

Stellungnahme

Stellungnahme zum Referentenentwurf der Zahlungskontenrichtlinie

20. September 2015

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.300 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.500 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlands-umsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom setzt sich insbesondere für eine innovative Wirtschaftspolitik, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

1. Einleitung

Das Bundesministerium der Finanzen hat am 07. August 2015 den *Referentenentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen* den Verbänden und Interessensgruppen zur Stellungnahme bis zum 02. Oktober 2015 übersandt.

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/92/EU (in Folge RL) soll Deutschland derart erfolgen, dass zum einen das neue Zahlungskontengesetz (in Folge ZahlungskontenG) geschaffen wird, und zum anderen weitere Gesetze, wie z.B. das Gesetz über das Kreditwesen (KWG) angepasst werden.

Die zentralen Elemente des Referentenentwurfs (RefEnt) sind die Vergleichbarkeit von Zahlungskontenentgelten, der Wechsel von Zahlungskonten sowie der unbeschränkte Zugang von Verbrauchern zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen.

Die Richtlinie fördert im Sinne eines integrierten Zahlungsverkehrsmarktes den europaweiten Wettbewerb und Innovation und bietet gleichzeitig Verbrauchern eine Reihe von Vorteilen.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Steffen von Blumröder
Bereichsleiter
Banking, Financial Services & FinTechs
T +49 30 27576-126
s.vonblumroeder@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Vor diesem Hintergrund ist es Bitkom ein Anliegen zur Wirksamkeit der Richtlinie beizutragen und nachteilige Auswirkungen oder unbeabsichtigte Konsequenzen minimieren zu helfen, die mögliche Vorteile beeinträchtigen oder den Wettbewerb verzerren.

2. Ausgangssituation der Stellungnahme

Die Finanzwelt hat sich in den letzten Jahren grundlegend verändert. Dies insbesondere durch Digitalisierung und Innovation im Bereich der Finanzdienstleistungen. In Deutschland verwendeten im Februar 2015 rund 45,5 Mio. Menschen ein Smartphone¹. Auf diesen Umstand nehmen Financial Technologies Companies, sogenannte FinTechs, Bezug und es entstehen weltweit neue innovative Unternehmen, die einzelne Dienstleistungen der Finanzbranche ausgliedern und „mobil machen“.

Die Verbraucher können nunmehr ihr Zahlungskonto online via Smartphone, Tablet oder PC eröffnen, ohne hierzu in eine Bankfiliale gehen zu müssen. Festgelder können von zuhause aus ins EU Ausland überwiesen werden, ihre Versicherungen online eingesehen, verwaltet und abgeschlossen werden. Darüber hinaus können Konsumenten kurzfristige Kredite online mittels Besicherung durch ein Pfand aufnehmen, ihr Vermögen online anlegen und verwalten lassen und vieles mehr.

Die FinTechs haben den Verbrauchern einen neuen Zugang zur Finanzwelt geschaffen und der Zustrom an begeisterten Nutzern ist enorm und lässt auch die traditionellen Banken dahingehend umdenken, dass Synergien mit den FinTechs geschaffen und Lösungen gemeinsam erarbeitet werden, die dieser mobilen Innovation Rechnung tragen.

Grundsätzlich sind die neuen Marktteilnehmer mit den gleichen regulatorischen Anforderungen wie Finanzinstitute konfrontiert, welche zum Teil digital schwer umsetzbar sind. Im Fall des ZahlungskontenG handelt es sich um ein Gesetz, das geschaffen wurde, um den Zugang zu Zahlungskonten für Verbraucher zu erleichtern und sollte daher auch die entsprechenden digitalen Lösungen ermöglichen. Darauf nimmt das ZahlungskontenG allerdings nur bedingt Rücksicht und es wird auf diese Weise eine unnötige Hürde auf dem Weg zu mehr Digitalisierung im Finanzbereich eingefügt, die in dieser Form im Sinne des Verbraucherschutzes nicht notwendig ist.

3. Die Herausforderung

Das ZahlungskontenG sieht in § 21 Abs 1 Satz 1 für die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe die Schriftform vor. Bitkom hat die Sorge, dass im Rahmen der Anwendung des Gesetzes hierunter die Schriftform im Sinne des § 126 BGB verstanden wird. Bitkom möchte anregen, dass dies nicht der Fall ist, sondern die Textform gemeint ist. Schriftform bedeutet laut Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) in diesem Zusammenhang die eigenhändige Unterschrift des Verbrauchers, was einen volldigitalisierten Vorgang des Kontowechsels unmöglich macht, da es immer zu einem unnötigen Medienbruch kommt. Der Verbraucher muss die Ermächtigung ausdrucken, unterschreiben und anschließend entweder einscannen und per Email absenden oder - was wahrscheinlicher ist - per Briefpost versenden.

¹ Abruf am 17.9.2015 unter <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/198959/umfrage/anzahl-der-smartphonenuutzer-in-deutschland-seit-2010/>

4. Das Schriftformerfordernis

§ 126 BGB sieht hinsichtlich der Schriftform vor, dass der Aussteller einer Urkunde diese eigenhändig unterzeichnen muss. Unzulässig ist die Unterzeichnung durch Stempel, Faksimile oder sonstige mechanische Hilfsmittel. Ein elektronisches Dokument wahrt die Schriftform nicht. Auch die Unterschrift auf einem elektronischen Tablet wahrt die Schriftform nicht².

