

§ 34i GewO: Honorare, Provisionen und Berufsbilder bei der Vermittlung von Immobilienkrediten

Dr. Martin Andreas Duncker, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater, Heidelberg
SCHLATTER Newsletter für Finanzdienstleister vom 11.08.2016

§ 34i GewO enthält die neue Erlaubnispflicht für die Vermittlung von Immobiliendarlehensverträgen. Der Gesetzgeber hat sich hierbei an den Regelungen für Versicherungsvermittler und Finanzanlagenvermittler orientiert, jedoch an entscheidenden Stellen abweichend formuliert. Das wirft Fragen auf: Kann ein provisionsgebundener Vermittler auch als reiner Honorarberater tätig und als solcher eingetragen werden? Oder handelt es sich um unterschiedliche Berufsbilder, die sich gegenseitig ausschließen? Der Wortlaut des Gesetzes allein hilft leider nicht weiter.

Schaffung neuer Vertrags- und Berufstypen?

Der Gesetzgeber hat mit Einführung des § 34i GewO neue Begriffe geschaffen. Anstatt den Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag als Unterfall der Verbraucherdarlehensverträge zu begreifen, wurde diesem Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag als weiteres Wortungetüm der Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag an die Seite gestellt. Für die Gewerbetreibenden wurde zusätzlich zum bisherigen Begriff der Darlehensvermittler (§ 34c Abs. 1, S. 1, Nr. 2 GewO) der Immobiliendarlehensvermittler (§ 34i Abs. 1) und der Honorar-Immobilienkreditgeber (§ 34i Abs. 5) geschaffen. Wer als unabhängiger Honorarberater auftritt, darf – dies ist das wesentliche Unterscheidungsmerkmal – generell vom Darlehensgeber keine Zuwendungen annehmen.

Hinsichtlich der Honorar-Immobilienkreditgeber und der Immobiliendarlehensvermittler wird derzeit lebhaft diskutiert, ob es Vermittlern gestattet ist, *einzelfallbezogen* als Honorarberater oder als provisionsgebundener Vermittler aufzutreten oder ob diese sich *generell* entscheiden müssen.

Allein der Blick ins Gesetz reicht nicht

Für die Finanzanlagenvermittlung hat der Gesetzgeber klar in Absatz 2 von § 34h Gewerbeordnung hineingeschrieben: Wer als Honorarfinanzanlagenberater (§34 i GewO) tätig ist, darf kein Gewerbe als Finanzanlagenvermittler (§ 34f Abs. 1 GewO) ausüben. Wollte der Gesetzgeber diesen Weg auch bei der Immo-

bilienkreditfinanzierung gehen? Dort sucht man eine entsprechende gesetzliche Regelung vergebens. Der Gesetzgeber hat den Honorar-Immobilienkreditgeber auch nicht (wie bei der Finanzanlagenvermittlung) in einem eigenständigen Paragraphen geregelt, sondern die Regelung zum Honorar-Immobilienkreditgeber schlicht als Absatz 5 an die Regelung zum provisionsgebundenen Vermittler (§34i) angehängt. Nach dem Gesetzeswortlaut scheint es daher im Gegensatz zur Finanzanlagenvermittlung gerade *möglich*, dass der Gewerbetreibende sich von Fall zu Fall entscheiden kann, ob er provisionsgebunden tätig wird oder allein auf Honorar des Kunden.

Wer diese Auffassung vertritt, kann sich voll auf den Gesetzeswortlaut stützen. Hätte der Gesetzgeber ein Ausschließlichkeitsverhältnis zwischen Honorarberatung und provisionsgestützter Vermittlung gewollt, hätte er schließlich die Systematik aus der Finanzanlagenvermittlung übernehmen können.

Die Gesetzesbegründung hilft weiter

Licht ins Dunkel bringt die Gesetzesbegründung. Dort ist zu lesen, dass die gewerberechtliche Regelung zur Honorar-IVD-Beratung „so zu verstehen [ist], dass die Entscheidung des Gewerbetreibenden, am Markt als Honorar-Immobilienkreditgeber aufzutreten, nicht nur im Einzelfall, sondern für die Tätigkeit insgesamt gilt, solange er sich als Honorar-Immobilienkreditgeber bezeichnet.“ (BT-Drs. 18/5922, S. 127, zu Absatz 5). Entsprechendes findet sich auch auf der Website des

Justizministeriums aus Februar 2016: „*Wie im Koalitionsvertrag vereinbart, sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung auch die Einführung des Honorar-Immobilienverleihens vor. Hiermit wird erstmals eine Alternative zu einer Beratung auf Provisionsbasis im Bereich der Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge geschaffen.*“ (https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2016/02192016_Wohnimmobilien_kreditrichtlinie.html, 19.02.2016).

