

# Fabian Brack: Verfassungswidrige Beschränkungen der Privatautonomie

## durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth. Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars „Die moderne Privatrechtsgesellschaft“ im Sommersemester 2020 bei Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU) am Lehrstuhl für Zivilrecht X entstanden.

### A. Vom Problem der Kontollosigkeit zum Kontrahierungszwang

Die deutsche Privatrechtsordnung ist gekennzeichnet von einem freiheitlichen Grundgedanken, dem tragenden Prinzip der Privatautonomie.<sup>1</sup> Ausfluss dieser weit gefassten Privatautonomie ist im Hinblick auf rechtsgeschäftliche Beziehungen die Vertragsfreiheit.<sup>2</sup> Die Vertragsfreiheit ist nicht nur Bestandteil der Privatautonomie und somit des tragenden Prinzips des Zivilrechts, sondern ist vielmehr auch verfassungsrechtlich gewährleistet. Art. 2 Abs. 1 GG schützt nach ständiger Rechtsprechung als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit sowohl die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr als auch die Vertragsfreiheit.<sup>3</sup> Insbesondere ist das Recht umfasst, privatrechtliche Verträge frei zu schließen.<sup>4</sup>

Im begrifflichen Gegensatz zur Vertragsfreiheit steht der Kontrahierungszwang.<sup>5</sup> Auf *Hans Carl Nipperdeys* grundlegendem Werk „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag“ basierend wird hierunter „die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten [...] Inhalts abzuschließen“<sup>6</sup> verstanden. Somit stellt ein

Kontrahierungszwang „einen Eingriff in die verfassungsrechtlich verbuchte Privatautonomie dar“.<sup>7</sup> Dem Mittel des Kontrahierungszwangs bedient sich der Gesetzgeber i. d. R. immer dann, wenn ein Vertragsprozess dahingehend gestört ist, dass ein zum Vertragsschluss Entschlossener keinen zum Vertragsschluss bereiten Gegenüber findet.<sup>8</sup> Ein solches Spannungsfeld existierte lange Zeit im Bereich des Zugangs zu Zahlungskonten (auch Girokonten genannt).<sup>9</sup> Die Notwendigkeit von Zahlungskonten zur gesellschaftlichen Teilhabe war und ist dabei ebenso unbestritten<sup>10</sup> wie das Problem, dass mindestens<sup>11</sup> eine halbe Millionen Menschen in Deutschland unfreiwillig ohne ein solches Auskommen mussten.<sup>12</sup> Diese Debatte fand ihren vorläufigen Abschluss mit dem Inkrafttreten der Zahlungskontenrichtlinie<sup>13</sup> am 17.09.2014 und – auf nationaler Ebene – dem Inkrafttreten der Regelungen zum Basiskonto im Zahlungskontengesetz<sup>14</sup> (ZKG) am 18.06.2016, welches einen Teil der Richtlinie umsetzt<sup>15</sup>. Hierin statuiert der deutsche Gesetzgeber mit § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG laut amtlicher Überschrift einen Anspruch auf Abschluss eines Basiskontovertrags. Aus Sicht des Verpflichteten wird dies wohl einzig als Kontrahierungszwang zu verstehen sein. Es verwundert nicht, dass dies einem auf die freiheitliche Grundkonzeption des Zivilrechts Vertrauenden gar

<sup>1</sup> *Busche, Jan*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 11.

<sup>2</sup> *Busche*, Privatautonomie (Fn. 1), S. 46; *Bydlinski, Franz*, Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwangs, AcP 180 (1980), S. 1 (4); *Musielak, Hans-Joachim*, Vertrag und ihre Grenzen, JuS 2017, S. 94.

<sup>3</sup> *BVerfG* v. 12.11.1958 – 2 BvL 4/56, BVerfGE 8, S. 274 (328); *BVerfG* v. 8.4.1997 – 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, S. 267 (303); *BVerfG* v. 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95, NJW 2001, S. 1709.

<sup>4</sup> *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 90. Ergänzungslieferung - Stand: Februar 2020, Art. 2 Rn. 102.

<sup>5</sup> *Bydlinski*, AcP 180 (1980), S. 1 (4).

<sup>6</sup> *Nipperdey, Hans Carl*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 7.

<sup>7</sup> *Günther, Thomas*, Girokonto für jedermann - Quo Vadis? - Auf dem Weg zum Kontrahierungszwang für Kreditinstitute?! -, WM 2014, S. 1369 (1373).

<sup>8</sup> *Busche*, in: MüKoBGB, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage 2018, Vor. § 145 Rn. 12; ähnlich *Kilian, Wolfgang*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), S. 47 (52).

<sup>9</sup> Siehe nur *Busche*, Privatautonomie (Fn. 1), S. 631 ff.; *Grünekle, Stefan*, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001; *Niekil, Oliver*, Das Recht auf ein Girokonto, 1. Auflage, 2011.

<sup>10</sup> BT-Drucks. 17/8312, S. 3; *Artz, Markus*, Das Basiskonto für Verbraucher, ZBB 2016, S. 191; *Gondert, Frank/Huneke, Arne Heinrich*, Das Basiskonto nach dem ZKG: Subjektives Recht, objektive Aufsicht und rechtliche Durchsetzung, VuR 2016, S. 323; *Held, Cornelius*, Das neue ZKG: Verfassungswidriger Kontrahierungszwang, BKR 2016, S. 353.

<sup>11</sup> Zur Problematik der genauen Datenerhebung *Liebetrau, Marcus*, Der Zusammenhang von Kontrahierungszwang und Beschränkung der vertraglichen Inhaltsfreiheit am Beispiel von Entgeltregelungen für Basiskonten, 2019, S. 31 ff.

<sup>12</sup> Wie hier *Held*, BKR 2016, S. 353; von 670.000 Kontolosen ausgehend BT-Drucks. 18/7204, S. 49; eher vage vom oberen sechsstelligen Bereich sprechend Bundesministerium für Finanzen, Monatsbericht September 2015, S. 24.

<sup>13</sup> RL 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, Abl. L 257, S. 214–246 (im Folgenden: Zahlungskontenrichtlinie).

<sup>14</sup> BGBl. 2016 I, S. 736.

<sup>15</sup> BGBl. 2016 I, S. 720.

als „Fremdkörper in der deutschen Privatrechtsordnung“<sup>16</sup> erscheinen mag. Gerade aufgrund dieser stets postulierten freiheitlichen Grundkonzeption scheint eine intensivere Auseinandersetzung mit § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG unumgänglich. Im Zusammenspiel mit der verfassungsrechtlichen Verankerung der Privatautonomie und der hier erkennbaren engen Verknüpfung von Privatrecht und Verfassungsrecht liegt eine Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit der Norm auf der Hand. Dieser Eindruck bestätigt sich umso mehr nach einem ersten Blick auf den Verpflichtetenkreis, welcher eine umfassende Verpflichtung sämtlicher Kreditinstitute vermuten lässt. Im Gegensatz hierzu scheint Art. 16 der Zahlungskontenrichtlinie einen geringeren Adressatenkreis ausreichen zu lassen. Hauptaugenmerk dieser Arbeit liegt folglich auf der Analyse der Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung der Privatautonomie durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG. Ausgegangen wird hierbei von der These *Helds*, ein entsprechender Kontrahierungszwang stelle einen Eingriff in die Berufsfreiheit privater Banken dar, welcher mangels Erforderlichkeit nicht gerechtfertigt werden könne, da auch eine Verpflichtung allein der (öffentlich-rechtlichen) Sparkassen genügt hätte, um den Richtlinienvorgaben zu entsprechen.<sup>17</sup>

Um die Frage danach, ob die Privatautonomie auf verfassungswidrige Art und Weise beeinträchtigt wird, beantworten zu können, soll zunächst aufgezeigt werden, an welchem Bereich des verfassungsrechtlich verankerten Prinzips der Privatautonomie § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG ansetzt und welche Wirkung diese Norm entfaltet. Erst im Anschluss wird dann ein Blick auf die Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung der Privatautonomie aus Sicht privatrechtlich organisierter Kreditinstitute durch die in Frage stehende Norm geworfen. Um beurteilen zu können, ob diese überhaupt am nationalen Verfassungsrecht gemessen werden darf, ist eine Betrachtung vor dem unionsrechtlichen Hintergrund vonnöten. Aufgrund der dort gesetzten Mindeststandards scheint die Umsetzung des nationalen Gesetzgebers die Abschlussfreiheit in einem den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht wahren Maße zu beschränken.

