

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gorxheimertal bei Weinheim/Bergstraße

## Verborgene Innenprovision bei Kapitalanlagen, insbesondere beim Immobilienvertrieb

(auch Entgegnung auf Loritz, WM 2000, S. 1831 ff., Wagner, Beilage 11, BB 2000, S. 9 ff.)

Die Diskussion um die Aufklärungspflicht bei Innenprovisionen nimmt an Aktualität zu<sup>1</sup>. Zuletzt hat der BGH in einem Urteil zur Prospekthaftung aufgrund fehlender Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offengelassen, ob Innenprovisionen in einem Prospekt ausgewiesen sein müssen. Das OLG Koblenz verurteilte erstmals eine Bank zu Schadensersatz wegen Nichtaufklärung über die Innenprovision.<sup>2</sup>

Die Literatur befasst sich seit 1990<sup>3</sup> mit dem Thema, die Rechtsprechung seit 1992<sup>4</sup>. In der fachwissenschaftlichen Debatte wurden Befürworter der Aufklärungspflicht von deren Gegnern bereits als falsche Propheten und Kriminalisierer der Immobilienbranche bezeichnet, es gehe um Probleme, die angeblich keine sind.<sup>5</sup> Der Beitrag soll versuchen, die Debatte zu versachlichen.

### 1. Was ist eine Innenprovision ?

Man könnte die Innenprovision in der allgemeinsten Form definieren als: *Vorab im Falle eines Vermittlungserfolgs gewährter, wirtschaftlich vom Erwerber getragener, Sondervorteil zu Gunsten von Beteiligten auf der Anbieterseite eines Produkts.*

Formen der Innenprovision sind der »Aufschlag« bei Warentermin- oder Optionsgeschäft, das »Packing« beim Kredit, der »Aufschlag« bei der Aktienemission oder dem Fondsanteilskauf, das »Agio« beim Immobilienfonds, die »Marketinggebühr« beim Erwerbermodell, die Maklercourtage etc. In manchen Offerten, die die Innenprovision offen legen, ist sie gesplittet dargestellt, ein Teil heißt »Agio«, ein anderer »Marketingaufwand« o.ä. Gemeinsam ist dieser Gestaltungsform des Geldzuflusses am Beginn eines Geschäfts, dass es der Veräußerer konzipiert und der Erwerber zahlt. Diese für den Erwerber stets vermögensmindernde Konsequenz erklärt, warum die Neigung, die Innenprovision vorab offen zu legen, branchenunabhängig eher weniger verbreitet ist.<sup>6</sup> Wirtschaftlich steht die verborgene Innenprovision zwischen Maklerprovision und »Schmiergeld«: Derjenige, der sie vorab vereinbart, z.B. der Bauträger, motiviert damit den Vertrieb, stark zu seinen Gunsten zu verkaufen. Dem Erwerber gegenüber treten die Vertriebsmitarbeiter jedoch häufig auf, als seien sie auf ihrer Seite und verlangen, dies unterstützend, eine gesonderte Außenprovision, meist auf dem Niveau der Maklercourtage. Durch das Verschweigen bemerkt der Er-

werber diesen vorstrukturierten »Parteiverrat« nicht. Gezahlt wird die Innen- wie die Außenprovision stets nur im Erfolgsfalle, d.h. sie ist eine echte Maklerprovision.

### 2. Innenprovision im Wandel der Meinungen

Im Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage 1. Auflage 1993 von Wagner/Loritz wird im Stichwortverzeichnis unter »Vertrieb« das Unterstichwort Innenprovision sechsmal bilanziert. Weiter ist in § 16 unter »verdeckte Gewinnausschüttung ... Problemüberblick« wörtlich ausgeführt: »... wird oftmals die Aufteilung der vom Anleger ... insgesamt zu tragenden Aufwendungen und Belastungen so vorgenommen, ... dass aus optischen bzw. marketingmäßigen Gründen solche Kosten, welche die Anleger herkömmlicherweise ungern bezahlen (wie z.B. Vermittlungsprovisionen oder Maklergebühren) an die Vertriebsgesellschaft nicht oder doch nicht in der tatsächlichen Höhe angesetzt werden. Man kann sie beispielsweise bei Gesellschafteridentität in der Bauträger- und in der Vertriebsgesellschaft auch auf die Baukosten, welche die Anleger an den Bauträger zu zahlen haben, aufschlagen. Über all dies ist der Anleger aufzuklären, will man nicht alleine deshalb haftungspflichtig werden.«<sup>7</sup>

