

*Dr. jur. Lic. theol. Thomas Hoeren, Münster*

## **Das neue Verfahren für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe**

### **Grundzüge und Rechtsprobleme**

*Außergerichtliche Schlichtungsverfahren gewinnen in jüngster Zeit immer mehr an Bedeutung. Es ist daher nicht verwunderlich, daß auch der Bundesverband deutscher Banken im Juni 1992 eine „Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe“ veröffentlicht hat. Im folgenden sollen die Grundzüge dieser Verfahrensordnung kritisch analysiert werden.*

#### **I. Einleitung**

In den letzten Jahren hat sich ein neuer Trend im Verhältnis zwischen den Banken und ihren Kunden gezeigt: War dieses Verhältnis bislang im wesentlichen harmonisch, so neigen Verbraucher immer mehr dazu, die Konditionen ihrer Bank kritisch zu hinterfragen und zum Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen zu machen. Angesichts dieses Trends kann es niemanden verwundern, daß sich die Banken seit längerem Gedanken über eine außergerichtliche Lösung solcher Streitigkeiten machen. Im Juni 1992 hat nun der Bundesverband deutscher Banken ein Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Banken

aus, daß eine entsprechende Klageschrift bei Gericht eingeht. Im wesentlichen entspricht diese Regelung den Regelungen in anderen europäischen Staaten<sup>24</sup>; sie dient der Vermeidung divergierender Entscheidungen über denselben Streitgegenstand.

Allerdings geht die Regelung zu weit, sofern sie eine Schlichtung wegen früherer Anhängigkeit der Streitsache ausschließt. Wenn ein Beschwerdeführer früher einmal gegen eine Bank geklagt hat, die Klage dann aber zurückgenommen hat, muß es ihm möglich sein, ein Schlichtungsverfahren einzuleiten. Dies ergibt sich bereits aus § 269 III ZPO, wonach im Falle der Klagerücknahme der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Diese Fiktion sollte dem Beschwerdeführer auch im Rahmen des Schlichtungsverfahrens zugute kommen.

b) *Strafanzeige*. Ferner ist ein Schlichtungsverfahren nicht zulässig, wenn wegen des Beschwerdegegenstandes eine Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft erstattet worden ist oder während des Schlichtungsverfahrens erstattet wird. Diese Regelung ist im Verhältnis zu anderen Ombudsmann-Regelungen (etwa in Großbritannien) neu. Es kann aber nicht verkehrt werden, daß die Regelung aus der Sicht des Ombudsmanns sinnvoll ist: Ist einmal Strafanzeige seitens des Beschwerdeführers gestellt, so ist die Atmosphäre derart „vergiftet“, daß eine Schlichtung wahrscheinlich kaum noch möglich ist.

c) *Verjährung*. Eine Schlichtung ist nicht mehr möglich, wenn der Anspruch bei Anrufung des Ombudsmannes bereits verjährt war und die Bank sich auf Verjährung berufen hat. Die Bank kann sich dabei auch noch während des Schlichtungsverfahrens auf die Verjährung berufen: Zwar gilt die Verjährung während der Dauer des Schlichtungsverfahrens nach Nr. 5.(1) als gehemmt (s. u.). Diese Regelung gilt jedoch nur, sofern die Verjährung nicht bereits vor Beginn des Verfahrens eingetreten ist.

d) *Ungeklärte Grundsatzfrage*. Der Ombudsmann darf auch dann nicht tätig werden, wenn dessen Entscheidung eine Grundsatzfrage betreffen würde, die von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden worden ist.

Ob und wann ein solcher Fall vorliegt, dürfte schwer zu ermitteln sein; daher liegt hier eine gewisse Mißbrauchsfahr vor. Es ist wenig einsichtig, warum sich der Ombudsmann nicht auch rechtlich schwierigen Grundsatzfragen stellen sollte. Selbst wenn eine solche Rechtsfrage höchststrichterlich noch nicht geklärt ist (was immer das heißen mag), muß es doch auch im Interesse des Bankenverbandes liegen, wenn sich „ih“ Ombudsmann vorab mit der Thematik auseinandersetzt<sup>25</sup>.

e) *Beweiswürdigkeit*. Schließlich soll ein Schlichtungsverfahren nicht stattfinden, wenn die Klärung des Sachverhaltes eine Beweisaufnahme erfordert und ein Beweisantritt durch Vorlegung von Urkunden nicht möglich ist. Diese Klausel hinterläßt einen ambivalenten Eindruck: Auf der eine Seite ist es verständlich, daß der Ombudsmann nicht mit komplizierten Beweisfragen konfrontiert werden soll. Selbst wenn er sich auf eine Beweisaufnahme einließe, wäre das Beweisergebnis für einen späteren Prozeß nicht verbindlich<sup>26</sup>.

Auf der anderen Seite aber hat es die betroffene Bank damit in der Hand, dem Schlichtungsverfahren zu „entkommen“: Sie kann versuchen, eine Streitfrage vom Tatsächlichen her streitig zu stellen, um dadurch die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme herbeizuführen. Dies ist für die Bank insofern sinnvoll, als sie an Schlichtungssprüche des Ombudsmanns bis zum Streitwert von derzeit 6000 DM gebunden ist (s. u.).

