



Anspruchsdurchsetzung in B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten

DOMENIC OLIVER BRAND

B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten sind geprägt von einer strukturellen Informations- und Machtasymmetrie. Auf internationaler Ebene, wie auch in der Schweiz, ist eine Tendenz weg von gerichtlichen hin zu aussergerichtlichen Streitbeilegungssystemen erkennbar. Das Rechtsetzungsprojekt FIDLEG nimmt diesen dynamischen Entwicklungsprozess auf und bringt neue Konzepte zur Anspruchsdurchsetzung für den Schweizer Finanzmarkt ein. Der vorliegende Beitrag bezweckt, den Verlauf und den Stand dieser Entwicklungen übersichtsmässig darzustellen sowie zu den vorgeschlagenen Konzepten Stellung zu nehmen. Der Beitrag versteht sich dabei als Postulat für ein effizientes Multi-Tier ADR-System für den Schweizer Finanzmarkt mittels Ombudsstellen/Schiedsgerichts-System sowie einem Bundesfinanzmarktgericht als oberste Rechtsmittelinstanz bei Finanzmarktstreitigkeiten.

Les litiges concernant des services financiers B2C sont marqués par une asymétrie structurelle de l'information et du pouvoir. Au niveau international, comme en Suisse, on constate une tendance à s'éloigner des systèmes judiciaires de règlement des différends pour passer à une résolution extrajudiciaire des litiges. Le projet législatif LSFIn reprend ce processus de développement dynamique et introduit de nouveaux concepts en matière d'exécution des prétentions pour le marché financier suisse. La présente contribution a pour but de donner un aperçu sur le déroulement et l'état de ces développements et de se prononcer sur les concepts proposés. Elle s'entend comme un postulat pour un système efficace de modes alternatifs de résolution des conflits (ADR) à plusieurs niveaux pour le marché financier suisse par le biais de services de médiation/de tribunaux arbitraux et d'un Tribunal fédéral des marchés financiers en tant qu'instance de recours suprême pour les litiges relatifs au marché financier.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Gratulation
 - B. Ausgangslage
 - 1. Asymmetrien im Finanzmarkt
 - 2. Rechtsschutzdefizite bei der Anspruchsdurchsetzung
 - 3. FIDLEG als Teil der Kleeblatt-Reform
- II. Internationaler Hintergrund
 - A. Internationale Organisationen
 - B. EU
- III. Anspruchsdurchsetzung in B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten de lege ferenda
 - A. Gerichtliche Anspruchsdurchsetzung de lege ferenda
 - 1. Punktuelle Regulierungen
 - 2. Kollektiver Rechtsschutz
 - 3. Bundesfinanzmarktgericht
 - B. ADR de lege ferenda
 - 1. Ombudswesen
 - 2. Schiedsgerichtsbarkeit
 - 3. Med-Arb
- IV. Schlussfolgerungen
 - A. Gerichtliche Streitbeilegung
 - B. ADR

DOMENIC OLIVER BRAND, MLaw, AARE Immobilien-Treuhand AG, Muri b. Bern.

Der Unterzeichner ist Doktorand und ehem. Assistent am Lehrstuhl von PETER V. KUNZ; er dankt Frau Anja Burri, Frau MLaw Aleksandra Möckli und Dr. iur. Urs Möckli, RA, für die Durchsicht des Beitrags und die wertvollen Anregungen. Der Beitrag basiert auf der unpublizierten Masterarbeit des Unterzeichners («Streitbeilegungssysteme bei B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten»). Gegenüber der Masterarbeit, die sich eingehend auch mit der (ausser)gerichtlichen Anspruchs-

I. Einleitung

A. Gratulation

Prof. Dr. iur. PETER V. KUNZ wurde 2005 zum Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern (IWR) berufen. Nebst seiner umfassenden Lehrtätigkeit, von welcher der Unterzeichner als Student profitieren konnte, hat er zahlreiche wissenschaftliche Publikationen verfasst, namentlich auch im Bereich der vorliegend behandelten Thematik. Der Unterzeichner möchte dem Jubilar danken für die interessanten und lehrreichen Jahre als wissenschaftlicher Assistent am IWR und ihm zu seinem Jubiläum herzlich gratulieren!

B. Ausgangslage

1. Asymmetrien im Finanzmarkt

Im Finanzmarkt besteht eine *strukturelle Informations- und Machtasymmetrie* bei Rechtsverhältnissen zwischen

durchsetzung *de lege lata* befasst, werden vorliegend – nach einer Einleitung (hinten, I.) sowie einer Übersicht zu ausgewählten internationalen Entwicklungen (hinten, II.) – nur die (ausser)gerichtlichen Anspruchsdurchsetzungsmechanismen *de lege ferenda*, unter besonderer Berücksichtigung des FIDLEG, besprochen (hinten, III.). Der Beitrag wurde im September 2014 abgeschlossen; alle nachstehenden Internetadressen waren am 1. September 2014 aktiv.

Finanzdienstleistungsunternehmen und Retailkunden.¹ Diese sog. B2C-Finanzdienstleistungsverhältnisse² sind häufig von hoher Komplexität. Nicht nur treten Finanzdienstleister als Experten am Markt auf, sondern Retailkunden fehlt es auf der Gegenseite an Kenntnissen und Erfahrung mit Finanzdienstleistungen, d.h. sie haben etwa keine oder nur wenige Informationen über die Dienstleistungsqualität, die Qualifikation und die Leistungsbereitschaft der Gegenpartei (*hidden characteristics*), oder es mangelt ihnen beispielsweise am Wissen über das Verhalten des Finanzdienstleisters nach Vertragsabschluss (*hidden actions*).³ In B2C-Finanzdienstleistungsverhältnissen liegt mit anderen Worten regelmässig eine *Informationsasymmetrie* vor.⁴ Verschärft wird diese – was sich gerade bei der Anspruchsdurchsetzung akzentuiert –, indem die Finanzdienstleister i.d.R. zugleich in der wirtschaftlich stärkeren Stellung im Verhältnis zum Kunden sind und mithin eine *Machtasymmetrie* besteht.⁵ Dies gilt nicht

uneingeschränkt, wie AMADÒ/MOLO/DE VECCHI zutreffend anführen, da sich im Streitfall auch ein besonders vermöglicher Privatkunde und ein schwächerer unabhängiger Vermögensverwalter (UVV) gegenüberstehen können.⁶ Vorliegend stehen jedoch gerade Streitfälle mit «in durchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen lebende[n] Kunden»⁷, so die FINMA-Definition von Retailkunden, im Vordergrund.

2. Rechtsschutzdefizite bei der Anspruchsdurchsetzung

Die Anspruchsdurchsetzungsmechanismen *de lege lata*, namentlich das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren mit vorgängigem Schlichtungsverfahren (gerichtliche Streitbeilegung) oder etwa die Mediation und Schlichtung (aussergerichtliche Streitbeilegung), zeigen speziell bei *B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten*⁸ in sensiblen Punkten *Rechtsschutzdefizite*.⁹ In anderen Worten: Der *Anlegerschutz* (Art. 5 FINMAG¹⁰) wird bezüglich der Anspruchsdurchsetzung für Retailkunden nur unzureichend gewährleistet.¹¹ Bei der gerichtlichen Anspruchsdurchsetzung bestehen namentlich *drei zentrale Problemkreise*: das Prozesskostenrisiko (I.B.2.a.), die Beweisproblematik (I.B.2.b.) sowie die Verfahrensdauer (I.B.2.c.). Erschwerend tritt hinzu, dass die gerichtliche Anspruchsdurchsetzung regelmässig viel Zeit (bis zu mehreren Jahren) in Anspruch nimmt. Gleichzeitig sind die Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes *de lege lata* zur effektiven Durchsetzung von gleichartigen Ansprüchen mehrerer

¹ Allg. dazu: FRANCA CONTRATTO, Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor, Eckwerte zur Schaffung von «Swiss Finance Dispute Resolution» (Swiss FDR) – einem «Multi-Door Courthouse» für den Finanzplatz Schweiz, AJP/PJA 2012, 217 ff., *passim* (zit.: Streitbeilegung); BENEDICT T. BURG, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung, Diss., Zürich 2013, N 598 ff.; vgl. auch Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Diskussionspapier, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen («FINMA-Vertriebsbericht 2010»), 10. November 2010, 3 und 26 f., abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoe-rungen/documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101110-d.pdf>> (zit.: FINMA-Vertriebsbericht 2010). Zum Retailkundenbegriff: FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 2: «Darunter versteht die FINMA meist in durchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen lebende Kunden, welche übliche, nicht besonders ausgeprägte finanzmarktrelevante Kenntnisse aufweisen.» In der Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) (hiernach V-FIDLEG) wird der Begriff «Privatkunden» eingeführt, der alle Kunden erfasst, die «keine professionellen Kunden [nach Art. 4 Abs. 3 V-FIDLEG] sind» (Art. 4 Abs. 2 V-FIDLEG); die Begriffe Retail- bzw. Privatkunden werden vorliegend synonym verwendet, wenngleich der Begriff des V-FIDLEG umfassender ist.

² Unter B2C-Finanzdienstleistungsverhältnissen sind «*Business to Consumer*» (B2C) Rechtsverhältnisse, als Akronym zu «*Business to Business*» (B2B), zu verstehen, welche die professionelle Erbringung von Dienstleistungen finanzieller Art zum Gegenstand haben (CONTRATTO, Streitbeilegung [FN 1], 218 und Fn. 3). Zum Begriff «Finanzdienstleistungen»: PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. A., Bern 2010, § 1 N 197 und § 3 N 428.

³ Siehe BURG (FN 1), N 600.

⁴ *Informationsasymmetrie* ist ein aus der Ökonomie stammender Begriff, der «die ungleiche Verteilung von entscheidungsrelevantem Wissen über das Verhalten der Marktgegenpartei und dessen Ergebnisse beschreib[t].» BURG (FN 1), N 598.

⁵ Siehe SANDRO ABEGGLEN, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Entwurf eines

Systems zu ihrer Konkretisierung, Diss., Bern 1995, 19 f.; ebenso FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 26.

⁶ FLAVIO AMADÒ/GIOVANNI MOLO/RAFFAELE DE VECCHI, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, AJP/PJA 2013, 1783 ff., 1804.

⁷ FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 2.

⁸ Der von CONTRATTO eingeführte Begriff «B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten» kann definiert werden als sämtliche Rechtsstreitigkeiten aus einem B2C-Finanzdienstleistungsverhältnis (CONTRATTO, Streitbeilegung [FN 1], 218 und Fn. 3; zum Begriff vorne, FN 2).

⁹ Eingehend zu den Rechtsschutzdefiziten, mit einer Unterscheidung empirischer und rechtlicher Anhaltspunkte CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 218 ff.

¹⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) (SR 956.1).

¹¹ FRANCA CONTRATTO, FINMA-Vertriebsbericht 2010: Ein Hoffnungsschimmer am Horizont für die Anleger, Jusletter 2. Mai 2011, Rz. 58 (zit.: FINMA-Vertriebsbericht); FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 4 und 36; allg. zum Anlegerschutz SUSAN EMMENEGGER/RAHEL GOOD, Anlegerschutz in der Vermögensverwaltung und Anlageberatung, in: Dieter Zobl et al. (Hrsg.), Anlegerschutz im Finanzmarktrecht kontrovers diskutiert, Zürich 2013, 85 ff., *passim*.

Kläger beschränkt.¹² Die bestehenden *aussergerichtlichen Streitbeilegungssysteme* (*Alternative Dispute Resolution*; ADR)¹³, z.B. die Mediation oder etwa das Schlichtungsverfahren beim Schweizerischen Bankenombudsman, vermögen diese Rechtsschutzdefizite nicht zu kompensieren.¹⁴

a. Prozesskostenrisiko

Für Retailkunden wirkt sich erstens das hohe *Prozesskostenrisiko* i.V.m. der *Kostenvorschusspflicht* nach Art. 98 ZPO¹⁵ prohibitiv auf die Schadensliquidation im Zivilprozess aus, da es häufig in einem Missverhältnis zum Schaden steht.¹⁶ NOBEL/SAUERWEIN halten dem entgegen, dass der Kostenvorschuss vor allem «[...] bei niedrigen Streitwerten *durchaus mässig* [...]» und überhaupt, als Kann-Vorschrift, nur fakultativ sei.¹⁷ Dagegen führt CONTRATTO ins Feld, die Gerichtspraxis zur ZPO sei eindeutig: Es wird *regelmässig* ein Kostenvorschuss verlangt; ausserdem seien nicht die Fälle mit geringen, sondern

mit *mittleren* Streitwerten problematisch.¹⁸ EMMENEGGER/GOOD sprechen m.E. treffend vom «obligatorische[n] Kostenvorschuss».¹⁹ BURG führt überdies zutreffend an, dass i.d.R. nicht nur ein Vorschuss an die Gerichtskosten zu leisten ist, sondern u.U. auch eine *Sicherheit für die Parteikosten* der beklagten Partei (Art. 99 ZPO) und zusätzlich auch die Anwälte häufig einen Kostenvorschuss verlangen.²⁰ Nach dem Gesagten wird klar, dass bereits bei Prozessbeginn relativ hohe Auslagen anfallen, deren (teilweise)²¹ Rückleistung nach Art. 106 ZPO überhaupt nur bei einem Obsiegen des klagenden Retailkunden in Betracht kommt.²² Im Ergebnis werden – BURG beipflichtend – Kunden im Zweifelsfall nur einen Prozess anstrengen, sofern sie sich hohe Prozesschancen ausrechnen,²³ dies umso mehr, als Retailkunden in aller Regel *nicht* gerade *mittellos* sein werden und folglich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege i.S.v. Art. 117 ZPO besitzen.²⁴

b. Beweisproblematik

Zweites zentrales Prozesshindernis bildet die Beweisproblematik, da klagende Retailkunden regelmässig nach Art. 8 ZGB die *Beweislast* – insbesondere betreffend die Sorgfaltspflichtverletzung und deren Kausalität für die Schadensverursachung – tragen, obwohl sie prozesstechnisch in der schlechteren Lage sind, den Beweis auch zu führen.²⁵ EMMENEGGER/GOOD weisen beispielhaft auf die

¹² So ist *de lege lata* insbesondere die Anhebung einer Sammelklage unzulässig. Zum kollektiven Rechtsschutz *de lege ferenda* hinten, III.A.2.

¹³ Unter *Alternative Dispute Resolution* (ADR) werden vorliegend sämtliche Streitbeilegungsverfahren verstanden, die nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit zuzuordnen sind und in denen eine neutrale Drittperson die Parteien bei der Konfliktbewältigung unterstützt, bspw. die Schlichtung, die Mediation oder die Schiedsgerichtsbarkeit (statt vieler: GARY B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen aan den Rijn 2012, 7; JÜRIG G. SCHÜTZ, *Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Diss., Bern 2009, N 45; VALERIE MEYER, *Court-connected Alternative Dispute Resolution, Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven*, Diss., Luzern 2005, 3).

¹⁴ CONTRATTO, *Streitbeilegung* (FN 1), 221; DIES., *FINMA-Vertriebsbericht* (FN 11), Rz. 60; ebenso *FINMA-Vertriebsbericht 2010* (FN 1), 36.

¹⁵ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (*Zivilprozessordnung, ZPO*) (SR 272).

¹⁶ CONTRATTO, *Streitbeilegung* (FN 1), 219 m.w.H. in FN 12; *gl.M.*: ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, *Hybride Streitschlichtung im Finanzdienstleistungssektor*, SZW 2013, 191 ff., 192; DANIEL FISCHER, *Die Banken sollten ihren Kunden im Streitfall fairere Lösungen anbieten*, in: Claude Baumann et al. (Hrsg.), *Neustart, 50 Ideen für einen starken Finanzplatz Schweiz*, Zürich 2010, 137 ff., 139; vgl. auch DANIEL FISCHER/ERIC STUPP, *Streitgespräch: Die Sammelklage muss entpolitisiert werden*, Plädoyer 5/2010, 8 ff., 9; LEANDRO PERUCCHI, *Class actions für die Schweiz*, AJP/PJA 2011, 489 ff., 489; Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), *Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG)*, Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), *Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage*, 25. Juni 2014, 19 und 90, abrufbar unter: <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35423.pdf>> (zit.: EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht); *a.M.* wohl PETER NOBEL/NINA SAUERWEIN, *Die verfahrensrechtlichen Aspekte des FINMA-Vertriebsberichts 2010*, SZW 2011, 283 ff., 284 f.

