

Stärkung der Ombudsstelle

Christoph B. Bühler*

With the coming into force of the Financial Services Act (FinSA) and the Financial Institutions Act (FinIA), the ombudsman will be strengthened by being regulated by law and by obliging the financial service providers and financial institutions to join the institution. This approach is consistent with the international trend as well as with the tradition of the Swiss arbitration pro-

cedure. In addition, customers are offered an incentive to go through the ombudsman procedure by being able to refrain from carrying out a conciliation procedure in a subsequent civil process. Both parties have the opportunity to call an independent, state-recognized ombudsperson with specific expertise without thereby limiting the general procedural rights and restrictions.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gesetzliche Regelung der Streiterledigung durch die Ombudsstelle
- III. Entstehungsgeschichte
- IV. Zweck der Normierung
- V. Verfahren vor der Ombudsstelle
 1. Grundsätze des Vermittlungsverfahrens
 2. Vermittlungsgesuch
 3. Streitgegenstand und Kompetenzen der Ombudsstelle
 4. Verhältnis zu anderen Verfahren
- VI. Pflichten der Finanzdienstleister/Finanzinstitute
 1. Anschluss- und Teilnahmepflicht
 2. Informationspflicht
 3. Pflicht zur finanziellen Beteiligung
- VII. Aufnahme und Ausschluss der Finanzdienstleister und Finanzinstitute
- VIII. Voraussetzungen für die Anerkennung der Ombudsstelle
- IX. Aufsicht über die Ombudsstelle
- X. Schluss

I. Einleitung

Mit dem Inkrafttreten des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) und des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) gilt von Gesetzes wegen der Grundsatz, dass Streitigkeiten über Rechtsansprüche zwischen der Kundin oder dem Kunden und dem Finanzdienstleister oder Finanzinstitut nach Möglichkeit im Rahmen eines Vermittlungsverfahrens durch eine anerkannte spe-

zialisierte Ombudsstelle erledigt werden sollen.¹ Die Institution der Ombudsstelle wird damit erstmals gesetzlich geregelt und als unabhängige Vermittlungsinstanz für zivilrechtliche Streitigkeiten über Rechtsansprüche zwischen Finanzdienstleistern oder Finanzinstituten und ihren Kundinnen und Kunden zur Verfügung gestellt.

II. Gesetzliche Regelung der Streiterledigung durch die Ombudsstelle

Die Anforderungen an das Verfahren vor der Ombudsstelle, die Pflichten der Finanzdienstleister und Kundenberaterinnen und -berater sowie die Anerkennung der Ombudsstellen sind im Einzelnen im 5. Titel des FIDLEG² geregelt. Die Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV) konkretisiert diese Bestimmungen in Art. 98–101 und 107.

Gemäss Art. 16 Abs. 2 FINIG gelten die Bestimmungen des 5. Titels des FIDLEG über die Ombudsstellen auch für Finanzinstitute sinngemäss. Auch hierzu findet sich eine ergänzende Regelung in der Finanzinstitutsverordnung (FINIV).³ Als Finanzinstitute qualifizieren dabei – unabhängig von der Rechtsform – neben den Verwaltern von Kollektivvermögen und Fondsleitungen, welche bereits bisher den entsprechenden Regelungen des Kollektivanlagengesetzes bzw. des Börsengesetzes unterstellt waren, neu auch die gewerbmässig tätigen Vermögensverwalter von Vorsorgeeinrichtungen oder von individuellen

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Basel; Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

¹ Art. 74 FIDLEG bzw. Art. 16 FINIG i.V.m. Art. 74 FIDLEG. Gemäss Art. 95 Abs. 3 FIDLEG haben sich die Finanzdienstleister und Finanzinstitute innert sechs Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes an eine Ombudsstelle nach Art. 74 FIDLEG anzuschliessen.

² Art. 74–86 FIDLEG.

³ Art. 4 Abs. 1 lit. g und Art. 87 Abs. 2 FINIV.

Kundenvermögen sowie die Trustees und Wertpapierhäuser.⁴ Als solche gelten gemäss Art. 13 Abs. 2 FINIG sowohl Kundenhändler wie auch Eigenhändler oder die sogenannten «Market Maker».

III. Entstehungsgeschichte

Die Konzeption der alternativen Beilegung von Streitigkeiten ausserhalb der traditionellen Gerichtsverfahren,⁵ wie sie nun im Finanzsektor geregelt werden soll, wird auf die ursprünglich in Schweden zum Schutz von Bürgerrechten geschaffene Institution des Ombudswesens zurückgeführt: Als der schwedische König *Karl XII.* im Jahr 1709 nach der Niederlage Schwedens gegen Russland in die Türkei fliehen musste, bestimmte er einen Ombudsman, der sicherstellen sollte, dass die schwedische Reichsverwaltung ihre Pflichten erfüllte und die Gesetze beachtete. Der sog. «*Justitieombudsman*» modernerer Ausprägung, der im Jahr 1809 nicht mehr vom Monarchen, sondern durch den schwedischen Reichstag ins Leben gerufen wurde, war mit Kontrollbefugnissen ausgestattet worden, um die Bürger vor Eingriffen in ihre Grundrechte durch die Justiz und die Verwaltung zu schützen.⁶ Als zweites Land übernahm Finnland nach seiner Unabhängigkeit die Institution eines parlamentarischen Ombudsmans mit relativ geringfügigen Abweichungen gegenüber dem schwedischen Modell. Weitere skandinavische Länder, wie Norwegen und Dänemark, folgten nach dem Zweiten Weltkrieg. Als erstes Land ausserhalb Skandinaviens folgte Deutschland 1957 mit der Etablierung eines militärischen Ombudsmans für die neu konstituierte Bundeswehr. Danach entstanden Ombudsman-Institutionen auch ausserhalb Europas.

