

## Bericht über den Bankrechtstag am 28. Juni 2024

Von Akademischer Mitarbeiter Pascal Panse, M.Sc. MLF (Oxford), Tübingen

[1] Univ.-Prof. Dr. *Peter O. Mülbert* begrüßte alle Gäste herzlich zum diesjährigen Bankrechtstag, der sich thematisch vor allem mit den Möglichkeiten und Folgen der voranschreitenden Digitalisierung befasste. Zudem gab er bekannt, dass Univ.-Prof. Dr. *Katja Langenbacher* vom Vorstand der Bankrechtlichen Vereinigung (BrV) ins Kuratorium gewechselt sei, während Univ.-Prof. Dr. *Petra Buck-Heeb* ihre bisherige Tätigkeit als Kuratoriumsmitglied nun als Vorstandsmitglied fortsetzen werde.

### I. Erfüllung im Digitalzeitalter

[2] Die erste Abteilung unter der Leitung von *Buck-Heeb* startete mit dem ersten Referat des Tages zur Erfüllung im Digitalzeitalter von Prof. Dr. *Carsten Jungmann*. Seinen Vortrag begann er mit einem Zitat von *Richard Koch*, späterer Reichsbankpräsident, zur Einführung des Giroverkehrs und des Scheckgebrauchs 1878. Damals sei mit dieser Entwicklung eine Revolution des Verständnisses von Geld und der Erfüllung von Geldschulden einhergegangen. Auch heute stehe wieder eine Veränderung des Geldbegriffes an. Das Bargeld verliere an Bedeutung, der Wechsel sei antiquiert, und auch klassische Zahlungsmodalitäten wie Überweisungen, Lastschrift und Kartenzahlungen seien inzwischen selbstverständlich geworden. Stattdessen gewinnen E-Geld-basierte Zahlungsmittel an Bedeutung, und für bestimmte Kryptowerte sei dies prognostiziert. Auf EU-Ebene werde mit der Einführung eines digitalen Euros staatlich tokenbasiertes Zentralbankgeld geschaffen. Die Digitalisierung des Geldes habe unzweifelhaft Einfluss auf die Erfüllung von Geldschulden und die damit verbundenen Fragestellungen.

[3] Daran anschließend stellte *Jungmann* die Entwicklung eines Modells zur Prüfung der automatischen, also nicht abredeabhängigen Erfüllungstauglichkeit von Zahlungsverfahren und dessen Anwendung auf sieben Zahlungsverfahren vor. Zunächst konkretisierte er den im Gesetz nicht definierten, aber vorausgesetzten, Begriff der Geldschuld als eine auf Verschaffung von Geld eingegangene Verbindlichkeit und der Verschaffung von Vermögensmacht bzw. Euromacht; denn eine Geldschuld müsse in einer Währung ausgedrückt werden. Für die Erfüllung dieser Schuld sei dann die Frage entscheidend, ob bar geleistet werden dürfe bzw. müsse oder ob auch auf andere Weise geleistet werden dürfe bzw. müsse. Gesetzlicher Ausgangspunkt sei § 362 BGB, welcher aber gerade nicht auf Geld oder gesetzliche Zahlungsmittel abstelle. Entscheidend sei stattdessen das konkrete Schuldverhältnis, um die Frage des Bewirkens zu beantworten. Dies könne durch das Kriterium der Verkehrssitte in § 242 BGB konkretisiert werden. Als Leistungserfolg gelte das Zufließen von währungsrechtlich anerkannter Liquidität. Es gebe also gerade keine gesetzlichen Vorgaben an die Form des Geldes oder die Erfüllung einer Geldschuld. Die Art

und Weise des Bewirkens könne sich aus dem Schuldverhältnis ergeben; relevant seien aber vor allem die Konstellationen, die keine Regelung vorsehen, da es dann auf eine automatische Erfüllungswirkung ankomme.

[4] Die wohl noch immer aktuelle Rechtsprechung des BGH stelle auf die Erfüllung durch Barzahlung ab, also durch Übereignung der gesetzlichen Zahlungsmittel, so *Jungmann* weiter. Als gesetzliches Zahlungsmittel gälten zurzeit nur Euronoten und Euromünzen, dieses werde auch durch die kommende EU-Verordnung<sup>1</sup> bestätigt. Die Rechtsfolge einer Einordnung als gesetzliches Zahlungsmittel sei aber unklar; die EuGH-Entscheidung in der Sache *Hessischer Rundfunk*<sup>2</sup> spreche für einen grundsätzlichen Annahmezwang, der aber durch vertragliche Abrede frei abdingbar sei. Dies werde sich durch die EU-Verordnung ändern, da diese einen Annahmezwang mit gesetzlichen Ausnahmen vorsehe. Für die Frage der Erfüllungswirkung knüpfe diese aber nicht länger an das gesetzliche Zahlungsmittel an. Deshalb müsse der juristische Begriff „Geld“ nicht länger mit dem gesetzlichen Zahlungsmittel gleichgesetzt werden. Die juristische Diskussion sei vor allem deshalb noch gegenständlich verhaftet, weil die Erfüllung durch Bargeld klare Antworten auf Fragen liefere.

[5] Alternative Zahlungsverfahren müssten vier Kriterien zur Durchsetzung in der Praxis erfüllen. Diese seien die Dauer im Sinne eines schnellen Eintritts des Leistungserfolges, die Einfachheit im Sinne der Initiierung eines Zahlungsvorganges, Günstigkeit und Sicherheit, dass die Leistungsvornahme auch zum Leistungserfolg führe. Die Entwicklung von Zahlungsverfahren, die diese Anforderungen erfüllen, sei eine Frage der Realität und keine Frage der rechtlichen Entwicklung. Das Recht könne entweder nur konkrete Zahlungsverfahren durch staatlichen Zwang vorgeben und andere verbieten oder Zahlungsverfahren anerkennen und ggfs. regulieren. Wenn sich diese Verfahren in der Praxis etablierten, erfolge die Anerkennung im Recht automatisch als Verkehrssitte durch § 242 BGB. Der Begriff des Geldes als solcher helfe hierbei nicht weiter. Zwar sei anerkannt, dass jede Geldschuld durch Barzahlung beglichen werden könne, dies treffe aber keine Aussage über moderne Zahlungsverfahren. Zudem werde der Geldbegriff gerade in den relevanten Normen nicht verwendet. Auch die Geldfunktionen, Zahlungsmittel, Recheneinheit und Wertaufbewahrungsfunktion bieten nach Auffassung *Jungmanns* keinen weiteren Aufschluss, vielmehr werde am Ende das als Geld anerkannt, was als Geld funktioniere. Dies stelle aber kein Problem dar, solange es nicht zu juristischen Zirkelschlüssen verleite. Im Ergebnis sei die Begrifflichkeit des Rechts also für technische und tatsächliche Ent-

<sup>1</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Euro-Banknoten und Euro-Münzen als gesetzliches Zahlungsmittel der EU-Kommission COM(2023) 364 final.

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 26.1.2021 – ECLI:EU:C:2021:63 – Dietrich u. Häring/Hessischer Rundfunk = NJW 2021, 1081.

wicklungen offen. Im BGB werde weiterhin in verschiedenen Normen kein einheitlicher Geldbegriff verwendet, sodass dies auch die §§ 362, 242 BGB nicht einschränke.

[6] Darauf aufbauend entwickelte *Jungmann* ein Modell mit vier Kriterien. Erstens müsse ein Verfahren faktisch geeignet sein, Geld zu transferieren. Zweitens: Wenn es eine entsprechende Abrede gebe, müsse sich die Rechtsfolge der Erfüllung aus § 362 Abs. 1 BGB ergeben. Drittens müsse das Zahlungsverfahren hinreichend tatsächlich üblich sein. Viertens: Zahlungsverfahren müssten einen inklusiven, also für jedermann zugänglichen Ansatz haben. Es bedürfe keiner expliziten normativen Anerkennung, die Anerkennung erfolge über § 242 BGB automatisch. Sobald sich ein Zahlungsverfahren über den bloßen Trend als Verkehrsanschauung hin zur Verkehrssitte durchgesetzt habe, entfalte § 242 BGB auch die Pflicht für andere, diese Verfahren zu akzeptieren. Grenze seien nur explizite gesetzliche Verbote und der Verstoß gegen Treu und Glauben. Historisch könne das Papiergeld als Beispiel dienen, der tatsächlichen Verwendung sei hier die rechtliche Anerkennung und Regulierung gefolgt. Schließlich wendete *Jungmann* sein Modell auf sieben verschiedene Zahlungsverfahren an. Sowohl die SEPA-Lastschrift als auch die Zahlung per Kreditkarte setzten vertragliche Abreden voraus und seien schon deshalb nicht erfasst. Die SEPA-(Echtzeit)Überweisung hingegen erfülle alle Kriterien. Die Überweisung selbst könne nur durch Kenntnis der IBAN, also ohne Abrede, ausgelöst werden. Die Erfüllung bei Abrede nach § 362 Abs. 1 BGB sei anerkannt, und auch die hinreichende tatsächliche Üblichkeit sei sowohl im Handelsverkehr als auch mit und unter Verbrauchern gegeben. Auch der inklusive Ansatz sei gewahrt: 98 % der Deutschen verfügten über ein Konto, seit 2016 gebe es mit den §§ 30 ff. ZKG auch den Anspruch auf das Basiskonto, schließlich sei die Überweisung auch in Filialen, und dort auch auf Papier, möglich. Als Ausnahme zur Annahme der automatischen Erfüllungstauglichkeit seien erneut Treu und Glauben sowie eine (konkludente) Abdingbarkeit denkbar. Weitere Rechtsfolge seines Modells führe zur Erfüllungstauglichkeit bei bspw. der Überweisung auf „irgendein“ Konto, so *Jungmann*. Die h.M. beschränke dies momentan noch immer auf bekanntgegebene Zahlungskonten. Hier sei ein Umdenken notwendig, da insbesondere die Rückabwicklung dann ja doch wieder über die Zahlungskonten laufen würde.

[7] Bei E-Geld (bspw. PayPal) wiederum fehle es an den letzten beiden Voraussetzungen. Zwar sei eine Übertragung ohne Abrede möglich und die Erfüllung bei Abrede nach § 362 Abs. 1 BGB anerkannt. Die hinreichende tatsächliche Üblichkeit sei wohl noch abzulehnen, obwohl die bisherige Verbreitung ausreichend Entwicklungspotenzial aufweise. Auch ein inklusiver Ansatz sei zu verneinen, da die Registrierung viele Voraussetzungen erfordere. Bei Kryptowährungen (bspw. Bitcoin) sei zwar ein Transfer ohne Abrede möglich, allerdings erfolge bei einer entsprechenden Abrede keine Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB. Ebenso fehle es an einer hinreichenden tatsächlichen Üblichkeit und an einem inklusiven Ansatz. Anders sei dies hingegen bei Stablecoins (E-Geld-Token). Hier sei ebenso die Übertragung ohne Abrede möglich und die Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB für den Fall von Euro-referenzierten Stablecoins nach Art. 49 Abs. 4 MiCAR<sup>3</sup> als E-Geld anerkannt. Gleichwohl fehle es auch hier an der tatsächlichen

Üblichkeit und dem inklusiven Ansatz. Der digitale Euro sei ohne Abrede übertragbar und führe bei Abrede nach § 362 Abs. 1 BGB zur Erfüllung. Die hinreichende tatsächliche Üblichkeit trete in diesem Fall hinter den gesetzlichen Annahmezwang zurück. Auch hier sei aber eine Abdingbarkeit mit Ausnahmen gegeben und auch der inklusive Ansatz sei vom Gesetzgeber gewollt und anzunehmen.

