



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Prof. Dr. Matthias Casper

**Institut für Unternehmens-
und Kapitalmarktrecht**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Gesellschafts-, Bank- und
Kapitalmarktrecht

Kontakt Universitätsstraße 14-16
48143 Münster

matthias.casper@uni-muenster.de
www.matthiascasper.de

Sekretariat Bernharde Herbert
Tel. +49251 83-29022
Fax +49 251 83-22742

Münster, den 19.04.2012

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu der Unterrichtung durch die Bundesregierung „zur Umsetzung der Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses zum Girokonto für jedermann“ (BT-Drucks. 17/8312) sowie den Anträgen der Fraktionen BT-Drucks. 17/7823, BT-Drucks. 17/8141, BT-Drucks. 17/7954 und dem Antrag der Koalitionsfraktionen „Rechtssicherheit beim Zugang zu einem Basiskonto schaffen“

I. Ausgangspunkt: Die Kontolosigkeit als rechtstatsächliches Problem

Der in allen vier Fraktionsanträgen zum Ausdruck kommende Befund, dass die Kontolosigkeit eines kleineren Anteils der Bevölkerung, der in absoluten Zahlen aber wohl doch einen sechsstelligen Betrag ausmacht, wird geteilt.

Allerdings ist festzustellen, dass die Ermittlung der Daten nicht auf einer hinreichend validen Untersuchung beruht, sondern nur grobe Schätzungen enthält (vgl. auch die Einschätzung der Bundesregierung BT-Drucks. 17/8312 S. 20 f.). Von daher wäre es wünschenswert, eine repräsentative Umfrage mit einer hinreichend großen Stichprobe innerhalb verschiedener Regionen der Bundesrepublik durchzuführen, um die bisherigen Schätzungen zu verifizieren. In regionaler Hinsicht wäre es bei einer derartigen Studie zudem erstrebenswert, Bundesländer mit und ohne Kontrahierungszwang im Bereich der Sparkassen zu vergleichen. Schließlich sollte in der Umfrage eine qualifizierte Ermittlung der Gründe erfolgen, warum die entsprechenden Personen kein Konto haben. Die Studie sollten von der Bundesregierung in Auftrag gegeben werden.

Andererseits sprechen die von der Bundesregierung in ihrem Bericht 2012 vorgelegten Daten auch ohne eine breite empirische Studie dafür, dass die Selbstverpflichtung „Der Kreditwirtschaft“ (vormals zentraler Kreditausschuss)

von 1995 und der in zehn Bundesländern vorhandene Kontrahierungszwang von Sparkassen noch nicht zu den rechtspolitisch gewünschten Ergebnissen geführt haben. Es wird deshalb der Ausgangspunkt aller Anträge geteilt, dass die Kontollosigkeit zahlreicher Verbraucher weiterhin ein rechtspolitisches Problem darstellt, da ohne Konto die Teilhabe eines Bürgers in vielen gesellschaftlichen Bereichen nicht möglich ist.

II. Wahl des richtigen Mittels: Kontrahierungszwang oder Selbstverpflichtung?

Die vier Entschließungsanträge der verschiedenen Fraktionen lassen sich vereinfacht in zwei Lager aufteilen: Auf der einen Seite stehen die Forderungen in den Bundestagsdrucksachen 17/7823, 17/7954 und 17/8141 nach einem verbindlichen, gesetzlichen Kontrahierungszwang. Auf der anderen Seite plädiert der Antrag der Koalitionsfraktionen dafür, die bisherige Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft effektiver auszugestalten.

1. Kontrahierungszwang als letztes Mittel

Ein Kontrahierungszwang stellt einen Eingriff in die verfassungsrechtlich verbuchte Privatautonomie dar (std. Rsp., vgl. nur BVerfGE 95, 267, 303) und kann deshalb für den Gesetzgeber stets nur das letzte Mittel sein, um einem rechtspolitisch unbefriedigenden Zustand abzuweichen. Wegen der verfassungsrechtlich verbürgten Vertragsfreiheit muss ein Eingriff mittels eines Kontrahierungszwanges verhältnismäßig sein. Vor diesem Hintergrund ist der Ruf nach einem Kontrahierungszwang begründungspflichtig, dies gilt umso mehr, als kein valides rechtsempirisches Material vorliegt. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ist deshalb vorrangig zu prüfen, ob als milderer Mittel nicht die bisherige Selbstverpflichtung durch einen moderateren gesetzgeberischen Eingriff effektiver ausgestaltet werden kann.

