

Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA)
Herr Dr. Oliver Zibung
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

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

policy@finma.ch

www.bankingombudsman.ch

Zürich, 28. April 2011

FINMA Vertriebsbericht 2010

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren

Aufgrund der Untersuchungsergebnisse der FINMA in den Fällen Madoff und Lehman Brothers wurden Mängel im Bereich des Kundenschutzes beim Erwerb von Finanzprodukten festgestellt, weshalb im Vertriebsbericht vom 10. November 2010 verschiedene Problemfelder diskutiert und Handlungsoptionen vorgeschlagen werden. Das von der FINMA beobachtete Kräfteungleichgewicht zwischen Finanzdienstleistern und Privatkunden und die zum Teil wegen Verkaufsdruck entstehenden Interessenkonflikte zeigten sich dem Bankenombudsman (BOM) bereits anlässlich früherer Börseneinbrüche. Sie manifestierten sich aber in der aktuellen Finanzkrise in nie gesehenem Ausmass im Zusammenhang mit dem Verkauf neu aufgekommener, als sicher bezeichneter Produkte (kapitalgeschützte strukturierte, insb. Lehman Brothers, und Absolute Return) an extrem risikoaverse, völlig unerfahrene und ihrem "Berater" blind vertrauende Kunden - vom BOM im Geschäftsbericht 2008 zur Veranschaulichung dieses Kundensegmentes als "Sparer im engeren Sinn" bezeichnet. Nicht nur die "Beratungsleistung" erschien in diesen Fällen häufig zweifelhaft. Vielmehr zeigten sich in manchmal erschreckender Weise Schwierigkeiten, bei der Aufarbeitung Recht und Rechtsprechung durchzusetzen und Grundsätzen der Billigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Angesichts dieser Erfahrungen teilt der BOM die Meinung, dass Handlungsbedarf besteht, und schätzt es deshalb, zu Ihren Vorschlägen Stellung nehmen zu

können. Dabei konzentrieren wir uns auf die praktischen Aspekte und damit Kapitel 7. Handlungsoptionen, können wir uns doch der Schilderung der Problemfelder praktisch vollständig anschliessen. Auf einen Kommentar zu den aufsichtsrechtlichen Massnahmen und zur kurz- und langfristigen Regulierung verzichten wir bewusst. Ebenso wenig äussern wir uns zu Themenkreisen, die den BOM bzw. dessen Tätigkeit nicht tangieren.

Bitte beachten Sie, dass die vorliegende Vernehmlassung die Sicht des Bankenombudsman aus dem Blickwinkel der Praxis wiedergibt und sich der Stiftungsrat der Stiftung Schweizerischer Bankenombudsman eine eigene Stellungnahme vorbehält. Er hat im Hinblick auf das 20-jährige Jubiläum der Stiftung und im Lichte der aktuellen Finanzkrise eine "Evaluation Schweizerischer Bankenombudsman (BOM)" in Auftrag gegeben. Diese Studie soll im Wesentlichen das aktuelle Konzept analysieren und mit ausländischen Systemen vergleichen, Arbeitsweise und Aufgabenerfüllung des Bankenombudsman seit Gründung hinterfragen sowie einen Ausblick mit Handlungsoptionen und allenfalls Empfehlungen aufzeigen. Der Stiftungsrat wird sich gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt erlauben, seine auf diese Evaluation gestützten Erkenntnisse der FINMA zur Kenntnis zu bringen.

7.1 Kundensegmentierung

Sollen Kunden bezüglich Anlagefragen kompetent - dies heisst im vorliegenden Zusammenhang entsprechend ihren persönlichen Verhältnissen - beraten werden, so dürfte schon aus Praktikabilitäts- bzw. wirtschaftlichen Gründen eine gewisse Kundensegmentierung unabdingbar sein. Allerdings ist der BOM der Meinung, dass die Grundlage für jede Kundenbeziehung die Erstellung eines Kunden- bzw. Risikoprofils bildet (siehe dazu auch Anmerkungen unter 7.4.a). Kunden, die sich weigern, die notwendigen Angaben zu liefern, haben dies mit ihrer Unterschrift zu bezeugen. Diese dürfen danach im Prinzip auch nicht beraten werden. Aufträge dieser Kunden sind nur als "Execution-only" möglich. Die Hauptsegmentierung hat demnach entlang der Linie Beratungs- und Vermögensverwaltungskunden einerseits und Execution-only-Kunden andererseits zu erfolgen. Der Finanzdienstleister ist anschliessend frei, ob bzw. wie er die Beratungs- und Vermögensverwaltungskunden in Segmente einteilen will. Denkbar sind Aufteilungen nach Risikoklassen oder nach Vermögensgrössen. Allerdings ist bei einer Differenzierung nach Vermögensgrösse vor dem Trugschluss zu warnen, ein Kleinanleger sei generell risikoavers wie umgekehrt auch vermögende Anleger nicht gerne Geld verlieren und deshalb keineswegs von vornherein als risikofreudig gelten können. Im Vordergrund sollte deshalb eine Segmentierung abhängig von den Anlagekenntnissen des Kunden stehen. Die FINMA verweist in ihrem Vertriebsbericht auf Studien, nach welchen Kunden ihre Fähigkeiten massiv überschätzen. Dies deckt sich mit den Beobachtungen des BOM. Er stellt aber auch fest, dass Bankberater in der Tendenz die Kenntnisse ihrer Kunden überschätzen. Diese fatale Konstellation ist bei einer Kundensegmentierung zwingend zu berücksichtigen.

Richtig und massvoll angewandt - insbesondere sollten opting-in und opting-out Möglichkeiten bestehen -, kann die Kundensegmentierung als Ergänzung der Anlegerprofile dazu beitragen, dem einzelnen Kunden auch effektiv für ihn geeignete Produkte anzubieten resp. zur Auswahl zu stellen und damit das Risiko von Fehlberatungen zu mindern.

7.2 Ombudsstelle

Aufgrund seiner langjährigen Erfahrungen fühlt sich der BOM zur Frage der Ombudsstellen besonders zur Meinungsäußerung legitimiert und geht deshalb auf diese Handlungsoption ausführlich ein. Grundsätzlich sieht er dabei keinen Anlass, die bewährte Institution grundlegend zu ändern, hingegen sind dort Korrekturen vorzunehmen, wo sich Mängel gezeigt haben.

a) Grundlage oder Statut der Ombudsstelle

Zur Opportunität eines Finanzdienstleistungsgesetzes möchte sich der BOM nicht äussern.

Wie später begründet wird, lehnt der BOM eine für die gesamte Finanzbranche zuständige Ombudsstelle ab. Die aktuelle Lösung der Banken im Rahmen der Selbstregulierung hat sich - mit gewissen Vorbehalten - bewährt, so dass eine Verankerung der Ombudsstelle in einem Gesetz nicht als zwingend erscheint. Eine der Einschränkungen betrifft die Nichtzuständigkeit für Banken, die nicht Mitglied der Bankiervereinigung sind. Abhilfe könnte wohl dadurch geschaffen werden, dass die Mitgliedschaft bei einem Ombudsman-System für Banken als Bewilligungsvoraussetzung definiert wird.

b) Zuständigkeit

Der BOM sieht keinen Vorteil in einer Zusammenführung der heute bestehenden Ombudsstellen und spricht sich deshalb dagegen aus. Ursache und Auslöser des Vorschlags sind die Erkenntnisse aus der vergangenen Finanzkrise. Dabei wird übersehen, dass ausserhalb von Finanzkrisen Anlagefragen lediglich 10 bis 20% der vom BOM zu behandelnden Fälle ausmachen. Zu "normalen" Zeiten beschlagen die Anfragen von Kunden das ganze Spektrum der von Banken angebotenen Dienstleistungen. Vergleichbares gilt unseres Wissens für den Ombudsman der Privatversicherungen und der SUVA. Dieser behandelt primär Fragen zu Sachversicherungen. Es gibt deshalb keinen Grund, etwas an der bestehenden fachlichen Zuständigkeit zu ändern.