## V. Verfahrensablauf

Die Verfahrensordnung trennt zwischen zwei verschiedenen, aufeinanderfolgenden Verfahrensschritten: der Vorprüfung durch die Kundenbeschwerdestelle (Nr. 3) und der eigentlichen Schlichtung durch den Ombudsmann (Nr. 4).

### 1. Die Vorprüfung

Beschwerden sind an die Kundenbeschwerdestelle zu richten, die beim Bundesverband deutscher Banken und beim Verband deutscher Hypothekenbanken (für Beschwerden gegen eine Hypothekenbank) eingerichtet werden<sup>27</sup>. Die Beschwerden müssen eine kurze Schilderung des Sachverhalts enthalten; notwendige Unterlagen sind beizufügen (Nr. 3 [1]). Sind die Unterlagen nicht ausreichend, fordert die Kundenbeschwerdestelle den Beschwerdeführer zur Ergänzung auf (Nr. 3 [2]). Läßt sich auch dann nicht ein konkreter Beschwerdegegenstand ermitteln, wird das Verfahren nicht weiter durchgeführt. Gleiches gilt, falls die Beschwerde nach Nr. 2. unzulässig sein sollte.

Damit lastet eine hohe Verantwortung auf der Kundenbeschwerdestelle, die gleichzeitig auch eine gewisse Mißbrauchsfahr in sich birgt. Die Kundenbeschwerdestelle kann durch übertriebene Anforderungen an die Substantiierung dafür sorgen, daß bestimmte Beschwerden nie den Ombudsmann erreichen. Ebenso muß sie im Vorfeld beurteilen, ob die in der Beschwerde behaupteten Tatsachen beweisbedürftig sind oder nicht; auch obliegt ihr die Entscheidung, ob durch die Beschwerde eine höchststrichterlich ungeklärte Grundsatzfrage tangiert ist oder nicht<sup>28</sup>. Durch diese sehr weitreichende Prüfungs- und Entscheidungskompetenz kann die Kundenbeschwerdestelle die Arbeit des Ombudsmanns anhöhlen, ohne daß der Ombudsmann oder der betroffene Bankkunde sich dagegen wehren können.

Nach erfolgreicher Vorprüfung wird die Klageschrift an die betroffene Bank weitergeleitet. Diese erhält eine Frist von einem Monat (zuzüglich einer Nachfrist von einem weiteren Monat) zur Stellungnahme (Nr. 3 [3]). Reagiert die Bank nicht, legt die Kundenbeschwerdestelle dem Ombudsmann nur den Vortrag des Kunden vor (Nr. 3 [4]).

### 2. Entscheidung des Ombudsmanns

a) *Der Schlichtungsspruch*. Der Ombudsmann entscheidet die Streitlage grundsätzlich aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen (einschließlich der eingereichten Beweiskunden); allerdings kann er die Parteien zu Ergänzungen auffordern bzw. mündlich anhören. Der abschließende Schlichtungsspruch bedarf keiner Begründung (Nr. 4 [1]).

b) *Die Bindungswirkung des Schlichtungsspruchs*. Der Schlichtungsspruch entfaltet für den Beschwerdeführer keinerlei Wirkung; er kann also weiterhin die ordentlichen Gerichte anrufen (Nr. 4 [2] S. 3). Im übrigen bindet der Schiedsspruch

24) Vgl. Sect. 19 lit. h der Terms of Reference des britischen Banking Ombudsmann.

25) In diesem Zusammenhang wäre es auch von Bedeutung, wenn der Ombudsmann einen Überblick über seine Tätigkeit in regelmäßigen Abständen veröffentlichen könnte. Der englische Banking Ombudsmann gibt entsprechende Tätigkeitsberichte seit 1985 heraus und hat dadurch viel zur Klärung bankrechtlicher Probleme beigetragen.

26) Vgl. Glosner, in: Festschr. f. Bülow, 1981, S. 71; Prüfung, JZ 1985, 268. Teilweise wird allerdings für eine Gleichstellung des tatsächlichen Beweiswertes mit gerichtlichen Sachverständigenurteilen plädiert, vgl. etwa Preibisch, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit, 1982, S. 211 ff.

27) Zu den Anschriften s. o. Fußn. 19 und 20.

28) Ähnlich auch Hellner, Die Bank 1991, 670.

und ihren Kunden vorgestellt, das für die dem Bundesverband angeschlossenen Banken zum 1. 7. 1992 verbindlich werden soll<sup>1</sup>. Im folgenden sollen die Grundzüge dieses Schlichtungsverfahrens skizziert und einige Schwachstellen dieses Verfahrens kritisch analysiert werden.