## II. Diskussion

[8] Die Diskussionsrunde eröffnete *Langenbacher* mit der Frage nach dem Vorteil der Regelung über § 242 BGB gegenüber der Annahme einer konkludenten Abrede. *Jungmann* machte deutlich, dass es gerade um Fälle gehe, in denen wirklich keine Abrede zu konstruieren sei. Für die Abdingbarkeit wiederum könne man sehr wohl auf § 157 BGB und dort erneut auf die Verkehrssitte abstellen. Univ.-Prof. Dr. *Christina Escher-Weingart* stellte die Frage nach dem Regel-Ausnahmeverhältnis: Was gelte in Fällen, in denen die Leistung auf ein bestimmtes Konto für den Gläubiger elementar, für den Schuldner aber nicht erkennbar sei, beispielsweise in Fällen der Insolvenz oder Pfändung? *Jungmann* wies demgegenüber darauf hin, dass Verfahren, die diese Gläubigerinteressen nicht berücksichtigen, nicht seine vier Kriterien erfüllten oder sich in der Praxis nicht durchsetzen würden. Hinweise des Gläubigers seien in solchen Fällen als (konkludente) Abrede zu werten. Akad. Rat a. Z. Dr. *Dennis Fritz* schloss sich an die Frage von *Langenbacher* an und erfragte das Verhältnis der ergänzenden Vertragsauslegung zum vorgestellten Modell. *Jungmann* stellte fest, dass eine solche in Fällen in Betracht komme, in denen die Geldschuld aus Vertragsverhältnissen entsteht, bei Ansprüchen aus außervertraglichen Schuldverhältnissen aber gerade nicht. Deshalb sei sein Modell für alle Fälle anwendbar. Univ.-Prof. Dr. *Georg Bitter* erkundigte sich, warum der Vortrag auf die automatische Erfüllungswirkung beschränkt worden sei. Auch die Erfüllung bei Kreditkartenzahlungen sei ein spannendes Thema. *Jungmann* wies darauf hin, dass er diesen Aspekt aus Zeitgründen habe ausblenden müssen. Weiterhin fragte *Bitter* nach dem Nutzen der automatischen Erfüllungswirkung in Fällen, in denen mehrere Zahlungsverfahren dem Schuldner bekannt seien. Müsse in diesen Fällen nicht doch auf die konkrete Situation abgestellt werden? *Jungmann* erwiderte, dass es sich um keine Wahlschuld, sondern ein freies Wahlrecht des Schuldners handle, sofern keine konkludente Abrede ersichtlich sei. In Zukunft sei zudem davon auszugehen, dass die technische Abwicklung des Zahlungsverkehrs noch einfacher erfolgen werde und die rechtliche Einordnung schließlich irrelevant werde, da die Parteien direkt erhalten, was geschuldet wird. Als Vergleich könne schon heute London dienen, wo nahezu keine Bezahlung mehr im Alltag mit Bargeld erfolge. Hierzu erfolgte eine Nachfrage von *Fritz*, ob denn nicht der PayPal-Käuferschutz und die mögliche Rückforderung durchaus einen relevanten Unterschied für den Gläubiger im Vergleich zu anderen Zahlungsverfahren darstelle. *Jungmann* hielt fest, für ihn sei das keine Frage der Erfüllung, sondern eine Frage an den Gläubiger, wie weit er seinem Produkt vertraue. Univ.-Prof. Dr.

<sup>3</sup> Verordnung (EU) 2023/1114 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.5.2023 über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937, ABIEU L 150 vom 9.6.2023, S. 40–205.

Dr. h.c. *Susan Emmenegger* fragte, ob ähnlich wie beim Bargeld auch bei durch MiCAR regulierten Werten und anderen Zahlungsverfahren mit einer Betragsobergrenze und weiteren Einschränkungen durch die Geldwäscheregulierung zu rechnen sei. Als Beispiel hierfür führte *Jungmann* § 16a GWG an, der eine solche Regelung bereits vorsehe. Für die Zukunft entscheidend sei, wie der Begriff Kryptowert ausgelegt werde, gegebenenfalls sei hier durch den Gesetzgeber noch nachzubessern, um alle technischen Werte zu erfassen. Die letzte Frage stellte Rechtsanwalt Dr. *Manuel Lorenz*. Ihn interessiere, ob die Kosten der verschiedenen Zahlungsmethoden nicht auch relevant seien, schließlich minderten diese die Erfüllungswirkung für den Gläubiger. *Jungmann* antwortete, dies erfolge im Wege der Selbstregulierung. Zahlungsverfahren mit hohen Kosten würden sich am Markt nicht durchsetzen.

### III. Kreditwürdigkeitsprüfung

[9] Nach der Kaffeepause führte Syndikusrechtsanwältin *Judith Wittig* mit ihrem Vortrag in die Kreditwürdigkeitsprüfung ein. Zu Beginn ging sie auf die Bedeutung und Zielsetzung der Kreditwürdigkeitsprüfung ein. Es gebe zwar keine offizielle Definition der Kreditwürdigkeit, man könne jedoch auf Erwägungsgrund 55 der WohnimmobilienkreditRL<sup>4</sup> und die dort genannte Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft abstellen. Beide Merkmale seien für die Rückführung der Darlehen entscheidend. Außerhalb von Verbraucherdarlehen verfolge die Prüfung öffentliche Interessen, die Stabilisierung des Finanzmarktes und Sicherung der Einlagen und sei im eigenen Interesse der Bank auch zur Erfüllung ihrer aufsichtsrechtlichen Anforderungen. Beim Verbraucherdarlehen hingegen sei sie auch im Interesse des Verbrauchers. Sie sei Ausfluss des Prinzips verantwortlicher Kreditvergabe und schütze den einzelnen Verbraucher vor Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit. Zudem sei sie ein wesentlicher Beitrag zur Entwicklung eines reibungslos funktionierenden Binnenmarktes für Verbraucherkredite nach der st. Rspr. des EuGH.<sup>5</sup> Der rechtliche Rahmen bestehe aus aufsichtsrechtlichen und zivilrechtlichen Bestimmungen. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen für alle Verträge, auch solche mit Verbrauchern, die keine Verbraucherdarlehensverträge sind, setzten sich aus § 18 KWG, den EBA-Leitlinien,<sup>6</sup> dem BaFin-Rundschreiben,<sup>7</sup> der CCR<sup>8</sup> und § 10 Abs. 2 KWG zusammen. Für Verbraucherdarlehen i.S.d. § 491 Abs. 2 und 3 BGB dienten als Grundnormen Art. 8 VKRL (2008)<sup>9</sup> und Art. 18 WohnimmobilienkreditRL, welche in § 18 Abs. 2 KWG und danach in § 18a KWG umgesetzt wurden. Zudem sei auch § 10 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 KWG anwendbar. Komplementiert werde dies durch die Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung (ImmoKWPLV)<sup>10</sup> und die bereits genannten EBA-Leitlinien, BaFin-Rundschreiben und der CRR. Auf zivilrechtlicher Ebene sei die Prüfung für Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge in §§ 505a Abs. 1, 505b Abs. 1 BGB geregelt, für Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge in §§ 505a Abs. 1, 505b Abs. 2 BGB i.V.m. der ImmoKWPLV. Dies werde entsprechend nach §§ 506 Abs. 1, 513, 514 und 515 BGB auf andere Finanzierungsmodelle zur Anwendung gebracht.

[10] Die gesetzliche Pflicht des Darlehensgebers zur Prüfung der Kreditwürdigkeit sei so auch vom EuGH in den Sachen *CA Consumer Finance*<sup>11</sup> und *Crédit Lyonnais*<sup>12</sup> bestätigt worden. Sie sei immer bei der Gewähr-

ung eines neuen Kapitalnutzungsrechts oder der deutlichen Erhöhung (mehr als 10 %) des Nettodarlehensbetrages (§ 505a Abs. 2 BGB) durchzuführen. Es sei umstritten und noch nicht entschieden, ob als Bemessungsgrundlage für den Nettodarlehensbetrag der Rest- oder Ursprungsbetrag zugrunde gelegt werden müsse. Dagegen sei die Prüfung nicht notwendig, wenn nur die Zinsvereinbarung neu getroffen werde. Der Maßstab der Prüfung sei das Nichtbestehen erheblicher Zweifel an der Erfüllung während der Vertragslaufzeit. Der Kreditgeber müsse also eine Prognose treffen, bei Konsumentenratenkrediten sei eine Laufzeit von zehn Jahren inzwischen üblich. Bei Vergabe des Kredites trotz negativer Prüfung folge die Sanktion aus § 505d BGB, andere Mitgliedstaaten hätten stattdessen die Nichtigkeit des Vertrages mit ausreichender Zeit zur Rückführung angeordnet. Bei gemeinsamen Darlehensnehmern würde auf die gemeinsame Zahlungsfähigkeit abgestellt, dies sei aber nicht gesetzlich normiert.

[11] Für die Entscheidungsgrundlagen erfolge keine gesetzliche Konkretisierung. Die Entscheidung darüber stehe im Ermessen des Darlehensgebers. Jedenfalls müssten aber die Auskünfte des Darlehensnehmers ausreichend sein, um eine vertretbare Entscheidung treffen zu können. Eine zivilrechtliche Pflicht zur Überprüfung der Angaben bestehe nicht, eine aufsichtsrechtliche hingegen schon. Der EuGH habe hierzu in der Sache *CA Consumer Finance* entschieden, dass einfache, nicht untermauerte Auskünfte nicht ausreichend seien.

[12] Standardisierung und Automatisierung seien üblich und zulässig, so *Wittig* weiter. Insbesondere Ratingmodelle, die auf wissenschaftlich anerkannten Verfahren beruhen, seien regelmäßig auch von der Aufsicht genehmigt. Häufig würden für verschiedene Zwecke Kontenumsatzdaten herangezogen werden. Auch die Verwendung von Pauschalen sei üblich, um Auskünfte zu plausibilisieren. Schließlich sei auch die Verwendung von Ratios, wie das Verhältnis des Nettoeinkommens zum Kreditvolumen, oder die Gesamtverschuldungsquote, verbreitet, dies hänge vom Kreditinstitut und dessen Risikobereitschaft ab.

[13] Eine gewisse Konkretisierung sei aber durch die EBA-Leitlinie<sup>13</sup> und deren Umsetzung durch ein BaFin-Rundschreiben<sup>14</sup> erfolgt. Hier würden beispielsweise Mindestinformationen (Rdn. 87 und Anlage 2 der EBA-Leitlinie) auch für automatisierte Modelle festgelegt.