¹⁷ NOBEL/SAUERWEIN (FN 16), 285 (Hervorhebung im Original).

¹⁸ CONTRATTO, *Streitbeilegung* (FN 1), FN 15, m.w.H.; *gl.M.* BURG (FN 1), N 722.

¹⁹ EMMENEGGER/GOOD (FN 11), 98.

²⁰ BURG (FN 1), N 722; diese beiden Faktoren verkennend NOBEL/SAUERWEIN (FN 16), 284 f.

²¹ Die Parteientschädigung beispielsweise erfolgt nach kantonal festgesetzten Tarifen. Sofern diese unter dem vereinbarten Honorar des Parteivertreters liegen, trägt der klagende Kunde die Differenz selbst (BURG [FN 1], FN 1282).

²² BURG (FN 1), N 722.

²³ BURG (FN 1), N 723.

²⁴ Nach der bereits angeführten Definition der FINMA (vorne, I.B.1. und FN 1) sind Retailkunden «meist in *durchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen* lebende Kunden» (FINMA-Vertriebsbericht 2010 [FN 1], 2 [Hervorhebung hinzugefügt]); sie erfüllen damit das Kriterium «Mittellosigkeit», als «das relative Unvermögen, mit den vorhandenen Mitteln zusätzlich die mutmasslichen Kosten eines konkreten Prozesses zu tragen», i.d.R. *nicht* (VIKTOR RÜEGG, in: Karl Spühler et al. [Hrsg.], *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. A., Basel 2013, Art. 117 N 7, [zit.: BSK ZPO-BEARBEITER] [Hervorhebung unterdrückt]).

²⁵ Eingehend CHRISTOPH P. GUTZWILLER, *Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagegeschäft der Banken*, AJP/PJA 2004, 411 ff., *passim*; *gl.M.*: BURG (FN 1), N 712 f.; CONTRATTO, *Streitbeilegung* (FN 1), 219 und FN 13; EMMENEGGER/GOOD (FN 11), 97; LAURENT LÉVY, *Arbitration of asset management disputes*, in: Gabrielle Kaufmann-

schwierige Beweisführung bei der Prospekthaftung hin, wo ein Anleger für das Tatbestandselement «Kausalität» beweisen muss, «dass sein Schaden nach überwiegender Wahrscheinlichkeit aufgrund der unrichtigen, irreführenden oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechenden Angaben entstanden ist.»²⁶ Nach GUTZWILLER wird die *Beweisproblematik* offenkundig, wenn ein Retailkunde eine Verletzung der Aufklärungspflichten durch pflichtwidriges Unterlassen des Finanzdienstleisters zu beweisen hat.²⁷ Mithin hat der Kunde für das *pflichtwidrige Nichthandeln*, eine negative Tatsache, Beweis zu erbringen.²⁸ Eine Beweislastumkehr ist dabei nur im Ausnahmefall anzunehmen; nach GUTZWILLER namentlich «wo der Beweisgegner *nicht ersetzbare Beweismittel vernichtet* hat» und damit «*rechtsmissbräuchlich* die für ihn günstigere Verteilungsregel [beansprucht].»²⁹

Die Beweisproblematik wird durch die *Informationsasymmetrie* verschärft.³⁰ Obschon *de lege lata* keine umfassende Dokumentationspflicht für Finanzdienstleistungsunternehmen besteht, sind hauptsächlich die Finanzdienstleister im Besitz der für die Beweisführung notwendigen Dokumentation der Kundenbeziehung, haben m.a.W. eine höhere Beweismähe – sie tragen aber nicht die Beweislast.³¹ Um eine Kompensation der asymmetrischen Informationslage zu erreichen, stehen einem Retailkunden folgende *Rechtsbehelfe* zur Verfügung:

Einerseits kann ein Kunde gestützt auf Art. 8 Abs. 1 DSGVO³² Auskunft über sämtliche ihn betreffenden Personendaten (sc. Dokumente und Aufzeichnungen aller Art) verlangen und seinen Anspruch nötigenfalls klageweise durchsetzen.³³ Andererseits steht ihm die Berufung auf seinen Herausgabe- sowie Rechenschaftsanspruch als Auftraggeber i.S.v. Art. 400 Abs. 1 OR offen.³⁴ Diese *materiell-rechtlichen* Ansprüche können jedoch *nicht* mit prozessualen Anträgen, wie einem Editionsbegehren, durchgesetzt werden.³⁵ Die Klage auf Auskunft nach Art. 8 DSGVO darf zwar zur *pre-trial-discovery* eingesetzt werden; sie muss aber *separat* und *vor* einem Editionsbegehren bzw. einer Forderungsklage angestrengt werden, da das DSGVO nicht auf «hängige Zivilprozesse» anwendbar ist (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO).³⁶ Ähnlich verhält es sich mit dem auftragsrechtlichen Herausgabe- bzw. Rechenschaftsanspruch nach Art. 400 OR – er kann weder mittels vorsorglicher Massnahmen noch mit einem Editionsbegehren durchgesetzt werden und ist selbständig einzuklagen.³⁷ Schliesslich bietet sich die *Urkundenedition* nach Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO an. Die Edition kann i.S.v. Art. 158 ZPO insbesondere auch vorprozessual, als Mittel der *vorsorglichen Beweisführung*, eingesetzt werden. Dies setzt jedoch ein *schutzwürdiges Interesse* voraus, welches namentlich darin bestehen kann, die Beweis- und Prozessaussichten abzuklären.³⁸ Der Retailkunde hat ein *Editionsbegehren* zu stellen, welches die zu edierenden Urkunden genügend bezeichnet und bei Gutheissung die Person, welche im Besitz dieser Urkunden ist, zur Vorlage derselben verpflichtet.³⁹ Nach der Verhandlungsma-

Kohler et al. (Hrsg.), *Arbitration in Banking and Financial Matters*, ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 31 2003 Geneva, Basel 2003 (= ASA Special Series No. 20), 89 ff., 111; WEBER/BAISCH (FN 16), 192; vgl. auch FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 36; EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 18 und 82 ff. Der Grund liegt darin, dass i.d.R. *nach* erfolgter Erfüllung bzw. Annahme durch den Kunden eine Pflichtverletzung geltend gemacht wird, weshalb die Beweislast beim Kunden liegt (vgl. BGE 128 III 271 E. 2.a.a. S. 273 f.; GUTZWILLER [FN 25], 412 f.); a.M. AMADÒ/MOLO/DE VECCHI (FN 6), 1802, welche keinen Unterschied etwa zum Verhältnis Arzt/Patient oder Anwalt/Klient sehen und daher i.E. auch die im V-FIDLEG vorgeschlagene Beweislastumkehr ablehnen (hinten, III.A.1.b.).

²⁶ EMMENEGGER/GOOD (FN 11), 97 m.Verw. auf BGE 132 III 715, E. 3.2. S. 720 ff.

²⁷ Siehe GUTZWILLER (FN 25), 411 und 413 f.; ebenso EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 83.

²⁸ GUTZWILLER (FN 25), 413; gl.M. BURG (FN 1), N 716. Der Grundsatz *negativa non sunt probanda* gilt nach h.L. nicht mehr. Folglich sind auch negative Tatsachen zu beweisen, indem positive Sachumstände nachgewiesen werden, von denen auf die negativen geschlossen werden kann (GUTZWILLER [FN 25], 414).

²⁹ GUTZWILLER (FN 25), 414 (Hervorhebungen im Original); gl.M. BURG (FN 1), N 715.

³⁰ So auch EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 18 und 83.

³¹ EMMENEGGER/GOOD (FN 11), 97; ebenso FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 36 und 58.

³² Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) (SR 235.1).

³³ BGE 138 III 425 ff.; vgl. dazu LUC THÉVENOZ/SUSAN EMMENEGGER/FABIANNE DE VOS BURCHART/MIRIAM DOBBINS, *Le droit bancaire privé suisse 2011–2012/Das schweizerische Bankprivatrecht 2011–2012*, RSDA 2012, 321 ff., 321 und 339.

³⁴ BGE 139 III 49 ff.; vgl. dazu SUSAN EMMENEGGER/LUC THÉVENOZ/RAHEL GOOD/DIANA MACHADO GOMES, *Das schweizerische Bankprivatrecht 2012–2013/Le droit bancaire privé suisse 2012–2013*, SZW 2013, 309 ff., 311 f. und 328 f.

³⁵ EMMENEGGER/THÉVENOZ/GOOD et al. (FN 34), 312.

³⁶ BGE 138 III 425 E. 4 S. 428 ff.; dazu THÉVENOZ/EMMENEGGER/DE VOS BURCHART et al. (FN 33), 339.

³⁷ BGE 138 III 728 ff. (betr. vorsorgliche Massnahmen); Urteil 4A_288/2012 vom 9. Oktober 2012 (betr. Edition); beide Urteile besprochen bei EMMENEGGER/THÉVENOZ/GOOD et al. (FN 34), 312 und 329.

³⁸ Urteil 4A_719/2012 vom 13. Mai 2013, m.Verw. auf Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff., 7315 (zit.: Botschaft ZPO, BBl 2006).

³⁹ Vgl. BSK ZPO-SCHMID (FN 24), Art. 160 N 22 f. Finanzdienstleistungsunternehmen können die Edition *nicht* gestützt auf ihr *Berufsgheimnis* verweigern (Art. 163 Abs. 1 lit. b ZPO), da es um die persönlichen Unterlagen des Kunden geht. Verweigern sie dennoch

xime von Art. 55 ZPO ist der beweislastertragende Retailkunde verpflichtet, das Editionsbegehren zu stellen. Das Gericht darf aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) nicht einfach von sich aus die Edition anordnen. Im Prozess kann weder aus der *Untersuchungsmaxime* (Art. 55 Abs. 2 ZPO) noch aus der *richterlichen Fragepflicht* (Art. 56 ZPO), welche nur der Klärung nicht aber der Substitution fehlender Begehren dient, eine Pflicht des Gerichts abgeleitet werden, die Parteien in prozessualen Fragen zu beraten.⁴⁰ Im Ergebnis steht grundsätzlich der Kunde in der Pflicht, ein Begehren zu stellen, und es hängt vom jeweiligen Richter ab, ob er bei Unterlassung darauf hinweist.

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die bestehenden *Rechtsbehelfe mangelhaft* sind: Die Ansprüche aus dem DSG und dem Auftragsrecht sind nur mit eigenständiger Klage durchsetzbar und erfordern damit ihrerseits einen u.U. langwierigen und kostspieligen Prozess. Mit einem (vorprozessualen) Editionsbegehren kann ein Retailkunde zwar mit verhältnismässig geringem Aufwand die asymmetrische Informationslage durchbrechen, dies hat jedoch m.E. *keinen* oder jedenfalls *nur geringen Einfluss auf die Beweisproblematik* an sich. Die Beweisführung ist und bleibt für Retailkunden schwierig und besteht *ungeachtet des eingeschlagenen Verfahrens*.

c. Verfahrensdauer

Drittens steht einer Klage vor Gericht die lange *Verfahrensdauer* als Prozesshindernis im Weg. Zwar trifft zu, wie NOBEL/SAUERWEIN anführen, dass es durch Anwendung des vereinfachten Verfahrens – besonders durch das Beschleunigungsgebot⁴¹ – «[...] auch für Kleininvestoren einfacher [wird], Finanzinstitute einzuklagen».⁴² Sie verkennen dabei aber die nach der hier vertretenen Ansicht letztlich massgebliche *Gesamtverfahrensdauer*, d.h. die Dauer von der Klageeinreichung bis zum Entscheid des potentiell letztinstanzlich zuständigen Gerichts. Nur die-

se gilt es bei der Abwägung einer Klageeinreichung – in letzter Konsequenz – zu berücksichtigen. Bei Streitwerten unter CHF 30'000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO) ist folglich der Zeitraum bis zum potentiellen Entscheid des im jeweiligen Kanton zuständigen *oberen Gerichts* einzurechnen. Bei einem CHF 30'000.– übersteigenden Streitwert ist das ordentliche Verfahren anwendbar und demnach als Gesamtverfahrensdauer der Zeitraum von der Klageeinreichung bis zum potentiellen Entscheid durch das Bundesgericht in Betracht zu ziehen.⁴³ In diesem Sinne stellen EMMENEGGER/GOOD fest, dass sich ein Retailkunde auf ein «jahrelanges Gerichtsverfahren» einstellen muss, bis das Bundesgericht in letzter Instanz entschieden hat⁴⁴ – nach BRUNNER dauern strittige Zivilprozesse i.d.R. «rund vier Jahre».⁴⁵

Im B2C-Verhältnis spielt hier nun die *wirtschaftliche Machtasymmetrie* eine erschwerende Rolle: Ein jahrelanges Gerichtsverfahren ist mit einem grossen Kosten- und Zeitaufwand sowie mit Unsicherheiten verbunden.⁴⁶ Während professionelle Finanzdienstleistungsunternehmen über die finanziellen, personellen und zeitlichen Ressourcen für ein jahrelanges Verfahren verfügen und dabei i.d.R. durch grosse Anwaltskanzleien vertreten werden, die ihrerseits über entsprechende Ressourcen und Spezialwissen verfügen, wirkt das enorme Kostenrisiko in Kombination mit der potentiell langen Dauer für Retailkunden geradezu *prohibitiv*. Hieran wird überdeutlich, dass für Retailkunden eine Klage nur in Frage kommen wird, wenn ihre Prozesschancen deutlich besser stehen, als diejenigen des Finanzdienstleisters.⁴⁷ Um es mit einem Beispiel und in den treffenden Worten von EMMENEGGER/GOOD «kurz zu fassen: Wer gegen eine Bank klagen will, muss sehr reich sein und sehr verärgert.»⁴⁸

2. FIDLEG als Teil der Kleeblatt-Reform

Im schweizerischen Finanzmarktrecht findet aktuell eine dynamische Entwicklung statt, die auf eine *grundlegen-*

die Mitwirkung, ist dies gemäss Art. 164 ZPO bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

⁴⁰ BGE 137 III 617, 621 E. 5.2. NOBEL/SAUERWEIN (FN 16), 289, führen immerhin zutreffend an, dass im vereinfachten Verfahren eine *verstärkte Fragepflicht* gilt, da die beschränkte Untersuchungsmaxime Anwendung findet (Art. 247 Abs. 1 ZPO).

⁴¹ Vgl. Art. 246 Abs. 1 ZPO mit dem Prinzip der Erledigung der Streitsache möglichst am ersten Termin. Nach KILLIAS kann dies jedoch bloss als Ordnungsvorschrift angesehen werden, setzt die Erledigung in einer Verhandlung doch voraus, dass die Streitigkeit am Ende der ersten Verhandlung bereits i.S.v. Art. 236 Abs. 1 ZPO *spruchreif* ist (LAURENT KILLIAS, in: Heinz Hausheer et al. [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, Art. 246 N 2).

⁴² NOBEL/SAUERWEIN (FN 16), 289.

⁴³ Art. 243 Abs. 1 ZPO *e contrario*; Art. 74 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG).

⁴⁴ EMMENEGGER/GOOD (FN 11), 98.

⁴⁵ ALEXANDER BRUNNER, Zur Auswahl der Handelsrichter nach ihrem Fachwissen, SJZ 105 (2009), 321 ff., 321.

⁴⁶ Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten («FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln»), 24. Februar 2012, abrufbar unter: <<http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/pos-vertriebsregeln-20120224-d.pdf>>, 21.

⁴⁷ Siehe BURG (FN 1), N 723.

⁴⁸ Zum Ganzen sowie zur zitierten Stelle EMMENEGGER/GOOD (FN 11), 98; ähnlich FISCHER (FN 16), 139 f.

de Neugestaltung der Finanzmarktarchitektur hinzielt.⁴⁹ Im Rahmen der sog. «Kleeblatt-Reform»⁵⁰ sollen neben das FINMAG ein Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG), ein Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG)⁵¹, sowie ein Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastruktur (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG)⁵² treten. Ziel dieser Revision ist es, das aktuelle Säulenmodell mit bereichsspezifischen Finanzmarkterlassen durch ein *Horizontalkonzept* zu ersetzen, das an *bereichsübergreifenden Ansatzpunkten* wie beispielsweise dem Kundenschutz orientiert sein soll.⁵³ Von diesem Gesamtprojekt sind vorliegend nur das FIDLEG im Allgemeinen und die darin verfolgten Neuerungen bei der *Anspruchsdurchsetzung* in B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten im Besonderen von Interesse.