## II. Hintergründe

Daß der Bundesverband deutscher Banken gerade jetzt ein Schlichtungsverfahren für den Bankenbereich entwickelt hat, beruht auf mehreren Entwicklungen innerhalb Europas:

### 1. Die Empfehlung der EG-Kommission

Die EG-Kommission hat die Mitgliedstaaten am 14. 2. 1990 in ihrer „Empfehlung zur Transparenz der Bankkonditionen bei grenzüberschreitenden Finanztransaktionen“<sup>2</sup> aufgefördert, besondere Stellen für die Behandlung von Kundenbeschwerden einzurichten. Diese Einrichtungen sollten „von den beteiligten Parteien unabhängig“ sein und dem öffentlichen Sektor, der Zentralbank oder etwa „einer speziellen Instanz wie dem Ombudsmann“ angegliedert sein<sup>3</sup>.

### 2. Schlichtungsstellen im europäischen Ausland

Der Bankenverband ist bei seinen Vorarbeiten auch auf die zahlreichen Schlichtungsstellen im europäischen Ausland gestoßen<sup>4</sup>. Dort sind eine Reihe unterschiedlicher Schlichtungsstellen für Bankkunden eingeführt worden, die bislang aus Banken- und Verbrauchersicht sehr effektiv gearbeitet haben. Als Beispiel sei hier nur auf den britischen Banking Ombudsman<sup>5</sup> verwiesen, der seit seiner Einführung im Jahre 1985 über 13000 Beschwerden bearbeitet hat<sup>6</sup>. Dabei ist die Zahl der Beschwerden von 1748 im Jahre 1987 bis auf 6327 im Jahre 1991 gestiegen<sup>7</sup>. Dem Banking Ombudsman Scheme sind ca. 30 Großbanken beigetreten, die 99% des englischen Bankkapitals repräsentieren<sup>8</sup>.

Angesichts dieser beeindruckenden Zahlen kann es nur verwundern, daß bis vor kurzem in Deutschland niemand an die Einführung von Schlichtungsstellen im Bankenbereich dachte – obwohl gerade in jüngster Zeit die Auseinandersetzungen zwischen Verbrauchern und Banken um deren Konditionen immer vehementer und zahlreicher geworden sind<sup>9</sup>.

## III. Die Schlichtungsorgane

### 1. Der Ombudsmann

Nach Nr. 1 (1) S. 1 der Verfahrensordnung soll das Schlichtungsverfahren vor einem „Ombudsmann“<sup>10</sup> durchgeführt werden. Ob dieser Begriff sprachlich glücklich gewählt ist, dürfte zumindest zweifelhaft sein. Der aus dem Schwedischen entnommene Begriff<sup>11</sup> klingt für deutsche Ohren fremd<sup>12</sup>; viele Bankkunden werden sich daher unter einem „Ombudsmann“ nichts vorstellen können<sup>13</sup>. Es wird einige Zeit dauern, bis dieser Begriff in Bankkreisen geläufig ist.

Nach Nr. 1 (1) S. 2 wird der Ombudsmann durch den Vorstand des Bundesverbandes deutscher Banken auf Vorschlag der Geschäftsführung für die Dauer von drei Jahren berufen. Er muß die Befähigung zum Richteramt haben (Nr. 1 (2)). Während seiner Amtszeit kann er nur aus wichtigem Grund aberufen werden; zur Feststellung eines solchen Grundes wird man die von der Rechtsprechung zu § 626 BGB entwickelten Kriterien analog Anwendung können.

In der Vergangenheit ist den Schlichtungsstellen immer wieder vorgeworfen worden, sie seien nicht neutral und unabhängig<sup>14</sup>. Dieses Bedenken sind auch im Hinblick auf das Schlichtungsverfahren im Bankenbereich erheblich: Die Bestellung des Ombudsmanns obliegt ausschließlich dem Bun-

desverband; weder die Verbraucherseite noch die einzelnen Banken können auf diese Verbandsentscheidung rechtlich Einfluß nehmen. Kriterien für die Auswahl eines geeigneten Ombudsmanns werden in der Verfahrensordnung nicht benannt; es findet sich noch nicht einmal ein Hinweis darauf, daß ein Bank- oder Verbandsangestellter nicht zum Ombudsmann bestellt werden darf. Es hätte sich hier empfohlen, den Ombudsmann parallel zu seinem britischen Kollegen durch ein „Council“ zu bestellen, das aus Mitgliedern der Verbraucherschutzverbände und Repräsentanten einzelner Banken zusammengesetzt ist<sup>15</sup>.

De facto hat der Bundesverband deutscher Banken allerdings sein Versprechen, „bei der Besetzung des Ombudsmanns auf strikte Neutralität und Unabhängigkeit zu achten“<sup>16</sup>, eingehalten: Im März 1992 wurde Dr. Leo Parsch, ehemaliger Präsident des VGH München und des OLG München, zum Ombudsmann berufen<sup>17</sup>.

### 2. Die Kundenbeschwerdestelle

Nach Nr. 3 (1) übernimmt eine „Kundenbeschwerdestelle“ die Vorprüfung einzelner Beschwerden<sup>18</sup>. Eine solche Stelle soll zum 1. 7. 1992 sowohl beim Bundesverband<sup>19</sup> als auch

1) Der endgültige Text dieser Verfahrensordnung ist abgedruckt in NJW 1992, 2745 (in diesem Heft).

