

Klingelhöferstraße 4 • 10785 Berlin
Telefon 030 / 59 00 91 500 • Telefax 030 / 59 00 91 501
Postfach 30 30 79 • 10730 Berlin

Friedrichstraße 83 • 10117 Berlin
Telefon 030 / 20225-5381 • Telefax 030 / 20225-5385
Postfach 11 01 80 • 10381 Berlin

Bundesministerium für Justiz
und Verbraucherschutz
Herrn Wolfgang Dr. Rühl
Leiter des Referats I b 2
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Berlin, 13. Februar 2015

Per email: ruehl-wo@bmj.bund.de

Stellungnahme zu dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-Richtlinie

Sehr geehrter Herr Dr. Rühl,

wir bedanken uns für die Möglichkeit der Stellungnahme zu dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Wohnimmobilienkredit-Richtlinie und nehmen gerne die Gelegenheit wahr, zu einzelnen Themen Stellung zu nehmen.

A. Änderungen im BGB

I. Anwendungsbereich

1. Abgrenzung Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag und Verbraucher-Immobiliardarlehensvertrag § 491 Abs. 2, 3 BGB-E

Nach heute bestehendem Recht gelten durch den Verweis des § 503 BGB auf § 7 Abs. 3 – 5 BSpkG die nicht grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen der Bausparkassen als Immobiliardarlehen. Dabei handelt es sich um die Darlehen gegen Ersatzsicherheiten (§ 7 Abs. 3 BSpkG), die Darlehen gegen Negativattest (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 BSpkG), die Blankodarlehen (§ 7 Abs. 4 Nr. 2 BSpkG) und die Darlehen an öffentliche Körperschaften (§ 7 Abs. 5 BSpkG).

Dies bedeutet heute, dass Bausparkassen diese Darlehen rechtlich genauso behandeln müssen wie grundpfandrechtlich gesicherte Darlehensverträge. § 503 Abs. 1 BGB stellt klar, dass auf diese Verträge die folgenden Vorschriften für Verbraucherdarlehensverträge nicht angewendet werden müssen;

- § 497 Abs. 2 und 3 S. 1,2,4 und 5 BGB (Regelungen zum Verzug),
- § 499 BGB (Unwirksamkeit der Vereinbarung von bestimmten Kündigungsrechten des Darlehensgebers),
- § 500 BGB (vorzeitiges Kündigungsrecht des Darlehensnehmers bei einem Verbraucherdarlehensvertrag),
- § 502 BGB (Beschränkung der Vorfälligkeitsentschädigung auf 1 oder 0,5 % des vorzeitig zurückgezahlten Betrages).

Im Übrigen muss für Verbraucherdarlehen das Informationsblatt nach der Verbraucherkreditrichtlinie (Art. 247 § 2 i.V.m. Anlage 4 EGBGB) und für Immobiliardarlehensverträge das ESIS nach dem Europäischen Verhaltenskodex (Art. 247 Abs. 2 iVm Anlage 6 EGBGB) übergeben werden.

2. Begründung für die Beibehaltung des Verweises in § 503 auf § 7 Abs. 3 – 5 BSpkG

Nach Artikel 3 Abs. 1 a) gilt die Richtlinie für Kreditverträge, die mit einem Grundpfandrecht bzw. durch eine vergleichbare Sicherheit, die in einem Mitgliedstaat gewöhnlich für Wohnimmobilien genutzt wird, besichert sind. Unserer Auffassung nach ist deshalb die aktuelle Definition des Immobiliardarlehens in § 503 Abs. 1 BGB mit der Verweisung auf § 7 Abs. 3 bis 5 des BSpkG zutreffend und ausreichend, so dass eine Änderung dieser Vorschrift nicht erforderlich ist.

In Bezug auf die bereits mehrfach angesprochene Problematik der Einbeziehung der Darlehen von Bausparkassen nach § 7 Abs. 4 Ziffer 2 BSpkG in den Anwendungsbereich des § 503 BGB bedarf es auch im Rahmen der Umsetzung dieser Richtlinie keiner Änderung, da solche Darlehen durchaus mit der Definition der gewöhnlich für Wohnimmobilienkredite genutzten vergleichbaren Sicherheiten vereinbar sind.

Bereits seit dem Inkrafttreten des Bausparkassengesetzes im Jahr 1973 stellt § 7 Abs. 4 Ziffer 2 BSpkG diese Kredite den Darlehen mit den anderen „üblichen“ Sicherheiten gleich. Grundgedanke des § 7 Abs. 3 bis 5 BSpkG ist, dass Bausparkassen als Spezialkreditinstitute aufsichtsrechtlich verpflichtet sind, wohnwirtschaftliche Darlehen nur gegen grundpfandrechtliche Absicherung zu vergeben. Der grundpfandrechtlichen Absicherung nach dem Bausparkassengesetz steht es aber gleich, wenn entweder ausreichende anderweitige Sicherheiten gestellt werden (Ersatzsicherheiten im Sinne des § 7 Abs. 3 BSpkG) oder wegen der geringen Höhe des Darlehensbetrags eine dingliche Absicherung nicht erforderlich erscheint (sog. Negativdarlehen = Darlehen gegen „Negativattest“ oder sog. Blankodarlehen = Kleindarlehen ohne Absicherung). Auch in der Kommentarliteratur wird anerkannt, dass diese nicht grundpfandrechtlich gesicherten Bausparkassenkredite den grundpfandrechtlich abgesicherten Immobiliarkrediten des § 503 BGB gleichgestellt sind (Bülow/Artz in „Verbraucherkredit“, 7. Auflage, § 503 S. 562 ff.)

Eine Änderung des § 503 Abs. 1 BGB würde zudem gegen die aufsichtsrechtlichen Vorgaben des BSpkG verstoßen, da Bausparkassen dann – obwohl sie es gar nicht dürften – Verbraucherdarlehen vergeben würden. Im Übrigen würden sich diese Darlehen zulasten der Verbraucher verteuern. Dies widerspräche aber gerade der gesetzgeberischen Intention, bei Bausparkassendarlehen bis 30.000 Euro von dem Grundsatz der grundpfandrechtlichen Besicherung zur Vermeidung von Kosten für den Verbraucher abzusehen. Im Übrigen wäre nicht nachzuvollziehen, dass aufgrund der Formulierung in der Richtlinie „*oder üblicherweise in dem Mitgliedstaat verwendete Sicherheit*“ in Frankreich beispielsweise eine Garantierklärung als gleichwertig zur Hypothek anerkannt wird und in Deutschland bewährte aufsichtsrechtliche Regelungen für Spezialkreditinstitute dadurch außer Kraft gesetzt werden.

