

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG
JURISTISCHE FAKULTÄT

Gründungsprofessur Zivilrecht II
Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches
Arbeits-, Unternehmens- und Sozialrecht

PROF. DR. WOLFHARD KOHTE

Öffentliche Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zum
Themenkreis „Rechtsanspruch auf ein Girokonto für Jedermann“.

Kurzstellungnahme von Prof. Dr. Wolfhard Kohte

I. Kontolosigkeit als Ausschluss vom gesellschaftlichen Leben

Der Bericht der Bundesregierung zur Umsetzung der Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses zum Girokonto für Jedermann vom 27.12.2011 (BT-Drs. 17/8312) ist bereits der 6. Bericht. Fasst man alle Berichte zusammen, so lässt sich konstatieren, dass inzwischen über wichtige Grundfragen weitgehende Klarheit besteht. Ich stimme der Bundesregierung in der Grundeinschätzung zu, dass das Girokonto heute Voraussetzung für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und am modernen Wirtschaftsleben ist (S. 3). Zutreffend geht die Bundesregierung auch davon aus, dass Bürgerinnen und Bürger ohne ein Girokonto von wichtigen Funktionen der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, am Wirtschaftsleben und vielfach auch am Arbeitsleben ausgeschlossen sind. Sowohl auf dem Wohnungsmarkt als auch auf dem Arbeitsmarkt schafft Kontolosigkeit evidente Nachteile, die in einer beachtlichen Zahl vor allem arbeitslosen Menschen die (Re)Integration in das Arbeitsleben deutlich erschweren. Dies ist weder verfassungsrechtlich noch rechtspolitisch hinnehmbar. Eine Rechtspolitik, die durch Restschuldbefreiung verschuldete Menschen in das Wirtschaftsleben integrieren will, ist unschlüssig, wenn den Schuldnern durch Kontolosigkeit die angestrebte Integration verwehrt bzw. zumindest nachhaltig erschwert wird.

Diese Probleme treffen vor allem arbeitslose Schuldnerinnen und Schuldner. Die Daten der BA zur Barauszahlung nach § 42 SGB II machen ein Problemfeld sichtbar, das im Zusammenhang mit den Berichten der Schuldner- und Verbraucherberatung strukturelle Teilhabeprobleme armer Menschen erkennen lässt. Die wesentlich höhere Quote von Barauszahlungen im Bereich des SGB II als im Bereich des SGB III stützt den Zusammenhang zwischen Armut und Kontolosigkeit, auch wenn selbstverständlich nicht verkannt wird, dass nicht jeder Fall der Barauszahlung auch ein Fall der Kontolosigkeit ist; die Zusammenhänge liegen gleichwohl auf der Hand.

Damit ist auch die Schlussfolgerung der Bundesregierung, dass Kontolosigkeit ein ernstes Problem darstellt (S. 30), zutreffend.

II. Die Orientierung auf die Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft als Sackgasse

Die verschiedenen Bundesregierungen haben in den letzten 20 Jahren regelmäßig die Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft in den Mittelpunkt gestellt. Dieser Weg hat sich als eine Sackgasse erwiesen. Wiederum zutreffend ist die aktuelle Einschätzung der Bundesregierung, dass die Kreditwirtschaft keine der in den Berichten von 2006 und 2008 genannten Empfehlungen aus dem gemeinsamen Maßnahmenpaket von Staat und Wirtschaft umgesetzt hat (S. 32). Die Kreditwirtschaft ist sich damit treu geblieben; auch in den früheren Berichten war regelmäßig zu konstatieren, dass die ZKA-Erklärung von 1995 den Kunden keinen gesicherten Anspruch auf ein Girokonto für jedermann vermittelt hatte, dass aber weiterführende Lösungen nicht aufgegriffen worden sind. Es ist daher unvermeidbar – und auch ein Gebot der politischen Selbstachtung –, dass die Beschränkung der Politik auf Bitten der Regierung an die Kreditwirtschaft, diese möge endlich eine effektive Selbstverpflichtung aussprechen beendet wird. Vielmehr sind andere Lösungswege zu diskutieren und einzuschlagen.