Die Anwendung des § 126 BGB würde bedeuten, dass die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe vom Verbraucher eigenhändig unterschrieben werden müsste. Dafür wäre es naturgemäß notwendig, dass der Verbraucher die Ermächtigung ausdrückt, um diese zu unterfertigen und sodann an den entsprechenden Zahlungsdienstleister übermitteln muss. Hierdurch kommt es zu einem Medienbruch bei einem Vorgang, der problemlos in einem nahtlosen digitalen Prozess abgewickelt werden könnte.

Das Gesetz verbietet in diesem Zusammenhang auch die Leistung der Unterschrift auf elektronischem Weg, wie z.B. durch das eigenhändige Setzen der Unterschrift mittels Mousepad oder entsprechenden Programmen. Auch ein elektronisch erstelltes Dokument wahrt die Schriftform gemäß § 126 BGB nicht.

Somit gäbe es keinen „Ausweg“ die Schriftform auf mobile, elektronische Weise zu ersetzen, was einen volldigitalisierten Kontowechsel unmöglich macht bzw. einen Bruch bedeutet, der die Mitarbeit des Verbrauchers dahingehend voraussetzt, dass dieser einen Drucker und Scanner (falls der Zahlungsdienstleister nicht überhaupt darauf besteht, das Original übermittelt zu bekommen) zur Verfügung hat bzw. zur Post gehen muss, um die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe übermitteln zu können. Eine Bitkom Umfrage hat zuletzt ergeben das Konsumenten, speziell in der Altersgruppe unter 30, häufig über gar keinen Drucker mehr verfügen. Gesetze sollten Konsumenten die Wahl geben analoge oder digitale Services in Anspruch zu nehmen.

5. Schutzzweck der Norm des § 126 BGB

Ausgehend vom Schutzzweck der Norm, sohin davon, was der Gesetzgeber mit Schaffung der Norm schützen wollte, hat die Leistung der Unterschrift den Zweck im Rahmen der Klarstellungs- und Beweisfunktion, die Identität des Ausstellers erkennbar zu machen, die Echtheit der Urkunde zu gewährleisten und dem Empfänger die Prüfung zu ermöglichen, wer die Erklärung abgegeben hat³.

Der Gesetzgeber will bezwecken, dass (i) die Identität des Ausstellers sowie (ii) die Echtheit der Urkunde klar erkennbar sind und darüber hinaus mittels Schriftform (iii) eine Überprüfungsmöglichkeit für den Empfänger schaffen. All diese Anforderung kann jedoch problemlos nachgekommen werden, ohne einen Medienbruch zu verursachen und damit kann auf die Schriftform verzichtet werden.

² Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, 2015, § 126 Rz 8.

³ Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, 2015, § 126 Rz 6.

5.1 Identität des Ausstellers

Der Verbraucher ist sowohl dem empfangenden als auch dem abgebenden Zahlungsdienstleister bereits bekannt, die Identität wurde festgestellt, verifiziert und festgehalten. Der Verbraucher musste bei der Eröffnung des alten und neuen Kontos den KYC (Know-Your-Customer) Prozess durchlaufen, weitere Sicherheitsvorkehrungen werden bei Übermittlung der Online Banking Login Daten geschaffen, indem die Zugangsdaten in verschiedenen Postsendungen verschickt werden oder per eingeschriebener Briefsendung oder sogar durch persönliche Abholung und Identitätsfeststellung in einer Bankfiliale. Der Verbraucher ist daher beiden beteiligten Zahlungsdienstleistern bekannt, es handelt sich hierbei um keinen Fremden!

Die Zahlungsdienstleister haben zudem zur Erleichterung des mobilen Bankings sogenannte Zahlungsauthentifizierungsprogramme geschaffen. Mittels TAN Verifizierung kann der Verbraucher Jede von seiner Bank angebotene Transaktion (z.B. Überweisung, Dauerauftrags-Einrichtung, Kreditanfrage, Antrag zur Eröffnung eines weiteren Kontos) online sicher durchführen und könnte auf diese Weise auch die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe ausstellen. Die Identität des Ausstellers könnte problemlos durch den Login Prozess, der eine schutzbasierte Überprüfung der Identität durchführt, verifiziert werden. Dieses Verfahren ist nicht weniger sicher als die Schriftform. Es kann in diesem Zusammenhang hinsichtlich des Schutzzwecks kein Unterschied erkannt werden, ob der Verbraucher selbständig einen Dauerauftrag in seinem Online Banking ändert (ohne Schriftform erforderlich) oder hierfür die Kontowechselhilfe in Anspruch nimmt (mit Schriftformerfordernis). Nimmt er die Änderung des Dauerauftrags selbständig vor, bedarf es hierfür keiner Schriftform, es erfolgt kein Bruch des Vorgangs durch Ausdrucken und Versenden eines Dokuments, um einen Dauerauftrag abändern zu dürfen. Im Falle der Kontowechselhilfe allerdings schon.

Das oben Gesagte gilt ebenso für jede Überweisung eines Guthabens des Verbrauchers von einem Konto auf ein anderes. In der Regel bedarf es hierfür nur einer TAN Verifizierung und die Überweisung wird durchgeführt. Wechselt der Verbraucher allerdings sein Konto und will sein Guthaben übertragen, erfordert dieser Vorgang nunmehr laut RefEnt die Schriftform. Somit würde eine Transaktion, die seit Jahren online per PIN/TAN und anderer Authentifizierungs-Verfahren durchführbaren Transaktionen verwandt ist, durch diesen Rückschritt plötzlich die Schriftform erfordern.