So sieht das Gesamtprojekt aus. Welches sind nun aber die Hinter- bzw. Beweggründe für den Erlass des FIDLEG? In der Schweiz wurden aus den soeben beschriebenen Gründen (vorne I.B.2) namentlich von Seiten der Wissenschaft und der Verwaltung im Nachgang zur globalen Finanzkrise⁵⁴ Forderungen nach regulierenden Eingriffen für einen besseren Kundenschutz, gerade auch in der Anspruchsdurchsetzung, laut.⁵⁵ Zur Umsetzung dieses Vorhabens hat die FINMA in ihrem Vertriebsbericht 2010 erstmals den Erlass «eines neuen «Finanz-

dienstleistungsgesetzes» (FIDLEG) vorgeschlagen.⁵⁶ Dem FIDLEG wird aus Gründen der Gleichbehandlung und Wettbewerbsneutralität eine *sektorübergreifende Betrachtungsweise* zugrunde gelegt; es soll m.a.W. sämtliche Finanzdienstleistungen erfassen.⁵⁷ Der Bundesrat hat am 28. März 2012 das EFD, das EJPD sowie die FINMA mit der Erarbeitung des Gesetzes beauftragt und angeordnet, bis im Herbst 2013 einen Vernehmlassungsentwurf vorzulegen. Das EFD hat hierauf am 18. Februar 2013 den Hearingbericht zum FIDLEG publiziert, der die Stossrichtung der FIDLEG-Regulierung aufzeigt und interessierten Kreisen die Gelegenheit gab, bis am 28. März 2013 schriftlich dazu Stellung zu nehmen.⁵⁸ Am 27. Juni 2014 hat der Bundesrat alsdann offiziell die Vernehmlassung sowohl zum FIDLEG als auch zum FINIG eröffnet und die Vernehmlassungsvorlagen publiziert.⁵⁹ Nachfolgend werden ausgewählte Vorschläge aus dem EFD-Hearingbericht und dem Schrifttum dargestellt, welche die Durchsetzungsmechanismen *de lege ferenda* optimieren sollen, sowie aufgezeigt, ob und falls ja wie diese Vorschläge im V-FIDLEG umgesetzt wurden (hinten, III.).

II. Internationaler Hintergrund

Die dynamische Rechtsfortbildung in der Schweiz, namentlich das FIDLEG-Projekt, muss stets im Lichte der *internationalen Entwicklungen* betrachtet werden.⁶⁰ Der aktuelle internationale Trend auf der Ebene internationaler Organisationen (hinten, II.A.) und auf der Ebene der EU (hinten, II.B.) deutet darauf hin, dass die vermehrte Behandlung von B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten in ADR-Verfahren, die in Europa und den USA seit längerem erfolgt, nicht nur anhalten, sondern sich zukünftig noch akzentuieren wird.⁶¹

⁴⁹ Statt aller PETER V. KUNZ, Braucht es eine neue Architektur des Finanzmarktrechts für die Schweiz?, Die Volkswirtschaft 7/8–2014, 18 ff., *passim* (zit.: neue Architektur); DERS., Kreuzfahrt durch's schweizerische Finanzmarktrecht, Bern 2014, 19 f. (zit.: Kreuzfahrt).

⁵⁰ Der Begriff steht offenbar symbolisch für die *vier* (neuen) Bundesgesetze, welche das Grundgerüst des Finanzmarktrechts bilden sollen (KUNZ, neue Architektur [FN 49], 19).

⁵¹ Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Vernehmlassungsverfahren, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) und Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG), BBl 2014, 5415 (zit.: EFD-FIDLEG/FINIG, BBl 2014). Mit dem FINIG «wird die Aufsicht über sämtliche Finanzdienstleister, welche in irgendeiner Form für Kunden Vermögen verwalten, in einem einheitlichen Erlass geregelt [a.a.O., BBl 2014, 5415].»

⁵² Vgl. dazu Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Vernehmlassung, Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastruktur (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG), BBl 2013, 9711.

⁵³ KUNZ, neue Architektur (FN 49), 18 und 20; DERS., Kreuzfahrt (FN 49), 20; EMMENEGGER/GOOD (FN 11), 98 f.

⁵⁴ Zur Finanzkrise statt aller PETER V. KUNZ, TBTF – Überlegungen zur «Too big to Fail»-Problematik, Jusletter 17. Mai 2010, Rz. 20 ff.

⁵⁵ Statt vieler: CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 225; vgl. auch DIES., FINMA-Vertriebsbericht (FN 11), Rz. 58 ff.; WEBER/BAISCH (FN 16), 191 und 203; EMMENEGGER/GOOD (FN 11), 97 f.; FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 7.

⁵⁶ FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 7 und vgl. auch 64 («kodifiziertes «Finanzdienstleistungsgesetz»).

⁵⁷ Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Hearingbericht Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), Stossrichtungen möglicher Regulierung, 18. Februar 2013, 3, abrufbar unter: <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31589.pdf>> (zit.: EFD-Hearingbericht FIDLEG).

⁵⁸ Zum Ablauf des FIDLEG-Projekts bis zum Hearingbericht: EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 2 f.

⁵⁹ Vgl. EFD-FIDLEG/FINIG, BBl 2014 (FN 51), 5415.

⁶⁰ Zu den zentralen internationalen und v.a. EU-Entwicklungen vgl. die Rechtsvergleichung im EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 24 ff.; vgl. auch AMADÒ/MOLO/DE VECCHI (FN 6), *passim* und insb. 1784 f.

⁶¹ CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 231; zum Begriff der ADR vorne, FN 13.

A. Internationale Organisationen

Die Förderung von ADR-Systemen wird massgeblich durch internationale *opinion leader*, wie namentlich die OECD, die G20 sowie die *World Bank*⁶² vorangetrieben. Die OECD hat im Oktober 2011, die von der G20 entwickelten «*G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection*» adaptiert, welche unter dem Titel «*Complaints Handling and Redress*» von Ziff. 9 fordern: «Jurisdictions should ensure that consumers have access to adequate complaints handling and redress mechanisms that are accessible, affordable, independent, fair, accountable, timely and efficient» und ausserdem: «financial services providers and authorised agents should have in place mechanisms for complaint handling and redress.»⁶³ Daraufhin wurde im Januar 2012 der «*World Bank Guide*» von THOMAS/FRIZON publiziert,⁶⁴ welcher sowohl auf die G20-Principles als auch auf frühere Berichte Bezug nimmt und gleichermaßen empfiehlt, dass Finanzdienstleister primär über ein geregeltes *internes Beschwerdeverfahren* verfügen sollen und zusätzlich ein *einheitliches Streitbeilegungssystem* im Finanzsektor mit einer Anschlusspflicht für Finanzdienstleistungsunternehmen einzuführen ist.⁶⁵

B. EU

Die EU-Entwicklungen in Bezug auf Streitbeilegungssysteme sind für die Schweiz von grosser Bedeutung. Sie weisen eindeutig darauf hin, dass eine Verbesserung des Retailkundenschutzes mit einer gezielten *Förderung von ADR-Systemen* angestrebt wird.⁶⁶ So bestehen bereits mehrere Richtlinien, welche die EU-Mitgliedstaaten dazu verpflichten, ADR-Systeme einzurichten und spezifische Qualitätsstandards einzuhalten.

Bereits Art. 100 OGAW-RL⁶⁷ sowie Art. 53 (1) MiFID⁶⁸ verpflichteten die Mitgliedstaaten zur Einrichtung oder zumindest zur Förderung von ADR-Stellen in bestimmten Finanzdienstleistungssektoren.⁶⁹ Die am 21. Mai 2013 erlassene ADR-Richtlinie⁷⁰ zielt demgegenüber darauf, einheitliche Qualitätsstandards für alle Mitgliedstaaten zu definieren, die generell für sämtliche ADR-Verfahren in *verbraucherrelevanten Sektoren* einzuhalten sind.⁷¹ Für die Umsetzung der Richtlinie haben die EU-Mitgliedstaaten bis zum 9. Juli 2015 Zeit (Art. 25 (1) ADR-RL), womit inskünftig in der EU ein flächendeckendes und sektorübergreifendes Netz von ADR-Systemen vorliegen sollte.⁷² Ebenso ist die gleichentags wie die ADR-RL erlassene ODR-VO⁷³ für die alternative Streitbeilegung von grenzüberschreitenden Onlinegeschäften erwähnenswert, die gleichsam – aber im Gegensatz zur Richtlinie mit unmittelbarer Wirkung für die Mitgliedstaaten – die Errichtung von ADR-Systemen in B2C-Streitigkeiten fordert.⁷⁴

⁶² Vgl. <<http://www.worldbank.org/>>.

⁶³ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection*, 2011, 7, abrufbar unter: <<http://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/48892010.pdf>>.

⁶⁴ Vgl. DAVID THOMAS/FRANCIS FRIZON, *Resolving disputes between consumers and financial businesses: Fundamentals for a financial ombudsman*, World Bank (Hrsg.) 2012, *passim*, abrufbar unter: <http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/Financial_Ombudsmen_Vol_1.pdf>.

⁶⁵ THOMAS/FRIZON (FN 64), 37 f. Zum Ganzen: WEBER/BAISCH (FN 16), 196; CONTRATTO, *Streitbeilegung* (FN 1), 231 f.

⁶⁶ CONTRATTO, *Streitbeilegung* (FN 1), 231.

⁶⁷ Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABl. L 302/32.

⁶⁸ Markets in Financial Instruments Directive (MiFID) = Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145/1.

⁶⁹ Art. 100 OGAW-RL bestimmt: «Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass effiziente und wirksame Beschwerde- und Schlichtungsverfahren für die aussergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit den Tätigkeiten von OGAW vorhanden sind [...]». Art. 53 (1) MiFID lautet: «Die Mitgliedstaaten fördern die Einrichtung effizienter und wirksamer Beschwerde- und Schlichtungsverfahren für die aussergerichtliche Beilegung von Streitfällen von Verbrauchern über die von Wertpapierfirmen erbrachten Wertpapier- und Nebendienstleistungen [...]».

⁷⁰ 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 (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. L 165/63.

⁷¹ WEBER/BAISCH (FN 16), 198; dazu auch CONTRATTO, *Streitbeilegung* (FN 1), 231 und FN 128; EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 30.

⁷² Vgl. EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 30; sowie WEBER/BAISCH (FN 16), 198.

⁷³ Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten) ABl. L 165/1.

⁷⁴ Vgl. dazu EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 30 m. Verw. auf weitere Reformprojekte.

Ferner ist besonders auf die Revision der MiFID, neu MiFID II, hinzuweisen, die am 15. Mai 2014 erlassen wurde und speziell eine Änderung von Art. 53 (1) MiFID vorsieht, der bisher nur die *Förderung* von ADR-Systemen verlangte.⁷⁵ Die Bestimmung wurde neu in Art. 75 MiFID II integriert und lautet: «(1) Die Mitgliedstaaten stellen die Einrichtung effizienter und wirksamer Beschwerde- und Schlichtungsverfahren für die aussergerichtliche Beilegung von Streitfällen von Verbrauchern über die von Wertpapierfirmen erbrachten [...] [Dienstleistungen] sicher [...]. Die Mitgliedstaaten stellen darüber hinaus sicher, dass alle Wertpapierfirmen einer oder mehrerer solcher Einrichtungen [...] angehören.» Hieraus folgt, dass mit MiFID II in der EU künftig ein *ADR-Obligatorium* für B2C-Wertpapierdienstleistungsstreitigkeiten bestehen wird, das simultan die EU-Mitgliedstaaten zur Errichtung eines ADR-Systems und indirekt die Finanzdienstleistungsunternehmen zum Anschluss daran verpflichtet wird. Nach WEBER/BAISCH drängt sich, damit Schweizer Finanzunternehmen der EU-Marktzutritt nicht erschwert wird, eine autonome Übernahme einer analogen Bestimmung im FIDLEG geradezu auf, da Drittstaaten eine MiFID II konforme Rechtsordnung aufweisen müssen.⁷⁶ AMADÒ/MOLO/DE VECCHI führen dagegen zutreffend an, dass keine Garantie für eine Gleichbehandlung schweizerischer Unternehmen bestünde, da MiFID II an der *Finanzdienstleistungsfreizügigkeit* anknüpft, von welcher die Schweiz nicht erfasst wird, weshalb sie einem strengen autonomen Nachvollzug von MiFID II kritisch gegenüberstehen.⁷⁷ Im Erläuterungsbericht zum V-FIDLEG wird diese Problematik – soweit ersichtlich – weder erkannt noch behandelt.⁷⁸

Die ADR-RL, welche in ihrem weitreichenden Anwendungsbereich ebenfalls ein Ombudsstellensystem fordert, verlangt dabei allerdings weder ein Anschlussobligatorium noch die zwingende Ausstattung der ADR-Stellen mit Entscheidungskompetenz: Die Mitgliedstaaten müssen zwar ein ADR-Verfahren vorsehen, das auf «den Vorschlag einer Lösung abziel[t]» (Art. 9 (2) ADR-RL); diese «Lösung» muss aber nicht zwingend für die Parteien verbindlich sein. Die mitgliedstaatliche Regelung *kann* m.a.W. zwar Verbindlichkeit der Entscheide vorsehen,

diese soll aber stets von einer *vorgängigen Information* sowie vom *ausdrücklichen Einverständnis* der Parteien, d.h. im Minimum vom Einvernehmen des Konsumenten abhängig sein. Das Erfordernis, dass auch das Unternehmen einwilligt, kann ausgeschlossen werden (Art. 10 (2) ADR-RL).⁷⁹

Auf die Übereinstimmungen bzw. Abweichungen dieser beiden zentralen europäischen Richtlinien im Vergleich zum V-FIDLEG wird noch einzugehen sein (hinten, III. und IV.B.). In Bezug auf den *kollektiven Rechtsschutz* bleibt anzufügen, dass die Europäische Kommission am 11. Juli 2013 eine Empfehlung⁸⁰ für die Einführung von kollektiven Rechtsschutzverfahren für Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren erlassen hat.⁸¹

III. Anspruchsdurchsetzung in B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten de lege ferenda

Nachfolgend werden die wichtigsten Vorschläge aus dem FINMA-Vertriebsbericht 2010, dem EFD-Hearingbericht sowie der Lehre dargestellt, welche die Durchsetzungsmechanismen *de lege ferenda* optimieren sollen, und anschliessend untersucht, ob und falls ja wie diese Vorschläge im Vernehmlassungsentwurf des FIDLEG (nachstehend V-FIDLEG) umgesetzt wurden.

A. Gerichtliche Anspruchsdurchsetzung de lege ferenda

Die *gerichtliche Anspruchsdurchsetzung* soll für Retailkunden primär durch punktuelle Regulierungen vereinfacht werden (hinten, III.A.1.). Zusätzlich werden über neue Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes (hinten, III.A.2.) sowie die Errichtung eines Bundesfinanzmarktgengerichts (hinten, III.A.3.) debattiert.

⁷⁵ MiFID II = Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 173/349; zum Wortlaut von Art. 53 (1) MiFID vgl. vorne, FN 69.

⁷⁶ Vgl. WEBER/BAISCH (FN 16), 200 und zum Ganzen 199 f.

⁷⁷ AMADÒ/MOLO/DE VECCHI (FN 6), 1785 m.w.H. und 1805.

⁷⁸ Bezüglich der EU-Entwicklungen undifferenziert: EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 29 f.

⁷⁹ Art. 10 (2) ADR-RL: «Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass bei AS-Verfahren, bei denen die Streitigkeit durch das Auferlegen einer verbindlichen Lösung beigelegt werden soll, die auferlegte Lösung nur dann verbindlich für die Parteien sein kann, wenn die Parteien vorher über den verbindlichen Charakter der Lösung informiert wurden und sie dies ausdrücklich akzeptiert haben. Die ausdrückliche Zustimmung des Unternehmers ist nicht erforderlich, wenn in den nationalen Rechtsvorschriften bestimmt ist, dass die Lösungen für die Unternehmer verbindlich sind.»

⁸⁰ Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU), ABl. L 201/60.

⁸¹ Vgl. dazu auch EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 30.

