

Thomas Hoeren

### Der Bankenombudsmann

Inzwischen gibt es ihn seit fast fünf Jahren – den Bankenombudsmann. Wurde er bei Einführung noch von Banken- und Verbraucherseite kritisch beäugt, gilt er heute als allgemein anerkannte Institution zur außergerichtlichen Schlichtung von Kundenbeschwerden im Bankbereich. Aus dem Bankenombudsmann sind inzwischen zwei Bankenombudsmänner geworden; seit dem 1. April 1995 ist neben Dr. Leo Parsch, dem früheren Präsidenten des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Oberlandesgerichts München, auch Karl-Dietrich Bundschuh, der ehemalige Vorsitzende Richter am Bankrechtsrechtssenat des Bundesgerichtshofs, tätig. Die Literatur hat dieses Selbstregulierungsmodell aufgegriffen<sup>1</sup>; einige umfangreichere Studien<sup>2</sup> sind in der Zwischenzeit ebenso erschienen wie erste Erfahrungsberichte<sup>3</sup>.

- 1 Arendts, Das Schlichtungsverfahren vor dem Bankenombudsmann, in: ZAP 1995, 1241; Buck/Sonneberg, Außergerichtlicher Rechtsschutz durch den Bank-Ombudsmann – Das britisch-australische Modell, in: ZBB 1993, 15 ff.; Heinsius, Verbraucher und Ombudsmann, in: WM 1992, 478 ff.; Hellner, Bankenverband beschließt Ombudsmann-System, in: Die Bank 1991, 666; Hellner/Steuer, Banken und Verbraucher, in: WM-Festgabe für Theodor Heinsius vom 25. September 1991, 11 ff.; Hoeren, Das neue Verfahren für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe, in: NJW 1992, 2727 ff.; ders., Der Ombudsmann in der Banken- und Versicherungswirtschaft – Verfahrensrechtliche Probleme der außergerichtlichen Schlichtung von Kundenbeschwerden, in: Walther Gottwald/Dieter Strömpel, Streitschlichtung, Köln 1995, 149 ff.; Reich, Die Einrichtung eines Bankenombudsmanns in Australien. Ein Modell für selbstverwalteten Verbraucherschutz?, in: WM 1992, 809 ff.; Wehrhahn, Der Ombudsmann schlichtet zwischen Bank und Kunde, in: bankkaufmann 7/92, 49.
- 2 Hoeren, Selbstregulierung im Banken- und Versicherungsrecht, Karlsruhe 1995, 307 ff.; Mitchel/Worthington, Consumer Policy Research Report No. 1, erstattet im Auftrag der Europäischen Kommission, 1992; Niederauer, Die Beurteilung des Ombudsmannprinzips bei Banken, Diplomarbeit Prof. Hahn, 1994; Steuer, Schlichtungsverfahren: Ombudsmann, in: Bankrechtshandbuch, § 3; Zawal-Pfeil, Ombudsmannverfahren, in: Bankrecht und Bankpraxis, Band 1, Teil II M.
- 3 Parsch, Erste Erfahrungen mit dem Ombudsmannverfahren, in: WM 1993, 238; ders., Zwei Jahre Ombudsmannverfahren, in: Die Bank 1994, 480 ff.; Zawal-Pfeil, Ein Jahr Ombudsmann der privaten Banken, in: Die Bank 1993, 620. Siehe auch Hoeren, Der Bankenombudsmann in der Praxis, in: NJW 1994, 362.

Die ursprüngliche Verfahrensordnung<sup>4</sup> selbst wurde verbessert und zum 1. April 1995 neu veröffentlicht.<sup>5</sup> Parallele Institutionen bestanden schon vorher in Großbritannien und Australien<sup>6</sup>; dem deutschen Vorbild folgten Belgien, Irland, Norwegen, die Niederlande, Schweden und Dänemark.<sup>7</sup> Die guten Erfahrungen mit dem deutschen Bankenombudsmann haben vor allem dazu geführt, daß in der Schweiz ebenfalls seit dem 1. April 1993 die Stelle eines Ombudsmanns für Bankkunden eingerichtet worden ist.<sup>8</sup> Auch in anderen Branchen, etwa der Versicherungswirtschaft<sup>9</sup>, finden sich Überlegungen, dem Vorbild der Kreditwirtschaft zu folgen und einen eigenen Ombudsmann einzuführen. All dies gibt Anlaß, im Rahmen des vorliegenden Handbuchs eine Übersicht über die Aktivitäten des Bankenombudsmanns zu veröffentlichen.<sup>10</sup>

### I. Die Verfahrensordnung

Einzelheiten des Ombudsmanns-Verfahren sind in der Verfahrensordnung geregelt.

#### 1. Die Bestellung des Ombudsmanns

Nach § 1 Abs. 1 S. 1 der Verfahrensordnung soll das Schlichtungsverfahren vor einem „Ombudsmann“ durchgeführt werden. Nach § 1 Abs. 1 S. 2 wird der Ombudsmann durch den Vorstand des Bundesverbandes deutscher Banken

4 Abgedruckt in NJW 1992, 2745 und WM 1992, 1423.

5 Veröffentlicht in: Bankrechtshandbuch § 3 Rdnr. 28 sowie in Bankrecht und Bankpraxis 2/1136.

6 Siehe hierzu Buck/Sonneberg (Fußn. 1), ZBB 1993, 15 f.; Reich (Fußn. 1), WM 1992, 809 ff.

7 Vgl. hierzu die Übersicht von Mitchell/Worthington, S. 8 ff. Ähnlich auch Steuer, in: Bankrechtshandbuch § 3 Rdnrn. 76 ff.

