35 | 2025

79. Jahrgang
30. August 2025
S. 1537–1580

PVSt D 22085 C

WM

Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

otto-schmidt.de

Redaktion: RA Dr. Christopher Kienle · RA Dr. Andreas Lange · Prof. Dr. Tobias Lettl · RA Dr. Helmut Merkel · RA Arne Wittig

Redaktionsbeirat: RA Thorsten Höche · Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder · Vizepräsident des BGH Prof. Dr. Jürgen Ellenberger · RAin Dr. Anna Heidelbach · Prof. Dr. Rafael Harnos · Prof. Dr. Peter O. Mülbert · RA Dr. Heinrich Nemeczek · PD Dr. Alexander Sajnovits · Vors. Richter am BGH Prof. Dr. Heinrich Schoppmeyer

Beiträge >

Leo Marchlowitz / Christoph Heim — Bericht über den Bankrechtstag am 27.6.2025 in Frankfurt/M. 1537

Volker Posegga — Die „gemeinschaftliche Berufsausübung" – Aktueller Rechtsbegriff oder historisches Sinnbild? 1547

Rechtsprechung >

Örtliche gerichtliche Zuständigkeit bei Rückabwicklung eines mit einem Kaufvertrag verbundenen Darlehensvertrags (BayObLG, Beschl. v. 3.7.2025 – 102 AR 11/25 e) 1553

Zu Wirksamkeit und Rechtsfolgen des Widerrufs von Verbraucherdarlehensvertrag zur teilweisen Finanzierung eines Pkw-Kaufs (OLG Stuttgart, Beschl. v. 31.7.2024 – 6 U 87/23) 1557

Regressansprüche eines Gesellschafters aufgrund der Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers als wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen gleichstehende Forderungen (BGH, Urt. v. 10.7.2025 – IX ZR 189/24) 1558

Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners, der aus Mangel an liquiden Mitteln nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen; einzubeziehen sind nur diejenigen liquiden Mittel, über die der Schuldner tatsächlich verfügt oder die er sich kurzfristig beschaffen kann (BGH, Urt. v. 31.7.2025 – IX ZR 160/24) 1569

ottoschmidt

86209722535

WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

Beiträge

*Wiss. Mitarb. Leo Marchlowitz / wiss. Mitarb. Christoph V. Heim, Mainz**

Bericht über den Bankrechtstag am 27.6.2025 in Frankfurt/M.

WM0082009

Im Juni 2025 fand in Frankfurt/M. der alljährliche Bankrechtstag der Bankrechtlichen Vereinigung e.V. statt. Die diesjährige Tagung war in zwei Abteilungen mit jeweils drei Fachvorträgen gegliedert. Während sich die erste Abteilung aktuellen Entwicklungen im Zahlungsdienste- und Sanktionsrecht widmete, standen in der zweiten Abteilung die jüngsten Entwicklungen im Kreditrecht im Mittelpunkt. Dieser Beitrag berichtet über deren wesentliche Inhalte und gibt Einblicke in den Verlauf der Diskussionen.

I. Eröffnung

1 Den Bankrechtstag 2025 der Bankrechtlichen Vereinigung e.V. in Frankfurt/M. eröffnete Univ.-Prof. Dr. *Petra Buck-Heeb*. Sie zeigte sich erfreut, dass die Funktion des Bankrechtstags, Austausch und Kommunikation zu fördern (Stichwort: „Klassentreffen"), sich bereits vor offiziellem Beginn verwirkliche, und gab einen Überblick über die Vortragsthemen.

II. Aktuelle Entwicklungen im Online-Banking

2 Das erste Referat der ersten Abteilung, geleitet von Univ.-Prof. Dr. *Susanne Kalss*, zum Thema *Aktuelle Entwicklungen im Online-Banking* hielt RiOLG Dr. *Ole Böger*. Im Mittelpunkt des Vortrags standen Betrugs- und Missbrauchsprobleme im Online-Banking.

3 *Böger* leitete mit einem Überblick über gängige Betrugs- und Missbrauchsformen im Online-Banking ein. Neben klassischen Formen wie der Verwendung von Trojanern stellte er auch *phishing*, *quishing*, *pharming*, *social engineering*, *Man-in-the-Middle*-Angriffe und SIM-Karten-Betrug dar.

4 Er ging sodann auf den Erstattungsanspruch des Zahlers bei nicht autorisierten Zahlungen aus § 675u Satz 2 BGB ein. Entscheidend sei hier die Beweislast für die fehlende Autorisierung. Diese trage nach dem BGH – im Anschluss an die Linie des EuGH – der Zahlungsdienstleister (ZDL). Die Grundsätze der Rechtsscheinsvollmacht seien nach dem BGH insoweit nicht anwendbar.

5 *Böger* stellte die These auf, Banken könnten sich im Streitfall beim Online-Banking häufig nicht auf eine Autorisierung berufen. Dies illustrierte er anhand mehrerer Fallkonstellationen. Habe die Zahlung unstreitig ein unbefugter Dritter ausgelöst, liege keine Autorisierung vor; der Zahler habe dann einen Anspruch aus § 675u Satz 2 BGB. Die täuschungsbedingte Auslösung der Zahlungsvorgänge stelle hingegen eine wirksame Autorisierung dar. Die Autorisierung sei nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen, weshalb deren Unwirksamkeit hierzu im Widerspruch stehe. Das Gesetz sehe zudem keine Einschränkung der Wirksamkeit von Autorisierungen vor. In der Praxis sei allerdings oftmals streitig, ob der Zahler den Vorgang autorisiert habe. Ein Anscheinsbeweis zugunsten des ZDL bestehe insoweit nur selten. Nach der Rechtsprechung des BGH bestehe ein solcher für die Autorisierung bzw. die pflicht-

* Die *Autoren* sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht von Prof. Dr. *Peter O. Mülbert* an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

widrige Ermöglichung einer Zahlung durch den Zahler bei nach außen ordnungsgemäßer Nutzung eines Zahlungsinstruments und praktisch nicht zu überwindendem Sicherheitssystem. Diese Grundsätze gälten auch im Online-Banking, sofern das Authentifizierungsverfahren allgemein als praktisch unüberwindbar angesehen werde. Vor diesem Hintergrund sei ein Anscheinsbeweis regelmäßig für das ChipTAN-Verfahren zu bejahen, für das SMS-TAN-Verfahren und digitale Bankkarten/Apple Pay abzulehnen.

6 Anschließend thematisierte *Böger* die Anfechtbarkeit der Autorisierung, wobei er zunächst mögliche Anfechtungsgründe in den Blick nahm: § 123 BGB sei üblicherweise nicht erfüllt. Denkbar sei aber ein Irrtum nach § 119 Abs. 1 BGB. Der Zahler irre zwar regelmäßig nicht über die Erklärung einer Autorisierung, möglicherweise aber über deren Rechtsfolgen, die sich wesentlich von den beabsichtigten unterschieden. *Böger* sprach sich grundsätzlich für eine Anfechtbarkeit nach §§ 119 ff. BGB aus. Weder die PSD2 noch §§ 675c-676c BGB seien abschließend bezüglich der Folgen von Willensmängeln. § 675p BGB stehe dem ebenfalls nicht entgegen, da er sich nicht zu den Folgen von Willensmängeln des Zahlers für die Autorisierung verhalte. Den Interessen des ZDL trage § 122 BGB hinreichend Rechnung.

7 Einem Anspruch des Zahlers aus § 675u BGB könnten Ansprüche des ZDL aus § 675v BGB im Wege der Aufrechnung oder über § 242 BGB entgegengehalten werden. Für das Vorliegen eines von § 675v Abs. 3 Nr. 2 BGB erfassten Sorgfaltspflichtverstoßes des Zahlers trage nach allgemeinen Grundsätzen der ZDL die Darlegungs- und Beweislast. Nach § 675v Abs. 4 BGB bestehe ein solcher Schadensersatzanspruch des ZDL aber grundsätzlich nicht, wenn dieser keine starke Kundenauthentifizierung (SCA) nach § 675v Abs. 4 BGB verwende. Die Nichtverwendung der SCA habe der Zahler zu beweisen, was diesem nur selten gelinge. Bei aufsichtsrechtlichen Ausnahmen von der Pflicht zur Verwendung einer SCA – dies sei nach § 55 Abs. 5 ZAG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 RTS-VO 2018/389[1] (RTS) insbesondere bei der bloßen Anmeldung beim Online-Banking der Fall – liefen Aufsichts- und Zivilrecht gleich. Dem ZDL erwachse aus der Nichtanwendung des SCA also kein Nachteil.

8 Eigene Sorgfaltspflichtverletzungen des ZDL könnten die Haftung – über § 254 BGB durch Kürzung des Anspruchs aus § 675v BGB oder das Entstehen eines Gegenanspruchs des Zahlers – selbst bei grob fahrlässiger Sorgfaltspflichtverletzung des Zahlers teils oder gar vollständig auf den ZDL verlagern. Die Kausalität der Pflichtverletzung des ZDL entfalle indes nicht. Warn- und Hinweispflichten des ZDL bestünden in Bezug auf das Valutaverhältnis grundsätzlich nicht. Ausnahmen seien nach Treu und Glauben denkbar, wenn vor der Ausführung eines Zahlungsauftrags eine Rückfrage beim Kunden geboten sei. Eine individuelle Echtzeitüberwachung von Zahlungsvorgängen sei derzeit nicht erforderlich.

III. Neues Europäisches Zahlungsdienste(privat)recht – Ein Paradigmenwechsel?

9 PD Dr. *Alexander Sajnovits* führte mit einem Vortrag zum Thema *Neues Europäisches Zahlungsdienste(privat)recht – Ein Paradigmenwechsel?* in das unionsrechtliche Gesetzgebungsverfahren zur Ablösung der PSD2[2] durch PSD3 und PSR ein.

10 Zu Beginn stellte *Sajnovits* den Reformprozess und den aktuellen Verfahrensstand dar. Es lägen Entwürfe[3] von Kommission, Rat und Europäischem Parlament vor, die alle eine strukturelle Aufteilung in PSD3 und PSR vorsähen. Die PSD3 enthalte künftig aufsichtsrechtliche Vorgaben, die PSR daneben auch vertragsrechtliche Bestimmungen. Letztere entfalte als Verordnung unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten. Teile der PSR seien allerdings umsetzungsbedürftig und auch bei „echten" Verordnungsnormen verblieben den Mitgliedstaaten teilweise Spielräume (z.B. bei Art. 22 PSR-E). Als vollharmonisierende Richtlinie fordere die PSD3 hingegen eine vollständige Umsetzung.