Auch die Kunden haben offenbar - so sie denn überhaupt von der Möglichkeit wissen, eine Ombudsstelle in Anspruch nehmen zu können - keine Mühe, die richtige Instanz zu finden. Jedenfalls müssen wir nur selten Kunden an den Ombudsman der Privatversicherungen verweisen (was meist formlos durch Weiterleitung des Dossiers geschieht) und soweit feststellbar noch nie an den Ombudsman der Krankenversicherungen. Fälle, wo sowohl eine Versicherung als auch eine Bank involviert waren, lassen sich an einer Hand abzählen und wurden informell gemeinsam bzw. in Absprache mit dem Ombudsman der Privatversicherungen bearbeitet. Im Übrigen haben gerade die hektischen Zeiten am Höhepunkt der vergangenen Finanzkrise gezeigt, dass es die Kunden sehr schätzen, auf Anhieb mit einer kompetenten Person sprechen zu können, statt, nach einer ersten Darlegung des Falles, an die intern zuständige Stelle weitergeleitet zu werden. Diese Überlegung gilt selbst im Fall, dass die Vorgabe der Gründer des BOM, dem Ombudsman sei durch eine klar benannte Person ein Gesicht zu geben, nicht (mehr) aktuell sein sollte, reagieren doch die Kunden sehr positiv, wenn sie sich - nachdem sie bei der Bank erfolglos gegen eine anonyme Phalanx angerannt waren - an eine Person und nicht an eine anonyme Stelle wenden können.

c) Aussenstellen

Es liegt auf der Hand, dass die von der FINMA angeregte Schaffung von Aussenstellen den Ombudsman physisch näher zum Kunden bringen würde. Die vereinfachte Möglichkeit der persönlichen Vorsprache würde sich gerade für weniger schreibgewandte Kunden positiv auswirken. Allerdings wurde bis anhin das Fehlen solcher Aussenstellen nur wenig bemängelt. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass seit einigen Jahren unterschiedliche Telefonnummern für Anrufe aus der deutschen Schweiz und solche aus der lateinischen Schweiz definiert sind.

Im Lichte der "betrieblichen" Bedürfnisse ist eine Dezentralisierung abzulehnen. Bei der Arbeit des BOM nehmen Aspekte der Billigkeit grossen Raum ein. Da diesbezüglich meist Neuland beschritten wird, ist eine Unité de doctrine unabdingbar und ohne intensiven persönlichen Austausch zwischen den bearbeitenden Personen nur schwer umzusetzen.

d) Entscheidbefugnis

Der BOM lehnt die Kompetenz, Fälle (mit kleinerem Streitwert) verbindlich zu entscheiden, ab, vertritt er doch dezidiert die Meinung, dass die Aufgabe des Schlichters nicht mit derjenigen des Richters zu vereinbaren ist und in der Praxis zu einer suboptimalen Erfüllung beider Aufgaben führen müsste. Der BOM bedurfte und bedarf auch keiner Spruchkompetenz, folgten und folgen doch die Banken normalerweise seinen Empfehlungen. Nur wenn dies nicht der Fall ist, muss gezielt Abhilfe geschaffen werden - Ansätze dazu werden weiter unten aufgezeigt.

Fakten

- Dem BOM wurden im Jahre 2007 - die letzten beiden Jahre fielen aufgrund der Finanzkrise aus dem Rahmen - 1'476 Fälle unterbreitet.
- 730 Fälle liessen sich am Telefon klären, 746 Fälle wurden dem BOM schriftlich unterbreitet.
- Bei einer Streitwertgrenze von CHF 10'000.- hätten rund 52% der schriftlich unterbreiteten Fälle entschieden werden können.
- Der BOM gelangte lediglich in 39% dieser Anfragen an die Bank. In rund der Hälfte dieser Fälle, also bei knapp 20% der schriftlichen Anfragen, kam der BOM nach der Stellungnahme der Bank zum Schluss, dass Korrekturbedarf zugunsten des Kunden besteht. In 7 Fällen (knapp 2.5%) teilte die Bank die Auffassung des BOM nicht und lehnte dessen Vorschlag ab.
- In 9% der Fälle konnte sich der BOM keine klare Meinung bilden, weil sich die Aussagen der Parteien diametral gegenüberstanden und keine ihre Version als die richtige belegen konnte.

In weniger als 1% aller schriftlichen Anfragen oder in weniger als 2.5% aller Fälle, in welchen der BOM überhaupt Anlass hatte, an die Bank zu gelangen, hätte eine Entscheidkompetenz zu einem anderen Ergebnis geführt. In immerhin 9% der Fälle wäre ein Entscheid erst nach einem Beweisverfahren möglich gewesen.

Standpunkt des Bankenombudsman

Ohne Entscheidkompetenz können die Banken wie auch die Kunden offener mit dem BOM kommunizieren, müssen sie doch nicht damit rechnen, dass alles, was sie mitteilen, gegen sie verwendet werden kann.

Das Verfahren vor dem BOM ist nur sehr rudimentär geregelt. Gemäss Reglement "unternimmt der BOM alles, was ihm zu einer freien eigenen Meinungsbildung erforderlich erscheint. Dazu gehört, dass er bei der Bank Akten und Vernehmlassungen einholt." Ein verpflichtendes Verfahren müsste die Rechte der Parteien in viel ausgeprägterer Weise regeln und deren Pflichten klar umschreiben. Folglich wäre eine ausführliche Verfahrensordnung notwendig: Das Ombudsverfahren würde zu einem "Prozess light", was insbesondere zu folgenden Änderungen führen müsste:

- Kann und muss der Ombudsman entscheiden, ist zu statuieren, nach welchen Regeln die immerhin 9% der Fälle, in welchen der Ombudsman nicht in der Lage war, sich eine eindeutige Meinung zu bilden, beurteilt werden sollen. In diesen Fällen ist ein Beweisverfahren nicht zu umgehen, denn die Kompetenz zum Entscheid heisst auch die Pflicht zum Entscheid. Das entsprechende Verfahren wird sich an die bestehenden prozessualen Ordnungen anlehnen müssen. Auch bezüglich Beweislastverteilung und Beweiswürdigung wird auf anerkannte Regeln zurückgegriffen werden müssen. Dies heisst aber wohl nichts anderes, als dass der Ombudsman vollends in die Rolle des Richters schlüpft: Der Zweck des Verfahrens besteht dann nicht mehr in der Vermittlung, im Suchen eines einvernehmlichen Ausgleichs. Es kommen die gleichen Mechanismen zum Tragen wie im Prozess. Es wird primär darum gehen, Recht zu bekommen, die Vergleichsbereitschaft wird klar abnehmen.

