

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Finanzausschusses und des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags „zur Umsetzung der Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses zum Girokonto für jedermann“ (Drs. 17/8312); zu dem Antrag der Fraktion der SPD „Recht auf ein Guthabenkonto einführen – Kontopfändungsschutz sichern (Drs. 17/7823); zu dem Antrag der Fraktion Die LINKE. „Verbraucherrecht auf ein kostenloses Girokonto für alle gesetzlich verankern“ (Drs. 17/8141), zu dem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Verbraucherrecht auf Basisgirokonto für jedermann gesetzlich verankern“ (Drs. 17/7954) sowie zu dem Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP „Rechtssicherheit beim Zugang zu einem Konto auf Guthabensis schaffen“

am 25. April 2012

1. Die Anträge berühren einen Kernbereich des bürgerlichen Rechts – Reichweite und Grenzen der Vertragsfreiheit. Das verleiht ihnen Bedeutung weit über ihren ihrerseits wichtigen, spezifischen Regelungsgegenstand hinaus.
2. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Anträge sind im Grundsatz klar abgesteckt. Die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit gilt seit langem als Kernbestandteil einer freiheitlichen Rechtsordnung. Zu ihr zählt auch die Freiheit, keine Verträge schließen zu müssen. Hierfür kann es einleuchtende und weniger einleuchtende Gründe geben. Nicht jedes Verhalten, das gesellschaftlich erwünscht sein mag, kann jedoch sogleich mit den Mitteln des Rechts erzwungen werden. Die Rechtsordnung selbst muss die Grenzziehung vornehmen: So kann sie Zwang ausüben, etwa durch Abgabepflichten. Ein milderer Mittel liegt in der Schaffung von Anreizen zu erwünschtem Verhalten. Schließlich muss Raum für individuelle Gestaltung verbleiben.

3. Selbstverständlich unterliegt jedoch auch die Vertragsfreiheit – wie jede Freiheit – äußeren Grenzen. Hier geht es vor allem um notwendigen Schutz Schwächerer oder Wehrloser, auch vor ungerechtfertigtem Ausschluss an wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Teilhabe. Derartige Grenzen werden seit langem und je nach gesellschaftlichen Entwicklungen fortwährend neu gezogen, sei es durch Spezialgesetze wie dem AGG, sei es durch Fallgruppenbildungen bei Auslegung der §§ 138 und 826 BGB (Schutz der guten Sitten).

Dieses Zusammenspiel lässt sich kurz so zusammenfassen: Vertragsfreiheit – einschließlich der Freiheit, vom Vertragsschluss (ohne Angabe von Gründen) Abstand zu nehmen, ist die gesetzliche Regel. Grenzen mit der Folge eines *begründungsbedürftigen* Kontrahierungszwangs als Ausnahme sind zu ziehen und werden auch gezogen, dies jedoch nur im Einzelfall oder bezogen auf typische Falllagen.

4. Die bestehende Rechtsordnung hat durch Spezialgesetze bzw. durch Fallgruppenbildung in der Rechtsprechung insgesamt klare Konturen für die Begrenzung der Vertragsfreiheit durch Kontrahierungszwang geschaffen.

Die erste Gemeinsamkeit dieser Fälle besteht darin, dass sie den Zugang zu Gütern von herausgehobener Bedeutung für die private Lebensführung oder in speziellen Fällen für den Zugang zum wettbewerblichen Verkehr betreffen. Die erstgenannten Fälle, beispielsweise der Zugang zu Wasser- und Energieversorgung und öffentlichem Transport, werden mit dem Sammelbegriff der „Daseinsvorsorge“ erfasst.

Mittlerweile dürfte es weitgehend unstrittig sein, dass der Zugang zum bargeldlosen Zahlungsverkehr dieses Kriterium zumindest bei etwas weiterer Auslegung erfüllt. Solcher Zugang mag vielleicht weniger gewichtig sein als der Anschluss an Wasser- und Energieversorgung. Wer aber über kein Girokonto verfügt, ist von vielerlei Zugangsmöglichkeiten zu elementar bedeutsamen Vertragsschlüssen und Transaktionen (Arbeit; Miete; Erwerb von Gegenständen über das Internet; Empfang staatlicher Zahlungen) ausgeschlossen oder dabei zumindest stark behindert. Deshalb ist es ein sozialstaatliches Postulat, denjenigen, welche die rechtlich adäquaten

Zugangsbedingungen zur Führung eines Girokontos auf Guthabenbasis erfüllen (Entrichtung der angemessenen Entgelte und ordnungsgemäße Kontennutzung), einen sicheren und effizienten Zugang zu derartigen Konten zu ermöglichen.