In den neueren Veröffentlichungen wird die gegensätzliche Meinung vertreten, ohne dass auf die frühere Ansicht Bezug genommen oder der Wandel erklärt wird.<sup>8</sup> Nach den aktuellen Publikationen ist es bezüglich der Innenprovision »wenig sinnvoll«, sich mit § 654 BGB oder der allgemeinen Frage der Aufklärungspflicht zu befassen.<sup>9</sup> Wer das Geld »im Endeffekt vereinnahmt, sei für den Anleger regelmäßig irrelevant.«<sup>10</sup> Denn der »Erwerber sei im Allgemeinen an der Kalkulation des Bauträgers nicht interessiert.«<sup>11</sup>

1 Vgl. zur bisherigen Diskussion und rechtlichen Bewertung der Teilaspekte ausführlich Gallandi, WM 2000, 279 ff. mit ausführlicher zivilrechtlicher Rechtsprechungsübersicht; ders. wistra 1992, 289 ff. und 333 f.; ders. wistra 1996, 323 ff, dagegen Bachmann, wistra 1997, 253; Wagner WM 1998, 697 (698).

2 BGH, Urteil vom 7.9.2000, VII ZR 443/99, NJW 2001, 437; sowie OLG Koblenz, Urteil vom 7.2.2002, 5 U 662/00, (n.rk.).

3 Erstmals Assmann/Schütze-Strohm, Handbuch des Kapitalanlagerechts, München 1990, S. 672 f. und 2. Auflage 1997 S. 901, § 20 Rn. 94-96.

4 LG Wiesbaden, Urteil vom 16.12.1992, Az. 5 0 234/92, (rk.), unveröffentlicht; aktuell: LG Stuttgart, Urteil vom 8.12.1998, 7 0 340/99, VuR 1999, 157; OLG Stuttgart, Urteil vom 19.12.1995, VuR 1996, 333; zum Packing OLG Stuttgart Urteil vom 26.5.1981, Az. 6 U 20/81, NJW 1982, 1599.

5 So ausdrücklich Loritz, WM 2000, 1831 ff; ihm folgend und noch massiver Wagner, BB 2000, Beilage 11, S. 9 und 18.

6 Da der Gesetzgeber die heimliche Doppelmaklerschaft ausdrücklich verbietet, vgl. § 654 BGB, sind alle Branchen bestrebt, sprachlich jede Gestaltung zu finden, die von dem Terminus Maklerprovision ablenkt: Agio, Marketinggebühr, Aufschlag, Packing, Dienstleistungsentgelt, sogenannte Innenprovision etc. Hinter all diesen Begriffen verbergen sich jedoch Leistungen, die nur im Vermittlungserfolgsfalle gezahlt werden.

7 A.a.O. Band I, S. 261.

8 Vgl. Wagner, WM 1998, 697 (698); Loritz, WM 2000, 1831 ff.

9 Loritz, WM 2000, 1832 (1835).

10 Loritz, WM 2000, 1833.

11 Loritz, WM 2000, 1837, wer unter dem Namen des Autors Prof. Dr. Loritz eine Auskunft einholte, stellte eine Beteiligung an einer Vertriebsfirma fest.

