

## IVD Fachtagung unter Mitwirkung von RA Detlef G. O. Baarth

Am 31.03.2022 fand die Frühjahrs-Fachtagung des IVD Mitte-Ost im Musik- und Medienzentrum Gröninger Bad in Magdeburg Salbke statt. Coronabedingt als Online-Veranstaltung stieß die Weiterbildungsveranstaltung für Immobilienberater, Verwalter und Sachverständige auf ein überaus großes Interesse. Unsere Kanzlei war hier für den Bereich Rechts-Update verantwortlich. Dabei ging es vor allem um folgende Themen:

### A. Geldwäschegesetz und Makler

#### I. Einführung

Seit 2017 gibt es das Geldwäschegesetz, seit dem 01.10.2020 gilt die „Verordnung zu den nach dem Geldwäschegesetz meldepflichtigen Sachverhalten im Immobilienbereich“ und seit dem 01.08.2021 sind schließlich wichtige Änderungen durch das Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz in Kraft getreten. Damit will die Bundesregierung erhöhten Geldwäscherisiken im Immobiliensektor entgegentreten. Was muss der Makler beachten?

#### II. Der Makler muss die Identität des Kunden feststellen

##### 1. Identifizierung bei natürlichen Personen:

- Name (Nachname und mindestens ein Vorname)
- Geburtsort und Geburtsdatum
- Staatsangehörigkeit
- Anschrift (keine Postfächer)
- amtlicher Ausweis im Original (nur Personalausweis oder Reisepass!)
- Ausweisnummer
- Ausstellende Behörde
- Wirtschaftlich Berechtigter

##### 2. Identifizierung bei juristischen Personen und Personengesellschaften:

- Name/Bezeichnung der juristischen Person oder Gesellschaft
- Rechtsform (Beispiel: GmbH, AG, KG, e.V., OHG...)
- Registernummer (soweit vorhanden)
- Anschrift des Sitzes beziehungsweise der Hauptniederlassung
- Namen der Mitglieder des Vertretungsorgans oder der gesetzlichen Vertreter (z.B. Geschäftsführer, Vorstand)
- Wirtschaftlich Berechtigter (nur natürliche Personen einer Gesellschaft mit über 25% der Anteile; bei börsennotierten Gesellschaften müssen keine natürlichen Personen genannt werden)

##### 3. Zeitpunkt:

- vor Unterzeichnung des schriftlichen Maklerauftrages; also
  - bei ernsthaftem Interesse und
  - hinreichende Bestimmtheit der Vertragsparteien

##### 4. Welche Personen

- in der Regel beide Parteien
- es sei denn die andere Partei hat auch einen Makler beauftragt
- Ausnahme monatliche Miete oder Pacht 10.000,00 Euro oder mehr: dann immer beide
- auch Vertreter (sog. wirtschaftlich Berechtigte)

#### III. Abklärung des Hintergrundes der Geschäftsbeziehung

Der Immobilienmakler ist auch verpflichtet, Informationen über den Zweck und die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung einzuholen, soweit sich dies im Einzelfall nicht bereits zweifelsfrei

ergibt. Hegen die Immobilienmakler einen berechtigten Verdacht an der legalen Handlungsweise ihrer Kunden, müssen sie automatisch Initiative ergreifen. Die Makler sind verpflichtet, diese Vermutung bei der FIU – der Zentralstelle für Finanzstrafuntersuchungen – bei der Generalzolldirektion zu melden.

In folgenden Fällen besteht ein berechtigter Verdacht auf eine mögliche Geldwäsche:

- Der Kunde möchte Teile des Kaufpreises oder die Provision in bar begleichen.
- Die Klientel kann keine Finanzierungs- oder Kapitalnachweise vorlegen.
- Vorgezeigte Finanzierungs- oder Kapitalnachweise wurden in einem sogenannten Steuerparadies angefertigt.
- Der Kunde ist offensichtlich nur als "Strohmann" für eine unbekannte dritte Person tätig.
- Die Klientel strebt die Durchführung eines wirtschaftlich völlig unverständlichen Geschäfts an. Dieser Verdacht ergibt sich beispielsweise dann, wenn sich die Interessenten damit einverstanden erklären, die marktüblichen Preise deutlich zu übersteigen.
- Der Kunde wünscht ausdrücklich eine Unterbeurkundung. Die Interessenten bestehen darauf, dass der im Kaufvertrag angegebene Preis wesentlich niedriger als der tatsächliche Betrag ist. Der verbleibende Teil des Geldes soll als Bargeld an die Verkäufer überreicht werden.
- Kunden sind ohne plausiblen Grund nicht in der Lage, ihren Pass oder Ausweis vorzulegen. Die Klientel versucht, ihre Identität nicht offenzulegen. Möglicherweise besteht die Kundschaft auf die Bewahrung der Anonymität.
- Die Kundschaft möchte innerhalb Deutschlands ein Wohnobjekt erwerben, das eigentlich als Eigennutzerobjekt gilt. Allerdings hat der Kunde überhaupt keinen festen Wohnsitz in Deutschland.
- Das Kaufgeschäft widerspricht den wirtschaftlichen Bedingungen der Kunden in hohem Maße. Möglicherweise lassen der angegebene Beruf oder die Einkommensverhältnisse eine Bezahlung des Kaufpreises theoretisch gar nicht zu.