2) ABIEG Nr. 1 67/39 v. 15. 3. 1990; vgl. hierzu auch die kurze Zusammenfassung von Heydt, EuZW 1990, 2.

3) Sechster Grundsatz, ABIEG Nr. 1 67/43. – Ob sich aus dieser Formulierung eine Befugnis der Banken zur Etablierung eines privatwirtschaftlichen Ombudsmanns entnehmen läßt, ist unklar. Die EG-Kommission könnte mit dem Begriff „Ombudsmann“ auch an einen vom Parlament eingesetzten Beauftragten gedacht haben; in diesem Sinne wurde der Begriff „Ombudsmann“ traditionell auch verwendet (vgl. die Belege in Fußn. 11).

4) Vgl. auch Hellner, Die Bank 1991, 667 und (zum australischen Bankenombudsmann) Reich, WM 1992, 809 ff.

5) Vgl. hierzu ausführlicher McAll, Resolution of Banking Disputes, 1990, S. 105 ff. – Neben dem Banking Ombudsman ist noch der Building Societies Ombudsman auf dem Bankensektor (mit dem Schwerpunkt Finanzierung von Grund und Boden) tätig; vgl. dessen jüngsten Annual Report für das Jahr 1990/91, S. 8 ff.

6) Diese Zahl bezieht sich auf den Zeitpunkt bis 30. 9. 1991; vgl. den Annual Report des Banking Ombudsman für das Jahr 1990/91, S. 3.

7) Vgl. den Annual Report des Banking Ombudsman für das Jahr 1987/88, S. 3 und 23; s. ferner den Annual Report für das Jahr 1990/91, S. 7 und 26.

8) McAll (o. Fußn. 5), S. 106.

9) Vgl. hierzu Metz, NJW 1991, 2804; Steinmetz, NJW 1991, 881.

10) Die gewählte Schreibweise ist eigentlich sprachlich inkorrekt. Es wäre besser gewesen, bei der schwedischen Bezeichnung „Ombudsman“ zu bleiben, statt eine Mischform von schwedischer und deutscher Schreibweise zu wählen.

11) Vgl. zur Begriffsgeschichte Logie-Watthman, The Local Ombudsman, 1990, S. 7; Wild, Der Ombudsman in Deutschland, Diss. Würzburg 1970, S. 13 ff.; v. Bockelberg, Der Verbraucher-Ombudsman im schwedischen und norwegischen Recht – ein Vorbild für die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Münster 1976, S. 31 ff.

12) Ferner spricht auch die Herkunft des Begriffs gegen eine Verwendung im Bankenbereich: Bereits der erste im Jahre 1809 eingesetzte „Ombudsman“ wurde vom Parlament damit beauftragt, die Verwaltung zu kontrollieren. In diesem Sinne wurden später in verschiedenen Staaten Parlamentsbeauftragte als „Ombudsman“, d. h. als Fürsprecher der Bürger eingesetzt. Es widerspricht dieser Tradition, wenn nunmehr auch von der Industrie selbst ernannte Schlichter den Titel „Ombudsman“ tragen.

13) So auch Heinicus, WM 1992, 478.

14) Vgl. etwa Prütting, JZ 1985, 270; Nicklisch, in: Festschr. f. Bölow, 1982, S. 159 (176 f.).

15) Vgl. das „Banking Ombudsman Scheme. Terms of Reference“, S. 1 und den Annual Report des Banking Ombudsman für das Jahr 1985/86, S. 12.

16) So Hellner, stellvertretender Hauptgeschäftsführer des Bundesverbandes, in: Die Bank 1991, 668.

17) Presseerklärung des Bundesverbandes deutscher Banken vom 16. 3. 1992.

18) Wegen der Einzelheiten der Prüfung s. u. unter V.

19) Anschrift: Bundesverband deutscher Banken, Mohrenstr. 35–41, 5000 Köln 1. Tel.: 0221/16631. Fax: 0221/1663222.

beim Verband deutscher Hypothekenbanken<sup>20</sup> (für Beschwerden gegen eine Hypothekenbank) eingerichtet werden.

#### IV. Zulässigkeit des Verfahrens

Nach Nr. 2 (1) der Verfahrensordnung kann der Ombudsmann angerufen werden bei

- Beschwerden eines „Verbrauchers“, sofern der Beschwerdegegenstand nicht „der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers zuzurechnen ist“, sowie bei
- allen Beschwerden hinsichtlich grenzüberschreitender Zahlungsverkehrsaufträge im Sinne der Empfehlung der EG-Kommission vom 15. 3. 1990.

##### 1. Der „Verbraucher“

Die Verfahrensordnung knüpft – sieht man einmal vom grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr ab – zentral an den Begriff des „Verbrauchers“ an. Nur der „Verbraucher“ soll in verbraucherpezifischen Streitigkeiten mit seiner Bank auf das Schlichtungsverfahren zurückgreifen können. Was ist aber unter einem „Verbraucher“ zu verstehen?

