
Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem o. g. Entwurf.

A. Allgemeine Anmerkungen

1. Erfüllungsaufwand

Grundsätzlich sollte bei der Neuregelung beachtet werden, den zusätzlichen administrativen Aufwand für die betroffenen Unternehmen so gering wie möglich zu halten und nur soweit erforderlich aufzubauen. Auch hinsichtlich der Kosten sollte die Mehrbelastung der Gewerbetreibenden im Auge behalten und deren Pflichten auf das notwendige Maß beschränkt werden.

Beim Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft wird zwischen einmaligem Umstellungsaufwand und laufenden Kosten unterschieden. Unter anderem sind die bisherigen IT-Systeme auf die neue Berechnungsmethode des effektiven Jahreszinses und weitere neue Variablen umzustellen. Der Entwurf geht davon aus, dass 30 Minuten zur Erläuterung der neuen Berechnungsmethode für Programmierer notwendig sind. Diese Zeit erscheint zu knapp bemessen, da es sich nicht nur um einen rein rechnerischen Vorgang handelt, sondern für eine komplikationslose Umstellung auch ein Grundverständnis erforderlich ist. Dafür sind 60 Minuten zu veranschlagen.

Des Weiteren ist der Zeitaufwand für die Beantragung einer Erlaubnis mit 30 Minuten viel zu gering angesetzt. Der Unternehmer muss sich nicht nur über die Informationspflichten informieren und die Formulare ausfüllen, sondern seinerseits dafür mehrere Unterlagen besorgen: So muss er bei der Gemeinde ein BZR- und GZR-Auszug beantragen, eine Bescheinigung vom Finanzamt beibringen, einen Auszug aus dem Schuldnerregister vorlegen sowie von der Versicherung einen Nachweis über eine VHV erhalten und seinen Sachkundenachweis beifügen. Im Minimum braucht er für die Beschaffung sämtlicher Unterlagen ohne Berücksichtigung der jeweiligen Wege anderthalb bis zwei Stunden.

Ferner fehlt bei der Berechnung die Gebühr für die zu beantragende Erlaubnis. Gleiches gilt für die Registrierung. Auch dabei wurde die dafür entstehende Gebühr nicht berücksichtigt.

Zudem halten wir die Aufwandsschätzung des BMJV für nicht nachvollziehbar, welches für das Prüfen der Erlaubnisvoraussetzungen lediglich 30 Minuten ansetzt. Nach unserer Erfahrung werden die Antragsunterlagen nur in ca. 1/3 der Fälle vollständig eingereicht. Dies bedeutet, dass in rund 2/3 der Verfahren Nachforderungsschreiben erstellt und entsprechende Nachfragen der Gewerbetreibenden beantwortet werden müssen. Gerade die Prüfung der Voraussetzungen der "Alten Hasen-Regelung" nach § 160 GewO-E wird hier Nachforderungsaufwand nach sich ziehen, da in vielen Fällen aus den vorgelegten Unterlagen zwar eine gewerbliche Tätigkeit, nicht aber eine Tätigkeit als Immobilienkreditvermittler nachvollzogen werden kann. Auch die Prüfung von Qualifikationen, welche der Gesetzgeber der Sachkundeprüfung gleichgestellt hat, kann erhöhten Recherche- und Überprüfungsbedarf nach sich ziehen. 30 Minuten können somit allenfalls als Idealfall geschätzt werden, liegen aber regelmäßig darüber. Die Schätzung scheint zudem von einem vereinfachten Verfahren nach § 160 Absatz 2 GewO-E auszugehen, da die Zuverlässigkeit und die geordneten Vermögensverhältnisse unterstellt werden.

Aus Sicht des „DIHK-eIHK-Büros“, zuständig für die technische Umsetzung, übersteigt der Erfüllungsaufwand für die Verwaltung die Schätzung des BMJV um mehr als das Doppelte. Aus der Erfahrung mit den Finanzanlagenvermittlern und den Honorar-Finanzanlagenberatern können wir sagen, dass eine Umsetzung entsprechend dem heutigen Stand der Technik höhere Kosten für die IHK-Organisation verursachen wird. Zunehmende Anforderungen an Sicherheit und Datenschutz lassen Aufwände für Register kontinuierlich steigen. Wir haben außerdem den Eindruck, dass die Kostenschätzung des BMJV die immer schneller werdenden Technologiezyklen in Hard- und Software nicht berücksichtigt.

Darüber hinaus geben wir zu bedenken, dass die Frage der Haftung mit Bezug auf die Veröffentlichung ausländischer Vermittler in einem deutschen Register ungeklärt ist. Haftungsfälle entstehen aufgrund der Mängel des aktuell diskutierten Prozesses der European Banking Authority (EBA), wenn Meldungen verspätet oder nicht bei uns eingehen.

Die Eintragung ausländischer Vermittler kann aus jetziger Sicht nicht als gebührenpflichtige Leistung refinanziert werden. Für Vermittler, die sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, ist eine Entgeltberechnung vom DIHK an eine IHK nicht möglich. Kosten für manuelle Erfassungen solcher Vermittler müssten auf das Registerentgelt für inländische Vermittler umgelegt werden. Somit entstehen für die deutsche Wirtschaft durch Umlage der Kosten laufend erhebliche Mehraufwände.

Bei den laufenden Verpflichtungen ist der Kostenansatz für die Sachkundeprüfung nicht nachvollziehbar. Laut Erläuterung wurden 160.000,00 € dadurch ermittelt, dass ein Stundensatz von 40,00 € und eine Gesamtprüfungsdauer von 160 Minuten angenommen wurde. Bei diesen Vorgaben würde

die Prüfungsgebühr ca. 110,00 € betragen. Dieser Wert ist nicht realistisch. Vielmehr ist von einer ähnlichen Höhe wie bei den Versicherungsvermittlern und Finanzanlagen-vermittlern auszugehen, so dass die Prüfungsgebühr voraussichtlich zwischen 300,00 € bis 350,00 € liegen würde.

Sofern eine Prüfpflicht (wieder) eingeführt wird, kommen weitere erhebliche Kosten auf die Wirtschaft zu, die hier noch nicht berücksichtigt wurden. Hierzu sei angemerkt, dass wir die (Wieder-) Einführung einer Prüfpflicht ausdrücklich ablehnen.

2. Darlehensvermittlung wird immer komplexer

Wir weisen ferner darauf hin, dass der bislang vergleichsweise einfache Tatbestand der Darlehensvermittlung nach § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO durch die anstehenden Maßnahmen des Gesetzgebers im Hinblick auf die jeweilige Zulassung als auch die einzuhaltenden Berufspflichten erheblich komplexer wird:

- Vermittlung von allgemeinen Darlehen: Erlaubnispflicht nach § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO mit den Berufspflichten der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) ohne die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Tätigkeit.
- Vermittlung von partiarischen Darlehen und Nachrangdarlehen: Künftige Erlaubnispflicht nach § 34f Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 GewO i. V. m. § 1 Absatz 2 VermAnlG-E mit den Berufspflichten der Verordnung über die Finanzanlagenvermittlung (FinVermV) und der Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Tätigkeit nach § 13a GewO.
- Vermittlung von Immobilienkreditverträgen: Künftige Erlaubnispflicht nach § 34i Absatz 1 Satz 1 GewO-E mit den Berufspflichten einer Rechtsverordnung nach § 34i Absatz 9 GewO-E und der Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Tätigkeit nach Artikel 32 der Richtlinie.

Während bei § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO die Nachweisvermittlung weiterhin von der Erlaubnispflicht erfasst wird, ist dies bei Tätigkeiten nach § 34f Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 GewO (vgl. Landmann-Rohmer, GewO, Band 1, § 34f Rn. 44) und § 34i Absatz 1 Satz 1 GewO-E i. V. m. Artikel 4 Nummer 5 der Richtlinie nicht der Fall (vgl. S. 128). Eine einheitliche Behandlung dieser Frage für alle Fallkonstellationen wäre im Interesse der Gewerbetreibenden wünschenswert, zumal hierdurch auch Wertungswidersprüche entstehen können: Weist beispielsweise der Gewerbetreibende dem möglichen Darlehensnehmer einen Kredit für den Kauf eines Pkws nach, löst er damit die Erlaubnispflicht nach § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO aus. Wird dagegen lediglich Nachweisvermittlung für den Kauf einer Immobilie betrieben, so wird diese Tätigkeit nur dann erlaubnispflichtig nach § 34i Absatz 1 GewO, wenn hier ein Beratung vorliegt.