III. Das P-Konto – ein Schritt auf dem richtigen Weg, aber keine umfassende Lösung

Das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes hat das Problem der Kontolosigkeit als gesetzgeberisches Regelungsproblem aufgegriffen. Im Bericht des Rechtsausschusses vom 22.04.2009 heißt es dazu:

„Der bargeldlose Zahlungsverkehr hat für die Teilnahme am modernen Wirtschaftsleben eine besondere Bedeutung. Unbare Geldgeschäfte wie Überweisungen, Lastschriften, Karten- oder Scheckzahlungen sind aus dem täglichen Leben nicht mehr wegzudenken. Das Girokonto, das die Grundlage für solche Geschäfte bildet, ist für Bürgerinnen und Bürger daher unverzichtbar. Der Verlust oder die Verweigerung eines Girokontos schließt die Betroffenen vom bargeldlosen Zahlungsverkehr aus. Dies führt nicht nur zu wesentlichen Beeinträchtigungen bei den Bürgerinnen und Bürgern, sondern auch zu Belastungen der Allgemeinheit.“ (BT-Drs. 16/12714, S. 1)

Ich teile diese Problembeschreibung. Das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes war und ist geeignet, einen Teil der Probleme der Kontolosigkeit zu lösen, weil bei entsprechender Handhabung des Gesetzes die bisherige Blockade des Kontos durch eine Kontopfändung relativ kurzfristig und mit geringem Aufwand aufgelöst werden kann. Damit ist ein bisher oft genutzter Grund zur Kündigung des Girovertrags entfallen und eine Ursache für den Zugang von Schuldner in die Kontolosigkeit verringert worden. Der Bericht weist auf S. 30 aus, dass die Zahl von Kontokündigungen nach Kontopfändungen seit 2010 zurückgegangen ist. Für diese Gruppe von Personen ist die deutliche Verbesserung des Kontopfändungsschutzes zugleich ein wichtiger Schritt, sie vom Schicksal der Kontolosigkeit fern zu halten.

Dagegen bewirkt, wie der Bericht auf S. 30 zutreffend einräumt, diese gesetzliche Regelung unmittelbar nichts für die Gruppe derjenigen Personen, die aktuell kein Girokonto haben. Das Gesetz enthält für sie keine Regelung. Die in unserem Zusammenhang maßgebliche Regelung ist in § 850 k Abs. 7 S. 2 ZPO zu finden, wonach dem Kontoinhaber das Recht zusteht, dass das bisherige Girokonto als P-Konto geführt wird. Somit bleibt der Kreis der Kontolosen weiterhin ohne eigenen Rechtsanspruch (dazu bereits Busch VuR 2007, 138, 143). In den Diskussionen um das P-Konto war im Gesetzgebungsverfahren die Hoffnung artikuliert worden, dass mit der Normierung des P-Kontos zugleich auch das Problem des Girokontos für Jedermann gelöst werden könne. Diese Hoffnung war sympathisch, hat sich aber als trüge-

risch erwiesen, denn das wichtige Recht auf Umwandlung eines Girokontos in ein P-Konto kann den natürlichen Personen, denen ein Girovertrag fehlt, unmittelbar nicht helfen, einen solchen Vertrag nunmehr auch gegen den Willen der Bank realisieren zu können.