8 Anschrift: Schweizerischer Bankenombudsman, Seestrasse 7, 8027 Zürich, Tel.: 01/281 0975.

9 Vgl. Hohlfeld, Was bleibt von der materiellen Versicherungsaufsicht nach Vollen- dung des Binnenmarktes?, 1992, 15 f. (der allerdings eher für eine Integration des Ombudsmanns in das Bundesamt für das Versicherungswesen votiert); Hoeren, ZgesVersWiss 1992, 487 ff. Vgl. zum britischen Insurance Ombudsman Neuhaus, Die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen der Versicherungswirtschaft in Großbritannien, Diss. Köln 1989, 207 ff.; Hohlbein, VW 1991, 572 ff.

10 Mein besonderer Dank geht ein weiteres Mal an Frau Rechtsanwältin Bernadette Zawal-Pfeil (Bundesverband deutscher Banken), ohne deren Unterstützung dieser Beitrag nicht zustande gekommen wäre.

auf Vorschlag der Geschäftsführung für die Dauer von drei Jahren berufen.<sup>11</sup> Er muß die Befähigung zum Richteramt haben (§ 1 Abs. 2). Während seiner Amtszeit kann er nur aus wichtigem Grund abberufen werden; zur Feststellung eines solchen Grundes wird man die von der Rechtsprechung zu § 626 BGB entwickelten Kriterien analog anwenden können.<sup>12</sup>

## 2. Zulässigkeit des Verfahrens

### a) Verbraucherbeschwerden und EU-Zahlungsverkehr

Nach § 2 Abs. 1 der Verfahrensordnung kann der Ombudsmann insbesondere bei Beschwerden eines Verbrauchers angerufen werden, sofern der Beschwerdegegenstand nicht der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers zuzurechnen ist. Diese Formulierung lehnt sich an das Verbraucherkreditgesetz an (siehe § 1 Abs. 1 des Gesetzes), nimmt aber Existenzgründer vom Anwendungsbereich aus. Neben den Verbrauchern können sich alle Kunden, auch Unternahmen, an den Ombudsmann wenden, sofern es um den grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr geht.<sup>13</sup>

Schließlich steht inzwischen auch fest, daß der Beschwerdeführer nicht unbedingt Kunde der Bank sein muß; es reicht aus, daß er in sonstiger Weise Vertragspartner der Bank geworden ist. Entgegen dem Wortlaut der Verfahrensordnung, die an mehreren Stellen auf den „Kunden“ abstellt<sup>14</sup>, kommt daher auch bei der Bestellung von Drittsicherheiten oder in Bürgschaftsfällen die An-

11 Zur Arbeitsleitung der beiden derzeitigen Ombudsmänner sei darauf verwiesen, daß Dr. Parsch für die Buchstaben A – K und Bundschuh für L – Z zuständig ist; siehe hierzu Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch § 3 Rdnr. 46, Fußn. 7.

12 Unannehmbar sind demgegenüber die Modelle der Sparkassen, die zunehmend eigene Angestellte als hausinterne Beschwerdestellen einsetzen. Eine solch abhängige Instanz dürfte wohl kaum auf Akzeptanz bei Kunden- und Verbraucherschutzverbänden stoßen; siehe hierzu auch Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch § 3 Rdnr. 19.

13 Die Verfahrensordnung verweist insoweit auf die Empfehlung der EG-Kommission über die Transparenz der Bankkonditionen bei grenzüberschreitenden Finanztransaktionen vom 14. Februar 1990 (ABl. EG Nr. L 67/39 vom 15. März 1990). Zum Problem der Transparenz siehe Hoeren (Fußn. 1), NJW 1992, 2727, 2729.

14 Vgl. etwa die Präambel, die von „Meinungsverschiedenheiten zwischen Banken und Kunden“ spricht. Ähnlich auch die Formulierung „Kundenbeschwerdestelle“ (§ 3 Abs. 1) sowie §§ 3 Abs. 2 S. 2, 4 Abs. 2 S. 2, 4 Abs. 3 S. 2.

rufung des Ombudsmanns in Betracht.<sup>15</sup> Mangels Kundeneigenschaft fehlt es an einer Beschwerdebefugnis bei Aktionären und stillen Gesellschaftern einer Bank in gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungen.<sup>16</sup> Problematisch ist jedoch der Ausschluß des mehrgliedrigen Überweisungsverkehrs aus dem Ombudsmannsverfahren. So soll die Beschwerde des Auftraggebers einer Überweisungsbank gegen die Empfängerbank ebenso unzulässig sein wie die des Empfängers gegen die Bank des Auftraggebers.<sup>17</sup> Zu bedenken ist jedoch hier, daß die Rechtsprechung<sup>18</sup> die vertraglichen Schutzwirkungen zugunsten Dritter auf den institutsübergreifenden Überweisungsverkehr anwendet. Empfänger und Auftraggeber haben daher eigene Schadensersatzansprüche aus Vertrag bei gestörter Geschäftsabwicklung. Es besteht kein Grund, warum sie diese nicht auch über den Ombudsmann geltend machen sollen.