Weitere Regelungen des Zahlungskontengesetzes, welche die Privatautonomie der Vertragsparteien einschränken, bleiben

außer Betracht, sofern sie für das Verständnis des § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG nicht relevant sind. So wird weder auf die Problematik der Angemessenheit des Entgelts (§ 41 Abs. 2 S. 1 ZKG) vertieft eingegangen<sup>18</sup> noch auf die Möglichkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die Angemessenheit des vereinbarten Entgelts zu kontrollieren.<sup>19</sup> Die Notwendigkeit der Ergänzung der Ablehnungsgründe im Wege verfassungskonformer Auslegung wird nicht diskutiert.<sup>20</sup> Auch findet weder eine Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Zulässigkeit insbesondere des allgemeinen Kontrahierungszwangs noch mit dessen Konstruktion aus rechtsdogmatischer Sicht statt.<sup>21</sup> Ebenso wenig Gegenstand dieser Arbeit ist die unionsrechtliche Zulässigkeit alternativer Umsetzungsmöglichkeiten. Diese werden lediglich im Zuge der Untersuchung der Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht hypothetisch erwogen.

## **B. Verfassungswidrige Beschränkung der Privatautonomie**

### **I. Die Abschlussfreiheit als Teilstück der Privatautonomie**

Um die Wirkung des § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG auf die Privatautonomie zu verstehen, ist zunächst eine Begriffsbestimmung derselben erforderlich. Das tragende Element dieses Prinzips lässt sich in der selbstbestimmten Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse erkennen.<sup>22</sup> Trotz der häufig synonymen Verwendung ist die Vertragsfreiheit nicht gleichbedeutend mit dem übergeordneten Prinzip der Privatautonomie, sondern neben Eigentumsfreiheit, Testierfreiheit und Vereinigungsfreiheit lediglich die vierte Säule der Privatautonomie.<sup>23</sup> Anhand dieser synonymen Verwendung lässt sich allenfalls die Relevanz der in den §§ 241, 305 BGB erkennbaren Vertragsfreiheit erahnen.<sup>24</sup> Wie zuvor erwähnt, gliedert sich die Vertragsfreiheit ihrerseits insbesondere in die Ausübungsformen der Vertragsbegründungsfreiheit, der Vertragsgestaltungsfreiheit

<sup>16</sup> *Herresthal, Carsten*, Der Anspruch auf ein Basiskonto nach dem Zahlungskontengesetz (ZKG), BKR 2016, S. 133 (137).

<sup>17</sup> *Held*, BKR 2016, S. 353 (359).

<sup>18</sup> *Rott, Peter*, Das Basiskonto nach dem Entwurf des Zahlungskontengesetzes, VuR 2016, S. 3 (5).

<sup>19</sup> Siehe hierzu *BGH v. 30.6.2020 – XI ZR 119/19*, BKR 2020, S. 421.

<sup>20</sup> Den Ablehnungsgrund „aus wichtigem Grund“ fordernd *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (138 f.); a.A. *Gondert/Huneke*, VuR 2016, S. 323 (331); *Piekenbrock, Andreas/Rodi, Daniel*, Privatautonomie im Bereich des Commercial Banking, ZBB 2019, S. 245 (252).

<sup>21</sup> Überblick bei *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 8), Vor § 145 Rn. 20 ff.

<sup>22</sup> *Busche*, Privatautonomie (Fn. 1), S. 13 f., S. 22; *Kilian*, AcP 180 (1980), S. 47 (50); *Westermann, Harm Peter*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 24.

<sup>23</sup> *Busche*, Privatautonomie (Fn. 1), S. 46.

<sup>24</sup> Ähnlich *Busche*, Privatautonomie (Fn. 1), S. 63 ff.; *Westermann*, Vertragsfreiheit (Fn. 22), S. 24.

und der Formfreiheit.<sup>25</sup> Lässt man das letztgenannte Teilstück der Vertragsfreiheit außen vor, tritt die gegenseitige Abhängigkeit und Einflussnahme der Vertragsbegründungs- und Vertragsgestaltungsfreiheit<sup>26</sup> zu Tage, welche *Busche* bildlich sprechend trefflich als einerseits „Eingangportal zum Gebäude der Vertragsfreiheit“, andererseits als „Werkstatt“ bezeichnet, mit deren Hilfe die Gestaltungsinteressen der jeweils beteiligten Vertragsparteien in die entsprechende rechtliche Form gegossen werden könnten.<sup>27</sup> Somit wird deutlich, dass der erste gedankliche Schritt bei der Vertragsfreiheit begrenzenden Normen der Vertragsbegründungsfreiheit gewidmet werden muss.

Diese Vertragsbegründungsfreiheit wird von § 311 BGB in ihrer Existenz vorausgesetzt und gliedert sich ihrerseits wiederum in die Freiheit der Entscheidung, ob ein Vertrag überhaupt zustande kommen soll (sog. Abschlussfreiheit), und in die Möglichkeit frei zu wählen, mit wem kontrahiert werden soll (sog. Partnerwahlfreiheit).<sup>28</sup> Ohne das Recht, selbstbestimmt über das Zustandekommen einer Vertragsbeziehung zu entscheiden, ist eine vom freien Willen getragene Interessenverfolgung nicht denkbar, weshalb *Nipperdey* in der Abschlussfreiheit zutreffend die „ursprünglichste“ Form der Vertragsfreiheit sieht.<sup>29</sup>

Deshalb und angesichts des Regelungsgehalts des § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG interessiert im Folgenden nur die Abschlussfreiheit in ihrer Ausprägung als negative Vertragsbegründungsfreiheit, also dem Recht, im Zweifel einen Vertrag eben nicht eingehen zu müssen.<sup>30</sup>

## II. Aufhebung der Abschlussfreiheit durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG

Der Regelungsgehalt von § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG wird nach kurzer Auseinandersetzung mit Tatbestand und Rechtsfolge der Norm deutlich.