11 PSR und PSD3 liege ein funktionaler Ansatz zugrunde. Der Unionsgesetzgeber folge der Aufgliederung in Zivil- und Aufsichtsrecht nicht, sondern orientiere sich vielmehr an dem funktionalen Zusammenhang der jeweiligen Vorschrift. Die PSR beinhalte zudem Normen mit hybrider Struktur, die sich weder dem Aufsichts- noch dem Zivilrecht eindeutig zuordnen ließen. Vertragliche Pflichten würden ferner durch delegierte Verordnungen konkretisiert. Die nationale Unterscheidung von Aufsichts- und Privatrecht verschwimme daher zunehmend.

12 Ein Paradigmenwechsel sei durch die Neuregelung nicht zu befürchten. Auf den Zahlungsdiensterahmenvertrag bleibe grundsätzlich deutsches Recht anwendbar. Den Vertrag prägten dann jedoch unmittelbar die unionsrechtlichen Vorgaben der PSR. Auch ein Rückgriff auf Geschäftsbesorgungsrecht bzw. Auftragsrecht sei, soweit es die PSR zulasse, weiterhin möglich. Disruptionen seien gleichwohl nicht auszuschließen. So sei das künftige Verordnungsrecht unionsrechtsautonom auszulegen, während die Auslegung der §§ 675c ff. BGB zunächst nach nationalen Maßstäben, aber richtlinienkonform, erfolge. Die zu den §§ 675c ff. BGB entwickelte Rechtsprechung gelte im Anwendungsbereich der PSR formal zwar nicht fort. Wo sich die Richtlinien- und deren Umsetzungsvorschriften durch die Neuregelung inhaltlich nicht veränderten, sei jedoch von einer grundsätzlichen Fortgeltung der Rechtsprechung auszugehen. Über Rechtsfragen entschieden nämlich weiterhin zunächst nationale Gerichte. Bedenken begegne allerdings ein Rückgriff auf nationales Zivilrecht – etwa durch die Anwendung deutscher Anfechtungsvorschriften auf die in Art. 49 PSR-E verordnungsrechtlich geregelte Autorisierung.

13 Der letzte Teil des Referats galt den vorgesehenen Maßnahmen gegen *social engineering*, eine psychologische Angriffsmethode, bei der Opfer zur freiwilligen Preisgabe von Informationen oder zur Ausführung von Handlungen bewegt würden. Typischerweise erfolge ein solcher Angriff in vier Schritten: (1) dem Sammeln von Informationen, (2) dem Aufbau einer Beziehung

1 Delegierte Verordnung (EU) 2018/389 der Kommission vom 27.11.2017 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards für eine starke Kundenauthentifizierung und für sichere offene Standards für die Kommunikation.

2 Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG.

3 2023/0209 (COD) (PSD3); 2023/0210 (COD) (PSR).

zum Opfer, (3) der Erzeugung einer (empfundenen) Dringlichkeit und (4) dem Bewegen des Opfers zur Ausführung. Unter der PSD2 habe bei autorisierten Zahlungsvorgängen ein Aufwendungsersatzanspruch des ZDL bestanden. Auf welchen Motiven die Autorisierung beruht habe, sei irrelevant gewesen, weshalb der Zahler grundsätzlich das Risiko getragen habe. Fehlte eine Autorisierung, habe grundsätzlich ein Erstattungsanspruch des Zahlers bestanden; für den ZDL seien lediglich Schadensersatzansprüche in Betracht gekommen. Kommission und Rat hätten die Unterscheidung zwischen autorisierten und nicht autorisierten Zahlungsvorgängen beibehalten. Im Falle des *social engineering* gegenüber Verbrauchern weise jedoch Art. 59 PSR-E künftig das Risiko dem ZDL zu. Dieser erfasse indes nur einen Sonderfall: Der Betrüger gebe sich gegenüber dem Zahler als ZDL aus und bewege diesen zur Autorisierung. Dann bestehe ein Erstattungsanspruch des Verbrauchers gegen den ZDL, der nach Art. 59 Abs. 4 PSR-E nur bei betrügerischem oder grob fahrlässigem Verhalten des Verbrauchers ausgeschlossen sei. Die dogmatische Einordnung des Art. 59 PSR-E sei umstritten; teils werde er als Gefährdungshaftung, teils als Anfechtungstatbestand verstanden. *Sajnovits* stellte infrage, ob eine Einordnung in nationale vertragsrechtliche Kategorien überhaupt möglich und sinnvoll sei. Es handele sich nämlich um eine weitgehend abgeschlossene, unionsrechtliche Haftungsnorm. Vorzugswürdig sei die Einordnung nach unionsprivatrechtlichen Kategorien. Im Ergebnis spreche – mit Blick auf das Unionsprivatrecht – mehr für eine Gefährdungshaftung. In den übrigen Fällen des *social engineering* bleibe es bei der unter der PSD2 geltenden Risikoverteilung. Das Risiko aus dem Valutaverhältnis trage also der Zahler. Bei einem Verstoß gegen Warnpflichten durch den ZDL sei allerdings ein Schadensersatzanspruch des Zahlers erwägenswert. Das Europäische Parlament gehe mit Art. 3 Nr. 34a PSR-E noch weiter: Eine Autorisierung setze danach insbesondere voraus, dass der Zahlungsdienstnutzer einen bestimmten Vorgang freiwillig und in voller Kenntnis aller relevanten Fakten authentifiziere – was, bei strikter Anwendung, das Risiko vollständig auf die ZDL verlagere.

14 Die Risikoverlagerung nach Art. 59 PSR-E habe nicht nur repressive, sondern auch steuernde Wirkung, indem sie die ZDL zur effektiven Betrugsbekämpfung motiviere. Auf Betrüger wirke sie sich nicht aus; diesen sei egal, wer die Kosten trage. Ein *Moral-hazard*-Risiko bestehe nicht, weil das Opfer typischerweise keine Kenntnis der Haftungsfolgen des Zahlungsdiensterechts habe. Ob die durch die Norm verursachte „Sozialisierung der Betrugsschäden" angemessen sei, bleibe abzuwarten. Auch Effizienz und Effektivität von Art. 59 PSR-E seien zweifelhaft: Banken seien nicht der *cheapest risk avoider*, weil sie die Geschehnisse im Valutaverhältnis nicht hinreichend beeinflussen könnten. Gleichwohl könnten Verbraucherschutzgesichtspunkte die Regelung rechtfertigen. Zweifelhaft sei ferner die Begrenzung des Art. 59 PSR-E auf bestimmte Fallgruppen, da deren Bedeutung rasch abnehmen könne.

IV. Diskussion zu den Referaten von Ole Böger und Alexander Sajnovits

15 Die anschließende Diskussion eröffnete Univ.-Prof. Dr. *Sebastian Omlor* mit der Frage, wie die Zahlungsabwicklung durch KI-Agenten unter der PSD2 zu bewerten sei und ob der europäische Gesetzgeber diese Entwicklungen berücksichtige. *Sajnovits* verwies auf die durch die PSR, insbesondere Art. 48 PSR-E, bestehende Möglichkeit, derartige Konstellationen durch die Bildung neuer Kategorien der Autorisierung zu erfassen. In den Entwürfen finde sich hierzu nichts. *Böger* bestätigte dies hinsichtlich der Autorisierung. Für ihn seien jedoch die Fälle interessanter, in denen Fehler bei der Zahlungsabwicklung mithilfe von KI-Agenten aufträten. Soweit der ZDL solche Abwicklungen von Zahlungsvorgängen ermögliche, spreche viel gegen eine grobe Fahrlässigkeit des Zahlers. *Böger* verwies insoweit auf Parallelen zum *quishing*, bei dem der ZDL eine Möglichkeit eröffne, die der Zahler kaum kontrollieren könne. Bei Fehlern sei grobe Fahrlässigkeit des Nutzers dann nicht ersichtlich; das Risiko liege beim ZDL.

16 Univ.-Prof. Dr. *Christina Escher-Weingart* betonte, ein Zahler handele grob fahrlässig, wenn er das Vorliegen von Angaben der SCA nicht prüfe. Sie fragte nach Folgen der Missachtung von Warnpflichten durch Zahler und ob nicht eine Verzögerung der Ausführung des Zahlungsvorgangs ideal wäre. Die Banken seien allerdings zur Sofortüberweisung gezwungen. Resultat sei ein Konflikt zwischen Prävention und schneller Abwicklung. *Sajnovits* äußerte sich grundsätzlich zustimmend. Entscheidend sei, inwieweit Betrugsprävention ohne Abstriche bei der Schnelligkeit möglich sei. Der Kommissionsvorschlag habe noch keine Möglichkeit der ZDL vorgesehen, von der Ausführung der Zahlung wegen eines Betrugsverdachts abzusehen. Dies habe der Rat in Art. 65 PSR-E ergänzt. Dem stimmte *Böger* zu. Denkbar seien besondere Warnpflichten für vulnerable Gruppen, die im Zweifel nicht von der Echtzeitüberwachung profitierten. Habe der Zahler die Angaben in der Zahlungs-App nicht überprüft, sei dies sein Risiko. Zeigte ihm die Zahlungs-App jedoch nichts an, läge der Fehler beim ZDL. Der Nachweis einer fehlenden Anzeige in der Zahlungs-App sei in der Praxis aber nur schwer zu erbringen.

