

#### Redaktion:

Prof. Dr. Franz Häuser,  
Leipzig

Rechtsanwalt  
Dr. Andreas Lange,  
Frankfurt a. M.

Rechtsanwalt  
Dr. Helmut Merkel,  
Frankfurt a. M.

Rechtsanwalt  
Dr. Jürgen Than,  
Frankfurt a. M.

Arne Wittig,  
Frankfurt a. M.

#### Redaktionsbeirat:

Stephan Steuer,  
Berlin

Prof. Dr. Walther Hadding,  
Mainz

Prof. Dr. Dr. Dres. h.c.  
Klaus J. Hopt,  
Hamburg

Rechtsanwalt  
Jochen Lehnhoff,  
Bonn

*Veröff. WM*

## AUS DEM INHALT:

Seite 269

Bernd Krauskopf und Christine Steven, LL.M., Frankfurt a. M.  
Immunität ausländischer Zentralbanken im deutschen Recht

Seite 279

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gornheimertal bei  
Weinheim/Bergstraße  
Die Aufklärungspflicht bei Innenprovision

Seite 287

Gastkommentar: Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Kübler  
Der entfesselte Prometheus

Seite 288

BGH, 26. 11. 1999 – V ZR 432/98  
Zur Verwendung einer erloschenen Auflassungsvormerkung  
durch erneute Bewilligung zur Sicherung eines deckungs-  
gleichen Anspruchs

Seite 291

OLG München, 1. 10. 1999 – 25 U 3993/99  
Kein Anspruch des Kreditnehmers auf Herausgabe eines  
Wertermittlungsgutachtens der Bank oder auf Einsichtnahme

Seite 292

OLG Stuttgart, 12. 1. 2000 – 9 U 155/99  
Fallgruppen vorvertraglicher Aufklärungspflicht bei der  
Finanzierung steuerbegünstigter Immobilienkapitalanlagen;  
keine Mindestangaben in der Vollmachtsurkunde gem.  
§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG

Seite 329

Deutsche Rechtspolitik aktuell

hoheitliche Zwecke (so z.B. in der Schweiz). Wie sich aus einigen Aussagen im Beschluß zum NIOC-Fall entnehmen läßt, hat sich das BVerfG diesem Grundsatz ebenfalls angenähert. Zu berücksichtigen ist auch, daß rechtlich selbständige Zentralbanken – im Gegensatz zu sonstigen staatlichen Wirtschaftsunternehmen – Träger von Hoheitsrechten sind und von daher eine besondere Stellung bei der Frage der Immunität einnehmen müssen.

Zusammenfassend kann daher zum einen festgestellt werden, daß auch außerhalb des Geltungsbereichs des EÜK deutsche Gerichte selbständigen Zentralbanken im Erkenntnisverfahren staatliche Immunität gewähren müssen, wenn diese hoheitlich tätig

geworden sind. Zum anderen ist auch in Deutschland die Vollstreckung in Währungsreserven ausländischer Zentralbanken ausgeschlossen. Ihre Verwaltung ist eine typische Zentralbankaufgabe und dient daher ebenso wie die mit ihnen verfolgte Beeinflussung der Liquiditätsversorgung in der eigenen und der fremden Währung hoheitlichen Zwecken<sup>147</sup>. Der deutsche Gesetzgeber ist (schon im Hinblick auf den Wettbewerb unter den großen Finanzzentren) aufgerufen, die hier aus den allgemeinen Regeln des Völkerrechts abgeleitete Rechtslage durch eine klarstellende Regelung auch im deutschen Recht ausdrücklich zu verankern.

<sup>147</sup> Vgl. Fn. 11.

## Die Aufklärungspflicht bei Innenprovisionen

Von Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gornheimertal bei Weinheim/Bergstraße

### 1. Ausgangslage

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) in Maklersachen besagt, dem Gesetzestext folgend, bereits seit langem unmißverständlich, daß im Hinblick auf § 654 BGB der sogenannte Doppelmakler, der eine Provision vom Käufer und eine andere vom Verkäufer/Anbieter bekommt, den Käuferkunden darüber aufzuklären hat. Andernfalls macht er sich schadensersatzpflichtig und hat mindestens die Anbieterprovision an den Kunden zu leisten.

Der Makler ist verpflichtet, die Interessen des Auftraggebers zu wahren. Er schuldet Aufklärung und Beratung. Alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die sich auf den Geschehensablauf beziehen und für die Willensentscheidung des Kunden wesentlich sind, hat er mitzuteilen. Wenn der Makler einen Übererlös als Provision vereinnahmt, muß er dessen Höhe dem Auftraggeber mitteilen<sup>1</sup>.

