

Das FIDLEG führt **alternative Streitbeilegungsverfahren** ein

Das FIDLEG, dessen Entwurf derzeit die Vernehmlassungsphase durchläuft, soll zugleich auf alle Finanzdienstleister, auf ihre Kunden sowie auf Kundenberater, die ihre Aktivität in der Schweiz ausüben, angewendet werden. Hier einige Erläuterungen.

In dem geplanten FIDLEG kommt die Absicht zum Ausdruck, ein – freiwilliges bzw. zwingendes – gütliches Streitbeilegungsverfahren einzuführen, welches die Voraussetzung für ein allfälliges gerichtliches- oder schiedsrichterliches Verfahren bildet. In dieser Beziehung folgt die Schweiz den Empfehlungen der G20 und der Weltbank sowie dem Beispiel ihrer europäischen Nachbarn, die im Banksektor eine „aussergerichtliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten“ nach bestimmten einheitlichen Konfliktbeilegungsregeln und -grundsätzen anstreben. In seiner aktuellen Form wirft der Entwurf eine Reihe semantischer und inhaltlicher Fragen auf, die geklärt werden müssen, wenn das Verfahren und die mit der Umsetzung betrauten Stellen glaubwürdig und folglich effizient sein sollen.

I. GÜTLICHES STREITBEILEGUNGSVERFAHREN

Bei der Lektüre von Kapitel 2 des FIDLEG¹ fällt auf, dass das vorgesehene Verfahren in den verschiedenen Amtssprachen der Schweiz unterschiedlich beschrieben wird, was ausserordentliche Verwirrung stiftet in Bezug auf:

- Funktion, Rolle und Aufgaben der Streitbeilegungsstelle
- das Verfahren und die Grundsätze der gütlichen Streitbeilegung
- sowie ihr Ergebnis.

So ist ausdrücklich eine **Ombudsstelle** vorgesehen, wobei:

- das vorgesehene Verfahren ein hybrider Vorgang ist, bei dem u.a. Mediations- und Schlichtungsaspekte verbunden werden (aber keine schiedsrichterlichen Aspekte, denn ein Schiedsverfahren ist ein Beschlussfassungsverfahren);
- das Begriffsfeld „Schlichtungsbehörde/-verfahren“, das auch auf das im FIDLEG vorgesehene Verfahren sowie die vorgesehenen Rollen und Aufgaben anwendbar wäre, mit dem Schlichtungsverfahren vor einer richterlichen Schlichtungsbehörde verwechselt werden könnte, die in den Artikeln 197 ff der ZPO² aufgeführt sind;
- im Französischen das Begriffsfeld „organe de médiation/processus de médiation“ („Mediationsstelle/-verfahren“) im Fall des in den Artikeln 75 bis 84 des FIDLEG vorgesehenen Verfahrens semantisch nicht korrekt ist.

In der Schweiz existiert bereits ein „Schweizerischer Bankenombudsman“, der von der gleichnamigen Stiftung initiiert wurde, aber er ist Kunden der Mitgliedsinstitute der Schweizerischen



BIRGIT SAMBETH GLASNER

PARTNERIN, ANWÄLTIN, LL.M.
VORSTANDSMITGLIED DER GENÈVE
ANWALTSKAMMER
BEGLAUBIGTE MEDIATORIN
ALTENBURGER LTD LEGAL + TAX
RUE TOEPFFER 11 BIS
1206 GENÈVE
WWW.ALTENBURGER.CH

Bankiervereinigung vorbehalten³. Dagegen sieht das FIDLEG für alle Finanzdienstleister die Verpflichtung vor, sich einer Ombudsstelle anzuschliessen und ihre Kunden zum Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftsbeziehung sowie zu jedem anderen Zeitpunkt von der Existenz dieser Stelle und dessen Verfahrens zu informieren, wobei die Verletzung dieser Regel kraft des FIDLEG strafrechtlich verfolgt wird⁴.

Alle Ombudsstellen unterstehen der Anerkennung und Aufsicht des EJPD⁵.

Sie müssen über ein Organisations- und Verfahrensreglement, eine Beitrags- und Kostenordnung sowie die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen, um ihre Aufgabe organisatorisch und finanziell unabhängig, unparteiisch, transparent und effizient ausüben zu können; andernfalls kann ihnen die Anerkennung entzogen werden.

Nur wenn zuvor eine Verhandlung zwischen den Parteien versucht wurde, kann ein Fall **Gegenstand eines gütlichen Beilegungsverfahrens** durch eine Ombudsstelle werden. Zudem werden nur Anträge bearbeitet, die nicht „offensichtlich missbräuchlich“ sind⁶.