Nach dem Verbraucherkreditgesetz<sup>21</sup> ist ein Verbraucher jede natürliche Person, „es sei denn, daß der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist“ (§ 1 I). Nach dieser Legaldefinition schließt nur ein Zusammenhang mit einem bereits ausgeübten Gewerbe oder einem selbständigen Beruf die Einstufung als Verbraucher aus.

Dieser Definition schließt sich die Verfahrensordnung im wesentlichen an. Allerdings ergibt sich eine Abweichung gegenüber dem Verbraucherkreditgesetz insofern, als jeglicher gewerblicher Bezug des Streitgegenstandes zur Unzuständigkeit des Ombudsmanns führt. Insofern kann sich der Kunde bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Existenzgründungsdarlehen nicht an den Ombudsmann wenden.

##### 2. Grenzüberschreitender Zahlungsverkehr

Das Schlichtungsverfahren soll auch Anwendung finden, wenn der Beschwerdegegenstand „einen grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrsauftrag im Sinne der Empfehlung der EG-Kommission über die Transparenz der Bankkondition bei grenzüberschreitenden Finanztransaktionen vom 15. 3. 1990“<sup>22</sup> betrifft. Dieser Verweis auf die EG-Empfehlung ist aus der Sicht des Bankkunden nicht sonderlich geglückt. Er sieht sich in der unschönen Lage, selbst nach dem (nicht ganz einfach zu findenden) Text der Empfehlung suchen zu müssen; er muß also parallel zur Verfahrensordnung das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften griffbereit haben.

Nach der EG-Empfehlung bezeichnet ein Zahlungsverkehrsauftrag (die Empfehlung spricht von „Transferauftrag“) eine schriftliche, mündliche oder elektronische Mitteilung, die einen Auftrag an ein Institut enthält, einem Konto einen bestimmten Geldbetrag gutzuschreiben oder diesen für jemanden bereitzuhalten oder den Auftrag durch ein anderes Institut ausführen zu lassen“. Ein solcher Auftrag bezieht sich auf eine grenzüberschreitende Transaktion<sup>23</sup>, wenn sie auf eine Überweisung gerichtet ist, bei der „die Institute von Auftraggeber und Begünstigtem in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen“. Hieraus ergibt sich, daß weder die Empfehlung noch die Verfahrensordnung des Bankenverbandes eingreifen, wenn

- bei einer Überweisung Auftraggeber und Begünstigter identisch sind (z. B. zwischen Konten in mehreren Mitgliedstaaten, die auf denselben Inhaber lauten),

- bei Überweisungen in oder aus Nicht-EG-Mitgliedstaaten (z. B. Überweisungen aus den USA).

Solche wichtigen Einschränkungen sollten meines Erachtens in die Verfahrensordnung aufgenommen werden, um den Beschwerdeführer vor einer unzulässigen Anrufung des Ombudsmanns zu warnen.

##### 3. Verpflichtung der Bank

Nr. 2 erwähnt eine wichtige Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Schlichtungsverfahrens erstaunlicherweise nicht: Ein solches Verfahren ist nur zulässig, wenn sich die betroffene Bank freiwillig der Verfahrensordnung unterworfen hat. Der Bundesverband deutscher Banken bemüht sich derzeit darum, die Zustimmungserklärungen aller ihm angeschlossenen Banken einzuholen; gleiches dürfte derzeit auch für den Verband deutscher Hypothekenbanken gelten. Nach Angaben des Bundesverbandes sind etwa 240 der 200 Mitgliedsbanken – darunter alle Großbanken – der Verfahrensordnung bereits beigetreten.

Zu beachten ist allerdings, daß die Verfahrensordnung nur im Bereich des Bundesverbandes deutscher Banken Anwendung finden kann. Deshalb ist der Ombudsmann für Kundenbeschwerden im Verhältnis zu

- Sparkassen,
- genossenschaftlichen Kreditinstituten (Volks- und Raiffeisenbanken),
- Landesbanken und Girozentralen

nicht zuständig.

Aus der Sicht des Bankkunden ist daher dringend erforderlich, daß die Unterwerfung seiner Bank unter die Verfahrensordnung ihm gegenüber transparent gemacht wird. In Großbritannien finden sich in den Filialen aller Banken, die dem Banking Ombudsman Scheme beigetreten sind, Aufkleber, die auf den Ombudsmann und seine Tätigkeit hinweisen. Ähnlich sollten die deutschen Banken ihre Stellung zum Bankenombudsmann durch Aushänge, Aufkleber, ausliegende Broschüren etc. deutlich machen. Nur so kann verhindert werden, daß der Bankkunde ein Schlichtungsverfahren gegen eine Bank einleitet, die der Verfahrensordnung nicht zugestimmt hat oder dem Bundesverband deutscher Banken nicht angehört.