<sup>4</sup> Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.2.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABIEU L 60 vom 28.2.2014, S. 34–85.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 11.1.2024 – ECLI:EU:C:2024:10 – *Narokuj/EC Financial Services* = WM 2024, 340 Rdn. 33 und 36.

<sup>6</sup> Leitlinien für die Kreditvergabe und Überwachung vom 29.5.2020 (EBA GL/2020/06).

<sup>7</sup> BaFin-Rundschreiben 06/2024 (BA) Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk v. 29.5.2024.

<sup>8</sup> Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABIEU L 176 vom 27.6.2013, S. 1–337.

<sup>9</sup> Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABIEU L 133 vom 22.5.2008, S. 66–92.

<sup>10</sup> Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung vom 24.4.2018 (BGBl. I, S. 529).

<sup>11</sup> EuGH, Urt. v. 18.12.2014 – ECLI:EU:C:2014:2464 – *CA Consumer Finance SA/Bakkaus* u.a. = EuZW 2015, 189.

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 27.3.2014 – ECLI:EU:C:2014:190 – *LCL Le Crédit Lyonnais SA/Fesih Kalhan* = WM 2014, 1528 = WuB I E 1. Art. 23 RL 2008/48/EG 1.14 W.G. *Paefgen/K. Wallisch* = NJW 2014, 1941.

<sup>13</sup> EBA-Leitlinie a.a.O. (Fn. 6).

<sup>14</sup> BaFin-Rundschreiben 05/2023 (BA) Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk v. 29.6.2023.



Zudem werde für verschiedene Darlehensarten unterschieden (Rdn. 95 bis 101 und 114 bis 117), welche Informationen in die Prüfung Einfluss finden können. Auch die Anrufung von Wirtschaftsauskunfteien sei gängige Praxis. Die konkrete Verfahrensweise sei auch hier vom Kreditinstitut abhängig; man könne zwischen der Anforderung von Rohdaten, dem Abruf eines Scorewertes der Auskunft oder eines institutsspezifischen Scorewertes unterscheiden. Für die Verwendung der Restschuldbefreiung sei auf die EuGH-Rechtsprechung hinzuweisen,<sup>15</sup> so auch zur Abrufung eines Scorewertes einer Wirtschaftsauskunftei.<sup>16</sup>

[14] Daran anschließend stellte *Wittig* die Rechtslage für Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge dar. Hierzu gebe es parallele zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Vorschriften. Die unechte und echte Abschnittsfinanzierung seien gleichgestellt worden (§ 505a Abs. 3 BGB), um eine Benachteiligung des Darlehensnehmers zu verhindern. Der Maßstab der Kreditwürdigkeitsprüfung stelle hier nur auf die wahrscheinliche Erfüllung der Pflichten ab, was eine herausfordernde Prognose bei Laufzeiten von 30 oder mehr Jahren sei. Auch hier müsse eine eingehende Prüfung stattfinden; Quellen für relevante Faktoren könnten interner oder externer Art sein, häufig würden diese auch über Darlehensvermittler weitergeleitet. Die Überprüfung der Auskünfte der Darlehensnehmer sei dagegen neben der aufsichtsrechtlichen auch eine zivilrechtliche Pflicht; hierauf sei die erwähnte Rechtsprechung des EuGHs wohl übertragbar. Die Standardisierung und Automatisierung seien identisch zum Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag ausgestaltet. Eine starke Konkretisierung sei durch die ImmoKWPLV<sup>17</sup> erfolgt. Diese sei durch das BMF und BMJ verabschiedet worden und regle somit zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Pflichten. Ausdrücklich wurden Regelungen zur Erleichterung der Kreditaufnahme für ältere Darlehensnehmer getroffen, da eine Rückführung des Darlehens zu Lebzeiten statistisch nicht möglich gewesen war. Eine weitere Konkretisierung erfolge über die EBA-Leitlinie für Wohnimmobilien, sowie Grundsätze für besicherte Verbraucherdarlehensverträge bei vermieteten Wohnimmobilien. Dort sei eine Sensitivitätsanalyse vorgesehen, um mögliche, also nicht nur theoretische, Beeinträchtigungen der Zahlungsfähigkeit in Zukunft zu erfassen. Dies stelle einen Gleichlauf zur ImmoKWPLV dar.

[15] In ihrem Fazit hielt *Wittig* fest, dass, obwohl die EBA-Richtlinie als Aufsichtsrecht nur gegenüber beaufsichtigten Kreditinstituten Wirkung entfalte, diese aber auch bei Zivilgerichten als Auslegungshilfe für Mindestanforderungen der Kreditwürdigkeitsprüfung angewendet werden sollte. Für die Standardisierung und Automatisierung seien zudem die Anforderungen der DSGVO<sup>18</sup> zu beachten. Offen sei noch die Frage, welche Folge eine ablehnende Prognose habe. Fraglich sei, ob der Vertrag abgelehnt oder tiefer in die Prüfung eingestiegen werden müsse, so *Wittig* weiter. Dazu und zur Ordnungsmäßigkeit der Prüfung gebe es aber noch keine Rechtsprechung. Zum Schluss ihres Vortrages warf *Wittig* noch einen Blick auf die VKRL 2023.<sup>19</sup> Der Maßstab würde nun an die WohnimmoKRL<sup>20</sup> angepasst, zudem neue Entscheidungsgrundlagen und deren Abschluss, sowie eine Pflicht zur Überprüfung geregelt. Ebenso würden neue Vorgaben zur automatisierten Entscheidung und zur Datenbankabfrage (Art. 19) erlassen.

#### IV. Scoring und Datenschutz

[16] Den letzten Vortrag zur ersten Abteilung hielt Rechtsanwältin Dr. *Judith Nink* zum Thema Scoring und Datenschutz. Es gehe bei ihr um einen kleinen Teilbereich aus der Kreditwürdigkeitsprüfung, die gegebenenfalls mithilfe eines Scorings durchgeführt werde. Zentral sei das EuGH-Urteil zum Schufa-Scoring<sup>21</sup> für eine datenschutzrechtliche Perspektive dieser Thematik. Zu dem Gesamtkomplex seien drei Urteile insgesamt ergangen, der Vortrag adressiere aber nur die Zulässigkeit des Scorings selbst.

[17] Als Grundlage der möglichen Folgerungen stellte *Nink* zunächst den Sachverhalt des Urteils dar. Es habe sich um eine Vorlage des vorlagefreudigen VG Wiesbaden gehandelt, dieses habe regelmäßig Zweifel an der deutschen Umsetzung und Nutzung der Öffnungsklauseln innerhalb der DSGVO. Im Rahmen einer Kreditvergabe sei eine Kreditwürdigkeitsprüfung erfolgt und dafür bei einer Auskunft ein Scorewert abgefragt worden. Das VG Wiesbaden habe im Sachverhalt aber dem EuGH zusätzlich mitgegeben, dass die Entscheidung des Kreditinstituts sich nach dem positiven oder negativen Scorewert richte. Dies sei für die Einordnung der Entscheidung des EuGH relevant. Das Kreditinstitut lehnte im Folgenden maßgeblich beruhend auf dem Scorewert den Kreditantrag ab. Der Kunde habe daraufhin Auskunft über die Berechnung verlangt. Der hessische Datenschutzbeauftragte habe die Kundenanfrage zudem auch abgelehnt.

[18] Rechtlich entscheidend sei Art. 22 DSGVO für die automatisierte Entscheidung im Einzelfall. Für das nötige Hintergrundverständnis ging *Nink* zunächst noch auf die Funktionsweise des Scoring ein. Aus personenbezogenen Daten werde durch ein mathematisch-statistisches Verfahren (i.d.R. Peer-Group-Prinzip unter der Annahme, Personen mit vergleichbaren Merkmalen verhielten sich gleichartig) ein Wahrscheinlichkeitswert für die Bonität ermittelt. Art. 22 DSGVO gliedere sich in drei Absätze: Absatz eins regle hierbei das Verarbeitungsverbot, während Absatz zwei hierfür abschließend geregelte Ausnahmen eröffnet. Insbesondere, dass Mitgliedstaaten eigene Regelungen hierzu erlassen dürfen, diese müssen sich aber wiederum an Art. 22 Abs. 3 DSGVO messen lassen.

[19] Daraufhin analysierte *Nink* das EuGH-Urteil. Zunächst definiere dieses die drei Tatbestandsmerkmale des Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Hierbei weiche der EuGH vom Wortlaut der Vorschrift ab und verlange nur ein maßgebliches statt ein ausschließliches Beruhen der Entscheidung. Zudem handele es sich bei Abs. 1 um ein zwingendes Verarbeitungsverbot, dies bedeute, dass auch eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 DSGVO nicht ausreiche, nur eine Ausnahme nach Art. 22 Abs. 2

<sup>15</sup> EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – ECLI:EU:C:2023:958 – UF u.a./Land Hessen = EuZW 2024, 219.

<sup>16</sup> EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – ECLI:EU:C:2023:957 – OQ/Land Hessen zum SCHUFA-Score = WM 2023, 2312 = WuB 2024, 45 *Schumacher/Shapiro* = NJW 2024, 413.

<sup>17</sup> ImmoKWPLV, a.a.O. (Fn. 10).

<sup>18</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABIEU L 119 vom 4.5.2016, S. 1–88.

<sup>19</sup> Richtlinie (EU) 2023/2225 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.10.2023 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/48/EG, ABIEU L 2023/2225 vom 30.10.2023.

<sup>20</sup> Wohnimmobilienkreditrichtlinie a.a.O. (Fn. 4).

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – ECLI:EU:C:2023:957 – OQ/Land Hessen zum SCHUFA-Score = WM 2023, 2312 = WuB 2024, 45 *Schumacher/Shapiro* = NJW 2024, 413.

DSGVO könne die Verarbeitung erlauben. Weiterhin müssen nationale Vorschriften angemessene Schutzmaßnahmen treffen und alle Anforderungen der Art. 5 Abs. 1, Art. 6 DSGVO einhalten. Insbesondere dürften keine weiteren Vorgaben zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a, b und f DSGVO erlassen werden oder das Ergebnis einer Interessenabwägung vorschreiben. Die Öffnungsklausel erlaube nur Modifikationen und Verfahrensregeln in den Grenzen des Art. 6 DSGVO.

[20] Zur konkreten Auslegung des Art. 22 DSGVO durch den EuGH führte *Nink* aus, dass das Merkmal der Entscheidung weit zu verstehen sei, um Schutzlücken zu vermeiden. Sonst drohe ein Auseinanderfallen des Anspruchs auf Auskunft und dem Wissen über die Ermittlung des Scores, deshalb müsse bereits die Erstellung des Scores als Entscheidung gelten. Es bleibe zudem unklar, warum der EuGH „maßgeblich“ statt „ausschließlich“ verwende. Er habe sich nicht zum Wortlaut des Art. 22 DSGVO geäußert. Möglicherweise liege der Grund darin, dass das VG Wiesbaden als vorlegendes Gericht dieses Wort im Sachverhalt mitvorgegeben habe.<sup>22</sup> Der EuGH habe aber auch nicht überprüft, wie sich seine Entscheidung ändere, wenn eine Einzelfallüberprüfung durch einen Menschen erfolge. Bei Auslegung nach Sinn und Zweck ginge es dem EuGH wahrscheinlich wohl um das Primat der menschlichen Letztentscheidung. Das dritte Kriterium der Wirkung habe der EuGH ebenfalls nicht definiert, sondern schlicht den Fall unter die Norm subsumiert.