-
-
- Nach dem Willen der Stifter soll der BOM bei der Suche nach Lösungen helfen, so dass Prozesse vermieden werden können. Demgemäss bezweckt das Verfahren, den Parteien weder eine allfällige Prozessstrategie der Gegenseite zu offenbaren noch dient es dazu, fehlende Akten zu beschaffen. Soll und muss der Ombudsman entscheiden, ist den Parteien ein volles Akteneinsichtsrecht zu gewähren, muss es ihnen doch möglich sein, zu allen Vorbringen der Gegenseite Stellung zu nehmen. Dies wiederum wird dazu führen, dass sich insbesondere die Banken mit Äusserungen zurückhalten und sich auf das absolut Notwendige beschränken werden. Es wird dann dem Ombudsman in noch ausgeprägterem Masse (aber unter schwierigeren Umständen) obliegen, Teile des wesentlichen Sachverhalts zu ermitteln und nach weiteren Unterlagen, Informationen etc. zu forschen, ist doch der Kunde dazu meist nicht in der Lage, da zwischen ihm und der Bank ein ausgesprochenes Wissensgefälle besteht. Der "normale" Retailkunde - und um solche dürfte es sich in Fällen mit einem unter CHF 10'000.- (oder welche Grenze man auch immer wählt) liegenden Streitwert handeln - verfügt über ein geringes Bankwissen, wie auch seine Kenntnisse des Rechts sehr beschränkt sind. Die Grenze zu einem Verfahren mit Oficialmaxime dürfte nicht mehr weit und ein deutlich aufwendigeres Verfahren mit spürbar längerer Verfahrensdauer die Folge sein.
 - Kann und muss der Ombudsman entscheiden, wird er zum Richter. Soll der Entscheid den rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechen, muss er rechtlich sauber begründet sein. Heute kann der BOM durchaus von einer Rechtsnorm oder einer Praxis abweichen und mit der Berufung auf Billigkeitsüberlegungen einen Vergleich anregen, wenn das durch das Recht vorgegebene Ergebnis als unbillig erscheint. Ebenso kann er mediativ auf die Parteien einwirken und allenfalls einen Ausgleich in einem Gebiet suchen, welches nicht direkt mit dem "Prozess-thema" zu tun hat. Zwar könnte er dies in einer dem Urteil vorangehenden Vergleichsverhandlung weiterhin tun. Es ist aber illusorisch anzunehmen, dass diejenige Partei, welche das Recht auf ihrer Seite weiss, dazu Hand bieten wird, wenn sie den Vorschlag ohne Konsequenzen ablehnen und trotzdem davon ausgehen kann, dass sie am Ende des "Vermittlungs-verfahrens" obsiegen wird.
 - Ferner ist es unsere Überzeugung, dass die Ausgestaltung des Vermittlungsverfahrens als "Gerichtsverfahren" den Druck auf die Kunden, sich schon im Schlichtungsverfahren fachkundig vertreten zu lassen, erhöhen wird. Solange die Entscheidbarkeit bei den Parteien liegt,

bestimmen sie, wie weit sie sich verpflichten wollen. Wird ihnen diese entzogen, geht es auch darum, keine die eigene Position verschlechternden Fehler zu machen. Was liegt näher, als fachkundigen Beistand zu suchen?

- Die Ausgestaltung als rechtliches Verfahren bringt es aber auch mit sich, dass sich das Anforderungsprofil des Ombudsmann ändert: Fundierte rechtliche Kenntnisse werden unabdingbar, so dass inskünftig zumindest ein Rechtsstudium Voraussetzung für eine Mitarbeit bei der Ombudsstelle wäre. Im heutigen Zeitpunkt verfügt die Bankenombudsstelle über einen Juristen mit bankrechtlichem Hintergrund und vier Praktiker mit Spezialwissen in allen Bankgeschäften. Dies hat sich in mehrerlei Hinsicht bewährt. So stellen wir fest, dass der Kunde, wenn er sich für das Ombudsverfahren entscheidet, nicht primär eine juristisch abgesicherte Lösung, sondern eine Antwort darauf erwartet, ob sich die Bank fachlich korrekt verhalten hat. Dies zeigt sich insbesondere im telefonischen Verkehr mit den Kunden, erwarten diese doch, dass der Ombudsman zumindest der Spur nach sofort eine erste Einschätzung abgeben kann. Wir erachten es deshalb als unabdingbar, dass der Ombudsman und seine Mitarbeiter über ein breites und tiefes Fachwissen verfügen, werden ihm doch zu allen Facetten des Finanzwesens Probleme unterbreitet. Bereits früher wurde darauf hingewiesen, dass zwischen Bank und Kunde im Regelfall ein grosses Wissensgefälle besteht. Dieses kann nur ausgeglichen werden, wenn zumindest der Ombudsman mit der Bank fachlich auf Augenhöhe diskutieren kann. Fachliche Kompetenz vergrössert zudem die Chancen auf eine sinnvolle Lösung. Und zu ergänzen bleibt, dass es effizienter und kostengünstiger ist und die Verfahrensdauer reduziert, wenn der Ombudsman sich nicht zuerst kundig machen muss, um welches Bankgeschäft es sich handelt und einen seiner Ansicht nach sinnvollen Vorschlag nicht zuerst auf dessen rechtliche Stichhaltigkeit prüfen muss, bevor er ihn den Parteien unterbreitet. Im (heutigen) Verfahren vor dem BOM können wir davon ausgehen, dass uns die Parteien mitteilen, wenn sie mit einem Vorschlag nicht einverstanden sind und ihre Meinung im Regelfall auch begründen, so dass nach Lösungen gesucht werden kann, welche berechnigte Einwände berücksichtigen.
- Eine Verfahrensordnung und die mit ihr einhergehenden Einschränkungen muss wohl für alle Ombudsfälle Gültigkeit haben, also auch für diejenigen, in welchen dem Ombudsman keine Entscheidungskompetenz eingeräumt ist. Sie beeinflusst also auch diese Verfahren in grossem

Umfang. Diese Fälle von der Verfahrensordnung auszunehmen oder lediglich Teile der Verfahrensordnung anwendbar zu erklären, erscheint nicht zielführend. Einerseits wird es kaum zu begründen sein, weshalb die Parteirechte stärkende Normen wie Akteneinsichtsrecht, rechtliches Gehör etc. in Fällen mit ungleich höherem finanziellem Risiko nicht gelten sollen. Andererseits wird sich der Ombudsman - wenn sich eine Partei benachteiligt fühlt - immer rechtfertigen müssen, weshalb er sich nun im konkreten Fall für diese oder jene Vorgehensweise entschieden hat. Die Verfahrensdauer aller schriftlichen Fälle würde folglich in wohl nicht unerheblicher Weise verlängert.