Diese Rechtslage veranlaßte seit Jahrzehnten die Anbieter von umfangreich vertriebenen Immobilienkapitalanlageprodukten, Bauträger, Prospektherausgeber, Initiatoren, an Konstruktionen und Darstellungen zu feilen, die es ermöglichen, die intern meist als Innenprovision bezeichnete Verprovisionierung der Vermittler ins Konzept einzubauen, ohne daß das Abverkaufsgeschäft darunter leidet. Dies erfolgte z.T. durch Etikettierung, d.h. die tatsächlich für die Vermittlung eines Kunden gezahlte Summe wurde als „Gebühr“, „Marketingentgelt“, „Dienstleistungspauschale“ o.ä. larviert, teils wurde die Provision ganz verschwiegen. Teilweise wurde auch konkret getäuscht, d.h. der Kapitalanlageprospekt suggerierte die vollständige Information über die Preiszusammensetzung (Bau und Boden: 87,5%, Notarkosten 2% etc.), während tatsächlich in den Bauträgerkosten die Provisionen enthalten waren, die mit Bauleistungen nichts zu tun hatten. Dadurch entstand ein falsches Bild über den Substanzwert und mittelbar auch den Ertragswert des verkauften Objekts<sup>2</sup>. Inwieweit die gewählten Konstruktionen vor Gericht Bestand hatten, beleuchtet dieser Beitrag.

Innenprovisionen sind jedoch kein Phänomen, das auf die Baubranche beschränkt wäre. Daher befaßt

sich der Beitrag grundsätzlich mit der Aufklärungspflicht von Innenprovisionen<sup>3</sup> und der angemessenen forensischen Reaktion.

### 2. Ein typischer Fall

Ein Bauträger hat eine Immobilie in schlechter Lage im Ruhrgebiet und eine Baugenehmigung für 100 Wohnungen plus Tiefgaragenstellplätze. Das geplante Gebäude will er mit Hilfe einer Zwischenfinanzierung seiner Hausbank errichten und überwiegend an Kapitalanleger verkaufen. Die Bank verlangt hohe Zinsen auf dem Niveau eines Kontokorrentkredits. Dies veranlaßt den Bauträger, nicht örtliche Makler mit dem Abverkauf zu beauftragen, sondern einen Strukturvertrieb. Er hofft, daß dieser als moderne „Drückerkolonne“ so schnell abverkauft, daß seine Zwischenfinanzierungszinsen für die Bauzeit und die Abverkaufsphase niedrig bleiben.

Der Strukturvertrieb verlangt eine Innenprovision von 20% aus dem Gesamtaufwand, dessen letztendliche Höhe sich aus einem gemeinsam zu erstellenden Prospekt ergibt. Da der Strukturvertrieb keine Großkunden hat und auch die Bank, die die Erwerbverkäufe finanzieren soll, entsprechende Vorgaben macht, wird der Bauträger veranlaßt, kleine Einheiten zu planen. Die so entstehende durchschnittliche Kleinwohnung hat 25 qm Wohnfläche und würde pro Quadratmeter ca. 4 000,- DM kosten. Davon sind 3 500,- DM Kosten für Bau und Boden, 500,- DM für Nebenkosten, die im Gesamtaufwand enthalten sind, Notar, Zwischenfinanzierungszins, Mietgarantiegebühr etc. Die Wohnung würde konventionell 25 x 4 000,- DM kosten, also 100 000,- DM.

<sup>1</sup> Vgl. z.B. Palandt/Sprau, BGB, 58. Aufl., § 654 Rdn. 1 - 4, 8 m.w.N. u.a. auf BGH MDR 1970, 28 sowie BGH WM 1970, 1270.

<sup>2</sup> Vgl. zur bisherigen Diskussion Gallandi, wistra 1992, 289, 292; 1992, 333, 334; 1994, 243, 244; 1996, 323, 326; dagegen Bachmann, wistra 1997, 253; Wagner, WM 1998, 697, 698.

<sup>3</sup> Dafür schon früh Assmann/Strohm, in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 1990, S. 672, 673; Wagner/Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. I, 1993, S. 261; neuerdings wohl dagegen Wagner, WM 1998, 697.