Mit dem Antrag der Koalitionsfraktionen ist dies im Ergebnis zu bejahen, wie ich unter III. sogleich näher darlegen werde. Der Vorschlag zielt auf eine Verbesserung des bereits bestehenden Schlichtungsverfahrens, das für viele Verbraucher noch wenig bekannt ist. Der Vorteil des Schlichtungsverfahrens besteht darin, dass es zum einen für den Verbraucher deutlich kostengünstiger als ein Klageverfahren ist. Zum anderen ist die Hemmschwelle für Verbraucher, sich an eine Beschwerdestelle der Kreditwirtschaft zu wenden, die zu einem Verfahren bei einem Ombudsmann führen kann, deutlich geringer als die Erhebung einer Klage vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Eine Klage setzt für den normalen Bürger auch bei einem amtsgerichtlichen Verfahren stets die Einschaltung eines Rechtsanwalts voraus. Das damit verbundene Kostenrisiko ist für die Betroffenen in ihren meist wirtschaftlich prekären Verhältnissen oftmals ein unüberwindbares Hindernis, einen gesetzlichen Anspruch einzuklagen. Zwar ist, wie die Regeln zur Prozesskostenhilfe in §§ 114 ff. ZPO zeigen, die Verfolgung und Durchsetzung

zivilrechtlicher Ansprüche jedermann, unabhängig von seinen persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen, möglich. Allerdings muss damit gerechnet werden, dass allein die Sorge vor nicht kalkulierbaren Kosten und die Unkenntnis ihrer prozessualen Rechte viele Betroffene von einer solchen Rechtsverfolgung abhalten wird.

Hinzu kommt, dass ein Schlichtungsverfahren oft schneller als ein ordentliches Gerichtsverfahren ist. Kommt man also zu dem Ergebnis, dass sich die bestehende Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft durch eine effektivere Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens verbessern lässt, so stellt dieser Ansatz mit Blick auf das verfassungsrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeitsprinzip das mildere Mittel dar.

2. Alternativen

Im Folgenden ist noch kurz auf drei Alternativen einzugehen, die in den vier Anträgen nicht weiter erwogen worden sind.

a) Begrenzung des Kontrahierungszwangs auf den Sparkassensektor

Denkbar wäre es zunächst, allein den Sparkassensektor mit einer Kontrahierungspflicht zu belasten. Hierfür spricht, dass bereits in zehn von 16 Bundesländern (Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, NRW, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen) ein gesetzlicher Kontrahierungszwang auf Abschluss eines Basiskontos in den jeweiligen Sparkassengesetzen dieser Länder existiert. Für eine Fokussierung des Kontrahierungszwanges auf den Sparkassensektor spricht der öffentlich-rechtliche Auftrag der Sparkassen im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge und ihre Organisationsform als Anstalt öffentlichen Rechts. Schließlich hielt der Staat es aus „wirtschaftlich- und sozialpolitischen Gründen für erforderlich bestimmte bankgeschäftliche Tätigkeiten, die von der privaten Kreditwirtschaft nicht oder nicht in dem für erforderlich gehaltenen Umfang durchgeführt wurden, durch eigene Institute wahrnehmen zu lassen.“ (OLG Hamm DVBl. 1981, 228, 229). Daraus resultiert der Auftrag der Sparkassen, Lücken in der Versorgung der Bevölkerung mit Bankleistungen zu schließen und im Sinne des Subsidiaritätsprinzips das Angebot der privaten Kreditwirtschaft zu ergänzen.

Von daher könnte es ein milderer Mittel sein, die verbliebenen sechs Bundesländer dazu zu motivieren, ebenfalls einen Kontrahierungszwang in ihren Sparkassengesetzen aufzunehmen. Gut vertretbar ist es weiterhin, aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Grundrechtsbindung bei der Kontokündigung (BGHZ 154, 146 = NJW 2003, 1658) einen Kontrahierungszwang für alle Sparkasse, die als Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert sind, herzuleiten.

