

ALTERSDISKRIMINIERUNG BEI DER KREDITVERGABE ABSCHLUSSBERICHT

Datum: 31.08.2023

Zuwendungsgeberin: Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Zuwendungsempfänger: institut für finanzdienstleistungen e.V.

Autor:innen: Duygu Damar-Blanken, Helena Klinger,
Hanne Roggemann, Sally Peters, Ingrid Größl, Daniel Daneshian

Unter Mitarbeit von: Amaryllis Germanidis



**institut für
finanzdienstleistungen e.V.**

wissenschaftlich | interdisziplinär | gemeinnützig

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	6
institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff).....	10
§ 1 Einleitung.....	11
A. Forschungsgegenstand und -fragen	11
I. Ausgangslage	11
II. Forschungsgegenstand.....	13
1. Anpassungsbedarf?	13
2. Auskunftspflicht bzw. -anspruch	14
B. Forschungskonzept	14
§ 2 Altersbedingte Benachteiligungen in der Praxis.....	18
A. Erscheinungsformen	18
B. Gründe	20
I. Eingeschränkter Handlungsspielraum.....	22
1. Regulatorische Vorgaben	22
2. Zunehmende Standardisierung.....	23
3. Rolle der KI	25
III. Statistische Werte.....	28
IV. Filialschließungen	30
V. Verkauf von Restschuldversicherungen	32
VI. Mögliche Verstärkungsmerkmale	34
C. Zwischenergebnis	35
§ 3 Rechtsquellen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots.....	36
A. Europarecht	36
I. Primärrecht.....	36
II. Sekundärrecht.....	36
B. Deutsches Recht.....	38
I. Grundgesetz.....	38
1. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot	38
2. Privatautonomie, Vertragsfreiheit, Unternehmensfreiheit	39
II. AGG.....	41

§ 4 Umfang des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots	43
A. Verpönte Merkmale.....	43
I. Allgemeines.....	43
II. Das Alter.....	43
B. Benachteiligung	44
I. Unmittelbare Benachteiligung	44
II. Mittelbare Benachteiligung	45
C. Rechtfertigung durch statistische Bewertung?.....	46
I. Allgemeines.....	46
II. Kreditwesen.....	46
D. Zivilrechtliche Schuldverhältnisse.....	48
I. Allgemeines.....	48
II. Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse.....	49
1. Ansehen der Person.....	49
a) Begriff.....	49
b) Wertung.....	51
2. „zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen“.....	52
3. Zwischenergebnis.....	52
III. Versicherungsverträge.....	53
IV. Sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse, insb. Geschäfte in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen	53
V. Rechtfertigungsmöglichkeiten	54
1. Sachlicher Grund.....	54
2. Statistische Benachteiligung bei Versicherungsverträgen.....	55
VI. Ansprüche und Verschuldensfrage.....	55
§ 5 Verbraucherdarlehensverträge	57
A. Einleitung.....	57
B. Schrifttum zu VDV und § 19 Abs. 1 AGG und Kritik.....	57
I. Kein MG oder MAS.....	57
II. MG oder MAS.....	58

III. Unterscheidung nach der Kreditvergabepraxis.....	58
IV. Kritik und Untersuchungsgrundlage.....	59
C. Exkurs: Erteilung von Bonitätsauskünften.....	61
D. Kreditvergabeprozess.....	62
I. Kreditwürdigkeitsprüfung.....	62
1. Zivilrechtliche Regelungen samt datenschutzrechtlichen Bezügen	62
a) Allgemeines.....	62
b) Zukünftige Ereignisse.....	64
c) Standardisierung	66
d) Dokumentationspflicht.....	67
e) Datenschutz	67
2. Aufsichtsrechtliche Regelungen.....	68
3. Rolle des Alters.....	69
4. Rolle der Sicherheiten	71
5. KWP in Ansehen der Person?.....	74
II. Kreditvergabeentscheidung	75
1. Zivilrechtliche Regelungen	76
2. Aufsichtsrechtliche Regelungen	76
3. Die Rolle des Alters.....	76
4. Die Rolle der Sicherheiten	76
5. Die Rolle persönlicher Eigenschaften	77
6. Kreditvergabeentscheidung in Ansehen der Person?.....	79
E. Exkurs: Filialschließungen.....	80
F. Zwischenergebnis.....	81
§ 6 Auskunftsanspruch.....	83
A. Geltende Rechtslage.....	83
B. Praxis	84
§ 7 Lösungsansätze.....	87
A. Aufnahme des Merkmals „Lebensalter“ in das Grundgesetz	87
B. Modifikation des AGG.....	87

I. Zukünftige EU-Gesetzgebung	88
1. VerbKrRL-Vorschlag	88
2. AntiDis-Vorschlag 2019	88
II. Vergleich mit anderen Dauerschuldverhältnissen	88
1. Versicherungsverträge.....	89
2. Zahlungskonten	90
3. Mietverhältnisse.....	91
III. Regelung im AGG für VDV	92
IV. Rechtfertigung durch sachliche Gründe?	92
1. Konkretisierung gesetzlicher und regulatorischer Vorgaben	92
2. Berücksichtigung statistischer Werte.....	94
C. KI-Systeme.....	95
D. Auskunftsanspruch	96
E. Filialschließungen	98
F. Restschuldversicherungen.....	98
G. Stärkung des Beratungsangebots	99
I. Fehlende Beschwerden.....	99
II. Beratungslücke.....	100
§ 8 Schlussfolgerungen	103
Literaturverzeichnis.....	105
Anhang I	111
Anhang II: Age Discrimination in Lending - Belgium.....	113
Anhang III: Age Discrimination in Lending - The national report on the UK.....	123
Anhang IV: Age Discrimination in Lending Activities in France	142

Abkürzungsverzeichnis

ABI.	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADBS	Antidiskriminierungsberatungsstelle(n)
AntiRasRL	Anti-Rassismus Richtlinie
AER	American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AntiDis-Vorschlag	Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, Dok-Nr. 10740/19 vom 26.6.2019
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bearb.	Bearbeiter:in
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BNPL	Buy Now Pay Later
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVERfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EBA	Europäische Bankenaufsichtsbehörde
ErwGr.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
FS	Festschrift
GenderRL	Gender-Richtlinie
GG	Grundgesetz
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hrsg. / hrsg.	Herausgeber:innen / herausgegeben
ImmoKWPLV	Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung
i. A.	im Allgemeinen
ILJ	Industrial Law Journal
i.S.d. / i.S.v.	im Sinne der/des/von
i.V.m.	in Verbindung mit
KI	Künstliche Intelligenz
KWG	Kreditwesengesetz
KWP	Kreditwürdigkeitsprüfung
MG	Massengeschäft(e)
MAS	Massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
RL	Richtlinie
s./S.	siehe bzw. Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
Tz.	Teilziffer
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
VerbKrRL-Vorschlag	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkredite, KOM(2021) 347 endgültig vom 30.6.2021
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
VZ	Verbraucherzentrale(n)
WIKR	Richtlinie 2014/17/EU über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfDR	Zeitschrift für Digitalisierung und Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Tabellen- und Abbildungsverzeichnis

Tabelle 1: Fallzahlen Bankenumfrage.....	16
Tabelle 2: Fallzahlen VZ & ADBS-Umfrage.....	17
Abbildung 1: Beschwerdegründe und deren Relevanz für ältere Menschen	18
Abbildung 2: Form und Häufigkeit der altersbedingten Benachteiligung bei der Kreditvergabe.....	19
Abbildung 3: Faktoren der Wertsteigerung einer Immobilie.....	20
Abbildung 4: Top 10 der Gründe für altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe	21
Abbildung 5: Kreditrisiken für ältere Menschen.....	22
Abbildung 6: Standardisierte Kreditwürdigkeitsprüfung bei Konsumentenkrediten	24
Abbildung 7: Outsourcing der Konsumentenkreditvergabe	25
Abbildung 8: Verwendung von KI bei der internen Kreditwürdigkeitsprüfung	25
Abbildung 9: Berücksichtigung von Alter durch , das automatische Entscheidungsfindungssystem.....	26
Abbildung 10: Änderung der Kreditablehnungen durch den Einsatz von KI	27
Abbildung 11: Abfrage der zukünftigen Rente bei der Kreditantragsstellung.....	27
Abbildung 12: Altersgrenzen bei der Kreditvergabe.....	29
Abbildung 13: Anpassung Altersgrenzen bei der Kreditvergabe.....	30
Abbildung 14: Filialschließungen.....	30
Abbildung 15: Alternativen bei Filialschließung	31
Abbildung 16: Restschuldversicherung und Alter	32

Abbildung 18: Korrelation Restschuldersicherung und Altersgrenze.....	33
Abbildung 19: Das fortgeschrittene Alter im Kreditvergabeprozess	70
Abbildung 20: Sicherheiten im Konsumentenkredit	72
Abbildung 21: Ausgleich altersbedingter Kreditrisiken.....	73
Abbildung 22: Auswirkungen der gestellten Sicherheiten bei Immobilienkrediten.....	77
Abbildung 23: Kreditvergabeentscheidung anhand der Kreditwürdigkeitsprüfung.....	78
Abbildung 24: Persönliche Eigenschaften bei der Kreditvergabeentscheidung.....	79
Abbildung 25: Gesetzlicher Klarstellungsbedarf	82
Abbildung 26: Auskunft bei der Kreditablehnung.....	85
Abbildung 27: Ablehnungsgründe	85
Abbildung 28: Form der Mitteilung (Banken)	86
Tabelle 3: Gründe für und gegen den Weiterverweis an die ADBS.....	102
Abbildung 30: Faktoren, die bei einer Kreditwürdigkeitsprüfung für einen VDV berücksichtigt werden (Banken).....	111
Abbildung 31: Faktoren, die bei einer Kreditwürdigkeitsprüfung für einen VDV berücksichtigt werden (VZ & ADBS).....	112

institut für finanzdienstleistungen e.V. (*iff*)

Das institut für finanzdienstleistungen e.V. (*iff*) ist ein gemeinnütziges unabhängiges Institut und bietet wissenschaftlich fundierte interdisziplinäre Forschung, Beratung, Software und Austauschformate, weil es davon überzeugt ist, dass faire Teilhabe am Finanzsystem für alle zu einer gerechten Gesellschaft beiträgt.

Das *iff* leistet bereits seit 1987 auf vielfältige Weise einen Beitrag zu einem sozial verantwortlichen Finanzsystem und einer fairen Teilhabe, indem es unabhängige Forschung und Beratung für Verbraucherorganisationen, Regierungsstellen, Verbände, Stiftungen, politische Akteure und Finanzdienstleister durchführt. Über die jährliche Konferenz fördert das *iff* den Austausch zwischen den verschiedenen Stakeholdern. Durch die Schuldnerberatungssoftware CAWIN unterstützt das *iff* zudem die Arbeit der Schuldnerberatungen.

Inhaltlich berücksichtigt das *iff* insbesondere die Perspektive von (vulnerablen) Verbraucher:innen und sucht bei der Entwicklung von innovativen Finanzdienstleistungen nach Lösungen, die gesamtgesellschaftlich tragfähig sind und hierbei auch die Anforderungen an eine nachhaltige Entwicklung berücksichtigen. Das *iff* hilft, Missstände im Finanzsystem früh zu erkennen und zu analysieren sowie sie für die Gesellschaft, Medien und Politik aufzubereiten. Darauf aufbauend werden Lösungsvorschläge erarbeitet, die verbraucherorientiert und gut umsetzbar sind. Dazu entwickelt das *iff* u.a. Modelle für sozial verantwortliche Kredite, Anlagen, Zahlungsverkehrsmittel und Versicherungen.

§ 1 Einleitung

A. Forschungsgegenstand und -fragen

I. Ausgangslage

Laut dem Vierten Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes existieren unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen im Finanzsystem, insbesondere beim Zugang zu Bankdienstleistungen. Nach den Beratungsanfragen, die bei der Antidiskriminierungsstelle des Bundes eingegangen sind, sind die Menschen zumeist aufgrund ihrer ethnischen Herkunft, des Alters oder einer Behinderung von Benachteiligungen betroffen.¹ Obgleich sich wohl nicht alle Instrumente der Finanzdienstleistungen als Grundbedürfnis einordnen lassen, sind sie für Verbraucher:innen, insbesondere im Bereich des Risikomanagements von erheblicher Bedeutung. Unvorhersehbare Liquiditätskrisen auf individueller oder auch gesellschaftlicher Ebene können viele Verbraucher:innen in Armut und Überschuldung fallen lassen, insbesondere wenn sie langwierige finanzielle Probleme verursachen.

Um sich ex-ante gegen solche Liquiditätskrisen abzusichern oder ex-post auf solche zu reagieren, sind Finanzdienstleistungen für Verbraucher:innen daher das zentrale Instrument der Risikobewältigung. Einkommenseinbußen können so abgemildert bzw. finanziellen Engpässen kann vorgebeugt werden, indem durch Finanzdienstleistungen kurzfristig Liquidität bereitgestellt wird.² In diesem Zusammenhang spielen Darlehens- und Versicherungsverträge eine ausschlaggebende Rolle, diese Fähigkeiten von Verbraucher:innen im Umgang mit Unsicherheiten fortzuentwickeln und zu verbessern. Benachteiligungen beim Zugang zu Finanzdienstleistungen im Allgemeinen und beim Zugang zu Kredit im Besonderen bedeuten für die ausgeschlossenen Personengruppen, dass die Möglichkeit der (ex-post) Risikobewältigung mittels Finanzdienstleistungen bzw. Kredit³ zumindest eingeschränkt ist. Dies hat einen unmittelbaren Anstieg der Verwundbarkeit dieser Personen zur Folge; mittelbar werden dadurch zudem soziale Kosten erzeugt, da durch Benachteiligungen beim Kreditzugang die persönliche Lebensentwicklung bzw. -absicherung ungerechtfertigt eingengt wird.

In diesem Zusammenhang erhält das Merkmal des Alters im Bereich der Benachteiligungen beim Zugang zu und den Konditionen von Verbraucherdarlehen viel Aufmerksamkeit. Neben einem altersbedingten benachteiligenden Zugang ist hierbei auch die altersbedingte benachteiligende Preisgestaltung von Bedeutung. Mittelbar können dabei ungünstige Kreditkonditionen von vornherein den Zugang zu Kredit verwehren. In mehreren *iff*-Projekten liegen Hinweise darauf vor, dass das Alter der Verbraucher:innen für die Kreditablehnung oder für ungünstigere Konditionen eine Rolle gespielt hat.³

Die altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe wurde insbesondere nach der Umsetzung der Richtlinie 2014/17/EU über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher (WIKR)⁴ in das deutsche Recht⁵ offensichtlich. Diverse Studien wiesen darauf hin, dass Kreditablehnung zwischen März 2016 und Mai 2018 u.a. ältere Menschen stark betrafen,⁶ da die neue zivilrechtliche Pflicht zur Durchführung einer Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehen und die daraus entstehende anfängliche Rechtsunsicherheit die Verschärfung der Kreditvergabestandards zur Folge hatte.⁷ Am 1. Mai 2018 trat die Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-

1 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland, S. 77 ff.

2 Knobloch/Feldhusen/Tiffe, S. 25 ff.

3 Reifner/Klinger/et al., S. 38; Klinger/Damar/et al., S. 36, 163; Roggemann/Klinger/et al., S. 44 f.

4 ABl. 2014, L 60/34.

5 Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11. März 2016, BGBl. 2016 Teil I, 396.

6 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland, S. 78 f., 120; Klinger/Damar/et al., S. 34, 46, 50, 53, 128, 136 f.; Beigang/Boll/et al., S. 40 f.

7 M.w.N. Klinger/Damar/et al., S. 56 ff.

Verordnung (ImmoKWPLV)⁸ in Kraft, wodurch die anfängliche Zugangsbarriere teilweise beseitigt wurde. Gemäß § 4 Abs. 3 S. 3 ImmoKWPLV kann das erhöhte Risiko des Ablebens kompensiert werden, wenn die kreditbeantragende Person während ihrer Lebenszeit den Kredit bedienen kann und der Immobilienwert oder der Wert anderer als Sicherheiten dienender Vermögenswerte der kreditbeantragenden Person hinreichende Gewähr für die Abdeckung der Verbindlichkeiten und der Verwertungskosten bietet.⁹ Durch diese Regelung wurde der Zugang zu Immobilienkrediten für ältere Menschen verbessert.¹⁰

Im Vergleich zu anderen Altersgruppen bleibt der Kreditzugang für ältere Menschen dennoch erschwert, da die Kreditinstitute das verringerte Einkommen durch den zukünftigen Renteneintritt bzw. das erhöhte Risiko des Ablebens in ihrer Kreditwürdigkeitsprüfung (KWP) gemäß §§ 505a f. BGB berücksichtigen¹¹ bzw. berücksichtigen müssen.¹² Dieser Zustand wird in den nächsten Jahren aufgrund des Gesetzgebungsvorhabens der EU im Bereich Immobilienkredite deutlicher. Durch eine Änderung der Gebäudeenergie richtlinie,¹³ die voraussichtlich in den nächsten Monaten verabschiedet wird, hat die EU das Ziel, dass alle Gebäude in der EU bis 2030 mindestens die Energieeffizienzklasse E und bis 2050 schrittweise höhere Energieeffizienzklassen erreichen. Wenn man die Tatsache berücksichtigt, dass mehrheitlich ältere Menschen in älteren Gebäuden wohnen, werden nach der Verabschiedung der Richtlinienänderung mehrheitlich ältere Menschen Kredite brauchen, um ihre Gebäude energieeffizient sanieren zu können.¹⁴

Verstöße gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot wurden in bisherigen Studien und Forschungsprojekten allenfalls als Nebenerkenntnis ermittelt; weder ihre Erfassung und Analyse noch Lösungsvorschläge standen somit im Fokus. Lediglich in einem Praxisforschungsprojekt zur Altersdiskriminierung finden sich Beispiele dafür, dass Personen ab einem bestimmten Alter kein Verbraucherdarlehen mehr erhalten oder ungünstigere Kreditverträge als jüngere Kund:innen eingeräumt bekommen. Das Projekt weist auf diverse Lösungsansätze hin, z.B. auf die Prüfung von Beschwerdefällen durch eine unabhängige Institution wie die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).¹⁵ Die sonstigen juristischen Analysen untersuchen die altersbedingten Benachteiligungen regelmäßig für mehrere Rechtsbereiche, wobei bezüglich Bankdienstleistungen beinahe immer die Zahlungskonten in den Blick geraten.¹⁶ Bei den Darlehensverträgen werden allenfalls Immobilienkredite als Beispielsfall untersucht.¹⁷ Das einzige rechtswissenschaftliche Werk, das sich mit Darlehensverträgen und dem AGG befasst, untersucht das Thema grundsätzlich aus der Perspektive der Anwendbarkeit des AGG auf Darlehensverträge.¹⁸ Nicht zuletzt fehlt es bisher an einer Untersuchung im Hinblick auf statistische Diskriminierungsmethoden. Es ist bisher unbekannt und ungeklärt, inwiefern das Merkmal des Alters in die Künstliche Intelligenz (KI)-basierten KWP einbezogen wird.

Insofern wurde weder aus empirischer noch aus rechtswissenschaftlicher Perspektive das Thema der altersbedingten Benachteiligungen bei der Kreditvergabe umfassend untersucht. Dementsprechend fehlt es auch an konkreten Lösungsansätzen für eine nachhaltige Klärung des Problems. Festgestellt wurde das auch in einer Studie 2021, mit der Empfehlung, in einer

8 Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung (ImmoKWPLV) vom 24. April 2018, BGBl. 2018 I 1495.

9 Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (272 f.); Feldhusen, WM 2019, 97 (105).

10 Klinger/Damar/et al., S. 34, 46, 50, 53.

11 AG München v. 13.04.2016 - 171 C 28560/15 (juris); Klinger/Damar/et al., S. 36, 163; Beigang/Boll/et al., S. 40.

12 Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA), Leitlinien für die Kreditvergabe und Überwachung, EBA/GL/2020/06 vom 29. Mai 2020, Nr. 104.

13 Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden; für den Vorschlag der Europäischen Kommission s. COM(2021) 802 final vom 15.12.2021.

14 S. Creara (im Auftrag von BEUC), How to Accelerate Home Renovations through Innovative Financing, Madrid 2023, abrufbar auf https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2023-038_How_to_accelerate_home_renovations_through_innovative_financing.pdf (30. August 2023).

15 Klein/Stahlmann, S. 30 ff.

16 Michael, S. 56 ff.

17 Michael, S. 72 ff.

18 Schürmbrand, BKR 2007, 305.

weiteren Studie die Reichweite des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots im Zusammenhang mit dem Merkmal des Alters und der KWP zu untersuchen und konkrete Lösungsansätze zu unterbreiten.¹⁹

II. Forschungsgegenstand

Im Lichte der vorgenannten Ausgangslage wurde dieses Projekt den Benachteiligungen aufgrund des Alters bei der Kreditvergabe gewidmet. Mit Bezug auf Kredite erfahren auch junge Menschen zahlreiche Schwierigkeiten und Probleme. Für die Kreditinstitute ist der erste Kreditantrag einer jungen Person immer risikobehaftet, insbesondere wenn diese Person keine Kredithistorie besitzt.²⁰ Vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung haben allerdings Benachteiligungen, die ältere Menschen im Kreditmarkt betreffen, eine steigende Bedeutung. Das vorliegende Projekt setzt an diesem Tatbestand an.

Der Fokus der Untersuchung liegt auf Immobilien- und Konsumentenkrediten, da diese Kreditarten für die betrachtete Personengruppe die größte Relevanz aufweisen. Rahmenkredite wie z.B. Dispositionskredite oder Kreditkartenkredite bleiben einer weiteren Analyse vorbehalten. Die vorliegende Untersuchung nimmt die Begründung, Durchführung und Beendigung von Verbraucherdarlehensverträgen in den Blick, mit besonderem Fokus auf die Vertragsanbahnung und den Kreditvergabeprozess.

Das Forschungsprojekt untersucht, inwiefern es bei der Kreditvergabe zu altersbedingten Benachteiligungen kommt und inwiefern die Berücksichtigung des Alters bei der Kreditvergabe rechtmäßig ist. Zu diesem Zweck werden nicht nur die antidiskriminierungs- und verbraucherkreditrechtlichen, sondern auch die aufsichtsrechtlichen Regelungen und deren Umsetzung in der Praxis einer Analyse unterzogen. Diese umfassen die nationalen Vorschriften wie beispielsweise das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), das Kreditwesengesetz (KWG), aber auch die aktuell geltenden und zukünftigen europäischen Normen, wie beispielsweise den Vorschlag für das Gesetz über künstliche Intelligenz²¹ oder den Vorschlag für eine neue Verbraucherkreditrichtlinie (VerbKrRL-Vorschlag).²²

Nicht zuletzt geht das Forschungsprojekt auch auf die Fragestellungen ein, die insbesondere in der Vorstudie im Rahmen dieses Forschungsprojekts zutage getreten sind, nämlich welche Wirkungen Filialschließungen und eine bestehende Beratungslücke hinsichtlich Benachteiligungen bei der Kreditvergabe für ältere Menschen haben.

1. Anpassungsbedarf?

In diesem Zusammenhang wird zunächst auf die Frage eingegangen, ob das AGG hinreichenden Schutz vor altersbedingten Benachteiligungen bei der Kreditvergabe gewährt. In dieser Hinsicht ist nach der geltenden Rechtslage ausschlaggebend, ob Darlehensverträge als Massengeschäfte oder massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG einzustufen sind. Im nächsten Schritt wird untersucht, ob und auf welche Weise das AGG angepasst werden müsste, um Altersdiskriminierung bei der Kreditvergabe vorzubeugen, ob eine ausdrückliche Regelung dazu, dass das umfassende Benachteiligungsverbot auch für die Darlehensverträge gilt, für Klarheit und daher Verbesserung der Rechtslage sorgen würde und wie ein solches Benachteiligungsverbot begründet werden müsste. Da eine solche Regelung für private Versicherungsverträge bereits durch § 19 Abs. 1 Nr. (2) AGG getroffen wurde, bietet sich ein Vergleich von Darlehensverträgen mit Versicherungsverträgen an.

¹⁹ Beigang/Boll/et al., S. 258.

²⁰ Roggemann/Peters/et al., S. 26 f.

²¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (KI-Vorschlag), KOM(2021) 206 endgültig vom 21.4.2021.

²² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkredite, KOM(2021) 347 endgültig vom 30.6.2021.

Daran anschließend werden die antidiskriminierungsrechtlichen Regelungen für Darlehensverträge mit denjenigen für weitere Dauerschuldverhältnisse verglichen. Dieser Vergleich von unterschiedlichen Dauerschuldverhältnissen mit Darlehensverträgen zielt auf die Beantwortung der Forschungsfrage ab, ob eine ausdrückliche Regelung zum umfassenden Diskriminierungsverbot bezüglich Darlehensverträgen begründet werden müsste. Aus dem Bereich der Bankdienstleistungen bietet sich ein Vergleich mit den Regelungen zu Zahlungskonten an.

Weitere und für den Vergleich hilfreiche Dauerschuldverhältnisse, die außerhalb des Bereichs der Bankdienstleistungen liegen, sind Mietverhältnisse. Bekanntlich beinhaltet das AGG eine Sonderregelung für Vermieter:innen, die mehr als 50 Wohnungen vermieten (§ 19 Abs. 5 S. 3 AGG). Es wird untersucht, ob diese Vorschrift eine Sonderregelung für Verbraucherdarlehensverträge unterstützen könnte.

2. Auskunftspflicht bzw. -anspruch

Eine weitere, für die Rechtsdurchsetzung äußerst wichtige Fragestellung ist, inwieweit die Verbraucher:innen Erläuterungen zur durchgeführten KWP oder zur Kreditvergabeentscheidung verlangen dürfen. Bei der Kreditvergabepraxis wird den Verbraucher:innen regelmäßig nicht bzw. nicht ausführlich mitgeteilt, welche Faktoren bei der Ablehnung eines Kreditantrags bzw. bei der Festlegung der Kreditkonditionen eine Rolle gespielt haben. § 22 AGG legt den in Anspruch genommenen Personen keine Auskunftspflicht auf.²³ Die in § 30 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)²⁴ enthaltene Auskunftspflicht bezieht sich lediglich auf den Fall, dass der Kreditantrag infolge der Auskunft einer Wirtschaftsauskunftei abgelehnt wird. Insofern gibt es im deutschen Recht keine Regelung, die die Kreditinstitute zu Auskünften über die Ablehnungs- bzw. Konditionierungsgründe verpflichtet. Insofern stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise eine Auskunftspflicht bzw. ein Auskunftsanspruch zur Vorbeugung, aber auch zum Nachweis von (darunter auch altersbedingten) Benachteiligungen gestaltet werden könnte.

B. Forschungskonzept

Um die Forschungsfragen zu untersuchen, fand zunächst eine Norm- und Rechtsprechungsanalyse der geltenden Rechtslage statt. Zur Ermittlung der Ausgangslage und Vorbereitung der Fragen für die Expert:inneninterviews wurden die einschlägige rechtswissenschaftliche Literatur und die ergangenen Gerichtsurteile zum Benachteiligungsverbot in zivilrechtlichen Verhältnissen im Allgemeinen, zum Verbot der altersbedingten Benachteiligungen in zivilrechtlichen Verhältnissen im Besonderen systematisch recherchiert und themenbezogen ausgewertet.

Die im Anschluss daran durchgeführten leitfadengestützten Expert:inneninterviews und Dokumentenanalysen dienten der Exploration und Formulierung von Hypothesen, welche wiederum im Rahmen der quantitativen Datenerhebung getestet und in den Länderberichten thematisiert werden.

Für die Dokumentenanalyse wurden zunächst die Tätigkeitsberichte der Schlichtungsstellen der Kreditinstitute geprüft, ergänzt durch die Tätigkeitsberichte der Verbraucherschlichtungsstelle der BaFin und der Universalschlichtungsstelle des Bundes. Die Tätigkeitsberichte folgender Schlichtungsstellen bildeten den Untersuchungsgegenstand: (i) Kundenbeschwerdestelle beim Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken, (ii) Ombudsmann der privaten Banken, (iii) Ombudsmann der öffentlichen Banken, (iv) Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank, (v) Schlichtungsstelle beim Deutschen Sparkassen- und Giroverband, (vi) Schlichtungsstelle beim Sparkassenverband Baden-Württemberg, (vii) Schlichtungsstelle Bausparen, (viii) Verbraucherschlichtungsstelle bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, (ix)

²³ Grüneberg/Grüneberg, AGG 22 Rn. 1; MüKoBGB/Thüsing, § 22 AGG Rn. 8.

²⁴ Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017, BGBl. I 2097.

Universalschlichtungsstelle des Bundes. Die Dokumentenprüfung wurde weiterhin durch die Jahresberichte der Verbraucherzentralen und Fallberichte sowie Beiträge auf den Websites der Verbraucherzentralen ergänzt.

Als Nächstes fanden Interviews mit insgesamt 12 Expert:innen statt, darunter 5 Expert:innen aus 3 Verbraucherzentralen (VZ), 2 Expert:innen aus 2 Antidiskriminierungsberatungsstellen (ADBS), 3 Expert:innen aus 2 Kreditinstituten und 2 Kreditvermittler:innen. Interviews mit Buy Now Pay Later (BNPL)-Anbietern wurden erfolglos angestrebt. Allerdings führten die Interviews mit den VZ und ADBS zum Ergebnis, dass die BNPL-Angebote vor allem bei jungen Menschen unter 40 zu Problemen führen und diese nicht mit Benachteiligungen, sondern mit dem Risiko der Überschuldung zusammenhängen. Dieser Befund schränkt die Relevanz von BNPL für ältere Menschen ein. Der Versuch eines Interviews mit einer Online-Kreditplattform blieb im Übrigen auch erfolglos.

In einem Zwischengespräch mit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes wurden die Ergebnisse der Norm- und Rechtsprechungsanalyse sowie der qualitativen Datenerhebung erörtert.

Des Weiteren wurden mittels fragebogenbasierter Umfragen auf der Ebene der Anbieter (Kreditinstitute), VZ sowie ADBS quantitative Daten zur Kreditvergabe erhoben. Dabei galt es zu erfassen, ob und auf welche Weise das Merkmal des Alters bei der Begründung von Darlehensverträgen sowie bei der Gestaltung der Vertragskonditionen als Kriterium dient. Bei der Befragung wurden auch Fragen zur Verwendung von KI-Systemen bei der KWP gestellt.

Die Befragung unter Kreditinstituten wurde von dem beauftragten Kooperationspartner INNOFACT mittels computergestützter Telefoninterviews (CATI) durchgeführt, da sich dieser Befragungstyp für Unternehmen als die am besten praktikable und auch von den Zielpersonen akzeptierte Erhebungsform herauskristallisiert hat. Darüber hinaus wird bei telefonischen Interviews eine wesentlich höhere Ausschöpfung erreicht als bei anderen Befragungsverfahren. Zudem kann die Stichprobe mit dieser Methode besser angesteuert werden, z.B. im Hinblick auf festgelegte Quoten (z.B. Drei-Säulen-Struktur).

Die Grundgesamtheit bildeten die Kreditinstitute in Deutschland: Öffentlich-rechtliche Institute (Sparkassen und Landesbanken), Genossenschaftsbanken, private Geschäftsbanken (Kreditbanken, Großbanken, Regionalbanken). Befragt wurden die für Konsumenten- und Immobilienkredite verantwortlichen Personen in Kreditinstituten. Eine Quotierung der Interviews nach dem Drei-Säulen-Modell (Sparkassen, Genossenschaftsbanken, Kreditbanken) war vorgesehen, um zu gewährleisten, dass alle drei Bankengruppen auch in der Stichprobe hinreichend vertreten sind.

Die Befragung erfolgte anhand eines strukturierten Fragebogens auf Basis der vorab durchgeführten leitfadengestützten explorativen Einzelinterviews. Da auch die Fragebogenlänge entscheidenden Einfluss auf die Antwortbereitschaft in der Zielgruppe hat, wurde die Interviewlänge auf 15 Minuten begrenzt. Neben der Interviewlänge haben auch die konkreten Inhalte des Fragebogens Einfluss auf den Kontaktaufwand und die Durchführbarkeit einer Studie im Business-to-Business-Bereich. Bei den Angaben sollte es nicht erforderlich sein, dass der bzw. die Befragte zur Beantwortung in den Unterlagen nachschlagen muss, sondern eine Einschätzung sollte ausreichen. Verstärkt wurden „weiche“ Daten abgefragt, kombiniert mit offenen Fragen. Zugleich wurden die konkrete Art und Weise einer Einbeziehung des Alters in den Kreditvergabeprozess abgefragt, um einem lediglich allgemeinen Verweis auf die rechtlichen Regelungen entgegenzuwirken. Insgesamt wurden 100 Kreditinstitute befragt, davon 35 öffentlich-rechtliche Institute, 33 private Geschäftsbanken und 32 Genossenschaftsbanken. 49 Verantwortliche haben Aussagen zu Immobilienkrediten getroffen und 51 Verantwortliche zu Konsumentenkrediten.

Tabelle 1: Fallzahlen Bankenumfrage

	Total	Immobilienkredite	Konsumentenkredite
Total	100	49	51
Anteil Geschäftsbank, Universalbank, Privatbank, Direktbank	33	16	17
Anteil Sparkasse, Girozen- trale, Landesbank	35	15	20
Anteil Genossenschafts- bank, Genossenschaftli- che Zentralbank	32	18	14

Quelle: Bankenumfrage, N = 100.

Eine fragebogenbasierte Erhebung bei den VZ und ADBS (VZ & ADBS Umfrage) wurde vorgenommen, um die Inanspruchnahme unterschiedlicher Beschwerdemechanismen bei VZ und ADBS für altersbedingte benachteiligende Erfahrungen bei der Kreditvergabe zu untersuchen. Die Erhebung erfolgte mittels eines per E-Mail versandten Fragebogens durch das *iff* und erfolgte regional verteilt im gesamten Bundesgebiet.

Die VZ und ADBS wurden mittels Unterstützungsschreiben der Antidiskriminierungsstelle des Bundes gebeten, die Befragung zu unterstützen. Vorgesehen war ein kurzer Fragebogen, um die wesentlichen Probleme von Verbraucher:innen mit Bezug auf die altersbedingten Benachteiligungen bei der Kreditvergabe zu klären. Besonderer Wert wurde auf offene Fragen gelegt, die erfahrungsgemäß Zusatzinformationen liefern. Insgesamt 30 Referent:innen bzw. Berater:innen der 16 VZ haben an der Befragung teilgenommen. Entsprechend kann davon ausgegangen werden, dass die Rückmeldungen aus der Befragung die Perspektive der VZ gut wiedergeben. Von den 36 ADBS, die das *iff* um Unterstützung bat, haben 14 Referent:innen bzw. Berater:innen an der Befragung teilgenommen. Hiervon gaben jedoch 10 Personen an, keine Kenntnisse zum Thema Immobilien- oder Konsumentenkredit zu haben. Insofern ist trotz der erfreulichen Rücklaufquote bei den VZ, die Fallzahl bei der VZ & ADBS-Umfrage insgesamt mit 44 Erhebungspunkten und zu Fragen bezüglich Immobilien- und Konsumentenkrediten mit insgesamt 14 bzw. 15 Erhebungspunkte recht gering. Entsprechend werden die Ergebnisse vor allem zur Quellentriangulation, also zur Validierung der Ergebnisse herangezogen.

Alle vorgenannten Ergebnisse wurden in die rechtswissenschaftliche Analyse einbezogen, um die Forschungsfragen abschließend zu beantworten.

Tabelle 2: Fallzahlen VZ & ADBS-Umfrage

	Kreditkenntnisse			
	Total	Immobilienkredit	Konsumentenkredit	Keine
Total	44	14	15	15
Verbraucherzentrale	30	13	12	5
Antidiskriminierungsberatungsstelle	14	1	3	10

Quelle: VZ & ADBS Umfrage, N = 52.

Dass Ältere Benachteiligungen bei der Kreditvergabe erfahren und dies kein rein deutsches Problem ist, wird auch durch eine von Finance Watch durchgeführte Studie bestätigt:

„Findings from our survey indicate that older Europeans seeking credit may face higher costs and risks due to age or be prohibited from access entirely. More than 60% of respondents were aware of issues faced by older consumers attempting to access credit. Consumers over age 75 are perceived to have greater difficulty in access.“²⁵

“Age limits were unanimously identified as the most significant impediment to access with 84% and 88% categorizing this obstacle as very important and at least somewhat important, respectively, in creating an exclusionary effect. Though perhaps the most significant in effect, age limits are not the solitary obstacle for older people trying to access consumer credit.“²⁶

Vor diesem Hintergrund wurde auch eine rechtsvergleichende Analyse durchgeführt, in der untersucht wurde, wie mit Altersdiskriminierung bei der Kreditvergabe in anderen EU- und Nicht-EU-Ländern umgegangen wird. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen deutschen und ausländischen Rechtsordnungen mit Bezug auf altersbedingte Benachteiligungen bei der Kreditvergabe wurden geprüft. Untersucht wurde ferner, ob und inwiefern bestehende Interessenkonflikte in ausländischen Rechtsordnungen gelöst und wie Lösungen ausgestaltet werden. Die Ergebnisse gingen in die Analyse der deutschen Situation und in die Entwicklung von Lösungen für Deutschland ein. Zur Untersuchung der Rechtslage in einem Nicht-EU-Land wurde das englische Recht herangezogen, das altersbedingte Benachteiligungen in zivilrechtlichen Verhältnissen verbietet, jedoch eine Ausnahme für Finanzdienstleistungen gestattet.²⁷ Der Länderbericht England zeigt, dass u.a. die Vorbeugung von altersbedingten Benachteiligungen bei den Finanzdienstleistungen über Soft Law oder eigene Leitlinien der Kreditinstitute oder Kreditinstitutsgruppen anhand allgemeiner Prinzipien geregelt ist, was die Vergleichbarkeit erschwert.²⁸ Bei den EU-Ländern wurden sowohl das belgische Recht als auch das französische Recht berücksichtigt. Beide Rechtsordnungen beinhalten ein allgemeines Benachteiligungsverbot, das auch auf Kreditverträge Anwendung findet.²⁹

Die Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Analyse und die vorgeschlagenen Lösungsansätze wurden in einem Abschlussworkshop mit Vertreter:innen der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, der ADBS, der VZ, der Kreditinstitute, der Behörden, der zivilgesellschaftlichen Organisation und der Wissenschaft diskutiert. Die Anmerkungen und Perspektiven unterschiedlicher Stakeholder wurden in diesem Abschlussbericht ebenfalls berücksichtigt.

²⁵ Finance Watch, S. 37.

²⁶ Finance Watch, S. 37.

²⁷ Länderbericht England, S. 6.

²⁸ Länderbericht England, S. 7 ff.

²⁹ S. Länderbericht Frankreich, S. 4, 16 f.; Länderbericht Belgien, S. 1 f.

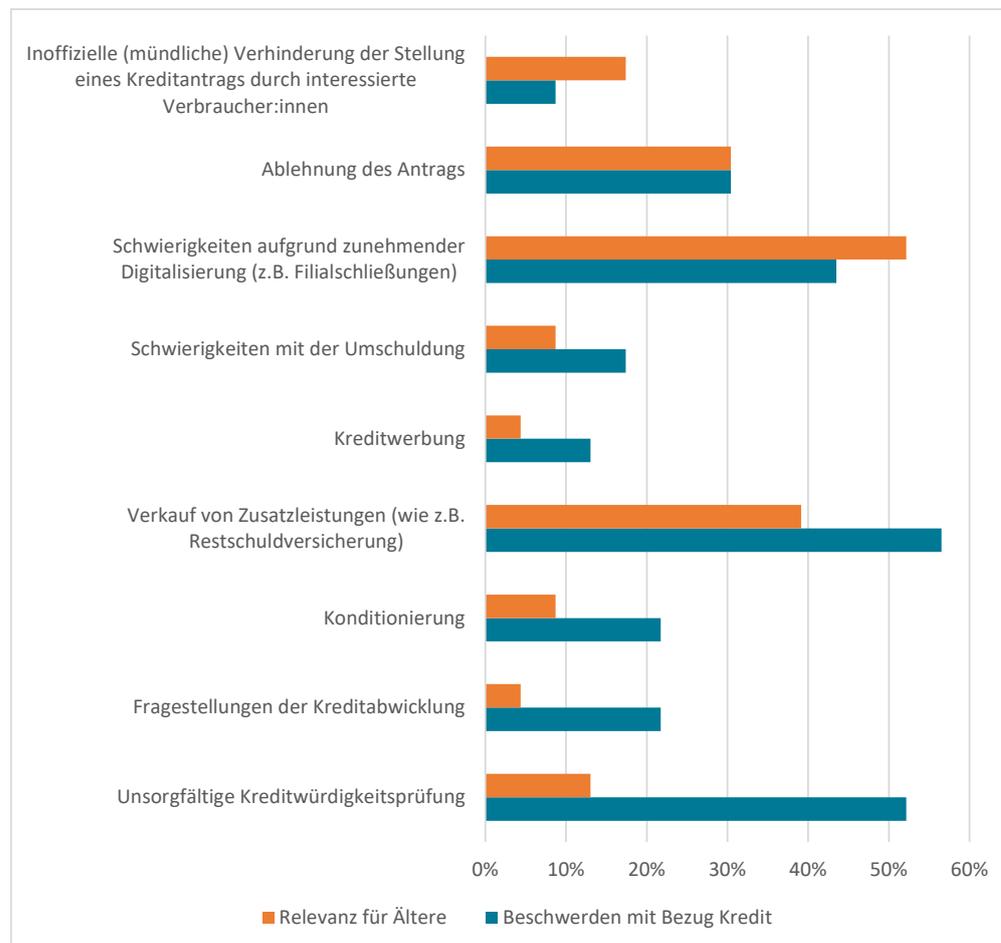
§ 2 Altersbedingte Benachteiligungen in der Praxis

Um den Handlungsbedarf in Bezug auf altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe zu identifizieren, werden im vorliegenden Kapitel die empirischen Ergebnisse dargestellt. Ausgangspunkt hierfür sind Expert:inneninterviews sowie die Ergebnisse der bei Banken- und VZ & ADBS durchgeführten Umfragen. Zunächst wird dabei der Fokus auf die Erscheinungsformen von altersbedingten Benachteiligungen gelegt, um anschließend in die Diskussion zu den etwaigen Gründen einzusteigen. Ob diese auch ungerechtfertigte Benachteiligungen i.S.d. AGG darstellen, wird in den vierten und fünften Kapiteln analysiert.

A. Erscheinungsformen

Die befragten Anlaufstellen für allgemeine Beschwerden in Bezug auf Kreditgeschäfte im Allgemeinen und altersdiskriminierende Benachteiligungen bei der Kreditvergabe im Speziellen sind die Verbraucherzentralen sowie die Antidiskriminierungsberatungsstellen. In den Expert:inneninterviews wird deutlich, dass sich Beschwerden vor allem auf nicht mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführte Kreditwürdigkeitsprüfungen und Kreditvergabeprozesse, sowie die Konditionierung der Kredite beziehen. Die Umfrage bei VZ und ADBS bestätigt dies. Die Befragten geben an, dass sich bei älteren Menschen Beschwerden vor allem um die Themen Digitalisierung (52 Prozent) und den Verkauf von Zusatzleistungen (39 Prozent) drehen, jedoch auch die Ablehnung des Kreditantrags (30 Prozent) und die Verhinderung der Antragsstellung (17 Prozent) ein Beschwerdethema bei älteren Personen darstellt.

Abbildung 1: Beschwerdegründe und deren Relevanz für ältere Menschen



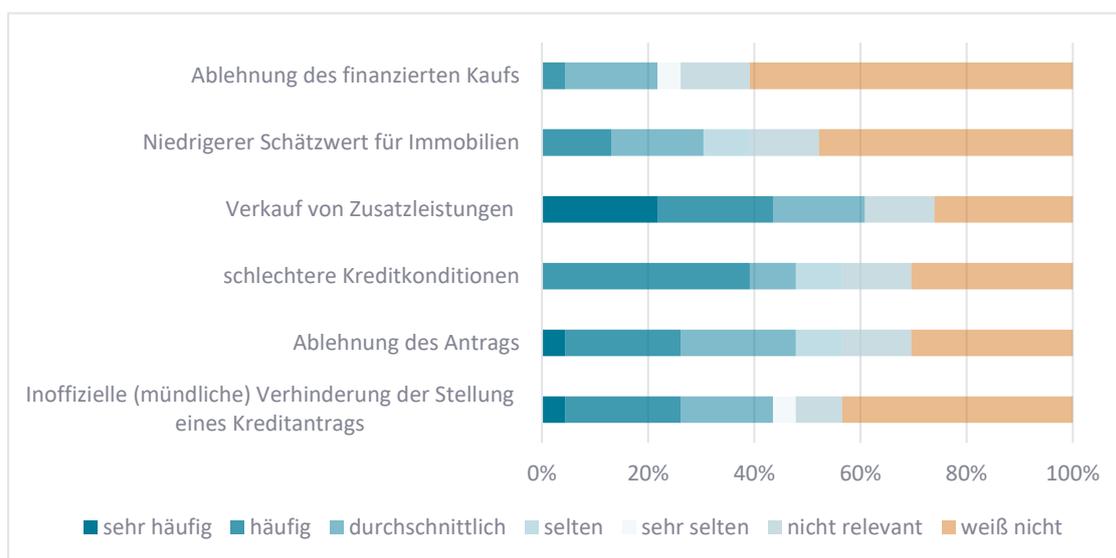
Quelle: VZ & ADBS-Umfrage, N = 23. Frage: Welche der folgenden Themen kommen in den Beschwerden oder Berichten von älteren Ratsuchenden mit Bezug auf Kreditvergabe vor? (Mehrfachnennung)

Diese Beschwerdethemen spiegeln sich auch in den Einschätzungen der befragten Vertreter:innen in den Anlaufstellen wider (s. Abbildung 2). 44 Prozent der Befragten geben an, dass eine altersbedingte Benachteiligung (sehr) häufig durch den Verkauf von Zusatzleistungen deutlich wird, also z.B. einer sinnlosen Restschuldversicherung, die eine Berufsunfähigkeit abdeckt. 39 Prozent der Befragten nennen zudem schlechte Kreditkonditionen als häufige Erscheinungsform von altersbedingter Benachteiligung. Immerhin 28 Prozent der Befragten geben auch an, dass bereits die Antragsstellung bei älteren Personen verhindert wird. Es werde den älteren Menschen mündlich mitgeteilt, sie seien zu alt für einen Kredit und sollten sich deshalb keine Mühe geben und keine Zeit verlieren, da der Antrag ohnehin abgelehnt würde.

„Oft kriegen die auch gar keinen Termin. Denen wird durch die Blume gesagt, dass das nichts wird. Und die gehen dann auch nicht zu einer anderen Bank.“ (V1)³⁰

In einem solchen Fall werden die Einkommensverhältnisse nicht einmal in die Prüfung gegeben. Stattdessen reicht das Alter der kreditinteressierten Person aus, um die Kreditantragsstellung zu verhindern.

Abbildung 2: Form und Häufigkeit der altersbedingten Benachteiligung bei der Kreditvergabe

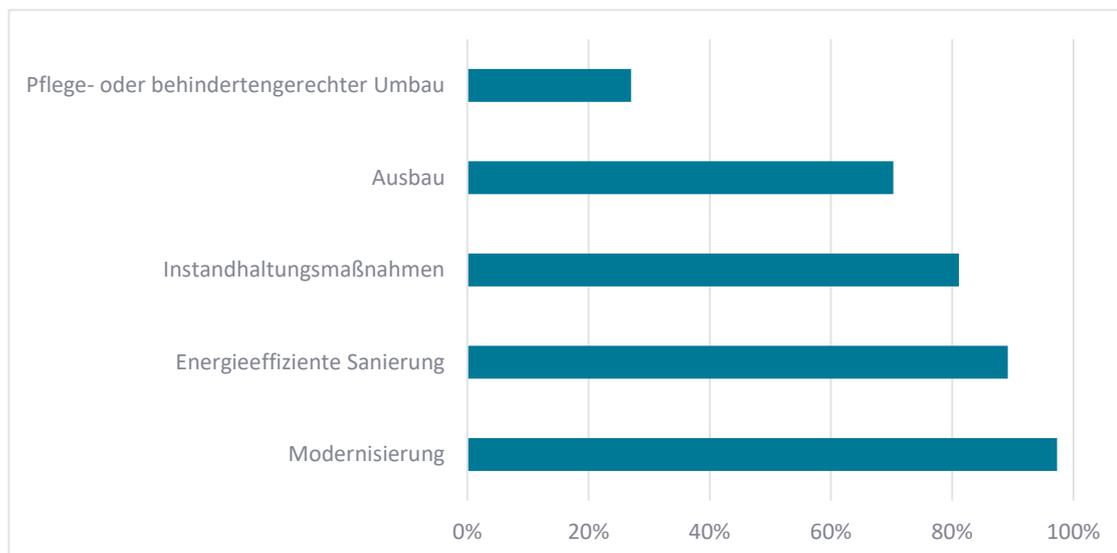


Quelle: VZ & ADBS-Umfrage, N = 23. Frage: Ihren Kenntnissen nach, in welcher Form und Häufigkeit existieren Benachteiligungen aufgrund des Alters bei der Kreditvergabe? (Mehrfachnennung)

Hinsichtlich einer altersbedingten Benachteiligung beim Immobilienkredit wird in den Expert:inneninterviews auf eine Benachteiligung bezüglich der Wertsteigerung der Immobilie verwiesen. Denn anders als bei Modernisierung, energieeffizienter Sanierung und Instandhaltungsmaßnahmen, werden pflege- oder behindertengerechte Umbaumaßnahmen der Immobilie nicht als Wertsteigerung, sondern vielmehr als Quelle für zusätzliche Kosten (Rückbaukosten) betrachtet. Dies wird auch durch die Ergebnisse der Bankenumfrage bestätigt (vgl. Abbildung 3). Da der meistgenannte Zweck für eine Immobilienkreditaufnahme für ältere Menschen der pflege- und behindertengerechte Umbau ihrer Immobilie ist, stellt insofern das Negieren einer Wertsteigerung durch eben diese Umbaumaßnahmen eine weitere Erscheinungsform der altersbedingten Benachteiligung, speziell bei Immobilienkrediten dar.

³⁰ Referenzen zu den Expert:inneninterviews werden anhand von Pseudonymen dargestellt. Die Expert:innen aus den ADBS werden mit dem Buchstaben „A“, aus den VZ mit dem Buchstaben „V“ und die Kreditinstitute und Kreditvermittler:innen mit dem Buchstaben „K“ pseudonymisiert.

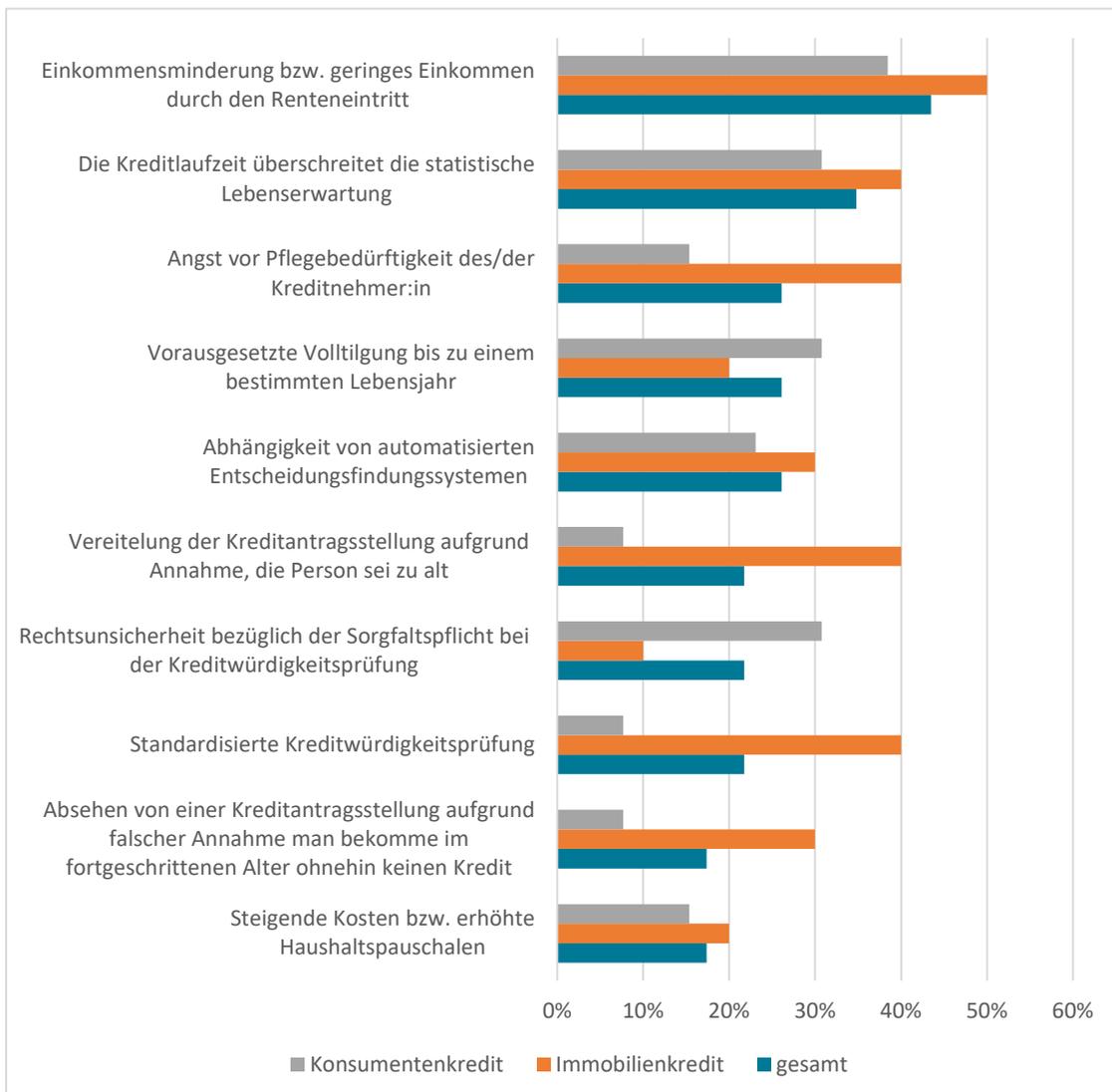
Abbildung 3: Faktoren der Wertsteigerung einer Immobilie



Quelle: Bankenumfrage, N = 37. Frage: Mit welchen Faktoren verbinden Sie eine Steigerung des Immobilienwertes? (Mehrfachnennung möglich)

B. Gründe

Nachdem in Kapitel A ein Überblick über die Erscheinungsformen von altersbedingter Benachteiligung bei der Kreditvergabe gegeben wurde, widmet sich dieses Kapitel der Diskussion zu den Gründen altersbedingter Benachteiligungen. Grundsätzlich wird ein Kredit dann abgelehnt bzw. werden „schärfere“ Konditionen verlangt, wenn dem Kreditinstitut das Kreditrisiko zu hoch ist, also eine vertragsgemäße Rückzahlung eine zu geringe Wahrscheinlichkeit hat. Für diese geringe Rückzahlungswahrscheinlichkeit können verschiedene Gründe verantwortlich sein und die altersbedingte Lebenssituation spielt, wie im Folgenden gezeigt wird, eine wichtige Rolle.

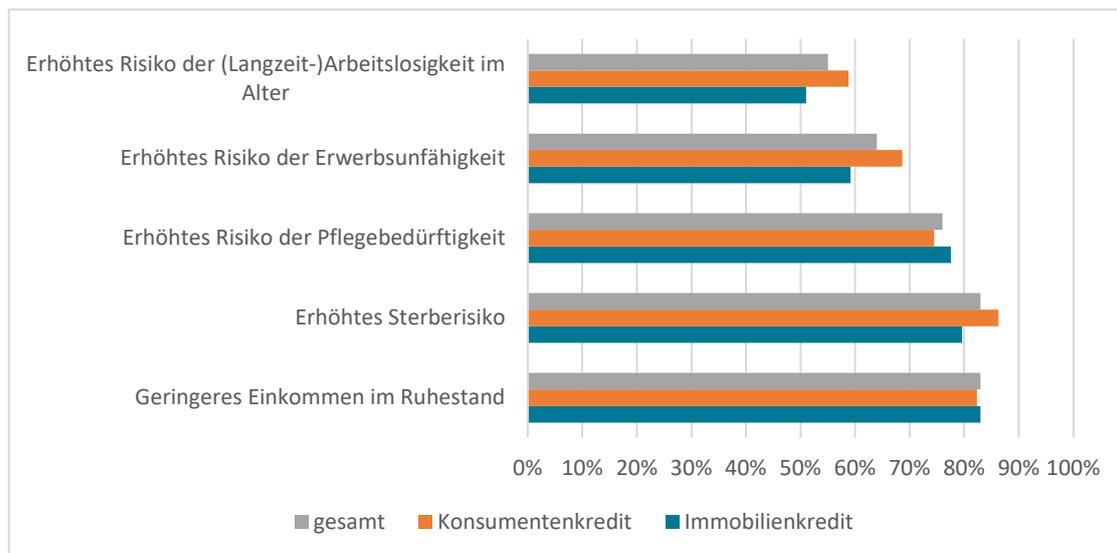
Abbildung 4: Top 10 der Gründe für altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe


Quelle: VZ & ADBS-Umfrage, N=23. Frage: Welche der folgenden Gründe identifizieren Sie als Ursachen von Benachteiligungen aufgrund des Alters bei der Kreditvergabe? (Mehrfachnennung)

Als Grund für altersbedingte Benachteiligungen bei der Kreditvergabe werden vor allem Faktoren genannt, die mit einem höheren Zahlungsausfallrisiko bei voranschreitendem Alter einhergehen. In der Tat geben also 48 Prozent der Teilnehmenden der Bankenumfrage an, dass im Vergleich zu anderen Altersgruppen das Zahlungsausfallrisiko bei Kund:innen, die älter als 60 Jahre sind, eine größere Rolle spielt (s. unten Abbildung 11). Auch bei der VZ & ADBS-Umfrage geben die Befragten als Gründe für altersbedingte Benachteiligungen Faktoren an, die mit einem erhöhten Zahlungsausfallrisiko einhergehen (s. Abbildung 4). Diese sind beispielsweise die Einkommensminderung durch den Renteneintritt, eine die statistische Lebenserwartung überschreitende Kreditlaufzeit oder die mit zunehmendem Alter erhöhte Wahrscheinlichkeit von Pflegebedürftigkeit.

Auch die Bankenumfrage weist auf erhöhte Zahlungsausfallrisiken bei älteren Personen hin. Lediglich 8 Prozent der Befragten geben an, dass es kein besonderes Kreditrisiko für ältere Menschen gibt. Das meistgenannte Risiko ist das geringere Einkommen im Ruhestand (83 Prozent), das erhöhte Sterberisiko (83 Prozent) und das erhöhte Risiko der Pflegebedürftigkeit (76 Prozent) (s. Abbildung 5). Insofern stimmen hier die Einschätzung der Banken- und VZ & ADBS-Umfrage bezüglich der Gründe der altersbedingten Benachteiligungen überein. Auf diese Benachteiligungsgründe wird im Folgenden detailliert eingegangen.

Abbildung 5: Kreditrisiken für ältere Menschen



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Existieren besondere Kreditrisiken für ältere Menschen und wenn ja, welche? (Mehrfachnennung)

Nicht übersehen werden darf auch, dass an einer Kreditaufnahme grundsätzlich interessierte ältere Personen möglicherweise von vornherein von einer Antragstellung absehen, weil sie davon ausgehen, sowieso wegen ihres Alters abgewiesen zu werden. Nach Einschätzung der Befragten sehen aus diesem Grund vor allem beim Immobilienkredit ältere Menschen von einer Antragsstellung ab (40 Prozent, s. Abbildung 4). Auch dies ist als ein Grund für altersbedingte Benachteiligung zu nennen.

Auch die Standardisierung der Kreditwürdigkeitsprüfung und die Abhängigkeit von automatisierten Entscheidungsfindungssystemen werden vor allem für den Immobilienkredit als Gründe altersbedingter Benachteiligungen angesehen. Auf diese beiden Gründe wird im Rahmen dieses Kapitels noch einmal Bezug genommen.

Die vorgestellten zahlreichen Gründe, die zu altersbedingten Benachteiligungen bei der Kreditvergabe führen, können in folgende Gruppen zusammengefasst werden: Beschränkungen des Handlungsspielraums der Kreditinstitute (aufgrund regulatorischer Vorgaben, der Standardisierung und der KI), niedriges Einkommen, ferner statistische Werte, Filialschließungen und Zusatzprodukte wie Restschuldversicherungen.

Abschließend wird auf jene Merkmale eingegangen, die eine altersbedingte Benachteiligung verstärken.

I. Eingeschränkter Handlungsspielraum

1. Regulatorische Vorgaben

Ein eingeschränkter Handlungsspielraum der Kreditinstitute aufgrund des Rechtsrahmens hat sich bei den Expert:inneninterviews als eine wichtige Ursache für Benachteiligungen aufgrund des Alters herauskristallisiert. Dies liege vor allem an der zunehmenden Regulierung. Früher hätten die Banken die Möglichkeit gehabt, bei positivem Rückzahlungsverhalten in der Vergangenheit und ausreichenden Sicherheiten trotz negativer Schuldentragfähigkeit bzw. Zahlungsfähigkeit einen Kredit zu gewähren. Durch die Regulierung in den vergangenen Jahren sei dieser Handlungsspielraum deutlich eingeschränkt worden.

Ein Beispiel hierfür ist die Umsetzung der Richtlinie 2014/17/EU über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher:innen (WIKR).³¹ Bei der Umsetzung der WIKR wurde erstmalig eine zivilrechtliche Kreditwürdigkeitsprüfung (KWP) in das deutsche Recht eingeführt,³² die für Anbieter sanktionsbewehrt war. In diversen Studien wurde festgestellt, dass nach Umsetzung der Richtlinie Kreditablehnungen zwischen März 2016 und Mai 2018 am stärksten ältere Menschen betrafen.³³ Am 1. Mai 2018 trat die Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung (ImmoKWPLV)³⁴ in Kraft, wodurch die anfängliche Zugangsbarriere teilweise beseitigt wurde. § 4 Abs. 3 S. 3 ImmoKWPLV sieht vom erhöhten Risiko des Ablebens ab, falls die kreditbeantragende Person während ihrer Lebenszeit den Kredit bedienen kann und der Immobilienwert oder der Wert anderer als Sicherheiten dienender Vermögenswerte der kreditbeantragenden Person hinreichende Gewähr für die Abdeckung der Verbindlichkeiten und der Verwertungskosten bieten.³⁵ Durch diese Regelung wurde der Zugang zu Immobilienkrediten für ältere Menschen wieder verbessert.³⁶ Gegenüber anderen Altersgruppen ist der Kreditzugang für ältere Menschen dennoch weiterhin erschwert, da die Kreditinstitute das verringerte Einkommen durch den zukünftigen Renteneintritt bzw. das erhöhte Risiko des Ablebens in ihrer KWP gemäß §§ 505a f. BGB berücksichtigen³⁷ bzw. berücksichtigen müssen.³⁸

Ein weiterer Faktor sei die zunehmende Standardisierung und abnehmende Einzelfallprüfung. Dies sei insbesondere bei den größeren Kreditinstituten der Fall. Zunehmende Digitalisierung und ein zunehmender Einsatz von automatischen Entscheidungsfindungssystemen (KI-Systeme) hätten die verstärkte Standardisierung beschleunigt.

2. Zunehmende Standardisierung

Eine zunehmende Standardisierung vernachlässigt typischerweise individuelle finanzielle Flexibilität und schließt somit eine unangemessen restriktive Kreditvergabe nicht aus. Wie nachfolgend näher erläutert wird, erfolgt vor allem die Vergabe von Konsumentenkrediten standardisiert. Allerdings könnte nach Einschätzung von 40 Prozent der Befragten eine Standardisierung vor allem beim Immobilienkredit zu Benachteiligung führen (siehe oben Abbildung 4). Beim Konsumentenkredit wird dies im Vergleich dazu nur bei 8 Prozent der Befragten angegeben (siehe oben Abbildung 4).

Obwohl mit der ImmoKWPLV durch zunehmende Regulierung auch eine zunehmende Standardisierung einhergeht, findet laut Expert:inneninterviews beim Immobilienkredit keine standardisierte KWP statt. Vielmehr werden hier Einzelfallprüfungen durchgeführt. Standardisierter ist hingegen die KWP bei Konsumentenkrediten, da sich laut Expert:inneninterviews die Einzelfallprüfung bei kleinen Kreditbeträgen nicht lohne. Entsprechend geben 75 Prozent der Befragten der Bankenumfrage an, dass eine standardisierte KWP durchgeführt wird, die jedoch auch Einzelfallbetrachtungen beinhaltet und zwar häufig (39 Prozent), selten (24 Prozent) und sehr selten (12 Prozent) (s. Abbildung 6). Keine Einzelfallbetrachtung gibt es bei 10 Prozent der Befragten. Keine standardisierte KWP gibt es lediglich bei 14 Prozent der Befragten.

31 Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. 2014 L 60/34.

32 Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11. März 2016, BGBl. 2016 Teil I, 396.

33 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland, S. 78 f., 120; Klinger/Damar/et al., S. 34, 46, 50, 53, 128, 136 f.; Beigang/Boll/et al., S. 40 f.

34 Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung (ImmoKWPLV) vom 24. April 2018, BGBl. 2018 I, 1495.

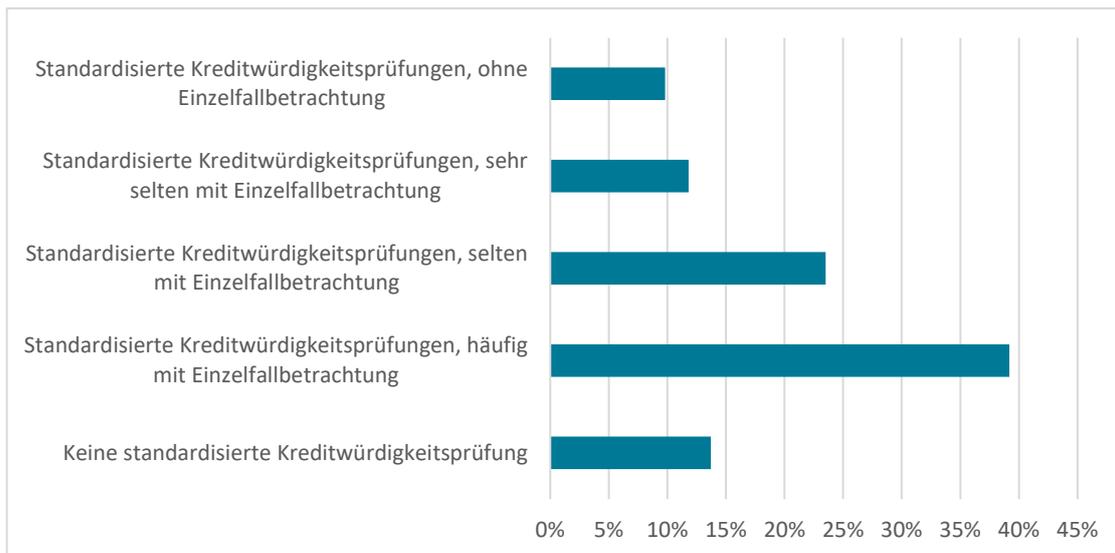
35 Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (272 f.); Feldhusen, WM 2019, 97 (105).

36 Klinger/Damar/et al., S. 34, 46, 50, 53. S. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel XXX.

37 AG München v. 13.04.2016 - 171 C 28560/15 (juris); Klinger/Damar/et al., S. 36, 163; Beigang/Boll/et al., S. 40.

38 Europäische Bankenaufsichtsbehörde, Leitlinien für die Kreditvergabe und Überwachung, EBA/GL/2020/06 vom 29. Mai 2020, Nr. 104.

Abbildung 6: Standardisierte Kreditwürdigkeitsprüfung bei Konsumentenkrediten



Quelle: Bankenumfrage, N = 50. Frage: Wird bei den Konsumentenkrediten eine standardisierte Kreditwürdigkeitsprüfung durchgeführt und falls ja, ggf. mit Wechsel auf Einzelfallbetrachtung?

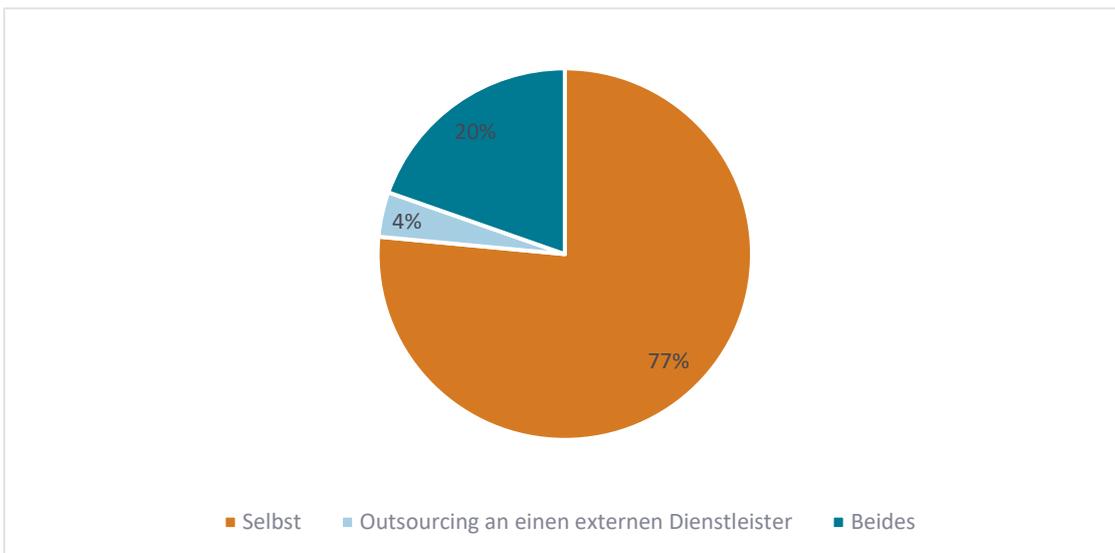
Laut Expert:inneninterviews werde lediglich bei Bekanntschaft mit Kund:innen die kreditbeantragende Person dazu veranlasst, den Kreditantrag nach Verringerung des Kreditbetrags (erneut) zu stellen, sollte das Ergebnis der KWP negativ ausfallen. Mit einem verringerten Kreditbetrag werde die Zahlungsfähigkeit für den beantragten Kredit erzielt und die Kreditvergabe ermöglicht. Ansonsten sei das Konsumentenkreditgeschäft erheblich standardisiert. Dies wird auch durch die Ergebnisse der Bankenumfrage bestätigt. Der Wechsel in die Einzelfallbetrachtung findet beim Konsumentenkredit laut Bankenumfrage vor allem statt, wenn die kreditbeantragende Person bekannt ist (76 Prozent), wenn die Kreditvergabekriterien knapp nicht erfüllt sind (68 Prozent) oder wenn der Darlehensbetrag über einem konkreten Grenzwert liegt (50 Prozent).

Eine zunehmende Standardisierung wird zudem durch die Beteiligung dritter Kreditvermittler:innen vorangetrieben:

„Beim Vermittlergeschäft gibt es mehr Standardisierung. Da haben wir Kriterien für die Kreditvergabe formuliert, so dass die Vermittler wissen, ob ein Kredit bei der Kreissparkasse wahrscheinlich ist.“ (K2)

Bei den Konsumentenkrediten arbeiten die Kreditinstitute regelmäßig mit Drittanbietern (Outsourcing) zusammen: Volks- und Raiffeisenbanken kooperieren beispielsweise mit der Teambank (Easycredit), 220 Sparkassen kooperieren mit dem Sparkassen Kredit Partner (SKP). Diesbezüglich teilten die VZ mit, dass die Konditionen schlechter seien als für diejenigen Kredite, welche die Hausbank anbieten würde. Insbesondere ältere Menschen werden an Drittanbieter weitergeleitet. Laut Bankenumfrage werden aber mehrheitlich Konsumentenkredite durch die Banken selbst vergeben (s. Abbildung 7). 96 Prozent geben an, dass sie die Konsumentenkredite selbst vergeben und in 20 Prozent der Fälle zusätzlich auch Konsumentenkredite über externe Dienstleister anbieten.

Abbildung 7: Outsourcing der Konsumentencreditvergabe

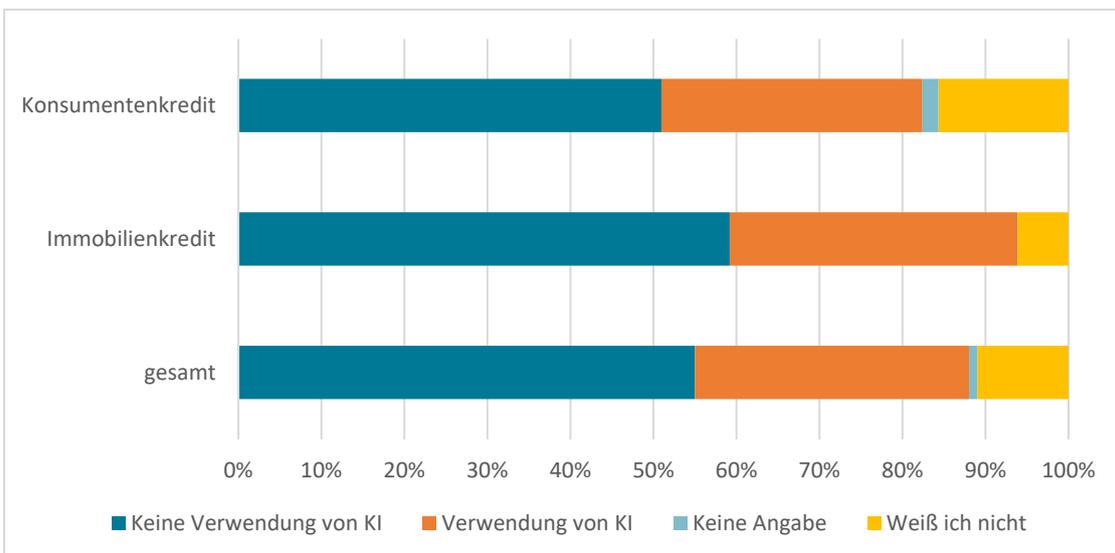


Quelle: Bankenumfrage, N = 50. Frage: Vergibt Ihr Unternehmen Konsumentenkredite selbst oder kooperiert es diesbezüglich mit einem externen Dienstleister?

3. Rolle der KI

Bei der Bankenumfrage geben 33 Prozent der Befragten an, dass automatische Entscheidungsfindungssysteme, also KI-Systeme, bei der bankeninternen KWP eingesetzt werden (s. Abbildung 8).³⁹ Allerdings geben 11 Prozent der Befragten an, nicht zu wissen, ob KI-Systeme verwendet werden. Die Zahl der Nichtwissenden ist bei den Konsumentenkrediten mit 16 Prozent besonders hoch.

Abbildung 8: Verwendung von KI bei der internen Kreditwürdigkeitsprüfung



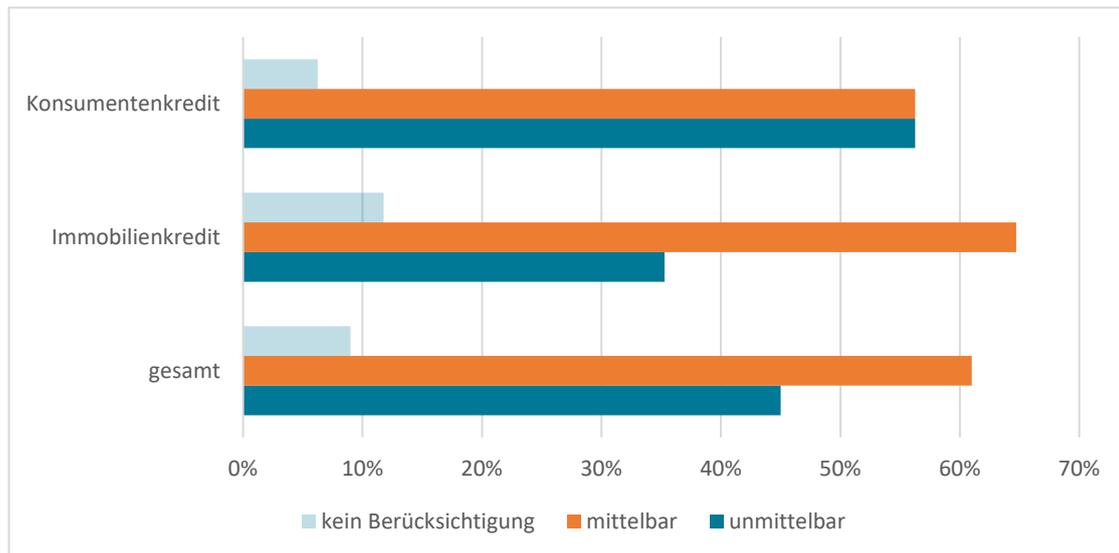
Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Werden bei der bankinternen Kreditwürdigkeitsprüfung automatische Entscheidungsfindungssysteme, also KI-Systeme, verwendet?

³⁹ Nicht jedes KI-System erzeugt seine Ergebnisse vollautomatisiert, also autonom. Nicht selten werden die KI-Systeme auch lediglich zur Datenanalyse eingesetzt, um das Ergebnis der Analyse als Empfehlung oder Unterstützung für menschliche Entscheidungen zur Verfügung zu stellen, s. Damar, S. 5. Obwohl in der Praxis unter einem KI-System zumeist autonome Entscheidungsfindungssysteme verstanden werden, kann der Hinweis auf ein „automatisches Entscheidungsfindungssystem“ sowohl die unterstützenden als auch die vollautomatisierten Ergebnisse umfassen.

Laut Expert:inneninterviews wird bei den Kreditinstituten mit einem Ampel-System gearbeitet. Sei das Ergebnis grün, werde der Kredit schnell genehmigt. Wenn das Ergebnis gelb sei, werde ggf. nach einer Lösung gesucht, z.B. ob das Weihnachtsgeld berücksichtigt oder ein:e zweiter:er Kreditnehmer:in einbezogen werden könne. Sei das Ergebnis rot, werde kein Kredit gewährt.

Welche Informationen mit welcher Gewichtung in das KI-System einfließen und ob diese Systeme das Alter berücksichtigen, wurde in den Expert:inneninterviews unterschiedlich beantwortet. Banken seien diese Aspekte unbekannt, weil das KI-System durch den Drittanbieter zur Verfügung gestellt werde. Die Ergebnisse der Bankenumfrage hingegen zeigen, dass das Alter in den allermeisten Fällen durch die KI berücksichtigt wird (s. Abbildung 9), denn lediglich 9 Prozent der Befragten geben an, dass das Alter bei den automatischen Entscheidungssystemen nicht berücksichtigt wird. 60 Prozent der Befragten geben an, dass die Berücksichtigung mittelbar erfolgt, z.B. durch Berücksichtigung des Ruhestandes. 45 Prozent geben an, dass die Berücksichtigung auch unmittelbar erfolgt, z.B. als Indikator für ein höheres Ausfallrisiko.