### 1. Tatbestand

§ 31 Abs. 1 S. 1 ZKG berechtigt in seinem persönlichen Anwendungsbereich diejenigen Verbraucher (i. S. d. § 13 BGB) zum Abschluss eines Basiskontovertrags, welche sich rechtmäßig in der Europäischen Union aufhalten.<sup>31</sup> Dies ergibt sich unmittelbar aus § 31 Abs. 1 S. 2 ZKG. Somit sind Personen ohne einen festen Wohnsitz ebenso erfasst wie Asylsuchende oder Personen ohne gültigen Aufenthaltstitel, deren Abschiebung jedoch rechtliche oder tatsächliche Gründe entgegenstehen.<sup>32</sup> Dieser Personenkreis ist es, welchen es vorrangig zu schützen gilt, indem diesem der Zugang zu grundlegenden Zahlungsdiensten und gleichsam die gesellschaftliche Teilhabe ermöglicht wird. Dies war auch das erklärte Ziel des Gesetzgebers.<sup>33</sup>

Dem Wortlaut des § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG zufolge stehen auf der Seite der Verpflichteten sämtliche Institute, welche Zahlungskonten für Verbraucher anbieten. Diese Definition bedarf jedoch wiederum der Konkretisierung.<sup>34</sup> Ein Institut im Sinne der Norm ist nach § 2 Abs. 5 ZKG nicht etwa ein Kreditinstitut i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 KWG, sondern kraft expliziten Verweises auf Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren. Hieraus folgt, dass sowohl private Banken als auch Sparkassen und kreditgenossenschaftliche Banken vom Verpflichtetenbegriff umfasst sind.<sup>35</sup> Dies deckt sich einerseits mit der Intention des Gesetzgebers, diejenigen Kreditinstitute auszunehmen, welche Konten anbieten, die nicht der Erbringung von Zahlungsdiensten für Verbraucher dienen,<sup>36</sup> andererseits aber sämtliche Säulen des Bankensystems zu verpflichten.<sup>37</sup> Eine dahingehende Entscheidung ist bereits im Koalitionsvertrag<sup>38</sup> gefallen.<sup>39</sup>

<sup>25</sup> *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 8), Vor. § 145 Rn. 10; *Musielak*, JuS 2017, S. 949 (949 f.).

<sup>26</sup> Hierzu auch *Kilian*, AcP 180 (1980), S. 47 (77).

<sup>27</sup> *Busche*, Privatautonomie (Fn. 1), S. 70.

<sup>28</sup> *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 8), Vor. § 145 Rn. 11; *Bydlinksi*, AcP 180 (1980), S. 1 (4); die Kontrahentenwahlfreiheit lediglich als Ausfluss der Abschlussfreiheit verstehend *Westermann*, Vertragsfreiheit (Fn. 22), S. 24.

<sup>29</sup> *Nipperdey*, Kontrahierungszwang (Fn. 6), S. 4 f.

<sup>30</sup> Vgl. *Bork*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 1: Allgemeiner Teil 4b, §§ 139–163, 2015, Vor. §§ 145–156 Rn. 14; *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 8), Vor. § 145 Rn. 11.

<sup>31</sup> *Bülow*, in: *Bülow, Peter/Artz, Markus (Hrsg.)*, Zahlungskontengesetz (ZKG): Kommentar, 2017, § 31 Rn. 6 f.

<sup>32</sup> *Artz*, ZBB 2016, S. 191 (192), *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (136).

<sup>33</sup> BT-Drucks. 18/7204, S. 76.

<sup>34</sup> *Gondert/Huneke*, VuR 2016, S. 323.

<sup>35</sup> *Brinkmann*, in: *Bülow/Artz*, ZKG-Kommentar (Fn. 31), § 2 Rn. 23.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 18/7204, S. 57.

<sup>37</sup> BT-Drucks. 18/7204, S. 75 f.; siehe auch *Held*, BKR 2016, S. 353 (357); *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (135); *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (249).

<sup>38</sup> Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode, „CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD“, S. 46.

<sup>39</sup> *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (135); *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (249).

## 2. Rechtsfolge: Spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang

Das verpflichtete Kreditinstitut *hat* mit dem Berechtigten gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG einen Basiskontovertrag zu schließen, dessen Inhalt sich maßgeblich nach dem Leistungs- und Pflichtenkatalog des § 38 Abs. 2 ZKG bestimmt. Einzige weitere Voraussetzung ist, dass der Antrag des Berechtigten die Voraussetzungen des § 33 ZKG erfüllt. Es besteht zwar ein minimaler Rest selbstbestimmten Entscheidens dergestalt, dass das verpflichtete Institut dem Abschluss eines Basiskontovertrags zuvorkommen kann, indem es mit dem Berechtigten die Führung eines gewöhnlichen Zahlungskontos vereinbart, welches nicht unmittelbar dem Leistungskatalog des § 38 Abs. 2 ZKG unterworfen ist.<sup>40</sup> Da das Zahlungskonto in dieser Konstellation nicht auf Grundlage eines Basiskontovertrags (§ 30 Abs. 1 ZKG) geführt wird, wird es terminologisch nicht als Basiskonto bezeichnet. Dies betrifft allerdings lediglich die zuvor dargestellte Vertragsgestaltungsfreiheit. Rechtstatsächlich bleibt dem verpflichteten Kreditinstitut nichts anderes übrig, als mit dem Berechtigten einen Zahlungsdienstvertrag nach § 675f Abs. 2 S. 1 BGB zu schließen, dessen inhaltliche Ausgestaltung nur in äußerst begrenztem Umfang zur Disposition der Vertragspartner steht, freilich mit dem Leistungskatalog des § 38 Abs. 2 ZKG als Untergrenze.<sup>41</sup> Hieran ändert auch die Möglichkeit, ein angemessenes Entgelt zu vereinbaren, nichts. Ein unangemessenes Entgelt beeinflusst die Wirksamkeit des Basiskontovertrags nicht, § 41 Abs. 4 ZKG.

Das *Ob* des Vertragsschlusses ist somit nicht auf die selbstbestimmte Willensbildung der Vertragsparteien zurückzuführen, sondern vielmehr auf den Anspruch des Berechtigten gegenüber dem verpflichteten Kreditinstitut, mit diesem einen entsprechenden Vertrag zu schließen. § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG normiert demzufolge unstreitig einen Kontrahierungszwang.<sup>42</sup> Dies stimmt auch mit der auf *Nipperdey* zurückgehenden Definition der Begrifflichkeit des Kontrahierungszwangs überein. Die negative Abschlussfreiheit wird aufgehoben.

Im Gleichklang mit anderen sonderprivatrechtlich normierten Kontrahierungszwängen<sup>43</sup> regelt § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG folglich

einen besonderen unmittelbaren Kontrahierungszwang.<sup>44</sup> Dieser ist multifunktional; es werden leistungssichernde und wirtschaftspolitische Ziele verfolgt.<sup>45</sup> Angesichts der Motivation, unfreiwillig Kontolosen den Zugang zu grundlegenden Zahlungsdiensten zu ermöglichen, scheint der Schwerpunkt hierbei auf einem leistungssichernden Motiv zu liegen.

## III. Unionsrechtlicher Hintergrund: Die Zahlungskontenrichtlinie

Des Weiteren ist es erforderlich, den europarechtlichen Hintergrund zu betrachten, um entscheiden zu können, inwiefern der Umsetzungsakt des nationalen Gesetzgebers überhaupt am nationalen Verfassungsrecht gemessen werden darf. Erst im Anschluss kann dann eine dezidierte Auseinandersetzung mit einer etwaigen Grundrechtsverletzung (insbesondere Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) aus Sicht privatrechtlich organisierter Kreditinstitute erfolgen.