Dieser Fokussierung auf den Sparkassensektor lässt sich allerdings zweierlei entgegenhalten: Zum einen könnte man argumentieren, dass eine Begrenzung des Kontrahierungszwangs auf Sparkassen dazu führen würde, dass der kontolose

Bürger in seiner Wahlfreiheit, insbesondere in räumlicher Hinsicht (Regionalprinzip der Sparkassen), beschränkt wird und oft weite Wege bis zur nächstgelegenen Sparkassenfiliale in Kauf nehmen müsste. Zum anderen besteht das Problem, dass die Sparkassen in Hamburg und in Bremen (mit Ausnahme von Bremerhaven) nicht als öffentlich-rechtliche Anstalten organisiert sind. Gleichwohl ist es denkbar, ihnen wegen ihrer Eingliederung in den Sparkassenverbund ebenfalls einen Kontrahierungszwang aufzuerlegen. Auch bleibt festzustellen, dass die Sparkassen neben den Volks- und Raiffeisenbanken über ein sehr weit verbreitetes Netz von Filialen verfügen. Eine Wahlfreiheit für den kontolosen Bürger, sich seine Bank frei aussuchen zu können, scheint mir - insbesondere vor dem Hintergrund der Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft - nicht zwingend geboten.

b) Schaffung einer speziellen staatlichen Bank

Denkbar wäre es schließlich, eine spezielle staatliche Bank (organisiert als Direktbank) einzurichten, die jedem Bürger ein Basiskonto zur Verfügung stellt. Der Nachteil eines derartigen öffentlich-rechtlichen Spezialinstituts besteht freilich darin, dass ein Konto bei dieser Bank zu einer Stigmatisierung des jeweiligen Kontoinhabers führen würde, weshalb dieser Vorschlag zu verwerfen ist.

c) Entsprechenserklärung in Ergänzung zu der bestehenden Selbstverpflichtung

Im juristischen Schrifttum ist vorgeschlagen worden, die Kreditinstitute - dem Regelungsvorbild § 161 Aktiengesetz (AktG) folgend - zu einer jährlichen Entprechenserklärung zu verpflichten, in der sie darlegen, inwieweit sie der Entwicklung der Selbstverpflichtung „Der Kreditwirtschaft“ (vormals Zentraler Kreditausschuss) nachgekommen sind (*Geschwandtner/Bornemann*, NJW 2007, 1253). Dieser Vorschlag kann dann Sinn machen, wenn sich die Erklärung nicht bloß auf eine allgemeine Mitteilung beschränkt, sondern konkret dargelegt würde, wie viele Anträge auf Einrichtung eines Basiskontos positiv beschieden bzw. abgelehnt worden sind. Fraglich bleibt allerdings, wer Adressat einer derartigen Entprechenserklärung sein soll. Meines Erachtens ist es jedoch wenig sinnvoll, wie bei der Entprechenserklärung nach § 161 AktG, die Mitteilung an die Öffentlichkeit zu adressieren. Vielmehr scheint es mir sinnvoll, eine derartige Mitteilung gegenüber der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) abgeben zu müssen, die – wie noch unter III. 2f zu zeigen sein wird – in die Überwachung einer effektiveren Ausgestaltung der Selbstverpflichtung eingebunden werden sollte.

III. Verbesserung der Selbstverpflichtung

1. Vor- und Nachteile des Schlichtungsverfahrens

Die wesentlichen Vorteile eines Schlichtungsverfahrens gegenüber einer Klage vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind bereits oben unter II. 1. benannt worden: neben den geringeren Kosten ist vor allem die deutlich geringere Hemmschwelle für eine Beschwerde zu nennen. Eine Klage auf Eröffnung eines Basiskontos ist - insbesondere auch wegen des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Zivilprozess - mit einer gewissen Stigmatisierungswirkung verbunden, die in einem Schlichtungsverfahren, das von der Kreditwirtschaft organisiert ist, zwar nicht völlig entfällt, jedoch deutlich abgemildert wird. Schließlich kommt hinzu, dass Schlichtungsverfahren in der Regel schneller als ein Klageverfahren über mehrere Instanzen ist. Rechtstatsächliche Untersuchungen, die diese Vermutung stützen, liegen allerdings bisher nicht vor.

Dem bisherigen Schlichtungsverfahren kann man entgegenhalten, dass es allein auf freiwilliger Basis basiert und nicht durch das Unterlassungsklagegesetz zwingend vorgegeben wird, und dass außerdem der Spruch des Ombudsmanns keine Bindungswirkung gegenüber dem Kreditinstitut entfaltet. Allerdings ist festzustellen, dass die Feststellung des Ombudsmanns, dass die Einrichtung eines Basiskontos zu Unrecht verweigert wurde, in der Praxis eine faktische Bindungswirkung herbeiführt. Diese könnte de lege ferenda dadurch verstärkt werden, dass die BaFin überprüft, inwieweit die Grundsätze der Selbstverpflichtungserklärung der Kreditwirtschaft und Entscheidungen des Ombudsmanns wirklich umgesetzt werden. Auch ohne eine gesetzliche Möglichkeit zum Einschreiten bei fehlender Umsetzung der Selbstverpflichtung würde eine derartige Publizität gegenüber der Bundesanstalt für eine weitere Verstärkung der faktischen Bindungswirkung sorgen, die dann im Ergebnis einer zwingenden gesetzlichen Regelung gleichzustellen ist.