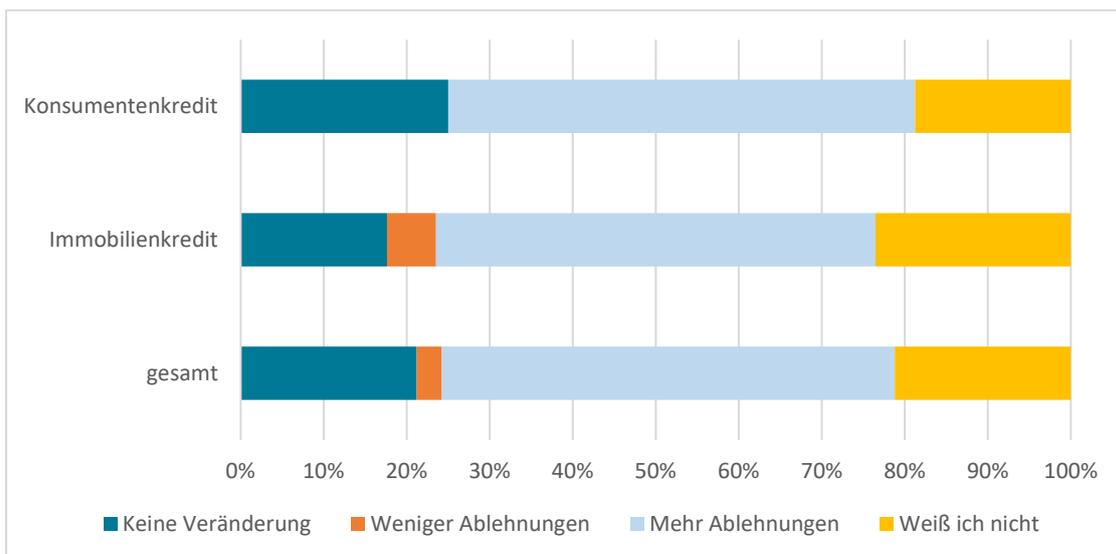
Abbildung 9: Berücksichtigung von Alter durch das automatische Entscheidungsfindungssystem



Quelle: Bankenumfrage, N = 33. Frage: Berücksichtigt das automatische Entscheidungsfindungssystem das Alter der kreditbeantragenden Person? (Mehrfachnennung)

Ein Indiz dafür, dass die durch KI eingeschränkte Handlungsfähigkeit zu restriktiverer Kreditvergabe und damit auch zu altersbedingter Benachteiligung führen kann, liefern die Ergebnisse der Bankenumfrage (s. Abbildung 10). Von den Befragten, die angegeben haben, dass KI-Systeme angewendet werden (17 für Immobilienkredite, 16 Konsumentenkredite) geben 55 Prozent an, die Ablehnungsquote habe sich dadurch erhöht.

Abbildung 10: Änderung der Kreditablehnungen durch den Einsatz von KI



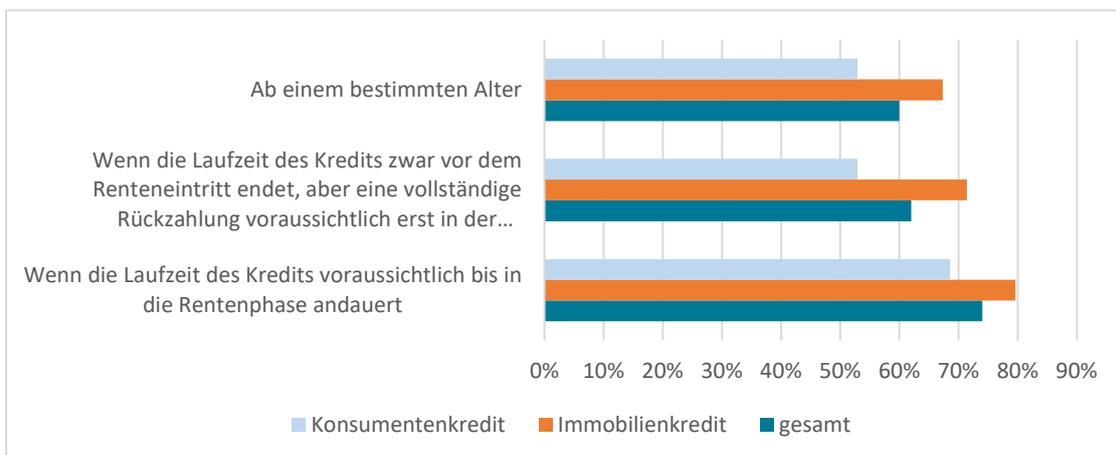
Quelle: Bankenumfrage, N = 33. Frage: Hat sich die Quote der Kreditablehnungen, aus Ihrer Sicht, seit dem Einsatz der automatischen Entscheidungsfindungssystemen für Konsumenten- und Immobilienkredite geändert?

II. Verringertes Einkommen

Ein weiterer Grund, warum fortgeschrittenes Alter zu Benachteiligungen bei der Kreditvergabe führen kann, ist die Korrelation zwischen dem Alter und der Höhe des Einkommens (s. Abbildung 4). Regelmäßig verringert sich mit dem Renteneintritt die Höhe des Einkommens. Aus diesem Grund werden Verbraucher:innen gefragt, wie sich die Einkünfte nach dem regelmäßigen Renteneintrittsalter von 67 entwickeln.

Abbildung 11 zeigt als Ergebnis aus der Bankenumfrage, dass die zukünftige Rente vor allem abgefragt wird, wenn die Laufzeit des Kredits voraussichtlich bis in die Rentenphase andauert (74 Prozent), aber auch, wenn die Laufzeit des Kredits zwar vor dem Renteneintritt endet, aber eine vollständige Rückzahlung voraussichtlich erst in der Rentenphase erfolgt (62 Prozent). Auch wenn die Unterschiede nicht signifikant sind, wird die zukünftige Rente eher bei Immobilienkrediten abgefragt. 60 Prozent der Befragten geben darüber hinaus an, dass die zukünftige Rente ab einem bestimmten Alter abgefragt wird, und zwar im Durchschnitt ab einem Alter von 60 Jahren.

Abbildung 11: Abfrage der zukünftigen Rente bei der Kreditantragsstellung



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: In welchen der folgenden Situationen wird die Höhe der zukünftigen Rente abgefragt? (Mehrfachnennung)

In Zusammenhang mit dem Renteneintritt wurden die Expert:innen auch gefragt, ob die Kreditinstitute zusätzliches Einkommen aus freiwilliger Tätigkeit nach dem Renteneintritt berücksichtigen, z.B. wenn die Hausärzte im ländlichen Bereich deutlich über das regelmäßige Renteneintrittsalter hinaus tätig bleiben. Expert:innen äußerten, dass die kreditbeantragende Person gesetzlich gesehen im Ruhestand sein werde. Das zusätzliche Einkommen aus freiwilliger Tätigkeit könne man nicht berücksichtigen, da es nicht gesichert sei. Eine Person, die gesetzlich im Ruhestand sei, könne zu jedem Zeitpunkt ihre freiwillige Tätigkeit beenden. Laut der Bankenumfrage wird das geplante zusätzliche Einkommen aus der freiwilligen Erwerbstätigkeit nach dem Renteneintritt lediglich bei Immobilienkrediten (75,5 Prozent) berücksichtigt, aber nicht bei Konsumentenkrediten (s. Anhang I, Abbildung 30).

Die Expert:innen äußerten zudem, dass die durch die Energie-Krise verursachte verschlechterte Finanzlage der Haushalte auch in der KWP zutage tritt. Auch laut der Bankenumfrage werden zukünftige Inflationsanpassungen der Renten bei der KWP regelmäßig nicht berücksichtigt (s. Anhang I, Abbildung 30).

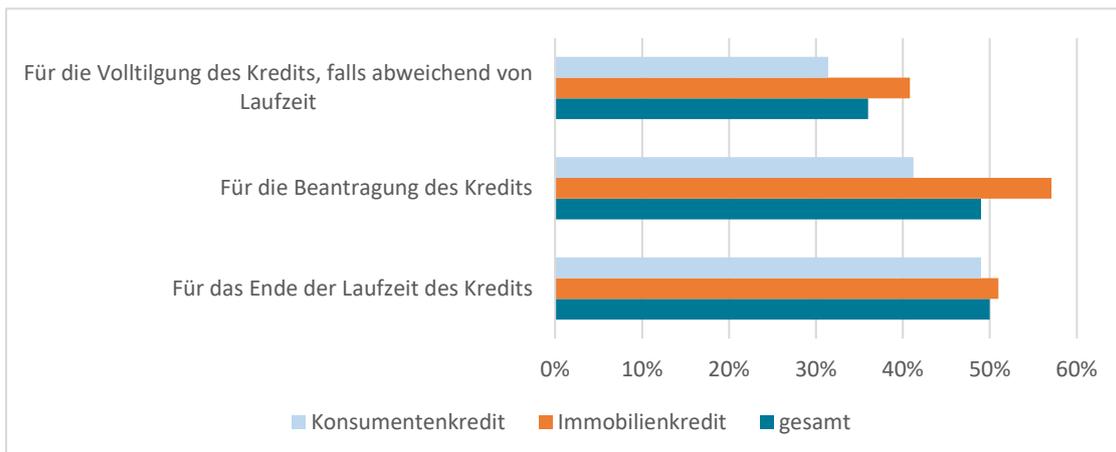
III. Statistische Werte

Die Expert:innen teilten mit, dass die Kreditinstitute die statistische Lebenserwartung und den statistischen Anstieg beim Ausfallrisiko in ihrer Kreditvergabepraxis berücksichtigen. So geben in der Bankenumfrage 71 bzw. 75 Prozent der Befragten an, dass die statistische Korrelation zwischen dem Alter der kreditbeantragenden Person und dem Zahlungsausfallrisiko sowie die statistische Lebenserwartung berücksichtigt werden (s. Anhang I, Abbildung 30). Eine Konsequenz aus der Berücksichtigung der statistischen Lebenserwartung bei der Kreditvergabe ist die Einführung von Altersgrenzen.

[Das Alter wird nicht in die KWP einbezogen, sondern es ist eher so, es gibt ein klares Rahmenwerk: Ich kann ein Darlehen beantragen bis 60 Jahre und Zurückzahlung bis 80 Jahre. Aber das ist eine Versicherungsfrage. Die haben Sterbetafeln, die angepasst werden. Kein Unterschied in der KWP, sondern eher direkt ein Ausschluss wie unter 18 Jahre. (K4)]

55 Prozent der Befragten der Bankenumfrage bestätigen die Existenz von Altersgrenzen bei der Vergabe von Konsumentenkrediten und 71 Prozent bestätigen dies bei Immobilienkrediten. Die Unterschiede zwischen den Wahrscheinlichkeiten für eine Altersgrenze bei der Kreditbeantragung gehen vor allem auf Unterschiede zwischen den Wahrscheinlichkeiten für eine Altersgrenze bei der Volltilgung zurück. Bei den Konsumentenkrediten gilt laut Expert:innen für die Volltilgung des Kredits eine Altersgrenze von 75 Lebensjahren. Bei Fälligkeit der Kreditrückzahlung dürfen die Kreditnehmer:innen nicht älter als 75 Jahre sein. Dies wird auch durch die Bankenumfrage teilweise bestätigt (s. Abbildung 12). 31 Prozent geben an, dass es Altersgrenzen bezüglich der Volltilgung des Kredits gibt, und diese liegen im Durchschnitt bei 75 Jahren. Häufiger gibt es aber Altersgrenzen bezüglich des Endes der Kreditlaufzeit (49 Prozent), diese liegen im Durchschnitt bei 74 Jahren. Unterschiede zwischen einzelnen Kreditarten gibt es weder im Hinblick auf Altersgrenzen für Volltilgung und Kreditlaufzeit noch bezüglich der Wahrscheinlichkeit, dass derartige Grenzen aufgestellt werden.

Abbildung 12: Altersgrenzen bei der Kreditvergabe



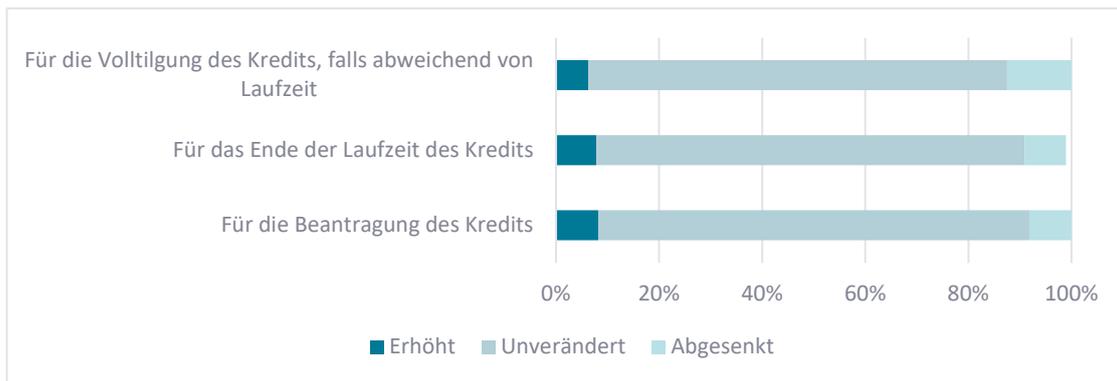
Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Gelten für folgende Fälle maximale Altersgrenzen und wenn ja, welche sind dies? (Mehrfachnennung)

Anders verhält es sich, wenn es um die Beantragung eines Kredits geht. Bei der Bankenumfrage geben 41 Prozent der Befragten an, dass es Altersgrenzen für die Beantragung eines Konsumentenkredits gibt. Diese liegen im Durchschnitt bei 67 Jahren. Beim Immobilienkredit geben mit 57 Prozent der Befragten signifikant mehr an, dass es eine Altersgrenze bei der Beantragung eines Immobilienkredits gibt. Auch diese liegt im Durchschnitt bei 67 Jahren. Eine Erklärung für diese Unterschiede liefern die Expert:inneninterviews. Insbesondere bei der Beantragung von Immobilienkrediten durch Ältere kann es vorkommen, dass die Kreditlaufzeit und die Lebenserwartung nicht deckungsgleich sind. Für Immobilienkredite äußerten die Kreditinstitute Angst vor eventuellen Erbstreitigkeiten, wenn die Laufzeit des Kredits die statistische Lebenserwartung der kreditbeantragenden Person übersteigt. Kreditvermittler:innen teilten in diesem Zusammenhang mit, dass es bei Immobilienkrediten die Regel „Kreditantrag bis 60, Rückzahlung bis 80“ gibt und eine Kreditvergabe ansonsten ausgeschlossen ist, es sei denn, man findet eine andere akzeptable Lösung. Steigt beispielsweise durch die zu finanzierende Maßnahme (Renovierung bzw. Sanierung) der Wert der Immobilie, profitieren davon auch die zukünftigen Erb:innen. In diesen Fällen werden sie regelmäßig als zweite Darlehensnehmer:innen einbezogen, sodass dann doch eine Kreditvergabe möglich wird.

Expert:inneninterviews bestätigten teilweise, dass die Kreditinstitute für die Volltilgung eines Kredits eine Altersgrenze festlegen. Diese liege zumeist bei 74-75.⁴⁰ Die Covid-19-Pandemie habe die Situation nicht verbessert. Allerdings zeigen die Ergebnisse der Bankenumfrage (s. Abbildung 13), dass über 80 Prozent der Befragten angeben, die Altersgrenzen seien seit der Covid-19-Pandemie unverändert geblieben.

40 In Belgien variieren die Altersgrenzen für die Volltilgung des Kredits zwischen 65 und 85, s. Länderbericht Belgien, S. 8.

Abbildung 13: Anpassung Altersgrenzen bei der Kreditvergabe

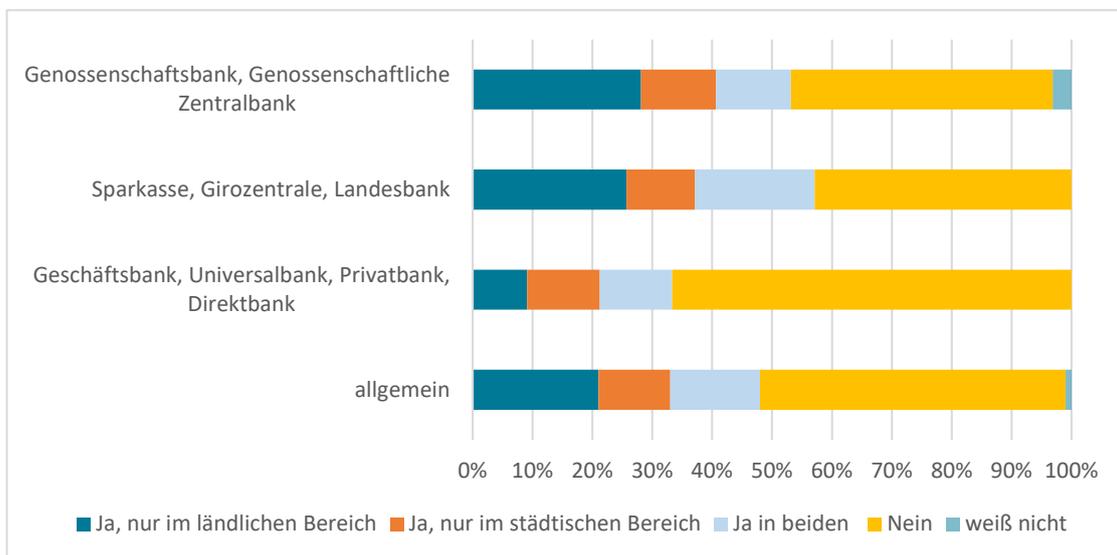


Quelle: Bankenumfrage, N = 51. Frage: Inwiefern wurden die Altersgrenzen abgesenkt, erhöht oder unverändert seit dem Beginn der Covid-19-Pandemie? (Mehrfachnennung)

IV. Filialschließungen

Eine weitere Ursache für Benachteiligungen aufgrund des Alters stellen die seit dem Anfang der Covid-19-Pandemie beschleunigten Filialschließungen dar.⁴¹ Insgesamt geben 48 Prozent der Teilnehmenden an der Bankenumfrage an, dass Filialen geschlossen worden sind, und zwar eher im ländlichen Raum (s. Abbildung 14). Interessant ist dabei auch, dass vor allem Genossenschaftsbanken und Sparkassen, Girozentralen und Landesbanken angeben, in den letzten Jahren Filialen geschlossen zu haben. Bei Geschäftsbanken, Universalbanken, Privat- & Direktbanken war dies signifikant weniger häufig der Fall.⁴²

Abbildung 14: Filialschließungen



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Hat Ihr Unternehmen seit dem Beginn der Covid-19-Pandemie die Anzahl von Filialen reduziert? (Mehrfachnennung möglich)

Filialschließung haben gerade für ältere Menschen negative Auswirkungen. So geben 52 Prozent der Teilnehmenden der VZ & ADBS-Umfrage Schwierigkeiten aufgrund zunehmender Digitalisierung (z.B. Filialschließungen) als Beschwerdethema bei älteren Personen an. Damit ist es der am häufigsten genannte Beschwerdegrund bei älteren Personen. Auch bei der Bankenumfrage wird dies bestätigt: So geben 87,5 Prozent der Teilnehmenden der Bankenumfrage an, dass es nach Schließung von Filialen zu Beschwerden kam.

41 Ebenso in England, s. Länderbericht England, S. 17 f.

42 Zu berücksichtigen ist hierbei, dass Direktbanken über keinerlei Filialen verfügen und sich die Ergebnisse in dieser Kategorie auf Geschäftsbanken, Universalbanken und Privatbanken beziehen.

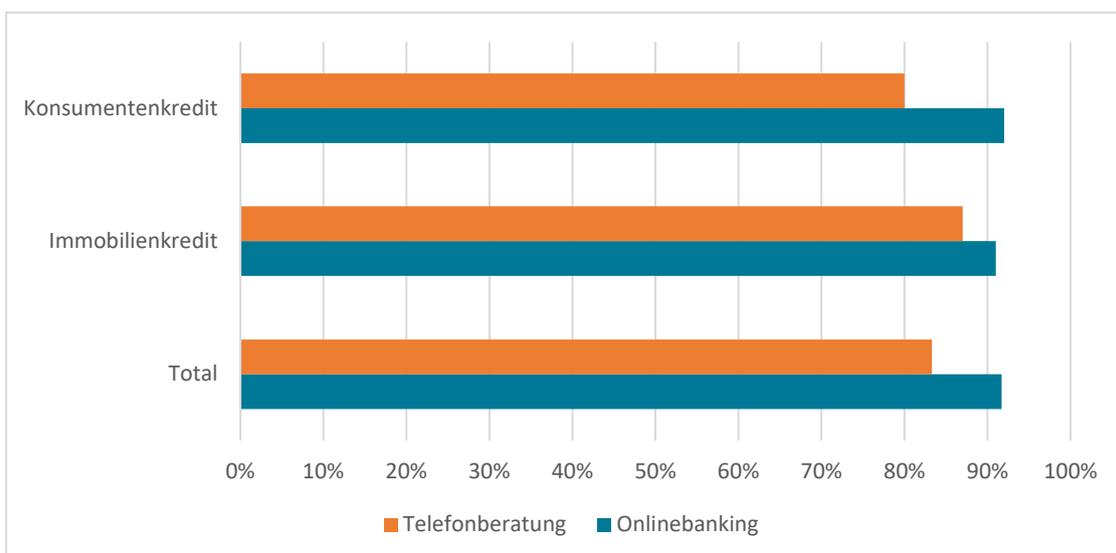
Bei den meisten Beschwerden geht es dabei um den Wegfall von vertrauten Ansprechpartner:innen (88 Prozent) und um den erschwerten Zugang zum Bankingservice (94 Prozent) sowie den erschwerten Zugang zur Beratung (75 Prozent). Die Schließung von Bankfilialen führt laut Expert:inneninterviews dazu, dass für ältere Menschen vor allem ihre vertrauten Ansprechpartner:innen wegfallen. Da sie vielfach weite Wege nicht bewältigen und Telefon- oder Online-Banking nur bedingt nutzen können, haben sie einen erschwerten Zugang zu Bankdienstleistungen, darunter auch zum Kredit, insbesondere im ländlichen Bereich.

„Vielfach fallen vertraute Ansprechpartner weg. Das ist ein Problem. Dadurch entstehen auch mittelbare Diskriminierungssituationen, dass manchen Leuten der Zugang erschwert wird, weil sie nicht weit fahren können oder nicht online ihre Geschäfte erledigen können. Der Ansprechpartner war oft auch eine kompetente Ansprechperson für ältere Menschen. Teilweise fehlt da auch das Vertrauen bei älteren Menschen, die erst dann kommen, wenn es zu spät ist, weil sie kein Vertrauen in die neuen Stellen haben.“ (V1)

Der erschwerte Zugang hat nicht nur Konsequenzen für den Zugang zum Kredit, sondern auch im Hinblick auf Anpassungsmöglichkeiten während der Kreditlaufzeit. In Zeiten, in denen Krisen immer häufiger werden, werden solche Anpassungsmöglichkeiten im Interesse einer Verminderung von steigenden Überschuldungsrisiken immer wichtiger. Bei den VZ haben, laut Expert:inneninterviews, statt Fragen zum Neuabschluss von Kreditverträgen Fragen zur (vorzeitigen) Abwicklung, Tilgung und Kündigung zugenommen. Da ältere Menschen aufgrund der Distanz zur nächstliegenden Filiale diese in der Regel erst zu einem späteren Zeitpunkt erreichen als ihre gewohnte, jetzt geschlossene Filiale, haben sie Schwierigkeiten bei der Durchführung und Beendigung von Kreditverträgen.

Um mit diesen Nachteilen aufgrund von Filialschließungen umzugehen, werden von den Banken alternative Zugänge wie Telefonberatung und Onlinebanking angeboten (s. Abbildung 15).⁴³ Vereinzelt wurde in der Bankenumfrage auch angegeben, dass alternative Orte für Beratung wie Mobile Beratung, Hausbesuche oder andere bzw. alte Filialen angeboten wurden.

Abbildung 15: Alternativen bei Filialschließung



Quelle: Bankenumfrage, N = 48. Frage: Welche Alternativen bietet Ihr Unternehmen für Filialschließungen an?

⁴³ Ebenso in England (Länderbericht England, S. 17 f.) und Belgien (Länderbericht Belgien, S. 9).

V. Verkauf von Restschuldversicherungen

Der Verkauf von Zusatzprodukten bei Kreditgeschäften führt zumindest teilweise auch zu Benachteiligungen aufgrund des Alters. Laut Expert:inneninterviews spielt das Alter wiederum beim Verkauf von Restschuldversicherungen eine Rolle, da für Menschen über 74 der Todesfall nicht mehr abgesichert werden könne. Ohne Restschuldversicherung werde wiederum der Kredit nicht vergeben. Dies resultiere aus der KWP als Sorgfaltspflicht gegenüber den Kund:innen sowie aus der aufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflicht. Es gäbe Praxisfälle, in denen Kreditverträge mit der Begründung abgelehnt worden sind, dass die kreditbeantragende Person überhaupt keine Restschuldversicherung mehr abschließen könne in ihrem Alter.

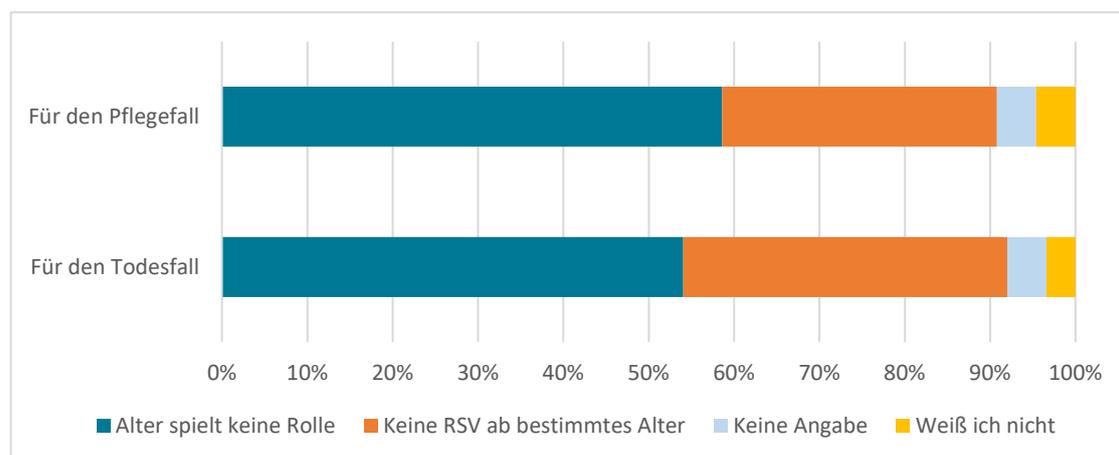
„Dazu fällt mir ein Fall ein, wo jemand ein Auto kaufen wollte und den Kredit von der Bank nicht bekommen hat mit der Begründung, er könne ja überhaupt keine Restschuldversicherung mehr abschließen in seinem Alter. Wir wissen ja alle, dass das unzulässig ist.“ (V1)

Dies spiegelt sich auch in den Beschwerdeaufkommen bei den VZ und ADBS wider. Das Thema Verkauf von Zusatzleistungen wie der Restschuldversicherung wird in der VZ & ADBS-Umfrage als zweithäufigster Beschwerdegund bei älteren Personen von 39 Prozent der Befragten genannt. Besonders relevant ist das Thema Verkauf von Zusatzleistungen als Beschwerdegund in Bezug auf Konsumentenkredite. Über alle Altersgruppen hinweg wird dieser Beschwerdegund von 76 Prozent der Befragten der VZ & ADBS-Umfrage genannt. In Bezug auf ältere Ratsuchende geben immerhin 46 Prozent der Befragten der VZ & ADBS-Umfrage diesen Beschwerdegund an. Eine Begründung hierfür stammt aus einem Expert:inneninterview:

„Wenn ich einem Rentner keine Todesfall- und Arbeitsunfähigkeitsversicherung verkaufen kann und ich ihm eine Nullprozentfinanzierung verkaufe, dann habe ich ja gar nichts verdient.“ (K3).

Die Bankenumfrage zeigt hingegen ein etwas differenzierteres Bild. Zwar geben 87 Prozent der Befragten an, dass eine Restschuldversicherung bei Krediten teilweise oder immer mitangeboten wird. Allerdings geben 59 Prozent bzw. 54 Prozent derjenigen, die eine Restschuldversicherung mit anbieten auch an, dass das Alter bei der Vergabe einer Restschuldversicherung für den Pflege- bzw. Todesfall keine Rolle spielt (s. Abbildung 16). 32 bzw. 38 Prozent geben an, dass die Restschuldversicherung ab einem bestimmten Alter nicht mehr angeboten wird. Die Altersgrenze für die Restschuldversicherung schwankt zwischen 60 und 75 Jahre.⁴⁴ Im Durchschnitt wird die Restschuldversicherung ab einem Alter von 70 Jahren nicht mehr angeboten.

Abbildung 16: Restschuldversicherung und Alter

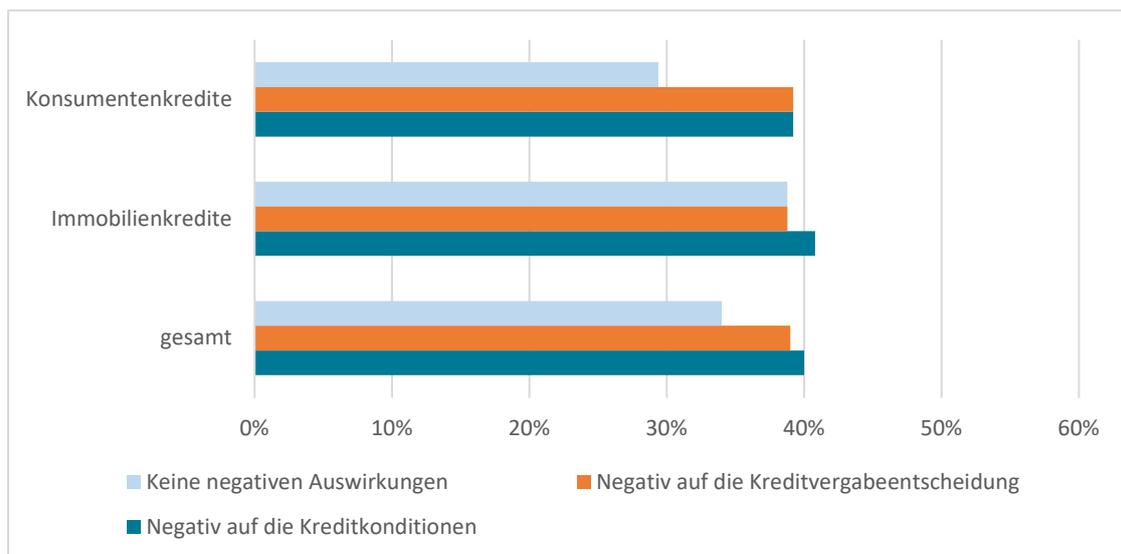


Quelle: Bankenumfrage, N = 87. Frage: Ab welchem Alter bieten Versicherer keine Restschuldversicherung für den Todesfall oder für den Pflegefall mehr an?

⁴⁴ In Frankreich dagegen bis zum 80., sogar manchmal bis zum 85. Lebensjahr, s. Länderbericht Frankreich, S. 26.

Inwiefern der eingeschränkte Zugang zu Restschuldversicherungen eine Benachteiligung bei der Kreditvergabe darstellt, ist davon abhängig, ob das Nichtvorhandensein einer Restschuldversicherung negative Auswirkungen auf die Kreditvergabe oder -konditionen hat. Ein Indiz hierfür ist, dass 78 Prozent der Befragten der Bankenumfrage angeben, dass das Thema Restschuldversicherung einen Faktor bei der KWP darstellt. Auch für die Kreditvergabeentscheidung spielt das Vorhandensein einer Restschuldversicherung eine Rolle. So geben 39 bzw. 40 Prozent der Befragten an, dass das Nichtvorhandensein einer Restschuldversicherung negative Auswirkungen auf die Kreditentscheidung bzw. die Kreditkonditionen habe. 34 Prozent geben an, dass das Nichtvorhandensein einer Restschuldversicherung keine negativen Auswirkungen habe (s. Abbildung 17).

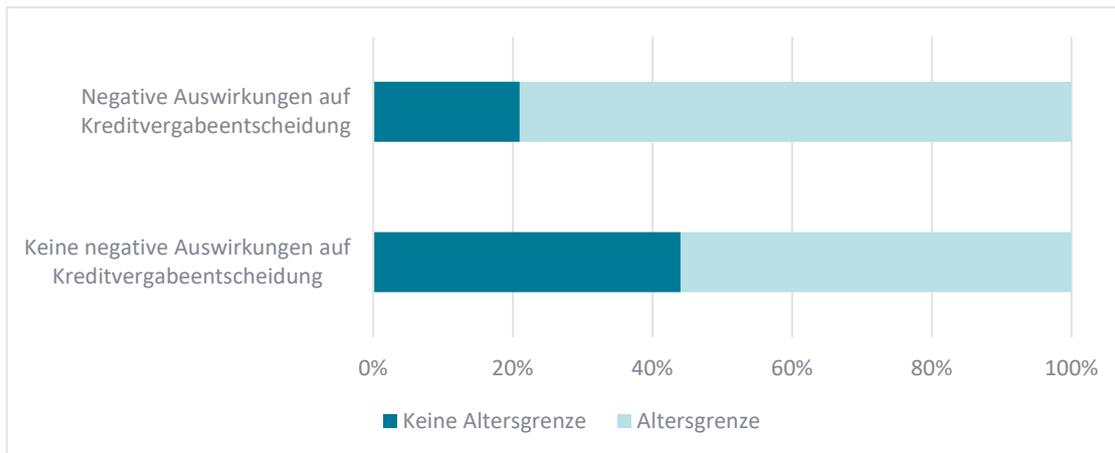
Abbildung 17: Restschuldversicherung, Kreditzugang und Kreditkonditionen



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Inwiefern hat das Nichtvorhandensein einer Restschuldversicherung negative Auswirkungen auf die Kreditvergabeentscheidung oder auf die Kreditkonditionen? (Mehrfachnennung)

Interessant ist hierbei auch, dass diejenigen Banken, die Altersgrenzen für die Kreditvergabe haben, eher angeben, dass das Nichtvorhandensein einer Restschuldversicherung negative Auswirkungen bei der Kreditvergabe hat (s. Abbildung 18). Insofern wird nicht entweder das eine oder das andere Instrument zur Risikominderung bei der Kreditvergabe an Ältere verwendet, sondern vielmehr treten diese Instrumente in Kombination auf und stellen in dieser Form eine doppelte Benachteiligung von älteren Kreditnehmer:innen dar.

Abbildung 18: Korrelation Restschuldversicherung und Altersgrenze



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Inwiefern hat das Nichtvorhandensein einer Restschuldversicherung negative Auswirkungen auf die Kreditvergabeentscheidung oder auf die Kreditkonditionen? (Mehrfachnennung), Frage: Gelten für folgende Fälle maximale Altersgrenzen und wenn ja, welche sind dies? (Mehrfachnennung)

Da das Nichtvorhandensein von Restschuldversicherung teilweise eine negative Auswirkung auf die Kreditvergabeentscheidung hat, wird in diesen Fällen Interessenten der Eindruck vermittelt, es sei obligatorisch, eine Restschuldversicherung abzuschließen. Zum gleichen Ergebnis kamen bereits in den Jahren 2018 und 2019 mehrere Studien des *iff*, des *vzbv* und der *BaFin*.⁴⁵ Dass unsere jetzige Studie zum gleichen Ergebnis kommt, ist für uns nicht überraschend.

VI. Mögliche Verstärkungsmerkmale

Bei den Expert:inneninterviews wurde auch gefragt, ob sich das Merkmal des Alters in Kombination mit anderen Merkmalen (z.B. Geschlecht, Immigrationsstatus) stärker niederschlägt. Es wurde mitgeteilt, dass auch bei geringer Rente Menschen ohne Migrationshintergrund eher einen Kredit erhalten, wohingegen Menschen mit Migrationshintergrund oder Personen mit unterhaltspflichtigen Kindern eher nicht. Zudem sei das Geschlecht ein Verstärkungsmerkmal, da Frauen regelmäßig geringere Renten haben im Vergleich zu Männern und sich öfter um unterhaltspflichtige Kinder kümmern. Nicht zuletzt haben Kenntnisse der Kreditinstitute über Krankheiten von Kund:innen bzw. Kenntnisse über eine Behinderung eine verstärkende Wirkung in Kombination mit dem Merkmal des Alters.

Ein Indiz für die oben genannten Verstärkungsmerkmale stellt die Analyse der für die KWP relevanten Faktoren dar. Bei der Bankenumfrage geben 56 Prozent der Befragten an, dass die Staatsbürgerschaft bzw. der Aufenthaltstitel eine Rolle bei der Kreditwürdigkeitsprüfung spielt (s. Anhang I, Abbildung 30). Da diese mit der ethnischen Herkunft der kreditbeantragenden Person korrelieren können, kann die ethnische Herkunft ein Faktor bei der KWP darstellen. Bei der der VZ & ADBS-Umfrage konnten lediglich sechs Befragte Auskunft zu den Faktoren der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilienkrediten geben. Von diesen sechs Personen haben immerhin zwei an, dass die ethnische Herkunft (Eingewanderte und ihre Nachkommen) ein Faktor bei der KWP für einen Immobilienkredit darstellt (s. Anhang I, Abbildung 31).

Bei der Bankenumfrage geben 38 Prozent zudem an, dass auch Krankheit oder Behinderung der kreditbeantragenden Person eine Rolle bei der Kreditwürdigkeitsprüfung spielt. 57 Prozent der Befragten der Bankenumfrage geben darüber hinaus an, dass ebenfalls der Familienstand und darunter insbesondere die Information, dass die Person verwitwet ist, bei der Kreditwürdigkeitsprüfung berücksichtigt wird (siehe Anhang I, Abbildung 30).

⁴⁵ S. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin): Verbrauchererhebung zur Restschuldversicherung im Jahr 2019 – Ergebnisse; *Ulbricht, Dirk/Feigl, Michael/et al.*: Faire Kreditvergabe – Schlussbericht. institut für finanzdienstleistungen e.V. Hamburg 2019; *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*: Verbraucher bei Restschuldversicherungen wirksam schützen – Positionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbandes zur Regulierung von Restschuldversicherungen, 2018.

C. Zwischenergebnis

Die Ergebnisse der VZ & ADBS-Umfrage, der Bankenumfrage und der Expert:inneninterviews stimmen überein: Das Alter der kreditbeantragenden Person spielt bei der Kreditvergabepraxis eine benachteiligende Rolle. Die Erscheinungsformen altersbedingter Benachteiligungen bei der Kreditvergabe sind Schwierigkeiten aufgrund der zunehmenden Digitalisierung, der eingeschränkte Zugang zu oder der Verkauf von nicht zweckdienlichen Restschuldversicherungen, die Kreditablehnung oder die inoffizielle Verhinderung der Antragsstellung. Bei Immobilienkrediten besteht eine weitere Erscheinungsform altersbedingter Benachteiligung darin, dass alters- oder behindertengerechte Umbaumaßnahmen, anders als Modernisierung oder energieeffiziente Sanierung, nicht als Wertsteigerung der Immobilie angesehen werden.

Die Gründe für die altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe können wie folgt zusammengefasst werden: Aufgrund der zunehmenden Filialschließungen ist vor allem für ältere Kreditnehmer:innen der Zugang zu Beratung erschwert. Dies kann dazu führen, dass der Zugang zu Finanzierungsoptionen erschwert ist, aber auch dazu, dass Anpassungsbedarfe bei laufenden Krediten nicht rechtzeitig und adäquat angegangen werden.

Des Weiteren werden verschiedene Faktoren angeführt, die sich negativ auf die Rückzahlungswahrscheinlichkeit auswirken und damit eine Kreditaufnahme unwahrscheinlicher oder teurer machen. Genannt werden das verringerte Einkommen im Rentenalter, das erhöhte Sterberisiko und das erhöhte Risiko der Pflegebedürftigkeit. Reaktionen darauf sind teilweise Altersgrenzen und der notwendige Abschluss einer Restschuldversicherung. Der Verkauf von Restschuldversicherungen als notwendige Bedingung für die Kreditvergabe stellt auch bei Jüngeren ein Problem dar. Zur altersbedingten Benachteiligung führt sie dann, wenn Restschuldversicherungen ab einem bestimmten Alter gar nicht mehr verkauft werden, diese aber für einen Teil der befragten Anbieter:innen eine Voraussetzung für eine Kreditvergabe bei älteren Menschen darstellt.

Durch die zunehmende Standardisierung, die durch die Digitalisierung und Regulierung sowie durch die Vermittlung der Kredite durch Dritte gefördert wird, wird zudem der Handlungsspielraum bei der Kreditvergabe eingeschränkt. Dies kann dazu führen, dass Kreditanträge von älteren Personen ohne eine ergänzend durchgeführte individuelle Prüfung abgelehnt werden. Beispielsweise findet eine Berücksichtigung etwaiger freiwilliger Einkommensquellen bei einer standardisierten Kreditvergabe nicht statt.

§ 3 Rechtsquellen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots

A. Europarecht

I. Primärrecht

Die Abkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten zur Gründung und Arbeitsweise der EU stellen im europäischen Recht das Primärrecht dar. Diese legen u.a. die Ziele der EU und die Regeln für die EU-Organe fest. Die Maßnahmen der EU, vor allem die gesetzgeberischen Maßnahmen, stützen sich auf das Primärrecht. Die auf den Grundsätzen und Zielen des Primärrechts aufbauenden Rechtsvorschriften stellen das Sekundärrecht dar, z.B. Verordnungen und Richtlinien.

Regelungen zum Diskriminierungsrecht findet man vor allem in den Gründungsverträgen der EU, insbesondere bezüglich der Gesetzgebungskompetenz. Gemäß Art. 10 des Vertrags über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV)⁴⁶ zielt die EU bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Zur Verwirklichung der in Art. 10 AEUV enthaltenen Aufgabe hat die EU die Kompetenz, im Rahmen des in Art. 19 AEUV vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahrens Regelungen zu treffen. Insofern normiert Art. 10 AEUV das Diskriminierungsverbot und Art. 19 AEUV die Kompetenz der EU zur Regelung von Antidiskriminierungsmaßnahmen mit übereinstimmenden Diskriminierungsmerkmalen.⁴⁷

Des Weiteren ist ein Diskriminierungsverbot in der Charta der Grundrechte (GrCh)⁴⁸ normiert. Die GrCh wurde am 7. Dezember 2000 proklamiert und stellt die europäische Grundrechteerklärung dar. Gemäß Art. 6 Abs. 1 des Vertrags über die Europäische Union (EUV)⁴⁹ sind die GrCh und die Gründungsverträge rechtlich gleichrangig. Die Grundrechte in der Charta gehören zu den allgemeinen Grundsätzen der EU (Art. 6 Abs. 3 EUV).

Art. 21 Abs. 1 GrCh verbietet jede Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der „Rasse“, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Ferner legt Art. 25 GrCh den Grundsatz⁵⁰ fest, dass die Union das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben anerkennt und achtet.

II. Sekundärrecht

Rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft und des Geschlechts in zivilrechtlichen Verhältnissen werden im europäischen Recht durch zwei Richtlinien verboten. Ferner hat die EU seit 2008 vor, den Schutz vor Diskriminierungen in zivilrechtlichen Verhältnissen um weitere Merkmale zu ergänzen.

46 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2012 C 326/47 (konsolidierte Fassung).

47 Calliess/Ruffert/Rossi Art. 10 AEUV Rn. 4; Schiek/Schiek, Einl AGG Rn. 33. Zu beachten ist, dass Art. 19 AEUV nur vorbehaltlich der sonstigen Bestimmungen der Gründungsverträge gilt. Folglich unterliegt z.B. die Regelungskompetenz der EU zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts dem Art. 157 AEUV, vgl. Calliess/Ruffert/Krebber Art. 157 AEUV Rn. 91.

48 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2010 C 83/389 (n.F.); ursprünglich ABl. 2000 C 364/1.

49 Vertrag über die Europäische Union, ABl. 2012 C 326/47 (konsolidierte Fassung).

50 Calliess/Ruffert/Kingreen EU-GRCharta Art. 25 Rn. 1.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. (e), (g) und (h) Antirassismus-Richtlinie (AntiRasRL)⁵¹ sind rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft in Bezug auf den Sozialschutz einschließlich der Gesundheitsdienste, die Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, verboten. Der Gesundheitsdienst oder die Bildung umfassen nicht nur staatliche Dienstleistungen, sondern auch die privat zur Verfügung gestellten Dienstleistungen. Denn die AntiRasRL gilt für alle Personen in privaten Bereichen (Art. 3 Abs. 1 AntiRasRL).

Nach dem Vorbild der AntiRasRL verbietet die Genderrichtlinie (GenderRL)⁵² geschlechtsbezogene Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1 GenderRL). Anders als Art. 3 Abs. 1 lit. (h) AntiRasRL finden Verträge bezüglich des Wohnraums keine ausdrückliche Erwähnung in Art. 3 Abs. 1 GenderRL. Dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass die Anführung von einzelnen Dienstleistungen während des Gesetzgebungsverfahrens für unnötig gehalten wurde, denn alle Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, fallen in den Anwendungsbereich der Richtlinie.⁵³ Die unterschiedliche Behandlung aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschaft ist ausdrücklich als unmittelbare Diskriminierung eingestuft (Art. 4 Abs. 1 lit. (a) GenderRL). Dennoch sieht die GenderRL Ausnahmen zum geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbot in den Bereichen Medien und Werbung sowie im Bereich der Bildung vor (Art. 3 Abs. 3 GenderRL). Eine andere Ausnahmeregelung bezüglich geschlechtsbezogener Versicherungsprämien und -leistungen (Art. 5 Abs. 2 GenderRL a.F.) wurde im EuGH-Urteil *Test-Achats* für ungültig erklärt.⁵⁴

Um das gleiche Schutzniveau gegen Diskriminierungen in zivilrechtlichen Verhältnissen für alle persönlichen Merkmale zu erreichen, hat die Europäische Kommission 2008 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Vorbeugung von Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung vorbereitet (AntiDis-Vorschlag 2008).⁵⁵ Nach dem Vorbild der AntiRasRL verbietet der Vorschlag Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, Gesundheitsdiensten und Bildung (Art. 1 und 3 AntiDis-Vorschlag 2008). Der Vorschlag ist zurzeit in der Verhandlung in den Gremien des Rates der EU und wird mehreren Ergänzungen und Änderungen unterzogen. Die zurzeit letzte konsolidierte Fassung des Vorschlags, die sich weiterhin in Bearbeitung befindet, stammt vom 26. Juni 2019 (AntiDis-Vorschlag 2019).⁵⁶ Nach jahrelangen Diskussionen konnte jedoch die erforderliche Einstimmigkeit über den Vorschlag nicht erreicht werden. Der schwedische Vorsitz bemühte sich im Mai 2023 um die Überwindung der Blockade in den Verhandlungen.⁵⁷ Ob sich die Mitgliedstaaten über den Inhalt einigen können und ob der Vorschlag in naher Zukunft als Richtlinie verabschiedet wird, bleibt abzuwarten.

51 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22.

52 Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37.

53 Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (KOM(2003) 657 – C5-0654/2003 – 2003/0265(CNS)) vom 16.3.2004, A5-0155/2004, S. 13.

54 EuGH, Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 (*Test-Achats*), ECLI:EU:C:2011:100, Slg. 2011, I-800.

55 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008) 426 endgültig vom 2.7.2008.

56 Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, Dok.-Nr. 10740/19 vom 26.6.2019.

57 Vgl. Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung – Fortschrittsbericht, Dok.-Nr. 9043/23 vom 23.5.2023 und Gleichbehandlungsrichtlinie (Artikel 19) – Orientierungsaussprache, Dok.-Nr. 9544/23 vom 26.5.2023.

B. Deutsches Recht

I. Grundgesetz

1. Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot

Im deutschen Recht ist das Diskriminierungsverbot vor allem im Grundgesetz (GG) verankert. Art. 3 GG normiert zunächst den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind (Abs. 1). Diesem folgt in Abs. 2 der Grundsatz der Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Zu guter Letzt verbietet Abs. 3 Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Abstammung, „Rasse“, Sprache, Heimat und Herkunft, Behinderung, des Glaubens sowie der religiösen oder politischen Anschauungen. Wie auf den ersten Blick auffällig ist, fehlt das Merkmal „Alter“ in Art. 3 Abs. 3 GG. Die Aufnahme dieses Merkmals wird indessen von den Expert:innen aus Wissenschaft und Zivilgesellschaft gefordert.⁵⁸

Der in Art. 3 Abs. 1 normierte Gleichheitssatz ist der „Fundamentalsatz der Gerechtigkeit“.⁵⁹ Der Gleichberechtigungsgrundsatz des Abs. 2 und das Diskriminierungsverbot des Abs. 3 sind gesonderte Erscheinungsbilder der Menschenwürde.⁶⁰ Insofern kommt ein Verstoß gegen diese Grundsätze einer Verletzung der Menschenwürde gleich. Insbesondere greift eine rassistische Diskriminierung tief in die Menschenwürde ein.⁶¹ Zu guter Letzt verpflichtet Art. 3 Abs. 2 und 3 GG den Staat, Private gegen die Diskriminierungen durch Private aufgrund der in den Vorschriften genannten Merkmale zu schützen.⁶²

In seiner ständigen Rechtsprechung betont das BVerfG, dass der Normadressat der Grundrechte der Staat ist (Art. 1 Abs. 3 GG): Grundrechte geben „Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung“.⁶³ Dementsprechend richten sich die Grundrechte nicht an die Privatrechtssubjekte.⁶⁴ Jedoch ist das GG keine wertneutrale Ordnung – ganz im Gegenteil stellt der Grundrechtsabschnitt des GG eine objektive Wertordnung dar,⁶⁵ die ihre Wirkung als verfassungsrechtliche Grundentscheidung auf alle Bereiche des Rechts ausstrahlt (Ausstrahlungswirkung).⁶⁶ Infolgedessen kommen die Grundrechte bei der Anwendung und der Auslegung privatrechtlicher Normen als „Richtlinien“ zum Einsatz.⁶⁷ Dies ist insbesondere bei Generalklauseln, die eine Wertentscheidung erfordern, der Fall wie etwa bei der Konkretisierung der §§ 133 (Auslegung von Willenserklärungen), 157 (Auslegung von Verträgen), 823 (Schadensersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen) und 826 (Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung) BGB.⁶⁸ Diese Wirkungsweise der Grundrechte, die das BVerfG als „Ausstrahlungswirkung“⁶⁹ und die Literatur als „mittelbare Drittwirkung“ beschreibt, legt nahe, dass alle Normen, aber insbesondere diejenigen, die einen Ermessensspielraum lassen, grundrechtskonform und -orientiert auszulegen und anzuwenden sind. Bei einer solchen Interpretation und Anwendung bilden die grundrechtlichen Wertentscheidungen

58 S. Altersdiskriminierung: Expert*innenkreis sieht großen Handlungsbedarf in Deutschland, abrufbar auf https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/aktuelles/DE/2023/20230329_Expertinnen_Alter.html (22. Juli 2023).

59 Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 1.

60 Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 101, 131; Salzwedel, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss zum 70. Geburtstag, 1964, S. 339 (347).

61 Lohse, NJW 1985, 1677 (1678) f.; Neuner, Privatrecht, 153 f.; Jarass/Pieroth, Art. 1 Rn. 12.

62 Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 150; vgl. Dammann, S. 80 ff.

63 BVerfG, Urt. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (141); s. auch Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (204 f.); Urt. v. 14.1.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 (73).

64 Canaris, Grundrechte, S. 34 ff.; ders., AcP 184 (1984), 201 (210, 212); Neuner, Einwirkung der Grundrechte, S. 175.

65 Mit der „objektiven Wertordnung/Wertentscheidung“ ist auf die „Gesamtheit der Wertvorstellungen“ hingewiesen, „die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat“, s. BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (206).

66 BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205).

67 BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205); Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (254 ff.); Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, NJW 1994, 36 (38); Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1668, Rn. 32).

68 BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (204 ff.); Beschl. v. 26.2.1969 – 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256 (263); Beschl. v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 262 (269).

69 Ausnahmsweise sind beide Begriffe „Ausstrahlungswirkung“ und „mittelbare Drittwirkung“ in dem BVerfG, Beschl. v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 262 (269) und in dem BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1668, Rn. 32 f.) zu finden.

das Fundament.⁷⁰ Wenn es im Einzelfall um die Abwehr eines Grundrechts gegen die Ausübung individueller Freiheit geht, hat der Richter bei der Auslegung und Anwendung der privatrechtlichen Vorschriften ferner diese gegenüberstehenden Positionen ausgewogen zu berücksichtigen.⁷¹

Hinsichtlich einer mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 GG hat das BVerfG in einem Urteil ausdrücklich bejaht, dass das grundgesetzliche Diskriminierungsverbot eine objektive Wertentscheidung darstelle und eine Ausstrahlungswirkung entfalte.⁷² Somit haben Richter:innen bei der Auslegung und Konkretisierung zivilrechtlicher Vorschriften Art. 3 Abs. 3 GG zugrunde zu legen, um das Schutzgebot der Vorschrift zu verwirklichen. Dementsprechend hat das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG eine mittelbare Wirkung auf den Privatrechtsverkehr.⁷³ Wie es bei der mittelbaren Drittwirkung anderer Grundrechte der Fall ist, haben die Richter:innen auch bei der Ausstrahlungswirkung von Art. 3 Abs. 3 GG die gegenüberstehenden Grundrechte ausgewogen zu beachten. Mit anderen Worten haben die Richter:innen bei der Ausstrahlungswirkung des Diskriminierungsverbots auch die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit und die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Unternehmensfreiheit zu beachten.⁷⁴

2. Privatautonomie, Vertragsfreiheit, Unternehmensfreiheit

Art. 2 Abs. 1 GG normiert die „allgemeine Handlungsfreiheit“.⁷⁵ Nach dieser Bestimmung hat jede Person das Recht auf die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit, soweit sie nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Somit schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch die Privatautonomie „als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“.⁷⁶ Dementsprechend hat jede Person das Recht, ihr Leben nach ihrem eigenen und selbstbestimmten Willen zu gestalten.⁷⁷ Die Privatautonomie ist auch ein Erscheinungsbild der Menschenwürde, denn der Mensch wäre ohne die durch die Rechtsordnung gesicherte Sphäre der Selbstbestimmung zum bloßen Mittel zur Erfüllung von autoritären und totalitären Zwecken erniedrigt.⁷⁸

Als elementarer Bestandteil der Privatautonomie⁷⁹ wird sowohl die positive als auch die negative Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG gesichert.⁸⁰ Insofern wird durch Art. 2 Abs. 1 GG nicht nur die Freiheit, Verträge abzuschließen, sondern auch die Freiheit, Verträge nicht abzuschließen, geschützt. Der verfassungsrechtliche Schutz erstreckt sich auch auf die Gestaltungsfreiheit, d. h. darauf, den Inhalt des Vertrags frei zu bestimmen. Dieser allgemeine Schutz der Vertragsfreiheit wird durch Sonderbestimmungen des GG verdrängt; z.B. sind für die eigentums- und erbrechtlichen Verträge Art. 14 Abs. 1 GG, für die Eheverträge Art. 6 Abs. 1 GG und für die Gesellschaftsverträge Art. 9 Abs. 1 GG einschlägig.

70 BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205 ff.); Jarass/Piero, Art. 1 Rn. 54.

71 BVerfG, Beschl. v. 26.2.1969 – 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256 (263); Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (253 ff.); Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1668, Rn. 32).

72 BVerfG, Urt. v. 24.7.1963 – 1 BvL 30/57, 11/61, BVerfGE 17, 1 (27).

73 Bezzenberger, AcP 196 (1996), 395 (402 f.); Schiek/Schiek, Einl. AGG Rn. 38; Fries, S. 259.

74 Lieske, S. 114.

75 BVerfG, Urt. v. 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96, BVerfGE 113, 88 (103); Urt. v. 26.10.2006 – 1 BvR 396/98, BVerfGE 114, 371 (383 f.); Beschl. v. 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97 (109).

76 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231); Urt. v. 26.7.2005 – 1 BvR 782/94, 957/96, BVerfGE 114, 1 (34); Urt. v. 6.12.2005 – 1 BvR 1905/02, BVerfGE 115, 51 (52 f.).

77 BVerfG, Beschl. v. 13.5.1986 – 1 BvR 1542/84, BVerfGE 72, 155 (170).

78 Nipperdey, in: FS Molitor, S. 17 f.; Neuner, Privatrecht, S. 223 f.

79 Jarass/Piero, Art. 2 Rn. 22a.

80 BVerfG, Urt. v. 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95, BVerfGE 109, 197 (215); Brenner, § 115 Rn. 28 ff.; Jarass/Piero, Art. 2 Rn. 22a; Isensee, S. 9 (15).

Des Weiteren fällt die wirtschaftliche Betätigung,⁸¹ in der Rechtsprechung des BVerfG auch als „Entfaltung von Unternehmerinitiative“⁸² sowie „Unternehmerfreiheit“⁸³ bezeichnet, in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG. Die unternehmerische Freiheit wird allerdings vorrangig durch die gesonderte Norm des GG zur Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) geschützt.⁸⁴ Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 umfasst jede auf Erwerb gerichtete, selbständige oder unselbständige, auf Dauer angelegte Tätigkeit.⁸⁵ Dementsprechend fallen unternehmerische Tätigkeiten als selbständige Berufstätigkeiten auch in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.⁸⁶ Folglich findet der Abschluss von Verträgen zur Führung unternehmerischer Tätigkeit Schutz im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG.

Insoweit kann ein Kreditinstitut in der Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit und der Vertragsfreiheit frei entscheiden, einer Person Kredit zu gewähren bzw. den Kredit nach bestimmten Konditionen zu gewähren oder einen Kreditantrag abzulehnen. Selbst wenn Verbraucher:innen nach der gemäß § 505a BGB durchzuführenden Kreditwürdigkeitsprüfung (s. unten §5.B.VI.1) in der Lage sind, den vertraglichen Pflichten aus dem Kreditvertrag nachzukommen, kann das Kreditinstitut den Kreditantrag aus betriebswirtschaftlichen Gründen ablehnen, z.B. wenn der erwartete Ertrag aus dem gegenständlichen Kredit einen negativen Einfluss auf die Ertragslage hat.⁸⁷

Dagegen ist die Vertragsfreiheit auch nicht unbegrenzt. Die Schranken der Vertragsfreiheit ergeben sich aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GG. Dementsprechend darf die allgemeine Handlungsfreiheit, also die Vertragsfreiheit, nicht zum Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung bzw. nicht zur Verletzung der Rechte anderer führen. Die Privatautonomie kann sich nur dann frei entfalten, wenn sie realisiert werden kann.⁸⁸ Wenn Personen aufgrund ihrer unveränderlichen persönlichen Merkmale benachteiligt werden, sei es in Form von Vertragsverweigerung oder benachteiligender Gestaltung eines Vertrags, haben sie im Vergleich zu anderen, aufgrund ihrer unveränderlichen persönlichen Merkmale nicht benachteiligten Gruppen, weniger Möglichkeiten und Optionen für die freie Entfaltung ihrer Privatautonomie. Ferner umfasst die verfassungsmäßige Ordnung nicht nur die Bestimmungen des GG, sondern auch die verfassungsgemäß erlassenen Gesetze.⁸⁹ Insofern darf die Ausübung der Vertragsfreiheit nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen, die durch das GG und die dementsprechend erlassenen Gesetze⁹⁰ begründet wird. Dass die Ausübung der Vertragsfreiheit nicht zum Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) führen darf, liegt somit auf der Hand. Dementsprechend darf die Ausübung der Vertragsfreiheit des Kreditinstituts nicht zur Benachteiligung der kreditbeantragenden Person i.S.d. AGG führen.⁹¹

81 BVerfG, Urt. v. 7.5.1969 – 2 BvL 15/67, BVerfGE 25, 371 (407); Beschl. v. 12.10.1994 – 1 BvL 19/90, BVerfGE 91, 207 (221); Urt. v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218 (259); Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02, BVerfGE 113, 29 (49).

82 BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (366); Urt. v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, BVerfGE 65, 196 (210).

83 BVerfG, Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (362 f.); Beschl. v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67 (83).

84 Lieske, S. 61 f.; Jarass/Pieroth, Art. 12 Rn. 4.

85 M.w.N. Jarass/Pieroth, Art. 12 Rn. 5 ff.

86 BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (398 f.).

87 S. auch den ErwGr. 57 WIKR.

88 BT-Drs. 16/1780, S. 40.

89 Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 13.

90 M.w.N. Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 14.

91 In einem Urteil aus 2006 hat der französische Kassationshof für französisches Recht den Grundsatz der negativen Vertragsfreiheit betont: „Das Kreditinstitut ist frei, Kredit in jeglicher Form anzubieten oder zu gewähren oder kein Angebot zu unterbreiten, ohne seine nach freiem Ermessen getroffene Entscheidung begründen zu müssen.“ [freie Übersetzung aus dem Länderbericht], s. Länderbericht Frankreich, S. 4. Doch das auch auf die Kreditverträge anwendbare, strafrechtliche Benachteiligungsverbot stellt die Grenze der Vertragsfreiheit des Kreditinstituts dar, Länderbericht Frankreich, S. 4.

II. AGG

Seiner Pflicht, die AntiRasRL und die Gender RL umzusetzen, ist Deutschland durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 nachgekommen.⁹² Das AGG ist am 18. August 2006 in Kraft getreten. Es gliedert sich in sieben Abschnitte. Im allgemeinen Teil (§§ 1-5 AGG) werden der sachliche Anwendungsbereich und die Begriffsbestimmungen geregelt. Darauf folgt im zweiten Abschnitt das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot (§§ 6-18 AGG). Der Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (§§ 19-21) bildet den dritten Abschnitt, auf dessen Regelungen im Folgenden näher eingegangen wird. Im vierten Abschnitt zum Rechtsschutz (§§ 22-23) befinden sich die Regelungen zur Beweislast und der Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände. Die fünften und sechsten Abschnitte sind den Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (§ 24) und zur Antidiskriminierungsstelle (§§ 25-30) gewidmet. Die Schlussvorschriften (§§ 31-33) bestimmen u.a. den zwingenden Charakter der AGG-Vorschriften und die Weitergeltung von allgemeinen Vorschriften mangels abweichender Bestimmungen im AGG. Auf die Regelungen des AGG zu zivilrechtlichen Schuldverhältnissen wird im § 4 näher eingegangen.

III. Landesrecht

Eine weitere Rechtsquelle zum Benachteiligungsverbot in zivilrechtlichen Verhältnissen könnte sich im Landesrecht befinden. Bekanntlich sind die Sparkassen, bis auf wenige Ausnahmen, als Anstalten des öffentlichen Rechts konstruiert.⁹³ Daher stellt sich die Frage, ob das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG für die Sparkassen unmittelbar gilt.

Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG sind die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Als Anstalten öffentlichen Rechts sind die Sparkassen schon rechtsformbedingt Teil der vollziehenden Gewalt und dadurch Grundrechtsverpflichtete. Auch wenn sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Mittel des Privatrechts bedienen und die Verträge, die sie schließen, privatrechtlicher Natur sind, bleiben sie Teil der vollziehenden Gewalt des Staates.⁹⁴ Daraus folgt, dass sich die Grundrechte nicht nur im Wege der mittelbaren Drittwirkung (s. oben §3.B.I.1) auf das Handeln der Sparkasse auswirken, sondern sie unmittelbar binden.⁹⁵ Das gilt auch für das privatrechtliche Handeln der Sparkassen und selbst dann, wenn sie – wie beispielsweise die Hamburger Sparkasse AG – privatrechtlich konstruiert sind.⁹⁶ Entscheidend sind die staatliche Beherrschung des Unternehmens und die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, bei Sparkassen namentlich die Sicherstellung der Versorgung mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen und die Eröffnung der Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr durch die Führung von Girokonten.⁹⁷

Die Sparkassen sind keine Behörden, deren Geschicke sich durch den Erlass hoheitlicher Akte regeln ließen. Sie müssen sich daher zur Erfüllung ihrer Aufgaben zivilrechtlicher Handlungsformen bedienen. Hierbei können sie – mit Ausnahme des Kontrahierungszwangs für Basiskonten aus § 31 Abs. 1 ZKG und dem Recht politischer Parteien auf Einrichtung eines Girokontos – grundsätzlich wie alle anderen Teilnehmer:innen am Rechtsverkehr von der Vertragsfreiheit Gebrauch machen und sich ihre Vertragspartner:innen selbst aussuchen.⁹⁸ Sie sind dabei als Teil der vollziehenden Gewalt allerdings unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Insofern gilt das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG (s. oben §3.B.I.1) für die Sparkassen unmittelbar.

92 BGBl. I 1897.

93 Vgl. die Sparkassengesetze der Länder; Finanzgruppe Deutscher Sparkassen- und Giroverband, Finanzbericht 2021 der Sparkassen Finanzgruppe, S. 3.

94 BGH, Urt. v. 11.3.2003 – XI ZR 403/01, NJW 2003, 1658 (1658).

95 BGH, Urt. v. 11.3.2003 – XI ZR 403/01, NJW 2003, 1658 (1658).

96 Gurlit, NZG 2012, 249 (252 f.).

97 BGH, Urt. v. 11.3.2003 – XI ZR 403/01, NJW 2003, 1658 (1658); Gurlit, NZG 2012, 249 (254).

98 Biesok, WM 2020, 75 (76).

Das Merkmal des Alters findet sich allerdings nicht in Art. 3 Abs. 3 GG. Eine Benachteiligung aufgrund der in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Merkmale ist – wenn überhaupt – nur unter sehr engen qualifizierten Bedingungen zu rechtfertigen. Eine Benachteiligung aufgrund der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale ist nämlich nur dann gerechtfertigt, wenn die Ungleichbehandlung einem zulässigen Differenzierungsziel dient und die Ungleichbehandlung aufgrund des in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmals zur Erreichung dieses Ziels geeignet, angemessen und erforderlich ist.⁹⁹ Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters ist zwar gemäß dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ebenfalls rechtfertigungsbedürftig, sie ist jedoch unter wesentlich niedrigschwelligeren Voraussetzungen in verfassungskonformer Weise zu rechtfertigen als eine Benachteiligung aufgrund der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale.¹⁰⁰ Auch aus diesem Grund plädieren die Expert:innen aus Wissenschaft und Zivilgesellschaft dafür, dass das Merkmal „Lebensalter“ in Art. 3 Abs. 3 GG aufgenommen wird.¹⁰¹

Für die altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe bedeutet dies, dass Kreditvergabeentscheidungen nach Prüfung des Einzelfalls auf das Merkmal des Alters der kreditbeantragenden Person gestützt und diese Entscheidungen unkomplizierter gerechtfertigt werden können. Zweifellos schwächt dies den Schutz vor altersbedingten Benachteiligungen bei der Kreditvergabe ab, insbesondere im Vergleich mit dem Schutz nach Art. 3 Abs. 3 GG.

99 M.w.N. Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 152 f.; BeckOK GG/Kischel GG Art. 3 Rn. 214; vgl. auch Payandeh, ZRP 2023, 59.

100 Der verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Benachteiligung aufgrund des Alters findet sich im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wonach alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Eine Ungleichbehandlung ist demnach nur zulässig, wenn sie sich sachlich rechtfertigen lässt, sie darf nicht willkürlich erfolgen; s. Goldhammer, DÖV 2013, 416 (420). Wie das BVerfG feststellt, lässt sich, was dabei in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern nur stets in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachbereichs; s. BVerfG, Beschl. v. 9.11.1994 – 2 BvL 43/92, BVerfGE 90, 145 (Rn. 182).

101 S. die Pressemitteilung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes vom 29.3.2023, abrufbar auf: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2023/20230329_Expertinnen_Alter.html (25. Juli 2023).

§ 4 Umfang des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots

A. Verpönte Merkmale

I. Allgemeines

Das AGG setzt in § 1 das Ziel des Gesetzes, nämlich Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Zunächst und vor allem ist hervorzuheben, dass die Verwendung des Begriffs der „Rasse“ in europäischen bzw. nationalen Gesetzgebungen naturwissenschaftlich inkorrekt und rechtswissenschaftlich unsachgemäß ist, denn es erweckt den Eindruck, es existierten evolutionär-biologisch unterschiedliche menschliche Rassen. Zudem ist der Begriff historisch vorbelastet. Aus diesen Gründen wurde und wird in diesem Abschlussbericht der Begriff in Anführungszeichen gesetzt, wenn die europäische bzw. nationale Gesetzgebung diesen Begriff verwendet. In sonstigen Fällen wird die sachgemäße Terminologie der „rassistischen Diskriminierung“ bevorzugt.

Jedenfalls verbietet das AGG rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität. Doch im zivilrechtlichen Teil des AGG wird auf das Merkmal der Weltanschauung verzichtet. Der Gesetzgeber befürchtete, „dass z.B. Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts aufgrund der Vorschrift versuchen, sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus aner kennenswerten Gründen verweigert wurden.“¹⁰² Daher besteht in zivilrechtlichen Verhältnissen kein Verbot von Benachteiligungen aufgrund der Weltanschauung.

Bei sonstigen Merkmalen handelt es sich um diejenigen persönlichen Merkmale, auf deren „Vorhandensein oder Fehlen der Einzelne keinen oder nur einen begrenzten Einfluss nehmen kann.“¹⁰³ Diese Merkmale haften also einem Menschen entweder unveränderlich an, wie z.B. ethnische Herkunft, Geschlecht oder sexuelle Identität, oder man kann auf sie nur begrenzt Einfluss nehmen, wie z.B. Religion. Gerade hierin liegt der Zusammenhang der Benachteiligungsverbote mit der Menschenwürde: Sie bilden einen unveränderlichen Teil der Identität einer Person.¹⁰⁴ Außerdem sind die in den europäischen Richtlinien und im AGG verpönten Merkmale historisch immer dazu verwendet worden und werden weiterhin verwendet, Menschen zu gruppieren und sie anhand dieser Gruppierungen systematisch aus bestimmten Teilen der Gesellschaft auszuschließen, sodass sich ihre Konditionen immer verschlechterten bzw. verschlechtern. Insofern setzt das europäische und folglich deutsche Antidiskriminierungsrecht die persönlichen, unveränderlichen Merkmale ins Zentrum, um die Menschenwürde zu schützen und um gegen vorhandene gruppenbasierte Ungerechtigkeit zu kämpfen.¹⁰⁵

II. Das Alter

Mit dem Begriff „Alter“ wird das Lebensalter, also die seit der Geburt eines Menschen verstrichene Zeit, gemeint.¹⁰⁶ Dementsprechend bedeutet eine altersbedingte Benachteiligung eine unterschiedliche Behandlung, die an das konkrete Lebensalter anknüpft.¹⁰⁷ Das Verbot altersbedingter Benachteiligungen kommt daher nicht nur älteren, sondern auch jungen Menschen zugute. Entgegen der Prognosen des Gesetzgebers, die lediglich auf Diskriminierungen älterer Personen fokussiert sind¹⁰⁸, zeigen die Ergebnisse empirischer Untersuchungen, dass sowohl

¹⁰² BT-Drs. 16/2022, S. 13.

¹⁰³ BVerfG, Beschl. V. 8.10.1997 – 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288 (302).

¹⁰⁴ Schmidt, S. 10; Khaitan, S. 146.

¹⁰⁵ Shin, S. 167 ff.; Khaitan, S. 145 f.

¹⁰⁶ BT-Drs. 16/1780, S. 31; Schiek/Schiek, § 1 AGG Rn. 44.

¹⁰⁷ BT-Drs. 16/1780, S. 31.

¹⁰⁸ BT-Drs. 16/1780, S. 31.

jüngere als auch ältere Menschen überdurchschnittlich stark von Diskriminierungserfahrungen berichten.¹⁰⁹

B. Benachteiligung

Die europäischen Richtlinien und das AGG unterscheiden zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung.

I. Unmittelbare Benachteiligung

Eine unmittelbare (direkte) Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines durch das AGG geschützten Merkmals eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG).

Zur Feststellung einer unmittelbaren Benachteiligung in einem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis muss zunächst eine unterschiedliche Behandlung aufgrund eines in § 19 AGG genannten Merkmals vorliegen. Diese unterschiedliche Behandlung muss sodann eine weniger günstige Behandlung im Vergleich zu einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation sein. Dieser Vergleich kann entweder anhand der Erfahrung einer realen Person („erfährt, erfahren hat“) oder einer fiktiven Person („erfahren würde“) erfolgen.¹¹⁰ Jedenfalls stellt die Ablehnung eines Kreditantrages allein aufgrund des Alters der kreditbeantragenden Person (z.B. anhand von Altersgrenzen) oder die inoffizielle (mündliche) Verhinderung der Antragstellung einen eindeutigen Fall einer unmittelbaren Benachteiligung dar.¹¹¹

Das Vorliegen einer weniger günstigen Behandlung erfordert, dass die benachteiligte Person einen Nachteil aufgrund der unterschiedlichen Behandlung wegen des geschützten Merkmals erleidet, z.B. die Verweigerung des Vertragsschlusses. Auch materielle Nachteile sind denkbar, z.B. ungünstigere Vertragsbedingungen für die benachteiligten Personen.¹¹²

Da sich § 3 Abs. 1 AGG auf das geschützte Merkmal stützt und nicht auf das tatsächliche Vorliegen dieses Merkmals bei der benachteiligten Person, liegt eine unmittelbare Benachteiligung auch dann vor, wenn das Merkmal der benachteiligten Person lediglich zugeschrieben wird (Benachteiligung aufgrund von Annahme, Benachteiligung aufgrund des zugeschriebenen Merkmals) oder wenn die Benachteiligung aufgrund des Merkmals einer anderen Person erfolgt, zu der die benachteiligte Person in einer engen Beziehung steht (Drittbezogene Benachteiligung). Die benachteiligte Person muss also nicht unbedingt das verpönte Merkmal aufweisen, aufgrund dessen sie eine unterschiedliche Behandlung erfahren hat. Eine Person wird z.B. auch dann benachteiligt, wenn das Kreditinstitut nur annimmt, sie sei zu alt und deshalb die Stellung ihres Kreditantrags verhindert, obwohl diese Annahme nicht zutrifft.¹¹³

¹⁰⁹ Beigang/Boll/et al., S. 99 f.

¹¹⁰ M.w.N. Schiek/Schiek, § 3 AGG Rn. 10 ff.; Grüneberg/Ellenberger AGG 3 Rn. 2; Haberl, S. 163.

¹¹¹ Die Leitlinien, die durch das belgische Wirtschaftsministerium veröffentlicht worden sind, weisen ausdrücklich darauf hin, dass das Alter ein geschütztes Merkmal ist und dass eine Kreditentscheidung nicht lediglich aufgrund des fortgeschrittenen Alters der kreditbeantragenden Person getroffen werden darf, s. Länderbericht Belgien, S. 7. Das Gleiche gilt auch im französischen Recht, s. Länderbericht Frankreich, S. 26. Selbst im Vereinigten Königreich, in dem eine Ausnahme für Benachteiligungen aufgrund des Alters bei den Finanzdienstleistungen gilt, können Kreditinstitute nicht lediglich aufgrund des Alters ablehnen, eine Finanzdienstleistung mit Risikobewertung zu erbringen. Das Alter der Person kann lediglich als eines von mehreren Kriterien bei der Risikobewertung dienen. Ansonsten gilt die Ausnahme zum Benachteiligungsverbot mit Bezug auf Finanzdienstleistungen nicht. S. Länderbericht England, S. 6 f.

¹¹² Schiek/Schiek § 3 AGG Rn. 8; Grüneberg/Ellenberger AGG 3 Rn. 2; Staudinger/Serr (2020) AGG § 3 Rn. 7.

¹¹³ Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. (d-a) AntiDis-Vorschlag 2019.

II. Mittelbare Benachteiligung

Eine mittelbare (indirekte) Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines durch das AGG geschützten Merkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen. Eine mittelbare Benachteiligung liegt nicht vor, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (§ 3 Abs. 2 AGG). Einerseits bezweckt das Verbot mittelbarer Benachteiligung verdeckte unmittelbare Benachteiligungen aufzudecken und andererseits faktisch benachteiligende Wirkungen zu beseitigen.

Obwohl das Verbot mittelbarer Benachteiligung vor allem für öffentliches Recht oder Beschäftigungsverhältnisse bedeutsam ist, sind Fälle in Zivilrechtsverhältnissen nicht ausgeschlossen. Beispielsweise stellt ein Dienstleistungsangebot lediglich für blonde Menschen eine mittelbare Benachteiligung dar, die durch ein dem Anschein nach neutrales Kriterium verdeckt ist, in der Tat aber einen Ausschluss von Personen bestimmter ethnischer Herkunft von der zur Verfügung gestellten Dienstleistung, also eine unmittelbare Benachteiligung, bezweckt. Darüber hinaus können scheinbar neutrale Kriterien in der Anwendung eine ausschließende Wirkung auf bestimmte gesellschaftliche Gruppen zeigen. Wenn z.B. ein Kreditinstitut bei ihrem Baufinanzierungsangebot bestimmte Stadtteile vollkommen ausschließt, und zwar ohne Rücksicht auf die finanzielle Qualifikation der kreditbeantragenden Person, liegt auf den ersten Blick keine Benachteiligung vor. Dennoch kann dieser Beschluss des Kreditinstituts eine besonders negative Wirkung auf ethnische Minderheiten haben, wenn diese mehrheitlich in bestimmten Stadtteilen zu wohnen gezwungen sind.¹¹⁴ In ähnlicher Weise können ältere Menschen von dem Beschluss betroffen werden, wenn ein Kreditinstitut überalterte Wohngebiete, Dörfer oder Städte aus seinem Baufinanzierungsangebot ausschließt, in welchen überproportional viele ältere Menschen leben. Bei dieser zweiten Form der mittelbaren Benachteiligung wird die Betonung, anders als bei unmittelbarer Benachteiligung, nicht auf die Behandlung, sondern auf die Wirkung gelegt. Daher stellt sich die Frage, ob das Verbot mittelbarer Benachteiligung ein gruppenorientiertes Benachteiligungsverbot darstellt und nicht auf den Schutz von Individuen abzielt. Somit ist an dieser Stelle klarzustellen, dass es sich in der Anwendung des Verbots mittelbarer Benachteiligung nicht um den Schutz der Gesamtheit der betroffenen Gruppe, sondern um den Schutz von Individuen handelt¹¹⁵, denn der Anspruch nach § 21 AGG muss von einem Individuum erhoben werden und die eventuelle Sanktion gilt somit auch nur für das eine Rechtsverhältnis.¹¹⁶

Eine mittelbare Benachteiligung liegt nicht vor, wenn die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sachlich gerechtfertigt sind. In diesem Zusammenhang dienen insbesondere marktbestimmte Erfordernisse als sachliche Rechtfertigungsgründe.¹¹⁷ Wenn ein Kreditinstitut im oben genannten Fall zum Baufinanzierungskredit bestimmte Stadtteile nicht ausgeschlossen, stattdessen häufiger einen höheren Zinssatz verlangt hätte, würden die in diesen Stadtteilen wohnhaften Minderheiten wiederum benachteiligt. Dennoch ist der Wert des als Sicherheit dienenden Grundstücks (Beleihungswert) im Rahmen der Baufinanzierung durchaus wichtig und er ist u.a. auch durch den Belegenheitsort des Grundstücks bestimmt. Wenn sich im Zusammenhang mit anderen Kriterien, wie z.B. Zahlungskraft der antragstellenden Person, Zustand des Grundstücks, Höhe des beantragten Kredits, ein hohes Risiko und somit ein höherer Zinssatz ergeben hat, kann die Bank die Verwendung der Belegenheit des Grundstücks im Zusammenhang mit dem Grundstückswert und die nicht zuletzt damit verbundenen Zinssätze durchaus sachlich rechtfertigen.

114 *United States v. Albank* (DC Northern District of New York, 1997), Case No. 97-CV-1206, unveröffentlicht, abrufbar auf <https://www.justice.gov/crt/housing-and-civil-enforcement-cases-documents-378> und <https://www.justice.gov/crt/housing-and-civil-enforcement-cases-documents-221> (23. Juli 2023). S. auch Schiek/Schiek, § 3 AGG Rn. 35.

115 Fredman, ILJ 30 (2001), 145 (161); Morris, 15 (1995) OJLS 199 (210 ff.); Foran, (2019) 39 OJLS 901 (905 ff., 918 f.).