Zwei unterschiedliche Berufstypen

Da bei der Gesetzesanwendung neben dem Wortlaut auch der gesetzgeberische Wille zu beachten ist, wird sich kurz- bis mittelfristig die Auffassung durchsetzen, dass die Erlaubnis als Honorarberatung (§ 34i Abs. 5 GewO) nicht *neben*, sondern nur *anstelle* von § 34i Abs. 1 GewO beantragt werden kann. Die Darlehensvermittler werden sich daher generell zwischen dem Berufsbild des Honorarberaters und des provisionsgebundenen Vermittlers entscheiden müssen.

Relevanz der Honorarberatung in der Praxis?

In der Praxis werden – ähnlich wie bei der Finanzanlagenvermittlung – voraussichtlich nur wenige Gewerbetreibende den Wunsch verspüren, ausschließlich als unabhängiger Honorar-Immobilienverleihensberater tätig zu werden. Trotz der Bemühungen des Gesetzgebers

und der Lobbyarbeit vieler Verbraucherschutzverbände, die Honorarberatung stärker im Markt zu etablieren, fristet die reine Honorarberatung weiterhin ein Schattendasein: Zum 01.07.2016 waren nur 0,3 % der Gewerbetreibenden im Bereich Finanzanlagenvermittlung (34f und 34h GewO) als ausschließliche Honorar-Finanzanlageberater tätig. Eine breite Akzeptanz für eine reine Honorarberatung ist weiterhin nicht vorhanden.

Bei Lichte betrachtet dürfte es auch Immobilienvermittlern eher schwerfallen, ein schlagkräftiges Argument für ein ausschließliches Tätigwerden als Honorar-Immobilienverleihensberater zu finden. Schließlich können auch provisionsgebundene Immobilienvermittler mit ihren Kunden ein separates Honorar vereinbaren, wenn sie neben der reinen Darlehensvermittlung auch Beratungsleistungen erbringen. Ein solches Beratungshonorar ist ausdrücklich zulässig (§ 655d S. 1 BGB). Und der Vermittler kann dieses Honorar – im Gegensatz zur Vermittlungsprovision, die erfolgsabhängig nur im Fall einer erfolgreichen Darlehensvermittlung vereinnahmt werden kann – auch dann für sich beanspruchen, wenn sein Tätigwerden nicht zu einer erfolgreichen Darlehensvermittlung führt (vgl. BT-Drs. 18/5922, S. 121).



Dr. Martin Andreas Duncker
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
Zertifizierter Compliance-Officer (IHK)

Schlatter

Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Kurfürsten-Anlage 59
69115 Heidelberg
Telefon +49.6221.9812-60
Telefax +49.6221.9812-76
m.duncker@kanzlei-schlatter.de
www.kanzlei-schlatter.de



Kurzprofil: Das Kompetenz-Team Bank- und Kapitalmarktrechts der Kanzlei Schlatter verfügt als Kanzlei in der Metropolregion Rhein-Neckar über ein Team von vier Anwälten im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht, davon drei Fachanwälte im Bank- und Kapitalmarktrecht. Das Kompetenz-Team betreut seit vielen Jahren Finanzdienstleister, Banken und Zahlungsinstitute, insbesondere bei Haftungsfragen (z.B. bei der Abwehr von Schadensersatzansprüchen wegen des Vorwurfs von Aufklärungs- und Beratungspflichtverletzungen) oder in der rechtlichen Gestaltung.

Rechtlicher Hinweis: Mit diesem Newsletter stellen wir rechtlich interessante Themen aus unserem Fachbereich im Überblick vor. Der Newsletter kann die rechtliche Thematik zwangsläufig nicht umfassend darstellen. Der Newsletter stellt keine Rechtsberatung dar, begründet kein Mandatsverhältnis und kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.