#### **IV. Kontinuierliche Überwachung der Geschäftsbeziehung**

Wenn die Geschäftsbeziehung mit einem Vertragspartner eine gewisse Zeit andauert, muss der Immobilienmakler die angegebenen Daten erneut überprüfen.

#### **V. Dokumentation der Feststellung und Aufbewahrungspflicht**

Die erhobenen Angaben sind mindestens 5 Jahre (beginnend mit dem Schluss des Kalenderjahres) aufzubewahren.

#### **VI. Interne Maßnahmen**

- die Zuverlässigkeit von Angestellten ist zu überprüfen und
- über aktuelle Gesetzesregelungen gegen Geldwäsche zu informieren.
- Bereitschaft, den zuständigen Behörden auf Wunsch nachzuweisen, dass und wie man den Pflichten nachkommt.

#### **VII. Risiko bei Verstößen gegen das Geldwäschegesetz:**

Verstößt ein Immobilienmakler gegen die Sorgfalts- und Dokumentationspflichten des Geldwäschegesetzes, handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit, die je Einzelverstoß mit einer Strafe von bis zu 100.000 Euro geahndet werden kann. Bei vorsätzlichem Handeln sind es bis zu 150.000 Euro (§ 56 Abs. 1 und 2 GwG) und in schwerwiegenden Wiederholungsfällen werden sogar bis zu fünf Millionen Euro fällig (§ 56 Abs. 3 Satz 1 GwG).

Verstöße, können auch das Strafrecht tangieren, etwa dann, wenn ein Makler durch sein Handeln als Helfer des Geldwäschers fungiert oder wenn er die Möglichkeit sieht, dass Geld

gewaschen werden soll und er dies billigend hinnimmt. In extremen Fällen kann auch Freiheitsentzug (§ 261 Abs. 4 StGB) oder die Untersagung der Berufs- und Geschäftsausübung drohen.

4. Daneben können Zuwiderhandlungen auch einen schweren Imageschaden des Maklers bewirken: Denn Verstöße werden veröffentlicht. Die Aufsichtsbehörden müssen bestandskräftige Maßnahmen und Sanktionen auf ihren Internetseiten für die Dauer von fünf Jahren bekanntmachen. Zudem sind die Aufsichtsbehörden ermächtigt, geldwäscherechtliche Pflichten sicherzustellen. Dies kann durch Zwangsgelder durchgesetzt werden.

## **B. Maklervertrag ohne Widerrufsbelehrung**

Nicht alle Maklerverträge können widerrufen werden

### **I. Gesetzeslage**

a. § 312 g Widerrufsrecht: *Dem Verbraucher steht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu.*

#### **aa. Verbraucher**

§ 13 BGB: *Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.*

- Für einen Vermieter von Wohnraum wird gefordert, dass ihm mehrere Wohnungen gehören. Wie viele davon notwendig sind, wird unterschiedlich gesehen, die Rechtsprechung geht oftmals von 3-8 Wohnungen aus, jeweils wird regelmäßig bei nur 2 Wohnungen im Bestand ein geschäftsmäßiges Handeln ausgeschlossen sein.

- Der BGH hat in einem Urteil vom 03.03.2020 (XI ZR 461/18) anders entschieden. Danach kommt es darauf an, die Innehaltung der Immobilien einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordere (Büro, Organisation)

#### **bb. außerhalb von Geschäftsräumen**

§ 312 b BGB: *Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge sind insbesondere Verträge, die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist oder*

*die in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, bei denen der Verbraucher jedoch unmittelbar zuvor außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers persönlich und individuell angesprochen wurde.*

#### **cc. Fernabsatzverträge**

§ 312 c BGB: *Fernabsatzverträge sind insbesondere Verträge, bei denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.*

*Fernkommunikationsmittel im Sinne dieses Gesetzes sind alle Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails, über den Mobilfunkdienst versendete Nachrichten (SMS) sowie Rundfunk und Telemedien.*

b. Wann und wie der Widerruf auszuüben ist, steht wiederum in § 355 und 356 BGB. Danach gilt folgendes:

- Widerruf gegenüber dem Vertragspartner
- Widerruf muss eindeutig sein
- muss keine Begründung enthalten
- innerhalb von 14 Tagen
- Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs.

c. Wann beginnt die 14 Tagessfrist?