17 Univ.-Prof. Dr. *Beate Gsell* stellte fest, dass die unionsrechtsautonome Auslegung im Ergebnis nichts Neues sei; bereits die Richtlinie habe sie gefordert. Sie kritisierte die Inkonsistenz der Nichtanwendung der Grundsätze über die Anscheinsvollmacht bei der Autorisierung, obwohl Irrtümer deren Wirksamkeit grundsätzlich unberührt ließen. Schließlich warnte sie vor einem rein verbraucherschutzrechtlichen Verständnis der europäischen Vorgaben: Die Sozialisierung von Risiken bedinge ein gewisses Verbraucherschutzniveau, sei aber nicht nur verbraucherschützend. Es gehe primär um das zu erreichende Sicherheitsniveau. Dies setze Konsistenz voraus. Der unionale Ansatz, einzelne Fallgruppen herauszugreifen, überzeuge insoweit nicht. *Böger* führte aus, in der Unbeachtlichkeit von Irrtümern für die Autorisierung und der Nichtanwendung der Grundsätze der Anscheinsvollmacht könne durchaus ein Widerspruch gesehen werden. Eine Grundlage hierfür biete § 675v BGB, wonach – anders als bei §§ 675j und 675u BGB – die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit begrenzt sei. Auf den verbraucherschutzrechtlichen Einwand *Gsells* hin räumte *Sajnovits* ein, dass es beim Verbraucherschutz tatsächlich auch um Vertrauensstärkung und damit einen Aspekt der Funktionsfähigkeit der Zahlungssysteme gehe. Dies komme auch in der SEPA-VO[4] zum Ausdruck. Art. 59 PSR-E stelle jedoch nur auf Verbraucher ab,

4 Verordnung (EU) Nr. 260/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.3.2012 zur Festlegung der technischen Vorschriften und

was für eine in erster Linie verbraucherschützende Ausrichtung spreche.

18 Univ.-Prof. Dr. *Matthias Casper* fragte *Böger*, ob die Autorisierung bei Freigabe-Apps nicht erst in der Freigabe liege. Er warnte sodann davor, aus der Entscheidung des BGH[5] aus 2024 zu Warnpflichten weitreichende Sorgfaltspflichten herzuleiten. Zudem stellte er die Frage, ob Banken bereits zum Einsatz von KI verpflichtet seien. *Böger* führte aus, in der Freigabe sei wohl eine Autorisierung zu sehen. Die KI-Überwachung von Zahlungsvorgängen bilde eine Grundlage für Warn- und Hinweispflichten des ZDL und solle verwendet werden. In Bezug auf den Vortrag von *Sajnovits* merkte *Casper* an, er befürworte den Gleichlauf von Aufsichts- und Zivilrecht, halte aber erhebliche Auslegungsschwierigkeiten im Zuge der Neuregelung für möglich. Daran anknüpfend fragte er, ob bei der Ermittlung des Normzwecks künftig stärker rechtsvergleichend gearbeitet werden müsse. *Sajnovits* erwiderte, dies habe – wie von *Gsell* bereits angedeutet – eigentlich bereits die richtlinienkonforme Auslegung gefordert.

19 Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. *Klaus J. Hopt* fragte nach der Bedeutung der Neuregelungen für die Rechtsangleichung in der EU. Er glaube, die Unterschiede bei der Anwendung deutschen Umsetzungsrechts und (künftig) der PSR durch deutsche Gerichte seien erheblich. Bei der Anwendung deutschen Umsetzungsrechts würden deutsche Gerichte bisher wohl nur selten in die zugrunde liegende Richtlinie schauen. Die PSR werde dies ändern. In Anbetracht der hochdifferenzierten deutschen Rechtsprechung frage er sich zudem, wie dies in anderen Mitgliedstaaten aussehe. Praktisch bestünden wohl erhebliche Unterschiede zwischen den an der Dogmatik festhaltenden großen und anderen Mitgliedstaaten. Dass letztere die deutsche Dogmatik berücksichtigen, könne er sich nicht vorstellen. Gegen eine Angleichung des Rechts spreche, dass künftig der EuGH die Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung zu klären habe. Entscheidend seien dann die Vorlagen an diesen und deren Umfang. Dass er künftig alle Rechtsfragen beantworten werde, bezweifelte *Hopt*. Zu einer stärkeren Angleichung führe aus seiner Sicht jedoch die Harmonisierung des Aufsichtsrechts. Er fragte hierzu, ob die unterschiedliche Effizienz der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden nicht für eine europäische Aufsicht spräche. *Böger* bestätigte die Einschätzung *Hopts* in Bezug auf die (Nicht-)Berücksichtigung der Judikatur anderer Mitgliedstaaten durch die jeweiligen nationalen Gerichte. Die PSR biete hier aber Chancen. Auch *Sajnovits* zeigte sich unter Verweis auf bestehende Übersetzungsmöglichkeiten vorsichtig optimistisch bezüglich der künftigen Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Ein maßgeblicher Faktor seien Vorlagen an den EuGH durch nationale Gerichte. Wegen Art. 267 AEUV bestehe grundsätzlich zwar kein Unterschied zur Richtlinie. Der Druck zur Vorlage sei im Falle einer Verordnungsnorm aber erhöht. Die vorgebrachte Diskrepanz der Aufsichtsbehörden sei durchaus problematisch und mache eine weitere Harmonisierung des Aufsichtsrechts und der aufsichtsrechtlichen Strukturen denkbar.

20 Univ.-Prof. Dr. *Dimitrios Linardatos* verwies auf die Ermächtigungsgrundlage der Transaktionsüberwachung nach der RTS; dies sei Art. 98 PSD2, der den Schutz der Nutzer und der Gelder betone. Die RTS beziehe sich auf die SCA. Die SCA sei jedoch für den konkreten Vorgang notwendig und hätte kaum Marktbezug. Es sei daher verwunderlich, dass eine einzelne Vorschrift eine andere Zielrichtung habe. *Linardatos* schloss die Frage an, ob die Differenzierung zwischen Aufsichts- und Zivilrecht vor diesem Hintergrund nicht doch aufzugeben sei. *Böger* gab an, bewusst von *Linardatos*‘ Einschätzung abgewichen zu sein: Die Formulierungen der Vorgaben zur SCA zeigten, dass keine Echtzeit-Vorabkontrolle gewollt sei. Eine solche sei jedoch wünschenswert. *Sajnovits* ergänzte, Aufsichts- und Zivilrecht glichen sich in diesem Bereich weiter an, was die Wechselwirkungen künftig verstärke.

21 Rechtsanwalt Dr. *Ulf Heppekausen* stellte die These auf, die Fallzahlen beim Betrug gingen stark zurück und Streitwerte würden geringer; die Banken seien bei der Prävention bereits aktiv. Deren Verpflichtung zur Betrugsprävention sei daher grundsätzlich überholt. Gerade der von Art. 59 PSR-E explizit erfasste Fall sei jedoch schwer zu erkennen, weil die Freigabe vom Handy des Kunden komme. *Böger* sei zudem darüber hinweg gegangen, dass nicht jeder die Autorisierung nach dem objektiven Empfängerhorizont auslege. Viele täten sich damit schwer. Er fragte daher, ob Art. 59 PSR-E deshalb gebraucht werde, weil in diesen Fällen, ausgehend von der Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont, eine Autorisierung vorläge. *Heppekausen* merkte zudem an, das Unionsrecht sei unsystematisch und erfordere hohen Auslegungsbedarf. Es könne im Hinblick auf die Unsicherheiten bei der Auslegung nicht sinnvoll sein, dass künftig untere Gerichte regelmäßig Vorlagen an den EuGH richten würden. Er fragte, was erforderlich wäre, damit sich erst der BGH an den EuGH wende und vor diesem kein anderes Gericht. *Böger* erwiderte, eine Reduktion der Fallzahlen habe er noch nicht wahrgenommen. Er nehme dies aber zur Kenntnis und finde es gut, wenn von den ZDL freiwillig ergriffene Maßnahmen Wirkung zeigten. Zur Vorlagepflicht entgegnete er, eine Vorlage nur durch den BGH sei nicht vorgesehen. Die frühe Klärung von Rechtsfragen durch den EuGH sei zudem etwas Positives. *Sajnovits* stimmte dem zu: Eine Änderung von Art. 267 AEUV sei nicht zu erwarten.

22 Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Susan Emmenegger* wies darauf hin, die Diskussion zur PSD2 bzw. PSD3 habe sich von der Harmonisierung des Zahlungsdiensterechts hin zu einer nationalen Verbraucherschutzdebatte gewandelt. Das Risiko treffe zunehmend die Banken. Dies komme in der PSD3 durch die Regelungen zum *social engineering* zum Ausdruck. Sie fragte, ob es eine Diskussion darüber gegeben habe, wie sich die Transaktionsüberwachung, für die KI von erheblicher Bedeutung sei, zum Datenschutzrecht verhalte. *Sajnovits* antwortete, KI werde eine große Rolle spielen und sei auch in den Diskussionen Gegenstand. Die Auslegung offener Rechtsbegriffe berücksichtige künftig den Einsatz von KI und mache diesen wohl auch erforderlich. Das Spannungsverhältnis zum Datenschutz sei diskutiert und in den Erwägungsgründen adressiert worden; ein Vorrang des Datenschutzes gegenüber der auch verbraucherschützenden Regulierung durch PSR und PSD3 bestehe danach nicht.

der Geschäftsanforderungen für Überweisungen und Lastschriften in Euro und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 924/2009.

5 BGH v. 14.5.2024 – XI ZR 327/22, BGHZ 240, 312 = WM 2024, 1160 = WuB 2024, 327 (*Dieckmann*).

23 Akad. Rat a. Z. Dr. *Dennis Fritz* fragte *Böger* zunächst, ob andere Rechtsscheinstatbestände, etwa § 15 HGB oder die Duldungsvollmacht, für § 675u BGB und § 675v BGB von Bedeutung seien. *Böger* verneinte dies: Auch die Duldungsvollmacht sei nicht anwendbar; § 15 HGB spiele keine besondere Rolle, weil die Sicherheitsmerkmale den Nutzern individuell zugeteilt würden. Anknüpfend an *Linardatos* warf *Fritz* zudem die Frage auf, ob und inwieweit Verbraucherschutz ein Argument für die Einordnung als zivilrechtliche Vorschrift sei bzw. gegen die Einordnung als Aufsichtsrecht spreche. Auch in anderen aufsichtsrechtlichen Bereichen nehme die Bedeutung des Verbraucherschutzes für die Aufsichtsbehörden zu. *Sajnovits* antwortete, er bleibe dabei, dass künftig Aufsichts- und Zivilrecht enger zusammenwachsen würden.