116 Fredman, ILJ 30 (2001), 145 (163).

117 Morris, 15 (1995) OJLS 199 (216 ff.).

C. Rechtfertigung durch statistische Bewertung?

I. Allgemeines

Für den Bereich der Kreditvergabe ist vor allem der Aspekt der statistisch begründeten Benachteiligung differenziert zu betrachten. Statistische Benachteiligung greift auf Variablen zurück, die als Indikatoren für von dem Dienstleister erwünschte bzw. unerwünschte Eigenschaften von Verbraucher:innen betrachtet werden.¹¹⁸ Bei dieser Art von Benachteiligung ist das relevante Unterscheidungskriterium, das für das Rechtsgeschäft einbezogen wird, durch ein anderes Kriterium ersetzt. Ein Unterscheidungskriterium ist beispielsweise für einen Lebensversicherungsvertrag die Lebenserwartung und für einen Autoversicherungsvertrag die Fahrleistung. Wenn nach statistischen Daten Frauen eine längere Lebenserwartung haben als Männer¹¹⁹ oder wenn Frauen behutsamer Auto fahren als Männer,¹²⁰ tritt das Kriterium „Geschlecht der Versicherten“ als Ersatzkriterium / Stellvertretermerkmal (*proxy criteria*) an die Stelle der tatsächlichen Unterscheidungskriterien zur Risikobewertung.¹²¹ Das Ersatzkriterium dient somit der Vermutung von persönlichen Eigenschaften einer Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe.¹²²

Ziel der statistischen Herangehensweise ist ein möglichst effizienter Umgang mit Informationsdefiziten durch Standardisierung und damit Gruppenbildung, weil diese Methode in der Regel weniger Kosten und weniger zeitlichen Aufwand verursacht als die Einholung persönlicher Informationen über die jeweiligen potenziellen Vertragspartner:innen.¹²³ Ein weiterer Grund liegt in einer fehlenden Kredithistorie, die eine ausreichend lange Zeitreihe für die benötigten Daten liefert. Aus der Perspektive des Antidiskriminierungsrechts liegt allerdings bei einer statistischen Benachteiligung immer dann eine klischeehafte Zuordnung vor, wenn ein geschütztes Merkmal, z.B. das Geschlecht, als Ersatzkriterium verwendet wird. Da bei der statistischen Benachteiligung unmittelbar an ein verpöntes Merkmal angeknüpft wird, handelt es sich um eine unmittelbare Benachteiligung. Das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG) umfasst somit auch statistische Benachteiligungen.¹²⁴

Statistische Benachteiligung kommt in vielen Rechtsgebieten zum Einsatz, insbesondere in öffentlich-rechtlichen oder arbeitsrechtlichen Kontexten. Im Zivilrecht ist die statistische Benachteiligung charakteristisch im Versicherungsrecht, kommt aber auch im Kreditwesen zur Anwendung.

II. Kreditwesen

Vor allem der Berechnung des Scoringwerts von Verbraucher:innen liegt die statistische Herangehensweise zugrunde. Bekannterweise haben Verbraucher:innen einen individuellen Scoringwert, der aufgrund der den privaten Wirtschaftsauskunfteien (wie z.B. Schufa, Creditreform) vorliegenden Daten zu einer bestimmten Person gebildet wird und ein zukünftiges Verhalten, nämlich die Zahlungsausfallwahrscheinlichkeit prognostiziert (Vgl. § 31 Abs. 1 BDSG).¹²⁵ Diese Scoringwerte werden beim Abschluss von vielen Verträgen abgefragt, z.B. beim Abschluss eines Miet-, Handy- oder Internetvertrages,¹²⁶ aber auch beim Abschluss eines Versicherungsver-

118 Vandenberghes, S. 17; Größl, *Homo Oeconomicus* 22 (2005), 381 (382); Orwat, S. 27.

119 Nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes beträgt die Lebenserwartung für neugeborene Mädchen 83,4 Jahre, für neugeborene Jungen 78,5 Jahre, s. https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Sterbefaelle-Lebenserwartung/_inhalt.html (31. Juli 2023). Die Lebenserwartung ändert sich mit jedem zunehmenden Lebensalter, s. Statistisches Bundesamt, *Sterbetafeln*, S. 4 ff.

120 S. z.B. Statistisches Bundesamt, *Verkehrsunfälle*, 2020, S. 7 ff.

121 Mörsdorf, S. 14; Vandenberghes, S. 17 f.

122 Schwab, (1986) 76 AER 228.

123 Orwat, S. 28; Oehler, S. 368.

124 Vandenberghes, S. 17; Shin, S. 175 f.; Schiek/Schiek § 3 AGG Rn. 16.

125 VG Wiesbaden, *Beschl. V. 1.10.2021 – 6 K 788/20.WI (juris)*; Oehler, S. 366, 368.

126 S. z.B. AG Postdam, *Urt. v. 10.7.2008 – 22 C 25/08 (juris)*.

trags.¹²⁷ Zudem wird der Scoringwert auch in eine KWP beinahe ausnahmslos mit einbezogen und spielt zumeist eine entscheidende Rolle.¹²⁸

Ein Beispiel dafür, wie Scoring zu einer statistischen Benachteiligung führen kann, ist das sogenannte Geo-Scoring. Dabei wird die Zahlungsausfallwahrscheinlichkeit von Verbraucher:innen aus der durchschnittlichen Anzahl nachteiliger Variablen im Wohnhaus (z.B. Zwangsvollstreckungsverfahren gegen Nachbar:innen) und aus der durchschnittlichen Anzahl nachteiliger Variablen pro Haushalt in derselben Straße abgeleitet.¹²⁹ Da gesetzlich lediglich die ausschließliche Nutzung von Anschriftendaten beim Scoring verboten ist (§ 31 Abs. 1 Nr. 3 BDSG)¹³⁰, bleibt eine Kombination der durch das Geo-Scoring gewonnenen Daten mit anderen Variablen zulässig.¹³¹

Soll ein Kreditvertrag geschlossen werden, so steht das Kreditinstitut regelmäßig vor dem Problem, die Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft der kreditbeantragenden Person zu ermitteln. Zum Vertragszeitpunkt ist beides unbekannt und an die Stelle eines sicheren Geldbetrages tritt eine Schätzung, welche wiederum auf Variable (Indikatoren) Bezug nimmt, die aktuell beobachtet werden können und von denen angenommen wird, dass sie zuverlässig mit der Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft korrelieren. Liegen dieser vermuteten Korrelation statistische Verfahren zugrunde (z.B. eine Diskriminanzanalyse),¹³² dann liegt eine statistische Benachteiligung vor, wenn eine kreditbeantragende Person die gewünschten Indikatorwerte nicht erreicht, also beispielsweise das durchschnittliche Einkommen zu gering ist oder die fixen Ausgaben zu hoch sind etc. Derartige statistische Benachteiligungen sind differenziert zu betrachten, da nicht zwingend ausgeschlossen werden kann, dass eine aufgrund dieser Verfahren als nicht kreditwürdig erachtete Person de facto durchaus in der Lage ist, einen Kredit vertragsgetreu zu bedienen.¹³³ Noch problematischer wird es, wenn qualitative Ersatzkriterien verwendet werden, z.B. wenn Personen mit Migrationshintergrund unmittelbar mit einem zu niedrigen Einkommen verbunden werden, ohne die individuellen Verhältnisse zu klären.

Die Künstliche Intelligenz (KI) hat die Verwendung von statistischen Methoden zur Erfassung der Kreditwürdigkeit enorm erleichtert. Hierbei lauert die Gefahr, dass die KI automatisiert Korrelationen zwischen durch das AGG geschützten Merkmalen und einem negativen Verhalten konstatiert. Ein KI-System, das durch den Trainingsdatensatz namens „South German Credit Data Set“¹³⁴ trainiert wird, bezieht das Merkmal des Geschlechts als Stellvertretermerkmal z.B. für Zahlungsmoral bzw. Zahlungsfähigkeit in die KWP ein.¹³⁵ In weiteren Veröffentlichungen wurde ebenfalls darauf hingewiesen, dass die Verwendung von algorithmenbasierten Analysemethoden in einer nicht geringen Anzahl von Fällen womöglich benachteiligend wirkt.¹³⁶

Die Ergebnisse der Bankenumfrage, die im Rahmen dieses Forschungsprojektes durchgeführt worden ist, deuten auch darauf hin. Wie oben dargestellt, werden nicht selten KI-Systeme bei der KWP vor dem Abschluss eines Darlehensvertrags verwendet (s. oben §2.B.I.3 und Abbildung 8). Mehr als die Hälfte der Befragten mit der Angabe, es würden KI-Systeme verwendet,

127 Hänold, S. 16 f.

128 VG Wiesbaden, Beschl. V. 1.10.2021 – 6 K 788/20.WI (juris); Klinger/Damar/et al., 36 ff., 153 ff.

129 Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 47. Vgl. auch Hänold, S. 12.

130 Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017, BGBl. I 2097.

131 Geo-Scoring ist im Vereinigten Königreich nicht verboten, s. Länderbericht England, S. 5.

132 Die Diskriminanzanalyse ist ein Verfahren, um z.B. solvente von insolventen Kreditnehmer:innen zu trennen. Grundlage bildet ein Datensatz zufällig ausgewählter Kreditnehmer:innen aus einer Stichprobe z.B. einer Bank. Herausgefiltert werden die solventen und in diesem Datensatz insolventen Kreditnehmer:innen und dabei wird untersucht, welche Ausprägungen jene finanziellen Größen haben, die nachgewiesenermaßen als Indikatoren für die Zahlungsfähigkeit gelten. Ergebnis sind bestimmte Indikatorwerte, deren Unterschreiten bei den insolventen Kreditnehmer:innen gefunden wurden. Vgl. z.B. Oehler/Unser, S. 215 ff.

133 Hierbei handelt es sich um den sogenannten Beta-Fehler: Die auf der Grundlage eines statistischen Modells errechnete Trennlinie z.B. zwischen einem ausreichenden und einem nicht ausreichenden Einkommen schließt nicht aus, dass sich in der Stichprobe Personen befanden, die trotz zu niedrigem Einkommen den Kredit vertragsgemäß bedienen.

134 Verfügbar auf <https://archive.ics.uci.edu/ml/datasets/South+German+Credit> (23. Juli 2023).

135 Damar, S. 37.

136 Oehler, S. 365 (369); Dreyer/Schulz, S. 14 ff.

haben erklärt, die Ablehnungsquote habe sich durch deren Verwendung erhöht (Abbildung 10). Ein überwiegender Teil dieser Befragten teilten mit, dass Alter durch die KI-Systeme berücksichtigt wird, entweder mittelbar, z.B. durch Berücksichtigung des Ruhestandes, oder unmittelbar, z.B. als Indikator für ein höheres Zahlungsausfallrisiko (Abbildung 9). Dass die KI-Systeme das fortgeschrittene Alter mit einem höheren Zahlungsausfallrisiko positiv korrelieren können, obwohl das Vorliegen einer solchen Korrelation in Frage steht (s. unten §7.B.IV.2), stellt ein eindeutiges Beispiel einer statistischen Benachteiligung und aus der Perspektive des AGG einer unmittelbaren Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG dar.

D. Zivilrechtliche Schuldverhältnisse

Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot wird in §§ 19 ff. AGG geregelt. § 19 AGG bestimmt den Umfang des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot und § 20 AGG regelt die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung durch einen sachlichen Grund. Schließlich bestimmt § 21 AGG die Ansprüche, die durch die benachteiligten Personen erhoben werden können.

I. Allgemeines

Der Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots bezieht sich auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse. Dass die familien- und erbrechtlichen Schuldverhältnisse nicht in den Anwendungsbereich des § 19 AGG fallen, wird in § 19 Abs. 4 AGG klargestellt. Ferner findet das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird (§ 19 Abs. 5 AGG).

Der Begriff „Schuldverhältnis“ ist im umfassenden Sinne zu verstehen. Gemeint ist das gesamte rechtliche Verhältnis zwischen Gläubiger:innen und Schuldner:innen, nicht nur die einzelne Leistungsbeziehung. In der Regel handelt es sich bei den Schuldverhältnissen i.S.d. § 19 AGG um zweiseitig verpflichtende d. h. synallagmatische Verträge,¹³⁷ wie es bei Darlehensverträgen der Fall ist.

Eine weitere Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 19 AGG ist, dass die zivilrechtlichen Schuldverhältnisse i.S.d. § 19 AGG in eine der Fallgruppen der in § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG aufgeführten Schuldverhältnisse fallen. Denn § 2 AGG bestimmt im Allgemeinen, bei welchen Schuldverhältnissen das Benachteiligungsverbot überhaupt gilt.¹³⁸ Den Hauptanwendungsfall bei den zivilrechtlichen Schuldverhältnissen bildet die Fallgruppe des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG: Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich des Wohnraums. Wie unten noch auszuführen ist, handelt es sich bei den Darlehensverträgen um Schuldverhältnisse, die den Zugang zu und die Versorgung mit Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, zum Gegenstand haben.

Gemäß § 19 AGG sind rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund ethnischer Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse verboten. Insofern beginnt der Schutz vor Benachteiligungen in zivilrechtlichen Verhältnissen nicht erst beim tatsächlichen Vertragsabschluss, sondern bereits in der vorvertraglichen Phase. Für die Anwendung des § 19 AGG ist die vorvertragliche Phase im weiten Sinne auszulegen. Denn der Begriff „Begründung“ umfasst sowohl die konkrete Vertragsanbahnung als auch die *invitatio ad offerendum*, d. h. wenn ein Anbieter ein Gut bzw. eine Dienstleistung der Öffentlichkeit zur

¹³⁷ Einseitig verpflichtende oder unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge wie z.B. die Bürgschaft oder der Auftrag, sowie gesetzliche Schuldverhältnisse zivilrechtlicher Art wie z.B. die Geschäftsführung ohne Auftrag, fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 19 AGG, sofern andere Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, m.w.N. MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 2.

¹³⁸ OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.5.2010 – 9 U 156/09, NJW 2010, 2668 (2669); m.w.N. MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 4 ff.; Staudinger/Serr (2018) AGG § 19 Rn. 5, 17.

Verfügung stellt.¹³⁹ Daher kann ein Vertrag nicht unter Ausgrenzung bestimmter Personen mit verpönten Merkmalen des § 19 AGG der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden (solange sie nicht gemäß § 20 AGG sachlich gerechtfertigt sind). Insofern stellen die oben (§2.B.III) dargestellten Altersgrenzen für die Beantragung eines Kredits einen Verstoß gegen § 19 AGG dar,¹⁴⁰ sofern sie nicht durch einen sachlichen Grund i.S.v. § 20 AGG gerechtfertigt werden können.

§ 19 AGG bestimmt Anwendungsbereich und Umfang des Benachteiligungsverbots in zivilrechtlichen Verhältnissen für verschiedene Geschäftsarten unterschiedlich. Es wird unterschieden zwischen (a) Massengeschäften und massengeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen (§ 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG), (b) Versicherungsverträgen (§ 19 Abs. 1 Nr. (2) AGG), und (c) sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. (5)-(8) AGG). Bei Massengeschäften, massengeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen und Versicherungsverträgen gilt ein Verbot von Benachteiligungen aufgrund mehrerer verpönten Merkmale; bei sonstigen zivilrechtlichen Schuldverhältnissen sind dagegen lediglich rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund ethnischer Herkunft verboten.

II. Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

Gemäß § 19 Abs. 1 AGG greift bei den Massengeschäften (MG) und massengeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen (MAS) ein umfassendes Diskriminierungsverbot: Rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität sind verboten. MG sind diejenigen zivilrechtlichen Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG). Diejenigen Geschäfte, die wiederum zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen, aber für die das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat, sind MAS (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG). Insofern greift das umfassende Benachteiligungsverbot bei zivilrechtlichen Schuldverhältnissen nur dann, wenn (i) das Ansehen der Person typischerweise entweder keine oder nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat, und (ii) sie zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen.

1. Ansehen der Person

a) Begriff

Nach der Gesetzesbegründung wird ein Schuldverhältnis ohne Ansehen der Person „begründet, durchgeführt oder beendet, wenn hierbei die in § 1 [AGG] genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen.“¹⁴¹ Wie in der Literatur einheitlich vertreten wird, ist diese Begründung verfehlt und führt lediglich zu einem Zirkelschluss. Wenn MG nur solche Geschäfte sind, bei denen die in § 1 AGG genannten Merkmale keine Rolle spielten, wäre eine Benachteiligung vom Anfang an ausgeschlossen, da die Geschäfte, die nach einer Differenzierung nach den Merkmalen des § 1 AGG begründet werden, keine MG wären. So wären Geschäfte des täglichen Lebens, bei denen Benachteiligungen häufig vorkommen, sinnwidrig aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 AGG per Definition ausgeschlossen.¹⁴² Diesen Zirkelschluss versucht die Gesetzesbegründung

¹³⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.12.2021 – 24 U 19/21, Rn. 34 (OpenJur); Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 21; MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 137.

¹⁴⁰ In einem Fall, womit sich die belgische Antidiskriminierungsstelle UNIA befusste, lehnte ein Kreditinstitut den Kreditantrag einer 69-jährigen Person lediglich aufgrund ihres Alters ab. Als Grund nannte das Kreditinstitut seine AGB, wonach ein Kredit mit 70 vollgetilgt werden müsste. Nachdem UNIA dargelegt hat, dass ein pauschaler Ausschluss lediglich aufgrund des Alters eine Altersdiskriminierung darstelle, und dass das Kreditinstitut die finanziellen Verhältnisse der kreditbeantragenden Person ebenfalls zu berücksichtigen habe, hat das Kreditinstitut diese Altersgrenze in seinen AGB gestrichen. S. Länderbericht Belgien, S. 9.

¹⁴¹ BT-Drs. 16/1780, S. 41.

¹⁴² Schiek/Schiek § 19 AGG Rn. 12; MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 17; Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 27; Pfeiffer, in: FS Canaris, S. 988; BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 31.

auch zu beseitigen: „Differenziert der Unternehmer im Einzelfall bei der Auswahl des Vertragspartners oder bei der Erbringung der Leistung dennoch von vorne herein nach den in § 1 genannten Merkmalen, ändert sich nichts an der Anwendbarkeit der Vorschrift.“¹⁴³ Insofern ist die Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „ohne Ansehen der Person“ vom § 1 AGG abgelöst zu definieren.

Diesem Bedarf ist der BGH in zwei Urteilen nachgekommen: „Ein Ansehen der Person liegt vor, wenn der Anbieter seine Entscheidung über den Vertragsschluss erst nach einer Würdigung des Vertragspartners trifft. Enthält die Prüfung des Vertragsschlusses ein stark individualisiertes personales Element“, verzichtet das Gesetz auf eine umfassende Benachteiligungskontrolle i.S.v. § 19 Abs. 1 AGG.¹⁴⁴ Sofern ein Schuldverhältnis keine individuelle Auswahl des Vertragspartners erfordert, hat das Ansehen der Person entweder keine oder eine nachrangige Bedeutung, sodass die Kontrolle gemäß § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG zur Anwendung kommen kann.

Für ein Schuldverhältnis ist eine individuelle Auswahl des Vertragspartners nur dann erforderlich, wenn die Erbringung der vertraglichen Leistung ein individualisiertes personales Element aufweist, aufgrund dessen die Anbieter:innen eine Entscheidung zum Vertragsschluss nach einer Würdigung der potentiellen Vertragspartner:innen als Individuum treffen müssen. Eine solche Konstellation lag in einem zumindest verwandten Sachverhalt des BGH-Urteils aus 2019 vor. Im streitgegenständlichen Fall ging es um die Vergabe von Stipendien zur Förderung von Forschungs- oder Studienvorhaben. Das Stipendium setzte zur Teilnahme ein in Deutschland erworbenes Erstes Juristisches Staatsexamen voraus. Der Kläger hatte im Ausland studiert und absolvierte mithin keine Erste Juristische Staatsprüfung. Aus diesem Grund konnte er sich nicht um das Stipendium bewerben und war der Meinung, diese Teilnahmevoraussetzung stelle eine mittelbare Benachteiligung aufgrund ethnischer Herkunft dar. Der BGH hat ausgeführt, dass die Vergabestelle des Stipendiums nach ihrer Satzung die Hochschulbildung junger Menschen fördert, deren hohe wissenschaftliche oder künstlerische Begabung und deren Persönlichkeit besondere Leistungen im Dienste der Allgemeinheit erwarten lassen. Für die Auswahl werden, nach einer anhand der Bewerbungsunterlagen getroffenen Vorauswahl, Einzelgespräche und Gruppendiskussionen mit den Bewerber:innen abgehalten. Insofern stehen persönliche Umstände der Interessenten im Vordergrund. Auf der Grundlage dieser Feststellungen ist anzunehmen, dass die Stipendienvergabe in Ansehen der Person erfolgt und dem Ansehen der Person keine nachrangige Bedeutung im Auswahlverfahren zukommt.¹⁴⁵ Insofern liegt kein MG oder MAS vor; die Benachteiligungskontrolle nach § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG findet keine Anwendung. Daher hat der BGH die Revision zurückgewiesen.

Die Würdigung des eventuellen Vertragspartners als Individuum, also „Ansehen der Person“, soll über das Interesse von Anbieter:innen hinausgehen, ob Vertragspartner:innen zahlungswillig und zahlungsfähig sind.¹⁴⁶ Dies ist z.B. bei den Mietverträgen zu Wohnraum regelmäßig der Fall, bei denen die Anbieter:innen nicht nur die Zahlungsfähigkeit eventueller Vertragspartner:innen prüfen, sondern in der Regel auch weitere persönlichen Eigenschaften und den persönlichen Eindruck, den potenzielle Mieter:innen hinterlassen, in Betracht ziehen. Beispielsweise kann es für den Abschluss eines Mietvertrages für Vermieter:innen wesentlich sein, dass eventuelle

Mieter:innen nicht rauchen, kein Haustier halten oder ruhig bzw. sympathisch sind.¹⁴⁷ In ähnlicher Weise können Bürgschaften oder Verwahrungsverträge eine über die Zahlungsfähigkeit hinausgehende Würdigung erforderlich machen und daher in Ansehen der Person zustande kommen.¹⁴⁸

143 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

144 BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 15; Urt. v. 25.4.2019 – I ZR 272/15, Rn. 18. Eine Benachteiligungskontrolle gemäß § 19 Abs. 2 AGG kann trotzdem stattfinden, falls die Tatbestandsmerkmale der Vorschrift erfüllt sind.

145 BGH, Urt. v. 25.4.2019 – I ZR 272/15, Rn. 17 ff.

146 Vgl. MüKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 20.

147 Vgl. LG Stuttgart, Urt. v. 2.7.1992 – 16 S 137/92 (juris); LG Kiel, Urt. v. 30.11.1989 – 1 S 268/88 (juris); vgl. Auch MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 43; Bachmann, ZBB 257 (267); Pfeiffer, in: FS Canaris, S. 989; Staudinger/Rolfs (2021) AGG § 19 Rn. 21.

148 MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 23.

Dagegen stellen Geschäfte im Bereich der Konsumgüterwirtschaft oder der standardisierten Dienstleistungen wie beispielsweise Einzelhandel, Transportwesen oder Gastronomie regelmäßig MG i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 AGG dar.¹⁴⁹ In diesen Bereichen schließen die Unternehmen Verträge regelmäßig mit jeder zahlungswilligen und zahlungsfähigen Person – die persönlichen Eigenschaften spielen bei diesen Geschäften typischerweise überhaupt keine Rolle.

Hat das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung, liegt ein MAS vor (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 AGG). Insofern hat der Gesetzgeber durch die MAS eine sogenannte Auffangkategorie konzipiert.¹⁵⁰ Der Begriff der nachrangigen Bedeutung impliziert, dass für die Begründung und Durchführung des Geschäfts mehrere Kriterien, darunter auch das Ansehen der Person, eine Rolle spielen. Jedoch kommt anderen Kriterien erheblicheres Gewicht zu, sodass die Würdigung potenzieller Vertragspartner:innen in den Hintergrund tritt, also an Bedeutung verliert.¹⁵¹ Dementsprechend sind bei den MAS die persönlichen Eigenschaften potenzieller Vertragspartner:innen zwar relevant bei der Entscheidung zum Vertragsabschluss, sie spielen aber im Vergleich zu anderen, für das Schuldverhältnis bedeutsameren Kriterien für den Abschluss des Vertrags eine untergeordnete Rolle. Insofern greift der Benachteiligungsschutz nach § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG erst dann, wenn das Ansehen der Person keine oder eine nachrangige Rolle bei der Auswahl der Vertragspartner:innen hat.

b) Wertung

Ob das Ansehen der Person typischerweise eine Rolle spielt, erfolgt nach einer allgemeinen typisierenden Betrachtungsweise.¹⁵² Es bestimmt sich insofern nach der Verkehrssitte, nicht nach den Vorstellungen einzelner Anbieter:innen bzw. Kund:innen.¹⁵³ Eine Festlegung nach der Verkehrssitte erfordert jedoch, dass die Gerichte in Streitfällen gutachterlich untersuchen lassen müssen, ob das streitgegenständliche Schuldverhältnis typischerweise ohne Ansehen der Person zustande kommt. Daher wird in der Literatur vermutet, dass die Gerichte vielmehr nach einer Wertung angesichts der Art des Schuldverhältnisses feststellen werden, ob das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. In seinem Urteil aus 2021 hat der BGH entschieden, dass es sich nach der Verkehrssitte bestimmt, ob ein Geschäft ohne Ansehen der Person zustande kommt, und dass die Person, die sich auf die Benachteiligung beruft, die volle Beweislast hinsichtlich der Verkehrssitte trägt.¹⁵⁴ In diesem Zusammenhang sind beispielsweise die Geschäftsgattung, die Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts, seine Durchführung und Beendigung maßgeblich.¹⁵⁵ Die Literatur stellt bei den MG bei der Wertung des Ansehens der Person auf die Art des Schuldverhältnisses, die Art und Weise des Zustandekommens des Schuldverhältnisses und dessen Durchführung und Beendigung ab.¹⁵⁶

Bei einem MAS ist per definitionem darauf abzustellen, ob bei der jeweiligen Art des Schuldverhältnisses das Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung hat. Nach dem BGH-Urteil aus 2021 bestimmt es sich also „nach der Art des zu betrachtenden Schuldverhältnisses in seiner konkreten Ausprägung“, in welchem Umfang das Ansehen der Person relevant ist.¹⁵⁷ Insofern ist die juristische Bewertung bezüglich des Charakters des Schuldverhältnisses in seinen tatsächlichen Ausprägungen maßgeblich, ob dem Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung zukommt.¹⁵⁸

149 BT-Drs. 16/1780, S. 41; MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 17; Grüneberg/Grüneberg, AGG 19 Rn. 2.

150 MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 38; BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 40.

151 MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 39; Pfeiffer, in: FS Canaris, S. 989; Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 39.

152 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

153 BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 16; MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 18; Grüneberg/Grüneberg AGG 19 Rn. 2.

154 BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 17 f.

155 LG Köln, Urt. v. 13.11.2015 – 10 S 137/14 (openJur).

156 MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 37; BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 31; vgl. auch Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 28.

157 BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 21.

158 MüKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 37; Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 35 f.

2. „zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen“

Weitere Tatbestandsmerkmale von MG und MAS sind, dass sie (i) zu vergleichbaren Bedingungen, (ii) in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen.

Bei MG und MAS handelt es sich um Transaktionen, die für Anbieter:innen häufig auftreten. Ob das Geschäft in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt, ist aus der Sicht konkreter Anbieter:innen zu beurteilen. Es ist also nicht nach dem Geschäftsfeld im Allgemeinen, sondern nach dem von konkreten Anbieter:innen ausgestalteten individuellen Geschäften zu beurteilen.¹⁵⁹ Denn bestimmte Anbieter:innen im gleichen Geschäftsfeld können ein Geschäft in Massen abwickeln, wohingegen andere nur vereinzelt. Beim Verkauf von Gebrauchtwagen ist das Geschäft z.B. für den gewerblichen Kfz-Händler ein Massengeschäft; für eine Privatperson ist es hingegen ein einzelnes Geschäft.¹⁶⁰ Nach der Rechtsprechung des BGH zur AGB ist eine „Vielzahl“ von Verträgen bereits bei der dreimaligen Verwendungsabsicht anzunehmen.¹⁶¹ Ob Anbieter:innen, also Verwender:innen der AGB jedoch in der Tat mindestens drei Verträge abgeschlossen haben, spielt für die Anwendung des § 19 Abs. 1 AGG keine Rolle. Essenziell ist es aber, dass Anbieter:innen vorhaben, das gleiche Geschäft zukünftig zu vergleichbaren Bedingungen abzuschließen.¹⁶²

Nach der Gesetzesbegründung ist das Tatbestandsmerkmal, dass die MG oder MAS zu vergleichbaren Bedingungen begründet, durchgeführt oder beendet werden, Spiegelbild der Tatsache, dass Anbieter:innen bei der Auswahl von Vertragspartner:innen nicht unterscheiden.¹⁶³ Insofern kommt es darauf an, ob die konkreten Anbieter:innen die Schuldverhältnisse zu vergleichbaren, also in den wesentlichen Punkten übereinstimmenden Bedingungen eingehen.¹⁶⁴ Ein aussagekräftiges Indiz für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals stellt die Verwendung von AGB i.S.v. § 305 BGB dar.¹⁶⁵ Durch die AGB werden regelmäßig alle wichtigen Bedingungen bestimmt, die zusätzlich zu den essentialia negotii gelten sollen, wie z.B. Zahlungsfristen, Kündigung, Rücktrittsrechte usw.¹⁶⁶ Dass einzelne Kund:innen aufgrund ihrer Verhandlungsmacht bzw. ihres Verhandlungsgeschicks günstigere Konditionen, darunter auch einen günstigeren Preis, erzielen können, ändert an der Vergleichbarkeit der Konditionen nichts.¹⁶⁷

3. Zwischenergebnis

Sofern die Verträge zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen begründet, durchgeführt und beendet werden, ist bei der Bewertung dafür, ob ein Geschäft als ein MG oder MAS i.S.v. § 19 Abs. 1 AGG einzustufen ist, das Tatbestandsmerkmal „das Ansehen der Person“ ausschlaggebend. Diejenigen Verträge, die eine über die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit hinausgehende Würdigung des potenziellen Vertragspartners, also die Würdigung der Person als Individuum erfordern, werden in Ansehen der Person abgeschlossen und stellen somit keine MG oder MAS dar. Das Ansehen der Person hat beim Vertragsschluss keine oder eine nachrangige Bedeutung, solange die Prüfung des Vertragspartners kein stark individualisiertes, personales Element aufweist.¹⁶⁸ Es lässt sich festhalten, dass man nach der geltenden Rechtslage weder bestimmte Vertragsarten pauschal zu MG oder MAS gehörig erklären noch sie pauschal aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ausnehmen kann.¹⁶⁹

¹⁵⁹ MüKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 30, 34; jurisPK-BGB/Altmayer § 19 AGG Rn. 6; Staudinger/Rolfs (2021) AGG § 19 Rn. 25, 29; BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 38.

¹⁶⁰ BT-Drs. 16/1780, 41.

¹⁶¹ BGH, Urt. v. 11.7.2019 – VII ZR 266/17, Rn. 31. S. auch Schiek/Schiek § 19 AGG Rn. 10; Dammann, S. 348; MüKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 34 f.; jurisPK-BGB/Altmayer § 19 AGG Rn. 7; Staudinger/Rolfs (2021) AGG § 19 Rn. 25; BeckOGK/Mörsdorf, AGG § 19 Rn. 36.

¹⁶² Vgl. MüKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 34 f.; BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 38; Dammann, S. 348.

¹⁶³ BT-Drs. 16/1780, 41.

¹⁶⁴ MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 30; Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 30.

¹⁶⁵ MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 32; Staudinger/Rolfs (2021) AGG § 19 Rn. 25.

¹⁶⁶ MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 31.

¹⁶⁷ BT-Drucks. 16/1780, 41 f.; Staudinger/Rolfs (2021) AGG § 19 Rn. 30; MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 33; BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 39.

¹⁶⁸ BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 15; Urt. v. 25.4.2019 – I ZR 272/15, Rn. 18.

¹⁶⁹ MüKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 20.

Dies wird auch durch das AGG in der gleichen Norm impliziert. § 19 Abs. 5 S. 3 AGG sieht für die Vermietung von Wohnraum vor, dass regelmäßig kein MG oder MAS vorliegt, wenn Vermieter:innen insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermieten. Im Umkehrschluss stellt § 19 Abs. 5 S. 3 AGG die (widerlegbare)¹⁷⁰ Vermutung auf, dass es auf das Ansehen der Person nicht (mehr) ankommt, wenn Vermieter:innen mehr als 50 Wohnungen vermieten.¹⁷¹ Insofern kommt es nicht pauschal auf die Vertragsart an. Umso mehr überrascht es, wenn die Gesetzesbegründung ausführt, dass Kreditgeschäfte meist auf einer individuellen Risikoprüfung beruhen und es sich deshalb regelmäßig nicht um MG handeln wird.¹⁷² Für die Beurteilung, ob es sich bei den Verbraucherdarlehensverträgen um MG oder MAS handelt, bedarf es vielmehr einer Prüfung, ob bei der individuellen Risikoprüfung eine über die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit hinausgehende Würdigung der kreditbeantragenden Person stattfindet. Auf diese Fragestellung wird im untenstehenden Kapitel 5 näher eingegangen.

III. Versicherungsverträge

§ 19 Abs. 1 Nr. (2) AGG verbietet Benachteiligungen aufgrund verpönter Merkmale bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von privatrechtlichen Versicherungsverträgen. Obwohl ein Teil der Versicherungsverträge ohnehin als MG oder MAS einzuordnen sind, hat der Gesetzgeber ein ausdrückliches Benachteiligungsverbot für alle Versicherungsverträge verordnet, da sie häufig elementare Lebensrisiken abdecken. Deshalb kann eine Verweigerung des Abschlusses eines Versicherungsvertrages für die benachteiligten Personen schwerwiegende Auswirkungen haben.¹⁷³ Aus diesem Grund gilt das umfassende Benachteiligungsverbot auch für privatrechtliche Versicherungen.

IV. Sonstige zivilrechtliche Schuldverhältnisse, insb. Geschäfte in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen

Des Weiteren verbietet § 19 Abs. 2 AGG rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft bei den sonstigen Schuldverhältnissen im Hinblick auf Güter und Leistungen, die in § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG aufgeführt sind. Diese umfassen soziale Sicherheit und Vergünstigungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 und 6 AGG), Gesundheitsdienste (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG), Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG) und Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Das Verbot des § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG gilt unabhängig davon, ob die relevanten Schuldverhältnisse zu den MG oder MAS zählen. Insofern geht sein Anwendungsbereich über das Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG hinaus.

Das Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG entspricht Art. 3 Abs. 1 lit. (h) AntiRasRL. Insofern ist bei der Auslegung dieses Benachteiligungsverbots eine Orientierung nach den europäischen Vorgaben geboten. Somit werden durch den Begriff „Güter“ alle Waren i.S.d. Art. 34 AEUV erfasst.¹⁷⁴ Nach der Legaldefinition in Art. 57 AEUV sind Dienstleistungen Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Es werden also nicht nur Dienst- und Werkverträge gemäß §§ 611, 631 BGB erfasst, sondern auch Geschäftsbesorgungsverträge, Mietverträge und Finanzdienstleistungen, insbesondere Kredit-, Versicherungs- und Leasingverträge.¹⁷⁵

170 MÜKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 121; Staudinger/Rolfs (2021) AGG § 19 Rn. 33.

171 Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 129 ff.; MÜKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 121.

172 BT-Drs. 16/1780, S. 42.

173 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

174 M.w.N. MÜKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 65.

175 BT-Drs. 16/1780, S. 32.

Ferner müssen Güter und Dienstleistungen der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Eine Dienstleistung steht der Öffentlichkeit zur Verfügung, wenn die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots an eine anonyme Gruppe gerichtet wird.¹⁷⁶ Dass Kreditinstitute ihre Dienste der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen, steht außer Zweifel. Dementsprechend handelt es sich bei den Verbraucherdarlehensverträgen um eine Dienstleistung i.S.d. § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG. Insofern sind rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Darlehensverträgen unter allen Umständen verboten. Umso mehr ist es besorgniserregend, dass laut der Ergebnisse der VZ & ADBS-Umfrage immerhin zwei der sechs Befragten, die hierzu Auskunft geben konnten, angaben, dass die ethnische Herkunft der kreditbeantragenden Person in die KWP einfließt (s. Anhang I, Abbildung 31). Laut der Bankenumfrage berücksichtigen die Kreditinstitute den Aufenthaltstitel (s. Anhang I, Abbildung 30). Wenn die kreditbeantragende Person einen befristeten Aufenthaltstitel besitzt, erscheint es schlüssig, dass sich die Kreditlaufzeit nach dem befristeten Aufenthaltstitel richtet. Gleichwohl könnte die zum Nachteil der kreditbeantragenden Person wirkende Berücksichtigung eines unbefristeten Aufenthaltstitels eine mittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG darstellen.

V. Rechtfertigungsmöglichkeiten

1. Sachlicher Grund

§ 20 Abs. 1 S. 1 AGG sieht vor, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden kann. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung liegt vor, wenn sie einem legitimen Ziel dient und zur Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen ist. Eine willkürliche Benutzung von persönlichen Merkmalen stellt insofern keinen sachlichen Grund dar.¹⁷⁷ In § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. (1)-(4) normiert das AGG die wichtigsten Fallgruppen als Regelbeispiele, die eine Richtschnur für die Auslegung des Grundtatbestandes von S. 1 geben können.¹⁷⁸ Insofern kann ein sachlicher Grund vorliegen, wenn die unterschiedliche Behandlung z.B. der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient oder dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt.

Die Verfolgung wirtschaftlicher bzw. finanzieller Interessen kann, wenn alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, als sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung dienen.¹⁷⁹ Daher wird in der Literatur davon ausgegangen, dass die Preisunterschiede zwischen Finanzprodukten für ältere Menschen Unterschiede in den Risiken widerspiegeln und somit durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein können. Hintergrund ist das Paradigma des vollkommenen Wettbewerbs, demzufolge sich für gleiche Leistungen der gleiche Preis durchsetzt und eine Preisdiskriminierung zwischen Nachfragern im Markt nicht überlebensfähig ist. Wenn nun alle Anbieter älteren Personen schlechtere Konditionen bieten, könne vermutet werden, dass für diese Unterschiede durch das Alter bedingte höhere Risiken verantwortlich seien.¹⁸⁰

Doch wie in der Gesetzesbegründung dargelegt wird, bedarf die Ermittlung eines sachlichen Grundes vielmehr einer wertenden Feststellung im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben.¹⁸¹ Insofern hat man im Einzelfall zu prüfen, ob die unterschiedliche Behandlung zur Erreichung eines legitimen Ziels, also z.B. zur Risikobegrenzung, vorgenommen wird und ob sie zur

¹⁷⁶ Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, KOM(2006) 643 endgültig/2 vom 15.12.2006, S. 3; BT-Drs. 16/1780, S. 32; Schiek/Schiek § 2 AGG Rn. 7; jurisPK-BGB/ Broy § 2 AGG Rn. 55.

¹⁷⁷ MüKoBGB/Thüsing AGG § 20 Rn. 14.

¹⁷⁸ BT-Drs. 16/1780, S. 43.

¹⁷⁹ MüKoBGB/Thüsing AGG § 20 Rn. 16.

¹⁸⁰ Rothermund/Temming, S. 34.

¹⁸¹ BT-Drs. 16/1780, S. 43.

Erreichung dieses Ziels erforderlich und angemessen ist. Insofern rechtfertigt nicht bereits das Vorliegen eines altersbedingten Risikos einen Preisunterschied.

2. Statistische Benachteiligung bei Versicherungsverträgen

§ 20 Abs. 2 S. 2 AGG sieht vor, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei privatrechtlichen Versicherungsverträgen nur dann zulässig ist, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen.¹⁸² Insofern dürfen die Versicherer die Merkmale der Religion, der Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität (auch) dann als Ersatzkriterium (Stellvertretermerkmal, *proxy criteria*) verwenden, wenn versicherungsmathematisch eine Korrelation mit Schadensrisiken nachgewiesen werden kann.

Ob die statistische Benachteiligung aufgrund dieser Merkmale durch den AntiDis-Vorschlag (s. oben §3.A.II) zugelassen sein wird, ist noch unklar. In der Fassung des Vorschlags aus 2018 wurden für Finanzdienstleistungen wie z.B. Versicherungs- und Bankdienstleistungen, statistische Benachteiligungen aufgrund des Alters oder einer Behinderung im bestimmten Maße zugelassen.¹⁸³ Diese wurden dann im Vorschlag aus 2019 gestrichen. Laut dem Sachstandsbericht müssen zu diesem Punkt weitere Beratungen durchgeführt werden.¹⁸⁴

VI. Ansprüche und Verschuldensfrage

Im Falle einer unmittelbaren Benachteiligung können die betroffenen Personen die Beseitigung bzw. Unterlassung der Benachteiligung (§ 21 Abs. 1 AGG) und/oder Ersatz des materiellen bzw. immateriellen Schadens (§ 21 Abs. 2 AGG) verlangen. Die Ansprüche unterliegen einer zweimonatigen Frist (§ 21 Abs. 5 AGG). Da eine statistische Benachteiligung eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG darstellt, können die Betroffenen einer statistischen Benachteiligung die Ansprüche aus § 21 Abs. 1 und 2 AGG auch geltend machen, solange keine gesetzliche Ausnahme gestattet wurde. Eine solche Ausnahme normiert § 20 Abs. 2 S. 2 AGG für Privatversicherungsverträge.

Für die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ist das Verschulden der benachteiligten Person nicht erforderlich (vgl. § 1004 Abs. 1 BGB).¹⁸⁵ Für die Schadensersatzansprüche setzt jedoch § 21 Abs. 2 S. 2 AGG das Vertretenmüssen voraus. Die Konformität des § 21 Abs. 2 S. 2 AGG mit dem europäischen Recht ist in der Literatur umstritten.

¹⁸² § 20 Abs. 2 AGG a. F gab den Versicherern die Möglichkeit, eine geschlechtsbezogene Berechnung von Prämien und Leistungen unter Heranziehung statistischer Erhebungen durchzuführen – mit der Ausnahme von Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft. In seinem *Test-Achats* Urteil hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) 2011 die Regelung in der GenderRL, die solche Bewertungen zugelassen hat (Art. 5 Abs. 2 S. 1 GenderRL a.F.), für europarechtswidrig und daher ungültig erklärt (EuGH, Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 (*Test-Achats*), ECLI:EU:C:2011:100, Slg. 2011, I-800.). Darauf folgend wurde § 20 Abs. 2 S. 1 AGG a.F. mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 auch aufgehoben. Aus diesem Grund dürfen die Versicherer das Merkmal des Geschlechts seit 21. Dezember 2012 (§ 33 Abs. 5 S. 1 AGG) bei der Berechnung von Prämien oder Leistungen nicht mehr als Ersatzkriterium verwenden und darauf basierend statistisch unterscheiden.

¹⁸³ Für die Fassung aus 2018 s. Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, Dok-Nr. 12956/18 vom 22.11.2018. Art. 2 Abs. 7 dieser Fassung sah vor: „[Abs. 7] Bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen, a) liegt keine Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie vor, wenn es in vertretbarem Maße zu Ungleichbehandlungen aus Gründen des Alters kommt, sofern bei der betreffenden Dienstleistung das Alter ein maßgeblicher Faktor für die Risikobewertung ist und diese Bewertung auf Grundlage versicherungsmathematischer Grundsätze und relevanter und verlässlicher statistischer Daten erfolgt; b) liegt keine Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie vor, wenn es in vertretbarem Maße zu Ungleichbehandlungen aus Gründen einer Behinderung kommt, sofern der Gesundheitszustand der betreffenden Person ein maßgeblicher und wesentlicher Faktor der Risikobewertung für die betreffende Dienstleistung ist und diese Bewertung auf Grundlage versicherungsmathematischer Grundsätze und relevanter und verlässlicher statistischer Daten oder relevanter und verlässlicher medizinischer Erkenntnisse erfolgt. [Abs. 2] Erbringer von Finanzdienstleistungen, die beschließen, in vertretbarem Maße Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters oder einer Behinderung anzuwenden, unterrichten die Verbraucher und die einschlägigen Justiz- und Beschwerdestellen auf Antrag über die Gründe für diese Ungleichbehandlungen.“

¹⁸⁴ Sachstandsbericht des Europäischen Rates, Dok-Nr. 9567/19 vom 24.5.2019, S. 4.

¹⁸⁵ MüKoBGB/Thüsing § 21 AGG Rn. 7; Grüneberg/Grüneberg AGG 21 Rn. 3.

Bezüglich der Haftung für die Verletzung des arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbots wurde durch die EuGH-Rechtsprechung geklärt: Die Haftung setzt kein Vertretenmüssen voraus.¹⁸⁶ Ob das Gleiche für die Verletzung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots gilt, wird in der Literatur nicht einhellig beantwortet. Nach einer Auffassung ist zwischen dem Ersatz des materiellen und dem Ersatz des immateriellen Schadens zu unterscheiden. Dementsprechend wird das Vertretenmüssen für den Anspruch auf den Ersatz des materiellen Schadens vorausgesetzt, aber nicht für den Anspruch auf die Entschädigung des immateriellen Schadens (vgl. § 21 Abs. 2 S. 3 AGG).¹⁸⁷ Eine andere Auffassung vertritt dagegen, dass die EuGH-Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbot auch auf die Haftung aus der Verletzung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots zu übertragen sei. Aus diesem Grund setze die Haftung für die Verletzung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots, abweichend vom § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, kein Vertretenmüssen voraus. Daher bezweifelt diese Ansicht zu Recht die Konformität des § 21 Abs. 2 S. 2 AGG, der das Vertretenmüssen für den materiellen Schadensersatz voraussetzt, mit dem europäischen Recht.¹⁸⁸

186 EuGH, Urt. v. 22.4.1997 – Rs. C. 180/95 (*Draehmpaehl*), ECLI:EU:C:1997:208, Slg. 1997, I-02212 (Rn. 16 ff.); Urt. v. 8.11.1990 – Rs. C-177/88 (*Dekker*), ECLI:EU:C:1990:383, Slg. 1990, I-3968 (Rn. 18 ff.).

187 Staudinger/Serr (2020) AGG § 21 Rn. 41, 54.

188 BeckOGK/Mörsdorf AGG § 21 Rn. 49 ff.; MüKoBGB/Thüsing § 21 AGG Rn. 39 ff.

§ 5 Verbraucherdarlehensverträge

A. Einleitung

Während das AGG zu Versicherungsverträgen spezifische Regelungen vorsieht, fehlt es im AGG an einer ausdrücklichen Regelung für Verbraucherdarlehensverträge (VDV). Aus diesem Grund kommt es für den Schutz vor Benachteiligungen, darunter auch gegen altersbedingte Benachteiligungen, insbesondere darauf an, ob der jeweilige Darlehensvertrag als MG bzw. MAS einzustufen ist. Wenn ein VDV als MG bzw. MAS gilt, greift das umfassende Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG: Rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität sind verboten. Andernfalls gilt das Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 2 i. V .m. § 2 Abs. 1 Nr. (8) AGG, wonach lediglich rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft verboten sind.

Das BGB unterscheidet in § 491 Abs. 1 zwischen Allgemein-VDV (Konsumentenkredite) und Immobilier-VDV (Immobilienkredite). Vor dem Abschluss eines Konsumenten- oder Immobilienkredits ist der Darlehensgeber, also das Kreditinstitut, verpflichtet, eine Kreditwürdigkeitsprüfung (KWP) durchzuführen (§ 505a Abs. 1 BGB). Durch die KWP ist festzustellen, ob Verbraucher:innen den Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag vertragsgemäß nachkommen können.

Die KWP erfordert insoweit eine Untersuchung von individuellen finanziellen Verhältnissen. Aus diesem Grund wird in der AGG-Gesetzesbegründung ausgeführt, dass die VDV keine Geschäfte sind, die typischerweise ohne Ansehen der Person zustande kommen oder bei denen das Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung hat.¹⁸⁹ Diese Begründung ist für die Mehrheit der deutschen Literatur, wie im Folgenden dargestellt, nicht überzeugend.

Im Folgenden werden zunächst die in der Literatur vertretenen Ansichten darüber aufgeführt, ob Darlehensverträge MG oder MAS sind. Im Anschluss daran wird der Kreditvergabeprozess aus juristischer und empirischer Perspektive analysiert, um feststellen zu können, ob VDV als MG bzw. MAS einzuordnen sind und inwiefern das AGG einen Schutz vor (u.a. altersbedingten) Benachteiligungen bei VDV gewährleistet.

B. Schrifttum zu VDV und § 19 Abs. 1 AGG und Kritik

In der deutschen Literatur wird die Frage, ob Darlehensverträge den MG oder MAS i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG zuzuordnen sind, nicht einheitlich beantwortet. Nach einer Ansicht ist ein eventueller MG- bzw. MAS-Charakter von Darlehensverträgen komplett abzulehnen, wohingegen nach einer anderen Sichtweise das Gegenteil zutrifft. Aber auch eine mittlere Position findet sich, wonach unterschiedliche Kriterien zur Anwendung kommen müssen.

I. Kein MG oder MAS

Grundlage ist die Überzeugung, dass Dauerschuldverhältnisse, darunter auch Darlehensverträge, zu jenen Schuldverhältnissen gehören, die einer individuellen Auswahl des/der Vertragspartner:in bedürfen und daher kaum „ohne Ansehen der Person“ abgeschlossen werden können.¹⁹⁰ Da bei den Kreditverträgen die Bonität im Einzelfall geprüft wird, spiele die Person durchaus eine Rolle.¹⁹¹ „Jede individualisierte Annäherung“ an die Kund:innen erfülle das Tatbestandsmerkmal „das Ansehen der Person“, sei es durch eine einfache Bonitätsabfrage bei einer Wirtschaftsauskunftei oder durch eine die jeweilige Person in den Blick nehmende Prüfung von

¹⁸⁹ BT-Drs. 16/1780, S. 42.

¹⁹⁰ Stork, ZEuS 2005, 1 (30); Grüneberg/Grüneberg AGG 19 Rn. 2.

¹⁹¹ Vgl. Bauer/Krieger/Günter § 19 AGG Rn. 9.

finanziellen Verhältnissen.¹⁹² Untermauert würde dies durch die Regelung des § 19 Abs. 1 Nr. (2) AGG zu Versicherungsverträgen. Versicherungsverträge legen individuelle persönliche Merkmale zugrunde und können daher nicht als MG oder MAS eingeordnet werden. Aus diesem Grund bedurfte es der Sondervorschrift des § 19 Abs. 1 Nr. (2) AGG, da der Gesetzgeber die rechtspolitische Entscheidung getroffen hat,¹⁹³ bei den Versicherungsverträgen einen umfassenderen Schutz vor Benachteiligungen zu gewähren. Obwohl sich diese Argumentation auf Kreditverträge übertragen lässt, hat der Gesetzgeber von einem ähnlichen Schutz bei den Kreditverträgen abgesehen. Daher stellen nach dieser Ansicht Darlehensverträge regelmäßig keine MG oder MAS dar.¹⁹⁴ Ein Darlehensvertrag könne nur dann als MG oder MAS gelten, wenn die Bank beim Vertragsschluss ausnahmsweise auf jegliche Bonitätsprüfung verzichtet.¹⁹⁵

II. MG oder MAS

Nach einer anderen Auffassung liegt bei Darlehensverträgen ein MG oder MAS vor, denn die individuelle Risikoprüfung, auf welche die AGG-Gesetzesbegründung hinweist, umfasse eine KWP, bei der es auf das Ansehen der Person nicht ankomme. Im Mittelpunkt stünden vielmehr eine vorliegende Kredithistorie oder eine Bonitätsauskunft, ferner das Verhältnis zwischen dem Kreditbetrag und dem Einkommen, die Schuldendienstquote¹⁹⁶ und die Sicherheiten.¹⁹⁷ Die Kreditinstitute orientieren sich vorrangig an der wirtschaftlichen Verwertung des Geldes. Vergabe und Preis- sowie Konditionengestaltung bei VDV seien hoch standardisiert.¹⁹⁸ Es komme also nicht auf die persönlichen Eigenschaften an. Mithin liege bei den VDV ein MG oder MAS vor.

III. Unterscheidung nach der Kreditvergabepraxis

Ein dritter Argumentationsstrang unterscheidet jedoch nach der Kreditvergabepraxis. Man müsse zunächst prüfen, ob das in Frage kommende Kreditgeschäft typischerweise eine individuelle Risikoprüfung, die unter anderem auch persönliche Merkmale des § 1 AGG beinhaltet, erfordert.¹⁹⁹ Insbesondere bei kleinen Konsumentenkrediten bzw. bei Sofortkrediten erfolge die Kreditvergabe lediglich anhand einer standardisierten Bonitätsprüfung, z.B. durch eine Schufa-Auskunft. Bei solchen Krediten komme dem Ansehen der Person entweder keine oder eine nachrangige Bedeutung zu.²⁰⁰ Denn nicht die individuelle Person, sondern ihre wirtschaftliche Bonität stehe im Vordergrund und sei für das Kreditinstitut von Interesse.²⁰¹ Eine individuelle Risikoermittlung in Form von Einzelfallprüfung finde auch nicht statt.²⁰² Insofern seien sie als MG oder MAS einzustufen.

Dass die standardisierten Kreditverträge, wie sie für Kleinkredite typisch sind, vielmehr als MAS einzustufen sind, werde auch durch die Regelung des § 19 Abs. 5 S. 3 AGG unterstützt. Die genannte Vorschrift geht davon aus, dass es sich bei Mietverträgen von großen Wohnungsanbieter:innen mit mehr als 50 Wohnungen um ein MAS handelt. Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass das Ansehen der Person selbst bei standardisierten Mietverträgen eine größere Rolle spielt als bei standardisierten Kleinkrediten. Daher sind die Kleinkredite erst recht als MAS einzuordnen.²⁰³

¹⁹² Schürnbrand, BKR 2007, 305 (306 f.).

¹⁹³ BT-Drs. 16/1780, S. 42.

¹⁹⁴ Schürnbrand, BKR 2007, 305 (307).

¹⁹⁵ Schürnbrand, BKR 2007, 305 (308).

¹⁹⁶ Grob wird die Schuldendienstquote wie folgt berechnet: z.B. die zu bezahlende monatliche Rate (Zins plus Tilgung) durch (das verfügbare Einkommen minus die regulären Ausgaben). Je höher das Nettoeinkommen und je niedriger die regulären Ausgaben, desto mehr Raum bleibt für die monatliche Rate im Rahmen eines Kredits. M.w.N.s. Klinger/Damar/et al., S. 30.

¹⁹⁷ Pfeiffer, in: FS Canaris, S. 988 f.

¹⁹⁸ Schiek/Schiek § 19 AGG Rn. 14.

¹⁹⁹ MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 24; jurisPK-BGB/Altmayer § 19 AGG Rn. 9.

²⁰⁰ Vgl. Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 40, 141; jurisPK-BGB/Altmayer § 19 AGG Rn. 13; Adomeit/Mohr § 19 Rn. 20; Roggemann/Klinger/et al., S. 43 f.

²⁰¹ Bachmann, ZBB 2006, 257 (266); BeckOK BGB/Wendtland AGG § 19 Rn. 5; BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 41.

²⁰² MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 25.

²⁰³ Bachmann, ZBB 2006, 257 (266 f.); vgl. auch MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 25.

Diese Auffassung wird auch für solche Kredite vertreten, die ausreichend besichert sind. Bei solchen Krediten spielt das Ansehen der Person entweder keine oder eine nachrangige Rolle, weil genügend Sicherheiten für den Kredit zur Verfügung stünden und dadurch die Person der Kreditnehmer:innen bei der Risikoberechnung keinen Unterschied mache. Dies wird durch die Regelung des BGB zur Übernahme einer Hypothekenschuld unterstützt.²⁰⁴ Im Regelfall bedarf es der Genehmigung von Gläubiger:innen, wenn Schuldner:innen die Schuldübernahme mit Dritten vereinbaren (§ 415 Abs. 1 S. 1 BGB). Verweigern Gläubiger:innen die Genehmigung, gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt (§ 415 Abs. 2 S. 1 BGB). Als Sonderfall regelt das BGB die Übernahme einer Hypothekenschuld in § 416. Dementsprechend gilt die Genehmigung als erteilt, wenn der/die Verkäufer:in des Grundstücks die Übernahme der durch die Hypothek auf dem Grundstück gesicherten Schuld durch den/die Käufer:in dem/der Schuldner:in mitteilt und seit dem Empfang der Mitteilung sechs Monate verstrichen sind sowie der/die Gläubiger:in die Genehmigung vorher nicht verweigert hat (§ 416 Abs. 1 BGB). Allerdings finden solche Schuldübernahmen in der Kreditpraxis nur in Ausnahmefällen, wie z.B. infolge der Trennung der Ehe oder Lebensgemeinschaft, statt und der Hausverkauf bildet vielmehr den Regelfall. Zudem ist eine Schuldübernahme im Rahmen eines Immobilienkredits dem Abschluss eines Immobilienkredits gleichgestellt, sodass die Verbraucherschützenden Vorschriften in §§ 491 ff. BGB Anwendung finden.²⁰⁵ Insofern müsste eine erneute KWP stattfinden, selbst wenn in eingeschränkter Form (s. unten VI.1.d).

Gegen diese Auffassung wird eingewendet, dass die Kreditinstitute ein großes Interesse an der vertragsgemäßen Bedienung des Kredits haben. Notleidende Kredite und die damit einhergehende Verwertung von Sicherheiten bedeuten hohe Kosten, die durch den Arbeitsaufwand für die Verwertung entstehen, sowie eine mögliche Rufschädigung, insbesondere wenn das Wohneigentum des/der Kreditnehmer:in zwangsversteigert werden muss. Aus diesem Grund habe das Ansehen der Person selbst bei den ausreichend besicherten Krediten eine maßgebliche Bedeutung für den Darlehensvertrag.²⁰⁶

Bei der Diskussion zu ausreichend gesicherten Krediten und dem Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Verbots wird übersehen, dass der Fokus einer KWP gemäß § 505a BGB auf der Liquidität der kreditbeantragenden Person liegt. Die Sicherheiten dienen grundsätzlich zum Ausgleich der kreditbedingten Risiken, sowohl bei der KWP als auch bei der Kreditvergabeentscheidung (s. unten VI.1.d und VI.2.d). Insofern ist vielmehr die Frage entscheidend, ob die KWP in Ansehen der Person durchgeführt und die Kreditvergabeentscheidung in Ansehen der Person getroffen wird.

IV. Kritik und Untersuchungsgrundlage

Die Auffassung, wonach alle Darlehensverträge aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG pauschal rauszunehmen sind, da eine Bonitäts- bzw. Kreditwürdigkeitsprüfung stattfindet, überzeugt nicht. Selbst bei MG haben die Anbieter:innen Interesse daran, dass die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erbracht wird. Eine Bonitätsprüfung in Form einer Abfrage bei einer Wirtschaftsauskunftei findet auch bei solchen Geschäften statt, die eindeutig MG sind, z.B. bei Telekommunikationsverträgen oder bei Online-Kaufverträgen, wenn die Anbieter:innen in Vorleistung treten.²⁰⁷ Durch die Vorleistung gewähren Anbieter:innen den Kund:innen die Möglichkeit, das künftige Einkommen zur Erfüllung des Vertrages zu verwenden.²⁰⁸ Insofern haben die Anbieter:innen von MG bzw. MAS auch Interesse daran, die Bonität der Kund:innen zu prüfen. Ferner ist allgemein bekannt, dass bei den Mietverträgen zu Wohnraum (auch) von großen Unternehmen Bonitätsauskünfte von eventuellen Mieter:innen verlangt werden. Wenn eine einfache Bonitätsprüfung das Geschäft aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG ausneh-

204 MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 25; vgl. auch BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 41.

205 M.w.N. Jauernig/Berger BGB § 491 Rn. 4; MüKoBGB/Weber BGB § 491 Rn. 30; BeckOK BGB/Möller BGB § 491 Rn. 51.

206 Schürmbrand, BKR 2007, 305 (307 f.).

207 Vgl. AG Postdam, Urt. v. 10.07.2008 – 22 C 25/08 (juris); MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 20.

208 Vgl. Roggemann/Peters/et al., S. 5.

men würde, hätte der Gesetzgeber in § 19 Abs. 5 S. 3 AGG die Vermutung, dass es sich bei den Mietverträgen von großen Wohnungsanbieter:innen mit mehr als 50 Wohnungen um ein MAS handelt, nicht aufstellen können.

Durch die Bonitätsprüfung bei einer Wirtschaftsauskunftei wird ermittelt, ob Kund:innen zahlungsfähig und -willig sind. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die Darlehensverträge nicht von anderen Verträgen. Insofern bestätigt sich die Tatsache, dass das Tatbestandsmerkmal „Ansehen der Person“ eine über die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit hinausgehende Würdigung eventueller Vertragspartner:innen erfordert.

Demzufolge stellt sich die Frage, ob beim Abschluss von Darlehensverträgen eine über die wirtschaftliche Bonität hinausgehende Würdigung von persönlichen Eigenschaften stattfindet. Vorrangig müsste man aber die Frage beantworten, um welche persönlichen Eigenschaften es sich bei der „Würdigung der Person als Individuum“ handeln könnte. Das Schrifttum, das eine Unterscheidung nach der Kreditvergabepraxis bevorzugt, stellt darauf ab, ob das in Frage kommende Kreditgeschäft typischerweise eine individuelle Risikoprüfung, die unter anderem persönliche Merkmale des § 19 AGG beinhaltet, erfordert.²⁰⁹

Dies führt jedoch wiederum zum bereits genannten Zirkelschluss (s. oben §4.D.II.1.a), demzufolge jedes Geschäft, bei dem typischerweise nach den in § 1 AGG genannten Merkmalen unterschieden wird, aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG auszunehmen ist und mit hoher Wahrscheinlichkeit benachteiligende Geschäftsgestaltung zur Folge haben könnte.²¹⁰ Wie in einem Gerichtsurteil zu Recht Ausdruck findet, „kann [es] ja nicht statthaft sein, dass beispielsweise eine Bank einer an einem Darlehen interessierten Person einen solchen Kredit mit der Begründung verweigern kann, der Interessent sei zwar grundsätzlich kreditwürdig, aber hänge leider der falschen Religion an oder aber sei fragwürdig sexuell orientiert.“²¹¹ Mithin steht es mit Bezug auf Darlehensverträge fest, dass es sich bei der „Würdigung der Person als Individuum“ oder bei dem „starken, personalen Element“ um etwas anderes als wirtschaftliche Bonität oder die Merkmale des § 19 AGG handeln soll. Im Schrifttum werden, wie oben (B.IV) dargestellt, als wesentliche persönliche Eigenschaften für die Mietverträge genannt, dass Personen nicht rauchen, kein Haustier halten oder sogar, dass sie ruhige bzw. sympathische Persönlichkeiten sind. Insofern sollte mit Blick auf unterschiedliche Darlehensverträge zu prüfen sein, ob bei der Kreditvergabeentscheidung persönliche Eigenschaften wie beispielsweise Streitfreudigkeit oder Verständnisfähigkeit eine Rolle spielen, um die Frage beantworten können, ob die Darlehensverträge in oder ohne Ansehen der Person abgeschlossen werden.²¹²

Da man nach der geltenden Rechtslage weder bestimmte Vertragsarten pauschal zu MG oder MAS gehörig erklären noch sie pauschal von dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG ausnehmen kann, ist bei den VDV der Umfang der Würdigung der Person entscheidend dafür, inwiefern das umfassende Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG für Darlehensverträge gilt. Relevant hierfür sind die Prozesse der Kreditvergabeentscheidung. Dementsprechend wird im Folgenden zunächst auf die Frage näher eingegangen, ob bei der KWP nach § 505a BGB lediglich die Zahlungsfähigkeit der kreditbeantragenden Person untersucht wird. Darauf folgend wird untersucht, welche Rolle persönliche Eigenschaften von kreditbeantragenden Personen bei der Kreditvergabeentscheidung spielen. Die Untersuchung erfolgt jeweils gesondert für Immobilien- und Konsumentenkredite.

209 MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 24; jurisPK-BGB/Alt Mayer § 19 AGG Rn. 9.

210 Ein sehr gutes Beispiel dafür stellt der Sachverhalt in dem BGH-Urteil v. 5.5.2021 (VII ZR 78/20) dar. Drei Personen im Lebensalter über 35. Jahren wurde der Zutritt zu einer Musikveranstaltung verweigert, da die Zielgruppe der Veranstaltung Personen zwischen 18 und 28 Jahren gewesen seien. Daher sind die Personen, die dem optischen Eindruck nach altersmäßig nicht zur Zielgruppe passten, abgewiesen worden, um die Homogenität der feiernden Gruppe von 1500 (!) Personen nicht zu stören. Laut dem BGH können Unternehmer ein anerkanntes Interesse daran haben, Einfluss auf die Zusammensetzung des Besucherkreises zu nehmen, wenn dieser den Charakter und somit den Erfolg der Veranstaltung prägt (Rn. 22). Der BGH hat leider verkannt, dass man dieselbe Logik auf jedes Konsumgeschäft anwenden und somit beliebige Personengruppen z.B. einer bestimmten ethnischen Herkunft, eines bestimmten Geschlechts oder einer bestimmten sexuellen Identität diskriminieren kann.

211 AG München, Urt. v. 13.4.2016 – 171 C 28560/15 (juris), Rn. 23.

212 Vgl. auch Reifner/Feldhusen § 20 Rn. 51 ff.

C. Exkurs: Erteilung von Bonitätsauskünften

Die Tätigkeit einer Wirtschaftsauskunftei liegt darin, aus den Daten, die ihr zum Zahlungsverhalten einer Person vorliegen, anhand einer bestimmten Formel Bonitätsbewertungen abzugeben. Die Schufa beispielsweise speichert u.a. alle Daten zur Person wie Name, Vorname, Geburtsdatum, Geschlecht, Anschrift und Voranschrift.²¹³ Gespeicherte Daten sind daneben zum Beispiel Handy- oder Leasingverträge, Ratenzahlungsgeschäfte, offene Kredite, Bürgschaften, Bank- und Girokonten, Versandhandelskonten und Zahlungsausfälle, sowie alle damit zusammenhängende Daten.²¹⁴ Daneben erfasst die Schufa auch Daten, die mit Vollstreckungsmaßnahmen zusammenhängen, so auch die Abgabe einer Eidesstattlichen Versicherung, einen Haftbefehl, die Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens oder aber dessen Abweisung.²¹⁵ Über die ethnische Herkunft, religiöse Überzeugung oder den Gesundheitszustand werden von der Schufa keine Daten gespeichert und verarbeitet.²¹⁶

Die Bonitätsbewertung wird sodann in Form eines Scores den Vertragspartner:innen der Wirtschaftsauskunftei auf ihre Anfrage hin mitgeteilt. Nach einem Urteil des OLG München handelt es sich bei der Erteilung von Bonitätsauskünften durch Wirtschaftsauskunfteien um ein MG.²¹⁷ Das Gericht hat diese Argumentation allerdings nicht weiter begründet.

An dieser Stelle sind auch die Schwierigkeiten erwähnenswert, die in der Praxis mit Bezug auf die Anwendung von AGG auftreten, wenn eine Bonitätsauskunft in den KWP- bzw. Kreditvergabeprozess einbezogen wird. Wird ein Kreditantrag infolge einer Bonitätsauskunft abgelehnt,²¹⁸ hat das Kreditinstitut die kreditbeantragende Person hierüber sowie über die erhaltene Auskunft zu informieren (§ 30 Abs. 2 BDSG). Falls die Wirtschaftsauskunftei bei der Ausstellung der Bonitätsauskunft ein durch das § 19 AGG geschütztes Merkmal als Ersatz- bzw. Vertretermerkmal verwendet, liegt eine statistische Benachteiligung, also eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG vor (§4.C) vor. Doch bei der Kreditbeantragung handelt es sich nicht um die Begründung eines Schuldverhältnisses zwischen der Wirtschaftsauskunftei und der kreditbeantragenden Person i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG. Die Ansprüche aus § 21 AGG richten sich gegen eventuelle Vertragspartner:innen eines Schuldverhältnisses i.S.d. § 19 AGG. Aus diesem Grund hat das OLG München in seinem Urteil aus 2014 den Unterlassungsanspruch aus § 21 AGG gegen eine Wirtschaftsauskunftei abgelehnt.²¹⁹

Für die Konstruktion mit Bezug auf den Anspruchsgegner ist zwischen Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch einerseits und Schadensersatzansprüchen andererseits zu unterscheiden. Für die Beseitigungs- bzw. Unterlassungsansprüche gelten die in der Anwendung des § 1004 BGB entwickelten Kriterien.²²⁰ Dementsprechend haftet das Kreditinstitut, wenn es den benachteiligenden Zustand adäquat verursacht hat. Eine adäquate Verursachung liegt auch dann vor, wenn das Kreditinstitut die Benachteiligung veranlasst hat,²²¹ z.B. durch die Einbeziehung von Bonitätsauskünften in den KWP- bzw. Kreditvergabeprozess. Insofern ist der Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch aus § 21 Abs. 1 AGG gegen das Kreditinstitut zu richten, selbst wenn die Benachteiligung aus den Prozessen der Wirtschaftsauskunftei entsteht, denn das Kreditinstitut bezieht die (benachteiligende) Bonitätsauskunft in die KWP oder Kreditvergabeentscheidung ein.

213 Schufa-Auskunft: Welche Daten die Schufa sammeln darf - FOCUS online.

214 Schufa-Auskunft: Welche Daten die Schufa sammeln darf - FOCUS online; Scoring bei der SCHUFA: Informationen zum Verfahren Stand 09.03.2023.

215 Schufa-Auskunft: Welche Daten die Schufa sammeln darf - FOCUS online; Scoring bei der SCHUFA: Informationen zum Verfahren Stand 09.03.2023.

216 Informationen zum Scoring der SCHUFA (meineschufa.de) Stand. 09.03.2023. In Frankreich werden Informationen über den Gesundheitszustand gespeichert und fließen in das Scoring ein, s. Länderbericht Frankreich, S. 21.

217 OLG München, Urt. v. 12.3.2014 – 15 U 2395/13, BeckRS 2014, 7003 (II 2 a); s. auch BeckOGK/Mörsdorf AGG § 19 Rn. 36.

218 Nach belgischem Recht ist es nicht zulässig, einen Kreditantrag allein aufgrund einer Bonitätsauskunft abzulehnen, s. Länderbericht Belgien, S. 8.

219 OLG München, Urt. v. 12.3.2014 – 15 U 2395/13, BeckRS 2014, 7003 (II 2 a).

220 MüKoBGB/Thüsing AGG § 21 Rn. 6.

221 M.w.N. MüKoBGB/Thüsing AGG § 21 Rn. 12.

Bei den Schadensersatzansprüchen ist dagegen die Frage maßgeblich, ob das Kreditinstitut für die (statistische unmittelbare) Benachteiligung durch die Wirtschaftsauskunftei analog gemäß § 278 BGB haftet. Bekanntlich normiert § 278 BGB die Haftung von Schuldner:innen für Dritte in vertraglichen Verhältnissen. Erfüllungsgehilfe i.S.d. § 278 BGB ist, wer mit dem Willen von Schuldner:innen bei der Erfüllung von den Schuldner:innen (gesetzlich oder vertraglich) obliegenden Verbindlichkeiten als Hilfsperson tätig wird, ohne weisungsgebunden zu sein.²²² Insofern können auch andere Unternehmen, sogar Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung Erfüllungsgehilfe sein.²²³ Da es sich bei der Durchführung der KWP um eine gesetzliche Pflicht handelt, haftet das Kreditinstitut i. A. auch für diejenigen Personen, die bei der Erfüllung dieser Pflicht einbezogen worden sind, also auch für das Fehlverhalten einer Wirtschaftsauskunftei.²²⁴

Unabhängig von der Fragestellung, ob der Anbieter nach § 21 Abs. 2 AGG verschuldensabhängig oder -unabhängig haftet (s. oben §4.D.VI), würde das Kreditinstitut gemäß § 278 BGB i. A. für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen haften. Doch im Falle eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 21 Abs. 2 AGG kommt § 278 BGB analog zur Anwendung. Insofern sind dem Kreditinstitut auch die entsprechenden Pflichtverletzungen zuzurechnen, ohne prüfen zu müssen, ob der Erfüllungsgehilfe die Benachteiligung schuldhaft verursacht hat.²²⁵

D. Kreditvergabeprozess

I. Kreditwürdigkeitsprüfung

Den Ausgangspunkt des Kreditvergabeprozesses bildet die Kreditwürdigkeitsprüfung (KWP), die einerseits anhand der §§ 505a ff. BGB aus Gründen des Schutzes vor Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit²²⁶ vorgenommen wird, andererseits aber auch bankaufsichtsrechtlich nach § 18a KWG geboten ist. Obgleich die aufsichtsrechtliche KWP einem anderen Schutzzweck dient, nämlich der Stabilität des Finanzwesens, wird basierend u.a. auf einem nahezu identischen Wortlaut vertreten, unbestimmte Rechtsbegriffe beider Normen einheitlich auszulegen.²²⁷ Regelungen der Aufsichtsbehörden können zumindest als Interpretationshilfe auch im Zivilrecht herangezogen werden.²²⁸

1. Zivilrechtliche Regelungen samt datenschutzrechtlichen Bezügen

a) Allgemeines

Der Abschluss eines VDV erfordert eine Risikoanalyse, zu der die Prüfung der Kreditwürdigkeit der kreditbeantragenden Person gehört (§ 505a Abs. 1 BGB). Hierfür ist eine Prognose zu treffen, ob die kreditbeantragende Person ihren Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag vertragsgemäß nachkommen wird, mithin ob sie zahlungsfähig und zahlungswillig ist sowie dies während der Laufzeit bleiben wird. Im Falle eines negativen Ergebnisses der Prognose darf der Kredit nicht vergeben werden (§ 505a Abs. 1 S. 2 BGB). In dieser Hinsicht spielen das regelmäßige Einkommen und die regelmäßigen Ausgaben der kreditbeantragenden Person eine ausschlaggebende Rolle: Je höher das regelmäßige Einkommen und je niedriger die regelmäßigen Ausgaben, desto größer ist der Raum für die Rückzahlung der Kreditraten. Die durch den Renteneintritt erfolgte Einkommensminderung kann somit eine negative Wirkung auf die Prognose haben. Dies erfolgt allerdings mit dem Zweck, wie bereits darauf hingewiesen, die kreditbeantragende Person vor Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung zu schützen.

²²² M.w.N. BeckOK BGB/Lorenz BGB § 278 Rn. 11.

²²³ M.w.N. MüKoBGB/Grundmann BGB § 278 Rn. 45.

²²⁴ Vgl. MüKoBGB/Grundmann BGB § 278 Rn. 37.

²²⁵ M.w.N. MüKoBGB/Thüsing AGG § 21 Rn. 47.

²²⁶ Ellenberger-Bunte/Münscher, BankRHdb. § 56, Rn. 177.

²²⁷ Mit ausführlicher Analyse Buck-Heeb, WM 2020, 157 (158); MüKoBGB/Weber BGB § 505a Rn. 4; aA BeckOGK/Knops BGB § 505a Rn. 9.

²²⁸ BeckOK BGB/Möller BGB § 505a Rn. 1.

Für den Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag (Konsumentenkredit) und den Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag (Immobilienkredit) gelten unterschiedliche Maßstäbe. Für Konsumentenkredite dürfen keine erheblichen Zweifel an der Rückführbarkeit des Kredites samt Zinsen durch Kreditnehmer:innen bestehen, während bei einem Immobilienkredit dafür strengere Maßgaben gelten, nach denen es wahrscheinlich sein muss, dass Darlehensnehmer:innen ihren Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen werden.

Der europäische Gesetzgeber hat vor, die geltende Verbraucherkreditrichtlinie aus 2008 für Konsumentenkredite²²⁹ zu reformieren. Dazu hat die Europäische Kommission 2021 einen Vorschlag unterbreitet.²³⁰ Mit Art. 18 Abs. 4 VerbKrRL-Vorschlag wird mit Umsetzung in das deutsche Recht künftig der strengere Maßstab auch für Konsumentenkredite, entgeltliche und unentgeltliche Finanzierungshilfen sowie unentgeltliche Darlehen gelten (§§ 506 Abs. 1, 514 Abs. 1 S. 1, 515 BGB).²³¹ Zugleich soll der Anwendungsbereich erweitert und die bisherigen Ausnahmen, Minikredite unterhalb von 200 Euro sowie Kredite, die innerhalb von drei Monaten mit geringen Kosten zurückzahlen sind, gestrichen werden (§ 491 Abs. 2 Nr. 1 und 3 BGB).²³² Es steht zu vermuten, dass mit diesem strengeren Maßstab gerade bei Finanzierungshilfen sowie kleinvolumigen und kurzfristigen Krediten, die KWP künftig verstärkt automatisiert erfolgen wird, da anderenfalls Anbieter darin einen unverhältnismäßig großen Aufwand sehen könnten.

Die Pflicht zur KWP besteht nicht nur vor Abschluss eines VDV, sondern auch vor jeder Erhöhung des Nettodarlehensbetrags um 10 Prozent (§ 505a Abs. 2 BGB).²³³ Das Gesetz sieht eine erleichterte KWP für die Anschlussfinanzierung einer echten Abschnittsfinanzierung sowie einen Umschuldungskredit vor (§ 505a Abs. 3 BGB).²³⁴ Im Falle der Zinsanpassung einer unechten Abschnittsfinanzierung (Prolongation) findet hingegen keine KWP statt, da auch kein neues Kapitalnutzungsrecht eingeräumt wird.²³⁵

Die Prüfung der individuellen finanziellen Verhältnisse der kreditbeantragenden Person richtet sich nach den Vorgaben der §§ 505b und 505c BGB sowie für Immobilienkredite zusätzlich nach der auf § 505e BGB gestützten ImmoKWPLV (Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung). Die Regelungen der ImmoKWPLV dienen der Konkretisierung von §§ 505a und 505b Abs. 2 bis 4 BGB, um der Kritik an der Unbestimmtheit und daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten zu begegnen. Sie begrenzen den dem Darlehensgeber durch § 505a BGB ff. überlassenen Beurteilungsspielraum.²³⁶

Sowohl für Konsumenten- als auch Immobilienkredite besteht zunächst eine Pflicht der Kreditnehmer:innen, die für eine pflichtgemäße KWP benötigten Informationen vollständig und richtig zu erteilen bzw. beizubringen (§ 505d Abs. 3 BGB, Art. 247 Abs. 1 S. 2 BGB).

Für Konsumentenkredite sieht § 505b Abs. 1 BGB vor, dass sowohl Selbstauskünfte der Kreditnehmer:innen als auch die Auskünfte von Wirtschaftsauskunfteien (z.B. Schufa) vom Kreditinstitut herangezogen werden können. Da der § 505b Abs. 1 BGB zugrundeliegende Art. 8 Abs. 1 der geltenden VerbKrRL den Umfang „ausreichender Informationen“ nicht abschließend festlegt, kann der Darlehensgeber auch auf eigene Unterlagen der Kredithistorie, d. h. auf Daten aus voran-

229 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. 2008 L 133/66.

230 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkredite, KOM(2021) 347 endgültig vom 30.6.2021.

231 Zu den Neuerungen: Rott, VuR 2022, 283 (287 f.).

232 ErwGr. 15 VerbKrRL-Vorschlag; vgl. kritische Ausführungen zur bisherigen Kreditpraxis, insbesondere im Rahmen der online-Kreditvermittlung: Rott, BKR 2021, 453-457; Freitag, ZRP 2022, 66 (67).

233 Für Immobilien-Verbraucherdarlehen explizit in § 7 Abs. 1 ImmoKWPLV geregelt.

234 In Ermangelung einer verpflichtenden Kreditwürdigkeitsprüfung besteht hingegen ein Kreditvergabeverbot dennoch insoweit, als dem Darlehensgeber bekannt ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen dauerhaft nicht nachkommen kann (§ 505a Abs. 3 S. 2 BGB).

235 Klinger/Damar/et al., S. 159; Feldhusen, WM 2019, 97 (99).

236 Feldhusen, WM 2019, 97 (99).

gegangenen Geschäftsbeziehungen mit potenziellen Darlehensnehmer:innen, soweit sie datenschutzrechtlich verwertbar sind, oder auf sonstige Informationen zurückzugreifen, ist hierzu aber nicht verpflichtet.²³⁷ Die Kredithistorie, mithin vorangegangene und abgewickelte Kreditverhältnisse, sind allem voran zur Beurteilung der Zahlungsbereitschaft heranzuziehen.²³⁸ Dadurch liegt der Fokus und mithin der Mindeststandard einer KWP grundsätzlich auf der Zahlungsfähigkeit der Darlehensnehmer:innen.