All diesen Fällen ist zum zweiten gemeinsam, dass die Nachfrager Monopolen oder monopolähnlichen Situationen auf der Angebotsseite ausgesetzt sind und damit keine zumutbare Wechselalternative zur Verfügung steht. Dies ist im Zahlungsverkehrssektor deutlich anders. Sparkassen, die schon jetzt einem Kontrahierungszwang unterliegen, haben ein weit dichteres Netz in der Fläche etabliert als Privatbanken. Insofern bleibt jedenfalls dort, wo solche Regelungen bestehen, ungeklärt, weswegen dennoch nicht alle Zugangswilligen ein adäquater Zugang zur Verfügung steht. Möglicherweise mag dies mit spezifischen lokalen Verhältnissen zusammenhängen, möglicherweise auch mit fehlenden Informationen über bereits bestehende Rechte.

Die dritte Gemeinsamkeit der Fallgruppen des Kontrahierungszwangs besteht darin, dass nur solche Nachfrager davon profitieren, die selbst die (angemessenen) Vertragskonditionen erfüllen. Probleme mangelnder Solvenz werden hingegen durch *staatliche* Sozialleistungen aufgefangen.

5. Die für die Beratung vorliegenden Daten ergeben hier ein uneinheitliches Bild. Weitgehende Einigkeit scheint darüber zu bestehen, dass es bislang noch nicht zufriedenstellend gelungen ist, all denjenigen, die Zugang zu einem Girokonto auf Guthabenbasis suchen, diesen problemlos zu ermöglichen. Die entsprechende Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft von 1995 ist damit anscheinend zumindest nicht vollständig realisiert. Angesichts des Zeitablaufs erscheinen weitere Maßnahmen daher naheliegend. Das gilt ungeachtet ähnlich ausgerichteter Normierungsbestrebungen auf europäischer Ebene (Zugang zu einem Basis-Konto entsprechend der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 18.07.2011), weil diese teils sehr unspezifische Maßnahmen vorsehen, welche ohnehin noch konkretisiert werden müssen und sowohl aus Gründen der Zuständigkeit wie auch

einiger Inhalte noch grundlegend zu diskutieren sein werden. Im übrigen halten sich die hier zur Erörterung stehenden Anträge im Rahmen der EU-Vorhaben.

Allerdings bleibt in erheblichem Maße unklar, auf welchen Umständen die Kontolosigkeit beruht, insbesondere, in welchem Umfang sie potentielle Kunden betrifft, welche die Voraussetzungen der DK-Empfehlungen eigentlich erfüllen würden. Zu beachten ist hierbei, dass die Einrichtung pfändungsfreier Konten (P-Konto) den kostenträchtigen Aufwand im Hinblick auf zahlungsschwache Kunden (Bearbeitung von Pfändungen) in erheblichem Maße vermindern kann. Deshalb dürfte der Anreiz, entgegen den DK-Empfehlungen *diesem* Personenkreis von vornherein den Vertragsschluss zu verweigern, deutlich geringer geworden sein. Deshalb liegt – auch angesichts der vorliegenden Daten über Ablehnungen – die Vermutung nahe, dass jedenfalls ein signifikanter Anteil an Ablehnungen auf diejenigen entfällt, die finanziell nicht in der Lage sind, die Vertragskonditionen zu erfüllen.

Damit stellt sich die Frage, wie einerseits möglichst effizient, andererseits aber auch möglichst schonend Eingriffe in die grundsätzlich bestehende Vertragsfreiheit der Anbieter zur Realisierung der in den Anträgen formulierten Ziele vorgenommen werden können. Diese Abwägung entspricht dem die Rechtsordnung – auch im Privatrecht – überwölbenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren und auch im engeren Sinne.