1. Punktuelle Regulierungen

Um den Kundenschutz im Bereich Anspruchsdurchsetzung nachhaltig zu verbessern, werden als punktuelle Regulierungsvorschläge eine Dokumentationspflicht mit Herausgabeanspruch (hinten, III.A.1.a.), eine Beweislastumkehr (hinten, III.A.1.b.) sowie eine Prozesskostenfinanzierung durch die Finanzdienstleister (hinten, III.A.1.c.) vorgebracht.

a. Dokumentationspflicht mit Herausgabeanspruch

Zur *Kompensation der Informationsasymmetrie* werden gezielte Regulierungen ins Feld geführt: Bereits im FINMA-Vertriebsbericht 2010 und anschliessend im EFD-Hearingbericht wurde diskutiert, als mittelbare Beweiserleichterung eine *erweiterte Dokumentationspflicht* für Finanzdienstleistungsunternehmen zu statuieren.⁸² Damit Retailkunden im Streitfall die Haftungsvoraussetzungen beweisen können, sollen Finanzdienstleister dazu verpflichtet werden, die Beziehung zum Kunden kontinuierlich und möglichst umfassend *schriftlich zu dokumentieren*.⁸³ Dies soll mit einem gesetzlichen *Herausgabeanspruch* ergänzt werden.⁸⁴

Der Vernehmlassungsentwurf sieht ebendies vor: Nach Art. 72 Abs. 1 V-FIDLEG haben Kunden «jederzeit Anspruch auf Herausgabe einer Kopie des Kundendossiers sowie sämtlicher weiterer die [...] Kunden betreffenden Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat.»⁸⁵ Das Gesuch um Herausgabe des Kundendossiers ist *schriftlich* zu stellen, worauf das Dossier *innert 30 Tagen kostenlos herauszugeben* ist. Der Anspruch kann nötigenfalls *klageweise* (im Summarverfahren) *durchgesetzt* werden; die Weigerung zur Herausgabe kann bei der *Prozesskostenverteilung* berücksichtigt werden (vgl. Art. 73 V-FIDLEG).⁸⁶

⁸² FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 53 und 70.

⁸³ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 19. Die FINMA steht dieser Massnahme eher kritisch gegenüber, da die Dokumentationspflicht auch *gegen* Retailkunden eingesetzt werden kann, vor allem wenn die Dokumentation nur oberflächlich erfolgt (vgl. FINMA-Vertriebsbericht 2010 [FN 1], 53 f.).

⁸⁴ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 24; vgl. dazu auch AMADÒ/MOLO/DE VECCHI (FN 6), 1803.

⁸⁵ Erfasst werden sowohl schriftliche als auch elektronische Dokumente und Aufzeichnungen aller Art, zu deren Aufzeichnung die Finanzdienstleister nach Art. 15 V-FIDLEG verpflichtet sind (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 81 f.).

⁸⁶ Zum Ganzen EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 18 und 81.

b. Beweislastumkehr

Als zentrale Massnahme, welche die Informationsasymmetrie *de facto* aufheben würde, ist bereits im FINMA-Vertriebsbericht 2010 und ebenso im EFD-Hearingbericht für eine *Beweislastumkehr* in B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten plädiert worden.⁸⁷ Die Finanzdienstleister sollen, im Falle der Umsetzung, bestimmten Verhaltenspflichten unterstellt werden und hätten in einem allfälligen Zivilverfahren Beweis dafür zu erbringen, dass sie diesen Pflichten gegenüber dem Kunden effektiv nachgekommen sind. Sofern ihnen dieser Nachweis nicht gelingt, würde zugunsten des Kunden die Nichteinhaltung der Pflichten vermutet.⁸⁸

Auch dieser Vorschlag ist im Vernehmlassungsentwurf aufgenommen worden: Laut Art. 74 Abs. 1 V-FIDLEG trägt der Finanzdienstleister «die Beweislast dafür, dass er seinen gesetzlichen Informations- und Aufklärungspflichten nachgekommen ist.»⁸⁹ Falls er diesen Beweis zu führen nicht im Stande ist, wird nach Art. 74 Abs. 2 V-FIDLEG, vorbehaltlich des Gegenbeweises, «vermutet, dass [...] der Kunde das betroffene Geschäft nicht getätigt hätte.»⁹⁰ Aus dieser *Beweislastumkehr* betreffend die Erfüllung der Informations- und Aufklärungspflichten (des OR sowie insbesondere der Art. 6 ff. V-FIDLEG) i.V.m. der *gesetzlichen Vermutung*, dass der Kunde vom Geschäft abgesehen hätte, wird aus Kundensicht sowohl der *Beweis der Sorgfaltspflichtverletzung* (Widerrechtlichkeit) als auch der *Kausalität* entscheidend vereinfacht.⁹¹

c. Prozesskostenübernahme bzw. -finanzierung durch Finanzdienstleistungsunternehmen

Zur *Kompensation der wirtschaftlichen Machtasymmetrie* wurde im EFD-Hearingbericht vorgebracht, eine Möglichkeit zur *Vorfinanzierung der Prozesskosten* (bereits in der Prozessvorbereitungsphase), ergänzt durch eine Pflicht zur *Prozesskostenübernahme* durch die Finanzdienstleister, einzuführen.⁹² Diese Kostenerleichterungen sollten mit dem neuen Ombudssystem verknüpft

⁸⁷ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 24; vgl. bereits FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 58.

⁸⁸ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 24.

⁸⁹ Die *Folgen der Beweislosigkeit* trägt damit der Finanzdienstleister (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 83).

⁹⁰ Vgl. EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 84 m.w.H.

⁹¹ EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 18. Dieses Konzept entspricht dem in der Lehre vertretenen Prinzip der *Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens* (a.a.O., 84 m.w.H. und m.Verw.).

⁹² EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 25; siehe dazu bereits ähnlich FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 59 f.; vgl. dazu auch den ähnlichen Vorschlag betr. Sammelklagen von PERUCCHI (FN 16), 502.

werden (hinten, III.B.1.). Konkret war vorgesehen, bei einer die Kundenbegehren gutheissenden Empfehlung der Ombudsstelle, wonach der Anspruch des Kunden «wahrscheinlich berechtigt» sei, den «Finanzdienstleister [zu] verpflichte[n] [...], die Prozesskosten des Kunden in einem nachfolgenden Zivilverfahren vorzuschliessen und in jedem Fall unabhängig vom Verfahrensausgang schliesslich auch zu übernehmen.»⁹³ Methodisch betrachtet sollte m.a.W. – eine positive Empfehlung vorausgesetzt – die *unwiderlegbare Vermutung* aufgestellt werden (*Fiktion*), wonach der Kunde i.S.v. Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO «[...] in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war» und der Finanzdienstleister daher in jedem Fall die Kosten zu übernehmen hätte.⁹⁴

Der Vernehmlassungsentwurf nimmt diesen Ansatz als «Variante B»⁹⁵ – *alternativ zu einem kostenlosen bzw. kostengünstigen Schiedsverfahren* («Variante A»; hinten, III.B.2.) – auf, jedoch in modifizierter und abgeschwächter Form. Zum Zwecke der Prozesskostenfinanzierung für Privatkunden sollen *inter alia* die Finanzdienstleister (Art. 87 [B] lit. a V-FIDLEG) verpflichtet werden, einen *Prozesskostenfonds* unter Verwaltung des EFD einzurichten (Art. 85 [B] ff. V-FIDLEG).⁹⁶ Im Unterschied zum Vorschlag des Hearingberichts sollen die Prozesskosten damit *nicht direkt* dem beklagten Finanzdienstleister auferlegt, sondern vom eigens dafür geäußerten Prozesskostenfonds übernommen werden.⁹⁷ Die zu leistenden Beträge richten sich nach den Art. 89 [B] ff. V-FIDLEG. Im *erfolglosen* Prozessfall würden Privatkunden⁹⁸ nach Art. 92 [B] Abs. 1 V-FIDLEG «Anspruch auf Übernahme eines angemessenen Teils ihrer Prozesskosten durch den Prozesskostenfonds» erhalten, wenn sie (*kumulativ*):⁹⁹ in der Streitsache bereits an einem *Verfah-*

ren vor einer Ombudsstelle teilgenommen haben (lit. a; hinten, III.B.1.a.);¹⁰⁰ «ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint» (lit. b);¹⁰¹ der Streitwert CHF 1 Mio. nicht übersteigt (lit. c); und sie «nicht über ausserordentlich gute finanzielle Verhältnisse verfügen» (lit. d)¹⁰². Zu beachten ist ferner, dass kein Anspruch besteht, sofern in der Streitsache *ein genehmigter Gruppenvergleich* (hinten, III.A.2) vorliegt und ein Austritt i.S.v. Art. 111 V-FIDLEG erfolgt ist (Art. 92 [B] Abs. 2 V-FIDLEG).¹⁰³ Die *Abschwächung* gegenüber der im Vorschlag des Hearingberichts u.U. noch *zwingenden Kostenübernahme* ist besonders deutlich an den neu eingebrachten *unbestimmten Rechtsbegriffen* des «angemessenen Teils» sowie der «ausserordentlich gute[n] finanzielle[n] Verhältnisse» in Art. 92 [B] Abs. 1 V-FIDLEG erkennbar. Positiv ausgedrückt, wird dem Gericht hierdurch ein *weitreichendes Ermessen* zugunsten einer *einzelfallgerechten* Kostenübernahme an sich sowie deren Höhe zugesprochen. Negativ fällt hingegen ins Gewicht, dass diese unbestimmten Begriffe offenkundig *neues Streitpotential* bieten, was aus Retailkundensicht zu bedauern ist. Hier ist m.E. aus Anlegerschutzüberlegungen eine klarere Formulierung zu wählen, ohne dem Richter für Ausnahmefälle jegliches Ermessen zu nehmen.

Die Finanzierung kann für die *Gerichtskosten*, *Parteientschädigungen an die Gegenpartei* sowie für die eigene *anwaltschaftliche Vertretung* oder *Gerichtsexperten* zugespro-

⁹³ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 25.

⁹⁴ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 25; kritisch dazu WEBER/BAISCH (FN 16), 194; ebenso kritisch AMADÒ/MOLO/DE VECCHI (FN 6), 1804, welche m.E. zutreffend vorbringen, dass in der Praxis auch ein wirtschaftlich (sehr) starker Privatkunde einem wirtschaftlich schwächeren UVV gegenüberstehen kann, weshalb in solchen Fällen die einseitige Verteilung der Prozesskosten unangemessen erscheint (vgl. bereits vorne, I.B.1.). Besser ist m.E. ein *einzelfallgerechter Ermessensentscheid*, wie er – zumindest vom Ansatz her richtig – im V-FIDLEG angedacht ist.

⁹⁵ Die entsprechenden Artikel des V-FIDLEG sind mit [B] gekennzeichnet.

⁹⁶ Vgl. dazu EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 92 f.

⁹⁷ EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 92.

⁹⁸ Anspruch auf Übernahme der Prozesskosten haben u.U. auch klageberechtigte Verbände und Organisationen bei einer *Verbandsklage* (vgl. Art. 92 [B] Abs. 3 V-FIDLEG; hinten, III.A.2.).

⁹⁹ Die Voraussetzungen sind nach dem Wortlaut des V-FIDLEG sowie des Erläuterungsberichts *kumulativ* zu verstehen (zum Ganzen EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 20).

¹⁰⁰ Die erste Voraussetzung soll sicherstellen, dass (i) nicht leichtfertig ein Prozess eingeleitet wird, wo eine einvernehmliche Streiterledigung möglich wäre oder noch nicht versucht wurde; und (ii) soll hierdurch die ADR mittels Ombudsstellen gezielt gefördert werden (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 94 f.). Zum Verfahren vor der Ombudsstelle hinten, III.B.1.a.

¹⁰¹ Diese Voraussetzung wird als *zentral* erachtet, um den Prozesskostenfonds nicht mit der Finanzierung wenig aussichtsreicher oder gar missbräuchlicher Klagen zu belasten (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 94). «Aussichtslosigkeit liegt vor, wenn die Verlustrisiken die Gewinnaussichten nicht nur in geringem Masse übersteigen und sich daher eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung nicht zu einem Prozess entschliessen würde.» (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 95; m.Verw. auf BGE 138 III 217, E. 2.2.4, S. 218).

¹⁰² Es wird *nicht* wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege an die Mittellosigkeit (Art. 117 lit. a ZPO) geknüpft; ausreichende Mittel sind vorhanden, wenn «der Privatkunde ein Einkommen erzielt, das um ein Mehrfaches über dem durchschnittlichen liegt, oder über Vermögenswerte verfügt, die die mutmasslichen Prozesskosten um ein Mehrfaches übersteigen.» (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 95).

¹⁰³ Begründet wird dies damit, dass bei einem Austritt aus dem Gruppenvergleichsverfahren eine individuelle Prozessführung auf «eigene Kosten und eigenes Risiko» erfolgen soll (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 96). Vgl. dazu hinten, III.A.2.

chen werden (Art. 9 [B] Abs. 1 V-FIDLEG);¹⁰⁴ soweit die Kosten dabei vom Prozesskostenfonds übernommen werden, «entfällt die Pflicht, Vorschüsse und Sicherheiten zu leisten» (Art. 93 [B] Abs. 2 V-FIDLEG).¹⁰⁵ Das mit begründetem Gesuch einzuleitende richterliche Genehmungsverfahren sowie die Rechtsmittel gegen einen abschlägigen Entscheid richten sich nach den Art. 94 [B] ff. V-FIDLEG.¹⁰⁶

2. Kollektiver Rechtsschutz

B2C-Finanzdienstleistungen werden massenweise und standardisiert auf dem Markt angeboten. In Schadenfällen entsteht daher häufig parallel eine Vielzahl von identischen oder ähnlich gelagerten rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Finanzdienstleistern und Privatkunden (sog. *Streu-* und *Massenschäden*).¹⁰⁷ *De lege lata* stehen für Retailkunden – für ein gemeinsames bzw. konzentriertes Vorgehen – primär die einfache Streitgenossenschaft (Art. 71 ZPO), die objektive Klagenhäufung (Art. 15 Abs. 2 i.V.m. Art. 90 ZPO) und (für das zuständige Gericht) die Klagenvereinigung (Art. 125 lit. c ZPO) zur Verfügung. Zwar besteht sowohl die in Art. 89 ZPO bei Persönlichkeitsverletzungen als auch in verschiedenen Spezialgesetzen, etwa im Lauterkeitsrecht (Art. 10 Abs. 2 UWG¹⁰⁸), vorgesehene *Verbandsklage*.¹⁰⁹ Es existiert jedoch *keine Sammelklage (class action)* für B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten, vielmehr wurde

auf deren Einführung beim Erlass der ZPO *bewusst verzichtet*.¹¹⁰ Mehrere Autoren¹¹¹, die FINMA¹¹² sowie das EFD¹¹³ betrachten die bestehenden Instrumente, gerade in B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten, als mangelhaft und fordern, den *kollektiven Rechtsschutz* auszubauen. Von Seiten der Lehre wird insbesondere die Einführung der *Sammelklage* gefordert.¹¹⁴ Im Lichte dessen hat der Bundesrat einen 2013 publizierten, ausführlichen Bericht zum kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz erstellt.¹¹⁵ Auch der EFD-Hearingbericht äussert sich zur Thematik und hält fest, dass in Fällen, in denen eine Fehlberatung oder Pflichtwidrigkeit das *individuelle Beratungsverhältnis* betrifft, es ohnehin «auf die Umstände des Einzelfalls ankommt und eine pauschale Abwicklung in der Regel ausscheidet.»¹¹⁶ In Fällen von «strukturellen Pflichtwidrigkeiten», z.B. bei falschen Angaben in einem Prospekt, «käme die Anwendung von Sammelklagen dagegen grundsätzlich in Frage.»¹¹⁷

Die allgemeine Stossrichtung scheint mithin die Schaffung *neuer Instrumente zur kollektiven Anspruchsdurchsetzung* zu sein; sie wird im Vernehmlassungsentwurf zum FIDLEG erstmals mit dem Vorschlag einer spezialisierten Verbandsklage und dem sog. Gruppenvergleichsverfahren konkretisiert.¹¹⁸

Mit der *spezialisierten Verbandsklage* nach Art. 101 ff. V-FIDLEG werden Verbände, Vereine und andere Or-

¹⁰⁴ Der Anspruch besteht unabhängig eines allfälligen Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege bzw. unentgeltlicher Rechtsvertretung nach den Art. 117 ff. ZPO (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 96).