Später wuchs das Bewusstsein, dass alternative Streitbeilegungsmechanismen auch in anderen Bereichen mit asymmetrischen Machtstrukturen, wie

etwa im Konsumentenschutz, zur Erhöhung der Verfahrensökonomie und Entlastung der staatlichen Justiz beitragen können.⁷ Anfang der 1970er-Jahre wurden erstmals Ombudsstellen im Finanzdienstleistungssektor eingeführt, um Kundenbeschwerden rasch und kostengünstig abzuwickeln und Streitigkeiten zwischen Banken bzw. Versicherungen und deren Retailkunden⁸ auf effizientere Weise beizulegen.⁹

Man kann sich immerhin fragen, ob Anleger wirklich auch als Konsumenten zu qualifizieren sind und ob es sich bei den Finanzdienstleistungen auch um «Leistungen des üblichen Bedarfs» im Sinne des definierten Konsumentenbegriffs¹⁰ handelt. Mangels Konsumentenbeziehung im sozialschutzrechtlichen Kontext dürften derartige Vertragsverhältnisse jedenfalls zumindest im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung nicht zwangsläufig erfasst sein.¹¹ Inzwischen haben sich alternative Streitbeilegungsmodelle für den B2C-Bereich im Finanzdienstleistungssektor jedenfalls weltweit etabliert. In Europa empfahl die Europäische Kommission den EU-Mitgliedstaaten, aufgrund der Komplexität grenzüberschreitender Finanztransaktionen eine von den Banken und ihren Kunden unabhängige Vermittlungsstelle zu errichten.¹² Auf Initiative der Europäischen Kommission wurde 2001 das sog. FIN-NET geschaffen, durch welches nationale Stellen vernetzt wurden, die im Bereich der aussergerichtlichen Beilegung von

⁷ *Contratto* (Fn. 6), 217 und 221; spezifisch zur Streitschlichtung im Bereich des Konsumentenschutzes *Isaak Meier*, Ombudsstellen für Konsumentenstreitigkeiten, Vom ausgelagerten Kundendienst zu unabhängigen Begutachtungs- und Schlichtungsstellen, *AJP* 2012, 1523–1545, 1523 ff.; zur Frage, ob auch Anleger Konsumenten sind, *Rolf H. Weber/Rainer Baisch*, Hybride Streitschlichtung im Finanzdienstleistungssektor, *SZW* 2013, 191–203, 194.

⁸ Sog. «B2C»-Streitigkeiten.

⁹ Vgl. *Contratto* (Fn. 6), 217; *Valerie Meyer*, Court-connected Alternative Dispute Resolution, *Diss. Luzern*, 2005, 37 ff.; *Weber/Baisch* (Fn. 6), 779.

¹⁰ Art. 120 Abs. 2 IPRG. Vgl. auch BGE 132 II 268, E. 2.2.3.

¹¹ Vgl. etwa BGE 133 III 295, 302, E. 8.1; *Weber/Baisch* (Fn. 7), 194 f.

¹² Empfehlung der Kommission vom 30. März 1998 betreffend die Grundsätze der Einrichtungen, die für die aussergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind (98/257/EG), *ABl. EG* Nr. L 115/31 vom 17.4.1998; Empfehlung der Kommission vom 4. April 2001 über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligte aussergerichtliche Einrichtungen (2001/310/EG), *ABl. EG* Nr. L 109/56 vom 19.4.2001.

⁴ Art. 2 FINIG.

⁵ Sog. «Alternative Dispute Resolution (ADR)».

⁶ *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Europäische Ombudsman-Institutionen: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur vielfältigen Umsetzung einer Idee, *Wien* 2008, 1 ff.; *Franca Contratto*, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, *AJP* 2012, 217 ff.; *Rolf H. Weber/Rainer Baisch*, Optimierung der Rechtsdurchsetzung, Analyse am Beispiel des Finanzmarktrechts, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sorensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), *Festschrift für Isaak Meier*, Zürich 2015, 775–792, 776.

Finanzstreitigkeiten in den EWR-Ländern tätig sind.¹³ Die ADR-Richtlinie¹⁴ gibt inzwischen in allen EU-Mitgliedstaaten generell für verbraucherrelevante Sektoren einheitliche Qualitätsstandards für *Alternative Dispute Resolution*-Verfahren bei Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen vor. Nach Art. 75 von MiFiD II gilt sodann, dass die EU-Mitgliedstaaten die Einrichtung effizienter und wirksamer aussergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren von Verbrauchern über die von Wertpapierfirmen erbrachten Dienstleistungen sicherstellen müssen und dass diesbezüglich auch die grenzüberschreitende Zusammenarbeit gewährleistet sein muss.