##### 4. Verfahrenshindernisse

Wie sich aus Nr. 2 (2) der Verfahrensordnung ergibt, ist eine Schlichtung in bestimmten Einzelfällen unzulässig.

a) *Anderweitige Anhängigkeit.* So findet eine Schlichtung nicht statt, wenn der Beschwerdegegenstand bereits vor einem Gericht anhängig ist, anhängig war, während des Schlichtungsverfahrens anhängig gemacht wird oder durch außergerichtlichen Vergleich beigelegt worden ist. Gleiches gilt nach der endgültigen Fassung der Verfahrensordnung, wenn ein Antrag auf Prozeßkostenhilfe wegen offensichtlicher Unbegründetheit des Begehrens abgewiesen wurde.

Die Verfahrensordnung stellt hier auf die Anhängigkeit, nicht auf die Rechtshängigkeit ab; es reicht insofern bereits

<sup>20</sup> Anschrift: Verband Deutscher Hypothekenbanken e.V., Holbeinstr. 17, 5300 Bonn 2, Tel.: 0228/372026, Fax: 0228/374195.

<sup>21</sup> Verbraucherkreditgesetz v. 17. 12. 1990, BGBl. I, 2840; vgl. hierzu *Bülow*, NJW 1991, 129.

<sup>22</sup> Die Datierung auf den 15. 3. 1990 ist mißverständlich. Zu diesem Datum ist die Empfehlung nur im Amtsblatt veröffentlicht; die Empfehlung selbst stammt vom 14. 2. 1990.

<sup>23</sup> Die Verfahrensordnung spricht sprachlich unzutreffend von einem „grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrsauftrag“, als sei der Auftrag selbst grenzüberschreitend.

keine Partei, wenn die Beschwerde ihrem Streitwert nach in die vermögensrechtliche Zuständigkeit der Landgerichte fällt, d. h. einen Streitwert von über 6000 DM hat (Nr. 4 [3]).

Aus dem britischen Banking Ombudsman Scheme<sup>29</sup> hat der Bundesverband deutscher Banken die Regelung übernommen, daß der Schlichtungsanspruch für die Bank bindend sein soll, sofern der Streitwert unterhalb des Höchstbetrags für vermögensrechtliche Klagen vor den Amtsgerichten (also unter 6000 DM) liegt<sup>30</sup>. Der betroffenen Bank soll die Anrufung der ordentlichen Gerichte in diesem Fall nicht mehr möglich sein (Nr. 4 [2] S. 1 und 2).

c) *Einstufung als Schiedsspruch?* Fraglich ist, wie diese Bindungswirkung dogmatisch begründet werden kann. Denkbar wäre, daß der Schlichtungsanspruch des Ombudsmanns insoweit als Schiedsspruch i. S. der §§ 1039, 1040 ZPO anzusehen ist, als er die Bank bindet. Zwar tritt das Schlichtungsverfahren in den Grenzen der Bindungswirkung an die Stelle des gerichtlichen Verfahrens; der betroffenen Bank soll der Weg zu den ordentlichen Gerichten versperrt sein. Insofern ähnelt das Verfahren einem schiedsrichterlichen Verfahren i. S. der §§ 1025 ff. ZPO.

Im übrigen bestehen an einer solchen Einstufung aber einige Bedenken:

(1) Nach § 1025 I ZPO müßte das Verfahren auf einem Schiedsvertrag zwischen der Bank und dem Beschwerdeführer beruhen. An einem solchen Vertrag fehlt es jedoch in concreto. Um die abstrakte Unterwerfung der Bank unter die Verfahrensordnung zu einer Vertragserklärung zu machen, müßte man diese (gegenüber dem Bankenverband erklärte) Unterwerfung als eine „*offerta ad incertas personas*“ auslegen, was äußerst gewagt erscheint.

(2) Nach § 1027 I 1 ZPO muß der Schiedsvertrag ausdrücklich und schriftlich geschlossen werden, sofern kein beiderseitiges Handelsgeschäft unter Vollkaufleuten vorliegt. An dieser Voraussetzung fehlt es vorliegend auf jeden Fall. Allerdings sieht § 1027 I 2 ZPO eine Heilung für den Fall vor, daß beide Parteien sich auf die schiedsgerichtliche Verhandlung rügelos zur Sache eingelassen haben. Würde man diese Heilungsmöglichkeit aber ernsthaft in Betracht ziehen, hätte es die Bank in der Hand, die Bindungswirkung des Schlichtungsanspruchs zu umgehen: Sie bräuchte sich nur jedweder Einlassung zur Sache enthalten und könnte dadurch die Heilung des Formmangels verhindern.

(3) Letztendlich spricht vor allem gegen die Annahme eines Schiedsvertrages, daß nach der Verfahrensordnung nur ein Schlichtungsanspruch Bindungswirkung entfaltet, der zugunsten des Beschwerdeführers über einen Streitgegenstand im Wert unter 6000 DM entschieden hat. In allen anderen Fällen soll eine Bindungswirkung nicht eintreten. Es erscheint jedoch inkonsequent, von der ausnahmsweise eintretenden Bindungswirkung auf einen schiedsrichterlichen Gesamtcharakter des Schlichtungsverfahrens zu schließen. Das Verfahren selbst ist damit nicht als schiedsrichterlich zu qualifizieren; damit kann auch das Ergebnis kein Schiedsspruch i. S. der §§ 1039, 1040 ZPO sein.