3. Einheitliche Zuweisung der Erlaubnis- und Aufsichtszuständigkeit durch den Bundesgesetzgeber sinnvoll

Kritisch sehen wir, dass als Erlaubnisbehörde in § 34i Absatz 1 GewO-E lediglich die "zuständige Behörde" genannt wird. Indem der Gesetzgeber derzeit in § 34i GewO-E nur von "zuständiger Behörde" spricht, ohne die Frage ausdrücklich zu regeln, wird die Regelung wie bei den Finanzanlagenvermittlern und den Honorar-Finanzanlageberatern (§§ 34f/h GewO) dem Landesgesetzgeber übertragen (vgl. § 155 Absatz 1 und 2 GewO). Es ist deshalb zu befürchten, dass ein ähnlicher Flickenteppich an Erlaubniszuständigkeiten wie beim Vollzug der Bestimmungen nach §§ 34f Absatz 1, 34h Absatz 1 GewO entstehen wird, was jedoch im Interesse der Gewerbetreibenden vermieden werden sollte.

Wir halten deshalb auch ein Auseinanderfallen der Zuständigkeiten für Registerführung (IHKs) und Erlaubniserteilung (zuständige Behörde) für nicht sinnvoll und sprechen uns deshalb dafür aus, dass die Erlaubnis- und Aufsichtszuständigkeit wie bei den Bestimmungen des Versicherungsvermittlerrechts (§§ 34d Absatz 1, 34e Absatz 1 GewO) durch den Bundesgesetzgeber auf die Industrie- und Handelskammern übertragen wird. Die in diesem Rechtsbereich etablierten Abläufe haben sich eingespielt, bewährt und ermöglichen schnelle Entscheidungsprozesse durch die enge Zusammenarbeit der IHK-Landeskoordinatoren.

Durch eine bundeseinheitliche Festlegung wird gleichzeitig dem Gedanken des One-Stop-Shops Rechnung getragen, der dem Gewerbetreibenden für alle Fragen zu Erlaubnis- und Aufsicht sowie Registrierung eine Lösung aus einer Hand anbietet. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass viele Immobilienkreditvermittler auch als Versicherungsvermittler tätig sind (vgl. dazu auch Erwägungsgrund 28 der Richtlinie), so dass sich auch unter diesem Gesichtspunkt eine Lösung aus einer Hand anbietet.

Hierdurch könnte im Übrigen das Problem der nationalen Kontaktstelle (§ 11a Absatz 6 Satz 3 GewO-E i. V. m. Artikel 36 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie) gegebenenfalls einer einfacheren Lösung zugeführt werden.

4. Hoher Zeitdruck bei der Vorbereitung des Vollzugs auf die neuen Bestimmungen bis zum 21.03.2016

Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf der Rechtsverordnung in zeitlichem Zusammenhang mit diesem Gesetz vorgelegt werden soll (vgl. S. 125 der Begründung).

Sowohl für das Erlaubnis- und Registrierungsverfahren als auch die Sachkundeprüfungen i. S. v. § 34i Absatz 2 Nummer 4 GewO-E müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen vorhanden sein, bevor mit den notwendigen Vorbereitungen (wie etwa: Entwerfen neuer Gebührentatbestände, Aufbau von Personalressourcen, Anpassung des Vermittlerregisters nach § 11a Absatz 1 GewO an die neuen anzuzeigenden Inhalte, Entwerfen von neuen Verfahrensbeschreibungen, Anpassen der Verwaltungssysteme an die neuen Aufgaben, Erstellen einer Musterprüfungsordnung für die Sachkundeprüfung, Entwicklung der Prüfungsaufgaben, gegebenenfalls Erstellen eines Aufgabenübertragungsvertrages, Beschlüsse der Vollversammlung/-en, Genehmigung der Beschlüsse durch die zuständigen Landeswirtschaftsministerien) begonnen werden kann. Nach unserer Einschätzung wird das Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie bis Juni/Juli 2015 wegen seines Umfangs und den komplexen Rechtsfragen Zeit in Anspruch nehmen. Würde die Rechtsverordnung nach § 34i Absatz 9 GewO-E erst dann in Angriff genommen, so bliebe nur ein ca. ½ Jahr für die dargestellten Vorbereitungen.

Auf die weiteren Ausführungen zu § 160 GewO-E wird hingewiesen.

5. Keine 1:1-Umsetzung der Richtlinie

Der Entwurf des Umsetzungsgesetzes geht erheblich über die Vorgaben der Richtlinie hinaus, indem er auch Gewerbeimmobilien einbezieht. Einerseits werden dadurch Abgrenzungsprobleme zwischen der Erlaubnispflicht nach § 34c Absatz 1 Nummer 2 GewO und § 34i Absatz 1 GewO-E vermieden, andererseits wird diese Frage aber dennoch von Bedeutung sein, wenn der Immobilienkreditvermittler in einem anderen EU-/EWR-Staat tätig werden möchte.

Aus dem Referentenentwurf geht ferner nicht hervor, ob ein Immobilienkreditvermittler mit Sitz im EU-/EWR-Ausland im Rahmen von Artikel 32 der Richtlinie auch Kredite über Gewerbeimmobilien vermitteln darf. Da der Wortlaut des § 34f Absatz 4 GewO-E von "im Umfang seiner Erlaubnis" spricht, gehen wir davon aus, dass eine Vermittlung von Krediten zu Gewerbeimmobilien nicht erfasst ist, regen aber eine entsprechende Klarstellung in der Begründung an.

Die Erweiterung des Tätigkeitsbereichs über die Richtlinie hinaus, führt nach unserer Einschätzung bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten zu möglichen Deckungslücken im Versicherungsschutz: Wird beispielsweise ein Immobilienkreditvermittler aus dem EU-/EWR-Ausland in Deutschland tätig, so benötigt er wegen § 34i Absatz 4 GewO-E – nach hiesigem Verständnis - auch dann keine Erlaubnis nach deutschem Recht, wenn er Kredite für Gewerbeimmobilien vermittelt. Wenn jedoch der Herkunftsmitgliedstaat des Vermittlers den nach Artikel 29 Absatz 2 lit. a der Richtlinie notwendigen Versicherungsnachweis auf Wohnimmobilien anwendet, ist es nicht auszuschließen, dass der deutsche Darlehensnehmer zwar davon ausgeht, dass der Gewerbetreibende eine Berufshaft-

pflichtversicherung besitzt, dies jedoch gerade für die Vermittlung eines Kredits für Gewerbeimmobilien nicht der Fall ist.

6. Umsetzungsfragen der Richtlinie

Wir regen bei folgenden Punkten eine Überprüfung an, ob diese in Artikel 7 des Referentenentwurfs genügend berücksichtigt wurden:

a. Weiterbildungsverpflichtung

Gemäß Artikel 29 Absatz 2 i. V. m. Artikel 9 Absatz 1 müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass das Personal des Kreditvermittlers über angemessene Kenntnisse verfügt und dies auf dem aktuellen Stand hält. Diese Fortbildungsverpflichtung ergibt sich jedoch weder aus § 34i Absatz 6 GewO-E noch aus der Ermächtigungsgrundlage des § 34i Absatz 9 GewO-E. Es wäre in diesem Zusammenhang auch eine Klärung der Frage sinnvoll, ob der Vorstand/Geschäftsführer einer juristischen Person mit eigener Rechtspersönlichkeit (z. B. GmbH, AG) als Personal anzusehen ist, da die Weiterbildungsverpflichtung (soweit ersichtlich) nur das Personal betrifft.