Während für Konsumentenkredite die Anforderungen vage bleiben und der Geschäftspolitik des Kreditgebers einen breiten Spielraum eröffnen, wird das Gesetz für Immobilienkredite dezidiert und enthält höhere Anforderungen. Hier soll die Beurteilung der Kreditwürdigkeit der Darlehensnehmer:innen auf der Basis notwendiger, ausreichender und angemessener Informationen zu Einkommen, Ausgaben sowie anderen finanziellen und wirtschaftlichen Umständen erfolgen (§ 505b Abs. 2 S. 1 BGB bzw. § 18a Abs. 4 S. 2 KWG und § 2 Abs. 2 ImmoKWPLV). Auf Basis dieser Informationen hat der Darlehensgeber „nach einer Gesamtschau der relevanten Faktoren zu einer vernünftigerweise vertretbaren Prognose zu gelangen“ (§ 2 Abs. 1 S. 2 ImmoKWPLV). Die für Immobilienkredite relevanten Faktoren werden durch die ImmoKWPLV konkretisiert. Zu ihnen gehören künftig erforderliche Zahlungen oder Zahlungserhöhungen, die sich infolge einer aufgeschobener Tilgungs- oder Zinszahlungen ergeben können, regelmäßige Ausgaben, Schulden und sonstige finanzielle Verbindlichkeiten sowie Einnahmen aus Vermietung oder Verpachtung und sonstiges Einkommen, Ersparnisse und andere Vermögenswerte (§ 505 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2, Abs. 3, § 4 Abs. 1 ImmoKWPLV).²³⁹ Die Informationen können auf der Selbstauskunft der Verbraucher:innen basieren ebenso wie auf internen (z.B. Kredithistorie) oder externen (z.B. Wirtschaftsauskunftei) Quellen.²⁴⁰ Insbesondere für die Zahlungsbereitschaft von Immobilienkrediten spricht der den Regelungen zugrundeliegende ErwGr. 55 WIKR insoweit von der „Neigung des Verbrauchers zur Rückzahlung des Kredits“. Insofern ist die Kredithistorie und Abwicklung früherer Kreditverträge ausschlaggebend.²⁴¹ Der externe Scorewert soll aber grundsätzlich nur einen von mehreren Faktoren bei der KWP darstellen und von den Kreditinstituten für eigene Modelle verwendet werden.²⁴²

Darüber hinaus wird ausdrücklich die Einbeziehung von Auskünften, die Darlehensvermittler:innen (§ 505b Abs. 3 S. 2 BGB) vorliegen, sowie von Kredithistorien von Vor-Kreditgeber:innen (§ 6 ImmoKWPLV)²⁴³ anerkannt.

b) Zukünftige Ereignisse

Auf Basis dieser Datengrundlage stellt § 3 Abs. 2 ImmoKWPLV für Immobilienkredite mit teils 20 bis 30-jährigen Laufzeiten klar, dass sich die positive Prognose auf die gesamte Vertragslaufzeit zu beziehen hat. Damit sind auch zukünftige Ereignisse im Marktumfeld zu berücksichtigen, beispielsweise ein Anstieg des Sollzinssatzes.²⁴⁴ Zukünftige negative Ereignisse bezogen auf die Situation von Kreditnehmer:innen wie ein verringertes Einkommen aufgrund Renteneintritts, Arbeitslosigkeit, Erwerbsunfähigkeit oder Scheidung sind zu berücksichtigen, wenn dafür konkrete Anhaltspunkte vorliegen (§ 4 Abs. 3 ImmoKWPLV). Allein statistische Erfahrungswerte genügen hingegen grundsätzlich nicht.²⁴⁵ Vielmehr darf auf Erfahrungswerte nur zurückgegriffen werden, wenn aussagekräftige Informationen nicht mit verhältnismäßigem Aufwand zu ermitteln sind (§ 3 Abs. 3 ImmoKWPLV). Für den Renteneintritt als zukünftiges Ereignis werden diese rechtlichen Maßgaben in Teilen gestützt durch die Ergebnisse der Bankenumfrage zur Kreditpraxis.

²³⁷ MüKoBGB/Weber § 505b Rn. 2 f.; vgl. auch Gesetzesbegründung: BT-Drs. 16/11643, S. 96.

²³⁸ BeckOK BGB/Möller § 505b BGB Rn. 3.

²³⁹ BeckOK BGB/Möller BGB § 505b Rn. 3; hierzu ausführlich: Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (270 f.).

²⁴⁰ BT-Drs. 18/5922, S. 99.

²⁴¹ BeckOK BGB/Möller, § 505b BGB Rn. 3.

²⁴² Horstmann/Dalmer, ZD 2022, 260 (261).

²⁴³ Hierzu ausführlich: Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (275).

²⁴⁴ BT-Drs. 18/5922, S. 99.

²⁴⁵ Vgl. Begründung zu § 4 Abs. 3 ImmoKWPLV, BAnz. vom 30.4.2018, S. 6.

Die Kreditanbieter fragen im Durchschnitt ab der Altersgrenze von 60 Jahren die künftige Rente ab und beziehen sie in die Kreditwürdigkeitsprüfung ein (s. oben im §2.B.II Abbildung 11).

Allerdings scheint der Vorrang einer Einbeziehung von Informationen der individuellen Kreditnehmer:innen zu den künftigen Ereignissen nicht durchgehend umgesetzt zu werden. So gaben im Rahmen des *iff*-Gutachtens zur „Evaluierung der Entwicklungen im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen“ lediglich 7 Prozent der Verbraucher:innen an, nach künftigen Ereignissen gefragt worden zu sein.²⁴⁶ Die Folgen der Nichtberücksichtigung zukünftiger Ereignisse werden insbesondere für zukünftige positive Ereignisse wie Einkommenssteigerungen deutlich. Zukünftige positive Ereignisse wie die Verlängerung oder Entfristung eines Beschäftigungsverhältnisses, die Aufstockung der Arbeitszeit nach Teilzeitarbeit oder eine Beförderung können berücksichtigt werden, wenn sie bezogen auf die konkreten Umstände voraussichtlich anzunehmen, wenn auch nicht sicher sind (§ 4 Abs. 4 ImmoKWPLV).²⁴⁷ Es handelt sich lediglich um eine „Kann“-Vorschrift, so dass den Kreditinstituten ein geschäftspolitischer Spielraum zur Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung verbleibt.²⁴⁸ Dies spiegelt sich auch in den Umfrageergebnisse wider. Kreditinstitute berücksichtigen zukünftige „positive“ Ereignisse wie Inflationsanpassungen der Rente und geplantes zusätzliches Einkommen aus freiwilliger Arbeitstätigkeit nach Renteneintritt nur zurückhaltend in der KWP von älteren Menschen (s. Anhang I, Abbildung 30).

Diese Resultate bestätigen die im *iff*-Gutachten zur „Evaluierung der Entwicklungen im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen“ gewonnenen Erkenntnisse. Auch hier konnte basierend auf Umfrageergebnisse ermittelt werden, dass zukünftige positive Ereignisse wie das Ende der Elternzeit, der Übergang von einer Teilzeit- in eine Vollbeschäftigung oder die Entfristung eines Arbeitsverhältnisses tendenziell weniger Berücksichtigung erfahren und daraus für einzelne Verbrauchergruppen ein Problem im Kreditzugang resultieren kann.²⁴⁹ Dieser Effekt kann nochmals dadurch verstärkt werden, dass Kreditinstitute ausweislich entsprechender Umfragewerte in der KWP dazu neigen, primär die gegenwärtigen Verhältnisse und nur sichere zukünftige (negative) Ereignisse wie den Renteneintritt oder das Sterberisiko zu berücksichtigen (s. Anhang I, Abbildung 30).²⁵⁰

Um den Kreditzugang für ältere Menschen zu erleichtern, sieht die ImmoKWPLV eine Konkretisierung für Immobilienkredite mit Blick auf das Sterberisiko bei fortgeschrittenem Alter oder bestehenden Krankheiten vor. Die Prüfung der Leistungsfähigkeit von Darlehensnehmer:innen soll sich auf die jeweils fälligen Verpflichtungen beziehen und es muss keine vollständige Rückzahlung des Darlehens im Zeitraum der statistisch wahrscheinlichen Lebenserwartung erfolgen.²⁵¹ Selbst wenn konkrete Anhaltspunkte für ein baldiges Versterben von Darlehensnehmer:innen vorliegen sollten, kann dies nach § 4 Abs. 3 S. 3 ImmoKWPLV unberücksichtigt bleiben, wenn wahrscheinlich ist, dass die Darlehensnehmer:innen zu Lebzeiten den jeweils fälligen Verpflichtungen voraussichtlich vertragsgemäß nachkommen werden und der Immobilienwert oder der Wert anderer als Sicherheiten dienender Vermögenswerte hinreichende Gewähr für die Abdeckung der im Zusammenhang mit dem Immobilienkredit stehenden Verbindlichkeiten und eventuellen Verwertungskosten bietet.²⁵²

246 Klinger/Damar/et al., S. 159.

247 Ellenberger-Bunte/Münscher, BankRHdb. § 56 Rn. 183; Reifner/Feldhusen § 13 Rn. 60.

248 Hierzu ausführlich: Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (273) sowie Feldhusen, WM 2019, 97 (100, 105).

249 Klinger/Damar/et al., S. 159 f.

250 Klinger/Damar/et al., S. 159 f.

251 BeckOK BGB/Möller BGB § 505a Rn. 11.

252 Diesbezüglich wird auf die ausführlichen Erläuterungen in diesem Abschnitt unter D.I.3 und 4 verwiesen.

Soweit die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 S. 3 ImmoKWPLV nicht vorliegen, kommt dem Wert der Wohnimmobilie bzw. einem Wertzuwachs nur eine nachrangige Bedeutung zu, da die KWP die Liquidität künftiger Kreditnehmer:innen fokussiert (§ 505b Abs. 2 S. 3 BGB).²⁵³ Allerdings kann der Wertzuwachs einer Immobilie zu berücksichtigen sein, wenn die finanzierte Maßnahme einem Ausbau oder der Renovierung dient (§ 505b Abs. 2 S. 3 BGB, § 5 ImmoKWPLV). Doch die Maßnahmen zum pflege- oder behindertengerechten Umbau werden eher als Quelle für zusätzliche Kosten angesehen, denn als Wertsteigerung (s. oben im §2.A Abbildung 3).

c) Standardisierung

Sowohl für die KWP von Konsumenten- als auch Immobilienkreditverträgen ist anerkannt, dass sie trotz der Ausrichtung auf den Einzelfall standardisiert vorgenommen werden kann, insbesondere durch Scoring-Verfahren.²⁵⁴ Standardisierte Maßgaben gelten beispielsweise auch, wenn Kreditinstitute regelmäßig als Kriterium der positiven Prognose verlangen, dass ein Negativvermerk bei der Schufa nicht vorliegt.²⁵⁵ Weiterhin sind Arbeitslosigkeit, befristete Aufenthaltsgenehmigung, Insolvenz, niedriger Schufa-Score, Minderjährigkeit oder eine fehlende Legitimation denkbar.²⁵⁶

Darüber hinaus finden in der Prognoseberechnung standardisierte Kennzahlen der Risikoberechnung für das Kreditengagement Anwendung wie eine maximale Schuldendienstquote und ein Limit im Verhältnis von Einkommen und Gesamtkreditverpflichtung bzw. der Kredithöhe.²⁵⁷ Die vorgenannten Standards unterscheiden sich in Abhängigkeit von der individuellen Geschäftspolitik und dem individuellen Risikomanagement des Kreditinstituts.²⁵⁸ Insbesondere für Immobilienkredite sieht § 2 Abs. 3 S. 2 ImmoKWPLV die Möglichkeit einer Standardisierung ausdrücklich vor, wobei von diesen standardisierten Vorgaben abzuweichen ist, wenn es die Umstände des Einzelfalls erfordern.²⁵⁹

Aus Gründen der Wirtschaftlichkeit wird eine standardisierte KWP insbesondere bei kleinen Konsumentenkrediten bzw. Sofortkrediten genutzt (s. oben §2.B.I.2). Dies korrespondiert mit den Umfragewerten, die zumindest für rund 10 Prozent der Konsumentenkredite eine ausschließlich standardisierte KWP ausweisen (s. oben im §2.B.I.2 Abbildung 6). Überwiegend findet für Konsumentenkredite allerdings keine standardisierte KWP (14 Prozent) oder eine standardisierte KWP häufig mit Einzelfallbetrachtung (39 Prozent) statt (also insgesamt 53 Prozent). Die Kreditinstitute nehmen eine Einzelfallbetrachtung insbesondere vor, wenn sie Hausbank sind bzw. ihnen die kreditbeantragende Person bekannt ist und demgemäß eine Kredithistorie existiert (s. oben §2.B.I.2). Die Kredithistorie umfasst dann regelmäßig das persönliche Rückzahlungsverhalten bezüglich anderweitiger und vorangegangener Finanzierungen, kann bei der Hausbank aber auch das Spar- bzw. Zahlungsverhalten mitumfassen (beispielsweise keine Rücklastschriften auf dem Girokonto, keine mangels Deckung abgelehnte Zahlungsaufträge,²⁶⁰ regelmäßige Zahlungen auf einen Bausparvertrag o. ä.), wie es die Umfrageergebnisse (s. Anhang I, Abbildung 30) nahelegen.

Insofern kann es für nach statistischen Merkmalen finanziell vulnerable Verbrauchergruppen hilfreich sein, wenn die KWP einen stärkeren persönlichen Bezug durch eine Einzelfallbetrachtung erhält. Beispielsweise kann eine Standardisierung bereits beginnen, indem eine Haushaltsrech-

²⁵³ So auch ErwGr. 55 der WIKR.

²⁵⁴ Ellenberger-Bunte/Münscher, BankRHdb. § 56, Rn. 186; MüKoBGB/Weber BGB § 505 b Rn.3; Buck-Heeb, BKR 2023, 137 (138); vgl. Begründung zu § 2 Abs. 3 ImmoKwPLV in BAnz. vom 30.4.2018 S. 3 f.; Zweifel hegend, weil beispielsweise basierend auf Score-Werten stets eine ex-post-Betrachtung erfolgt, für die KWP hingegen eine ex-ante-Betrachtung der Wahrscheinlichkeit erforderlich sei: Feldhusen, WM 2019, 97 (101 f.).

²⁵⁵ Klinger/Damar/et al., S. 155.

²⁵⁶ Horstmann/Dalmer, ZD 2022, 260 (262).

²⁵⁷ Klinger/Damar/et al., S. 155.

²⁵⁸ Klinger/Damar/et al., S. 155; vgl. hierzu auch Ausführungen zum Bankaufsichtsrecht in diesem Abschnitt unter D.I.2.

²⁵⁹ Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (270).

²⁶⁰ Klinger/Damar/et al., S. 154.

nung pauschal anhand der Haushaltsmitglieder ermittelt wird.²⁶¹ Insbesondere Kreditinstitute mit einem deutschlandweiten Massengeschäft nehmen auch keine regionale Anpassung der Lebenserhaltungskosten vor²⁶² oder weichen im Einzelfall von der Standardisierung mit Blick auf die individuelle Situation von Kreditnehmer:innen ab.²⁶³ Dies kann gerade bei geringeren Einkommen, wie dem von älteren Menschen nach Renteneintritt, zu einem mangelnden Überschuldungsschutz führen oder auch zu einem Ausschluss vom Kreditmarkt, je nachdem wie streng die bundesweite Haushaltspauschale des Kreditinstituts in Abweichung von den Kosten der tatsächlichen Haushaltsführung von Kreditnehmer:innen angesetzt ist. Die Nutzung von Pauschalen wie Haushaltspauschalen oder Betriebskosten- und Instandhaltungspauschalen für die Immobilie, wird nach den verbraucherkreditrechtlichen Maßgaben grundsätzlich als zulässig erachtet.²⁶⁴ Deshalb dürfte die aktuelle Praxis der standardisierten KWP, die im Wege der Umfrageergebnisse Kritik durch Verbraucherbeschwerden erfährt (s. oben §2B, Abbildung 4), innerhalb des derzeitigen verbraucherkreditrechtlichen Rahmens liegen. Es bleibt abzuwarten, ob die deutsche Umsetzung der neuen VerbKrRL diesbezügliche Änderungen vorsieht.

Die Kreditpraxis nutzt hingegen auch häufig sehr detaillierte Selbstauskünfte für die kreditbeantragende Person,²⁶⁵ wodurch mit Blick auf die Risiko-Kennzahlen wie Schuldendienstquote u. Ä. von einer standardisierten KWP auszugehen ist, die jedoch im Wege der Haushaltsrechnung auch den Einzelfall betrachtet. Vor diesem Hintergrund sind auch die Ergebnisse der Bankenumfrage zu werten, nach welcher von 75 Prozent der Befragten eine standardisierten KWP durchgeführt wird, die jedoch auch den Einzelfall berücksichtigt (s. oben im §2.B.I.2 Abbildung 6).

Darüber hinaus existieren für die Kreditvergabe spezifische Altersgrenzen, die gleichermaßen eine Standardisierung darstellen. Hierfür wird auf die Ausführungen in diesem Abschnitt unter D.I.1 verwiesen.

d) Dokumentationspflicht

Für Immobilienkredite ordnet § 505b Abs. 4 BGB eine Dokumentationspflicht an, die im Zweifel auch Grundlage für einen Auskunftsanspruch bilden könnte. Es sind Verfahren und Angaben, auf die sich die Kreditwürdigkeitsprüfung stützt, festzulegen, zu dokumentieren und die Dokumentation aufzubewahren. Auch für Konsumentenkredite besteht eine bankaufsichtsrechtliche Dokumentationspflicht (§ 18a Abs. 5 KWG), der bislang aber keine verbraucherrechtliche Wirkung beizumessen ist. Mit dem Entwurf der neuen Verbrauchercreditrichtlinie ist hingegen auch für diese Konsumentenkredite eine direkt Verbraucherschützende Wirkung angedacht (Art. 18 Abs. 3 VerbKrRL-Vorschlag).

e) Datenschutz

Datenschutzrechtliche Aspekte bleiben für Konsumenten- wie auch Immobilienkredite von den verbraucherkreditrechtlichen Vorschriften unberührt (§ 505b Abs. 5 BGB). Dies gilt beispielsweise für die datenschutzrechtliche Pflicht nach § 30 Abs. 2 S. 1 BDSG, welche eine Unterrichtung der Verbraucher:innen darüber vorsieht, dass dem Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags oder einer entgeltlichen Finanzierungshilfe die negative Auskunft einer Wirtschaftsauskunftei (z.B. Schufa) entgegensteht sowie deren konkreter Inhalt.²⁶⁶ Gleiches gilt auch für die datenschutzrechtlichen Pflichten im Falle eines Scorings. So ist den betroffenen Verbraucher:innen zu ermöglichen, die Entscheidung anzufechten, den eigenen Standpunkt darzulegen und das Eingreifen einer menschlichen Person zu erwirken (Art. 22 Abs. 3 DSGVO).

²⁶¹ Klinger/Damar/et al., S. 156.

²⁶² Dies verlangend: Feldhusen, WM 2019, 97 (103) sowie Omlor, NJW 2018, 2445 (2447).

²⁶³ Klinger/Damar/et al., S. 156 f.

²⁶⁴ MüKoBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl. 2019, BGB § 505b Rn. 7.

²⁶⁵ Beispiele hierfür in: Koreng/Lachenmann-Achtermann, Nr. 2, Anmerkung 1-7 sowie Nr. 4 Anmerkungen 1-4.

²⁶⁶ Nach belgischem Recht ist es nicht zulässig, einen Kreditantrag allein aufgrund einer Bonitätsauskunft abzulehnen, s. Länderbericht Belgien, S. 8.

Auch ist im Rahmen der Datenerhebung über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen des Scorings für betroffene Verbraucher:innen zu informieren (Art. 13 Abs. 2 lit. (f), Art. 14 Abs. 2 lit. (g) DSGVO). Bislang ist europarechtlich ungeklärt, ob diese Pflicht lediglich eine externe Scoringstelle (z.B. die Schufa) oder auch die kreditgebende Bank betrifft.²⁶⁷ Eine dahingehende Regelung enthält der VerbKrRL-Vorschlag. Artikel 18 Abs. 6 VerbKrRL-Vorschlag sieht künftig ein Recht der Darlehensnehmer:innen vor, Erläuterungen zur Kreditwürdigkeitsprüfung zu erhalten, u.a. einschließlich der Logik samt ihrer Bedeutung für die Entscheidung und ihrer Auswirkungen auf sie, aber auch ihr Recht, den eigenen Standpunkt zur Kreditwürdigkeitsprüfung und zur Kreditentscheidung darzulegen.²⁶⁸ Dies kann insbesondere hilfreich sein, um Kreditnehmer:innen zu ermöglichen, etwaige Ansprüche aus einer nicht pflichtgemäß wahrgenommenen KWP oder entsprechenden Erläuterungspflichten geltend machen zu können.²⁶⁹ Dabei ist allerdings als Grenze zu beachten, dass die konkrete Zusammensetzung der Scoring-Kriterien samt deren Gewichtung ein geschütztes Geschäftsgeheimnis darstellt.²⁷⁰

2. Aufsichtsrechtliche Regelungen

Die aufsichtsrechtliche Pflicht zur Vornahme einer KWP vor Abschluss eines VDV gemäß § 18a KWG gilt für Kreditinstitute i.S.v. § 1 Abs. 1 KWG „unabhängig von ihrer Rechtsform, Größe und der Art der betriebenen Bankgeschäfte“.²⁷¹ Die KWP aus bankaufsichtsrechtlicher Sicht dient der Stabilität des Finanzsystems und berücksichtigt deshalb insbesondere auch den Risikoappetit, die Kreditrichtlinien, Kreditvergabekriterien, Limits und maßgeblichen Parameter sowie die ggf. relevanten Maßnahmen der makroprudenziellen Behörde, die zur Überwachung der Stabilität des Finanzsystems im Gesamten getroffen werden.²⁷² Die Pflicht aus § 18a KWG deckt sich weitestgehend mit den zivilrechtlichen Vorschriften der § 505a bis § 505d BGB,²⁷³ sodass im Folgenden lediglich auf die Besonderheiten eingegangen wird.

Eine positive Prognose der KWP verlangt auch in aufsichtsrechtlicher Hinsicht die Wahrscheinlichkeit, dass Verbraucher:innen in der Lage sein werden, den Vertragspflichten nachzukommen bzw. sie zu erfüllen.²⁷⁴ Allerdings steht für die zivilrechtliche KWP die Liquidität²⁷⁵ und mithin die Erfüllungswahrscheinlichkeit während der Vertragslaufzeit im Fokus,²⁷⁶ während für die bankaufsichtsrechtliche KWP insbesondere die Rückzahlungswahrscheinlichkeit Bedeutung erlangt.²⁷⁷ Dies kann beispielsweise mit Blick auf die Kreditsicherheiten zu einem von der zivilrechtlichen KWP abweichenden Ergebnis führen. Das Kreditinstitut hat im Rahmen der KWP die ihm vorliegenden Unterlagen und Informationen über die Kreditnehmer:innen zu bewerten, wenn gleich keine vollständige Gewissheit über die Rückführung des Kredites vorzuliegen hat.²⁷⁸ Die Kriterien für die Rückführung müssen lediglich in einer Gesamtschau überwiegen.²⁷⁹

Allerdings wurden dabei für die Maßstäbe der Wahrscheinlichkeit bislang keine spezifischen Prozentangaben konkretisiert.²⁸⁰ Auch wenn Auskunfteien wie die Schufa innerhalb der KWP als externe Quelle herangezogen werden (§ 18a Abs. 3 KWG),²⁸¹ entbindet dies das Kreditinstitut

267 Vgl. EuGH, Rs. C-634/21; zur Vorlage des VG Wiesbaden Beschl. v. 1.10.2021 – 6 K 788/20.WI samt Anmerkung von Krüger, VuR 2022, 70-74 sowie Paal, ZfDR 2023, 114 (124-141) und Blasek, ZD 2022, 433-438.

268 Vgl. hierzu Ausführungen von Buck-Heeb, BKR 2023, 137 (143 f.) sowie Langenbacher, BKR 2023, 205 (209).

269 Klinger, S. 217, 259; Hofmann, NJW 2010, 1782 (1785 f.).

270 BGH, Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 156/13, NJW 2014, 1235; hierzu kritisch und eine Transparenz einfordernd: Feldhusen, BKR 2016, 441 (447).

271 Fischer/Schulte-Mattler/Bock, § 18a KWG Rn. 23.

272 Vgl. Nr. 95 der EBA-Leitlinien für die Kreditvergabe und Überwachung, EBA/GL/2020/06 vom 29. Mai 2020.

273 Fischer/Schulte-Mattler/Bock, § 18a KWG Rn. 23; Buck-Heeb, BKR 2018, 269 (270).

274 Fischer/Schulte-Mattler/Bock, § 18a KWG Rn 69.

275 S. hierzu unter D.I.2.

276 Feldhusen, WM 2019, 97 (100).

277 Feldhusen, WM 2021, 2020 (2023).

278 Feldhusen, in WM 2021, 2020 (2023).

279 Feldhusen, in WM 2021, 2020 (2023).

280 Feldhusen, WM 2021, 2020 (2022).

281 Fischer/Schulte-Mattler/Bock, § 18a KWG Rn. 98.

jedoch nicht davon, sich ein eigenes Bild über die Rückzahlungsfähigkeit zu machen (MaRisk BTO 1.2 Tz. 4).²⁸² Für diese Bewertung kann es die internen und externen Informationen kombinieren, wobei sich die Prüfung am Einzelfall zu orientieren und die individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditnehmer:innen und etwaige zukünftige Risiken zu berücksichtigen hat (MaRisk BTO 1.2.1 Tz. 1).²⁸³ § 18a Abs. 3 S. 1 KWG benennt hierfür keine konkreten Bewertungskriterien. Auch MaRisk BTO 1.2.1 Tz. 1 normiert keine festen Vorgaben für die Kreditgewährung. Danach sind die „für die Beurteilung des Risikos wichtigen Faktoren unter besonderer Berücksichtigung der Kapitaldienstfähigkeit des Kreditnehmers bzw. des Objektes/Projektes zu analysieren und zu beurteilen“.²⁸⁴ Folglich räumt der Gesetzgeber dem Kreditinstitut einen Ermessensspielraum bei der Entscheidung darüber ein, ob die gesammelten Informationen für eine Beurteilung des Ausfallrisikos ausreichend sind.²⁸⁵ Es liegt insoweit in der Verantwortung des Kreditinstitutes eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation mittels angemessenen und wirksamen Risikomanagements vorzunehmen (§ 25a Abs. 1 S. 3 KWG). Dies gilt im Übrigen auch für die Berücksichtigung des künftigen Renteneintritts und eines daraufhin reduzierten Einkommens. So sehen die EBA-Leitlinien²⁸⁶ vor, dass, falls die Kreditlaufzeit über das voraussichtliche Rentenalter der Verbraucher:innen hinausgeht, der Kreditgeber die Angemessenheit des voraussichtlichen Einkommens der Verbraucher:innen und ihre Fähigkeit, den Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag im Ruhestand weiter nachzukommen, „angemessen“ berücksichtigen soll.²⁸⁷ Auch enthalten die EBA-Leitlinien weitere Vorgaben zu den Informationen, die in die KWP einfließen sollen, welche sich wiederum im Wesentlichen mit den zivilrechtlichen Maßgaben decken.²⁸⁸

3. Rolle des Alters

Ausweislich der Ergebnisse der Bankenumfrage werden in der Kreditaufnahme durch ältere Menschen besondere Kreditrisiken gesehen (92 Prozent), die aus dem geringeren Einkommen im Ruhestand (83 Prozent), einem erhöhten Sterberisiko (83 Prozent) sowie erhöhter Risiken einer möglichen Pflegebedürftigkeit (76 Prozent), Erwerbsunfähigkeit (64 Prozent) und Arbeitslosigkeit (55 Prozent) resultieren (s. oben im §2.B Abbildung 5).

Um diesen Kreditrisiken zu begegnen, berücksichtigen ausweislich der Umfragen sowohl die bankinterne KWP (80 Prozent) als auch die externen Bonitätsauskünfte der Wirtschaftsauskunfteien (53 Prozent) das Alter (Abbildung 19) bzw. den Renteneintrittsalter, die statistische Lebenserwartung sowie eine etwaige Krankheit bzw. Behinderung der kreditbeantragenden Person (s. Anhang I, Abbildung 30).²⁸⁹ Das Alter wird auch bei der Kreditvergabeentscheidung berücksichtigt (84 Prozent, s. Abbildung 19).

282 BaFin, Rundschreiben 05/2023 (BA): Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk), Besondere Anforderungen an die Ausgestaltung der Aufbau- und Ablauforganisation im Kredit-, Handels- und Immobiliengeschäft (BTO). Fischer/Schulte-Mattler/Bock, § 18a KWG, Rn. 99.

283 BaFin - Rundschreiben - Rundschreiben 09/2017 (BA) - MaRisk BA Stand 23.05.2023.

284 BaFin - Rundschreiben - Rundschreiben 09/2017 (BA) - MaRisk BA Stand 23.05.2023.

285 Fischer/Schulte-Mattler/Bock, § 18a KWG Rn. 70.

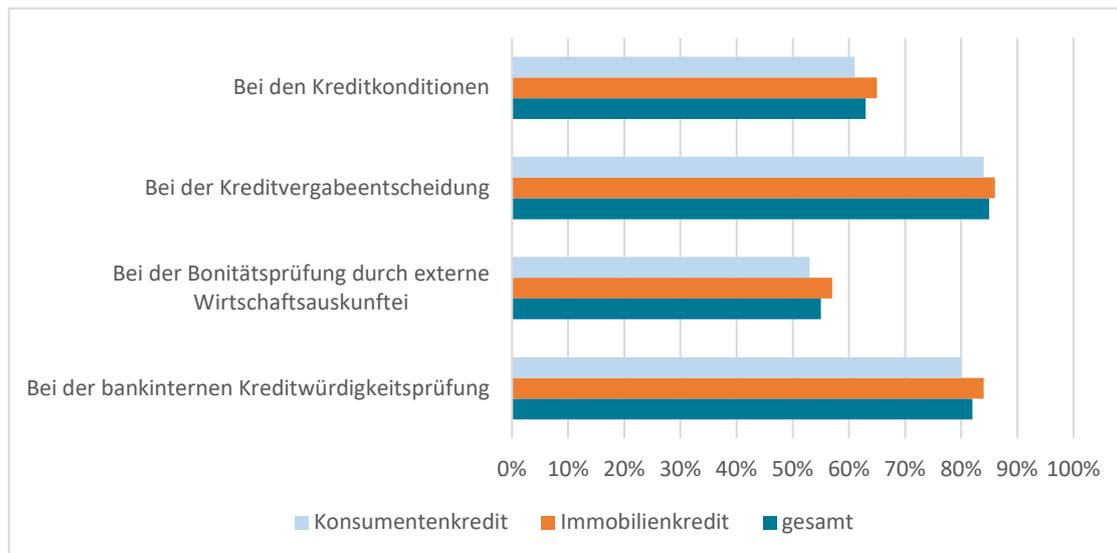
286 EBA, Final Report, Guidelines on loan origination and monitoring, EBA/GL/2020/06 vom 29. Mai 2020, Ziff. 5.2.1 Nr. 99 („joint repayment capacity of the borrowers“).

287 EBA, Leitlinien für die Kreditvergabe und Überwachung, EBA/GL/2020/06 vom 29. Mai 2020 Nr. 104.; EBA GL 2020 06 Final Report on GL on loan origination and monitoring.pdf (europa.eu) Stand 20.05.2023; s. auch Feldhusen, WM 2021, 2020 (2026).

288 Vgl. EBA, Leitlinien für die Kreditvergabe und Überwachung, EBA/GL/2020/06 vom 29. Mai 2020 Nr. 85. Nr. 98 enthält zusätzlich noch Steuern und Versicherungen, die explizit einzubeziehen sind; ferner ist auch bezüglich eines/einer Garantiengabe:in (z.B. Bürg:in) eine KWP durchzuführen (Nr. 100); vgl. weiterführende Ausführungen: Feldhusen, WM 2021, 2020.

289 AG München, Urt. v. 13.04.2016 - 171 C 28560/15 (juris).

Abbildung 19: Das fortgeschrittene Alter im Kreditvergabeprozess



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Inwiefern wird das fortgeschrittene Alter der kreditbeantragenden Person im Kreditvergabeprozess berücksichtigt? (Mehrfachnennung)

Insbesondere existieren laut der Umfrageergebnisse spezifische Altersgrenzen im Prozess der Kreditvergabe (s. oben §2.B.III Abbildung 12). So liegt die Altersgrenze bei Immobiliarkrediten für das Ende der Kreditlaufzeit und die Volltilgung des Kredits zwischen 65 und 80, bei Konsumentenkrediten zwischen 65 und 85. Für die Beantragung des Kredits liegen die Altersgrenzen bei Immobiliarkrediten zwischen 50 bis 84, bei Konsumentenkrediten zwischen 55 bis 80 Jahren. Da keine konkreten Kriterien für die Bewertung der Kreditwürdigkeit anhand der zivil- und aufsichtsrechtlichen Regelungen vorgegeben sind und die EBA-Leitlinien sogar Altersgrenzen für zulässig erachten,²⁹⁰ kann bzw. darf das Alter, das Renteneintrittsalter, die statistische Lebenserwartung und eine etwaige Krankheit bzw. Behinderung der Kreditnehmer:innen kreditrechtlich berücksichtigt werden. Insbesondere Krankheiten oder Behinderungen, die eine Erwerbstätigkeit und somit das regelmäßige Einkommen negativ beeinflussen, können sich auf die Prognose nach der KWP negativ auswirken.

Allerdings ist eine negative Prognose innerhalb der KWP, die sich allein auf das Alter einer Person stützt, zweifelhaft. Die vorgenannten zivil- und bankaufsichtsrechtlichen Regelungen verlangen eine Prognose bzw. Wahrscheinlichkeit (§ 505a Abs. 1 S. 2 BGB), die sich auf verschiedene der genannten relevanten Faktoren stützt. Insofern begegnen konkrete Altersgrenzen im Sinne eines Ausschlusskriteriums innerhalb der KWP Zweifel, es sei denn, ihnen kommt in der Gewichtung der unterschiedlichen Faktoren eine überwiegend ausschlaggebende Bedeutung zu. Um eine Gewichtung vorzunehmen, dürfte für Praxisfälle, in denen standardisierte Altersgrenzen greifen, eine Abweichung mittels Betrachtung des Einzelfalls geboten sein.²⁹¹

Für ältere Menschen ist daneben eine weitere Standardisierung mit Blick auf die Lebenserwartung und das Rentenalter gängige Kreditpraxis. Insoweit wird innerhalb der KWP auf öffentliche Statistiken zurückgegriffen, die gleichermaßen konkrete Altersangaben enthalten.²⁹²

Basierend auf einem versicherungsrechtlichen Urteil des OLG Stuttgart zu Altersgrenzen²⁹³ sind diesbezüglich Zweifel angebracht. So führt das Gericht in seiner Entscheidung aus, eine statistische Lebenserwartung sei vom jeweiligen Lebensalter abhängig, denn man könne keine

²⁹⁰ EBA, Final Report, Guidelines on loan origination and monitoring, EBA/GL/2020/06 vom 29. Mai 2020, Annex 1 Nr. 1 „credit-granting criteria“.

²⁹¹ Vgl. hierzu Ausführungen zuvor in diesem Abschnitt unter E.I.1.; Klinger/Damar/et al., S. 157 f.; vgl. auch Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (270).

²⁹² Klinger/Damar/et al., S. 157.

²⁹³ OLG Stuttgart, Urt. v. 21.1.2021 – 2 U 565/19 (juris).

über alle Altersklassen hinweg einheitliche Lebenserwartung von 85 Jahren zugrunde legen. Diese Maßstäbe könnten auch in der KWP herangezogen werden und für die Berücksichtigung der statistischen Werte bei der Kreditvergabe den Grundsatz bilden (s. unten §7.B.V).

Neben einer Standardisierung findet für kreditbeantragende ältere Menschen hinsichtlich künftiger Ereignisse auch eine intensivere KWP statt, so dass beispielsweise ab der durchschnittlichen Altersgrenze von 60 die künftige Rente als zukünftiges negatives Ereignis abgefragt und in die KWP einbezogen wird (60 Prozent, s. oben im §2.B.II Abbildung 11). Positive zukünftige Ereignisse, die innerhalb dieses Zeitraums einer Finanzierung eintreten können (z.B. Erwerbstätigkeit neben dem Rentenbezug, Inflationsanpassungen der Rente), sind innerhalb der KWP nicht verpflichtend zu berücksichtigen und werden laut der Umfrageergebnisse in der Praxis auch nur zurückhaltend von den Anbietern einbezogen (s. Anhang I, Abbildung 30).²⁹⁴

Auf dieser Vielzahl an Gründen basierend verwundert es nicht, dass ältere Menschen einen erschwerten Zugang zu Kredit haben.²⁹⁵ Die altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe trat insbesondere nach der Umsetzung der WIKR²⁹⁶ im Wege der deutschen Regelungen zur KWP (§§ 505a ff. BGB ff.)²⁹⁷ auf, was diverse Studien anhand von Kreditablehnungen für diese Verbrauchergruppe belegen.²⁹⁸ Hierauf versuchte die ImmoKWPLV durch § 4 Abs. 3 S. 3 eine Antwort zu finden, indem Sicherheiten innerhalb der KWP eine Möglichkeit des Ausgleichs für diese Verbrauchergruppe bilden sollen. Gemäß § 4 Abs. 3 S. 3 ImmoKWPLV können Kreditinstitute von dem erhöhten Risiko des Ablebens absehen, falls die kreditbeantragende Person während ihrer Lebenszeit den Kredit bedienen kann und der Immobilienwert oder der Wert anderer als Sicherheiten dienender Vermögenswerte hinreichende Gewähr für die Abdeckung der Verbindlichkeiten und der Verwertungskosten bieten.²⁹⁹ Hierzu im folgenden Abschnitt.

4. Rolle der Sicherheiten

Seit Umsetzung der WIKR in das deutsche Recht im Wege der §§ 505a ff. BGB liegt der Fokus der zivilrechtlichen KWP auf der Liquidität der Darlehensnehmer:innen, so dass den Sicherheiten grundsätzlich eine untergeordnete Bedeutung zukommt.³⁰⁰ So kann die Stellung von Bürg:innen gerade nicht von einer negativen zu einer positiven Prognose innerhalb der KWP führen.³⁰¹ Dies zeigt sich insbesondere im Konsumentenkredit, bei welchem in rund einem Drittel der Fälle keine (29 Prozent) bzw. in rund der Hälfte allenfalls teilweise (53 Prozent) Sicherheiten verlangt werden (Abbildung 20).

294 Für ein interessantes Beispiel dazu s. Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland, S. 78.

295 Klinger/Damar/et al., S. 36, 163.

296 ABl. 2014 L 60/34.

297 Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11. März 2016, BGBl. 2016 I 396.

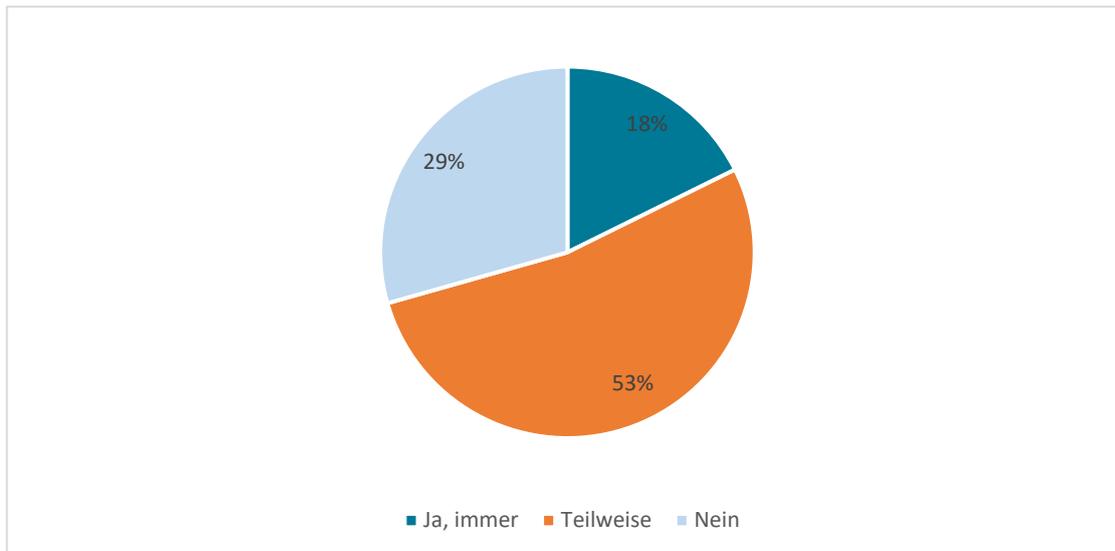
298 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland, S. 78 f., 120; Klinger/Damar/et al., S. 34, 46, 50, 53, 128, 136 f.; Beigang/Boll/et al., S. 40 f.

299 Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (272 f.); Feldhusen, WM 2019, 97 (105).

300 Explizit für Immobilienkredite § 505b Abs. 2 S. 3 BGB; Ellenberger-Bunte/Münster, BankRHdb. § 56 Rn. 194.

301 Feldhusen, WM 2019, 97 (100) mit Verweis auf König, WM 2017, 269 (273).

Abbildung 20: Sicherheiten im Konsumentenkredit



Quelle: Bankenumfrage, N = 51. Frage: Werden bei Konsumentenkrediten Sicherheiten verlangt?

Dies führte für ältere Menschen mit reduzierten Renteneinkommen in Verbindung mit einem erhöhten Sterberisiko zu einer altersbedingten Benachteiligung bei der Kreditvergabe, weil die Rückführung des Kredits innerhalb der Lebenszeit vielfach nicht durch eine positive Prognose gewährleistet werden konnte. Konsequenz dessen war, dass für den Zeitraum vom März 2016 bis Mai 2018 zumindest für Immobilienkredite nachgewiesen werden konnte, dass besonders ältere Menschen unter Kreditablehnungen litten.³⁰²

Mit Inkrafttreten der ImmoKWPLV zum 1. Mai 2018 konnte hier der Kreditzugang immerhin teilweise wieder verbessert werden,³⁰³ weil § 4 Abs. 3 S. 3 ImmoKWPLV es für ausreichend erachtet, wenn die monatliche Zins- und Tilgungslast während der Lebenszeit aufgebracht werden kann und der Immobilienwert oder der Wert anderer als Sicherheiten dienender Vermögenswerte die Verbindlichkeiten und etwaige Verwertungskosten absichert.³⁰⁴ Dennoch ist ausweislich entsprechender Ergebnisse des *iff*-Gutachtens zur „Evaluierung der Entwicklungen im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen“ davon auszugehen, dass die Privilegierung für das Sterberisiko von älteren Kreditnehmer:innen nach § 4 Abs. 3 Satz 3 ImmoKWPLV in der Praxis nicht durchgehend Anwendung findet.³⁰⁵ Daraus kann in der Folge rühren, dass der Kreditbedarf von älteren Menschen für notwendige Instandhaltungsmaßnahmen oder einen barrierefreien Umbau stattdessen über Konsumentenkredite oder unbesicherte Immobilienkredite mit höherem Zins gedeckt wird.³⁰⁶

Neben dem Sterberisiko, für welches § 4 Abs. 3 S. 3 ImmoKWPLV für Immobilienkredite eine Lösung bieten möchte, werden älteren Menschen hingegen auch erhöhte Kreditrisiken aufgrund geringeren Einkommens im Ruhestand, eine mögliche Pflegebedürftigkeit, Erwerbsunfähigkeit und erhöhte Anfälligkeit für Arbeitslosigkeit zugeordnet (s. oben §2B, Abbildung 5). Zudem existiert für Konsumentenkredite keine § 4 Abs. 3 S. 3 ImmoKWPLV vergleichbare Regelung.

Insofern besteht für Kreditinstitute zur Gewinnung einer positiven Prognose innerhalb einer KWP wohl vielfach weiterhin die Notwendigkeit, einen Ausgleich für die spezifischen Kreditrisiken

302 ADS, Diskriminierung in Deutschland, S. 78 f., 120; Klinger/Damar/et al., S. 34, 46, 50, 53, 128, 136 f.; Beigang/Boll/et al., S. 40 f.

303 Klinger/Damar/et al., S. 34, 46, 50, 53.

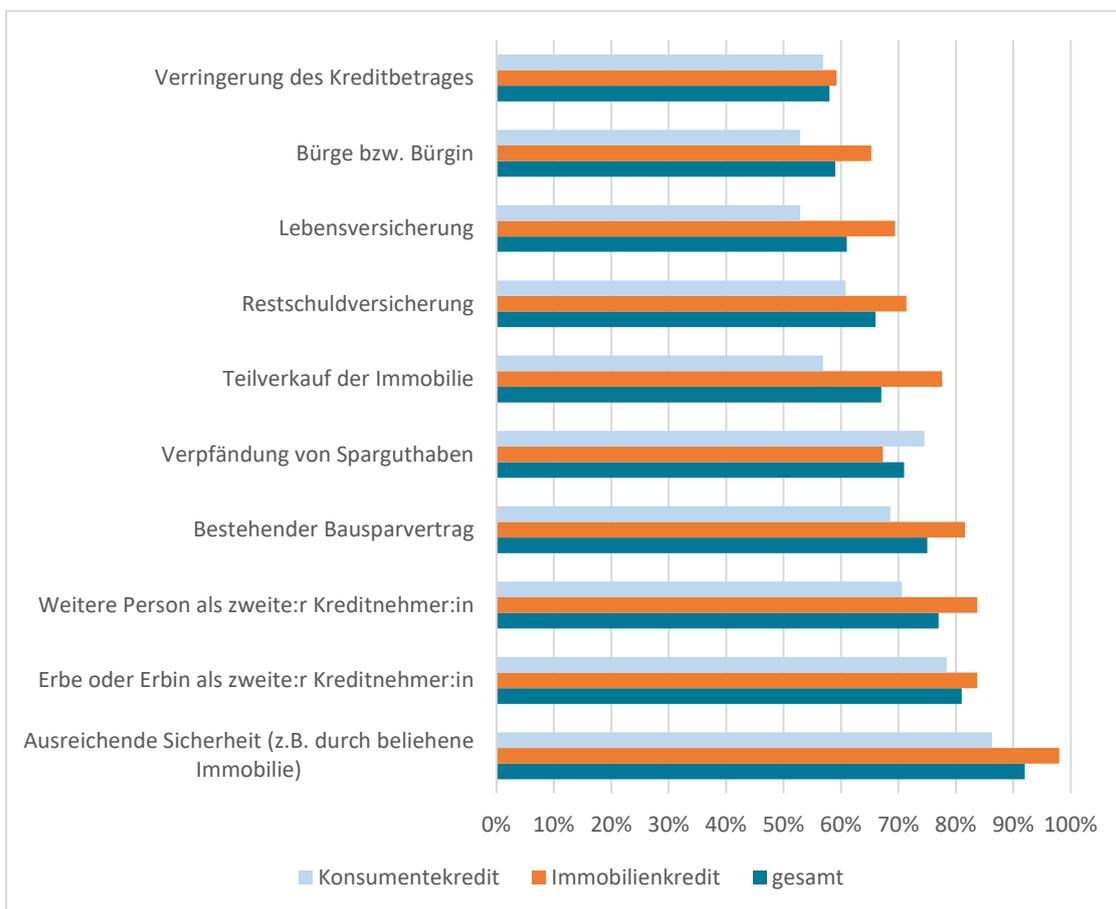
304 Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (272 f.); Feldhusen, WM 2019, 97 (105); Klinger/Damar/et al., S. 34, 46, 50, 53.

305 Klinger/Damar/et al., S. 163.

306 Klinger/Damar/et al., S. 163; hierauf mit Blick auf die Voraussetzungen ebenfalls hinweisend: Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (273 f.).

von älteren Menschen zu finden.³⁰⁷ Wie die Abbildung 21 zeigt, korrespondieren die Umfrageergebnisse mit dieser Vermutung. Vor allem bei Immobilienkrediten wirken sich ausreichende Sicherheiten positiv aus (92 Prozent). Andere von Kreditgebern genutzte Strategien sind die Involvierung eines/einer zweiten Kreditnehmer:in, insbesondere des/der Erb:in (81 Prozent).³⁰⁸

Abbildung 21: Ausgleich altersbedingter Kreditrisiken



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Welche der folgenden Aspekte wirken sich auf das Ergebnis einer Kreditwürdigkeitsprüfung positiv aus, um etwaige Kreditrisiken älterer Kreditnehmer:innen auszugleichen? (Mehrfachnennung möglich)

Für das Bankaufsichtsrecht sehen die EBA-Leitlinien bei einer Kreditnehmer:innenmehrheit vor, dass es nicht auf die einzelne, sondern die gemeinsame Rückzahlungsfähigkeit ankommt.³⁰⁹ Zumindest als Interpretationshilfe³¹⁰ kann dies im Rahmen einer (richtlinienkonformen) Auslegung des Gesetzes durch die Rechtsprechung dienen.³¹¹ Auch sonstige Tilgungersatzmittel wie ein Bausparvertrag (75 Prozent), eine Lebens- oder Restschuldversicherung (61 Prozent bzw. 66 Prozent), können dazu dienen, für den gewünschten Kreditbetrag eine positive Prognose innerhalb der KWP abzuleiten. Vergleichsweise nachrangig wird eine Verringerung des Kreditbetrags als Lösungsmöglichkeit genutzt (58 Prozent, s. Abbildung 21). Zweifelhaft erscheint vor diesem Hintergrund, dass die auf dem deutschen Kreditmarkt angebotenen Restschuldversicherungen

307 In der belgischen Kreditvergabepraxis werden ebenfalls regelmäßig Sicherheiten verlangt, um die altersbedingten Kreditrisiken auszugleichen, insbesondere weil die Rentenhöhe in Belgien regelmäßig niedrig ist. Die i. d. R. verlangten Sicherheiten sind Lebensversicherung, Bürgschaft, Grundschuld. S. Länderbericht Belgien, S. 8.

308 Die Waloon-Region in Belgien hat eine nullprozentige Kreditmöglichkeit für Umbaumaßnahmen. Ein Antrag für diesen Kredit setzt voraus, dass die zukünftigen Erb:innen in den Kredit involviert werden. S. Länderbericht Belgien, S. 8.

309 Klinger/Damar/et al., S. 167; vgl. hierzu ausführlich: Buck-Heeb/Siedler, BKR 2018, 269 (274 f.).

310 BeckOK BGB/Möller, 66. Ed. 1.5.2023, BGB § 505a Rn. 1.

311 Klinger/Damar/et al., S. 167.

ausweislich entsprechender Erhebungen³¹² fakultativ sind, mithin von den Verbraucher:innen freiwillig abgeschlossen werden, ohne eine Bedingung für die Kreditvergabe oder die Vertragsbedingungen zu sein. Damit werden ihre Kosten weder in den Effektivzins noch in die Gesamtkosten des Kredits einbezogen (§ 16 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 7 PangV bzw. § 6 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 und Abs. 7 PangV a.F.).³¹³ Dieser Praxis stehen die vorliegenden Umfrageergebnisse zumindest für ältere Menschen in weiten Teilen entgegen, wenn eine positive Prognose der KWP, mithin das „Ob“ der Kreditvergabe, durch den Ausgleich einer Restschuldversicherung erzielt wird (s. oben §2.B.V). Mit Blick auf andere finanziell vulnerable Verbrauchergruppen könnten vergleichbare Ableitungen gelten, wie dies auch bereits durch Verbraucherschutzverbände vermutet wird,³¹⁴ welches insoweit an anderer Stelle einer tiefergehenden Analyse bedarf.

Als besonders problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang zudem, dass mit der Restschuldversicherung als Zugangsvoraussetzung eines Kredits für ältere Menschen zugleich eine zusätzliche Zugangsbarriere aus Gründen einer Altersgrenze für den Abschluss von Restschuldversicherungen existiert. So geben rund ein Drittel der befragten Kreditinstitute an, dass eine Restschuldversicherung für den Pflege- und Todesfall ab 70 Jahren nicht mehr angeboten wird (s. oben §2.B.V, Abbildung 16). Insofern existieren Praxisfälle, in denen Kreditverträge mit der Begründung abgelehnt werden, dass die kreditbeantragende Person aufgrund ihres Alters keine Restschuldversicherung mehr abschließen könne (s. oben §2.B.V, Abbildung 17).

Doch nicht nur die Kreditablehnung infolge eines mangelnden Angebots einer Restschuldversicherung für ältere Menschen, sondern auch der Verkauf dieses vergleichsweise teuren und nur bedingt sinnvollen Versicherungsprodukts kann eine Benachteiligung beinhalten. Insoweit sind zugleich die besonderen Nachteile dieses Versicherungsprodukts in den Fokus zu nehmen, die auch in diversen Studien³¹⁵ eine Untersuchung erfahren haben. Gerade weil innerhalb des Beratungsgesprächs vielfach vermittelt wird, ihr Abschluss sei erforderlich, um die Kreditwürdigkeit zu verbessern, wird diese Kondition leichter akzeptiert.³¹⁶

5. KWP in Ansehen der Person?

Wie die Erläuterungen in diesem Kapitel (E.VI.) darlegen, werden wichtige finanzielle Eigenschaften mit dem Merkmal des Alters verknüpft, insbesondere das Einkommen, das unzweifelhaft eine entscheidende Rolle bei der Feststellung der Zahlungsfähigkeit der kreditbeantragenden Person spielt. Hinzu kommen die altersbedingten Risiken, wie z.B. das erhöhte Risiko der Pflegebedürftigkeit, die Kreditinstitute auch aufsichtsrechtlich berücksichtigen müssen. Zum Ausgleich dieser Risiken werden regelmäßige Sicherheiten mitberücksichtigt.

Ein Zusammenhang zwischen finanziellen Eigenschaften und dem Alter der kreditbeantragenden Person, führt jedoch nicht dazu, dass dem Ansehen der Person bei der KWP eine entscheidende Bedeutung zukommt. Denn, wie oben ausgeführt (s. oben §4.D.II.1.a), kommt es bei dem Tatbestandsmerkmal „Ansehen der Person“ i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG vielmehr darauf an, ob eine über die Zahlungswilligkeit und -fähigkeit hinausgehende Würdigung der potenziellen Vertragspartner:innen stattfindet. Bei einer KWP werden grundsätzlich die finanziellen Verhältnisse

312 BaFin Marktuntersuchung Restschuldversicherung, 01.09.2020, S. 24, online abrufbar unter: BaFin - Aktuelles - Marktuntersuchung „Restschuldversicherungen“_Bericht (zuletzt abgerufen am 25.07.2023).

313 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, PAngV § 16 Rn. 15, 20; Landmann/Rohmer GewO/Gesmann-Nuissl, 90. EL Dezember 2022, PAngV § 16 Rn. 18.

314 Die „Freiwilligkeit“ bereits in Zweifel ziehend: vzbv, Positionspapier zur Regulierung von Restschuldversicherungen vom 27.11.2018, S. 5f., online abrufbar unter: Restschuldversicherungen: Überteuerte Produkte, lückenhafter Versicherungsschutz | Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv.de) (zuletzt abgerufen am 25.07.2023).

315 S. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin): Verbrauchererhebung zur Restschuldversicherung im Jahr 2019 – Ergebnisse; Ulbricht, Dirk/Feigl, Michael/et al.: Faire Kreditvergabe – Schlussbericht. institut für finanzdienstleistungen e.V. Hamburg 2019; Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.: Verbraucher bei Restschuldversicherungen wirksam schützen – Positionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbandes zur Regulierung von Restschuldversicherungen, 2018.

316 S. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin): Ergebnisbericht zur Marktuntersuchung Restschuldversicherungen, S. 6; Ulbricht/Feigl/et al., S. 34.

der kreditbeantragenden Person geprüft. Die Faktoren, die für die KWP berücksichtigt werden, beziehen sich auf die Zahlungsfähigkeit der kreditbeantragenden Person und nicht auf die kreditbeantragende Person als Individuum. Allenfalls könnte man argumentieren, dass das Ansehen der Person in der personenbezogenen Prüfung der finanziellen Verhältnisse liege. Schließlich wird die KWP immer für einen bestimmten Kreditantrag durch die kreditbeantragende Person durchgeführt; es werden mithin die individuellen finanziellen Verhältnisse geprüft. Dies könnte dadurch unterstützt werden, dass die Kreditinstitute von einer standardisierten KWP auf die Einzelfallbetrachtung wechseln, wenn die kreditbeantragende Person ihnen bekannt ist (vgl. oben §2.B.I.2). Doch auch in diesem Fall wird die Zahlungsfähigkeit der kreditbeantragenden Person geprüft – bei der Prüfung werden die finanziellen Verhältnisse der kreditbeantragenden Person lediglich ausführlicher in den Blick genommen als bei einer standardisierten KWP.

Folglich findet bei einer KWP eine über Zahlungsfähigkeit und -willigkeit hinausgehende Prüfung, also eine die Würdigung der Person als Individuum, nicht statt. Im Vordergrund steht die wirtschaftliche Bonität der Person und nicht die Person als Individuum. Da bei der KWP die individuellen finanziellen Verhältnisse geprüft werden, spielt das Ansehen der Person eine gewisse Rolle, hat aber eine nachrangige Bedeutung. Aus diesem Grund kann man die Darlehensverträge nicht lediglich dadurch aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG ausschließen, weil vor dem Vertragsabschluss eine KWP stattfindet. Die Frage, ob Kreditverträge MG oder MAS i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG sind, sollte daher vielmehr mit Blick darauf beantwortet werden, inwiefern die Kreditvergabeentscheidung die persönlichen Eigenschaften der kreditbeantragenden Person berücksichtigt.

II. Kreditvergabeentscheidung

Die Unterscheidung zwischen KWP und Kreditvergabeentscheidung wird in den bisherigen Vorschriften allenfalls indirekt deutlich, beispielsweise indem § 30 Abs. 2 BDSG von der ablehnenden Kreditentscheidung spricht, die aus einer negativen externen Bonitätsauskunft herrührt. Auch die Regelungen zur KWP der neuen Verbrauchercreditrichtlinie unterscheiden in diesem Sinn (vgl. Art. 18 Abs. 6 lit (c) VerbKrRL-Vorschlag), wodurch die Kreditnehmer:innen das Recht haben, ihren Standpunkt zur KWP und der Kreditentscheidung darzulegen.³¹⁷ Nicht nur das Gesetz, auch die Kreditvergabepraxis der Anbieter differenziert ausweislich der durchgeführten Umfrage dahingehend (s. z.B. oben Abbildung 19 und Abbildung 21).

Während die zivilrechtliche KWP den Schutz der Kreditnehmer:innen vor einer Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit vor Augen hat, berücksichtigt die Kreditvergabeentscheidung, ob der Kredit anhand der bankaufsichtsrechtlichen KWP auch mit Blick auf die Stabilität des Finanzmarktes und seines Risikomanagements gegeben werden darf. Darüber hinaus verbleibt jedem Anbieter ein Spielraum ureigener Geschäftspolitik,³¹⁸ mit welchem Risikoappetit und Gewinnerzielungsinteresse Kreditgeschäfte getätigt oder abgelehnt werden, insbesondere unter Abwägung der Kreditsicherheiten und möglicher Konditionen. Die Kreditvergabeentscheidung über das „Ob“ der Kreditvergabe und das „Wie“ der Kreditkonditionen ist daher vieldimensional in ihrer individuellen Ausgestaltung.

Dabei ist insbesondere der individuellen Geschäftspolitik der Anbieter eine große Bedeutung beizumessen. Insofern bestimmt das Ergebnis einer KWP nicht immer die Kreditvergabeentscheidung. Ob die Kreditvergabeentscheidung lediglich aufgrund des Ergebnisses der KWP getroffen wird und inwiefern auch andere Aspekte eine Rolle spielen, soll im Folgenden beleuchtet werden.

³¹⁷ Vgl. hierzu Ausführungen von Buck-Heeb, BKR 2023, 137 (143 f.).

³¹⁸ Vgl. ErwGr. 57 WIKR.

1. Zivilrechtliche Regelungen

Die Kreditvergabeentscheidung wird in zivilrechtlicher Hinsicht durch das Kreditvergabeverbot des § 505a Abs. 1 S. 2 BGB begrenzt. Mit Blick auf das rechtmäßige Verhalten im Sinne der Compliance darf eine positive Kreditentscheidung nur dann getroffen werden, wenn die Prognose der Rückzahlungsfähigkeit und -bereitschaft der Kreditnehmer:innen gleichermaßen positiv ist. Dennoch ist § 505a Abs. 1 S. 2 BGB kein Verbotsgesetz, dem bei Zuwiderhandeln eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts droht (§ 134 BGB).³¹⁹

Umgekehrt unterliegen die Kreditinstitute im Falle einer positiven Prognose hinsichtlich der Rückzahlungsfähigkeit und -willigkeit der Darlehensnehmer:innen keinem Kontrahierungszwang in der Kreditvergabe.³²⁰ Vielmehr können sie basierend auf einer negativen Abschlussfreiheit der Privatautonomie auch bei einem positiven Ergebnis der KWP den Vertragsabschluss ablehnen (s. oben §3.B.I.2), wobei die dahingehenden Gründe der Geschäftspolitik im Folgenden erläutert werden.

2. Aufsichtsrechtliche Regelungen

Mit Blick auf das „Ob“ der Kreditvergabe sowie das „Wie“ der konkreten Kreditkonditionen fließen in die Kreditvergabeentscheidung die aufsichtsrechtlichen Erfordernisse des § 18a KWG zur KWP ebenfalls ein. Dies gilt insbesondere für jene Regelungen, die dem Kreditinstitut einen geschäftspolitischen Spielraum für die Kreditentscheidung belassen. Insoweit wird auf die Ausführungen in diesem Abschnitt zuvor unter D.I.2 verwiesen.

3. Die Rolle des Alters

Das Alter wird nicht nur innerhalb der KWP, sondern auch innerhalb der Kreditvergabeentscheidung berücksichtigt. Insoweit geben 85 Prozent der befragten Kreditinstitute an, dass das fortgeschrittene Alter der kreditbeantragenden Person in die Kreditvergabeentscheidung einfließt (s. oben Abbildung 19). Auch für das „Wie“ der Kreditentscheidung, die konkreten Kreditkonditionen, findet das Alter bei 61 Prozent der Befragten eine Berücksichtigung (s. oben Abbildung 19). Mit Blick auf die Umfrageergebnisse ist davon auszugehen, dass Kreditinstitute die besonderen Kreditrisiken älterer Menschen (s. oben §2B, Abbildung 5) insofern sowohl nachteilig in der Kreditentscheidung über das „Ob“ der Kreditvergabe als auch für die Konditionierung (Zinssatz, Sicherheiten, Zusatzprodukte) einbeziehen.

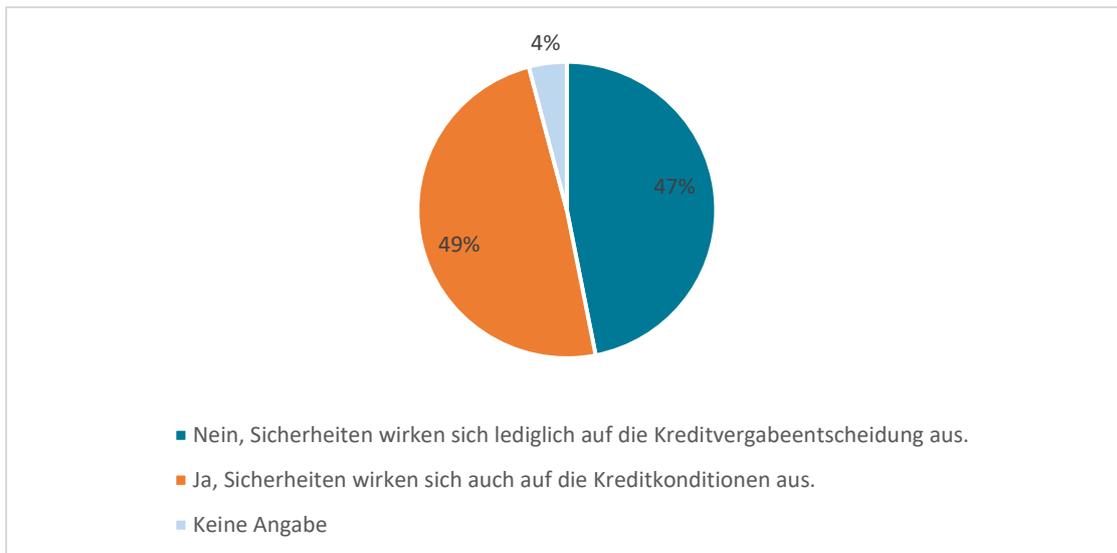
4. Die Rolle der Sicherheiten

Während Kreditsicherheiten durch den Fokus auf der Liquidität der Kreditnehmer:innen nur geringe Auswirkungen auf das Ergebnis der KWP haben, zeichnet sich hingegen ein anderes Bild für die Kreditvergabeentscheidung ab. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Sicherheiten für Konsumentenkredite eher selten genutzt werden (s. Abbildung 20). Laut Expert:inneninterviews dient der Kfz-Brief bei Autokrediten als Sicherheit und werden diese Kredite i. d. R. zu günstigen Konditionen vergeben. Wiederum laut Expert:inneninterviews haben Sicherheiten für Immobilienkredite keine oder lediglich eine untergeordnete Auswirkung auf die KWP: Ein negatives Ergebnis der auf eine Prüfung der Liquidität der Kreditnehmer:innen ausgerichteten KWP (§ 505b Abs. 2 S. 3 BGB) werde durch gestellte Sicherheiten nicht positiv.

Ob aufbauend auf dem positiven Ergebnis einer KWP hingegen auch ein Kredit vergeben wird und zu welchen Konditionen, wird in Teilen durchaus auch von gestellten Sicherheiten beeinflusst (s. Abbildung 22). So können Sicherheiten schwankendes Einkommen aufgrund des Alters oder auch die Risiken eines unsicheren Arbeitsplatzes abmildern (s. Abbildung 21).

³¹⁹ Klinger, S. 212; MüKoBGB/Weber BGB § 505a Rn. 9.

³²⁰ Thönissen zu den Ansprüchen bei negativer KWP: BKR 2022, 754 (757).

Abbildung 22: Auswirkungen der gestellten Sicherheiten bei Immobilienkrediten

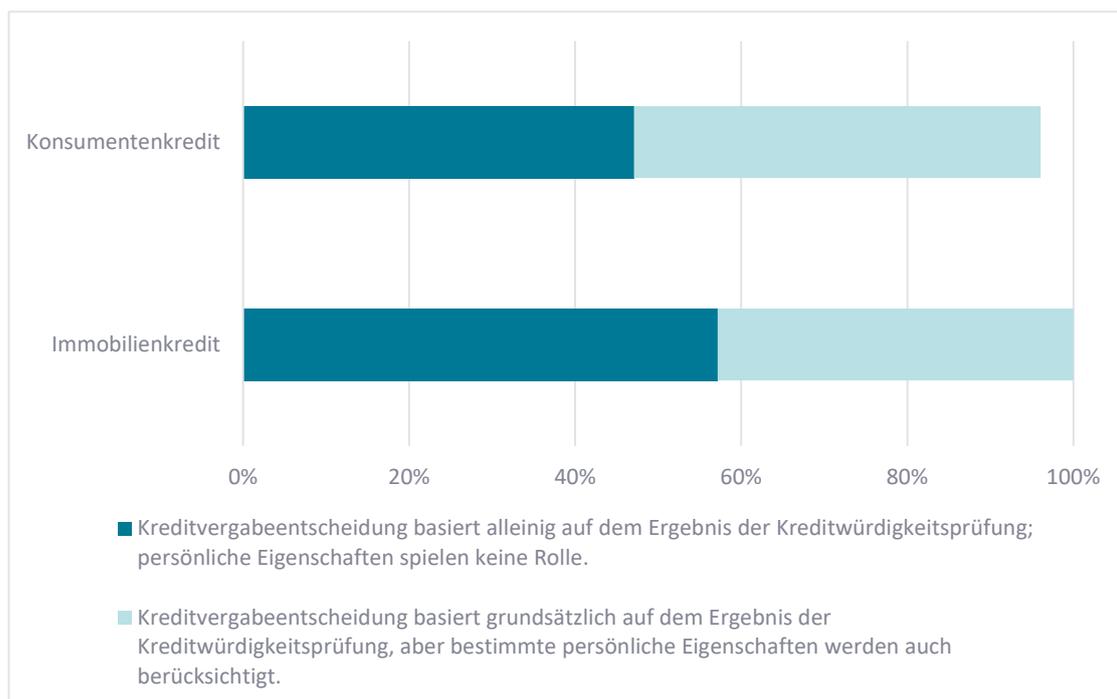
Quelle: Bankenumfrage, N = 49. Frage: Haben gestellte Sicherheiten Auswirkungen auf die Konditionen des Immobilienkredits (Zinssatz)?

Gerade um etwaige Kreditrisiken älterer Kreditnehmer:innen in der Kreditvergabeentscheidung auszugleichen, werden unterschiedliche Sicherheiten genutzt. Bei Immobilienkrediten sind es insbesondere die beliebige Immobilie, ein:e zweit:e Kreditnehmer:in (beispielsweise Erb:in), der Abschluss einer Restschuldversicherung bzw. Lebensversicherung oder die Hinzuziehung eines/einer Bürg:in (s. Abbildung 21). Für Konsumentenkredite tritt daneben noch die Verpfändung von Sparguthaben (Abbildung 21). Dabei erweist sich auch im Rahmen der Kreditvergabeentscheidung bzw. den Konditionen eines Kredits als negativ, wenn eine Restschuldversicherung infolge des erhöhten Alters nicht mehr angeboten wird (vgl. oben § 2.B.V, Abbildung 17). Insofern geben 66 Prozent innerhalb der Umfrage an, dass das Nichtvorhandensein einer Restschuldversicherung negative Auswirkungen auf die Kreditvergabeentscheidung hat, sowohl mit Blick auf die Konditionen als auch die Vergabeentscheidung (oben § 2.B.V, Abbildung 17). Die insofern dargestellte geschäftspolitische Entscheidung über das „Ob“ einer Kreditvergabe und das „Wie“ der Kreditkonditionen begegnet insoweit keinen verbraucherkredit- oder bankaufsichtsrechtlichen Bedenken. Basierend auf der Privatautonomie und ihrer negativen Vertragsfreiheit unterliegen Kreditinstitute keinem Kontrahierungszwang für die Kreditvergabe. Daher kann ein Kreditinstitut auch bei einem positiven Ergebnis der KWP den Vertragsabschluss im Rahmen der Kreditvergabeentscheidung ablehnen.

5. Die Rolle persönlicher Eigenschaften

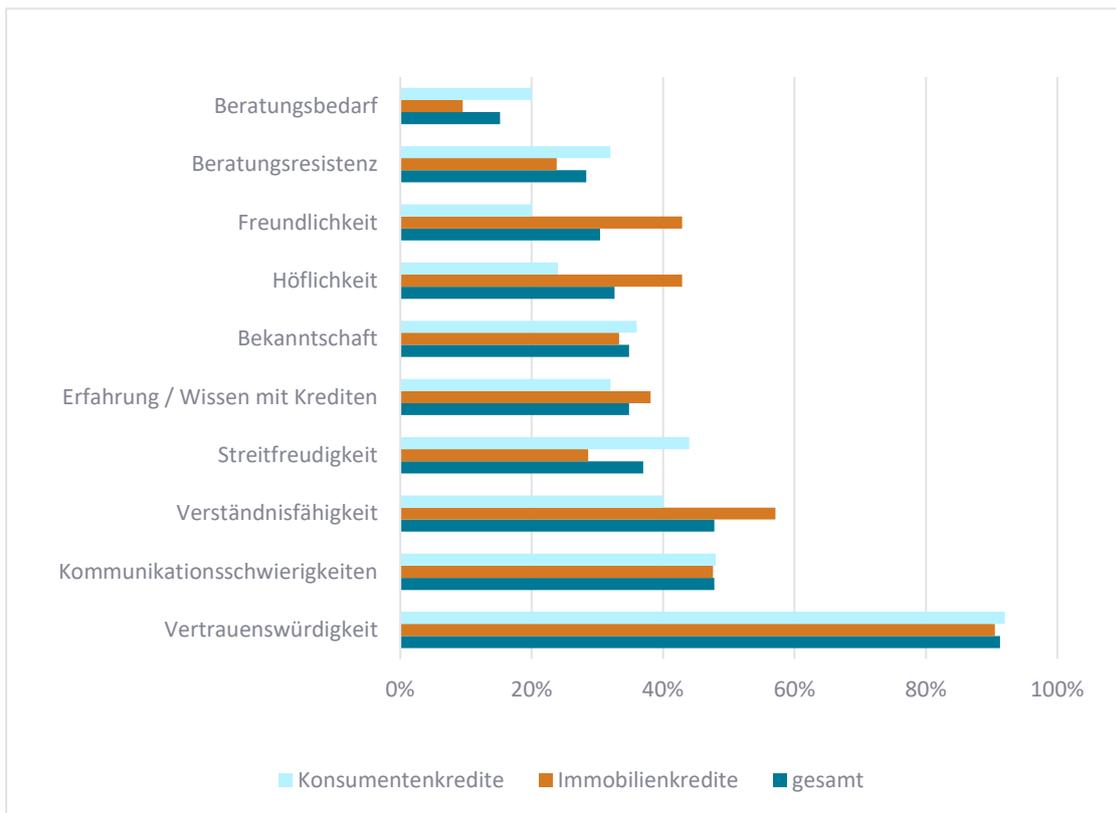
Weder bestimmt das Ergebnis einer KWP zwangsläufig die Kreditvergabeentscheidung noch sind es allein finanzielle Faktoren, die diesbezüglich einfließen. Ausweislich der Umfrageergebnisse (s. Abbildung 23) gibt ein Großteil der befragten Kreditinstitute an, dass die Kreditvergabeentscheidung grundsätzlich auf dem Ergebnis der KWP basiert (52 Prozent), aber bestimmte persönliche Eigenschaften ebenfalls eine Rolle spielen (46 Prozent). Für Immobilienkredite bestätigten dies 42,9 Prozent, für Konsumentenkredite 49 Prozent der befragten Kreditinstitute (s. Abbildung 23). Diese, wenn auch geringfügige Unterscheidung, könnte darin begründet liegen, dass Konsumentenkredite seltener besichert sind und es daher zusätzlicher, außerhalb der KWP liegender vertrauensbildender Faktoren bedarf, um eine positive Kreditentscheidung zu fällen.

Abbildung 23: Kreditvergabeentscheidung anhand der Kreditwürdigkeitsprüfung



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Basiert eine Kreditvergabeentscheidung bei den Immobilien- bzw. Konsumentenkrediten zusätzlich zum Ergebnis der Kreditwürdigkeitsprüfung auch auf persönlichen Eigenschaften, z.B. ob eine Person vertrauenswürdig oder streitfreudig ist?

Dies korrespondiert mit dem Ergebnis der Umfragen, wonach die Vertrauenswürdigkeit von 91 Prozent der Befragten, die vorher angaben, dass persönliche Eigenschaften eine Rolle spielen, als ausschlaggebend erachtet wurde. Weitere persönliche Eigenschaften sind, wie die Abbildung 24 zeigt, insbesondere bei vergleichsweise beratungsaffineren Immobilienkrediten die Verständnisfähigkeit (57 Prozent), Höflichkeit (43 Prozent) und Freundlichkeit (43 Prozent); bei Konsumentenkrediten spielen zudem Kommunikationsschwierigkeiten (48 Prozent) und Streitfreudigkeit (44 Prozent) eine Rolle in der Kreditvergabeentscheidung.

Abbildung 24: Persönliche Eigenschaften bei der Kreditvergabeentscheidung

Quelle: Bankenumfrage, N = 46. Frage: Welche der folgenden persönlichen Eigenschaften spielen zusätzlich zum Ergebnis der Kreditwürdigkeitsprüfung eine Rolle? (Mehrfachnennung)

Die vorgenannten Ergebnisse verdeutlichen den geschäftspolitischen Spielraum, welcher nach positiver KWP den Kreditinstituten in der Kreditvergabeentscheidung verbleibt und dahingehende Entscheidungskriterien persönlicher Eigenschaften.³²¹ Diese begegnen weder verbraucher- kredit- noch bankaufsichtsrechtlichen Bedenken und sind grundsätzlich Ausdruck der negativen Vertragsfreiheit innerhalb der Privatautonomie.

6. Kreditvergabeentscheidung in Ansehen der Person?

Bei der Beantwortung der Frage, ob Kreditverträge als MG oder MAS einzuordnen sind, wurde zunächst festgestellt, dass bei einer KWP die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit der kreditbeantragenden Person, also ihre Bonität, geprüft wird und daher dem Ansehen der Person allenfalls eine nachrangige Bedeutung zukommt (s. oben D.I.5). Im nächsten Schritt war dann zu prüfen, ob das Ansehen der Person bei der Kreditvergabeentscheidung eine Rolle spielt. Werden die Kreditvergabeentscheidungen ausschließlich aufgrund des Ergebnisses von KWP getroffen, kann man Kreditverträge als MG oder MAS klassifizieren, da bei der KWP dem Ansehen der Person allenfalls eine nachrangige Bedeutung zukommt. Werden dagegen die Kreditvergabeentscheidungen zusätzlich zu den Ergebnissen der KWP auch in der Betrachtung persönlicher Eigenschaften getroffen, kommt der Kreditvertrag in Ansehen der Person zustande.

Die oben dargestellten Ergebnisse der Bankenumfrage (s. oben unter D.II.5 Abbildung 23 und Abbildung 24) zeichnen ein gemischtes Bild. Während mehr als die Hälfte der Kreditinstitute (52 Prozent) ihre Kreditvergabeentscheidung auf das Ergebnis der KWP stützen, spielen bestimmte persönliche Eigenschaften, insbesondere Vertrauenswürdigkeit, Verständnisfähigkeit, Höflichkeit, Freundlichkeit, Kommunikationsschwierigkeiten und Streitfreudigkeit beinahe für die Hälfte der Kreditinstitute (46 Prozent) doch eine Rolle (s. Abbildung 23 und Abbildung 24).

³²¹ Diese Praxis bestätigend: Hundt/Grabau/Stobinski, BC 2003, 38.

Eine Unterscheidung nach dem Kredittyp ist ebenfalls nicht möglich. Bei 49 Prozent der Kreditvergabeentscheidungen bei Konsumentenkrediten werden die persönlichen Eigenschaften berücksichtigt. Dagegen basiert in 57 Prozent der Fälle eine Kreditvergabeentscheidung bei Immobilienkrediten allein auf dem Ergebnis der KWP (s. Abbildung 23).

Wären diese Ergebnisse unterschiedlicher ausgefallen; hätten z.B. beinahe alle Kreditinstitute angegeben, persönliche Eigenschaften spielten keine Rolle und die Kreditvergabeentscheidung basiere auf dem Ergebnis der KWP, hätte man Kreditverträge eindeutig als MG oder MAS klassifizieren können. Doch die Ergebnisse zeigen, dass die Praxis der Kreditinstitute in dieser Hinsicht sehr unterschiedlich ist. Aus diesem Grund kann man die VDV weder pauschal als MG oder MAS einordnen noch kann man sie pauschal aus dem Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG ausschließen. Es kommt vielmehr darauf an, ob im Einzelfall die Kreditvergabeentscheidung lediglich auf dem Ergebnis der KWP basiert. Daher kann man die Frage, ob Kreditverträge MG oder MAS i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG sind, nicht einheitlich beantworten, auch nicht für bestimmte Kredittypen.