Ausser in diesen europäischen Richtlinien finden sich entsprechende Regeln heute auch in den G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection¹⁵ sowie in den Fundamentals for a Financial Ombudsman der Weltbank.¹⁶ Deren Ausgestaltung ist allerdings international immer noch sehr unterschiedlich: In einigen Staaten sind ADR-Systeme gesetzlich zwingend vorgeschrieben; in anderen Staaten wurden demgegenüber lediglich gesetzliche Grundlagen für die privatautonome Einführung und den Betrieb solcher Streitbeilegungsmechanismen erlassen.¹⁷

Auch in der Schweiz gab es bereits vor dem Inkrafttreten des FIDLEG und des FINIG im Banken- und Versicherungsbereich Ombudsstellen, welche durch deren Branchenverbände gegründet und geregelt worden sind.¹⁸ 1972 rief der Schweizerische Versicherungsverband den Ombudsman der Privatversicherung in Form einer Stiftung ins Leben; 2002 ist diesem die SUVA beigetreten.¹⁹

Im Jahr 1993 richtete auch die Schweizerische Bankiervereinigung die Stelle des Bankenombudsmans ein, welche institutionell ebenfalls von einer Stiftung getragen war.²⁰ Seither übten diese Ombudsstellen ihre Funktion einer für Bank- und Versicherungskunden kostenlosen Vermittlungsstelle ohne Rechtsprechungsbefugnisse aus, welche durch Beiträge von Banken bzw. Versicherungen finanziert wurde und für diese freiwillig war. Immerhin ergab sich für die Mitgliedsinstitute der Schweizerischen Bankiervereinigung aus der allgemeinen vereinsrechtlichen Treuepflicht und möglichen drohenden vereinsrechtlichen Konsequenzen bei einer Missachtung dieser Pflichten wie auch aus Reputationsgründen ein gewisser faktischer Druck zur Mitwirkung am derart etablierten Bankenombudsverfahren. Das System hat sich bewährt und war erfolgreich: Der Bankenombudsman bearbeitet rund 2000 Anfragen im Jahr.²¹

Im Nachgang der Finanzkrise hat die FINMA in ihrem Vertriebsbericht 2010 das von Seiten diverser Stakeholder immer wieder geäusserte Anliegen der Schaffung einer *obligatorischen Ombudsstelle für sämtliche Finanzdienstleister* aufgenommen und sich für ein Teilnahmeobligatorium für alle Finanzdienstleister in Verbindung mit einer (beschränkten) Ent-

¹³ <http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/finnet/index_de.htm>; vgl. dazu Weber/Baisch, Streit-schlichtung (Fn. 7), 197.

¹⁴ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 165 vom 18.6.2013, 63 (ADR – Richtlinie) sowie Art. 53 Abs. 1 MiFiD.

¹⁵ Ziff. 9 der G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection vom Oktober 2011.

¹⁶ Weltbank, Resolving Disputes between Consumers and Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, Januar 2012; vgl. auch Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FILDEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8997; Weber/Baisch (Fn. 7), 195 f.

¹⁷ Peter Reichart/Richard Meyer, Klagen gegen den Finanzdienstleister im FIDLEG-Entwurf – eine kritische Würdigung, SZW 2016, 390–399, 394; *Contratto* (Fn. 6), 226 ff.; Rolf H. Weber, Anlegerschutz durch regulatorisches Enforcement, in: Rolf Sethe/Thorsten Hens/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 319 ff.; Weber/Baisch (Fn. 6), 776; Daniel Fischer, Zeitgemässe Möglichkeiten zur Konfliktbewältigung im Finanzbereich, in: Peter Isler/Romeo Cerutti (Hrsg.), Vermögensverwaltung IV, Zürich 2012, 27 ff.

¹⁸ Im Bankenbereich: <www.bankingombudsman.ch>; im Versicherungsbereich: <www.ombudsmanassurance.ch>; vgl. Reichart/Meyer (Fn. 17) 394; Peter Nobel/Nina Sauerwein, Die verfahrensrechtlichen Aspekte des FINMA-Vertriebsberichts 2010, SZW 2011, 283–292, 283; *Contratto* (Fn. 6), 227.

¹⁹ Seither «Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA», vgl. Meier (Fn. 7), 1526.

²⁰ Sog. «Stiftung Schweizerischer Bankenombudsman».

²¹ Vgl. <www.bankingombudsman.ch>, abgerufen am 27.9.2019.

scheidkompetenz der Ombudsstelle ausgesprochen.²² Der Hearingbericht des EFD stellte für die Ausgestaltung einer gestärkten Ombudsstelle zwei Varianten zur Debatte:²³

- (i) nach der *ersten Variante* wäre die Ombudsstelle als obligatorische Instanz mit Schlichtungsfunktion und einer Empfehlungskompetenz in Bezug auf die Vorfinanzierung allfälliger Prozesskosten ausgestaltet worden. Gestützt auf die Empfehlung der Ombudsstelle, dass der Bankkunde in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sei, wäre der Kunde dann berechtigt gewesen, bei einem zuständigen Zivilgericht die Vorfinanzierung seiner Prozesskosten zu verlangen, so dass das Gericht gestützt auf Art. 107 ZPO die Kosten auch im Falle einer Prozessniederlage des Bankkunden dem Finanzdienstleister auferlegt hätte.
- (ii) Nach der *zweiten Variante* hätte die Ombudsstelle für Streitsachen bis zu einem bestimmten Streitwert von beispielsweise CHF 100 000 tatsächlich als Entscheidungsinstanz amten können.