24 Rechtsanwalt Dr. *Manuel Lorenz* erkundigte sich, wieso gerade Zivilrecht verordnungsrechtlich kodifiziert werde und woraus sich die Gesetzgebungskompetenz des Unionsgesetzgebers hierfür ergebe. Er hätte sich aufgrund der Auslegungsunterschiede innerhalb der Mitgliedstaaten eine Harmonisierung des Aufsichtsrechts gewünscht. *Sajnovits* gab an, er halte eine weitere Harmonisierung des materiellen Aufsichtsrechts sowie der Aufsichtsstrukturen für denkbar. Die geplanten zivilrechtlichen Vorschriften dienten der Harmonisierung des Zahlungsdiensterechts; eine Gesetzgebungskompetenz folge daher aus Art. 114 AEUV. Vorschläge, die von der Kommission vorgesehene Aufteilung der Vorschriften auf Verordnung und Richtlinie abzuändern, habe er nicht zur Kenntnis genommen. Entsprechende Stimmen seien jedenfalls nicht durchgedrungen.

25 Dr. *Nikolai Badenhoop* brachte das britische Modell in die Diskussion ein. Dort sei geplant, die Sozialisierung der Betrugskosten über einen von den Banken zu bedienenden Fonds zu kompensieren. Als Alternative schlug er vor, die Verbraucher die Risiken tragen zu lassen. Dies könne erreicht werden, indem diesen vor jedem Zahlungsvorgang eine Warnung angezeigt werde, die unter Hinweis auf eine mögliche Haftung dazu auffordere, die Eingabedaten zu überprüfen. *Böger* hielt die Idee eines Fonds zur Kompensation für interessant. Ein solcher Fonds könne jedoch zu einem *moral hazard* führen. Einer Risikoverlagerung auf die Verbraucher stand er skeptisch gegenüber: Betrüger setzten Verbraucher teilweise stark unter Druck. Dafür könnten die Banken zwar nichts, der Betrug werde aber erst durch das von ihnen in der jeweiligen Form zur Verfügung gestellte Online-Banking-System ermöglicht. Dies geschehe zwar auch im Interesse der Kunden, es sei jedoch das Geschäftsmodell des ZDL. Es sei daher richtig, dem ZDL Präventionspflichten aufzuerlegen. Auch *Sajnovits* hielt die Idee eines Fonds für interessant. Aus seiner Sicht mache es im Ergebnis wohl keinen großen Unterschied, ob die einzelne Bank den Schaden zu tragen habe oder ob diese in einen entsprechenden Fonds einzahle. Für die vorgeschlagene Risikoverlagerung auf die Verbraucher habe er durchaus Sympathien. Es gebe aber Konstellationen, in denen dem Verbraucherschutz der Vorrang einzuräumen und eine Sozialisierung des Schadens gerechtfertigt sei, etwa bei besonders vulnerablen Gruppen. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Betrug in dem vom ZDL zur Verfügung gestellten Raum erfolge. Gleichwohl bestehe ein Konsistenzproblem darin, dass Art. 59 PSR-E nur einen Fall des *social engineering* besonders behandele.

26 Dr. *Christoph Keller* von der Deutschen Bundesbank gab Einsicht in die europäischen Verhandlungen. Diese seien schwierig gewesen. In anderen Mitgliedstaaten werde nicht zwischen einer vom Kunden beauftragten und einer sonstigen Zahlung unterschieden. Vielmehr sei für diese bei Nutzung des korrekten Zugangsinstruments stets eine wirksame Zahlung gegeben. Art. 59 PSR-E sei daher ein verhandlungstaktischer Erfolg, der die grundsätzliche Unterscheidung zwischen autorisierten und nichtautorisierten Zahlungsvorgängen aufrechterhalte und hiervon eine Ausnahme mache. *Böger* bedankte sich zunächst für die von *Keller* gebotenen Einblicke in die Verhandlungen. Es sei erfreulich, dass die Unterscheidung zwischen autorisierten und nichtautorisierten Vorgängen in anderen Mitgliedstaaten künftig Anerkennung finde und diese die deutsche Rechtsprechung vermehrt berücksichtigen könnten.

V. Sanktionen und Geldwäsche

27 Den dritten Vortrag hielt Rechtsanwältin Dr. *Bärbel Sachs* zum Thema *Aktuelle Herausforderungen für Finanzinstitute im Sanktionsrecht und auf der Schnittstelle zum Geldwäscherecht*. Sie begann diesen mit einem Überblick über die bisherigen Sanktionspakete gegen Russland, wobei sie deren Unübersichtlichkeit kritisierte. Die Vielzahl der Vorschriften mache deren Einhaltung schwierig. Für Finanzinstitute sei das Sanktionsrecht besonders relevant, weil es diese – etwa wegen Einfriergeboten oder Bereitstellungs- und Investitionsverboten – besonders betreffe. Die Sanktionspakete seien zudem inkonsistent. Dies zeige sich etwa in dem Bereitstellungsverbot, das für die Russlandsanktionen in Art. 2 VO (EU) Nr. 269/2014[6] geregelt sei. Bei diesen bestehe nach Art. 5aa VO (EU) Nr. 833/2014[7] zusätzlich ein Transaktionsverbot, das Transaktionen mit in einer Liste aufgenommenen Personen verbiete. Die Unterschiede zwischen beiden Verboten seien unklar. Die Ausnahmen und Genehmigungen beider Verbote seien zwar ähnlich, im Ergebnis aber nicht deckungsgleich.

28 Innerhalb der EU würden die Sanktionen zudem nicht einheitlich ausgelegt. Die uneinheitliche Auslegung zeige sich besonders deutlich an dem Verkauf von Beteiligungen in Russland. Die Kommission ordne dies, anders als die deutschen Behörden, regelmäßig als Verstoß gegen die Ausfuhrvorschriften ein. Zwischen den Mitgliedstaaten bestehe auch keine Einigkeit hinsichtlich der verhängten Sanktionen. Wegen der *sunset clauses* müssten beide Verordnungen zu den Russlandsanktionen darüber hinaus alle 6 Monate einstimmig verlängert werden. Einstimmigkeit werde nur erreicht, indem einigen Mitgliedstaaten Ausnahmen eingeräumt würden.

29 Auch die Frage, ob ein Schuldner – ohne Verstoß gegen das Einfriergebot des Art. 2 Abs. 1 VO (EU) Nr. 269/2014 – sich der Forderung eines sanktionierten Gläubigers durch Hinterlegung entledigen könne, werde unterschiedlich beurteilt. Der BGH[8] ordne die Hinterlegung, anders als das OLG Frankfurt und das

6 Verordnung (EU) Nr. 269/2014 des Rates vom 17.3.2014 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen.

7 Verordnung (EU) Nr. 833/2014 des Rates vom 31.6.2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren.

8 BGH v. 25.1.2024 – IX ZR 19/22, WM 2025, 687 = WuB 2024, 264 (*Meller-Hannich*).

OLG Köln, als Bewegung oder Transfer und damit als Sanktionsverstoß ein. Unterschiedlich ausgelegt würden ferner die Begriffe „Halten" und „Kontrolle" nach Art. 2 VO (EU) Nr. 269/2014. Aus Sicht der Kommission werde die Kontrolle eines Anteilseigners, der mehr als 50 % der Anteile an einer Gesellschaft halte, vermutet. Die Deutsche Bundesbank, die Kontroll- und Genehmigungsbehörde hinsichtlich der Finanzsanktionen, sehe dies anders: Der Anteilseigner müsse für eine Kontrolle vielmehr einen darüber hinausgehenden Einfluss ausüben.

30 Anschließend widmete sich *Sachs* den Anspruchsverzichtsklauseln (sog. *no-claims clauses)* der Art. 11 VO (EU) Nr. 833/2014 bzw. VO (EU) Nr. 269/2014 unter besonderer Berücksichtigung von Rückerstattungen geleisteter Anzahlungen und von Anzahlungsgarantien. Aus Garantien dürfe grundsätzlich nicht gezahlt werden. Die Beurteilung der Rückerstattung geleisteter Anzahlungen sei schwieriger. Das BMWE gehe nunmehr davon aus, diese sei unzulässig. Diese Einschätzung habe die Kommission mündlich bestätigt. *Sachs* selbst halte die Zulässigkeit der Rückerstattung von Anzahlungen für überzeugender.

31 Ein Grund für die bestehenden Auslegungsschwierigkeiten sei die mangelnde Flexibilität bei der Erteilung von Genehmigungen. Ausnahmetatbestände von den starren Verboten seien nur sehr granular geregelt. Erhebliche Unterschiede bestünden im Übrigen zwischen den Sanktionen der westlichen Partnerländer. Bei den Russlandsanktionen gäbe es einen gewissen Gleichlauf zwischen den US- und den EU-Sanktionen, aber Unterschiede im Detail. Die bestehenden Probleme verschärfe das Bestehen von *blocking statutes*.

VI. Diskussion zum Referat von Bärbel Sachs

32 In der nachfolgenden Diskussion fragte zunächst *Emmenegger*, ob die Russlandsanktionen einen *Spill-over*-Effekt in Bezug auf Russland, d.h. russische Unternehmen und Kunden, hätten. *Sachs* bejahte dies. *Spill-over*-Effekte gäbe es aufgrund von Over-Compliance im Umgang mit sanktionierten Ländern schon länger. Erschwerend hinzu komme die Compliance mit US-Sekundärsanktionen, die Banken treffen könnten.

33 *Hopt* fragte, wie die Beratung hinsichtlich der Sanktionen praktisch erfolge, insbesondere, welche Kriterien dieser zugrunde lägen (rechtliche Kriterien, Wahrscheinlichkeiten oder die Kosten für das Unternehmen). Man könne aus seiner Sicht grundsätzlich zwar zur Over-Compliance raten. Dies sei bei den *blocking statutes* aber nicht möglich. *Sachs* erwiderte, sie rate grundsätzlich zu einem Risikomanagement. Bei konfligierenden Vorschriften empfehle sie die Einhaltung deutschen Rechts. Letztlich bedürfe es aber einer einzelfallbezogenen Beratung.

34 *Buck-Heeb* fragte nach der dogmatischen Einordnung des Art. 11 VO (EU) Nr. 269/2014, wonach Ansprüchen „nicht stattgegeben" werde. Aus aktienrechtlicher Perspektive warf *Kalss* die ähnliche Frage auf, wie sich das Einfrieren auf den Dividendenanspruch auswirke. *Sachs* sprach sich in Bezug auf beide Fragen für das Bestehen eines vorübergehenden Leistungshindernisses aus.