Durch den Strukturvertrieb erhöht sich der Preis auf 120 000,- DM. Da die Bank mit dem Disagio von 10% einen Teil des Effektivzinses sofort zurückerhält, finanziert sie zu einem Nominalzins von 5% auf 5 Jahre fest, der Finanzierungsbetrag erhöht sich bei der Vollfinanzierung also durchschnittlich auf 132 000,- DM. Da der Strukturvertrieb weiß, daß viele seiner Kunden kein Eigenkapital haben, erfolgt die Absicherung des Darlehens konzeptionell über eine Lebensversicherung, die gleichzeitig mit der Vermittlung von Wohnung und Finanzierung vermittelt wird. Die Bank stimmt zu, da damit keine Tilgung per Rate stattfindet, sondern erst am Ende der Laufzeit des Darlehens, im Schnitt nach 30 Jahren. Das Darlehen und damit die Zinsberechnung auf der Basis von 100% des valutierten Kredits bleibt also konstant.

Strukturvertrieb und Bauträger wissen, daß die Immobilie keine gute Lage hat und wenig Miete erwirtschaften dürfte. Würde eine realistische Miete im Prospekt angegeben, könnten viele potentielle Erwerber die Unterdeckung, die sich aus der Differenz zwischen Zinsen und Objektkosten einerseits und Mieteinnahmen andererseits ergibt, nicht tragen. Sie setzen daher die prospektierte Miete hoch. Sie setzen weiter eine GmbH mit nur 50 000,- DM Stammkapital als Mietgarantiefirma, eine weitere als WEG-Verwalterfirma und Mietverwalterfirma ein. Statt realistisch 10,- DM pro Quadratmeter verspricht der Prospekt 15,- DM pro Quadratmeter Nettokaltmiete.

Mit Hilfe des niedrigen Nominalzinses und der überhöhten Miete nach dem Garantiebetrag entsteht unter Einbeziehung des Steuervorteils auch für Erwerber mit niedrigem Einkommen rechnerisch eine fast „selbsttragende Immobilie“ als Kapitalanlage. D.h. nach den Berechnungsbögen des Prospekts und der Vermittler kann fast ohne monatliche Zuzahlung die Immobilie getragen werden, weil die Kosten durch den Steuervorteil und die Miete aufgefangen würden. Wirtschaftlich steht jedoch, wie ausgeführt, dem faktischen Bau- und Bodenwert in Höhe von 25 qm x 3 500,- DM = 87 500,- DM ein Finanzierungsbetrag in Höhe von 132 000,- DM gegenüber, so daß das jeweilige Appartement weit überteuert ist. Da die Innenprovision vom Bauträger an den Vertrieb gezahlt wird und im Prospekt im Bauträgerpreis verborgen ist, d.h. für „Bau und Boden“ sind 107 500,- DM angegeben, merkt kein Käufer die Diskrepanz. Hinzu kommt, daß der Strukturvertrieb das im Ruhrgebiet gelegene Objekt im Raum München und Stuttgart vertreibt, wo man höhere Preise gewohnt ist.

Nur für die Erwerber überraschend geht kurz nach Mietbeginn der Mietgarant in Konkurs, als die Mietgarantiegebühren für Mietgarantiezahlungen verbraucht sind und die Echtmieten nur 8,- DM/qm im Schnitt erreichen, auch eine Vollvermietung gelingt nicht. Erwerber wollen den Bauträger als Prospektherausgeber und den Strukturvertrieb haftbar machen. Sie meinen, daß die im Prospekt erstellte „Beispielsrechnung“, wonach sich die finanzierte Immobilie selbst trägt, wegen der Innenprovision und der fingierten Mietrendite zur Vertuschung derselben von vorne herein falsch war. Also hätten auch die Vermittler des Vertriebes auf der Basis der Beispielsrechnung die Berechnung für den einzelnen Erwerber falsch erstellt. Statt fast 0,- DM Unterdeckung im Monat gebe es im Einzelfall bis zu 500,- DM Unterdeckung im Monat.

### 3. Der Stand der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich bisher in unterschiedlichen Konstellationen mit der Frage der Innenprovisionen befaßt, ohne daß bislang eine Leitentscheidung des BGH, wonach Innenprovisionen bei Kapitalanlagemodellen im Immobilienbereich grundsätzlich aufklärungspflichtig seien, erkennbar wäre.

