

TOP 2 der 119. Tagung des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“ am 12./13. April 2016 - Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie

Vollzugsfragen zu den §§ 34i und 160 GewO

1. Abgrenzung des Vermittlers vom Tippgeber: Nach § 34i GewO benötigt derjenige, der einem Verbraucher einen Immobiliarkredit im Sinne des § 491 Absatz 3 BGB vermittelt, eine Erlaubnis. Dagegen benötigt der bloße Tippgeber diese Erlaubnis nicht.

Für die Abgrenzung können folgende Kriterien herangezogen werden:

- *Die Tätigkeit eines Tippgebers ist darauf beschränkt, Möglichkeiten zum Abschluss eines Immobiliendarlehensvertrags namhaft zu machen oder Kontakte zwischen einem potentiellen Darlehensnehmer und einem Darlehensgeber herzustellen.*
- *Eine erlaubnispflichtige Immobiliendarlehensvermittlung liegt dagegen vor, wenn für den potentiellen Darlehensnehmer administrative Tätigkeiten vorgenommen werden. Dies kann der Fall sein, wenn er bei der Zusammenstellung der erforderlichen Unterlagen unterstützt wird.*

2. Vermittlung von Immobilial-Verbraucherdarlehen durch Versicherungsunternehmen

Nach § 6 Absatz 1 Satz 2 GewO gilt die GewO für den Geschäftsbetrieb von Versicherungsunternehmen nur insoweit, als sie ausdrückliche Bestimmungen enthält. Eine ausdrückliche Bestimmung für Versicherungsunternehmen für den Vertrieb von Immobilial-Verbraucherdarlehen existiert in der GewO nicht. Das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) ist insoweit das Spezialgesetz für die gewerbliche Tätigkeit der Versicherungsunternehmen. Soweit die Unternehmen nach den versicherungsaufsichtsrechtlichen Anlagegrundsätzen berechtigt sind, Darlehen i.S.v. § 491 Absatz 3 BGB zu vergeben, verweist § 15a VAG auf § 18a Absatz 1 bis 10 KWG. Dort werden die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Vergabe von Verbraucherdarlehen zusammengefasst. Sind diese sowie alle sonstigen aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, handelt es sich bei der Vergabe von Immobilial-Verbraucherdarlehen nicht um ein unzulässiges versicherungsfremdes Geschäft gemäß § 15 Absatz 1 VAG. Die Vergabe wie auch die Vermittlung von durch das Unternehmen selbst vergebenen Immobilial-Verbraucherdarlehen ist dann dem Geschäftsbetrieb von Versicherungsunternehmen zuzurechnen, so dass gemäß § 6 Absatz 1 Satz 2 GewO die Gewerbeordnung und damit auch § 34i GewO keine Anwendung finden.

Dies soll auch bei der Vermittlung von Immobilial-Verbraucherdarlehen gelten, die nicht durch das Versicherungsunternehmen selbst vergeben werden. Es handelt sich auch in diesem Fall nicht um ein versicherungsfremdes Geschäft i.S.v. § 15 Absatz 1 VAG, wenn das Versicherungsunternehmen selbst zur Vergabe des entsprechenden Darlehens nach den Vorschriften des VAG berechtigt wäre.

Versicherungsvermittler mit einer Erlaubnis nach § 34d Absatz 1 GewO und Ausschließlichkeitsvermittler nach § 34d Absatz 4 GewO, die zusätzlich gewerbsmäßig Immobilial-Verbraucherdarlehen vermitteln, benötigen dagegen eine Erlaubnis nach § 34i GewO.

3. Begriff „Verbraucherdarlehen“ im Sinne des § 491 Absatz 3 BGB: Abgrenzung zu einem Darlehensvertrag, den ein gewerblicher Darlehensnehmer für nicht-gewerbliche (private) Zwecke abschließt.

Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Bei einem Immobiliendarlehen, das sowohl für gewerbliche als auch private Zweck eingesetzt werden soll, kommt es auf den Schwerpunkt der Zwecksetzung an.