Nun könnte man den hier vertretenen Ansatz entgegenhalten, dass auch bei einem gesetzlichen Kontrahierungszwang dem Klageverfahren vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein Schlichtungsverfahren vor dem Ombudsmann vorgeschaltet werden könnte. Geht man aber davon aus, dass ein Kontrahierungszwang nur das letzte Mittel sein sollte, und konstatiert andererseits, dass eine effektivere Ausgestaltung der bisherigen Selbstverpflichtung de facto zum selben Ergebnis kommen kann, ist vorrangig zu prüfen, inwieweit Selbstverpflichtung und Schlichtungsverfahren verbessert werden kann.

2. Maßnahmen zum Ausbau der Effizienz des Schlichtungsverfahrens (Ombudsmann-Verfahren)

a) Begründung der Ablehnung

Zu Recht wird bemängelt, dass dem Kunden, der ein Basiskonto beantragt, die Gründe hierfür oftmals nicht mitgeteilt werden. Es erscheint deshalb sinnvoll, eine

derartige Begründungspflicht gesetzlich zu verankern. Nur so ist der Kunde in der Lage, nachzuvollziehen, warum die Bank der Meinung ist, dass ihm kein Basiskonto zustehe.

Wichtig ist jedoch weiterhin, dass nicht nur die Ablehnung der Einräumung eines Basiskontos eine Begründungspflicht auslöst. Vielmehr ist auch bei der Ablehnung eines normalen Girokontos die Ablehnung mit dem Hinweis zu verknüpfen, dass die Möglichkeit besteht, ein Basiskonto zu beantragen. Dies ist schon deshalb wichtig, da der kontolose Verbraucher oftmals schlicht ein Konto und nicht unmittelbar ein Basiskonto beantragen wird.

b) Hinweis auf das Schlichtungsverfahren

Die zweite Ebene betrifft die Aufklärung über die Möglichkeit des Schlichtungsverfahrens im Zusammenhang mit der Empfehlung der Kreditwirtschaft. Mit der Ablehnung eines Basiskontos müsste bereits eine Aufklärung über die Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens verbunden sein. Dies wird zwar bereits mit den 2006 vorgelegten Vordrucken für die Ablehnung der Eröffnung eines Basiskontos umgesetzt, sollte mit Blick auf eine effektivere Schlichtung aber gesetzlich abgesichert werden.

c) Form des Hinweises

Die Information muss so ausgestaltet sein, dass der anfragende Kunde erkennen kann, an welche Stelle er sich mit dem Anliegen auf Eröffnung eines Basiskontos wenden kann, wie eine solche Eingabe aussehen muss und wie eine derartige Schlichtung funktioniert. Zudem ist der Kunde über Kosten und Dauer des Verfahrens in Kenntnis zu setzen. Aufgrund der Vielzahl von Informationen muss eine Ablehnung dem anfragenden Kunden grundsätzlich schriftlich (zumindest in Textform, § 126b BGB) mitgeteilt werden. Dies belastet die Banken nicht über Gebühr. Der Hinweis sollte so gestaltet sein, dass er die Namen der Parteien, den Ablehnungsgrund und die nächste Anlaufstelle für den das Konto begehrenden Verbraucher nennt. Deshalb erscheint es von Vorteil, im Vordruck für ein solches Ablehnungsschreiben allein die Fallgruppe der Unzumutbarkeit als Auswahlbox vorzugeben, um auch der ablehnenden Bank eine bekennde Stellungnahme zu ihrer Ablehnung abzuverlangen. Es besteht ansonsten die Gefahr, dass Ablehnung eines Antrags auf ein Basiskonto aus nebulösen Gründen.