### 3. Innenprovision, ökonomischer Schaden und Nutzen

In der täglichen Praxis verzeichnete die Immobilienbranche seit den 80iger Jahren Innenprovisionen von 10 bis zu 47%. Sie stellten sich als eine Art Umkehr des Prinzips der alten Bauherrenmodelle dar. Diese splitteten alle beim Immobilienerwerb anfallende Kosten, auch die Baukosten, so auf, dass eine sofortige steuerliche Absetzbarkeit die Folge war. Die langfristig abschreibbaren Kosten (Gebäude-AfA) wurden reduziert. Als dies steuerrechtlich nicht mehr zulässig war, hatte sich die Steuer-sparbranche jedoch an das – jetzt steuerneutrale – Kostensplitting, in dem sich ausgewiesene Provisionen in großer Höhe befanden, gewöhnt. Anstatt die Gewohnheit aufzugeben, wurden die Provisionen bei den neueren Modellen ab Mitte der 80iger Jahre in andere Kostenpositionen gepackt, d.h. versteckt.

Da die Provisionen auf den Bauträgerpreis aufgesattelt und im Bauträgerabgabepreis versteckt wurden, erhöhten sich auch alle anderen Preisbestandteile, die sich prozentual aus diesem zusätzlichen »trojanischen« Bauträgerpreisanteil ergeben. Damit erhöhten sich Zwischenfinanzierungszinsen, Notar- und Grunderwerbskosten, Funktionsträgergebühren (für Miet- und Zinsgarantie etc.) und bei vielen Finanzierungsmodellen (90% Auszahlung) das Disagio. Der finanzierte Gesamtaufwand enthielt also auf den Bauträgerpreis für Bau und Boden, je nach Höhe der Innenprovision, einen mitfinanzierten, den Wert der Immobilie nicht erhöhenden, Kostenaufschlag von 40 bis 100%.<sup>12</sup> Das machte nicht nur den Anlegern Kummer. Ende der 80iger Jahre klagte die Staatsanwaltschaft München Bankverantwortliche wegen Untreue an, die innenprovisionsbedingte Überfinanzierungen bis zu 140% zugelassen hatten. Denn mangels Werthaltigkeit der Immobilien und fehlender Bonität der Erwerber waren bei der Bank 1,3 Milliarden Wertberichtigungsbedarf verblieben.<sup>13</sup> Auch Immobilienverwalter hatten mit den betreffenden Objekten Probleme. Denn die Mieteinnahmen dieser Objekte waren mangels Werthaltigkeit des Baus naturgemäß wesentlich geringer als die prospektierte Mietgarantie. Unterdeckungen führten und führen noch heute zu Insolvenzen, Insolvenzen zu verzweifelter Vermietversuchen und Zwangsversteigerungen, die Objekte werden selbst zum Sanierungsfall. Bauträger, die die Mietverwaltungen übernahmen, konnten mit den Einnahmen die mitübernommene Mietgarantieverpflichtung nicht begleichen und stellten Insolvenz-antrag. Viele der erworbenen Kapitalanleger kamen nicht aus den klassischen Schichten, die die alten Bauherrenmodelle gekauft hatten, sondern waren oft Facharbeiter, junge Familien oder Wenigverdiener. Deren Eigenkapital wurde ebenfalls finanziert,

bensversicherung vorhanden« künstlich erzeugt. Diese war jedoch mit dem Kauf abgeschlossen worden und belastete die Liquidität von Anfang an. Die Finanzierung verteuerte sich mit der Umstellung von Nominal- auf Effektivzins, die Überfinanzierung vereitelte jede Wirtschaftlichkeit. Viele Verbraucherinsolvenzen sind die Folge.

Kurzfristig sorgte die Verbreitung des Phänomens Innenprovision zu einem Boom im vermittelten finanzierten Immobiliengeschäft, dessen Hauptmotor allerdings die gesetzgeberische Fehlleistung der Sonder-AfA von 50% im Jahr für Bauinvestitionen in den neuen Bundesländer war. Diese Fehlallokation volkswirtschaftlicher Ressourcen führte dann marktwirtschaftlich zwingend zur Überproduktion an überteuerten Immobilien, zum Preisverfall, zu einer Insolvenzwelle bei Erwerbern, Bauträgern, Baufirmen, Vertriebsfirmen, Mietgarantiefirmen etc.. Es handelt sich um ein volkswirtschaftliches Makrophänomen und es ist daher evident, dass juristisch nur begrenzt Genugtuung möglich ist.

