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 Stellungnahme zu können, und nutzen diese gerne wie folgt:

A. Einleitende Bemerkungen


B. Zusammenfassung der Positionen des Schweizerischen Bankenombudsman

(1) Die institutionelle Stärkung der Ombudsstellen wird begrüsst

Der Schweizerische Bankenombudsman 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


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 liese, 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-


(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.


In Fällen, in denen aufgrund einer sorgfältigen Vorprüfung eine erfolgreiche Schlichtung als aussichtslos erscheint, muss die Ombudsstelle zudem die Entscheidsfreiheit 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 anerkanntmassen 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


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

Dennoch existieren auch Fälle, namentlich

- Streitsachen, deren Gegenstand eine offene hochstrichterlich nicht gekürte 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.


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

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


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


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 Schlichtungsresultates 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.


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

c. Grenzen des Ombudsverfahrens

An seine Grenzen stösst das Ombudsverfahren, das als ein reines Vermittlungsverfahren aus- gestaltet 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 ge- richtlichen Verfahren entschieden wird.

Dasselbe muss gelten, wenn eine Partei sich in einem anders gelagerten Fall vom Schlichtungsprinzip des Ombudsman 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.


Nach Auffassung des Ombudsman besteht für derartige Fälle, spezifisch für Ansprüchen von finanziell nicht ausreichend potenzen Kunden mit Begehren über kleine Streitwerte, mit Bezug auf die faktische Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung wohl in der Tat eine latent unbe- friedigende Situation und damit ein gewisser Handlungsbedarf.
d. Schlussfolgerungen

Der Bankenombudsman steht daher Vorschlägen zur Bereitstellung eines kostengünstigen und raschen autoritativen Entscheidverfahrens 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 Entscheidverfahren 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.


D. Bemerkungen zu einzelnen vorgeschlagenen Bestimmungen


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 Kundenpapieres sowie sämtlicher weiterer die Kundin oder den Kunden betreffender 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.


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.


Verlangt ein Kunde vom Finanzdienstleiter 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.


2. Kapitel: Ombudsstellen
1. Abschnitt: Streitbeilegung Vermittlung


Art. 75 Grundsätze

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


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 konsequent erweiterterweise auch für sich aus solchen ergebende Streitigkeiten gilt, erscheint die Übernahme der Verfahrensgrundzüge aus dem Fernmeldebereich als, wie die nachfolgenden Kommentaren zu einzelnen Bestimmungen illustrieren, nicht zweckmäßig.

Der Artikel betreffend die Verfahrensbestimmungen ist daher zu überarbeiten, wobei sinnvoll erweiterweise 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 in 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.


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.


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 in 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 Verfahrensakten der Ombudsstelle haben. Dies ist durch die Formulierung des Gesetzestexts zu verdeutlichen.

4 Ein Vermittlungsverfahren zum 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 den 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.


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.


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 Ausräumungen vor und unternimmt sodann die ihr als geeignet und angemessen erscheinenden Vermittlungsanleihungen.


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 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 Vermittlungsanleihungen abzusehen.
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 Entscheidverfahren nach ihrer Einschätzung zu beantworten wären. gibt die

Sofern es der Ombudsstelle gestützt auf die ihr vorliegenden Informationen als sächgerecht 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 sächgerechten Vorschlag zur Streitbeilegung.

Die vorgeschlagene Verpflichtung der Ombudsstelle, eine eigene tatsächliche und rechtliche Einschätzung der Streitigkeit vorzunehmen und einen sächgerechten 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 sächgerecht 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).


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 Zivilprozessordnung 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 Verteilsschlüssel 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 bloße Delegation des Inkassos von Beiträgen bei den angeschlossenen Finanzdienstleistern hinaus möglich bleiben. Im Interesse der Klarheit gilt es, dies im Gesetzesstext ausdrücklich festzuhalten.

3. Abschnitt: Anerkennung und Informationsaustausch

Art. 82 Anerkennung und Aufsicht

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

Dieses nimmt zudem die Aufsicht über die Ombudsstellen wahr, die nicht bereits einer gleichwertigen Aufsicht durch eine andere Behörde unterstehen.

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.

Die Anerkennungs- und Aufsichtsbehörde veröffentlicht eine Liste der Ombudsstellen.

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

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

Die 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

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 EJPĐ 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.


[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 Entscheidverfahrens 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 kriegt 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 zur 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. [...] .
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


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 Verbindlich-erklärung durch ein Gericht grundsätzlich für sämtliche betroffenen Kundinnen und Kunden verbindlich sein soll.


 Angesichts dieser Erkenntnis und Erfahrung 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.

[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

[Unterschrift]

Marco Franchetti
Ombudsman