E. Exkurs: Filialschließungen

Wie bereits (s. oben §2.B.IV) erläutert, verursachen Filialschließungen, die eher den ländlichen Raum betreffen, erschwerten Zugang zu Bankdienstleistungen, darunter auch zum Kredit, insbesondere für ältere Menschen. Der Wechsel zu Online- bzw. Telefonbanking kann diese Schwierigkeiten für ältere Menschen nicht optimal beheben. Insofern stellt sich die Frage, ob es möglich wäre, diese Schwierigkeiten durch die Anwendung des AGG zu beseitigen. Dabei wäre die erste Voraussetzung, dass die VDV überhaupt als MG oder MAS einzuordnen sind,³²² sodass die Beseitigung einer altersbedingten Benachteiligung überhaupt in Frage käme. Wie oben im §5.F erläutert, kann man nicht alle VDV pauschal zu MG oder MAS einordnen. Da die altersbedingten Benachteiligungen lediglich bei MG und MAS verboten sind, kämen die Ansprüche aus § 21 AGG nicht für alle VDV in Frage.

Des Weiteren ist zu prüfen, ob es sich bei den Filialschließungen um eine mittelbare Benachteiligung handelt. Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines durch das AGG geschützten Merkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen (§ 3 Abs. 2 AGG).

Damit eine unmittelbare Benachteiligung überhaupt vorliegen kann, sollen die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren zu einer Unterscheidung, Auswahl oder Bewertung dienen, sodass eine benachteiligte Gruppe daraus entsteht.³²³ Das Kriterium einer maximalen Anzahl der Kinder oder die Häufigkeit der Umzüge würde sich z.B. für Mietverhältnisse beim Scoring zum Nachteil ethnischer Minderheiten auswirken.³²⁴ Das Ziel der Filialschließungen liegt dagegen nicht in einer Unterscheidung, Auswahl oder Bewertung der Kund:innen. Filialschließungen sind Folge zunehmender Digitalisierung und haben vielmehr wirtschaftliche Gründe. Aus diesem Grund ist es zweifelhaft, ob Filialschließungen als mittelbare Benachteiligung klassifiziert werden können. Selbst wenn Filialschließungen als scheinbar neutrales Verfahren einzuordnen wären, wären sie in der Regel auch sachlich gerechtfertigt. Denn insbesondere marktbestimmte Erfordernisse dienen als sachliche Rechtfertigungsgründe für mittelbare Benachteiligungen.³²⁵

322 Dass die Filialschließungen nicht nur den Zugang zu VDV, sondern auch zu anderen Finanzdienstleistungen erschweren, liegt auf der Hand. Da sich aber die vorliegende Studie den altersbedingten Benachteiligungen bei den VDV widmet, wird das Thema lediglich aus dieser Perspektive analysiert.

323 Vgl. BeckOGK/Baumgärtner AGG § 3 Rn. 69.

324 Schiek/Schiek, § 3 AGG Rn. 35.

325 Morris, *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), 199 (216 ff.).

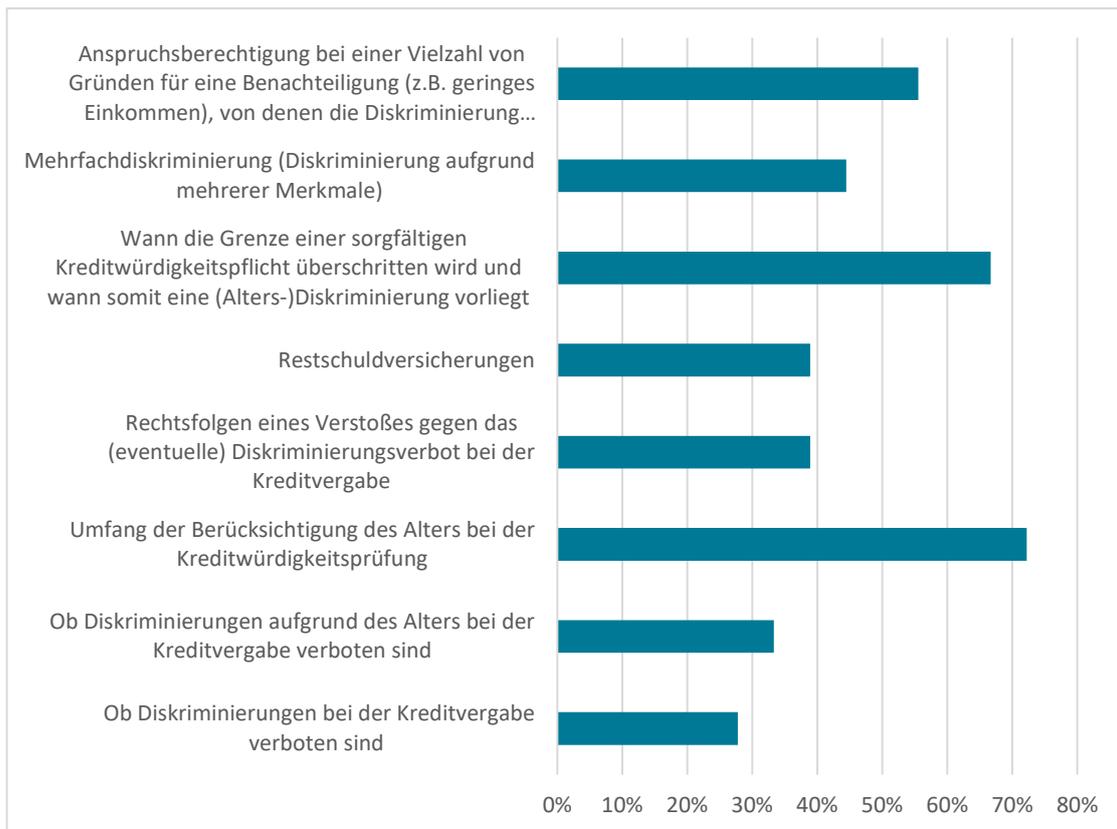
F. Zwischenergebnis

Umfassenden Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr gewährt das AGG lediglich bei MG und MAS sowie bei privatrechtlichen Versicherungsverträgen (§ 19 Abs. 1 AGG). Für Schuldverhältnisse, die den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, zum Gegenstand haben, verbietet das Gesetz rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. (8) AGG).

Darlehensverträge stellen zweifellos Schuldverhältnisse i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. (8) AGG dar, sodass bei ihrer Begründung, Durchführung und Beendigung rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft verboten sind (§ 19 Abs. 2 AGG), selbst dann, wenn es sich nicht um ein MG oder MAS handelt. Doch dadurch werden Benachteiligungen aus anderen Gründen, darunter auch altersbedingte Benachteiligungen, nicht erfasst. Insofern müssten Kreditverträge als MG oder MAS i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG einzuordnen sein, sodass das umfassende Benachteiligungsverbot auch für sie greift. Jedoch kann man, wie oben in §5.F dargestellt, nicht alle Darlehensverträge als MG oder MAS einordnen. Insofern besteht Klarstellungsbedarf im AGG, wenn für die VDV ein umfassendes Benachteiligungsverbot gelten soll, sodass weitere Personengruppen vor Benachteiligungen bei der Kreditvergabe geschützt werden können.

Diese Rechtsunsicherheit spiegelt sich in der Beratungspraxis wider. Die ADBS haben in den Expert:inneninterviews geäußert, dass die Berater:innen den Ratsuchenden oft mitteilen müssen, dass die rechtliche Lage nicht eindeutig und daher rechtlicher Erfolg nicht garantiert ist. Dadurch schrecken viele Ratsuchende vor rechtlichen Schritten zurück. Aus diesem Grund wurde in der VZ & ADBS-Umfrage u.a. die Frage gestellt, ob diesbezüglich ein Klarstellungsbedarf besteht (s. Abbildung 25). Über 70 Prozent nennen den Umfang der Berücksichtigung des Alters bei der Kreditvergabe als klärungsbedürftig. Weiterer Klärungsbedarf besteht laut 67 Prozent der Befragten hinsichtlich der Frage, wo die Grenze einer sorgfältigen Kreditwürdigkeitsprüfung liegt und somit (Alters-)Diskriminierung vorliegt. Von 56 Prozent der Befragten genannt wird außerdem die Anspruchsberechtigung, wenn eine Vielzahl von Gründen für eine Benachteiligung (z.B. geringes Einkommen) vorliegt, also wenn die Diskriminierung aufgrund des Alters lediglich ein Aspekt von vielen darstellt. 33 Prozent der Befragten sieht Klärungsbedarf hinsichtlich der Frage, ob Diskriminierungen bei der Kreditvergabe verboten sind.

Abbildung 25: Gesetzlicher Klarstellungsbedarf



Quelle: VZ & ADBS Umfrage, N = 18. Frage: An welchen der folgenden Punkte besteht gesetzlicher Klärungsbedarf in Bezug auf Antidiskriminierung bei der Kreditvergabe? (Mehrfachnennung)

Schlussendlich lässt sich festhalten, dass es einer gesetzlichen Änderung bzw. Anpassung bedarf, um Benachteiligungen aus den in § 19 Abs. 1 AGG genannten Gründen und daneben ebenfalls altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe zu unterbinden. Darüber hinaus soll geklärt werden, inwiefern die mit dem Alter zusammenhängenden finanziellen Verhältnisse bei einer KWP zu berücksichtigen sind.

§ 6 Auskunftsanspruch

A. Geltende Rechtslage

Zurzeit unterliegen Kreditinstitute lediglich in zwei Fällen einer Auskunftspflicht. Erstens sind die Kreditinstitute bei Ablehnung des Kreditanliegens aufgrund einer negativen Bonitätsauskunft der eingeschalteten Auskunftsperson verpflichtet, die kreditbeantragende Person unverzüglich hierüber sowie über die erhaltene Auskunft zu unterrichten (§ 30 Abs. 2 S. 1 BDSG). Zweitens müssen sie es der kreditbeantragenden Person mitteilen, wenn die Kreditvergabeentscheidung ausschließlich auf einer automatisierten Entscheidungsfindung, einschließlich Profiling beruht (Art. 13 Abs. 2 lit. (f), Art. 14 Abs. 2 lit. (g) DSGVO). Im letzteren Fall wird der Auskunftsanspruch der betroffenen Person in Art. 15 Abs. 1 lit. (h) DSGVO ausdrücklich geregelt. Dementsprechend hat das Kreditinstitut im Falle einer automatisierten Entscheidungsfindung die betroffene Person darüber zu informieren, welche Daten verwendet wurden, wie die involvierte Logik aussah und welche Auswirkungen angestrebt werden. Kann das Kreditinstitut diese Informationen nicht liefern, drohen ihm u.a. hohe Bußgelder. In einem vor Kurzem erfolgten Fall konnte ein Kreditinstitut die automatisierte Entscheidung, einen Kreditkartenantrag abzulehnen, nicht eingehend erklären und teilte lediglich pauschale und den Einzelfall nicht betreffende Informationen zum Scoring-Verfahren mit. Auf die Beschwerde der betroffenen Person hin verhängte die Datenschutzbeauftragte 300.000,- EUR Bußgeld.³²⁶

Die Kreditinstitute unterliegen zurzeit keinen weiteren Auskunftspflichten.³²⁷ Auch im Falle eines Benachteiligungsverdachts können Verbraucher:innen keine weitere gesetzlich vorgeschriebene Auskunft verlangen, da § 22 AGG den in Anspruch genommenen Personen keine Auskunftspflicht auferlegt.³²⁸

Ein weiteres Problemfeld in der Praxis gibt es bei den Bonitätsauskünften der Wirtschaftsauskunfteien. Bekanntlich hat der BGH in einem Urteil aus 2014 entschieden, dass es sich bei der mathematischen Formel bzw. den Algorithmen, die eine Wirtschaftsauskunftei für die Scorewertberechnung verwendet, um ein Geschäftsgeheimnis handelt.³²⁹ Aus diesem Grund ist es in der Praxis unbekannt, ob durch das AGG geschützte Merkmale in die Scorewertberechnung einfließen und, falls ja, mit welcher Gewichtung. Doch ein zurzeit vor dem EuGH vorliegender Fall kann den Verbraucher:innen ermöglichen, dieses Geheimnis aufzudecken. Im streitgegenständlichen Fall wurde der Kreditantrag einer Verbraucherin aufgrund der Bonitätsauskunft einer Wirtschaftsauskunftei abgelehnt. Der Aufforderung, ihr Zugang zu entsprechenden Daten zu gewähren, ist die Wirtschaftsauskunftei nicht nachgekommen und teilte ihr nur den entsprechenden Scorewert und in allgemeiner Form die der Methode zur Berechnung des Scorewertes zugrunde liegenden Grundsätze mit. Sie erteilte ihr aber keine Auskunft darüber, welche konkreten Daten in diese Berechnung eingeflossen waren und wie diese gewichtet wurden. Nachdem der Datenschutzbeauftragte auch ihren Auskunftsanspruch abgelehnt hat, kam es zu einem Prozess vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden. Das Verwaltungsgericht hat sich zur Beurteilung an den EuGH gewandt. Das Verfahren vor dem EuGH ist noch nicht abgeschlossen; jedoch hat der Generalanwalt seine Stellungnahme bereits dem EuGH vorgelegt.³³⁰ Demnach ist „die Verpflichtung, aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik“ bereitzustellen, dahingehend zu verstehen [...], dass sie hinreichend detaillierte Erläuterungen zur Methode für die Berechnung des Score-Wertes und zu den Gründen umfasst, die zu einem bestimmten Ergebnis geführt haben. Generell sollte

³²⁶ <https://www.soziale-schuldnerberatung-hamburg.de/2023/300-000-euro-bussgeld-gegen-bank-nach-mangelnder-transparenz-ueber-automatisierte-ablehnung-eines-kreditkartenantrags/> (25. Juli 2023).

³²⁷ Auch nach französischem Recht unterliegen die Kreditinstitute keiner Pflicht, ihre Entscheidung zur Ablehnung eines Kreditantrags zu begründen. S. Länderbericht Frankreich, S. 4.

³²⁸ Grüneberg/Grüneberg, AGG 22 Rn. 1; MüKoBGB/Thüsing, § 22 AGG Rn. 8.

³²⁹ BGH, Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 156/13, Rn. 27 (juris).

³³⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe vom 16. März 2023, Rs. C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, abrufbar auf der Website des EuGH <https://curia.europa.eu/> (25. Juli 2023).

der Verantwortliche der betroffenen Person allgemeine Informationen übermitteln, vor allem zu bei der Entscheidungsfindung berücksichtigten Faktoren und deren Gewichtung auf aggregierter Ebene, [...]“. Sollte sich der EuGH der Meinung des Generalanwalts anschließen, werden sich die Wirtschaftsauskunfteien zukünftig gegen die Auskunftsansprüche nicht durch das Argument wehren können, bei ihrer Scoreformel handele es sich um ein Geschäftsgeheimnis.

B. Praxis

Laut Expert:inneninterviews erteilen Kreditinstitute in der Regel nur dann Auskunft über den Ablehnungsgrund, wenn sie gesetzlich dazu verpflichtet sind (§ 30 Abs. 2 BDSG, Art. 13 Abs. 2 lit. (f), Art. 14 Abs. 2 lit. (g) DSGVO). Ansonsten wird nur in seltenen Fällen Auskunft über den Ablehnungsgrund eines Kreditantrags erteilt; an die Berater:innen der Verbraucherzentrale oder an die Kreditvermittler:innen wird insbesondere bei Konsumentenkrediten keine Auskunft erteilt. Dies wurde auch durch die Ergebnisse der VZ & ADBS-Umfrage bestätigt. Laut der Einschätzung der VZ & ADBS-Konsumentenkreditexpert:innen wird Auskunft bei Kreditablehnung je nach Grund der kreditbeantragenden Person, aber nicht der Anlaufstelle bei VZ oder ADBS erteilt. Auskunft wird eher erteilt, wenn der Grund im Einkommen/Lohn liegt.³³¹ Ansonsten seien die Kreditinstitute sehr zurückhaltend, den genauen Grund zu verschriftlichen. Regelmäßig werde lediglich pauschal mitgeteilt, dass das Kreditinstitut

„leider nicht in der Lage [ist], [dem] Kredit gerecht zu werden.“ (K3)

Bei den Immobilienkrediten finden zum Teil persönliche Gespräche statt, in denen der kreditbeantragenden Person erläutert wird, aus welchem Grund der Kredit nicht gewährt werden könne, und es wird gemeinsam an einer Lösung gearbeitet (K2). Dies hänge allerdings vom genauen Ablehnungsgrund ab. Wenn die Ursache das geringe Einkommen sei oder das Fehlen einer Immobilie im Inland (die als Sicherheit für den Kredit zum Kauf einer Immobilie im Ausland dienen soll) werde dies regelmäßig mitgeteilt. Wenn es aber beispielsweise an verfälschten Dokumenten liege, werde dies nicht mitgeteilt (K1).

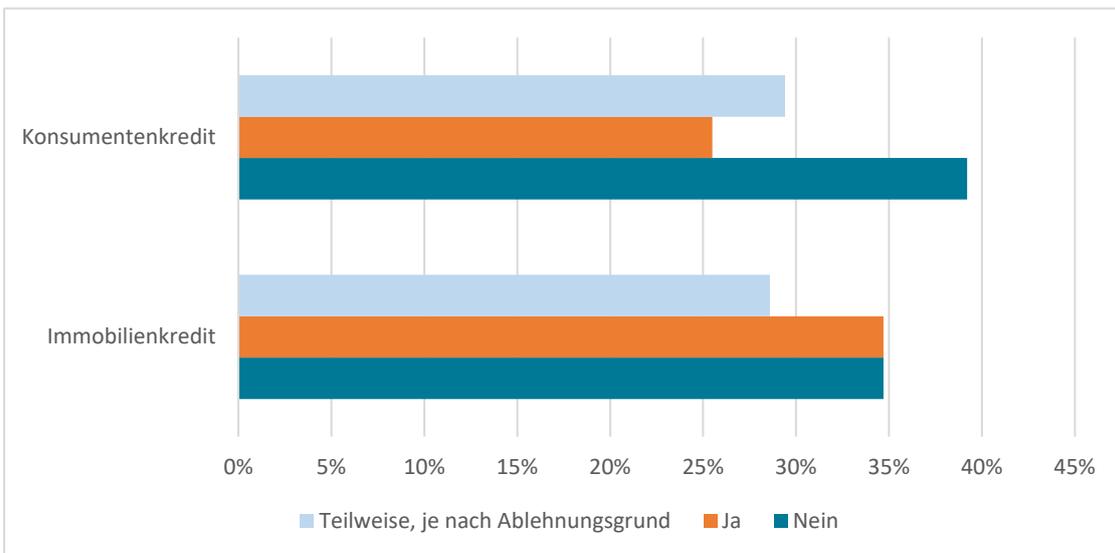
Schlechtere Kreditkonditionen würden nicht begründet, da es sich bei der Preiskalkulation um ein Geschäftsgeheimnis handele. Die Ergebnisse der VZ & ADBS-Umfrage zeigen, dass es kaum Wissen bei VZ und ADBS darüber gibt, ob über die Begründung einer Abweichung der Kreditkonditionen vom Marktüblichen Auskunft erteilt wird.³³²

Die Ergebnisse der Vorstudie und der VZ & ADBS-Umfrage werden durch die Ergebnisse der Bankenumfrage bestätigt. Demnach geben 37 Prozent der befragten Kreditinstitute keine Auskunft über den Ablehnungsgrund. Lediglich 30 Prozent geben hierüber Auskunft. Bei 29 Prozent der Befragten hängt es vom Ablehnungsgrund ab, ob eine Auskunft erteilt wird. In diesem Fall wird häufig das Überschuldungsrisiko (27 Prozent) oder der Schufa-Score (27 Prozent) als Ablehnungsgrund genannt. Das Alter der kreditbeantragenden Person ist mit 10 Prozent der dritte Ablehnungsgrund, der durch die Kreditinstitute genannt wird. Dies wird öfter bei den Immobilienkrediten (14 Prozent) mitgeteilt als bei den Konsumentenkrediten (6 Prozent).

³³¹ Frage A601, A602.

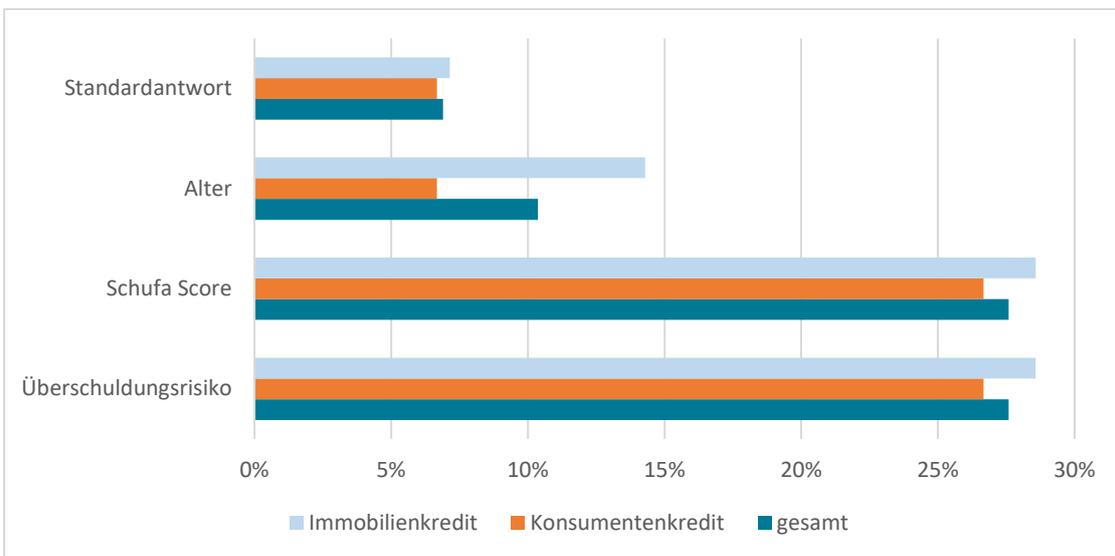
³³² Frage A601, A602.

Abbildung 26: Auskunft bei der Kreditablehnung



Quelle: Bankenumfrage, N =100. Frage: Geben Sie der kreditbeantragenden Person Auskunft darüber, aus welchem Grund ihr Kreditantrag abgelehnt wurde?

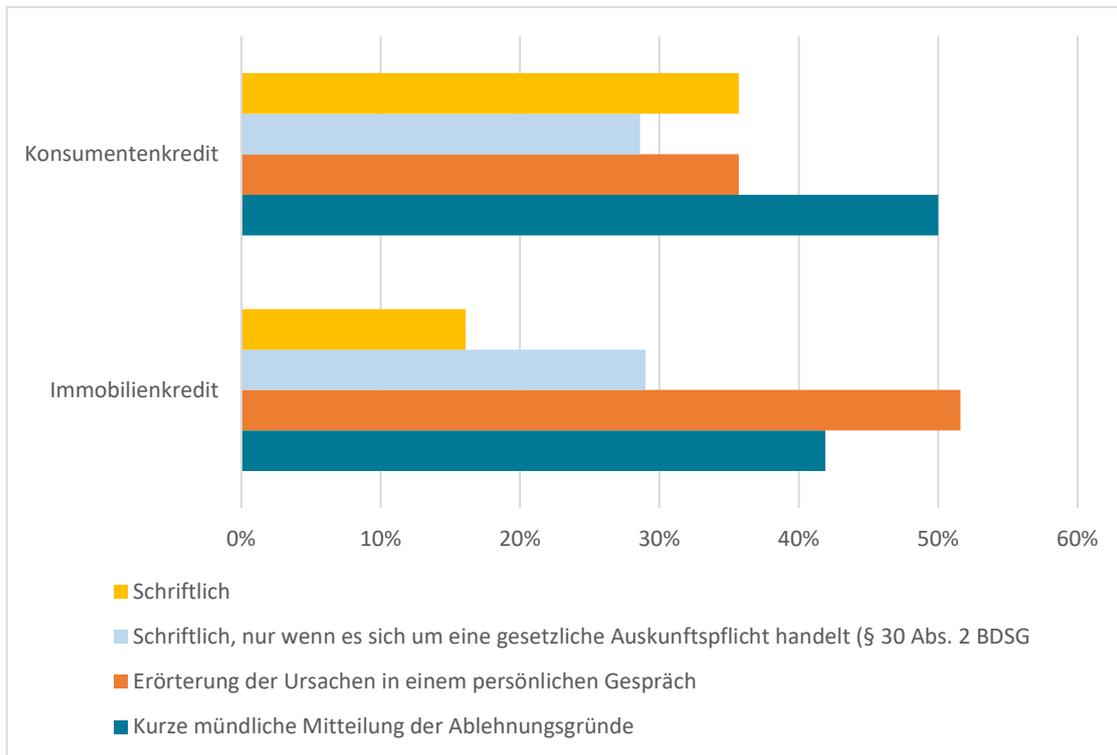
Abbildung 27: Ablehnungsgründe



Quelle: Bankenumfrage, N = 29. Frage: Um welche Ablehnungsgründe handelt es sich dabei? (freie Antwort)

Die Ergebnisse der VZ & ADBS Umfrage und der Bankenumfrage stimmen auch überein, wenn es um die Form geht, in der die Auskunft erteilt wird. Nach der Bankenumfrage erfolgt die Auskunft meistens mündlich, entweder in einem persönlichen Gespräch (44 Prozent) oder als kurze mündliche Mitteilung (46 Prozent). Laut der 12 auskunftsfähigen Befragten der VZ & ADBS-Umfrage wird die Auskunft regelmäßig mündlich erteilt (5 Befragte), ausführliche Gespräche finden laut einem:r Befragten bei Immobilienkrediten statt, dagegen bei Konsumentenkrediten überhaupt nicht.

Abbildung 28: Form der Mitteilung (Banken)



Quelle: Bankenumfrage, N = 59. Frage: In welcher Form teilen Sie den Ablehnungsgrund mit? (Mehrfachnennung)

§ 7 Lösungsansätze

Gegen altersbedingte Benachteiligungen bei der Kreditvergabe gewährt das geltende Recht keinen hinreichenden Schutz. Das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG, das seine Wirkung für die Sparkassen unmittelbar entfaltet (s. oben §3.B.III), beinhaltet das Merkmal des Lebensalters nicht. Das AGG gewährt Schutz vor altersbedingten Benachteiligungen nur dann, wenn der in Frage stehende VDV als MG oder MAS i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG einzustufen ist, was nicht für alle VDV gilt (s. oben §5.F). Die Komplexität, die hinter der KWP und den Kreditvergabeentscheidungen steckt, macht es für die Verbraucher:innen kaum durchschaubar, aus welchem Grund ihr Kreditantrag abgelehnt wurde oder die Vertragskonditionen ungünstiger sind im Vergleich zu anderen Verbraucher:innen in ähnlichen finanziellen Verhältnissen. Da Kreditinstitute lediglich in wenigen Fällen verpflichtet sind, Auskunft zu erteilen (s. oben §6), erfahren Verbraucher:innen regelmäßig den Grund für die Kreditablehnung bzw. ungünstigere Konditionen nicht. Dies hindert sie daran, an der Beseitigung der jeweiligen Ablehnungsgründe zu arbeiten. Um dieser nicht zufriedenstellenden Situation entgegenzuwirken, bedarf es gesetzlicher Änderungen.

A. Aufnahme des Merkmals „Lebensalter“ in das Grundgesetz

Aufgrund der demografischen Entwicklung in der Bundesrepublik betrifft eine Benachteiligung älterer Personen einen steigenden Prozentsatz der Gesamtbevölkerung. Auch in der älteren Bevölkerung gibt es noch den Wunsch nach Gütern und Dienstleistungen, die bereits jetzt genossen werden können, ohne in jedem Fall sofort auf die Ersparnisse zurückgreifen zu müssen. Im Zusammenhang mit einem altersgerechten Umbau der Wohnung oder des Hauses, aber auch einer klimaneutralen Sanierung, dürfte der Kreditbedarf vieler älterer Menschen eher noch steigen. Der Zugang zu Kredit und zu fairen Kreditkonditionen gehört zu den grundlegenden Bedingungen für gesellschaftliche Teilhabe, und diese wiederum ist wichtig, um die eigene Würde zu erhalten. Vor diesem Hintergrund könnte der Schutz vor altersbedingter Benachteiligung bei der Kreditvergabe durch eine entsprechende Ergänzung des Artikels 3 GG erfolgen. Zumindest die Sparkassen, für die bekanntermaßen ja die Grundrechte und Grundfreiheiten nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar gelten, wären dann unmittelbar dazu verpflichtet, eine altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe zu vermeiden. Aus diesem Grund wird an dieser Stelle das Plädoyer der Expert:innen unterstützt, das Merkmal des Lebensalters in Art. 3 Abs. 3 GG aufzunehmen.³³³

B. Modifikation des AGG

Um alle Kreditinstitute zur Vermeidung einer altersbedingten Benachteiligung zu verpflichten, bedarf es einer entsprechenden Modifikation von §§ 19 ff. AGG. Zu berücksichtigen ist dabei die elementare Rolle von Finanzdienstleistungen im Allgemeinen und Krediten für Verbraucher:innen im Besonderen. Anknüpfungspunkt können die Regelungen zu anderen Dauerschuldverhältnissen wie Versicherungen, Mietverhältnisse und Zahlungskonten bilden. Für eine zukunftsgerichtete Gestaltung von §§ 19 ff. AGG spielt auch die bevorstehende europäische Gesetzgebung eine wichtige Rolle.

³³³ S. Altersdiskriminierung: Expert*innenkreis sieht großen Handlungsbedarf in Deutschland, abrufbar auf https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/aktuelles/DE/2023/20230329_Expertinnen_Alter.html (22. Juli 2023).

I. Zukünftige EU-Gesetzgebung

1. VerbKrRL-Vorschlag

Das erste europäische Gesetzgebungsvorhaben, das an dieser Stelle zu berücksichtigen ist, betrifft den VerbKrRL-Vorschlag, der 2021 von der Europäischen Kommission unterbreitet wurde.³³⁴ Während der zwei Jahre dauernden Diskussionen erfuhr der Vorschlag mehrere Änderungen – ein Kompromiss konnte im Juni 2023 erreicht werden (VerbKrRL-Vorschlag 2023).³³⁵ Es wird erwartet, dass die Richtlinie im September 2023 im Europäischen Parlament in ihrer Kompromissfassung verabschiedet wird.

Art. 6 Abs. 1 VerbKrRL-Vorschlag 2023 sieht unter dem Titel „Diskriminierungsverbot“ vor, dass die Bedingungen zur Gewährung eines Kredits die Verbraucher:innen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Wohnsitzes oder aus einem der in Art. 21 GrCh genannten Gründe nicht diskriminieren dürfen. Die in Art. 21 GrCh genannten Gründe umfassen Geschlecht, „Rasse“, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung, Hautfarbe, soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, politische oder sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen sowie Geburt (Art. 21 Abs. 1 GrCh). Da Art. 6 Abs. 1 VerbKrRL-Vorschlag 2023 bei dem Verbot keinen Unterschied macht, ob das Ansehen der Person eine Rolle spielt, wird der Unterschied im deutschen Recht zwischen MG sowie MAS (§ 19 Abs. 1 AGG) einerseits und sonstigen Geschäften (§ 19 Abs. 2 AGG) andererseits zumindest mit Bezug auf VDV überflüssig, und falls § 19 AGG mit Bezug auf Allgemein-VDV nicht geändert wird, auch europarechtswidrig sein, wenn der VerbKrRL-Vorschlag im September 2023 in seiner Kompromissfassung verabschiedet wird.

2. AntiDis-Vorschlag 2019

Des Weiteren ist das Vorhaben des europäischen Gesetzgebers, die Schutzlücke bei den Benachteiligungen in zivilrechtlichen Verhältnissen zu schließen, auch zu berücksichtigen. Zwar ist die Zukunft des AntiDis-Vorschlags 2019 noch unklar, aber am Willen des europäischen Gesetzgebers, Benachteiligungen aus Gründen der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung auch in zivilrechtlichen Verhältnissen zu verhindern, hat sich nichts geändert. Daher könnte künftig die Blockade bei den Verhandlungen überwunden und die Richtlinie verabschiedet werden.

Da der AntiDis-Vorschlag u.a. Benachteiligungen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, verbietet (Art. 1 und 3 AntiDis-Vorschlag 2019), werden die VDV in den Anwendungsbereich der zukünftigen Richtlinie fallen. Insofern werden u.a. altersbedingte Benachteiligungen bei der Kreditvergabe durch eine weitere EU-Richtlinie verboten sein.

II. Vergleich mit anderen Dauerschuldverhältnissen

Für eine eventuelle Anpassung des AGG ist ein Vergleich mit den Regelungen zum Benachteiligungsverbot bei anderen Dauerschuldverhältnissen geboten. Dabei werden Versicherungsverträge, Regelungen zu Zahlungskonten und Mietverhältnisse in den Blick genommen. Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem jeweiligen Dauerschuldverhältnis und Darlehensverträgen werden erörtert, um feststellen zu können, welche Grundsätze und Schlussfolgerungen mit Bezug auf das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot abgeleitet und auf Darlehensverträge übertragen werden können.

³³⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkredite, KOM(2021) 347 endgültig vom 30.6.2021.

³³⁵ Für die Kompromissfassung s. Europäische Kommission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer credits, Dok.-Nr. 10983/23, Brüssel 22. Juni 2023. Das Dokument ist in englischer Sprache, die deutsche Fassung liegt noch nicht vor.

1. Versicherungsverträge

VDV und Versicherungsverträge stellen zwei der wichtigsten Finanzdienstleistungen zur Förderung von finanzieller Inklusion dar. Wie der deutsche Gesetzgeber bei der Verabschiedung des AGG ausgeführt hat, decken Versicherungen „häufig elementare Lebensrisiken ab; [w]eshalb [...] der verweigernde Vertragsschluss für den Benachteiligten schwerwiegende Auswirkungen haben [kann].“³³⁶ Die Gesetzesbegründung zeigt somit die erste Gemeinsamkeit zwischen Versicherungs- und Darlehensverträgen auf: Versicherungsverträge dienen dazu, Verluste aus realisierten Risiken für die Betroffenen erst gar nicht entstehen zu lassen bzw. sie zu vermindern. Kfz-Versicherung, Haftpflichtversicherung, Hausratsversicherung sind einige Beispiele.³³⁷ Versicherungsverträge stellen somit ein wichtiges Instrument zur Risikosenkung dar. Auch Darlehen dienen einem angemessenen Risikomanagement von Verbraucher:innen. Darlehen repräsentieren ein Instrument zur Risikobewältigung. Sie können ebenfalls helfen, Verluste infolge von realisierten Risiken aufzufangen. Als Instrument der Risikobewältigung dienen sowohl Versicherungs- als auch Darlehensverträge der Gewährleistung des Lebensstandards.

Ferner wird den Verbraucher:innen durch einen Kredit Kaufkraft zur Verfügung gestellt,³³⁸ die u.a. den Zugang zu jenen Gütern und Dienstleistungen ermöglicht, welche elementar für den Aufbau eines bestimmten Lebensstandards sind. Durch einen Konsumentenkredit können sich beispielsweise Berufsanfänger:innen Möbel für eine neue Mietwohnung besorgen. Genau die gleiche Funktion können die Versicherungsverträge haben. Eine Privathaftpflichtversicherung von Mieter:innen kann z.B. den Vermieter:innen das Sicherheitsgefühl geben, im Falle eines Schadens an ihrem Eigentum auf diese Versicherung zurückgreifen zu können. Dies wiederum kann die Vermietung einer Wohnung erleichtern.

Des Weiteren ist bei beiden Verträgen eine Risikoanalyse erforderlich. Bei den Versicherungsverträgen bezieht sich diese auf das Risiko des Schadenseintritts (vgl. §§ 19 ff. VVG),³³⁹ bei den Kreditverträgen auf das Risiko des Zahlungsausfalls (vgl. § 505a Abs. 1 BGB). Ein wichtiger Unterschied in dieser Hinsicht ist darin zu sehen, dass das Versicherungsunternehmen erst durch den Eintritt des Versicherungsfalles leistungspflichtig wird (§ 1 VVG), was in der Regel eine Geldzahlung an die Versicherungsnehmer:innen zur Folge hat.³⁴⁰ Bei den VDV wird dagegen das Kreditinstitut verpflichtet, den Verbraucher:innen den vereinbarten Geldbetrag bereits unmittelbar nach Vertragsschluss zur Verfügung zu stellen. Die Verbraucher:innen als Kreditnehmer:innen zahlen das Darlehen samt Zinsen bei Fälligkeit, also in der Zukunft, zurück (§§ 488, 491 BGB). Insofern erfüllt das Kreditinstitut seine vertragliche Pflicht, den vereinbarten Kreditbetrag zur Verfügung zu stellen, bereits am Anfang des Kreditverhältnisses. Eine Frage ist dann, ob dieser Unterschied im Zeitpunkt der Leistungserbringung in beiden Verträgen eine unterschiedliche Behandlung mit Bezug auf den Schutz vor (altersbedingten) Benachteiligungen rechtfertigt.

Der zeitliche Unterschied in der Leistungserbringung zeigt sich zum einen darin, dass eine kreditgebende Bank bereits in der Gegenwart einen Liquiditätsentzug erfährt und dieser ein sicheres Ereignis darstellt. Der Zufluss an Liquidität durch die Kredittilgung liegt dagegen in der Zukunft und stellt mithin ein unsicheres Ereignis dar. Bei einem Versicherungsvertrag verhält es sich gerade umgekehrt. Daraus allein lässt sich allerdings keine Ungleichbehandlung beider Vertragsformen ableiten. Schließlich gehört das Kreditgeschäft und die damit verbundene Bereitstellung von Liquidität zu den konstitutiven Aufgaben eines Finanzinstituts und rechtfertigt somit kein besonderes Schutzbedürfnis für die kreditgebende Seite. Entscheidender ist deshalb die Frage, ob Unterschiede in der Risikoübernahme und damit in der Risikoteilung eine Ungleichbehandlung von Versicherungs- und Kreditverträgen rechtfertigt.

336 BT-Drs. 16/1780, S. 41.

337 Finance Watch, S. 31 ff.; Armbrüster, S. 73 ff.

338 MüKoBGB/Weber Vor § 491 BGB Rn. 1.

339 Gesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz – VVG) vom 23. November 2007, BGBl. 2007 I 2631.

340 Armbrüster, S. 369 ff.

Für das Versicherungsunternehmen existiert das Risiko einer zukünftigen Zahlungsverpflichtung. Die Risikoteilung zwischen beiden Parteien äußert sich in der Höhe der Versicherungsprämie, die die versicherte Person regelmäßig zu erbringen hat. Ihre Höhe wird vor allem durch den erwarteten Schadensbetrag bestimmt. Für Kreditgeber:innen besteht das Risiko, dass Schuldner:innen ihren Rückzahlungsverpflichtungen nicht nachkommen. Die Risikoteilung zwischen beiden Parteien zeigt sich im Kreditzins, aber auch in zu stellenden Sicherheiten.

Da also die Risiken in beiden Verträgen in den Vertragspreis einfließen, stellt der Zeitpunkt der Leistungserbringung keine Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung im Schutz vor Benachteiligungen dar. Aus diesem Grund darf der Unterschied im Zeitpunkt der Leistungserfüllung zu keiner unterschiedlichen Folge hinsichtlich des Schutzes vor Benachteiligungen führen.

2. Zahlungskonten

Bekanntlich haben sich Zahlungskonten insbesondere in den letzten Jahrzehnten zu einem Grundbedürfnis etabliert und stellen somit wichtige Instrumente für die Verwirklichung wirtschaftlicher Pläne von Individuen dar.³⁴¹ Insofern bilden sie auch einen elementaren Bestandteil finanzieller Inklusion.³⁴² Dieser Tatsache hat der europäische Gesetzgeber mit der Zahlungskonten-RL³⁴³ Rechnung getragen, um die Teilhabe am Binnenmarkt und an der Nutzung seiner Vorteile durch einen Zugang zu einem Zahlungskonto für alle Verbraucher:innen zu ermöglichen. Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie durch das Zahlungskontengesetz (ZKG) in nationales Recht umgesetzt.³⁴⁴ Das ZKG normiert in dessen § 31 die Verpflichtung von Kreditinstituten, mit allen berechtigten Personen, also Verbraucher:innen mit rechtmäßigem Aufenthalt in der EU einschließlich Personen ohne festen Wohnsitz und Asylsuchende (§ 31 Abs. 1 ZKG), einen Basiskontovertrag zu schließen. Die Ablehnung des Antrags auf Abschluss eines Basiskontovertrags ist lediglich in § 34 ZKG aufgeführten Ausnahmefällen möglich.

Art. 15 der Zahlungskonten-RL, der Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder aus den in Art. 21 GrCH genannten Gründen (s. oben §7.B.I.1) verbietet, hat der deutsche Gesetzgeber durch § 3 ZKG umgesetzt. Selbst im Falle eines Fehlens dieser Norm würde der Schutz vor Benachteiligungen gemäß § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG eingreifen, da Verträge zur Eröffnung von Basiskonten MG oder MAS sind.³⁴⁵ Insofern besteht bei einer weiteren Finanzdienstleistung, die für die finanzielle Inklusion sehr wichtig ist, ein besserer Schutz vor Benachteiligungen.

Zwar lassen sich Zahlungskonten nicht unmittelbar mit Kreditverträgen vergleichen, wohl aber haben beide gemeinsam, dass sie einen wichtigen Beitrag zur finanziellen Inklusion leisten. Ob daraus eine besondere Schutzbedürftigkeit für Verbraucher:innen entsteht, hängt wesentlich davon ab, ob gangbare Alternativen zur Verfügung stehen oder nicht. In der Tat sind sowohl Zahlungskonten als auch Kredite nicht völlig alternativlos. So könnten Zahlungen auch bar geleistet und eine Anschaffung durch Auflösung von Ersparnissen geleistet werden. Allerdings ist heutzutage ein „Zahlungskonto“ notwendige Bedingung für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und für die Deckung vieler Grundbedürfnisse (Wohnen, Versichern etc.). Ebenso sind (ausreichende) Ersparnisse nicht immer verfügbar und trotzdem erfordert z.B. die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Außendienst, dass ein Auto auf eigene Kosten gekauft werden muss. Insofern sind Zahlungskonten und Kredite durchaus vergleichbar. Beide leisten einen unverzichtbaren Beitrag zu sozialer Inklusion.

341 LG Bremen, Ur t. v. 16.6.2005 – 2 O 408/05, VuR 2005, 350 (351); LG Stuttgart, Ur t. v. 6.9.1996 – 27 O 343/96, NJW 1996, 3347 (3348); AG Essen, Ur t. v. 28.10.1993 – 23 C 548/93, NJW-RR 1994, 1330 (1330 f.).

342 Finance Watch, S. 25 f.

343 Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, ABl. 2014 L 257/214.

344 Gesetz über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten sowie den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (Zahlungskontengesetz – ZKG) vom 11. April 2016, BGBl. I 720.

345 M.w.N. MüKoBGB/Thüsing § 19 AGG Rn. 26; Bachmann, ZBB 2006, 257 (266); BeckOK BGB/Wendtland Rn. 5; Grüneberg/Grüneberg Rn. 3; BeckOGK/Mörsdorf, AGG § 19 Rn. 39.

3. Mietverhältnisse

Zweifelsohne stellen Mietverhältnisse regelmäßig keine MG oder MAS dar, da sie typischerweise in Ansehen der Person zustande kommen.³⁴⁶ Trotzdem fallen sie in den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 2 AGG, wenn sie der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden.³⁴⁷ Insofern sind bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Mietverhältnissen rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft verboten.

Gemäß § 19 Abs. 5 S. 1 AGG findet das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot auf diejenigen Schuldverhältnisse keine Anwendung, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. § 19 Abs. 5 S. 2 AGG konkretisiert diesen Ausschlussgrund für Mietverhältnisse und sieht vor, dass Mietverhältnisse ein besonderes Nähe- bzw. Vertrauensverhältnis begründen können, insbesondere wenn Vermieter:in und Mieter:in in nächster räumlicher Nähe wohnen. Darauf folgend stellt jedoch das Gesetz in § 19 Abs. 5 S. 3 AGG klar, dass die Vermietung von Wohnraum nur dann kein MG oder MAS darstellt, wenn Vermieter:innen insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermieten. Im Umkehrschluss indiziert § 19 Abs. 5 S. 3 AGG also, dass es auf das Ansehen der Person nicht (mehr) ankommt, wenn Vermieter:innen mehr als 50 Wohnungen vermieten.³⁴⁸

Die Regelung des § 19 Abs. 5 S. 3 AGG geht auf Befürchtungen zurück, dass der Ausschlussgrund in § 19 Abs. 5 S. 2 AGG zum besonderen Nähe- und Vertrauensverhältnis bei Mietverhältnissen, wenn Vermieter:in und Mieter:in in nächster räumlicher Nähe wohnen, missverstanden werden kann. Es bestehe das Risiko, dass sonstige Mietverhältnisse, d. h. wenn Vermieter:in und Mieter:in nicht in nächster räumlicher Nähe wohnen, automatisch als MG oder MAS eingeordnet werden. Um diesem Risiko entgegenzuwirken, wurde § 19 Abs. 5 S. 3 AGG im Rechtsausschuss des Bundestags hinzugefügt.³⁴⁹

Die Regelung des § 19 Abs. 5 S. 3 AGG bietet einen guten Anhaltspunkt dafür, aus welcher Perspektive der Gesetzgeber die „Dauermassengeschäfte“ oder „massengeschäftsähnliche Dauerschuldverhältnisse“ betrachtet. Nach der Logik des Gesetzgebers können die Dauerschuldverhältnisse, die regelmäßig in Ansehen der Person zustande kommen, doch als MG oder MAS einzuordnen sein, wenn das Geschäftsvolumen eine bestimmte Größe erreicht. Durch die Zunahme der Anzahl von Mietverhältnissen wird vermutet, dass die Anonymität zwischen Mieter:innen und Vermieter:innen steigt und dadurch dem Ansehen der Person nicht mehr die übliche Bedeutung zukommt.³⁵⁰

Obwohl eine Argumentationslinie im Schrifttum die Übertragbarkeit dieser Vermutung auf sonstige Verträge mit der Begründung ablehnt, es handele sich „um eine speziell auf den Mietvertrag zugeschnittene politische Entscheidung“,³⁵¹ ist die Logik hinter der Regelung sehr wohl auch für sonstige Verträge zutreffend. Je mehr zwischen den Vertragsparteien eine gewisse Anonymität herrscht, desto weniger spielt das Ansehen der Person bei der Entstehung des Schuldverhältnisses eine Rolle. Insofern lässt sich feststellen, dass auch Dauerschuldverhältnisse, darunter auch Darlehensverträge MG- oder MAS-Charakter haben können, wenn das Geschäftsvolumen (der kreditgebenden Institution) eine bestimmte Größe erreicht. Daher liegt das Konzept „Dauermassengeschäfte“ oder „massengeschäftsähnliche Dauerschuldverhältnisse“ dem AGG nicht fern.³⁵²

346 MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 43; Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 36.

347 Grüneberg/Ellenberger AGG § 2 Rn. 9.

348 Staudinger/Serr (2020) AGG § 19 Rn. 129 ff.

349 BT-Drs. 16/2022, S. 13 (zu Buchstabe c).

350 MüKoBGB/Thüsing AGG § 19 Rn. 44; Schürnbrand, BKR 2007, 305 (307).

351 Schürnbrand, BKR 2007, 305 (307).

352 Grüneberg/Grüneberg § 19 AGG Rn. 3.

III. Regelung im AGG für VDV

Nicht nur die zukünftige EU-Gesetzgebung sondern auch der Vergleich mit den Regelungen zu Versicherungs-, Basiskonten- und Mietverträgen legt nahe, dass ein ausdrückliches Benachteiligungsverbot für Darlehensverträge über rassistische Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft hinaus zu konstatieren ist. Bei einer der wichtigsten Erscheinungsformen von altersbedingten Benachteiligungen handelt es sich beispielsweise um die inoffizielle (mündliche) Verhinderung einer Antragstellung durch interessierte Verbraucher:innen (s. oben §2.A). Um vor allem solchen klaren Fällen von unmittelbaren Benachteiligungen i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG entgegenzuwirken, bedarf es einer ausdrücklichen Regelung im AGG, da die Frage, ob Darlehensverträge als MG oder MAS einzustufen sind, für alle Darlehensverträge nicht einheitlich beantwortet werden kann (§5.F).

Für eine ausdrückliche Regelung zum Benachteiligungsverbot bei VDV kämen entweder § 19 Abs. 1 AGG oder § 19 Abs. 2 AGG in Frage. Durch die Hinzufügung einer gesonderten Regelung in den § 19 Abs. 1 AGG, z.B. als Nr. (3), könnten altersbedingte Benachteiligungen bei VDV verboten werden. Da die VDV Schuldverhältnisse sind, die den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, zum Gegenstand haben (§§ 19 Abs. 2 i.V.m. 2 Abs. 1 Nr. (8) AGG), könnte die Ergänzung des § 19 Abs. 2 AGG um das Merkmal des Alters auch eine Lösungsmöglichkeit darstellen. Von diesen beiden Lösungsmöglichkeiten ist die Ergänzung des § 19 Abs. 1 AGG vorzuziehen, da die zukünftige VerbKrRL nicht nur altersbedingte Benachteiligungen, sondern auch Benachteiligungen aufgrund weiterer Merkmale, wie z.B. Geschlecht, Behinderung oder sexueller Ausrichtung verbietet. Eine europarechtkonforme Umsetzung der zukünftigen VerbKrRL erfordert insofern einen umfassenderen Schutz vor Benachteiligungen bei VDV.

Eine allgemeinere Lösung wäre die Abschaffung des Unterschieds zwischen MG und MAS (§ 19 Abs. 1 AGG) einerseits und sonstigen Schuldverhältnissen (§ 19 Abs. 2 AGG) andererseits. Im Grundlagenpapier zur Reform des AGG, das durch Frau Ferda Ataman, der unabhängigen Bundesbeauftragten für Antidiskriminierung, im Juli 2023 vorgelegt wurde,³⁵³ wird für die Abschaffung einer unterschiedlichen Behandlung von zivilrechtlichen Schuldverhältnissen plädiert. So würde die Schutzhierarchie, die im Hinblick auf verpönte Merkmale existiert, abgeschafft, sodass das umfassende Benachteiligungsverbot für alle Schuldverhältnisse, die den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, zum Gegenstand haben (§ 2 Abs. 1 Nr. (8) AGG), gelten würde. In diesem Fall wären auch altersbedingte Benachteiligungen bei VDV durch die Neuregelung umfasst. Im belgischen Recht findet beispielsweise das allgemeine Verbot von Benachteiligungen aufgrund des Alters auch auf Kreditverträge Anwendung.³⁵⁴ Auch im französischen Recht sind seit 2016 Benachteiligungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen im Allgemeinen verboten.³⁵⁵

IV. Rechtfertigung durch sachliche Gründe?

1. Konkretisierung gesetzlicher und regulatorischer Vorgaben

Im nächsten Schritt ist die Frage zu beantworten, ob es einen sachlichen Grund i.S.d. § 20 Abs. 1 AGG für die Berücksichtigung des Alters bei der Kreditvergabe gibt und ob es einer diesbezüglichen Sonderregelung im AGG bedarf. Wie oben im §5.D. ausführlich dargestellt wurde, werden das Alter der kreditbeantragenden Person und die altersbedingten Risiken im gesamten Kreditvergabeprozess berücksichtigt.

³⁵³ Vielfalt, Respekt, Antidiskriminierung – Grundlagenpapier zur Reform des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), Berlin 2023, S. 13, abrufbar auf https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/Sonstiges/20230718_AGG_Reform.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (26. Juli 2023).

³⁵⁴ Länderbericht Belgien, S. 1 f., 7.

³⁵⁵ Länderbericht Frankreich, S. 16 f., 18 f.

Zwar kann die Verfolgung wirtschaftlicher bzw. finanzieller Interessen, wenn andere Tatbestandsmerkmale des § 20 Abs. 1 AGG ebenfalls vorliegen, als ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung dienen (s. oben §4.D.V.1), doch ob ein sachlicher Grund vorliegt, ist immer einzelfallbasiert zu prüfen.³⁵⁶ Hinsichtlich einer Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund ist die zunehmende Standardisierung bei den Kreditvergabeprozessen von besonderer Bedeutung. Eine zunehmende Standardisierung geht meist mit einer restriktiveren Kreditvergabe einher, da mögliche individuelle Abweichungen von statistischen Durchschnitten nicht berücksichtigt werden können. Die Ergebnisse der Bankenumfrage bestätigen, dass beinahe die Hälfte der KWP bei Konsumenten standardisiert durchgeführt werden (s. oben §2.B.I.2). Allerdings herrscht keine Transparenz im Hinblick darauf, welche Daten in die KWP eingehen und wie sie gewichtet werden. Gerne wird dies als Geschäftsgeheimnis gehütet. Daher kann man weder pauschal annehmen, dass die Berücksichtigung des Alters bei standardisierten KWP aufgrund altersbedingter Risiken gemäß § 20 Abs. 1 AGG sachlich gerechtfertigt ist, noch kann man angemessen prüfen, ob dies der Fall ist.

Durch ein ausdrückliches Verbot von altersbedingten Benachteiligungen wäre allerdings die Berücksichtigung des Alters bei standardisierten KWP oder bei der Kreditvergabe nicht komplett ausgeschlossen. Selbst der VerbKrRL-Vorschlag 2023 konstatiert in Art. 6 Abs. 2 die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung, nachdem er in Art. 6 Abs. 1 das Benachteiligungsverbot verhängt. Dementsprechend haben die Kreditinstitute die Möglichkeit, unterschiedliche Konditionen für den Kreditzugang anzubieten, solange sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind.³⁵⁷ Insofern kann die Berücksichtigung des Alters bei KWP im Einzelfall durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden.

Nach welchen Kriterien diese Einzelfallprüfung stattfinden soll, ist jedoch in der Beratungspraxis nicht klar. Nach den Ergebnissen der VZ & ADBS-Umfrage besteht Klarstellungsbedarf vor allem beim Umfang der Berücksichtigung des Alters bei der KWP (72 Prozent) und bei der Frage, wann die Grenze einer sorgfältigen KWP überschritten wird und wann somit eine (Alters-)Diskriminierung vorliegt (67 Prozent).

Um für die Einzelfallprüfungen i.S.d. § 20 Abs. 1 AGG Grundsätze und Leitlinien zur Verfügung zu stellen, könnte die Umsetzung der zukünftigen neuen Verbraucherkreditrichtlinie zum Anlass genommen werden. Bekanntlich hat der deutsche Gesetzgeber nach der Umsetzung der WIKR ins nationale Recht bestimmte Einzelheiten in der ImmoKWPLV geregelt. Da durch die neue zukünftige VerbKrRL der Prüfungsmaßstab für Konsumenten- und Immobilienkredite vereinheitlicht wird (s. oben §5.D.I.1), könnte der deutsche Gesetzgeber eine Verordnung verabschieden, in der die Grundsätze und Leitlinien für KWP sowohl für Konsumenten- als auch bei Immobilienkrediten festgelegt werden, einschließlich der Leitlinien für die Berücksichtigung des Alters der kreditbeantragenden Person. Beispielsweise kann in der neuen Verordnung geregelt werden, dass nicht nur zukünftige negative Ereignisse wie z.B. das Ableben, sondern auch zukünftige positive Ereignisse wie z.B. zusätzliches Einkommen aus freiwilliger Arbeit nach dem Renteneintritt, stärker in der KWP Berücksichtigung finden sollen. In diesem Zusammenhang könnte in aufsichtsrechtlichen Vorgaben, also durch die BaFin, festgelegt werden, in welchem Umfang die künftigen positiven Ereignisse in die Prüfung der Kapitaldienstfähigkeit (§ 18a KWG) einfließen dürfen, um die Zurückhaltung der Kreditinstitute zu überwinden.

³⁵⁶ BT-Drs. 16/1780, S. 43.

³⁵⁷ Art. 6 Abs. 2 VerbKrRL-Vorschlag 2023: „This is without prejudice to the possibility of offering different conditions of access to a credit where those differences are duly justified by objective criteria.“

2. Berücksichtigung statistischer Werte

Ein weiterer wichtiger Grund für altersbedingte Benachteiligungen ist die Berücksichtigung der statistischen Lebenserwartung und des statistischen Anstiegs des Zahlungsausfallrisikos im fortgeschrittenen Alter. Laut der Bankenumfrage berücksichtigen die Banken regelmäßig die Korrelation zwischen dem Alter der kreditbeantragenden Person und dem Zahlungsausfallrisiko sowie der statistischen Lebenserwartung (§2.B.III).

Laut Expert:inneninterviews steigt das Zahlungsausfallrisiko mit dem fortgeschrittenen Alter. Doch solch eine positive Korrelation konnte in den Statistiken nicht festgestellt werden. Zwischen einzelnen Altersgruppen werden lediglich geringe Unterschiede im Rückzahlungsverhalten bei Ratenkrediten festgestellt.³⁵⁸ 2020 lag der Anteil ausgefallener Ratenkredite bei älteren Menschen sogar unter dem Durchschnitt.³⁵⁹ Bei diesen Statistiken handelt es sich zwar um Zahlungsausfälle bei bereits bewilligten Ratenkrediten – sie umfassen somit die Kreditablehnungen nicht. Dennoch liefern die statistischen Werte keinen Grund zur pauschalen Annahme, das Zahlungsausfallrisiko steige mit dem fortgeschrittenen Alter.

Die Berücksichtigung der statistischen Lebenserwartung wird nun aber, wie oben dargestellt, für Altersgrenzen beim Kreditantrag und der Volltilgung des Kredits genutzt (s. oben §2.B.III). Dass im Übrigen die statistische Lebenserwartung ebenfalls einer Einzelfallbetrachtung bedarf, bestätigt ein Urteil des OLG Stuttgart.³⁶⁰ Im streitgegenständlichen Fall handelte es sich um einen Rentenversicherungsvertrag, der gegen Zahlung einer Einmalprämie Rentenansprüche ab dem Erreichen einer bestimmten Altersgrenze begründet. In der Widerrufsbelehrung zum Vertrag war unter Folgen des Widerrufs auch der Fall geregelt, wieviel Prämie der Versicherer für den Zeitraum bis zum Widerruf behalten darf. Der Anteil der zurückbehaltenden Prämie sollte nach einer Formel berechnet werden, die pauschal auf der statistischen Lebenserwartung von 85 Jahren basierte. Diese Formel hielt das OLG für nicht sachgerecht. Denn „[d]ie statistische Lebenserwartung ist vom jeweiligen Lebensalter abhängig, so dass es nicht den objektiven Maßstäben entspricht, eine – über alle Altersklassen verteilt – einheitliche Lebenserwartung von 85 Jahren zugrunde zu legen. Wie der Kläger vorgetragen hat, beträgt für Frauen, die das 80. Lebensjahr bereits erreicht haben, eine Lebenserwartung von 9,2 Jahren. Frauen, die das 90. Lebensjahr erreicht haben, haben eine Lebenserwartung von 4,2 Jahren.“³⁶¹

Insofern hat das OLG betont, dass im konkreten Fall nicht die allgemeine statistische Lebenserwartung, sondern die Lebenserwartung für eine bestimmte Altersklasse zu berücksichtigen ist. Dies spricht auch dagegen, Altersgrenzen für einen Kreditantrag pauschal auf 67 Jahre festzulegen oder für die Volltilgung des Kredits 74 Jahre als sachlichen Grund anzunehmen.³⁶²

Das AGG regelt bereits eine Ausnahme für statistische Benachteiligungen aufgrund der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei Privatversicherungsverträgen (§20 Abs. 2 S. 2 AGG). Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob am Beispiel der Regelung für Privatversicherungsverträge eine Ausnahme für statistische Benachteiligungen ebenfalls für Darlehensverträge zu konstatieren ist. Bei den Expert:inneninterviews haben sich die ABDS und VZ entweder gegen eine Ausnahme für statistische Benachteiligungen geäußert oder sich enthalten. Auch ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung der Ausnahme des § 20 Abs. 2 S. 2 AGG in der

358 Schufa, Risiko- und Kredit-Kompass 2022, S. 10: „Zwischen den einzelnen Altersgruppen gibt es nur geringe Unterschiede im Rückzahlungsverhalten. [...] Ab einem Alter von 45 Jahren liegt die Rückzahlungsquote in allen betrachteten Altersgruppen über 98 Prozent. Der Anteil der vertragsgemäß bedienten Ratenkredite schwankt ab einem Alter von 50 Jahren in allen betrachteten Altersgruppen nur noch zwischen 98,4 und 98,6 Prozent.“ Folgende Altersgruppen werden zugrunde gelegt: 18-19 Jahre, 20-24 Jahre, 25-29 Jahre, [...], 60-64 Jahre, 65-74 Jahre und > 74 Jahre.

359 Schufa, Risiko- und Kreditkompass 2020, S. 10.

360 OLG Stuttgart, Ur. v. 21.01.2021 – 2 U 565/19 (juris).

361 OLG Stuttgart, Ur. v. 21.01.2021 – 2 U 565/19, Rn. 89 (juris).

362 Da seit dem Test Achats-Urteil des EuGH (oben Fn. 181) eine statistische Unterscheidung nach dem Geschlecht nicht mehr möglich ist, sind geschlechtsunabhängige statistische Werte zugrunde zu legen.

Praxis höchstproblematisch ist, da die Stichhaltigkeit der statistisch ermittelten Risikobewertungen nicht nachgeprüft werden können.³⁶³ Mit vergleichbaren Schwierigkeiten hätte man bei einer Übertragung dieser Ausnahme auf VDV zu tun.

Aus diesem Grund wären die Einzelheiten zur Berücksichtigung der statistischen Lebenserwartung und weiterer statistischer Korrelationen in der neuen Verordnung zu VDV (s. oben B.IV.1) besser platziert. In dieser Verordnung (und auch in aufsichtsrechtlichen Vorgaben) sollte betont werden, dass je nach Altersklasse die auf die kreditbeantragende Person anwendbare Statistik zugrunde zu legen ist.

C. KI-Systeme

Ein weiterer Grund für altersbedingte Benachteiligungen bei der Kreditvergabe stellt die zunehmende Digitalisierung, insbesondere der Einsatz von automatischen Entscheidungsfindungssystemen (KI-Systeme) dar (s. oben §2.B.I.3). Für den Einsatz von KI-Systemen stehen mehrere europäische Rechtsakte bevor. Der erste davon ist der Vorschlag für ein sogenanntes Gesetz über künstliche Intelligenz.³⁶⁴ Dieser Vorschlag führt einen risikobasierten Ansatz ein und ordnet die KI-Systeme in vier Kategorien ein: KI-Systeme (i) mit einem unakzeptabel hohem Risikoniveau, (ii) mit hohem Risiko, (iii) mit einem Transparenzrisiko, und (iv) mit geringem oder keinem Risiko. Die Hochrisiko-Systeme, darunter auch diejenigen, die für die KWP und Kreditpunktebewertung natürlicher Personen verwendet werden (Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Nr. 5 lit. b Anhang III des Vorschlags), unterliegen besonderen Anforderungen hinsichtlich Transparenz, Risiko- bzw. Qualitätsmanagement, Überwachung und Dokumentation (Art. 9 ff. des Vorschlags). Ein weiterer Vorschlag klassifiziert die KI-Systeme als „Produkte“, wodurch die Produkthaftung auch für sie gilt.³⁶⁵ Der letzte Vorschlag bezweckt die Erleichterung der Beweisführung in zivilrechtlichen Verfahren, die deliktische Haftung aus dem Einsatz von KI zum Gegenstand haben.³⁶⁶ Doch keiner von diesen Vorschlägen ist im Falle einer vertraglichen oder vorvertraglichen Haftung anwendbar.

Wie oben ausgeführt (§4.D.VI) ist das Vertretenmüssen für eine Unterlassungs- bzw. Beseitigungsklage aus § 21 Abs. 1 AGG nicht erforderlich. Allerdings ist dies bei Schadensersatzklagen nach § 21 Abs. 2 AGG umstritten. Sollte eine verschuldensabhängige Haftung für den Schadensersatz gemäß § 21 Abs. 2 AGG angenommen werden, stellt sich die Frage, inwiefern die (diskriminatorischen) Defizite in einem KI-System für die KWP dem Kreditinstitut zugerechnet werden können. Die Erfüllungsgehilfeneigenschaft der KI-Systeme wird in der Literatur zu Recht verneint.³⁶⁷ Das Verschulden kann darin gesehen werden, dass das Kreditinstitut das KI-System nicht sorgfältig in Betrieb genommen bzw. in Stand gehalten hat, wenn die Verwendung des KI-Systems zu (altersbedingten) Benachteiligungen bei der Kreditvergabe führt. Das Kreditinstitut ist, im Vergleich zu Verbraucher:innen, in einer besseren Lage, die Risiken des von ihm eingesetzten KI-Systems zu verwalten, zu beherrschen bzw. zu vermeiden. Zusätzlich dazu ist das Kreditinstitut in der besseren Lage, seine Haftung aus der Verwendung des KI-Systems auf das Unternehmen, das das KI-System entwickelt hat, abzuwälzen. Aus diesem Grund kann man bei diskriminatorischen Fehlfunktionen des KI-Systems das Verschulden des Kreditinstituts „vermuten“ und die Exkulpationsmöglichkeit nach § 21 Abs. 2 S. 2 AGG dadurch einschränken.³⁶⁸

363 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland, S. 90; Klein/Stahlmann, S. 28 ff.

364 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (KI-Vorschlag), KOM(2021) 206 endgültig vom 21.4.2021.

365 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte, KOM(2022) 495 endgültig vom 28.9.2022.

366 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), KOM(2022) 496 endgültig vom 28.9.2022.

367 M.w.N. Damar, S. 29.

368 M.w.N. Damar, S. 29.

D. Auskunftsanspruch

Da die Kreditinstitute keiner allgemeinen Auskunftspflicht unterliegen, erfahren die Verbraucher:innen regelmäßig nicht, aus welchem Grund ihr Kreditantrag abgelehnt wurde oder die Kreditkonditionen vergleichsweise ungünstiger sind. Lediglich in gesetzlichen Pflichtfällen wird den Verbraucher:innen Auskunft gegeben, in sonstigen Fällen hängt es von dem jeweiligen Kreditinstitut ab, ob überhaupt Auskunft erteilt wird, und falls ja, in welcher Form.

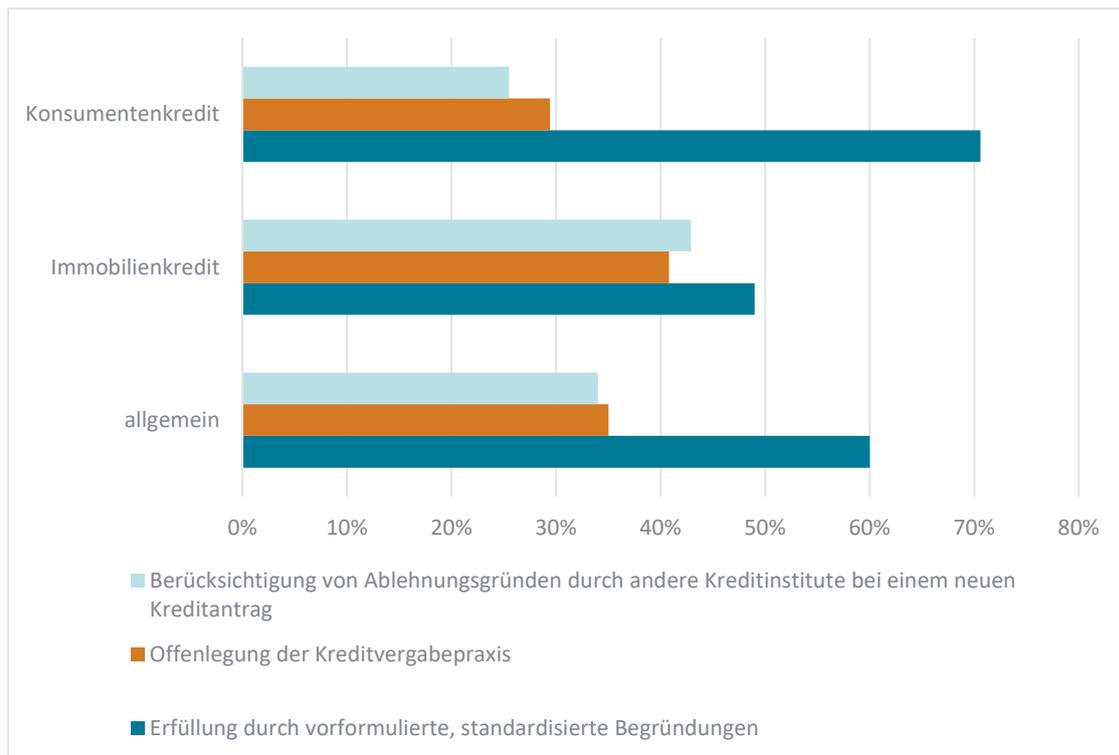
In dieser Hinsicht bietet die neue zukünftige VerbKrRL auch keine umfassende Lösung. Art. 18 Abs. 6 und 7 VerbKrRL-Vorschlag sieht vor, dass die Kreditinstitute im Falle von automatisierter Datenverarbeitung die Verbraucher:innen hierüber unterrichten müssen. Diese Vorschrift stellt eine Ergänzung zu den Auskunftspflichten aus § 30 Abs. 2 BDSG, Art. 13 Abs. 2 lit. (f), Art. 14 Abs. 2 lit. (g) DSGVO dar und greift lediglich im Falle der Verwendung von KI-Systemen ein. Doch wie bereits ausgeführt (§2.B.I.3), setzt der überwiegende Teil von Kreditinstituten keine KI-Systeme bei der KWP ein.

In den Expert:inneninterviews haben insbesondere die ADBS zum Ausdruck gebracht, dass die Kreditinstitute einer allgemeinen Auskunftspflicht unterliegen sollten, sodass die Verbraucher:innen genauere Auskunft erhalten können, warum ihr Kreditantrag abgelehnt wurde, um mögliche Benachteiligungsfälle identifizieren zu können. Die Pflicht sollte mit festen überprüfbaren Kriterien transparent gestaltet werden. Dagegen sind Kreditinstitute, KV und VZ der Meinung, dass eine allgemeine Auskunftspflicht standardisiert umgesetzt würde, um den Aufwand minimal zu halten. Dies würde zu standardisierten Checklisten führen, die i. d. R. nicht viel offenlegen. Aus Angst vor juristischen Verfahren würde eine Auskunftspflicht sehr standardisiert umgesetzt werden und wäre damit wenig informativ. Zudem würden immer mehrere Gründe mit mehreren Unterlagen genannt, um das Risiko der Nicht-Konformität mit dem AGG zu umgehen. Zudem wies ein Kreditinstitut darauf hin, dass die schriftliche Fixierung der Ablehnungsgründe die nachfolgende Suche bei verschiedenen Kreditanbietern erschweren würde. Wenn sich die Verbraucher:innen auf die Suche nach Alternativen machten, hätten die anderen Kreditinstitute mögliche Ablehnungsgründe bereits schriftlich formuliert vorliegen.

Die Ergebnisse der Umfragen bestätigen die unterschiedlichen Meinungen zur Auskunftspflicht. 9 von 12 Befragten der VZ & ADBS-Umfrage sind der Meinung, dass eine allgemeine Auskunftspflicht bei der Verhinderung von altersbedingten Benachteiligungen hilfreich wäre. Denn die Auskunftspflicht würde den Prozess transparenter und objektiver machen (3 Befragte), weil man anhand der erteilten Auskunft nachprüfen könnte (2 Befragte), ob der mitgeteilte Ablehnungsgrund dem aktuellen Zustand des/der Verbraucher:in entspricht, sodass man eventuelle Benachteiligungen i.S.d. AGG feststellen könnte (2 Befragte). Dies würde nicht nur eine vorsichtiger Prüfung eines Kreditantrags durch Kreditinstitute veranlassen (1 Befragte), sondern den Verbraucher:innen auch die Möglichkeit geben, ihren nächsten Kreditantrag zu verbessern (1 Befragte).

Die meisten Befragten der Bankenumfrage (60 Prozent) gehen davon aus, dass die Folge einer allgemeinen Auskunftspflicht standardisierte vorformulierte Begründungen wären (Abbildung 29). Dies trifft vor allem bei Konsumentenkrediten zu. Im Vergleich zu Expert:innen von Konsumentenkrediten (25,5 Prozent) sehen signifikant mehr Expert:innen von Immobilienkrediten (43 Prozent) zudem als Folge, dass die Ablehnungsgründe durch andere Kreditinstitute bei einem neuen Kreditantrag berücksichtigt werden. Dass durch die Auskunftspflicht die Kreditvergabepraxis offengelegt wird, denken 35 Prozent der Befragten. Lediglich 9 Prozent geben an, dass eine allgemeine Auskunftspflicht in der Kreditvergabepraxis keine Konsequenzen haben würde.

Abbildung 29: Folgen einer eventuellen allgemeinen Auskunftspflicht



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Welche Folgen würde eine allgemeine Auskunftspflicht in der Kreditvergabepraxis haben? (Mehrfachnennung möglich)

In der Praxis herrscht ein großer Bedarf nach Mitteilung der Ablehnungsgründe. Dies würde nicht nur der Transparenz und Objektivität dienen, sondern auch Verbraucher:innen den Anlass geben, ihre Antragstellung zu verbessern. Wenn ihnen als Ablehnungsgrund ein zu niedriges Einkommen mitgeteilt wurde, können sie z.B. beim nächsten Kreditantrag einen niedrigeren Betrag nachfragen. Wenn die Kreditsicherheit als zu niedrig eingestuft wurde, können sie nachbesichern. Das belgische Recht bietet in dieser Hinsicht ein interessantes Beispiel. Wenn ein Kreditinstitut einen Kreditantrag ablehnt, ist es verpflichtet, der kreditbeantragenden Person die Identität des/der Sachbearbeiter:in, die den Kreditantrag und die KWP bearbeitete, unverzüglich mitzuteilen.³⁶⁹

Die Auskunftspflicht darf aber auch nicht zur Offenlegung der Kreditvergabepraxis der Kreditinstitute führen. Insbesondere bei den Details einer KWP kann es sich um ein berechtigtes und somit von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkanntes Geschäftsgeheimnis handeln.³⁷⁰ Insofern könnte eine Auskunftspflicht, die lediglich die wichtigsten drei Gründe für die Ablehnung des Kreditantrags umfasst, den gegensätzlichen Interessen der Stakeholder gerecht werden. Dabei kann die Dokumentationspflicht, die für die KWP gilt (s. oben §5.D.I.1.d), instrumentalisiert werden.

Nicht zuletzt ist an dieser Stelle zu betonen, dass die Auskunftspflicht auch für die vorvertragliche Phase gelten würde. Wie oben (§4.D.I) und durch ein Urteil des OLG Karlsruhe festgestellt wurde, ist der Begriff „Begründung“ i.S.d. § 19 AGG weit auszulegen.³⁷¹ Insofern greift die Auskunftspflicht auch dann, wenn das Interesse von Verbraucher:innen an einer Vertragsanbahnung bereits am Anfang abgelehnt wird, wie es der Fall ist, wenn Verbraucher:innen auf inoffiziellm mündlichen Weg abgeschreckt wer-

³⁶⁹ Länderbericht Belgien, S. 9.

³⁷⁰ S. z.B. BGH, Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 156/13, Rn. 27 (juris).

³⁷¹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 14. Dezember 2021 – 24 U 19/21, Rn. 34 (OpenJur). Auch im französischen Recht können sich die Kreditinstitute auf das Bankgeheimnis berufen. Doch in einem Urteil des Arbeitsgerichts aus 2021 wurde die sekundäre Darlegungslast der beklagten Partei in Benachteiligungsfällen im Allgemeinen anerkannt. So kann das Gericht die beklagte Partei anordnen, diejenigen Informationen, die einen Rechtsstreit lösen können, dem Gericht vorzulegen. S. Länderbericht Frankreich, S. 33 f.

den, einen Kreditantrag zu stellen.

E. Filialschließungen

Ein weiterer Grund für altersbedingte Benachteiligungen sind Filialschließungen (§2.B.IV). Doch aus der AGG-Perspektive ist fraglich, ob es sich dabei um eine mittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 2 AGG handelt (s. oben §5.E). Insofern ist die Lösung vielmehr in einem anderen Rechtsbereich zu suchen.

Wenn die Ergebnisse der Bankenumfrage gesondert nach der Institutionsform betrachtet werden, haben vor allem die Sparkassen Filialen geschlossen (56 Prozent) im Gegensatz zu Geschäftsbanken (33 Prozent). Insofern könnte die Lösung im öffentlichen Auftrag von Sparkassen liegen, der darin besteht, ihr Geschäftsgebiet mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen zu versorgen, Sparen und allgemeine Vermögensbildung zu fördern und für die Bevölkerung und für die mittelständische Wirtschaft Dienstleistungen zu erbringen. Die Länder können Gespräche mit den Sparkassen führen, indem gemeinsam Lösungen gefunden werden, wie der öffentliche Auftrag der Sparkassen auch für ältere Menschen zu erfüllen ist.

F. Restschuldversicherungen

Bekanntlich werden Restschuldversicherungen für alle Verbrauchergruppen kritisch betrachtet. Mehrere Studien haben bereits festgestellt, dass Verbraucher:innen die (überkauften) Restschuldversicherungsverträge nicht tatsächlich freiwillig abschließen.³⁷² Obwohl Restschuldversicherungen mit zusätzlichen Kosten für Verbraucher:innen bei den VDV einhergehen, fungieren sie für ältere Menschen zum Teil als Zugangsbarriere, da sie in ca. einem Drittel der Fälle durchschnittlich ab einem Alter von 70 Jahren nicht mehr angeboten werden (s. oben §2.B.V).³⁷³

Art. 14 Abs. 4 VerbKrRL-Vorschlag sieht zu der Problematik der Restschuldversicherungen folgende Lösung vor: Wenn die Kreditinstitute von Verbraucher:innen eine einschlägige Versicherungspolice im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag verlangen, sind sie verpflichtet, ohne Änderung der angebotenen Kreditbedingungen die Versicherungspolice eines anderen als ihres bevorzugten Anbieters zu akzeptieren, wenn diese eine gleichwertige Garantieleistung wie die vom Kreditgeber angebotene Versicherungspolice bietet.³⁷⁴ Allerdings gilt diese Vorschrift lediglich für die obligatorischen Restschuldversicherungen. Eine Restschuldversicherung bei der Kreditvergabe ist dann obligatorisch, wenn deren Abschluss für die Kreditvergabe eine Voraussetzung darstellt (vgl. Art. 3 Nr. (5) VerbKrRL-Vorschlag).³⁷⁵ In der Kreditvergabepraxis in Deutschland sind die Restschuldversicherungen jedoch fakultativ, d. h. ihr Abschluss erfolgt „rein theoretisch“ auf freiwilliger Basis (s. oben §5.D.I.4). Aus diesem Grund würde Art. 14 Abs. 4 VerbKrRL-Vorschlag auf die Restschuldversicherungen in Deutschland keine Anwendung finden.

Man könnte argumentieren, dass in vielen Fällen Restschuldversicherungen mittels erheblichen Verkaufsdrucks, teilweise sogar als zwingende Voraussetzung für eine Kreditvergabe, vertrieben werden,³⁷⁶ und dass es sich aus diesem Grund um praktisch obligatorische Restschuldversicherungen handele. Folglich sollte Art. 14 Abs. 4 VerbKrRL-Vorschlag auch auf praktisch obligatorische Restschuldversicherungen Anwendung finden. Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit, eine gleichwertige Garantieleistung wie die vom Kreditgeber angebotene Restschuldversicherung

³⁷² M.w.N. Roggemann/Klinger/et al., S. 69 ff.

³⁷³ In einem Urteil aus 1998 hat ein französisches Gericht die Kündigung des Kreditvertrags aufgrund des Endes des Versicherungsschutzes im Alter von 70 als mittelbare Benachteiligung beurteilt. Das Gericht hat ausgeführt, dass die Restschuldversicherung irrelevant sei, da sie optional ist und daher keine Voraussetzung für die Kreditvergabe darstellt. S. Länderbericht Frankreich, S. 28 f.

³⁷⁴ Diese Regelung scheint aus dem französischen Recht zu stammen, s. Länderbericht Frankreich, S. 26.