6. Weiterhin stellt sich vor allem die Frage der geeigneten Adressaten für Verpflichtungen zum Kontenzugang. Insofern zeigen sich deutliche Unterschiede zur Marktsituationen bei Monopolen oder in monopolähnlichen Strukturen: Die Anbieterseite ist in Deutschland in klar konturierte, intern weitgehend homogene Gruppen segmentiert. Neben Privatbanken und Genossenschaftsbanken treten die Sparkassen, die in einigen Bundesländern verpflichtet sind, den Kontenzugang auf Guthabenbasis im Rahmen des Zumutbaren zu gewährleisten.
7. Die klare Zuweisung der Verantwortungen wird eine effiziente, also schnelle und kostengünstige Rechtsdurchsetzung erleichtern. Soweit Sparkassen gesetzlich

verpflichtet sind, Girokonten auf Guthabenbasis zu führen, sollte der Adressat für die Kunden klar sein. Nötigenfalls sollte man das Zielpublikum in geeigneten Stellen darüber informieren. Wo keine entsprechenden gesetzlichen Verpflichtungen für Sparkassen bestehen, gelten für alle DK-Mitglieder die Empfehlungen des vormaligen ZKA (nunmehr DK) zum „Girokonto für jedermann“.

Ein LG Berlin im Jahre 2008 entschiedener Fall (Urt. v. 8.5.08, 21 S 1Z/08) im Rahmen einstweiligen Rechtsschutzes zeigt darüber hinaus mögliche Perspektiven auf: Hier wurde ein Kontrahierungszwang bejaht, nachdem der Antragsteller glaubhaft gemacht hatte, von mehreren Anbietern abgewiesen worden zu sein. Freilich ist es nicht wünschenswert, dass Interessenten erst gerichtlichen Schutz zur Durchsetzung des Zugangs zum Konto suchen müssen, möglicherweise noch auf Basis von Prozesskostenhilfe.

8. Nach alledem erscheint eine **passgenaue Lösung** nötig, aber auch in Sicht, indem alle Anbieter, also **auch Privatbanken** im Falle der **Ablehnung** auf Anforderung eine **schriftliche Begründung** für die Vertragsverweigerung geben müssen. Die entsprechenden DK-Empfehlungen alleine scheinen nach verschiedenen erhobenen Daten nicht hinreichend zu wirken, so dass ein gesetzgeberisches Eingreifen angemessen ist. Maßstab könnten weiterhin die Regelungen der DK-Empfehlungen für die ausnahmsweise Vertragsverweigerung sein. Man wird davon ausgehen dürfen, dass der damit verbundene Aufwand hinreichend abschreckende Wirkung gegen leichtfertige Ablehnung erzielen kann. Möglich wäre eine konkretisierende **Klarstellung**, dass u.U. näher zu bezeichnende Bagatellüberschreitungen keine Kündigung rechtfertigen bzw. dass entsprechende Vorkommnisse in der Vergangenheit keine Vertragsverweigerung wegen Unzumutbarkeit begründen können.

In der Praxis dürfte zudem nicht selten Streit darüber entstehen, ob die definierten Voraussetzungen für eine Vertragsverweigerung tatsächlich gegeben sind oder nicht. Neben der schriftlichen Begründung einer Vertragsablehnung könnte hier der Ausbau der bestehenden kostenfreien Schlichtungsmöglichkeiten zu einem jedenfalls zugunsten des potentiellen Kunden **verbindlichen Schlichtungsverfahren**

kostengünstige und auch im allseitigen Interesse diskrete Einigungsmöglichkeiten eröffnen, auf das in der Ablehnung auch hinzuweisen ist.

Schließlich sollte sichergestellt werden, dass die **Entgelte** für die Führung von Girokonten auf Guthabenbasis **angemessen** bleiben und nicht in prohibitive Höhe getrieben werden. Dies dürfte gerade angesichts der Einrichtung von P-Konten mit deutlich minimiertem Verwaltungsaufwand realisierbar sein. Entgelte deutlich über dem sonst üblichen Satz bedürften daher einer spezifischen sachlichen Begründung.

9. Ein weitergehender, allgemeiner Kontrahierungszwang würde einen großen Teil der Probleme zeitlich vielleicht verlagern, aber nicht nachhaltig lösen: Wer über Bagatellabweichungen hinaus nicht imstande ist, die Vertragskonditionen zu erfüllen, wird eine wirksame Vertragskündigung wegen Unzumutbarkeit der Fortführung hinnehmen müssen. Wer von vornherein die Vertragskonditionen nicht erfüllen kann, genießt kein schutzwürdiges Interesse, das einen *Kontrahierungszwang* rechtfertigen könnte. Die auch verfassungsrechtlich gebotene Möglichkeit, in solchen Fällen bereits den Vertragsschluss verweigern zu können, neutralisiert also weitgehend die Intentionen, die mit einer gesetzgeberische „Maximallösung“ mittels eines allgemeinen Kontrahierungszwangs verfolgt werden könnten. Deshalb entstehen schon erhebliche Zweifel an der Geeignetheit solcher Maßnahmen für die Problemlösung.