Das P-Konto hat sich zugleich als ein weiteres Lehrstück erwiesen, das für die Beratungen zum Girokonto für Jedermann weitere Erkenntnisse beiträgt. Im Bericht des Rechtsausschusses ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass der Umwandlungsanspruch der Kontoinhaber nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden werden dürfen, denn der Zugang geschützten Existenzminimum dürfe nicht von der Zahlung eines Entgelts abhängig gemacht werden. „Auch für die Führung des Pfändungsschutzkontos darf die Preisgestaltung der Banken jedenfalls das für ein allgemeines Gehaltskonto Übliche nicht übersteigen. Der Ausschuss geht davon aus, dass die Kreditwirtschaft ihren Beitrag dazu leisten wird, den Zugang ihrer Kunden zu Pfändungsschutzkonten nicht erschweren, zumal von erheblichen Verbesserungen bei der Abwicklung von Pfändungen profitiert.“ (BT-Drs. 16/12714, S. 17)

Ein Blick in die Praxis zeigt, dass sich nur ein Teil der Kreditwirtschaft diese Hinweise zu Eigen gemacht hat. Beachtliche Teile haben versucht, durch Einschränkung der Nutzungsfunktion und prohibitive Gebührenerhöhungen, die gerade für den Kreis der besonders armen Schuldner einschneidend sind, den Zugang zum P-Konto und dessen Nutzung deutlich zu erschweren. Die Rechtsprechung der Landgerichte ist diesem Versuch überwiegend, die bisherige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte einstimmig entgegengetreten. Sie haben diese Regelungen zutreffend als unangemessene Preisnebenabreden, die mit § 307 BGB unvereinbar sind, qualifiziert (zuletzt OLG Frankfurt 28.03.2012 – 19 U 238/11; vgl. bereits KG Berlin VuR 2012, 38 m. Anm. Kohte sowie die von der Bundesregierung in BT-Drs. 17/5411 S. 4 aufgeführten Urteile). Auch dieser Teilkonflikt zeigt, dass es verfehlt ist, auf eine Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft als alleiniges oder vorrangiges Instrument zu setzen. Weiter zeigt dieser Teilkonflikt, dass bei einer hinreichend klaren gesetzlichen Regelung die Gerichte in der Lage sind, vor allem im Rahmen der Verbandsklage zügig für Klarheit zu sorgen.

Die Kreditwirtschaft könnte natürlich mit dem Instrument einer rechtsgeschäftlichen Selbstverpflichtung arbeiten; auch wenn die ZKA-Erklärung aus dem Jahr 1996 als solche keine rechtsgeschäftliche Erklärung der Kreditinstitute darstellt, können diese unter Nutzung der ZKA-Empfehlung eine solche rechtsgeschäftliche Bindung ihren Kunden anbieten (so LG Berlin ZVI 2004, 20; vgl. Kohte, Festschrift für Derleder, 2005, S. 405, 415), doch sind solche Erklärungen selten. In der juristischen Literatur wird kontrovers diskutiert, welche Anforderungen an solche Erklärungen zu stellen sind (dazu der aktuelle Überblick von Singer, der in bestimmten Situationen ebenfalls einen Kontrahierungszwang befürwortet in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009 § 37 Rn 10 ff). Auf diese Weise lässt sich somit keine umfassende und flächendeckende Lösung finden. Erst Recht kann auf diese Weise keine zeitnahe und wettbewerbsneutrale Lösung erreicht werden.

IV. Bekannte Instrumente

§ 850 k Abs. 7 S. 2 ZPO zeigt wiederum die Richtung, in der Lösungen zu finden sind. Mit dem dort vorgenommenen Umwandlungsrecht, dass in der Literatur von manchen als „Kontrahierungszwang“ qualifiziert worden ist (Jäger ZVI 2007, 544, 548), sind die privatrechtlichen Abreden zwischen Bank und Kunden im Mittelpunkt gerückt. Der Umwandlungsanspruch im Kontenpfändungsrecht führt allerdings nicht zu einem neuen Vertrag,

Dienstanschrift

Martin-Luther-Universität
Juristische Fakultät
06099 Halle (Saale)