[21] Als Ableitungen aus dem EuGH-Urteil für die Praxis stellte *Nink* Folgendes fest: Die nationale Vorschrift zum Scoring in § 31 BDSG lege fest, wann die Verarbeitung zulässig sei. Dabei habe der Gesetzgeber aber keine Schutzmaßnahmen getroffen und keine Festlegungen zu den Grundsätzen aus Art. 5, 6 DSGVO getroffen, und deshalb handele es sich um eine europarechtswidrige Norm. Damit lege auch keine nationale Vorschrift zur Erlaubnis vor und es greife das allgemeine Verarbeitungsverbot aus Art. 22 DSGVO. Endgültig müsse aber erst noch das VG Wiesbaden darüber entscheiden. Es stelle sich gleichwohl die Frage, ob damit das Geschäftsmodell der Schufa und auch Bonitätsprüfungen weiterhin möglich seien. Als ersten Lösungsansatz präsentiert *Nink* eine Änderung der Gesetzeslage. Das Gesetzesvorhaben hierzu sei bereits im Gange.<sup>23</sup> Der Entwurf umfasse den § 37a BDSG (n.F.). Hierin seien die Voraussetzungen des Art. 5 DSGVO und die Schutzmaßnahmen nach Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO adressiert. Zwar könne man die gesetzliche Pflicht zur Kreditprüfung als Erlaubnis nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. c DSGVO werten, dies sei aber nicht in dem neuen § 37a BDSG dargestellt. Diese Abbildung oder eine Regelung zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f müsse noch im Gesetzgebungsverfahren ergänzt werden.

[22] Schließlich führt *Nink* noch aus, welche Scoring-Praxis bis zur Gesetzesänderung rechtlich zulässig sei. Eine begünstigende Entscheidung sei weiterhin zulässig, diese falle nicht in den Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Bei einer Einwilligung des Betroffenen liege eine Ausnahme des Art. 22 Abs. 2 DSGVO vor, auch dann sei weiterhin die bisherige Praxis zulässig. Bei einer ablehnenden Entscheidung müssten weitere Kriterien hinzugezogen werden, sodass der Score-Wert nicht länger maßgeblich sei. Diese Kriterien sollten auch auf jeden Fall dokumentiert werden. Die Rechtsgrundlage ergebe sich dann aus Art. 6 DSGVO i.V.m. der Verpflichtung zur Kreditwürdigkeitsprüfung.

## V. Diskussion

[23] Im Anschluss erfolgte die Diskussion zu beiden Vorträgen zusammen. Rechtsanwalt Dr. *Marius Welling* fragte, ob die Sanktionen in § 505d BGB abschließend seien. *Wittig* bekräftigte ihre Auffassung, dass es sich hierbei um eine abschließende Norm handele, gleichwohl werde die Diskussion weitergeführt und der Gesetzgeber habe den abschließenden Charakter nicht klargestellt, wohl aber in den Gesetzesmaterialien verankert. Rechtsanwalt Dr. *Rainer Metz* erkundigte sich, ob das Alter der Antragssteller nicht doch einen großen, auch diskriminierenden Bestandteil der Kreditwürdigkeitsprüfung ausmache und ob sich dies durch das Diskriminierungsverbot der neuen VKRL ändern werde. Ihrer Einschätzung nach sollte Alter keine Rolle spielen, so *Wittig*. Gleichwohl seien gewisse Ereignisse statistisch mit höherem Alter verbunden, wie beispielsweise der Pflegefall oder Versterben des Ehegatten. Eine diskriminierende Verwendung des Alters sei aber auch nicht branchenüblich. In einer weiteren Wortmeldung erfragte *Bitter* die Bedeutung der untermauerten Auskunft, insbesondere ob die Unterlagen stichprobenartig untersucht werden müssten oder die Vorlage bereits ausreiche. Dokumente seien heutzutage auch deutlich leichter fälschbar. Um das Erfordernis des EuGH von untermauerten Auskünften zu erfüllen, würde zunächst nur die Vorlage von Dokumenten genügen, erklärte *Wittig*. Die Überprüfung erfolge regelmäßig und Fälschungen erkenne man inzwischen regelmäßig durch automatische Verfahren. Eine zweite Frage zum Scoring schloss *Bitter* gleich an. Bei einer Kreditvergabe von kleinen Beträgen sei eine menschliche Überprüfung der automatisierten Entscheidung doch wirtschaftlich weder sinnvoll noch realistisch. Wenn dies also eine zwingende Voraussetzung sei, würde dieses Geschäftsmodell vom Markt verschwinden. *Nink* erwiderte, dass der Gesetzgeber ja durchaus eine negative Entscheidung erlauben könne, solange er den Anforderungen des Art. 22 DSGVO genüge und Mechanismen vorsehe, die vor Diskriminierung schützen. Dies sei freilich eine Mammutaufgabe, aber nicht unmöglich. Die Anforderungen an die technischen Maßnahmen und Transparenz erforderten möglicherweise auch, dass die Berechnung des Score-Wertes offengelegt werden müsse, um diese auf Anfälligkeiten für Diskriminierung überprüfen zu können. Die Schufa habe sich in Folge des Urteils bestätigen lassen, dass keine automatische Kreditvergabe aufgrund ihres Scores erfolge, führte *Langenbacher* in ihrer Frage aus: Gebe es also überhaupt negative Entscheidungen zu Lasten der Kreditantragsteller? Zudem interessiere sie, ob man als Verbraucher seine Peer-Group erfahren könne. *Wittig* erklärte, dass automatisierte Verfahren durchaus in der Praxis zugenommen haben, ob diese von der EuGH-Rechtsprechung betroffen seien, hänge sehr vom konkreten Institut und der Verwendung des Scoring ab. Weiterhin gab sie zu bedenken, ob eine Ablehnung der Kreditvergabe wirklich eine negative Entscheidung sei, da damit der Verbraucher vor Überschuldung geschützt werden würde. Bei der Verwendung von falschen Daten, oder diskriminierender Verfahren, handele es sich sicherlich um eine negative Entscheidung, aber in anderen Fällen

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – ECLI:EU:C:2023:957 – OQ/Land Hessen zum SCHUFA-Score = WM 2023, 2312 Rdn. 22 = WuB 2024, 45 *Schumacher/Shapiro* = NJW 2024, 413 Rdn. 22.

<sup>23</sup> Es gibt bisher einen RegE (BT-Drucks. 20/10859); zum aktuellen Stand des Verfahrens: <https://dip.bundestag.de/vorgang/erstes-gesetz-zur-aenderung-des-bundesdatenschutzgesetzes/308702>.

könne sie durchaus richtig sein. Dem schloss sich *Nink* an, wies aber darauf hin, dass der Gesetzgeber nur regle, dass eine automatisierte Entscheidung eine negative Beeinträchtigung haben könne, nicht müsse. Es ginge nur darum Fälle zu erfassen, in denen die Kreditvergabe aufgrund von Vergleichswerten ausgeschlossen werde. Zudem wollte *Langenbacher* wissen, warum der neue § 37a Abs. 2 BDSG eine so enge Input-Kontrolle vorsehe und nicht auf die KI-Verordnung besser abgestimmt sei, einige Merkmale könnten auch über die Abfrage anderer Daten ermittelt werden. Zudem fragte sie, welche Vorstellung der Gesetzgeber bei der Regelung des Absatzes vier gehabt habe. *Nink* hielt fest, dass eine seriöse Antwort leider nicht möglich sei, weil unklar sei, welche Gedanken sich der Gesetzgeber hierzu gemacht habe. *Fritz* erkundigte sich in seiner Frage nach dem Merkmal der Zahlungswilligkeit; die Kreditwürdigkeitsprüfung fokussiere sich nur auf die Zahlungsfähigkeit. Zudem frage er sich, ob dieses Merkmal aus Sicht des Verbraucherschutzes überhaupt relevant sei, da der Verbraucher nicht schutzwürdig sei, solange er nicht finanziell überlastet werde. *Wittig* stellte fest, dass die Perspektive der Rückzahlung eben beides voraussetze, obwohl es in der Praxis regelmäßig an der Zahlungsfähigkeit scheitere. In der ImmoKWPLV sei das Merkmal zudem insoweit aufgegriffen, als bei Anschlussfinanzierungen das bisherige Zahlungsverhalten berücksichtigt werden könne. Im Chat der digitalen Übertragung des diesjährigen Bankrechtstages wurde sich erkundigt, warum ein Mensch nach anderen Kriterien als der automatisierte Vorgang entscheiden solle. In ihrer Antwort stellte *Wittig* darauf ab, dass die Chance gegeben werden solle, zusätzliche Informationen und Argumente vorzubringen. *Nink* wies darauf hin, dass Automatismen durchaus auch fehleranfällig sein, Annahmen aus dem Scoring könnten auch falsch sein, hierfür sei eine menschliche Korrektur notwendig. *Lorenz* fragte nach, ob es einen Unterschied mache, wenn von der automatisierten Entscheidung auf eine KI-basierte Entscheidung umgestellt werden würde. Zudem stellte er die Frage, wie sich das Urteil auf BNPL(Buy-now-pay-later)-Modelle auswirke, dort werde in Sekunden entschieden und definitiv keine menschliche Kontrolle stattfinden oder möglich sein. BNPL-Modelle seien regelmäßig zinslos und nur Zahlungsfristmodelle, um nicht in den Anwendungsfall des Verbraucherdarlehensvertrages zu fallen, so *Wittig*. Sie selbst habe keine Einblicke in die Funktionsweise dieser Modelle. *Nink* führte aus, dass es datenschutzrechtlich keinen Unterschied mache, ob man ein automatisiertes Scoring-Modell oder eine KI-Entscheidung habe. In beiden Fällen würde eine Entscheidung ohne menschliches Zutun getroffen werden. Damit seien auch die Grundsätze des Scoring-Urteils übertragbar. Rechtsanwalt beim BGH *Richard Lindner* teilte in seiner Frage die Auffassung, dass eine negative Kreditentscheidung auch eine positive Entscheidung für den Verbraucher sein könne. Er erkundigte sich, wie sich dies zu Art. 22 DSGVO verhalte, wenn ein falsch-positiver Scorewert verwendet werden würde und damit der Verbraucherschutz unterlaufen werde. Zudem sei Art. 82 DSGVO als Anspruch auf Schadensersatz neben § 505d BGB anwendbar. *Wittig* stimmte dieser doppelten Anwendung zu, insoweit sei § 505d BGB nicht abschließend. *Nink* gab zu bedenken, ob die DSGVO auf diesen Schaden oder nur auf die unrechtmäßige Verwendung personenbezogener Daten ausgerichtet sei. Die letzte Frage stellte Univ.-Prof. Dr. *Sebastian Omlor*. Er frage sich, ob der Begriff der automatisierten Ver-

beitung noch aktuell sei oder ob man mit der KI nicht schon weiter sei. Treffe zudem der Mensch wirklich die bessere Entscheidung? Müsse schließlich nicht der Art. 22 DSGVO angepasst werden und auf ein schattiertes System und auf die Qualität der Entscheidung abstellen? Man sei grundsätzlich einer Meinung, so *Nink*. Der Mensch treffe keinesfalls immer die bessere Entscheidung; sich aber auf eine von beiden Möglichkeiten zu verlassen, sei fehleranfällig. Sie sehe aktuell noch keinen Änderungsbedarf, weil die Technik noch nicht so weit sei, ausschließlich bessere Entscheidungen als der Mensch zu treffen.