35 Univ.-Prof. Dr. *Robert Freitag* stellte die Frage, welche Auswirkungen Over-Compliance privatrechtlich habe und ob Aufwendungsersatzansprüche gegen Kunden dadurch objektiv zu Unrecht nicht geltend gemacht würden. Er bezweifle, dass man hierzu in der anwaltlichen Beratung tatsächlich bedenkenlos raten könne. *Sachs* erwiderte, auch insoweit sei eine Einzelfallbetrachtung erforderlich. Zu Over-Compliance könne primär in Bezug auf das Zukunftsgeschäft geraten werden. Unternehmen müssten die Risiken von Geschäften mit potentiell sanktionierten Geschäftspartnern berücksichtigen und in ihre Geschäftspolitik einpreisen.

VII. Umsetzung der Verbraucherkreditrichtline (EU) 2225/2023

36 Die zweite Abteilung des Bankrechtstages, unter Leitung von Rechtsanwalt Dr. *Rainer Metz*, eröffnete Univ.-Prof. Dr. *Robert Freitag* mit einem Vortrag zur *Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (EU) 2225/2023 (CCD2)*. Er bezog auch den jüngst veröffentlichten Referentenentwurf des BMJ zum Umsetzungsgesetz[9] ein. Einführend gab er einen kurzen Überblick über den Stand des Gesetzgebungsverfahrens. Die CCD2[10] sei quantitativ gegenüber der CCD1[11] deutlich gewachsen – sowohl im Umfang als auch bei den Umsetzungsoptionen trotz Vollharmonisierung.

37 *Freitag* widmete sich sodann den Neuerungen im sachlichen Anwendungsbereich. Betragsmäßig gelte die CCD2 künftig schon von 0 € bis 100.000 € (Art. 2 Abs. 2 lit. c) CCD2). Demnach sei lediglich die Betragsuntergrenze in § 492 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB und den hierzu „akzessorischen Normen"[12] zu streichen. Eine Betragsobergrenze sei im nationalen Recht – wie bisher – nicht vorzusehen. Folgebedingter Korrekturbedarf bestehe bei § 312g Abs. 2 BGB, der einen unbedingten Vorrang des produktbezogenen Widerrufsrechts des § 495 BGB anordne. Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 312g Abs. 2 BGB sei – auch nach dem BGH[13] – nicht möglich. Allerdings werde das Umsetzungsdefizit *pro futuro* ab dem 16.6.2026 aufgrund von Art. 16b Abs. 7 RL 2011/83/EU in der Fassung RL (EU) 2023/2673 und bis zum 16.6.2026 aufgrund der Rechtsprechung des EuGH[14] zum Erlöschen des Widerrufsrechts gemäß Art. 14 CCD1 bzw. der Folgerechtsprechung des BGH geheilt.

38 Künftig unterfielen der Richtlinie auch unentgeltliche Kredite und entgeltliche Kredite mit einer geringeren Laufzeit als drei Monaten und geringen Kosten. Das Wort „entgeltlich" sei daher in folgenden Vorschriften zu streichen: § 491 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 506 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BGB, § 491 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BGB und § 515 BGB. § 514 BGB sei zumindest zu modifizieren. Um die §§ 491a ff. BGB auf Immobiliar-Verbraucherdarlehensverträge (IVDV) zu erstrecken und die Rechtslage zu vereinfachen, könne § 514 BGB auch gestrichen wer-

9 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2023/2225 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/48/EG v. 23.6.2025.

10 Richtlinie (EU) 2225/2023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.10.2023 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/48/EG.

11 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.

12 § 506 Abs. 4 Satz 1, § 514 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie nach h.M. analoge Geltung für § 515 BGB.

13 BGH v. 15.10.2019 – XI ZR 759/17, WM 2019, 2164 = WuB 2020, 59 (*Henning*).

14 EuGH v. 21.12.2023 – C-38/21, C-47/21, C-232/21, WM 2024, 249 – Ls. 11 – BMW Bank.

den. So, allerdings nur bei Entgeltlichkeit, auch der Referentenentwurf. Der Anwendungsbereich erfasse künftig zudem sowohl unentgeltliche Finanzierungshilfen als auch entgeltliche Finanzierungshilfen mit geringen Kosten und kurzer Laufzeit in Form des Zahlungsaufschubs, des Rechnungskaufs und des Ratenkaufs („*Buy Now Pay Later*"). Nach Art. 2 Abs. 2 lit. h) CCD2 sei es den Mitgliedstaaten indes erlaubt, Zahlungsaufschübe, Rechnungs- und Ratenkäufe vom sachlichen Anwendungsbereich auszunehmen. Die Richtlinie differenziere zwischen KMU und großen Online-Händlern. Ausgenommen werden dürften unentgeltliche Zahlungsaufschübe mit begrenzten Kosten, bei denen der Verbraucher im Verzugsfall nur mit den gesetzlichen Folgen belastet werde und der Zahlungsaufschub maximal 50 (KMU) bzw. maximal 12 (große Online-Händler) Tage betrage. Das unechte Factoring sei künftig für beide ausgeschlossen, das echte Factoring zudem für große Online-Händler. Der nationale Gesetzgeber solle die Ausnahmeregelung in § 506 BGB übernehmen. Die hervorgerufenen Ungleichbehandlungen von KMU und großen Online-Händlern sei auch national nicht auflösbar. Das neue Regime werde die Factoring-Branche „auf den Kopf" stellen.

39 Änderungen gebe es auch im Kreditkartengeschäft. Universalkreditkarten seien zivilrechtlich als (un-)entgeltliche Finanzierungshilfe zu verstehen und damit von der CCD2 umfasst. Art. 2 Abs. 5 CCD2 sehe jedoch ein Optionsrecht für Karten vor, bei denen der Kredit binnen 40 Tagen zurückzuzahlen und zinsfrei oder nur mit geringen Gebühren belastet sei. Die Regelung sei – bislang vom BMJ noch unberücksichtigt – getreu dem Wortlaut der Richtlinie in § 506 BGB umzusetzen. Die Umsetzung der CCD2 könnte zudem Impuls für eine „Anlassgesetzgebung" zu weiteren umstrittenen Themen der §§ 491 ff. BGB sein.

40 Die Neuregelung zur Bonitätsprüfung bringe insbesondere Änderungen im Verhältnis zur DSGVO mit sich. Die Bonitätsprüfung habe nun ausführlicher und ausdrücklich im Interesse des Verbrauchers zu erfolgen (vgl. Art. 18 Abs. 1 Satz 2 CCD2). Fehlende Bonität führe zu einem Kontrahierungsverbot. Explizit zu prüfen sei die Rückzahlungswahrscheinlichkeit. Die bisherige Negativformulierung im nationalen Recht müsse daher entfallen. Auffällig sei die Neuerung des Art. 18 Abs. 5 CCD2, wonach bei einer Mehrzahl an Kreditnehmern die gemeinsame Rückzahlungsfähigkeit maßgeblich sei. Dies widerspreche insbesondere der bislang individuellen Betrachtung des einzelnen Kreditnehmers im deutschen Recht. Das BMJ sehe den Anpassungsbedarf. Die Kreditgewährung dürfe sich nicht allein auf die Prüfung einer (negativen) Kredithistorie stützen (Art. 18 Abs. 11 Satz 2 CCD2). Interessant seien auch Fälle fehlender ordnungsgemäßer Bonitätsprüfung, bei denen der Kreditgeber ein Darlehen gewährt. Nach Art. 18 Abs. 7 CCD2 entfielen künftig das Recht zur Kündigung und zur Anpassung der Konditionen. Insoweit sei § 505d BGB an die europäischen Vorgaben anzupassen. Das BMJ halte dies jedoch für entbehrlich und wolle lediglich § 505d Abs. 3 BGB bei wissentlichen Falschangaben durch den Verbraucher einschränken. Kurz thematisierte er die Neuregulierung der Datenbankbetreiber durch die CCD2 im Verhältnis zur DSGVO. Er wies auf die fehlende Regelung automatisierter Bonitätsprüfungen i.S.d. Art. 22 DSGVO im deutschen Recht hin und schlug die Einführung des ehemals geplanten § 37a BDSG vor. Falls Banken und SCHUFA diese Prüfungsmöglichkeiten haben sollen, sei nachzubessern.

41 Der Referentenentwurf erlaube künftig auch die Textform, mit Ausnahme von IVDV. Das Widerrufsrecht erlösche 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss kraft Gesetzes (Art. 26 Abs. 2 Satz 1 CCD2). Der Fall der Fehlbelehrung über das Widerrufsrecht sei von der Erlöschungsregelung jedoch ausgenommen (Art. 26 Abs. 2 Satz 2 CCD2), weshalb ein potentiell ewiges Widerrufsrecht drohe. Weitere punktuelle Änderung sei die längere Frist bei verbundenen Verträgen (Art. 26 Abs. 3 CCD2). *Freitag* wies zudem auf die vom EuGH[15] festgestellte Unvereinbarkeit der Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3, 4 EGBGB mit Art. 14 CCD1 hin. Deren vollständige Streichung sei geboten, der Referentenentwurf lasse sie jedoch für IVDV fortgelten. *Freitag* begrüße ferner die Umsetzung von EuGH-Rechtsprechung zur Unvereinbarkeit der Anwendung der § 357 Abs. 4, § 358 Abs. 4 Satz 1, 5 BGB im Rahmen der Verbundabwicklung. Zum Preisrecht umriss er knapp den Umsetzungsvorschlag, die BGH-Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Darlehenszinsen (100 %- und 12 %-Grenzen) minimalinvasiv gesetzlich festzuschreiben. Des Weiteren stellte er infrage, ob die Rechtsprechung zur Unvereinbarkeit der Bearbeitungsentgelte angesichts der Vollharmonisierung noch europarechtskonform sei.

42 Abschließend übte *Freitag* Kritik an der CCD2. Sie zeige eine offene Tendenz zur Überregulierung, viele Vorgaben seien vage und nationale Umsetzungsspielräume unklar. Auch das Konkurrenzverhältnis zur DSGVO sei unklar. Der Referentenentwurf hingegen strebe eine – zu befürwortende – maßvolle Umsetzung an.