Telefon: 0345 / 55 23 137

0345 / 55 23 136

Telefax: 0345 / 55 27 209

e-mail: kohte@jura.uni-halle.de

<http://www.jura.uni-halle.de/kohte/homepage.htm>

sondern nur zu einer Abrede über die Modalitäten der Kontenführung (so zutreffend OLG Frankfurt 28.03.2012 - 19 U 238/11). Es geht also um den jeweiligen Girovertrag, also privatrechtliches Instrument. Dies ist konsequent, denn durch das Girokonto, über das heute gesprochen wird, soll eine weitergehende Teilhabe am Privatverkehrsverkehr sichergestellt werden. Es geht daher nicht um eine zusätzliche Sozialleistung (verfehlt daher der Ansatz von Rohe ZRP 1995, 260, 266). Solche vertragsergänzenden Bestimmungen sind in den letzten Jahren häufiger getroffen worden. Der wichtige Pfändungsschutz zum Altersvorsorgevermögen ist flankiert worden, durch § 173 VVG a. F./§ 167 VVG 2008, wonach die Versicherungsnehmer ein Recht auf eine Umgestaltung des bisherigen Lebensversicherungsvertrages haben, die diesen dem neuem Pfändungsschutz unterstellt. In diesem Fall liegt ein intensiverer Eingriff in das vertragliche Gefüge zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer vor, der schon eher als „Kontrahierungszwang“ sprechen qualifiziert werden kann.

Vergleichbare Regelungen finden wir in §§ 178 a ff. VVG a. F./§§ 193 Abs. 5, 204 VVG. Mit diesen Normen ist die Einführung des Basisstarfs in der privaten Krankenversicherung handhabbar gemacht worden, in dem die Versicherer zur Gewährung einer solchen Versicherungsvertrags verpflichtet worden sind und zugleich auch Regeln und Tarifwechsel zur Verfügung gestellt worden sind (§ 204 VVG n. F.). Insoweit kann auch zurückgegriffen werden, auf den privatrechtlichen Teil des Pflegeversicherungsrechts, der durch die Versicherungspflicht nach § 23 SGB XI repräsentiert wird. Diese Regelungen haben sich in der Zwischenzeit bewährt. Sie gehören zu den notwendigen Flankierungen der privatrechtlichen Sicherung des Existenzminimums und der Verbesserung von Teilhabemöglichkeiten. Sie dokumentieren, dass zur existenziellen Absicherung sowie zur Teilhabe Unternehmen vertragliche Bindungen auferlegt werden können, die am Markt typischerweise für den Zugang zu einer solchen Absicherung zuständig sind.

Solche Instrumente sind in der Gesetzgebung seit langem anerkannt und werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur als „besonderer Kontrahierungszwang“ (MünchKomm-Busche 6. Aufl. 2011, vor § 145 Rn. 14 ff.) bezeichnet. In der Gesetzgebung sind sie schon seit 1920 bekannt. Für Verbraucher sind zum Beispiel die Regelungen in §§ 18, 36 EnWG zum Zugang zu Strom, Wasser und der sonstigen Grundversorgung in der allgemeinen Daseinsvorsorge wichtig und unverzichtbar. In den letzten Jahren hat sich der besondere, gesetzlich angeordnete Kontrahierungszwang als ein unverzichtbares Element für die Förderung erneuerbarer Energien erwiesen. Die im Grundsatz von allen Parteien anerkannte „Energiewende“ kann ohne dieses rechtstechnische Instrument nicht realisiert werden. Es ist daher bereits früh vom Bundesverfassungsgericht als legitimes Instrument akzeptiert worden (BVerfG GRUR 2001, 266); in der rechtstechnischen Handhabung hat die Gerichtspraxis gezeigt, dass sie dieses Instrument mit Augenmaß und praxisgerecht ausgestalten kann (z. B. BGH NVwZ 2003, 1141, 1143). Für eine mögliche gesetzliche Regelung sind daher die rechtlichen Instrumente bekannt und stehen dem Parlament zur Verfügung.