## VI. Finanzinstrumente im Digitalzeitalter

[24] Nach der Mittagspause eröffnete Ministerialrat *Matthias Roder* die zweite Abteilung des diesjährigen Bankrechtstages. Als erster Vortrag in der zweiten Abteilung sprach Univ.-Prof. Dr. *Dimitrios Linardatos* über Finanzinstrumente im Digitalzeitalter. Zunächst stellte er den unionsrechtlichen Rahmen dar, bevor er auf den nationalen Ergänzungsbereich einging.

[25] Entscheidender Begriff zur Einordnung verschiedener Werte sei der Begriff des Finanzinstruments, der aber in der Regulierung mit zahlreichen Fallstricken verbunden sei. Zunächst definiere Art. 4 Abs. 1 Nr. 15 i.V.m. Anhang I Abschnitt C der MiFID II<sup>24</sup> die Werte, die als Finanzinstrumente gelten, seit dem 23.3.2023 erfasse dies auch DLT-basierte Instrumente. Bis zum Erlass der MiCAR<sup>25</sup> seien damit Utility-Token und Stablecoins, da keine Finanzinstrumente, nicht reguliert gewesen. Diese Regelungslücke sollte durch MiCAR geschlossen werden und grenze nach dem Begriff des Finanzinstruments ab; diese würden allein durch MiFID II reguliert (Art. 2 Abs. 4 lit. a MiCAR). Diese Anwendungsalternative führe aber zu enormen Abgrenzungsschwierigkeiten. Der Gegenbegriff sei der Kryptowert, der weiter in E-Geld-Token, vermögenswertreferenzierte Token, Utility Token und andere Token unterteilt werde (Art. 3 Abs. 1 MiCAR).

[26] Als erstes Abgrenzungsproblem führt *Linardatos* vermögenswertreferenzierte Token („ART“) und Derivate an. Erstere seien von einer Zahlungs- und Wertespeicherfunktion geprägt. Finanzinstrumente hätten im Gegensatz dazu gerade keine Zahlungsfunktion. ART und Derivate hätten aber beide keinen intrinsischen Wert, sondern leiteten ihren Wert von einem (oder mehreren) Basiswerten ab. Erwägungsgrund 97 der MiCAR deute zudem darauf hin, dass Token, die sich auf eine Kryptowährung beziehen, den Derivaten angehören könnten. Damit stehe die Frage im Raum, warum ART, nur weil sie sich nicht nur auf Kryptowährungen beziehen, nicht auch als Derivate reguliert werden sollten, so *Linardatos*. Entscheidend sei hier, dass Derivate ein potenziell unbegrenztes Verlustrisiko innehätten, während bei ART der Verlust auf den investierten Wert begrenzt sei. Abgrenzungsschwierigkeiten ergäben sich aber deutlich bei sog. Liquiditäts-Token mit einer On-chain-Wertrelation (bspw. Dai). Die wirtschaftliche Ratio ergebe sich hierbei aus einer Spekulationsabsicht auf die Wertsteigerung der als Sicherheit hinterlegten

<sup>24</sup> Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung) ABIEU L 173 vom 12.6.2014, S. 349–496.

<sup>25</sup> Verordnung (EU) 2023/1114 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.5.2023 über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937, ABIEU L 150 vom 9.6.2023, S. 40–205.



Kryptowährung. Sie unterschieden sich von den Archetypen der ART dadurch, dass sie sich nicht auf eine amtliche Währung oder einen Wertekorb beziehen, sowie durch die technischen Abläufe der Wertspeicherungsfunktion. Bei den Liquiditäts-Token drohe zudem eine informationsbasierte Preisveränderung, wenn das Verhältnis zur Sicherheit sich verschlechtere. Dadurch sei der Anleger genötigt, weitere Sicherheiten zu stellen, und erhöhe dadurch ähnlich wie bei Derivaten sein potentiell Verlustrisiko über sein initiales Investment hinaus. Deshalb sei zu überlegen, ob man diese Token doch mit synthetischen Derivaten vergleichen könne und müsse. Entscheidend sei hier aber ein nur beschränktes Einlösungsrecht der Tokeninhaber im Gegensatz zu Inhaber von Derivaten. Ein Vergleich mit Geldmarktinstrumenten scheitere daran, dass es den Token an Kurzfristigkeit und Marktgepflogenheit fehle.

[27] Ein weiteres Abgrenzungsbeispiel seien physisch replizierende Kryptowährungstoken (bspw. 21Shares-Token auf Bitcoin Cash). Hierbei könne es sich um einen ART handeln und damit die MiCAR eröffnen sein. Die Literatur erfasse diese Token allerdings als Finanzinstrumente. Argumente hierfür seien Informationsasymmetrien, eine Prinzipal-Agenten-Problematik und das Risiko des Emittentenausfalls. Allerdings würden alle diese Themen auch durch die MiCAR adressiert (Art. 5, 6, 14, 16, 28, 30, 35 MiCAR). Deshalb sei richtigerweise die MiCAR anwendbar. Es handele sich gleichwohl nicht um ein ART, da diese Volatilität gerade ausschalten wollen. Demnach müsse es entweder ein anderer Kryptowert i.S.d. MiCAR sein oder doch ein Finanzinstrument. Nach herrschender Meinung handle es sich in diesen Fällen um Derivate. Allerdings gebe es bei einem proportionalen Wertverhältnis zur Kryptowährung gerade keine Hebelwirkung des Token und mögliche Informationsasymmetrien würden spezifisch auch durch die MiCAR adressiert. Zudem müsse noch marktbezogen abgegrenzt werden, da für außerbörsliche Token die MAR<sup>26</sup> nicht zur Anwendung kommen soll (ErwGr. 97 MiCAR). Deshalb müsse die Abgrenzung zwischen Derivaten und anderen Kryptowerten nicht nur inhaltlich, sondern auch marktbezogen erfolgen. Da die meisten Token OTC gehandelt werden würde, komme hier regelmäßig die MiCAR zur Anwendung. Sollte doch ein geregelter Markt vorliegen, werde die Kryptowährung durch die MiCAR und der Token durch die MAR reguliert.

[28] Utility-Token i.S.d. Art. 3 Abs. 1 Nr. 9 MiCAR verkörpert Forderungen und könnten als digitale Gutscheine bezeichnet werden, so *Linardatos* zur Einleitung des nächsten Abgrenzungsbeispiels. Im Umkehrschluss aus Art. 4 Abs. 3 lit. c MiCAR ergebe sich, dass nur Utility-Token mit einem Versprechen auf die Zukunft der MiCAR unterliegen. Dies stelle eine Änderung zur bisherigen herrschenden Meinung dar, die diese Token als Finanzinstrumente begriff. Der Regulierungsgeber habe zusammen mit den Utility-Token auch bekannte Regulierungsanforderungen an Finanzinstrument in die MiCAR übernommen, um einen einheitlichen technischen Regulierungsrahmen zu bilden.

[29] Schließlich sei die MiCAR grundsätzlich nicht auf non-fungible Token (NFT) anwendbar (Erwgr. 10). Auch wenn bei NFT ein spekulativer Charakter vorhanden sei, fehle die finanzmarkttypische Gefährdungslage. Es könne zwar ein Bedürfnis nach Verbraucher-, aber nicht nach Anlegerschutz geben, deshalb sei die MiCAR auch nicht einschlägig. Anderes könne bei Bruchteils-NFT gelten. Diese hätten standardisierte

Ausstattungsmerkmale. Solange es keine vertragliche Absicherung von Risikopositionen gebe, keine Hebelwirkung vorliege und kein Handel an organisierten Märkten erfolge, könne man diese nicht als Finanzinstrument einordnen, und entsprechend sei die MiCAR anwendbar.

[30] Im Anschluss wechselte *Linardatos* auf die nationale Ebene. Bisher seien die Kryptowerte als Finanzinstrument im § 1 Abs. 11 KWG ähnlich zur MiFID II geregelt gewesen, inklusive Token zu Zahlungszwecken. Inzwischen sei der Begriff „Kryptowert“ aber europarechtlich geprägt. Deshalb würde nun das kryptographische Instrument (§ 1 Abs. 1a Satz 3, 4 KWG n.F.), als weiterer Auffangtatbestand eingeführt, der neben die MiCAR, die auch eine Auffangfunktion habe, trete. Zwar sei die bisherige Definition beibehalten worden, allerdings wurde der Inhalt geändert. Als Bezugspunkt für die Finanzdienstleistung sei zudem als Auffangtatbestand das qualifizierte Kryptoverwahrgeschäft geschaffen worden. Unklar sei, welche Sachverhalte dies überhaupt erfassen solle. Teilweise werde vertreten, dass Security Token erfasst sein sollten. Diese würden heute aber inzwischen als Kryptowertpapiere erfasst und damit eindeutig als Finanzinstrument klassifiziert. Stattdessen solle nun die Verwahrung von kryptographischen Schlüsseln hierzu erfasst sein; dies widerspreche aber dem Primat des Depotgeschäfts, welches nur eine Notifizierungspflicht und keine weitere Erlaubnispflicht vorsehe (Art. 60 MiCAR). Somit blieben nur Security-Token übrig, die keine Kryptowertpapiere seien; dies betreffe vor allem ausländische Security-Token, diese würden aber gerade über den Euro-Pass-Mechanismus abgedeckt werden. Weiterhin werde vertreten, es beziehe sich auf NFT. Sollte hierbei tatsächlich eine Anlagefunktion vorliegen, würde man diese aber bereits als Finanzinstrument oder Kryptowert einordnen. Auch insoweit bestehe also keine Regelungslücke. Die Verwahrung von kryptographischen Schlüsseln für diese werde ebenfalls bereits über die MiCAR oder über die Regulierung zum Depotgeschäft abgedeckt. Auch Komplementärwährungen und deren Schlüssel werden ebenfalls von der MiCAR erfasst. Auch die letzte vorgeschlagene Fallgruppe der Vermögensanlagen (oder auch Investment-Token) falle nicht hierunter. Diese seien auf nationaler Ebene als Finanzinstrument, auf EU-Ebene als Kryptowert unter MiCAR eingeordnet, letzteres gelte auch für ein Token-Derivat auf eine derartige tokenisierte Vermögensanlage, sofern diese nicht auf geregelten Märkten gehandelt werden würde und dann wieder über die MAR reguliert sei.