d) Verpflichtung des Kreditinstituts zur Weiterleitung der Beschwerde

Denkbar ist es ferner, noch einen Schritt weiter zu gehen. Dann wäre das Kreditinstitut ferner zu einem Hinweis zu verpflichten, dass der Kunde die Bank verpflichten kann, den Antrag des Kunden auf Einleitung der Schlichtung in seinem Namen an die Schlichtungsstelle weiterzuleiten. Regelungsvorbild könnte eine entsprechende Regelung im französischen Recht sein [Le Droit au compte, Bulletin de la Banque de France, No. 178, 4e trimestre 2009, S. 86, 93 (Annexe I)], wonach die Bank im Namen des Kunden ein Verfahren bei der Schlichtungsstelle

einleiten muss, wenn dieser dies begehrt. Dies wäre, da es sich in Deutschland ebenfalls nur um verbandsinterne Verfahren handelt und der Aufwand für die Banken als Verbandsmitglieder daher als gering einzuschätzen ist, eine sinnvolle Ergänzung der Verfahrensregeln. Er würde die Hemmschwelle des Kunden, sich an die Schlichtungsstelle zu wenden, vermindern. Die Begründung, warum er der Meinung ist, dass ihm das Konto zu Unrecht verweigert wurde, kann ihm freilich nicht abgenommen werden.

e) Erweiterung des Unterlassungsklagengesetzes zumindest für solche Kreditinstitute, die keinem Verband angehören

Da das bisherige Schlichtungsverfahren im Bereich der Kreditwirtschaft verbandsgebunden ist, bleibt die Frage zu beantworten, wie eine Schlichtung auch für solche Kreditinstitute gewährleistet werden kann, die keinem Verband angehören oder aus einem Verband wieder ausgeschieden sind, sich aber gleichwohl der Selbstverpflichtung der Kreditwirtschaft unterworfen haben. Für diesen Fall schlägt der Antrag der Koalitionsfraktionen vor, § 14 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) dahin zu erweitern, dass eine Schlichtung bei der Bundesbank vorgesehen wird. Dieser Vorschlag ist zu begrüßen. Allerdings stellt sich die Frage, ob nicht das Schlichtungsverfahren insgesamt für Streitigkeiten im Zusammenhang um die Einrichtung eines Basiskontos in § 14 UKlaG geregelt werden sollte. Dies scheint im Interesse der Rechtsklarheit sowie der zusätzlichen Absicherung eines effektiven Schlichtungsverfahrens begrüßenswert und bildet auch keine zusätzliche Belastung der Kreditwirtschaft gegenüber dem bisherigen Ist-Zustand. Es bliebe für die in einem Kreditinstitut organisierten Institute bei einer verbandsinternen Lösung.

f) Entsprechenserklärung der Kreditinstitute und Überwachung durch die BaFin

Erwägenswert scheint mir weiterhin der Vorschlag, dass die Kreditinstitute jährlich über die Beachtung der Selbstverpflichtung zur Einrichtung eines Basiskontos berichten. Insoweit geht es zum einen um eine an § 161 AktG orientierten Entsprechenserklärung, die an die BaFin zu adressieren ist. Daneben sollte aber auch eine Verpflichtung vorgesehen werden, in der mitzuteilen ist, wie viele Basiskonten derzeit geführt werden, wie viele Anträge auf Einrichtung eines Basiskontos im Berichtszeitraum gestellt wurden und wie viele Anträge davon abgelehnt wurden. Weiterhin sollte das jeweilige Kreditinstitut verpflichtet werden, darüber zu berichten, ob - und wenn ja, ob mit Erfolg - bei einer ablehnenden Entscheidung auf Einrichtung eines Basiskontos ein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde.

Sinn und Zweck dieser Information ist es nicht, die BaFin zum Einschreiten gegen die Verweigerung eines Basiskontos im Einzelfall zu ermächtigen. Vielmehr soll mit dieser gesteigerten Transparenz zweierlei erreicht werden: Zum einen kann so langfristig eine valide Datenbasis aufgebaut werden, und damit überprüft werden,

ob die Effektivität der Selbstverpflichtung wirklich ansteigt. Zum anderen wird hierdurch die faktische Bindungswirkung an die Schlichtungssprüche des Ombudsmanns ebenso verbessert wie die Erfolgsaussichten, einen begründeten Antrag auf Einrichtung eines Basiskontos erfolgreich zum Abschluss zu bringen.