¹⁰⁵ Dies analog zur unentgeltlichen Rechtspflege nach ZPO (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 97 m.w.H.).

¹⁰⁶ Die Kosten des Verfahrens übernimmt bei *Gutheissung* der Prozesskostenfonds, bei *Unterliegen* ebenfalls – vorbehaltlich böse- oder mutwilliger Prozessführung (Art. 96 [B] Abs. 1 und 2 V-FIDLEG). Zum Ganzen EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 20 und ausführlich 94 ff.

¹⁰⁷ Allg. dazu LUCY GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, Kollektive Durchsetzung gleichartiger, individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, Diss., Zürich 2007, 1 und *passim*; siehe ferner FISCHER/STUPP (FN 16), 9. Z.B. kann von unrichtigen oder irreführenden Prospektangaben eine Vielzahl von Anlegern betroffen sein (dazu bereits FINMA-Vertriebsbericht 2010 [FN 1], 60). Zur Grundproblematik bei Streu- bzw. Massenschäden vgl. auch DANIEL ZIMMER/JAN HÖFT, «Private Enforcement» im öffentlichen Interesse?, ZGR 2009, 662 ff., 664 f.

¹⁰⁸ Bundesgesetz vom 19. Dezember gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (SR 241).

¹⁰⁹ EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 101 m.w.H.

¹¹⁰ Zunächst sei es dem europäischen *Civil Law*-Rechtsverständnis «[...] fremd, dass jemand ungefragt für eine grosse Zahl von Menschen verbindlich Rechte wahrnehmen darf, ohne dass sich die Berechtigten als Parteien am Prozess beteiligen.» Die Sammelklage führe zudem zu Problemen bei der Organisation und Koordination, der Definition der klageberechtigten Gruppen, der Verteilung des Prozessgewinns und der z.T. mangelnden Endgültigkeit (*opting out* möglich); sie berge überdies aufgrund der regelmässig enormen Streitwerte ein erhebliches Missbrauchspotential (*legal blackmail*) (Botschaft ZPO, BBl 2006 [FN 38], 7290; vgl. dazu auch FISCHER/STUPP [FN 16], 8 ff.).

¹¹¹ Statt aller CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 220 und 222 m.w.H.

¹¹² FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 7 und 43.

¹¹³ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 26; sowie jüngst EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 20.

¹¹⁴ Statt vieler: PERUCCHI (FN 16), *passim*; kontrovers FISCHER/STUPP (FN 16), *passim*; vgl. jüngst: MARINA JOOS, Vers une «class action» helvétique?, Revue de l'avocat 2013, 487 ff., *passim*; CHRISTIAN KÖLZ, Braucht es in der Schweiz Sammelklagen?, ZBJV 149/2013, 865 ff., *passim*.

¹¹⁵ Bericht des Bundesrates, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, 3. Juli 2013, *passim*, abrufbar unter: <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-07-03/ber-br-d.pdf>> (zit.: BR-Kollektiver Rechtsschutz).

¹¹⁶ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 26.

¹¹⁷ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 26 (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹¹⁸ EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 20.

ganisationen, die nicht gewinnorientiert sind und deren statutarischer Zweck die Interessenwahrung bestimmter Personengruppen wie namentlich Privatkunden und Konsumenten ist, «wegen Verletzung zivilrechtlicher Pflichten bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen» in eigenem Namen gegen Finanzdienstleister zur Klage berechtigt (Art. 101 V-FIDLEG). Das Rechtsbegehren kann dabei nur auf Unterlassen, Beseitigung oder Feststellung einer Pflichtverletzung gerichtet sein; Leistungsbegehren sind unzulässig (Art. 102 V-FIDLEG).¹¹⁹ Besonders hervorzuheben ist einerseits der Umstand, dass für die Verbandsklage auch die Möglichkeit zur *Prozesskostenfinanzierung* vorgesehen ist (Art. 103 V-FIDLEG), und andererseits eine *Unterbrechung der Verjährungsfristen* (Art. 135 OR) «für Forderungen von Personen, die von der Verbandsklage erfasst werden», statuiert werden soll (Art. 104 V-FIDLEG).¹²⁰ Die Verbandsklage würde zwar dem Verband nicht eine direkte *Leistungsklage* ermöglichen, dafür aber *indirekt den Privatkunden* i.V.m. der Verjährungsunterbrechung im Anschluss eine individuelle Leistungsklage eröffnen.¹²¹

Das in den Art. 105 ff. V-FIDLEG vorgesehene *Gruppenvergleichsverfahren* zielt darauf ab, die «kollektive und repräsentative Geltendmachung von gleichen oder gleichartigen finanziellen Ansprüchen [bei Streu- und Massenschäden] für eine Vielzahl von nicht direkt am Verfahren beteiligten Personen» zu gestatten.¹²² Als Hauptunterschied zur klassischen Sammelklage ist das Vergleichsverfahren – wie der Wortlaut bereits vermittelt – vom Einverständnis des Finanzdienstleisters abhängig (vgl. Art. 106 V-FIDLEG «Gruppenvergleichsvereinbarung»)¹²³ Es bedarf dagegen aber keiner autoritativen Feststellung der Pflichtverletzung oder etwa des Schadens; die Entschädigungen bzw. Schadensfolgen werden vielmehr einvernehmlich geregelt. Der Gruppenvergleich ist vom zuständigen oberen kantonalen Gericht zu *genehmigen* (Art. 110 V-FIDLEG) und wird dadurch,

vorbehaltlich des innert einer bestimmten Frist zu erklärenden Austritts (*opting out*) (Art. 111 V-FIDLEG), analog zu einem richterlichen Vergleich nach Art. 241 ZPO *allgemeinverbindlich*, dies aber auch für *nicht am Verfahren beteiligte* Privatkunden (Art. 105 Abs. 2 und Art. 110 Abs. 3 V-FIDLEG). Das Gericht hat hierbei nach Art. 110 Abs. 2 V-FIDLEG in erster Linie die *materielle Angemessenheit*, besonders der «Entschädigung im Verhältnis zur Pflichtverletzung sowie zu Art und Schwere des erlittenen Schadens», ferner aber auch die *formelle Fairness* (Verfahrensmässigkeit) und die *Effizienz* im Vorgehen zu beurteilen. Ein Rechtsmittel gegen diesen Entscheid indes nicht (Art. 110 Abs. 4 V-FIDLEG).¹²⁴

3. Bundesfinanzmarktgericht

Als institutionelle Reform wird in der Lehre – gerade auch von Seiten des Jubilars – die Schaffung eines *Bundesfinanzmarktgerichts* befürwortet.¹²⁵ Die Vorteile einer solchen Gerichtsinstanz wären im Wesentlichen mit denjenigen der Handelsgerichte vergleichbar.¹²⁶ In diesem Sinne kommen als Modell für das Bundesfinanzmarktgericht nach KUNZ denn auch speziell die Handelsgerichte sowie das Bundespatentgericht in Frage.¹²⁷ Der Jubilar sieht die *Verkürzung des Instanzenzugs* und die *Konzentration der Fachkompetenz*, durch Einbezug von Richtern mit branchenspezifischem Fachwissen als besondere Vor-

¹¹⁹ Vgl. auch Art. 89 ZPO, der eine weitestgehend analog geregelte Verbandsklage vorsieht.

¹²⁰ Dies im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Praxis zur Verbandsklage *de lege lata*, bei der gerade keine Verjährungsunterbrechung erfolgt, da die Verbandsklage und allfällige Individualklagen nach Ansicht des BGer *unabhängig* sind, was ein – wie hier skizziertes – gestaffeltes Vorgehen erschwert (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 103 m.Verw. auf BR-Kollektiver Rechtsschutz [FN 115], 26 f.).

¹²¹ EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 102 und zum Ganzen 101 ff. Dies im Gegensatz zur Empfehlung der Europäischen Kommission, nach der auch *kollektive Schadenersatzprozesse* möglich sein sollen (vgl. vorne II.B. i.f. und FN 80).

¹²² EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 21.

¹²³ EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 21 und 104.

¹²⁴ Zum Ganzen EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 21 und ausführlich 103 ff.

¹²⁵ PETER V. KUNZ, *Wirtschaftsrechtliche Rechtsanwender in der Schweiz*, ZVglRWiss 112 (2013), 191 ff., 205 (zit.: *Rechtsanwender*); sowie jüngst DERS., *Kreuzfahrt* (FN 49), 38; SABINE KILGUS, *Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht*, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2007, N 988 ff. («schweizerisches Bank- und Finanzmarktfachgericht» [Hervorhebung unterdrückt]); JEAN-MARC SCHALLER/ROLF H. WEBER, *Auf dem Weg zu einem neuen kohärenten Finanzmarktrecht in der Schweiz?*, SZW 2003, 177 ff., 189 («Bundeskapitalmarktgericht»); bereits HANS C. VON DER CRONE, *Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert*, SZW 70 (1998), 157 ff., 169 (zit.: *Aktienrecht*) («Bundesaktiengericht»); DERS., *Markt und Intervention – Erste Folgerungen aus der aktuellen Krise*, SZW 2003, 57 ff., 64 (zit.: *Markt und Intervention*); vgl. dazu auch CONTRATTO, *Streitbeilegung* (FN 1), 222 und FN 41, m.w.H. auf Forderungen von Konsumentenorganisationen für einen «Aktienrechts-Gerichtshof»; sowie DIES., *Streitbeilegung* (FN 1), 241, mit der Forderung, das Bundesfinanzmarktgericht als Rechtsmittelinstanz von Swiss FDR einzusetzen (hinten, III.B.3.).

¹²⁶ Aus diesem Grund fordert namentlich KILGUS (FN 125), N 939 ff., dass der Zuständigkeitsbereich der Handelsgerichte auf sämtliche bank- und finanzmarktrechtlichen Streitigkeiten zu erweitern ist, wodurch das Handelsgericht standardmässig in erster Instanz zur Beurteilung von B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten zuständig wäre.

¹²⁷ KUNZ, *Rechtsanwender* (FN 125), 205 und vgl. 202 f. zum Bundespatentgericht.

teile.¹²⁸ Dies wirkt sich – was besonders für Retailkunden wesentlich ist – *verfahrensbeschleunigend* und *kosten-sparend* aus, was allgemein zu einer *Qualitätssteigerung in der Rechtsfindung* führt.¹²⁹

Hinsichtlich der *sachlichen Zuständigkeit* werden unterschiedliche Auffassungen vertreten: SCHALLER/WEBER schlagen eine auf das Kapitalstraf- und Kapitalmarktverwaltungsrecht beschränkte Zuständigkeit vor, womit B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten nicht vom Zuständigkeitsbereich erfasst wären.¹³⁰ VON DER CRONE plädiert demgegenüber für die Einführung eines *Bundesaktiengerichts*, dessen Zuständigkeitsbereich vorrangig auf aktienrechtliche Streitfälle bei Publikumsgesellschaften auszurichten sei.¹³¹ Im Gegensatz dazu soll nach der von KILGUS vertretenen Ansicht das Bundesfinanzmarktgericht «[...] zur Beurteilung *sämtlicher* bank- und finanzmarktrechtlicher» Streitigkeiten,¹³² die zivil- und/oder verwaltungsrechtlicher Natur sind,¹³³ zuständig sein.¹³⁴ Das Gericht sei mit Berufs- und Fachrichtern zu bestellen, wobei KILGUS vorschlägt, den Spruchkörper in Konsumententstreitigkeiten mit einem *Konsumentenvertreter* als Fachrichter zu besetzen.¹³⁵ Dem von KILGUS vertretenen Konzept mit einer umfassenden sachlichen Zuständigkeit in allen finanzmarktrechtlichen Streitigkeiten wird vorliegend der Vorzug gegeben. Der umfassende Zuständigkeitsbereich steht m.E. im Einklang mit dem beim FIDLEG verfolgten Ansatz, Finanzdienstleistungen *sektorübergreifend* zu regulieren. Ferner werden damit sowohl B2B- als auch B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten erfasst, was eine Bereicherung der Durchsetzungsmechanismen für alle am Markt teilnehmenden Privaten mit sich bringen würde.

¹²⁸ KUNZ, Rechtsanwender (FN 125), 205 sowie 202 (betr. das Bundespatentgericht); ebenso SCHALLER/WEBER (FN 125), 189.

¹²⁹ In diesem Sinne auch SCHALLER/WEBER (FN 125), 189.

¹³⁰ SCHALLER/WEBER (FN 125), 189.

¹³¹ VON DER CRONE, Aktienrecht (FN 125), 169; DERS., Markt und Intervention (FN 125), 64.

¹³² KILGUS (FN 125), N 996 (Hervorhebung im Original); so wohl auch KUNZ, Rechtsanwender (FN 125), 205 («finanzmarktrechtlich[e] Themen»).

¹³³ Eine Zuständigkeitsbeschränkung des Bundesfinanzmarktgerichts auf verwaltungsrechtliche Angelegenheiten, wonach dieses quasi zur «Abteilung Finanzmarkt» des Bundesverwaltungsgerichts würde, lehnt KILGUS (FN 125), N 992, mit ausführlicher Begründung ab. Eine Zuständigkeit soll eben gerade dann bestehen, wenn der Streit sog. *Normen-Cluster* erfasst, d.h. Streitigkeiten, die mehrere traditionell unterschiedene Rechtsgebiete umfassen und die besonders im Finanzmarktrecht häufig vorkommen, wie etwa in der Kombination von Zivil- und öffentlichem Recht (s. Bankenprivat- und Aufsichtsrecht) (vgl. dazu DIES. [FN 125], N 51 und N 54 ff.).

¹³⁴ KILGUS (FN 125), N 988 und N 996–998.

¹³⁵ KILGUS (FN 125), N 993.

Weder der EFD-Hearingbericht noch der EFD-Erläuterungsbericht zum V-FIDLEG äussert sich zum Bundesfinanzmarktgericht; eine Einführung im Rahmen des FIDLEG ist damit bedauerlicherweise offenbar nicht geplant.

B. ADR de lege ferenda

Die Stossrichtung *de lege ferenda* weist bezüglich der ADR auf eine Stärkung des Ombudswesens hin (hinten, III.B.1.). Ergänzend dazu wird als Alternative zum Prozesskostenfonds die Errichtung institutioneller Schiedsgerichte (hinten, III.B.2.) vorgeschlagen. In der Lehre werden ausserdem Med-Arb-Verfahren (hinten, III.B.3.) ins Feld geführt.

1. Ombudswesen

Zur Effektivierung der ADR soll mit Einführung des FIDLEG primär das *Ombudswesen*¹³⁶ gestärkt werden. Dieses bereits im FINMA-Vertriebsbericht 2010¹³⁷ angesprochene Reformvorhaben wurde im EFD-Hearingbericht zum FIDLEG erstmals mit zwei Umsetzungsvarianten konkretisiert, namentlich einer *Ombudsstelle mit Anschluss- und Einlassungspflicht sowie Empfehlungskompetenz* (hinten, III.B.1.a.) oder einer *staatlichen Schlichtungsstelle mit Entscheidungskompetenz* (hinten, III.B.1.b.).¹³⁸ Der V-FIDLEG nimmt erstere Variante auf und liefert den Entwurf eines gesetzlichen Rahmens.

¹³⁶ Bei einer Streitschlichtung vor einer *Ombudsstelle* handelt es sich i.d.R. um eine Mediation oder aber eine Schlichtung, wobei der Unterschied darin liegt, ob die Ombudsperson die Kompetenz hat, Vergleichsvorschläge einzubringen (zur Abgrenzung: DESIRÉE CIMMINO, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftstreitigkeiten, Diss. Regensburg, Frankfurt a. M. 2008, 19 f.). *Mediation* ist ein freiwilliger, auf Vertrag beruhender, aussergerichtlicher Streitbeilegungsprozess, bei welchem eine unabhängige und neutrale Drittperson, der Mediator, ohne Entscheidbefugnis die Parteien unterstützt, eine einvernehmliche Lösung ihres Konflikts zu finden (SCHÜTZ [FN 13], N 106; BERNHARD BERGER/Franz KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 2nd ed., London 2010, N 160; KLAUS P. BERGER, Private Dispute Resolution in International Business, Negotiation, Mediation, Arbitration, 2nd ed., Alphen aan den Rijn 2009, N 6–16; CIMMINO a.a.O., 19). Die *Schlichtung (conciliation)* ist demgegenüber ein freiwilliges, auf Vertrag beruhendes, aussergerichtliches Konfliktbeilegungsverfahren, bei welchem eine unabhängige und neutrale Drittperson, der Schlichter, den Parteien einen unverbindlichen Vorschlag zur einvernehmlichen Streitbeilegung unterbreitet (SCHÜTZ [FN 13], N 107; BERGER/KELLERHALS a.a.O., N 149; CIMMINO a.a.O., 20).