Dabei ist das Thema nicht nur wie im Beispielsfall für den Abverkauf von Appartements eines Bauträgers relevant, sondern für alle an Kapitalanleger vermittelte finanzierte Immobilien. Das sind Wohn- und Gewerbeimmobilien, Alt- und Neubauten, Spezialimmobilien wie Kinos und Musicalstätten, Büros oder auch Kraftwerke. Denn stets ist der Initiator solcher Projekte bestrebt, alle Vorlaufkosten, die jeder Unternehmer bei jeder Unternehmung mit Bau- und Materialaufwand hat, auf die künftigen Erwerber umzulegen, also auch die Kosten für die Akquisition der Kunden, die alles zahlen sollen.

Das verschiebt die kurz- und mittelfristige Renditekalkulation. Das wiederum veranlaßt zu Verschweige- und Täuschungsmanövern. Da der Staat den rein fiskalisch orientierten Pseudounternehmer bislang behandelte wie den echten branchen- und fachkundigen Unternehmer konnten Anbieter von Kapitalanlagen auf ihr überlegenes Wissen und die Unwissenheit der mit „Steuern sparen und Vermögen bilden“ gelockten Kunden „vertrauen“. Daher lohnt die Systematisierung und Zusammenschau des Problems der Innenprovisionen:

#### 3.1. Innenprovision bei Subventionsanträgen

Subventionen sind staatliche Gelder, mit denen bestimmte Subventionszwecke verfolgt werden sollen. Die beteiligten Privatpersonen reich zu machen, ist kein gesetzlich geschützter Subventionszweck. Wohl deswegen hat der Bundesgerichtshof in Strafsachen schon früh, allerdings ohne weitere Erläuterung, erklärt, daß Innenprovisionen in diesem Bereich als Betrug zu werten sind. Die Aufklärungspflicht folgt daraus zwingend<sup>4</sup>. Wohl aufgrund fehlender Erläuterung sind Analogien zu anderen Rechtsgebieten bislang nicht bekannt geworden. Allerdings ist unverkennbar, daß die öffentlich-rechtliche Komponente auch bei steuerlich begünstigten Kapitalanlagemodellen für eine Analogiefähigkeit spricht:

Wenn die Finanzämter verborgene Innenprovisionen steuerlich anerkennen, z.B. als Teil der Gebäude-AfA, wird steuerlich eine Abschreibung auf Provisionsanteile und nicht auf das Gebäude vorgenommen. Das ist eventuell nicht Wille des Gesetzgebers, da eine Abschreibung für Abnutzung schon sachlogisch bei Provisionen nicht geht.

Wenn Finanzierungskosten steuerlich abzugsfähig sind, die sich aus Überfinanzierungen ergeben, subventioniert der Staat fiskalisch und damit im wirtschaftlichen Ergebnis exakt in gleicher Weise wie bei der Direktsubvention. Das Gegenargument könnte lauten, daß gerade weiche Kosten wie die Grunderwerbssteuer, die Notarkosten und Maklerkosten etc. als Werbungskosten steuerlich bevorzugt behandelt werden. Da die Bauherrenmodelle alten Stils jedoch bewußt abgeschafft wurden und die fiskalische Ak-

<sup>4</sup> BGH wistra 1986, 67; ähnlich jetzt für Innenprovision, Beschluß des BGH vom 9.3.1999 – 1 StR 50/99.

zeptanz von Innenprovisionen als Werbungskosten seitdem fehlt, spricht dies wiederum gerade für eine Aufklärungspflicht<sup>5</sup>.

### 3.2. Innenprovisionen bei Waretermingeschäften

Hier ist die Rechtslage seit langem eindeutig. Der BGH in Zivil- wie in Strafsachen hat die im Wareterminhandel „Aufschlag“ genannte Innenprovision seit fast 10 Jahren als aufklärungspflichtig und die Nichtangabe als betrügerisch qualifiziert. Eine Ausnahme wird nur dann gemacht, wenn nur „geringfügige“ Aufschläge verborgen werden. 11% seien jedenfalls nicht mehr geringfügig<sup>6</sup>.

Der Grund wird darin gesehen, daß der Aufschlag den Zeitpunkt, zu dem der break-even-point der Gewinnerzielung beim Options- und Futurehandel eintritt, zu Lasten des Anlegers/Spekulanten verschiebt. Weiterhin verliere die Option durch die Provision ihre reale Werthaltigkeit<sup>7</sup>.