Beide Varianten vermochten sich jedoch nicht durchzusetzen. Selbst der damalige Ombudsman sprach sich gegen sie aus, weil er durch die ihm zugeordnete Rolle als «Richterhilfe» und die ihm einzuräumenden zusätzlichen Kompetenzen einen Rückgang der Kooperations- und Kompromissbereitschaft der beteiligten Institute erwartete.²⁴

Das parlamentarische Differenzbereinigungsverfahren nicht überstanden hat auch die sodann im Entwurf des FIDLEG vom 4. November 2015²⁵ noch vorgesehene Regelung, wonach Privatkundinnen

und -kunden bei einem allfälligen Zivilprozess von der Pflicht zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen und Sicherheiten befreit worden wären, falls sie vorgängig erfolglos ein Vermittlungsverfahren bei einer Ombudsstelle durchlaufen hätten. Zudem hätte der Finanzdienstleister in diesem Fall selbst bei seinem Obsiegen unter bestimmten weiteren Voraussetzungen seine eigenen Prozesskosten tragen müssen.²⁶

IV. Zweck der Normierung

Mit dem Inkrafttreten des FIDLEG und FINIG soll die Institution der Ombudsstelle nun, wie erwähnt, für den Finanzdienstleistungssektor *gesetzlich verankert* werden.²⁷

Mit der gesetzlichen Regelung soll die Institution der Ombudsstellen *gestärkt*²⁸ und «das im schweizerischen Zivilprozessrecht²⁹ seit langem verankerte und bewährte Prinzip «Zuerst schlichten, dann richten» für zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und Kundenberaterinnen und -beratern und ihren Kundinnen und Kunden ausdrücklich festgehalten» werden.³⁰ Durch die Vereinfachung der Prozesse zur Streitbeilegung in Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen soll primär der *Kundenschutz verbessert* werden.³¹ Die Schaffung einer unabhängigen Ombudsstelle für sämtliche Finanzdienstleistungen auf dem Schweizer Finanzplatz soll die Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern und Finanzinstituten «vor der Durchführung kostspieliger und risikobehafteter Gerichtsprozesse gegen ihre Vertragspartner am Point of Sale bewahren».³²

Schliesslich dürfte auch die *Erreichung der Äquivalenzkriterien* im Hinblick auf den EU-Marktzutritt aus der Schweiz ein gewisser Treiber für eine gesetzliche Regelung des Ombudsverfahrens gewesen sein.³³

²² FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen vom Oktober 2010, 24 ff.; *Franca Contratto*, FINMA-Vertriebsbericht 2010: ein Hoffnungsschimmer am Horizont für die Anleger, Jusletter vom 2. Mai 2011, N 60; *Nobel/Sauerwein* (Fn. 18), 283.

²³ EFD, Finanzdienstleistungsgesetz – Stossrichtungen möglicher Regulierung, vom 18. Februar 2013, 25 f.

²⁴ Vgl. Schweizerischer Bankenombudsman, Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG): Stellungnahme zum Hearingbericht über die Stossrichtungen einer möglichen Regulierung, vom 28. März 2013, 3; vgl. auch *Christian Rehm/Thomas Werlen*, Paradigmenwechsel in der Primärmarktregulierung II.–IV., in: Thomas Reuter/Thomas Werlen (Hrsg.), *Kapitalmarkttransaktionen IX*, Zürich/Basel/Genf 2014, 55 ff., 99.

²⁵ AS 2015 192 ff.

²⁶ Art. 114a Abs. 1 E-ZPO.

²⁷ Art. 74–86 FIDLEG und Art. 16 FINIG.

²⁸ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8917.

²⁹ Vgl. heute Art. 197 ZPO.

³⁰ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8996.

³¹ FINMA-Vertriebsbericht 2010, 43.

³² FINMA-Vertriebsbericht 2010, 7.

³³ Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8913; *Weber/Baisch* (Fn. 6), 791.

V. Verfahren vor der Ombudsstelle

1. Grundsätze des Vermittlungsverfahrens

Gemäss Art. 75 Abs. 1 FIDLEG muss das Verfahren vor der Ombudsstelle «unbürokratisch, fair, rasch, unparteiisch und für die Kundin oder den Kunden kostengünstig oder kostenlos» sein. Diese Grundsätze entsprechen den «allgemeinen und internationalen Standards» für Vermittlungsverfahren,³⁴ wie etwa den G20 High-Level-Principles on Financial Consumer Protection, Ziff. 9:

«Jurisdictions should ensure that consumers have access to adequate complaints handling and redress mechanisms that are accessible, affordable, independent, fair, accountable, timely and efficient. Such mechanisms should not impose unreasonable cost, delays or burdens on consumers. In accordance with the above, financial services providers and authorised agents should have in place mechanisms for complaint handling and redress.»

Das Verfahren soll zudem – wie das Schlichtungsverfahren gemäss Art. 205 Abs. 1 ZPO – *vertraulich* sein. Entsprechend dürfen die im Rahmen des Vermittlungsverfahrens gemachten Aussagen der Parteien sowie die zwischen den Parteien und der Ombudsstelle geführte Korrespondenz in einem anderen Verfahren, namentlich einem späteren Zivilprozess, nicht verwendet werden.³⁵ Die Parteien haben auch keinen Anspruch auf Einsicht in die Korrespondenz der Ombudsstelle mit der jeweils anderen Partei.³⁶

Das FIDLEG räumt den Ombudsstellen innerhalb dieser Rahmenbedingungen einen weitgehenden Gestaltungsspielraum zur Regelung des Verfahrens ein. Sie werden durch die Anerkennungsvoraussetzung in Art. 84 Abs. 2 lit. d FIDLEG jedoch verpflichtet, ein *Verfahrensreglement* zu erlassen, aus dem hervorgeht, wie das Vermittlungsverfahren konkretisiert worden ist.

