichtsbeschwerden. Angesichts dieser Ausgangslage gilt es, durch geeignete Anpassungen der Regelung im FIDLEG oder allenfalls im Rahmen der vom Bundesrat zu erlassenden Ausführungsbestimmungen Doppelpurigkeiten und Kompetenzkonflikte zu vermeiden. In diesem Sinne schlagen wir vor, bei als Stiftung verfassten Ombudsstellen auf eine zusätzliche Unterstellung unter die Aufsicht des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zu verzichten.

² Als Ombudsstellen werden Organisationen anerkannt, die:

- a. sich dazu verpflichten, dass sie und die von ihr mit der ~~Streitbeilegung~~ **Vermittlung** beauftragten Personen ihre Aufgabe organisatorisch und finanziell unabhängig, unparteiisch, transparent und effizient ausüben und keine Weisungen **von Dritten** entgegennehmen;
- b. sicherstellen, dass die von ihr mit der ~~Streitbeilegung~~ **Vermittlung** beauftragten Personen über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen;
- c. über ein Organisationsreglement verfügen;
- d. über ein Verfahrensreglement verfügen, mit dem die Verfahrensgrundsätze nach Artikel 76 konkretisiert werden;
- e. über eine Beitrags- und Kostenordnung nach Artikel 81 verfügen; und
- f. jährlich einen Tätigkeitsbericht veröffentlichen, sowie
- g. der Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde periodisch Rechenschaft über ihre Tätigkeit ablegen.

³ Die Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde veröffentlicht eine Liste der Ombudsstellen.

⁴ Der Bundesrat erlässt die notwendigen Ausführungsbestimmungen.

Im Sinne einer einheitlichen Sprachregelung ist auch hier der Begriff "Streitbeilegung" durch den Begriff "Vermittlung" zu ersetzen.

Art. 83 Informationsaustausch

¹ Die Ombudsstellen führen Listen über die ihnen angeschlossenen Finanzdienstleister ~~und Kundenberaterinnen und -berater~~ und über diejenigen, denen sie den Anschluss verweigern.

² ~~Sie geben der Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde und der Registrierungsstelle diese Listen sowie jede Änderung davon bekannt.~~

Ist der Anschluss eines Finanzdienstleisters an eine Ombudsstelle mit dessen Mitgliedschaft in einer Branchenorganisation verbunden, wie dies heute beim Schweizerischen Bankenombudsman für die Mitglieder der Schweizerischen Bankiervereinigung der Fall ist, sollen die in diesem Artikel statuierten Pflichten auch dem betreffenden Branchenverband übertragen werden können.

Eine akribische Bekanntgabe von Änderungen der Liste der angeschlossenen Finanzdienstleister und Kundenberaterinnen und -berater wäre mit einem erheblichen administrativen Aufwand verbunden. Zudem wäre aufgrund der in Art. 30 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Regelung der Anschluss

eines Kundenberaters oder einer Kundenberaterin der Registrierungsstelle bereits aus eigener Wahrnehmung bekannt. Analoges gilt für Finanzdienstleister. Ein Nutzen einer Meldepflicht für Mutationen, der den mit dieser verbundenen Aufwand rechtfertigen würde, erscheint damit als nicht gegeben. Es wird daher vorgeschlagen, auf diese zu verzichten und Absatz 2 entsprechend zu streichen.

Ausserdem ist festzustellen, dass Ansprüche von Kundinnen und Kunden, die aus der Erbringung von Finanzdienstleistungen herrühren, sich regelmässig gegen den Finanzdienstleister und nicht persönlich gegen dessen in die Streitigkeit allenfalls involvierte Kundenberaterinnen und -berater richten. Es macht daher keinen Sinn, vorzusehen, dass Kundenberaterinnen und -berater sich individuell einer Ombudsstelle anschliessen können.

Dem sollte somit auch bei der Formulierung der Registrierungsvoraussetzungen gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. b Rechnung getragen werden, indem nicht der Nachweis eines Anschlusses der zu registrierenden Kundenberaterin bzw. des Kundenberaters, sondern des Finanzdienstleisters, für den diese Person tätig ist, zu erbringen wäre.

Art. 84 Entzug der Anerkennung

¹ Erfüllt eine Ombudsstelle die Voraussetzungen nach Artikel 82 nicht mehr, so setzt ihr die Anerkennung- und Aufsichtsbehörde eine angemessene Nachbesserungsfrist.

² Werden die Nachbesserungen nicht innerhalb dieser Frist vorgenommen, so entzieht sie ihr die Anerkennung.