[31] In seinem Fazit hielt *Linardatos* fest, dass eine Systematisierung kaum möglich sei und ein disharmonisches Regelungsregime geschaffen worden sei. Stattdessen schlage er eine freie Abwägung vor, solange man Merkmale aus MiCAR und MAR berücksichtige, die auch im Vortrag immer wieder zur Abgrenzung herangezogen wurden.

## VII. Diskussion

[32] Die erste Frage von Univ.-Prof. Dr. *Philipp Mautz* ging zunächst auf die Interpretation des kryptographischen Instruments ein. Der nationale Gesetzgeber

<sup>26</sup> Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABIEU L 173 vom 12.6.2014, S. 1–61.

sei durchaus davon ausgegangen, Finanzinstrumente zu erfassen. Das Argument zum Depotgeschäft greife auch nicht durch, da auch die BaFin die Erlaubnisse zwischen Depotgeschäft und Kryptoverwahrgeschäft trenne. Zudem gebe es bei Utility-Token doch auch ein Emittentenrisiko, wenn der Emittent das Produkt nie auf den Markt bekomme, weil Zweifel an ihm selbst aufkommen. *Linardatos* gab zu bedenken, dass das Finanzinstrument im Tatbestand nicht zum Ausdruck komme. Vielmehr knüpfe dieser an die alte Definition an, die einen geldwäscherechtlichen Hintergrund habe und keinen finanzmarktrechtlichen. Neben dem weiten europäischen Begriff des Finanzinstruments sei kein weiterer nationaler Begriff sinnvoll, noch eine Öffnung auf europäischer Ebene vorhanden. Weiterhin ordne das eWpG die Geltung des Depotrechts an, sodass inzwischen auch für Kryptowertpapiere keine Schutzlücke bei deren Verwahrung mehr bestehe, weder aus geldwäscherechtlicher noch aus finanzmarktrechtlicher Sicht. Eine Anwendung sei aber auf ausländische Emittenten und deren Dienstleistungen denkbar, wenn deren Erlaubnis nicht bereits durch den Euro-Pass abgedeckt werde und deshalb tatsächlich eine Regelungslücke bestehe. Schließlich gebe es bei Utility-Token immer einen Emittentenbezug, der Regulierungsgeber wollte aber mit MiCAR diese gerade über die Märkte für Kryptowerte regulieren. Zudem gebe es für Verbraucher ein besonderes Widerrufsrecht in der MiCAR, soweit die Auslegung die MiCAR einschränken würde, schließe man keine Lücke, sondern erreiche sogar eine Schlechterstellung der Verbraucher. *Omlor* erkundigte sich nach der genauen Abgrenzung nach den Kriterien der Wertsicherungs- und Zahlungsfunktion. Denn die Wertsicherung sei nur nominal möglich bei einem Ausschluss der Verzinsung und die MiCAR sehe auch ART vor, die gerade keine Zahlungsfunktion wahrnehmen. *Linardatos* stimmte zu, dass die Wertspeicherfunktion nur nominal möglich sei. Zudem herrsche in anderen Mitgliedstaaten die Vorstellung, dass die Zahlungsfunktion hinter die Wertspeicherfunktion in ihrer Bedeutung zurücktrete. Eine weitere Frage wurde dahingehend gestellt, ob man Spekulation im Hinblick auf das Widerrufsrecht nach Art. 13 MiCAR ausschließen könne. *Maume* antwortete, dies könne man gut verhindern, da die Frist von zwei Wochen ab Emission laufen würde und für gehandelte Instrumente weitere Ausschlussgründe vorlägen. Eine Lücke bestünde nur für nicht gehandelte Instrumente. Rechtsanwältin *Arne Wittig* erkundigte sich nach Token, die mehrere Merkmale aufweisen, ob es hierzu ein Prinzip gäbe, wie diese zugeordnet werden könnten. *Linardatos* ist der Meinung, dass die Abgrenzung vereinfacht werden sollte; hierfür würden nun die anderen Token als Auffangtatbestand dienen. *Mülbert* wollte wissen, warum Finanzinstrumente über den zusätzlichen Tatbestand erfasst werden sollten, hierfür gebe es doch bereits eine etablierte Übung. Zusätzlich würde ihn interessieren, welche Rechtsfolgen die unterschiedlichen Einordnungen hätten und wo mögliche Lücken entstünden. Als Antwort hierauf verwies *Linardatos* auf den letztjährigen Vortrag von Univ.-Prof. Dr. *Florian Möslein*, der sich mit den Rechtsfolgen beschäftigt habe. Man könne aber festhalten, dass die Rechtsfolgen in weiten Teilen mit denen für Finanzinstrumente übereinstimmten. Und auf nationaler Ebene sei alles Bisherige auch weiter als Finanzinstrument erfasst und alles Weitere über die MiCAR geregelt. Deshalb brauche es das kryptographische Instrument nicht.

## VIII. Nachhaltigkeit in der Anlageberatung

[33] Nach der zweiten Kaffeepause hielt Priv.-Doz. Dr. *Alexander Wilhelm* den zweiten Vortrag der zweiten Abteilung zur Nachhaltigkeit in der Anlageberatung. Der Kampf gegen den Klimawandel erfolge bisher hauptsächlich über staatliche Maßnahmen. Inzwischen reife aber auch das Bewusstsein, dass die Privatwirtschaft und insbesondere die Finanzwirtschaft ebenfalls gefordert seien, einen Beitrag zum Klimaschutz zu leisten. Dies falle unter den Begriff des Sustainable Finance, hierzu gehöre auch der Bereich der Anlageberatung. Nachhaltige Anlagen würden inzwischen ein Volumen von über 500 Milliarden Euro ausmachen.

[34] Zunächst stellte *Wilhelm* das Grundmodell der Anlageberatung dar. Diese werde in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG und § 2 Abs. 3 Nr. 9 WpHG definiert. Gegenstand sei immer eine persönliche Empfehlung des Anlageberaters an den Kunden. Der zugrundeliegende Beratungsvertrag könne auch stillschweigend geschlossen werden, wie dies der BGH in seinem Bond-Urteil klargestellt habe.<sup>27</sup> Beratungsgegenstand seien Finanzinstrumente i.S.d. WpHG. Die zivilrechtlichen Pflichten des Anlageberaters bestünden aus drei Säulen. Die Beratung müsse anlegergerecht, objektgerecht und unter der Vermeidung bzw. Offenlegung von Interessenkonflikten erfolgen. Die aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten spiegeln diesen Kernbestand an Pflichten konkretisiert und ausgeformt wider, §§ 64 Abs. 3, Abs. 2, 6, 7, 63 Abs. 2 WpHG. Gleichzeitig könnten sie eine Ausstrahlungswirkung auf Vertragsverhältnisse entfalten. Dies sei vor allem bei Interessenkonflikten von praktischer Relevanz. Aufsichtsrechtliche Verstöße könnten von der BaFin als Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeldern sanktioniert werden, zzgl. weiterer Verwaltungsanordnungen bis hin zum Erlaubnisentzug. Zivilrechtlich könnten diese Verstöße nicht über § 823 Abs. 2 BGB als Schutzgesetz verfolgt werden, wohl aber über § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Anlageberatungsvertrag. Diese Ansprüche seien auf die Rückabwicklung des Investments gerichtet. Praktisches Problem sei vor allem die haftungsbegründende Kausalität, dieses werde über die richterrechtliche, widerlegliche Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens abgemildert.

[35] Weiterhin ging *Wilhelm* näher auf das Konzept der Sustainable Finance ein. Das Ziel sei eine Umlenkung der Finanzströme. Dahinter stünden zahlreiche politische Agenden, insbesondere der europäische Green-Deal sowie die deutsche Sustainable-Finance-Strategie. Der Gesetzgeber erlasse aber keine strengen Ge- und Verbote, sondern nutze Transparenz-, Informations- und Aufklärungspflichten. Hierfür bestünden zahlreiche Rechtsakte, besonders relevant seien die Bilanzpublizität, MiFID II,<sup>28</sup> die Taxonomie-VO<sup>29</sup> und die Offenlegungs-VO,<sup>30</sup> jeweils ergänzt um Richtlinien, delegierte Verordnungen und delegierte Richtlinien der Kommission. Das Verständnis der Nachhaltigkeit divergiere aber leider zwischen den einzelnen Rechtsakten. Dies sei besonders deutlich zwischen der Taxonomie- und Offenlegungs-VO. Hier betrachte die Taxonomie-

<sup>27</sup> BGHZ 123, 126 = WM 1993, 1455 = WuB I G 4 – 9.93 *Schwarck*.

<sup>28</sup> MiFID II, a.a.O. (Fn. 24).

<sup>29</sup> Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.6.2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088; ABIEU L 198 vom 22.6.2020, S. 13–43.

<sup>30</sup> Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABIEU L 317 vom 9.12.2019, S. 1–16.



VO nur die ökologische Nachhaltigkeit, während die Offenlegungs-VO auch die soziale Nachhaltigkeit adressiere, zudem werde die Offenlegung von Nachhaltigkeitsrisiken eines Investments oder wesentlich nachteiliger Nachhaltigkeitsauswirkungen eines Investments verlangt. Adressaten seien die gesamte Wertschöpfungskette der Industrie. Die Verordnung setze bereits bei Emittenten an, diese müssten als Erweiterung des Lageberichts eine nichtfinanzielle Erklärung abgeben (§§ 289b ff., 315b ff. HGB, erweitert durch die CSRD-RL<sup>31</sup>). Finanzmarktteilnehmer würden unternehmensbezogenen (Art. 3 bis 5, 12 Offenlegungs-VO) und produktbezogenen (Art. 6 ff. Offenlegungs-VO, Art. 5 bis 7 Tax-VO) Informationspflichten unterworfen. Letztere etablierten ein gestaffeltes System gemessen an dem Grad der Nachhaltigkeitsambitionen in „dunkelgrüne“, „hellgrüne“ und „nicht-grüne“ Produkte.