Die Solvenzfrage ist nach alledem mit Hilfe des etablierten sozialstaatlichen Systems durch entsprechende staatliche Unterstützung zu lösen, nicht durch Privatisierung allgemeiner Soziallasten, wobei letztlich nicht die Anbieter, sondern deren Kunden diese Lasten über erhöhte Entgelte zu tragen hätten. Deshalb ist nach den ordnungspolitischen Grundentscheidungen der deutschen Rechtsordnung auch die Verpflichtung zur kostenfreien Führung von Girokonten abzulehnen.

10. Die vorliegenden Gesetzesinitiativen mögen, soweit sie auf einen allgemeinen Kontrahierungszwang abzielen, bei erster Besicht eine vergleichsweise marginale Belastung für die private Bankwirtschaft mit sich bringen. In Zeiten, in denen deutsche und europäische Steuerzahler bis vor kurzem unvorstellbare Summen zur Rettung einiger Institute (darunter allerdings auch staatsgeführte Institute!)

aufbringen mussten, mag es nur als ein Gebot minimal ausgleichender Gerechtigkeit erscheinen, diesen Sektor mit vergleichsweise geringen Aufgaben sozialer Fürsorge zu belasten. Dies griffe jedoch zu kurz.

Zum einen würden die Verantwortlichkeiten verwischt: Wenn Staatshilfen für die Privatwirtschaft die Ausnahme bleiben müssen, muss dasselbe umgekehrt gelten.

Mindestens ebenso bedeutsam wäre der Eingriff in ein bislang sorgsam austariertes Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang. Nur Maßnahmen, die dem Postulat der Verhältnismäßigkeit genügen, sind rechtlich wünschenswert und rechtspolitisch akzeptabel. Solch **passgenaue Lösungen** sind jedoch wie oben unter 8. erwähnt realisierbar. Ein **allgemeiner Kontrahierungszwang** kann hingegen zum gegenwärtigen Zeitpunkt **weder** als **geeignet noch** als **erforderlich** zur Behebung der festgestellten oder vermuteten Probleme angesehen werden.

11. Die genannten **passgenauen Lösungen wahren den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und vermeiden den Systembruch**, auch wenn er auf einem Feld volumenmäßig vergleichbar geringer Wirtschaftstätigkeit erfolgt. Die bislang recht kohärente Grenzziehung für Kontrahierungszwänge würde verwischt, mit der Folge unabsehbarer Weiterungen in der Rechtsanwendung Auch in anderen Bereichen. Hier seien die Entwicklungen hinsichtlich des grundsätzlich angemessenen und sinnvollen Widerrufsrechts bei bestimmten Vertragstypen wie Fernabsatzgeschäften und Verbraucherdarlehen genannt. Mittlerweile hat sich bei einem breiten Publikum – bis hinein in die Studierendenschaft in rechtswissenschaftlichen Fakultäten – die sachlich unzutreffende Vorstellung verbreitet, Vertragsschlüsse aller Art seien grundsätzlich widerruflich. Wenn eine derartige Erosion im Rechtsverständnis schon über vergleichsweise klar konturierte Fallgruppen hinaus möglich ist, verschärft sich diese Gefahr, wenn das Recht selbst von klaren Grenzziehungen zur Lösung einer Partikularfrage absehen würde, für die eine solche Maximallösung auch weder notwendig noch angemessen ist.

12. Nach alledem erscheint es einzig angemessen, sich auf passgenaue Änderungen des geltenden Rechts zu beschränken. Sachlich weder nach inhaltlichen Aspekten noch

aus praktischen Vereinfachungsaspekten begründbare Maximallösungen würden einen verfassungsrechtlich bedenklichen, für das Zivilrecht schädlichen Systembruch ermöglichen oder schon herbeiführen. Sollte sich nach einer angemessenen Beobachtungszeit unter Einschluss der Entwicklung des P-Kontos erweisen, dass die gegenwärtig vorzunehmenden Maßnahmen nicht (mehr) ausreichen, wären erst dann mit guten Gründen stärker einschneidende Maßnahmen denkbar.

Allerdings müsste weiterhin zwischen der denkbaren Ablehnung von Kunden, die in der Lage sind, ihre Vertragspflichten zu erfüllen, einerseits, und dem übrigen Personenkreis unterschieden werden. Von diesen beiden strukturell verschiedenen Fallgruppen kann nur die erstere über eine sektorale Neugestaltung der Vertragsfreiheit angegangen werden.