Gemäß Artikel 9 Absatz 4 stellen die Mitgliedsstaaten ferner sicher, dass die Erfüllung der Anforderungen aus Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie von den zuständigen Behörden überwacht wird und diese befugt sind, die entsprechenden Unterlagen vom Kreditvermittler zu verlangen. Sollte nach Ansicht des Gesetzgebers das Auskunftsrecht nach § 29 Absatz 1 GewO-E auch das Recht erfassen, die Einhaltung der Fortbildungsverpflichtung zu verlangen, so schlagen wir eine entsprechende Klarstellung in der Begründung vor.

b. Umgang mit "Schubladenerlaubnissen"

Wir regen ferner eine Überprüfung an, ob Artikel 33 Absatz 1 lit. a der Richtlinie ausreichend umgesetzt wurde: Nach dieser Bestimmung kann die Erlaubnis dem Kreditvermittler u. a. dann entzogen werden, wenn er in den sechs vorhergehenden Monaten keine Kreditvermittlungstätigkeit ausgeübt und keine Beraterdienstleistungen erbracht hat. Die Verwaltungspraxis beim Vollzug von § 34d/e/f/h GewO sieht in allen Fällen die Möglichkeit vor, eine sogenannte „Schubladenerlaubnis“, also eine Gewerbeerlaubnis ohne entsprechende Registrierung, zu beantragen und zu besitzen. Ein Erlöschen der Gewerbeerlaubnisse bei Nichtgebrauch ist beispielsweise in § 49 Absatz 2 GewO vorgesehen, nicht jedoch bei den o. g. Erlaubnissen (vgl. dazu auch den Beschluss des BLA Gewerberecht vom Frühjahr 2014, Landmann-Rohmer, GewO, Band 1, § 34c Rn. 62). Wir halten deshalb eine Klarstellung des Gesetzgebers für sinnvoll, auf welcher Grundlage des § 34i Absatz 2 GewO i. V. m. Artikel 49 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 GewO eine solche Erlaubnis entzogen werden soll und ob damit auch die Möglichkeit einer Schubladenerlaubnis ohne Registrierung für mehr als

sechs Monate ausgeschlossen werden sollte. Hier sollte dann auch erläutert werden, wie eine Untätigkeit von mehr als sechs Monaten überwacht werden soll.

c. Instrumentarien für die Überwachung von Kreditvermittlern aus anderen EU-/EWR-Staaten

Unklar ist ferner, wie Artikel 34 der Richtlinie in das deutsche Recht umgesetzt werden soll: Gemäß Artikel 34 Absatz 2 Unterabsatz 3 müssen die zuständigen Behörden geeignete Maßnahmen treffen, damit der Immobilienkreditvermittler die vorschriftswidrige Situation beendet. Fraglich ist, auf welcher Rechtsgrundlage von der zuständigen Erlaubnisbehörde die Unterlassung eines bestimmten Verhaltens verlangt werden kann. Darüber hinaus ist offen, auf welcher Rechtsgrundlage eine Untersagung nach Artikel 34 Absatz 2 Unterabsatz 4 erfolgen soll. Soll hier § 35 GewO Anwendung finden? Vergleichbare Fragen wirft Artikel 34 Absatz 4 Unterabsatz 2 lit. a der Richtlinie auf. Wir regen deshalb eine Überprüfung an, ob diese Fragen überhaupt durch den Verordnungsgeber entschieden werden können und ob hierfür § 34i Absatz 9 Satz 1 Nummer 6 GewO-E ausreichend ist.

7. Anpassung von § 148a GewO an die neuen Bestimmungen des Finanzanlagenvermittler- und Honorar-Finanzanlagenberaterrechts

Wir weisen darauf hin, dass der Straftatbestand des § 148a GewO nur für einen falschen Bericht bzw. ein Verschweigen von erheblichen Umständen im Bericht nach § 16 Absatz 1 MaBV maßgeblich ist. Wir regen hier eine Überprüfung an, warum diese Bestimmung bei der Neuregelung des Finanzanlagenvermittlerrechts nicht auf § 24 Absatz 1 Satz 1 und 4 FinVermV erweitert wurde.

B. Zu den Vorschriften im Einzelnen

Artikel 1 (Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs)

Bei den Änderungen im BGB ist grundsätzlich zu bedenken, dass auf den verständigen, mündigen Verbraucher abzustellen ist. Dies gilt umso mehr, als die Richtlinie bereits verbindliche Vorgaben bezüglich des Schutzes des Verbrauchers enthält, wie bspw. die sieben Tage Überlegungsfrist, Artikel 14 Absatz 6.

1. Zu Nummer 5 (§ 491 BGB-E)

Gemäß § 491 Absatz 3 Satz 2 BGB-E werden auch unentgeltliche Stundungen einer Forderung dann als entgeltlich behandelt, wenn sie durch ein Grundpfandrecht gesichert wird. Dies kann jedoch nach unserem Verständnis nur für solche Fälle gelten, in denen anlässlich der unentgeltlichen Stundung ein neues Grundpfandrecht bestellt oder abgetreten wird. Nach unserer Einschätzung

sollte generell darauf geachtet werden, dass die Stundung, die auch im Interesse des Darlehensnehmers sein kann, nicht unnötig erschwert wird, zumal die bestehende Forderung ohnehin bereits durch die Immobilie gesichert wird.

2. Zu Nummer 11 (§ 495 Absatz 3 BGB-E)

Folgender Absatz 3 wird angefügt:

(3) „Bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen ist dem Darlehensnehmer in den Fällen des Absatzes 2 vor Vertragsschluss eine Bedenkzeit von zumindest sieben Tagen einzuräumen. Der Vertrag kann erst nach Ablauf der Bedenkzeit geschlossen werden. Die Bedenkzeit beginnt mit der Aushändigung des Vertragsangebots an den Darlehensnehmer.“

Aus dieser Formulierung muss man entnehmen, dass innerhalb der „Bedenkzeit“ gerade kein rechtswirksamer Vertrag geschlossen werden kann. Liest man die Gesetzesbegründung, ist aber offenbar das Gegenteil gemeint, nämlich dass nur innerhalb dieser einwöchigen Frist das Angebot angenommen werden kann. Beabsichtigt ist danach eine Annahmefrist im Sinne von § 148 BGB. Es ist also an eine „Bedenkzeit“ in dem Sinne gedacht, dass das Angebot des Unternehmers sieben Tage gültig sein soll, ohne dass man es zurücknehmen kann und der Verbraucher sich innerhalb dieser sieben Tage „Bedenkzeit“ entscheiden muss. Unseres Erachtens sollte hier eine eindeutige Formulierung erfolgen.

3. Zu Nummer 20 (§ 504a BGB-E)

Die Einführung einer Beratungspflicht bei Inanspruchnahme der Überziehungsmöglichkeit ist keine aus der Wohnimmobilienkreditrichtlinie resultierende Pflicht.

Im Schatten der Richtlinienumsetzung werden durch § 504a BGB-E massive, unseres Erachtens kaum zu bewältigende, Pflichten für die Kreditwirtschaft eingeführt. Darüber hinaus zeichnet sich der Gesetzestext durch eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe aus, die die Vorschrift in der Praxis als kaum anwendbar erscheinen lassen.

Neu eingeführt werden, soll eine Beratungspflicht für den Darlehensgeber, wenn ein Verbraucher sein Konto ununterbrochen über einen Zeitraum von drei Monaten oder so überzieht, dass die monatlichen Einnahmen die Überziehung nicht mehr decken.

Die Einführung dieser verpflichtenden Beratung führt zu einem erhöhten Bürokratieaufwand bei den Kreditinstituten, was der Aussage der Bundesregierung zum Bürokratieabbau widerspricht. Es ist auch inhaltlich nicht sinnvoll, da diese Beratung ohnehin heute schon freiwillig von den Kreditinstituten übernommen wird. Weiterhin ist es lebensfremd, dass Verbraucher nicht über die hohen Kosten

eines Überziehungskredites informiert sind. Vielmehr liegt häufig eine wirtschaftliche Fehlentwicklung bei den Verbrauchern vor, der aber nicht durch eine Beratungspflicht begegnet werden kann. Insbesondere wird abgelehnt, dass sich aus einem Unterlassen dieser Umschuldungsberatung Schadenersatzansprüche des Verbrauchers ableiten lassen sollen. Diese Vorschrift wird durch die EU-Richtlinie nicht gefordert und ist daher zu streichen.

a. Zu Absatz 1

Unklar ist z. B., wie das Kreditinstitut ermitteln soll, was der "durchschnittliche monatliche Geldeingang" (§ 504a Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 BGB-E) ist. Sind damit alle auflaufenden Habenbuchungen gemeint oder nur regelmäßige oder nur solche, die vom Konto des Arbeitgebers geleistet werden?