3. Änderungen durch den RefE

Künftig würde mit der Umsetzung des RefE die Gleichstellung der Darlehen der Bausparkassen mit den grundpfandrechtlich gesicherten Darlehen in § 503 Abs. 1 BGB ersatzlos gestrichen. Das BGB würde dann nur noch zwischen einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag und einem Verbraucher-Immobiliardarlehensvertrag in § 491 Abs. 2, 3 BGB-E differenzieren. Dabei ist das Abgrenzungskriterium für den Immobiliar kredit nach § 491 Abs. 3 BGB-E ausschließlich die Besicherung durch ein Grundpfandrecht oder die Verwendung des (nicht grundpfandrechtlich gesicherten) Darlehens für den Erwerb oder die Erhaltung von Eigentum an Grundstücken, an bestehenden oder zu errichtenden Gebäuden oder für den Erwerb oder die Erhaltung von grundstücksgleichen Rechten.

4. Problem für die Bausparkassen

Durch die ersatzlose Streichung des Verweises in der neuen Begriffsdefinition des Immobiliar-Verbraucherdarlehens in § 491 Abs. 3 BGB-E hätten die Bausparkassen nun zwei unterschiedliche Regime einzuhalten und ggfs. die Konditionen für die nicht grundpfandrechtlich gesicherten Kredite wegen der Option der vorzeitigen Rückzahlung entsprechend anders zu kalkulieren. Ferner müssten sie dafür Sorge tragen, dass bereits in der vorvertraglichen Phase das richtige Informationsblatt übergeben wird, obwohl zu diesem Zeitpunkt unbekannt ist, ob das Darlehen aufgrund der aufsichtsrechtlichen Regeln für die Bausparkasse grundpfandrechtlich besichert oder nicht grundpfandrechtlich besichert vergeben werden kann. Neben der grundsätzlichen Verpflichtung der grundpfandrechtlichen Absicherung der Darlehen der Bausparkassen, haben diese auch die aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Einhaltung der vorgeschriebenen Kontingente nach § 6 BSpkVO zu beachten, obwohl bei der Anbahnung eines Darlehensvertrages noch nicht eindeutig feststeht, um welche Darlehensart es sich letztlich handeln wird. Dies hat neben der Erfüllung unterschiedlicher Informationspflichten mit der möglichen Konsequenz eines ewigen Widerrufsrecht auch Auswirkungen auf die Frage, welcher Vermittler das jeweilige Darlehen vermitteln durfte (§ 34c oder § 34i GewO-E).

5. Abgrenzungsprobleme bestehen dadurch auch bei der Anschlussfinanzierung durch nicht grundpfandrechtlich abgesicherte Darlehen der Bausparkassen

Neben den bereits angesprochenen Konstellationen ergeben sich in folgenden Fällen im Hinblick auf die Abgrenzung von Allgemein-Verbraucherdarlehens- und Verbraucher-Immobiliardarlehensverträgen insbesondere für die Bausparkassen weitere erhebliche Rechtsunsicherheiten:

- Welches Regime ist anwendbar, wenn bei einer echten Anschlussfinanzierung eines bereits grundpfandrechtlich gesicherten Darlehens der von der Bausparkasse vergebene Kredit nicht grundpfandrechtlich gesichert ist?
- Wird durch eine weite Sicherungszweckerklärung des ersten Darlehens das zweite ungesicherte Darlehen zu einem gesicherten Immobiliardarlehensvertrag?
- Spricht für diese Annahme auch, dass der ungesicherte Anschlusskredit den Eigentumserwerb (gem. § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E) wegen der Fortführung des steuerrechtlichen Eigentumserwerbs mit umfasst und es sich somit um ein Verbraucher-Immobiliardarlehensvertrag handelt?
- Folgt aus § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E auch, dass eine weite Sicherungszweckerklärung einen Überziehungskredit zu einem Immobiliardarlehensvertrag macht?

Zu diesen und weiteren Fragen müssten im Gesetzgebungsverfahren entsprechend Klarstellungen erfolgen, falls es bei der ersatzlosen Aufhebung der Verweisung in § 503 Abs. 1 BGB auf § 7 Abs. 3 - 5 BSpkG bleiben sollte.

6. Vorschlag

Wir plädieren daher dafür, in der Definition des Verbraucher-Immobiliardarlehensvertrages in dem neuen § 491 Abs. 3 BGB-E durch einen Verweis auf § 7 Abs. 3 – 5 BSpkG klarzustellen, dass sämtliche von Bausparkassen angebotenen Darlehensverträge keine Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge sind und dass die Gleichstellung der Darlehen nach § 7 Abs. 3 – 5 BSpkG erhalten bleibt.

Zu diesem Zweck wird angeregt, § 491 Abs. 3 um folgenden Satz 5 zu ergänzen:

„Darlehen nach § 7 Abs. 3 – 5 BSpkG sind Verbraucher-Immobiliardarlehensverträge nach Abs. 3.“

Lediglich hilfsweise regen wir an, dass sämtliche sich aus der neuen Definition ergebenden Zweifelsfälle klargestellt werden müssen. So sollte im Zweifel ein solches Darlehen immer ein Immobiliardarlehensvertrag sein.

Daher schlagen wir vor, in diesem Zusammenhang in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass eine Umschuldung eines Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrages den in § 491 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BGB-E bezeichneten Zweck bzw. Charakter immer fortsetzt und somit die rechtliche Einordnung an den ursprünglichen Charakter des Darlehens anknüpft.

Ferner sollte in § 491 Abs. 3 als Satz 6 zur Klarstellung hinzugefügt werden;

„Für die rechtliche Einordnung des Vertrages ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich.“

Ferner sollte § 491 Abs. 3 Nr. 1 wie folgt ergänzt werden;

*„1. durch ein Grundpfandrecht **ganz oder teilweise** besichert sind,“*

II. Vorzeitige Rückzahlung des Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrages nach § 500 Abs. 2 S. 2 BGB-E

1. Geltendes Recht

Nach aktuell geltendem Recht kann ein Immobiliendarlehensvertrag grundsätzlich nach Ablauf von zehn Jahren unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten vom Darlehensnehmer gekündigt werden (§ 489 Abs. 1 Nummer 2 BGB). Daneben kann der Darlehensnehmer sein Darlehen nach § 490 Absatz 1 BGB außerordentlich kündigen. Dies setzt heute schon ein berechtigtes Interesse voraus. Der Regelfall ist das Bedürfnis des Kunden zur anderweitigen Verwertung des Grundstückes insbesondere durch Verkauf aus geschäftlichen oder privatem Grund (Umzug, Geldbedarf, Scheidung, vgl. Palandt 71. Auflage, § 490 Rz. 6). Im Übrigen sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Auch das allgemeine Schuldrecht sieht in § 314 Abs. 1 BGB für Dauerschuldverhältnisse bei wichtigen Gründen ein Kündigungsrecht vor.