Vorbehältlich anderer Parteiabsprachen wird das Verfahren nach Wahl der Gesuchstellerin oder des

Gesuchstellers in einer *Amtssprache des Bundes* durchgeführt.³⁷

2. Vermittlungsgesuch

Das Verfahren vor der Ombudsstelle wird eingeleitet durch ein Vermittlungsgesuch. Dieses ist gemäss Art. 75 Abs. 4 FIDLEG zuzulassen, wenn es den Vorgaben gemäss Verfahrensreglement entspricht (lit. a) und noch keine andere Instanz mit der Streitsache befasst ist oder war (lit. d). Ausserdem muss die Kundin oder der Kunde den Finanzdienstleister über ihren oder seinen Standpunkt bereits informiert haben oder versucht haben, eine Einigung zu finden (lit. b), und das Gesuch darf nicht offensichtlich missbräuchlich sein oder in der gleichen Sache bereits ein Vermittlungsverfahren durchgeführt worden sein (lit. c).

Die Finanzinstitute, die von einem Vermittlungsgesuch betroffen sind, *müssen* am Verfahren teilnehmen und haben den Vorladungen, Aufforderungen zur Stellungnahme sowie den Auskunftsanfragen der Ombudsstellen fristgerecht nachzukommen.³⁸ Keine vergleichbare Teilnahmepflicht besteht indessen für die Kunden; diese müssen nicht am Ombudsverfahren teilnehmen, wenn ein Finanzdienstleister gegen sie vorgehen möchte und ein Vermittlungsgesuch bei der Ombudsstelle einreicht.³⁹

3. Streitgegenstand und Kompetenzen der Ombudsstelle

Gegenstand des Vermittlungsverfahrens können nicht nur eigentliche zivilrechtliche Streitigkeiten über Forderungen sein, sondern *jegliche Art von Rechtsansprüchen*, wie zum Beispiel der Herausgabeanspruch von Dokumenten.⁴⁰

Die Ombudsstelle trifft die zweckmässigen Massnahmen für die Durchführung des Vermittlungsverfahrens.⁴¹ Sie hört die Parteien an und gibt ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dabei würdigt sie die Sach- und Rechtslage frei und darf keine Weisungen entgegennehmen.⁴² Die Ombudsstelle *vermittelt*

³⁴ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8997; vgl. auch *Rehm/Werlen* (Fn. 24), 100; *Contratto* (Fn. 6), 236 f.; *Hans Harald Otto Gude*, Der Ombudsmann der privaten Banken in Deutschland, Grossbritannien und der Schweiz, Diss. Bonn 1998, 195 ff.

³⁵ Art. 75 Abs. 2 FIDLEG.

³⁶ Art. 75 Abs. 3 FIDLEG.

³⁷ Art. 75 Abs. 5 FIDLEG.

³⁸ Art. 78 FIDLEG; Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8999.

³⁹ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8998; *Reichert/Meyer* (Fn. 17), 395.

⁴⁰ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8997.

⁴¹ Art. 75 Abs. 7 FIDLEG.

⁴² Art. 75 Abs. 6 FIDLEG.

jedoch nur; sie verfügt über *keine Entscheidungskompetenz*.⁴³ Soweit sich keine Einigung erzielen lässt oder eine solche aussichtslos erscheint, kann die Ombudsstelle immerhin eine Einschätzung der Streitigkeit vornehmen und diese in die Verfahrensabschlussmitteilung als Vorschlag für die Streitbeilegung aufnehmen.⁴⁴ Diese Befugnis der Ombudsstelle wird in der Lehre teilweise kritisiert, weil sie «*in einem unauflösbaren Widerspruch*» dazu stehe, dass die Aussagen der Parteien sowie die zwischen den Parteien und der Ombudsstelle geführte Korrespondenz nicht in einem anderen Verfahren verwendet werden dürfen.⁴⁵

4. Verhältnis zu anderen Verfahren

Die Einreichung eines Vermittlungsgesuchs bei einer Ombudsstelle schliesst eine Zivilklage nicht aus und verhindert eine solche auch nicht,⁴⁶ d.h., das Vermittlungsverfahren vor der Ombudsstelle bleibt grundsätzlich unabhängig von einem allgemeinen Zivilverfahren. Hat das Finanzinstitut ein Vermittlungsgesuch gestellt, so steht der Kundin oder dem Kunden somit unverändert der Zugang zu den ordentlichen Gerichten offen. Den Finanzdienstleister trifft demgegenüber eine Pflicht zur vorgängigen Teilnahme am Verfahren vor der Ombudsstelle, wenn eine Kundin oder ein Kunde ein Vermittlungsgesuch stellt.⁴⁷ Die Unabhängigkeit des Vermittlungsverfahrens vor der Ombudsstelle vom Zivilverfahren bedeutet aber auch, dass sämtliche Verfahrensrechte und -garantien gemäss Art. 6 EMRK den Parteien damit vollständig erhalten bleiben, namentlich in Bezug auf die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit, wie auch in Bezug auf den Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches, gesetzliches Gericht.⁴⁸

Art. 76 Abs. 2 FIDLEG relativiert den Grundsatz der Unabhängigkeit des Vermittlungsverfahrens vor der Ombudsstelle vom Zivilverfahren insoweit, als die klagende Partei nach Durchführung eines Verfahrens vor einer Ombudsstelle einseitig auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nach Art. 197 ZPO

verzichten kann. Diese Ausnahme wird damit begründet, dass die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, wie es die ZPO vor dem Entscheidungsverfahren vorsieht, in den Fällen, wo bereits ein Verfahren zur Vermittlung erfolglos durchgeführt wurde, nicht mehr sinnvoll sei.⁴⁹ Einfluss auf das Vermittlungsverfahren hat der Zivilprozess ausserdem insoweit, als die Ombudsstelle das Verfahren gemäss Art. 76 Abs. 3 FIDLEG zu beenden hat, sobald eine Schlichtungsbehörde, ein Gericht, ein Schiedsgericht oder eine Verwaltungsbehörde mit der Sache befasst ist.