- grundsätzlich mit Vertragsschluss
- aber beginnt nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher nicht eine Musterbelehrung (Artikels 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder des Artikels 246b § 2 Absatz 1 des EGBGB) unterrichtet hat.
- das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach Vertragsabschluss
- das Widerrufsrecht erlischt auch dann, wenn der Makler die Dienstleistung vollständig erbracht hat und mit der Ausführung der Dienstleistung erst begonnen hat, nachdem der Verbraucher dazu seine ausdrückliche Zustimmung gegeben hat und gleichzeitig seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er sein Widerrufsrecht bei vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer verliert.

## **II. Folgen:**

- keine Verpflichtung zur Zahlung
- Rückzahlung, falls schon gezahlt innerhalb von 14 Tagen (§ 357 BGB)
- Wertersatz bis zur Höhe der Provision
  - wenn ordnungsgemäß belehrt wurde

## **C. Das fehlerhafte Exposé**

Folgender Fall: Sie werden vom Verkäufer eines Mehrfamilienhauses mit der Vermarktung beauftragt. Sie erstellen ein Exposé, in dem u.a. die Gesamtwohnfläche mit 540,00 qm angegeben ist. Sie wissen, dass dies falsch ist; es war ein Tippfehler, den Sie nicht bemerkt haben. Nach Abschluss des Kaufvertrages stellt sich heraus, dass es nur 450,00 qm sind. Was sind die Folgen für den Verkäufer?

1. Ist eine geringere Fläche als vertraglich vereinbart ein Mangel?

- Ja, da regelmäßig wertbildender Faktor

2. Auch wenn Fehler nur im Exposé?

- Nach § 434 I 3 BGB gehören zur Sollbeschaffenheit der Kaufsache die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf; hierzu zählen auch Angaben in einem Exposé (BGH, Urteil vom 09.02.2018 – V ZR 274/16).

3. Aber die Größe ist nicht beurkundet worden?

- Die Annahme eines Sachmangels wegen des Fehlens einer Eigenschaft der Kaufsache, die der Käufer nach § 434 I 2 und 3 BGB erwarten kann, setzt nicht voraus, dass diese Eigenschaft in dem notariellen Kaufvertrag Erwähnung findet (BGH, Urteil vom 06.11.2015 – V ZR 78/14).

4. Aber es war doch der Makler, nicht der Verkäufer, der die falsche Angabe gemacht hat?  
Ist der Makler zugleich Verhandlungsführer oder -gehilfe, muss der Vertretene sich dessen Wissen zurechnen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 08.01.2004 – VII ZR 181/02).

5. Was, wenn die Haftung ausgeschlossen ist?

Für Arglist kann die Haftung nicht ausgeschlossen werden (§ 444 BGB). Aber es war doch nur ein Tippfehler? Arglisthaftung bedeutet:

- Mangel
- Unkenntnis des Käufers
- Kenntnis des Verkäufers (oder seines Vertreters)
  - o Kenntnis war vorhanden?

6. Was wenn „circa“ vor qm-Angabe stand?

- str.
- h.M. dann keine Haftung
- MM, Grenze 10 %

## D. Mietrecht und Corona

### 1. Einführung

Nach Art. 240 § 2 EGBGB kann ein Mietverhältnis durch den Vermieter nicht allein aus dem Grund gekündigt werden, wenn ein Mieter vom 01.04.2020 bis zum 30.06.2020 die Miete trotz Fälligkeit nicht leistet. Dies gilt jedoch nur, wenn die Nichtleistung auf den Auswirkungen der Corona-Pandemie beruht. Falls der Mieter also in diesem Zeitraum seine Mietschulden nicht begleichen kann, weil er in Folge der Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie Einkommensverluste erleidet, dann darf der Vermieter nicht kündigen.

