

Jahresmedienkonferenz des Schweizerischen Bankenombudsman vom 7. Juli 2009 in Zürich

## **Referat von Martin Tschan, lic.iur. Stellvertretender Bankenombudsman**

*Es gilt das gesprochene Wort*

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Welt im Allgemeinen und die Schweiz im Besonderen haben schon einige Wirtschaftskrisen erlebt. Über jede dieser Krisen liesse sich lange diskutieren, und bei jeder der Krisen könnte auf Besonderheiten hingewiesen werden, welche entweder für die Krise charakteristisch, im damaligen Zeitpunkt einmalig oder dann neu waren.

So auch bei der momentanen, hat sie doch in Erinnerung gerufen, dass auch Banken Konkurs gehen könnten. Für die Ombudsstelle war und ist diese Krise aber auch deshalb speziell, weil noch nie derart viele Kunden im Zusammenhang mit einem einzigen Problemkreis beim Ombudsman um Vermittlung ersuchten.

Ähnliches gilt - wenn auch nicht im gleichen Ausmass - für Produkte isländischer Banken (auch diese stellten ihre Zahlungen ein) und für die von verschiedenen Banken einer breiten Schicht der Kunden empfohlenen Produkte mit dem Absolute Return Ansatz. Auch diese erlitten - zumindest zu einem grossen Teil - ebenfalls Schiffbruch. Sie konnten den Ausführungen von Herrn Häni entnehmen, dass sich mehr als 2'000 Kunden an den Ombudsman wandten, welche direkt vom Konkurs der amerikanischen Investmentbank Lehman Brothers betroffen waren, weil sie im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Produkte dieser Bank in ihren Depots führten

Im Verlaufe unserer unzähligen Gespräche mit Kunden wurde aber noch etwas augenfällig - und darauf möchte ich im Folgenden speziell eingehen: Im Gegensatz zu früheren Krisen an den Wertschriftenmärkten ist von den momentanen Verwerfungen im Finanzsektor auch ein neuer Kundenkreis betroffen.

Viele dieser Produkte wurden nämlich Kunden verkauft, welche bisher über keine Erfahrung mit Börsengeschäften verfügten, eine äusserst geringe Risikowilligkeit aufweisen und sich grundsätzlich vom üblichen und bisher bekannten Anleger unterscheiden. Zwischenbemerkung: Ich betrachte im Folgenden der Einfachheit halber die Situation bei kapitalgeschützten Produkten von Lehman Brothers. Die Aussagen treffen aber, leicht modifiziert, durchaus auch auf die Produkte isländischer Banken oder solche nach dem Absolute Return Ansatz zu.

### **Was sind denn nun die diese Kunden verbindenden Gemeinsamkeiten?**

- Für diese Kunden stand eindeutig die Sicherheit der Anlage im Vordergrund. Sie wollten auf jeden Fall keine Kapitalverluste erleiden. Die Rendite wurde als absolut sekundär bezeichnet.
- Die Mehrzahl der Kunden verfügte über keinerlei Börsenerfahrung. Sie konnten mit elementaren Begriffen des Wertschriftengeschäfts nichts anfangen.
- In vielen Depots befand sich nur eines der besagten Produkte. Allenfalls war noch eine Kassenobligation oder ein Termingeld der Bank eingebucht. Das Geld lag vorher während Jahren, z.T. Jahrzehnten, auf einem Konto bei der Bank.
- Viele Kunden versicherten uns, dass sie nie von sich aus solche Produkte gekauft hätten. Auch seien sie nie auf die Idee gekommen, sich bei der Bank nach speziellen Anlageformen zu erkundigen. Sie behaupteten, aktiv von der Bank angegangen und zum Teil zum Kauf gedrängt worden zu sein.
- Viele Kunden haben betont, dass sie ihr Geld zu derjenigen Bank gebracht hätten, welcher sie vertrauten. Aus diesem Grund hätten sie auch ihrer Bezugsperson bei der Bank blind vertraut und gemacht, was diese ihnen empfohlen habe.
- Die überwiegende Zahl diese Kunden erklärten, das neue Produkt sei ihnen mindestens so sicher, wie die bisherige Anlage auf dem Konto geschildert worden.
- Es wurde mit dem 100%-Kapitalschutz geworben. Dabei wurden Sätze wie "... das Kapital erhalten Sie auf jeden Fall zurück..." oder "...alles was passieren kann ist, dass Sie einmal keinen Zins erhalten..." zitiert