IV. Folgefragen

1. Standort einer gesetzlichen Regelung

Als Regelungsort für erweiterte Informationspflichten von Banken bei der Ablehnung von Anträgen auf Eröffnung eines Basiskontos kommt prima vista das BGB in Betracht, da das Zahlungskonto bereits in § 675f BGB angesprochen ist. Andererseits ist vor einer Überfrachtung des BGB mit weiteren, oft sehr technischen Informationsvorschriften zu warnen. Da es sich bei den hier angedachten Vorschlägen um reine Informationspflichten handelt, wäre eine systematische „Auslagerung“ in Art. 248 EGBGB systemkonformer, da dort bereits detaillierte Informationsverpflichtungen von Kreditinstituten geregelt sind.

Sollte man sich dazu entscheiden, das Schlichtungsverfahren im Zusammenhang mit der Erteilung eines Basiskontos für die gesamte Kreditwirtschaft im UKlaG zu regeln, böte sich dort eine Verankerung der zu schaffenden Informationspflichten an.

2. Inhalt bzw. Umfang eines Basiskontos

Sollte man sich entgegen der hier vertretenen Auffassung doch für einen gesetzlichen Kontrahierungszwang entscheiden, stellt sich weiterhin die Frage, welchen Umfang ein derartiges Konto haben soll. Insoweit schiene es sinnvoll, sich an den Vorgaben der Europäischen Union in der Empfehlung der Kommission vom 13. Juli 2011 (Abschnitt III) zu orientieren. Die Verpflichtung, ein Konto zu eröffnen und zu führen, ist ebenso unproblematisch wie die Entgegennahme von Ein- und Auszahlungen oder die Ausführung von Überweisungen. Auch die Ausführung von Lastschriften als Zahlstelle kommt in Betracht. Bedenken begegnet jedoch der Vorschlag, dass zwingend eine Zahlungskarte ausgehändigt werden muss. Zwar hebt die Empfehlung der Kommission hervor, dass die Zahlung mit der Karte nicht zu einer Belastung des Kontos mit einem negativen Saldo führen darf. Damit haben freilich die gängigen Debitkarten der Kreditwirtschaft auszuscheiden, mit denen der Kunde im Wege des so genannten Point-of-Sale-Verfahrens bargeldlos bezahlen kann oder an Geldautomaten fremder Institute Bargeld abheben kann, da in diesen Fällen eine Überprüfung des aktuellen Saldos des Karteninhabers nicht möglich ist. Vielmehr wird beim Einsatz dieser Karten eine bindende Zahlungszusage der kartenausgebenden Bank begründet, die zu einer Belastung des Kundenkontos auch bei mangelnder Deckung führen würde. Zwar gibt es einige Kreditinstitute, die spezielle Kundenkarten anbieten, die in der Autorisierungsphase zwingend eine Abfrage der Kontodeckung voraussetzen. Jedoch scheint es wenig sinnvoll, auch Kreditinstitute, die von der Ausgabe

derartiger guthabenorientierter Kundenkarten bisher abgesehen haben, durch die Einrichtung eines Basiskontos hierzu zu verpflichten.

3. Kosten des Basiskontos

Nachhaltig ist der Forderung zu widersprechen, dass die Kreditinstitute verpflichtet werden sollten, ein Basiskonto kostenlos anzubieten. Hierfür besteht kein Anlass. Allein der Umstand, dass viele Kreditinstitute heute das Girokonto für ihre Kunden kostenlos führen, bildet kein Argument. Vielmehr rechtfertigt sich ein solches Angebot betriebswirtschaftlich nur dann, wenn die Bank Gewinn aus weiteren Folgegeschäften (Cross-Selling) generieren kann. Die Möglichkeit, das Ertragspotential eines Kunden mit einem Basiskonto zu steigern, ist dagegen sehr eingeschränkt. In der Regel wird der Inhaber eines Basiskontos über keine Mittel verfügen, um weitere Anlage- oder Kreditgeschäfte zu tätigen, aus denen das Kreditinstitut Erträge erwirtschaften kann. Die Kundenbeziehung beschränkt sich daher auf die reine Kontoführung.