Bei einem maschinell abgewickelten Massengeschäft, das die Girokontoführung darstellt, dürfte diese Prüfung nahezu unmöglich sein. Insbesondere kann das Kreditinstitut auch nicht wissen, ob weitere Zahlungseingänge eventuell auf Konten des Darlehensnehmers zu verzeichnen sind, die bei anderen Kreditinstituten geführt werden oder bar gezahlt werden. Die Regelung des § 504a Absatz 1 Nummer 2 BGB-E wird somit zu willkürlichen Ergebnissen führen. Der Verweis auf die Regelungen des § 505 Absatz 2 BGB in der Entwurfsbegründung ist unseres Erachtens nicht hilfreich.

Nach dem Wortlaut der neuen Bestimmung wäre die Beratungspflicht auf alle Formen von eingeräumten Überziehungsmöglichkeiten nach § 504 BGB anzuwenden. Nach dem Koalitionsvertrag (S. 64) sollen von der Beratungspflicht aber nur die in § 504 Absatz 2 Satz 2 BGB geregelten, formlos abzuschließenden Überziehungsmöglichkeiten ("Dispokredite") erfasst sein. Bei den anderen Überziehungsmöglichkeiten, bei denen vorvertragliche Informationen zu erteilen und ein schriftlicher Verbraucherdarlehensvertrag zu schließen sind (§ 504 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 BGB), bedarf es keiner Beratungspflicht. Denn der Verbraucher ist hier bereits durch die vorvertraglichen Informationen und den schriftlichen Vertragsabschluss geschützt.

Die gegenwärtige Regelung entspricht auch nicht dem Koalitionsvertrag. Dort heißt es, dass bei dauerhafter und erheblicher Inanspruchnahme (1 Fall) dem Kunden eine Beratung über mögliche kostengünstigere Alternativen zum Dispositionskredit angeboten werden muss. Nach dem Wortlaut des vorliegenden Entwurfs besteht jedoch die Beratungspflicht bereits dann, wenn die Inanspruchnahme dauerhaft oder erheblich (2 Fälle) ist.

b. Zu Absatz 2

Gemäß § 504a Absatz 2 Satz 3 Nummer 1 BGB-E hat der Darlehensgeber im Rahmen seiner Beratungspflicht den Finanzbedarf des Darlehensnehmers zu ermitteln, der zur Inanspruchnahme der Überziehung geführt hat. Die Gesetzesbegründung (S. 91) konkretisiert dies wie folgt: "Hierzu ist regelmäßig das Konsum- und Ausgabeverhalten des Darlehensnehmers zu erfragen. Gegebenenfalls kann ergänzend eine Abfrage bei einschlägigen Datenbanken erforderlich werden."

Der Darlehensgeber wird durch diese Regelung letztlich zu einer umfassenden Ausforschung der Lebensverhältnisse und Gewohnheiten des Darlehensnehmers gezwungen. Ob dies im Sinne des Kunden ist, der mit der Überziehung eine einfache Möglichkeit nutzt, einen finanziellen Engpass zu überbrücken, darf bezweifelt werden. Dies ufernt in der Pflicht des Darlehensgebers, den Darlehensnehmer gegebenenfalls "auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer unabhängigen Schuldnerberatung hinzuweisen" (S. 91).

4. Zu Nummer 22 (§ 505a BGB-E)

Die §§ 505a ff. BGB-E greifen zwar die Vorgaben der umzusetzenden Richtlinie aus Artikel 18 Absatz 5 lit. a auf ("Wahrscheinlichkeit, dass die Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag erfüllt werden"). Die beabsichtigte Regelung des § 505b Absatz 2 BGB-E ist jedoch nicht praxistauglich: Es bleibt unklar, wie die Verpflichtung "zukünftige Ereignisse" (S. 95) vorauszusehen, durch den Darlehensgeber erfüllt werden kann. Mit dieser weiten Formulierung werden vom Darlehensgeber quasi hellseherische Fähigkeiten verlangt. Zumindest müsste sich der Darlehensnehmer künftig auch hier auf eine Ausforschung seines nahezu gesamten finanziellen Lebens einstellen, wenn er ein Immobilier-Verbraucherdarlehen erhalten möchte.

Fehler bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit führen gemäß § 505d BGB-E zu erheblichen finanziellen Verlusten des Darlehensgebers. Eine derart harte Sanktionierung ist angesichts dessen, dass der Gesetzentwurf selbst die Schwierigkeit für eine zutreffende Beurteilung einräumt (S. 99), unangemessen.

5. Zu Nummer 22 (§ 505c BGB-E)

§ 505c verweist für die Bewertung von Immobilien auf Gutachter. Diese müssen unabhängig sein, über eine nachgewiesene Qualifikation sowie eine regelmäßige Weiterbildung verfügen. Hier sollte auf die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen nach § 36 GewO abgestellt werden. Die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen müssen genau diese genannten Qualifikationen erfüllen und unterliegen der Aufsicht der IHKs bzw. je nach Sachgebiet einer anderen staatlichen Aufsicht. Ein entsprechender Hinweis sollte im Text ergänzt werden.

Artikel 7 (Änderung der Gewerbeordnung)

1. Zu Nummer 2 (§ 11a GewO-E)

Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass die Immobilienkreditvermittler ebenfalls in das Register nach § 11a eingetragen werden, welches von den IHKs geführt wird. Eine Übernahme dieser Aufgabe durch die IHKs ist nur sinnvoll, wenn neben der Registrierung auch die Erlaubniserteilung bundeseinheitlich in die Hände der IHKs gelegt wird. Das ist nur möglich, wenn eine entsprechende Ergänzung im § 34i erfolgt. Bislang ist dies nicht vorgesehen.

Ein Auseinanderfallen zwischen Erlaubniserteilung und Registrierung ist in der Praxis, wie sich bei der Erlaubniserteilung für die Finanzanlagenvermittler und Honorar-Finanzanlagenberater gezeigt hat, nicht sinnvoll und für alle Beteiligten mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden. Schon den betroffenen Gewerbetreibenden ist nicht zu vermitteln, warum sie sich an zwei unterschiedliche Stellen wenden müssen. Zwar ist im Gesetz bzw. der Verordnung vorgesehen, dass die Übermittlung der Daten von der Erlaubnisbehörde an die Registerbehörde erfolgt. In der Praxis wenden sich die betroffenen Gewerbetreibenden aber dennoch an die IHK, weil sie für ihre gewerbliche Tätigkeit die Registrierung benötigen bzw. den Nachweis der Registrierungsnummer. Des Weiteren handelt es sich zwar rechtlich um ein Vermittlerregister, technisch jedoch sind es jeweils unterschiedliche Register. Dadurch, dass auch die Vermittler aus dem EU-Ausland mit in dieses Register eingetragen werden, sind technisch weitergehende Anforderungen zu erfüllen. Auch finanziell lassen sich die nötigen Synergien nur bilden, wenn Erlaubniserteilung und Registrierung in einer Hand liegen.

Weiter wird in der Begründung darauf hingewiesen, dass viele Versicherungsvermittler ebenfalls Darlehensvermittlung betreiben. Die Versicherungsvermittler haben ohnehin die Erlaubnis der IHKs. Vor diesem Hintergrund macht es noch weniger Sinn, die Regelung der Zuständigkeit über die Erlaubniserteilung nach § 34i den Ländern zu überlassen, was wiederum die Gefahr eines „Flickenteppichs“ der Zuständigkeiten in sich birgt.

a. Zu lit. a (§ 11a Absatz 1 GewO-E)

Die Begründung des Referentenentwurfs verwendet nebeneinander die Begriffe "Immobilienkreditvermittler" und "Immobilienkreditvermittler". Es wird eine Vereinheitlichung der Begriffe angeregt.

b. Zu lit. b (§ 11a Absatz 1a SGewO-E)

In den bestehenden § 11a GewO soll ein Abs. 1a eingefügt werden, der erstmals auch die Eintragung von Immobilienkreditvermittlern in das Vermittlerregister regelt, welche die Erlaubnis eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum besitzen und in Deutschland im Rahmen der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit tätig werden wollen.