VIII. Diskussion zum Referat von Robert Freitag

43 Zum Auftakt der Diskussion verwies Univ.-Prof. Dr. *Markus Artz* auf Parallelen zum Gewerberaummietrecht, wo die Anforderungen der Textform beim Vertragsschluss umstritten seien. Die Textform sei für einseitige Rechtsgeschäfte konzipiert. Auch § 126b BGB treffe insoweit keine Aussage zum Vertragsschluss. Während teils die Wahrung der Einheit der Urkunde gefordert werde, genüge nach anderer Ansicht eine Zustimmung per E-Mail. *Freitag* betonte, dass auch schon für die Schriftform in § 494 BGB nur ein einseitiges Formerfordernis bestehe, die Einheitlichkeit der Urkunde sei hier gerade nicht erforderlich. *De lege lata* bestünden im Verbraucherkreditrecht keine vergleichbaren Probleme.

44 *Gsell* wies mit Blick auf den Harmonisierungsgrad darauf hin, dass Art. 44 CCD2 die Sanktionierung von Pflichtverstößen den Mitgliedstaaten überlasse. Die Aufzählung einzelner Rechtsfolgen sei daher nicht zwingend abschließend. Auch bei Informationspflichtenverstößen seien – trotz Auswirkungen auf die Widerrufsfrist – weitere Sanktionen zulässig.

45 *Escher-Weingart* fragte zur Anzahl der nun tatsächlich durchzuführenden Prüfungen bei *Buy-Now-Pay-Later*-Transaktionen über Paypal mit nachgelagerter Kreditkartenabbuchung. Daneben seien vollautomatisierte Kreditentscheidungen – so *Escher-Weingart* – nur zulässig, wenn am Ende eine menschliche Entscheidung stehe. Zudem sei KI nicht diskriminierungsfrei. *Freitag* äußerte sich, unter Anführung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO,

15 EuGH v. 21.12.2023 – C-38/21, C-47/21, C-232/21, WM 2024, 249 – Ls. 2 – BMW Bank.

grundsätzlich zustimmend. Vollautomatisierte Kreditentscheidungen bedürften einer expliziten Erlaubnis; Art. 18 Abs. 8 CCD2 stelle gerade keine solche Erlaubnis i.S.d. Art. 22 Abs. 2 lit. b) DSGVO dar, weil er sich in erster Linie mit automatisierten Prozessen und Entscheidungen befasse, die solche Prozesse beinhalten. Eine entsprechende Regelung für Banken und die SCHUFA fehle bislang im Referentenentwurf. Zumindest für Banken seien vollautomatisierte Entscheidungen daher noch unzulässig. Zur Paypal-Frage erklärte *Freitag*, dass Kredit- und Chargekarten wohl aus dem Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB herausgenommen würden, was das Problem löse.

46 *Omlor* unterstützte *Freitags* rechtspolitische Forderung einer nationalen Regelung automatisierter Entscheidungen angesichts der Dauer einer DSGVO-Reform. Zudem fragte er, ob sich aus *Freitags* Äußerungen zu § 505d BGB ergebe, dass die Diskussion einer neben der Richtlinie anwendbaren *culpa in contrahendo* (c.i.c.) hiermit beendet sei. *Freitag* betonte, damit auch auf den Hinweis von *Gsell* eingehend, rechtspolitisch sei die Annahme eines abschließenden Charakters widersinnig. Er habe zwar Sympathie für das BMJ, das § 505d BGB behalten wolle. Gleichwohl erwiderte *Freitag*: Nehme man die Vollharmonisierung ernst, bleibe kein Raum für die c.i.c. Man könne diskutieren, ob nationale Institute wie die c.i.c. außerhalb des harmonisierten Bereiches Anwendung fänden. Die c.i.c. sei, anders als das Deliktsrecht, hier jedoch unanwendbar. Sinnvoll sei daher eine Einigung auf europäischer Ebene im Wege nachfolgender Staatenpraxis.

IX. Kreditgewährung an ältere Menschen

47 Nach der Kaffeepause trug Univ.-Prof. Dr. *Beate Gsell* zur *Kreditgewährung an ältere Menschen* vor. Eine Kreditversagung bei fehlender Bonität sei (auch) älteren Menschen gegenüber nicht *per se* problematisch. Allerdings steige das Armutsrisiko im Alter, insbesondere bei Frauen. Problematisch sei eine Versagung jedoch (1) bei rechtlich verbotener und altersdiskriminierender unzulässiger Kreditversagung, (2) wenn rechtliche Gründe ökonomisch unbedenkliche Kredite verhinderten und (3) wenn wegen der Versagung in teurere, unattraktivere Geschäftsmodelle der Liquiditätsbeschaffung ausgewichen werde.

48 Ruhestandsbedingte Mindereinnahmen, hohe Pflegekosten sowie eine höhere Vorversterbenswahrscheinlichkeit mit entsprechendem Mehraufwand bei der Forderungsdurchsetzung gegenüber Erben ließen ältere potentielle Kreditnehmer für Banken weniger attraktiv erscheinen. Im Alter sei jedoch regelmäßig hinreichende Bonität vorhanden. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, inwieweit altersbedingte Besonderheiten eine Ablehnung rechtfertigten. Ausschlaggebend für Ablehnungen sei der Mehraufwand bei der Forderungsdurchsetzung. Die Zulässigkeit starrer Altersgrenzen erscheine jedenfalls fraglich.

49 Anschließend betrachtete sie das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot (§§ 19, 20 AGG). Gehe man von dessen – im Fall von Kreditverträgen umstrittener – Anwendbarkeit aus, stelle sich die Frage nach einer möglichen sachlichen Rechtfertigung der Diskriminierung (vgl. § 20AGG). Der BGH habe, abseits von Kreditverträgen, Altersgrenzen bei Leistungen mit einem Zuschnitt auf eine bestimmte Altersgruppe für zulässig gehalten.[16] *Gsell* betonte, zwar seien die unternehmerische Freiheit und die wirtschaftlichen Interessen des Anspruchsgegners des § 20 AGG zu beachten, es komme im Ergebnis jedoch auf die Verhältnismäßigkeit an. Das LG Kassel[17] habe in einer Entscheidung die Versagung eines Kreditverfügungsrahmens von 2.500 € an einen 88-jährigen ehemaligen Bundesrichter mit hinreichender Bonität als verbotene Diskriminierung angesehen. Es habe eine starre Altersgrenze zur Vermeidung von Rückzahlungsausfällen nicht für erforderlich gehalten, weil eine Bonitätsprüfung als milderes Mittel in Betracht komme und auch der Mehraufwand bei Vorversterben keine pauschale Ablehnung rechtfertige. Die Entscheidung sei wegen der Anwendung der §§ 19, 20 AGG kritisiert, hinsichtlich der fehlenden Rechtfertigung jedoch vielfach begrüßt worden. Als milderes Mittel komme auch die Einpreisung des Risikos in ungünstigere Konditionen in Betracht. Die Umsetzung des Art. 6 CCD2 werde die Beurteilung künftig ändern. Das neue allgemeine Diskriminierungsverbot gelte unabhängig von der Vertragsart, es sei jedoch nicht schrankenlos und erlaube unterschiedliche Bedingungen bei hinreichender Rechtfertigung durch objektive Kriterien. Entscheidend sei auch hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Im Ergebnis ordnete *Gsell* starre Altersgrenzen als kritisch ein und forderte eine Einzelfallprüfung mit möglicher Konditionenanpassung als milderes Mittel.

50 *Gsell* widmete sich sodann der Frage, ob die umfangreiche Kreditwürdigkeitsprüfung altersdiskriminierend wirke. Als Fallbeispiel diente die folgende Konstellation: Liquidität solle erlangt werden. Das einzig nennenswerte Vermögen sei jedoch in einer Wohnimmobilie gebunden, in welcher der Eigentümer bis zum Tod wohnen bleiben wolle (sog. „*eat your brick*"-Problem). Als Lösung schlug sie einen lebzeitig (weitgehend) tilgungsfreien, verzinslichen, grundpfandrechtlich besicherten Kredit vor, der nach dem Tod von den Erben abgelöst oder von der Bank verwertet werden könne. Alternativ komme ein Immobilienverzehrkredit ohne Zahlungen zu Lebzeiten in Betracht. Solche Produkte würden jedoch selten angeboten. Gemäß Art. 18 Abs. 3 WohnImmoKr-RL 2014/17/EU dürfe die Kreditwürdigkeitsprüfung sich nicht hauptsächlich darauf stützen, dass der Wert der Wohnimmobilie den Kreditbetrag übersteige.[18] Ziel der Norm sei es, Immobilienkäufe wie im Jahr 2008 zu vermeiden. Der Fall liege hier jedoch anders. Im Vordergrund stehe einzig die Fähigkeit, die Zinsen zu Lebzeiten zu zahlen. Auch § 4 Abs. 3 ImmoKWPLV[19] zeige, dass ein mögliches Versterben des Darlehensnehmers unberücksichtigt bleiben könne, wenn wahrscheinlich sei, dass der Darlehensnehmer zu Lebzeiten den fälligen Verpflichtungen nachkomme und der Immobilienwert hinreichende Gewähr für die Abdeckung etwaiger Verbindlichkeiten und Verwertungskosten biete. Die Kreditwürdigkeitsprüfung sei kein Erbenschutzprogramm.

51 Dass dies ein praktisches Problem darstelle, zeige die derzeitige Bewerbung von Teilverkäufen, die ohne Kreditwürdigkeitsprüfung auskämen. Dabei zahle ein Teilkäufer (TK) einen Anteilskaufpreis an einen Teilverkäufer (TV) gegen Erwerb eines entsprechenden Anteils (max. 50 %) an dessen Grundstück. TK seien

16 BGH v. 27.5.2020 – VIII ZR 401/18, BGHZ 226, 145 = WM 2020, 1387; BGH v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, WM 2022, 885.