¹³⁷ Vgl. FINMA-Vertriebsbericht 2010 (FN 1), 43 und 68 mit dem Vorschlag eines «Ombudsstellenobligatoriums».

¹³⁸ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 25.

a. Ombudsstelle mit Anschluss- und Einlassungspflicht sowie Empfehlungskompetenz

In erster Linie war im EFD-Hearingbericht angedacht, sämtliche Finanzdienstleistungsunternehmen zu verpflichten, sich einer Ombudsstelle anzuschließen (*Anschlussobligatorium*) und sich auf die Verfahren davor einzulassen (*Einlassungspflicht*). Die Schlichtung durch eine Ombudsperson mit Empfehlungskompetenz habe sich in der Praxis bewährt, weswegen der Ombudsstelle, nach dieser Variante des Hearingberichts, weiterhin *keine Entscheidungskompetenz* zukommen soll. Die Ombudsstelle soll lediglich nach Abschluss des Verfahrens eine *Empfehlung* zur Streitbeilegung abgeben. Bei einer die Kundenbegehren gutheissenden Empfehlung soll der Kunde berechtigt werden, beim zuständigen Gericht die *Vorfinanzierung der Prozesskosten* und im allfälligen Prozess die *Kostentragung* durch den Finanzdienstleister zu verlangen.¹³⁹

Die Vernehmlassungsvorlage nimmt diese Variante auf und bringt in den Art. 75 ff. V-FIDLEG erstmals einen Gesetzgebungsvorschlag dazu.¹⁴⁰ Der Erläuterungsbericht des EFD hebt als Beweggründe für diesen Vorschlag hervor, dass die Streitschlichtung vor einer Ombudsstelle einerseits dem im schweizerischen Zivilprozessrecht verankerten *Grundsatz*: «Zuerst schlichten, dann richten»¹⁴¹ und andererseits *internationalen Standards* (unter explizitem Verweis auf die Empfehlungen der G20 und der Weltbank; vorne, II.A.) sowie dem EU-Recht (hier unter explizitem Verweis auf die ADR-RL und MiFID II; vorne, II.B.) entspreche.¹⁴² In diesem Sinne sieht Art. 75 V-FIDLEG vor, Finanzdienstleistungsstreitigkeiten «nach Möglichkeit», vor einer *staatlich anerkannten Ombudsstelle* (vgl. Art. 82 ff. V-FIDLEG) zu lösen, welche die Parteien im Streit «unbürokratisch, fair, rasch und für die Kundin oder den Kunden kostengünstig oder kostenlos» zu einer Lösung führen soll (Art. 76 Abs. 1 V-FIDLEG). Das bei ADR-Verfahren allgemein vorherrschende Prinzip der *Vertraulichkeit*¹⁴³ des Verfahrens soll – mit Ausnahme der «Vorschläge der Ombudsstelle zur Streitbeilegung»¹⁴⁴ – übernommen werden (Art. 76 Abs. 2 und 3 V-FIDLEG). Damit ein Privatkunde

ein Gesuch einreichen kann, müssen die in Art. 76 Abs. 4 lit. a–d V-FIDLEG vorgesehenen formellen und materiellen *Voraussetzungen kumulativ* erfüllt sein: Hierunter fällt namentlich, dass der Kunde bereits versucht hat, sich gütlich mit dem Finanzdienstleister zu einigen (lit. b; Details hinten III.B.2. i.f.), das Gesuch «nicht offensichtlich missbräuchlich ist» (lit. c) und «weder eine Schlichtungsbehörde noch ein Gericht noch ein Schiedsgericht mit der Sache befasst ist» (lit. d). Während des Verfahrens soll die Ombudsstelle «die erforderlichen Massnahmen zur Beilegung der Streitigkeit» treffen (Art. 76 Abs. 6 V-FIDLEG) und, sofern keine Einigkeit erzielt wird, «gestützt auf die ihr vorliegenden Informationen eine eigene tatsächliche und rechtliche Einschätzung der Streitigkeit bekannt [geben] und [...] einen sachgerechten Vorschlag zur Streitbeilegung [machen]» (Art. 76 Abs. 7 V-FIDLEG).

Das ADR-Verfahren soll zur Wahrung sämtlicher Verfahrensrechte und -garantien *von einer gerichtlichen Streitlerledigung unabhängig* bleiben, weshalb es nach Art. 77 Abs. 1 V-FIDLEG die Einreichung einer Zivilklage nicht ausschliesst.¹⁴⁵ Wird ein ADR-Verfahren durchgeführt, ist im Gegenzug vorgesehen, dass die klagende Partei einseitig auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens (Art. 197 ff. ZPO) verzichten kann (Art. 77 Abs. 2 V-FIDLEG). Das Verfahren vor der Ombudsstelle wird beendet, sofern eine Schlichtungsbehörde oder ein (Schieds-) Gericht in der gleichen Streitsache angerufen wird (Art. 77 Abs. 3 V-FIDLEG). Der Vernehmlassungsentwurf sieht als essentielle Punkte – analog zum EFD-Hearingbericht – eine *Anschlusspflicht* (Art. 78 V-FIDLEG) sowie eine *Teilnahmepflicht* (Art. 79 V-FIDLEG)¹⁴⁶ für Finanzdienstleister vor, womit die effektive Durchführung eines ADR-Verfahrens gewährleistet werden soll.¹⁴⁷ Darüber hinaus ist geplant, dass die Finanzdienstleister sowohl eine *Informationspflicht* betreffend diese ADR-Option gegenüber den Kunden (Art. 80 V-FIDLEG) als auch eine *Beitragspflicht* (Art. 81 V-FIDLEG) treffen soll.¹⁴⁸

Die Ombudsstellen sollen nach Art. 82 Abs. 1 V-FIDLEG der vorgängigen *Anerkennung* und anschlies-

¹³⁹ Zum Ganzen: EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 25; ferner WEBER/BAISCH (FN 16), 194. Zur Vorfinanzierung bzw. Übernahme der Prozesskosten: vorne, III.A.1.b.

¹⁴⁰ EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 19 und ausführlich 85 ff. Botschaft ZPO, BBl 2006 (FN 38), 7328.

¹⁴² EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 85.

¹⁴³ Zur Vertraulichkeit und zu den damit verbundenen Problemen in B2C-Verhältnissen: hinten, III.B.2.

¹⁴⁴ Diese Ausnahme bezweckt, Privatkunden die Möglichkeit zu verschaffen, den Einigungsvorschlag bei einem Gesuch um Übernahme

der Prozesskosten (Art. 92 ff. V-FIDLEG) zu verwenden (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 86).

¹⁴⁵ Vgl. dazu EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 86 f.

¹⁴⁶ Mit der Teilnahmepflicht werden Finanzdienstleister nach Art. 79 Abs. 2 V-FIDLEG verpflichtet, «Vorladungen, Aufforderungen zur Stellungnahme sowie Auskunftsanfragen der Ombudsstelle fristgerecht nachzukommen», sie haben m.a.W. an den *Verfahrenshandlungen*, namentlich den Verhandlungen und der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 87 f.).

¹⁴⁷ Vgl. dazu EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 87 f. m.w.H.

¹⁴⁸ Vgl. dazu EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 88 m.w.H.

senden *Aufsicht* durch das EJPD unterstehen. Eine Anerkennung wird dabei gemäss Art. 82 Abs. 2 V-FIDLEG namentlich nur erteilt: wenn «die mit der Streitbeilegung befassten Personen ihre Aufgabe organisatorisch und finanziell unabhängig und unparteiisch, transparent und effizient ausüben und keine Weisungen entgegennehmen» (lit. a) sowie gleichzeitig über «die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen» (lit. b). Die Ombudsstellen haben über ein *Organisations-* (lit. c) sowie ein *Verfahrensreglement*, «mit dem die Verfahrensgrundsätze nach Artikel 76 konkretisiert werden», zu verfügen (lit. d), eine *Beitrags- und Kostenordnung* zu erstellen (lit. e), jährlich *Tätigkeitsberichte* zur Gewährleistung der Transparenz zu veröffentlichen (lit. f) und schliesslich dem EJPD periodisch *Rechenschaft* abzulegen (lit. g).¹⁴⁹

b. Staatliche Schlichtungsstelle mit Entscheidungskompetenz

Sekundär wurde im EFD-Hearingbericht die Schaffung einer staatlichen *Schlichtungsstelle mit Entscheidungskompetenz* zur Diskussion gestellt. Diese Schlichtungsstelle sollte Angelegenheiten bis zu einem bestimmten Streitwert – konkret wurde eine Grenze von CHF 100'000.– vorgeschlagen – autoritativ entscheiden können. Bei Streitwerten über CHF 100'000.– sollte der Ombudsstelle lediglich eine Empfehlungskompetenz, entsprechend der ersten Variante, zukommen.¹⁵⁰ Aufgrund der Entscheidungskompetenz der Schlichtungsstelle würde es sich mithin um ein *Med-Arb-Verfahren* handeln, d.h., der Schlichter würde automatisch zum Richter, falls zwischen den Parteien keine Einigung zustande kommt.¹⁵¹ Diese Variante wurde in der Vernehmlassungsvorlage jedoch nicht weiter verfolgt.

2. Schiedsgerichtsbarkeit

Als Alternative zu Streiterledigung vor Ombudsstellen wurde namentlich von NOBEL/SAUERWEIN die Einführung eines *Schiedsgerichts*¹⁵² bei der FINMA vorgeschlagen,

das nach US-amerikanischem Vorbild der FINRA¹⁵³ standardmässig für die Beurteilung von B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten zuständig sein soll.¹⁵⁴ Ähnlich plädierte LÉVY für die Einführung eines Schiedsgerichts bei der SBVg, analog zum *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS) in Lausanne.¹⁵⁵ Die Schiedsgerichtsbarkeit in B2C-Verhältnissen wird in der Lehre insbesondere aufgrund der *Vertraulichkeit*¹⁵⁶ des Verfahrens, auf deren Kehrseite Intransparenz und mithin mangelnden Rechtsfortbildung¹⁵⁷ stehen, und der häufig *hohen Kosten*¹⁵⁸ kritisiert.¹⁵⁹ Sie zeichnet sich dagegen durch *hohe Professionalität*¹⁶⁰, eine potentiell *kurze Gesamtverfah-*

4; BERGER/KELLERHALS [FN 136], N 1 ff.; BERGER [FN 136], N 16–4).

¹⁵³ Die *Financial Industry Regulatory Authority* (FINRA) (<www.finra.org>) stellt die grösste nicht staatliche Finanzmarktaufsicht-SRO der USA dar und wurde 2007 durch Konsolidierung der National Association of Securities Dealers (NASD) und der NYSE-Regulierungsbehörde gegründet (NOBEL/SAUERWEIN [FN 16], 291).

¹⁵⁴ NOBEL/SAUERWEIN (FN 16), 291; kritisch dazu CONTRATTO, FINMA-Vertriebsbericht (FN 11), Rz. 66.

¹⁵⁵ LÉVY (FN 25), 112.

¹⁵⁶ Schiedsverfahren werden grundsätzlich *nur parteiöffentlich* durchgeführt (REDFERN/HUNTER/BLACKABY et al. [FN 152], N 1.96 und ausführlich N 2.145 ff.).

¹⁵⁷ Die Vertraulichkeit, die sich in B2B-Streitigkeiten – zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen etwa – positiv auswirkt, birgt in B2C-Streitigkeiten Nachteile: «Die Kehrseite der Medaille» ist die mit der Vertraulichkeit einhergehende *Intransparenz*, da Schiedsurteile i.d.R. nicht veröffentlicht werden, was die Bildung von Präjudizien bzw. die *Rechtsfortbildung hindert* (kritisch dazu CHRISTIAN DUVE/MORITZ KELLER, Privatisierung der Justiz – bleibt die Rechtsfortbildung auf der Strecke?, Ein Beitrag zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von Privatautonomie und Rechtsfortbildung in der Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2005, 169 ff., *passim*; ebenso kritisch CONTRATTO, Streitbeilegung [FN 1], 244; DIES., FINMA-Vertriebsbericht [FN 11], Rz. 66; auf das Problem hinweisend LÉVY [FN 25], 106).

¹⁵⁸ Ob die Kosten einen Vor- oder Nachteil der Schiedsgerichtsbarkeit darstellen, ist in der Lehre umstritten: vgl. nur REDFERN/HUNTER/BLACKABY et al. (FN 152), N 1.100 und N. 4.192 ff., die ausführlich darlegen, weshalb ein Schiedsverfahren i.d.R. kostenintensiver ist als ein Gerichtsverfahren; *gl.M.*: BERGER (FN 136), N 16–6; CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 229 und FN 101; CIMMINO (FN 136), 2; *a.M.*: BORN (FN 13), 14 f.; LÉVY (FN 25), 105 f.; vgl. auch EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 90, in dem «Variante A» mit Schiedsgericht explizit aufgrund deren Möglichkeit zur kostengünstigen und raschen Streiterledigung vorgebracht wird; dies notabene deshalb, weil der V-FIDLEG ein für Privatkunden *kostengünstiges* bzw. *kostenloses* Schiedsverfahren vorschreibt (Art. 86 Abs. 3 V-FIDLEG).

¹⁵⁹ Zum Ganzen CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 228 f.

¹⁶⁰ LÉVY bringt namentlich vor, dass aufgrund der spezifischen Fachkompetenz der Schiedsrichter eine Verfahrensbeschleunigung und damit auch eine Kostenersparnis erzielt werden kann, da gerade die Einholung von Expertengutachten obsolet wird (DERS. [FN 25], 105).

¹⁴⁹ Zum Ganzen EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 88 f.

¹⁵⁰ EFD-Hearingbericht FIDLEG (FN 57), 25.

¹⁵¹ Siehe WEBER/BAISCH (FN 16), 200. Vgl. zu *Med-Arb* hinten, III.B.3.; zum Begriff hinten, FN 176.