Natürlich muss auch den Bankkunden ein einfacher Kontowechsel ermöglicht werden, die Online Banking aktuell noch nicht nutzen. Bitkom regt daher an eine pragmatische Lösung zur Authentifizierung mittels Einmalzugang/-passwort für das Online-Banking möglich zu machen, welches die Konsumenten von ihren bisherigen Banken bekommen. So wäre die Kontowechselhilfe über die heutige Infrastruktur der Banken für alle Kunden möglich, ohne dass große Investitionen bei den Banken für neue Schnittstellen erforderlich sind.

Zusammenfassend kann zum Schutzzweck der Identitätsfeststellung des Verbrauchers gesagt werden, dass es bereits bestehende und funktionierende digitale Lösungen gibt, die alle Sicherheitsstandards erfüllen, zur Identitätsfeststellung dienen und die Schriftform für die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe hierfür in keinsten Weise erforderlich machen. Die Ermächtigung kann ebenso mittels TAN Verifizierung erfolgen, was den Vorgang ohne Unterbrechung möglich machen würde. Der Verbraucher könnte daher die Ermächtigung aussprechen und sogleich alle Daueraufträge, Lastschriften, Gutschriften, die Kontoschließung sowie die Übertragung des positiven

Saldos in einem Vorgang durchführen ohne hierfür den Ort wechseln zu müssen. Dieses Vorgehen würde einem effizienten und einfachen Prozess entsprechen.

5.2 Echtheit der Urkunde

Eine Urkunde ist eine schriftliche Verkörperung einer Gedankenerklärung und ist dann als echt anzusehen, wenn die Unterschrift dem Namensträger zuzuordnen ist und die darüber stehende Schrift vom Aussteller stammt oder mit dessen Willen dort steht⁴. Die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe ist sohin die schriftliche Verkörperung einer Gedankenerklärung des Verbrauchers, die dann als echt gilt, wenn die Unterschrift eindeutig vom Verbraucher stammt. Dieses Erfordernis hat der Zahlungsdienstleister zu überprüfen.

Erfolgt die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe allerdings digital, macht dies eine Überprüfung der Echtheit der Urkunde obsolet, da hierfür keine Urkunde erstellt werden müsste. Dies steht dem Schutzzweck der Norm aber nicht entgegen, da der Schutzzweck für den Fall geschaffen wurde, dass schriftliche Verkörperungen auf deren Echtheit überprüft werden können, was nicht gleichbedeutend damit ist, dass die Echtheit einer Gedankenerklärung nicht auch auf andere Weise als mittels schriftlicher Verkörperung überprüft werden kann. Fehlt eine schriftliche Verkörperung, läuft dies dem Schutzzweck sohin nicht entgegen, sondern zeigt eine Möglichkeit auf, die dem Gesetzgeber bei Verfassung des Gesetzes (noch) nicht in den Sinn gekommen ist, ansonsten hätte er diese Möglichkeit in Betracht gezogen.

Der Schutzzweck der Norm steht einer Weiterentwicklung eines Gesetzes und dessen Anpassung an neueste Gegebenheiten nicht entgegen. Jedes Gesetz unterliegt einer ständigen Weiterentwicklung und Anpassung und wird dies insbesondere auch dadurch deutlich, dass die (oberste) Rechtsprechung ein und dasselbe Gesetz über Jahrzehnte hinweg immer wieder anders auslegt, wenn sich die Gegebenheiten dazu entsprechend geändert haben.

Der Schutzzweck bezieht sich hinsichtlich der Echtheit der Urkunde allerdings nicht auf deren Inhalt. Es kommt hierbei nicht zu einer Überprüfung der Richtigkeit des Inhalts, woraus folgt, dass es sich in diesem Zusammenhang nur darum handelt, dass mittels der Echtheit der Urkunde der Aussteller identifiziert werden kann. Wie oben beschrieben kann die Identität des Ausstellers auf andere Weise festgestellt werden, was das physische Vorhandensein einer Urkunde obsolet macht und aus diesem Grund die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe auch digital erfolgen kann.

5.3 Überprüfung des Erklärenden

Der letzte Schutzzweck der Norm bezieht sich darauf, dass dem Empfänger die Möglichkeit gegeben werden muss, zu überprüfen, wer die Erklärung abgegeben hat. Dazu gilt grundsätzlich das bereits oben Gesagte. Dem Zahlungsdienstleister ist es auf vielfache andere Weise möglich, zu verifizieren, ob die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe von dem dazu berechtigten Verbraucher stammt, denn nur darauf bezieht sich das Vorhandensein einer physischen Ermächtigung. Der Zahlungsdienstleister will sicher gehen, dass der dazu Berechtigte die Ermächtigung unterfertigt hat.