4. Wie soll verfahren werden, wenn der Gewerbetreibende keine Erlaubnis nach § 34c Absatz 1 GewO als Darlehensvermittler besitzt und eine Sachkundeprüfung durchlaufen will, die jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt angeboten wird?

Die Erlaubnis nach § 34i GewO darf erst erteilt werden, wenn sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind, d.h. wenn vom Antragsteller auch die Sachkundeprüfung nachgewiesen wird.

5. Können Versicherungsbestätigungen akzeptiert werden, die vor Inkrafttreten der ImmVermV ausgestellt wurden?

Eine Versicherungsbestätigung kann anerkannt werden, auch wenn sie vor Inkrafttreten der ImmVermV ausgestellt wurde, sofern sie die inhaltlichen Anforderungen der §§ 9 ff. ImmVermV erfüllt und die Bestätigung zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht älter als 3 Monate ist (s. § 11 Absatz 1 ImmVermV).

6. Gebundener Vermittler

Das Berufsbild des gebundenen Vermittlers ist bei Immobiliendarlehensvermittlern im Sinne des § 34i GewO nicht bekannt. Daher wurden keine dem § 34d Absatz 4 GewO entsprechenden Regelungen (gebundener Versicherungsvermittler) für den Immobiliendarlehensvermittler getroffen. Allerdings kommt - wenn vom Kreditgeber nachgewiesen - ein Haftungsdach als gleichwertige Garantie nach § 34i Absatz 2 Nummer 3 GewO in Betracht.

7. Muss der Gewerbetreibende eine Erlaubnis nach § 34c Absatz 1 GewO als Darlehensvermittler besitzen, um sich auf § 160 Absatz 3 GewO berufen zu können?

Wenn der Gewerbetreibende zuvor selbständig im Bereich der Vermittlung von Darlehen tätig war und die insoweit nach § 34c GewO erforderliche Erlaubnis nicht vorliegt, ist entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Thema "Schwarzarbeit und Eintragung in die Handwerksrolle" (BVerwG, Urteil vom 13.05.2015, Az. 8 C 12/14) eine Anwendung des § 160 Absatz 3 GewO ausgeschlossen. War der Gewerbetreibende zuvor nachweislich unselbständig oder selbständig im Bereich der Beratung über Darlehen tätig, benötigte er keine Erlaubnis nach § 34c GewO, sodass die Tätigkeiten anerkannt werden können.

8. Wie ist zu verfahren, wenn Gewerbetreibende, die Bausparverträge vermittelt haben, den Darlehensnehmer nach Ansparreife über die Möglichkeiten eines Bauspardarlehens beraten haben ?

Je nach Fallgestaltung könnte es sich hier um eine Beratung oder um eine Vermittlung handeln. Bezüglich der Beratung war eine Erlaubnis nach § 34c GewO nicht erforderlich, so dass diese Tätigkeit – soweit nachgewiesen – anerkannt werden kann.

9. Wann liegt eine ununterbrochene Tätigkeit seit dem 21. März 2011 vor und wie wird diese nachgewiesen ?

Maßgeblich sind jeweils die Umstände des Einzelfalls. Bei selbständig Tätigen kann auf die nach § 10 MaBV zu führenden Aufzeichnungen zurückgegriffen werden. Der Nachweis kann auch durch Vorlage entsprechender Provisionsabrechnungen geführt werden. In Betracht kommen kann auch die Bestätigung eines Prinzipals, in der dieser bescheinigt, dass der betreffende Vermittler aus der Vermittlung von Immobiliendarlehen seit dem 21. März 2011 durchgängig Provisionen bezogen hat. Es muss erkennbar sein, dass über Produkte im Sinne des § 491 Absatz 3 BGB bzw. § 506 BGB beraten oder diese vermittelt wurden.

10. Informationsaustausch

Der Informationsaustausch erfolgt nach § 11a Absatz 6 Satz 3 GewO über das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, Referat 424, Frankfurter Straße 29 - 35, 65760 Eschborn, E-Mail: MCD.notifications@bafa.bund.de.