- Bei allen dem BOM bekannten Ombudsman-Konzepten mit Entscheidungsbefugnis hat der Kunde, nicht aber der Anbieter das Recht, an ein ordentliches Gericht zu gelangen (Wahlrecht des Kunden). Der Kunde hat die Vorteile der Vermittlung und gleichzeitig die Gewissheit, dass am Ende des Verfahrens ein Entscheid vorliegt. Im Rahmen dieses Verfahrens erhält er eine umfassende Einsicht in die Akten und die Argumentation der Bank und am Ende eine doch mehr oder weniger fundierte "legal opinion". Die beschriebenen Nachteile der Entscheidungsbefugnis bleiben bestehen. Zudem könnte sich der nicht vergleichswillige und bereits zum Prozess entschlossene Kunde (bzw. dessen Anwalt) versucht sehen, dem Prozess das kostengünstige Ombudsverfahren voranzustellen. Diese "Gefahr" dürfte immerhin dann gering sein, wenn die für einen Entscheid massgebende Streitwertgrenze tief angesetzt wird. Ferner stellt sich die Frage der Effizienz, wenn ein doch aufwendiges Verfahren durchgeführt wird, welches sich am Ende in der Weise als nutzlos herausstellt, als trotzdem ein Gerichtsverfahren durchgeführt werden muss.

Zusammenfassend möchten wir festhalten, dass sich das aktuelle Konzept (Entscheidungshoheit der Parteien, freies und flexibles Verfahren, offene Sprache, kurze Verfahrensdauer) bewährt hat. Die meisten dieser Vorteile gehen verloren, wenn dem Ombudsman die Kompetenz (und damit die Verpflichtung!) zum Entscheid eingeräumt wird.

Ergänzung des aktuellen Konzepts des BOM

So klar sich der BOM gegen eine Entscheidungsbefugnis stellt, so dezidiert ist er der Meinung, dass das aktuelle Konzept einer Ergänzung bedarf, damit der Entwicklung der letzten paar Jahre

Rechnung getragen werden kann. Die Zusammenarbeit mit dem grössten Teil der Banken kann als gut bezeichnet werden und es sind immer wieder dieselben (sehr wenigen) Banken, bei denen wir - wenngleich auch bei diesen nur ab und zu - auf Widerstand stossen: Wie eingangs erwähnt, konnte der BOM im Jahr 2007 in 7 Fällen die Bank nicht von seiner Auffassung überzeugen, aber die Zahl hat sich in den vergangenen Jahren erhöht. Besonders stossend ist die Situation, wenn die Bank sich offensichtlich wider besseres Wissen ihrer Verantwortung zu entziehen versucht, indem sie darauf spekuliert, der Kunde werde seinen Streit nicht weiterziehen. Der BOM verfügt über konkrete Evidenz in Fällen (nicht nur von mit Lehman-Brothers-Produkten zu Schaden gekommener Kunden), wo die Bank sich im Verfahren vor dem BOM einer Lösung verschloss, umgehend aber eine Entschädigung anbot, wenn der Kunde einen Anwalt einschaltete und/oder der Fall publik zu werden drohte. Es sind verschiedene Wege denkbar, um auf Banken (oder neu: Finanzdienstleister) einzuwirken, welche sich unkooperativ zeigen. Der BOM möchte einige nur kurz anreissen:

- Moral suasion: Im aktuellen System, welches auf Selbstregulierung basiert, sollte die Selbstregulierungsorganisation - hier die Schweizerische Bankiervereinigung - Einfluss auf nicht kooperationswillige Banken nehmen. Denkbar - und wohl effizienter - wäre eine Einflussnahme durch die FINMA.
- Naming and shaming: Beispielsweise der Kanadische Bankenombudsman hat die Möglichkeit, Banken, die sich seinem "Verdikt" nicht unterziehen, im Rahmen seiner öffentlichen Rechenschaftsablage unter Offenlegung des konkreten Falles beim Namen zu nennen. Auf seine diesbezügliche Erfahrung angesprochen hielt er fest, schon allein das Bestehen dieser Möglichkeit mache ihre Anwendung unnötig (dies deckt sich mit der oben beschriebenen Erfahrung des BOM).
- "Kostenloser" Weiterzug an ein Gericht, wenn die Bank den Empfehlungen des BOM nicht folgen will (vgl. v.a. Ausführungen unter 7.6 d). Denkbar wäre eine vom BOM abzuschliessende Rechtsschutzversicherung für Kunden, denen die Bank die vom BOM vorgeschlagene Lösung verweigert. Allenfalls könnte auch auf im Ausland bereits bestehende Modelle zurückgegriffen werden, wo Streitfälle von spezialisierten Firmen zur Abwicklung vor Gericht dem Kläger abgekauft werden.

e) Class-Action-Funktion

Der BOM ist skeptisch gegenüber einer kollektiven Streiterledigung und erachtet deren Anwendungsbereich als gering. Zwar tönt das Konzept, gleich gelagerte Fälle, welche eine Vielzahl von Privatkunden in ähnlicher Weise betreffen, definitiv zu entscheiden, verlockend und erscheint kundenfreundlich. Allerdings sind wir im Moment nicht in der Lage, die Konsequenzen abzuschätzen.

Weil nach unserem Rechtsempfinden eine juristisch korrekte und gerechte Lösung den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen muss, wäre es wohl unumgänglich, die Kriterien für eine kollektive Lösung sehr eng zu fassen. Dies wiederum dürfte den Anwendungsbereich stark einschränken und die geschürten Hoffnungen bei näherer Betrachtung wohl nicht erfüllen. Das Resultat würde aber sehr stark von der Ausgestaltung der konkreten Regeln abhängen.

Eine mögliche Anwendung sehen wir bei Fällen, in welchen sich die Bank gegenüber allen Kunden eines Segments in gleicher Weise unkorrekt verhält. Als Beispiele sei die Situation erwähnt, wo eine Bank die Bestimmungen eines laufenden Standardvertrages abändert, ohne sich an die vertraglichen oder gesetzlichen Regeln zu halten.

Bezüglich der dem BOM im Rahmen der letzten Finanzkrise unterbreiteten Fälle sind wir skeptisch, ob dieser Vorschlag tatsächlich zu besseren Lösungen geführt hätte. Zwar haben wir in den "Lehman-Fällen" durchaus geeignete Kriterien (unerfahrener Anleger, Klumpenrisiko) definiert und auf den Einzelfall angewendet. Aber schon nur bei durch "Absolute Return"-Produkte geschädigten Kunden fiel es uns bedeutend schwerer, verbindende und eine einheitliche Lösung rechtfertigende Gesichtspunkte zu finden. Beim dritten Schwerpunkt, den "Madoff-Geschädigten", fehlten solche ganz. Zudem sollte einem Fall Lehmann, d.h. der Fokussierung auf den Verkauf margenstarker und teilweise schwer verständlicher Produkte an einen in Anlagefragen unerfahrenen Kundenkreis, auf geeignete Weise generell vorgebeugt werden.

f) Finanzierung

Die FINMA schlägt vor, von den Finanzdienstleistern eine jährliche Gebühr zu verlangen, welche sich nach der Grösse bzw. der Zahl der Kunden des Instituts errechnet. Die ungedeckten Kosten sollen durch den Ombudsman pro Fall dem Finanzdienstleister in Rechnung gestellt werden, zu welchem der reklamierende Kunde in einer Vertragsbeziehung steht. Der Vorschlag weicht unwesentlich vom aktuellen Finanzierungssystem ab, welches sich nach Meinung des BOM bewährt hat und sowohl von Kunden als auch Banken akzeptiert ist. Dieses ist wie folgt begründet:

Die uns unterbreiteten Fälle unterscheiden sich auf folgende Weise:

- Der Kunde gelangt telefonisch oder schriftlich an die Ombudsstelle. Es gelingt, das Problem zu lösen, ohne die Bank zu involvieren. Unsere Erfahrungen zeigen, dass viele Kunden in dieser Situation nicht wollen, dass die Bank von ihrer Anfrage erfährt.
- Nach einer Prüfung der eingereichten Unterlagen kann der BOM ein Fehlverhalten der Bank nicht ausschliessen, weshalb er diese zu einer Stellungnahme auffordert.