Auch mit Bezug auf diese Bestimmung gelten die oben zu Art. 82 Abs. 1 angebrachten Bemerkungen betreffend Vermeidung von Doppelspurigkeiten und Kompetenzkonflikten zwischen dem EJPD und der Eigenössischen Stiftungsaufsicht (EDI).

Variante A

3. Kapitel: Schiedsgericht

Auf eine detaillierte Kommentierung der Bestimmungen dieses Kapitels wird verzichtet. Wir bitten Sie aber, die Ausführungen zur Thematik unter Abschnitt B. Randziffer 6 und Abschnitt C. der vorliegenden Stellungnahme zu beachten.

[Art. 85 und 86]

Keine Detailbemerkungen.

Art. 87 *Verhältnis zu anderen Verfahren*

*Privatkundinnen und -kunden können ein Schiedsgericht erst anrufen, wenn sie in der gleichen Sache ein ~~Gesuch um Streitbeilegung~~ **Vermittlungsgesuch** bei einer anerkannten Ombudsstelle gestellt und am Verfahren teilgenommen haben.*

Dieses Erfordernis entspricht dem Grundsatz der Subsidiarität und steht im Interesse der (Kosten-)Effizienz. Fehlte es, bestünde angesichts der vorgeschriebenen Kostenlosigkeit oder Kostengünstigkeit des Schiedsverfahrens die Gefahr, dass Privatkundinnen und -kunden sich den mit einem Vermittlungsverfahren verbundenen Aufwand sparen und unter Umgehung des Vermittlungsverfahrens mit ihrem Anliegen direkt an das Schiedsgericht gelangen würden. Dies würde die Bedeutung der Ombudsstellen marginalisieren und in vielen Fällen die Erledigung der Streitigkeit vom mit geringen Vollkosten verbundenen Ombudsverfahren in ein viel kostenintensiveres Schiedsverfahren verlagern.

[Art. 88 bis 91]

Keine Detailbemerkungen.

Variante B

3. Kapitel: Prozesskosten

1. Abschnitt: Prozesskostenfonds

Wie unter den Abschnitten B. und C. vorstehend dargelegt, unterstützt der Schweizerische Bankenombudsman für gewisse Streitigkeiten die Bereitstellung eines raschen und kostengünstigen Entscheidungsverfahrens im Rahmen der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Eine Rechtfertigung für die Schaffung des vorgeschlagenen Prozesskostenfonds würde damit entfallen.

Zudem gilt auch mit Bezug auf den Zugang zu einem Prozesskostenfonds, dass unter systematischen Gesichtspunkten stichhaltige Gründe für eine Besserstellung von Kunden, deren Forderungen aus einer Finanzdienstleistung herrühren, gegenüber Kunden, die einen Anspruch im Zusammenhang mit einer anderen Geschäftsart geltend machen wollen, nicht dargetan sind.

[Art. 85 bis 89]

Keine Detailbemerkungen.

2. Abschnitt: Beiträge der Finanzdienstleister

[Art. 89]

Keine Detailbemerkungen.

Art. 90 Bemessung der Beiträge

¹ Der Bundesrat legt in einer Verordnung Tarife für die von den Finanzdienstleistern zu entrichtenden Beiträge fest. Er berücksichtigt dabei insbesondere:

- a. [...];
- b. [...];
- c. [...];
- d. die Anzahl Klagen und ~~Verfahren zur Streitbeilegung~~ **Vermittlungsverfahren** vor einer spezialisierten Ombudsstelle, die die einzelnen Finanzdienstleister betreffen.

² [...].

Das Gesetz soll gute Voraussetzungen schaffen, damit Streitigkeiten, die nicht direkt zwischen dem Kunden und seinem Finanzdienstleister haben bereinigt werden können, einer Ombudsstelle zur allfälligen Durchführung eines Vermittlungsverfahrens unterbreitet werden. Eine Schlüsselrolle hierbei kommt in der Praxis wohl der Art und Weise zu, wie der einzelne Finanzdienstleister die Möglichkeit der Anrufung einer Ombudsstelle betroffenen Kunden gegenüber promoviert. Die in Art. 90 Abs. 1 lit. d vorgeschlagene Regelung kreiert für Finanzdienstleister einen Anreiz, die Anzahl der sie betreffenden Vermittlungsverfahren so klein wie möglich zu halten, und könnte sich somit als kontraproduktiv erweisen.

[Art. 91]

Keine Detailbemerkungen.