V. Wirtschaftsrechtliche Parallelen

Wenn man die Ausführungen der Bundesregierung Ernst nimmt, dass Kontollosigkeit den Weg zur Teilhabe am Wirtschaftsleben verschließt und dass aber umgekehrt dieser Weg gerade geöffnet werden muss, dann wird damit eine wichtige juristische Parallele zum neueren Wirtschaftsrecht deutlich. Im Wirtschaftsrecht der Unternehmen hat der Bundestag durch die Neufassung von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB anerkannt, dass der Zugang zu Infrastruktureinrichtungen ein wichtiges Rechtsgut ist, das die Rechtsordnung bei entsprechenden Ungleichgewichtslagen zur Verfügung stellen muss. Diese Rechtssetzung orientiert sich an

der essential facilities-Doktrin und ihrer Rezeption in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (z.B. EuGH EuZW 1995, 339 – Magill). Diese Doktrin besagt, dass die Verweigerung des Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen missbräuchlich sein kann und dass es daher Aufgabe von Gesetzgebung und Rechtsprechung ist, in den geeigneten Fällen einen solchen Zugang sicherzustellen.

Anschaulich ist bereits die erste Grundsatzentscheidung aus diesem Bereich aus dem Jahr 2002. Gestützt auf diese Doktrin ordnete das Bundeskartellamt zuletzt 2009 an, dass den Fährschiffen der Deutschen Bahn der Zugang zum Hafen Puttgarden, der durch ein anderes Unternehmen blockiert war für eine begrenzte Zeit zu gewähren sei, so dass die Deutsche Bahn aus eigener Kraft und Fähigkeit den Zugang zum Markt der Fähren zwischen Deutschland und Skandinavien finden kann, der natürlich ohne den Zugang zum einschlägigen Fährhafen nicht realisiert werden kann. Gerade das Bild des Zugangs zum Fährhafen ist anschaulich und zeigt die große Bedeutung, die der Zugang zum Giromarkt für die betroffenen Schuldner hat, die ohne das Konto „auf dem Trocknen sitzen“.

Natürlich kann § 19 GWB nicht unmittelbar für Verbraucher gelten; diese können sich auch nicht „einfach“ auf die essential facilities-Doktrin stützen, doch kann diese die jeweiligen Parallelwertungen deutlich machen. In einer vielfach verflochtenen Dienstleistungsgesellschaft ist der Zugang zu elementaren Infrastruktureinrichtungen für Teilhaberechte unverzichtbar und muss daher durch die Rechtsordnung zur Verfügung gestellt werden.

Im Gesetzgebungsverfahren um das P-Konto ist, wie der oben wörtlich zitierte Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drs. 16/12714 S. 1) zeigt, dass Girokonto als eine solche elementare „Infrastruktureinrichtung“ anerkannt worden. Die Bundesregierung hat diese Einschätzung im 6. Bericht ausdrücklich bekräftigt. Es gibt inzwischen keine Partei und auch keine gesellschaftliche Gruppe, die dieser Einschätzung widerspricht. Ich sehe auch nicht, dass die Kreditwirtschaft die elementare Bedeutung eines Girokontos in Abrede stellen will. Dann ist es aber ein Gebot der Gleichbehandlung, dass die im deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht anerkannte essential facilities-Doktrin mit den gebotenen Modifikationen auch für Verbraucher zur Geltung gebracht wird.

VI. Legislatorische Konsequenzen

Die wirtschaftsrechtliche Parallele zeigt weiter, dass es verfehlt wäre, auf eine europäische Regelung zu warten. Ein grenzüberschreitender Markt an Girokonten ist bisher nur in Ansätzen erkennbar, so dass eine umfassende Harmonisierung durch das europäische Recht nicht geboten ist. Natürlich kann das Unionsrecht Mindestbedingungen in diesem Feld setzen, doch hat diese Möglichkeit auch in anderen Fällen dem Bundestag nicht von eigener Rechtssetzung abgehalten. Ich verweise nur auf das Beispiel der Haustürgeschäfte. Hier ist das deutsche Gesetz sogar während der Beratungen um die Richtlinie normiert worden, weil ein dringender Bedarf an Rechtsschutz für Verbraucher bestand und mit diesem Gesetz zugleich die Setzung der Richtlinie gefördert wurde. Der Bericht der Bundesregierung ist hier widersprüchlich, denn er betont einerseits auf S. 32 die Bedeutung der europäischen Ebene, erklärt aber auf S. 25, dass die Kommission den Bedarf für eine europäische Regelung noch nicht hinreichend dargelegt habe. Weiter lehnt sie die bisherigen Brüsseler Vorschläge auch auf der Sachebene ab. Die Kommission hat sich selbst bisher auf Empfehlungen beschränkt. Angesichts dieser vielfachen Divergenzen ist eine Lösung auf europäischer Ebene in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Es spricht daher alles dafür, dass der Bundestag in dieser Frage sein eigenes Recht der Gesetzgebung wahrnimmt.