Während etwa die Verfahrensordnung für den Schweizerischen Bankenombudsman in Art. 2 Ziff. 2.3 noch klarstellte, dass die Anrufung des Ombudsmanns «*den Lauf von rechtlichen Fristen wie Verjährungs-, Verwirkungs-, Gerichts- oder Verwaltungsfristen nicht unterbricht oder hemmt*», äussern sich weder das FIDLEG noch die Botschaft zum FIDLEG/FINIG zur Frage der Wirkung des nun gesetzlich geregelten Ombudsverfahrens auf die Verjährung einer Forderung. Da das Verfahren vor der Ombudsstelle grundsätzlich keinen Einfluss auf den Gang des ordentlichen Zivilprozesses hat und die Ombudsstelle auch kein staatliches Gericht oder Schiedsgericht im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR darstellt, lässt eine Eingabe an die Ombudsstelle nach der hier vertretenen Auffassung *keine Rechtshängigkeit* entstehen, womit auch die Verjährung nicht unterbrochen wird.⁵⁰ Entsprechend kommt auch einem im Ombudsverfahren abgeschlossenen Vergleich nur die Bedeutung eines privatrechtlichen Vertrages zu.⁵¹ In der Lehre wird daher kritisiert, das Verfahren vor der Ombudsstelle sei «*nicht gleichwertig mit dem Schlichtungsverfahren*», welches sich als kostengünstiges und rasches Vermittlungsverfahren vor einem staatlichen Gericht bewährt habe; es sei vielmehr ein «*Schlichtungsverfahren zweiter Klasse*».⁵² Teilweise wird auch bezweifelt, dass die Ombudsstellen überhaupt einen wesentlichen Beitrag zur Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern bzw. Finanzinstituten und Kundinnen oder Kunden leisten

⁴³ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8997; so auch *Reichhart/Meyer* (Fn. 17), 395.

⁴⁴ Art. 75 Abs. 8 FIDLEG.

⁴⁵ *Reichhart/Meyer* (Fn. 17), 396.

⁴⁶ Art. 76 Abs. 1 FIDLEG.

⁴⁷ Art. 78 Abs. 1 FIDLEG.

⁴⁸ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8998.

⁴⁹ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 16), 8998.

⁵⁰ So auch *Reichhart/Meyer* (Fn. 17), 395; *Robert Däppen*, Art. 135 N 6c und 7, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, 6. Aufl. Basel 2015.

⁵¹ *Contratto* (Fn. 6), 241 f.; *Reichhart/Meyer* (Fn. 17), 395.

⁵² *Reichhart/Meyer* (Fn. 17), 395.

können⁵³. Gegen diese Einschätzung sprechen allerdings nicht nur die internationale Entwicklung im Bereich alternativer Streitbeilegungsmechanismen, sondern auch die Nachfrage und der gute Leistungsausweis der bewährten Ombudsstellen im Banken- und Versicherungsbereich.⁵⁴

VI. Pflichten der Finanzdienstleister und Finanzinstitute

1. Anschluss- und Teilnahmepflicht

In Abweichung von den Vorschlägen im Hearingbericht des EFD kommt den Ombudsstellen, wie erwähnt, keine Entscheidungsbefugnis zu; vorgesehen ist in Art. 77 FIDLEG vielmehr eine *Anschlusspflicht der Finanzdienstleister* sowie die *zwingende Teilnahme* an einem Verfahren im Anschluss an ein entsprechendes Gesuch eines Kunden,⁵⁵ die Mitwirkungspflicht umfasst dabei namentlich die Sachverhaltserstellung und die Teilnahme an den Verhandlungen.⁵⁶

Die Einzelheiten der rechtlichen Ausgestaltung des Anschlusses an eine anerkannte Ombudsstelle bestimmen sich nach dem Organisationsreglement der Ombudsstelle. Gleiches gilt für die Rechte und Pflichten der Finanzinstitute gegenüber der Ombudsstelle.⁵⁷

Auch wer als Finanzinstitut im Sinne von Art. 2 FINIG qualifiziert, muss sich gemäss Art. 16 Abs. 1 FINIG spätestens mit der Aufnahme seiner Tätigkeit einer nach Art. 87 FIDLEG seitens des EFD anerkannten Ombudsstelle anschliessen.⁵⁸ Damit werden nicht nur Streitigkeiten, die Finanzdienstleistungen im Sinne des FIDLEG zum Gegenstand haben, sondern auch Ansprüche aus weiteren Dienstleistungen im Finanzmarkt erfasst.⁵⁹

2. Informationspflicht

Die Finanzdienstleister und Finanzinstitute müssen ihre Kundinnen und Kunden sodann über die Möglichkeit eines Vermittlungsverfahrens durch eine Ombudsstelle *informieren*.⁶⁰ Den Ombudsstellen soll damit eine grössere Bedeutung zukommen.⁶¹

3. Pflicht zur finanziellen Beteiligung

Finanziert werden die Ombudsstellen wie bisher primär durch die ihnen angeschlossenen Finanzdienstleister und Finanzinstitute, welche nebst einem regelmässigen Beitrag auch die individuellen Verfahrensgebühren zu tragen haben.⁶²

Den Finanzdienstleistern und -instituten dürfen damit die Regulierungskosten zunehmen, soweit diese nicht auf die Kundinnen und Kunden überwältigt werden. Durch die Stärkung der Ombudsstellen dürfte aber auch die Anzahl der alternativen Streitbeilegungsverfahren anwachsen. Zumindest teilweise werden damit voraussichtlich auch die Gebühren für die Finanzdienstleistungen weiter steigen.