2. Neues Kündigungsrecht bei berechtigtem Interesse

§ 500 Abs. 2 S. 2 BGB-E führt nun für Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge ein Recht zur vorzeitigen Rückzahlung ein, wenn der Kunde ein „berechtigtes Interesse“ hat. Der Begriff des „berechtigten Interesses“ wird in Erwägungsgrund 66 der Richtlinie 2014/17/EU dahingehend beschrieben, dass dies beispielsweise bei Scheidung oder Arbeitslosigkeit angenommen werden kann. Diese Erwägung wird auch in der Gesetzesbegründung für den RefE wiedergegeben. Danach soll sich die Interpretation des Begriffs des „berechtigten Interesses“ an der Rechtsprechung zum heutigen § 490 Abs. 2 BGB orientieren. Die Richtlinie sieht allerdings diese Einschränkung gar nicht so explizit vor, sondern formuliert in Art. 25 Abs. 2 nur, dass die Mitgliedstaaten die Ausübung des Rechts auf

vorzeitige Rückzahlung an bestimmte Bedingungen knüpfen können. Nach Abs. 5 können die Mitgliedstaaten die Ausübung dieses Rechts bei einer festen Sollzinsvereinbarung von einem berechtigten Interesse abhängig machen, müssen dies aber nicht.

Letztlich sehen wir das Risiko, dass der offene Rechtsbegriff des „berechtigten Interesses“ künftig europarechtlich durch den EuGH nach dem üblichen Grundsatz des „effet utile“ interpretiert wird und somit mehr als die bislang im deutschen Recht anerkannten Fälle umfasst. Wir schlagen daher vor, § 500 Abs. 2 S. 2 BGB-E um folgenden neuen Halbsatz zu ergänzen:

„ und dieses das Festhalten am Vertrag für den Darlehensnehmer unzumutbar erscheinen lässt“.

Mit einer derartigen Präzisierung wird deutlich, dass im Immobilien-Verbraucherdarlehensrecht der allgemeine Grundsatz des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und der bislang abgeleitete Anspruch auf Vertragsaufhebung kodifiziert und damit Rechtssicherheit für beide Vertragsparteien geschaffen wird. Europarechtlich ist dies nach Art. 25 Abs. 2 und 5 Richtlinie 2014/17/EU zulässig.

3. Nichtanwendbarkeit des § 502 BGB auf Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge

Nach heute geltendem Recht findet § 502 BGB wegen der Ausnahme in § 503 Abs. 1, 1. HS BGB keine Anwendung auf Immobiliendarlehensverträge. Dies soll sich nun aufgrund der ersatzlosen Streichung des bisherigen Regelungsinhalts des § 503 BGB ändern. Ungeachtet einer entsprechenden Vorgabe in der Richtlinie ist die Vorfälligkeitsentschädigung nun ausgeschlossen, wenn die Rückzahlung aus den Mitteln einer Versicherung bewirkt wird, die auf Grund einer entsprechenden Verpflichtung im Darlehensvertrag zur Sicherung der Rückzahlung abgeschlossen wurde, oder wenn im Vertrag die Angaben über die Laufzeit des Vertrags, das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers oder die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung unzureichend sind.

Wir plädieren dafür, dass der bisher nicht auf Immobiliendarlehensverträge anwendbare § 502 BGB auch weiterhin nicht für diese Darlehensart Anwendung findet.

4. Kündigungserklärung weiterhin vorsehen

Durch die neue Formulierung in § 500 Abs. 2 S. 2 BGB-E ist nun eine Kündigungserklärung für die Ausübung des Rechts auf vorzeitige Rückzahlung nicht mehr erforderlich. Dies führt aber zu massiven praktischen Problemen, wenn der Verbraucher nun durch Überweisung eines Geldbetrages irrtümlich oder faktisch das Darlehen insgesamt oder teilweise tilgt. Dabei stellen sich folgende Fragen;

- Muss der Kreditgeber dann von einer Kündigung oder Teilkündigung ausgehen?

- Als was würde dann die Überweisung eines Geldbetrages eines Darlehensnehmers von einem anderen Konto als dem, welches dem Kreditgeber bekannt ist, gewertet?

Die bisherige Anforderung im deutschen Recht, dass ein unbefristetes Dauerschuldverhältnis stets durch Kündigung beendet wird und ein befristetes Dauerschuldverhältnis bei wichtigem Grund auch durch Kündigung (§ 314 BGB) wird hiermit erstmals nur für Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge durchbrochen.

Die Anforderung, ein Dauerschuldverhältnis durch eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung zu beenden, hat für den Erklärenden (Verbraucher) wie auch für den Empfänger (Kreditgeber) dieser Willenserklärung Vorteile. Beiden ist die Bedeutung dieser Erklärung bewusst.

Im Übrigen kann nicht sein, dass die Eingehung eines Darlehensvertrages der Schriftform nach § 492 Abs. 1 BGB bedarf, die Ausübung des Rechts auf vorzeitige Rückzahlung aber ohne Einhaltung von Formvorschriften möglich ist.

Wir setzen uns daher nachdrücklich dafür ein, auch weiterhin zugunsten des Verbrauchers eine explizite Kündigungserklärung vorzusehen. Europarechtlich ist dies auch nicht durch die Richtlinie ausgeschlossen worden.

III. Widerrufsrecht

Mit dem RefE werden die Vorgaben zum Widerrufsrecht kaum verändert. Lediglich bei den Krediten, bei denen heute nach § 495 Abs. 2 BGB kein Widerrufsrecht besteht, wird nach dem neuen § 495 Abs. 3 BGB-E eine siebentägige vorvertragliche Bedenkzeit eingeführt. Damit wird die Option des Art. 14 Abs. 6 der Richtlinie umgesetzt.

Eine Änderung hinsichtlich des bei einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung entstehenden „ewigen Widerrufsrechts“ ist hingegen bisher im RefE nicht vorgesehen. Obwohl die Verbraucherrechterichtlinie ausdrücklich nicht auf Finanzdienstleistungen anwendbar ist, wurde dies bei der Umsetzung in deutsches Recht nicht zum Anlass genommen, die Entstehung „ewiger Widerrufsrechte“ bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen zu korrigieren. Nach derzeitigem Recht beginnt die 14-tägige Widerrufsfrist des Darlehensnehmers gemäß § 356b BGB erst mit Vertragsschluss (§ 355 Abs. 2 BGB) und Erteilung umfangreicher vertraglicher Pflichtangaben (§ 356b Abs. 1, 2 i. V. m. § 492 Abs. 2 BGB). Dies hat zur Folge, dass die Widerrufsfrist bei fehlenden oder fehlerhaften Pflichtangaben nicht zu laufen beginnt und dem Darlehensnehmer ein unbefristetes „ewiges“ Widerrufsrecht zusteht. Anders als die Verbraucherkreditrichtlinie (Art. 14 Abs. 1 UA 2) enthält die Wohnimmobilienkreditrichtlinie jedoch keine Regelungen zur Ausgestaltung der Widerrufsfrist für Immobilien-Verbraucherdarlehen. Die Mitgliedstaaten können den Beginn der Widerrufsfrist daher abweichend regeln. Von dieser Möglichkeit sollte der deutsche Gesetzgeber Gebrauch machen und die Regelung in § 356b Abs. 2 BGB im Hinblick auf Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge in Anlehnung an die Regelung in § 356 Abs. 3 Sätze 1 und 2 BGB ausgestalten. Danach beginnt die Widerrufsfrist für außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossene Verträge, die keine Finanzdienstleistungen

zum Gegenstand haben, mit Vertragsschluss und ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung (§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB) und endet spätestens ein Jahr und 14 Tage nach Vertragsschluss (§ 356 Abs. 3 S. 2 BGB). Darüber hinaus sollte in § 356b Abs. 2 klargestellt werden, dass hinsichtlich des Beginns der Widerrufsfrist bei Immobilial-Verbraucherdarlehen lediglich auf die Erteilung einer ordnungsgemäßen Widerrufsinformation und nicht auf die Erteilung aller Pflichtangaben abgestellt wird.