Den unionsrechtlichen Hintergrund bildet die Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlament und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen. Artikel 16 Abs. 1 S. 1 dieser Zahlungskontenrichtlinie bestimmt, die Mitgliedstaaten hätten sicherzustellen, dass „alle Verbraucher garantierten Zugang zu einem solchen Konto [Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen – Anm. d. Verf.] haben und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden.“ Dies sei von allen oder zumindest einer hinreichend großen Zahl von Kreditinstituten zu gewährleisten. Erwägungsgrund 38 der Zahlungskontenrichtlinie statuiert zwar, dass derartige Zahlungskonten grundsätzlich bei so vielen Anbietern wie möglich verfügbar sein sollen, um eine flächendeckende Präsenz zu garantieren, keinesfalls folgt hieraus jedoch eine über den Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 hinausgehende zwingende Leitlinie.<sup>46</sup> Auch wäre es den Mitgliedsstaaten möglich gewesen – dies ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2 Unterabsatz 2 i.V.m. Erwägungsgrund 37 – die zusätzliche Voraussetzung des Nachweises eines echten Interesses einzufügen.<sup>47</sup> Eine derartige Beschränkung ist im ZKG

<sup>40</sup> Vgl. *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (137).

<sup>41</sup> *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (137).

<sup>42</sup> BT-Drucks. 18/7204, S. 76; *Artz*, ZBB 2016, S. 191; *Conreder, Christian/Schild, Ulrike*, Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung der sog. Zahlungskontenrichtlinie – Ein Überblick, BKR 2016, S. 89 (93); *Gondert/Huneke*, VuR 2016, S. 323 (327); *Held*, BKR 2016, S. 353 (356); *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (137); *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245; *Rott*, VuR 2016, S. 3 (8).

<sup>43</sup> Ein erster Überblick bereits bei *Kilian*, AcP 180 (1980), S. 47 (53 f.).

<sup>44</sup> Vgl. *Busche*, Privatautonomie (Fn. 1), S. 117 f.

<sup>45</sup> Vgl. *Busche*, in: MüKoBGB (Fn. 8), Vor. § 145 Rn. 17 ff.

<sup>46</sup> Wie hier: *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 125 (249); a.A. *Liebetrau*, Kontrahierungszwang und vertragliche Inhaltsfreiheit (Fn. 11), S. 146.

<sup>47</sup> *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (138).

offensichtlich nicht enthalten. Somit wird deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber mit seiner Umsetzung in § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG über die Vorgaben der mindestharmonisierenden<sup>48</sup> Richtlinie nicht nur unwesentlich hinausgeht.<sup>49</sup> Einen Kontrahierungszwang für sämtliche Anbieter von Zahlungskonten schreibt die Richtlinie gerade nicht vor.<sup>50</sup>

#### IV. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG

Durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG werden erstmalig auch die privatrechtlich organisierten Teile des Drei-Säulen-Systems<sup>51</sup> der deutschen Kreditwirtschaft einem Kontrahierungszwang unterworfen. Private Banken unterlagen bis dato keinem allgemeinen Kontrahierungszwang. Ein solcher ergab sich weder aus § 826 BGB<sup>52</sup> noch aus § 19 GWB, §§ 19, 21 AGG oder aus einer Selbstverpflichtung der deutschen Kreditwirtschaft aus dem Jahre 1995.<sup>53</sup>

Anderes galt in eingeschränktem Maße für öffentlich-rechtliche Sparkassen, welche aufgrund ihrer Organisationsform als Anstalten des öffentlichen Rechts keinesfalls grundrechtsberechtigt, sondern vielmehr grundrechtsverpflichtete (Art. 1 Abs. 3 GG) Rechtssubjekte sind.<sup>54</sup> Aufgrund der hieraus resultierenden Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG bestand somit schon vor Inkrafttreten des Zahlungskontengesetzes ein eingeschränkter Kontrahierungszwang für diese Institute, welche einen Vertragsschluss nur bei Vorliegen eines sachgerechten Grundes verweigern durften.<sup>55</sup> Darüber hinaus war bereits für den Großteil der öffentlich-rechtlichen Sparkassen auf Grundlage landesrechtlicher Regelungen ein Kontrahierungszwang normiert.<sup>56</sup>

## 1. Prüfungskompetenz nur im Umsetzungsspielraum

Als Anknüpfungspunkt der verfassungsrechtlichen Kontrolle kann wegen des Vorrangs des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht<sup>57</sup> lediglich der vom nationalen Gesetzgeber genutzte Gestaltungsspielraum dienen. Innerhalb dieses Bereichs muss der Umsetzungsakt freilich vollständig am Grundgesetz und somit an den Grundrechten gemessen werden.<sup>58</sup> Dies resultiert daraus, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung von EU-Richtlinien gerade infolge des Vorrangs des europäischen Sekundärrechts an die dort statuierten Vorgaben gebunden ist. Das Ziel wird durch das Unionsrecht verbindlich vorgegeben, die Wahl der Form und Mittel steht – abhängig von der Ausgestaltung der jeweiligen Richtlinie – dem Mitgliedsstaat zu (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV).

Wie bereits dargestellt ist der deutsche Gesetzgeber mit der umfassenden Verpflichtung sämtlicher Kreditinstitute, welche Zahlungskonten für Verbraucher anbieten, über die Mindestvoraussetzungen des Art. 16 Abs. 1 S. 2 der Zahlungskontenrichtlinie hinausgegangen. Dieser fordert lediglich die garantierte Versorgung sämtlicher Verbraucher des Hoheitsgebiets mit Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen. Folglich muss sich dieses Mehr an Umsetzung am Grundgesetz messen lassen.

## 2. Eingriff in die Berufsfreiheit privater Banken

Art. 12 Abs. 1 GG ist zunächst gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf (inländische) juristische Personen des Privatrechts anwendbar.<sup>59</sup> Hierzu zählen die privatrechtlich organisierten Banken; der persönliche Schutzbereich ist für diese mithin eröffnet. Die Anforderungen an die Rechtfertigung eines

<sup>48</sup> Zum Konzept der Mindestharmonisierung *Herresthal*, in: Bar, Christian von/Wudarski, Arkadiusz (Hrsg.), Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft, 2012, S. 41 ff.

<sup>49</sup> So auch *Held*, BKR 2016, S. 353 (358 f.); *Herresthal*, BKR 2016, S. 133; *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (248 f.).

<sup>50</sup> *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (248).

<sup>51</sup> Grundlegend hierzu *Tieben, Mirja*, Das Drei-Säulen-System des Bankenmarktes als regulierungsrechtliche Steuerungsressource, 2012, S. 10 ff.; von einem „Paradigmenwechsel“ sprechend *Held*, BKR 2016, S. 353 (358).

<sup>52</sup> *Busche*, Privatautonomie (Fn. 1), S. 637 ff.; *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (248); a.A. *Niekietl*, Das Recht auf ein Girokonto (Fn. 9), S. 178 ff.

<sup>53</sup> *Casper*, in: MüKoBGB, Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 631–705, 8. Auflage 2020, § 675f Rn. 24; *Günther*, WM 2014, S. 1369 (1370 ff.); siehe zur bis dato geltenden Rechtslage auch *Grünekle*, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen (Fn. 9); *Niekietl*, Das Recht auf ein Girokonto (Fn. 9); *Servatius*, in: Langenbuecher, Katja/Bliesener, Dirk H./Spindler, Gerald (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 2. Auflage, 2016, 35. Kapitel Rn. 146 ff.

<sup>54</sup> *BVerfG* v. 14.4.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, S. 192 (197 ff.); *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 1 Abs. 3 Rn. 54.

<sup>55</sup> *BGH* v. 5.5.2015 – XI ZR 214/14, NJW 2015, S. 2412; *Grünekle*, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen (Fn. 9), S. 85 ff.;

*Niekietl*, Das Recht auf ein Girokonto (Fn. 9), S. 87 ff.