Fälle, die bereits Gegenstand eines gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahrens waren oder bei einer solchen Instanz anhängig sind oder mit denen sich die Ombudsstelle bereits befasst hat, sind ausgeschlossen. Allein schon angesichts der Zielsetzung des Verfahrens und der Vielfalt der Beweggründe, die eine solche Anrufung rechtfertigen, müsste die Stelle ermächtigt werden, eigenständig zu entscheiden, ob ein Gesuch gerechtfertigt oder ggf. „offensichtlich missbräuchlich“ ist⁷.

Schliesslich kann ein Antragsteller, der an einem gescheiterten Ombudsverfahren teilgenommen hat, im Fall der Einleitung eines Gerichtsverfahrens einseitig auf einen Versuch der gerichtlichen Schlichtung im Sinne der ZPO verzichten. Allerdings erfordert diese Befugnis eine gesetzliche Verankerung mit Blick auf die Fragen der Rechtshängigkeit und der Fristen⁸.

Die **Etappen des Verfahrens** werden im FIDLEG nicht beschrieben, und es mangelt dem Text an Logik und Klarheit hinsichtlich der unterschiedlichen Schritte, welche die Ombudsstelle einleiten kann, sowie ihrer Reihenfolge und Wechselwirkungen: Das

Gesetz beschränkt sich auf den Hinweis, die Stelle habe die „erforderlichen Massnahmen zur Beilegung der Streitigkeiten“ zu treffen⁹. Im Interesse der demokratischen Legitimität sollten diese Verfahrensfragen im Gesetz selbst und nicht in einem Verfahrensreglement festgelegt werden.

In dieser Hinsicht sollten die **Verfahrensgrundsätze** berücksichtigt werden, die generell bei einer aussergerichtlichen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten durch den europäischen „Financial Ombudsman“ zur Anwendung kommen, nämlich Vertraulichkeit, Unabhängigkeit, Transparenz, das Recht, angehört zu werden, Effektivität, Rechtmässigkeit, Freiheit, Rechtsvertretung, Zugang zu einem ADR-Verfahren¹⁰, Sachverstand und Unparteilichkeit, Angemessenheit und kostengünstiges bzw. in bestimmten Fällen kostenloses Verfahren.

Einige der **Schritte**, welche die Ombudsstelle gemäss dem FIDLEG ergreifen kann, sind problematisch. Das gilt insbesondere für eine „**auf die ihr vorliegenden Informationen gestützte eigene tatsächliche und rechtliche Einschätzung**“, die eindeutig nur einem mit der Streitsache befassten Richter oder Schiedsrichter obliegt, wenn im Rahmen des gütlichen Streitbeilegungsverfahrens keine Einigung gefunden wurde. Diese Befugnis muss also ausgeschlossen werden, vorbehaltlich der ausdrücklichen Zustimmung aller Verfahrensparteien. Auch die Befugnis, einen „**angemessenen, nicht vertraulichen Vorschlag zur Streitbeilegung**“ zu unterbreiten, ist problematisch, denn nur unter strenger Anwendung des Vertraulichkeitsgrundsatzes¹¹ kann ein angemessener Vorschlag zur Streitbeilegung die Anforderungen an ein effizientes Beilegungsverfahren erfüllen; der vertrauliche Rahmen erlaubt – ohne Gefährdung von aussen – eine neue Dynamik und die wünschenswerten faktische, zeitliche und emotionale Distanz.

Die **Finanzdienstleister** sollen verpflichtet werden, an diesem Verfahren teilzunehmen und Auskunftsanfragen der Ombudsstelle nachzukommen.

Eine solche Verpflichtung, welche die Verfahrensrechte und -garantien eines Beteiligten gefährdet¹², müsste auch ihren **Kunden** auferlegt werden. Doch der französische Text des FIDLEG ist mit Blick auf die mögliche **Gleichstellung der Antragsteller** einer gütlichen Streitbeilegung, d.h. der Kunden und Finanzdienstleister, nicht sehr klar. Angesichts der ausdrücklichen Zielsetzung, die darin besteht, durch Klärung der Situation und Standpunkte der Parteien, aber auch der für sie bestehenden Risiken und Interessen eine gütliche Beilegung eines potenziellen oder tatsächlichen Streitfalls zu erleichtern, müssen solche Bestimmungen für beide Parteien gelten, und es muss ein ausgeglichenes Anrufungsverfahren mit gleichen Rechten und Pflichten bestehen.

Schliesslich sollen die Finanzdienstleister einen **finanziellen Beitrag** an die Ombudsstelle leisten, der sie angeschlossen sind, und zwar nach einer Beitrags- und Kostenordnung. Nach dem gegenwärtigen Stand ist keine finanzielle Beteiligung der Kunden vorgesehen.