IV. ESIS-Merkblatt

1. Zeitpunkt der Übergabe

Nach § 491 a Abs.1 BGB-E i.V.m. Art. 247 § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 EGBGB-E muss das ESIS-Merkblatt dem Darlehensnehmer unverzüglich nach Erhalt der für die Kreditwürdigkeitsprüfung erhaltenen Angaben und rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung übermittelt werden. Diese Formulierung legt die Annahme nahe, dass alleine auf den Erhalt der Daten des Kunden abzustellen ist. Dies entspräche nicht den praktischen Erfordernissen des Kreditgeschäfts, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidung über die Kreditvergabe gefallen ist. Deshalb sollte zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass auch dann eine unverzügliche Übermittlung vorliegt, wenn zunächst eine auf den erhaltenen Daten basierende Kreditwürdigkeitsprüfung durchgeführt und das ESIS-Merkblatt erst im Anschluss an eine positive Kreditentscheidung übermittelt wird. Darüber hinaus wird sich den Darlehensgebern in der Praxis oftmals das Problem stellen, dass ihnen nicht alle Informationen für die Befüllung des ESIS-Merkblatts vorliegen. Hier sollte eine weitere Klarstellung in der Gesetzesbegründung erfolgen, dass das ESIS-Merkblatt in einem frühen Verhandlungsstadium nur die Informationen enthalten muss, die dem Darlehensgeber bereits vorliegen. Zugunsten des Darlehensnehmers wäre auch dann jedenfalls nach Art. 247 § 1 Abs. 2 S. 3 EGBGB-E sichergestellt, dass er rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung ein vollständig ausgefülltes ESIS-Merkblatt erhält.

2. Übergangsfrist für die Verwendung des ESIS

Nach Artikel 13 RefE tritt das Gesetz am 21.3.2016 in Kraft, so dass ab diesem Zeitpunkt auch das neugefasste ESIS zu verwenden wäre. Art. 14 Abs. 5 der Richtlinie sieht jedoch vor, dass Mitgliedstaaten, die vor 20. März 2014 ein Informationsblatt eingeführt haben, das vergleichbaren Informationsanforderungen genügt wie den in Anhang II (der Richtlinie) aufgeführten, dieses weiterhin bis zum 21. März 2019 benutzen können. Diese Voraussetzung ist in Deutschland erfüllt, da hier bei Verträgen nach § 503 BGB gemäß Art. 247 § 2 Abs. 2 S. 3 EGBGB auch das Europäische Standardisierte Merkblatt verwendet werden kann.

Im RefE wird von dieser Option kein Gebrauch gemacht, obwohl dies angesichts der Komplexität der Vorgaben der Richtlinie eine bedeutende Erleichterung für Immobilial-Darlehensgeber darstellen würde, ohne dass hierdurch der Verbraucherschutz eingeschränkt würde. Wir plädieren deshalb dringend dafür, für die Übergabe des ESIS den in

Art. 14 Abs. 5 der Richtlinie vorgesehenen Übergangszeitraum in den Gesetzentwurf aufzunehmen.

V. Koppelungsgeschäfte (§§ 492a und 492 b BGB-E)

1. „Einzigster“ Zweck des Koppelungsprodukts

Die Regelung der Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Nr. 26 der Richtlinie zum Koppelungsgeschäft werden in § 492a BGB-E umgesetzt. Danach sind Produkt-Koppelungen mit einem Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag von den Mitgliedstaaten zu untersagen. Ungeachtet dieses Verbotes können die Mitgliedstaaten nach Art. 12 Abs. 2 vorsehen, dass Kreditgeber vom Verbraucher, einem Familienangehörigen oder einem nahen Verwandten des Verbrauchers verlangen können, ein Zahlungs- oder ein Sparkonto zu eröffnen, dessen einzigster Zweck die Ansammlung von Kapital ist, um den Kredit zurückzuzahlen oder zu bedienen, Mittel zusammenzulegen, um den Kredit zu erhalten, oder eine zusätzliche Sicherheit für den Kreditgeber für den Fall eines Zahlungsausfalls zu leisten. Genau dieser Wortlaut wird in § 492b Abs. 1 BGB-E übernommen.

Bei der Bewertung, ob ein mit einem Bausparvertrag unterlegter Vor- oder Zwischendarlehensvertrag ein verbotenes oder erlaubtes Koppelprodukt ist, kommt es bei der Subsumtion darauf an, ob der einzigste Zweck des Bausparvertrages die Ansammlung von Kapital ist, um den Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag zurückzuzahlen oder zu bedienen. Der Bausparvertrag hat aber nach § 1 Abs. 2 BSpkG zwei Zwecke, nämlich die Leistung von Spareinlagen und daraufhin den Erwerb eines Rechtsanspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens. Mit beidem, also der Bausparsumme, wird sodann nach Annahme der Zuteilung das Vorausdarlehen oder der Zwischenkredit bedient. Von dem in Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie und § 492a Abs. 1 Nr. 1 a) BGB-E vorgegebenem einzigem Zweck ist der unterlegte Bausparvertrag bei strenger Subsumtion nicht erfasst.

Deshalb schlagen wir folgende Änderung zu § 492b Abs. 1 Nr. 1 BGB-E vor:

*„1. ein Zahlungs- ~~oder~~, ein Sparkonto **oder ein Bausparvertrag** eröffnen, dessen ~~einzigster~~ Zweck die Ansammlung von Kapital ist, um...“*

2. „Einschlägige“ Versicherung (§ 492 b Abs. 2 BGB-E) /Genehmigung der „Koppelung“ durch die Aufsichtsbehörde

Nach § 492 b Abs. 2 BGB-E soll ein Koppelungsgeschäft ist u.a. dann zulässig sein, wenn der Darlehensgeber den Abschluss eines Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrages vom Abschluss einer einschlägigen Versicherung abhängig macht und dem Darlehensnehmer gestattet ist, diese Versicherung auch bei einem anderen als bei dem vom Darlehensgeber bevorzugten Anbieter abzuschließen. Diese Formulierung berücksichtigt die Intention des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie nur unzureichend, wonach die vom Darlehensnehmer einge-

brachte „Ersatzversicherung“ eine gleichwertige Garantieleistung bieten muss. Um dies sicherzustellen, schlagen wir vor, § 492 b Abs. 2 Satz 1 wie folgt zu ergänzen:

*„Ein Kopplungsgeschäft ist zulässig, wenn der Darlehensgeber den Abschluss eines Immobiliear-Verbraucherdarlehensvertrags davon abhängig macht, dass der Darlehensnehmer im Zusammenhang mit dem Immobiliear-Verbraucherdarlehensvertrag eine einschlägige, **gleichwertige** Versicherung abschließt ...“*

Für Bausparkassen ergibt sich im Zusammenhang mit dem ab 21.3.2016 geltenden Verbot von Kopplungsgeschäften darüber hinaus das zusätzliche Problem des Umgangs mit den von der BaFin bereits genehmigten Tarifen mit obligatorischer Risikolebensversicherung (vgl. §§ 9 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 Nr.9 BSpkG). Hier sollte zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die durch vor dem 21.3.2014 erteilte Tarifgenehmigungen genehmigte Koppelungen von Bauspardarlehen und Versicherungen weiterhin gültig bleiben.

V. Regelungen zum Darlehensvermittlungsvertrag § 655a BGB-E

Da die Neuregelung des Darlehensvermittlungsvertrages in § 655a BGB-E im Titel 10 Abschnitt 8 des Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse des BGB zu Maklerveträgen erfolgt ist, gehen wir davon aus, dass die Vorschrift des § 655a BGB-E mit ihrem Verweis in § 655a Abs. 2 S. 2 auf die Erfüllung der vorvertraglichen Pflichten des Darlehensgebers in § 491a BGB-E und dem Verweis von § 655a Abs. 3 S. 1 und 2 BGB-E auf § 511 BGB einschließlich der dann eigenständigen Beratungspflichten des Vermittlers lediglich auf Darlehensmakler anzuwenden und der gebundene Vermittler ist von dieser Vorschrift nicht erfasst ist.

Um dies klarzustellen, wird vorgeschlagen, die Überschrift des § 655a BGB-E wie folgt zu ergänzen;

*„§ 655a Darlehensvermittlungsvertrag **für Honorarberater**“*

Unterstellt, dass § 655a BGB-E den Honorarberater für die Darlehensvermittlung regelt, passt Satz 3 des § 655a Abs. 3 BGB-E *„Ist der Darlehensvermittler nur im Namen und unter der unbeschränkten und vorbehaltlosen Verantwortung nur eines Darlehensgebers oder einer begrenzten Zahl von Darlehensgebern tätig, die am Markt keine Mehrheit darstellt, so braucht der Darlehensvermittler abweichend von Satz 2 nur Darlehensverträge aus der Produktpalette dieser Darlehensgeber zu berücksichtigen.“* nicht. Der Honorarberater/Makler unterliegt per definitionem nicht der Verantwortung eines Darlehensgebers oder einer begrenzten Zahl von Darlehensgebern. Dafür spricht auch die gewerberechtliche Definition des Honorar-Immobilienkreditberaters in § 34i Abs. 5 GewO-E, der von der Unabhängigkeit des Honorarberaters ausgeht.

Wir sprechen wir uns daher für die ersatzlose Streichung von § 655a Abs. 3 Satz 3 BGB-E aus.

B. Änderungen im EGBGB

Informationen vor der Erbringung von Beratungsleistungen des Vermittlers

Wir plädieren ferner für eine Klarstellung, in welcher Form der Darlehensgeber bzw. der Darlehensvermittler seine statusbezogenen Informationspflichten gegenüber dem Darlehensnehmer erfüllen kann.

Nach § 511 Abs. 1 BGB-E hat der Darlehensgeber den Darlehensnehmer zunächst über die sich aus Art. 247 § 18 EGBGB-E ergebenden Einzelheiten zu informieren. Die Form zur Erfüllung dieser Informationspflicht regelt Art. 247 § 18 Abs. 2 EGBGB-E. Diese können nach § 18 Abs. 2 Satz 1 auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt werden. Nach Satz 2 können sie aber auch „in der gleichen Art und Weise wie weitere vorvertragliche Informationen gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 erteilt“ werden.

Wie diese Erleichterung konkret auszulegen ist, bleibt nach dem Wortlaut unklar. Wir verstehen die Intention von Satz 2 in der Weise, dass es ausreichend sein soll, dem Verbraucher die geforderten Informationen erst zusammen mit den vorvertraglichen Informationen als weitere vorvertragliche Informationen – also nach Abschluss der Beratung – zu übermitteln. Selbstverständlich muss der Darlehensnehmer über die erforderlichen Einzelheiten bereits vor der Erbringung der Beratungsleistung informiert werden. Diese Information ist jedoch zu diesem frühen Zeitpunkt noch nicht zwingend auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln, sondern kann in anderer angemessener Art und Weise erteilt werden, z.B. Erläuterung anhand eines Musterdokuments, Aufstellers im Büro o.ä. mit Informationen zur Person des Beraters.

Gleiches muss dann auch für die Informationspflichten für Darlehensvermittler nach § 655a Abs. 2 BGB-E i.V.m. Art. 247 §§ 13, 13b EGBGB-E gelten. §§ 13 Abs. 2 sowie 13b Abs. 1 sehen nach dem Wortlaut lediglich eine Unterrichtung des Verbrauchers vor. Über die Verweisung in Art. 247 § 13b Abs. 3 auf § 18 EGBGB-E würden dieses oben dargestellte Formvorschrift in § 18 Abs. 2 EGBGB-E auch in Bezug auf die Erteilung der Informationen nach Art. 247 §§ 13, 13 b EGBGB-E gelten.

Diese Vorgehensweise steht auch im Einklang mit der Richtlinie. Diese sieht nämlich in Art. 22 Abs. 2 S. 2 genau diese Möglichkeit vor, nämlich dass die Informationen alternativ „in Form von zusätzlichen vorvertraglichen Informationen“ erteilt werden kann. Auch in Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie wird lediglich die Erteilung der Informationen auf Papier oder einem Datenträger vor Ausübung der Kreditvermittlungstätigkeit verlangt. Eine Übermittlung oder Aushändigung der Information in dieser Form ist nicht gefordert.

Für die Darlehensvermittler/Darlehensgeber bedeutet diese Vorgehensweise eine erhebliche Erleichterung im Beratungsprozess. Die umfangreichen Informationen können nur schwer auf einer Visitenkarte integriert werden, und es müsste wohl ein eignes zusätzliches Dokument zu diesem Zweck erstellt werden. Es wäre hilfreich und auch für den Kunden übersichtlicher, wenn auch dieses Dokument zusammen mit den anderen vorvertraglichen Informationen übergeben werden können.

