

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD  
Generalsekretariat  
Steuerungsgruppe FIDLEG  
3003 Bern

finanzdienstleistungsgesetz@gs-efd.admin.ch

Zürich, 28. März 2013 HH/ml

## **Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG): Stellungnahme zum Hearingbericht über die Stossrichtungen einer möglichen Regulierung.**

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezug nehmend auf Ihren mit Schreiben vom 18. Februar 2013 präsentierten Hearingbericht und im Anschluss an die Panelveranstaltung vom 7. März 2013 nehme ich gerne die Gelegenheit wahr, zu den vorgestellten Stossrichtungen Stellung zu nehmen. Ich beschränke mich dabei auf Kapitel 9 *Durchsetzung von Ansprüchen von Privatkunden* und stelle dabei die praktische Sicht des Bankenombudsman und die in 20 Jahren Schlichtertätigkeit gesammelten Erfahrungen und Erkenntnisse als Kontrapunkt den häufig praxis- oder gar weltfremd anmutenden in den letzten Jahren von verschiedenen Autoren skizzierten Modellen für Ombudsstellen gegenüber. Die vorliegende Stellungnahme geht im Übrigen bewusst nicht auf die politischen bzw. rechtspolitischen Aspekte gewisser Stossrichtungen ein. Zudem behält sich der Stiftungsrat Schweizerischer Bankenombudsman eine abweichende Meinung vor.

### **Generelles zur Ombudsstelle**

Anders als häufig angenommen, suchen die den Ombudsman beanspruchenden Kunden keine juristische Auseinandersetzung und nur ausnahmsweise eine Analyse der rechtlichen Gegebenheiten. Sie erwarten in einem ersten Schritt zumeist die neutrale Einschätzung ihrer Situation durch eine Fachperson. Zeigt oder bestätigt sich dabei ein Konflikt mit der Bank, so setzen sie als selbstverständlich und zu Recht voraus, dass für den Ombudsman Recht und Gesetz die Basis jeder Beurteilung bilden. Sie interessieren sich deshalb in erster Linie für eine begründete und nachvollziehbare Lösung ihres Problems. Dies gilt auch und in der Tendenz zunehmend in Fällen, wo Anwälte einen Konflikt zwischen ihrem Mandanten und dessen Bank durch Vermittlung des Bankenombudsman einer Lösung zuführen wollen. Zudem wird in der theoretischen Diskussion um Ombudsstellen meistens verkannt, dass in den vorgelegten Streitfällen die zivilrechtliche Analyse häufig nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn sich im Schlichtungsverfahren nicht beurteilbare Beweisfragen stellen, für die eine formelle Parteibefragung oder Zeugeneinvernahmen erforderlich wären, oder weil Gegenstand des Konflikts eine abstrakte Rechtsfrage bildet, die in der Lehre umstritten ist und höchstrichterlich noch nicht entschieden wurde. Eine weitere Verrechtlichung der Ombudsstellen würde denn auch zu einer parallelen Gerichtsbarkeit führen, das Verfahren gerade für Unkundige unverständlicher machen und pragmatische Lösungen erschweren.

---

---

Zusammenfassend wäre wünschbar, dass ein Ombudsman-Konzept am mit akzeptablem Aufwand erzielbaren Kundennutzen gemessen wird und nicht an dessen dogmatischer bzw. rechtstheoretischer Perfektion.

### **Beweislastumkehr für die Einhaltung der Verhaltenspflichten.**

Die Richtlinien für den Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen der Swiss Funds Association SFA vom 29. Mai 2008 schreiben (wie bereits frühere Versionen dieser Richtlinien) im *Anhang über die Bestimmungen für die Vertriebssträger* fest, "4.1 Der Vertriebssträger beachtet die individuellen Bedürfnisse der Anleger, insbesondere deren Risikobereitschaft und Risikofähigkeit" (RZ 8) und "4.2 Der Vertriebssträger informiert bzw. berät die Anleger objektiv über den Anlagecharakter, die Chancen und Risiken der angebotenen kollektiven Kapitalanlagen ..." (RZ 9). Gemäss *C. Dokumentation des Vertriebssträgers*, ist diese Beratung und Risikoaufklärung zu dokumentieren (RZ 26). Würden diese Vorgaben auf alle Anlageprodukte ausgeweitet und der Berater zudem verpflichtet, in einer Gesprächsnotiz zusätzlich festzuhalten, weshalb die spezifische Anlage vorgeschlagen bzw. gewählt wurde, wären die Grundlagen für die Beurteilung strittiger Anlageberatungsgespräche bzw. Anlageentscheide in einem Grossteil der dem Bankenombudsman vorgelegten Streitfälle gegeben, und eine Beweislastumkehr würde wohl obsolet.