⁴ *Hennings, Feige, Der Urkundenbeweis im Zivilprozess, Juristische Arbeitsblätter 2/2012, 128.*

Es sei in diesem Zusammenhang zu erwähnen, dass das Vorhandensein einer physischen Urkunde die Möglichkeit einer Fälschung niemals ganz abwenden kann. Wird hingegen die Ermächtigung mittels TAN-Verifizierung freigegeben, muss sich der „Fälscher“ nicht nur die Zugangsdaten zum Online Banking angeeignet haben, sondern zudem auch noch die TAN-Liste oder, im Falle von moderneren TAN-Verfahren, das Smartphone des Berechtigten inklusive der zur Entsperrung nötigen PIN oder gar des biometrischen Merkmals. Aus diesem Blickwinkel erscheint die digitale Ermächtigung um ein vielfaches sicherer, denn eine Urkunde zu fälschen, erscheint in diesem Fall doch erheblich „einfacher“ zu bewerkstelligen.

5.4 Die Schriftform im BGB

Im Vergleich dazu, um die Notwendigkeit der Schriftform zu verstehen, sei aufzuzeigen, in welchen Fällen der Gesetzgeber die Schriftform u.a. noch vorgesehen hat. § 111 BGB sieht die Schriftform z.B. bei einseitigen Rechtsgeschäften mit Minderjährigen vor. § 368 BGB sieht die Schriftform bei Aushändigen einer Quittung durch den Gläubiger vor. § 409 BGB bestimmt für die Abtretungsurkunde die einfache Schriftform. § 416 BGB sieht die Schriftform bei der Übernahme einer Hypothekenschuld vor. In § 484 BGB werden der Teilzeit-Wohnrechtsvertrag, der Vertrag über ein langfristiges Urlaubsprodukt, der Vermittlungsvertrag sowie der Tauschsystemvertrag der Schriftform unterstellt. § 557a BGB sieht für die Vereinbarung einer Staffelmiete die Schriftform vor ebenso die Kündigung eines Mietverhältnisses laut § 568 BGB. Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedürfen gemäß § 623 BGB zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. § 655b BGB hält fest, dass ein Darlehensvermittlungsvertrag mit einem Verbraucher der Schriftform bedarf. Auch die Bürgschaftserklärung bedarf der Schriftform laut § 766 BGB.

Bereits jetzt – obwohl die Aufzählung nicht abschließend erfolgte – erscheint klar, in welchen Fällen der Gesetzgeber die Schriftform fordert. Dies geschieht meist in Fällen, in denen die Urkunde eine Außenwirkung hat, um ein Rechtsverhältnis z.B. gegenüber Dritten zu deklarieren. So ist es für eine Zession notwendig, dass der Schuldner weiß, an wen er zukünftig seine Verbindlichkeiten leisten muss und es vereinfacht das Verfahren, wenn ihm dieser Umstand mittels Urkunde bekannt gemacht werden kann, da sich der Schuldner und der Zessionar unbekannt gegenüber stehen. Das gleiche gilt für den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Minderjährigen oder um das Begleichen einer Schuld physisch mittels Quittung nachweisen zu können.

Andere Fälle, in denen das Gesetz die Schriftform verankert hat, schützen den Schwächeren eines Vertragsverhältnisses, wie z.B. den Arbeitnehmer, Mieter oder Bürgen. Hier scheint die Schriftform vorgesehen zu sein, um explizit darauf hinzuweisen, welche Verpflichtung der Schwächere eingeht, wie z.B. bei der Bürgschaft oder Staffelmiete.

Dass die Kündigungen von einem Arbeitsverhältnis die Schriftform vorsieht, hat den Zweck, dass die Kündigung konstitutiv wirkt.

Die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe hat weder Außenwirkung gegenüber einem Dritten noch wirkt diese konstitutiv. Der Verbraucher ist in diesem Fall auch kein Schwächerer, der in einem Rechtsverhältnis schützenswert scheint, denn es geht hier nur darum, eine angebotene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen. Beim Darlehensvertrag mit einem Verbraucher (der schwächeren Partei) kann das Fehlen des Erfordernisses der Schriftform

laut § 494 Abs 2 BGB durch die Auszahlung des Darlehens an den Verbraucher geheilt werden und macht sohin den Darlehensvertrag voll wirksam. In diesem Zusammenhang muss man sich die Frage stellen, ob die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe denn wirklich schützenswerter scheint, als ein Verbraucherdarlehensvertrag, denn für die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe sieht der Gesetzgeber keine Heilungsmöglichkeit bei Fehlen der Schriftform vor.

Zusammenfassend kann ausgeführt werden, dass der Schutzzweck der Norm des § 126 BGB einer digitalen Ermächtigung zur Kontowechselhilfe nicht entgegensteht.

6. Elektronische Form

§ 126 Abs. 3 BGB sieht vor, dass die schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden kann, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Das ZahlungskontenG sieht nicht vor, dass die schriftliche Form nicht durch die elektronische Form ersetzt werden könnte. Allerdings ist auch die elektronische Form im Falle der Ermächtigung zur Kontowechselhilfe nicht praktikabel, da der Aussteller hierbei das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz (SigG) versehen muss.

Dies bedeutet, dass der Verbraucher die hierfür geeignete Hard- und Software zur Verfügung haben und bei einem Zertifizierungsdiensteanbieter ein qualifiziertes Zertifikat beantragen muss. Das Zertifikat besteht aus zwei auf dem Verfahren asymmetrischer Kryptographie beruhenden Schlüsseln, einem öffentlichen und einem nur dem Inhaber der Signatur zugänglichen privaten Schlüssel. Um zu signieren, muss der Verbraucher den auf der Signatur-Chip-Karte (Smart Card) gespeicherten privaten Schlüssel unter Eingabe der PIN über ein spezielles Zusatzgerät in den PC einlesen⁵.