Insbesondere entstehen dem Darlehensnehmer bei dieser Vorgehensweise keine Nachteile. Er wird über die notwendigen Einzelheiten vor Beginn der Beratung in adäquater Form informiert, so dass er die Möglichkeit hat, sich ein Bild von der ihn beratenden Person zu machen. Zudem werden dem Darlehensnehmer die Informationen über den Darlehensgeber/Darlehensvermittler dann zusammen mit den weiteren vorvertraglichen Informationen übermittelt, so dass er diese mit anderen Angeboten anderer Anbieter vergleichen kann.

Wir bitten vor diesem Hintergrund um eine Klarstellung im Rahmen der Gesetzesbegründung, dass es vor Erbringung von Beratungsleistungen ausreichend ist, den Verbraucher über die Statusinformationen nach Art. 247 §§ 13,13b und 18 EGBGB-E in angemessener Art und Weise zu unterrichten, so dass der Verbraucher von den Informationen Kenntnis nehmen kann. Es sollte klargestellt werden, dass es in diesem Fall ausreichend ist, die Informationen erst später zusammen mit den weiteren vorvertraglichen Informationen zu übermitteln.

Darüber hinaus wäre eine klarstellende Ergänzung in Art. 247 § 18 Abs. 2 EGBGB-E wünschenswert. Wir schlagen folgende Formulierung für Art. 247 § 18 Abs. 2 EGBGB-E vor;

(2) Die Informationen sind auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln; wenn der Darlehensnehmer vor Erbringung der Beratungsleistung in angemessener Art und Weise über die Einzelheiten nach Abs. 1 unterrichtet wurde, können die Informationen in gleicher Art und Weise erst zusammen mit den weiteren vorvertraglichen Informationen gemäß 1 Absatz 3 S.1 übermittelt werden.

C. Änderungen in der PAngV

1. Änderung der Vorschriften zur Gesamteffektivzinsangabe in § 6 Abs. 7 PAngV-E

§ 6 Abs. 7 letzter Satz PAngV-E sieht ab dem 21. März 2016 vor, dass Bausparkassen künftig bei Kombinationen von Vor- und Zwischenfinanzierungskrediten mit einem Bausparvertrag einen Gesamteffektivzins angeben müssen. Die vorgeschlagene Formulierung setzt aber aufgrund ungenauer Formulierungen nicht das Ziel des Gesetzgebers um.

Daher sollte § 6 Abs. 7 letzter Satz PAngV-E wie folgt geändert werden:

„Bei vor- oder zwischenfinanzierten Bauspardarlehensverträgen gemäß Satz 3 ist für das Gesamtprodukt aus ~~Bauspardarlehen~~ Vor- oder Zwischenfinanzierungsdarlehen und Bausparvertrag der effektive Jahreszins für die Gesamtlaufzeit anzugeben.“

2. Änderung der Vorschriften zur Gesamteffektivzinsangabe bei unechten Abschnittsfinanzierungen in § 6 Abs. 7 PAngV-E

§ 6 Abs. 4 PAngV-E sieht vor, dass der Sollzinssatz und die sonstigen Kosten gemessen an der ursprünglichen Höhe fest bleiben und bis zum Ende des Verbraucherdarlehensvertrags gelten.

Dementsprechend findet sich in Teil A des ESIS-Formulars unter Nr. 4 „Zinssatz und andere Kosten“ der Hinweis: *„Beachten Sie bitte, dass bei der Berechnung dieses effektiven Jahreszinses davon ausgegangen wird, dass der Zinssatz während der gesamten Vertragslaufzeit auf dem für den Anfangszeitraum festgelegten Niveau bleibt“*. In den Hinweisen zum Ausfüllen des ESIS-Merkblatts in Teil B unter Abschnitt „4. Zinssatz und andere Kosten“ wird erklärt, dass dieser Warnhinweis „im Falle von Kreditverträgen, bei denen für einen konkreten Anfangszeitraum von mehreren Jahren ein fester Sollzinssatz vereinbart wurde, der anschließend nach Verhandlungen zwischen Kreditgeber und Verbraucher für einen weiteren Zeitraum festgeschrieben werden kann“ erforderlich ist. Der Verbraucher soll sich vor Augen führen, dass der effektive Jahreszins auf der Grundlage des Sollzinssatzes für den Anfangszeitraum berechnet worden ist.

Demgegenüber sieht § 6 Abs. 5 PAngV-E vor, dass bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses erforderlichenfalls von den in der Anlage niedergelegten Annahmen auszugehen ist. Nach Anlage 2 zu § 6 PAngV-E in Nr. 2 lit. k soll bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses nach Ablauf der Zinsbindung ein veränderlicher Zins berücksichtigt werden, sofern dieser den vereinbarten Sollzins nicht unterschreitet.

Diese Regelung in Anlage 2 zu § 6 PAngV-E in Nr. 2 lit. k steht im Widerspruch zu der eindeutigen Regelung in § 6 Abs. 4 PAngV-E, die allein auf den zunächst vereinbarten Sollzins abstellt.

Zudem beeinträchtigt diese Regelung in Anlage 2 zu § 6 PAngV-E in Nr. 2 lit. k die Vergleichbarkeit von verschiedenen Angeboten. Für den Verbraucher soll der effektive Jahreszins vor allem eine Transparenz über etwaige zusätzlich zum Sollzins anfallende Zinsen und Kosten des Darlehens geben. Hingegen führt der veränderliche Zins bei unterschiedlichen Instituten zu unterschiedlichen Zinsberechnungen, ohne dass die Unterschiede auf die tatsächlich anfallenden Zinsen und Kosten zurückzuführen sind. Denn der veränderliche Zins ist davon abhängig, welchen Referenzwert und welche Aufschläge das jeweilige Institut verwendet. Darüber hinaus wird der veränderliche Zins laufend angepasst, so dass sich allein durch den Zeitablauf unterschiedliche veränderliche Zinsen und damit unterschiedliche effektive Jahreszinsen ergeben.

Daher sollte die Nr. 2 lit. k in Anlage 2 zu § 6 PAngV-E ersatzlos gestrichen werden.

3. Angabe eines effektiven Jahreszinses bei Imagewerbung nach § 6a Abs. 2 PAngV-E

Nach § 6a Abs. 2 PAngV-E muss künftig derjenige, der ohne Zinssätze oder sonstige dem Verbraucher entstehenden Kosten wirbt, gleichwohl einen effektiven Jahreszins angeben. Somit muss künftig auch bei einer bloßen Imagewerbung ohne Angabe von Kosten mit einem effektiven Jahreszins beworben werden. Die Richtlinie lässt in Art. 11 Abs. 1 den Mitgliedstaaten allerdings die Wahl zwischen der Konditionenwerbung mit standardisierten Pflichtangaben oder der Verpflichtung, bei Imagewerbung einen effektiven Jahreszins anzugeben.

Im Rahmen der deutschen Umsetzung hat man sich nun dafür entschieden, nicht alternativ vorzugehen, sondern beide Varianten umzusetzen.