11. Stellen die Beschäftigten des Erlaubnisinhabers (Personen, die bei Vermittlung oder Beratung mitwirken oder in leitender Tätigkeit mitverantwortlich sind , § 34i Absatz 6 GewO) zwei unterschiedliche Registertatbestände oder einen einheitlichen Tatbestand dar ?

Es soll eine getrennte Registrierung erfolgen.

12. Ist es trotz der Formulierung in § 160 Absatz 1 GewO ("weiterhin vermitteln möchte") möglich, dass der Gewerbetreibende eine „Schubladenerlaubnis“ auch ohne Registrierung beantragt?

Nein, denn § 160 Absatz 1 GewO setzt zum einen eine bestehende Darlehensvermittlungstätigkeit („weiterhin vermittelt“) voraus und verpflichtet zum anderen zur Registrierung („müssen ... sich ... registrieren lassen). Bei der Erlaubnis unmittelbar nach § 34i GewO ist dagegen eine „Schubladenerlaubnis“ möglich, weil nach § 34i Absatz 8 GewO eine Registereintragung erst nach Aufnahme der Tätigkeit erfolgen muss.

13. Anerkennung gleichwertiger Sachkundenachweise nach § 20 ImmVermV

Abschlüsse des Berufsbildungswerks der Bausparkassen werden durch eine Urkunde (Musterurkunde) nachgewiesen, in der auf das Ausbildungsprogramm, d.h. den Lernzielkatalog, abgestellt wird. Damit kann der Nachweis nach § 20 ImmVermV erbracht werden. Die weiteren in § 20 aufgeführten Stellen bescheinigen Abschlüsse auf der Grundlage des gemeinsamen Lernzielkatalogs für die Landesbausparkassen. Eine Musterurkunde existiert für diesen Bereich nicht. Der gemeinsame Lernzielkatalog ist erst seit Anfang 2012 Grundlage der Prüfungen.

14. Honorar-Immobilienkreditberater

Bei der Erlaubniserteilung wird nicht unterschieden zwischen der Immobiliendarlehensvermittlung und der Honorar-Immobiliendarlehensberatung. Erst im Rahmen der Registrierung muss der Erlaubnisinhaber entscheiden, ob er als Vermittler oder Honorar-Immobiliendarlehensberater in das Register eingetragen wird. Beide Tätigkeiten schließen sich gegenseitig aus. Der Erlaubnisinhaber hat nach § 7 Absatz 1 Satz 1 ImmVermV der zuständigen Behörde unverzüglich nach Aufnahme seiner Tätigkeit u.a. mitzuteilen, ob er als Honorar-Immobiliendarlehensberater auftritt (§ 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 ImmVermV). Die zuständige Behörde leitet diese Angabe an die Registerbehörde weiter (§ 7 Absatz 1 Satz 2 ImmVermV).

15. Gebührenerhebung: Findet die Dienstleistungsrichtlinie Anwendung (Kostendeckungsprinzip) ?

Die Dienstleistungsrichtlinie findet keine Anwendung auf Immobiliendarlehensvermittler.

16. Tenorierung von Erlaubnissen nach § 34c Absatz 1 Nummer 2 GewO

Erlaubnisse nach § 34c Absatz 1 Nummer 2 GewO sollen entsprechend dem geänderten Wortlaut dieser Vorschrift tenoriert werden („Darlehen mit Ausnahme von Verträgen im Sinne des § 34i Absatz 1 Satz 1“).

17. Genehmigungsfiktion bei der Erteilung von Erlaubnissen nach § 34 i GewO ?

Die Vermittlung von Darlehen nach § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO gehört zu den Finanzdienstleistungsgeschäften im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b) der Dienstleistungsrichtlinie. Diese Tätigkeit ist somit vom Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie und damit von der Genehmigungsfiktion nach Artikel 13 Absatz 4 der Richtlinie ausgeschlossen. Daher wurde § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 GewO bei der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie nicht in § 6a GewO aufgenommen. Dies gilt auch für die Vermittlung von Immobiliendarlehen nach § 34i GewO.