3. Abschnitt: Übernahme der Prozesskosten

Art. 92 Anspruch

¹ Privatkundinnen und -kunden haben Anspruch auf Übernahme eines angemessenen Teils ihrer Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds für Klagen gegen Finanzdienstleister, wenn:

- a. sie in der gleichen Sache ein ~~Gesuch um Streitbeilegung~~ **Vermittlungsgesuch** bei der zuständigen Ombudsstelle gestellt und am Verfahren teilgenommen haben;
- b. [...];
- c. der Streitwert der Klage den Betrag von ~~1 Million~~ **100'000** Franken nicht übersteigt; und
- d. [...].

² [...].

³ [...].

Wie unter Abschnitt C. vorstehend dargelegt, ist davon auszugehen, dass bei Streitigkeiten, die aus einer Finanzdienstleistung herrühren, in aller Regel der im Streit liegende Wert lediglich einen Bruchteil des Gesamtvermögens des Kunden ausmacht. Eine Sozialisierung der Prozesskosten von Kunden, die selber über die für die Finanzierung der möglicherweise anfallenden Prozesskosten verfügen, erscheint als nicht sachgerecht und die unter Art. 92 Abs. 1 lit. c vorgeschlagene Streitwertgrenze von 1 Million Franken damit als zu hoch angesetzt. Aufgrund der Erfahrungswerte aus den Verfahren vor dem Schweizerischen Bankenombudsman wird alternativ eine Streitwertgrenze von 100'000 Franken angeregt. So machte beispielsweise im Jahr 2013 der Anteil der abgeschlossenen schriftlichen Fälle mit einem Streitwert von 100'000 Franken und tiefer einen Anteil von 86% am Total der Fälle mit einem feststellbaren Streitwert aus.

[Art. 93 bis 100]

Keine Detailbemerkungen.

4. Kapitel: Verbandsklage und Gruppenvergleichsverfahren

1. Abschnitt: Verbandsklage

Wie dem erläuternden Bericht entnommen werden kann, soll die spezialgesetzliche Verbandsklage nach dem FIDLEG zur Geltendmachung von Abwehransprüchen zur Verfügung stehen, wobei gemäss Art. 102 eine drohende Pflichtverletzung verboten, eine bestehende Pflichtverletzung beseitigt und eine Pflichtverletzung u.U. auch lediglich festgestellt werden können. Beispielhafte bzw. konkretisierende Hinweise, auf welche Art von in der Vergangenheit realisierten Lebenssachverhalten diese Klagemöglichkeit allenfalls nutzbringend hätte angewendet werden können, sind im erläuternden Bericht leider nicht enthalten. Es erscheint daher und auch aufgrund der langjährigen Erfahrung der Bankenombudsstelle als zweifelhaft, ob die Einführung einer spezifischen Verbandsklage für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen den betroffenen Kundinnen und Kunden einen realen Zusatznutzen bringen würde.

Ausserdem ist zu bemerken, dass im Falle einer Betroffenheit einer Vielzahl von Kundinnen und Kunden eines dem Finanzmarktaufsichtsgesetz unterstehenden Finanzdienstleisters durch eine evidente Pflichtverletzung, bereits heute die Möglichkeit einer Anzeigeerstattung bei der FINMA und eine Pflicht derselben zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes besteht (Art. 31 FINMAG). Auch wenn die Kundinnen und Kunden keinen Rechtsanspruch auf ein Tätigwerden der FINMA besitzen mögen, dürfte ihnen bei einer evidenten systematischen Pflichtverletzung durch den Finanzdienstleister mit dieser Möglichkeit faktisch ein wirksamer Schutz zur Verfügung stehen, zumal diesem auch eine präventive Wirkung zukommen dürfte.

[Art. 101 bis 104]

Keine Detailbemerkungen.

2. Abschnitt: Gruppenvergleichsverfahren

Mit diesem neuen Instrument der kollektiven Rechtsdurchsetzung soll ermöglicht werden, dass ein oder mehrere mutmasslich aufgrund einer Pflichtverletzung haftende Finanzdienstleister und ein Verband, Verein oder andere Organisation, die im gemeinsamen Interesse sämtlicher von dieser Pflichtverletzung Betroffener und infolge dieser geschädigter Kundinnen und Kunden handelt, eine Gruppenvergleichsvereinbarung schliessen können, die nach einer Verbindlichkeitsklärung durch ein Gericht grundsätzlich für sämtliche betroffenen Kundinnen und Kunden verbindlich sein soll.

Diese Absicht ist nachvollziehbar und das Bedürfnis nach einem derartigen Instrument ist aufgrund der Wertverluste und Ausfälle entstanden, die viele Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern infolge der massiven Verwerfungen an den Finanzmärkten im Zusammenhang mit der globalen Finanzkrise des Jahres 2008 auf von ihnen gehaltenen Anlagen in Finanzinstrumenten erlitten haben. Etliche derart betroffener Kundinnen und Kunden fühlten sich als durch ihren Finanzdienstleister geschädigt und forderten, von diesem für die eingetretenen Verluste entschädigt zu werden.