[36] Darauf aufbauend führte *Wilhelm* aus, wie sich dies in der Anlageberatung im Speziellen niederschläge. Auch die Anlageberater unterfielen unternehmens- und (abgeschwächten) produktbezogenen Informationspflichten bezogen auf das Beratungsangebot. Die Pflichten seien spiegelbildlich zu den Voraussetzungen an Finanzmarktteilnehmer. Dies stelle eine Spezifizierung der objektgerechten Anlageberatung dar. Aber auch die anlegergerechte Beratung wurde durch DelVO 2017/565<sup>32</sup> i.d.F. DelVO 2021/1253<sup>33</sup> zu MiFID II ergänzt, dies habe ein mehrstufiges Verfahren eingeführt. Auf Stufe der Explorationspflicht müsse die Nachhaltigkeitspräferenz erfragt werden (Art. 2 Nr. 7 DelVO 2017/565 n.F.). Sofern der Kunde eine Nachhaltigkeitspräferenz äußere, erfolge die zweite Stufe als Geeignetheitsprüfung. Eine Empfehlung dürfe dann nur erfolgen, wenn ein passendes Produkt vorliege, ansonsten könne die Empfehlung nur als nicht präferenzgerecht erfolgen. Normativ seien hierbei aber „hellgrüne“ Produkte weitgehend nicht einbezogen worden. Dies werfe die Frage auf, ob es sich hierbei nicht um ein Redaktionsversehen handle, da diese zahlenmäßig am häufigsten seien und eine Übergangsfunktion im Markt erfüllen würden. Die Literatur sei sich aber einig, dass diese Regelung so vom Gesetzgeber intendiert gewesen sei. Schließlich folge eine dritte Stufe als Re-Explorationspflicht, wenn kein passendes Produkt empfohlen werden konnte. Denkbar sei auch eine Anpassung zu weniger Nachhaltigkeit, dies sei so aber wohl nicht vom Gesetzgeber vorgesehen. Vielmehr sei davon auszugehen, dass eine Anpassung zu mehr Nachhaltigkeit als Ausprägung eines Nudgings erfolge. Zur Durchführung dieses Gesprächs lägen inzwischen Praxis-Leitfäden und ESMA-Leitlinien<sup>34</sup> vor, demnach erfolge die Nachhaltigkeitsberatung immer erst zum Ende des Gesprächs. Dies sei so auch im ErwGr. 5 der DelVO 2021/1253 vorgesehen.

[37] Davon ausgehend präsentierte *Wilhelm* seine Kritikpunkte. Zunächst stelle sich die Frage, ob im Rahmen des Anlageberatungsgesprächs der Kunde wirklich eine freiwillige Entscheidung treffe oder nicht viel eher eine starke Ausprägung des Nudging durch den Anlageberater vorliege, um das gewünschte Ergebnis zu erzielen. Hierfür spreche insbesondere die Regelung der Re-Exploration. Viele Marktteilnehmer empfänden es als Zumutung, dass der Kunde zum Zwecke des Klimaschutzes instrumentalisiert werde. Weiterhin führe die hohe Komplexität der Regelungen zu einer Überforderung der Betroffenen, gleichwohl gebe es noch Spielraum für Greenwashing. Weiterhin bestehe eine Gefahr, dass sich ein „Sustainable-Finance-Widerrufsjo-

ker“ etabliere, wenn die Nachhaltigkeitsberatung fehlerhaft stattfand und bei einer wirtschaftlich schlechten Entwicklung sich deshalb nachträglich die Möglichkeit für ein Rückabwicklung ergebe. Ob bei den aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Anlageberatung im Hinblick auf die Nachhaltigkeit aber überhaupt eine Ausstrahlungswirkung vorliege, sei zu bezweifeln. Bei einer immer dichteren Regulierung in der Zukunft sei davon aber perspektivisch schon auszugehen. Die Anwendung der Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens werde zudem in der Literatur auch bestritten. Jedenfalls müsse diese aber leichter widerlegbar sein.

[38] Insgesamt gebe es deshalb Korrekturbedarf. Die grundsätzlichen Elemente der Regulierung müsse man allerdings akzeptieren. Vielmehr gehe es um Einzelpunkte wie die bessere Abstimmung der Nachhaltigkeitsbegriffe, die Berücksichtigung von „hellgrünen Produkten“ in der Beratungspraxis sowie eine Klärung der Haftungsfragen.

## IX. Digitalisierung in der Anlageberatung

[39] Der letzte Vortrag des Tages wurde von Priv.-Doz. Dr. *Michael Denga* zur Digitalisierung in der Anlageberatung gehalten. Gleich zu Beginn konkretisierte er seinen Vortragstitel auf die künstliche Intelligenz in der Anlageberatung als Hauptanwendungsfall der Digitalisierung.

[40] Zunächst begann *Denga* mit der Konkretisierung des Begriffs der künstlichen Intelligenz. Es gebe hierbei eine große Begriffsunschärfe. Die KI sei grundsätzlich als Algorithmus eine Wenn-Dann-Funktion, die sich aber dadurch besonders auszeichne, dass sie große Datenmengen mit komplexer Software verbinde. Aus informationstechnischer Perspektive sei vor allem eine Entscheidungsautonomie und Komplexität entscheidend, die es erschwere, das Ergebnis nachzuvollziehen. Er empfehle eine funktionelle Annäherung. Zunächst sei klar, dass der Mensch Zentralakteur bleibe. Weiterhin sei die Qualität der Trainingsdaten entscheidend. Zuletzt handle es sich um einen strikt statistischen Ansatz, KI sei gerade keine Wahrheits- oder Suchmaschine. Drei Hauptgefahren würde sich deshalb in Bezug auf KI stellen: Opazität aufgrund von Komplexität, Halluzinationen und die Übernahme von Verzerrungen bzw. Diskriminierungen aufgrund der Trainingsdaten.

[41] Die BaFin habe bereits 2021 eine rechtliche Definition vorgelegt, die vor allem die Komplexität im Vergleich zu herkömmlichen statistischen Regressionsmo-

<sup>31</sup> Richtlinie (EU) 2022/2464 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 und der Richtlinien 2004/109/EG, 2006/43/EG und 2013/34/EU hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, ABIEU L 322 vom 16.12.2022, S. 15–80.

<sup>32</sup> Delegierte Verordnung (EU) 2017/565 der Kommission vom 25.4.2016 zur Ergänzung der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie, ABIEU L 87 vom 31.3.2017, S. 1–83.

<sup>33</sup> Delegierte Verordnung (EU) 2021/1253 der Kommission vom 21.4.2021 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in bestimmte organisatorische Anforderungen und Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit von Wertpapierfirmen, ABIEU L 277 vom 2.8.2021, S. 1–5.

<sup>34</sup> ESMA-Leitlinien zu einigen Aspekten der MiFID II-Anforderungen an die Geeignetheit vom 3.4.2023 (ESMA35-43-3172).

dellen betone.<sup>35</sup> Die Definition aus Art. 3 Nr. 1 KI-VO<sup>36</sup> sei wenig hilfreich, weil sie auf einen autonomen und anpassungsfähigen Betrieb des Systems abstelle. Dies entspreche auch der OECD-Definition und werde so von der ESMA aufgegriffen. In anderen Rechtsgebieten könne aber durchaus auch eine andere Definition zugrunde gelegt werden. Für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDU) folge bei der Verwendung von Hochrisiko-KI-Systemen ein umfangreiches Anbieterpflichtenprogramm (Art. 9 bis 15 KI-VO). Die Nutzerpflichten ergeben sich in diesem Kontext aus Art. 26 KI-VO. Für die Anbieter generativer KI gebe es besondere Pflichtenprogramme (Art. 53 KI-VO) mit speziellen Pflichten bei der Verwendung von KI-Modellen mit systemischen Risiko (Art. 55 KI-VO). Hier gebe es keine Nutzerpflichten. Auch wenn WpDU wohl kaum eigene Modelle entwickeln würden, so würden sie dennoch unter den weiten Anbieterbegriff (Art. 3 Nr. 3 KI-VO) fallen, wenn Spezifikationen beauftragt werden oder das Front-End angepasst werde.

[42] Hiernach fokussierte sich *Denga* auf den Einsatz der KI in der Anlageberatung. Robo Advice sei in der Praxis sehr enttäuschend gewesen. Bei Robo Advice handele es sich regelmäßig auch nicht um komplexe Algorithmen, sondern vielmehr um eine erweiterte digitale Kundenschnittstelle. Es gebe aber für die Inhouse-Nutzung durchaus spezialisierte Tools und es erfolge die Nutzung von generativer KI durch die Kunden. Hierzu gebe es auch schon Leitfäden der BaFin<sup>37</sup> und ESMA.<sup>38</sup> Ein Verbot zur Nutzung von KI bestehe nicht. Kodifizierung von speziellen Pflichten bei der Anlageberatung gebe es noch nicht, aber BaFin-Prinzipien und ESMA-Leitlinien als Softlaw stehen bereit. Hierbei könne man drei Konstellationen unterscheiden: die Nutzung durch WpDU selbst, die Nutzung durch Mitarbeiter des WpDU und die Nutzung durch Kunden.

[43] Aufgrund des BaFin-Prinzipienpapiers müsse die Geschäftsleitung Richtlinien zur Nutzung definieren. Hierzu gehöre auch das notwendige technische Verständnis auf Ebene der Geschäftsleitung zu verankern. Weiterhin gebe es Anforderung an die Kontrolle von Entwicklung der Modelle und der Modelle selbst. Ein zentraler Fokus liege zudem auf den Trainingsdaten, um jegliche Diskriminierung zu verhindern und Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten. Dies würde den Einsatz von komplexen Modellen nicht ermöglichen. Indes seien die ESMA-Leitlinien großzügiger und erlaubten die Nutzung, wenn die Risiken mitigiert werden. Hierunter falle ein breites Nutzungsspektrum wie Kundenservice und Support, aber auch Investitionsempfehlungen und Portfoliomanagement. Compliance durch KI-Nutzung, Risikomanagement und Betrugserkennung sowie operationale Effizienzsteigerung seien ebenfalls erlaubt. Auch die ESMA betone aber die Risiken im Hinblick auf Halluzinationen, fehlende Nachvollziehbarkeit und eine Verzerrung aufgrund von Trainingsdaten, diesen müsse über organisatorische Mechanismen begegnet werden.

[44] Die ESMA-Leitlinien stellten auch Regeln für die Nutzung durch Mitarbeiter auf. Insbesondere wegen der Gefahr der Weiternutzung sensibler Daten durch die KI-Modelle sei hier eine enge Kontrolle und technisches Verständnis notwendig. Ebenso müssten die Mitarbeiter entsprechend geschult werden. Zusammen stellten die Leitfäden der BaFin und ESMA ein komplexes Gefüge von technischen und organisatorischen Maßnahmen dar. Technische Anforderungen und Pflichten ließen sich über die Fernwirkung der KI-VO

weiter konkretisieren. So könnte man deren Anforderungen über § 63 WpHG als bestmöglichen und professionellen Standard einfließen lassen. Mehr könne man haftungsrechtlich von keinem Unternehmen verlangen.

[45] Für die Nutzung von KI-Systemen durch Kunden müssten diese zunächst zwei Voraussetzungen erfüllen. Zum einen bräuchten sie Zugang zu besonderen, finanzmarktbezogenen Informationen und zum anderen die Fähigkeit, diese anlageberatend auszuwerten. Bei bestehenden KI-Systemen bestehe regelmäßig eine Sperrfunktion, diese könne aber einfach überwunden werden. Demnach stelle sich die Frage, ob die KI-Anbieter einer Erlaubnispflicht unterliegen. Die Anwendung der KI-Systeme könne man zunächst als Anlageberatung qualifizieren. Das „prompting“ des Nachfragenden führe nicht zu einer Selbstberatung. Weiterhin müsse die Anlageberatung auch gewerbsmäßig erfolgen. Dies könne bezweifelt werden, da es nur ein Teilbereich des KI-Systems sei. Allerdings sei es durchaus planmäßig und auf Dauer angelegt, da die entsprechenden Trainingsdaten nicht ausgenommen worden seien, mithin müsse man von der Gewerbsmäßigkeit ausgehen. Als Rechtsfolge sei ein Schadensersatzanspruch aus Vertrag oder aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 32 KWG möglich, allerdings müsse auf jeden Fall das Mitverschulden des Kunden, der Gefahrhinweise überwinde und sich selbstgefährde, berücksichtigt werden.