Der Austausch der entsprechenden Daten soll dabei direkt über die beiden jeweils zuständigen Behörden erfolgen. Dies wird nach unserem Dafürhalten bei den IHKs als zuständige Registerbehörden zu einer sehr viel größeren Anzahl an Eintragungen in das Vermittlerregister führen. Um den dadurch entstehenden erheblichen Mehraufwand zu begrenzen, möchten wir an dieser Stelle vorschlagen, die in das Register einzutragenden Daten möglichst gering zu halten und sie auf die notwendigen Informationen zu beschränken. Des Weiteren wäre es für eine erfolgreiche Umsetzung im Register hilfreich, wenn eine entsprechende Rechtsverordnung, in welcher die eintragungspflichtigen Daten festgelegt werden, zeitnah erlassen wird.

Hieran schließt sich die Frage an, ob im Umkehrschluss die Registerbehörde dazu verpflichtet ist, nach einer Löschung gemäß § 11a Abs. 1a Satz 2 GewO-E die im Herkunftsmitgliedsstaats zuständige Behörde über die Löschung zu informieren?

Zudem ist in der dem Entwurf zu Grunde liegenden Richtlinie von einer erstmaligen Tätigkeit in dem entsprechenden Mitgliedstaat die Rede. Eine entsprechende Einschränkung findet sich im Gesetzesentwurf nicht. Insoweit bleibt an dieser Stelle unklar, ob lediglich die erste grenzüberschreitende Tätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat einzutragen ist bzw. in welcher Weise bei einer erneuten Aufnahme der grenzüberschreitenden Tätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt vorzugehen ist.

Des Weiteren stellt sich in einer praktischen Umsetzung und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass innerhalb der Europäischen Union drei Arbeitssprachen existieren, die Frage, in welcher Sprache der vorgesehene behördliche Austausch erfolgen soll.

Auf Grund der Tatsache, dass einer Eintragungsverpflichtung von Immobilienkreditvermittlern mit einer Erlaubnis aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums, das Notifizierungsverfahren nach Abs. 4 vorausgehen muss, wäre es unseres Erachtens sinnvoller, die Eintragungsverpflichtung nicht in einem neu einzufügenden Abs. 1a festzulegen, sondern diese – dem zeitlichen und tatsächlichen Ablauf entsprechend – nach dem Notifizierungsverfahren in einem entsprechend neu einzufügenden Abs. 4a zu regeln.

c. Zu lit.c. (§ 11a Absatz 3b GewO-E)

Neu soll für die Erlaubnisinhaber nach § 34i die Zusammenarbeit anders als in der Verordnung unmittelbar im Gesetz geregelt werden. Der Hintergrund dafür ist nicht ersichtlich. Übersichtlicher wird es dadurch nicht, da § 11a um einen weiteren Absatz erweitert wird.

§ 11a Absatz 1a Satz 2 GewO-E enthält eine Löschpflicht der Registerbehörde, jedoch keine Aussagen dazu, ob auch die zuständige Erlaubnisbehörde informiert werden soll.

d. Zu lit. e (§ 11a Absatz 5 Nummer 1 GewO-E)

Wir weisen vorsorglich darauf hin, dass zwar die deutsche Umsetzung keinen vertraglich gebundenen Kreditvermittler i. S. v. Artikel 4 Nummer 7 der Richtlinie kennt, jedoch solche Kreditvermittler im Rahmen von § 34i Absatz 4 GewO-E von der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen können und das Vermittlerregister entsprechende Informationen über diesen gewerbetreibenden anbieten muss (vgl. Artikel 29 Absatz 4 lit. c der Richtlinie).

Für „benannte Vertreter“ ist dies wegen Artikel 32 Absatz 2 der Richtlinie nicht notwendig.

e. Zu lit. f (§ 11a Absatz 6 Satz 3 GewO-E)

Sofern den IHKs bundeseinheitlich – durch Regelung in der Gewerbeordnung – die Zuständigkeit für die Erlaubniserteilung für Immobilienkreditvermittler übertragen wird, bietet es sich – analog dem Modell für Versicherungsvermittler – an, die nationale Kontaktstelle beim DIHK zu verankern.

f. Zu lit. g (§ 11a Absatz 7 Satz 1 GewO-E)

In der Praxis ergeben sich immer wieder Fragen, ob auch Finanzämtern und Sozialversicherungsbehörden Auskünfte über Personen gegeben werden dürfen, die in das Vermittlerregister eingetragen sind. Wir regen deshalb an, in diese Bestimmung auch die Finanzämter und Sozialversicherungsträger (Rentenversicherung, Krankenkassen etc.) aufzunehmen.

g. Zu lit. h (§ 11a Absatz 8 Satz 1 GewO-E)

Unklar ist das Verhältnis dieser Bestimmung zu § 154 GewO-E. Sofern die Bekanntmachung von Entscheidungen eine weitere Ausnahme i. S. v. § 11a Absatz 8 Satz 2 GewO darstellen sollte, wird eine entsprechende Klarstellung im Referentenentwurf angeregt, was dann auch der Vorgabe aus Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie entspräche ("Vertrauliche Informationen dürfen an keine Personen weitergegeben werden... dies gilt nicht für Fälle, die unter diese Richtlinie fallen....").

2. Zu Nummer 4 (§ 29 GewO-E)

Wir möchten an dieser Stelle gerne darauf hinweisen, dass in der Aufzählung der Paragraphen im Entwurf der Neufassung des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GewO-E im Vergleich zur bisher gültigen Version der Vorschrift der § 31 GewO keine Erwähnung mehr findet. Wir gehen davon aus, dass es sich hierbei um ein Versehen handelt.

3. Zu Nummer 5 (§ 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO-E)

Das Herauslösen des Tatbestands "Immobilienkreditvermittler" aus der Erlaubnispflicht des § 34c GewO erscheint sinnvoll. Allerdings sollte hier auf eine einheitliche Terminologie geachtet werden: Während § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO Immobilienverträge vom Anwendungsbereich ausnimmt, spricht § 34i Absatz 1 Satz 1 GewO von Immobilienkreditverträgen. Auch aus der Begründung (S. 127) ergibt sich kein Grund für die unterschiedliche Bezeichnung.

Begrüßt wird, dass zumindest nicht bei der Art der vermittelten Immobilien nach gewerblich oder privat unterschieden wird.

3. Zu Nummer 6 (§ 34i GewO-E)

a. Zu Absatz 1

Die Orientierung an den bewährten Regelungen zu §§ 34d, e und 34f, h GewO sind aus unserer Sicht grundsätzlich positiv zu bewerten.

Der Begriff "Immobilienkreditvertrag" in § 34i Absatz 1 Satz 1 GewO-E enthält keine Legaldefinition, obwohl dieser sowohl von § 491 Absatz 3 BGB-E (Immobilien-Kreditverträge) als auch von Artikel 4 Nummer 3 der Richtlinie abweicht.

Nach unserer Lesart fällt der Begriff "Bausparvertrag" ebenso wenig unter den Tatbestand des § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO (vgl. dazu Landmann-Rohmer, GewO, Band 1, § 34c Rn. 28) wie unter § 34i Absatz 1 GewO, da es sich hierbei um einen Vertrag sui generis und gerade um keinen Darlehensvertrag handelt. Da hierzu Rückfragen aus der Praxis zu erwarten sind, wird ein kurzer Hinweis in der Begründung zu § 34i GewO angeregt. Die Frage spielt letztlich auch bezogen auf die zu erwartenden Fallzahlen eine Rolle.

Im Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie auf S. 26 oben in der Überschrift des § 34i GewO-E fehlt ein "t" im Wort "Immobilienkreditvermittler".

b. Zu Absatz 2

§ 34i Absatz 2 Nummer 5 GewO-E führt einen neuen Versagungstatbestand für die Fälle ein, in denen der Vermittler seine Hauptniederlassung nicht im Inland hat, was das schon von der Versicherungsvermittlern bekannte Herkunftslandprinzip sicherstellen soll. Es wird hier eine Überprüfung angeregt, warum der Gesetzgeber mit § 34d Absatz 11 GewO ein anderes Regelungsinstrument als jetzt mit § 34i Absatz 2 Nummer 5 GewO gewählt hat.