### 4. Die Position des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof in Strafsachen hat sich im Wareterminhandel stets, außerhalb desselben bislang nur in 2 Fällen, darunter einem Fall von Subventionsbetrug, für die These ausgesprochen, dass die Irreführung über die Existenz einer nicht unbedeutenden Innenprovision Betrug sein kann.<sup>14</sup> Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen hat konsequenterweise bei Waretermingeschäften stets dargetan, dass die dort »Aufschlag« genannte Innenprovision aufklärungspflichtig ist. Denn die Gewinnerwartung des Wareterminspekulanten wird beeinträchtigt, wenn der break-even-point des Gewinns qua Kurssteigerung sich verzögert, weil erst einmal der Aufschlag »verdient« werden muss.<sup>15</sup>

Nun könnte man folgerichtig argumentieren, dass der meist konservative Immobilienerwerber ebenso geschützt, ihm also gesagt werden müsste, dass die Immobilie bei günstigem Verlauf erst in 20 Jahren das wert ist, was er heute bezahlt hat. Doch dazu hat sich der BGH trotz der Virulenz der Problematik (es gibt sicher mehr Immobilienfälle mit Innenprovision als Wareterminfälle mit Aufschlag), wie

<sup>12</sup> Ausführlich dazu Gallandi, wistra 1994, 243 ff.

<sup>13</sup> Vgl. zur Affäre um die Bayerische Raiffeisenzentralbank (BRZ) die ausführliche Berichterstattung im Brancheninformationsdienst Kapital-Markt-Intern, z.B. Nr. 50/91, selbst Aufsichtsratsmitglieder erhielten Haftstrafen ohne Bewährung, 1999 und 2000 sorgten inhaftierte Bankvorstände aus anderen Immobilienfinanzierungspleiten für Schlagzeilen. Im Strafrecht neuen Autoren ist auch die Kommentierung von Schmid, § 28, in Müller/Guggenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2000, ans Herz zu legen, bevor sie Begriffe wie »Kriminalisierung« verwenden.

<sup>14</sup> Vgl. Hinweise bei Gallandi, WM 2000, 279 ff.; BGH, NSZ 1999, 555; entgegen der Meinung von Loritz, WM 2000, 1838, hat der BGH dort wegen fehlender Feststellungen zum Vermögensschaden an die Kammer zurückverwiesen, nicht weil der erste Strafsenat seine bereits 1985 getroffene Entscheidung, dass man mit verborgener Innenprovision betrügen kann, revidiert hätte.

<sup>15</sup> Vgl. etwa BGH, Urteil vom 17.3.1992, XI ZR 204/91, NJW 1992, 1879 ff. m.w.N. RGH, NJW 1981, 1266; BGH, NJW 1981, 2131.

erwähnt, nicht durchgerungen. Es gibt nur eine Reihe anderer Urteile, aus denen man ableiten könnte, dass der BGH eigentlich eine Aufklärungspflicht zur Höhe der Innenprovision bejahen müsste: Nach ständiger Rechtsprechung müssen Angaben in einem Prospekt, einem Vertrag oder einem Beratungsgespräch richtig sein.<sup>16</sup> Ein Prospekt, der eine bestimmte Mittelverwendung verspricht »Bauraten nach MaBV ... 1. Rate ... % nach Beginn der Erdarbeiten ... Bodenanteil: 12%, Anteil Gebäude 62% ... zusätzlich 3% Maklerprovision, nicht im Gesamtaufwand enthalten,« die mit dem faktischen Fluss der Mittel der Erwerber nicht übereinstimmt (Innenprovision wird vorab aus der 1. Baurate bezahlt o.ä.), ist schlicht inhaltlich unrichtig und irreführend. Gleiches gilt für die in vielen Prospekten enthaltenen Berechnungsbeispielen, aus denen der Vermittler eine individuelle Ankaufsrechnung formt, die den selbsttragenden Immobilienerwerb verspricht.<sup>17</sup> Wenn im Kaufpreis Boden und Gebäude nicht werterhöhende Preisbestandteile enthalten sind, kann aufgrund der niedrigeren Bauqualität entweder nicht besonders teuer vermietet werden (an »arme Studenten«) oder es kann teuer, aber mit höherem Instandhaltungsaufwand (an eine Familie mit 4 Kindern) vermietet werden. So oder so wirkt sich der Luftanteil renditemindernd aus.