<sup>56</sup> *Bunte*, in: Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage, 2017, § 2 Rn. 28 f.; *Herresthal*, BKR 2016, 133 (135); *Servatius*, in: Langenbuecher/Bliesener/Spindler (Fn. 51), 35. Kapitel Rn. 162.

<sup>57</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 69. Ergänzungslieferung – Stand: Februar 2020, AEUV Art. 288 Rn. 47 ff.

<sup>58</sup> *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), Grundgesetz: GG, Kommentar, 14. Auflage, 2017, Art. 23 Rn. 58; für den Fall der verfassungswidrigen Vorratsspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten *BVerfG* v. 11.3.2008 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 121, S. 1 (15); *BVerfG* v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 125, S. 260 (306).

<sup>59</sup> *Mann*, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 8. Auflage, 2018, Art. 12 Rn. 37.

Grundrechtseingriffs richten sich basierend auf der Drei-Stufen-Theorie des BVerfG<sup>60</sup> nach der Art desselben. Die Art des Eingriffs wird dabei anhand der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung bestimmt. Der durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG normierte spezialgesetzliche Kontrahierungszwang begrenzt die freie Vertragsgestaltung und ist folglich als Berufsausübungsregel zu qualifizieren<sup>61</sup>, gleichsam auf der untersten Stufe der Drei-Stufen-Theorie anzusiedeln.<sup>62</sup>

### 3. Rechtfertigung

Zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Freiheit der Berufsausübung genügen bereits „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“<sup>63</sup>, sofern die Betroffenen nicht unverhältnismäßig belastet werden.<sup>64</sup> Mit dem unbestrittenen sozialpolitischen Ziel des Gesetzgebers, unfreiwillig ohne Zahlungskonto Lebenden den Zugang zu diesen zu ermöglichen und somit grundlegende Zahlungsdienste zu gewährleisten,<sup>65</sup> ist eine durchaus vernünftige verbraucherschützende Erwägung des Gemeinwohls ersichtlich. Die Intention, sozial schwächere Menschen zu schützen und somit für eine gerechtere soziale Ordnung zu sorgen, wird durch das in Art. 20 Abs. 1 GG normierte Sozialstaatsprinzip gestützt.<sup>66</sup>

Freilich genügt entgegen Artz, welcher Geeignetheit, Gebotenheit und Angemessenheit allein aufgrund des begrüßenswerten Regelungsziels für gegeben hält,<sup>67</sup> dieses Ziel keinesfalls, um von der Verhältnismäßigkeit und somit auch Verfassungsmäßigkeit der Norm auszugehen. Gleiches gilt für die These Bülow, allein die überragende Bedeutung eines Girokontos zur Teilnahme am gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben genüge zur Rechtfertigung des normierten Kontrahierungszwangs.<sup>68</sup>

Es kommt entscheidend auf die Verhältnismäßigkeit des Kontrahierungszwangs an. Diese kann nur im Wege einer

differenzierten Prüfung von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne festgestellt werden.<sup>69</sup>

#### a) Erforderlichkeit

Der Grundsatz der Erforderlichkeit schreibt vor, von mehreren gleich geeigneten Mitteln dasjenige zu wählen, welches die – vorliegend durch Art. 12 Abs. 1 GG – geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigt.<sup>70</sup> Hierbei kommt dem Gesetzgeber eine entsprechende Einschätzungsprärogative zu.<sup>71</sup>

Die erste Frage, die es zu beantworten gilt, ist daher, ob die Normierung eines Kontrahierungszwangs für die privatrechtlich organisierten Säulen des Drei-Säulen-Systems erforderlich war oder es zur Umsetzung des Art. 16 der Zahlungskontenrichtlinie genügt hätte, lediglich die öffentlich-rechtliche Säule in Anspruch zu nehmen, den Vorgaben somit ohne Grundrechtseingriff zu entsprechen.<sup>72</sup> Es ist denkbar, dass eine Modifikation des bereits bestehenden Kontrahierungszwangs für diese grundrechtsverpflichteten Kreditinstitute den Voraussetzungen genügt hätte. Hierfür spräche auch die Stellung der öffentlich-rechtlichen Sparkassen als Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge.<sup>73</sup> Es besteht dahingehend Einigkeit, dass die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Zahlungskontenrichtlinie geltende nationale Rechtslage den Vorgaben des Unionsrechts nicht entsprochen hatte. Demnach bestand lediglich ein eingeschränkter Kontrahierungszwang. Ein Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers war unumgänglich.<sup>74</sup>

#### aa) Flächendeckende Präsenz öffentlicher Sparkassen

Entscheidend ist somit, ob die öffentlich-rechtlichen Sparkassen gemäß den Vorgaben von Art. 16 in der Lage wären, eine ausreichend flächendeckende Versorgung und damit einen garantierten Zugang aller Berechtigter im

<sup>60</sup> Bereits *BVerfG* v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, *BVerfGE* 7, S. 377 (401 ff.) – Apothekenurteil; *Mann*, in: *Sachs GG-Kommentar* (Fn. 59), Art. 12 Rn. 125.

<sup>61</sup> Vgl. *Mann*, in: *Sachs GG-Kommentar* (Fn. 59), Art. 12 Rn. 79.

<sup>62</sup> *Held*, *BKR* 2016, S. 353 (359).

<sup>63</sup> *BVerfG* v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, *BVerfGE* 7, S. 377 (405) – Apothekenurteil.

<sup>64</sup> *Mann*, in: *Sachs-GG-Kommentar* (Fn. 59), Art. 12 Rn. 126.; *Held*, *BKR* 2016, S. 454 (359).

<sup>65</sup> *RegE BR-Drucks.* 537/15, S. 88 f.

<sup>66</sup> *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 4), Art. 20 I Rn. 1; *Sachs*, in: *Sachs GG-Kommentar* (Fn. 59), Art. 20 Rn. 46 f.

<sup>67</sup> *Artz*, *ZBB* 2016, S. 191.

<sup>68</sup> *Bülow*, in: *Bülow/Artz, ZKG-Kommentar* (Fn. 31) § 31 Rn. 10.

<sup>69</sup> *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 4), Art. 20 VII. Rn. 110.

<sup>70</sup> *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 4), Art. 20 VII. Rn. 113.

<sup>71</sup> *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 4), Art. 20 VII. Rn. 116.

<sup>72</sup> *Piekenbrock/Rodi*, *ZBB* 2019, S. 245 (249); *Held*, *BKR* 2016, S. 353 (359 f.); *Herresthal*, *BKR* 2016, S. 133 (143).

<sup>73</sup> Vgl. *BVerfG* v. 14.4.1987 – 1 BvR 775/84, *BVerfGE* 75, S. 192 (197 ff.); *BGH* v. 11.3.2003 – XI ZR 403/01, *BGHZ* 154, S. 146 (151); *Bunte*, in: *Bunte, Hermann-Josef/Zahrte, Kai* (Hrsg.), *AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen*, Kommentar, 5. Auflage, 2019, *AGB-Banken* Rn. 6, 9; *Günther*, *WM* 2014, S. 1369 (1374); *Held*, *BKR* 2016, S. 353 (354); *Niekil*, *Das Recht auf ein Girokonto* (Fn. 9), S. 104 f.; *Piekenbrock/Rodi*, *ZBB* 2019, S. 245 (249).

<sup>74</sup> *Piekenbrock/Rodi*, *ZBB* 2019, S. 245 (249).