Zu den bereits bekannten vier Versagungsgründen ist nunmehr mit der Nr. 5 ein neuer Versagungsgrund getreten. Hiernach kann eine Erlaubnis auch dann versagt werden, wenn der Antragsteller seine Hauptniederlassung oder seinen Hauptsitz nicht im Inland hat oder seine Tätigkeit nicht im Inland ausüben will.

Die erste Variante dieser Regelung stellt unseres Erachtens eine reine Zuständigkeitsregelung dar. Wir werten diese Regelung so, dass die Erlaubnisbehörden in Deutschland auch nur Unternehmen mit einer deutschen Rechtsform eine Erlaubnis erteilen dürfen. Den immer noch vorkommenden Limited-Gesellschaften ist nach unserer Beurteilung folglich eine Erlaubniserteilung in Deutschland verwehrt.

In einer zweiten Variante kann eine Erlaubnis auch dann versagt werden, wenn der Erlaubnisinhaber seine Tätigkeit nicht im Inland ausüben will. Die Gesetzesbegründung geht hier durch die Verwendung des Wortes „zusätzlich“ von einem kumulativen Erfordernis aus, während der Gesetzeswortlaut mit der Formulierung „oder“ unseres Erachtens zwei Alternativen zur Versagung aufführt. An dieser Stelle wäre eine Klarstellung angezeigt.

Zudem stellt sich aus praktischer Sicht die Frage, wie ein solch von Natur aus subjektives Element von den jeweiligen Erlaubnisbehörden im Rahmen des Antragsverfahrens überprüft werden soll. Hier wäre eine konkrete Formulierung im Gesetz oder aber wenigstens eine Erläuterung innerhalb der Gesetzesbegründung für eine spätere Anwendung der Vorschrift in der Praxis hilfreich.

In Artikel 29 Absatz 4 lit. b der Richtlinie soll der gute Leumund dann nicht mehr gegeben sein, wenn schwerwiegende Straftaten aus dem Bereich der Finanzkriminalität vorliegen. Die bisherige Umsetzung entspricht § 34d Absatz 2 Nummer 1 GewO, der auf der Vorschrift von Artikel 4 Absatz 2 der Versicherungsvermittlerrichtlinie basiert und ebenfalls schwerwiegende Straftaten aus der Finanzkriminalität betrifft. Wir regen hierzu eine Überprüfung an, ob die Regelvermutung nicht auf ein vorsätzliches Betreiben von Bankgeschäften oder Finanzdienstleistungen ohne Erlaubnis nach § 32 KWG (§ 54 Absatz 1 KWG) erstreckt werden sollte.

c. Zu Absatz 4

Wegen der möglichen Deckungslücke im Versicherungsschutz von Vermittlern aus anderen EU-/EWR-Staaten wird auf die Ausführungen unter Punkt A. 5. (Keine 1:1-Umsetzung der Richtlinie) Bezug genommen.

Absatz 4 nimmt die Vermittler von der Erlaubnispflicht aus, welche bereits eine Erlaubnis eines anderen Mitgliedsstaates haben. Voraussetzung ist, dass das Unterrichtsverfahren nach Artikel 32 Absatz 3 der Richtlinie 2014/17/EU erfolgt ist. Diese Verweisungstechnik wird gesetzgeberisch für wenig glücklich gehalten, da sie den Anwender dazu zwingt, die Richtlinie zum Verständnis heranzuziehen. Besser wäre es, die jeweiligen Bestimmungen aus der Richtlinie auch in das Gesetz zu übernehmen.

d. Zu Absatz 5

Es erscheint nach ganz überwiegender Ansicht der IHKs begrüßenswert, dass hier keine getrennten Erlaubnistatbestände für Vermittler und Berater geschaffen werden sollen, zeigen doch gerade die zugelassenen 45 Honorar-Finanzanlagenberater, dass solche Erlaubnistatbestände in der Praxis kaum angenommen werden.

Allerdings sollte – zur Vermeidung von Missverständnissen – eine Klarstellung erfolgen, dass sich der Gewerbetreibende im Einzelfall – unter Berücksichtigung entsprechender Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber dem Kunden – entscheiden darf, ob er provisionsbasiert vermittelt/berät oder eine unabhängige Beratung anbieten möchte.

Kritisch sehen wir die Festlegung, dass sich nur der Berater als unabhängig bezeichnen darf, der keine Zuwendungen des Kreditgebers annimmt. Der Gesetzgeber erkennt hier, dass auch Immobilienkreditvermittler gemäß § 34i Absatz 1 Satz 1 GewO-E unabhängig beraten, wenn sie zwar eine Provision erhalten, aber trotzdem im Sinne eines Maklers aus einer Vielzahl von Verträgen den für den Kunden am besten geeigneten Vertrag auswählen. Kein anderes Ergebnis ergibt sich aus Artikel 22 Absatz 3 lit. c und 4 der Richtlinie, da diese Bestimmungen lediglich den Bezeichnungsschutz für gebundene Kreditvermittler (Artikel 4 Nummer 7) und benannte Vertreter (Artikel 4 Nummer 8) ausschließen.

Die Gesetzesbegründung verwendet die Bezeichnung des „Honorar-Immobilienkreditberaters“, welche aber im Gesetz so keine Erwähnung findet. Dies wirft in der Folge aber die Frage auf, ob das Berufsbild des „Honorar-Immobilienkreditberaters“ vom Gesetz so überhaupt vorgesehen ist.

Sollte dies der Fall sein, schließt sich weiterhin die Frage an, ob für diese Bezeichnung ein besonderer Schutz besteht und ob die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zur Folge haben sollen, dass der Antragsteller sich doch für ein Modell entscheiden muss und nicht bei jedem neuen Kunden individuell entscheiden kann, welches Modell zur Anwendung kommen soll (vgl. bereits oben).

Auch an dieser Stelle wäre eine Klarstellung und Konkretisierung des Gesetzestextes in unseren Augen wichtig.

Es wird zudem angeregt, eine Regelung zur Provisionsweitergabe analog zur Vorschrift des § 34h Absatz 3 Satz 2 und 3 GewO für die Fälle aufzunehmen, in denen es keine Nettoverträge gibt.

e. Zu Absatz 6

Für unklar und nicht praxistauglich halten wir die Regelung des § 34i Absatz 6 GewO-E, wenn sie auf Personen abzielt, die "dafür verantwortlich sind". Auch die Gesetzesbegründung (S. 130, 2. Absatz) ist diesbezüglich wenig aussagekräftig, wenn sie die Betroffenen definiert als "Personen in leitenden Positionen, die eine wichtige Rolle bei der Vermittlung oder Beratung spielen, obwohl sie nicht am point of advice/sale" mitwirken. Der Gewerbetreibende dürfte hier Schwierigkeiten haben, zu erkennen, was von ihm verlangt wird.

Entgegen dem bisher bekannten System, dem Erlaubnisinhaber die Entscheidung zu überlassen, mit welchen Mitteln er die Qualifikation seiner an der Vermittlung bzw. Beratung mitwirkenden Angestellten sicherstellt, soll Abs. 6 erstmals eine Verpflichtung des Erlaubnisinhabers einführen, ausschließlich Personen bei der Vermittlung und Beratung einzusetzen, die über einen Sachkundennachweis im Sinne von Abs. 2 Nr. 4 verfügen.

Dies bedeutet unseres Erachtens eine enorme zusätzliche Belastung – sowohl was Aufwand wie auch Kosten betrifft – für größere Unternehmen, die eine hohe Anzahl an Beschäftigten aufweisen, da die Einstellung neuer Mitarbeiter vom erfolgreichen Bestehen der IHK-Sachkundeprüfung abhängig gemacht wird. Eine solche Verschärfung leitet sich unseres Erachtens in keiner Weise zwingend aus der Wohnimmobilienkreditrichtlinie her, die in Erwägungsgrund 32 lediglich verlangt, dass das Personal „über ausreichende Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, um ein hohes Maß an Professionalität zu gewährleisten“. Um dies sicherzustellen, wäre es unserer Meinung nach ausreichend, den Nachweis der Sachkunde von Angestellten – wie auch in den bisher eingeführten Erlaubnistatbeständen der §§ 34d bis 34h GewO – den Gewerbetreibenden selbst aufzuerlegen.