¹⁵² Die *Schiedsgerichtsbarkeit (arbitration)* ist ein auf Vertrag, der Schiedsabrede, beruhendes Konfliktbewältigungsverfahren, bei welchem eine von oder für die Parteien bezeichnete unabhängige Drittperson im Streitfall, anstelle der staatlichen Gerichte, einen verbindlichen und vollstreckbaren Entscheid fällt (statt vieler: ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER/NIGEL BLACKABY/CONSTANTINE PARTASIDES (Hrsg.), Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th ed., New York 2009, N 1.02; BORN [FN 13],

rensdauer¹⁶¹ sowie eine *ausgezeichnete Durchsetzbarkeit*¹⁶² der Entscheide in nationalen und internationalen Verhältnissen aus. Die Defizite in B2C-Verhältnissen sprechen denn m.E. auch nicht prinzipiell gegen eine Streitbeilegung im Schiedsverfahren, sondern zeigen vielmehr auf, wie eine B2C-Schiedsordnung *de lege ferenda* ausgestaltet werden müssten: Es wäre ein institutionelles Schiedsgericht erforderlich, welches von den Finanzdienstleistern finanziert würde und eine *fast-track procedure*¹⁶³ sowie die Pflicht zur anonymisierten Veröffentlichung¹⁶⁴ der Urteile vorsähe. Dies würde im Ergebnis – ganz im Sinne von NOBEL/SAUERWEIN – ein «schnelles, kostengünstiges und kleininvestorenfreundliches Schiedsgericht» gewähren.¹⁶⁵

Nachdem der EFD-Hearingbericht die Streiterledigung mittels Schiedsgericht noch völlig ausser Acht gelassen hatte, erscheint es umso erstaunlicher, dass sie im Vernehmlassungsentwurf zum FIDLEG neu aufgenom-

men wurde. Und nicht nur das: Aus dem Erläuterungsbericht geht hervor, dass es sich bei dieser speziell zur Behebung des Prozesskostenrisikos angedachten «Variante A»¹⁶⁶, die alternativ zur Prozesskostenfinanzierung («Variante B»; vorne, III.A.1.c.) vorgeschlagen wird, um die *vom Bundesrat bevorzugte Variante* handelt.¹⁶⁷ Nach Art. 85 [A] V-FIDLEG sollen die Finanzdienstleister verpflichtet werden, zur Streiterledigung mit Privatkunden *institutionelle Schiedsgerichte* zu errichten (Abs. 1) und die Kunden über diese – *neben die Zivilklage tretende* – Option *vor* Eingang der Geschäftsbeziehung bzw. Vertragsschluss, oder auf Anfrage *jederzeit*, zu informieren (Abs. 2). Art. 86 [A] V-FIDLEG regelt die Rahmenbedingungen: Die zu erlassende *Schiedsordnung* soll «ein faires, einfaches und rasches Verfahren sowie die Wahrung des rechtlichen Gehörs sicherstellen» (Abs. 2), welches für Privatkunden – mit Vorbehalt offensichtlich missbräuchlicher Verfahren – «kostengünstig oder kostenlos» sein soll (Abs. 3)¹⁶⁸. Das *Schiedsgericht* muss von einer *unabhängigen*¹⁶⁹ Person *präsiert* werden und sich als Ausfluss des Fairnessgebots «im Übrigen aus einer paritätischen Vertretung der Finanzdienstleister und der Privatkundinnen und -kunden zusammen[setzen]» (Abs. 1).¹⁷⁰ Die Zusammensetzung der Spruchkörper sowie die Schiedsordnung sollen einer *Genehmigungspflicht* des EJPD unterstehen (Abs. 4). Darüber hinaus erteilt der V-FIDLEG dem *Bundesrat die Kompetenz*, bei Fehlen oder Mangelhaftigkeit eines Schiedsgerichts ein solches zu bestimmen, «das Verfahren sowie die Organisation in einer Verordnung» zu regeln und gleichzeitig die angeschlossenen Finanzdienstleister und die von ihnen zu leistenden Beiträge autoritativ festzulegen (*Anschluss- und Beitragszwang*; Abs. 5).¹⁷¹

Besonders hervorzuheben bleibt der Umstand, dass Privatkunden ein Schiedsverfahren nur dann einleiten

¹⁶¹ Nach vorliegender (umstrittener) Ansicht machen speziell der *kurze Instanzenzug* (nur Beschwerde ans Bundesgericht möglich gemäss Art. 389 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 190 Abs. 2 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht [IPRG] [SR 291]; nach Art. 393 ZPO bzw. Art. 190 Abs. 2 IPRG unter stark eingeschränkter Kognition), die *Endgültigkeit* des Schiedsurteils (vgl. nur Art. 190 Abs. 1 IPRG: «Mit der Eröffnung ist der Entscheid endgültig», d.h. das Schiedsurteil ist *eo ipso* vollstreckbar und entfaltet *res iudicata*-Wirkung; dazu statt aller BERGER/KELLERHALS [FN 136], N 1494 ff.) sowie die *Professionalität* des Spruchkörpers die Schiedsgerichtsbarkeit zu einem zeiteffizienten Streiterledigungssystem (statt vieler: BSK ZPO-GIRSBERGER/HABEGGER/MRÁZ/WEBER-STECHER [FN 24], vor Art. 353–399 N 21; *gl.M.*: LÉVY [FN 25], 101 und 105; differenzierend, aber i.E. gleich BORN [FN 13], 14 f.; ähnlich EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 91; *a.M.*: BERGER [FN 136], N 16–32; CIMMINO [FN 136], 1 f.; CONTRATTO, Streitbeilegung [FN 1], 229 und FN 101).

¹⁶² Die verbreitete Anerkenn- und Vollstreckbarkeit von internationalen Schiedsurteilen unter der New York Convention (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – the «New York Convention», 10 June 1958 [New York]; vgl. Art. 194 IPRG) verleiht ihnen *herausragende internationale Durchsetzbarkeit* (BORN [FN 13], 11; REDFERN/HUNTER/BLACKABY et al. [FN 152], N 1.93 und FN 113 m.w.H.); in Binnenverhältnissen hat der Schiedspruch nach Art. 387 ZPO «die Wirkungen eines rechtskräftigen und vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids» und stellt folglich einen *definitiven Rechtsöffnungstitel* i.S.v. Art. 80 Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) (SR 281.1) dar.

¹⁶³ Zu *fast-track arbitration rules* oder *expediture procedure* vgl. BERGER (FN 136), N 16–41 ff. m.w.H. Kurze Fristen sind m.E. speziell bezüglich der Ernennung des Schiedsgerichts, der Eingabe von Schriftsätzen, dem Erlass des Urteils etc. vorzusehen.

¹⁶⁴ Siehe CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 244 (anonymisierte Entscheidpublikation beim Swiss FDR); LÉVY (FN 25), 113 f. (Publikation mittels jährlichem Bericht der SBVg).

¹⁶⁵ NOBEL/SAUERWEIN (FN 16), 291 (Hervorhebung im Original).

¹⁶⁶ Die entsprechenden Artikel des V-FIDLEG sind mit [A] gekennzeichnet.

¹⁶⁷ EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 90 f.

¹⁶⁸ Zum Vergleich: Art. 8 c) ADR-RL sieht eine ähnliche Regelung explizit vor: «Das AS-Verfahren ist für Verbraucher entweder kostenlos oder gegen eine Schutzgebühr zugänglich.»

¹⁶⁹ In Punkte *Unabhängigkeit* wird im Erläuterungsbericht – was m.E. konsequent und absolut berechtigt erscheint – die Unabhängigkeit zu «Finanzdienstleistern», aber gerade auch zu «Anleger- und Konsumentenschutzorganisationen» gefordert (EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht [FN 16], 91).

¹⁷⁰ Vgl. dazu EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 91; ähnlich mit der Idee zur Besetzung des Spruchkörpers bei B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten mit einem Konsumentenvertreter (betr. das Bundesfinanzmarktgericht) KILGUS (FN 125), N 993 und dazu bereits vorne, III.A.3.

¹⁷¹ Vgl. dazu auch EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 91.

können, wenn sie in der Streitsache bereits eine *anerkannte Ombudsstelle* (vorne, III.B.1.a.) angerufen und am Verfahren vor dieser teilgenommen haben (Art. 87 [A] V-FIDLEG). Zweck dieser Bestimmung ist es, die Schiedsgerichte vor wenig aussichtsreichen oder gar missbräuchlichen Klagen zu entlasten.¹⁷² Der V-FIDLEG postuliert mithin – ähnlich einem Med-Arb-Verfahren¹⁷³ – ein sog. *Multi-Tier ADR-System*, bei welchem zunächst eine gütliche Einigung mit dem Finanzdienstleister gefunden werden soll (*First Tier*; Art. 76 Abs. 4 lit. b V-FIDLEG; vorne III.B.1.a.), anschliessend eine Ombudsstelle angerufen werden kann (*Second Tier*; Art. 75 V-FIDLEG; vorne III.B.1.a.) und für den Fall, dass vor dieser keine Einigung zustande kommt, ein institutionelles Schiedsgericht den Streit autoritativ beurteilt (*Third Tier*; Art. 85 [A] V-FIDLEG).¹⁷⁴ Im Übrigen regelt der Vernehmlassungsentwurf die Rechtshängigkeit (Art. 88 [A] V-FIDLEG), die Möglichkeit, einen Vergleich in Form eines verbindlichen Schiedsspruchs festzuhalten (Art. 89 [A] V-FIDLEG) sowie dessen endgültige und sofort vollstreckbare Wirkung bzw. Anfechtungsmöglichkeiten (Art. 90 [A] f. V-FIDLEG); diesbezüglich übernimmt der V-FIDLEG im Wesentlichen die bestehenden Regelungen (vgl. Art. 353 ff. ZPO sowie Art. 176 ff. IPRG).¹⁷⁵

3. Med-Arb

Als dritte unabhängige Variante wird *de lege ferenda* von Seiten der Lehre ein mehrstufiges *Med-Arb-System*¹⁷⁶ gefordert.¹⁷⁷ FISCHER verfolgt dabei die Idee eines «Swiss-Banking-MedArb-Verfahrens», in dem Sammelklagen die Anspruchsdurchsetzung effektiver machen sollen und

«[m]it dem eigentlichen Sachentscheid [...] zwingend und unverzichtbar eine Mediation zu verknüpfen [ist].»¹⁷⁸ Nach FISCHER muss das Verfahren primär schnell sein, d.h. konkret, «dass Mediation und Arbitration zusammen höchstens einen bis drei in der Regel aufeinanderfolgende Tage dauert.»¹⁷⁹

Ähnlich, aber mit umfassenderem Ansatz, plädiert CONTRATTO für ein staatlich gesteuertes¹⁸⁰ und für sämtliche¹⁸¹ B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten zuständiges Med-Arb-System *sui generis* unter der Bezeichnung «Swiss Finance-Dispute Resolution (Swiss FDR)».¹⁸² Swiss FDR soll sich an internationalen Standards orientieren und Retailkunden mittels laienfreundlichem¹⁸³, kostenlosem¹⁸⁴ und mit Sammelklagen kompatiblen Verfahren effektiven Zugang zum Recht eröffnen.¹⁸⁵ Die Kunden sollen erstens ein internes Beschwerdeverfahren beim Finanzdienstleister durchlaufen.¹⁸⁶ Zweitens würde eine Schlichtung durch eine Ombudsperson erfolgen, die zugunsten der Verfahrensökonomie über streitwertbegrenzte Entscheidungskompetenz verfügt. Drittens wären die nicht einvernehmlich zu lösenden oder sich ausserhalb der Entscheidungskompetenz befindlichen Fälle an ein unabhängiges «Dispute Committee» weiterzureichen, das in einem autoritativen Erkenntnisverfahren schliesslich einen Entscheid fällt,¹⁸⁷ der anonymisiert publiziert wird.¹⁸⁸ Auch hier handelt es sich m.a.W. um ein *Multi-*

¹⁷² EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 92.

¹⁷³ Im Unterschied zur Med-Arb i.e.S. (hinten III.B.3. und FN 176 zur Definition) wird nach dem im V-FIDLEG vorgeschlagenen System – so zumindest das Verständnis des Unterzeichners – *nicht zwingend* bzw. *automatisch* die Ombudsstelle oder eine Abteilung derselben zur Streitbeurteilung beigezogen (der Mediator wird nicht automatisch zum Arbitrator), sondern ein von der Ombudsstelle unabhängiges Schiedsgericht soll im Streitfall entscheiden.

¹⁷⁴ Vgl. zu Multi-Tier ADR statt aller BERGER (FN 136), N 2–71.

¹⁷⁵ Vgl. EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 92.

¹⁷⁶ Das *Med-Arb-Verfahren* ist ein hybrides Streitbeilegungssystem, d.h. konkret eine hintereinander geschaltete Kombination aus Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit (*Mediation and Arbitration*), indem zwischen den Parteien zuerst eine Mediation stattfindet und – für den Fall, dass die Vergleichsverhandlungen scheitern – anschliessend ein Schiedsverfahren durchgeführt wird (SCHÜTZ [FN 13], N 131 und N 925; REDFERN/HUNTER/BLACKABY et al. [FN 152], N 1.139; CONTRATTO, Streitbeilegung [FN 1], 229; siehe ferner BERGER [FN 136], N 2–69).

¹⁷⁷ Eingehend CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 232 ff.; ebenso FISCHER (FN 16), 141; siehe ferner WEBER/BAISCH (FN 16), 202.

¹⁷⁸ FISCHER (FN 16), 142 ff. m.w.H.

¹⁷⁹ FISCHER (FN 16), 143.

¹⁸⁰ Die *Unabhängigkeit* von Branchenverbänden sieht CONTRATTO als ein zentrales Kriterium: Damit nicht einmal der Schein einer Branchenabhängigkeit entsteht, muss Swiss FDR ihrer Ansicht nach staatlich gesteuert sein (CONTRATTO, Streitbeilegung [FN 1], 233).

¹⁸¹ Swiss FDR soll einen möglichst flächendeckenden Zuständigkeitsbereich «[...] in Form eines gesetzlich verankerten *Obligatoriums mit Einlassungszwang* [...]» erhalten (CONTRATTO, Streitbeilegung [FN 1], 237 [Hervorhebung im Original]).

¹⁸² CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 232 ff. Das System lehnt sich den Grundzügen nach besonders den im europäischen Raum verbreiteten Med-Arb Stellen für Finanzdienstleistungstreitigkeiten an, z.B. dem *Financial Ombudsman Service* (FOS) im UK (<<http://www.financial-ombudsman.org.uk/>>; dazu DIES., Streitbeilegung [FN 1], 223 und Fn. 48, 230 und allgemein 232 ff. m.w.H.).

¹⁸³ Dazu CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 238 m.w.H.

¹⁸⁴ Nach CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 237 f., kann der ungehinderte Zugang zu Swiss FDR nur gewährleistet werden, wenn überhaupt keine «Kostenbarrieren» bestehen. Vgl. analog Art. 8 c) ADR-RL.

¹⁸⁵ Siehe CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 232.

¹⁸⁶ CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 238 f.

¹⁸⁷ Zur Schlichtung und zum Entscheid vor dem Dispute Committee CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 239 m.w.H.

¹⁸⁸ Siehe CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 244. Vorstellbar wäre m.E. auch, dass – analog der Regelung in Art. 7 (2) ADR-RL – *jährliche Tätigkeitsberichte* öffentlich zugänglich gemacht werden müssen, die sich namentlich zu «b) systematische[n] oder

Tier (ADR)-System (vorne, III.B.2.), mit der Spezialität, dass der *Second Tier* streitwertbegrenzt einem Med-Arb-Verfahren entspricht.

Aus der gesetzlichen Zuständigkeit und der Entscheidungsbefugnis folgert CONTRATTO, dass Swiss FDR als *richterliche Behörde* i.S.v. Art. 29a BV auszugestalten wäre und insgesamt die verfassungsrechtlichen *Verfahrensgarantien* nach Art. 29 ff. BV zu wahren hätte.¹⁸⁹ Das *Dispute Committee* als Spruchkörper müsste mit anderen Worten zwingend die Voraussetzungen an die personelle und institutionelle Unabhängigkeit erfüllen,¹⁹⁰ über volle Kognition bezüglich Tatsachenfeststellung und Rechtsfragen verfügen und die Entscheide in einem geregelten Verfahren fällen.¹⁹¹ Die Entscheide sind nach CONTRATTO in erster Linie mit *einseitiger rechtlicher Bindungswirkung*¹⁹² für die Finanzdienstleister auszugestalten; als Rechtsmittelinstanz sei schliesslich das Bundesfinanzmarktgericht (vorne, III.A.3.) einzusetzen.¹⁹³

Bei Lichte besehen, wurden viele dieser Ansätze im Vernehmlassungsentwurf zum FIDLEG übernommen.¹⁹⁴ Das System der «Variante A» (vorne, III.B.2.) mit: (i) einer Verpflichtung zum Schlichtungsversuch *inter partes*, (ii) einer Streitschlichtung vor einer Ombudsstelle und (iii) der Möglichkeit zur Streitbeurteilung vor einem Schiedsgericht kommt dem von CONTRATTO vorgeschlagenen Swiss FDR nahe. Bei dem im V-FIDLEG angedachten *Multi-Tier* ADR-System bleibt m.E. indessen unklar, ob (a) ein Med-Arb-Verfahren durchgeführt werden soll; ob (b) voneinander vollständig unabhängige Stellen zuerst schlichten, dann richten sollen; oder ob (c) sogar beide Varianten zulässig wären.¹⁹⁵

signifikanten[n] Problemstellungen, die häufig auftreten und zu Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern führen [Auskunft geben]; diese Informationen können von Empfehlungen begleitet sein, wie derartige Probleme in Zukunft vermieden oder gelöst werden können».

¹⁸⁹ CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 235.

¹⁹⁰ Dazu ausführlich CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 235 f.

¹⁹¹ CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 235.