Hoheitsgebiet Deutschlands zu gewährleisten.<sup>75</sup> Es wäre angesichts des Wortlauts der Zahlungskontenrichtlinie durchaus möglich gewesen, lediglich eine flächendeckende Versorgung zu offerieren und nicht sämtliche Kreditinstitute zu verpflichten. Unter Einbeziehung des 38. Erwägungsgrundes fordert Art. 16 der Zahlungskontenrichtlinie zudem, dass der Verbraucher nicht dadurch diskriminiert wird, dass er an eine bestimmte Gruppe von Kreditinstituten verwiesen wird. Eine entsprechende Stigmatisierung durch den Verweis von Kontosuchenden an Sparkassen ist jedoch nicht zu befürchten. Über die Hälfte derjenigen, welche im Jahr 2017 Girokonten unterhielten, nutzten ein Hauptkonto bei Sparkassen bzw. Landesbanken.<sup>76</sup> Eine Umfrage aus dem Jahr 2019 belegt die naheliegende Vermutung, dass Sparkassen im Vergleich das größte Vertrauen der Befragten genießen.<sup>77</sup> Damit wird deutlich, dass eine Diskriminierung durch das Führen eines Kontos bei einem Kreditinstitut des Sparkassensektors nicht zu befürchten wäre.<sup>78</sup>

*Held* geht in seiner Kritik am Entwurf des Zahlungskontengesetzes mit Blick auf die Dichte des Filialnetzes der öffentlich-rechtlichen Sparkassen ohne Weiteres davon aus, die Sparkassen könnten der relevanten Zielgruppe der unfreiwillig Kontolosen „ebenso gut und effektiv“ den Zugang zu Basiskonten gewährleisten.<sup>79</sup> Diese hielten ohnehin eine entsprechend flächendeckende Infrastruktur bereit, um der Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Daseinsvorsorge gerecht zu werden.<sup>80</sup> Dagegen geht *Bülow* davon aus, eine dahingehende Beschränkung sei nicht denkbar, da andernfalls die Anzahl an Verpflichteten nicht ausreiche.<sup>81</sup> Auch *Rott* hält eine flächendeckende Versorgung aufgrund der „allgemein voranschreitenden Ausdünnung der Filialnetze“<sup>82</sup> nicht für möglich. *Liebetau* wiederum versucht ausgehend von dem Umstand, dass das Sparkassennetz nur ein Drittel aller deutschen Bankfilialen darstellt, die Schlussfolgerung zu ziehen, dass allein deshalb eine flächendeckende Versorgung nicht gewährleistet sei.<sup>83</sup> Eine lediglich relative Angabe wie

diese genügt jedoch insbesondere vor dem Hintergrund der Vielzahl verschiedener Anbieter keinesfalls.<sup>84</sup> Aus der Bankstellenstatistik mit Stand 31.12.2018, erhoben von der Deutschen Bundesbank, ist ersichtlich, dass zu diesem Zeitpunkt 386 Kreditinstitute mit der Bezeichnung *Sparkasse* existiert haben.<sup>85</sup> Aus der tabellarischen Darstellung der Zahlen wird zudem deutlich, dass diese auch in gewissem Maße proportional zur Größe und Bevölkerungszahl der einzelnen Bundesländer verteilt sind. Mit 9.492 Zweigstellen ist von einer gleichmäßigen und durchaus gewissermaßen flächendeckenden Versorgung durch Sparkassen auszugehen. In dieser Statistik enthalten sind jedoch auch die sechs Mitglieder des Verbands der Freien Sparkassen. Die sechs ordentlichen Mitglieder sind: Bordesholmer Sparkasse AG, Die Sparkasse Bremen AG, Hamburger Sparkasse AG, Sparkasse zu Lübeck AG, Sparkasse Mittelholstein AG, Sparkasse Westholstein. Fünf dieser sechs ordentlichen Mitglieder sind eigenen Angaben zufolge nicht als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert, sondern als Aktiengesellschaften.<sup>86</sup> Dies wird bereits durch den entsprechenden Rechtsformzusatz deutlich. Von einer sehr weitreichenden Versorgung durch die öffentlich-rechtlichen Sparkassen kann folglich ausgegangen werden, allerdings nicht von einer lückenlosen.

## bb) Problematik der freien Sparkassen

Es sind also nicht alle Kreditinstitute, welche *Sparkasse* in der Firma tragen, als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert. Vielmehr gibt es die eben genannten freien Sparkassen, welche als Aktiengesellschaft organisiert sind und welche nur dann nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden wären, wenn die öffentliche Hand eine Kapitalmehrheit für sich beanspruchen könnte.<sup>87</sup> Eine Kapitalmehrheit der öffentlichen Hand und in deren Folge eine Grundrechtsgebundenheit scheidet bei allen fünf Aktiengesellschaften aufgrund der aktuellen Struktur der jeweiligen Hauptversammlung<sup>88</sup> jedoch aus.

<sup>75</sup> *Günther*, WM 2014, S. 1369 (1374); *Held*, BKR 2016, S. 353 (355 f.); *Herresthal*, BKR 2016, S. 133 (143); *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (250).

<sup>76</sup> *Loesche*, Deutsche nutzen zumeist Girokonten von Sparkassen und Landesbanken, <https://de.statista.com/infografik/13367/befragten-die-bei-folgenden-instituten-ein-girokonto-unterhalten/> [Letzter Zugriff am 3.8.2021].

<sup>77</sup> *Brandt*, N26 hat kaum Kredit, <https://de.statista.com/infografik/19808/vertrauen-der-deutschen-in-geldinstitute/> [Letzter Zugriff am 3.8.2021].

<sup>78</sup> A.A. *Liebetau*, Kontrahierungszwang und vertragliche Inhaltsfreiheit (Fn. 11), S. 148 f.

<sup>79</sup> *Held*, BKR 2016, S. 353 (359).

<sup>80</sup> *Held*, BKR 2016, S. 353 (354) unter Verweis auf *Servatius*, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler (Fn. 51), 35. Kapitel Rn. 159.

<sup>81</sup> *Bülow*, in: *Bülow/Artz*, ZKG-Kommentar (Fn. 31), § 31 Rn. 10.

<sup>82</sup> *Rott*, VuR 2016, S. 3 (4).

<sup>83</sup> *Liebetau*, Kontrahierungszwang und vertragliche Inhaltsfreiheit (Fn. 11), S. 147 f.

<sup>84</sup> So auch *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (250).

<sup>85</sup> *Deutsche Bundesbank*, Bankstellenstatistik, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/800734/a8026937292a341ea665d5cd8325c783/mL/bankstellenstatistik-2018-data.pdf>, S. 2 [Letzter Zugriff am 3.8.2021].

<sup>86</sup> <http://www.verband-freier-sparkassen.de/ordentliche-mitglieder/> [Letzter Zugriff am 3.8.2021].

<sup>87</sup> Zur Grundrechtsbindung öffentlich beherrschter Unternehmen siehe *BVerfG* v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, S. 226 – Fraport-Urteil.