### **Ausbau des Ombudswesens**

#### Variante 1: Ombudsstelle mit Anschlusspflicht und Empfehlungskompetenz

Der Ombudsman freut sich natürlich über die Feststellung im Hearingbericht, "die bisherigen Erfahrungen mit dem Ombudswesen haben gezeigt, dass ein Ombudsverfahren in vielen Fällen zu einer Bereinigung der Streitigkeit führt, auch wenn die Ombudsstelle nicht verbindlich entscheiden kann". Im bestehenden Verfahren sind die Mitgliedsinstitute der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) und damit annähernd alle Banken verpflichtet, sich auf ein Verfahren vor dem Ombudsman einzulassen. Das auch für die Mitgliedsinstitute der SBVg verbindliche Reglement für den Ombudsman bestimmt in Art. 2.4: "Der Ombudsman unternimmt alles, was ihm zu einer freien, eigenen Meinungsbildung erforderlich erscheint. Dazu gehört, dass er bei der Bank Akten und Vernehmlassungen einholt". Art. 3.4 dieses Reglements präzisiert: "Der Ombudsman ist befugt, bei der betroffenen Bank alle erforderlichen Auskünfte für den Fall, der ihm vorgelegt wird, einzuholen und in die Akten Einsicht zu nehmen". Art. 3.6 verlangt sodann: "Er [der Ombudsman] wirkt als Vermittler und unterbreitet den Parteien Lösungsvorschläge". Damit ist auch die im Hearingbericht angesprochene Empfehlungskompetenz im bestehenden System der Banken bereits gegeben.

Wenn der Kunde, falls die Bank eine Empfehlung bzw. einen Lösungsvorschlag nicht akzeptiert, berechtigt sein soll, unter Übernahme aller Kosten durch die Bank den Rechtsweg zu beanspruchen, widerspricht dies dem Ombudsgedanken und dem ursprünglichen Prinzip des Ombudssystems, schlichten und richten zu trennen: Die Empfehlung bzw. der Lösungsvorschlag des Ombudsman würde unter dem vorgeschlagenen Regime de facto zum Richterspruch, hätte doch die betroffene Bank im Verweigerungsfall Prozess- und Gerichtskosten zu gewärtigen, die einschneidender wären als eine auf CHF 100'000 beschränkte Spruchkompetenz des Ombudsman. Diese Aussicht würde die Kooperationsbereitschaft der Banken in allen Fällen beeinträchtigen, womit die erfolgreiche Schlichtungstätigkeit des Bankenombudsman gemäss aktuellem Modell generell in Frage gestellt wäre. Schlimms-

tenfalls würde sich die Bereitschaft der Bank zu einem Entgegenkommen auf Fälle mit glasklarer Rechtslage reduzieren.

#### Variante 2: Staatliche Schlichtungsstelle mit Entscheidungskompetenz

Aufgrund 20-jähriger praktischer Erfahrung als Schlichtungsstelle für Bankkunden lehnt der Bankenombudsman aus den oben dargelegten Gründen das Konzept einer Schlichtungsstelle mit Entscheidungskompetenz ab. Ausschlaggebend für diese Haltung ist, dass die Kooperations- und Kompromissbereitschaft generell abnehmen würde und damit die zahlreichen Fälle, welche zivilrechtlich nicht eindeutig beurteilbar sind, nicht mehr gelöst werden könnten.

Von einer Schlichtungsstelle mit Entscheidungskompetenz würde zweifelsohne erwartet - ob so geplant und berechtigt oder nicht -, dass sie auch rechtliche Grundsatzfragen entscheidet. Denkt man in diesem Zusammenhang zum Beispiel an den Bundesgerichtsentscheid vom 30. Oktober 2012 bezüglich Retrozessionen, in dem auch das Zürcher Obergericht zum Teil korrigiert wurde, wird augenfällig, welche Superbehörde eine Schlichtungsstelle mit Entscheidungskompetenz sein müsste.

In diesem Zusammenhang muss sodann eine Aussage im Hearingbericht korrigiert werden. Unter 9.2 Ausbau des Ombudswesens wird ausgeführt, "mit einer Umsetzung von Variante 2 [Staatliche Schlichtungsstelle mit Entscheidungskompetenz] kann den internationalen Standards im Bereich der Streitschlichtung angemessen Rechnung getragen werden". Es wird sodann auf die Publikation der Weltbank vom Januar 2012 und die "High-Level Principles on Financial Consumer Protection" der G20 vom Oktober 2011 verwiesen. Beide Organe verlangen in diesen Papieren weder eine staatliche Schlichtungsstelle noch eine Entscheidungskompetenz. Mit anderen Worten erfüllt der Schweizerische Bankenombudsman in seiner heutigen Ausgestaltung die Anforderungen der genannten Institutionen, wie übrigens auch diejenigen der in Kraft stehenden bzw. geplanten EU-Richtlinien.

#### **Einrichtung einer Informations- und Beratungsstelle für geschädigte Kunden**

Die im Hearingbericht angesprochene Informations- und Beratungsstelle für geschädigte Kunden wird vom aktuellen System des Bankenombudsman bereits angeboten. Die Einschätzung der Fachperson setzt allerdings Schlichtungswissen voraus, und die Kombination bringt wertvolle Synergien. Eine Trennung von der eigentlichen Schlichtungsbehörde ist deshalb nicht praxismässig und abzulehnen. Die angeführte Befangenheitssituation wegen Vorbefassung hat sich in den letzten 20 Jahren beim Schweizerischen Bankenombudsman nicht ergeben.

Dem Anliegen, interessierten Kunden Informationen über abgeschlossene Verfahren vor der Schlichtungsstelle zu erteilen, wird mit der Publikation von Beispielen in den Jahresberichten und auf der Website des Bankenombudsman Rechnung getragen. Was hängige oder bevorstehende Verfahren anbetrifft, so sind die nötigen Prozesse vom Stiftungsrat geschaffen worden und dürften noch dieses Jahr in Kraft treten und publiziert werden.

Mit freundlichen Grüßen



Hanspeter Häni  
Ombudsman