Rechtstechnisch ist hier zunächst ein einfacher Zugangsanspruch zu normieren; die Erfahrungen mit dem P-Konto zeigen jedoch, dass es nicht ausreichend ist, allein den Zugang zum Girokonto zu eröffnen. Die wesentlichen Eckpunkte eines solchen Vertrages sind ebenfalls gesetzlich als Mindestvorschriften vorzugeben. Dazu gehört die unverzichtbare Möglichkeit, die Dienstleistungen der Bank im vergleichbaren Umfang mit den anderen Produkten der Bank nutzen zu können. Rechtstechnisch ist ein solcher Verweis auf die vergleichbaren Produkte der Bank ausreichend, denn Girokonten werden nicht individuell ausgehandelt, sondern standardisiert. In den Verbandsklagen um die Extragebühren für das P-Konto (BT-Drs. 17/5411, S. 4) ist es in jedem Fall möglich gewesen, vergleichbare Gebühren für ein Standardgirokonto zu fixieren. Die erforderlichen Grenzlinien sind aus den Sparkasengesetzen der Länder und der dazu ergangenen Rechtsprechung bekannt. Die Kategorie der Unzumutbarkeit hat sich als entsprechende Grenze bewährt. Die Gerichte werden ebenso wie die Schlichtungsstellen nicht überfordert sein, diese Grenze nachzuziehen. Schließlich bedarf es einer entsprechenden ausführlichen Verbraucherinformation, dass und wie dieses für die meisten Verbraucher relativ neue Instrument eingesetzt werden kann.

Mit einer solchen trennscharfen Normierung wird zugleich die Effizienz des Girokontos für Jedermann in der Insolvenz verbessert und abgesichert. Das partiell normierte P-Konto ist eine hilfreiche Basis für eine gesetzliche Regelung zum Girokonto für Jedermann, kann dieses jedoch nicht ersetzen. Letztlich geht es nur um die Korrektur eines legislatorischen Fehlers aus der Zeit der Postprivatisierung. Viele Jahre ergab sich aus § 8 PostG ein gesetzlicher Anspruch auf Führung eines Postgirokontos; dies war weder unzumutbar noch mit der Wirtschaftsordnung unvereinbar. Die Abschaffung dieser Regelung 1994 hat die Ausweichmöglichkeiten der Verbraucher minimiert, so dass es nach dem auch in der Politik anwendbaren Gesetz der kommunizierenden Röhren geboten ist, diese Kontrahierungspflicht auf alle Kreditinstitute zu erstrecken. Der private Bankensektor, dem sich durch die Postprivatisierung und den Wegfall der Gewährträgerhaftung zusätzliche Marktchancen eröffnet haben, wird daher auch aus wettbewerblichen Gründen mit den öffentlichen Banken den Kontrahierungszwang zugunsten armer Menschen zu teilen haben (Kohte VuR 2006, 163, 165; zustimmend Pieper ZVI 2008, 457, 463 mit Bezugnahme auf LG Berlin ZVI 2008, 362, 364).

Dienstanschrift

Martin-Luther-Universität
Juristische Fakultät
06099 Halle (Saale)

Telefon: 0345 / 55 23 137

0345 / 55 23 136

Telefax: 0345 / 55 27 209

e-mail: kohte@jura.uni-halle.de

<http://www.jura.uni-halle.de/kohte/homepage.htm>