Die Mittelverwendung und die Abweichung von derselben kann auch als Fehlen zugesicherter oder verkehrswesentlicher Eigenschaften qualifiziert werden, da solche Eigenschaften all das sind, was Brauchbarkeit und Wert beeinflussen und dem Objekt anhaften bzw. fehlen. Wenn aber schon die fehlende Mieterhöhungsmöglichkeit nach auslaufender Sozialbindung aufklärungspflichtig ist<sup>18</sup>, ist es unter Renditeaspekten naheliegend, auch die Mittelverwendung für Provisionen anstatt für Bauleistungen in gleichem Maße oder stärker als renditemindernd und damit aufklärungspflichtig zu bewerten. Denn für den Anleger ist es irrelevant, ob die Rendite durch Rechtsmängel oder nicht werthaltige Vorlaufkosten gesenkt wird. Schließlich hat der BGH bei einem Immobilienfonds geurteilt, dass alle die Werthaltigkeit des Fondsanteils beeinflussenden Sondervorteile, die den Anbietern zugeflossen sind, in der Summe dem Anleger mitzuteilen sind, da er sich nur so über den Wert der Anlage zutreffend informieren kann. Dabei informierten die Mittelzuflüsse auch über Verflechtungen.<sup>19</sup> Auch die Preisabsprachen bei der Bestimmung der internen Kalkulation von Baupreis, Innenprovision etc. ergeben, wie ausgeführt, eine renditemindernde Gesamtsumme und sind Ergebnis einer meist unechten Verflechtung der Firmen und Personen der Anbieterseite. Oberlandesgerichte haben bisher gespalten entschieden. Die jetzt von Loritz und Wagner vertretene Position, die Preiszusammensetzung gehe den Kunden nie etwas an, wenn der Preis markt-

konform sei, kollidiert mit der Annahme, dass derjenige, der bei Kapitalanlagen Informationspflichten durch Prospekt etc. übernimmt, sich nicht widersprüchlich verhalten und durch Schweigen oder Täuschen desinformieren darf.<sup>20</sup>

##### 5. Innenprovision und Marktwirtschaft

Die Annahme, der marktkonforme Preis enthebe von jeglicher Aufklärungspflicht, ist nicht marktwirtschaftlich begründbar. Wer die Innenprovisionen des Autohändlers oder der Textilbranche mit Innenprovisionen bei Immobilienkapitalanlagen vergleicht<sup>21</sup>, vergleicht Äpfel mit Apfelbäumen: Das eine Produkt wird verzehrt, das andere soll Früchte tragen, mehr Wert werden und rentierlich sein.

Der Anreiz der hohen Innenprovision appelliert zudem an die rein verkaufpsychologische Fähigkeit, schnell, d.h. oft überrumpelnd, etwas anderweitig nicht Absetzbares zu verkaufen. Der Vertrieb kehrt die Marktwirtschaft um: Schwer Verkäufliches wird nicht billiger (»Immobilienabschlussverkauf«), sondern teurer. Dieses Phänomen ist von ähnlich arbeitenden sog. »Drückerkolonnen« bekannt. Verletzungen des Haustürwiderrufgesetzes etc. sind vorprogrammiert.

Wenn Bauträger und Vertrieb »frei« die Innenprovision aushandeln, dann angesichts des fehlenden eigenen wirtschaftlichen Risikos nur zu Lasten Dritter, der Anleger, Banken etc.. Die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos durch den Bauträger kann die Theorie vom »Geschäftsgeheimnis« auch nicht tragen. Nur der Verkaufserfolg aktiviert die Zahlungspflicht, nicht aber irgend eine sonstige Leistung. Das mit der Verwirkung des Maklerlohnes bestrafte Verbot der Doppelmaklerschaft. (§ 654 BGB) bedeutet zudem inzident, dass das Verbergen der Doppelmaklerschaft rechtlich nicht erlaubnisfähig ist. Zudem sind zwangsläufig entstehende Kosten, z.B. für die Bauträgerzwischenfinanzierung, jedem Anleger verständlich und werden typischerweise im Prospekt auch offengelegt. Ebenso oft jede kleine Gebühr, z.B. 0,5% Gebühr für den Treuhänder oder den Mietgaranten. Wenn dann z.B. 20% Innenprovision verborgen werden, setzt sich der Prospektherausgeber zu seiner scheinbar lückenlosen und zutreffenden Darstellung der Mittelverwendung in Widerspruch. Er täuscht und dies steht nicht im Einklang mit Gesetzen der Marktwirtschaft.