Aktuell hat sich die qualifizierte elektronische Signatur nicht unter den Konsumenten durchgesetzt, womit dieses Verfahren als massenfähige Alternative zur Schriftform ausfällt.

7. Schriftformerfordernis in der Richtlinie

Zu Beginn sei angemerkt, dass die RL im Kapitel III zum Kontowechsel keine Vorschriften hinsichtlich Schriftlichkeit oder sogar Schriftform vorsieht.

Die RL hält in Art. 9 lediglich fest, dass die Mitgliedstaaten (in Folge MS) sicher stellen müssen, dass die Zahlungsdienstleister jedem Verbraucher, der bei einem im Hoheitsgebiet des betreffenden MS ansässigen Zahlungsdienstleister ein Zahlungskonto eröffnet oder Inhaber eines solchen Kontos ist, einen Kontowechsel-Service zur Verfügung stellen.

Die RL führt darüber hinaus aus, dass die MS vorschreiben können, dass der Verbraucher die Ermächtigung schriftlich (was nicht gleichbedeutend mit Schriftform ist) abgegeben kann (Art 10 Abs. 2⁶). Dies allerdings nur unter der Prämisse, dass die alternativen Maßnahmen, welche die MS vorsehen, laut Art 10 Abs. 1 lit a-c klar im Interesse des

⁵ Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, 2015, § 126a Rz 4.

⁶ Alle Artikel Angaben ohne direkten Bezug auf eine RL beziehen sich auf die RL 2014/92/EU.

Verbrauchers liegen, dem Verbraucher keine zusätzlichen Lasten entstehen und der Kontowechsel höchstens denselben gesamten Zeitrahmen erfordert wie von der RL vorgegeben.

Der deutsche Gesetzgeber sieht nun bei der Umsetzung der RL in deutsches Recht eine stark konservative Bestimmung vor, denn diese fordert, wie oben bereits angemerkt, die Schriftform für die Ermächtigung des Verbrauchers zur Kontowechselhilfe. Dazu ist der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, allerdings laut Art 10 Abs. 1 lit a-c nur unter folgenden Voraussetzungen:

Die Alternativen Maßnahmen:

- a) liegen klar im Interesse des Verbrauchers,
- b) verursachen dem Verbraucher keine zusätzlichen Lasten und
- c) erfordern beim Kontowechsel höchstens denselben gesamten Zeitrahmen wie jener den die RL vorsieht.

Bitkom möchte anregen, zu prüfen ob bei Einfügung der Schriftform die oben genannten Voraussetzungen eingehalten würden.

7.1 Artikel 10 Abs. 1 lit a

Liegt die Schriftform klar im Interesse der Digitalisierung? Die Antwort ist nein, denn in erster Linie sollte dem Verbraucher eine Lösung geboten werden, auf unkomplizierte und für ihn wenig aufwendige Weise die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe erteilen zu können.

Danach muss der Verbraucher das erhaltene Dokument unterschreiben und es sodann entweder einscannen und elektronisch versenden (wobei hier die Vermutung nahe liegt, dass die Zahlungsdienstleister das Dokument im Original verlangen), oder es persönlich zum Zahlungsdienstleister bringen oder per Post versenden. Sohin liegt auch beim zweiten Schritt der Handlungsbedarf beim Verbraucher; dieser muss sich zuerst das Dokument beschaffen und trägt in Folge auch dafür Sorge, wie dieses sodann wieder zum Zahlungsdienstleister zurück kommt, um schlussendlich die Dienstleistung (endlich) in Anspruch nehmen zu können.

Das gesamte Verfahren liegt aus Bitkom Sicht nicht im Interesse des Verbrauchers und entspricht auch nicht dem, was der europäische Gesetzgeber gewollt hat. Verbraucher sollten die Wahl haben einen volldigitalisierten Service in Anspruch zu nehmen oder auch nicht.

In Erwägungsgrund 10 der RL nimmt der europäische Gesetzgeber explizit darauf Rücksicht, dass sich die Finanzwelt in den letzten Jahren durch Digitalisierung und innovative Produkte gewandelt hat. Es heißt hier, „*Außerdem ist es von entscheidender Bedeutung, sicherzustellen, dass diese Richtlinie nicht die Innovation im Bereich der Finanzdienstleistungen für Privatkunden behindert.*“⁷

Anhand dieses Erwägungsgrundes ist deutlich erkennbar, dass der europäische Gesetzgeber neue Technologien in der Finanzwelt explizit schützen und deren Durchführbarkeit unterstützen wollte. Er macht deutlich, dass diese durch die

⁷Satz 1 Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2014/92/EU.

RL auf keinen Fall eingeschränkt werden sollte. In diesem Fall muss eine andere Lösung gefunden werden, es darf keine Behinderung der Innovation im Bereich der Finanzdienstleistungen durch Umsetzung der RL erfolgen. Aber genau das macht der aktuelle Referentenentwurf mit Verankerung der Schriftform, die jeden digitalisierten Vorgang unmöglich macht er schränkt neue innovative Produkte ein, erschwert aus Bitkom Sicht deren Zugang erheblich.