<sup>88</sup> Zur Hamburger Sparkasse AG siehe <http://www.haspa-finanzholding.de>; zur Bordesholmer Sparkasse AG siehe Offenlegungsbericht der Finanzholdinggruppe Bordesholmer Sparkasse AG zum 31.12.2019, <https://www.bordesholmer-sparkasse.de/content/dam/myif/bordesholmer-spk/work/dokumente/pdf/allgemein/2019-Offenlegungsbericht-CRR-Bordesholmer-Sparkasse-AG.pdf?stref=iconbox>, S. 7; zur Sparkasse Bremen AG siehe Basisprospekt vom 18. September 2017 für

Wollte man also in Gebieten, in welchen keine ausreichende Zahl öffentlich-rechtlicher Sparkassen zur Verfügung steht – dies ist zu befürchten in den jeweiligen Einzugsgebieten der genannten privatrechtlich organisierten Mitglieder des Verbands Freier Sparkassen – eine ausreichende Versorgung mit Basiskonten gewährleisten und diesen an die Sparkassen-Eigenschaft knüpfen, müsste eine Verpflichtung dieser privatrechtlich organisierten Sparkassen als Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG im Vergleich zu den anderen privatrechtlich organisierten Kreditinstituten gemessen werden.<sup>89</sup> Hierfür könnte aber gerade das Kriterium der Eingliederung in den Sparkassenverbund genügen.<sup>90</sup> Entscheidend ist, welche Vor- und Nachteile mit dieser Eingliederung verbunden sind. Ein Vorteil ist sicherlich der oben dargestellte Vertrauensbonus, welchen Kunden an die Bezeichnung *Sparkasse* knüpfen. Andererseits stehen den freien Sparkassen daneben keine öffentlich-rechtlichen Privilegien zu.<sup>91</sup> Ein Nachteil im Sinne einer Verpflichtung resultierend aus der Eingliederung in den Sparkassenverbund ist jedoch das Erfordernis einer am „Gemeinwohl orientierte Aufgabenstellung“, welche nach § 40 Abs. 1 Nr. 3 KWG zumindest im Falle einer Umwandlung in der Satzung festgeschrieben sein muss, um die Bezeichnung *Sparkasse* führen zu dürfen. Gerade diese Gemeinwohlorientierung ist es jedoch, welche eine Verpflichtung der freien Sparkassen gerechtfertigt erscheinen lässt.

Somit wäre eine flächendeckende Versorgung mit Basiskonten denkbar gewesen, indem der Kreis der Verpflichteten gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG lediglich diejenigen Kreditinstitute umfasst, welche *Sparkasse* in der Firma tragen. Hieraus resultiert allerdings die Unsicherheit, dass privatrechtlich organisierte Sparkassen durch entsprechende Mehrheiten in der Hauptversammlung eine Änderung der Firma vornehmen und das Unternehmen somit dem Kreis der Normadressaten entziehen könnten.<sup>92</sup> Die Realisierung dieser Gefahr ist meines Erachtens aber höchst unwahrscheinlich. Die zusätzliche Belastung durch den Zwang zum Angebot von Basiskonten steht in keinem Verhältnis zu der Gefahr, lukrative Kunden durch einen Wegfall der Bezeichnung *Sparkasse* zu verlieren.

Dies wäre angesichts des hohen Vertrauens, welches zuvor beschrieben wurde, keinesfalls unwahrscheinlich. Es bleibt dennoch zu konstatieren, dass ein gewisses Restrisiko verbleibt. Auch erscheint der Einwand *Rotts*, welcher befürchtet, eine Eingrenzung auf Sparkassen würde dazu führen, dass Verbraucher höhere Preise zahlen müssten, nachvollziehbar.<sup>93</sup>

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nach jüngster Rechtsprechung des BGH eine Umwälzung der Kosten alleine auf die Inhaber von Basiskonten unzulässig ist.<sup>94</sup>

### cc) Zwischenergebnis

Ein Kontrahierungszwang, welcher rechtstechnisch an die Bezeichnung *Sparkasse* geknüpft wird, würde unzweifelhaft ein milderes Mittel darstellen. Aufgrund der verbleibenden Restrisiken bezüglich der flächendeckenden Versorgung mit Filialen in Einzugsgebieten der freien Sparkassen kann dieser Alternative jedoch nicht dieselbe Wirksamkeit attestiert werden. Das Erfordernis der Erforderlichkeit stellt jedoch gerade nicht auf das Verhältnis von Wirksamkeit des Mittels und Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung ab.<sup>95</sup> Der Gesetzgeber wahrt die ihm zustehende Einschätzungsprärogative.<sup>96</sup> Der durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG normierte Kontrahierungszwang ist nicht bereits aufgrund mangelnder Erforderlichkeit als verfassungswidrige Beschränkung der Privatautonomie einzustufen. Insoweit ist die einleitend aufgegriffene These *Helds* zu verwerfen.

### b) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Der Kontrahierungszwang dürfte für die privaten Banken keine unangemessene Beeinträchtigung darstellen, müsste diesen also zumutbar sein.<sup>97</sup> Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der nationale Gesetzgeber den Verpflichteten die Möglichkeit einräumt, ein angemessenes Entgelt zu verlangen (vgl. § 41 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 ZKG).<sup>98</sup> Die Angemessenheit des Entgelts ergibt sich hierbei insbesondere aus der Marktüblichkeit unter Berücksichtigung des

---

Inhaberschuldverschreibungen, [https://www.sparkasse-bremen.de/content/dam/myif/sk-bremen/work/dokumente/pdf/inhaberschuldverschreibungen/basisprospekt\\_20170918\\_spk.pdf?n=true](https://www.sparkasse-bremen.de/content/dam/myif/sk-bremen/work/dokumente/pdf/inhaberschuldverschreibungen/basisprospekt_20170918_spk.pdf?n=true), S. 6; zur Sparkasse zu Lübeck AG siehe <https://www.spk-luebeck.de/de/home/ihre-sparkasse/ihre-sparkasse-vor-ort.html?n=true&stref=hnav>, „Unsere Organe“; zur Sparkasse Mittelholstein AG siehe <https://www.spk-mittelholstein.de/de/home/ihre-sparkasse/organe.html> [Letzter Zugriff jeweils am 3.8.2021].

<sup>89</sup> *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (250).

<sup>90</sup> So *Günther*, WM 2014, S. 1369 (1374); a.A. *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (250).

<sup>91</sup> *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (250 f.).

<sup>92</sup> *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (251).

<sup>93</sup> Den Vergleich mit dem Energiesektor ziehend *Rott*, VuR 2016, S. 3 (4).

<sup>94</sup> BGH v. 30.6.2020 – XI ZR 119/19, BKR 2020, S. 421 (424).

<sup>95</sup> *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 20 VII. Rn. 116.

<sup>96</sup> So auch *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (251).

<sup>97</sup> *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 20 VII. Rn. 117.

<sup>98</sup> *Bülöw*, in: *Bülöw/Artz*, ZKG-Kommentar (Fn. 31), § 41 Rn. 3 ff.; *Piekenbrock/Rodi*, ZBB 2019, S. 245 (251).

Nutzerverhaltens.<sup>99</sup> Folglich ist die Normierung des Kontrahierungszwangs nicht kompensationslos ausgestaltet.