#### b) Ausnahmen

Wie sich aus § 2 Abs. 2 der Verfahrensordnung ergibt, ist eine Schlichtung in bestimmten Einzelfällen unzulässig.

##### aa) *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.<sup>19</sup> Auch verjährte Forderungen können nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sich die Bank im Rahmen des Ombudsmannsverfahrens auf die Einrede der Verjährung be-

15 Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch § 3 Rdnr. 66 und Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1109. Beide verweisen auf eine großzügige Verfahrensweise in der Spruchpraxis der Ombudsmänner.

16 Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1108.

17 Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1107.

18 BGH, WM 1985, 1391, 1393; OLG Frankfurt, WM 1984/726, 727; OLG München, WM 1988, 373; OLG Düsseldorf, WM 1982, 575, 576; WM 1987, 1008, 1009. Siehe hierzu auch Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Köln 1995, Rdnrn. 4.112 ff. mit weit. Nachw.

19 Zu Recht verweist Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1097 darauf, daß die Formulierung „offensichtliche Unbegründetheit“ nicht den Vorgaben des § 114 ZPO entspricht und durch den Hinweis auf die „fehlende Erfolgsaussicht“ ersetzt werden sollte.

ruff.<sup>20</sup> Beschwerden, die auch im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) geltend gemacht werden könnten, sind jedoch zulässig.<sup>21</sup> Auch Beschwerden in bezug auf vollstreckbare Urkunden können vor dem Ombudsmann geltend gemacht werden.<sup>22</sup>

*bb) Ungeklärte Grundsatzfrage*

Weiterhin umstritten<sup>23</sup> dürfte der Ausschluß des Ombudsmanns bei Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung sein. So darf der Ombudsmann nicht tätig werden, wenn dessen Entscheidung eine Grundsatzfrage betreffen würde, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden worden ist (§ 2 Abs. 2 lit. d). Ob und wann ein solcher Fall vorliegt, dürfte schwer zu ermitteln sein; daher liegt hier eine gewisse Mißbrauchsgefahr vor. Es ist nicht einsichtig, warum sich der Ombudsmann, der immerhin die Befähigung zum Richteramt haben muß (§ 1 Abs. 2), nicht auch rechtlich schwierigen Grundsatzfragen stellen sollte.<sup>24</sup> Selbst wenn eine solche Rechtsfrage höchstrichterlich noch nicht geklärt ist (was immer das heißen mag), muß es doch auch im Interesse des Bankenverbandes liegen, wenn sich "ihr" Ombudsmann vorab mit der Thematik auseinandersetzt.

*cc) Beweisbedürftigkeit*

Schließlich soll ein Schlichtungsverfahren nicht stattfinden, wenn die Klärung des Sachverhaltes eine Beweisaufnahme erfordert und ein Beweisantritt durch Vorlegung von Urkunden nicht möglich ist (§ 2 Abs. 2 lit. e). Damit hat es die betroffene Bank in der Hand, dem Schlichtungsverfahren zu „entkommen“: Sie

20 Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1099 weist zu Recht darauf hin, daß es zur Verwerfung der Beschwerde nicht ausreicht, wenn lediglich der Kunde eine Verjährung seiner Forderungen vorträgt.

21 Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1091 und Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch, § 3 Rdnr. 66.

22 Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1093.

23 Heftig diskutiert wurde eine Beschwerdeentscheidung des Ombudsmanns zu der Frage, inwieweit die Bedingungen eines Kreditkartenunternehmens wirksam mit Übersendung der bestellten Karte vereinbart werden können. Diese Rechtsfrage ist bis heute umstritten. Nichtsdestotrotz traf der Ombudsmann in dieser Sache eine (die Beschwerde abweisende) Entscheidung, was zu einer heftigen Kritik seitens der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände führte. Vgl. die Angaben bei Castelló, BankWatch 1993, 55, 56; N.N., Frankfurter Rundschau vom 29. Januar 1993, S. 14; N.N., à la Card Aktuell April 1993, 56.

24 Anderer Ansicht allerdings Hellner, Die Bank 1991, 666, 669 f.; Buck/Sonnberg, ZBB 1993, 15, 22.

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 Ombudsmannes bis zum Streitwert von derzeit 10.000,- DM gebunden ist (s.u.).

*dd) Sonstige Ausnahmen*

Abseits der Verfahrensordnung kommt eine Schlichtung nicht in Betracht bei

- der Rüge falscher geschäftspolitischer Entscheidungen der Bank,
- der Bitte um Erteilung von Rechtsrat und -auskünften,
- der Hilfe in Fällen der Überschuldung,
- der Gewährung eines einstweiligen Rechtsschutzes und
- bei Beschwerdeführern, die nicht Bankkunden sind (s.o.).