Nicht nur aus den Gründen der unmöglichen Umsetzung einer solchen Vorgabe, sondern auch aufgrund des in der Richtlinie festgelegten eindeutigen Alternativverhältnisses, entweder Imagewerbung (dann ohne Angabe von Zinssätzen) oder Konditionenwerbung (mit Angabe von Kosten und Auflistung des Katalogs der Pflichtangaben nach Art. 11 Abs. 2), plädieren wir dringend dafür, § 6a Abs. 2 PAngV-E ersatzlos zu streichen.

4. Besondere Hinweispflichten in der Werbung bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen nach § 6a Abs. 3 Ziff. 5 PAngV-E

§ 6a Abs. 3 Satz 3 Ziff. 5 PAngV-E verpflichtet den Kreditgeber bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen, in der Werbung zusätzlich darauf hinzuweisen, dass „*der Verbraucherdarlehensvertrag durch eine Grundschuld, eine vergleichbare Sicherheit oder durch ein Recht an der Wohnimmobilie gesichert wird.*“ Damit wird der Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 b) der Richtlinie in leicht modifizierter Form wiedergegeben. Die gewählte Formulierung ist im Hinblick auf die Formulierung in § 491 Abs. 3 Ziff. 1 BGB-E, der nur auf die grundpfandrechtliche Sicherung abstellt und nicht auf die vergleichbaren Sicherheiten, missverständlich und in sich nicht schlüssig. Wie bereits oben (...) zu § 491 Abs. 3 BGB-E ausgeführt, plädieren wir dafür, die in der Richtlinie den Grundpfandrechten gleichgestellten vergleichbaren Sicherheiten als Abgrenzungskriterium für den Immobiliendarlehensvertrag in § 491 Abs. 3 BGB-E dahingehend zu berücksichtigen, dass auch die durch den heutigen § 503 Abs. 1 BGB und den Verweis auf die grundsätzlich grundpfandrechtlich zu sichernden Darlehensverträge der Bausparkassen weiterhin Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge sind.

Art. 11 Abs. 2 b) der Richtlinie spricht im Übrigen von einer „*Hypothek oder einer vergleichbaren Sicherheit*“. In § 6a Abs. 3 Ziff. 5 PAngV-E wird der Begriff Grundschuld verwendet. Mit Blick auf den Vorrang der gesetzlichen Regelungen für die Hypothek (§ 1113 BGB) schlagen wir vor, entweder in § 6a Abs. 3 Ziff. Satz 3 Ziffer 5 PAngV-E, den Begriff Hypothek statt Grundschuld zu verwenden oder insgesamt von Grundpfandrechten zu sprechen.

Demnach sollte § 6a Abs. 3 Ziff. 5 PAngV-E lauten:

„5. bei Immobilial-Verbraucherdarlehen der Hinweis, dass der Verbraucherdarlehensvertrag durch eine ~~Grundschild~~ Grundpfandrecht, eine vergleichbare Sicherheit oder durch ein Recht an der Wohnimmobilie gesichert wird.“

D. Änderungen in der GewO

1. Sachkundenachweis nicht allein durch die IHK, § 34i Abs. 2 Nr. 4 GewO-E

Nach § 34i Abs. 2 Nr. 4 GewO-E ist dem Antragsteller die Erlaubnis zu versagen, wenn der Antragsteller seine Sachkunde nicht durch eine vor der Industrie- und Handelskammer erfolgreich abgelegte Prüfung nachweist.

Der Sachkundenachweis sollte nicht nur von der IHK, sondern auch von bewährten Institutionen wie dem Berufsbildungswerk der Bausparkassen, den Sparkassenakademien und anderen zertifizierten Privatanbietern erteilt werden können.

Wir schlagen folgende Änderung der Ziffer 4 vor:

„~~der Antragsteller nicht durch eine vor der Industrie- und Handelskammer, dem Berufsbildungswerk der Bausparkassen, den Sparkassenakademien oder anderen Institutionen erfolgreich abgelegte Prüfung nachweist, dass er die für die Vermittlung von und Beratung zu Immobilienkreditverträgen notwendige Sachkunde über die fachlichen und rechtlichen Grundlagen sowie über die Kundenberatung besitzt oder~~“

2. Notwendige Differenzierung zwischen Bausparvertragsvermittler und Immobilienkreditvermittler im Sinne des § 34i GewO-E

Nach § 34i Abs. 1 GewO-E ist ein Immobilienkreditvermittler, wer gewerbsmäßig den Abschluss von Immobilienkreditverträgen, die entweder durch ein Grundpfandrecht besichert sind oder die für den Erwerb oder die Erhaltung von Wohneigentum an Grundstücken, an bestehenden oder zu errichtenden Gebäuden oder für den Erwerb oder die Erhaltung von grundstücksgleichen Rechten bestimmt sind, vermittelt oder Dritte zu solchen Verträgen beraten will. Ein Immobiliarkredit mit Verbrauchern wird in § 491 Abs. 3 BGB-E dahingehend definiert, dass dies entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher sind, wenn sie grundpfandrechtlich gesichert sind oder den Anforderungen des § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB-E unterliegen. Der Bausparvertrag ist hingegen ein Vertrag, durch den der Bausparer nach Leistung von Bauspareinlagen einen Rechtsanspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens erwirbt (vgl. § 1 Abs. 2 BSpKG). Dieser Rechtsanspruch des Bausparers ist ein Optionsrecht auf Abschluss eines Darlehensvertrages, der dann idR nach § 7 Abs. 1 BSpKG grundpfandrechtlich zu sichern wäre.

Da nach der Annahme der Zuteilung ein separater Bauspardarlehensvertragsabschluss erforderlich ist (mit allen vorvertraglichen Pflichten, die sich nun auch aus der Umsetzung der Richtlinie ergeben, wie zum Beispiel vorvertragliche Informationspflichten, etc.), ist

die reine Vermittlung eines Bausparvertrages noch keine Vermittlung eines Darlehensvertrages, sondern lediglich die Vermittlung eines Rechtsanspruches, der unter bestimmten in den ABB formulierten Bedingungen zu einem Angebot auf Abschluss eines Darlehensvertrages führen kann.

Da sich weder aus § 33c Abs. 1 Nr. 2 GewO-E, noch aus § 34i GewO-E oder der Gesetzesbegründung eindeutig ergibt, ob der Bausparvertragsvermittler unter diese beiden Vorschriften fällt, schlagen wir eine entsprechende Präzisierung entweder in der Gesetzesbegründung vor.

Diese Sachlage muß rechtlich eindeutig geklärt werden, damit der Vermittler nicht das Risiko eingeht, eine bis 5.000 Euro bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit nach § 144 Abs. 1 n) iVm Abs. 3 GewO-E zu begehen, die nach § 14 OWiG auch dem Produktgeber angelastet werden könnte.