16 Vgl. BGH, Urteil vom 24.11.1995, V ZR 40/96; BGH Urteil vom 20.9.1996, V ZR 173/96, NJW-RR 1997, 144; BGH Urteil vom 26.9.1997, V ZR 65/96, NJW-RR 1998, 16 ff; BGH Urteil vom 26.9.1997, V ZR 29/96, NJW 1998, 302 ff.

17 Vgl. KG, Urteil vom 1.4.97, Az. 7 U 5782/95, NJW 1998, 1082 ff; BGH Urteil vom 19.12.1997, V ZR 112/96 NJW 1898, 898 ff; BGH NJW 98, 302 ff.

18 Vgl. BGH Urteil vom 26.4.1991, V ZR 165/89, KarS 1991, 762; BGH NJW 1998, 898 ff.

19 BGH Urteil vom 10.10.94, II ZR 95/93, NJW 1995, 130.

20 Vgl. einerseits Gallandi, WM 2000, 279 ff m.w. N. zur Rspr, u.a. OLG Karlsruhe.; OLG Stuttgart; andererseits z.B. OLG Karlsruhe WM 2001, 1210; OLG Köln, ZIP 2000, 1808; OLG Stuttgart, ZIP 2001, 692.

21 Loritz, WM 2000, 1831.

## 6. Die Risikolage im Immobiliengeschäft

Wagner und Loritz legen in ihren Beiträgen zur »Zukunft der Immobilienkapitalanlagen« für die Immobilienbranche zutreffend den »größten Umbruch der Nachkriegszeit«<sup>22</sup> dar. Sie machen für die Probleme der Branche jedoch ausschließlich Dritte verantwortlich: den Steuergesetzgeber oder Anwälte, die angeblich rufschädigend Mandate akquirieren<sup>23</sup>.

Die seit mehreren Jahren akuten Probleme resultieren in der Tat aus dem gesetzgeberischen Fehler, die Fördergebietsabschreibung einzuführen und damit eine gigantische Immobilienüberproduktion in allen Bereichen (Wohn-Gewerbe- und Spezialimmobilie) anzuheizen. Sie resultieren jedoch auch aus dem von der Immobilien- wie der Finanzierungsbranche akzeptierten und betriebenen Ausdehnen des Marktes auf ungeeignete Erwerber. Dies, obwohl der BGH durchaus haftungsrelevant erörterte, für wen z.B. Immobilienfonds überhaupt geeignet sind.<sup>24</sup> Hinzu trat die Bereitschaft, diese Produkte für ungeeignete Erwerber über die auch »weiche Kosten« genannten Innenprovisionen und verwandte Zahlungen (Vorabentnahmen, kick-backs usw.) zu verteuern und das ganze Paket zu finanzieren.<sup>25</sup> Dieses anbieterzentrierte Denken der Branche lud zur Vorabverfügung aller Arten von Sondervorteilen, Provisionen etc. ein. Höhere Innenprovisionen als Preisbestandteil mit der Fördergebiets-AfA schönzurechnen, war kein Problem. Der »alte« Bauträgerabverkauf kannte konzeptionell keine Innenprovision. Der Bauträger baute, hatte Eigenkapital investiert, kannte die Bauzeitzinsen bis zum Ende des Abverkaufs und hatte sie einkalkuliert. Der »neue« Bauträger war oft branchenfremd, wurde von der bereitstehenden Strukturvertriebs- und Konzeptionsorganisation angeworben, bekam für den Bau ein Konzept und einen vorformulierten Prospekt, in dem nur noch die Objektdaten fehlten sowie eine Kalkulation intern (Bauträgerpreis plus Vertrieb plus Nebenkosten) und extern (Bauträgerpreis plus Nebenkosten) sowie die Vorgaben für die Miet- und Zinsgarantie. Die finanzierende Bank war vom Konzeptionär bereits ebenso akquiriert wie die Lebensversicherung, mit der der Erwerber die Einzahlung zur Sicherheit und tilgungshalber vereinbarte, und damit bei der Bank die Bonitätsbescheinigung erhielt.