Diese Ausnahmen haben sich erst in der Spruchpraxis des Ombudsmanns herausgebildet. Es bietet sich daher an, die betroffenen Verbraucher durch ausdrückliche Klarstellung in der Verfahrensordnung auf diese Besonderheiten hinzuweisen.<sup>25</sup>

### 3. Verfahrensablauf

Die Verfahrensordnung trennt zwischen zwei verschiedenen, aufeinander folgenden Verfahrensschritten: der Vorprüfung durch die Kundenbeschwerdestelle (§ 3) und der Schlichtung durch den Ombudsmann (§ 4).

#### a) 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. Die Beschwerden müssen eine kurze Schilderung des Sachverhalts enthalten; notwendige Unterlagen sind beizufügen (§ 3 Abs. 1). Sind die Unterlagen nicht ausreichend, fordert die Kundenbeschwerdestelle den Beschwerdeführer zur Ergänzung auf (§ 3 Abs. 2). Läßt sich auch dann nicht ein konkreter Beschwerdegegenstand ermitteln, wird das Verfahren nicht weiter durchgeführt.

<sup>25</sup> So auch Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1110.

Geändert wurde das Verfahren jedoch hinsichtlich der sonstigen formalen Vorprüfung.<sup>26</sup> Bis April 1995 durfte die Kundenbeschwerdestelle eine Beschwerde auch daraufhin prüfen, ob sie zulässig war; Beschwerden, die die Beschwerdestelle für unzulässig erachtete, wurden ohne Anrufung des Ombudsmanns abgewiesen. In der Literatur ist auf die mit dieser Vorprüfungscompetenz verbundene Mißbrauchsgefahr deutlich hingewiesen worden.<sup>27</sup> Der Bundesverband hat daraufhin reagiert und die Verfahrensordnung geändert. Nunmehr wird eine zweifelhafte Beschwerde stets dem Ombudsmann zur Entscheidung über die Zulässigkeit vorgelegt. Hält er die Beschwerde gegen die Ansicht für zulässig, wird das Beschwerdeverfahren fortgesetzt (§ 4 Abs. 1).

#### b) Entscheidung des Ombudsmanns

Nach erfolgreicher Vorprüfung wird die Beschwerdeschrift an die betroffene Bank weitergeleitet. Diese erhält eine Frist von einem Monat (zuzüglich einer Nachfrist von einem weiteren Monat) zur Stellungnahme (§ 4 Abs. 2). Reagiert die Bank nicht, legt die Kundenbeschwerdestelle dem Ombudsmann nur den Vortrag des Kunden vor (§ 4 Abs. 3). Der Ombudsmann entscheidet die Streitlage grundsätzlich aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen (einschließlich der eingereichten Beweisurkunden); allerdings kann er die Parteien zu Ergänzungen auffordern bzw. mündlich anhören.

Bei der Entscheidungsfindung tauchen immer noch die Probleme auf, die die Literatur bereits vor einigen Jahren gerügt hat.<sup>28</sup> So wird der Schlichtungsanspruch de iure nicht begründet (§ 4 Abs. 4). Ein Verband, der im Wege der Selbstregulierung ein förmliches Verfahren einführt, sollte auch den Anspruch der Parteien auf ein Minimum an Entscheidungsgründen berücksichtigen. Dies gilt um so mehr, als die durch den Schlichtungsanspruch gebundene Bank ohne Entscheidungsgründe nicht weiß, warum sie verloren hat und wie sie sich in Zukunft verhalten soll.<sup>29</sup> Auch insoweit unterscheidet sich das deutsche Ombudsmannsystem deutlich von allen anderen Systemen im Ausland, in denen der Ombudsmann zur Begründung seiner Entscheidungen im Kunden- und Bankeninteresse geradezu verpflichtet worden ist. Allerdings verwehrt ihm die

26 Siehe zu dieser grundlegenden Änderung auch Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch § 3 Rdnr. 44 ff.

27 Buck/Sonneberg (Fußn. 1), ZBB 1993, 15, 22; Hohfeld (Fußn. 1), VersR 1993, 144, 147; Hellner (Fußn. 1), Die Bank 1991, 670.

28 Siehe die Hinweise in Fußn. 1.

29 Ähnlich auch Buck/Sonneberg (Fußn. 1), ZBB 1993, 15, 22.

Verfahrensordnung nicht, wichtige Entscheidungen freiwillig von sich aus zu begründen.<sup>30</sup>

Auch das Fehlen des beim englischen und australischen Ombudsmann gängigen „Jahresberichts“ ist zu beklagen.<sup>31</sup> So fehlt eine formalisierte Möglichkeit, daß eine breitere Öffentlichkeit von wichtigen Fällen erfährt und die Entscheidungen des Ombudsmanns zur Kenntnis nimmt. Allerdings sind sowohl die Ombudsmänner wie die Mitarbeiter der Kundenbeschwerdestellen in ihrer Informationspolitik stets kooperativ gewesen, so daß eine Übersicht über wichtige Themen der Entscheidungspraxis auch vor Ort einzuholen war. Der Vorwurf einer „Geheimjustiz“, den vor allem die Verbraucherschutzverbände früher erhoben haben (s.u.), scheint demgegenüber ein wenig übertrieben.<sup>32</sup>