Diese Gemeinsamkeiten veranlassten uns, nach einem beschreibenden Begriff zu suchen.

### **„Sparer im engeren Sinn“**

Wir sind der Meinung, dass der "Sparer im engeren Sinn" diese Kategorie von Kunden deshalb treffend umschreibt, weil es sich um in jeder Hinsicht risikoscheue Kunden handelt, welche ihre Ersparnisse primär sicher anlegen wollen, mithin um den klassischen Sparer. Eine Einschränkung ist aber deshalb nötig, weil nicht jeder Kunde mit einem Sparkonto automatisch auch risikoscheu ist. Deshalb "Sparer im engeren Sinn".

Zum Zweiten fragten wir uns aber auch, welche Konsequenzen sich aus dieser Umschreibung für das Verhältnis zwischen Bank und Kunde, insbesondere im Zusammenhang mit der Beratung und dem Verkauf von Wertpapieren ergeben resp. welche Schlüsse zu ziehen sind.

In der weit überwiegenden Anzahl der uns in diesem Zusammenhang unterbreiteten Fälle erfolgte der Anstoss zum Kauf des Produkts durch die Bank im Rahmen einer bestehenden, zumeist langjährigen Bankbeziehung.

## **Grundlage und Ziel der Beratung**

Aus diesem Grund bestand zwischen Kunde und Bank ein Beratungsverhältnis, welches dem Auftragsrecht gemäss Art. 394ff des Obligationenrechts untersteht und auf welches auch die Regeln des Börsengesetzes, insbesondere Art. 11 BEHG, zur Anwendung gelangen.

Ein solches Verhältnis zeichnet sich dadurch aus, dass der Berater den Kunden berät und dieser am Ende der Beratung entscheidet, ob er das Produkt kaufen will oder nicht. Weil der Kunde nur dann einen fundierten Entscheidung fällen kann, wenn er über die notwendigen Informationen verfügt, muss ihn der Berater vollständig und umfassend über das vorgeschlagene Produkt informieren und ihn über die Funktionsweise und die Vor- und Nachteile desselben aufklären.

Angesichts der Unerfahrenheit des "Sparers im engeren Sinn" darf die Bank nach Meinung des Ombudsman bei diesem Kundenkreis nicht zu viel voraussetzen. So erscheint uns z.B. zweifelhaft, dass der "Sparer im engeren Sinn" die mit einer Anlage bei einer anderen als seiner Hausbank verbundenen Risiken kennt.

Es bedarf nach Meinung des Ombudsman einer expliziten Thematisierung dieses Aspekts. Dies umso mehr, wenn durch Werbematerial, Fact-Sheets und dergleichen der äusseren Aufmachung nach der Eindruck entstehen kann, es handle sich um ein Produkt der Hausbank und mit Begriffen (100% Kapitalschutz) geworben wird, welche im landläufigen Sinn etwas anderes bedeuten.

Handelt es sich - wie vorliegend - beim Emittenten um ein ausländisches Institut, ist des Weiteren fraglich, ob dem für den "Sparer im engeren Sinn" im Vordergrund stehenden Aspekt der Sicherheit genügend Rechnung getragen wird, muss doch der Kunde bei einer Leistungsstörung gegen den ausländischen Emittenten meist im Ausland vorgehen. Ferner besteht bei einer Forderung gegen den ausländischen Emittenten das Risiko, dass das Geld aufgrund staatlicher oder anderer Eingriffe nicht transferiert werden kann. Wir haben uns deshalb folgende Frage gestellt:

- Hätte der "Sparer im engeren Sinn" das fragliche Produkt auch gekauft, wenn er von der Bank auf diese (theoretischen) Risiken aufmerksam gemacht worden wäre?
- Unsere Antwort ist in den meisten Fällen nein, steht doch für den "Sparer im engeren Sinn" - dies im Gegensatz zum mehr oder weniger erfahrenen Anleger - eindeutig die Sicherheit des Kapitals im Vordergrund.
- Kann die Bank nicht belegen, dass sie den "Sparer im engeren Sinn" über diese Risiken aufgeklärt hat, geht der Ombudsman davon aus, der Kunde sei nicht richtig aufgeklärt worden. Er erachtet in diesen Fällen den Beweis der Pflichtverletzung als erbracht und eine Ersatzpflicht der Bank als gegeben.

Von einzelnen Banken wurde im Zusammenhang mit dem Konkurs Lehman Brothers bestritten, dass überhaupt auf das Emittentenrisiko hätte hingewiesen werden müssen. Dies einerseits deshalb, weil es sich bei Lehman

Brothers um eine der grössten amerikanischen Banken mit damals noch ausgezeichnetem Rating gehandelt habe.

Diese Aussage verkennt, dass es im vorliegenden Zusammenhang nicht um die Bonität von Lehman Brothers geht. Massgebend ist, dass es sich bei Lehman Brothers um einen ausländischen Schuldner handelt. Dies führt im Vergleich zu einem Schuldner aus der Schweiz zu einer veränderten Risikosituation. Über diesen Umstand muss der "Sparer im engeren Sinn" informiert und aufgeklärt werden.

Zum anderen wurde unseren Überlegungen z.T. entgegengehalten, im Zeitpunkt der Beratung habe niemand mit einem Kollaps einer grossen amerikanischen Bank rechnen müssen, weshalb es sich - aus damaliger Perspektive - um ein vernachlässigbares Risiko gehandelt habe, welches auch aus diesem Grund nicht habe thematisiert werden müssen.

Dem bleibt zu entgegnen, dass dieses Risiko in den Überlegungen eines erfahrenen, breit diversifizierten Anlegers wohl in der Tat keine Rolle spielen dürfte. Dem Ombudsman wurde jedoch in vielen Fällen glaubhaft versichert, dass der Titel nicht gekauft worden wäre, wenn der Berater darauf hingewiesen hätte, dass dieser von einer amerikanischen Bank emittiert oder garantiert werde.

Zudem lässt diese Argumentation unberücksichtigt, dass unser Recht nicht zwischen wichtigen und unwichtigen Risiken unterscheidet. Gemäss anerkannter Lehre und Rechtsprechung ist eine Beratung nur dann vollständig und korrekt, wenn der Kunde in die Lage versetzt wird, seinen Entscheid unter Berücksichtigung sämtlicher für ihn wichtigen Aspekte zu treffen.

Entscheidet die Bank, der Kunde müsse im konkreten Fall nicht über sämtliche Aspekte, z.B. nicht über das Emittentenrisiko, aufgeklärt werden, so ist dies nicht zu beanstanden, wenn es sich um einen Kunden handelt, von welchem die Bank annehmen darf, dieses Risiko sei ihm bekannt. Ist diese Annahme jedoch falsch und verwirklicht sich das Risiko zu einem späteren Zeitpunkt, so hat die Bank die Konsequenzen ihrer fehlerhaften Annahme zu tragen.

Aufgrund dieser Überlegungen regte der Ombudsman an, "Sparer im engeren Sinn" zu entschädigen. Einzelne Banken kamen dieser Aufforderung, wenn auch mit unterschiedlichen Motiven und Begründungen, nach, andere vertraten und vertreten eine andere Auffassung.

Der Ombudsman hat dies zu akzeptieren und muss es dem Kunden überlassen, sich allenfalls an den mit den notwendigen Entscheidungskompetenzen ausgestatteten Richter zu wenden.