Aus dieser Zweiteilung wird ersichtlich, dass Kostenwahrheit nicht möglich ist. Bei der erst erwähnten Kategorie ist es nicht möglich, die Kosten der verursachenden Bank in Rechnung zu stellen, es sei denn, es käme eine Lösung zum Tragen, wonach der Ombudsman auch über die in diesen Fällen angefallenen Aufwendungen genau Buch führt und dem jeweiligen Finanzdienstleister am Ende des Jahres Rechnung stellt, ohne Einzelheiten bekanntzugeben. Wir lehnen diese Lösung jedoch ab, weil sie zu einer Aufblähung der Administration führen würde und wohl in vielen Fällen gerechtfertigt werden müsste, weshalb ein Aufwand in der konkreten Höhe angefallen ist, steht für den Finanzdienstleister doch eindeutig die möglichst effiziente Erledigung eines Disputs im Vordergrund. Dies ist auf Kundenseite jedoch nicht unbedingt der Fall. Wir machen oft die Erfahrung, dass Kunden primär einen Ansprechpartner suchen, welcher ihnen in einer Situation, in welcher sie sich macht- und hilflos fühlen, den Sachverhalt erklären kann oder, wenn ihnen tatsächlich Unrecht geschehen ist, dies auch festhält. Einer Ombudsstelle

kommt mit anderen Worten nicht nur eine lösungsfindende, sondern - wir würden sagen primär - eine vermittelnde Funktion zu, welche vielfach auch als Ventilfunktion wirkt.

Das aktuelle System der Finanzierung des BOM - primäre Finanzierung durch eine pauschale Gebühr der Banken nach Massgabe der Personalstatistik der SNB (statt Personalstatistik erscheint Kundenstatistik nicht abwegig), moderate Fallgebühr, wenn wir an die Bank gelangen - hat sich unseres Erachtens bewährt. Es ist kostengünstig und hält in der Sache nicht weiterführende Diskussionen über die Angemessenheit der Kosten in vertretbaren Grenzen. Dem Verursacherprinzip - eine Lösungsfindung ohne Weiterungen bei begründeten Kundenforderungen liegt im primären Interesse der betroffenen Bank - wird zwar nur sehr begrenzt, aber immerhin insofern Rechnung getragen, als der dem Finanzinstitut zu belastende Aufwand des BOM um so geringer ausfällt, je lösungsorientierter sich dieses in den Verhandlungen verhält.

g) Opting in - Opting out und Kostenbeteiligung für den Kunden

Die FINMA stellt zur Diskussion, den Kunden wählen zu lassen, ob er am Ombudssystem teilnehmen will und ihn allenfalls an den Kosten zu beteiligen, indem er eine Grundgebühr zu bezahlen hat. Der BOM lehnt diesen Vorschlag ab, da er dem Geist eines Ombudsverfahrens widerspricht: Der Kunde soll sich ohne Hürden an eine unabhängige Stelle wenden können, wenn er sich ungerecht behandelt fühlt und das Problem nicht im direkten Verkehr mit der Bank lösen kann.

Gegen eine "Versicherungslösung" kann eingewendet werden, dass sie für den Kunden einerseits neue Kosten mit sich bringt. Sie birgt aber auch die Gefahr, dass die Kunden vermehrt auch mit Bagatellen an den Ombudsman gelangen, weil sie ja dafür bezahlt haben. Immerhin erachten wir diese Gefahr als gering, stellen wir doch äusserst wenig querulatorische Beschwerden fest, obwohl das Verfahren für Kunden kostenlos ist und - mit Ausnahme der Pflicht, sich vor dem eigentlichen Schlichtungsverfahren schriftlich an die Bank zu wenden - keine Eintrittshürden aufgebaut sind.

Wesentlich ist, dass alle Kunden diesen Entscheid für oder gegen eine Versicherung beim Eingehen einer Bankbeziehung fällen müssten. Der Finanzdienstleister hätte bei dieser Gelegenheit

explizit auf die Möglichkeit hinzuweisen und Vor- und Nachteile zu erklären - wie wenn das Brautpaar auf dem Standesamt auch gerade eine Rechtsschutzversicherung für allfällige Eheprobleme abschliessen würde. Dem BOM ist denn auch kein Ombudsverfahren bekannt, welches dieses dem Ursprung und Geist des Ombudsgedankens widersprechende Modell praktizieren würde.

7.3 Produkteregeln

Da der eigentliche Prospekt eines Produkts in der Schlichtungstätigkeit des BOM praktisch nie eine Rolle spielt, konzentrieren wir uns auf die Produktbeschreibungen (Fact-Sheets). Diese müssen alle wesentlichen Informationen zum Finanzprodukt enthalten, welche der Kunde für seinen Anlageentscheid benötigt. Um die Transparenz zu erhöhen, aber auch die Vergleichbarkeit zu gewährleisten, sollten ähnliche (minimale) Strukturen definiert werden. Chancen und Risiken müssen gleich prominent und neutral abgebildet werden, und die Kosten sind transparent aufzuzeigen. Dass die für den Kunden bestimmte Produktbeschreibung in dessen Sprache abgefasst sein sollte, erscheint selbstverständlich (ist es aber leider heute in vielen Fällen nicht). Wichtig ist auch eine allgemein verständliche Sprache ohne unnötige Fachausdrücke.

Werbende Elemente führen, wie uns die Praxis gezeigt hat, zu gravierenden Missverständnissen: Mancher Kleinanleger wäre vor Schaden bewahrt worden, hätte anstatt des Logos der verkauften Bank gleich prominent der Name des Emittenten (und Garantiegebers Lehman Brothers u.a.) das Fact-Sheet geprägt. Wie nonchalant diese Frage zum Teil angegangen wurde, zeigt das Beispiel der xx-Bank, die in den Depotverzeichnissen den Kunden kapitalgeschützte Lehman Brothers Produkte als "xx-Bank 100% capital protected notes" auswies (sie aber immerhin voll entschädigte).

Der Umfang des Fact-Sheets sollte wenn immer möglich auf zwei Seiten beschränkt werden. Unabdingbar ist sodann, dass Produktpassagen veröffentlicht und den Inhabern der entsprechenden Papiere als Corporate action zur Kenntnis gebracht werden.