Dies schlug sich denn auch in mehreren Tausend entsprechenden Anfragen und Vermittlungsgesuchen von Kundinnen und Kunden beim Schweizerischen Bankenombudsman nieder und führte dazu, dass in die per 1. Juli 2013 in Kraft getretene revidierte Verfahrensordnung eine spezielle Regelung für die Qualifikation und Behandlung von sogenannten Serienfällen aufgenommen wurde (Art. 5 Verfahrensordnung für den Schweizerischen Bankenombudsman). Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, dass gleiche oder ähnliche Fälle einheitlich, effizient und zeitgerecht behandelt und einer konsistenten und fairen Lösung zugeführt werden können. Seit dem Inkrafttreten des Serienfallartikels ergaben sich mehrere Anlässe, die Behandlung von Kundenbeschwerden im Sinne dieser Bestimmungen zu prüfen. Diese Prüfungen ergaben allerdings, dass die zu beurteilenden Sachverhalte für eine zweckmässige und faire Gruppenbildung zu unterschiedlich oder die zu bildenden Gruppen mit Bezug auf die Anzahl der subsumierbaren Einzelbeschwerden zu klein waren.

Diese bisherige Erfahrung ist grundsätzlich nicht überraschend, nachdem die Erbringung von Finanzdienstleistungen vornehmlich, sei es direkt oder indirekt, durch das Auftragsrecht beherrscht wird. Die Frage, ob eine haftungsbegründende Unsorgfalt des Finanzdienstleisters vorliegt, kann daher in aller Regel nicht unabhängig von den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles (bspw. Wissen, Erfahrung, Risikofähigkeit und Anlageziele des individuellen Kunden sowie Vollständigkeit, Richtigkeit, Angemessenheit und Relevanz der vom Finanzdienstleister konkret diesem Kunden gegenüber kommunizierten Informationen) beurteilt werden.

Angesichts dieser Erkenntnis und Erfahrungen stellt sich die Frage, ob die mit einer Bereitstellung des im Rahmen des FIDLEG vorgeschlagenen Gruppenvergleichsverfahrens die aufgrund der Möglichkeit dessen Nutzung entstehenden Kosten und Umtriebe insgesamt den für Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern zu erwartenden Nutzen nicht überwiegen würden.

Dies erscheint umso fragwürdiger, als den Kundinnen und Kunden zumindest der Banken mit dem Serienfallverfahren heute schon ein zweckmässiges Instrument zur Verfügung steht, das für sie kostenfrei und auch unter dem Aspekt der Gesamtkosten als vergleichsweise sehr günstig beurteilt werden darf. Da das Gruppenvergleichsverfahren offenbar völlig unabhängig von einem Vermittlungsverfahren durch die Ombudsstelle zur Verfügung stehen soll, ist zudem zu befürchten, dass es dieses in der Praxis konkurrenzieren wird. Dies bei zweifellos höheren Gesamtkosten und einem fraglichen Mehrnutzen für die betroffenen Kundinnen und Kunden. Auf eine spezialgesetzliche Regelung für ein Gruppenvergleichsverfahren im Rahmen des FIDLEG sollte daher verzichtet werden.

[Art. 105 bis 116]

Keine Detailbemerkungen.

5. Titel: Aufsicht und Informationsaustausch

Art. 117 Aufsicht

[...]

Art. 118 Informationsaustausch

*Die FINMA, die Aufsichtsorganisation (AO), die Registrierungsstelle für Kundenberaterinnen und -berater, die Prüfstellen für Prospekte, die Ombudsstellen und die Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde über die Ombudsstellen können einander nicht öffentlich zugängliche Informationen übermitteln, welche sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. **Vorbehalten bleiben Informationen, die dem Vertraulichkeitsschutz gemäss Art. 76 Abs. 2 unterliegen.***

Um den Zweck des Vermittlungsverfahrens nicht zu gefährden, soll Art. 76 Abs. 2 einen wirksamen Vertraulichkeitsschutz bzw. eine Verschwiegenheitspflicht der Ombudsstelle und der für sie tätigen Personen statuieren. Ein solcher besteht denn auch schon heute im Verfahren vor dem Schweizerischen Bankenombudsman und hat sich seit vielen Jahren bewährt.

Mit freundlichen Grüssen



Marco Franchetti
Ombudsman