Darüber hinaus darf in Rahmen der Prüfung der Angemessenheit nicht aus dem Blick geraten, dass trotz des Auftrags der Daseinsfürsorge bzw. der notwendigen Gemeinwohlorientierung die Sparkassen durchaus im Wettbewerb mit den einzelnen Anbietern der jeweiligen Säule des Bankensystems stehen. Infolge des Wegfalls von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Jahr 2005 erscheint es nachvollziehbar, eine ausschließliche Verpflichtung der Sparkassen als befremdlich<sup>100</sup> einzustufen, eine Einbeziehung sämtlicher Kreditinstitute hingegen als „begrüßenswert“<sup>101</sup> anzusehen. Durch die Gewährträgerhaftung haftete bis dato der Träger einer Anstalt für deren Verbindlichkeiten im Außenverhältnis subsidiär. Im Notfall musste somit die Kommune als Trägerin der kommunalen Sparkasse für deren Verbindlichkeiten eintreten.<sup>102</sup> Aus der Anstaltslast ergab sich zudem die Verpflichtung im Innenverhältnis, die Funktionsfähigkeit der Anstalt zu gewährleisten und etwaige Finanzlücken auszugleichen.<sup>103</sup>

Aus dem Grund der Abschaffung von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung allein kann jedoch noch kein Rückschluss auf die Angemessenheit des Eingriffs in die Berufsfreiheit privater Banken erfolgen. Ausgehend von diesem Argument ist dagegen durchaus von Belang, dass Art. 16 der Zahlungskontenrichtlinie sowie Erwägungsgrund 38 als ergänzenden Maßstab zur Ermittlung der notwendigen Anzahl der zu verpflichtenden Kreditinstitute die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen vorgibt. Somit ist fraglich, ob eine ausschließliche Verpflichtung der Sparkassen überhaupt richtlinienkonform gewesen wäre.<sup>104</sup> Vor dem Hintergrund der dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber auch hier zustehenden Einschätzungsprärogative ist folglich festzuhalten, dass dieser sich in genau jenem ihm gewährten Freiraum bewegt. Dieses Ergebnis ist angesichts des Gewichts des legislatorischen Ziels, in Umsetzung der europäischen Richtlinie den Zugang zu grundlegenden Zahlungsdienstleistungen zu gewähren, und der überragenden Bedeutung eines solchen Zugangs in einer modernen

Gesellschaft zu bestätigen. Dies gilt um so mehr vor dem Hintergrund der sozialstaatlichen Staatszielbestimmung des Art. 20 Abs. 1 GG.

Hierbei kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass ein vollständiges Fehlen jeglicher Begründung für eine umfassende Verpflichtung sämtlicher Kreditinstitute durchaus befremdlich erscheint.<sup>105</sup> Dies allein vermag jedoch keinesfalls eine mangelnde Verfassungsmäßigkeit zu begründen.<sup>106</sup>

#### 4. Ergebnis

Die Regelung des § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG ist im Ergebnis somit als erforderlich und angemessen einzustufen. Demzufolge wahrt diese im Rahmen des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1, 19 Abs. 1 GG den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und vermag den Eingriff zu rechtfertigen. Hieraus folgt die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs.

#### V. Darüberhinausgehende Grundrechtsbetroffenheit

Darüber hinaus können weitere Grundrechte in Betracht gezogen werden, welche durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG beeinträchtigt sein könnten. Hierbei ist insbesondere an die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG in Gestalt des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und an die in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Wirtschaftsfreiheit zu denken.

Eine isolierte Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 GG scheidet in der gegebenen Konstellation jedoch bereits an dessen mangelnder funktioneller Eigenständigkeit.<sup>107</sup>

Anders verhält es sich mit der Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, welche in einem engen funktionalen Zusammenhang mit der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG steht.<sup>108</sup> Während Letztere den Erwerb schützt, erstreckt sich der Schutz des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG objektbezogen auf das bereits Erworbene.<sup>109</sup> Auch wenn Schutzbereichsüberschneidungen grds. denkbar sind,<sup>110</sup> bedient sich das BVerfG zur Abgrenzung des Kriteriums der

<sup>99</sup> BGH v. 30.06.2020 – XI ZR 119/19, Pressemitteilung Nr. 84/2020.

<sup>100</sup> Artz, ZBB 2016, S. 191.

<sup>101</sup> Rott, VuR 2016, S. 3 (4); ähnlich Gondert/Huneke, VuR 2016, S. 323 (333).

<sup>102</sup> Thode, Bernd/Peres, Holger, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei kommunalen Sparkassen und Landesbanken, BB 1997, S. 1749 (1749 f.).

<sup>103</sup> Thode/Peres, BB 1997, S. 1759 (1750).

<sup>104</sup> So auch Piekenbrock/Rodi, ZBB 2019, S. 245 (251).

<sup>105</sup> So auch Artz, ZBB 2016, S. 191; Herresthal, BKR 2016, S. 133 (135); Piekenbrock/Rodi, ZBB 2019, S. 245 (249).

<sup>106</sup> Vgl. BVerfG v. 18.6.2012 – 1 BvL 10/10, BVerfGE 132, S. 134 (162) Rn. 70 f.; BVerfG v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, S. 246 (345) Rn. 279 – Atomausstieg; Kersten, in: Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 76 Rn. 22.

<sup>107</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 12 Rn. 123.

<sup>108</sup> Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 12 Rn. 130.

<sup>109</sup> Axer, in: BeckOK GG, 48. Edition, 2021, Art. 14 Rn. 27.

<sup>110</sup> Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 14 Rn. 353.

Sachnähe.<sup>111</sup> Insofern wäre auch vorliegend ausschließlich der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG betroffen.

Selbst bei Annahme eines eigenständig geschützten Bereichs im Einzelfall wären aufgrund der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG weitestgehend dieselben Maßstäbe anzulegen, wie im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit.<sup>112</sup> Insofern muss die zuvor festgestellte Verfassungsmäßigkeit des durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG statuierten Kontrahierungszwang bestätigt werden.

### **C. Zusammenfassung**

Zur Beantwortung der Forschungsfrage muss demnach Folgendes festgehalten werden: Durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG normiert der deutsche Gesetzgeber einen spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang. Hierdurch wird die negative Abschlussfreiheit der verpflichteten Kreditinstitute vollständig aufgehoben. Diese Aufhebung stellt zugleich eine Beschränkung der Vertragsfreiheit dar, da die Freiheit, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen werden soll, in Anlehnung an *Nipperdey* als die wohl „ursprünglichste“ Ausübungsform der Vertragsfreiheit zu qualifizieren ist. Eine Beschränkung der

Privatautonomie in der Säule der Vertragsfreiheit ist durch § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG unzweifelhaft gegeben.

Die Beantwortung der Frage, ob diese Beschränkung tatsächlich verfassungswidrig ist, muss differenziert vorgenommen werden. Keinesfalls darf von der Sympathie bzgl. des Regelungsziels auf die Verfassungsmäßigkeit der Norm geschlossen werden. Dennoch muss die These, der nationale Gesetzgeber habe durch die überschießende Umsetzung der Zahlungskontenrichtlinie einen verfassungswidrigen Kontrahierungszwang geschaffen, verworfen werden. Angesichts zahlreicher Unsicherheiten, ob ein alternativ konstruierter Kontrahierungszwang, welcher ausschließlich Sparkassen verpflichten würde, ein gleich geeignetes Mittel darstellen würde, kann gerade nicht davon gesprochen werden, die Verfassungswidrigkeit ergebe sich gerade schon aus der mangelnden Erforderlichkeit. Unter Heranziehung der übrigen Normen zur Ausgestaltung des Basiskontovertrags durch das Zahlungskontengesetz erweist sich die Regelung auch als angemessen, somit als verhältnismäßig i.e.S. Der Eingriff in die Berufsfreiheit der privaten Banken ist als gerechtfertigt anzusehen.

Eine Beschränkung der Privatautonomie liegt vor. Diese ist jedoch verfassungskonform.

---

<sup>111</sup> *BVerfG* v. 8.6.2010 – 1 BvR 2011/07, NVwZ 2010, S. 1212 (1214).

<sup>112</sup> *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig (Fn. 4), Art. 14 Rn. 353.