Streitig bleibt auch die Bindungswirkung der Entscheidung. Der Schlichtungsanspruch entfaltet für den Beschwerdeführer keinerlei Wirkung; er kann also weiterhin die ordentlichen Gerichte anrufen (§ 4 Abs. 5 S. 3). Im übrigen bindet der Schiedsspruch keine Partei, wenn die Beschwerde ihrem Streitwert nach in die vermögensrechtliche Zuständigkeit der Landgerichte fällt, d.h. einen Streitwert von über 10000,- DM hat (§ 4 Abs. 5 S. 1).<sup>33</sup> In der Literatur wird die Bindungswirkung teilweise auf eine Schiedsabrede zwischen Bank und Kunden zurückgeführt.<sup>34</sup> Diese Konstruktion ist aber mit der fehlenden Bindung des Kunden nicht vereinbar; auch ist die Annahme eines Schiedsvertrages zwischen Bank und Kunden zumindest gewagt.<sup>35</sup> Andere Stimmen sprechen dagegen von einem einseitig die Bank verpflichtenden Vertrag sui generis mit Begünsti-

30 So auch Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch § 3 Rdnr. 70.

31 In diesem Zusammenhang ist die Argumentation Steuers abzulehnen, der jede Breitenwirkung der Entscheidungen des Ombudsmanns mangels ihres Urteilscharakters ablehnt; ders. (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch § 3 Rdnr. 71. Eine solche Wirkung kommt aber nicht nur Urteilen zu. Gerade die Erfahrungen des britischen Bankenombudsmanns zeigen, daß auch Schlichtungssprüche eine „persuasive authority“ für den gesamten Bankenbereich zukommen kann.

32 Nachweise finden sich in Zawal-Pfeil (Fußn. 2), Rdnr. 2/1073 mit weit. Nachw. in Fußn. 10.

33 Vgl. zum Vorbild dieser Regelung Sect. 12 und 13 der Terms of Reference des britischen Bankenombudsmanns; vgl. allerdings auch die Reaktionsmöglichkeiten der verpflichteten Bank in Sect. 20 und 21. Siehe hierzu insgesamt Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1124.

34 So Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl. München 1995, (7) BankGesch A 57.

35 So auch Arendts (Fußn. 1), ZAP 1995, 1241, 1244; Hoeren (Fußn. 1), NJW 1992, 2727, 2731; Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch, § 3 Rdnr. 56; Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1127.

gungswirkung für eine unbestimmte Vielzahl von Dritten<sup>36</sup>. Damit soll verbunden sein, daß der Kunde allein aus dem "Schiedsspruch" selbst vorgehen kann, ohne auf die zugrunde liegende Forderung zurückgreifen zu müssen.<sup>37</sup> Letztendlich soll mit dieser Sui-Generis-Konstruktion die analoge Anwendbarkeit von Regelungen zum Schiedsgerichtsverfahren entnommen werden; dies läßt sich aber aus der Konstruktion des einseitig verpflichtenden Vertrages nicht entnehmen. Nimmt die Bank den Schlichtungsanspruch nicht an, muß der Kunde demnach seine Forderung gerichtlich einklagen. Im Prozeß würde das Gericht die Unterwerfung der Bank unter die Verfahrensordnung des Ombudsmanns zumindest insoweit beachten, als es das unterwerfungswidrige Vorgehen der Bank wegen „venire contra factum proprium“ vernachlässigt.<sup>38</sup>

Die leidige Kostenfrage hat sich jedoch zwischenzeitlich geklärt. Nach § 5 Abs. 2 der Verfahrensordnung trägt der Bundesverband die Kosten des Prüfungsverfahrens und der Schlichtung durch den Ombudsmann. Im übrigen tragen die Parteien ihre eigenen Kosten, einschließlich der Kosten für die Hinzuziehung eines Anwaltes, selbst (§ 5 Abs. 3).<sup>39</sup> Hinsichtlich dieser Kosten besteht nach dem Beratungshilfegesetz (BerHG) ein Anspruch auf Beratungshilfe<sup>40</sup>, sofern eine Partei mittellos ist, andere zumutbare Formen der Hilfe nicht zur Verfügung stehen und die Wahrnehmung der Rechte nicht mutwillig ist. Außerdem muß die Vertretung vor dem Ombudsmann "erforderlich" sein (§ 2 Abs. 1). Erforderlich ist eine Vertretung bei einer komplizierten Rechtslage, die durch Beurteilungsspielraum und unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt ist.<sup>41</sup> Auch mittellosen Kunden ist es in rechtlich einfach gelagerten Fällen zuzumuten, selber ohne anwaltliche Unterstützung das Beschwerdeverfahren einzu-

36 Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch, § 3 Rdnr. 59.

37 Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch, § 3 Rdnr. 60. Damit steht die Einstufung als "pactum de non petendo" im Widerspruch; denn hierbei müßte der Kunde auch aus der Forderung selbst klagen; der Bank wäre nur die Berufung auf Einwendungen untersagt.

38 So bereits Hoeren (Fußn. 1), NJW 1992, 2727, 2731; zustimmend Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1128.

39 Siehe zur streitigen Frage der Anwaltskosten auch die Kontroverse zwischen C.St., ZgesKW 1993, 61 und Steuer, ZgesKW 1993, 436.