³⁷⁵ Im belgischen Recht können Kreditinstitute die Kreditvergabe an ältere Menschen vom Abschluss einer Restschuldversicherung abhängig machen. In diesem Fall müssen die Kosten der Restschuldversicherung allerdings in den effektiven Jahreszins einfließen. Falls der so berechnete effektive Jahreszins die gesetzlich festgelegte Grenze erreicht, darf das Kreditinstitut den zu teuren Kredit nicht gewähren. S. Länderbericht Belgien, S. 8.

³⁷⁶ Roggemann/Klinger/et al., S. 69.

zu finden, sehr gering, da die Restschuldversicherungspolicen auf dem Markt sehr unterschied-

lich sind, und zwar nicht nur mit Blick auf den Versicherungsumfang, sondern auch auf Leistungsausschlüsse und -einschränkungen. Dass Verbraucher:innen auf dem Markt eine dem Angebot der Bank entsprechende Restschuldversicherung finden, ist mithin unwahrscheinlich.³⁷⁷ Es bleibt zu hoffen, dass sich der deutsche Versicherungsmarkt entwickelt und den älteren Menschen bedarfsgerechte RSV angeboten werden. So existiert bekanntermaßen beispielsweise das Risiko der Arbeitslosigkeit oder -unfähigkeit, das in allen RSV automatisch umfasst wird, für Menschen im Ruhestand nicht mehr.

Gemäß Art. 14 Abs. 4 VerbKrRL-Vorschlag sollen die Mitgliedstaaten eine Entkopplungsfrist von mindestens drei Tagen vorsehen, sodass die Verbraucher:innen Zeit haben, unterschiedliche Angebote zu vergleichen. Die derzeitige deutsche Regierung plant, den Abschluss des Versicherungsvertrags und den Abschluss des Kreditvertrags zeitlich mindestens um eine Woche zu entkoppeln.³⁷⁸ Die Umsetzung der zukünftigen VerbKrRL in das deutsche Recht bietet wiederum den passenden Anlass, dieses Vorhaben umzusetzen.

Art. 14 Abs. 4 VerbKrRL-Vorschlag kann die Befürchtungen nicht vollkommen ausräumen, wonach aufgrund von Restschuldversicherungen der Kreditzugang den älteren Menschen weiterhin verwehrt bleibt. Schließlich werden diejenigen Kreditinstitute, die älteren Menschen keinen Kredit gewähren, weil sie ihnen keine Restschuldversicherungen mitanbieten bzw. mitanbieten können (s. oben §2.B.V), durch den Lösungsansatz der neuen VerbKrRL nicht erfasst. Die im neuen VerbKrRL-Vorschlag vorgesehene Lösung wird erst dann greifen, wenn die Kreditinstitute eine Restschuldversicherung auch tatsächlich mitanbieten. Insofern könnte hier wiederum eine regulatorische Vorgabe zweckmäßiger sein, die den Kreditinstituten mehr Ermessensspielraum im Hinblick darauf einräumt, durch welche alternativen Sicherheiten bzw. Versicherungen die Kreditvergabe besichert werden kann.³⁷⁹

G. Stärkung des Beratungsangebots

I. Fehlende Beschwerden

VZ berichteten, dass die bei ihnen vorstellig werdenden Ratsuchenden eine Kreditalternative suchen, da der Liquiditätseingpass meist sehr drängend ist.³⁸⁰ Sie sind in der Situation nicht daran interessiert, ein Beschwerdeverfahren einzuleiten. ADBS erfahren in der Regel nur von Problemen, wenn die Ratsuchenden wegen anderer Fälle von Diskriminierungen eine Beschwerde einleiten möchten. Im Vordergrund der Beratung steht aber stets, eine Lösung für das finanzielle Problem zu finden:

„Für viele ist das so drängend, dass sie eher eine andere Bank suchen als sich damit auseinander zu setzen, warum jetzt eine bestimmte Bank sie abgelehnt hat. Gerade wenn sie in einer unschönen Form abgelehnt worden sind, hält sich das Interesse der Menschen mit diesem Kreditinstitut weiter zusammenzuarbeiten in Grenzen.“
(A2)

Dementsprechend niedrig ist daher das Beschwerdeaufkommen (vgl. dazu auch §1). Eine der interviewten Expert:innen einer ADBS berichtet beispielsweise, dass ihr lediglich ein Fall be-

³⁷⁷ Sogar auf der Website der BaFin wird diesbezüglich eine Warnung ausgesprochen, s. https://www.bafin.de/DE/Verbraucher/Versicherung/Produkte/Restschuld/restschuldversicherung_node.html (22. August 2023). Dagegen herrscht auf dem französischen Markt ein gewisser Wettbewerb, weshalb die Verbraucher:innen in der Lage sind, unterschiedliche Angebote mit gleichem Umfang zu vergleichen, s. Länderbericht Frankreich, S. 27.

³⁷⁸ Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 170, abrufbar auf <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800> (28. Juli 2023).

³⁷⁹ S. dazu z.B. Calvin Fromm, *iff-Infobrief 7/2023* zu Restschuldversicherungsvertrag und alternativen Versicherungen; zur Anfrage s. <https://www.iff-hamburg.de/forschung/infobriefe/> (22. August 2023).

³⁸⁰ Dies ist auch in Frankreich zu beobachten. Für die Verbraucher:innen ist es einfacher, einen neuen Kreditantrag bei einem anderen Kreditinstitut zu stellen, anstatt Klage gegen das Kreditinstitut zu erheben, das den Kreditantrag abgelehnt hat, s. Länderbericht Frankreich, S. 4.

kannt sei, in dem ein Ratsuchender ein Beschwerdeverfahren wegen altersbedingter Benachteiligung bei der Kreditvergabe eingeleitet hat, weil dieser sich eine Entschuldigung seitens des Kreditinstituts wünschte. Er löste das Liquiditätsproblem bereits anderweitig und hatte ohnehin kein Interesse an einer Beziehung zu einem Kreditinstitut, das ihn in einer unschönen Form zuvor ablehnte. Die Bankangestellten hatten ihm mündlich mitgeteilt, dass er aufgrund seines Alters, unabhängig von seiner finanziellen Situation, keinen Kredit erhalten würde. Er konnte bzw. durfte noch nicht einmal einen Kreditantrag stellen. Dem Betroffenen wurde durch diese Auskunft somit suggeriert, dass er gar nicht erst einen Kreditantrag zu stellen brauche. Ziel war es, ihn aktiv davon abzuhalten.

Obwohl solche Fälle in der Praxis vermehrt vorkommen, beschwerten sich viele Verbraucher:innen nicht. Sie nehmen pauschal an, dass man ab 60. Lebensalter keinen Kredit bekommt (sowohl bezogen auf Konsumenten- als auch Immobilienkredit). Es wird mithin nicht als Diskriminierung, sondern als „normal“ wahrgenommen. In einem weiteren Interview heißt es:

„Oft kriegen die auch gar keinen Termin. Denen wird durch die Blume gesagt, dass das nichts wird. Und die gehen dann auch nicht zu einer anderen Bank. Oft sind die Leute 70 Jahre bei der lokalen Bank und glauben da richtig dran, aber die Bank glaubt nicht mehr an sie. Aber das ist oft Hauspolitik, dass die Banken den Beratern sagen, sie wollen keine älteren Leute und dann schicken die die Leute eben nach Hause und es gibt keine Prüfung.“ (V1)

Auch sprachliche Probleme – insbesondere bei älteren Migrant:innen – werden von einem Experten als Problem benannt. Diese erschweren das Verständnis der ohnehin schon komplexen Materie (V2). Hinzu komme der zeitliche Faktor:

„Wenn die Menschen nach mehr oder weniger tiefer Prüfung oder pauschal abgelehnt worden sind, merken die auch oft erst viel später, dass es sich um Diskriminierung hätte gehandelt haben können. Da gibt es auch eine Zeitverzögerung, die dazu führt, dass es in dem konkreten Fall nicht mehr viel bringt.“ (A2)

Dieses Phänomen wird auch durch die Rechtsunsicherheit im Falle von Benachteiligungen bei der Kreditvergabe verstärkt. Eine ADBS berichtete von einem Fall aus dem Jahr 2017, bei welchem das Kreditinstitut trotz sehr guter Bonität des Betroffenen keinen Konsumentenkredit angeboten hat und der Berater „zwischen den Zeilen“ deutlich machte, dass es am Alter lag. Es wurde auf die nicht weiter offengelegte automatische Prüfung verwiesen, weshalb der Betroffene kein Darlehen erhalten werde. Weitere rechtliche Schritte unternahm der Betroffene nicht, da die Anwendbarkeit des AGG in Fällen von Benachteiligungen bei der Kreditvergabe unklar ist.

II. Beratungslücke

Die fehlende Regelung im AGG, ob altersbedingte Benachteiligungen bei der Kreditvergabe verboten sind, erschwert sowohl bei VZ als auch ADBS die Beratung. Hinzukommen Unsicherheiten über die bestehende Rechtslage bzw. insbesondere in der Verschränkung der Themenkomplexe. Die Berater:innen der VZ kennen sich mit der Anwendbarkeit des §§ 19 ff. AGG im Allgemeinen und vor allem auf Darlehensverträge im Besonderen nicht aus. Zudem kennen sich die Berater:innen der ADBS mit den Einzelheiten der Kreditvergabepraxis nicht genug aus, um zwischen einer sachlich gerechtfertigten Prüfung und altersbedingter Benachteiligung unterscheiden zu können. Es besteht folglich eine Beratungslücke im Bereich Benachteiligungen bei der Kreditvergabe im Allgemeinen und altersbedingter Benachteiligungen bei der Kreditvergabe im Besonderen.

Das Wissen über bestehende Altersgrenzen für Immobilien- und Konsumentenkredite hinsichtlich Kreditbeantragung, Ende der Kreditlaufzeit oder Volltilgung ist sehr unterschiedlich. Expert:innen aus den VZ bestätigten, dass die Kreditinstitute in der Regel für die Volltilgung des Kredits Altersgrenzen festlegen. Jedes Kreditinstitut lege Altersgrenzen für die Rückzahlung

fest; diese liegen zumeist bei 74-75 Jahren. In der VZ & ADBS-Umfrage zeigte sich, dass bei Kreditbeantragung und Ende der Kreditlaufzeit 5 von 13 Befragten und hinsichtlich der Volltilgung allerdings 6 von 12 keine Kenntnis über Altersgrenzen hatten. Da es sich hier um geschäftspolitische Entscheidungen handelt, die nicht standardmäßig veröffentlicht werden, ist das geringe Beschwerdeaufkommen dazu nicht überraschend, so dass auch kaum Erfahrungswerte vorliegen.

Die Abgrenzung, wann es sich um einen Fall von altersbedingter Benachteiligung handelt, sei in der Praxis mitunter herausfordernd. Ein Experte einer VZ erläutert das wie folgt:

„Im Alter ist häufig weniger Geld vorhanden, wodurch häufiger Ablehnungen oder weniger Kredit eingeräumt wird. Im Alter ist die Bonität geringer, gerade bei gebrochenen Erwerbsbiografien. Bei Immobilienkrediten spielen Mortalität und Sterberisiken eine größere Rolle.“ (V2)

Von den 24 befragten VZ Mitarbeiter:innen geben 9 an, dass sie Gewissheit darüber haben, wann ein Fall von Altersdiskriminierung vorliegt. Auffällig ist in der Erhebung unter Expert:innen der VZ dabei, dass mit drei von fünf Befragten relativ mehr Gewissheit über (Alters-)Diskriminierungsfälle bei Immobilienkreditexpert:innen als bei Konsumentenkreditexpert:innen (0 von 7 Befragten) besteht.

Der Weiterverweis von der VZ an die ADBS ist noch ausbaufähig, nur drei Expert:innen der VZ verweisen bei Fällen eventueller altersbedingter Benachteiligungen bei der Kreditvergabe an die nächste ADBS, drei weitere Personen tun es selten bzw. sehr selten.

„Wir haben bisher in nur einem überteuerten Versicherungsangebot an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes verweisen müssen; sonst liegen uns keinerlei Fälle im Finanzdienstleistungsbereich vor.“ (Antwort aus der VZ & ADBS Umfrage)

Die Gründe, dass Mitarbeiter:innen der VZ nicht an die ADBS verweisen, sind sehr unterschiedlich. Ein Verweis auf eine ADBS komme sehr selten und nur dann infrage, wenn es sich eindeutig um eine Benachteiligung handele und ein Vorgehen auch erfolgsversprechend sei. In der Regel liege allerdings kein reiner Benachteiligungsfall vor, sondern ein Bündel von Gründen. Es wird vor allem angegeben, dass Ratsuchende vorrangig Unterstützung bei ihrer Suche nach Alternativen brauchen und daher kein Interesse an einer Rechtsdurchsetzung haben. Ein interviewter Experte berichtet zudem:

„Die ADS habe ich nicht so auf dem Radar, mir geht es vor allem darum, das Recht durchzusetzen, ohne Kosten zu produzieren. Da sind die Schlichtungsstellen gute Ansprechpartner.“ (V4)

Das bestätigt die Aussage anderer Expert:innen, die ebenfalls berichten, dass Kontaktaufnahme mit dem Kreditinstitut und der zuständigen Schlichtungsstelle bevorzugt werden. Hier zeigt sich fehlendes Wissen über die Arbeitsstrukturen der ADBS, denn die Beratung bei einer ADBS ist kostenlos. Erst wenn im weiteren Verlauf eine anwaltliche Beratung hinzugezogen werden muss, können Kosten entstehen. Auch Expert:innen aus VZ anderer Bundesländer bestätigen das, so heißt es zum Beispiel:

„Wir haben auch keine zentrale Anlaufstelle dafür und es ist auch immer eine Gemengelage. Ich habe auch schon mal auf die Antidiskriminierungsstelle hingewiesen, weil ich direkten Kontakt mit denen habe. Für mich kommt das aber nur infrage, wenn es klar diskriminierend ist und auch erfolgsversprechend ist. Wenn es den Menschen nichts nützt und die trotzdem keinen Kredit kriegen würden, dann gucke ich da eher nach Alternativen. Aus politischer Sicht ist das natürlich schade, aber „wir müssen auch von etwas leben“. (V1)

Hintergrund ist hier vermutlich auch die häufig kritisierte enge finanzielle Ausstattung vieler VZ, die dazu führt, dass die Arbeit entsprechend effizient organisiert werden muss.

Tabelle 3: Gründe für und gegen den Weiterverweis an die ADBS

Grund	Anzahl der Nennung
Es handelt sich eindeutig um einen Diskriminierungsfall und ist erfolgsversprechend.	2
Direkte Kontaktaufnahme mit dem Kreditinstitut oder mit der zuständigen Schlichtungsstelle wird bevorzugt, weil dies für die Ratsuchende kostenlos ist.	1
Die Ratsuchenden brauchen vielmehr Unterstützung bei ihrer Suche nach Alternativen und haben daher kein Interesse an einer Rechtsdurchsetzung.	5
Die örtliche Antidiskriminierungsberatungsstelle ist uns bekannt.	2
Die örtliche Antidiskriminierungsberatungsstelle ist uns nicht bekannt.	2
Sonstiges	3

Quelle: VZ & ADBS-Umfrage, N=14. Frage Welche der folgenden Gründe liegen Ihrer Entscheidung, den/die Ratsuchende:n an die örtliche Antidiskriminierungsberatungsstelle zu verweisen oder nicht zu verweisen, zugrunde? (Mehrfachnennung)

Die Erkenntnisse weisen auf eine fehlende systematische Zusammenarbeit zwischen VZ und ADBS hin. VZ versuchen, die Rechte der Verbraucher:innen durchzusetzen, also das konkrete Problem zu lösen. Die Einbeziehung der ADBS wäre allerdings wünschenswert, da die Problematik so systematisch verfolgt werden könnte. In den Interviews mit VZ wurde vielmehr an Schlichtungsstellen anstatt an ADBS verwiesen.

Dass die enge finanzielle Ausstattung womöglich dazu führt, dass diskriminierungsrechtliche Aspekte nicht weiterverfolgt werden, ist bedenkenswert und sollte dringend hinterfragt werden. In diesem Zusammenhang ist auch der Hinweis zur Medienarbeit über Kreditvergabe an ältere Menschen bemerkenswert:

„Ich finde die Berichterstattung über das Thema nicht gut. Da werden so viel Falschinformationen und unsinnige Informationen gestreut, die die Leute glauben. Gerade wenn das im öffentlich-rechtlichen Fernsehen ausgestrahlt wird. Das ist oft einfach nur Marketing. Wenn da Leute sagen „ältere Leute kriegen keine Kredite“, ist das einfach kompletter Quatsch. Da sollen Leute eher zu Teilverkäufen oder anderen Dingen gebracht werden. Das sollte meiner Meinung nach rechtlich verfolgt werden. Das führt zur völligen Fehleinschätzung bei den Leuten. Die sind so verunsichert und glauben dann wirklich, die kriegen nichts mehr.“ (V1)

Der Hinweis auf problematische Berichterstattung zeigt die Notwendigkeit einer entsprechenden Verbraucheraufklärung und Verbraucherberatung, damit Ratsuchende hier möglichst fundierte Entscheidungen treffen können. Das umfasst sowohl Optionen über weitergehende Unterstützungsmöglichkeiten – also der Verweis auf die kostenlose Beratung der ADBS – als auch Wissen rund ums Thema Kredit und seine Alternativen. Wie das Zitat deutlich macht, führen altersbedingte Benachteiligungen am Kreditmarkt zu Alternativprodukten wie Teilkauf, deren Konditionen derzeit kontrovers diskutiert werden. Inwiefern diese eine geeignete Alternative darstellen, müsste im Rahmen einer eigenen Untersuchung geklärt werden. Jedenfalls fehlt es an einer Fachstelle, die die Verschränkung von Benachteiligungsaspekten und Finanzdienstleistungs- bzw. Finanzaspekten beleuchten kann.

§ 8 Schlussfolgerungen

Ein typischerweise niedrigeres Einkommen als es während der erwerbstätigen Zeit erzielt wurde und eine niedrigere Lebenserwartung zeichnen i. d. R. das höhere Lebensalter aus. Auch werden ältere Menschen häufig mit negativen Stereotypen verknüpft, wie z.B. sie seien weniger flexibel in der Bewältigung schwieriger Lebenslagen, bräuchten länger, um neue Sachverhalte zu verstehen und dergleichen mehr. Nun sind all diese genannten Faktoren durchaus von Belang, wenn es um den Abschluss und die Durchführung von Kreditverträgen geht. Das Einkommen und die Lebenserwartung bestimmen die Rückzahlungsfähigkeit, die anderen Faktoren erfordern möglicherweise aufwendigere Beratungen und nehmen auf das Verhältnis der Vertragspartner während der Kreditlaufzeit Einfluss. Auf den ersten Blick erscheint es dann durchaus nachvollziehbar, anstelle einer Einzelfallprüfung bei einer älteren einen Kredit beantragenden Person einfach das Merkmal „Alter“ zu setzen und entsprechend restriktiv mit dem Kreditantrag umzugehen. Ein derartiger Schluss entbehrt allerdings jeglicher Rechtfertigung, und zwar ebenso, wie es unangemessen und unfair ist, Kreditanträge von Personen, die in sozialen Brennpunkten wohnen, von vornherein restriktiv zu behandeln. Auch innerhalb der Gruppe der älteren Menschen sind die Einkommens- und Lebensverhältnisse sehr heterogen. Damit ist das Merkmal „Alter“ als Kriterium für die Kreditvergabe ebenso abzulehnen wie beispielsweise das Merkmal „sozialer Brennpunkt“. Die entscheidende Frage ist nur, wie gewährleistet werden kann, dass das Alter als Ablehnungsgrund für einen Kredit bzw. für die Begründung ungünstigerer Konditionen in der Praxis auch tatsächlich vermieden wird. Darum ging es in diesem Projekt, wobei der Fokus auf die Frage gelegt worden ist, ob das AGG mit seinem Benachteiligungsverbot nicht bereits den rechtlichen Rahmen für ein Verbot altersbedingter Benachteiligungen bei der Kreditvergabe ausreichend festlegt, und wenn nicht, wie das AGG gegebenenfalls geändert werden könnte bzw. sogar müsste.

Nun werden im AGG Darlehensverträge nicht explizit genannt, vielmehr werden diejenigen Merkmale konkretisiert, die Geschäftsbeziehungen zum Gegenstand haben und die den Beziehungscharakter eines Geschäfts bestimmen. In Bezug auf Erstgenanntes werden MG und MAS genannt, in Bezug auf Letztgenanntes Güter und Dienste, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt, fallen Darlehensverträge in den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. (8) AGG. Doch durch diese Vorschrift wird lediglich Schutz vor rassistischen Diskriminierungen und Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft gewährt. Zur Beantwortung der Frage, ob das AGG überhaupt im Hinblick auf altersbedingte Benachteiligungen bei der Kreditvergabe zuständig ist, bestand somit die Herausforderung darin zu prüfen, ob es sich bei Darlehensverträgen um MG oder zumindest MAS handelt, ob also das Ansehen der Person überhaupt keine oder zumindest nur nachrangige Bedeutung hat. Schwierig gestaltete sich die Beantwortung der Frage vor allem deshalb, weil nicht ohne weiteres in eindeutiger Weise geklärt werden kann, was unter „Ansehen der Person“ zu verstehen ist. Wird damit eine persönliche Kontaktaufnahme gemeint, kann dies dazu beitragen, die Vertrauenswürdigkeit zu prüfen, eine Einschätzung im Hinblick auf die Umgänglichkeit von Vertragspartner:innen in schwierigen Situationen während der Vertragsdauer zu erhalten. Wie die Bankenumfrage ergeben hat, unterscheidet sich die Bedeutung des Ansehens der Person für unterschiedliche Kreditinstitute. Da beinahe für die Hälfte der Kreditinstitute die persönlichen Eigenschaften zusätzlich zum Ergebnis der KWP eine Rolle spielen, und zwar unabhängig vom Kredittyp, kann man nicht alle Darlehensverträge als MG oder MAS einordnen.

Die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 19 Abs. 1 Nr. (1) AGG auf MG und MAS und die Definitionen der MG und MAS durch den Verweis auf das „Ansehen der Person“ erscheinen nicht hinreichend gut geglückt, da unterschiedlich ausgelegt wird, was unter dem „Ansehen der Person“ zu verstehen ist. Ganz grundsätzlich wurde aber deutlich, dass die Geschäftsbeziehungen in der Praxis, bei denen Benachteiligungen unterschiedlicher Bevölkerungsgruppen auftreten, viel zu komplex sind, um in eindeutiger Weise dem Geltungsbereich des umfassenden

Benachteiligungsverbots des AGG zugeordnet werden zu können. Nicht umsonst hat der Gesetzgeber Zusatzklauseln in das AGG aufgenommen, so im Hinblick auf Versicherungsverträge. Nun begründet der Gesetzgeber diese Ergänzungen damit, dass Versicherungen für die Menschen existenzielle Bedeutung haben. Gleiches kann aber auch für den Kredit vorgebracht werden: Kredite ermöglichen es, in Zeiten volatiler Einkommensentwicklungen den Lebensstandard zu stabilisieren. Sie ermöglichen es, Anschaffungen und Investitionen zu tätigen, die jetzt notwendig sind, für die aber Ersparnisse nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen. Diese Kreditbedarfe können auch im Alter auftreten. Gerade dann werden oftmals Umbau- und Sanierungsmaßnahmen in der eigenen Wohnung oder dem eigenen Haus notwendig oder aufgrund gesetzlicher Vorgaben, wie z.B. dem Heizungsgesetz, zur Pflicht. Ein selbstbestimmtes Leben auch im Alter setzt den Zugang zu den erforderlichen Finanzen voraus.

Vor dem Hintergrund dieser gewonnenen Erkenntnisse ist eine wichtige Schlussfolgerung des Projektes die, dass das AGG in der derzeitigen Fassung keinen ausreichenden Schutz vor altersbedingten Benachteiligungen bei der Kreditvergabe bietet. Wiederum ist vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung altersbedingte Benachteiligung bei der Kreditvergabe kein lediglich marginales Problem – ganz im Gegenteil. Daran schließt sich als weitere wichtige Schlussfolgerung die Einsicht in die Notwendigkeit einer entsprechenden Anpassung des AGG an: Kredite müssen explizit als existenziell elementare Geschäfte berücksichtigt werden und die Verwendung des Lebensalters als pauschaler Indikator für die fehlende Bonität sollte untersagt werden. Gleichwohl darf die Komplexität des Kreditgeschäfts nicht außer Acht bleiben, wofür die altersbedingten Einzelheiten, die bei einer KWP sowohl zivil- als auch aufsichtsrechtlich zu berücksichtigen sind, im gesetzlichen Rahmen zum Kreditrecht konkretisiert werden sollten.

Zur Effektivität eines jeden Gesetzes gehört auch seine effektive Umsetzung. Im Projekt wurden hierzu sowohl eine Auskunftspflicht als auch die Sensibilisierung von Anlaufstellen diskutiert. Abgelehnte Kreditanträge bedürfen einer Begründung, die den Antragsteller:innen unmittelbar zugänglich gemacht werden sollten. Die Ablehnungsgründe sollten dabei nachweislich erkennen lassen, inwieweit das Merkmal „Alter“ pauschal eine Rolle gespielt hat. Im Interesse einer nachhaltigen Vermeidung von altersbedingten Benachteiligungen bei der Kreditvergabe spielen auch Beschwerdestellen eine bedeutsame Rolle. Dies gilt allerdings nur, wenn sich betroffene Personen auch tatsächlich beschweren und dies keine Ausnahme darstellt und wenn in den Beschwerdestellen auch die Kompetenz vorhanden ist, das Vorliegen einer altersbedingten Benachteiligung bei der Kreditvergabe feststellen zu können.

Literaturverzeichnis

Addy, Sarina/Vlassaki, Evagelia: Altersdiskriminierung bei Bankgeschäften – Ein Fall für AGG?, Berlin 2020, abrufbar auf http://hlcmr.de/wp-content/uploads/2021/02/WP-22_Altersdiskriminierung-bei-Bankgesch%C3%A4ften-1.pdf (31. August 2023)

Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 2011

Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Diskriminierung in Deutschland – Erfahrungen, Risiken und Fallkonstellationen, Vierter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, Berlin 2021 (zitiert: Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland)

Armbrüster, Christian: Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Tübingen 2019

Bachmann, Gregor: Kontrahierungspflichten im privaten Bankrecht, ZBB 2006, 257-269

Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens: Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz – Kommentar, 5. Aufl., München 2018

BeckOK BGB: hrsg. von Wolfgang Hau und Roman Poseck, 66. Edition, Stand: 01.05.2023, München 2023 (zitiert als: BeckOK/Bearb.)

BeckOGK zum Zivilrecht: beck-online.Grosskommentar zum Zivilrecht, hrsg. von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann (zitiert als: BeckOGK/Bearb.)

BeckOK Grundgesetz: hrsg. von Volker Epping und Christian Hillgruber, 55. Edition Stand: 15.05.2023, München 2023

Beigang, Steffen/Boll, Friederike/et al.: Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, Eine Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2021, abrufbar auf: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Experten/studie_rechtsdurchsetzung.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (31. Juli 2023)

Bezenberger, Tilman: Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395-434

Biesok, Carsten: Die Grundrechtsbindung der Sparkassen bei der Begründung, Änderung und Beendigung der Geschäftsbeziehungen zu ihren Kunden, WM 2020, 75-80

Blasek, Katrin: Auskunfteiwesen und Kredit-Scoring in unruhigem Fahrwasser, ZD 2022, 433-438

Buck-Heeb, Petra:

- Rechtsrisiken bei automatisierter Kreditwürdigkeitsprüfung und Kreditvergabe, BKR 2023, 137-145
- Aufsichts- und zivilrechtliche Normen im Bank- und Kapitalmarktrecht: einheitliche oder gespaltene Auslegung?, WM 2020, 157-163

Buck-Heeb, Petra/Siedler, Rainer: Kreditwürdigkeitsprüfung nach der Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung (ImmokWPLV), BKR 2018, 269-276

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin): Verbrauchererhebung zur Restschuldversicherung im Jahr 2019 – Ergebnisse, abrufbar auf: https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl_Marktuntersuchung_Restschuldversicherung_Ergebnisse.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (31. Juli 2023)

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: EUV/AEUV – Kommentar, 6. Aufl., München 2022 (zitiert: Calliess/Ruffert/Bearb.)

Canaris, Claus-Wilhelm:

- Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz, Berlin 1999 (zitiert: *Canaris*, Grundrechte)
- Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201-246

Damar, Duygu: Chancen und Risiken von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive, Hamburg 2021, abrufbar auf <https://www.iff-hamburg.de/wp-content/uploads/2022/06/CHANCEN-UND-RISIKEN-VON-KUENSTLICHER-INTELLIGENZ-UND-ALGORITHMEN-AUS-ANTI-DISKRIMINIERUNGSRECHTLICHER-PERSPEKTIVE.pdf> (31. Juli 2023)

Dammann, Jens C.: Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, Berlin 2005

Dreyer, Stephan/Schulz, Wolfgang: Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, Gütersloh 2018

Ellenberger, Jürgen/Bunte, Herrman-Josef: Bankrechtshandbuch, Band 1, 6. Auflage, München 2022 (zitiert als: *Ellenberger-Bunte/Bearb.*, BankRHdb.)

Feldhusen, Claire:

- Kreditwürdigkeitsprüfung: EBA-Leitlinien und nationales Recht, WM 2021, 2020-2029
- Kreditwürdigkeitsprüfung: Wieviel Würdigung erlaubt die Prüfung nach Erlass der Immobilien-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung?, WM 2019, 97-107
- „Erhebliche Zweifel“ bei der Kreditwürdigkeitsprüfung, BKR 2016, 441-450

Finance Watch: A Wrinkle in the Process – Financial Inclusion Barriers in an Ageing Europe, Brussels 2021, abrufbar auf: <https://www.finance-watch.org/wp-content/uploads/2021/04/finance-watch-report-a-wrinkle-in-the-process.pdf> (31. Juli 2023)

Finanzgruppe Deutscher Sparkassen- und Giroverband: Finanzbericht 2021 der Sparkassen-Finanzgruppe, Berlin 2022, abrufbar auf: https://finanzbericht.dsgv.de/assets/21/menue/Finanzbericht_2021.pdf (31. Juli 2023)

Fischer, Reinfried/Schulte-Mattler, Hermann: Kommentar zum Kreditwesengesetz (KWG), Band 1, 6. Auflage, München 2023

Foran, Michael P.: Discrimination as an Individual Wrong, (2019) 39 OJLS 901-929

Fredman, Sandra: Equality – A New Generation?, (2001) 30 ILJ 145, (2019) 39 OJLS 901-168

Freitag, Robert: Über- und Unterregulierung im europäischen Verbraucherkreditrecht ZRP 2022, 66-69

Fries, Michaela: Die Bedeutung von Artikel 5 (f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht – Diskriminierung durch Private beim Zugang zu Gaststätten, Berlin 2003

Goldhammer, Michael: Zweistufentheorie, Kontrahierungszwang und das Problem der Sparkassen mit imagegefährdenden Kunden, DÖV 2013, 416-424

Größl, Ingrid: 'The Poor Pay More', Another Case of Discrimination in the Consumer Credit Market?, Homo Oeconomicus 22 (2005), 381-400

Grüneberg, Christian: (Hrsg.), BGB – Kommentar, 82. Aufl., München 2023 (zitiert: *Grüneberg/Bearb.*)

- Gurlit, Elke*: Grundrechtsbindung von Unternehmen, NZG 2012, 249-255
- Haberl, Sonja*: Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote in nationalen Privatrechtsgesellschaften, Jena 2011. Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2011
- Hänold, Stefanie*: Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich, Hannover 2017
- Hofmann, Christian*: Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit, NJW 2010, 1782-1786
- Horstmann, Jan/ Dalmer, Stefan*: Automatisierte Kreditwürdigkeitsprüfung, ZD 2022, 260-265
- Hundt, Irina/Grabau, Fritz-René/Stobinski, Bernd*: Kreditwürdigkeitsprüfung und Bewertung von Sicherheiten, BC 2003, 38-42
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 17. Aufl., München 2022
- jurisPK-BGB*: juris PraxisKommentar BGB – Gesamtausgabe, 9. Aufl. 2019 (zitiert als: jurisPK-BGB/Bearb.)
- Isensee, Josef*: Vertragsfreiheit und Verfassung, in: *Bayer, Walter/Koch, Elisabeth* (Hrsg.), Schranken der Vertragsfreiheit, Baden-Baden 2007, S. 9-31
- Khaitan, Tarunabh*: Prelude to a Theory of Discrimination Law, in: *Hellman, Deborah/Moreau, Sophia* (Hrsg.), Philosophical Foundations of Discrimination Law, Oxford 2013, S. 138-162
- Klein, Ludger/Stahlmann, Anne*: „ICH? Zu alt?“ Diskriminierung älterer Menschen – Abschlussbericht eines Praxisforschungsprojekts, Frankfurt a.M. 2019, abrufbar auf: <https://www.esf-quer-schnittsziele.de/fileadmin/DATEN/Antidiskriminierung/DiskaeM-Abschlussbericht2018.pdf> (31. Juli 2023)
- Klinger, Helena*: Recht und Ethik im Kreditgeschäft, Ethik und Recht im Kreditgeschäft, Baden-Baden 2016
- Klinger, Helena/Damar, Duygu/et al.*: Evaluierung der Entwicklungen im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen, Hamburg 2021, abrufbar auf: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (31. Juli 2023)
- Knobloch, Michael/Feldhusen, Claire/Tiffe, Achim*: Basisprodukte bei Finanzdienstleistungen, Hamburg 2012
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 41. Aufl., München 2023
- Koreng, Ansgar/Lachenmann, Matthias*: Formularhandbuch Datenschutzrecht, 3. Aufl., München 2021
- Krüger, Ulrich*: Anmerkung zu VG Wiesbaden: Der SCHUFA Score als grundsätzlich verbotene, automatisierte Entscheidung gem. Art. 22 DS-GVO, VuR 2022, 70-74
- Landmann/Rohmer*: Kommentar Gewerbeordnung, Band 1, 90. Ergänzungslieferung, München 2022
- Langenbacher, Katja*: Diskriminierung bei der Vergabe von Verbraucherkrediten?, BKR 2023, 205-214
- Lieske, Steffen*: Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit, Berlin 2011. Zugl.: Hannover, Leibniz-Univ., Diss., 2010

Lohse, Volker: "Türken ist der Zutritt verboten" – Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung, NJW 1985, 1677-1681

Michael, Lothar: Gleiches Recht der Älteren auf gesellschaftliche Teilhabe – Rechtliche Grenzen der Altersdiskriminierung am Beispiel von Finanz- und Versicherungsprodukten, Baden-Baden 2018

Mörsdorf, Oliver: Ungleichbehandlung als Norm, Tübingen 2018. Zugl.: Bonn, Friedrich-Wilhelms-Uni., Habil., 2017

Morris, Andrew J.: On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law - Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice, (1995) 15 OJLS 199-228

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München 2023 (zitiert: Münch-KommBGB/Bearb.)

Neuner, Jörg:

- Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: *Neuner, Jörg* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007, S. 159-176 (zitiert: *Neuner*, Einwirkung der Grundrechte)
- Privatrecht und Sozialstaat, München 1999. Zugl.: München, Ludwig-Maximilians-Univ., Habil., 1997 (zitiert: *Neuner*, Privatrecht)

Nipperdey, Hans Carl: Grundrechte und Privatrecht, in: FS Molitor zum 75. Geburtstag, München 1962, S. 17-33

Oehler, Andreas: Algorithmen und Scoring – Verfolgte Verbraucher?, in: *Kenning, Peter/Oehler, Andres/Reisch, Lucia A.* (Hrsg.), Verbraucherwissenschaften, 2. Aufl., Wiesbaden 2021, S. 365–381

Oehler, Andreas/Unser, Matthias: Finanzwirtschaftliches Risikomanagement, Heidelberg, New York 2001

Omlor, Sebastian: Leitlinien für die Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilier-Verbraucherdarlehen, NJW 2018, 2445-2449

Orwat, Carsten: Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, Berlin 2019, abrufbar auf https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_diskriminierungsrisiken_durch_verwendung_von_algorithmen.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (31. Juli 2023)

Paal, Boris: Art. 22 DS-GVO: Kreditscoring vor dem EuGH, ZfDR 2023, 114-141

Payandeh, Mehrdad: Verbot der Altersdiskriminierung im Grundgesetz?, ZRP 2023, 59-62

Pfeiffer, Thomas: Antinomien im Gleichbehandlungsrecht, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 981-999

Reifner, Udo/Feldhusen, Claire: Handbuch Kreditrecht – Verbraucherdarlehen einschließlich Immobiliendarlehen, 2. Aufl., München 2019

Reifner, Udo/Klinger, Helena/et al.: Fairness und Verantwortung im Konsumentenkredit – Ein Bewertungsprojekt, Hamburg 2013, abrufbar auf: https://www.iff-hamburg.de/wp-content/uploads/2013/12/Bericht_Fairness_20131118_FO1UR.pdf (31. Juli 2023)

Roggemann, Hanne/Klinger, Helena/et al.: Gutachten zum produktiven Kredit, Hamburg 2021, abrufbar auf: https://www.vzvb.de/sites/default/files/2021-06/100321_Gutachten_Produktiver_Kredit.pdf (31. Juli 2023)

Roggemann, Hanne / Peters, Sally/et al.: Chancen und Risiken des Kreditmarktes für junge Erwachsene, Hamburg 2023, abrufbar auf: https://www.iff-hamburg.de/wp-content/uploads/2023/03/studie-kreditkompetenz-junge-menschen-finanzielle-bildung_2023_sally-peters_hanne-roggemann.pdf (31. Juli 2023)

Rott, Peter:

- Verbesserung, Verwässerung oder more of the same? – Zur Neuregelung des EU-Verbraucherkreditrechts, *VuR* 2022, 283-292
- Kleinkredite über Online-Plattformen, *BKR* 2021, 453-459

Rothermund, Klaus/Temming, Felipe: Diskriminierung aufgrund des Alters, Berlin 2010, abrufbar auf: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_diskriminierung_aufgrund_des_alters.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (31. Juli 2023)

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: Verbrauchergerechtes Scoring, Berlin 2018

Salzwedel, Jürgen: Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: FS für Hermann Jahrreiss zum 70. Geburtstag, Köln 1964, S. 339-353

Sandvig, Christian/Hamilton, Kevin/et al.: Auditing Algorithms - Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms, Seattle (Washington) 2014

Schiek, Dagmar: (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007 (zitiert: Schiek/Bearb.)

Schmidt, Thomas Adalbert: Von „Mangold“ bis „Maruko“ – Die Judikatur des EuGH zur Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und ihr Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung, Berlin 2014. Zugl.: Würzburg, Julius-Maximilians-Univ., Diss., 2013

Schürnbrand, Jan: Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Recht der Bankgeschäfte, *BKR* 2007, 305-311

Schufa:

- Risiko- und Kreditkompass, Wiesbaden 2022
- Risiko- und Kreditkompass, Wiesbaden 2020

Schwab, Stewart: Is Statistical Discrimination Efficient?, (1986) 76 *AER* 228-234

Shin, Patrick S.: Is There a Unitary Concept of Discrimination?, in: *Hellman, Deborah/Moreau, Sophia* (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford 2013, S. 163-181

Statistisches Bundesamt:

- Sterbetafeln, Ergebnisse aus der laufenden Berechnung von Periodensterbetafeln für Deutschland und die Bundesländer 9. Juli 2021 (zitiert als: Statistisches Bundesamt, Sterbetafeln)
- Verkehrsunfälle, Unfälle von Frauen und Männern im Straßenverkehr 2019 3. Dezember 2020 (zitiert als: Statistisches Bundesamt, Verkehrsunfälle)

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), Neubearbeitung 2020, 2021 (zitiert: Staudinger/Bearb.)

Stork, Florian: Das Gesetz zum Schutz vor Diskriminierungen im Zivilrecht – Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG in das deutsche Privatrecht, *ZEUS* 2005, 1-60

Stürner, Rolf: (Hrsg), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar, 18. Auflage, München 2021 (zitiert als: Jauernig/Bearb.)

Thönissen, F.: Zinswende und Inflation als Herausforderungen für die Kreditwürdigkeitsprüfung nach § 505 a BGB, BKR 2022, 754-759

Ulbricht, Dirk/Feigl, Michael/et al.: Faire Kreditvergabe – Schlussbericht. institut für finanzdienstleistungen e.V. Hamburg 2019, abrufbar auf https://www.iff-hamburg.de/wp-content/uploads/2019/02/Faire_Kreditvergabe_Layout.pdf (31. Juli 2023)

Vandenbergh, Ann-Sophie: The Economics of Non-Discrimination, in: Schulze, Rainer (Hrsg.), Non-Discrimination in European Private Law, Tübingen 2011, S. 9-26

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.: Verbraucher bei Restschuldversicherungen wirksam schützen – Positionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbandes zur Regulierung von Restschuldversicherungen, 2018, abrufbar auf https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/10/22/18-09-20_positionspapier_rsv-final-ls-lg.pdf (31. Juli 2023)

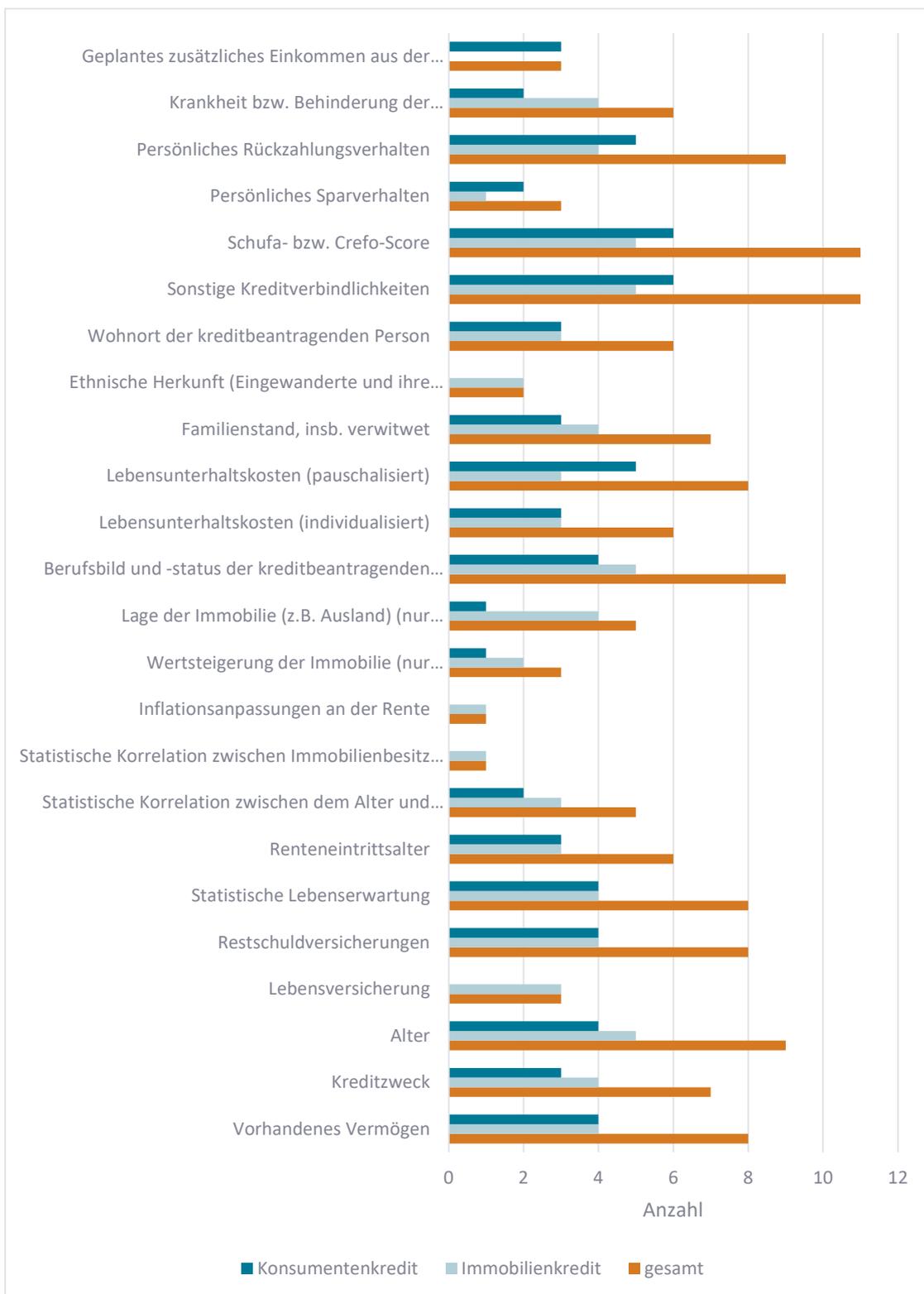
Anhang I

Abbildung 30: Faktoren, die bei einer Kreditwürdigkeitsprüfung für einen VDV berücksichtigt werden (Banken)



Quelle: Bankenumfrage, N = 100. Frage: Welche der folgenden Faktoren werden bei der Kreditwürdigkeitsprüfung für einen Immobilien- bzw. Konsumentenkredit neben den klassischen Faktoren (u.a. Einkommen, bestehende Kredit- bzw. Unterhaltsverpflichtungen, Beleihungswert der Immobilie) berücksichtigt?

Abbildung 31: Faktoren, die bei einer Kreditwürdigkeitsprüfung für einen VDV berücksichtigt werden (VZ & ADBS)



Quelle: VZ & ADBS Umfrage, N = 13. Frage: Welche der folgenden Faktoren werden bei der Kreditwürdigkeitsprüfung für einen Kredit neben den klassischen Faktoren (u.a. Einkommen, bestehende Kredit- bzw. Unterhaltsverpflichtungen, Beleihungswert der Immobilie) berücksichtigt?

Anhang II: Age Discrimination in Lending - Belgium



Age Discrimination in Lending - Belgium

1. GENERAL LEGAL STRUCTURE

Prohibition of discrimination

Equality and non-discrimination are principles enshrined in the Belgian Constitution:

- Article 10: « *No class distinctions exist in the State. Belgians are equal before the law; they alone are eligible for civil and military service, but for the exceptions that can be created by a law for particular cases. Equality between women and men is guaranteed.* »
- Article 11: « *Enjoyment of the rights and freedoms recognised for Belgians must be provided without discrimination. To this end, laws and federate laws guarantee among others the rights and freedoms of ideological and philosophical minorities.* »
- Article 191:« *All foreigners on Belgian soil benefit from the protection provided to persons and property, except for those exceptions provided for by the law.* »

In May 2007, Belgium adopted an anti-discrimination legislative package providing the legal basis for combating discrimination:

- The general law of 10 May 2007 aimed at combating certain forms of discrimination,
- The law of 10 May 2007 aimed at fighting against discrimination between men and women,
- The law of 30 July 1981 criminalising certain acts inspired by racism and xenophobia was amended in 2007 and 2013.

There are several criteria¹ protected by anti-discrimination legislation (federal laws, decrees, orders). This means that any discrimination based on one of the following criteria is forbidden and punishable:

- The five 'racial' criteria: presumed race, skin colour, nationality, ancestry (Jewish origin) and national or ethnic origin,
- Disability,
- Philosophical or religious beliefs,
- Sexual orientation,
- Age,
- Wealth (in other words, financial resources),
- Civil status,
- Political beliefs,
- Trade union beliefs,

¹

[https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&la=F&cn=2008121248&table_name=loi&&call_er=list&F&fromtab=loi&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)#LNK0003](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&la=F&cn=2008121248&table_name=loi&&call_er=list&F&fromtab=loi&tri=dd+AS+RANK&rech=1&numero=1&sql=(text+contains+(%27%27))#LNK0003)

Financité

- State of health,
- Physical or genetic characteristics,
- Birth,
- Social background,
- Household composition.

The criteria are identical in all anti-discrimination legislation (federal laws, decrees, orders). They apply in particular in the goods and services sector such as financial services, housing offers, public services, transport, etc. The legislation does not make specific reference to contractual relations.

The offender may be sentenced to the payment of a lump sum compensation or to a criminal sanction. The penalties incurred are one month's to one year's imprisonment and a fine of € 50 to € 1,000 (in some cases, to be multiplied by 200). The minimum penalties can be doubled.

An evaluation of the anti-discrimination legislation, which also included scrutiny of the discrimination grounds, was carried out in 2016-2017. The expert committee evaluation report was submitted to the Belgian Chamber of Representatives and the State Secretary for Equal Opportunities in February 2017.²

The Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism was established in 1995. Over the years, the competencies of the Centre have been further expanded to include 'non-racial' forms of discrimination. In 2013, the federal government, the regions and communities signed a partnership agreement officially making the former Centre an intergovernmental institution for combating discrimination. It was renamed UNIA.³

Unia combats age-related discrimination⁴ in every field for which it is competent, by:

- advising and supporting discriminated persons,
- establishing reports and studies,
- helping to defend and protect the fundamental rights of elderly persons through European projects,
- providing the authorities concerned with recommendations.

One of Unia's tasks is to gather and disseminate court decisions which may be of use in evaluating the anti-racism and anti-discrimination legislation.⁵

² <https://www.unia.be/en/publications-statistics/publications/evaluation-of-federal-anti-discrimination-legislation-2017>

³ <https://www.unia.be/en/about-unia>

⁴ <https://www.unia.be/en/grounds-of-discrimination/age>

⁵ https://www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence?keywords=age&require_all=category

Financité

Consumer credit legislation

Consumer credit is subject to specific legislation.

The Belgian Parliament has codified substantial parts of Belgian economic legislation into a Code of Economic Law. Book VII, Title 4 regulates credit to consumers:⁶

- Chapter 1: Consumer credit;
- Chapter 2: Mortgage loans;
- Chapter 3: Individual Credit Register and
- Chapter 4: Authorisation conditions to be fulfilled for by lenders and credit intermediaries.

Book VII, Title 5 is about Civil sanctions and Title 6 about Alternative Dispute Resolution.

Mortgage loans and consumer credits are regulated specifically. Are considered as consumer credit falling under the scope of Chapter 1:

- Instalment sales: possibility offered by lenders to spread payment for a purchase over time;
- Instalment loans: loans to be repaid at fixed intervals;
- Credit lines: flexible cash reserve facilities including overdraft facilities.

Mortgage loans used for financing real estate projects are regulated by Chapter 2.

Alternative Dispute Resolution

In case of dispute, consumers could complain to the Consumer Mediation Service and the Ombudsman for financial services, called « Ombudsfina ».

The Consumer Mediation Service is a public service which:

- informs consumers and companies about their rights and obligations, particularly about the options available for the extra-judicial settlement of consumer disputes;
- receives all requests for the extra-judicial settlement of consumer disputes and, if applicable, either transfers them to another qualified entity competent in the matter, or handles them itself;
- intervenes in all requests for extra-judicial settlements of disputes when no other qualified entity is competent.

The missions of the Consumer Mediation Service are defined based on Book XVI of the Code of Economic Law.

Each client of a financial institution, who acts as a natural person in his/her own interests, can introduce a complaint with « Ombudsfina », the Ombudsman for financial services, when s/he did not obtain a satisfactory solution for his/her problem from his financial institution. Before

⁶ [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2013022819&table_name=loi](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2013022819&table_name=loi;) ; <https://credit2consumer.be/fr/article/cde-vii-credit-la-consommation> : commented code (in French).

Financité

lodging a complaint by the Ombudsman, the plaintiff has to formally lodge a complaint by the financial institution involved. In case s/he is not satisfied with the answer received within a reasonable time (30 days), s/he can file a complaint with Ombudsfin.

Ombudsfin is an independent mediation service which has competence for complaints against banks, credit companies, stockbroking firms or portfolio managers that are affiliated⁷ to the Service.

The complaint has to be introduced with a written request by post, fax, mail or web formular. The procedure with Ombudsfin is free of charge. The Ombudsman seeks a pragmatic solution for the problem, respecting the interests of both parties. When during the dialogue between the parties it becomes clear that an arrangement cannot be reached, then the Ombudsman takes a position. The decisions of the Ombudsman are not binding.

2. CREDIT CONTRACTS AND CREDITWORTHINESS ASSESSMENT

Creditworthiness assessment vs credit risk assessment

The credit legislation requires a thorough analysis of the creditworthiness of the borrower which should not be confused with credit risk assessment. The purpose of the creditworthiness assessment is to assess whether the consumer is able to meet all the financial obligations arising from the credit agreement. The lender should provide proof that it has met all its obligations during the creditworthiness assessment (article VII.2, &4, paragraph 2). To this end, it constitutes a file for each loan in which the information on which the creditworthiness assessment is based is established, documented and stored (article VII.77, &1, paragraph 4).

Credit risk assessment is the assessment of the potential losses and the probabilities of losses that the lender may incur in the event of default by the borrower. A lender who limits itself to carrying out a credit risk assessment does not comply with the credit legislation.

Information to be acquired by lenders

Before granting a consumer credit, Article VII.69,&1 provides⁸ that *“The lender and the credit intermediary must ask the consumer seeking a credit agreement and, where appropriate, people who act as collateral, accurate and complete information as they deem necessary in order to assess their financial situation and their ability to repay and, in any event, their outstanding financial commitments. The consumer and the person who acts as collateral are required to answer accurately and completely. In no case the information requested can relate to race, ethnic origin, sex life, health, political, philosophical or religious opinions or activities, or union or mutual membership.»*

⁷ <https://www.ombudsfin.be/en/individuals/affiliated-institutions/>

⁸ For more details, see the Guidelines published by the FSP Economy Guidelines concernant l'évaluation de la solvabilité du consommateur dans le cadre de l'octroi d'un crédit à la consommation » <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Entreprises/Guidelines-solvabilite-credit-a-la-consommation.pdf>

Financité

In addition, Article VII.69,&2 provides that « *The lender or, where appropriate, the credit intermediary, submits respectively a credit application form or, where applicable an information request form to the consumer and the people who act as collateral, in the form of a questionnaire describing all the information requested by the lender and/or the credit intermediary in accordance with § 1, paragraph 1. In order to be able to produce proof of the obligations arising from this article, the lender is required to keep this form as long as the credit taken has not been repaid. The information provided by the consumer or the person who act as collateral can only be communicated to and processed by the persons referred to in Article VII. 119, § 1 and, where applicable, through credit intermediary.*

The questionnaire relates at least to the purpose of the credit, the income, the dependents, the current financial commitments including among other things the number and the debit amount of the current credits. The King may, by decree (...) supplement this list in the event that the amount of the loan exceeds € 3.000 (...) ».⁹

The analysis of the borrower's income is done on the basis of the questions that the lender asks to the borrower and the supporting documents that the latter provides. When it is likely that the consumer will retire during the term of the credit, the lender must attempt to determine, on the basis of the information provided by the consumer and, where applicable, supporting documents, what the consumer's income will be once retired.

The consumer is required to provide accurate and complete answers to the questions asked by the lender. The principle is laid down in Article VII.126, § 1. It is therefore unanimously considered by consumer credit case law that a consumer who conceals information commits a serious fault. In addition, the obligation to provide complete information imposes on the consumer a certain duty of initiative since at this time and from the questions asked, the consumer is able to assess the nature of the information that the lender is looking for.

The lender can carry out checks with the Central Individual Credit Register or the databases of a credit insurer. For other third parties, the prior consent of the consumer is required.

Role of the Individual Credit Register

Article VII.77&1 provides that « *The lender is also required to consult the Individual Credit Register (ICR). (...) »The King determines the terms of this consultation. The King determines how the lender provides proof of the consultation of the ICR as well as the period during which this proof must be kept. The conditions relating to access to the ICR or to any other file which is used to assess the solvency of the consumer (...) cannot be discriminatory. (...).*

In addition, for open-end credit agreements, the lender is required to re-examine each year, at the latest on the first working day following the anniversary date of the conclusion of the credit agreement, on the basis of a new consultation of the ICR, the solvency of the consumer in accordance (...) ».

The ICR is managed by the National Bank of Belgium in its capacity as neutral third party between lenders and borrowers. The ICR is a tool used to combat consumer over-

⁹ Such a decree has not yet been issued.

Financité

indebtedness. It was established, amongst other reasons, to prevent consumers from taking on too much debt.

The ICR contains information about

- All consumer and mortgage loans contracted in Belgium by natural persons for private purposes and
- All defaults and delinquencies of such loans (the « black list »).

Upon the conclusion of a new loan (or credit) agreement:

Lenders doing business in Belgium are required to assess consumer creditworthiness and whether the individual can meet their payment obligations. To this end, they are obliged to consult the ICR before extending a loan or granting credit. The objective is to ensure that lenders are able to form a complete picture of the prospective borrower's existing indebtedness. The lender can then better assess the credit risk and avoid overextension.

In case of over-indebtedness:

An over-indebted consumer can petition the competent labour court for a « collective debt settlement ». The court will then appoint a debt negotiator to draw up a payment plan. As long as these proceedings are pending, the debtor is not allowed to incur additional indebtedness (and therefore cannot enter into new credit agreements or take out additional loans). It is important that creditors are aware of this fact. Therefore, the ICR also contains information on such proceedings.

Consumer data submitted to the ICR exclusively by lenders:

- New credit agreements: within two working days from the conclusion of a new credit agreement or loan, the lender must submit to the ICR data on the borrower's identity and the key features of the credit (or loan) agreement:

- The name and first name, date of birth, sex, address of the consumer and co-signature (if any), ID number (each Belgian resident has an ID number);
- For credit: total amount, first instalment, number of instalments, payment frequency (e.g. monthly), last instalment date;
- For revolving credit (credit line): amount of the credit, date of signature and, if any, date of the end of the contract;
- Mortgage: total amount, amount first instalment, number of instalments, payment frequency, first and last instalment date.

- Payment defaults and delinquencies: within eight working days, the lender must submit to the ICR data on the amount in arrears, the date of delinquency as well as reimbursement.

Financité

- Collective debt settlements: within 24 hours from recordation in the Central Records Register (Central Register of Records of Attachment and the Assumption, Assignment, Collective Settlement and Contestation of Debts), the following data must be submitted to the ICR:

- the start and end date of the debt settlement plan;
- the name of the court and the judgment number;
- the name of the debt negotiator;
- if applicable, the start and end date of the out-of-court or court-supervised settlement;
- if applicable, revocation/rejection of the collective debt settlement plan.

Data are kept in the ICR for the entire term of the loan or credit agreement. Data on agreements that are performed without incident are deleted from the ICR within three months and eight days from the end of the agreement.

In the event of default, the following retention periods will apply:

- for repayment (regularisation): one year from the date of regularisation;
- for non-regularisation: ten years from the first date of default.

Data may be kept for longer periods in anonymised form. This is the case when the National Bank of Belgium (NBB) processes data for scientific or statistical purposes or for the performance of other activities.

3. PROHIBITION OF DIRECT AND INDIRECT AGE DISCRIMINATION

Legislation

The guidelines published by the Ministry of the Economy Belgium (FPS Economy) which aim to clarify the rules that apply to consumer credits¹⁰ recall that age is a protected criterion. A refusal of credit cannot be based solely on the fact that the consumer is too old. This is also the official position of the Belgian Financial Sector Federation (Febelfin) that considers that age could not as such constitute a criterion for refusing credit.¹¹

The guidelines point out that the information to be requested by the lender as defined by law excludes race, ethnic origin, etc. (see above); however, there is no specific provision regarding age. Hence, it could be concluded that age is an element that the lender may take into account in order to assess the financial condition and repayment possibilities of the consumer. The lender is legally obliged to ask the age of the consumer, but this does not mean that age is an element on the basis of which discrimination may take place within the meaning of the Anti-Discrimination Act of 10 May 2007.

¹⁰ <https://credit2consumer.be/fr/article/vii77-ss-2-et-vii79-le-devoir-de-refuser-le-credit#le-refus-ne-peut-%C3%AAtre-discriminatoire>

¹¹ Question no. 767 from Mrs. Lalieux of December 16, 2014 and of the minister (Ann. Jur. 2014, p. 147).

Financité

Moreover, these guidelines, referring to a letter sent to the Data Protection Authority,¹² state that age is not listed among the information to be prohibited in credit scoring, but it is also expressly stated that credit scoring may not be the sole basis for credit refusal. Scoring should be based on the statistical study of the risks of payment problems allowing to distinguish between good and bad risks.

It can be understood from the foregoing that the lender may take into account the age of a consumer to assess his financial condition and repayment possibilities, but that it must nevertheless base its decision on whether to grant credit on a set of objective and reasonable criteria. (e.g. reduced income, term of credit, etc.).

Without prejudice to the foregoing, there are other statutory provisions to be observed, for example on the annual percentage rate of charge (APRC). Advanced age increases the credit risk for the lender who may charge a higher borrowing rate and/or require the borrower takes out payment protection insurance. These costs must be included in the APRC of the credit. If this results in the statutory maximum APRC being exceeded, the lender cannot grant this credit at that price.

Business practices

Each lender determines its own conditions for granting mortgage loans. In Belgium, the maximum age of the borrower at the time the credit must be fully repaid ranges from 65 to 85 years old depending on the lenders.

In practice, lenders may be more demanding vis-à-vis elderly people by requiring additional collateral including for a consumer credit.

According to a loan comparison website, some lenders may require life insurance, the security of a third person, or mortgage security. If the borrower takes out life insurance (and provided that the borrower does not have serious health problems that would prevent him from taking out such insurance), the lender is guaranteed that the loan will be repaid in the event of the death of the borrower. Analysis of income alone will therefore not be the only condition for assessing whether credit for seniors is feasible or not. As pensions in Belgium are often tiny, the minimum seizable in the event of late repayment is just as small. This is why one of the aforementioned guarantees will be systematically requested from elderly persons.

The Walloon Region offers a loan for the adaptation of housing. This zero-rate loan subject to an income ceiling must be taken out by a relative who lives with the retiree, generally one of their children.

In the last five annual reports of Ombudsfín, the number of complaints for loan refusal is very low. The reports do not specify the reasons given by the lenders for refusing the loans. We consulted two organisations of seniors, one in Flanders, the other one in Wallonia: the first one reported a small number of cases of refusal of loans intended for the renovation of housing, the other one is not aware of loan refusals due to the borrower's age. The main Belgian consumer association informed us about the case of a 70-year-old person who was

¹² <https://credit2consumer.be/nl/article/vii77-ss-2-en-vii79-de-verplichting-om-het-krediet-te-weigeren> (in NL).

Financité

refused a credit card by his bank because of his age. UNIA also mentions on its website the case of a 69-year-old person who was refused a credit for the purchase of a car because of his age. According to the financial institution general terms and conditions, any loan must be reimbursed before the applicant has reached the age of 70. UNIA informed the financial institution that an automatic exclusion of people over 70 may constitute discrimination on the basis of age. For UNIA, the financial institution should also take into account the income and financial means available to the applicant to give a more appropriate response. Following negotiations led by UNIA, the financial institution agreed to remove this point from its general terms and conditions.¹³

Data extracted from the Individual Credit Register

In 2022, people aged over 65 accounted for 22,5 % of all the borrowers. 58,90 % of them had at least one credit agreement compared with 64,7% for the whole population.

People aged over 65 accounted for 8,4 % of the total of non-performing loans (8 % of consumer loans and 4 % of mortgage loans). 0,9 % of them were in default, compared with 2,7 % for the for the whole population.

The average amount of their arrears was € 9.911 compared with € 10.747€ for the whole population.

Impact of branch closures on senior citizens

50% of bank branches have closed over the past ten years, mainly in the four major banks. The trend is accelerating at an average rate of more than one branch closing per day. In 2019, Financité carried out a specific survey on the impact of banking digitization on seniors.¹⁴

The major bank branches that are still open are only accessible by appointment, which must be made by calling a call center. Not all senior citizens are comfortable dealing with call centers that operate with a chat bot and not a human being. In addition, appointments are only made for products or services that potentially generate commissions, such as mortgage loans, investments or insurance. A priori, if an elderly person wishes to meet a credit adviser, s/he should have no problem obtaining an appointment, once past the obstacle of the call center which is currently attracting a lot of criticism.

4. PROCEDURAL ISSUES

In case of refusal of credit, article VII.79 of the Code of Economic Law requires the lender a series of obligations towards the borrower. When the lender and/or the credit intermediary notifies the borrower the decision of refusal, it must also communicate the result of the consultation as well as the identity and address of the person responsible for processing the files s/he has consulted. If applicable, the lender communicates to the borrower the identity

¹³ UNIA, Une banque refuse un crédit à un client de 69 ans, <https://www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/solutions-negociees/une-banque-refuse-un-credit-a-un-client-de-69-ans/P70>

¹⁴ https://www.financite.be/sites/default/files/references/files/rif_2019_-_pdf.pdf (see pages 62-88).

Financité

and the address of the credit insurer consulted. This communication takes place without delay and at no cost to the consumer.

In the event of legal proceedings, the Judicial Code provides that each party must prove the facts alleged. However, given the particular difficulties in proving discrimination, the anti-discrimination legislation has provided for making proof easier by a system of shifting the burden of proof. When someone has some credible elements (an exchange of emails, a tape recording of a conversation, a situation test, etc.) which tend to show that they have been discriminated against, it is the defendant who has to demonstrate that s/he did not discriminate. Several court decisions had already been handed down on the matter.¹⁵

¹⁵ <https://www.unia.be/fr/legislation-et-recommandations/validite-juridique-des-enregistrements-et-tests-de-situation#Validite-juridique-de-lenregistrement-dune-conversation>

Anhang III: Age Discrimination in Lending - The national report on the UK

Age Discrimination in Lending - The national report on the UK

Andrea Miglionico*

1. *The UK consumer credit legislation*

The UK consumer credit sector was regulated by the Consumer Credit Act 1974 (CCA 1974)¹ – supplemented by the Consumer Credit Act 2006² – and the Consumer Protection Act 1987.³ The current legislation is now defined in the Consumer Rights Act 2015⁴ (CRA 2015) together with the EU Consumer Credit Directive (CCD)⁵ – implemented by the Consumer Credit (EU Directive) Regulations 2010⁶ – and relevant secondary regulation dealing with exemptions, advertising and details on information provision. The entire consumer credit is informed by common law principles which are found in several pieces of legislation such as the Bills of Sale Acts,⁷ the Insolvency Act 1986,⁸ and the Consumer Sale and Loan Act. Consumer contract terms are regulated under the CRA 2015.

The CCA 1974 introduced the concept of debtor-creditor-supplier agreement which relates two parties, the consumer and the creditor-supplier. This agreement can take the form of tripartite relationship where the agreement is made by a creditor under existing arrangements with a supplier or where a creditor advances unrestricted-use credit in the knowledge that it will be used with a supplier with whom it has pre-existing arrangements. Credit agreements are typically standard form contracts and are subject to some control under the general law and the unfair contracts terms legislation. Consumer credit agreements usually terminate with the consumer repaying the credit in the manner anticipated by the agreement; however, consumers may experience difficulties in meeting their repayments and fall into default situations.⁹ Where

*Associate Professor of Law. University of Reading. a.miglionico@reading.ac.uk

¹ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/39/contents>. The CCA 1974 contained provisions which applied specifically to bank credit cards and other forms of credit. The Credit Cards (Price Discrimination) Order 1990 introduced the 'no discrimination' policy with respect to those paying by credit card and those paying by cash.

² See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/14/contents>.

³ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/43/contents>.

⁴ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted>.

⁵ Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC.

⁶ See <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/1010/contents/made>.

⁷ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/41-42/31/contents>.

⁸ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>.

⁹ Creditors use extra-judicial methods to induce defaulters to pay; typically creditors rely on sending letters to consumers which become threatening if default continues.

a consumer is in default with repayments under a regulated agreement, a creditor may exercise a number of remedies. Before it can become entitled to terminate the agreement to demand earlier payment of any sum, to recover possession, to treat any right conferred on the consumer by the agreement as terminated, restricted or deferred or to enforce any security it must serve a default notice on the consumer specifying the nature of the alleged breach.

The supervisory authority responsible for dealing with consumer issues is the Financial Conduct Authority (FCA) which replaced both the Financial Services Authority (FSA) and the Office of Fair Trading (OFT) in 2014 as a principal agency engaging in a process of determining how detriment may be defined and measured and of identifying indicators of detriment in terms of costs of complaining.¹⁰ The authorisation process of the FCA is regarded as more robust in that it relies not only on more vigorous examination before deeming a provider suitable, but also on continued monitoring through regular reporting requirements. The FCA operates along with the Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000) style rule-book ('CONC') which regulates the conduct of the industry. FSMA 2000 relies on disciplinary sanctions rather than individual redress although this is allowed where rules have been breached via breach of statutory duty action.

At the EU level, the Directive on Credit Agreements Relating to Residential Property (CARRP)¹¹ regulates the transfer of second charge lending from the general provisions of consumer credit to the mortgage lending rules under the Mortgage and Home Finance: the Conduct of Business Sourcebook (MCOB)¹² which governs the relationship between mortgage lenders and borrowers. Specifically, the principle MCOB 11.6 – "Responsible lending and financing" establishes rules and guidance for lenders and providers under regulated mortgage contracts and home purchase plans, in relation to the assessment of affordability for the customer of these contracts. These rules provide an 'assessment of affordability' where a firm must assess whether the customer will be able to pay the sums due before entering into a regulated mortgage contract or home purchase plan.

¹⁰ HM Treasury, 'A new approach to financial regulation: transferring consumer credit regulation to the Financial Conduct Authority' (June 2013), <https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-approach-to-financial-regulation-transferring-consumer-credit-regulation-to-the-financial-conduct-authority>. The FCA as conduct supervisor covers all regulated firms across the consumer credit sector, including consumer lending, credit card issuers, debt management, credit brokerage, credit referencing, hire purchase firms, banks, financial advisers, pawnbrokers, mail order companies, debt collectors and payday loan lenders.

¹¹ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010.

¹² See <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/MCOB/>.

The CARRP introduces an obligation to carry out a creditworthiness assessment before granting a credit, as a basis for the development of effective underwriting standards in relation to residential immovable property in the Member States.¹³ Article 18 of the CARRP provides that before concluding a credit agreement, the creditor needs to carry out a thorough assessment of the consumer's creditworthiness. That assessment shall take appropriate account of factors relevant to verifying the prospect of the consumer to meet his obligations under the credit agreement. The provision makes clear that the assessment of creditworthiness is not based solely on the value of the residential immovable property exceeding the amount of the credit (or the assumption that the residential immovable property will increase in value) unless the purpose of the credit agreement is to construct or renovate the residential immovable property. Further, Article 21 of the CARRP provides that Member States need to ensure access to databases for assessing the creditworthiness of consumers and for the sole purpose of monitoring consumers' compliance with the credit obligations over the credit agreement. The conditions for such access shall be non-discriminatory.

The CARRP was implemented in the UK legislation through the principles-based approach which emphasizes the element of fairness as major tool for consumer protection.¹⁴ The rationale of introducing CARRP is to instigate change by ensuring an internal market in secured lending to curb irresponsible lending and to allow consumers to borrow cross-border with confidence. Whilst the CCD does not address unfairness directly, CARRP states the requirement to treat consumers fairly by means of the establishment of a general principle.

The consumer protection legislation includes the Unfair Contract Terms Act 1977 which addresses the use of exclusion, limitation, and liability indemnity clauses in relation to business liability.¹⁵ Where one party deals either as a consumer or on the other's written standard terms of business, any exclusion or restriction of liability for breach of contract must be reasonable. A person dealing as a consumer cannot be made to indemnify another's liability for negligence

¹³ Article 1 of the CARRP. Article 4 defines creditworthiness assessment the evaluation of the prospect for the debt obligation resulting from the credit agreement to be met.

¹⁴ See <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/910/contents/made>. The Mortgage Credit Directive Order 2015, SI 2015/910 implemented the CARRP. While extending the scope of regulated credit agreements as defined by the Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001, in particular by narrowing the categories of exempt agreement through the insertion of a new art 60HA, the Mortgage Credit Directive Order 2015 moved second charge mortgages out of the scope of regulation as regulated credit agreements under the Consumer Credit Act 1974 (by narrowing the definition in s 8(3)) and created the concept of a 'consumer credit back book mortgage contract', in relation to which art 29 of the Mortgage Credit Directive Order 2015 made important transitional provisions as to the application of the Consumer Credit Act 1974. In the doctrinal debate see Sarah Brown, 'EU and UK Consumer Credit Regulation: Principles, Conduct, and Consumer Protection: Divergence or Convergence of Approach?' (2015) 26(4) *European Business Law Review* 576-577.

¹⁵ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/contents>.

or breach of contract unless such provision is reasonable.¹⁶ Other restrictions are imposed by the Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999,¹⁷ which implemented the 1993 EU Directive¹⁸ and apply in relation to unfair standard terms in business to consumer contracts. An unfair term is not binding on the consumer however the contract shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair terms: such terms may be challenged both individually and collectively. The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008 (SI 2008/1277)¹⁹ (CPUT) prohibit misleading and aggressive sales practices during the whole lifetime of a consumer to trader transaction: marketing, entry into the contract and performance of the contract.²⁰ This legislation contains a list of commercial practices which are always unfair, such as falsely stating that a product will be available for a very limited time in order to obtain an immediate decision.²¹

The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 (SI 2013/3134)²² (CCRs) implemented most of the EU Consumer Rights Directive (CRD)²³ and deal with the rights of consumers who buy online or off-premises to cancel their contract; the ban on traders charging consumers more than the basic rate for any trader telephone line used by a consumer to discuss an existing contract; and pre-contract information provided to consumers, whether they are contracting on premises, online or off-premises.

2. Discriminatory practices in consumer credit market

A consumer credit contract is an agreement between an individual (the debtor) and any other person (the creditor) by which the creditor provides the debtor with credit of any amount. A regulated agreement is a consumer credit contract that is a regulated under the FSMA 2000. Consumer credit contracts govern the relationship between banks and their consumers. Credit providers enjoy freedom to grant or deny their service facilities to whom they choose. According to the English courts there are limitations so as creditors are prohibited to

¹⁶ The burden of proof is on the person claiming that a term is reasonable.

¹⁷ See <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/2083/contents/made>.

¹⁸ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

¹⁹ See <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/1277/contents/made>.

²⁰ CPUT was amended by the Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014 (SI 2014/870) (CPUT Amendment Regulations), which introduced a new direct civil right of redress by consumers against traders who conduct misleading or aggressive practices.

²¹ CPUT implemented the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EC) (UCPD).

²² See <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/3134/contents/made>.

²³ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

discriminate on the grounds of sex, race or disability. This principle was stated in the case *Quinn v Williams Furniture Ltd*,²⁴ where a woman complains that she was discriminated against because of her sex. The Court of Appeal held that “the defendants discriminated unlawfully against the plaintiff contrary to section 29(1) and (2) and section 1(1)(a) of the Sex Discrimination Act 1975 by refusing or deliberately omitting on the ground of her sex to provide her with credit facilities or service in the like manner and on the like terms as are normal in the defendants’ case in relation to male members of the public when [...] they refused or deliberately omitted to provide her with hire-purchase facilities for a three piece suite until her husband, John Quinn, had entered into a formal personal guarantee in respect of the balance of the instalments.” Examples of discrimination against poor consumers are found in the creditors’ refusal to grant credit to all those living on a particular area whatever the merits of an individual applicant because of a disproportionate number of defaulters from the area, which means that geo-scoring is not prohibited in the UK. Credit scoring predicts the probability of a person repaying any credit advanced: it is a tool of making credit decisions based on the personal characteristics of the debtor, either matching them statistically to the profile of others who have repaid or examining the borrower’s own behaviour with existing indebtedness.²⁵ The Office for National Statistics provides useful data for assessing credit scoring in the UK²⁶ together with the Credit Reference Agencies such as Experian,²⁷ Equifax²⁸ and TransUnion²⁹ which adopt a different scale to assign a credit score.

The UK Equality Act 2010 (EA 2010) regulates age discrimination and public sector Equality Duty.³⁰ The statutory legislation affords protection against forms of direct and indirect discrimination in the workplace and in wider society. The EA 2010 has replaced the non-discrimination laws which derived from the Sex Discrimination Act 1975,³¹ the Race Relations Act 1976,³² the Disability Discrimination Act 1995,³³ the Equality Act 2006³⁴ and associated

²⁴ *Quinn v Williams Furniture Ltd* [1981] ICR 328. The claimant, Mrs Quinn, reported that she had been discriminated against as a married woman.

²⁵ FCA, ‘Consumer credit — high-cost short-term credit lending data’ (2019), <https://www.fca.org.uk/data/consumer-credit-high-cost-short-term-credit-lending-data-jan-2019>.

²⁶ Office for National Statistics, ‘Estimates of credit balances and credit and debit impacts on personal and economic well-being’ (2021), <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/personalandhouseholdfinances/incomeandwealth/datasets/estimatesofcreditbalancesandcreditanddebitimpactspersonalandeconomicwellbeing>.

²⁷ See <https://www.experian.co.uk/consumer/index.html>.

²⁸ See <https://www.equifax.co.uk/resources/loans-and-credit/understanding-credit-score-ranges>.

²⁹ See <https://www.transunion.com/get-credit-report>.

³⁰ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

³¹ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/65/enacted>.

³² See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/74/enacted>.

³³ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/50/contents>.

³⁴ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/3/contents>.

regulations.³⁵ UK discrimination law is largely standardised across domains including employment, provision of services, and education. In all cases, direct discrimination is generally not objectively justifiable except in the case of age as provided in Section 13(2) of the EA 2010.

The EA 2010 includes provisions that prohibit age discrimination against adults in the provision of services and public functions. The legislation came into force on 2012 and it is now unlawful to discriminate on the basis of age unless the practice is covered by an exception from the ban and good reason can be shown for the differential treatment ('objective justification'). The prohibition on age discrimination is designed to ensure that the law prohibits only harmful treatment that results in genuinely unfair discrimination because of age. It does not outlaw the many instances of different treatment that are justifiable or beneficial.³⁶

Age discrimination is one of nine "protected characteristics" covered by the EA 2010, the others being disability, gender reassignment, marriage and civil partnership, pregnancy and maternity, race, religion or belief, sex and sexual orientation. Section 5 of the EA 2010 addresses the protected characteristic of age, which means a person belonging to a particular age group. An age group includes people of the same age and people of a range of ages. Where people fall in the same age group they share the protected characteristic of age. The UK courts have shown reluctance to offer rigorous scrutiny when evaluating whether age-differential treatment is objectively justified under anti-discrimination law.³⁷ A number of decisions have affirmed that age discrimination must be understood as different to other forms of discrimination, such as race or sex discrimination, creating in this way a lower category of discriminatory actions.³⁸

The EA 2010 prohibits age discrimination in goods and services, however there is an exception in the law for providing financial services such as bank accounts, loans, insurance, credit cards, warranties, mortgages and investments. Financial businesses can continue to use age as a factor in designing, pricing and offering their products. But where businesses carry out a risk assessment for the purposes of providing a financial service, the exception will only apply if the assessment, in so far as it involves a consideration of the person's age, is done by reference

³⁵ These laws prohibit direct discrimination – that is, treating one person less favourably than another because he or she has a protected characteristic – and indirect discrimination – applying the same rule or practice to everyone, when in fact it disadvantages a particular group with a protected characteristic and cannot be independently justified. See Brenda Hale, 'Equality and Human Rights', Oxford Equality Lecture 2018 held at the University of Oxford, Law Faculty, 29 October 2018, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-181029.pdf>.

³⁶ See <https://www.gov.uk/guidance/equality-act-2010-guidance#equalities-act-2010-legislation>.

³⁷ Stuart Goosey, 'Is age discrimination a less serious form of discrimination?' (2019) 39(3) *Legal Studies* 533.