Die Erfahrung aus der Praxis zeigt, dass sich die Gewerbetreibenden ihrer Verantwortung durchaus bewusst sind, da die Beschäftigung nicht ausreichend qualifizierten Personals zu einem Widerruf der eigenen Erlaubnis auf Grund einer Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden führen kann.

Sollte dieser Vorschlag so nicht umsetzbar sein, sollte zumindest auch den Angestellten die Möglichkeit eingeräumt werden, den Nachweis einer Sachkunde ebenfalls über eine gleichgestellte Berufsqualifikation erbringen zu können.

An dieser Stelle möchten wir zudem anführen, dass die verbindliche Einführung eines solchen Sachkundenachweises für Angestellte über eine Sachkundeprüfung bei den Industrie- und Handelskammern, als für die Prüfung verantwortliche Stelle, einen zusätzlichen Mehraufwand an Ressourcen bedeuten wird. Aus diesem Grund würden wir einen schnellen Erlass der entsprechenden Rechtsverordnung, welche die Regelungen zur Sachkundeprüfung enthalten soll, sehr begrüßen.

Im Ergebnis wird eine Regelung analog § 34f Abs. 4 GewO befürwortet.

f. Zu Absatz 8

In Absatz 8 wird die Eintragungspflicht der Angestellten im Register geregelt. Dort wird auch darauf abgestellt, dass nur die unmittelbar bei der Vermittlung oder Beratung mitwirkenden Mitarbeiter einzutragen sind. In Absatz 6 sollte ein entsprechender Gleichklang erfolgen, da es ansonsten erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis gibt, welche zudem eine wirksame Kontrolle durch die für die Überwachung zuständigen Behörden erschwert.

g. Zu Absatz 9

§ 34i Absatz 9 Satz 2 GewO-E sieht die Möglichkeit vor, dass durch Verordnung Gewerbetreibende verpflichtet werden können, regelmäßig oder aus besonderem Anlass Prüfungsberichte abzugeben. Es wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass durch das Änderungsgesetz vom 21.06.2005 Darlehensvermittler von der Prüfungspflicht nach § 16 Absatz 1 MaBV entbunden wurden, da damals keine Missstände festgestellt wurden (vgl. Landmann-Rohmer, GewO, Band 2, § 16 MaBV Rn. 8).

Die Einführung einer Pflichtprüfung würde eine weitere Verschärfung darstellen, die vor dem Hintergrund der erfolgten Freistellung und vor dem Hintergrund des angestrebten Bürokratieabbaus noch einmal überdacht werden sollte.

Zudem wird dieser Punkt im Rahmen der Kostenberechnung vollkommen vernachlässigt. Die Einführung einer solchen Prüfpflicht durch eine entsprechende Verordnung würde für die betroffenen

Gewerbetreibenden jedoch einen erheblichen jährlichen Fixkostenaufwand bedeuten, der bei der Gesamtschau der anfallenden Kosten in keiner Weise unberücksichtigt bleiben sollte.

4. Zu Nummer 15 (§ 154 GewO-E)

§ 154 GewO-E soll Artikel 38 Absatz 2 der Richtlinie in nationales Recht umsetzen, geht jedoch mit seiner "Prangerfunktion" über die Bestimmungen der Richtlinie hinaus.

Es ist zu erwarten, dass der Vollzug dieser Bestimmung für die zuständige Erlaubnisbehörde immer mit einem gewissen Restrisiko verbunden sein wird, über eine derartige Bekanntgabe zu entscheiden. Welche gravierende Wirkung und verfassungsrechtliche Schranken gewerberechtliche „Prangerverzeichnisse“ haben können, zeigt sich an der höchst problematischen Umsetzung des § 40 Absatz 1a LFBG.

Mit dieser neuen Bestimmung sind diverse Fragen verbunden: Wie erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung? Soll es hierzu einen Verweis im Vermittlerregister geben? Fallen unter den Begriff der "Gebote und Verbote" auch die Erlaubnisvoraussetzungen des § 34i Absatz 2 GewO? Sind eine Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bzw. eine Betriebsschließung nach § 15 Absatz 2 GewO ebenfalls zu veröffentlichen oder handelt es sich um den bereits oben beschriebenen Fall von Artikel 34 Absatz 2 Unterabsatz 4 der Richtlinie?

Aus diesem Grund ist es an dieser Stelle dringend notwendig, Regelbeispiele in das Gesetz aufzunehmen oder aber mindestens Fallgruppen in der Gesetzesbegründung aufzuführen. Andernfalls wäre eine bundesweit sehr unterschiedliche Auslegung und Anwendung der Vorschrift die Folge, was schlussendlich in zahlreichen Gerichtsverfahren münden würde.

Es gilt zu beachten, dass mit den Eintragungen im Gewerbezentralregister bereits Möglichkeiten der Veröffentlichung bestehen, die zumindest die zuständigen Behörden als Informationsgrundlage nutzen können. Unseres Erachtens müsste diese Möglichkeit ausreichen, um Artikel 38 der Richtlinie gerecht zu werden. Hinzu kommt, dass für die Öffentlichkeit durch Einsichtnahme des Registers festgestellt werden kann, ob ein konkreter Vermittler noch eingetragen ist.

5. Zu Nummer 16 (§ 160 GewO-E)

- Während betroffene Gewerbetreibende gem. § 157 Abs. 2 GewO lediglich verpflichtet waren, bis zum 1. Juli 2013 eine Erlaubnis zu beantragen, sieht der Referentenentwurf vor, dass sie bis zum 21. März 2017 eine entsprechende Erlaubnis besitzen müssen (§ 160 Abs. 1 GewO-E). Durch diese Regelung wird nicht nur den betroffenen Gewerbetreibenden das Risiko eines Bearbeitungsstaus bei der zuständigen Behörde aufgebürdet; auch ist damit zu

rechnen, dass es bei der Zulassungsbehörde temporär zu einem erhöhten Aufkommen an Anträgen kommen wird, die dann unter hohem Zeitdruck bearbeitet werden müssten. Selbst wenn man im Wege der Auslegung zu dem Ergebnis käme, dass die Antragstellung selbst den entscheidenden Zeitpunkt für die Fristwahrung bildet, verbliebe dennoch eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies sollte berücksichtigt und die Vorschrift entsprechend angepasst werden.

- Der Verweis auf „Satz 1“ in § 160 Abs. 3 GewO-E ist unklar. Der betreffende Absatz lässt sich nicht in Sätze untergliedern. Wir regen an, hier auf den allgemeinen Antrag nach § 34i GewO-E und nicht auf den nur bis zum 21. März 2017 möglichen Antrag nach § 160 Abs. 1 GewO-E Bezug zu nehmen. Die Erfahrungen bei den Finanzanlagenvermittlern haben gezeigt, dass eine befristete Befreiung vom Sachkundenachweis, wie sie derzeit in § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO enthalten zu sein scheint (so zumindest Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 68. EL August 2014, § 157 Rdn. 49 und 52), insbesondere bei Antragstellern, die zum Stichtag noch als Angestellte tätig waren und sich dann später entschließen, in die Selbstständigkeit zu wechseln, zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führt. Die Betroffenen verfügen oftmals über langjährige Berufserfahrungen, können aber keine Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen, da sie zum Stichtag u. U. noch nicht einmal den Gedanken gefasst hatten, in die Selbstständigkeit zu wechseln. Eine Befristung ist u. E. auch nicht notwendig, da der Antragsteller stets die ununterbrochene Tätigkeit nachweisen muss. Mithin wird der nachzuweisende Zeitraum schlicht länger, je später der Antrag gestellt wird.

a. Zu Absatz 1

Wie sich bei den Versicherungs- und den Finanzanlagenvermittlern gezeigt hat, kann sich der Erlass der Rechtsverordnung lange hinziehen. Bevor die Verordnung Einzelheiten geregelt hat, können aber Schulungen zur Erlangung der erforderlichen Kenntnisse kaum angeboten und Sachkundeprüfungen nicht abschließend inhaltlich und organisatorisch vorbereitet werden. Die Fristen zum Nachweis der Sachkunde von Versicherungsvermittlern (§ 156 Absatz 1 GewO) und Finanzanlagenvermittlern (§ 157 Absatz 3 Satz 1 GewO) wurde von den Gewerbetreibenden als zu kurz wahrgenommen. Wie bereits dargestellt, ist ein möglichst rasches Angehen der Rechtsverordnung nach § 34i Absatz 9 GewO erforderlich, insbesondere mit Blick auf die IHK-intern vorzubereitende Sachkundeprüfung.