17 LG Kassel v. 23.9.2024 – 4 S 139/23, ZIP 2025, 1206.

18 Vgl. a. § 505b Abs. 2 Satz 3 BGB, § 18a Abs. 4 Satz 3 KWG.

19 Verordnung zur Festlegung von Leitlinien zu den Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobiliar-Verbraucherdarlehensverträgen (Immobiliar-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung).

häufig hierauf spezialisierte Gesellschaften, TV typischerweise ältere Immobilieneigentümer. Bei Gesamtverkauf, typischerweise bei Tod des TV, falle eine von TV zu zahlende Provision an. Der TK werde zudem mit einem garantierten Mindestrückfluss i.H.v. 117-122 % des Anteilskaufpreises am Gesamtverkaufserlös beteiligt. In diesen Fällen liege – nach *Gsell* – ein Darlehen vor. Der TK lasse sich garantieren, dass er die von ihm gezahlte Summe auch zurückerhalte. Dass die Rückzahlung aus dem Verkauf der Immobilie stamme, sei insoweit unerheblich. Der TK trage gerade nicht das kauftypische Risiko der Wertsenkung der Immobilie. Er partizipiere asymmetrisch an möglichen Wertsteigerungen. Hinzu komme ein Nutzungsentgelt, welches sich weder am Wert der Immobilie noch der bewohnten Fläche bemesse. Das Vorgehen werde zudem grundpfandrechtlich abgesichert, der TV trage die Erhaltungskosten des gesamten Grundstücks und der TK reiche seine Finanzierungskosten durch. Das Modell sei teurer als ein herkömmliches Darlehen. Letztlich handele es sich um einen über ein Kreditgeschäft „gestülpten" Verkauf. Verbraucher wählten dieses Modell wegen der nicht erforderlichen Kreditwürdigkeitsprüfung. Der Teilverkauf stelle allerdings einen Verbraucherkredit und jedenfalls ein Umgehungsgeschäft i.S.v. § 512 Satz 2 BGB dar. *De lege ferenda* sei die Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts klarzustellen. Ein *level playing field* sei nötig.

X. Diskussion zum Referat von Beate Gsell

52 Rechtsanwalt Dr. *Tobias Lühmann* widersprach *Gsell* hinsichtlich der fehlenden Transparenz der Teilverkäufe. Es bestehe volle Kostentransparenz. Es gebe Infobroschüren mit Rechenbeispielen, der Vertragsschluss erfolge vor einem Notar und man müsse die Offenlegung der Kosten schriftlich bestätigen. Ein Kostenvergleich mit klassischen Darlehen sei mangels Marktes kaum möglich. Zwar sei das Modell transaktionskostenreich, dies für sich genommen jedoch nicht anstößig und auch die BaFin habe keine Bedenken. Es handele sich letztlich weder um ein Kreditgeschäft i.S.d. KWG noch um ein Darlehen gemäß § 488 BGB. Die hierfür erforderlichen Merkmale fehlten. *Gsell* entgegnete, Transparenz im Verbraucherkredit bedeute die Angabe zinslicher Kosten als effektiver Jahreszins, um Angebote vergleichen zu können. Gerade dies fehle bei Teilverkäufen bislang. Die aufgrund eines nicht vorhandenen Marktes fehlende Vergleichbarkeit mit Darlehen bestätige ihre Argumentation. Sollte es tatsächlich an der Kreditwürdigkeitsprüfung liegen, bestehe ein Problem. Wenn ein Darlehensvertrag an der Kritikwürdigkeitsprüfung scheitere, weil jemand nicht fähig sei, die monatlichen Zinsen zu zahlen, dann dürfte dieser auch keinen Teilverkaufsvertrag erhalten. Beim Teilverkauf sei auch die laufende Nutzungsentschädigung zu leisten, sonst drohe Vollstreckung. Dies wolle die Kreditrichtlinie gerade verhindern. Im Übrigen könne sie nicht für die BaFin sprechen. Welche Merkmale eines Darlehens i.S.d. § 488 BGB fehlten, sei nicht dargelegt worden. Entscheidend sei die dauerhafte Übertragung bzw. die vorübergehende Überlassung mit Rückgewährpflicht. Bei garantiertem Mindesterlös und gleichzeitig maximalem Ankauf von 50 % sei die Rückgewähr restrisikolos.

53 Ein Online-Teilnehmer fragte, ob der Staat nicht andere Modelle schaffen solle, wenn die Kreditvergabe an Ältere ein gesellschaftliches Problem sei. *Metz* fügte ergänzend hinzu, dass in den USA eine abgesicherte *mortgage* mit bestimmten gesicherten Konditionen für Ältere existiere. *Gsell* erwiderte insoweit, diese richteten sich an unterschiedliche Zielgruppen. Wenn es solvente Ältere mit guter Bonität gäbe, erstaune das Fehlen entsprechender Produkte. Soweit dies an übertrieben strengen, in der Praxis als rechtsunsicher empfundenen Kreditwürdigkeitsprüfungsanforderungen liege, sollte man dem abhelfen. Sozialrechtliche Ziele mit staatlichen Instrumenten zu verfolgen, sei jedoch nicht das Thema des Vortrags gewesen.

54 Rechtsanwalt Dr. *Ferdinand Unzicker* fragte aus aufsichtsrechtlicher Perspektive, ob bei aus seiner Sicht zutreffender Einordnung des Teilverkaufs als Darlehen i.S.d. § 488 BGB folgerichtig ein Gelddarlehen im KWG-rechtlichen Sinne vorliege. Er bat zudem auch *Lühmann* um weitere Erläuterung, warum das Geschäftsmodell nach der BaFin kein Kreditgeschäft im KWG-rechtlichen Sinne darstelle, und bat um Auskunft, ob eine etwaige Verwaltungspraxis der BaFin bekannt sei. Die BaFin vermeide grundsätzlich generalisierende Aussagen und prüfe die Verträge stets im Einzelfall. Zudem könne es sich, auch wenn kein Kreditgeschäft vorläge, um ein Finanzierungsleasing handeln. *Gsell* verwies darauf, dass ihr Vortrag sich lediglich auf vertragsrechtliche Fragen konzentriert habe.

55 *Emmenegger* stimmte der Einordnung des Teilverkaufs als Verbraucherkredit zu, fragte jedoch was man gewinne, wenn diese Einordnung die bekannten Finanzierungshürden zur Folge hätte. *Gsell* antwortete, dies hänge von der Auslegung der Kreditwürdigkeitsprüfung ab. Österreich habe jüngst gesetzlich festgelegt, dass man sich nur insoweit nicht auf den Immobilienwert stützen könne, als der Kreditnehmer Verpflichtungen lebzeitig zu erfüllen habe. Solche Produkte seien möglich, aber derzeit noch selten. Könne jemand nicht einmal die Zinsen aufbringen, bedürfe es einer sozialrechtlichen Lösung. Im Regelfall bestehe jedoch die Fähigkeit, die lebzeitigen Zinsen – wie auch das Nutzungsentgelt beim Teilverkauf – zu zahlen.

XI. Nachhaltigkeit bei der Kreditvergabe

56 Den abschließenden Vortrag hielt *Christian Kropf* zum Thema *Nachhaltigkeit bei der Kreditvergabe*. Er skizzierte das *EU Sustainable Finance Framework*, besprach die aufsichtsbehördlichen Vorgaben für die Berücksichtigung von Nachhaltigkeit in Kreditprozessen und stellte Initiativen und Standards für die Regelung von nachhaltigen Krediten vor.

57 Beim *EU Sustainable Finance Framework* unterschied *Kropf* zwei Ebenen. Eine primäre Nachhaltigkeitsregulatorik, die sich nicht auf bestimmte Finanzprodukte beschränke und in drei Säulen unterteile: die Offenlegungs-VO,[20] die CSRD[21] und die Taxonomie-VO.[22] Eine ökologische Kreditvergabe sei (noch) nicht geregelt. Der regulatorische Schwerpunkt liege auf der se-

20 Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor.

21 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.

22 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.

kundären Ebene der sektoralen Gesetzgebung (MiFiD II[23] sowie delegierten Rechtsakte zur AIFM-RL,[24] OGAW-RL[25]). Nachhaltigkeitsaspekte bei Finanzierungsprodukten würden bislang nur sehr rudimentär berücksichtigt.

58 Grundlage der umfassenden aufsichtsbehördlichen Vorgaben zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeit in Kreditprozessen seien die EBA-Leitlinien für die Kreditvergabe und Überwachung,[26] die über Art. 16 Abs. 3 VO (EU) Nr. 1093/2010 quasi-gesetzliche Wirkung entfalten würden. Diese erstreckten sich auf institutsinterne Governance-Regelungen und definierten die „ökologisch nachhaltige Kreditvergabe". In deren Fokus stehe die Berücksichtigung von ESG-Faktoren – etwa Umweltfaktoren, Klimarisiken sowie Veränderungen im Marktverhalten mit Bezug auf die finanzielle Leistungsfähigkeit von Unternehmen – in Kreditrisikoverfahren. Unternehmen und Kreditinstitute müssten Strategien und Verfahren zur Genehmigung und Überwachung ökologisch nachhaltiger Kredite entwickeln und implementieren. Um *Green Washing* zu verhindern, sei die ordnungsgemäße Valutaverwendung regelmäßig zu überprüfen. Bei Kreditvergabe an Unternehmen müsse die Kreditwürdigkeitsprüfung auch ESG-Faktoren mit potentiellen Auswirkungen auf die finanzielle Leistungsfähigkeit einbeziehen.

59 Auch die BaFin mache Vorgaben zur Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken in Kreditprozessen. Das BaFin-Merkblatt vom 13.1.2020[27] ergänze die Mindestanforderungen nach MaRisk und diene als unverbindlicher Hinweis und Orientierungshilfe zu Nachhaltigkeitsrisiken im Risikomanagement. Nachhaltigkeitsrisiken seien danach Ereignisse oder Bedingungen aus den Bereichen Umwelt, Soziales oder Unternehmensführung, deren Eintritt tatsächlich oder potentiell negative Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie auf die Reputation eines beaufsichtigten Unternehmens haben könne (sog. *Outside-In*-Effekt). Eine eigenständige Risikoart lehne die BaFin – wie auch die EBA – ab. Vielmehr werde auf bekannte Risikoarten erheblich eingewirkt und als Faktor zur Wesentlichkeit dieser Risikoarten beigetragen (etwa Kredit-/Adressenausfall- oder Reputationsrisiko). *Kropf* nahm ferner auf die EBA-Leitlinien zum Management von ESG-Risiken[28] Bezug. Die EBA empfehle eine Kombination verschiedener risikopositions-, sektor- und portfoliobezogener Methoden zur umfassenden Bewertung von ESG-Risiken sowie Mindeststandards für Risikomanagement und Überwachung. Dies bestätige, dass ESG-Risiken potentielle Treiber der traditionellen Kategorien finanzieller Risiken seien. Banken sollten bei der Kreditvergabe prüfen, ob Konditionen, Kreditbedingungen und/oder die Preisgestaltung sowie Diversifizierung der Kredit- und Anlageportfolios anhand ESG-Risiko relevanter Kriterien anzupassen seien.