Der kontoführenden Bank entstehen somit durch Führung eines „Girokonto für jedermann“ (Basiskonto) nicht unerhebliche Kosten, die nicht innerhalb der Kundenbeziehung quersubventioniert werden können. Die Kosten für ein Girokonto setzen sich aus fixen und variablen Teilen zusammen. Dabei entstehen der kontoführenden Stelle Kosten durch die Eröffnung und Einrichtung sowie fortwährend durch die Bereitstellung sowie Führung und Abrechnung eines laufenden Girokontos. Hinzu kommen nutzungsabhängige Kosten für jedes einzelne Bargeschäft und jeden einzelnen Zahlungsauftrag. Diese Kosten richten sich zum einen nach der Häufigkeit der Inanspruchnahme und zum anderen danach, wie ein Zahlungsauftrag beim Zahlungsdienstleister eingereicht wird. So kann ein Auftrag persönlich, schriftlich oder beleglos über das Online-Banking bzw. Telefon-Banking abgegeben werden. Auch während des Vertragsverhältnisses entstehen Kosten durch notwendig werdende Nachdispositionen und Stornobuchungen. Gerade die bei Lastschriften und der Auftragserteilung im Wege des Onlinebankings übliche Nachdisposition, wobei die Bank den Auftrag zunächst ohne Prüfung des Kontostandes automatisch ausführt und erst hinterher überprüft und ggf. storniert, ist bei Basiskonten nur bedingt möglich und setzt einen hohen Personalaufwand voraus. Es wäre wenig sachgerecht, diese Kosten vollständig auf alle Bankkunden umzulegen, auch wenn sie ihrerseits kein Basiskonto haben.

Andererseits ist auch anzuerkennen, dass eine Kontogebühr nicht auf Basis einer Vollkostenrechnung im konkreten Einzelfall ermittelt werden kann. Dies würde oftmals zu prohibitiv hohen Preisen führen, die das Basiskonto für finanzschwache Kunden unerschwinglich machen könnten.

Es liegt deshalb auf den ersten Blick nahe, der Bank die Möglichkeit einzuräumen, eine angemessene Gebühr zu verlangen, die jede Bank für die bei ihr geführten Basiskonten einheitlich festlegt.

Bleibt es der jeweiligen Bank jedoch selbst überlassen, die Angemessenheit der umzulegenden Kosten zu bestimmen, ist damit zu rechnen, dass diese nahezu

vollständig an den Basiskunden weitergegeben werden. Die Überlegung, den Gesetzgeber einen fixen Anteil (bspw. 30 %) der tatsächlich entstandenen Kosten zur Umlage auf den Basiskunden festlegen zu lassen, ließe einen Ansturm auf die Banken mit dem günstigsten Zahlungsverkehr befürchten. Gutes Wirtschaften und eine niedrige Kostenstruktur im Zahlungsverkehr würde so bestraft. Darüber hinaus erscheint es bedenklich, wenn der Staat der privaten Bankwirtschaft Endverbraucherpreise vorgibt und dadurch die freie Preisbildung durch staatliche Eingriffe beeinträchtigt.

Eine praktikable Lösung könnte darin bestehen, das Basiskonto mit einem bankenübergreifenden pauschalen Kontoentgelt auszugestalten. Dieser Lösungsansatz hätte zudem den Vorteil, dass die Banken mit festen Einnahmen ihrer Basiskunden kalkulieren könnten. Gleichzeitig könnten die Kunden sich auf ein festes Entgelt für ihr Konto einstellen.

Deshalb sollte die Kreditwirtschaft aufgefordert werden, sich auf eine einheitliche Pauschalgebühr zu einigen. Dabei könnte man für eine Preisobergrenze z.B. das 1,5-fache des Mittelwerts der Kontoführungsgebühren aller bereits bestehenden oder neu zu eröffnenden Standardgirokonto als Orientierungshilfe heranziehen. Als Standardgirokonto gilt dabei das Konto, das ein durchschnittlicher Neukunde unabhängig von Alter und Einkommen bei normaler Kontonutzung, ohne dass gewöhnliche Zahlungsvorgänge gesondert berechnen werden, in aller Regel eröffnen würde. Wird für ein derartiges Standardgirokonto also im Durchschnitt z.B. 5 Euro im Monat verlangt, dürfte die vereinheitlichte Gebühr für das Basiskonto bis zu 7,50 Euro im Monat betragen.

Ob die Kreditwirtschaft dann einen internen Ausgleich vereinbart, bleibt ihr überlassen.

V. Zeitpunkt einer gesetzlichen Regelung

Von einer gesetzlichen Einführung eines Kontrahierungszwangs zum jetzigen Zeitpunkt ist auch schon deshalb dringend abzuraten, da zunächst die weitere Entwicklung auf der europäischen Ebene abzuwarten ist. Ein „Vorpreschen“ durch den deutschen Gesetzgeber scheint nicht veranlasst. Dadurch wird die Gefahr provoziert, dass eine deutsche Regelung alsbald wieder geändert werden müsste. Dies würde nicht nur einen erheblichen zusätzlichen finanziellen Aufwand für die Kreditwirtschaft bedeuten, sondern auch für Verwirrung bei den Verbrauchern sorgen, was der weiteren Verbreitung des Basiskontos bei kontolosen Verbrauchern abträglich sein könnte.