40 Die Rechtslage ist ausführlicher dargestellt in Hoeren, in: Gottwald/Strempel (Hg.), Streitschlichtung (Fußn. 1), 149, 157 f.

41 AG Osnabrück, AnwBl. 1986, 458; Kalthoener/Büttner, Prozeßkostenhilfe und Beratungshilfe, München 1988, Rdnr. 964. Siehe allgemein zur Bedeutung von Anwälten im Bereich außergerichtlicher Schlichtung, Dieter Strempel, Anwaltliche Schlichtung – Privatisierung der Justiz, Interessenwahrnehmung oder Parteiverrat?, in: AnwBl. 1993, 434 ff.

leiten. Ansonsten kommt eine Übernahme der Kosten durch den Staat nach dem BerHG in Betracht.

Neu hinzugekommen ist allerdings die Frage, wonach sich der Gegenstandswert der Beschwerde richtet. Nach Auffassung des Bundesverbandes deutscher Banken bestimmt sich der Gegenstandswert nicht nach dem Streitgegenstandsbegriff der ZPO, sondern anhand des Geschäftsvorfalles.<sup>42</sup> Demzufolge würde die Bindungswirkung entfallen, wenn nur ein Teilbetrag unter 10.000,- DM verlangt wird, der zwischen Bank und Kunde streitige Beschwerdewert aber darüber liegt. So will man die Gefahr der rechtsmißbräuchlichen Geltendmachung von Teilbeträgen unter 10.000,- DM in den Griff bekommen. Diese Gefahr trifft allerdings die jeweils in Anspruch genommene Bank. Es sollte daher darauf abgestellt werden, wie die Bank reagiert. Nimmt sie die (Teil-) Beschwerde rügelos hin, ist nur der Teilbetrag für die Bestimmung des Beschwerdewerts entscheidend. Rügt die Bank hingegen die Geltendmachung von Teilbeträgen, könnte dies – analog zur ZPO – als Antrag auf (negative) Feststellung des Gesamtanspruchs verstanden werden und zu einer Erhöhung des Beschwerdewerts führen.

## II. Zahlen

Binnen vier Jahren (1. Juli 1992 – 30. Juni 1996) sind 6.288 schriftliche Beschwerden bei der Kundenbeschwerdestelle des Bundesverbandes deutscher Banken in Köln eingegangen.<sup>43</sup> Dabei steigt die Zahl pro Jahr deutlich von 965 im Jahre 1992, 1.510 im Jahre 1993, 1.532 im Jahre 1994 bis auf 1.602 im Jahre 1995. Von den Beschwerden erwiesen sich ca. 20 % als für das Beschwerdeverfahren geeignet. Dieser Umstand ist durch mehrere Faktoren bedingt:

### 1. Unzuständigkeit des Ombudsmanns

Nur 3.838 der Eingaben bezogen sich allerdings auf Mitgliedsinstitute des BdB. Die übrigen 2.450 Beschwerden betrafen Bereiche der Sparkassen bzw. Volks- und Raiffeisenbanken oder gar Unternehmen aus anderen Branchen

<sup>42</sup> Vgl. Steuer (Fußn. 2), Bankrechtshandbuch § 3 Rdnr. 62 und Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1126.

<sup>43</sup> Pro Tag erreichen zwischen 3 und 5 Beschwerden die Kundenbeschwerdestelle. Die Zahl der Beschwerden hat sich deutlich nach einer sehr erfolgreichen Informationskampagne erhöht, die der Bundesverband deutscher Banken von Februar bis Juni 1995 unter dem Titel "Banken im Gespräch" durchgeführt hat.

(insbesondere Bausparkassen). Solche Beschwerden wurden teilweise mangels Zuständigkeit an den Kunden zurückgesandt (insbesondere im Falle der Volks- und Raiffeisenbanken). Gegen Sparkassen gerichtete Beschwerden wurden zunächst aufgrund interner Vereinbarungen zur weiteren Bearbeitung an den zuständigen Regionalverband weitergeleitet; 1995 wurde dieses Verfahren eingestellt.

Offensichtlich geht die (insoweit schlecht informierte) Öffentlichkeit davon aus, daß der Bankenombudsmann ein umfassendes Mandat für die Schlichtung aller bankrelevanten Fragen hat. Der Ombudsmann bezeichnet sich jedoch selbst als „Ombudsmann der privaten Banken“<sup>44</sup>. Tatsächlich erstreckt sich sein Kompetenzbereich nur auf die privaten Banken, nicht jedoch auf Sparkassen, Genossenschaftsbanken oder die Postbank.

Einem bankwirtschaftlich unerfahrenen Kunden ist jedoch kaum möglich, die rein historisch bedingte Trennung zwischen den verschiedenen Gruppen der Kreditwirtschaft zu verstehen. Waren zur Jahrhundertwende Sparkassen, Genossenschafts- und Privatbanken noch durch unterschiedliche Geschäftsbereiche voneinander getrennt, so haben sich heutzutage solche Unterschiede nivelliert; es herrscht in vielen Bereichen ein Wettbewerb aller gegen aller. Dieser Entwicklung sollten alle Kreditinstitute aber auch bei der Einrichtung von Schlichtungsverfahren Rechnung tragen; Sparkassen sowie Genossenschaftsbanken sind aufgefordert, dem Vorbild des BdB zu folgen und eigene Ombudsmänner einzuführen.<sup>45</sup> In der Zwischenzeit haben einzelne Sparkassenverbände<sup>46</sup> – in Umsetzung eines 1995 veröffentlichten Positionspapiers<sup>47</sup> – unabhängige Schlichtungsstellen eingerichtet.<sup>48</sup> Von einem flächendeckenden Netz der Beschwerdestellen kann aber noch nicht die Rede sein.