¹⁹² CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 239. Retailkunden sind so nicht an das Urteil gebunden, haben m.a.W. immer noch die Möglichkeit, die ordentlichen Gerichte anzurufen. Alternativ schlägt CONTRATTO ein Modell mit *Empfehlungen* und einem allfälligen *Widerspruchsverfahren* vor, wonach analog zum Urteilsvorschlag (Art. 110 f. ZPO) ein Entscheid des Dispute Committee erst dann rechtskräftig wird, falls keine der Parteien innert 20 Tagen Widerspruch einlegt (DIES., Streitbeilegung [FN 1], 241).

¹⁹³ CONTRATTO, Streitbeilegung (FN 1), 241.

¹⁹⁴ Im Erläuterungsbericht zum V-FIDLEG wird denn auch an verschiedenen Stellen explizit auf den grundlegenden Beitrag von CONTRATTO verwiesen, vgl. etwa EFD-FIDLEG Erläuterungsbericht (FN 16), 88 und FN 115.

¹⁹⁵ Vgl. dazu die Bemerkungen vorne, FN 173.

IV. Schlussfolgerungen

Wie eingangs aufgezeigt wurde, bestehen aufgrund von Asymmetrien in B2C-Finanzdienstleistungsverhältnissen Rechtsschutzdefizite bei der Durchsetzung von streitigen Ansprüchen. Prozesskostenrisiken, Probleme bei der Beweisführung und die regelmässig lange Gesamtverfahrensdauer wirken sich für Retailkunden prohibitiv auf eine gerichtliche Anspruchsdurchsetzung aus und können von bestehenden ADR-Instrumenten nur unzureichend kompensiert werden. Diese Defizite sollen mittels Regulierung, konkret mit Einführung des FIDLEG, korrigiert werden (vorne, I.). Das Rechtssetzungsprojekt, das sowohl die gerichtliche (vorne, III.A.) als auch die aussergerichtliche Streitbeilegung (vorne, III.B.) betrifft, orientiert sich – zumindest was Letztere angeht – massgeblich an internationalen Entwicklungen und den daraus hervorgegangenen Standards (vorne, II.).

A. Gerichtliche Streitbeilegung

De lege ferenda werden in erster Linie *punktuellen Regulierungen* zur Optimierung der Anspruchsdurchsetzung vor Gericht angestrebt, deren Umsetzung einem *Paradigmenwechsel* in B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten gleichkäme: Eine Erweiterung der *Dokumentationspflichten* für Finanzdienstleister zielt darauf ab, im Streitfall die Beweissicherung zu vereinfachen (vorne, III.A.1.a.). Noch weiter geht der Vorschlag, eine *Beweislastumkehr* vorzusehen (vorne, III.A.1.b.). Ergänzt würden diese Massnahmen durch die Option zur *Prozesskostenfinanzierung*, die als «Variante B», alternativ zu einem Modell mit institutionellen Schiedsgerichten («Variante A»), das Kostenrisiko entschärfen soll (vorne, III.A.1.c.). Speziell die Prozesskostenfinanzierung sowie die Beweislastumkehr sind im Hearing von den Wirtschaftsvertretern (z.T. vehement) abgelehnt worden, *inter alia* von der SBVg¹⁹⁶, Economiesuisse¹⁹⁷, dem

¹⁹⁶ Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg), Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) – Stellungnahme zum Anhörungsbericht, 5. April 2013, 2 und 17, abrufbar unter: <http://www.swissbanking.org/20130405-3200-ver-stellungnahme_anhoerung_fidleg_v4_definitiv-cwi.pdf> (zit.: SBVg-Stellungnahme Hearingbericht). Nach Ansicht der SBVg ist die Beweislastumkehr ein gefährlicher «*Swiss Finish*», der international betrachtet nirgends sonst existiert.

¹⁹⁷ Economiesuisse, Stellungnahme zum Hearingbericht über die Stossrichtung möglicher Regulierung im Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), 28. März 2013, 8, abrufbar unter: <http://www.economie.suisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/VNL_%20hearingbericht%20_20130328.pdf> (zit.: Economiesuisse-Stellungnahme Hearingbericht).

VSV¹⁹⁸, dem VSKB¹⁹⁹ sowie dem Schweizerischen Bankenombudsman²⁰⁰. Besonders hinsichtlich der *Prozesskostenfinanzierung* scheint die Kritik von Seiten der Wirtschaft ihre Wirkung gezeigt zu haben, wird doch im V-FIDLEG die Kostenübernahme an sich sowie deren Höhe weitgehend dem Ermessen des Gerichts überlassen, was im Ansatz zwar Zustimmung verdient, aber mit der Einbringung von *unbestimmten Rechtsbegriffen* zusätzliche Rechtsstreitigkeiten provoziert (vorne, III.A.1.c.). Besonders positiv ist dagegen hervorzuheben, dass mit dem vorgeschlagenen *Prozesskostenfonds* ein erster *konkreter Vorschlag* für die Kostenentlastung von Privatkunden besteht. Die Kostenlast soll neu auf die Finanzdienstleister verteilt und nicht einseitig auf die beklagte Partei verschoben werden (vorne, III.A.1.c.), was m.E. im Ansatz richtig ist, jedoch auch hier zu Ungleichbelastungen führen könnte, insbesondere hinsichtlich kleinerer und verglichen mit dem Durchschnitt kapitalschwächerer UVV.

Die punktuellen Eingriffe des FIDLEG würden m.E. gezielte Korrekturen der asymmetrischen Macht- und Informationsverteilung in B2C-Verhältnissen bewirken, was aus Retailkundensicht zu begrüßen wäre, da sie Erleichterungen bei der gerichtlichen Anspruchsdurchsetzung zur Folge hätten.²⁰¹ Allerdings bleibt zu beachten, dass die Schweiz damit international betrachtet eine *Sonderregelung* aufstellen würde. Dies kann (sic!)

standortpolitisch ein Nachteil sein; unter der Prämisse, dass sich ein effektiver Kundenschutz wirtschaftlich positiv auswirkt,²⁰² könnte es standortpolitisch aber auch von Vorteil sein, wenn die Schweiz eine Vorreiterrolle übernimmt. Generell müsste ein *ausgewogenes Verhältnis* zwischen Kundenschutz und den für die Finanzdienstleister mit zusätzlichen Regulierungen verbundenen Mehraufwendungen angestrebt werden. Der Gesetzgeber steht dabei vor dem *Konflikt*, dass es ganz unterschiedlich finanzkräftige Finanzdienstleistungsunternehmen sowie Privatkunden gibt (vorne, I.B.1.), die Erfassung dieser Wirtschaftsrealität jedoch nur schwer mit dem branchenübergreifenden und sämtliche Finanzdienstleistungen umfassenden FIDLEG-Konzept in Einklang zu bringen sein wird.

Zur Verbesserung des *kollektiven Rechtsschutzes* wird nicht nur die Einführung von *Sammelklagen*, sondern auch eine spezialisierte *Verbandsklage* und das sog. *Gruppenvergleichsverfahren* diskutiert (vorne, III.A.2.). M.E. sind die Vorschläge zur Effektivierung des kollektiven Rechtsschutzes grundsätzlich zu begrüßen, wenn gleich das Gruppenvergleichsverfahren, das vom einvernehmlichen Mitwirken des Finanzdienstleisters abhängt, deutlich weniger griffige Handhabe zur kollektiven Anspruchsdurchsetzung bietet als die im Schrifttum verschiedentlich geforderten Sammelklagen nach US-amerikanischem Vorbild.

Schliesslich wird in der Lehre – gerade auch vom Jubilar – für die Gründung eines *Bundesfinanzmarktgerichts* plädiert, welches zur Beurteilung sämtlicher finanzmarktrechtlicher Streitigkeiten zivil- und/oder verwaltungsrechtlicher Natur zuständig sein soll (vorne, III.A.3.). Bedauerlicherweise sind weder im Hearingbericht noch im Vernehmlassungsentwurf Hinweise erkennbar, wonach in naher Zukunft die Schaffung eines Bundesfinanzmarktgerichts geplant wäre, denn ein solches würde m.E. die Professionalität und Qualität der Rechtsfindung aufwerten und sich mithin standortpolitisch vorteilhaft auswirken.²⁰³

B. ADR

Internationale Trendsetter wie die OECD, die G20 sowie die World Bank empfehlen, das Rechtsschutzdefizit bei der B2C-Anspruchsdurchsetzung durch Schaffung einfacher, rascher und kostengünstiger ADR-Systeme zu verbessern (vorne, II.A.). Mit Einführung der ADR-RL wurden die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet, ein *bran-*

¹⁹⁸ Verband Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV), Stellungnahme zum Hearingbericht vom 18. Februar 2013 über die Stossrichtung einer möglichen Regulierung des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG), 28. März 2013, 14 f., abrufbar unter: <<http://www.vsv-asg.ch/uploads/file/vsv-stellungnahme-zum-hearingbericht-fidleg.pdf>> (zit.: VSV-Stellungnahme Hearingbericht): «Die gesetzliche Vermutung der Vertragsverletzung wäre ein rechtliches «Monstrum.»»

¹⁹⁹ Verband Schweizerischer Kantonalbanken (VSKB), Stellungnahme zum Hearingbericht «Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) – Stossrichtung möglicher Regulierung», 27. März 2013, 11, abrufbar unter: <http://www.kantonalbank.ch/d/gruppe/markt/FIDLEG_Stellungnahme_VSKB_def.pdf> (zit.: VSKB-Stellungnahme Hearingbericht): «Die Kantonalbanken lehnen die rechtsstaatlich bedenklichen Vorschläge der Beweislastumkehr und der Prozesskosten-Finanzierung für Kunden (auch im Fall, wo diese letztinstanzlich unterliegen!) entschieden ab. Bewährte fundamentale Schweizer Rechtsgrundsätze sollen nicht für eine einzelne Branche ins Gegenteil verkehrt werden [...]».

²⁰⁰ Schweizerischer Bankenombudsman, Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG): Stellungnahme zum Hearingbericht über die Stossrichtung möglicher Regulierung, 28. März 2013, 2, abrufbar unter: <http://www.bankingombudsman.ch/wp-content/uploads/2013/05/bom_Stellungnahme-zum-Hearingbericht-28-03-20131.pdf> (zit.: Bankenombudsman-Stellungnahme Hearingbericht).

²⁰¹ *GLM*, bezüglich der Beweiserleichterungen, ablehnend jedoch gegenüber der Prozesskostenfinanzierung (nach Hearingbericht) WEBER/BAISCH (FN 16), 194.

²⁰² In diesem Sinne auch PERUCCHI (FN 16), 504.

²⁰³ Ähnlich bereits KUNZ, Rechtsanwender (FN 125), 205.

chenübergreifendes Ombudsstellensystem für sämtliche B2C-Streitigkeiten zu etablieren; spezifisch im Bereich des Wertpapierhandels sieht MiFID II eine analoge und z.T. noch weitergehende Regelung vor (vorne, II.B.). In der Schweiz ist dieser Trend offenbar erkannt worden. Es verwundert daher nicht, dass zur Verbesserung des Kundenschutzes im FIDLEG-Hearingbericht an prominenter Stelle eine Stärkung des Ombudswesens und im Vernehmlassungsentwurf jüngst auch der Schiedsgerichtsbarkeit proklamiert werden:

Ein *sektorübergreifendes System* mit *staatlich anerkannten Ombudsstellen*, die mit einem *Anschlussobligatorium*, *Einlassungspflicht* sowie *Empfehlungskompetenz* ausgestaltet sind, sollen nach dem V-FIDLEG dieses Vorhaben dereinst realisieren (vorne, III.B.1.a.). Im Hearing wurden die zwei Vorschläge zum neuen Ombudswesen (vorne, III.B.1.a. und b.) z.T. heftig kritisiert. In erster Linie äusserten sich Branchenvertreter ablehnend zu diesen Vorschlägen; nach ihnen sind die bestehenden Regelungen ausreichend und es ist am Prinzip der Selbstregulierung festzuhalten.²⁰⁴ So lehnten etwa die SBVg²⁰⁵, Economiesuisse²⁰⁶, der VSV²⁰⁷ sowie der VSKB²⁰⁸ und interessanterweise auch der Schweizerische Bankenombudsman²⁰⁹ beide Varianten ab.

Mit Rücksicht auf die internationalen Standards sowie die ADR-Richtlinie und MiFID II erscheint es m.E. zum besseren Schutz der Retailkunden, aber insbesondere auch zugunsten der Wettbewerbsfähigkeit schweizerischer Finanzdienstleistungsunternehmen sinnvoll, ein dem europäischen Vorbild ähnliches Ombudsstellensystem einzuführen.²¹⁰ Dies gilt nach Ansicht des Unterzeichners in Anbetracht, dass es sich hierbei um einen *internationalen Standard* handelt (vorne, II.A.), ungeachtet der Problematik, ob eine europakompatible Ausgestaltung den EU-Marktzutritt ermöglichen bzw. bei Nichtbeachtung erschweren würde (vorne, II.B.). Der Vernehmlassungs-

entwurf steht m.E. – speziell was die Empfehlungskompetenz angeht – jedenfalls im Einklang mit der ADR-RL, schreibt diese doch nicht verbindlich fest, dass die Ombudsstellen mit Entscheidungskompetenz auszugestaltet sind. Mit Art. 10 (2) ADR-RL wird es vielmehr den EU-Mitgliedstaaten überlassen zu entscheiden, ob die Ombudsstellen nur Empfehlungen abgeben oder aber (einseitig) verbindliche Entscheide treffen dürfen. Weniger klar ist dagegen die Situation im Anwendungsbereich von MiFID II (vorne, II.B.); dies müsste Gegenstand weiterer Abklärungen sein. Aus Retailkundensicht wäre es verglichen mit der Situation *de lege lata* freilich zu begrüssen, wenn die Ombudsstellen dereinst mit der Kompetenz ausgestaltet würden, (einseitig) verbindliche Entscheide zu treffen – analog der Variante mit einer «verbindlichen Lösung» i.S.v. Art. 10 (2) ADR-RL.

Gerade aber das im V-FIDLEG skizzierte *Multi-Tier ADR-Systems*, bei welchem (i) zunächst *inter partes* eine einvernehmliche Lösung mit dem Finanzdienstleister gesucht werden soll, (ii) anschliessend die zuständige Ombudsstelle angerufen werden kann und (iii) zur Streitbeurteilung wahlweise ein *spezialisiertes institutionelles Schiedsgericht* oder aber das Zivilgericht angerufen werden kann (vorne, III.B.2.), erscheint aus Sicht des Unterzeichners besonders erfolgsversprechend. Der Vorschlag entspricht mit seinem *kaskadenartigen Aufbau* der Streit erledigung im Ansatz dem von CONTRATTO entworfenen Swiss FDR (vorne, III.B.3.). Er birgt den massgeblichen Vorteil, dass Streitigkeiten, die weder im *First* noch im *Second Tier* gelöst werden können, in einem schnellen und kostengünstigen Verfahren der verbindlichen und endgültigen Entscheidung eines professionellen Schiedsgerichts zugeführt werden könnten, ohne der Möglichkeit, über den «klassischen Weg», im Zivilprozess ein Urteil zu erwirken, verlustig zu gehen.

²⁰⁴ WEBER/BAISCH (FN 16), 200 f.

²⁰⁵ SBVg-Stellungnahme Hearingbericht (FN 196), 2 und 16 f.

²⁰⁶ Economiesuisse-Stellungnahme Hearingbericht (FN 197), 8.

²⁰⁷ VSV-Stellungnahme Hearingbericht (FN 198), 15.

²⁰⁸ VSKB-Stellungnahme Hearingbericht (FN 199), 11. Befürwortet wird hingegen die Einführung einer Anschlusspflicht.

²⁰⁹ Vgl. Bankenombudsman-Stellungnahme Hearingbericht (FN 200), 2 f.

²¹⁰ In diesem Sinne auch WEBER/BAISCH (FN 16), 203, bezüglich Hearingbericht, in dem sie noch «Gestaltungspotential» sahen (DIES. [FN 16], 201); zustimmend wohl auch CONTRATTO, FINMA-Vertriebsbericht (FN 11), Rz. 62 ff. (bezüglich FINMA-Vertriebsbericht 2010); ablehnend (bezüglich Vorschlag Hearingbericht) hingegen NOBEL/SAUERWEIN (FN 16), 288 und 291, die stattdessen die Errichtung eines Schiedsgerichts bei der FINMA befürworten; ablehnend auch AMADÓ/MOLO/DE VECCHI (FN 6), 1805.