4) Im übrigen handelt es sich bei dem Bankenombudsman auch nicht um ein satzungsmäßig verankertes Vereins- oder Verbandsgericht i. S. des § 1048 ZPO, da dieser nicht über das Mitgliedschaftsverhältnis eines Mitglieds zu seinem Verband befinden sollte<sup>31</sup>.

d) *Konsequenzen für die Bindungswirkung.* Wenn ein Schlichtungsanspruch des Ombudsmanns unter keinen Umständen als Schiedsspruch i. S. der §§ 1039, 1040 ZPO zu verstehen ist, hat dies für den obsiegenden Beschwerdeführer fatale Konsequenzen:

- Trotz statuerter Bindungswirkung kann der Beschwerdeführer aus dem Schlichtungsanspruch nicht vollstrecken. Weigert sich seine Bank, dem Schlichtungsanspruch nachzukommen, muß der Beschwerdeführer vor den ordentlichen Gerichten klagen.
- Schwierig bleibt dabei die Frage, ob und wie ein ordentliches Gericht materiellrechtlich die Bindungswirkung des Schlichtungsanspruchs bewerten kann. Hat sich die Bank mit dem Schlichtungs-

spruch ausdrücklich oder konkludent einverstanden erklärt, so wird das Gericht dies im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigen können. Fehlt es jedoch an einer solchen Erklärung, so kann das Gericht nur würdigen, daß sich die Bank durch die Unterwerfung unter die Verfahrensordnung zur Bindung an bestimmte Schlichtungsansprüche des Ombudsmanns verpflichtet hat. In diesem Fall käme dogmatisch eventuell eine Anwendung des § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt des „*venire contra factum proprium*“<sup>32</sup> in Betracht: Wenn die Bank beim Kunden den Eindruck einer bedingungslosen Unterwerfung erweckt hat, muß sie sich in einem späteren Prozeß an den Bedingungen der Verfahrensordnung festhalten lassen; sie kann dann nicht mehr von der materiellrechtlichen Bindung des Schlichtungsanspruchs abweichen.

- Umgekehrt kann die Bank wohl kaum eine negative Feststellungsklage vor ordentlichen Gerichten anstrengen, falls sie der in der Verfahrensordnung festgelegten Bindungswirkung unterliegt. In diesem Fall wäre der Ausschluß des Rechtsweges in Nr. 4 (2) S. 2 der Verfahrensordnung als gewillkürter Ausschluß der Klagbarkeit<sup>33</sup> einzustufen: Durch die Unterwerfung der Bank unter die Verfahrensordnung hat sie sich gleichzeitig dazu verpflichtet, im Rahmen des Nr. 4 (2) auf jegliche Klage vor ordentlichen Gerichten zu verzichten. Diese Verpflichtung kann der Beschwerdeführer der Bank als Prozeßbeinrede entgegenhalten, falls sie wider Erwarten Klage erheben sollte.

## VI. Weitere Probleme

Die Verfahrensordnung wirft noch einige weitere Probleme auf, die teilweise erfreulich gelöst werden, teilweise aber auch offen bleiben.

### 1. Verjährung

Fraglich ist zunächst, wie sich das Schlichtungsverfahren auf die Verjährung von Ansprüchen auswirkt. Hier hat der Bankenverband die an anderen Schlichtungsformen geübte Kritik<sup>34</sup> ernstgenommen und eine eigene Verjährungsregelung in die Verfahrensordnung aufgenommen. So gelten nach Nr. 5 (1) alle (bis dahin noch nicht verjährten) Ansprüche des Beschwerdeführers für die Dauer des Schlichtungsverfahrens als gehemmt. Nach § 205 BGB hat ein solcher „*pactum de non petendo*“ die Wirkung, daß der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet wird.

### 2. Kosten

Nach Nr. 5 (2) der Verfahrensordnung trägt der Bundesverband die Kosten des Vorprüfungsverfahrens und der Schlichtung durch den Ombudsman<sup>35</sup>. Im übrigen tragen die Parteien ihren eigenen Kosten, einschließlich der Kosten für die Hinzuziehung eines Anwaltes, selbst (Nr. 5 [3]).

29) Sect. 12 und 13 der Terms of Reference; vgl. allerdings auch die Reaktionsmöglichkeiten der verpflichteten Bank in Sect. 20 und 21.

30) Die Bindungswirkung ist beim englischen Banking Ombudsman deutlich höher angesiedelt (100000 Pfund); vgl. Sect. 12 der Terms of Reference.