60 Nachhaltige Kreditprodukte seien weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene verbindlich geregelt. Seit einem *Call for Advice* der EU-Kommission gebe es eine entsprechende EBA-Empfehlung[29] zur Definition Grüner Kredite und Hypotheken gegenüber Verbrauchern und KMU samt Regeln zur Kreditvergabe und Valutaverwendung. *Kropf* empfahl die Definition Grüner Kredite auch in EU-Verbraucherkreditvorschriften aufzunehmen. Bisherige Marktstandards auf Basis privatrechtlicher Initiativen, etwa der *Loan Market Association* (LMA), überließen die Definition ökologisch nachhaltiger Finanzierungsgegenstände den Vertragsparteien. Die EBA schlage hingegen eine Regulierung – analog zur EU-Green-Bond-VO – auf Basis der Taxonomie-VO vor („EU-Green-Loan-VO"). Diese harmonisiere die Berichterstattungspflichten der Kreditinstitute auf Basis des Green Asset Ratio. Grüne Kredite seien danach alle mit bekannter Erlösverwendung – an Privathaushalte, KMU und große Unternehmen – die taxonomiekonforme Wirtschaftstätigkeiten bis zur Endfälligkeit finanzierten. Die Einhaltung taxonomiekonformer Tätigkeiten solle durch einen Bestandsschutz, flexible Regeln für Capex-Pläne (*capital expenditure*) sowie spezielle Bedingungen für Investitionsausgaben von Privathaushalten erleichtert werden. Eingeführt werden solle zudem ein freiwilliges EU-Label für Grüne Kredite. Die EBA empfehle einen zweistufigen Ansatz: Auf erster Ebene stünden taxonomiekonforme Grüne Kredite. Auf zweiter Ebene stünden Kredite, bei welchen im Zeitpunkt der Kreditvergabe die Valuta Wirtschaftstätigkeiten zugeteilt werde, die (noch) nicht mit der Taxonomie-VO konform seien, jedoch einen festgelegten Transitionszweck im Sinne ihrer Umweltziele verfolgten. Transitionskredite ließen sich in zwei Arten unterscheiden: erstens Projektfinanzierungen mit Umstellungszweck, zweitens Darlehen für allgemeine (Unternehmens-)Zwecke, die an Verbesserungen der allgemeinen Nachhaltigkeitsleistung im Einklang mit der Umstellung auf u.a. das Ziel der Begrenzung („1,5-Grad-Ziel") geknüpft sind.

61 Abschließend stellte *Kropf* den LMA-Standard für nachhaltige Unternehmenskreditfinanzierung in seinen beiden Ausgestaltungen vor: Kredite mit gebundenem Verwendungszweck (sog. Grüne oder Soziale Kredite) und allgemeine Unternehmenskredite mit Nachhaltigkeitszielen (*sustainability-linked loans*). Es handele sich um Empfehlungen, die durch Handreichungen (*guidance*) sowie Mustervertragsklauseln der LMA zwecks Marktstandardisierung ergänzt würden. Zentral für Grüne oder Soziale Kredite sei die Finanzierung entsprechender Projekte unter Einhaltung von vier Kernanforderungen: (1) gebundenem Verwendungszweck, (2) selbstständiger Projektbewertung und -auswahl durch den Kreditnehmer, (3) Sicherstellung der Zuteilung und Überprüfung der Valutaverwendung und (4) jährlicher Berichterstattung, um *Green/Social Washing* zu verhindern. S*ustainability-linked loans* unterschieden sich hiervon dadurch, dass die Kreditvaluta nicht gebunden sei. Stattdessen schüfen diese Anreize für Kreditnehmer, vorbestimmte, regelmäßig überprüfte und extern verifizierte Nachhaltigkeitsziele anhand von Kennzahlen zu erreichen. Hauptmerkmale seien (1) die Auswahl und Bestimmung von Leistungsindikatoren (KPI), (2) die Bestimmung von Leistungszielen, (3) die Anpassung der Kreditstruktur (etwa Zinsmargenanpassung) abhängig von der Erreichung von Nachhaltigkeitszielen, (4) eine jährliche Berichterstattung zwecks Überprüfung der Nachhaltig-

23 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.

24 Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010.

25 Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW).

26 EBA/GL/2020/06 v. 29.5.2020.

27 BaFin, Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken v. 13.1.2020.

28 EBA/GL/2025/01 v. 8.1.2025.

29 EBA/Op/2023/13 und EBA/REP/2023/38 beide v. 15.12.2023.

keitsleistung und (5) eine unabhängige und externe Verifizierung. Zum Schluss zeigte *Kropf* Möglichkeiten der Vertragsgestaltung auf. Die LMA empfehle bei Grünen oder Sozialen Krediten bisher, kein außerordentliches Kündigungsrecht vorzusehen. Vielmehr solle eine Deklassifizierung von Grünen oder Sozialen Krediten/*sustainability-linked loans* auf einen entsprechenden konventionellen Kredit vereinbart werden. Motivation sei es *Green/Social Washing* zu verhindern.

XII. Diskussion zum Referat von Christian Kropf

62 Akad. Rat a. Z. Dr. *Jonas Brinkmann* eröffnete die Diskussion mit einer Frage zu dem Mehrwert einer EU-Green-Loan-VO. Anders als bei der EU-Green-Bond-VO sei ein entsprechender Nutzen hier nicht sofort ersichtlich. Er fragte zudem nach den Beweggründen der Kreditgeber, sich diesen zusätzlichen Anforderungen zu unterwerfen. *Kropf* wies darauf hin, das Label unter der EU-Green-Bond-VO sei freiwillig, genauso wie das für Grüne Kreditprodukt geplante. Ziel der EU sei es, Marktintegrität und -einheitlichkeit zu schaffen, einen „grünen Wildwuchs" an Kreditprodukten zu verhindern und Grüne Finanzierungen zu ermöglichen. Im Gegensatz zur Kapitalanlage könne man durch Grüne Kreditfinanzierung zudem auf die Wirtschaftstätigkeit von Unternehmen Einfluss nehmen.

63 Univ.-Prof. Dr. *Rafael Harnos* warnte vor lauterkeitsrechtlichen Risiken. Bewerbe und vergebe eine Bank Grüne Kredite, die sich später als nicht nachhaltig erwiesen, wäre das eine Art irreführender Werbung. Es drohten dann Klagen von Verbraucherschutzverbänden. *Kropf* betonte, dass es außerhalb des Kreditmarktes bereits viele instanzgerichtliche Entscheidungen zu irreführender Nachhaltigkeitswerbung bei Kapitalanlagen gebe. Ziel einer EU-Green-Loan-VO sei es, solche Risiken, auch im Sinne der Kreditinstitute, durch eine Vereinheitlichung der Kriterien im Kreditmarkt zu vermeiden. Bislang seien auch nur die Fälle vor Gericht gelandet, in denen das Produkt nicht hielt, was es versprach – so etwa der Schutz der Meeresressourcen bei Investition in Schifffahrtsgesellschaften. Eine Vereinheitlichung sei sinnvoll, da es bisher keine zivilrechtlichen Grundlagen gegen *Green Washing* gebe. Verbraucherschutzverbände klagten bisweilen im Wesentlichen über das UWG, insoweit stimme er *Harnos* zu.

64 Abschließend fragte Univ.-Prof. Dr. *Peter O. Mülbert*, warum Grüne Kredite für die Nachfrager von Interesse seien. Für Kreditnehmer seien Grüne Produkte wegen bestimmter finanzieller Vorteile, die an die Einhaltung bestimmter Finanzierungsziele geknüpft seien, von Interesse. Wenn nun Grüne Produkte aus Sicht der Kreditnehmer gegebenenfalls günstiger seien, stelle sich die Frage, was das Interesse der Kreditwirtschaft daran sei, zinsgünstigere Kredite anzubieten. *Mülbert* vermute, dass die Vergabe solcher Produkte der besseren Darstellung des Green Asset Ratio von Kreditinstituten diene. *Kropf* sah den Anreiz für den Kreditnehmer in günstigeren Konditionen bei erfüllter Nachhaltigkeitsleistung. Für die EU stehe jedoch die Steuerung von Kapitalflüssen in eine nachhaltige Wirtschaft im Vordergrund. Für Kreditinstitute sei der Aspekt besonders interessant gewesen, da anfangs die Idee bestand, bei Vergabe Grüner Kredite die Unterlegung mit Eigenkapital einer Entlastung zuzuführen. Dies sei jedoch auf Druck der Bundesbank und des BMF auf EU-Ebene nicht umgesetzt worden, so dass der Gedanke einer Entlastung über die CRR[30] oder die Eigenkapital-RL[31] „gestorben sei". Der Reputationsgewinn durch sichtbares und nachhaltiges Engagement spiele eine wichtige Rolle, weil Banken nicht zur Vergabe ökologisch nachhaltiger Kredite verpflichtet seien.

XIII. Schlusswort

65 Abschließend bedankte sich *Mülbert* im Namen der Bankrechtlichen Vereinigung bei allen Beteiligten. Der Bankrechtstag habe sich erneut als wertvolle und weiterhin zeitgemäße Möglichkeit des diskursiven Austauschs gezeigt. Der nächstjährige Bankrechtstag werde am 26.6.2026 stattfinden.

30 Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012.

31 Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG.

*Rechtsanwalt Dr. Volker Posegga, Dipl.-Finanzwirt, Frankfurt/M.**

Die „gemeinschaftliche Berufsausübung" – Aktueller Rechtsbegriff oder historisches Sinnbild?

– Zugleich ein Beitrag zum sog. „Grundsatz des strengsten Berufsrechts" bei interdisziplinär besetzten Berufsausübungsgesellschaften –

WM0082505

Der Beitrag untersucht die Bedeutung des Begriffs „gemeinschaftliche Berufsausübung" in der BRAO und dem StBerG nach der BRAO-Reform im Jahr 2022 und hinterfragt zugleich den „Grundsatz des strengsten Berufsrechts" bei interdisziplinär be-

* Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt), Direktor und Leiter Unternehmensrecht der DekaBank Deutsche Girozentrale, Frankfurt/M. sowie selbständiger Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht/Steuerberater, Allein-Gesellschafter und Geschäftsführer der Veritax Steuerberatungsgesellschaft mbH, Bad Nauheim.