Es wird eine Übergangsfrist von 24 Monaten für den Nachweis der Sachkunde vorgeschlagen.

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber ein anderes Verfahren als in § 157 Absatz 2 und 3 GewO gewählt hat. Im Gegensatz zu den Finanzanlagenvermittlern wird im Rahmen von § 160 Absatz 2 GewO der bürokratische Mehraufwand vermieden.

b. Zu Absatz 2

Nach § 160 Absatz 2 GewO-E ist ein vereinfachtes Verfahren dann möglich, wenn hierfür die Erlaubnis unter Vorlage der bisherigen Erlaubnisurkunde gemäß § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO beantragt wird. Wir halten hier den Bezug auf Nummer 2 für problematisch, da sich die Nummerierung der Erlaubnis nach § 34c GewO über die Jahre geändert hat:

In der Fassung vom 16.08.1972 ist die Erlaubnispflicht in § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 lit. a GewO geregelt. In der Fassung vom 16.07.2007 wird hieraus § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 GewO, danach in der Fassung vom 17.07.2009 § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a GewO und erst in der Fassung vom 06.12.2011 § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO. Wir regen deshalb eine Klarstellung an, dass auch eine Erlaubnis als Darlehensvermittler in einer früheren Fassung für Absatz 2 ausreicht.

Bereits beim Vollzug von § 157 Absatz 2 GewO konnten einige Gewerbetreibende keine Erlaubnis nach § 34c GewO vorweisen, da sie von Artikel 2 des Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung vom 16.08.1972 (BGBl. I S. 1465) Gebrauch gemacht hatten. Auch diese Fälle sollten u. E. von der Übergangsvorschrift des § 160 Absatz 2 GewO-E erfasst sein.

Wir regen ferner eine Überprüfung an, ob im Bundesgebiet von den Kreisverwaltungsbehörden stets eine Erlaubnis als Darlehensvermittler für die Vermittlung von Hypothekarkrediten als notwendig und ausreichend angesehen wurde. So sollen nach Ansicht des VGH Mannheim (Urteil vom 29.04.1997, Az. 14 S 898/96) die Vermittlung und der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Darlehensverträgen, die vertragsgemäß durch Grundpfandrechte gesichert werden, die Tatbestandsmerkmale "Darlehen" und "Grundstücke" erfüllt sein und somit einer auf beide Tätigkeitsfelder bezogenen Erlaubnis bedürfen. Es entzieht sich unserer Kenntnis, ob es auch Kreisverwaltungsbehörden im Bundesgebiet gibt, die hier allein auf den Abschluss von Verträgen über Grundstücke abgestellt haben, was dann für eine Berufung nach § 160 GewO-E nicht ausreichend wäre.

Es sollte klargestellt werden, dass die Überprüfung von Zuverlässigkeit und geordneten Vermögensverhältnissen auch bei Vorlage einer Erlaubnis nach § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO möglich ist und für die Erlaubnisbehörde kein Prüfungsverbot darstellt.

c. Zu Absatz 3 und Absatz 5

Die Regeln zur Nichterforderlichkeit der Sachkundeprüfung nach § 160 Absatz 3 GewO-E sind besser gelungen als in § 157 Absatz 3 Satz 4 und 5 GewO, welche bis zum heutigen Tag viel Erklärungsaufwand und (auch gerichtliche) Streitfälle nach sich gezogen haben.

Beim Vollzug des Finanzanlagenvermittlerrechts ergaben sich u. a. folgende Fragen, die auch von Relevanz für § 160 Absatz 3 und 5 GewO-E sein dürften:

- Gilt für Absatz 3 der Grundsatz „Einmal sachkundig, immer sachkundig oder handelt es sich lediglich um eine Übergangsbestimmung, auf die sich der Gewerbetreibende in einem späteren Erlaubnisverfahren nicht mehr berufen kann?
- Kann sich der "Alte Hase" auf die Nichterforderlichkeit der Sachkundeprüfung auch dann berufen, wenn er ein neues Unternehmen gründet?
- Wie ist mit einem Angestellten umzugehen, der sich auf § 160 Absatz 3 GewO-E beruft, sich jedoch über den 21.03.2017 hinaus in einem Angestelltenverhältnis befunden hat bzw. nach dieser Frist in ein anderes Beschäftigungsverhältnis wechselt?
- Was geschieht, wenn der Gewerbetreibende zwar unter Vorlage von Nachweisen am Markt tätig war, jedoch keine Erlaubnis nach § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO für einen Teil des Zeitraums nach dem 21.03.2011 besessen hat? Handelt es sich um ein reines Zuverlässigkeits- oder ein Sachkundeproblem? Kann hier die Rechtsprechung des BayVGH zur möglichen Nichtberücksichtigung illegaler Tätigkeiten ohne die erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle (vgl. BayVGH, Urteil vom 19.03.2014, Az. 22 B 13.2021, abgedruckt im GewArch 2014, 315 f.) berücksichtigt werden oder kommt es auf die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit nicht an (vgl. BVerwG, Urteil vom 08.06.1962, Az. VII C 244.59)?

Zur einheitlichen Auslegung der „Alten-Hasen-Regel“ nach § 160 GewO-E ist zu berücksichtigen, dass bisher keine explizite Trennung der Darlehensvermittlung in Verbraucher- bzw. Immobilien-Darlehensverträge geregelt war und dies möglicherweise zu erheblichen Problemen bei der Nachweisführung zur Anwendung der Alten-Hasen-Regelung führen könnte. Wünschenswert wäre daher eine eindeutige Ausführung in der Gesetzesbegründung zur Geeignetheit von Unterlagen zum Nachweis der ununterbrochenen Tätigkeit.

Wie bereits schon unter Punkt A. 1. dargestellt, ist zu erwarten, dass es häufig Nachforderungsaufwand geben wird, um eine Tätigkeit i. S. v. § 34i GewO (in Unterscheidung zu der nunmehr verbleibenden Tätigkeit nach § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO) zu überprüfen.

Artikel 9 (Änderung des Kreditwesengesetzes)

Zu Nummer 3 (§ 18a KWG-E)

Kritisch sehen wir zuletzt die Bestimmung des § 18a Absatz 7 KWG-E, der einen Gleichlauf von Zivil- und Aufsichtsrecht gewährleisten soll. Hier sind jedoch Abgrenzungsprobleme bei der "Auslegungshoheit" zu erwarten: Während die zivilrechtliche Seite durch die Rechtsprechung, insbesondere den Bundesgerichtshof, bestimmt wird, obliegt es der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) Einzelheiten des Bankenaufsichtsrechts festzulegen. Fraglich ist, wie in den Fällen verfahren werden soll, in denen BGH und BaFin unterschiedliche Ansichten trotz dieser gesetzlichen "Verlinkung" vertreten.

In Absatz 6 ist vorgesehen, dass Kreditinstitute bei dem Rückgriff auf externe Gutachter zur Bewertung sicherzustellen haben, dass diese fachlich kompetent und unabhängig sind sowie eine objektive Bewertung vornehmen. Hierbei sollte wiederum ein Verweis auf die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen nach § 36 GewO erfolgen. Mit der öffentlichen Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen werden diese Voraussetzungen sichergestellt, so dass unabhängige, qualifizierte Sachverständige ohne weitere Überprüfung durch die Kreditinstitute beauftragt werden können.

Ansprechpartnerin im DIHK

Dr. Mona Moraht
Bereich Recht
Leiterin des Referats Gewerberecht