## 2. Unzulässigkeit der Beschwerde

Von den gegen Mitgliedsinstitute gerichteten Eingaben sind 3.392 bereits abgeschlossen worden; weitere 446 Eingaben befinden sich noch in Bearbeitung. Von bereits bearbeiteten Beschwerden waren etwa 40 % (1.474) unzu-

44 So der Briefkopf des Ombudsmanns.

45 Ähnlich auch Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1135.

46 So die Sparkassen- und Giroverbände Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein sowie der Württembergische und der Rheinische Sparkassen- und Giroverband; siehe Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1135 mit weit. Nachw.

47 Veröffentlicht in: Deutsche Sparkassenzeitung vom 16. Mai 1995, 4.

48 In Thüringen erfolgte die Einsetzung aufgrund des Thüringer Sparkassengesetzes vom 19. Juli 1994 (GVBl. Thüringen, 911).

lässig<sup>49</sup>, insbesondere, weil der Beschwerdeführer kein Verbraucher war (263 Fälle), der Sachverhalt beweisbedürftig war (450 Fälle) oder ein Gerichtsverfahren bereits anhängig war (89 Fälle). Häufig baten Beschwerdeführer auch unzulässigerweise um allgemeinen Rechtsrat (342 Fälle) oder um Klärung geschäftspolitischer Fragen (117 Fälle).

Der Unzulässigkeitstatbestand der Beweisbedürftigkeit spielte vor allem im Bereich der Anlageberatung eine große Rolle: Während bei Fragen des alltäglichen Zahlungsverkehrs der Kunde über Urkunden etwa in Form der Kontoauszüge und Überweisungsbelege verfügt, findet die Anlageberatung meist mündlich, unter vier Augen oder telefonisch statt. Beratungsfehler können daher nur schwer bewiesen werden; meist steht Aussage gegen Aussage. Dennoch meinen viele Bankkunden, diesen Beweisproblemen durch Anrufung des Ombudsmanns zu entgehen. Sie sind dann enttäuscht, wenn auch dort der von ihnen vorgebrachte Sachverhalt wegen widerstreitender Behauptungen ihres Kreditinstituts nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein kann. Dies gab in der Vergangenheit häufig Anlaß zu Gegenvorstellungen.<sup>50</sup>

### 3. Restliche Beschwerden

Von den 1.700 zulässigen Beschwerden wurden 852 zugunsten der Kunden entschieden bzw. im Einvernehmen mit ihnen beigelegt. In weiteren 86 Fällen regte der Ombudsmann eine einvernehmliche Lösung an, ohne daß bereits bekannt ist, wie die Parteien auf diesen Vorschlag reagiert haben. Entscheidungen zugunsten der Bank wurden in 762 Fällen getroffen.<sup>51</sup> Wenn der Ombudsmann zugunsten des Kunden entschieden hat, wurde sein Schlichtungsspruch von den Banken immer akzeptiert; die oben erörterte Problematik der Bindungswirkung ist demnach bislang in der Praxis noch nicht aufgetaucht.<sup>52</sup> Aus neueren Statistiken läßt sich ferner eine sehr großzügige Beachtung der Entscheidungen des Ombudsmanns entnehmen. So wurden von 852 Entscheidungen, die zugunsten des Kunden getroffen waren, 239 aus Rechtsgründen und 282 aus Kulanzgründen entsprochen.<sup>53</sup>

49 Diese Quote ist interessant, da noch 1994 der Satz bei über 50 % lag. Offensichtlich ist durch die Änderung der Verfahrensordnung, die dem Bankenombudsmann eine Kontrolle der Verwerfung angeblich unzulässiger Beschwerden zubilligt, eine erhöhte Quote zulässiger Beschwerden zu verzeichnen.

50 Vgl. Zawal-Pfeil, Die Bank 1993, 620, 622.

51 Ähnliche Zahlenverhältnisse dürfen für die Beschwerden gelten, die über die Kundenbeschwerdestelle des Verbandes Deutscher Hypothekenbanken laufen. Aktuelles Zahlenmaterial war von der Beschwerdestelle leider nicht zu erhalten.

52 Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1127.