VII. Aufnahme und Ausschluss der Finanzdienstleister und Finanzinstitute

Eine Ombudsstelle ist grundsätzlich verpflichtet, einen Finanzdienstleister oder ein Finanzinstitut aufzunehmen, wenn er oder es die Anschlussvoraussetzungen erfüllt.⁶³ Die Anschlussvoraussetzungen müssen sich dabei auf objektive Kriterien (Art der gehaltenen Bewilligung und Beaufsichtigung, Geschäftsmodell, Grösse, Branchenzugehörigkeit, Mitgliedschaft in einer Branchenorganisation) beziehen.⁶⁴ Erfüllt ein einzelner Finanzdienstleister bzw. ein einzelnes Finanzinstitut die Anschlussvoraussetzungen keiner anerkannten Ombudsstelle und ist es ihm auch nicht möglich oder zumutbar, die für die Erfüllung der Anschlussvoraussetzungen erforderlichen Anpassungen vorzunehmen, so kann das EFD die Ombudsstelle, die dafür am besten geeignet ist,

⁵³ Harald Bärtschi, Finanzmarktregulierung im Fluss: zum neuen Finanzinstituts- und Finanzdienstleistungsgesetz, SZW 2014, 459–491, 488.

⁵⁴ So auch Weber/Baisch (Fn. 6), 779 f.; vgl. ferner Reichhart/Meyer (Fn. 17), 394, wonach der Bankenombudsman rund 2000 Anfragen pro Jahr bearbeitet.

⁵⁵ Art. 78 FIDLEG.

⁵⁶ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 8999.

⁵⁷ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 8999.

⁵⁸ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 8999.

⁵⁹ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 9024.

⁶⁰ Art. 79 FIDLEG.

⁶¹ Reichhart/Meyer (Fn. 17), 394 f.; Rehm/Werlen (Fn. 24), 100.

⁶² Art. 75 Abs. 1 und Art. 80 FIDLEG; Art. 99 FIDLEV.

⁶³ Art. 81 FIDLEG.

⁶⁴ Art. 101 Abs. 3 FIDLEV.

zur Aufnahme dieses Finanzdienstleisters bzw. Finanzinstituts verpflichten.⁶⁵

Finanzdienstleister, die ihren Pflichten nach FIDLEG wiederholt nicht nachkommen, werden von der Ombudsstelle ausgeschlossen.⁶⁶

VIII. Voraussetzungen für die Anerkennung der Ombudsstelle

Gemäss Art. 84 Abs. 1 FIDLEG bedürfen die Ombudsstellen einer Anerkennung des EFD, wobei diese Kompetenz innerhalb des EFD auch an ein Bundesamt delegiert werden kann.⁶⁷ Das EFD veröffentlicht gemäss Art. 84 Abs. 3 FIDLEG eine Liste der von ihm anerkannten Ombudsstellen. Gemäss Art. 88 FIDLEG kann das EFD mit der FINMA, der Aufsichtsorganisation, der Registrierungsstelle und der Prüfstelle die nicht öffentlich zugänglichen *Informationen austauschen*, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Über diesen Informationsaustausch ist sichergestellt, dass auch die weiteren involvierten Behörden über die für sie notwendigen Informationen über die anerkannten Ombudsstellen verfügen.⁶⁸

Die Anerkennung setzt voraus, dass die Ombudsstelle organisatorisch und finanziell *unabhängig, unparteiisch, transparent und effizient* ist und keine Weisungen entgegennimmt.⁶⁹ Die mit der Vermittlung beauftragten Personen müssen sodann über die erforderlichen *Fachkenntnisse* hinsichtlich Finanzinstrumenten, Finanzdienstleistungen, Finanz- und Kapitalmarkt sowie im Bereich der Vermittlung verfügen.⁷⁰ Schliesslich wird vorausgesetzt, dass die Ombudsstelle über die *notwendigen Reglemente* verfügt, namentlich ein Organisationsreglement,⁷¹ ein Verfahrensreglement⁷² sowie eine Beitrags- und Kostenordnung gemäss Art. 80 FIDLEG.⁷³

Die *finanzielle Unabhängigkeit* der Ombudsstelle wird gewährleistet, indem diese – wie auch der bereits bestehende Schweizerische Bankenombudsmann – primär durch die ihr angeschlossenen Finanzdienst-

leister, Kundenberaterinnen und Kundenberater und Finanzinstitute finanziert werden. Dabei können die Branchenorganisationen als Inkassostelle fungieren und die Beiträge bei ihren Mitgliedern einfordern.⁷⁴ Die Beiträge sind in der Beitrags- und Kostenordnung der betreffenden Ombudsstelle verursachergerecht zu bemessen.⁷⁵ Die Finanzierung setzt sich neben einem regelmässig zu entrichtenden Beitrag auch aus individuellen Verfahrensgebühren zusammen⁷⁶. Die Kundinnen und Kunden können insofern finanziell beteiligt werden, als ihnen gemäss der einschlägigen Beitrags- und Kostenordnung der Ombudsstelle eine geringe Verfahrensgebühr auferlegt werden darf.⁷⁷