D.h. die Branche hat sich darauf eingelassen, großflächig die Nachfrage dem Markt überzustülpen, anstatt diesen sich gemäß der natürlich wachsenden Nachfrage entwickeln zu lassen. Obwohl Mieten naturgemäß nur in der Höhe gezahlt werden können, in der Mieter zahlungsfähig- und willig sind, kopelten sich so die Erwartungen an den artifiziellen Mietmarkt von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des realen Marktes ab. Der Crash folgte in Ra-

ten. Dies erklärt auch die heute in jedem Immobilienverfahren nötige Feststellung, dass sich die Mieterwartungen leider nicht realisiert hätten. Sie haben sich nicht realisiert, weil sie am grünen Tisch rein spekulativ und nicht anhand von harten Marktdaten konzipiert worden waren. Die Innenprovision erhöhte die Preise über die beim Käufermarkt bekannten Maße und machte es nötig, die fehlende Wirtschaftlichkeit durch geschönte Mietrenditen und wertlosen Garantien auf dem Papier wieder herzustellen.

## 7. Zusammenfassung

Der BGH hat bislang bei jeder Form der Veräußerung der Immobilie als Kapitalanlage, durch Verkaufsgespräch, Prospekt oder Vertrag (oder alles zusammen), den Leitsatz weit ausgelegt, dass der Anleger über alle Umstände, zu denen der verständige Erwerber Aufklärung erwarten darf, aufzuklären ist. In der erwähnten Entscheidung von 10.10.1994 (II ZR 95/93) genügte die Nichterwähnung des Umstandes, dass dem **Initiator 5% plus 3% der Bruttomiete** aus dem zu errichtenden Objekt zufließen sollte, um eine schadensersatzpflichtige Aufklärungspflicht zu bejahen. Warum Innenprovisionen **in Höhe von 10, 20 oder 30% des Objektwertes** dann »kein Problem« oder nicht aufklärungspflichtig sein sollen, wie die Gegner der Aufklärungspflicht meinen, erschließt sich nicht.

Die verborgene Innenprovision bei Immobilienkapitalanlagen ist – gemessen am Objektwert – im Höchstbereich bekannter vergleichbarer Phänomene angesiedelt (Aufschlag, Agio und Packing, kick-backs sowie die verbotene Doppelmaklercourtage sind meist niedriger). Ein wirtschaftlich oder juristisch nachvollziehbarer Grund für die Nichtaufklärung, der über das Interesse der positiv Betroffenen am Verheimlichen hinausgeht, ist nicht ersichtlich.

## Recht der Finanzdienstleistungen

### Finanzdienstleistungen aktuell

#### Europäische Union: Insolvenzverfahren mit grenzüberschreitender Wirkung

Am **31. Mai 2002** tritt die **Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren** in Kraft. Die Verordnung ist der

<sup>22</sup> Loritz BB 2000, Beilage 11, S. 2.

<sup>23</sup> Wagner, BB 2000, Beilage 11, S. 18.

<sup>24</sup> so schön BGH vom 26.7.91, VII ZR 376/89, BB 1992, 10 ff.

<sup>25</sup> Die HypoVereinsbank informierte ihre Aktionäre durch Übersendung des Gutachtens der WP-Gesellschaft BDO zu dem Wertberichtigungsbedarf aus fremdvermittelten Immobilienkapitalanlagen, z.B. auf S. 12, 33, 50, 51, 58, 73 und 74. Auch dort wurden die Kredite durch die mitfinanzierte Innenprovision aufgebläht.