Vielmehr ist der Vorschlag der Bundesregierung zu unterstützen, das Deutschland vorrangig versuchen sollte, seine Vorstellung aktiv in den europäischen Gesetzgebungsvorgang einzubringen.

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Die Kontollosigkeit stellt ein rechtspolitisches Problem dar. Es besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf.
2. Ein Kontrahierungszwang ist nur dann veranlasst, wenn kein mildereres Mittel für den Gesetzgeber zur Verfügung steht. Dies folgt aus der verfassungsrechtlich verbürgten Vertragsfreiheit.
3. Als mildereres Mittel kommt nicht nur ein auf den Sparkassensektor begrenzter Kontrahierungszwang in Betracht, sondern vor allem und in erster Linie eine Verbesserung der schon bestehenden Selbstverpflichtung durch eine effektivere Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens.
4. Der zentrale Vorteil des Schlichtungsverfahrens gegenüber einem mit dem Kontrahierungszwang verbundenen Beschreiten des normalen Klageverfahrens vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit besteht nicht nur in den geringeren Kosten, sondern vor allem in der geringeren Hemmschwelle des Verbrauchers, sich mit seinem Anliegen Gehör zu verschaffen. Es ist davon auszugehen, dass bereits die Einschaltung der verbandsinternen Schlichtungsstellen häufig zu einer Abhilfe für den Verbraucher führt, dem ein Basiskonto zu Unrecht verweigert wurde. Spätestens nach einem erfolgreichen Spruch des Ombudsmanns werden die Kreditinstitute regelmäßig das erstrebte Basiskonto gewähren, obwohl die Entscheidungen des Ombudsmanns nicht bindend sind.
5. Die Einführung einer Begründungspflicht für die Ablehnung eines Antrags auf Einrichtung eines Basiskontos ist sinnvoll. In diesem Zusammenhang ist explizit auf die Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens hinzuweisen. Diese Informationen sind schriftlich zu erteilen und in einer standardisierten Form vorzunehmen.
6. Erwägenswert ist es weiterhin, die Kreditinstitute zu verpflichten, die Beschwerde des Kunden in dessen Namen an die Schlichtungsstelle weiterzuleiten.
7. § 14 UKlaG ist zumindest um ein Schlichtungsverfahren für solche Institute zu erweitern, die nicht einem der Verbände der Kreditwirtschaft angeschlossen sind. Ebenso sinnvoll wäre es, sämtliche Schlichtungsverfahren in § 14 UKlaG zu normieren.
8. Eine Entsprechenserklärung der Kreditinstitute, ob die Vorgaben der Selbstverpflichtung eingehalten werden, ist sinnvoll; dabei sind aber auch konkrete Zahlen an die BAFin zu melden.
9. Als Standort für eine gesetzliche Regelung bietet sich das EGBGB bzw. das UKlaG an.
10. Inhalt und Umfang des Basiskontos sollten sich an den Empfehlungen der Kommission vom 13. Juli 2011 orientieren, wobei jedoch die Pflicht der Ausgabe einer Zahlungskarte, die auf guthabengestützte Zahlungsvorgänge beschränkt ist, nicht überzeugen kann.
11. Es ist der Kreditwirtschaft das Recht einzuräumen, für die Führung eines Basiskontos ein angemessenes Entgelt zu verlangen. Dies gilt auch dann, wenn

übliche Girokonten kostenfrei angeboten werden. Eine Umlage aller durch die Führung eines Basiskontos anfallenden Kosten (Vollkostenrechnung), ist jedoch nicht zu befürworten.

12. Es wäre wünschenswert, wenn sich die Kreditwirtschaft auf einen einheitlichen Gebührensatz für die Führung eines Basiskontos einigen könnte, damit kein „run“ auf besonders günstige Institute einsetzt, sondern die Lasten aus der Selbstverpflichtungserklärung gleichmäßig auf die gesamte Kreditwirtschaft verteilt werden. Dieser einheitliche Gebührensatz sollte sich an den durchschnittlichen Kosten für vergleichbare Girokonten orientieren, wobei ein maßvoller Zuschlag für den besonderen Aufwand mit der Führung eines Basiskontos akzeptabel erscheint.

Münster, 19. April 2012

gez. Prof. Dr. Matthias Casper