7.4 Verhaltensregeln am Point of Sale

Die heutigen Vorgaben für das Verhalten am Point of Sale sind zumindest für Effekthändler und damit Banken unzweideutig: "Der Effekthändler hat gegenüber seinen Kunden eine Treuepflicht; er stellt insbesondere sicher, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen. Bei der Erfüllung dieser Pflichten sind die Geschäftserfahrenheit und die fachlichen Kenntnisse der Kunden zu berücksichtigen" (Art. 11 BEHG). Die Krux liegt nun in der Umsetzung und - als zentralem Anliegen des BOM - der Durchsetzung der Konsequenzen, wenn diese Pflichten verletzt werden. Für dieses Hauptanliegen ist mit einer Konkretisierung der Verhaltensregeln am Point of Sale nur wenig gewonnen. Der BOM möchte deshalb die von der FINMA aufgezeigten Verhaltensregeln aus Sicht der Praxis und gestützt auf seine Erfahrungen kommentieren.

a) Eignungs- und Angemessenheitsprüfung am Point of Sale

Mit der FINMA erachtet der BOM die Einführung von Geeignetheitsprüfungen am Point of Sale ("Suitability-Prüfung") für sämtliche Finanzdienstleister als zentrales Element zur Eliminierung der Mängel und Schwächen der heutigen Situation.

Über die reine Entgegennahme eines Abwicklungsauftrages ("execution-only"), die selbstverständlich unter entsprechenden Voraussetzungen weiterhin möglich sein muss (vgl. Punkt 7.1), möchte sich der BOM nicht weiter äussern. Davon abzugrenzen ist das neu ins Spiel gebrachte "Verkaufsgespräch" oder "beratungsfreie Geschäft". Dieses lässt sich aber in der Praxis vom eigentlichen "Beratungsgespräch" nach Meinung des BOM nicht unterscheiden. Bei beiden hat der Verkäufer oder Berater die persönliche Situation des Kunden zu berücksichtigen. Zu diesem Zweck hat er ein Kundenprofil zu erstellen.

Kundenprofil:

Nach Auffassung des BOM muss ein Kundenprofil/Risikoprofil erstellt werden, wenn ein Kunde zum ersten Mal Anlagen tätigt. Weigert er sich, muss er mit seiner Unterschrift bestätigen, dass

er nicht gewillt ist, dem Finanzdienstleister entsprechende Fragen zu beantworten und dass er sich der möglichen Konsequenzen bewusst ist. Aufträge von Kunden dieser Art gelten als "Execution-only". Das Profil soll periodisch oder bei einschneidenden Änderungen der Lebensumstände des Kunden überprüft werden. Ist es aber einmal erstellt und ist demnach davon auszugehen, dass einem Kunden ausschliesslich geeignete Produkte empfohlen werden, darf sich die Bank im Kundengespräch im Normalfall auf die Information zur konkreten Anlage (Chancen und Risiken) beschränken.

In der Vermögensverwaltung besteht heute keine Aufklärungspflicht zu einzelnen Produkten oder Anlagekategorien. Eine solche ist aus Sicht des BOM auch nicht sinnvoll. Seine Position in dieser Frage lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Vermögensverwaltung

In der Vermögensverwaltung handelt die Bank nach eigenem Ermessen innerhalb der mit dem Kunden festgelegten Anlageziele, die auf dem Risikoprofil des Kunden und seinen Wünschen basieren. Damit sollte sichergestellt sein, dass sich der Kunde der Chancen und Risiken der Anlagestrategie bewusst ist.

Unabhängig von diesen Überlegungen und nicht im direkten Zusammenhang mit den Vertriebsregeln besteht nach Meinung des BOM im Rahmen der Vermögensverwaltung Handlungsbedarf in Bezug auf die erwähnten Anlageziele, genauer auf die damit verbundenen Bandbreiten.

Gemäss aktuellem Verständnis kann dem Vermögensverwalter auch bei negativer Performance kein Vorwurf gemacht werden, solange er sich an die festgelegten Bandbreiten der Anlagekategorien hält. Der BOM stellt fest, dass diese Bandbreiten in den vergangenen Jahren und in gewissen Fällen immer grösser geworden und damit ihres Sinnes beraubt worden sind. Zur Veranschaulichung des Problems kann das folgende Beispiel herangezogen werden: Bei einem ein-kommensorientierten Mandat (hier der zweittiefsten Risikostufe) sind folgende Bandbreiten festgehalten worden: Cashanteil 0-50%, Obligationenanteil 45-90%, Aktienanteil 10-45% und alternative Anlagen 0-50%.

Ein derartiges Mandat hat demnach (insbesondere, da alternative Anlagen häufig intransparent sind) eher den Charakter eines Hedge Fund. Zudem ist nicht mehr sichergestellt, dass sich die Anlagestrategie jederzeit mit dem Risikoprofil des Kunden im Einklang befindet.

b) Erhöhte Aufklärungspflicht vor Vertragsabschluss.

In der Anlageberatung der Banken (möglicherweise im Gegensatz zu Beratungsgesprächen bei andern Intermediären oder Versicherungsanbietern) kommt es oft nicht zu eigentlichen Vertragsabschlüssen im Sinne der Beauftragung zum Kauf einer Anlage. Trotzdem muss der Kunde natürlich über die relevanten Punkte eines Anlagevorschlags einschliesslich Vereinbarkeit mit dem Anlegerprofil aufgeklärt werden. Der BOM zeigt unter e) auf, wie er sich den Ablauf dieser Gespräche im Idealfall vorstellt.

c) Klare Informationen über den Dienstleister und dessen Leistungen

Der BOM geht davon aus, dass im Bankbereich die hier geforderte Aufklärung des Kunden über die Rolle des Dienstleisters, sein Unternehmen und seine Qualifikationen vor Abschluss des Vertrages gegeben ist und die Beratungsqualität im Übrigen dadurch nicht verbessert werden kann.

d) Aufdecken von Interessenkonflikten

Den meisten Kunden ist durchaus bewusst, dass der Finanzdienstleister beim Vertrieb von Finanzprodukten an einem Abschluss auch deshalb interessiert ist, weil er normalerweise beim Verkauf von Anlageprodukten mitverdient. Dies gilt aber gerade nicht für grosse Teile des Zielpublikums von sog. Sparprodukten (Absolute Return, kapitalgeschützte strukturierte Produkte). Die Kunden in diesem Segment, insbesondere ältere Sparer, haben uneingeschränktes Vertrauen in ihren Berater und folgen dessen Empfehlungen praktisch blind. Anders ist nicht zu erklären, dass ein Produkt, das gegenüber der "sicheren" Anlage eine Zusatzrendite von 2% p.a. anstrebt, dabei aber 1.3% p.a. kostet, überhaupt einen Käufer findet. Ob zusätzliche Transparenz-Vor-

schriften [auch die vom BOM unter f) befürworteten] in solchen Situationen Abhilfe schaffen können, ist zu bezweifeln.

e) Vertiefte Aufklärung über Produkte und Anlagestrategien

Der BOM wünscht sich, dass der Beratungsprozess in etwa wie folgt abläuft: in erster Linie soll sich der Berater auf die Frage konzentrieren, ob eine bestimmte Anlage für einen bestimmten Kunden angemessen ist oder nicht. Unabdingbare Voraussetzung für jede erfolgreiche Beratung ist, dass der Berater die persönlichen Verhältnisse des Kunden kennt. Nur so kann er beurteilen, ob es sich um eine (für den Kunden) angemessene oder allenfalls unsinnige Transaktion handelt. Er kann deshalb seiner Aufgabe nur nachkommen, wenn er vorgängig ein umfassendes Kundenprofil [siehe vorstehend a)] erstellt hat.