II. SCHIEDSGERICHT

Für Fälle, in denen das gütliche Beilegungsverfahren scheitert, sieht das FIDLEG die Einrichtung eines ständigen Schiedsgerichts¹³ nach dem Vorbild anderer Finanzplätze wie Singapur oder der USA (FINRA¹⁴) vor. Es handelt sich um ein Einschätzungs- und Beschlussfassungsverfahren, das zu einem Schiedsspruch führt, der dem

„*Ein ständiges Schiedsgericht in der Schweiz, als Ersatz eines Gerichtsverfahren, dürfte es erlauben, gegen europäische Kunden ausschliesslich in der Schweiz zu klagen, bzw. von diesen angeklagt zu werden, und so die Anrufung ausländischer Gerichte zu vermeiden.*“

Streitfall ein Ende setzt. Der ständige Charakter der Instanz wird die Homogenität der Beschlüsse bei kürzeren Fristen und begrenzten Kosten erleichtern. Die Einrichtung eines ständigen Schiedsgerichts in der Schweiz, als Ersatz eines Gerichtsverfahren, dürfte es erlauben, gegen europäische Kunden ausschliesslich in der Schweiz zu klagen, bzw. von diesen angeklagt zu werden, und so die Anrufung ausländischer Gerichte zu vermeiden, und zwar in Anwendung des revidierten Lugano-Abkommens von 2011¹⁵.

III. SCHLUSSFOLGERUNG

Mit Blick auf die Streitbeilegung zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kunden sieht das FIDLEG eine Art „Step-Proceedings“ vor, d.h. eine stufenweise Beilegung, wobei das Schiedsgericht erst angerufen werden kann, nachdem eine gütliche Beilegung durch eine Ombudsstelle und eine vorausgehende direkte Verhandlung gescheitert sind. Diese Verfahrensweise ist begrüssenswert, insofern als sie u.a. die Gerichte entlastet und verhindert, dass eine gerichtliche Instanz mit Streitfällen befasst wird, die wenig Aussicht auf eine gerichtliche Lösung haben³. Zudem wird sie ohne Zweifel eine Verbesserung der Beziehungen zwischen den verschiedenen Finanzakteuren begünstigen und eine positivere Wahrnehmung des Marktes begünstigen.

Allerdings fehlt es bei den derzeit vorgesehenen Verfahrensschritten der Streitbeilegung noch an Klarheit und Präzision, insbesondere mit Blick auf ihre Verknüpfung.

¹ Artikel 75 – 84 FIDLEG ² Zivilprozessordnung ³ Nach der Statistik des derzeitigen Bankenombudsmans betrafen 2013 86 % der finanziellen Streitfälle, die ihm schriftlich vorgelegt wurden, Summen von höchstens CHF 100'000. Es scheint jedoch, dass in 9 von 10 Fällen eine Klärung der Situation zur Beilegung des Konflikts ausreichen würde. ⁴ Gemäss Art. 121 FIDLEG wird die Verletzung dieser Informationspflicht (Verhaltensregel) mit einer Geldstrafe von bis zu CHF 50'000 geahndet; fahrlässiges Handeln wird mit einer Busse bis zu CHF 15'000 bestraft. ⁵ Art. 82 FIDLEG ⁶ Art. 76 Abs. 4 c ⁷ Diese Feststellung ist nicht unerheblich, insofern als sie einen Versuch der gütlichen Beilegung, ohne den nach dem Gesetzentwurf ein nachfolgender Antrag auf ein Schiedsverfahren im Sinne der Artikel 85 ff FIDLEG (siehe Kapitel 3 – Schiedsgericht) nicht möglich ist, verhindert. ⁸ Siehe Art. 213 ZPO und „La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié“. Florence Pastore und Birgit Sambeth Glasner: Revue de l'Avocat Suisse 8-2010. ⁹ Art. 76 FIDLEG ¹⁰ ADR (Alternative-amicable Dispute Resolution): Gütliches / alternatives Streitbeilegungsverfahren ¹¹ Transparence et secret dans l'ordre juridique. Confidentialité en médiation: mythes et réalités. Birgit Sambeth Glasner, Liber Amicorum pour Me Vincent Jeanneret. Verlag Slatkine, Genf 2010 ¹² Art. 6 EMRK ¹³ Variante A – Art. 87 ff FIDLEG ¹⁴ Financial Industry Regulatory Authority ¹⁵ Nach diesen Änderungen kann im Streitfall bezüglich eines Vertrages zwischen einem „Verbraucher“ (d.h. zu einem Zweck, der nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person zugerechnet werden kann) und sofern der Finanzdienstleister seine Aktivitäten auf irgendeinem Wege auf einen Unterzeichnerstaat des Übereinkommens ausgerichtet hat (Werbung, Angebote, Verhandlung, Unterzeichnung des Vertrages im Staat des Wohnsitzes des Verbrauchers), dieser Verbraucher den Gerichtsstand der Bank oder den Gerichtsstand seines Wohnortes wählen. Selbst wenn die Parteien theoretisch das anwendbare Recht vereinbart haben (generell Schweizer Recht), so könnte der Kunde zwingende Schutzregeln des Rechts seines Staates geltend machen, wenn diese für ihn günstiger sind (möglicherweise MiFID).