Die Schriftform für eine Ermächtigung zur Kontowechselhilfe zu verlangen, kann den Verbraucher vor einem Missbrauch nicht mehr schützen, als eine digitale Lösung, die wie oben unter 5.3 angeführt sogar als die sicherere Lösung erscheint. Es besteht sohin keinerlei Notwendigkeit, die von der Europäischen Union bereits vorgegebenen Bestimmungen hinsichtlich des Verbraucherschutzes - die Möglichkeit einer schriftlichen Ermächtigung - zu verstärken, wenn es dem Verbraucherschutz nicht dient und das tut es in diesem Fall nicht.

Die Richtlinie stellt klar, dass auf technologische Innovationen im Bereich der Finanzdienstleistungen Rücksicht genommen werden soll. Bitkom ist der Meinung, dass der deutsche Gesetzgeber dies bedenken muss.

7.2 Artikel 10 Abs. 1 lit b

Zweitens ist zu prüfen, ob durch die Implementierung der Schriftform dem Verbraucher zusätzliche Lasten entstehen. Diese Frage kann klar mit ja beantwortet werden, denn wie oben bereits beschrieben, hat der Verbraucher mit Implementierung der Schriftform zweifellos zusätzliche Lasten, als wenn er die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe elektronisch erteilen könnte und somit eine vollständig digitale Prozesskette ohne analoge Brüche vorläge.

Wie bereits angeführt, ist der Verbraucher im Fall der Schriftform dazu angehalten, das Dokument entweder auszudrucken oder bei der Bank abzuholen oder die Bank zu ersuchen, ihm das Dokument zuzuschicken, in allen drei Fällen liegt der Handlungsbedarf beim Verbraucher. Schon der erste Schritt liegt daher klar nicht im Interesse des Verbrauchers.

Der europäische Gesetzgeber führt dazu in Erwägungsgrund 27 der RL an, dass dem Verbraucher keine übermäßigen bürokratischen und finanziellen Aufwendungen entstehen dürfen. Auch wenn der Verbraucher nur eine Briefmarke kaufen muss, entstehen diesem durch die Schriftform finanzielle Aufwendungen, sowie darüber hinaus auch unnötige bürokratische Aufwendungen, die in dieser Form einfach nicht notwendig erscheinen. Zudem hält der europäische Gesetzgeber in Erwägungsgrund 27 auch fest, dass die Zahlungsdienstleister den Verbrauchern ein klares, schnelles und sicheres Verfahren für den Wechsel von Zahlungskonten zur Verfügung stellen müssen. Die Schriftform steht der Schnelligkeit ohne Zweifel entgegen, aber auch die anderen beiden Kriterien, Klarheit und Sicherheit werden durch die Schriftform nicht derart geleistet, dass dies die einzige Möglichkeit bietet, den Kontowechsel auf diese Weise zu ermächtigen. Bitkom bietet an mögliche Alternativen zu evaluieren und im Detail zu betrachten.

Der europäische Gesetzgeber bestimmt in Erwägungsgrund 29 zudem, dass das Verfahren für den Verbraucher unkompliziert sein muss. Zusätzlich heißt es „Die Mitgliedstaaten sollen bei der Festlegung des Kontowechsel-Services auf zusätzliche Instrumente, etwa auf technische Lösungen, zurückgreifen können“⁸. Hiermit schaffte der europäische

⁸ Satz 3 Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2014/92/EU.

Stellungnahme

Seite 10|13

Gesetzgeber für alle MS die Möglichkeit auf alternative Möglichkeiten abseits der herkömmlichen Lösungen Bedacht nehmen zu können. Es zeigt sich daher, dass der europäische Gesetzgeber, jegliche neuartigen Technologien in seine Erwägungen miteinbezogen hat, was im aktuellen Referentenentwurf vernachlässigt wird. Es wurde für die MS explizit die Möglichkeit geschaffen, bei Umsetzung der RL die innovativen Lösungen miteinzubeziehen. Ob das Verfahren unkompliziert ist, wie die RL verlangt, muss hier nicht weiter erörtert werden, auf diesen Punkt wurde bereits mehrmals Bezug genommen und es ist jedenfalls nicht unkompliziert, wenn der Verbraucher schlimmstenfalls zweimal das Haus verlassen muss, um die Ermächtigung erteilen zu können.

Das wohl stärkste Argument gegen die Schriftform verfasste der europäische Gesetzgeber in Erwägungsgrund 30. Dort heißt es „Die Mitgliedstaaten könnten vorschreiben, dass die Ermächtigung durch den Verbraucher schriftlich zu erfolgen hat, könnten jedoch gegebenenfalls auch gleichwertige Mittel gelten lassen, wenn etwa ein Mechanismus für einen automatischen Kontowechsel vorhanden ist.“⁹ Diese Stellungnahme hätte jede alternative Möglichkeit abseits der Schriftform erlaubt, denn es bestehen eine Vielzahl von vollautomatisierten Lösungen für einen digitalen Kontowechsel, was der deutsche Gesetzgeber auch ohne Aufwand in Erfahrung bringen hätte können, hätte er sich mit dem Thema auseinandergesetzt.