Kommt er zur Ansicht, dass die vorgeschlagene Anlage nicht im Widerspruch zum Risikoprofil steht, so besteht seine Hauptaufgabe darin, seinen Kunden über die Charakteristiken und Risiken des empfohlenen oder nachgefragten Produktes aufzuklären.

Risikoaufklärung

Gemeinhin wird unter Risikoaufklärung verstanden, dass der Kunde über die spezifischen Risiken von Anlagekategorien informiert wird. Dazu kommen dann noch, je nach konkreter Anlage, Kurs-, Bonitäts- oder Emittenten-, Länder-, Erfüllungs-, Aufbewahrungs- und Liquiditätsrisiken. Je nach Produkt ergeben sich für den Kunden zudem steuerliche und rechtliche Konsequenzen.

Dem BOM ist aus seiner langjährigen Tätigkeit bewusst, dass es unter Umständen nicht einfach ist, den Kunden umfassend über alle Risiken und deren allfällige Konsequenzen zu informieren. Er stellt sich deshalb auf den Standpunkt, dass das Hauptziel des Beratungsgesprächs darin bestehen muss, den Kunden darüber aufzuklären, dass er mit einer Anlage auch Verluste erleiden kann und in welchem Ausmass. Zudem ist nicht nur unerfahrenen Kunden häufig nicht bewusst - dies wird in Werbebroschüren oft verweidelt -, dass das Risiko mit zunehmender (möglicher)

Rendite in aller Regel steigt. Diesem Aspekt ist im Beratungsgespräch explizit Rechnung zu tragen.

Nach Ansicht des BOM besteht neben der Risikoaufklärungs- auch eine Pflicht, bei Anlageempfehlungen die Grundsätze einer angemessenen Risikostreuung (Diversifikation) zu beachten.

Klumpenrisiko:

Der BOM vertritt die Ansicht, dass zur Vermeidung eines Klumpenrisikos bei Obligationen die Anlagen, je nach deren Qualität, auf 5 bis 10 verschiedene Schuldner verteilt werden müssen. Bei High Yield Anleihen muss die Diversifikation deutlich höher ausfallen. Auch Aktien sind in aller Regel auf mindestens 10 Gesellschaften zu verteilen, wobei risikoreichere Anlagen (z.B. Small- und Mid Caps) einen höheren Diversifikationsgrad bedinge. Bei kleineren Vermögen ist auf in sich diversifizierte Produkte auszuweichen (z.B. Fonds).

Der BOM sieht schliesslich auch eine Abmahnungspflicht, geht doch der Kunde regelmässig von einem besonderen Vertrauensverhältnis aus und wird von den Anbietern in dieser Ansicht auch immer wieder bestärkt ("Ihr Vertrauen ist unser wichtigstes Kapital"). Es geht also darum, den Kunden vor ungeeigneten Anlageentscheiden ausdrücklich zu warnen, auch wenn es sich um Anlageideen handelt, die er aus eigenem Antrieb entwickelt hat. Ausgenommen sind für beide Seiten klare execution-only-Situationen.

f) Erhöhte Kostentransparenz

Auch der BOM sieht keinen Grund, Kosten und Gebühren von der Forderung nach Transparenz auszunehmen, sind sie doch für den Kunden - so er sie denn erkennt - wichtige Entscheidungshilfen. In erster Linie ist bei den direkten und indirekten Kosten eines Finanzproduktes anzusetzen - ähnlich wie dies heute bei Anlagefonds schon der Fall ist. Zudem unterstützt der BOM die Forderung der FINMA, dass auch über produktspezifische Steuerfolgen orientiert werden muss (z.B. wenn Vermögen zu Einkommen wird).

g) Erweiterte Dokumentationspflicht

Die FINMA spricht hier sowohl das Kundenprofil [a)] wie auch die standardisierte Aufzeichnung von Beratungs- und Kaufgesprächen an.

Wie bereits unter a) ausgeführt, steht der BOM der Dokumentationspflicht im Zusammenhang mit dem Kundenprofil sehr positiv gegenüber. Er ist aber skeptisch, was die Dokumentation des gesamten Beratungsvorgangs anbelangt, da er befürchtet, dass die beiden Forderungen in der allgemeinen Diskussion vermischt werden könnten. Konkret hält der BOM fest:

- Der Erhebung des Kundenprofils muss absolute Priorität zukommen. Es behält sinnvollerweise ja auch für einige Jahre Gültigkeit.
- Das Beratungsgespräch kann sich auf die Anlageempfehlung und die Charakteristiken und Risiken der Anlage konzentrieren, da sich die Empfehlung des Beraters so oder so in Übereinstimmung mit dem Kundenprofil befinden muss.
- Zu protokollieren und insbesondere zu begründen - und ggf. vom Kunden gegenzuzeichnen - sind Anlageentscheide, die mit dem Kundenprofil nicht zu vereinbaren sind

Zusammenfassend ist der BOM der Meinung, dass einer umfassenden Protokollierung von Beratungsgesprächen nicht zu viel Gewicht beigemessen werden sollte.

7.5 Kohärenter Ansatz zur Aufsicht über Finanzdienstleister

Im Jahr 2010 erreichte den BOM eine Kundenbeschwerde, welche sich zwar nicht um Vertriebsregeln drehte, worin jedoch ein Finanzdienstleister involviert war, welcher als Brennstoff-Händler startete und alsdann im IT-Bereich tätig war, bevor er sich seiner momentanen Beschäftigung widmete.

Dies soll illustrieren, wieso der BOM den Vorschlag der FINMA, die Verhaltensregeln auf sämtliche, also auch auf nicht prudentiell beaufsichtigte Finanzdienstleister auszuweiten, unterstützt. Es ist selbstredend, dass dies nur dann Sinn macht, wenn sich auch die nicht prudentiell beaufsichtigten Finanzdienstleister registrieren lassen müssen und somit hinsichtlich der Einhaltung der massgeblichen Vorgaben beaufsichtigt sind.

Auch wenn für Debakel à la Lehman Brothers und Absolute Return in erster Linie Banken - also bereits heute umfassend beaufsichtigte Finanzdienstleister - als verantwortlich zu bezeichnen sind, so würden die von der FINMA vorgeschlagenen Massnahmen die Anforderungen an sämtliche Finanzdienstleister wenn nicht vereinheitlichen, so doch angleichen und damit die Kundensicherheit insgesamt erhöhen.