³⁸ *Seldon v Clarkson Wright & Jakes* [2012] UKSC 16, [2012] 3 All ER 130; *Lockwood v Department of Work and Pensions & Another* [2013] EWCA Civ 1195, [2014] 1 All ER 250; *R v Secretary of State for Work and Pensions, ex p Carson and Reynolds* [2005] UKHL 37, [2006] 1 AC 173.

to information which is both relevant to the assessment of risk and from a source on which it is reasonable to rely.³⁹ Financial businesses are not allowed to behave towards consumers in a way that could be considered harassment due to age, and must not victimize consumers who make a complaint relating to age discrimination. Consumers can challenge a financial business if they think a risk assessment, where it involves a consideration of the person's age, has not been carried out by reference to relevant information which is from a source on which it is reasonable to rely.⁴⁰

3. The Office of Fair Trading and the Financial Ombudsman Scheme

Consumer policy is focused on redressing consumer detriment. The Fair Trading Act 1973 defines consumer as 'one who does not contract in the course of a business carried on by him but who deals with someone who does'.⁴¹ The Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999 defines consumer as any natural person acting outside his trade, business or profession, and seller or supplier broadly as natural or legal person acting for purposes relating to his trading, business or profession. The Unfair Contract Terms Act 1977 provides the requirement for consumer deals that the goods must be of the type ordinarily supplied for private use or consumption.⁴²

The OFT used statutory powers of approval to set minimum standards for the design and operation of the code. It was empowered to approve codes of practice for guidance in safeguarding and promoting the interests of consumers. The OFT played a key role in shaping the content of self-regulatory codes: the trade association (e.g., associations of banks) is required to monitor compliance with the code and publish an annual report. In terms of enforcement mechanisms, the first line of action lies with the trade association: the OFT required trade associations to undertake systematic monitoring of members' trade practices, in terms of unfair practices which is necessary if sanctions are to be a real threat. A trade association may undertake to pay redress in those circumstances where a business has failed to pay compensation as required when it was a member. The OFT took action against unfair practices which are defined within self-regulatory codes, thus creating a mixed enforcement

³⁹ The law allows financial providers to offer products to certain age groups, but it does not permit providers to make assumptions about individuals because of their age. See Financial Ombudsman Service, 'Just a number? Age, complaints and the ombudsman' (November 2015), <https://www.financial-ombudsman.org.uk/files/1762/age-insight-briefing-2015.pdf>.

⁴⁰ Government Equalities Office, 'Equality Act 2010 and age discrimination: What do I need to know?' (September 2012).

⁴¹ See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/41>.

⁴² See <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/contents>.

regime, alongside the mixed standard setting techniques employed by the Office. Other mechanisms of enforcement are linked to the civil and criminal law. Codes of practice may have a number of effects on contracts with consumers; codes often require their participants to write particular terms into their contract. Where terms are not written into contracts, a court may nevertheless hold that the terms of the code are incorporated into the contract. As long as there is a credit contract concluded with a senior consumer, a “fairness” rule in the self-regulatory code could mean that the terms of the contract with the senior consumer cannot be unfavorable compared to similar credit contracts but for the age of the consumer. If the bank refuses to conclude a credit contract solely on the basis of the consumer’s age, the self-regulatory codes do not help much in this matter. Redress systems independent of trade associations are ombudsman schemes which are most successful with consumers with respect to arbitration and other mechanisms of alternative dispute resolution.⁴³

Part 16 of the FSMA 2000 establishes a scheme “under which certain disputes may be resolved quickly and with minimum formality by an independent person” (section 225(1), FSMA).⁴⁴ This scheme operates through the Financial Ombudsman Service (FOS) and is performed by the Financial Ombudsman Service Limited (FOS Ltd).⁴⁵ The purpose of the FOS is to provide consumers with a quick, cost-free avenue of potential redress in the event they feel dissatisfied with the results of a financial services business’ internal complaints procedures.

Specifically, the FOS is empowered to determine complaints by reference to what is, in the opinion of the ombudsman, fair and responsible in all circumstances of the case.⁴⁶ The FOS’s main role is to manage a scheme to resolve disputes, as an alternative to the civil courts. As mentioned, the scheme’s statutory objectives are to resolve disputes quickly and with minimum formality on the basis of what is fair and reasonable in the circumstances. The FCA’s rules and guidance relating to the FOS are set out in chapters 2, 3 and 4 of its *Dispute Resolution: the Complaints sourcebook*.⁴⁷ Ombudsman schemes have limited costs for consumers, run

⁴³ See <https://www.gov.uk/government/publications/new-ombudsman-schemes-guidance/guidance-on-new-ombudsmen-scheme>.

⁴⁴ Part 16 of, and Schedule 17 to, FSMA set out the framework under which the FOS is established and operates. The FCA is empowered to make the Compulsory Jurisdiction rules (section 226(3), FSMA).

⁴⁵ FOS Ltd is empowered to make the Voluntary Jurisdiction rules, but they must be approved by the FCA (section 227(3) and section 227(6), FSMA).

⁴⁶ The ombudsman is empowered to require parties to provide specified information or documents the production of which it considers necessary for the determination of the complaint. Failure to comply with a requirement to provide information under section 231 of FSMA is punishable as if it were a contempt of court (section 232, FSMA).

⁴⁷ See <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/DISP/1/3.html>.

investigative and adjudicative powers, and present robust independence in terms of reputation. Non-compliance with codes is addressed through statutory enforcement procedures.

The Code of Banking Practice, followed by banks and building societies was monitored by the Independent Review Body for the Banking and Mortgage Codes which was replaced by the Banking Code Standards Board. The entire set of principles was set out in the FCA's MCOB. In 2009 the UK Government published a document that contains measures for reforming the structure of regulatory institutions (namely, increasing the instruments for institutional cooperation, improving the former supervisor Financial Services Authority (FSA)'s governance tools and their statutory framework, and expanding the role of the Financial Services Compensation Scheme), and building a system of competitive markets and consumer protection (namely, financial capability and money guidance, underpinning the FSA's consumer capability and swift and effective redress).⁴⁸ This document was preliminary to the nascent 'affordability test' regime, a monitoring tool subsequently developed by the FCA in which the age of the prospective borrower is taken into consideration for the statistical life expectancy.

The concept of 'affordability test' means preventing harm coming to customers which is different from the creditworthiness test which is typically a backward looking approach.⁴⁹ For instance, affordability testing of loans applies against future interest rate and cost of living rises which are indicators that the customers' circumstances that could change.⁵⁰ The FCA's CONC regulates the customer's creditworthiness, so the customer's ability to make repayments as they fall due (CONC 5.2A).⁵¹ The affordability assessment aims to ensure customers treated fairly and lent to in a sustainable manner in accordance with applicable regulatory requirements and guidance. In this context, it has been observed that the affordability-led approach to regulation may prove more effective in providing consumer protection.⁵² The FCA's principle MCOB 11A.3 ('Obtaining information for, and assessment of, affordability from the consumer and

⁴⁸ HM Treasury, 'Reforming financial markets' (July 2009), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238578/7667.pdf. The Government noted the financial sector's concerns over affordability and that firms have to contribute capital, which may not be needed to pay compensation to consumers if no failure occurs and any introduction of pre-funding will need to take account of the wider context of the levies the banking sector is already having to pay to meet Financial Services Compensation Scheme expenses arising from the 2008 defaults and the need for it to build up capital more generally (p. 66).

⁴⁹ Credit testing relies on the future looking, in other words if the customer has not had much debt and a history of meeting their obligations in the past then the assumption is that they will continue to do so in the future.

⁵⁰ Jonathan Davidson, 'Getting affordability right in consumer credit' (15 March 2018), speech at Credit Summit, London, <https://www.fca.org.uk/news/speeches/getting-affordability-right-consumer-credit>.

⁵¹ See <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/CONC/5/?view=chapter>.

⁵² Sara Williams, 'The rise and rise of affordability complaints' in Jodi Gardner, Mia Gray and Katharina Moser (eds), *Debt and Austerity. Implications of the Financial Crisis* (Edward Elgar 2020) 220-221.

rejecting an application')⁵³ states that a mortgage lender must specify in a fair, clear and not misleading way in good time, before assessing affordability, the terms of a regulated mortgage contract to a consumer. Similarly, the MCOB 11.6 ('Responsible lending and financing')⁵⁴ provides the assessment of affordability for regulated mortgage contract.

4. *The 'principles-based' approach for consumer protection*

The UK consumer protection regime is characterised by self-regulation regime: self-regulatory rules are subjected to approval procedures such as that operated by the OFT. Principles, by their nature, are less prescriptive than rules. They might illustrate a relatively broad set of behavioural standards, but with less specification governing the precise means of achievement.⁵⁵ A principle is regarded as a *general* rule, or a second level of statutory norm that deploys its legal force under the risk of misconduct and of the imposition of penalties for non-compliant behaviour.⁵⁶

Before the global financial crisis of 2007-08, the former FSA has put greater stress on the use of principles-based regulation, while affirming that this kind of approach "means moving away from dictating through detailed prescriptive rules and supervisory actions how firms should operate their business".⁵⁷ This structural break involved a radical shift in supervisory style from focusing on systems and processes, to focusing on key business outcomes and risks and on the sustainability of business models and strategies; a different approach to the assessment of approved persons, with a focus on technical skills as well as probity.⁵⁸ The real shortcoming in the previous approach was determined by a failure to appreciate that "principles [do] not simply act in combination with more detailed rules, but ... play a more informing and influencing role in enabling and inducing compliance with the rules".⁵⁹ On this view, principles represent a form of soft law, albeit not readily translatable into a legal paradigm of reference. Therefore, the complexities of the regulatory system result in fragmentation and a substantive

⁵³ See <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/MCOB/11A/3.html>.

⁵⁴ See <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/MCOB/11/6.html>.

⁵⁵ Anita Anand, 'Rules v. Principles as Approaches to Financial Market Regulation' (2008) 49 *Harvard International Law Journal* 111.

⁵⁶ Julia Black, 'The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation' in Kern Alexander and Niamh Moloney (eds), *Law Reform and Financial Markets* (Cheltenham: Edward Elgar 2011) ch.1.

⁵⁷ Financial Services Authority, 'Principles Based Regulation: Focusing on the Outcomes that Matter' (April 2007), p. 4.

⁵⁸ FSA, 'The Turner Review. A regulatory response to the global banking crisis' (March 2009), p. 88-89. The major features indicated are the need for ex ante macro-prudential analysis, the intensity of supervision and effective regulation, combining prudential supervision with conduct of business compliance.

⁵⁹ Julia Black, "Which Arrow?": rule type and regulatory policy' (1995) 1 *Public Law*, 94-95. It is observed that "Understanding regulation can create a climate of compliance within the firm, that means the greater the acceptance of the regulation, the greater compliance would be".

confusion of accountability; indeed, the principles adopted to regulate the markets do not seem to operate in a clear manner.

The UK regulatory system leaves to principles the power to regulate firms' behaviours, which means that the securities market regulates itself through internal management controls and the monitoring of the FCA. As a result, whereas the principle ensues from a decision by the Financial Conduct Authority, market participants have to play an active role in ensuring that it is effective. In other words, the UK system is composed by self-induced regulation through flexibility of principles, monitoring of management behaviours and a system of internal controls.⁶⁰ For example, principles are used to treat the market fairly with a set of best practices.

One way of viewing the distinction between rules and principles is that a rule-based regime would take a much more prescriptive view of the manner in which those outcomes are achieved and would present a greater focus on the process than the end goal, whereas a principles or outcomes-based focus would employ the reverse. Precise rules provide more effective control than principles in relatively simple situations, but that ordering reverses as the regulated activity grows more complex.⁶¹ Such thinking influenced a shift in the UK and other jurisdictions towards principles-based regulation and the espousal of a "principles-based regulatory regime" as financial systems have grown larger and more complex.

High level principles can moreover conflict, e.g. risk control priorities might conflict with the principle of fair treatment of clients. The case of "hidden swaps" provides an example, banks effectively passing on the responsibility of risk management of certain derivative instruments (in this case, interest rate hedging products) to customers (who were largely unaware that these products exposed them to substantial early loan repayment risk following a major fall of interest rates).⁶² These concerns only increased in the aftermath of the 2008 crisis.⁶³ Adopting principles-based regulation gives legislatures and regulatory authorities the power to set out desired high-level regulatory outcomes, but leaves the articulation of processes and operational details to front-line regulators often in collaboration with the industry itself.⁶⁴ This points the central role of 'self-regulation' which implicates the need for trust between regulators

⁶⁰ Robert Baldwin and Julia Black, 'Really Responsive Regulation' (2007) *LSE Law, Society and Economy Working Papers No 15*, 3-4.

⁶¹ John Braithwaite, 'Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty' (2002) 27 *Australian Journal of Legal Philosophy* 47, 51-52.

⁶² Jonathan Kirk, Thomas Samuels and Lee Finch, *Mis-Selling Financial Services* (Cheltenham: Edward Elgar 2019) ch.6.

⁶³ Julia Black, 'Paradoxes and Failures: "New Governance" Techniques and the Financial Crisis' (2012) 75 *Modern Law Review*, 1042-1043.

⁶⁴ Cristie L. Ford, 'Principles-Based Securities Regulation in the Wake of the Global Financial Crisis' (2010) 55 *McGill Law Journal*, 261.

and regulated to underpin principle-based regulation. While regulators state principles, regulated entities remain responsible for their effective implementation.⁶⁵ As indicated in the preceding sections, the FCA is responsible for the regulation of consumer credit in the UK. Credit agreements may be varied unilaterally or via modification under the Consumer Credit (Agreements) Regulations 2010⁶⁶ and the FCA CONC. Unfair terms in credit agreements are regulated by Section 62 of the CRA 2015, which states that those terms of a contract are not binding on the consumer.⁶⁷

Unjustified refusals of credit contracts based on age (e.g., ageism or age discrimination)⁶⁸ and less favourable conditions in the credit agreements (e.g., indirect age discrimination) are regulated by the EA 2010, which provides a catalogue of cases where justifications of age discrimination are allowed if the action of business firms is a proportionate means of achieving a legitimate aim. The Equality Act 2010 (Age Exceptions) Order 2012⁶⁹ establishes a number of specific age-related exceptions into EA 2010 in connection with financial services (which includes a service of a banking, credit, insurance, personal pension, investment or payment nature), consisting of: (1) a broad exemption that permits age bands and age limits to continue; (2) a narrower exemption that applies where age has been used as part of a risk assessment - the information used must be relevant and come from a source on which it is reasonable to rely.⁷⁰ This requires the firm or service provider to show they considered the potentially discriminatory effects of the decision or action they took and that it was necessary to act in that way.⁷¹ Examples of reasons service providers and firms often use to try to justify discrimination are: ensuring the health and safety of customers; protecting the welfare of individuals; enabling people of particular age groups to enjoy activities together making sure that particular services are targeted at people who need them most.

⁶⁵ Kern Alexander, 'Principles v. Rules in Financial Regulation: Re-assessing the Balance in the Credit Crisis Symposium at Cambridge University, 10–11 April 2008' (2009) 10 *European Business Organization Law Review*, 172.

⁶⁶ Section 5 of the Consumer Credit (Agreements) Regulations 2010.

⁶⁷ The provision makes clear that a term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer.

⁶⁸ Ageism describes discriminatory behaviours against people because of their age, the stereotypes and prejudices held about people on the grounds of their age, as well as negative attitudes regarding the ageing process.

⁶⁹ See <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2012/2466/contents/made>.

⁷⁰ For example, the Financial Ombudsman Service found against HSBC in connection with its use of a risk assessment in a mortgage application by joint borrowers, one of whom would be over the age of 65 at the end of the term. See <https://www.financial-ombudsman.org.uk/news-events/financial-ombudsman-service-secures-22-million-redress-consumers>.

⁷¹ The law does not yet require service providers not to discriminate against people because of their age or the age group they belong to, although service providers may wish to avoid harmful age discrimination as a matter of good practice. See <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/equality-law-banks-and-other-financial-services-providers>.

5. *The Treating Customers Fairly programme and the FCA consumer duty*

Firms must treat their vulnerable customers fairly and be able to demonstrate to the FCA that doing so is embedded in their culture, processes and practices.⁷² The FCA conduct of business framework aims to ensure consumer protection in the retail financial sector by providing a set of principles that represent the main obligations of firms: the Principles for Business (PRIN 2.1.1 – ‘The Principles’) enumerate relevant statements that are embodied in the UK prudential sourcebook.⁷³ Section 139A of the FSMA 2000 sets out the FCA’s view of what firms should do to comply with their obligations under the Principles and ensure they treat vulnerable customers fairly.⁷⁴ Similarly, an outcomes-based regulatory strategy also seeks to remove the prescription of strictly defined rules, replacing them with overarching objectives – or ‘outcomes’ – that it aims to be achieved.⁷⁵ However, this strategy involves the regulated entity in an enhanced degree of self-enforcement of regulatory principles.⁷⁶ Firms must ensure that they are treating vulnerable customers fairly to comply with their obligations under the FCA’s Principle 6 (Customers’ interests). In addition to this general obligation, protecting vulnerable customers is a key focus for the FCA, particularly with increasing numbers of vulnerable customers due to the impact of the COVID-19 pandemic and the cost of living crisis.

The approach is characterised by emphasis on internal controls, best practice in compliance and broad thematic regulatory engagement such as the “treating customers fairly” programme.⁷⁷ As noted by Ferran, “the ‘Treating Customers Fairly’ project, which embodied a key element of the FSA’s retail strategy from 2004 onwards” revealed an inherent vulnerability: “A strategy that relies heavily on non-binding guidance is always up against the formidable obstacle that firms naturally focus on commercial interests rather than customer needs and the two do not necessarily coincide”.⁷⁸ Indeed, practices such as “treating customers fairly” or “[a] firm must pay due regard to the interests of its customers and treat them fairly, placing responsibility on

⁷² FCA, ‘Guidance for firms on the fair treatment of vulnerable customers’ (February 2021), FG21/1, <https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg21-1.pdf>.

⁷³ See FCA’s website at <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/PRIN/2/1.html>.

⁷⁴ According to the FCA, firms should use their judgement to decide precisely what the guidance means for them, which will depend on the specific context of the firm, including its size, the markets it operates in, the products it offers and the characteristics of its target market and its customers.

⁷⁵ The concept of outcomes-based regulation is also interpreted as ‘performance-based’ regulation to indicate the attainment of outcome objectives and the flexibility to achieve them. On this point see Cary Coglianese, ‘The Limits of Performance-Based Regulation’ (2017) 50 *University of Michigan Journal of Law Reform* 525, 531-532.

⁷⁶ Julia Black, ‘Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World’ (2001) 54(1) *Current Legal Problems* 103, 112-113.

⁷⁷ FSA, ‘Treating Customers Fairly: Towards Fair Outcomes for Consumers’ (July 2006), <https://www.fca.org.uk/publication/archive/fsa-tcf-towards.pdf>.

⁷⁸ Eilís Ferran, ‘Regulatory lessons from the payment protection insurance mis-selling scandal in the UK’ (2012) 13(2) *European Business Organization Law Review* 247, 258.

firms' senior management to deliver fair outcomes for consumers and offering firms the flexibility to deliver these outcomes in the way which best suits their business"⁷⁹ do not make sense in the absence of a proper level of enforcement managed by compliance bodies.

The FCA has introduced a new consumer duty which consists of a consumer principle underpinned by cross-cutting rules and guidance.⁸⁰ The consumer duty responds to the FCA objective to incentivise firms doing more to protect customers from harm in retail financial markets. Its aim is to set higher expectations for the standard of care that firms provide to customers and goes beyond its current set of principles and rules. The consumer duty makes explicit reference to the need for firms to provide an additional level of care to ensure they meet the needs of vulnerable customers. The consumer duty applies to a firm's retail market business and covers the regulated activities of a firm in a distribution chain which involves a retail customer. The FCA expects retail customers with characteristics of vulnerability to benefit from the overall improvements in outcomes delivered as a result of the consumer duty. In this context, the FCA defines vulnerable consumer 'someone who, due to their personal circumstances, is especially susceptible to detriment, particularly when a firm is not acting with appropriate levels of care.'⁸¹ It is reported that identifiable vulnerable 'groups' are consumers aged 65 or over, who may experience difficulties to remain connected with financial services.⁸²

A Consumer and Market Intelligence function was created within the FCA in 2013 in order to provide additional support to vulnerable customers through research, tracking surveys and a wide range of consumer organisations. The FCA's consumer duty regime states that 'while firms should empower customers to make choices for themselves, customers remain ultimately responsible for their decisions and actions. Firms must nevertheless understand and take account of behavioural biases and the impact characteristics of vulnerability can have on consumer needs and decisions.'⁸³ However, it is not clear if the consumer duty will help to provide unjustified age distinctions in lending.

⁷⁹ The "Treating Customers Fairly Initiative" represents the clearest example of the FSA's principles-based regime. It consists of a set of best practices by which firms are to ensure market confidence and consumer protection (Principle 6 of the FSA Principles for Business).

⁸⁰ See <https://www.fca.org.uk/publications/policy-statements/ps22-9-new-consumer-duty>.

⁸¹ FCA, 'Consumer Vulnerability' (February 2015), Occasional Paper No.8, p. 20, <https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occasional-paper-8.pdf>.

⁸² Ibid., 34.

⁸³ FCA, 'A new Consumer Duty. Feedback to CP21/36 and final rules' (July 2022), Policy Statement PS22/9, p. 40, <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps22-9.pdf>. See also FCA, 'Final non-Handbook Guidance for firms on the Consumer Duty' (July 2022), FG22/5, p. 35, <https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg22-5.pdf>, where it is stated that 'where a firm is planning to alter or withdraw a product or service, they should consider whether it could lead to foreseeable harm for their customers or a specific group of customers (such as customers with characteristics of vulnerability) and take steps to mitigate the impact of the potential harm'.

6. *The FCA's consumer credit policy*

The FCA set the legal structure for consumer credit policy in the CONC which regulates both the conduct requirements for consumer credit firms, and the prudential requirements for debt management firms. Sections 3-6 of the FSMA 2000 define significant regulatory objectives, such as market confidence, public awareness, consumer protection and reduction of financial crime, together with adequate consumer regulation.⁸⁴ Market confidence can be considered the key objective, in terms of investor protection, on account of its fundamental role of achieving soundness of the financial markets. Consequently, by avoiding the legal risks, the market reduces the risk of failures (and hence of reputational risk). When considering the FCA objectives there is a sense that the emphasis of consumer protection is in reality to help protect the market as opposed to protecting the market to ensure consumer protection.

The important aspect is that of correcting imbalances of information between producers and consumers of financial services. A controversial question is whether the UK legislation affords an adequate level of consumer protection; it can be observed that, whilst on the one hand section 5(1) of FSMA 2000 ensures “an appropriate degree of protection for consumers”, on the other, section 5(2) provides that “in considering what degree of protection may be appropriate, the Authority must have regard to (d) the general principle that consumers should take responsibility for their decisions” so an evident lack of certainty and clarity underscores the limits of the UK consumer protection system.⁸⁵ Legitimate and accountable regulation prevents the potential risk of confidence failure and promotes a clear understanding of consumer protection law. In this context, the OFT was appointed to improve the consumer protection legislation through informative leaflets or booklets, guidance and publications of best practices.⁸⁶ The OFT published ‘The Irresponsible Lending Guidance’ in 2011 to provide clarity for businesses and consumer representatives as to the business practices which may be considered to be deceitful or oppressive or otherwise unfair or improper.⁸⁷ The OFT also published the ‘Debt Collection Guidance’ to provide clarity for licensed businesses engaging

⁸⁴ Jane Bewsey, Jonathan Fisher and Malcolm Waters, *The Law of Investor Protection* (Sweet & Maxwell 2003) 18.

⁸⁵ Joanna Benjamin, *Financial Law* (Oxford: Oxford University Press 2007) 590.

⁸⁶ Brian W. Harvey and Deborah L. Parry, *The Law of Consumer Protection and Fair Trading* (London 2000) 50-51.

⁸⁷ OFT, ‘Irresponsible lending – guidance for creditors’ (February 2011), https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402161821mp_/http://oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/general/oft1107.pdf. The Guidance covers the entire lending process from the initial lending decision up to the handling of arrears and defaults.

in the recovery of consumer credit debts.⁸⁸ These documents reflect the self-regulation approach adopted by the OFT to address the consumer protection issues while, at the same time, promoting a principles-based regime as a regulatory policy.⁸⁹

Along with the soft-law principles, the English Courts have made appreciable advances in terms of consumer protection by confirming the tendency to consider consumers as an active part of financial markets⁹⁰; specifically in the banking sector, the promotion of banking codes of best practices (The Banking Code and Business Banking Code) has demonstrated an important change in policy towards consumers. However, controversial decisions have shown how some legal doctrines protected business against consumer claims: the cases *United Dominions Trust Ltd v Western*,⁹¹ *Daniels v R White & Sons Ltd*⁹² and *Galbraith v Mitchenall Estates Ltd*⁹³ illustrated reluctance to accept consumer protection policies.

7. The mortgage credit regulation

Under the FSMA 2000, the FCA has the authority to enact, supervise and enforce a range of provisions to ensure that firms act responsibly in their mortgage activities. The government sets out the FCA's objectives in legislation as well as specifying what financial services activities bring a firm within their jurisdiction. The EU Mortgage Credit Directive (MCD) defined the EU's framework of conduct rules for mortgage firms.⁹⁴ The Mortgage Credit Directive Order 2015 (MCDO)⁹⁵ constitutes domestic secondary legislation which transposed the MCD into UK law. When implemented in 2016, the MCDO made several changes to existing UK legislation to ensure compliance with the requirements of the MCD, and provided the FCA with the necessary powers to supervise and enforce this framework.⁹⁶ The MCD applies to first and

⁸⁸ OFT, 'Debt collection - OFT guidance for businesses engaged in the recovery of consumer credit debts' (November 2012),

https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402161315mp_/http://oft.gov.uk/shared_oft/consultations/OFT664Rev_Debt_collection_g1.pdf. The Guidance promotes clear, appropriate and effective policies and procedures for identifying and dealing with particularly vulnerable debtors (p. 14).

⁸⁹ OFT, 'The role of self-regulation in the OFT's consumer protection work' (September 2009), Policy statement, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402153846mp_/http://oft.gov.uk/shared_oft/reports/consumer-policy/oft1115.pdf.

⁹⁰ See *Office of Fair Trading v Abbey National and others* [2009] EWCA Civ 116; the High Court stressed the question of unfair commercial practices while affirming the centrality of reasonable consumer expectations.

⁹¹ [1976] 2 W.L.R. 64.

⁹² [1938] 4 All E.R. 258.

⁹³ [1964] 2 All E.R. 653.

⁹⁴ Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010.

⁹⁵ See <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2015/978011127742>.

⁹⁶ HM Treasury, 'Implementation of the EU Mortgage Credit Directive' (January 2015), <https://www.gov.uk/government/consultations/implementation-of-the-eu-mortgage-credit-directive>.

second charge mortgages. After Brexit referendum, the UK legislation enacted the Mortgage Credit (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019.⁹⁷

The MCDO achieved three main policy objectives. Firstly, the MCDO expanded the territorial scope of the regulatory regime for mortgage lending to consumers so that it includes lending secured by a mortgage on residential property in other European Economic Area states as well as in the UK. Secondly, prior to the MCDO coming into force, the scope of the FCA's mortgage regulation was limited to first charge mortgage lending, with second charge lending falling under the FCA's consumer credit regime. Second charge mortgages allow the borrower to use any equity they may have in their home as security against another loan. The MCDO moved second charge mortgage lending into the same regulatory regime as first charge mortgage lending. Thirdly, the MCD allows EU member states to exempt buy-to-let lending from the conduct rules of the Directive, however it requires that member states exercising this derogation put in place an appropriate regulatory framework at a national level regulating consumer buy-to-let lending. The MCDO sets out these rules and gives the FCA powers to register, supervise and enforce them.

8. *Technology and consumers vulnerability*

Financial services firms are increasingly automating credit risk assessment, fraud detection, and other financial services processes. There is a shift from more mechanical rules to algorithms that utilise a wide range of data sources ("big data") and software that can update itself and learn from its own performance; this is one definition of artificial intelligence, software that learns from data rather than having all rules pre-programmed.⁹⁸ A study conducted by charity Age UK showed that nearly a third of over-65s in Britain feel worse off using online banking, leaving them at risk of financial exclusion as banks continue to close high street branches.⁹⁹ According to the data from LINK, the UK's Cash Access and ATM network, there are fewer than 6,000 branches across the UK, less than half the number two decades ago, with 662 branches closing in 2022 and another 238 branches are set to close in 2023.¹⁰⁰ Digitalisation of financial services forced banks to close their high street branch networks: this means that older

⁹⁷ See <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2019/978011177532/part/1>.

⁹⁸ Yavar Bathaee, 'The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation' (2018) 31 *Harvard Journal of Law & Technology* 890, 898-899.

⁹⁹ Age UK, 'The impact of the rise of online banking on older people' (May 2023), p. 4-5, <https://www.ageuk.org.uk/globalassets/age-uk/documents/reports-and-publications/reports-and-briefings/money-matters/the-impact-of-the-rise-of-online-banking-on-older-people-may-2023.pdf>.

¹⁰⁰ LINK, 'Bank Branch Closures' (May 2023), <https://www.link.co.uk/initiatives/bank-branch-closures/>.

customers are at risk of being financially excluded from cash access. Further data from the UK Government noted that between 2012 and 2022, the total number of bank and building society branches fell by 40% which impairs ways of accessing cash and financial services.¹⁰¹

Automated tools are increasingly used in credit scoring and in loan and insurance origination, substantially lowering costs and offering potential improvements in risk measurement and management.¹⁰² Algorithmic credit scoring may inflate biases towards specific personal characteristics such as race, gender, marital status or sexual orientation, which impair loan and creditworthiness in decision-making processes.¹⁰³ In contrast, it has been argued that ‘the shift towards algorithmic credit scoring could enhance distributional fairness in consumer credit markets by reducing direct discrimination due to face-to-face prejudice, thereby improving access to credit for minority groups, whilst at the same time undermining distributional fairness due to more accurate price differentiation and discrimination’.¹⁰⁴

Digital technologies can exacerbate dependency to artificial machines which turn to an increase vulnerability of protected consumers. Banks and credit reference agencies use methods which are machine learning approaches such as linear regression, logistic regression and decision trees, to cluster groups of people and calculate credit scores.¹⁰⁵ Further, technology has changed how discrimination manifests itself in financial services and has inflated the discriminatory practices in biased algorithms.¹⁰⁶ However, the transparency and the fairness of the algorithmic procedures are the crux of the matter. A notable episode of undesired outcome of automated decision-making process is found in the UK Post Office scandal, a case of faulty accounting software which caused reporting shortfalls and resulted in a major fraud with respect to postmasters being wrongly convicted for computer errors.¹⁰⁷ Post Office’s sophisticated IT system, the Horizon software, was at the epicentre of false statements about incorrect missing

¹⁰¹ Lorna Booth, ‘Statistics on access to cash, bank branches and ATMs’ (29 November 2022), House of Commons Library, commonslibrary.parliament.uk.

¹⁰² Katja Langenbucher, ‘Consumer credit in the age of AI: Beyond anti-discrimination law’ (2022) SAFE Working Paper No. 369, <https://doi.org/10.2139/ssrn.4298261>.

¹⁰³ For example, before granting a mortgage, a bank may consider the credit score of the borrower, with additional meaningful intervention carried out by humans before any decision is applied to an individual.

¹⁰⁴ Nikita Aggarwal, ‘The Norms of Algorithmic Credit Scoring’ (2021) 80(1) *Cambridge Law Journal* 42, 58. See also Teresa Bono, Karen Croxson and Adam Giles, ‘Algorithmic fairness in credit scoring’ (2021) 37(3) *Oxford Review of Economic Policy* 585.

¹⁰⁵ Holli Sargeant, ‘Algorithmic decision-making in financial services: economic and normative outcomes in consumer credit’ (2022) *AI and Ethics*, <https://doi.org/10.1007/s43681-022-00236-7>.

¹⁰⁶ Adair Morse and Karen Pence, ‘Technological innovation and discrimination in household finance’ (February 2020) NBER Working Paper 26739, <http://www.nber.org/papers/w26739>.

¹⁰⁷ Nick Wallis, *The Great Post Office Scandal* (Bath Publishing 2021). See also Ian Lloyd, ‘Lessons on Robustness and Reliability of Software Solutions from the Horizon System for UK Post Offices’ (2022) 23(1) *Computer Law Review International*, 6-7.

money from branch accounts.¹⁰⁸ Defective data used to feed cloud-based machine produced inaccurate information about the financial profile of employees, which questioned the poor management decisions and failures of investigation, and disclosure over the reliability of technology products and big tech company supplier.¹⁰⁹ This also evidenced a lack of monitoring on the dataset and predictive models which employed flawed variables elaborated in the software.¹¹⁰ Trustworthy in mechanical instruments may hide practices that are designed (intentionally or in self-interested unfamiliarity) to perpetuate biased procedures: as a result, the experience of British Post Office revealed inherent dependency to the vulnerability of automated programs.¹¹¹

¹⁰⁸ Camilla Cavendish, 'Britain's Post Office scandal claimed hundreds of victims, but what of its villains?' *Financial Times* (London, 18 February 2022), <https://www.ft.com/content/315f7a16-1549-4558-8520-27621bd9132a>.

¹⁰⁹ Jeremy Weinstein, Rob Reich and Mehran Sahami, *System Error: Where Big Tech Went Wrong and How We Can Reboot* (London: Hachette 2021) ch.3.

¹¹⁰ Rory Cellan-Jones, 'The Great Post Office Scandal — a shameful story of justice denied' *Financial Times* (London, 9 December 2021), <https://www.ft.com/content/77a3b8cd-26f1-4328-b226-84200fc14808>.

¹¹¹ Alexander Hicks, 'Transparency, Compliance, And Contestability When Code Is(n't) Law' in NSPW '22: New Security Paradigms Workshop, 24–27 October 2022, New Hampshire, USA, <https://arxiv.org/pdf/2205.03925v2.pdf>. See also Archie Drake et al., 'Legal contestation of artificial intelligence-related decision-making in the United Kingdom: reflections for policy' (2022) 36(2) *International Review of Law, Computers & Technology* 251, 271-272.

Anhang IV: Age Discrimination in Lending Activities in France

Age discrimination in lending activities in France

By Dr. Frédéric Allemand

Researcher, Faculty of Law, Economics and Finance - University of Luxembourg

Associate researcher, Sociétés & Humanités research laboratory - Université polytechnique Hauts-de-France

INTRODUCTION	3
SECTION 1. MAKING LENDING RESPONSIBLE FOR THE SAKE OF CONSUMERS AND CREDIT INSTITUTIONS	5
1. In consumer law: the objective of consumer protection	5
1.1. Consumer credit	7
1.1.1. Definition of consumer credit	7
1.1.2. Duty to advise, inform and assess creditworthiness	9
1.2. Real estate credit	11
1.2.1. Definition of real estate credit	11
1.2.2. Duty to advise, inform and assess creditworthiness and property	12
2. In monetary and financial law: the objective of protecting the credit institution	13
SECTION 2. THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION	14
1. Progressive recognition in contractual matters	14
2. The prohibition of discrimination in civil and criminal matters	15
2.1. In civil matters	15
2.2. In criminal matters	17
SECTION 3. THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN LENDING ACTIVITIES	18
1. General considerations	18
2. Specific considerations	19
2.1. Category-based offers	19
2.2. Credit scoring	20
2.2.1. The applicable legal framework	21
2.2.2. Assessing the non-discriminatory nature of scoring systems	23
2.3. Internal rating in application of the prudential regulation	24
2.4. The subordination of the formation of credit agreements to the obtaining of loan insurance	26
SECTION 3. THE SANCTIONING OF DISCRIMINATION	29
1. Civil penalty	29
	1

2. Criminal sanction	30
3. The difficulty of proving discrimination	30
3.1. Administration of evidence in civil matters	31
3.2. Administration of evidence in criminal matters	34
SECTION 4. THE RECOURSE TO ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS	34
1. Banking mediation	35
2. Mediation in non-discrimination matters (HALDE, Defender of Rights)	39
3. Other organisations interested in age-related banking issues	41
3.1. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)	41
3.2. Inclusion Observatory	41
3.3. Household Credit Observatory	42
3.4. National Consumer Institute	42
3.5. National consumer associations registered with the National Consumer Institute	43
3.6. Anti-racism association: SOS Racism	43
BIBLIOGRAPHY	45

Introduction

The issue of age discrimination in lending activities, ie. credit transactions¹ is not widely discussed in France. Statistical data concerning the reality and importance of this phenomenon are rare. The court decisions dealing with this type of discrimination in the banking sector relate exclusively to employment relations.² As a result, public policies do not address this issue or do so very little, consumer associations rarely pay attention to it and legal doctrine has not shown much interest in it.³

Questioning the existence of age discrimination in credit transactions is all the more delicate as banking activities are based on the principles of due diligence, responsibility and transparency, in order to ensure their solvency and the stability of the banking and financial system. Compliance with the principle of due diligence requires, among other things, a thorough assessment and management of risks, in particular credit risks.⁴ This means that, by nature, credit institutions and financial intermediaries classify customers into categories according to the credit risks they represent.⁵ Requiring credit institutions to be responsible also responds to a concern for consumer protection, which is to protect consumers from over-indebtedness. As the government emphasised in 2010 when it reformed consumer credit, “taking out credit is not a trivial act, either for the household that takes out the credit or for the professional who distributes it. Successful credit entry is a responsibility shared between a household and a professional to ensure that the financial commitment made by the household is appropriate to its situation”.⁶

Lending is not one of the essential banking services that that credit institutions are obliged to provide to a natural or legal person who requests it. There is no such thing as a “right to credit”

¹ A credit transaction is when a borrower receives money from a lender (ie. a credit institution) in exchange for future repayment.

² For example: Poitiers Court of Appeal, Soc. case, *Ms Xxx / Caisse régionale du Crédit agricole de Charentes-Maritime*, 17 February 2009, No. 08/00461. However, there have been decisions on discrimination on the basis of nationality in cases involving banking practices.

³ Among the few legal studies, see. DREANO M., *La non-discrimination en droit des contrats*, PhD thesis in private law, University of Poitiers, defended on 5 November 2016, where the author devotes a few pages to non-discrimination in access to credit; VAUPLANE (de) H., ‘Les banques et la discrimination’, *Revue de droit bancaire et financier*, 2013, n° 1, p. 1-7; for a sociological approach: DEVILLE C., *Pratiques commerciales et populations vieillissantes - Rapport final* (study published as part of the work of the Pôle commun de l’Autorité des marchés financiers (AMF) and the Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Paris: SciencesPo, Université Paris Dauphine, February 2023; L’HORTY Y., BUNEL M., MBAYE S. et alii, ‘Discriminations dans l’accès à la banque et à l’assurance: Les enseignements de trois testings’, *Revue d’économie politique*, 2019/1, vol. 129, p. 49-78. This study was produced as part of the ‘Diamant’ project, which takes stock of discrimination in access to goods and services; on the issue of statistical measurement of discrimination: Report of the Committee for the Measurement of Diversity and the Evaluation of Discrimination (COMEDD), chaired by Mr François Héran, *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l’outil statistique*. Paris: La Documentation française, February 2010.

⁴ Recital (42) and Article 1 of Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012, *OJL* 176/1, 27.6.2013.

⁵ In accordance with prudential regulations, the capital of credit institutions is calculated according to the total amount of risk exposure.

⁶ Explanatory memorandum on the bill to reform consumer credit, presented on behalf of Mr François Fillon, by Ms Christine Lagarde, Minister for the Economy, Industry and Employment, 22 April 2009. URL: <https://www.senat.fr/leg/pjl08-364.html>.

as there is a “right to a bank account”.⁷ In a landmark ruling, the French Court of Cassation (ie. the highest court in the French judiciary) reaffirmed the discretionary power of the bank to carry out a credit operation: “the banker is always free, without having to justify his decision, which is discretionary, to offer or grant credit in any form, to refrain from doing so or to refuse to do so.”⁸ The credit institution is free to sign a loan agreement or not and it can choose its co-contractor. In the same way, the borrower is free to choose between several credit offers presented by several credit institutions, to renounce an offer or to withdraw after accepting the offer.⁹ This freedom of choice for the lender and the borrower reflects the principle of contractual freedom.¹⁰ In case a credit institution refuses to grant a credit offer, it has no legal obligation to explain the reason to the potential borrower.

The credit institution’s freedom to refuse credit is not without any legal limitation: it must be exercised “in accordance with objective and universal assessment criteria: poor credit score, doubtful justification of resources, inclusion on a list of terrorists, embargo, etc.”¹¹ In other words, this freedom does not allow for derogation from the rules of public order:¹² it must respect the public order provisions laid down by the Criminal Code, which prohibits notably age discrimination and does not provide for any exception to this prohibition in the area of credit.¹³

However, in practice, it is difficult for a borrower whose application for credit is rejected to prove the existence of discrimination, because of the freedom of contract and the absence of any obligation on the part of the credit institution to give reasons for its refusal. Moreover, the decision for an individual to take action against a credit institution following a refusal of credit is of marginal interest: it will be quicker to go to another bank to obtain credit, rather than to take legal action. From a legal perspective, credit transactions are subject to a dual framework provided by banking law¹⁴ and consumer law:¹⁵ Both aim above all to ensure that credit transactions are carried out responsibly, even though their purposes are distinct: protection of the of the financial system in the first case, and protection of the consumer in the second. The study will focus on the latter aspect (section 1). Insofar as they undermine public order,¹⁶ discrimination is prohibited (section 2). Taking age into account when assessing the creditworthiness of borrowers makes it difficult to identify discrimination in the banking sector

⁷ Art. L.312-1 of the Monetary and Financial Code; supplemented by Decree No. 2022-347 of 11 March 2022 on the right to an account procedure, JORF No. 61 of 13 March 2022.

⁸ “Le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision, qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu’en soit la forme, de s’abstenir ou de refuser de le faire”. See: Cass. plenary session, 9 October 2006, No. 542, CDR Créances et al. v. Sté SELAFA; for a recent application: Paris Court of Appeal, Pôle 5, 5th Chamber, 21 November 2019, No. 17/11937; Rouen Court of Appeal, Commercial Chamber, 1 April 2021, No. 19/02067; Rennes Court of Appeal, 4th Chamber, 15 September 2022, No. 21/00699; Paris Court of Appeal, Pôle 5, 6th Chamber, 7 December 2022, No. 21/05295.

⁹ For consumer loans: Art. L.312-19 of the Consumer Code; for real estate loans: Art. L.313-34 to L.313-36 of the Consumer Code. However, the exercise of the right of withdrawal cannot be abusive or wrongful, otherwise the injured party may be entitled to damages. See Rennes Court of Appeal. Court of Appeal of Rennes, 2^{ème} Chamber, 23 January 1987, No. 43525).

¹⁰ Article 1101 of the Civil Code.

¹¹ VAUPLANE (de) H., ‘Les banques...’, above.

¹² Art. 1102 Civil Code.

¹³ See, e.g. High Authority against Discrimination and for Equality (HALDE), Deliberation No. 2010-207, 27 September 2010.

¹⁴ See Chapter III: Loans (Article L.313-1 and L.313-51) of Book III: Services, of the Monetary and Financial Code.

¹⁵ See Book III: Credit transactions (Articles L.311-1 to L.315-23) of the Consumer Code.

¹⁶ See DREANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.*

(Section 3). This circumstance reduces the effectiveness of the sanctions against discrimination, although in civil matters the administration of proof is reorganised to the advantage of the victim (Section 4). The concern for effective consumer protection has therefore led to the development of alternative dispute resolution mechanisms (Section 5). Some publicity on the issue of age discrimination in banking services is provided by public or semi-public bodies, as well as by associations representing consumers or the elderly (Section 6).

Section 1. Making lending responsible for the sake of consumers and credit institutions

1. In consumer law: the objective of consumer protection

The first laws governing credit transactions were adopted in the immediate post-World War II period: Ordinance No. 45-1483 of 30 June 1945 concerning prices¹⁷ was supplemented by Decrees No. 55-630 of 20 May 1955 on the payment of the price of real estate acquisitions¹⁸ and No. 56-775 of 4 August 1956. These two decrees provided for the principle of cash payment and the limitation of payment due dates. The law n°66-1010 of 28 December 1966 on usury aimed to protect borrowers against the risk of over-indebtedness: it introduced the concept of percentage rate of charge in French law, for the purpose of fighting usury. The concept allowed the borrower to know the real cost of his loan.¹⁹

Acts No. 78-22 of 10 January 1978²⁰ and No. 79-596 of 13 July 1979²¹ (“Scrivener Acts”) have included credit transactions in consumer law. The 1978 act dealt with consumer credit and real estate work. The 1979 act concerned credit relating to residential immovable property (or real estate loan). This distinction between credits according to their purpose is still applicable today. These two acts aimed to combat the spiral of over-indebtedness, through information obligations on the part of lenders towards borrowers, a right of withdrawal for the benefit of borrowers, or the cancellation of unfair clauses. The protection afforded by the Scrivener acts meant that the first European directive on credit (Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986²²) requires little modification of national law. In order to strengthen the preventive and curative measures against the risk of over-indebtedness, Act No. 89-1010 of 31 December 1989 (“Neiertz Act”) strengthened the framework for revolving credit, established the personal credit repayment incidents file (FICP) and set up an alternative dispute resolution for situations of over-indebtedness.²³

The significant intervention of the European legislator in the area of credit has resulted in substantial changes to French consumer law. Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002²⁴ and Directive 2008/48/EC of the European

¹⁷ *JORF* of 8 July 1955, p. 4150.

¹⁸ *JORF* of 7 August 1956, p. 5156.

¹⁹ *JORF* 299 of 29 December 1966, p. 11623.

²⁰ *JORF* 9 of 11 January 1978, p. 299.

²¹ *JORF* 162 of 14 July 1979, p. 1836.

²² Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, *OJEC* L 42 of 12 February 1986, p. 48.

²³ Loi relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, *JORF* 1 du 2 janvier. 1990, p. 1.

²⁴ Directive 2002/65/EC concerning the distance marketing of consumer financial services, *OJEC* L 271 of 9 October 2002, p. 16.

Parliament and of the Council of 23 April 2008²⁵ were transposed by Act 2010-737 of 1 July 2010 (“Lagarde Act”).²⁶ On this occasion, the “Lagarde Law” has modified the law on over-indebtedness, as well as the organisation of consumer institutions as well. The information obligations towards the consumer were also reinforced, with a view to promote a more responsible use of credit. Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014,²⁷ was transposed by Ordinance No 2016-351 of 25 March 2016,²⁸ supplemented by Decree 2016-607 of 13 May 2016.²⁹ Additionally, Ordinance No 2016-301 of 14 March 2016 updated and renumbered the legislative part of the Consumer Code.³⁰ The main changes to French law concerned the mandatory provision of pre-contractual information to the borrower by means of a European Standardised Information Sheet (ESIS), the assessment of creditworthiness, adequate explanations, as well as advisory services. Specific amendments were made later to regulate certain practices, such as the obligation to have one’s salary paid into a bank account opened with the credit institution that granted the credit, the possibility of cancelling the credit insurance, and the digital transition of contractual relations.

The provisions governing credit operations are currently grouped into five chapters within Title I of Book III of the Consumer Code (Articles L.311-1 to L.315-23). Chapter I (Article L.311-1) defines the main concepts specific to the subject, while Chapter II (Articles L.312-1 to L.312-95) and Chapter III (Articles L.313-1 to L.313-64) deal successively with consumer credit and real estate loan. Curiously, the provisions common to both categories of credit are presented in Chapter IV (Art. L.314-1 to L.314-32).³¹ Finally, Chapter V (Articles L.315-1 to L.315-23) deals with two specific categories of credit: mortgage credit for home reversion (“prêt viager hypothécaire”) and mortgage credit for low-income households wishing to finance energy renovation work in their homes (“prêt avance hypothécaire”).

Pursuant to Article L.314-26 of the Consumer Code, the provisions relating to real estate loan are of public order. The judge may find that they have been disregarded *ex officio*.³² Moreover, although neither the lender nor the borrower can waive these provisions, they can nevertheless waive their legal effects provided they express this unequivocally.³³

²⁵ Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers, *OJEC* L 133, 22 May 2008, p. 66.

²⁶ *JORF* 151 of 2 July 2010, p. 12001.

²⁷ Directive 2014/17/EU on credit agreements for consumers relating to immovable property for residential use, *OJEU* L 60, 28 February 2014, p. 34.

²⁸ *JORF* 73 of 26 March 2016, p. 66. Ordinance No. 2016-351 was ratified by Law No. 2017-203 of 21 February 2017, with some ad hoc amendments.

²⁹ *JORF* 113 of 15 May 2016.

³⁰ *JORF* 64 of 16 March 2016.

³¹ In addition to common provisions, Chapter IV also includes provisions on specific financial instruments: bills of exchange, promissory notes and personal guarantees.

³² Art. R.632-1 of the Consumer Code; also: Cass. Civ. 1ère, 22 January 2009, No. 05-20.176.

³³ Cass. civ. 1ère, 17 March 1993, *RJDA*, November 1993, n° 930; Cass. civ. 1ère, 26 January 1999, *RJDA*, April 1999, n° 461.

1.1. Consumer credit

1.1.1. Definition of consumer credit

Chapter II applies to all credits referred to in Article L.311-1, 6°, whether concluded for consideration or free of charge, between a borrower and a creditor.³⁴ The creditor is defined as “any person who grants or promises to grant credit as referred to in this title in the course of his commercial or professional activities.”³⁵ The creditor is a professional. Pursuant to Article L.511-5 of the Monetary and Financial Code (thereafter MFC), the lender can only be a credit institution or an investment company approved by the competent prudential control authority. The borrower is defined as “any natural person who has a relation with a lender or a credit intermediary in the context of a credit operation carried out or envisaged for a purpose unrelated to his or her commercial or professional activity.”³⁶

Two categories of credits fall under the rules applicable to consumer credit: those that meet the definition of credit set out in the Consumer Code and those considered equivalent to consumer credits. A credit is defined in Article L.311-1, 6° as

“an agreement under which a lender grants or promises to grant the borrower credit (...) in the form of a deferred payment, a loan, including an overdraft facility, or any other similar payment facility, except for agreements entered into for the provision of a continuous or successive supply of services or goods of the same kind and under which the borrower pays for them in instalments over the duration of the supply”.

Lease-purchase and lease with option to purchase are considered equivalent to consumer credits.³⁷

The definition in Article L.311-1, 6° is particularly broad. It covers the release of funds, the granting of payment deadlines and overdraft facilities. Thus, the rules of consumer credit apply to the following credits:

- Amortizing loans
- Revolving credits
- Personal loans, which consists of a provision of funds not allocated to a specific operation
- Assigned credits which is granted for the sole purpose of financing the purchase of specific goods or services
- Payment facilities, including hire-purchases and sales of goods on instalment credit terms
- Payment terms in any form, including an amicable agreement to reschedule an existing debt that modifies the original contractual terms
- Bank account overdrafts, which consist of the lender expressly authorising the borrower to dispose of funds in excess of the borrower's deposit account balance.

³⁴ The status of the creditor is irrelevant for the definition of the scope of Chapter II. Consequently, the regulation of credit transactions is not limited to transactions concluded with a credit institution or a credit professional. This also includes credit transactions carried out by the customer services departments of commercial brands or car dealerships, for example. However, credit transactions between private individuals or professionals are excluded.

³⁵ Art. L. L. 311-1, 1°, of the Consumer Code.

³⁶ Art. L. L. 311-1, 2°, of the Consumer Code.

³⁷ Art. L.312-2 of the Consumer Code.

- *tacitly accepted overruns*, which consist of authorising the borrower to dispose of funds in excess of the balance of his deposit account or the agreed overdraft authorisation

In addition to the positive definition of consumer credits, Article L.312-4 of the Consumer Code excludes a series of specific credits from its scope. These include real estate credits and credits secured by a mortgage (or equivalent guarantee) on real estate.

The exclusion of contracts for the provision of a continuous or successive provision of services or goods is ambiguous because of the time lag between the delivery of the goods or the provision of the service and its payment - which makes it similar to a payment facility. In a dispute concerning a sales transaction involving payment in six monthly instalments, the Court of Cassation made clear that “sales or provision of services for which payment is by instalments, deferred or split up are treated as consumer credit”.³⁸ As case law has subsequently clarified, the payment facility is broader than the overdraft facility: it allows for the inclusion of any payment arrangement agreed between lenders and borrowers. Sale contracts that lead to the same result as consumer credit contracts must be considered as granting credit. This is the case if the buyer is granted a delay for the payment of the purchased item or service. The Court of Cassation thus considers that a payment facility may consist of a deferral of the purchase price of a mobile phone on the price of the subscription, in particular if the purchase price of the terminal was set at a symbolic price. The subscription to a premium phone package for a period of twelve to twenty-four months by the customer is analysed as a method of reimbursing the purchase price of the mobile phone, the amount of which was advanced by the telephone operator³⁹.

Two other criteria condition the application of the provisions of consumer credit law: the amount and the duration of the transaction. Article L.312-1 of the Consumer Code states that the rules governing consumer credit are applicable only to transactions where the total amount of credit is between EUR 200 and EUR 75 000. An exception is introduced for credit transactions consisting of a debt consolidation credit agreement (“regroupement de crédits”): the total amount of the credit may exceed the threshold of EUR 75 000.⁴⁰ This threshold may also be exceeded for credits intended to finance expenditure on the repair, improvement or maintenance of a residential immovable property, provided that lending is not based on mortgage (or equivalent guarantee).

Also excluded from the scope of consumer law are free or near-free credit of less than three months and deferred payment cards of up to 40 days without fees. The rules on consumer credit apply partially to overdraft facilities repayable within one to three months, and fully to overdraft facilities repayable within more than three months.

In addition to these conditions relating to the nature, amount and duration of the transaction, the purpose of the loan is also taken into account to identify the applicable legal regime. Since the “Scrivener Acts” of 1978 and 1979, real estate credit, or credit secured by a mortgage (or a equivalent guarantee), is subject to specific provisions distinct from those for consumer credit (see *below*).

It should be noted that a borrower and a lender may decide to subject their credit operations to the rules of consumer credit, even if these operations are excluded from the scope of the chapter

³⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 July 2013, n°12-20.238.

³⁹ Cass. Commercial Court, 7 March 2018, n°16-16.645.

⁴⁰ Art. L.312-4, 3^o, of the Consumer Code.

on consumer credit. On the other hand, it is not possible to opt out of the rules on credits if the credits fall within them, nor is it possible to opt in favor of a credit regime: consumer credits and real estate credits are mutually exclusive. The rules governing each category of credit are absolute bar.⁴¹

1.1.2. Duty to advise, inform and assess creditworthiness

Making lending more responsible in the case of consumer credit translates into a threefold obligation on the part of the creditor to provide advice, pre-contractual information and an assessment of the borrower's creditworthiness for the lender. In this respect, the lender must provide the borrower with adequate explanations enabling him/her to determine whether the proposed credit offer is suited to his/her needs and financial situation, in particular on the basis of the information contained in the standardised pre-contractual information sheet.⁴² The compulsory provision of this sheet ensures also that the borrower has sufficient information to make an informed decision about the credit offer;⁴³ the standardisation of the sheet also facilitates comparison between credit offers, in the event that the borrower has approached several credit institutions or credit intermediaries. The proper exercise of the advisory function and the possible preparation of a credit offer require that the creditor assess the borrower's creditworthiness as a prerequisite. This legal requirement is a formal condition for the conclusion of the credit agreement.⁴⁴ Failure to comply with this requirement exposes the creditor to a total or partial forfeiture of the interest due by the borrower⁴⁵.

The assessment of creditworthiness is based on 1) data provided by the borrower or the credit intermediary at the request of the lender, as well as 2) data retrieved from the *National Register of Household Credit Repayment Incidents* (FICP) managed by the Banque de France.⁴⁶ The terms and conditions for consultation of this register by credit institutions are defined in a ministerial order dated 26 October 2010.⁴⁷ The data recorded in the FICP at the request of credit institutions are⁴⁸:

- birth and customary names, first names in the order of civil status, date of birth, sex, geographical code of the place of birth for persons born in metropolitan France and the French overseas departments and territories, or the place of birth for persons born abroad;

⁴¹ Cass. civ. 1ère, 26 January 1999, n° 97-10.768.

⁴² See Art. R.312-2 of the Consumer Code, concerning the information that must be contained in the form provided by the lender to the borrower.

⁴³ Art. L.312-12 of the Consumer Code.

⁴⁴ Art. L.312-16 of the Consumer Code.

⁴⁵ Art. L.341-1 of the Consumer Code.

⁴⁶ This file was created by Act No. 89-1010 of 31 December 1989 ("Neiertz Act") and amended by Article 48 of Act No. 2010-737 of 1 July 2010 in order to adapt it to the new regulations on over-indebtedness. The provisions relating to the file are codified in Articles L.751-1 to L.752-3 of the Consumer Code. The FICP is a "negative" file, i.e. it only includes credit repayment incidents. The proposal to create a "positive" file contained in the draft law on consumption ("Hamon Act", No. 1015, submitted to the National Assembly on 2 May 2013) was censured by the Constitutional Council. See, e.g. Constitutional Council, Decision No. 690 DC of 13 March 2014.

⁴⁷ Order of 26 October 2010 relating to the national file of repayment incidents for loans to individuals, *JORF* 253 of 30 October 2010 - text n° 22; last amended by the order of 17 February 2020, *JORF* 43 of 20 February 2020.

⁴⁸ See. CNIL, Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers, 10 July 2018. URL: <https://www.cnil.fr/fr/ficp-fichier-national-des-incident-de-remboursement-des-credits-aux-particuliers>.; BANQUE DE FRANCE, The National Register of Household Credit Repayment Incidents, November 2018. URL: https://particuliers.banque-france.fr/sites/default/files/media/2021/12/22/654ta18_818235_depliant_ficp_web-en.pdf.

- the nature and number of payment incidents ;
- the name and number of reporting establishments ;
- information on over-indebtedness situations;
- the dates of declaration and deletion of the registration.

Failure to consult the FICP constitutes a breach by the lender punishable by the total or partial forfeiture of its rights to interest.⁴⁹ Finally, the documents that the lender may request from the borrower may include “dialogue sheets” mentioning the borrower’s monthly and annual income, a copy of his or her identity card, a rent receipt, a telephone bill and an electricity bill⁵⁰.

For credit agreements concluded at sale points (large retailers, car dealers) or online (online banking, finance companies operating remotely via the Internet or telephone), the general obligation to examine the borrower’s creditworthiness is subject to a specific requirement for a dialogue sheet. This sheet must be provided to the borrower by either the lender or the credit intermediary, on paper or any other durable medium. Failing this, the lender will be deprived of all or part of its interest⁵¹. Introduced into French law by the “Lagarde Act” in 2010 (an obligation arising from Directive 2008/48/EC), the dialogue sheet (“information sheet” or “assessment sheet”) includes, in particular, information on the borrower’s resources and expenses, as well as any current loans taken out by the borrower. The form is signed - and its contents authenticated - by the borrower. The record is kept by the lender for the duration of the loan. For credits of more than 3,000 euros, the dialogue sheet is corroborated by supporting documents, the list of which is defined by decree⁵². The list refers to the following categories of documents, without being exhaustive: 1° any proof of the borrower's domicile; and 2° any proof of the borrower's income; and 3° any proof of the borrower's identity. The supporting documents must be up to date at the time the information sheet is drawn up.

In practice, although the dialogue sheet is not required for credits concluded in a credit institution, it is nevertheless widely used⁵³.

Moreover, regardless of where the credit agreement is concluded, the obligation to verify the borrower’s creditworthiness is not limited to taking note of the information provided by the borrower. The creditor is obliged to verify the reality of the information by requesting any document useful for this verification. The credit institution may, in particular, rely on the data contained in its internal file if the borrower is already a client or a former client. The elements relating to identity, recorded in the files of a financial institution, are kept for five years from the closing of the bank account or the termination of the commercial relationship. Information relating to the management of the customer’s bank account is kept for five years from the date of the incidents. Credit institutions are also entitled to keep information on credit refusals for 6 months. This practice is intended to prevent a person from making repeated applications to

⁴⁹ For a recent application: Cass. civ. 1ère, 23 November 2022, n° 21-15.435. The remittance of funds by the credit institution after consultation of the credit reimbursement incidents file outside the legal time limit does not erase the breach.

⁵⁰ Paris Court of Appeal, Pole 4, Chamber 9a, 23 March 2023, No. 21/11994.

⁵¹ Art. L.312-17 of the Consumer Code.

⁵² See Art. D.312-7 and D.312-8 of the Consumer Code.

⁵³ SENATE, Information report of 22 January 2013, drawn up on behalf of the Committee on Economic Affairs, the Committee on Constitutional Law, the Committee on Social Affairs and the Committee on Finance by the working group on the national register of loans to individuals, 2012-2013 session, No. 273, p. 104.

several credit institutions belonging to the same banking group. Finally, an institution, or one of its subsidiaries, has the right to keep a record of an incident in its customer management file.

In practice, the implementation of the credit check remains uneven and often sketchy. As the Senate noted in a 2013 report, “[although] credit institutions have all the means to know precisely the situation of a potential borrower, they mostly fail to implement them.”⁵⁴ Among the explanatory factors, the Senate highlighted the fact that consumer credit, especially revolving credit, is very often for a small amount, and therefore needs to be negotiated and approved quickly and easily to be profitable for the lender. A study by a consumer association, *UFC-Que choisir*, confirmed empirically that, in most cases, the credit applicant was not asked any questions about his or her personal or financial situation and that the questions, which are essential, relating to the professional situation (employment or unemployment, type of employment contract, etc.) were asked in only one third of cases.⁵⁵

1.2. Real estate credit

1.2.1. Definition of real estate credit

The legal regime for real estate credit is defined in Articles L.313-1 to L.313-64 of the Consumer Code. These provisions make up a specific chapter within the title on credit transactions. The current wording of this chapter was extensively revised by Ordinance 2016-351 of 25 March 2016 transposing Directive 2014/17/EU of the European Parliament and the Council of 4 February 2014.

Unlike consumer credit, real estate credit is defined in relation to its purpose. Three assumptions are identified:⁵⁶

- the credit is intended to finance real estate transactions, which includes (i) the acquisition of ownership or use of real estate, as well as expenditure relating to the construction or repair, improvement or maintenance of the property acquired, and (ii) the acquisition of land intended for the construction of the real estate.

With regard to improvement works, the Court of cassation ruled that loans intended to finance the installation of solar panels on the roof of a building used for residential purposes, enabling the owners of a building to improve their property by producing their own electricity - even if all or part of this electricity could be sold to an energy supplier, fell into the category of real estate credit.⁵⁷ If, on the other hand, the main purpose of the installation of the panels is the resale of electricity, the contract must be qualified as a commercial transaction.⁵⁸

- the credit to finance expenditures relating to works on a property provides for a mortgage guarantee (or other equivalent guarantee);
- a real estate credit taken out by a legal person, provided that it is not intended to finance a professional activity.

⁵⁴ SENATE, Information report of 22 January 2013, cited above.

⁵⁵ UFC-QUE CHOISIR, *Crédit à la consommation : les établissements discrédités*, April 2012. Available at: <http://www.quechoisir.org/argent-assurance/banque-credit/credit/etude-campagne-credit-consommation-les-etablisements-discredites> .

⁵⁶ Art. L.313-1 of the Consumer Code.

⁵⁷ Cass. civ. 1ère, 11 December 2013, n° 12-23.133; also: Cass. civ. 1ère, 18 December 2014, n° 13-27.871.

⁵⁸ Cass. Commercial Court, 23 November 2022, No. 21-18.290.

This positive definition of the scope of real estate credit is supplemented by a series of exclusions.⁵⁹ Without going into detail, it should be noted that credits granted to legal persons governed by public law are excluded, as well as credits that do not involve any interest or charges other than those related to guarantees, and credits in the form of an overdraft facility repayable within one month.

As long as it meets the characteristics mentioned in Article L.313-1 of the Consumer Code, the credit is subject to the regulations governing real estate credit, regardless of its nature: amortizing loan, loan repayable on maturity, overdraft, bridging loan or even State-subsidised loans. Thus, a bridging loan granted in the form of an overdraft is subject to the regulations governing real estate credit and not consumer credit, as long as the sums remitted to the borrower were paid as a real estate loan, regardless of their use⁶⁰. Payment terms granted by the seller in return for interest are considered to be a real estate credit if it meets the purposes of Article L.313-1.⁶¹

1.2.2. Duty to advise, inform and assess creditworthiness and property

The obligations on the creditor in relation to real estate credits follow a similar approach to those applicable to consumer credits. However, the significance of the amounts involved means that the lender's obligation to provide information is strengthened. Thus, the creditor is obliged to ensure the permanent availability of general, clear and comprehensible information on real estate credits. This information corresponds to the information that the creditor must provide to the borrower in the form of the standardised information sheet.⁶² To limit the credit risk, the lender may make the conclusion of the credit operation conditional on the taking out of insurance to guarantee the repayment of the credit. Given the amount of insurance premiums and the complexity of insurance contracts, the lender is also obliged to provide a standardised information sheet specifically on loan insurance.⁶³ Failure to provide adequate explanations or warnings is punishable by a fine of EUR 30 000.⁶⁴ In case of failure to provide the information sheet on the credit or the loan insurance, the lender may be deprived of all or part of the right to interest.⁶⁵ Last but not least, the amount of the loan is not left to the free choice of the borrower, but directly linked to the price of the property to be purchased. In order to guarantee the adequacy of the price of the real estate to the credit, the value of the property must be evaluated by an independent expert.

The most significant increase in the lender's obligations relates to the assessment of the borrower's creditworthiness. Before concluding a real estate credit contract, the lender must make a "rigorous" assessment of the borrower's creditworthiness.⁶⁶ This assessment takes into account "in an appropriate manner the relevant factors" for assessing the borrower's ability to fulfil the obligations defined in the credit contract. The creditor relies on "necessary, sufficient and proportionate information on the borrower's income and expenses and other economic and

⁵⁹ Art. L.313-2 of the Consumer Code.

⁶⁰ Cass. civ. 1ère, 26 January 1999.

⁶¹ Cass. civ. 1ère, 10 June 1987, *Bull. civ.*, I, n° 190.

⁶² Compare. Art. R.313-3 and Art. R.313-4 of the Consumer Code.

⁶³ Art. L.313-8 of the Consumer Code. The list of information in the standardised sheet is detailed in Art. R.313-9 of the Consumer Code.

⁶⁴ Art. L.341-23, L.341-25 and L.341-31 of the Consumer Code.

⁶⁵ Art. L.341-26 of the Consumer Code.

⁶⁶ Art. L.313-16 of the Consumer Code.

financial criteria”.⁶⁷ This information includes the borrower’s income, savings and assets, as well as regular expenses, debts and other financial commitments. In assessing the borrower’s creditworthiness, the lender should take into account, as far as possible, events that may occur during the term of the proposed credit contract.⁶⁸ This information shall be collected by the creditor from relevant internal or external sources, including from the borrower, and shall include in particular information provided by the credit intermediary, if any, during the credit application process. The borrower shall be informed by the creditor at the pre-contractual stage, in a clear and simple manner, of the information necessary for the conduct of the credit assessment and the time limits within which it is to be provided. The information shall be checked in an appropriate manner, in particular by reference to verifiable documents. The creditor shall also consult the FICP. Failure to carry out the creditworthiness assessment is sanctioned by the total or partial forfeiture of the right to interest on the credit granted.⁶⁹ On the other hand, failure to comply with the conditions applicable to the assessment of creditworthiness is punishable by forfeiture of the right to interest with a ceiling of EUR 30,000.⁷⁰

2. In monetary and financial law: the objective of protecting the credit institution

The Monetary and Financial Code brings together all the legislation and regulations intended to govern the monetary and financial activities of credit institutions. It concerns professionals in the banking, finance and insurance sectors. The legal framework for credit activities is governed by Chapter III: Loans (Articles L.313-1 to L.313-51), included in Title I on banking transactions, payment services and the issuance and management of electronic money, of Book III devoted to the services provided by banks.

Article L.313-1 of the Monetary and Financial Code defines a credit as “any act by which a person acting for valuable consideration makes funds available or promises to make funds available to another person or makes, in the latter’s interest, a commitment by signature such as an endorsement, a security or a guarantee”.⁷¹ According to this provision, leasing and, in general, any rental transaction with an option to purchase, are considered to be credit operations. The qualification of credit within the meaning of the Monetary and Financial Code is independent of the application of the Consumer Code. Thus, the exclusions provided for in Articles L.312-1 and L.312-4 of the Consumer Code (for consumer credit) have no impact on the application of the provisions of the Monetary and Financial Code.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ Article R.313-14 of the Consumer Code.

⁶⁹ Art. L.341-28 of the Consumer Code.

⁷⁰ Art. L.341-27, 3°, of the Consumer Code.

⁷¹ The French version reads as follows: “tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d’une autre personne ou prend, dans l’intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu’un aval, un cautionnement ou une garantie.”

Section 2. The prohibition of discrimination

1. Progressive recognition in contractual matters

According to Article 1^{er} of the French Constitution of 4 October 1958, as last amended in 2008,⁷² “France is an indivisible, secular, democratic and social Republic. It ensures the equality before the law of all citizens without distinction of origin, race or religion.” In a complementary manner, the preamble to the Constitution of 27 October 1946 solemnly reaffirms that “every human being, without distinction of race, religion or belief, possesses inalienable and sacred rights.” Article 1^{er} of the 1789 Declaration of the Rights of Man and of the Citizen states that “Men are born free and equal in rights”. Both the preamble to the 1946 Constitution and the 1789 Declaration of Rights have constitutional value.⁷³ Their respect is ensured in the framework of the constitutionality review of laws.

However, it was under the influence of international and European law that the French legislator transposed the principle of non-discrimination into French law in order to enforce it between contracting parties. Law No. 72-546 of 1^{er} July 1972 on the fight against racism⁷⁴ incriminates, in the form of an offence, the refusal to enter into a contract or the refusal of the benefit of a right motivated by ethnic, racial, national or religious considerations.⁷⁵ The prohibition of discrimination was extended to discrimination based on sex and family status by Law No. 75-625 of 11 July 1975.⁷⁶ A specific prohibition was introduced into labour law by Law No. 82-689 of 4 August 1982 (“Auroux Act”): it renders null and void any sanction or dismissal based on origin, sex, family status, membership of an ethnic group, nation or race, political opinions, trade union activities or religious beliefs.⁷⁷ Transposing Council Directive 76/207/EC of 9 February 1976, Law No. 83-635 of 13 July 1983 (“Roudy Act”) introduced the principle of professional equality between women and men into labour law; violation of this prohibition constitutes a criminal offence. The 1980s were marked by the addition of new forms of discrimination constituting criminal acts in the penal code: discrimination based on morals, disability and state of health.

The principle of non-discrimination underwent major developments in contractual matters (especially in labour law) in the early 2000s, as a result of the requirements of EU law.⁷⁸ Law No. 2001-1066 of 16 November 2001 on combating discrimination, which transposes Directive 2000/43/EC and Directive 2000/78/EC, extended the prohibition of discrimination to age, sexual orientation, physical appearance and surname.⁷⁹ The prohibition and sanction of discrimination spread to other areas of civil law: in matters of tenancy rights (Social Modernisation Act of 17

⁷² Constitutional Law No. 2008-724 of 23 July 2008 on the modernisation of the institutions of the Fifth Republic, *JORF* 171 of 24 July 2008.

⁷³ See Cons. Const. decision no. 70-39 DC of 19 June 1970, *Luxembourg Treaty*; and Cons. const. decision no. 73-51 DC of 27 December 1973, *1974 Finance Act*.

⁷⁴ *JORF* n° 154 of 2 July 1972, p. 6803.

⁷⁵ The incrimination and its sanction are inserted in Article 416 of the former Penal Code.

⁷⁶ *JORF* 162 of 13 July 1975, p. 7219.

⁷⁷ The ban is introduced in Article L.122-45 of the Labour Code.

⁷⁸ See also NATIONAL ASSEMBLY, Report on behalf of the Committee on Cultural, Family and Social Affairs on the draft law (No. 514) on various provisions for adapting to Community law in the field of anti-discrimination, No. 695, 6 February 2008, p. 7 et seq.

⁷⁹ *JORF* 267 of 17 November 2001. Some changes were subsequently introduced by Act No. 2006-340 of 23 March 2006 on equal pay (*JORF* No. 71 of 24 March 2006 - text No. 2), which transposed Directive 2004/113/EC on equality between women and men.

January 2002), and in civil law, through the introduction of a new Article 16-13 in the Civil Code by Act No. 2002-303 of 4 March 2002 on the rights of patients.⁸⁰ Among other legislative developments, Law No. 2007-1774 of 17 December 2007 prohibits discrimination based on sex in insurance matters.

Following a letter of formal notice from the Commission for failure to transpose directives, the French legislator strengthened the prohibition of direct and indirect discrimination in employment relations by Law No. 2008-496 of 27 May 2008⁸¹.

During the reform of contract law carried out by Order No 2016-131 of 10 February 2016, the opportunity to enshrine a general rule of non-discrimination common to all contracts was briefly mentioned in the debates. Professor Rouhette proposed that contractual relations should be subject to four guiding principles: 1° freedom of contract, 2° respect for public order, good morals, non-discrimination and fundamental rights and freedoms, 3° good faith, and 4° collaboration. This proposal did not find support from the legislator⁸².

In the end, more than seventy articles, spread over at least five codes and two uncodified laws, set out a criminal and civil regime prohibiting discrimination⁸³.

2. The prohibition of discrimination in civil and criminal matters

2.1. In civil matters

According to Article 1^{er} of Law No. 2008-496,

“Direct discrimination is defined as a situation in which, on the basis of origin, sex, family situation, pregnancy, physical appearance, particular vulnerability resulting from the economic situation, apparent or known to the perpetrator, surname, place of residence or bank account, state of health, loss of autonomy, disability, genetic characteristics, morals, sexual orientation, gender identity, age, political opinions, trade union activities, ability to express oneself in a language other than French, membership or non-membership, real or assumed, of a specific ethnic group, nation, alleged race or religion, a person is treated less favourably than another is, has been or will be treated in a comparable situation.

Any provision, criterion or practice which is neutral in appearance, but which may place persons at a particular disadvantage compared with other persons on any of the grounds referred to in the first subparagraph shall constitute indirect discrimination, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are necessary and appropriate.

Discrimination includes:

⁸⁰ This new provision states that “no one may be discriminated against on the basis of their genetic characteristics”. The framework for authorising examinations of a person’s genetic characteristics was specified by Law No. 2004-800 of 6 August 2004 on bioethics (*JORF* 182 of 7 August 2004 - text No. 1).

⁸¹ *JORF* 123 of 28 May 2008 - text n° 1. Among other things, this law extends the criteria for discrimination to maternity and maternity leave.

⁸² ROUHETTE, G., ‘Regard sur l’avant-projet de réforme du droit des obligations’, *Revue des contrats*, 2007, n° 4, p. 1371 and spec. 1422.

⁸³ DRÉANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.*, p. 37.

1° Any act related to one of the reasons mentioned in the first paragraph and any act with a sexual connotation, suffered by a person and having the purpose or effect of violating his or her dignity or creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment;

2° The fact of enjoining anyone to adopt a behaviour prohibited by Article 2.”⁸⁴

In its initial version, Law No. 2008-496 retained a more limited list of grounds for discrimination. Article 1 referred to differences in treatment applied to a person on the grounds of “his or her actual or assumed membership or non-membership of an ethnic group or race, religion, beliefs, age, disability, sexual orientation or gender”. Furthermore, the prohibited grounds of discrimination varied according to the contractual areas in which the discriminatory treatment occurred. Thus, any direct or indirect discrimination based on “actual or assumed membership or non-membership of an ethnic group or race” was prohibited in relation to access to goods and services or the provision of goods and services.⁸⁵ In employment relations, the criteria for discrimination were broadened to include age.⁸⁶ The general approach followed by the legislator in civil matters was more restrictive and therefore less protective than that applied in criminal law. To date, Article 225-1 of the Criminal Code has included a list of grounds for discrimination which, in addition to the criteria covered by the 2008 law, include physical appearance, surname, place of residence, state of health, genetic characteristics and age.

Faced with this discrepancy between civil and criminal law, the National Assembly, against the advice of the Government,⁸⁷ brought the definitions and scope of application of the prohibition

⁸⁴ The French version reads as follows:

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

La discrimination inclut :

1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;

2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2. »

⁸⁵ Art. 2, 1° of Law No. 2008-496 (initial version).

⁸⁶ Art. 2, 2° of Law No. 2008-496 (initial version).

⁸⁷ See, e.g. NATIONAL ASSEMBLY, Report on behalf of the Constitutional Law Committee on the draft law (No. 3204) by Mr Jean-Michel Clément and Mr Jean-Yves Le Bouillonnet, No. 3726, 6 May 2016, p. 307, under the

regimes into line in 2016, when it examined the bill *on the modernisation of justice in the 21st century*.⁸⁸ In addition to aligning the definitions, the law adopted in 2016 abolishes the distinction of the prohibition regime according to the area where the discrimination is constituted.

According to the provisions currently in force of Law No. 2008-496, “Any direct or indirect discrimination based on a ground mentioned in Article 1 is prohibited in the areas of social protection, health, social benefits, education, access to goods and services or the provision of goods and services”⁸⁹ Thus, the prohibition regime in civil matters covers the same hypotheses of discrimination as in criminal law.

2.2. In criminal matters

The criminal law regime for discrimination is defined in Articles 225-1 to 225-4 of the Criminal Code. Discrimination falls into the category of attacks on personal dignity - and more broadly attacks on the human person (Title II of Book II). It constitutes an offence.

Discriminations incriminated by the criminal law are defined in Article 225-1. The list has been expanded over time. Under this provision, discrimination is defined as

“any distinction made between natural persons on the basis of their origin, sex, family status, pregnancy, physical appearance, surname, place of residence, state of health, disability, genetic characteristics, morals, sexual orientation or identity, age, political opinions, trade union activities, or actual or supposed membership or non-membership of a particular ethnic group, nation, race or religion.”⁹⁰

It should be noted that if discrimination constitutes an attack on human dignity and is therefore primarily aimed at natural persons, the economic activities in which a natural person invests may be negatively affected because of prejudices and discriminatory practices with respect to its shareholders, directors or employees. Article 225-1 therefore defines as discrimination any distinction made between legal persons on the basis of the identity (origin, sex, family status, etc.) of the members or certain members of these legal persons.

Since 2012, any distinction made between people because they have suffered or refused to suffer sexual harassment or because they have testified to such acts also constitutes discrimination.⁹¹

examination of Article 44 of the draft law. The Government's opposition was due to the fact that the revision of Article 2 of Law No. 2008-496 was already envisaged in Bill No. 3679 on Equality and Citizenship, tabled at the National Assembly on 13 April 2016.

⁸⁸ See art. 86 of the law n° 2016-1547 of 18 November 2016 (*JORF* n° 269 of 19 November 2016 - text n° 1).

⁸⁹ Art. 2, 3°, of Law No. 2008-496 (current version).

⁹⁰ The French version reads as follows:

“toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.”

⁹¹ Art. 225-1-1 of the Penal Code, introduced by Art. 3 of Law n° 2012-954 of 6 August 2012 on sexual harassment. *JORF* 182 of 7 August 2012.

Article 225-3 of the Penal Code provides for the system of sanctions applicable to discrimination which consists of,

- “1° to refuse the supply of a good or service;
- 2° To hinder the normal exercise of any economic activity;
- 3° To refuse to hire, to sanction or to dismiss a person;
- 4° To make the supply of a good or service subject to a condition based on one of the elements referred to in Article 225-1 or provided for in Article 225-1-1;
- 5° To make an offer of employment, a request for an internship or a period of training in a company subject to a condition based on one of the elements referred to in Article 225-1 or provided for in Article 225-1-1;
- 6° to refuse to accept a person for [a traineeship].”

Section 3. The prohibition of discrimination in lending activities

1. General considerations

The incrimination of discrimination relates to contractual relations in general, and labour relations in particular. It is worth to mention that the notion of “provision of goods or services” is understood broadly and covers all economic activities. According to judicial case law, the terms “goods and services” refer to “all things which may be the subject of a right and which represent a pecuniary value or an advantage”.⁹² This includes lending activities.⁹³

The question arose as to whether the prohibition concerning “the supply of goods or services” (Art. 225-2 of the Criminal Code) and that concerning “access to goods and services or the supply of goods and services” (Art. 2 of Law No. 2008-496) were limited to the formation of the contractual relationship or also covered its execution.⁹⁴ The infringement of public order by discrimination has led judges to take the contractual relationship as a whole into account and to penalise all discrimination that occurs during the contract. “This includes all discrimination that occurs when the contract offer is made - if it is subject to a discriminatory condition; during the formation of the contract - through a refusal to enter into a contract or the unilateral fixing of the content of the contract; or even during its termination.”⁹⁵

In civil matters, the clarification that the prohibition of discrimination applies “in relation to *access to or supply of* goods and services” signals the legislator’s intention to cover the formation, performance and termination of contractual relations concerning the supply of goods

⁹² Paris Court of Appeal, Correctional Division, 21 November 1974, No. 4.718/74; Tribunal de Grande Instance d’Aix-en-Provence, 8 November 2000, No. 988313.