[46] Eine Pflicht zur Nutzung von KI in der Anlageberatung lasse sich aber nicht herleiten, so *Denga*. Im granular ausgestalteten aufsichtsrechtlichen Pflichtenprogramm komme dies nicht vor und sei zur Zeit der Regelung aber bereits absehbar gewesen. Auch eine Nebenleistungspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB könne man nicht annehmen, ohne die gesetzgeberische Entscheidung keine Leistungspflichten zu kodifizieren, zu übergehen. Mit seinem Fazit schloss *Denga* den letzten Vortrag des Tages.

## X. Diskussion und Schlusswort

[47] Die letzte Diskussionsrunde eröffnete Akad. Rat a.Z. Dr. *Jonas Brinkmann*. Er erkundigte sich nach dem Problem des Greenwashing. Dieses sollte ja gerade durch die Regulierung behoben werden, gebe es spezielle Konstruktionsfehler innerhalb der Regulierung oder sei diese nicht weitgehend genug? *Wilhelm* sah das Problem vor allem darin, dem Endkunden die jeweiligen Positionen zu vermitteln. Als Beispiel könne die unterschiedliche Bewertung der Nachhaltigkeit von Atomkraft auf EU-Ebene und der wohl mehrheitlich nationalen Wahrnehmung dienen. Rechtsanwalt *Rouven Kober* fragte nach, ob aufgrund der Erlaubnispflicht der KI-Anbieter denn die BaFin oder die Staatsanwaltschaften tätig werden würden. *Denga* wies darauf hin, dass der Umgang mit digitalen Akteuren schwierig sei. Zudem sei es wahrscheinlich kein so bekanntes oder präsent Problem und die Behörden hätten sicherlich auch dringendere Themen zu bearbeiten. *Mülbert* hinterfragte

<sup>35</sup> BaFin Prinzipienpapier BDAI vom 15.6.2021.

<sup>36</sup> Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABIEU L 2024/1689 vom 12.7.2024.

<sup>37</sup> BaFin Prinzipienpapier BDAI vom 15.6.2021.

<sup>38</sup> ESMA Public Statement on the use of Artificial Intelligence (AI) in the provision of retail investment services vom 30.5.2024, ESMA35-335435667-5924.

die Subsumtion der KI-Antworten unter den Begriff der Anlageberatung: Sei nicht bereits der Umstand, dass Verhinderungsmechanismen extra eingebaut wurden, ausschlaggebend dafür, dass kein Verstoß vorliege und dies nicht nur als Mitverschulden zu berücksichtigen sei? Zudem frage er sich, ob Kreditinstitute überhaupt in der Lage seien die Anforderungen der ESMA für die KI-basierte Anlageberatung zu erfüllen. *Denga* wies daraufhin, dass Output auch ganz gesperrt werden könne und es sich nur um eine halbherzige Blockade handeln würde. Zudem sei der *dolus eventualis* bei der Frage der Planmäßigkeit ausreichend. Die Anforderungen der ESMA seien dann doch recht allgemein und stelle vor allem auf Governance-Pflichten ab. Es sei möglich, diese zu erfüllen. Rechtsanwältin beim BGH Dr. *Reiner Hall* fragte nach, ob das Nudging des Gesetzgebers vom Anlageberater nicht einfach umgekehrt werden könne, indem dieser die geringere Rendite aufgrund der hohen Nachhaltigkeitsanforderungen betone. Zudem sei der Widerrufsjoker eher ein Dokumentationsproblem. *Wilhelm* stimmte zu, dass radikale Transparenz im Beratungsgespräch eine mögliche Lösung sei. Allerdings müsse der Berater neutral, sachlich und ohne Beeinflussungseifer vorgehen, dies sei wohl so zu verstehen, dass man sich nicht gegen die Nachhaltigkeitsregulierung aussprechen dürfe. Die Beratung werde in der Tat in der Geeignetheitserklärung dokumentiert, dieses

Problem bestehe aber auch jetzt schon in normalen Rückabwicklungsfällen und auch hier komme es zu Klagen. *Mülbert* führte aus, dass der Ablauf des Beratungsgesprächs entscheidend für die Wirkung sei und die Nachhaltigkeit zwingend zum Schluss besprochen werden müsse, da sonst gar keine passenden Produkte mehr zur Verfügung stünden. Dies bestätigte *Wilhelm*. Die letzte Frage wurde von *Bitter* gestellt und bezog sich auf die präsentierte Studie zur positiven Performance von durch KI-Anlageberatung erworbener Finanzinstrumente: Seien hierbei möglicherweise nur allgemein bekannte Erkenntnisse durch die KI vermittelt worden, wie beispielsweise der Vorteil von Indexfonds mit geringeren Verwaltungsgebühren gegenüber aktiv gemanagten Fonds. *Denga* erklärte, es seien verschiedene Portfolios erstellt worden, die nicht nur aufgrund der Diversität besser performt hätten, sondern dass durchaus auch individuelle Anlageberatung erfolgt sei.

[48] In seinem Schlusswort dankte *Mülbert*, auch im Namen des Vorstandes und des Kuratoriums, allen Referentinnen und Referenten, den Moderatoren und allen Teilnehmenden. Er ermutigte alle Teilnehmer, für die Zukunft des Bankrechtstag auch unter jüngeren Kolleginnen und Kollegen zu werben. Denn bekanntlich sei nach dem Bankrechtstag vor dem Bankrechtstag. Dieser werde am 27.6.2025 stattfinden.

## Negativzinsen und Verwahrentgelte beim Girovertrag\*

Von Univ.-Prof. Dr. Peter O. Mülbert und Dipl.-Finw. (FH) Gustav Kopke, Mainz

### I. Einführung

[1] Das Phänomen der Negativzinsen ist mittlerweile volkswirtschaftlich Geschichte und auch rechtlich weit hin – in Teilen sogar höchstrichterlich<sup>1</sup> – aufgearbeitet.<sup>2</sup> Derzeit noch offen und von aktuellem Interesse sind Fragen im Zusammenhang mit dem Zahlungsverkehr und Einlagengeschäft. Wohl (fast) alle Kreditinstitute haben während der Negativzinsphase bei der Neueröffnung<sup>3</sup> eines Girokontos mit dem Kunden vereinbart, dass für ein jeweiliges Kontoguthaben ein sog. Verwahrentgelt zu entrichten ist, das sich als Prozentsatz des jeweiligen Guthabens berechnet, wobei die allermeisten Institute einen im Einzelnen allerdings unterschiedlich hohen Freibetrag vorsahen.

[2] Die Zulässigkeit der AGB-förmigen Vereinbarung solcher Verwahrentgelte wird in Schrifttum und instanzgerichtlicher Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Sie hängt maßgeblich von der Rechtsnatur des dem Verwahrentgelt zugrunde liegenden Vertrages ab. Zur Klärung ist im Folgenden zunächst der Meinungsstand darzustellen (II.). Es folgt eine terminologische Einordnung der Begriffe „Negativzins“ und „Verwahrentgelt“ (III.), um sodann die Rechtsnatur des dem Verwahrentgelt zugrunde liegenden Buchgeldverwahrentvertrags herauszuarbeiten und seine Ausformungen darzustellen (IV.). Darauf aufbauend ist dessen Verhältnis zum Girovertrag zu entfalten, um auf dieser Grundlage die Zulässigkeit der AGB-förmigen Vereinbarung eines Verwahrentgelts zu beurteilen (V.). Eine wertende Ergebniskontrolle (VI.) mündet in ein knappes Fazit (VII.).

### II. Meinungsstand

[3] Der jedenfalls im ersten Zugriff naheliegenden Einordnung des Verwahrentgelts als einer der AGB-Inhaltskontrolle entzogenen Preishauptabrede wird verbreitet widersprochen. Die „Verwahrung“ sei eine unselbständige Nebenleistung, weswegen eine Preisnebenabrede vorliege und die AGB-Inhaltskontrolle eröffnet sei (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB),<sup>4</sup> in der sich die Vereinbarung eines Verwahrentgelts als eine unangemessene Benachteiligung erweise (§ 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB). Andere kommen zum gleichen Ergebnis, indem sie zwar von der Vereinbarung eines aty-

\* Überarbeitete und aktualisierte Schriftfassung des Vortrags des erstgenannten Verf. am Bankrechtstag 2022 der Bankrechtlichen Vereinigung e.V., der zur Veröffentlichung auch in dem die Bankrechtstage 2022 und 2023 dokumentierenden Tagungsband vorgesehen sind.

<sup>1</sup> Zum Anspruch auf Zahlung von „Negativzinsen“ aus Schuldscheindarlehen aufgrund einer Zinsgleitklausel BGHZ 237, 71 = WM 2023, 1126 = WuB 2023, 317 *Kropf* = EWIR 2023, 385 (LS) m. Anm. *Berger/Nettekoven* = BKR 2023, 614 m. Anm. *Omlor* = JZ 2023, 828 (LS) m. Anm. *Renner*, JZ 2023, 828; zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung (§ 490 Abs. 2 BGB) für den Zeitraum einer Negativzinsphase BGH WM 2024, 860 = JZ 2024, 674 (LS) m. Anm. *Mülbert/Kopke*, JZ 2024, 674.

<sup>2</sup> Zu Inhaberschuldverschreibungen im Negativzinsumfeld *Mülbert*, ZHR 179 (2015), 395; zu Barsicherheiten im Negativzinsumfeld *Mülbert*, in: *Festschr. Köndgen*, 2016, S. 413.

<sup>3</sup> Bei Altverträgen, die ohne eine Verwahrentgeltspflicht geschlossen wurden, lässt sich eine solche nicht nachträglich qua AGB begründen; so noch vor BGHZ 229, 344 = WM 2021, 1128 (keine Zustimmungsfiktion bei AGB-Änderungen) LG Tübingen WM 2018, 226 (rK) = WuB 2018, 248 *Edelmann* = EWIR 2018, 227 (LS) m. Anm. *Herresthal* = BKR 2018, 128 m. Anm. *Omlor*, BKR 2018, 109.

<sup>4</sup> LG Tübingen BeckRS 2018, 22614 Rdn. 12 ff.; LG Düsseldorf BeckRS 2021, 55367 Rdn. 22 ff. (aufgehoben durch OLG Düsseldorf WM 2023, 1266); LG Berlin WM 2021, 2336, 2338 f. = VuR 2022, 20 ff. m. zust. Anm. *Bode* (aufgehoben durch KG BeckRS 2023, 41733); LG Frankfurt a. M. BeckRS 2022, 32218 (aufgehoben durch OLG Frankfurt a. M. WM 2024, 166).