Daher sollte im Gesetzgebungsverfahren in der Begründung zu § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO-E klargestellt werden, dass die Vermittlung von Bausparverträgen weder unter § 34c Abs. 1 Nr. 2 noch unter § 34i GewO-E fällt. In der Gesetzesbegründung kann ebenfalls klargestellt werden, dass der Bausparvertrag kein Darlehensvertrag, sondern ein Sparprodukt und ein Zinsabsicherungsprodukt ist. Die Möglichkeit eines späteren Darlehensvertragsabschlusses hängt von einer Vielzahl weiterer Anforderungen, wie erneute Kreditwürdigkeitsprüfung und ggfs. Prüfung des Beleihungswertes (§ 18a KWG-E, Übergabe von vorvertraglichen Informationen, Schriftformerfordernis (§ 492 Abs. 1 BGB) etc. ab. Der Bausparvertragsabschluss hat nicht zwingend zur Folge, dass ein Darlehensvertrag überhaupt geschlossen wird, er garantiert lediglich unter gewissen Voraussetzungen einen bestimmten festen Sollzins.

Eine weitere Möglichkeit wäre, analog der Gesetzesbegründung auf S. 128 nicht nur den Tippgeber konkret zu erwähnen, sondern dort auch den Bausparvertragsvermittler auszunehmen.

3. Kollisionsverhältnis zwischen § 34c Abs. 1 Nr. 2 und § 34i GewO-E

Unklar ist auch das Verhältnis des § 34c Abs. 1 Nr. 2 zu § 34i GewO-E. Da grundsätzlich an den Vermittler von Immobilienkrediten nach § 34i GewO-E höhere Anforderungen gestellt werden, als an den Vermittler von anderen Darlehen nach § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO-E sollte in einem Zusatz zu § 34i GewO-E nach dem juristischen Grundsatz „*a maiore ad minus*“ klargestellt werden, dass eine Erlaubnis nach § 34i GewO-E auch die Erlaubnis umfasst, sonstige Darlehen nach § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO-E zu vertreiben. Ansonsten dürfte beim Vertrieb eines nicht grundpfandrechtlich gesicherten Darlehens eine erneute Erlaubnis nach § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO-E erforderlich werden.

Zur Klarstellung sollte daher in § 34i Abs. 1 GewO-E letzter Satz wie folgt ergänzt werden;

„Die nach diesem Absatz erforderliche Erlaubnis umfasst auch die Tätigkeit nach § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO.“

Allerdings ist bei der Frage dieses Stufenverhältnisses der beiden Vorschriften § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO-E und § 34i GewO-E auch eine adäquate Folgeregelung bezüglich des notwendigen Antrages des Vermittlers bei den unterschiedlichen Behörden zu erarbeiten. Ein Antrag nach § 34c Abs. 1 Nr. 2 GewO-E wäre beim Gewerbeaufsichtsamt zu stellen und ein Antrag auf Registrierung nach § 34i GewO-E bei der IHK. Hier müsste noch eine sachdienliche einheitliche Lösung gefunden werden.

4. Garantieerklärung des Prinzipals statt einer zwingenden Haftpflichtversicherung

Zwar sieht die Richtlinie in Art. 29 Abs. 2 a) ausdrücklich vor, dass der Kreditvermittler statt einer Berufshaftpflichtversicherung auch eine andere gleichwertige, die Haftung bei Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten abdeckende Garantie nachweisen kann. Für gebundene Kreditvermittler kann der Mitgliedstaat vorsehen, dass diese Versicherung oder gleichwertige Garantie von einem Kreditgeber gestellt wird, für den der Kreditvermittler zu handeln befugt ist. Dies wurde in § 34i GewO-E aber nicht umgesetzt. Dort ist nur der Nachweis einer Haftpflichtversicherung neben den weiteren Anforderungen vorgesehen.

Wir plädieren daher dafür, auch in diesem Bereich die Möglichkeit einer Garantieerklärung des Prinzipals analog der Regelungen im Versicherungsvermittlungsrecht in § 34d Abs. 4 GewO für Immobilienkreditvermittler vorzusehen.

Mit der Formulierung des § 655a Abs. 3 S. 3 BGB-E „Ist der Darlehensvermittler nur im Namen und unter der beschränkten und vorbehaltlosen Verantwortung nur eines Darlehensgebers oder einer begrenzten Zahl von Darlehensgebern tätig, die am Markt keine Mehrheit darstellt...“ wird gerade diese mögliche Alternative zur Haftpflichtversicherung im Wege einer Garantieerklärung beziehungsweise vorbehaltlosen Verantwortung des Prinzipals geschildert.

5. Einsatz von Vermittlern in Ausbildung für die Tätigkeit des Immobilienkreditvermittlers

Nach § 34i GewO-E bedarf ein Vermittler der gewerbsmäßig Immobilienkreditverträge vermittelt, vor der Aufnahme seiner Tätigkeit der Erlaubnis nach § 34i GewO-E. Damit wird ausgeschlossen, dass ein Vermittler in Ausbildung tätig werden kann, ohne die Sachkundeprüfung absolviert zu haben. Der auszubildende Vermittler kann und darf somit in keinem Fall alleine tätig sein oder gar einen Beitrag an der Vermittlungsleistung haben, ohne eine entsprechende Erlaubnis zu besitzen. Dieses Problem für die Immobiliarkreditvermittlung wird dahingehend weiter verschärft, als dass § 34i Abs. 6 GewO-E ebenfalls vorsieht, dass nur sachkundige Personen vom Immobiliarkreditvermittler eingestellt werden können.

Zwar ist diese Vorschrift analog der Versicherungsvermittlungsregelung gestaltet worden. Im Bereich der Versicherungsvermittlung ist aber im Gegensatz zur Immobiliarkreditvermittlung die Möglichkeit der Konstruktion eines Haftungsdaches in § 34d Abs. 4 GewO vorgesehen.

Die HGB-Vermittler, die nach § 84 HGB von dem Kreditgeber eingestellt werden, können somit durch diese Vorgaben kein Vermittlungshonorar im Rahmen ihrer Ausbildung bis zu der sich anschließenden Prüfung zum Immobiliarkreditvermittler erhalten, da sie selber keine Verträge vermitteln dürfen. Mit dieser Vorgabe wird die Attraktivität einer solchen Ausbildung massiv in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigt. Wir plädieren daher entweder für die Umsetzung des Haftungsdaches oder für eine entsprechende Ausnahmenvorschrift für auszubildende Immobiliarkreditvermittler.

6. Vermittlerregister, § 11 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 GewO-E

Auf S. 25 des RefE soll § 11 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 GewO nach dem Wort "*erfolgt*" die Wörter "*für die Tätigkeit von Versicherungsvermittlern und Versicherungsberatern*" eingefügt werden. Das Wort "*erfolgt*" fehlt aber in dem entsprechendem Absatz des heutigen § 11 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 GewO. Daher kann diese Änderung nicht nachvollzogen werden.

Für Rückfragen stehen wir beide gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

VERBAND DER PRIVATEN
BAUSPARKASSEN



(König)

BUNDESGESCHÄFTSSTELLE
LANDESBAUSPARKASSEN



(Dr. Conradi)