⁹³ HALDE, Deliberation No. 2010-207 of 27 September 2010.

⁹⁴ DREANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.*

⁹⁵ *Idem*, p. 295.

or services. This general approach supports the one already applied in labour law.⁹⁶ However, a number of special texts limit the prohibition of discrimination to the level of contract formation.⁹⁷

In the absence of any specific provisions to the contrary in the Consumer Code and the Monetary and Financial Code, the prohibition on discrimination laid down by Law No. 2008-496 applies to all stages of the contractual relationship. In addition, since the reform of the law of obligations in 2016, the lawfulness of a contractual relationship is assessed in the light of compliance with public order⁹⁸ - to which compliance with the principle of non-discrimination is linked.

2. Specific considerations

The use of the borrower's personal data to assess his or her creditworthiness makes it inherently difficult to identify discrimination. Several hypotheses can be distinguished.

2.1. Category-based offers

Category-based offers refer to offers that involve benefits for a group of people determined by a common personal characteristic. These offers result in the different treatment of a group of persons on the basis of one or more of their personal characteristics.⁹⁹ These offers and the advantages associated with them may result from legislative provisions implementing public equality policies, from collective agreements (e.g. the allocation of a company car to a category of staff within companies) or, most often, from commercial practices. A priori, category-based offers fall under Article 225-2 of the Criminal Code.

When called upon to rule on labour law, the Court of Cassation ruled that differences in treatment between employees (managers and non-managers) are lawful provided that they are based on objective reasons, the reality and relevance of which must be verified by the judge. With regard to differences in treatment between professional categories provided for in collective agreements, the Court of Cassation has presumed that they are lawful if they were negotiated and signed by representative trade unions.¹⁰⁰

In terms of access to goods or services, the High Authority against Discrimination and for Equality (HALDE), and then the Defender of Rights ("Défenseur des droits"), have provided some useful clarifications - in the absence of any case law. Thus, the HALDE ruled that the "large family" card reserved by the French railroad company (SNCF) for families with more than three children was lawful. The fare advantages granted due to family status are deemed to produce the same effects as social benefits and help guarantee equal access for families to the rail services offered by the SNCF. On the other hand, the HALDE deemed that reserving the

⁹⁶ See Art. L.1132-1 of the Labour Code, where it is specified that the prohibition of discrimination applies to recruitment, sanctions and dismissal, as well as to remuneration, profit-sharing, training, redeployment, professional promotion, etc.

⁹⁷ See the examples presented by Maëlle Dreano (*La non-discrimination...*, *op. cit.*, p. 297) in relation to residential lease contracts and insurance contracts.

⁹⁸ Articles 1102 and 1126 of the Civil Code.

⁹⁹ DREANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰⁰ Cass. Soc., 27 January 2015, five decisions, No. 13-22.179, No. 13-25.437, No. 13-14.773, FS-P+B, No. 13-23.818, and No. 14-13.569; for recent application in relation to the variable bonuses paid by Amazon to its management staff: Cass. Soc., 16 November 2022, No. 21-13.008 The 2015 rulings mark a turnaround in the case law of the Cour de cassation. For an analysis, see in particular: RADE C., 'Egalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels: la volte-face de la Cour de cassation', *La lettre juridique*, n° 600, 5 February 2015.

allocation of this card to French families only was discriminatory.¹⁰¹ In addition, the application of different pricing conditions based on gender or sexual orientation to use the services of an Internet dating site was deemed to comply with the principle of non-discrimination by the HALDE, on the grounds that the difference in treatment was not intended or did not result in excluding people from enjoying the services.¹⁰²

It follows from these various elements that the lawfulness of a category offer must be assessed in the light of its purpose. From this perspective, several hypotheses can be encountered.¹⁰³

Category-based offers that correspond to legal exceptions to the prohibition of discrimination are lawful. The same applies to offers whose purpose is to promote access to certain services or goods for groups of people who would not have access to them under a single pricing system (e.g. young people or the elderly).¹⁰⁴ However, the difficulties in accessing the services or goods must be objectively established: the judge will have to investigate, if necessary, whether the offer in question does not constitute indirect discrimination based on age. A last hypothesis concerns category-based offers which pursue commercial objectives, i.e. which aim to attract a target clientele and divert them from other competing offers. Two conditions are set for the lawfulness of such category-based offers. They must be based on an objective assessment of the needs of the target groups so that they are not confined to stereotypes. On the other hand, certain criteria such as origin, nationality, religion, sexual orientation and identity or opinions are irrelevant to contractual behaviour and cannot be used to determine a group of consumers with specific needs. The same does not apply to age, marital status, health status and disability. For example, people entering working life have a greater need for credit than retired people. Similarly, a family does not necessarily need the same banking and insurance services as a single person. This objective circumstance is the basis, for example, for the introduction of banking or credit services targeted at young people in working life. Most often these offers consist of packages of services (payment card backed by an overdraft, insurance against loss and theft of means of payment, free consultation of accounts on the Internet, preferential rates with partner companies, etc.), reduced rates for basic banking services, or reductions in application fees or the application of preferential rates for consumer credit transactions. The second condition for lawfulness is that such an offer must be open to all persons, even if it is mainly aimed for marketing reasons at a group of persons determined by a criterion. To date, no offer for young active credit has given rise to either a legal challenge or a referral to the HALDE or its successor, the Defender of Rights, on the grounds of age discrimination.

2.2. Credit scoring

In accordance with the freedom of contract and free competition principle, private persons are not required to respect a general principle of equality: “positive law does not prohibit them from

¹⁰¹ HALDE, Deliberation No. 2006-192 of 18 September 2006.

¹⁰² HALDE, Deliberation No. 2007-192 of 3 September 2007.

¹⁰³ See for an analysis: DRÉANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.*, p. 277.

¹⁰⁴ See for example: Decision of the Defender of Rights No. 2019-170 of 4 July 2019, concerning a monthly transport pass for students under the age of 26. The Defender of Rights does not question the principle of the subscription insofar as it responds to the objective financial difficulties of the student population. On the other hand, he considers that the age criterion is unrelated to student status and constitutes a discriminatory criterion. For a similar approach regarding the age limit applied by the CROUS for the allocation of housing to students in its housing stock: Decision of the Defender of Rights MLD-2012-114 of 26 May 2012; HALDE, Deliberation No. 2009-116 of 2 March 2009.

dealing with others on an unequal basis as long as they do not violate any specific prohibition resulting from the texts”.¹⁰⁵ Accordingly, where freedom takes precedence over equality, the provider of goods or services has a free choice of clients: “it is in this context that the banker will practice ‘scoring’ and the insurer will engage in ‘risk selection’.”¹⁰⁶

2.2.1. *The applicable legal framework*

Before granting a loan, the bank checks the potential client’s creditworthiness and carries out a financial risk analysis, in accordance with the mandatory requirements of the Consumer Code. On this occasion, the credit application is most often subject to automated processing based on scoring models, i.e. a rating established according to parameters selected by the credit institution. More precisely, the *scoring* technique is based on the automatic allocation of a certain number of “points” to the information provided in the credit application. These “points” are awarded on the basis of statistical and probability calculations on the credit applicant’s creditworthiness, which takes into account his or her family, professional and banking situation. The *scoring* variables change according to the purpose and duration of the loan, as well as the specialisation of the credit institutions. Nevertheless, there is a sort of “common core” made up of variables linked to identity that are systematically used to calculate the score: nationality, age, family situation and state of health. Other variables are also considered: socio-professional category, professional situation, seniority in employment, etc.¹⁰⁷

These techniques are legally regulated by Article 25 I 4° of Law No. 78-17 of 6 January 1978 on information technology, files and freedoms,¹⁰⁸ which states that “automatic processing operations likely, by virtue of their nature, scope or purpose, to exclude individuals from the benefit of a right, service or contract in the absence of any legislative or regulatory provision, shall be implemented after authorisation by the CNIL (...)” Article 25 II specifies that “processing operations which serve the same purpose, relate to identical categories of data and have the same recipients or categories of recipients may be authorised by a single decision of the Commission”. Pursuant to this article, the CNIL adopted Decision 2006-019 of 2 February 2006 (amended by Decision 2008-198 of 9 July 2008¹⁰⁹) *granting a single authorisation for certain personal data processing operations implemented by credit institutions to assist in the assessment and selection of risks in connection with the granting of credit* (hereinafter referred to as “Single Authorisation Decision AU-005”). Under the single authorisation regime, data processing systems whose purposes and characteristics comply with the conditions defined by the CNIL are subject to a declaration to this authority. If the processing system differs from the conditions defined in the single authorisation, it must be submitted to the CNIL for authorisation. Following the entry into force of the General Data Protection Regulation, most of the CNIL’s

¹⁰⁵ LOCHAK D., ‘Loi du marché et discrimination’, in D. BORILLO, *Lutter contre les discriminations*. Paris: La Découverte, 2003, p. 16.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ For a detailed analysis, see. SALGUEIRO A., *Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur*, Thèse en droit privé, Université Clermont I - Université d'Auvergne, defended on 13 September 2004; and EBER N., ‘Sélection de la clientèle et exclusion bancaire’, *Revue d'économie financière*, 2000, n° 58, p. 79-96; .

¹⁰⁸ *JORF* of 7 January 1978.

¹⁰⁹ *JORF* 181 of 5 August 2008 - text n° 41.

single authorisations ceased to have legal value as of 25 May 2018. Decision No. AU-005 retains an indicative value, pending the adoption of a GDPR reference document.¹¹⁰

The particular attention that the CNIL pays to the automatic processing of data used to establish *scores* is due to their purpose and the risk of exclusion that inappropriate parameterisation of the scoring criteria may induce: the CNIL thus notes that they are “likely to exclude, at least temporarily, a person from the benefit of a credit agreement where no legislative or regulatory text provides for such an exclusion”.¹¹¹

The data that may be processed by credit institutions to establish their *scoring* are defined restrictively in the single authorisation. These data concern a set of personal, economic, financial and banking data relating to the borrower, as well as the characteristics of the credit transaction. The processing may also include personal data on other members of the borrower’s household, as well as on persons who are economically linked to him or her.

The right to collect information on the age of the borrower, as well as that of his or her economic dependents, is expressly provided for in Article 2 of Authorisation No AU-005. In order to avoid any discriminatory use of this factor - or other factors related to the identity of the borrower or members of his or her household - the CNIL decision expressly states that “no variable should be weighted in such a way as to have an absolute exclusionary or disqualifying effect on its own”. Another guarantee for the lawful use of factors such as age is provided by Article 10 of the Data Protection Act. Under this provision, no decision may be taken by a credit institution solely on the basis of computer processing of data intended to define the profile of the person concerned. Consequently, the CNIL requires that a person who is refused a loan on the basis of automated processing must be able to have his or her application reconsidered in a non-automated way. Since 2008, the CNIL has also required that customers be informed, when they submit their credit application, of the existence of this right to an interview and the procedures for exercising it, and that the staff of credit institutions be informed (within the framework of their internal instructions) of the rules for organising this right and the consequences attached to it.

In prudential matters, the European Banking Authority has defined *Guidelines on loan origination and monitoring*, which national prudential supervisors must comply with in the exercise of their duties and supervisory powers in respect of credit institutions.¹¹² In France, the national competent authority, the Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), has partially complied with these guidelines.¹¹³ In application of this guidelines, it is recommended to credit institutions that the use of automated models for credit assessment and credit decision making be accompanied by an appropriate understanding of the models used, as well as their methodology, inputs, assumptions, limitations and results. In this regard, credit institutions should have internal policies and procedures in place to “detect and prevent bias and ensure the quality of the input data”.¹¹⁴ More ambivalently, credit institutions are called upon to promote a

¹¹⁰ For a detailed analysis of the applicable legal framework: LEGEAIS D. and TORRES C., ‘Le crédit scoring, une pratique très encadrée par la CNIL’, *Gazette du Palais*, 23 and 24 July 2010, n° 205, p. 25; KHAROUBI C. and THOMAS P., ‘Mesure du risque de crédit. Les méthodologies possibles’, *Revue Banque*, 2014, n° 771, p. 54.

¹¹¹ Decision No. AU-005.

¹¹² EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA), *Guidance on the granting and monitoring of loans - Final report*, No. EBA/GL/2020/06, 29 May 2020.

¹¹³ ACPR, Notice of compliance with the European Banking Authority guidelines on granting and monitoring loans (EBA/GL/2020/06). This notice came into force on 30 June 2022.

¹¹⁴ EBA, Guideline No. EBA/GL/2020/06, cited above, paragraph 54.

risk culture at all levels of the organisation. This culture should ensure that “credit is extended to borrowers who, to the best of the institution’s knowledge at the time of granting the credit, will be able to *meet the terms of the credit agreement*, and is secured, where appropriate, by sufficient and suitable collateral, taking into account the impact on the institution’s capital position and profitability, and on sustainability (...)”. The EBA sets out a series of criteria for credit institutions to consider when designing and documenting lending criteria. For consumer loans, the criteria for accepting customers include “types of customers, *age limits of customers*, credit history of customers.”¹¹⁵

2.2.2. *Assessing the non-discriminatory nature of scoring systems*

The single authorisation scheme establishes a system of *ex post* control for processing systems that comply with the conditions for authorisation laid down in Decision No AU-005. The implementation of this decision in the banking sector has not given rise to any administrative or judicial disputes. At the most, we should mention a decision of the Court of Appeal of Nîmes of 6 November 2008, which involved the risk assessment method applied by an insurer to draw up an insurance contract and the discrimination of which the insured person considered herself to be the victim because of her age (77 years).¹¹⁶ As the Court pointed out, the specificity of an insurance contract is that “it is based on the existence of a hazard, which is an event whose uncertain occurrence does not depend on the will of the parties to the contract”. In so doing, the Court validated the use of the statistical method to determine the probability of the risk occurring. However, “the selection of risk by the insurer, authorised in principle, is limited by the prohibition resulting from the provisions of Articles 225-1 et seq. of the Criminal Code”. This decision was appealed to the Court of Cassation, which declared it inadmissible on 7 April 2009.

In the absence of sufficient case-law, some additional elements of interpretation are provided by the CNIL when assessing data processing systems that contain differences with the conditions of Decision No AU-005. According to the CNIL, cross-checking data to assess the creditworthiness and credit risk of a borrower is lawful, even if it concerns the personal situation of the borrower and his or her dependents.¹¹⁷ With regard specifically to taking into account the age of other members of the household (young people, elderly people), the CNIL validated the fact that this information, relating to other individual customers, may be processed and taken into account in assigning a rating to a debtor. However, “it must be information declared by the customer at the time of his or her credit application and not information that the bank already holds in its information system from credit applications made previously.”¹¹⁸

The HALDE has been called upon on several occasions to challenge the legality of *scoring* systems used by credit institutions. Following the CNIL’s position, the HALDE admitted that “the age criterion (may) be relevant data for calculating financial risk”. However, a reservation

¹¹⁵ *Idem*, see Annex 1 - Criteria for granting credits, above.

¹¹⁶ The HALDE had been seized in this case. The Court of Appeal's ruling takes up the HALDE's analysis, see Decision No. 2008-177 of 1 September 2008. Deliberation No. 2008-177 of 1 September 2008.

¹¹⁷ CNIL, Deliberation 2011-163 of 9 June 2011 concerning the request for authorisation from the company Crédit Moderne Océan Indien (request for authorisation n°1 306446). The data processed consisted of: the applicant's age and family situation, the type and age of the home, the family situation and the number of children, the income and the number of consumption units of the household.

¹¹⁸ CNIL, Deliberation No. 2013-192 of 27 June 2013 concerning the request for authorisation from the company BNP Paribas.

was made: “its use in the business rules cannot be considered adequate and proportionate to the purpose of the automated processing when it leads, not to calculating a risk, but to systematically excluding clients over the age of 80 from the procedure”.¹¹⁹ In this case, the dispute concerned the refusal of the credit institution to maintain or accept a contract granting a revolving credit reserve for the benefit of an 80-year-old person, given the high risk of death during the term of the credit. The credit institution also argued that there was a risk of litigation, due to the supposedly vulnerable status of an elderly person: this could motivate a subsequent challenge of the credit granted by the beneficiaries on the grounds of abuse of weakness. The HALDE rejected these various arguments.¹²⁰ As it explained, a consumer’s ability to repay his or her loan is not determined by his or her life expectancy, but rather by his or her solvency, since under French law, in the event of death, the obligation to repay the loan passes, depending on the case, to the surviving spouse, cohabitant or partner, or the heirs. In fact, the unpaid loan is part of the inheritance debt, and it is up to the heirs, subject to acceptance of the inheritance, to pay it back. In the event that the heirs refuse the succession, a possibility of recovery still exists on the basis of Article 809-1 of the Civil Code: “the judge, at the request of any creditor, (...) entrusts the curatorship of the vacant succession”. The curator alone is authorised to pay the creditors of the estate, it being specified that he or she is only required to pay the debts of the estate up to the amount of the assets.¹²¹

In practice, the impact of age and health status criteria on the score is difficult to identify. Nevertheless, people under 25 years of age are rated less well than those aged 35-50, and those over 65 are rated even less well.¹²²

2.3. Internal rating in application of the prudential regulation

In order to strengthen the stability of the banking sector, Regulation (EU) 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013¹²³ strengthens the prudential rules applicable to credit institutions. Among these measures, credit institutions are required to have capital to cover their exposures to the economic entities to which they hold claims. Exposure amounts may be calculated using a so-called standard method or an internal ratings-based (“IRB”) approach. The use of the IRB approach by a credit institution must meet a number of minimum requirements detailed in Regulation (EU) 575/2013 in order to be authorised by the competent authority.¹²⁴ Regulation (EU) 575/2013 leaves it to the discretion of credit institutions to select the relevant criteria on which to base their assessment of the amount of risk represented by each exposure. However, it is required that, for retail exposures, “rating systems shall reflect both obligor and transaction risk, and shall capture all relevant obligor and transaction characteristics”¹²⁵ Furthermore, where an institution uses a statistical model as the basis for the internal rating system, this model is complemented “complement the statistical model by human judgement and human oversight to review model-based assignments and to ensure that the models are used appropriately”¹²⁶ The review procedures in place must be able to detect and

¹¹⁹ HALDE, Deliberation 2010-207 of 27 September 2007.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ Art. 810-4 Civil Code.

¹²² HALDE, Deliberation 2010-207, cited above.

¹²³ Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms, *OJEU* L 176, 27 June 2013, p. 1.

¹²⁴ Article 143 Regulation (EU) 575/2013.

¹²⁵ Art. 170(3)(a), Reg. (EU) 575/2013

¹²⁶ Art. 174 Regulation (EU) 575/2013.

limit errors associated with model weaknesses. As for human judgement, it must take into account “all relevant information not considered by the model”. The credit institution should have written instructions explaining how to combine human judgement and model results.

The authorisation of the internal rating system and supervisory procedures is the responsibility of the prudential supervisor. In France, this will be either the ECB or the ACPR, depending on the size of the credit institution. However, internal rating systems are based on automated data processing and therefore fall within the scope of Law No. 78-17 of 6 January 1978, in accordance with its Article 10.

Following the entry into force of Regulation (EU) 575/2013, many credit institutions made changes to their *scoring systems* and applied to the CNIL for authorisation. An interesting case is the application for authorisation by the bank LCL, whose processing system included the new data on the situation of a divorced woman. More fundamentally, the LCL case raised the question of the link between the internal prudential rating and the processing system used to assess the creditworthiness of a potential borrower. LCL indicated in its application for authorisation that it planned to use the result of the creditworthiness score to assess the credit risk associated with the borrower under the so-called “Basel II” internal rating. The “Basel II” rating was, in this case, the result of the score. The CNIL recognised the lawfulness of using the score result as a Basel II rating of a new borrower, provided that the credit institution did not have more relevant information to assess the credit risk he or she represents. The CNIL also noted that the retention period for this result should not exceed three months.¹²⁷ The CNIL did not make any critical observations concerning the fact that, in addition to the risk calculation, the tool used by LCL also generated “points of attention” that were brought to the attention of the employee in charge of the file and that were to be used for the “manual” analysis of the file on the basis of the following data:¹²⁸

- date of birth
- relationship between the borrowers
- residence (in the form: “France, EU, non-EU”)
- nationality (in the form: “France, EU, non-EU”)
- marital situation
- matrimonial or PACS regime
- work situation
- economic and financial situation
- banking situation
- Basel II rating
- consultation of the files kept by the Banque de France (FCC, FICP).

With regard to the deliberations adopted following the implementation of European prudential legislation (Regulation (EU) 575/2013 and Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013), the CNIL did not censure any authorisation request submitted. In the case of cross-referencing data, the CNIL considered that a key element of assessment was the specific influence that one factor could have on any other due to its weighting: “These data may be subject to cross-referencing. They are selected and weighted

¹²⁷ CNIL, Deliberation 2014-215 of 6 May 2014; see also: Deliberation 2013-072 of 21 March 2013 concerning Banque Revillon's request for authorisation.

¹²⁸ CNIL, Deliberation 2014-215 of 6 May 2014.

according to their correlation with the credit risk attached to the customer in general or to each credit transaction in particular”. The Commission notes that no variable is weighted in such a way as to have an absolute exclusionary or disqualifying effect on its own.¹²⁹ In a case, the query concerned the borrower’s postal code data: it was used as an element for identifying the geographical risk areas of the place of purchase of the goods.

2.4. The subordination of the formation of credit agreements to the obtaining of loan insurance

In the area of credit, legislation does not oblige the borrower to take out insurance to cover the risks of death, disability, incapacity or loss of employment when applying for a loan.¹³⁰ However, the credit institution from which the credit is requested may make the completion of the credit operation conditional on the subscription of a borrower’s insurance. The credit institution may offer its own loan insurance contract or the insurance contract of a partner. The borrower is also free to take out insurance with another insurance company, as long as the contract guarantees are equivalent to those required by the lender.

In a written reply from the Government to a question from a Member of National Assembly on the difficulties of access to credit for the elderly, it is noted that in practice, “the major specialist credit institutions offer insurance for consumer credit up to an age limit of 80 years or even 85 years.”¹³¹ The Government also notes that

“In the case of older borrowers, insurance policies for them are relatively expensive, as they present a higher risk than the rest of the population, due to their life expectancy. Refusal of credit on the basis of the age of the applicant does not constitute a form of discrimination as long as the refusal is proportionate to the risks and the amount of the loan requested by the applicant. One of the essential principles of responsible credit distribution is the adaptation of the creditor’s offer to the creditworthiness and risk level of the consumer. When a creditor considers that a consumer presents a high risk of not being able to repay the credit, it may be preferable to refuse the loan. This is essential to prevent over-indebtedness.”

¹²⁹ CNIL, Deliberation No. 2015-302 of 10 September 2015 concerning the request for authorisation from Banque TARNEAUD; also Deliberation No. 2015-298 of 10 September 2015 concerning the request for authorisation from Banque LAYDERNIER; Deliberation No. 2015-296 of 10 September 2015 concerning the request for authorisation from Banque KOLB.

¹³⁰ The list of compulsory insurances is defined in art.200-1 to L.271-1 of the insurance code.

¹³¹ Written answer from the Government, represented by the Minister in charge of the Elderly (*JORF* of 15 June 2010, p. 6647), to the written question of Mr Bernard Carayon (*JORF* of 8 December 2009, p. 11576); Written answer from the Government, represented by the Minister in charge of the Economy, Finance and Industry (*JORF* of 19 April 2011, p. 3976), to the written answer of Mr Pascal Terrasse (*JORF* of 28 December 2010, p. 13879); Written answer from the Government, represented by the Minister in charge of Trade, Crafts, SMEs, Tourism, Services and Consumption (*JORF* of 5 July 2011, p. 7323), to the written question n° 10767 (*JORF* of 5 July 2011, p. 13879); Written answer from the Government, represented by the Minister for Trade, Crafts, SMEs, Tourism, Services and Consumption (*JORF* of 5 July 2011, p. 7323) to written question no. 107677 from Mr Michel Havard (*JORF* of 10 May 2011, p. 4678) URL: <https://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-107677QE.htm>.; also to written question from Ms Marguerite Lamour (*JORF* of 29 March 2011, p. 2994)

The Government's observation is corroborated by the results of a survey of French insurance companies by a consumer association, *UFC-Que choisir*.¹³² In order to be insured for guarantees covering disability (partial or permanent) and total and temporary incapacity to work, insurance companies tend to set an age limit of 65. Beyond the age of 80, only term life insurance can be taken out with effect until the age of 90, the other risks no longer being covered. At Cardif BNP Paribas, for example, the death cover has an enrolment age limit of 79 and a guarantee age limit of 85. Cardif Liberté Emprunteur (a contract distributed by the company's brokers) limits the age of enrolment for death cover to 84 and the age limit for cover to 90. For its part, CNP accepts the underwriting of the death benefit up to the client's 85th birthday, with an operating age limit of 90 years. On the other hand, cover for total and irreversible loss of autonomy is active until the policyholder is 70. At Allianz, the age limit is 65 for supplementary cover, 69 for loss of independence cover and 80 for death cover, with age limits of 87, 70 and 85. Such practices amount to making the provision of a service, ie. credit, conditional on the age of the borrowers.¹³³

As the consumer association's survey notes, despite these difficulties, it is still possible for an older person to take out insurance to secure a loan, given the competitive nature of the insurance market. However, in view of the risk, the insurance premium is higher than that paid by younger categories of borrowers. This increases the overall cost of credit. For example, according to *UFC-Que choisir* estimates, an 80-year-old candidate for a real estate purchase (in good health - relative to his age - and a non-smoker) can borrow 200,000 euros over 10 years, if he agrees to pay a death guarantee premium of up to 170 euros per month. According to other observations made in 2015, for a 15-year loan of 100,000 euros, the borrower's insurance amounts to 0.15% for a 40-year-old and 0.55% if he or she is 60 years old. In response to this difficulty, the "Lagarde law" of 2010 now allows the borrower to take out insurance with an establishment other than the one providing the loan, which allows competition between insurers and better rates. Some establishments offer specific contracts that allow the borrower to join up to the age of 85 and to terminate the death benefit up to the age of 90 (this is the case, for example, with Metlife, Axa, Suravenir, Cardif or AFI ESCA).¹³⁴ In addition, credit institutions also allow the absence of insurance covering disability or death to be possible in exceptional cases as a derogation.¹³⁵

These practices must be considered in relation to the prudential requirements that insurance companies must meet and the principle of risk pooling specific to insurance activity. Like credit institutions, they are required to present a level of capital that can cover their insurance and reinsurance commitments.¹³⁶ The required level of capital requirements is calculated on the basis of the risk assessment of the various categories of insurance commitments. In order to

¹³² UFC-QUE CHOISIR, *Assurance emprunteur - peut-on souscrire une assurance emprunteur à tout âge?* <https://www.quechoisir.org/decryptage-assurance-emprunteur-peut-on-souscrire-une-assurance-emprunteur-a-tout-age-n66351/>.

¹³³ Defender of Rights, Decision No. MLD-2016-236 of 20 September 2016, point 35.

¹³⁴ "Banking, insurance: what solutions for seniors?", *Life Plus Blog*, 28 May 2005. URL: <https://www.lifeplus.io/banque-assurance-solutions-seniors/>.

¹³⁵ See Defender of Rights, Decision No. MLD-2018-099 of 29 March 2018, point 19. Defender of Rights, Decision No. MLD-2018-099 of 29 March 2018, point 19.

¹³⁶ See Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of insurance and reinsurance (Solvency II), *OJEU* L 335, 17 December 2009, p. 1, as last amended by Directive (EU) 2019/2177 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2019, *OJEU* L 334, 27 December 2019.

ensure the solvency requirements and risk control of its liabilities, insurance companies select the risks presented by the applicants for insurance cover and then set the cost of the insurance premium in proportion to the payment risk they may pose¹³⁷.

Risk selection is a matter of contractual freedom for the insurer; it is also part of compliance with prudential requirements. From this point of view, insurance companies consider the right to cancel, reject or modify premiums or benefits payable under an insurance or reinsurance contract as a unilateral right, provided that neither the insured, the policyholder or the beneficiary of an insurance contract nor any third party can impose restrictions on the exercise of this right.¹³⁸

Technically, the selection of the risk to be insured is based on “precise and relevant” actuarial and statistical data.¹³⁹ The prudential approach is the same: the estimation of the risk of insurance or reinsurance commitments arising from health insurance contracts and other non-life insurance contracts is based on a segmentation of biometric risks (mortality, longevity or disability, or morbidity).¹⁴⁰ For this purpose, the insurer may require the insured to fill in a medical questionnaire or even to undergo a medical examination.¹⁴¹ This specificity is recognised by the Defender of Rights. When asked about the age limits for subscribing to a supplementary health insurance contract, the Defender of Rights considered “these actuarial risk analyses (...) indispensable to insurance organisations, which are obliged to make full provision for their commitments and to respect the prudential rules, particularly solvency rules, imposed by the law.”¹⁴²

In fact, apart from age and state of health, which are actuarial factors contributing to the assessment of the risk represented by each applicant for insurance, the consideration of other discrimination criteria remains prohibited. In this sense, the Insurance Code admits that the insurer is not obliged to cover certain insureds because of their age.¹⁴³ From this perspective, the age criterion is widely considered as an objective criterion among the various biometric criteria, in line with the requirements of Law No. 2008-496,¹⁴⁴ which makes it possible to avoid the criticism of discrimination with regard to risk selection and the pricing of insurance premiums.¹⁴⁵

In the case law, making the completion of the credit contract conditional on the borrower’s age (68) was condemned as indirect discrimination.¹⁴⁶ In this case, a consumer credit contract had been terminated by the credit institution due to the end of the insurance guarantees when the two borrowers reached 70 years of age. According to the Court, it is “in vain to seek a correlation

¹³⁷ DREANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.*, p. 305-306.

¹³⁸ ACPR, Notice ‘Solvency II’. Technical provisions 2015, 17 December 2015, spec “Guidance (2)”.

¹³⁹ Art. L.111-7, I, 3rd paragraph, of the Insurance Code.

¹⁴⁰ ACPR, ‘Solvency II’ notice, cited above.

¹⁴¹ On the initiative of the Senate, the obligation to fill in a health questionnaire for home loans of less than 200,000 euros and whose term ends before the borrower’s 65th birthday has been abolished. See Law No. 2022-270 of 28 February 2022 for fairer, simpler and more transparent access to the loan insurance market, *JORF* No. 50 of 1st March 2022 - text No. 4.

¹⁴² Defender of Rights, Decision No. MLD-2012-150 of 16 November 2012.

¹⁴³ See Art. L.132-26 of the Insurance Code for life insurance contracts. According to this provision, “A mistake as to the age of the insured shall not render the insurance null and void unless his true age is *outside the limits set for the conclusion of contracts* by the insurer’s tariffs.” (emphasis added)

¹⁴⁴ Defender of Rights, Decision No. MLD-2012-150, cited above.

¹⁴⁵ ROBINEAU M., ‘Sélection des risques et discriminations en droit des assurances’, in A. LECA and D. VIRIOT-BARRIAL (eds), *Santé et discriminations*. Bordeaux: Les Etudes hospitalières, 2010.

¹⁴⁶ Tribunal correctionnel de Niort, 9 September 1998, No. 11-98-0004863.

between the age of the borrower and the conditions of settlement of the loan” and, “the plea based on the end of insurance cover is irrelevant, since such insurance is optional and therefore does not condition the granting of the loan”.

In view of the difficulties encountered by the elderly in taking out a loan due to the limits of insurance coverage, the Defender of Rights does not dispute the legality of the recommendations made by credit institutions to their customer service representatives that the duration of loan contracts should correspond to the date on which the death and disability insurance coverage ends. However, it is recommended that these recommendations not lead, in practice, to systematic refusals of credit applications.¹⁴⁷

Section 3. The sanctioning of discrimination

Two complementary sanction regimes apply, one in civil matters, the other in criminal matters.

1. Civil penalty

Neither Law No. 2008-496 nor the Consumer Code provides for a specific penalty regime in the event of discrimination in access to or supply of goods or services. According to Article 1102 of the Civil Code, “freedom of contract does not permit derogation from rules of public order”. Otherwise, the content of the contract is illegal.¹⁴⁸ In accordance with Article 225-1 of the Criminal Code, any discrimination as defined in Article 225-1 of the same code is a violation of public order. The characterisation of discrimination in contractual relations is the basis for the application of the civil sanctions referred to in Article 1178 of the Civil Code. According to this provision, “a contract which does not fulfil the conditions required for its validity is null and void”. A contract found to be discriminatory is considered null and void and never to have existed. The nullity extends to any discriminatory act adopted in connection with the formation, performance or termination of the contract. Thus, the Court of Cassation condemned the refusal to join an association based on prohibited discrimination, namely the political orientation of the candidate for membership: “the freedom to contract does not allow for the refusal to contract on grounds prohibited by the law”.¹⁴⁹ It should be added that the nullity is automatic and must be established by the judge at the request of the victim of discrimination or the Public Prosecutor.

Independently of the annulment of the contract, the injured party may claim compensation for the damage suffered under the conditions of the ordinary law of extra-contractual liability. The moral or financial damage caused by discrimination gives rise to full compensation in the form of damages. The amount of damages must cover the entire loss resulting from the discrimination throughout its duration. The extinctive prescription period is 20 years¹⁵⁰.

Determining the amount of damage to be compensated resulting from a discriminatory refusal to enter into a contract in the area of access to goods or services can be tricky, due to the lack of civil case law on this subject.¹⁵¹ In rare cases concerning discrimination in access to goods or

¹⁴⁷ Defender of Rights, Deliberation No. 2018-099, cited above, points 22-23.

¹⁴⁸ Art. 1126 Civil Code.

¹⁴⁹ Cass. civ 1, 9 July 2015, n° 14-20.158.

¹⁵⁰ Art. 2232 Civil Code.

¹⁵¹ DREANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.* p. 677. The “Clerc method”, based on a comparison of the salary situations of discriminated and non-discriminated persons, is used in labour law by the social courts to calculate the amount of compensation. Cf. Paris Court of Appeal, 31 January 2018, No. 15-11-747; Nantes Labour Court, *Société Generali Vie*, 15 October 2019. For a discussion of this method: CHHUM F. and MERMET GUYENNET M.,

services, the Defender of Rights has recommended and obtained, at the end of his mediation, the payment of compensation in the amount of EUR 1,000 on average¹⁵².

2. Criminal sanction

Discrimination constitutes an infringement of public order, involving the human dignity of one of the contracting parties. This results in a particularly severe penalty system. Discrimination against a natural or legal person is punishable by three years' imprisonment and a fine of EUR 45,000 when it consists of refusing to supply a good or service, hindering the normal exercise of any economic activity whatsoever, or making the supply of a good or service subject to a condition based on one of the elements referred to in Article 225-1 or provided for in Articles 225-1-1 or 225-1-2.¹⁵³ When the refusal to enter into a contract on a discriminatory ground occurs in a place open to the public, the penalties are increased to five years' imprisonment and a fine of EUR 75,000.¹⁵⁴ The severity of the penalty for discriminatory acts in a place open to the public reflects the legislator's concern about the public humiliation inherent in the conditions of this refusal.¹⁵⁵

If a legal person is found guilty of discrimination, the penalties envisaged are equally severe. The amount of the fine is increased to five times the fine incurred by natural persons, i.e. EUR 225,000.¹⁵⁶ Additional penalties may be imposed, such as a ban on exercising a professional activity, exclusion from public contracts, confiscation of the property that enabled the offence to be committed or the posting or dissemination of the conviction.¹⁵⁷

Violations of the principle of non-discrimination are classified as offences and are subject to a prescriptive period of 6 years from the day on which the offence ceases to be committed¹⁵⁸.

3. The difficulty of proving discrimination

The effectiveness of legal remedies depends largely on the burden of proof regime. There are few cases of direct discrimination - discrimination is mainly indirect, i.e. a seemingly neutral criterion or practice is likely to put some people at a particular disadvantage compared to others. Proving discrimination can then be particularly difficult for the victim, as the necessary evidence to present to the judge is often held by the credit institution. This is the case with credit *rule books* - internal documents of credit institutions that define the procedures for granting credit.

'Discrimination: indemnisation par la méthode Clerc, le principe de réparation intégrale', *Village de la Justice*, 17 January 2020. URL: <https://www.village-justice.com/articles/indemnisation-discrimination-par-methode-clerc-principe-reparation-integrale,33497.html>.

¹⁵² See for example Decision MLD-2015-281 of 21 December 2015 on the opening and termination of bank accounts, where the amount of compensation corresponds to the amount of social benefits that the victim was unable to receive due to the lack of a bank account; Decision MLD-2014-178 of 8 December 2014, where the amount of compensation equals the costs incurred and the administrative fees paid by the victim to find accommodation following the refusal to rent by a real estate agency.

¹⁵³ However, no sanction is applicable to discrimination based on health status when it consists of operations aimed at preventing and covering the risk of death. See Art. 225-3 of the Penal Code.

¹⁵⁴ Art. 225-2, para. 2, of the Penal Code.

¹⁵⁵ DREANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.*, p. 633.

¹⁵⁶ Art. 131-38, 2° of the Penal Code.

¹⁵⁷ Art. 131-39 of the Penal Code.

¹⁵⁸ Cass. soc., 31 March 2021, No. 19-22-557.

The rules of evidence are different depending on whether the litigation is brought before the civil or the criminal court.

3.1. Administration of evidence in civil matters

According to Article 6 of the Code of Civil Procedure, it is up to the party initiating legal proceedings to allege the facts on which his or her claims are based. In the event that the defendant contests the facts of which he is accused, the plaintiff is required to prove the alleged facts. Evidence is central to the trial. It is generally accepted that the party with the burden of proof bears the risk of losing the case: *actore non probante reus absolvitur* (“the failure of the plaintiff to prove his allegation absolves the defendant”). Generally speaking, the distribution of the burden of proof between the parties is governed by Articles 1353 to 1356 of the Civil Code. On the other hand, the judicial administration of evidence and related disputes are governed by the Code of Civil Procedure.

Under Article 1353 of the Civil Code,

“He who claims the performance of an obligation must prove it.

Conversely, the person who claims to be discharged must justify the payment or the fact which produced the extinction of his obligation.”

Article 9 of the Code of Civil Procedure provides that “it is incumbent on each party to prove in accordance with the law the facts necessary for the success of its claim.”

Seemingly contradictory, these two provisions organise an alternation of the burden of proof between the plaintiff and the defendant in civil proceedings - each party must provide evidence to support its allegations. According to Article 1353(1), the burden of proof lies with the person claiming the performance of an obligation. In practice, in the case of a delictual obligation, the victim, who has a claim for compensation, will have to establish the existence of a fault, a loss and a causal link between the first two elements. If the victim, as the plaintiff in the proceedings, fails to prove the existence of the obligation for which he or she is claiming performance, he or she will lose the case without the debtor having to prove his or her release. On the other hand, if the plaintiff proves the allegations, it will be for the debtor to prove that he has duly discharged his obligation. It should be noted that if the plaintiff’s allegations are not contested by the defendant, it will be for the defendant to prove that he has performed his obligations.

Discrimination is rarely direct, which makes it particularly difficult for victims to prove it. Under the influence of EU law,¹⁵⁹ French law provides for a rearrangement of the burden of proof. By way of derogation from the general system of proof, it is now up to the defendant to prove that he or she has not committed discrimination. This rule aims to ensure the most effective protection possible for victims of discrimination.

¹⁵⁹ In particular Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, *OJEC* L 14, 20 January 1998; repealed by Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, *OJEC* L 204, 26 July 2006.

The rearrangement of the burden of proof is provided for in a text of general scope, Law No. 2008-496 on the fight against discrimination¹⁶⁰ and in several special texts specific to certain areas (labour law¹⁶¹, tenancy law¹⁶²).

According to Article 4 of Law No. 2008-496,

“Any person who considers himself to be the victim of direct or indirect discrimination shall present before the competent court the facts from which it may be presumed that such discrimination has occurred. In the light of these elements, it is up to the defendant to prove that the measure in question is justified by objective factors unrelated to any discrimination. The judge shall form his or her opinion after ordering, if necessary, any investigative measures he or she deems useful.”

Several remarks can be made about this provision. Firstly, there is no mention of any area in which the rearrangement of evidence is permitted: it therefore applies in all civil cases.¹⁶³ This is a significant change compared to the solution that was adopted by the legislator in 2004. Article 19 of Law No. 2004-1486 creating the HALDE limited the rearrangement of evidence to a restrictive list of areas, although some had a very broad scope of application (i.e. “access to goods and services”, “supply of goods and services”).

On the other hand, the rearrangement of the burden of proof is not the same as the reversal of the burden of proof: while the claimant is not required to prove discrimination, he or she is still required to establish the facts from which it can be presumed to exist.¹⁶⁴ More precisely, this rule allows the claimant to build up a body of converging evidence suggesting the existence of discrimination, without requiring that he or she provide direct proof of a fault that caused the alleged discrimination. It must only raise a reasonable doubt in the mind of the judge as to the existence of discrimination and convince him or her that one of the possible explanations for the treatment suffered is a discriminatory practice or decision, it being then up to the defendant to rebut this presumption.¹⁶⁵ For example, the following indicators have been used in domestic law:

¹⁶⁰ Law 2008-496 repeals Law 2004-1486 of 30 December 2004 creating the HALDE. Article 19 of this law already provided for a rearrangement of the burden of proof in favour of individuals who considered themselves victims of direct and indirect discrimination.

¹⁶¹ Law No. 2001-1066 of 16 November 2001 on the fight against discrimination introduced a specific method of proof into Articles L.122-45 and L.123-1 of the Labour Code, relating to the regime of discrimination in work and employment.

¹⁶² The Social Modernisation Act of 17 January 2002 introduced into the Act of 6 July 1989 on improving rental relations a specific method of proof for disputes concerning the refusal to rent accommodation on grounds of discrimination.

¹⁶³ Defender of Rights, Framework Decision No. 2022-139 of 31 August 2022.

¹⁶⁴ NATIONAL ASSEMBLY, Report on behalf of the Constitutional Law Committee on the draft law (No. 1732) creating the HALDE, by Mr Pascal Clément, No. 1827, tabled on 22 September 2004, *ad* Article 17.

¹⁶⁵ DEFENDER OF RIGHTS, Memento on the fight against trade union discrimination in private employment, September 2019. URL:

https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/memento_sur_les_discriminations_syndicales_dans_emploi_prive.pdf.

- the concomitance between a change in physical condition (announcement of pregnancy¹⁶⁶, recognition as a disabled worker¹⁶⁷, exceeding a certain age¹⁶⁸) and unfavourable measures
- the results of *testing*, (since its recognition by law in civil and administrative matters¹⁶⁹). A *test* in the banking sector, carried out between 2016 and 2017, identified differences in treatment on the basis of age in the granting of credit¹⁷⁰.

Although it is not compulsory to identify the discrimination suffered, the comparison of the victim's situation with that of other persons in comparable situations makes it possible to objectify and calculate the difference in treatment. The precise criteria for comparison have been defined in several landmark rulings by the Court of Cassation, mostly in cases of discrimination in the workplace.¹⁷¹ In the area of credit and banking services, such a method remains delicate to use, due to banking secrecy, which credit institutions must respect pursuant to Article 511-33 of the Monetary and Financial Code. Banking secrecy covers confidential data (e.g. figures relating to the situation of customers: bank account balance, amount of outstanding loans, etc.), sufficiently precise data (e.g. the number of customers), as well as data that is sufficiently precise and of a nature to infringe on business secrecy or the secrecy of private life (e.g. existence and nature of an account held by a customer, payment incident, contractual documents communicated by the customer, etc.)¹⁷² The only authorities to which banking secrecy cannot be invoked are the Banque de France, the ACPR and the judicial authority acting in the context of criminal proceedings. *On the other hand*, banking secrecy is enforceable against the judicial authority acting in civil matters, as confirmed by the Court of Cassation's constant case law.¹⁷³ Consequently, a credit institution which is a defendant to a civil dispute is entitled to invoke banking secrecy in order to refuse the communication of protected information concerning clients other than the plaintiff. Moreover, the communication of information concerning the client who alleges discrimination is only possible if he has waived the benefit of banking secrecy¹⁷⁴.

In a recent decision, the Court of Cassation clarified the collection of evidence in discrimination cases. It validated the right of an employee to mobilise Article 145 of the Code of Civil Procedure to obtain elements/documents from the employer before any trial, despite the existence of a specific evidentiary mechanism in labour law¹⁷⁵ (namely Article 1134-1 of the Labour Code). As a reminder, under the terms of Article 145, "If there is a legitimate reason to preserve or establish before any trial the proof of facts on which the solution of a dispute may

¹⁶⁶ Cass. soc., 14 June 2007, No. 05-45.219.

¹⁶⁷ Cass. soc., 8 July 2020, no. 19-13.637.

¹⁶⁸ Tribunal correctionnel de Niort, 9 September 1998, No. 11-98-0004863; Défenseur des droits,

¹⁶⁹ Article 225-3-1 of the Criminal Code, inserted by Law No. 2006-396 of 31 March 2006 for equal opportunities, and Article 4 of Law No. 2008-496 of 27 May 2008 as amended by Law No. 2017-86 of 27 January 2017.

¹⁷⁰ See L'HORTY Y., BUNEL M, MBAYE S. et alii, 'Discriminations dans l'accès à la banque...', cited above.

¹⁷¹ See in particular: Cass. soc., 4 July 2000, No. 98-43.285; Cass. soc., 28 June 2006, No. 04-46.419; Cass. soc., 2 July 2014, No. 12-24175; Cass. soc., 22 October 2014, No. 13-18.362 2014; Cass. crim., 9 November 2004, No. 04-81397

¹⁷² BANQUE DE FRANCE, *Bank secrecy*, 28 September 2022. URL: <https://particuliers.banque-france.fr/info-banque-assurance/compte/secret-bancaire>.

¹⁷³ See for example: Cass. com., 16 January 2001, n° 98-11-744; Cass. com., 25 February 2003, n° 00-21.184.

¹⁷⁴ Cass. com., 25 February 2003, n° 00-21.184; Cass. com., 21 February 2012, n° 11-10.900.

¹⁷⁵ Cass. soc., 22 September 2021, No. 19-26.144.

depend, legally admissible measures of investigation may be ordered at the request of any interested party, on request or in summary proceedings”. This avenue can *a priori* be exploited to obtain credit institutions’ internal credit granting procedure manuals, or any general instruction governing the examination of credit applications. On the other hand, banking secrecy does not allow for any derogation with regard to investigation measures.¹⁷⁶ The use of Article 145 does not make it possible to obtain data relating to the personal and banking situation of other customers in order to establish comparative elements.

3.2. Administration of evidence in criminal matters

Generally speaking, criminal proceedings are often preferred by the victim over civil proceedings. On the one hand, the effect of public action is to relieve the victim of the burden of proof by transferring it to the public prosecutor. On the other hand, the civil judge is bound by “what has necessarily and certainly been decided by the criminal judge either as to the existence of the fact that forms the common basis of the criminal action and the civil action, or as to the participation of the accused in the facts”.¹⁷⁷ This is the principle of *res judicata* in criminal cases over civil cases. However, three conditions must be met for this principle to apply: the constituent elements of the offence must be established, the classification of the facts must be accepted and the criminal decision must have become irrevocable.¹⁷⁸

In matters of discrimination, the criminal law remedy has two shortcomings that lead victims to encounter three limitations: the criminal law remedy requires the intentional element to be characterised. In practice, however, proof of discriminatory intent is often difficult to provide. Furthermore, indirect discrimination cannot be prosecuted in this way. Lastly, unlike civil matters, criminal matters do not allow the burden of proof to be shifted, in application of the principle of presumption of innocence. Article 4 of Law No. 2008-496 explicitly states that it does not apply before the criminal courts.¹⁷⁹ In practice, victims tend to favour civil recourse over criminal recourse for these various reasons¹⁸⁰ when they don’t opt for alternative dispute resolutions.

Section 4. The recourse to alternative dispute resolutions

In order to facilitate the resolution of disputes, French law institutes mechanisms for the alternative resolution of disputes in the form of mediation, as a complement to the judicial channels. Mediation allows a third party chosen by the parties to propose a non-binding solution. It differs from conciliation, which is limited to bringing the parties together so that they can reach an agreement.

In order to promote alternative dispute resolution, Law No. 2016-836 *on the modernisation of justice* requires individuals to have recourse to an alternative dispute resolution method prior to litigation in civil, social or commercial matters, particularly when the dispute does not exceed

¹⁷⁶ Paris Court of Appeal, 31 October 2003, Juris-Data No. 2003-230000; Cass. com., 8 February 2005, No. 02-1104, concerning the professional secrecy of the accountant.

¹⁷⁷ Cass. des requêtes, 9 December 1902, DP 1903, 1, 47; Cass. civ. 4 March and 22 October 1919, Sirey 1921, I, 17.

¹⁷⁸ Cass. soc., 28 February 2012, No. 10-18-283.

¹⁷⁹ In accordance with Art. 19(5) of Directive 2006/54/EC, cited above.

¹⁸⁰ DREANO M., *La non-discrimination...*, *op. cit.*, p. 633.

EUR 5,000.¹⁸¹ The threshold requirement does not apply to disputes concerning consumer credit and real estate credit. Without this prior recourse to the mediator, the referral to the judge will be declared inadmissible.

For disputes concerning discrimination in banking, two complementary mechanisms are available to customers who are victims of discrimination: banking mediation and mediation by the Human Rights Defender.

1. Banking mediation¹⁸²

In order to strengthen customer protection in the banking sector, Loi No. 2001-1168 of 11 December 2001 *on urgent economic and financial reforms* (“MURCEF Act”) obliged credit institutions to offer their customers the possibility of referring their disputes to an ombudsman. A certain number of them have thus set up their own ombudsman. For those that have not done so, the French Banking Federation (FBF) has made a joint mediation service available to them. A banking mediation committee attached to the Banque de France was also set up by the MURCEF Act to monitor the activities of ombudsmen in the banking sector and ensure that they are impartial. The committee was abolished in 2015 and replaced by the *Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation* (CECMC), with a view to generalising, rationalising and making the mediation mechanisms clearer.¹⁸³ Banking mediation is now envisaged by Article L.316-1 of the Monetary and Financial Code. The conditions for recourse are defined in Articles L.612-1 to L.612-5 of the Consumer Code. Banking mediation is a sectoral variation of consumer mediation.

Pursuant to Article L.316-1, credit institutions must appoint one or more ombudsmen chosen from within the institutions or from outside. The ombudsmen must be competent and impartial. The CECMC assesses their mediation activity and checks its compliance with conditions laid down in the Consumer code.¹⁸⁴ It draws up a list of registered ombudsmen. The CECMC shall refuse to register an ombudsman on the list if he or she does not meet the legal requirements set out in the Consumer Code. If a listed ombudsman no longer meets these requirements or does not comply with his or her obligations, the CECMC may decide to remove the person concerned from the list.¹⁸⁵ The competence of the CECMC with regard to ombudsmen is subject to an exception in the banking sector. It is up to the chairman of the financial sector advisory committee (“Comité consultative du secteur financier”, CCSF) to appoint the ombudsmen of credit institutions, finance companies, electronic money institutions, payment institutions,

¹⁸¹ See Law No. 2016-1547 of 18 November 2016 on the modernisation of justice for the 21st century, amended by the Law of 23 March 2019 on programming 2018-2022 and reform for justice.

¹⁸² Banking mediation should not be confused with credit mediation. The former is based on a legal provision and is aimed at all consumers, while the latter is based on a *sui generis* agreement between public authorities (the State, the Banque de France, the Instituts d'émission in the French overseas territories) and the banking sector represented by the French Banking Federation and the French Association of Financial Companies. Credit mediation is exclusively aimed at companies that encounter difficulties in financing their activities. Credit mediation is backed by the Banque de France. See BANQUE DE FRANCE, *Médiation du crédit*, 2023. URL: <https://mediateur-credit.banque-france.fr/mediation-du-credit/la-mediation-du-credit>.

¹⁸³ Art. 2 of Ordinance No. 2015-1033 of 20 August 2015 on the out-of-court settlement of consumer disputes, *JORF* 192 of 21 August 2015.

¹⁸⁴ Art. L.615-1 of the Consumer Code.

¹⁸⁵ Art. L.615-2 of the Consumer Code.

investment firms, insurance companies and insurance, banking and financial intermediaries that so request¹⁸⁶.

In the event of a dispute, customers may, but are not obliged to, request mediation from the company concerned. Any clause or agreement obliging a customer, in the event of a dispute, to resort to mediation before going to court is prohibited. Mediation is free of charge.

The competence of the Banking Ombudsman is broad but limited: he can deal with disputes with individuals who are not acting for professional purposes.¹⁸⁷ Disputes may concern banking transactions (e.g. deposit account management, credit transactions), savings products, investment services, payment services and financial instruments. The banking ombudsman is also competent for disputes relating to the marketing of insurance contracts, directly linked to a banking product or service distributed by the credit institution (loan insurance, means of payment insurance, etc.). For disputes relating to other areas of banking, the FBF Ombudsman can be contacted at.¹⁸⁸ Disputes concerning insurance contracts that are not related to the marketing of these contracts fall under the jurisdiction of the insurance ombudsman. Disputes relating to financial services and investments (such as shares, bonds, UCITS, etc.), investor information, order execution (timeframe, content), and securities account management problems fall within the exclusive jurisdiction of the Ombudsman of the French Financial Market Authority (“Autorité des Marchés Financiers”, AMF).

In banking matters, the competence of the ombudsman is not limited by the amount of the dispute.

Even if a request falls within one of the areas of competence of the banking ombudsman, it may be declared inadmissible for one of the following reasons¹⁸⁹:

- the consumer does not prove that he has previously tried to resolve his dispute directly with the trader by means of a written complaint in accordance with the procedures laid down in the contract, where applicable;
- the claim is manifestly unfounded or abusive;
- the dispute has been previously examined or is being examined by another mediator or by a court;
- the consumer has made his request to the ombudsman within more than one year from his written complaint to the trader.

The consumer is informed by the ombudsman, within three weeks of receipt of his or her file, of the rejection of his or her request for mediation.

The powers of banking ombudsmen remain well circumscribed and are defined in the Consumer Code. They only have the power of recommendation. The parties may therefore not adhere to their recommendations and subsequently take the matter to court.

More specifically, upon receipt of the documents on which the consumer's request is based, the ombudsman must notify the parties of his or her referral, either electronically or by ordinary mail. This notification must remind them that they may withdraw from the process at any

¹⁸⁶ Art. L.614-1 of the Monetary and Financial Code.

¹⁸⁷ Art. L.611-1, 1°, of the Consumer Code.

¹⁸⁸ Art. L.612-1 of the Consumer Code.

¹⁸⁹ Art. L.612-2 of the Consumer Code.

time.¹⁹⁰ The outcome of the mediation must take place, at the latest, within 90 days from the date of the notification. The ombudsman may extend this period at any time in the event of a complex dispute. In such cases, the ombudsman must immediately notify the parties¹⁹¹.

The ombudsman must communicate, at the request of one of the parties, all or part of the documents in the file. He may receive the parties together or separately. Mediation is subject to the obligation of confidentiality, unless the parties agree otherwise, in accordance with Article 21-3 of Act 95-125 of 8 February 1995 on the organisation of the courts and civil, criminal and administrative procedure. This means that the ombudsman's findings and the statements made during the mediation process cannot be disclosed to third parties nor invoked or produced in the context of a judicial or arbitration proceeding without the agreement of the parties. The principle of confidentiality has been confirmed in case law: "By its very nature, what is said before the 'ombudsman' does not have to be known by the judge, who is responsible for settling the dispute if the mediation fails."¹⁹²

If the parties fail to reach an amicable agreement, the ombudsman must propose a solution to the dispute. The proposed solution is communicated by simple mail or electronically. It should be noted that the banking ombudsman cannot intervene in the decision to grant credit, which is the sole responsibility of the bank. However, he may intervene in the event of difficulties in the implementation of financing and modifications affecting the examination of the file, the setting up of the loan, the life of the loan and, in general, all problems relating to incidents in the management of these loans.

The parties to the dispute are free to accept or refuse the proposed solution, especially since participation in mediation does not exclude the possibility of recourse to a judge. The ombudsman must also specify in the proposed solution the legal effects of its acceptance by the parties and set a time limit for acceptance or refusal. Mediation in consumer disputes is subject to the general rules on mediation set out in Act No. 95-125 of 8 February 1995, where they do not conflict with the specific regime.¹⁹³ As a result, the parties who reach an agreement can make it enforceable by having it approved by the judge competent to hear disputes in this area.¹⁹⁴

At the end of 2021, the number of ombudsmen established within or at a credit institution stood at 31 - plus two ombudsmen associated with a banking federation, out of a total of 91 ombudsmen listed by the CECMC¹⁹⁵.

The fact that the recommendations of the banking ombudsman are not binding does not prevent the Ombudsman from being heavily solicited by consumers. In 2014, more than 13,000 requests for assistance were received and more than 10,000 opinions were issued. The FBF ombudsman alone received nearly 3,000 letters.¹⁹⁶ Five years later, the number of mediation cases exceeds 1,000 in five credit institutions: LCL, Crédit Mutuel, Société Générale, CIC and Caisse d'Epargne Ile-de-France. Taking all banking ombudsmen together, the number of mediation

¹⁹⁰ Article R.612-2 of the Consumer Code.

¹⁹¹ Article R.612-5 of the Consumer Code.

¹⁹² Paris Court of Appeal, 14th Chamber Section A, 14 June 2006, No. 06/07235 - concerning the termination of the account agreement of a religious association by a credit institution.

¹⁹³ Art. L.611-2 of the Consumer Code.

¹⁹⁴ Article 1565 of the Code of Civil Procedure.

¹⁹⁵ COMMISSION D'EVALUATION ET DE CONTROLE DE LA MEDIATION ET DE LA CONSOMMATION, *Rapport d'activité 2019-2021*, 2022, p. 25.

¹⁹⁶ FRENCH BANKING FEDERATION, *The Ombudsman. Activity Report 2014*, 2015, p. 16

requests filed in 2019 reached 46,000¹⁹⁷. On the other hand, the number of cases declared inadmissible was nearly 34,000, or 73%.

Table 1. Credit institutions receiving more than 1,000 requests for mediation in 2019.

Establishment	Number of files submitted	Number of cases received at the mediation	Number of files on credit problems
LCL	3850	232	18
Mutual Credit	1791	355	n/a
CIC	1329	201	n/a
Caisse d'épargne Ile-de-France (BPCE)	1202	271	n/a
Société générale	3245	408	n/a

Source: CSSF, Report 2021. Banking and insurance mediation, 2022.

At the beginning of 2021, the Minister of the Economy, Finance and Recovery referred a request for an evaluation of the banking and insurance mediation mechanisms to the CCSF. At the same time, the Prime Minister asked parliamentarians to examine the “usefulness” of mediation in the banking sector. These two requests followed a series of criticisms made in particular by consumer associations concerning the lack of independence of banking ombudsmen appointed within or by credit institutions. In its assessment published in July 2021, the CCSF points to a series of malfunctions that could alter the effectiveness of mediation and the level of confidence that consumers have in this system. It is noted that many credit institutions have introduced a two-tiered complaints handling system that prevents consumers from having easy access to the mediation services. In order for a dispute to be eligible for mediation, customers must obtain a final response from their bank, which is only sent after two complaints (the first to the usual contact person, the second to the complaints department). The consequence of this system is to lengthen the investigation time and to make legitimate requests artificially inadmissible. Another negative element concerns the zeal of ombudsmen with regard to the credit institution: although ombudsmen are supposed to assess themselves whether the dispute falls within their competence, many of them tend to systematically request authorisation to act from credit institutions.¹⁹⁸ Among the recommendations made to improve banking mediation, the CCSF is in favour of concentrating the number of ombudsmen in the banking sector - particularly in cases where the institutions' ombudsmen handle a small number of requests each year (less than 50). The CCSF also recommends strengthening the independence regime for ombudsmen, both in terms of the appointment and renewal process. To reduce the risk of conflicts of interest, a three-year waiting period should be imposed on any candidate appointed as an ombudsman in a credit institution where he or she was previously employed. Proposals also concern the procedure for referring cases to the ombudsman and the acceleration of deadlines.

As for the parliamentary mission entrusted by the Prime Minister, no report has been published to date.

¹⁹⁷ CCSF, *Rapport 2021 La médiation bancaire et de l'assurance*, 2022, p. 54.

¹⁹⁸ CCSF, *Report 2021...*, *op. cit.*

2. Mediation in non-discrimination matters (HALDE, Defender of Rights)

The High Authority against Discrimination and for Equality (HALDE) was an independent administrative authority, created by Law No. 2004-1486 of 30 December 2004¹⁹⁹ transposing Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. It was competent “to deal with all direct or indirect discrimination prohibited by law or by an international commitment to which France is a party”. Its powers were strengthened by Law No. 2006-396 of 31 March 2006 on equal opportunities. It was succeeded by the Defender of Rights, who took over its missions in 2011.²⁰⁰ It is the “competent national authority” according to the anti-discrimination directives.²⁰¹

The Defender of Rights is an independent administrative authority with general competence to “combat direct or indirect discrimination prohibited by law or by an international commitment duly ratified or approved by France, and to promote equality”. Unlike the HALDE, its status is guaranteed by the Constitution, in Article 71-1.²⁰²

In carrying out his duties, the Defender of Rights benefits from a particularly elaborate independence regime. Appointed by the President of the Republic for 6 years, he must respect a series of incompatibilities during his mandate: he cannot be a member of a series of institutions (Government, Constitutional Council, Superior Council of the Magistracy, Economic, Social and Environmental Council) or hold an elective mandate. Furthermore, the Defender of Rights does not receive or request any instructions in the exercise of his powers. Neither he nor his deputies may be prosecuted, sought after, arrested, detained or judged for opinions they express or acts they perform in the exercise of their duties.²⁰³

To ensure that everyone’s rights and freedoms are respected, the Defender of Rights has two means of action: on the one hand, he deals with the individual requests he receives in law, and on the other, he carries out actions to promote equality.

With regard to individual applications, the Defender of Rights may be approached free of charge by any person who considers himself or herself to be a victim of direct or indirect discrimination, as well as by any association whose main purposes are to combat discrimination or assist victims of discrimination. The Defender of Rights can also refer cases to himself or be referred to by the beneficiaries of a person whose rights and freedoms have not been respected.

When the Defender of Rights finds that discrimination has occurred, he may issue individual recommendations for the compensation of the victim, proceed to the amicable resolution of disputes through mediation²⁰⁴ or propose to the perpetrator a civil settlement consisting in the payment of compensation to the victim.²⁰⁵ The Defender’s recommendations are not binding and

¹⁹⁹ *JORF* 304 of 31 December 2004 - text n° 3.

²⁰⁰ Organic Law No. 2011-333 of 29 March 2011, *JORF* 75 of 30 March 2011; Law No. 2011-334 of 29 March 2011 on the Defender of Rights, *JORF* 75 of 30 March 2011. The Defender of Rights has also taken over the missions of the Children’s Defender, the Ombudsman of the Republic and the National Commission on Security Ethics.

²⁰¹ See Art. 13 of Directive 2000/43/EC, *supra*. Article 13 of Directive 2000/43/EC, cited above.

²⁰² This provision was inserted into the Constitution by Article 44 of the Constitutional Act No. 2008-724 of 23 July 2008 on the modernisation of the institutions of the Fifth Republic, *JORF* of 24 July 2008.

²⁰³ Article 3 of the above-mentioned Organic Law No. 2011-333.

²⁰⁴ Article 26 of the aforementioned Organic Law No. 2011-333.

²⁰⁵ Articles 28 IV and 32 of the aforementioned Organic Law No. 2011-333.

do not give any rights to the persons in whose favour they are adopted.²⁰⁶ Even though recommendations have a general scope, they are not administrative acts that can be challenged on the grounds of misuse of power.²⁰⁷ In addition to adopting recommendations, the Defender of Rights can also transmit to the Public Prosecutor's Office the facts of discrimination of which he is aware, but he can also propose a penal transaction to the author of such facts.²⁰⁸ If the settlement is refused or not implemented, the Defender of Rights can initiate public proceedings by means of a direct summons.²⁰⁹ The mediation carried out by the Defender of Rights is subject to an obligation of confidentiality: the findings made and the statements collected during the mediation may not be produced or invoked subsequently in civil or administrative proceedings without the consent of the persons concerned, unless disclosure of the agreement is necessary for its implementation or if reasons of public order require it.²¹⁰

The Defender of Rights has many powers to investigate applications submitted to him. He can collect all the information that will allow him to have a thorough knowledge of the situation. In this respect, he can ask the respondent for simple explanations by letter, but he can also, under the judge's supervision, use more restrictive means: summoning the respondent to a hearing or carrying out an on-site inspection on the premises of a company, on public transport, etc.²¹¹ In these various cases, a report is drawn up by the Defender of Rights' lawyers. The Defender of Rights also has a more unusual power when investigating a case of discrimination: he can implement a situation testing procedure which can be considered as a form of evidence. The principle of adversarial proceedings is binding on the Defender of Rights throughout the procedure.

In practice, recourse to the Rights Defender by older people who feel discriminated against remains very low. In 2020, the Defender of Rights received less than 200 complaints from retired or inactive persons aged 60 or over. In this population, the share of complaints about discrimination is 2% of all complaints. Requests concerning discrimination in access to credit are even rarer: only two since the beginning of the Defender's activity.²¹² These figures show that victims have little recourse to have their rights recognised, either because they are unaware of their rights or of the mediation procedure, or because they have given up on their rights and are unwilling to initiate a procedure to challenge them.²¹³

²⁰⁶ Bordeaux Administrative Court of Appeal, 4th Chamber, 24 November 2020, No. 19BX04565.

²⁰⁷ Council of State, 22 May 2019, no. 414410. For a different perspective, where the Conseil d'Etat granted the appeal against the recommendation of the Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) - also an independent administrative authority: Conseil d'Etat, 13 May 2019, France Télévisions, No. 421779. The difference in approach between independent administrative authorities lies in the sanctioning powers each has to support their recommendations. The CSA can impose administrative fines on the media under its control. In contrast, the Defender of Rights can only take reputational measures in the form of publicising his recommendations.

²⁰⁸ Article 28 II of the aforementioned Organic Law No. 2011-333.

²⁰⁹ Article 28 IV of the aforementioned Organic Law No. 2011-333.

²¹⁰ Article 26 of the aforementioned Organic Law No. 2011-333.

²¹¹ Articles 18 to 23 of Organic Law No. 2011-333, cited above.

²¹² See also the above-mentioned Deliberations 2016-236 and 2018-099. Deliberations 2016-236 and 2018-099, cited above. We should also add the deliberation adopted by the HALDE 2008-177.

²¹³ DEFENDER OF RIGHTS, *Difficulties in accessing rights and discrimination linked to advanced age*, October 2021, p. 5.

3. Other organisations interested in age-related banking issues

3.1. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)

The ACPR is responsible for the supervision of prudential rules by credit institutions. In this context, its supervision includes commercial practices, account rights and internal control measures (including credit risk assessment). In 2010, the ACPR set up a “joint unit” with the AMF to ensure the protection of customers in the banking, insurance and financial sectors. This mission includes identifying, as early as possible, the main risks to which customers could be exposed and ensuring that their interests are always taken into account by professionals.²¹⁴ The work of the ACPR and the AMF is part of the implementation of the eight public policy principles approved by the G20 subgroup in charge of financial inclusion (*Global Partnership for Financial Inclusion*, GPMI) at the G20 meeting in Fukuoka (2019). A working group bringing together representatives of the various players in the financial centre was set up in 2019 to work on various issues related to financial inclusion, in particular for “seniors”. The work is focused on the financial field.

The various studies carried out within the framework of the “Pôle commun”²¹⁵ show that the concept of “senior citizen” is understood in different ways by credit institutions, even though it is the cornerstone of many schemes. It is noted that for the sake of simplification, and despite the risk of categorisation, bankers and insurers choose a cut-off age at which a person is considered “senior”: over 77, over 80 or over 85. This threshold age is used to define a number of internal procedures. For example, clients aged 75 and over must, in some credit institutions, be subject to a reinforced warning procedure: they can take out contracts but must sign an additional document. Similarly, beyond the age of 85, most credit institutions no longer approach them. According to the ACPR and the AMF, although these procedures are part of a voluntary and positive approach aimed at better protecting the elderly, they are not systematically respected by advisers and are not monitored by the compliance departments. In these cases, institutions run the risk of age discrimination by automatically limiting the sale of certain products to a certain age.

In addition, various inspections carried out by the ACPR in recent years have shown that :

- loans can be granted to people who own a property but are excluded from traditional credit access schemes, notably senior citizens;
- measures had been adopted in the credit underwriting process for people over 75 years of age, such as the submission of a medical certificate relating to the cognitive capacities of the loan applicant and/or the agreement of the heirs to the planned transaction.

3.2. Inclusion Observatory

²¹⁴ Communication from the ACPR-AMF to professionals in the insurance, banking and financial sector on the marketing of financial products to vulnerable elderly persons, Paris, 8 April 2021. URL: https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20210408_communication_professionnels_commercialisation_produits_financiers_seniors_vulnerables.pdf.

²¹⁵ See the joint ACPR/AMF study, Marketing practices and ageing populations, December 2018. Joint ACPR/AMF study, *Marketing practices and ageing populations*, December 2018. URL: https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/181212_rapport_acpr_amf.pdf; DEVILLE C., *Pratiques commerciales et populations vieillissantes - Rapport final* (study published as part of the work of the “Pôle commun” ACPR/AMF. Paris: SciencesPo, Université Paris Dauphine, February 2023. URL: https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20230210_rapport_academique_vf.pdf.

The Inclusion Observatory, which is attached to the Banque de France, is tasked with monitoring the practices of credit institutions in terms of banking inclusion, particularly with regard to financially fragile populations.²¹⁶ Its creation is one of the important measures of the *Multiannual Plan to combat poverty and social inclusion*, adopted in 2013. In order to contribute effectively to the reduction of financial insecurity, the Observatory must help identify relevant responses to the difficulties encountered by part of the population in accessing banking services.²¹⁷ To this end, the Observatory is responsible for collecting information on access to banking services for individuals not acting for professional purposes, on the use that these individuals make of these banking services and on the initiatives of credit institutions in this area. It is also responsible for defining, producing and analysing indicators relating to banking inclusion, in particular with a view to assessing changes in the practices of credit institutions in this area.

The situation of financial fragility of a client of a credit institution is assessed on the basis of objective criteria. A customer is considered financially fragile if he or she meets one of the following conditions:

- he accumulates five irregularities or payment incidents in a single month;
- his over-indebtedness file is being processed;
- he or she is registered for three consecutive months in the Banque de France file centralising cheque payment incidents.

No significant study by the Observatory has so far specifically addressed the situation of older people in terms of financial vulnerability. The population categories belonging to the 65-74 and 75+ age groups are those with the lowest rate of over-indebtedness (below 5%).²¹⁸

3.3. Household Credit Observatory

Formerly known as the “Observatoire de l’endettement” des ménages (OEM), the Household Credit Observatory (“Observatoire des crédits aux ménages”, OCM) was created by the French banking sector in 1989 to study the behaviour of households with regard to credit. It is attached to the French Banking Federation. Each year, it produces a report based on a survey of several thousand households. The report examines the evolution of credit applications among households, the nature of the credits, their purpose, and the credit distribution networks. It does not break down these data by age group.

3.4. National Consumer Institute

The National Consumer Institute (INC) is a national public institution of an industrial and commercial nature, created in 1966. Its organisation and missions are defined in the Consumer

²¹⁶ Law 2013-672 of 26 July 2013 on the separation and regulation of banking activities; and Decree 2014-737 of 30 June 2014 on the Banking Inclusion Observatory.

²¹⁷ Art. 56,

²¹⁸ BANQUE DE FRANCE, *Enquête typologique sur le surendettement des ménages en 2022*, February 2023.

According to this survey, the vast majority of over-indebtedness concerns people of working age: 83% of overindebted people are aged between 25 and 64 - although this age group represents only 63% of the population.

Code.²¹⁹ Placed under the supervision of the Minister for Consumer Affairs, the INC is a centre for research, information and study on consumer problems. Its main objectives are to :

- provide technical support to consumer organisations,
- to collect, produce, analyse and disseminate information, studies, surveys and trials,
- implementing information, communication, prevention, training and education campaigns on consumer issues for the general public, as well as for the professional and community groups concerned

As part of its work, the INC publishes the monthly magazine *60 millions de consommateurs*, which has a circulation of over 100,000, and produces short original programmes that are broadcast on public television channels. To our knowledge, the INC has not addressed the issue of age discrimination in banking in its work.

3.5. National consumer associations registered with the National Consumer Institute

UFC-Que Choisir and *CLCV* (Association nationale des consommateurs et usagers, Consommation Logement Cadre de Vie) are two non-profit associations whose purpose is to defend consumers. They are approved by the INC as representative national associations. As part of their mission to support consumers in their dealings with professionals, they can :

- make an initial approach to the professional in question to ask for an explanation of the dispute;
- in the event of no reply, or an unsatisfactory reply, to send a letter on behalf of the consumer, setting out in particular the state of the law applicable to the dispute and inviting the trader to accept an amicable solution;
- if this approach fails, provide information to the consumer on the remedies available, whether judicial (competent courts) or extrajudicial (competent mediators).

While *UFC-Que choisir* occasionally addresses certain difficulties encountered by older people (access to housing, care facilities...), to our knowledge, it has not conducted any substantial study on the issue of age discrimination in banking.

As regards the *CLCV*, it is a national association that exclusively defends the specific interests of consumers and users. The *CLCV* federates a network of nearly 360 local associations and has 31,000 members. The *CLCV* acts on complementary levels: it assists individuals in settling their personal disputes, informs them, defends the collective interests of consumers and users with national and European public authorities, participates in the drafting of consumer legislation and monitors its application. It also offers consumers and users who want to take action the possibility of grouping together to defend their interests and, more broadly, to become involved in all issues relating to consumption, housing and the living environment. The *CLCV* is authorised to act in the collective interest of consumers before the competent courts.

3.6. Anti-racism association: SOS Racism

SOS Racisme is a non-profit association created in 1984 with the aim of fighting racism, antisemitism and, more broadly, all forms of discrimination. As part of its activities, it organises awareness-raising activities on the issue of racism and discrimination, organises tests to identify discriminatory practices, and participates in the production of studies and reports. It regularly

²¹⁹ Art. L.822-1 to L.823-2 of the Consumer Code.

acts as a civil party in court for accusations of racist acts. Between 2015 and 2017, it took part in the DIAMANT study, the purpose of which was to measure discrimination in seven different areas, including consumer credit. The study was conducted by a CNRS research laboratory. The study characterises a more favourable treatment of people in the 35-45 age group²²⁰.

²²⁰ See L'Horty Y., Bunel M., Mbaye S. et al. L'HORTY Y., BUNEL M., MBAYE S. et alii, "Discriminations dans l'accès à la banque...", *op. cit.*

Bibliography

- ACPR/AMF, *Marketing practices and ageing populations*, December 2018. URL: https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/181212_rapport_acpr_amf.pdf.
- NATIONAL ASSEMBLY, Report on behalf of the Constitutional Law Commission on the bill (No. 1732) creating the HALDE, by Mr Pascal Clément, No. 1827, submitted on 22 September 2004.
- _____, Report on behalf of the Committee on Cultural, Family and Social Affairs on the draft law (No. 514) *on various provisions for adapting to Community law in the field of anti-discrimination*, No. 695, 6 February 2008.
- _____, Report on behalf of the Committee on Constitutional Law on the draft law (No. 3204) by Mr Jean-Michel Clément and Mr Jean-Yves Le Bouillonnet, No. 3726, 6 May 2016
- BANQUE DE FRANCE, *Enquête typologique sur le surendettement des ménages en 2022*, February 2023.
- _____, *Credit Mediation*, 2023. URL: <https://mediateur-credit.banque-france.fr/mediation-du-credit/la-mediation-du-credit>.
- _____, *Bank Secrecy*, 28 September 2022. URL: <https://particuliers.banque-france.fr/info-banque-assurance/compte/secret-bancaire>.
- _____, *The National Register of Household Credit Repayment Incidents*, November 2018. URL: https://particuliers.banque-france.fr/sites/default/files/media/2021/12/22/654ta18_818235_depliant_ficp_web-en.pdf.
- CCSF, *Rapport 2021 La médiation bancaire et de l'assurance*, 2022, p. 54.
- CHHUM F. and MERMET GUYENNET M., "Discrimination: compensation by the Clerc method, the principle of full reparation", *Village de la Justice*, 17 January 2020. URL: <https://www.village-justice.com/articles/indemnisation-discrimination-par-methode-clerc-principe-reparation-integrale,33497.html>.
- COMEDD, *Report of the Committee for the Measurement of Diversity and the Evaluation of Discrimination*, chaired by Mr François Héran, *Inégalités et discriminations. Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*. Paris: La Documentation française, February 2010.
- COMMISSION D'ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE DE LA MÉDIATION ET DE LA CONSOMMATION, *Rapport d'activité 2019-2021*, 2022, p. 25.
- DEFENDER OF RIGHTS, *Difficulties in accessing rights and discrimination linked to advanced age*, October 2021, p. 5.
- _____, Memento on combating trade union discrimination in private employment, September 2019. URL: https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/memento_sur_les_discriminations_syndicales_dans_emploi_prive.pdf.
- DEVILLE C., LAZARUS J. and ROZIER S., *Pratiques commerciales et populations vieillissantes - Rapport final* (Etude du "Pôle commun" de l'ACPR et de l'AMF), February 2023. URL: https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20230210_rapport_academique_vf.pdf.
- DEVILLE C., *Pratiques commerciales et populations vieillissantes - Rapport final* (study published as part of the work of the Pôle commun de l'Autorité des marchés financiers (AMF) and the Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). Paris: SciencesPo, Université Paris Dauphine, February 2023.
- DRÉANO M., *La non-discrimination en droit des contrats*, PhD thesis in private law, University of Poitiers, defended on 5 November 2016.
- EBER N., "Sélection de la clientèle et exclusion bancaire", *Revue d'économie financière*, 2000, n° 58, p. 79-96.
- FRENCH BANKING FEDERATION, *The Ombudsman. Activity Report 2014*, 2015, p. 16
- L'HORTY Y., BUNEL M., MBAYE S. et alii, "Discriminations dans l'accès à la banque et à l'assurance : Les enseignements de trois testings", *Revue d'économie politique*, 2019/1, vol. 129, p. 49-78.
- LOCHAK D., "Loi du marché et discrimination", in D. BORILLO, *Lutter contre les discriminations*. Paris: La Découverte, 2003.
- ROBINEAU M., "Sélection des risques et discriminations en droit des assurances", in LECA A. and VIRIOT-BARRIAL D. (eds), *Santé et discriminations*. Bordeaux: Les Etudes hospitalières, 2010.

ROUHETTE, G., "Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations", *Revue des contrats*, 2007, n° 4, p. 1371.

SALGUEIRO A., *Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur*, Thesis in private law, Université Clermont I - Université d'Auvergne, defended on 13 September 2004.

SENATE, Information report of 22 January 2013, drawn up on behalf of the Committee on Economic Affairs, the Committee on Constitutional Law, the Committee on Social Affairs and the Committee on Finance by the working group on the national register of loans to individuals, 2012-2013 session, No. 273, p. 104.

UFC-QUE CHOISIR, *Crédit à la consommation: les établissements discrédités*, April 2012. Available at: <http://www.quechoisir.org/argent-assurance/banque-credit/credit/etude-campagne-credit-consommation-les-etablisements-discredites>

VAUPLANE (de) H., "Les banques et la discrimination", *Revue de droit bancaire et financier*, 2013, n° 1, p. 1-7.