31) Vgl. zum Merkmal der statutarischen Natur der Auseinandersetzung im Rahmen des § 1048 ZPO, RGZ 88, 395; BGHZ 38, 155 (161) = NJW 1963, 203; BGH, NJW 1963, 203 (204); Stein-Jonas-Schlösser, ZPO, 20. Aufl. (1988), § 1048 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

32) Vgl. hierzu Staudinger-Schmidt, BGB, 12. Aufl. (1983), § 242 Rdnr. 599ff. m. w. Nachw.

33) Zur Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung vgl. BGH, FamRZ 1982, 782 (784); BGH, NJW 1984, 669 (670); Stein-Jonas-Schuhmann, ZPO, 20. Aufl. (1987), § 253 Rdnr. 90; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 50. Aufl. (1992), Grundz. § 253 Rdnr. 4 m. w. Nachw.

34) Pritting, JZ 1985, 269. Zu weit geht Pribisch (o. Fußn. 26), S. 218f., der eine analoge Anwendung der §§ 27a UWG, 209 BGB vorschlägt.

35) Die Kosten können insgesamt sehr hoch werden, wie das Beispiel des englischen Building Societies Ombudsman zeigt. Dessen Budget beträgt im Jahre 1992 umgerechnet etwa 2,5 Millionen DM.

Dies kann für Bankkunden der entscheidende Grund für die Ablehnung des Schlichtungsverfahrens sein. Viele Verbraucher sind nicht in der Lage, bankrechtliche Auseinandersetzungen auszutragen. Oft haben sie aber auch nicht die finanziellen Voraussetzungen, um einen Anwalt zu bezahlen. Die ordentlichen Gerichte können in dieser Situation zum Hilfsmittel der Prozeßkostenhilfe greifen. Im Gegensatz dazu kommt eine Gewährung von Prozeßkostenhilfe im Schlichtungsverfahren nicht in Betracht.

### 3. Prozeßzinsen

Zu berücksichtigen ist ferner, daß dem Beschwerdeführer während des Schlichtungsverfahrens ein Anspruch auf Prozeßzinsen gem. § 291 BGB nicht zusteht. Auch Verzugszinsen entfallen, sofern der Beschwerdeführer ohne Mahnung das Schlichtungsverfahren einleitet; würde er demgegenüber direkt gegen die Bank Klage erheben, könnte er sich auf § 284 I 2 BGB stützen.

Dies kann zu erheblichen finanziellen Einbußen führen, wenn man daran denkt, welche Summen im Kredit- oder Hypothekensbereich zur Debatte stehen. Die einzige Möglichkeit, diese Schwachstelle des Schlichtungsverfahrens zu umgehen, bestünde darin, daß der Ombudsmann in seine Entscheidung entgangene Verzugs- und Prozeßzinsen mit aufnimmt. Ob sich die Banken darauf einließen, wäre allerdings mehr als fraglich.

### 4. Verstärkte Haftung

Nach §§ 292, 347 S. 1, 818 IV, 987 ff., 2023 BGB trifft den Beklagten nach Rechtshängigkeit der Klage eine verschärfte Haftung. So müßte die Bank zum Beispiel in Fällen ungerechtfertigter Bereicherung ab Rechtshängigkeit auch die schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen (§§ 818 IV, 292 II; 987 BGB). Auch diese Haftungsverschärfung würde für die Zeit entfallen, in der das Schlichtungsverfahren durchgeführt wird.

## VII. Ergebnis und Ausblick

Zusammenfassend müssen sowohl die Banken wie deren Kunden sorgfältig prüfen, ob und inwieweit sie von der Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens Gebrauch machen. Gegen ein solches Verfahren spricht, daß die Parteien die Kosten selbst zu tragen haben, ihnen Zinsansprüche entgehen und die verschärfte Haftung ab Rechtshängigkeit entfällt. Ferner fallen negativ mehrerer Mängel und Lücken der Verfahrensordnung des Bankenverbandes – insbesondere bei der Bestimmung der Zulässigkeit (Nr. 2) und hinsichtlich der angeblichen Bindungswirkung (Nr. 4 [2]) – auf.

Für die Durchführung eines solchen Verfahrens muß allerdings ins Feld geführt werden, daß das angebotene Schlichtungsverfahren schnell und unbürokratisch durchgeführt werden kann, wobei die Verfahrenskosten nicht vom Beschwerdeführer zu tragen sind<sup>36</sup>. Für Auseinandersetzungen mit kleinen Streitwerten stellt das Schlichtungsverfahren daher meines Erachtens eine ernsthafte Alternative zu einem Gerichtsverfahren dar. Dies gilt umso mehr, als die Bereitschaft der Banken, die Entscheidungen des Ombudsmanns zu akzeptieren, bei kleinen Beträgen sicherlich hoch sein dürfte. Insofern kann die Initiative des Bundesverbandes deutscher Banken nur begrüßt werden; man kann dem Verband nur wünschen, daß die Verfahrensordnung trotz ihrer Mängel von Banken und Verbrauchern ernstgenommen und die darin steckenden Chancen realisiert werden.

36) Ähnlich auch *Heinsius*, WM 1992, 478.