Wegen der Schwierigkeit, den konkreten Wert mit und ohne Innenprovision konkret zu berechnen<sup>8</sup> verfolgt u.a. *Lackner* die straf- und zivilrechtlich anerkannte, von der Praxis der Untergerichte aber eher gemiedene Konzeption, den persönlichen Schadenserschlag zu betonen. D.h. auch für den Fall, daß eine Provision oder ein Entgelt marktüblich, angemessen o.ä. ist, tritt ein Schaden ein, wenn die vertragliche Leistung für den Betroffenen nicht für den vertraglich vorausgesetzten Zweck nutzbar ist<sup>9</sup>. *Lackner* zieht auch die Parallele zwischen Optionshandel und Immobiliengeschäften<sup>10</sup>.

Die Zweckverfehlungslehre wurde auch in einzelnen Entscheidungen zum Immobilienbereich übernommen:

So soll die Zweckverfehlung schon vorliegen, wenn die Wohnung als jederzeit wiederverkäufliche Vermögensanlage gekauft wurde, die verschwiegene, wenn auch zwischenzeitlich weggefallene Sozialbindung aber die Mieterhöhungsmöglichkeit und damit die Nutzung als ertragsstarke Kapitalanlage mindert<sup>11</sup>. Gleiches trifft für die Innenprovision aus dem Beispielsfall zu: Die Wohnung ist ohne Verlust lange nicht verkäuflich, der niedrigere Substanzwert führt zu niedrigeren Mieterträgen, d.h. der „Luftanteil“ im Bau- und Bodenpreis verhindert lange die Erreichung des break-even-points einer Rentabilität, auf die der Erwerber aufgrund der falschen Prospektangaben vertraute und vertrauen durfte.

### 3.3. Innenprovisionen bei Immobilien und Immobilienkapitalanlagen

Wie sich aus dem Beispielsfall ergibt, spielt die Problematik der Innenprovision in die Rentabilität, das Fingieren von Rentabilität durch Mietgarantien, die Richtigkeit von Berechnungsbeispielen und die mögliche Nichtanerkennung von Steuervorteilen hinein.

Jedoch sind die Offerten der Branche vielfältig, so daß sich die Innenprovision in vielerlei Gestalt und Verknüpfung in Projektofferten findet. So ist es bei geschlossenen Immobilienfonds z.T. üblich, die Innenprovisionen als Marketingaufwendungen und „Agio“ auszuweisen, auf die Auswirkungen auf die Rentabilität aber nicht hinzuweisen. Ebenso finden sich auf dem Markt – amerikanischen Verhältnissen folgend – Prospekte fast in Telefonbuchstärke, während sich die

Offerte an Anleger ab 10 000,- DM Kommanditanteil richtet, die von Intellekt und Zeitaufwand her mit der Lektüre des sprachlich schwerfälligen Opus überfordert sind. In wieder anderen Fällen macht die finanzierende Bank gestaltende Auflagen, die so massiv sind, daß sie als Initiator gelten müßte, wenn der Anleger dies nur beweisen könnte. In den Kreditbedingungen wird dann die interne Ausweisung von Innenprovisionen verlangt, um die eigene Besicherung zu optimieren, während die Erwerber ahnungslos bleiben.

Meist bei Berliner Projekten finden sich im Prospekt vermeintliche Sicherungsklauseln: Das Immobilienprojekt wird zwar bis zu einem Maximalvolumen konzipiert und vorgerechnet, eine sogenannte Faktorklausel bestimmt jedoch, daß die Echtmiete zum Zeitpunkt X, multipliziert mit dem Faktor Y, das Endbauvolumen bestimmt. Damit ist auch ein Schadensersatzanspruch aus verborgener Innenprovision marginalisiert, da der Ertrag wie versprochen erzielt wird, sich die Innenprovision also nicht negativ wertmindernd auswirkt. Faktisch wurde die Klausel jedoch oft ignoriert, z.B. indem der Bauunternehmer selbst oder eine Strohmannfirma die Anmietung übernimmt, so daß die sich so ergebende „Echtmiete“ so viel wert ist wie die Mietgarantie eines insolventen Garanten.

In diesen Fällen kommt die Innenprovisionsfrage durch die „Hintertür“ wieder zum Zuge, verbunden mit Fragen der Beweislast und Vollstreckbarkeit. Konkurse von Mietgarantiefirmen und Bauträgerfirmen und die Insolvenz von Erwerberrgemeinschaften und ertragsschwachen Fondsgesellschaften führen zu Spätfolgen des fiskalischen Pseudounternehmertums, die sich der Gesetzgeber so sicher nicht vorgestellt hat. Auch der Kredit wird durch die nominelle Höhe der hypothekarischen Sicherheit jeweils nicht gesichert, sondern nur besichert<sup>12</sup>, so daß die finanzierenden Banken in den Fällen der im Beispielsfall benannten finanziell „schwachen“ Kunden zunächst Wertberichtigungsbedarf und dann Abschreibungsbedarf haben. Dadurch übernimmt der Staat im Endergebnis die Spätfolgen von fiskalischen Normen, zu deren wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit sich eine Evaluierung lohnen würde.