#### 4. Inhalte

Bei der bisherigen Tätigkeit stellen sich inhaltlich überraschende Schwerpunkte heraus.<sup>54</sup> Mehr als 30 % der Beschwerden beziehen sich auf das Wertpapiergeschäft; hier wird meist über das Vorliegen von Beratungsfehlern der Bank im Zusammenhang mit dem Erwerb von DM-Auslandsanleihen, Anteilen an Rentenfonds und Optionsscheinen gestritten.<sup>55</sup> Allerdings geht es hier meist um beweisbedürftige Fragen, so daß die Beschwerden unzulässig sind (s.o.). Ein zweiter Akzent liegt auf der Kündigung langfristiger Kreditverträge im Hypothekenbereich. Den Kunden geht es in der derzeitigen Niedrigzinsphase darum, alte Kreditverträge mit hohen Sollzinsen zu kündigen und eine Umschuldung zugunsten niedrig verzinsten Kredite zu erreichen. Mit der Kündigung erhebt die betroffene Bank jedoch eine sogenannte Vorfälligkeitsentschädigung; hiergegen richten sich die Beschwerden der Kunden. Weitere Beschwerden richten sich auf die SCHUFA-Klausel und Probleme im Zahlungsverkehr.

Im übrigen waren bislang Probleme beim Überweisungsverkehr häufig Gegenstand von Beschwerden. Gerügt wurden hierbei Fehlbuchungen, falsch ausgeführte Überweisungen oder verspätete Gutschriften.<sup>56</sup> Hinzu kommen Hilfsge-suche bei Überschuldung, für die der Ombudsmann allerdings nicht zuständig ist.

#### III. Resonanz und Fazit

Die Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden ist seit ihrer Verabschiedung häufig Gegenstand von Erörterungen in der Fachpresse gewesen.<sup>57</sup> Die Resonanz war durchweg positiv. Trotz einiger Kritik an Details der Verfahrensordnung waren alle Stimmen zuversichtlich, daß mit dem Ombudsmann eine effiziente und kundenfreundliche Alternative zur herkömmlichen Streitentscheidung vor Gericht gefunden worden ist. Grundsätzliche Ablehnung erfuhr das System des Ombudsmanns allerdings lange Zeit von Re-

53 Allerdings fragt sich, wie die Kundenbeschwerdestelle Kulanz- und Rechtsgesichtspunkte voneinander abgrenzt.

54 Vgl. hierzu Parsch, WM 1993, 238; ders., Die Bank 1994, 290; Zawal-Pfeil, Die Bank 1993, 620, 622; diess., Bankrecht und Bankpraxis 2/1075.

55 Siehe Zawal-Pfeil, 2/1075. Siehe allgemein zur Reichweite der Aufklärungspflichten der Kreditinstitute nach § 31 WPHG Axel Stafflage, Die Anlageberatung der Banken an der Schnittstelle zwischen Insiderhandelsverbot und Individualpublizität, Diss. Düsseldorf 1996.

56 Vgl. Zawal-Pfeil, Die Bank 1993, 620, 622.

57 Vgl. die Belege in Fußn. 1.

präsentanten der Verbraucherverbände.<sup>58</sup> Dort befürchtete man eine „Geheimjustiz“, die aus Angst der Kreditinstitute vor gerichtlichen Auseinandersetzungen eingerichtet worden sei. Diese Kritik erwies sich jedoch schnell als übertrieben. Für den Kunden ist es oft besser, seine Beschwerden in einem unkomplizierten, nicht-öffentlichen Verfahren klären zu lassen. Nicht jeder will unbedingt einen Musterprozeß mit seiner Bank führen; mancher zieht es daher gerade bei kleineren Streitbeträgen vor, den Ombudsmann einzuschalten. Dieser Wunsch ist zu respektieren; man kann daher dem Bundesverband deutscher Banken nur dankbar sein, daß er von sich aus eine solche Stelle eingerichtet hat. Die Verbraucherschutzverbände haben wohl auch allem Anschein nach ihre Ablehnung relativiert. So werden anscheinend Bankkunden von Verbraucherzentralen auch auf den Bankenombudsmann hingewiesen.<sup>59</sup>

Die Institution des Bankenombudsmanns hat sich folglich in der Praxis bewährt. Banken und ihre Kunden kommen in diesem informellen Verfahren gleichermaßen zum Zuge. Beide können ihre Streitigkeiten schnell und unbürokratisch klären lassen, ohne gleich ein gerichtliches Musterverfahren durchführen zu müssen.<sup>60</sup> Es wird daher dringend an der Zeit, daß auch andere Branchen dem Modell eines Ombudsmann nähertreten.<sup>61</sup>

58 Castelló, BankWatch 1993, 55 f.; N.N., Finanztest 5/1992, 1 f. und der Musterbrief der Verbraucher-Zentrale Nordrhein-Westfalen für Anfragen zum Ombudsmann der Banken (ohne Datum). Vgl. auch die grundsätzliche Kritik an der „Entgerichtlichung von Verbraucherstreitigkeiten“ von Hegenbarth, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre 9 (1983), 152 ff.

59 So Zawal-Pfeil (Fußn. 2), 2/1073.

60 Siehe hierzu auch die allgemeinen Überlegungen von Johannes Stock, Der Geschäftsanfall der Zivilgerichte und die Filterwirkung außergerichtlicher Konfliktbearbeitung, in: Walther Gottwald/Dieter Stempel (Hg.), Streitschlichtung, Köln 1995, 113 ff.

61 Vgl. Christian Bühring-Uhle, Alternative Streitbeilegung in Handelsstreitigkeiten, in: Walther Gottwald/Dieter Stempel (Hg.), Streitschlichtung, Köln 1995, 60 ff.