Der europäische Gesetzgeber äußert in diesem Zusammenhang auch keine Bedenken hinsichtlich des Verbraucherschutzes, denn ansonsten hätte es hierzu eine Erwähnung gegeben. Sohin sieht der europäische Gesetzgeber einen automatischen Kontowechsel unbedenklich im Hinblick auf den Schutz der Verbraucher. Natürlich kann man diesbezüglich nun argumentieren, dass mit Mechanismus für einen automatischen Kontowechsel der Vorgang an sich gemeint ist, sohin alles was nach Erteilung der Ermächtigung erfolgt. Nur warum sollen diese beiden Vorgänge getrennt voneinander betrachtet werden, wenn es ein Leichtes ist, diese beiden in einem einzigen Vorgang zu verbinden. Man kann hierbei davon ausgehen, dass der europäische Gesetzgeber auf die für den Verbraucher einfachste und unkomplizierteste Lösung abgestellt hat, auch wenn es diesem (vielleicht) nicht bewusst war, was technisch bereits alles möglich ist. Grundsätzlich zeigt die Aussage, dass sich der europäische Gesetzgeber dahingehend Gedanken gemacht und die MS auch dazu angehalten hat, diese Möglichkeiten bei der Umsetzung der RL in Betracht zu ziehen und die innovativen Lösungen in diesem Bereich unter keinen Umständen zu blockieren. Aber genau dies wird im aktuellen Referentenentwurf getan, er blockiert mit der Schriftform jede digitale und innovative Möglichkeit des automatischen Kontowechsels, die für den Verbraucher klar, sicher und schnell durchführbar wäre.

Auch die Gleichwertigkeit, die der europäische Gesetzgeber verlangt, ist zweifellos gegeben, wenn der Kontowechsel mittels Mechanismus automatisch durchgeführt wird. Die Gleichwertigkeit muss hierbei gegenüber einer schriftlichen Ermächtigung vorliegen, die alleinig den Zweck der eindeutigen Identifizierung des Kunden haben kann. Wie oben bereits mehrmals ausgeführt, steht die digitalisierte Ermächtigung zur Kontowechselhilfe dem Verbraucherschutz in keinsten Weise entgegen, erfüllt diesen sogar mehrfach durch die zweifache Sicherheitsabfrage beim Online Banking und entspricht sohin zweifellos der geforderten Gleichwertigkeit.

Aus all diesen Gründen kann auch die zweite Voraussetzung – dem Verbraucher dürfen keine zusätzlichen Lasten entstehen – mit Implementierung der Schriftform als nicht berücksichtigt angesehen werden.

⁹ Satz 3 Erwägungsgrund 30 der Richtlinie 2014/92/EU.

7.3 Artikel 10 Abs. 1 lit c

Der dritte Punkt, der zu prüfen war, bezog sich darauf, dass der Kontowechsel durch eine alternative Umsetzung in den MS höchstens denselben gesamten Zeitrahmen erfordern darf, wie vom europäischen Gesetzgeber vorgesehen. Es steht außer Zweifel, dass der Aufwand, der dem Verbraucher durch die Implementierung der Schriftform entsteht, den gesamten Zeitrahmen sprengt und kann dazu – zur Vermeidung von Wiederholungen - auf das bereits oben Gesagte verwiesen werden.

Auch bei Prüfung der dritten Voraussetzung kann gesagt werden, dass der deutsche Gesetzgeber durch die Einfügung der Schriftform nicht im Sinne der RL gehandelt und andere gleichwertige Alternativen in Betracht gezogen hat.

Der europäische Gesetzgeber ließ den MS bei Umsetzung der RL in nationales Gesetz Spielraum, solange die alternativen Maßnahmen klar im Interesse des Verbrauchers liegen, dem Verbraucher keine zusätzlichen Lasten entstehen und der Kontowechsel höchstens denselben gesamten Zeitrahmen erfordert wie von der RL vorgegeben. All diese Voraussetzungen werden leider vom aktuellen Referentenentwurf nicht berücksichtigt, woraus folgt, dass die alternative Maßnahme der Schriftform - im Gegensatz dazu sah der europäische Gesetzgeber hierzu keine bestimmte Form vor und verwies darauf, dass die MS die Ermächtigung zur Kontowechselhilfe schriftlich umsetzen könnten - nicht in deutsches Gesetz umgesetzt werden.

8. Online einsetzbare Zahlungskarte in der Richtlinie

Durch die EU-Richtlinie erhält jede natürliche Person, die sich rechtmäßig in der Union aufhält, Zugang zu einem Basiskonto, das im Umfang der angebotenen Dienste regulären Zahlungskonten nahe kommt. Zu den in der Richtlinie verpflichtend vorgesehenen Diensten gehört eine Zahlungskarte, die Online nutzbar sein muss.

- Es ist verpflichtend im Rahmen des Basiskontos eine Zahlungskarte anzubieten, die Online-Zahlungen mit einschließt. Die Online-Fähigkeit der Zahlungskarte findet in der Umsetzung in deutsches Recht (aktueller Referentenentwurf des BMF und des BMJV vom 29. Juli 2015) jedoch, anders als im Ursprungstext der EU, keine explizite Erwähnung. Ohne die explizite Erwähnung von Online-Zahlungen entfällt jedoch ein Anreiz für die Banken, deutschen Verbrauchern moderne Zahlungstechnologien anzubieten. Die Konsequenz daraus: deutsche Verbraucher werden im Gegensatz zu Verbrauchern in anderen EWR-Ländern benachteiligt.
- Auch aus innovationspolitischer Sicht handelt es sich hier um eine verpasste Chance: Zahlungsdiensteanbieter in Deutschland, die ungleich zur Regulierung in den anderen EWR-Staaten nicht zur Entwicklung onlinefähiger Zahlungskarten angehalten werden, laufen mittelfristig Gefahr den technologischen Anschluss auf diesem Zukunftsfeld zu verlieren. Eine explizite Aufnahme der Online-Fähigkeit von Zahlungskarten in den Referentenentwurf zur Umsetzung in deutsches Recht würde hingegen zumindest den Anspruch auf Ausstattung mit zukunftsfähiger Technologie festschreiben.
- Die EU-Richtlinie formuliert neben der ausreichenden Versorgung der Bürger mit Bankdienstleistungen das Ziel, den europaweiten Wettbewerb im Retail Banking zu steigern. Die Umsetzung der EU-Richtlinie in deutsches Recht