7.6 Durchsetzung von Ansprüchen

Die FINMA weist darauf hin, dass sie für die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche nicht zuständig sei. Sie stellt verschiedene Massnahmen vor, welche sich auf eine erleichterte zivilrechtliche Bewältigung von Streitigkeiten beziehen.

a) Beweislastumkehr im Streitfall

Der BOM unterstützt diesen Vorschlag. Es zeigte sich (nicht nur im Zusammenhang mit den zur vorliegenden Untersuchung Anlass gebenden Fällen), dass Kunden kaum in der Lage sind, dem Berater eine Verletzung seiner vertraglichen Informations- und Beratungspflichten nachzuweisen. Dies v.a. deshalb, weil bei einem Beratungsgespräch im Regelfall keine Zeugen vorhanden sind und die relevanten Gespräche nicht aufgezeichnet werden [auf den Umstand, dass wir ein vom Bankmitarbeiter ausgefertigtes und vom Kunden zu unterzeichnendes Protokoll nicht unbedingt als hilfreich erachten, wurde unter 7.4 g) hingewiesen]. Abhilfe könnte aus Sicht des Praktikers - wir sind uns bewusst, dass die rechtliche Umsetzung des nachfolgenden Konzepts weiterer Abklärungen bedarf - wie folgt geschaffen werden:

Der Ombudsman vertritt seit Langem die Auffassung, dass eine den persönlichen Möglichkeiten und Bedürfnissen des Kunden angepasste Beratung nur dann möglich ist, wenn dem Berater die persönliche und finanzielle Situation des Kunden bekannt ist. Er fordert denn auch, dass ein Kunden-/Risikoprofil erstellt werden muss, welches schriftlich in den Akten festzuhalten ist. Im Kundenprofil soll eine Anlagestrategie definiert werden, so dass sich beurteilen lässt, ob eine vom Berater empfohlene Anlage der für den Kunden passenden Strategie entspricht oder nicht. Im Streitfall hat die Bank zu beweisen, dass ein der Strategie entsprechendes Produkt empfohlen wurde.

Will der Berater dem Kunden eine die Strategie verletzende Anlage empfehlen oder verlangt der Kunde in Bezug auf ein nicht der Strategie entsprechendes Produkt eine Beratung, so hat der Berater - wenn es zum Abschluss des Geschäfts kommt - schriftlich festzuhalten, dass er den Kunden auf den Umstand, dass und warum es sich um eine für ihn ungeeignete Anlage handelt, hingewiesen hat. Gleichzeitig hat er aufzunehmen, wie er den Kunden aufgeklärt hat. Der Kunde seinerseits hat dieses Dokument ebenfalls zu unterzeichnen und muss mit seiner Unterschrift bekräftigen, dass er das Geschäft trotzdem abschliessen will.

Steht fest, dass im Zusammenhang mit einem die Strategie verletzenden Produkt eine Beratung stattgefunden hat, und kann die Bank weder eine vom Kunden unterzeichnete Freizeichnung vorlegen noch auf andere Weise beweisen, dass sie den Kunden vollständig und korrekt aufgeklärt hat, wird auf eine Pflichtverletzung geschlossen. Der Kunde wäre in diesem Zusammenhang so zu stellen, wie wenn er das Geschäft nicht abgeschlossen hätte.

b) Rücktritts- und Kündigungsrecht

Der BOM hält diesen Vorschlag im Zusammenhang mit den meisten Bankgeschäften weder für praktikabel noch sachgerecht.

In einzelnen Bereichen dürfte es möglich sein, mit dem Vollzug des Vertrages ohne Nachteile für die eine oder die andere Seite zuzuwarten. Bei anderen Bankgeschäften handelt es sich aber um solche, deren Ausgestaltung von einem schnelllebigen Markt abhängig ist. Es müsste deshalb insbesondere sichergestellt werden, dass ein Kunde dieses Recht nicht missbrauchen kann.

Würde ihm z.B. im Wertpapiergeschäft (dieses war bei den die Diskussion auslösenden Problemen v.a. "betroffen") ein vorbehaltloses Widerrufsrecht eingeräumt, könnte er auf Kosten der Gegenseite (Bank) spekulieren: Sinkt der Kurs, tritt er zurück, wenn nicht, bestätigt er das Geschäft. Wir gehen ferner davon aus, dass die mit einem Rücktrittsrecht verbundenen Risiken und der administrative Mehraufwand zu einem weiteren Kostenschub und v.a. beim internationalen Wertpapiergeschäft zu grösseren Problemen führen würde.

Der BOM ist aber auch überzeugt, dass ein auf wenige Tage befristetes Rücktrittsrecht die zutage getretenen Probleme nicht vermieden hätte: Der geschäftsunerfahrene Kunde ist auf die Beratung des Bankmitarbeiters angewiesen. Entweder vertraut er diesem - dann wird er den Auftrag erteilen - oder eben nicht, in welchem Fall kein Geschäft zustande kommen wird. Im ersten Fall wird er sich aber wohl nur im Ausnahmefall innert der zur Diskussion stehenden Frist nochmals mit dem Geschäft befassen - und somit die Frist verstreichen lassen. Der geschäftserfahrene Anleger wiederum ist nicht auf ein Rücktrittsrecht angewiesen.

c) Inhaltskontrolle von Formularverträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Der BOM teilt die Auffassung der FINMA, dass dieser Aspekt generell und im Hinblick auf sämtliche zivilrechtlichen Geschäfte zu klären ist. Nachdem sich aber das Parlament erst kürzlich wieder gegen dieses Postulat entschieden hat, erübrigen sich weitere Ausführungen.

d) Kostengünstige Gerichtsverfahren

Eine generelle "Privilegierung" des Bankkunden erachtet der BOM als nicht angebracht. Inwiefern die Befürchtung berechtigt ist, dass Bankkunden bei einer Entbindung vom Kostenrisiko vermehrt an ein Gericht gelangen werden, kann der BOM nicht beurteilen. Ein billiges oder kostenloses Gerichtsverfahren wird aber zweifellos in Konkurrenz zum Vermittlungsverfahren vor dem Ombudsman stehen, weshalb den Banken nicht verübelt werden könnte, wenn sie sich fragen, weshalb sie sowohl Ombudsman wie die Gerichte finanzieren sollen.

Die Bestimmung von Art. 107 ZPO kann hier jedoch in genereller Weise einen Ausgleich schaffen. Allerdings ist diese Bestimmung nach Meinung des BOM weder den Fachpersonen noch

dem breiten Publikum genügend bekannt und ebenso ist unklar, wie sie von den Richtern angewendet werden wird. Wenn sich aber z.B. die Praxis herausbilden liesse, dass sich ein Bankkunde in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sieht (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO), wenn die Bank in einem dem Prozess vorangehenden Ombudsverfahren den Vorschlag des Bankenombudsmans abgelehnt hat, wäre zumindest in diesen Fällen erreicht, dass der Bankkunde das Prozesskostenrisiko nicht tragen muss und eine offenbar umstrittene Frage von einem Richter geklärt werden kann.

Eine solche zwingende Regelung hätte zudem auch in folgenden Bereichen einen - u.E. positiven - Einfluss:

- Wir haben unter 7.2 d) ausgeführt, dass sich die Bereitschaft einiger weniger Banken, einem Vorschlag des BOM zuzustimmen, verringert hat. Müsste eine Bank damit rechnen, in diesen Fällen vermehrt vor Gericht eingeklagt zu werden, würde dies sicherlich dazu führen, dass sie sich vertiefter mit den Überlegungen des BOM auseinandersetzen und eher einem Vergleich zustimmen wird.
- Die Stelle des BOM würde aufgewertet, bringt es doch dem Kunden einen handfesten Vorteil, wenn er vor Einleitung eines Prozesses um Vermittlung ersucht: Kommt der BOM zum Schluss, dem Kunden sei Unrecht geschehen, kommt es entweder zum Vergleich oder einer "Freistellung" von den Prozesskosten. Zudem dürfte es auch im Sinne der Stifter des BOM sein, wenn vermehrt aussergerichtliche Lösungen angestrebt bzw. erzielt werden.

Freundliche Grüsse



Hanspeter Häni
Ombudsman