In organisatorischer Hinsicht sind die Ombudsstellen unabhängig, indem sie ihre Rechtsform selber wählen und die nötigen Organe bestimmen können; sie verfügen insoweit über eine weitgehende *Organisationsautonomie*. Die Anerkennung durch das EFD setzt jedoch immerhin voraus, dass die Ombudsstellen funktionsfähig sind und ein Organisationsreglement erlassen, aus dem hervorgeht, wie die Ombudsstellen von ihrer Gestaltungsfreiheit in organisatorischer Hinsicht Gebrauch gemacht haben.⁷⁸ Sie dürfen zudem keine Weisungen von Dritten entgegennehmen.⁷⁹

Dem *Transparenzerfordernis* kommt die Ombudsstelle namentlich durch die Pflicht zur Berichterstattung nach. Die regelmässige Rechenschaftsablage trägt zur Bildung eines nachhaltigen Vertrauens in das ordnungsgemässe Funktionieren der Institution der Ombudsstelle bei.⁸⁰ Gemäss Art. 86 FIDLEG muss die Ombudsstelle jährlich einen *Tätigkeitsbericht veröffentlichen*, was bereits heute der Usanz der bestehenden Ombudsstellen entspricht.⁸¹

⁶⁵ Art. 100 Abs. 3 FIDLEV.

⁶⁶ Art. 82 FIDLEG.

⁶⁷ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 9001.

⁶⁸ Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 9001.

⁶⁹ Art. 84 Abs. 2 lit. a FIDLEG.

⁷⁰ Art. 82 Abs. 2 lit. b FIDLEG.

⁷¹ Art. 82 Abs. 2 lit. c FIDLEG.

⁷² Art. 82 Abs. 2 lit. d FIDLEG.

⁷³ Art. 82 Abs. 2 lit. e FIDLEG.

⁷⁴ Art. 99 Abs. 1 FIDLEV; vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 9000.

⁷⁵ Art. 80 FIDLEG; Art. 99 Abs. 2 FIDLEV.

⁷⁶ *Rehm/Werlen* (Fn. 24), 100.

⁷⁷ Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 9000.

⁷⁸ Art. 84 Abs. 2 lit. c FIDLEG.

⁷⁹ Art. 82 Abs. 2 lit. a und Art. 75 Abs. 6 FIDLEG.

⁸⁰ Vgl. *Contratto* (Fn. 6), 243 f.; *Thomas von Hippel*, *Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen*, Tübingen 2000, 252 und 264 f.

⁸¹ Vgl. Botschaft FIDLEG/ FINIG (Fn.16), 9002.

IX. Aufsicht über die Ombudsstelle

Die Erfüllung der Anschlusspflicht wird durch die FINMA geprüft, soweit diese das betreffende Finanzinstitut direkt beaufsichtigt. Dies trifft gemäss Art. 61 Abs. 3 FINIG auf die Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitungen und Wertpapierhäuser zu. Bei den Vermögensverwaltern und Trustees, welche von der FINMA unter Beizug einer Aufsichtsorganisation nach FINMAG beaufsichtigt werden,⁸² erfolgt die Überprüfung des Anschlusses an eine anerkannte Ombudsstelle durch die entsprechende Aufsichtsorganisation.⁸³ Nur falls keine solche nach Art. 61 Abs. 1 FINIG besteht, wird die Aufsicht auch über die Vermögensverwalter und Trustees subsidiär direkt durch die FINMA wahrgenommen⁸⁴ und entsprechend auch die Erfüllung der Anschlusspflicht durch die FINMA geprüft.

X. Schluss

Die aussergerichtliche Streitbeilegung im Finanzsektor steht im Einklang mit der internationalen Entwicklung wie auch in Übereinstimmung mit der Tra-

dition des in der Schweiz typischen Schlichtungsverfahrens. Das Ombudswesen wird dabei durch die gesetzliche Verankerung und die Anschlusspflicht für die Finanzdienstleister und Finanzinstitute gestärkt. Den Kunden wird zusätzlich ein Anreiz geboten, das Ombudsverfahren zu durchlaufen, indem sie in einem allfällig nachfolgenden Zivilprozess auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nach Art. 197 ZPO verzichten können.⁸⁵ Beide Parteien haben damit die Möglichkeit, eine unabhängige, unparteiische, mit spezifischen Fachkenntnissen ausgestattete und staatlich anerkannte Ombudsstelle anzurufen, ohne dass dadurch die allgemeinen Verfahrensrechte und -garantien eingeschränkt werden oder allzu stark in die Konzeption des geltenden Zivilprozessrechts eingegriffen wird. Mit diesen begrüssenswerten Änderungen wird die justizförmige Rechtsdurchsetzung durch ein sinnvolles und bewährtes Instrument ergänzt. Die in der Praxis des Banken- und Versicherungssektors bereits bisher etablierte Institution der alternativen einvernehmlichen Streitbeilegung dürfte damit künftig im gesamten Finanzdienstleistungsbereich weiter an Bedeutung gewinnen.

⁸² Art. 61 Abs. 1 FINIG.

⁸³ Vgl. Art. 43b Abs. 1 FINMAG und sinngemäss Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn.16), 8999.

⁸⁴ Art. 61 Abs. 4 FINIG.

⁸⁵ Art. 76 Abs. 2 FIDLEG.