#### *§ 2 Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen*

*(1) Der Vermieter kann ein Mietverhältnis über Grundstücke oder über Räume nicht allein aus dem Grund kündigen, dass der Mieter im Zeitraum vom 1. April 2020 bis 30. Juni 2020 trotz Fälligkeit die Miete nicht leistet, sofern die Nichtleistung auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht. Der Zusammenhang zwischen COVID-19-Pandemie und Nichtleistung ist glaubhaft zu machen. Sonstige Kündigungsrechte bleiben unberührt.*

*(2) Von Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden.*

*(3) Die Absätze 1 und 2 sind auf Pachtverhältnisse entsprechend anzuwenden.*

*(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur bis zum 30. Juni 2022 anzuwenden.*

### 2. Auswirkungen

- a. Es kann auf Mietzins geklagt werden; nur die Kündigung ist ausgeschlossen.
- b. Mieter muss aber die Abhängigkeit von Nichtzahlung und Corona glaubhaft machen.
- c. Die Mieten müssen bis spätestens 30.06.2022 zurückgezahlt werden.

### 3. Zahlungspflicht

Für alle Schließzeiten gilt zu klären: Muss der Mieter überhaupt Miete zahlen, wenn der Staat anordnet, dass das Geschäft zu schließen ist?

#### a. Unmöglichkeit

##### aa. Allgemein

Man könnte vertreten, dass der Mieter deshalb von seiner Verpflichtung zur Mietzahlung befreit, weil der Klägerin ihre vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung

der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand ganz oder teilweise unmöglich gewesen wäre (§§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB).

Dieses Rechtsinstitut sagt vereinfacht, dass wenn der eine Vertragspartner nicht leisten kann, weil ihm die Leistung unmöglich ist, der andere Vertragspartner ebenfalls nicht leisten muss. Übertragen auf unseren Fall würde dies bedeuten, dass wenn aufgrund der Schließungsanordnung es dem Vermieter nicht möglich ist, dem Mieter die Fläche zum vertraglich vereinbarten Gebrauch zu überlassen, auch der Mieter seinen Verpflichtungen, nämlich der Mietzinszahlungspflicht, nicht nachkommen muss.

## **bb. Vorliegend**

Diese Rettung für den Mieter wird jedoch abgelehnt, denn

- Die besonderen mietrechtlichen Vorschriften verdrängen die allgemeinen Regeln
- Der Gebrauch selber ist nicht unmöglich

## **b. Mangel**

### **aa. Allgemein**

Man könnte außerdem vertreten, dass die behördlich angeordnete Schließung ein Mangel darstellt und der Mieter daher nach § 536 BGB zur Minderung berechtigt ist.

Unter einem Mangel i.S.v. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen

### **bb. Vorliegend**

Öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und Gebrauchsbeschränkungen, die dem vertragsgemäßen Gebrauch eines Mietobjekts entgegenstehen, begründen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings nur dann einen Sachmangel im Sinne der §§ 536 ff. BGB, wenn sie auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben (Senatsurteil vom 2. November 2016 - XII ZR 153/15 - NJW 2017, 1104 Rn. 15 mwN).

Denn der Vermieter von Gewerberäumen ist gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich verpflichtet, den Mietgegenstand während der Vertragslaufzeit in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht. Das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache trägt bei der Gewerberaummietae dagegen grundsätzlich der Mieter.

Die mit der Schließungsanordnung zusammenhängende Gebrauchsbeschränkung beruht aber nicht auf der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der Mietsache, sondern knüpft an den Geschäftsbetrieb der Beklagten an.

Auch eine Minderung ist daher nicht gerechtfertigt.

## **c. Wegfall der Geschäftsgrundlage**

### **aa. Gesetz**

#### *§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage*

*(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann*

*Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*

*(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.*

## **bb. Vorliegend**

- Es gab sehr unterschiedliche Urteile verschiedener Oberlandesgerichte

- Am 12.01.2022 (XII ZR 8/21) hat der BGH entschieden:

*Durch die COVID-19-Pandemie und die damit verbundenen weitreichenden Beschränkungen des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens hat sich die Geschäftsgrundlage für den zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrag schwerwiegend geändert.*

*Keine der Parteien hatte bei Abschluss des Mietvertrags die Vorstellung, während der vereinbarten Mietzeit werde es zu einer Pandemie und damit verbundenen erheblichen hoheitlichen Eingriffen in den Geschäftsbetrieb des Mieters kommen, durch die die beabsichtigte Nutzung der Mieträume eingeschränkt wird.*

- Hinzu kommt, dass auch der Gesetzgeber nicht untätig war. So gibt es eine versteckte Vorschrift, konkret Art 240 § 7 EGBGB. Dort steht:

*(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat.*

## **cc. Konkret:**

Kürzung möglich, aber:

- Keine pauschale Beurteilung, z.B. 50 %
- umfassende Abwägung, insbesondere:
  - konkreter Umsatzrückgang
  - staatliche Zuschüsse
  - Betriebsversicherungen