sollte entsprechend als Chance genutzt werden, das deutsche Retail Banking wettbewerbsfähig, zukunftsfest und EU-kompatibel aufzustellen.

Die Richtlinie verfolgt das Ziel, Verbrauchern in diesem Wettbewerbsfeld europaweit gleiche Chancen und Möglichkeiten einzuräumen. Regelungen zum Schutz von Anbietern, die nicht auf der Höhe des Wettbewerbs konkurrieren, sind mit Geist und Buchstaben der Richtlinie nicht kompatibel.

9. Zusammenfassung

Aus all den oben genannten Erwägungen kann zusammenfassend gesagt werden, dass die Schriftform unter jedem hier zu bedenkenden Aspekt als unverhältnismäßig im Sinne der Digitalisierung und über das Ziel hinaus gehend erscheint. Bitkom gibt zu bedenken, dass es sich schlussendlich nur um eine weitere Dienstleistung eines Zahlungsdienstleisters handelt, und zwar nachdem KYC bereits durchgeführt wurde **und** nachdem die Zugangsdaten zum Online Banking an den Verbraucher übermittelt wurden. Somit wurde bereits auf diese Weise ein Schutzmechanismus errichtet, der Zahlungsdienstleister kennt zum einen seinen Kunden und zum anderen kann das Online Banking nur mittels zweiteiliger Verifizierung – Zugang per PIN und Freigabe mittels TAN, die beispielsweise auf das Smartphone des Verbrauchers gesendet wird – ausgeführt werden.

Auch der Schutzzweck der Norm des § 126 BGB steht einer digitalen Ermächtigung zur Kontowechselhilfe nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat mit Verankerung der Schriftform deutlich gemacht, dass diese insbesondere dann erforderlich ist, wenn es sich um den Schutz einer schwächeren Vertragspartei handelt oder wenn die Schriftform eine gewisse Außenwirkung gegenüber Dritten erlangen soll. Beides ist hier nicht gegeben und macht die gesetzliche Verankerung der Schriftform zur Gänze unnötig.

Bei der Umsetzung einer RL ist immer zwingend darauf abzustellen, was sich der europäische Gesetzgeber bei Verfassung der RL gedacht hat und ist hierauf bei der Umsetzung unbedingt Bedacht zu nehmen. Der europäische Gesetzgeber hat die Schriftform nicht vorgesehen, es wurde nicht einmal Schriftlichkeit vorgesehen.

Der europäische Gesetzgeber hat die MS sogar explizit darauf hingewiesen, auf etwaige innovative technische Mechanismen Rücksicht zu nehmen und diese nicht zu blockieren, sondern in die Überlegungen bei der Umsetzung verpflichtend miteinzubeziehen. Darauf hat der deutsche Gesetzgeber nicht reagiert und sich mit Verankerung der Schriftform nicht daran gehalten, was der europäische Gesetzgeber im Hinblick auf die Umsetzung gefordert hat.

Es darf auch nicht unerwähnt bleiben, dass die Schriftform nach der notariellen Beurkundung die höchste Formvorschrift ist, die das Gesetz vorsehen kann. Diese ist nun bei einer so einfachen Erteilung wie einer Ermächtigung zur Kontowechselhilfe vorgesehen worden. Hier stellt sich doch die Frage, ob dieses Vorgehen des deutschen Gesetzgebers nicht unverhältnismäßig und aus Sicht von Bitkom derart auch nicht vertretbar ist. Es finden sich hierzu auch keine zwingenden Schutzverpflichtungen des Gesetzgebers, die ein solches Vorgehen rechtfertigen würden. Die Verbraucher genießen in jeder Rechtsordnung hohe Schutzrechte, aber es kann klar gesagt werden, dass die Rechte der Verbraucher durch eine digitale Ermächtigung zur Kontowechselhilfe nicht gefährdet scheinen oder beschränkt werden. Das Erfordernis der Schriftform stände in eklatantem Widerspruch zu allen in den letzten Jahren

Stellungnahme

Seite 13|13

getätigten politischen Richtungsentscheidungen, der digitalen Agenda und Visionen hinsichtlich Digitalisierung in Wirtschaft und Verwaltung.

Bitkom ist der Meinung, dass aus den ausgeführten Gründen die Schriftform zur Ermächtigung zur Kontowechselhilfe im ZahlungskontenG ersatzlos gestrichen werden kann.

Darüber hinaus ist es aus unserer Sicht zwingend notwendig, dass der Referentenentwurf die in der Richtlinie verpflichtend vorgesehene Zahlungskarte, die Online nutzbar sein muss, entsprechend berücksichtigt.