Wirtschaftlich betrachtet werden vor allem die Ostimmobilien, aber auch viele andere Immobilienprojekte die Gerichte befassen oder tun dies schon, da trotz niedriger Zinsen die negative Ertragslage der an den Marktbedürfnissen vorbei gebauten Objekte die Erwerber dazu bringen, die Geltendmachung von Regreßansprüchen gegen Vermittler, Prospektherausgeber, Strukturvertrieb, Treuhänder etc., aber auch Banken zu suchen. Das sich in der Branche herumsprechende Haftungsrisiko wiederum fördert eher Verschleierungs- und Insolvenzstrategien, da kaum ein Anbieter die Rückabwicklung z.B. von 100 Einheiten bezahlen kann. Daher nimmt bei Bauträger- und Strukturvertriebsimmobilien strukturell das Risiko von

<sup>5</sup> So *Assmann/Strohm*, a.a.O. (Fn. 3).

<sup>6</sup> Vgl. *Dreher/Tröndle*, StGB, 47. Aufl., § 263 Rdn. 32 m.w.N. u.a. auf BGHSt 30, 181, 389 sowie BGHZ 105, 108, 110 = WM 1988, 1255 = WuB I G 4. – 6.88 *Wandt* und BGH WM 1991, 127 = WuB I G 4. – 3.91 *Nassall*.

<sup>7</sup> Vgl. *Dreher/Tröndle*, a.a.O. (Fn. 6).

<sup>8</sup> Beim Optionshandel lautet der Einwand regelmäßig, der Verlust sei durch den Kurs ohnehin eingetreten, beim Immobilienhandel, die Immobilie besitze den üblichen Verkehrswert, obwohl die Innenprovision im Preis enthalten sei.

<sup>9</sup> Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, 23. Aufl., § 263 Rdn. 48 a und b;

<sup>10</sup> *Lackner/Kühl*, a.a.O. (Fn. 9), Rdn. 48 b.

<sup>11</sup> BGH WM 1998, 939.

<sup>12</sup> Vgl. *MünchKomm/Ulmer*, BGB, Schuldrecht, BT 1, 3. Aufl., § 3 VerbrKrG Rdn. 27.

Banken zu, da dort nach allgemeiner Meinung „was zu holen“ ist und die anderen Beteiligten nicht mehr greifbar/zahlungsfähig sind.

In dieser erst jüngst eskalierenden Entwicklung ist, wie eingangs ausgeführt, zunächst die Maklerrechtsprechung zu § 654 BGB entstanden. Es folgte die Rechtsprechung im privaten Baurecht: Gab es Absprachen zwischen Bauträger und Baubetreuer, erhielt der Auftraggeber das Recht, Bauleistungen zurückzufordern, bei denen zu vermuten war, daß es sich um Provisionen handelte. Dabei genügte, daß ein innerer Zusammenhang zwischen Provisionszahlung und Vertragsabschluß bestand<sup>13</sup>.

Zu geschlossenen Immobilienfonds entschied der BGH 1994, daß alle Sondervorteile und Provisionen, die Beteiligte einer Gründungs-KG erhielten, dem Anleger als Summe mitzuteilen seien. Unerheblich sei, ob die Vergütung sich jeweils im Rahmen des Üblichen und Angemessenen befunden habe. Bereits die kapitalmäßigen und personellen Verflechtungen, die sich aus den Zahlungen ergäben, begründeten Interessenskollisionen zum Nachteil des Anlegers<sup>14</sup>.

Letztere Begründung überzeugt für sich genommen wenig. Sie entspricht zwar z.B. § 31 Abs. 1 Ziff. 1 WpHG, ist dort aber auf den auf Seite des Kunden stehenden Berater beschränkt. Warum alle Gründungsgesellschafter auf Seiten des neuen Gesellschafters stehen sollen, ist nicht evident. Es gehört zum Wesen jeden Unternehmens, auch eines aus steuerlichen Gesichtspunkten initiierten Unternehmens, daß intern Interessengegensätze bestehen. Ebenso, daß Gründungsmitglieder kraft ihrer frühen Präsenz Vorteile haben und diese zu erhalten suchen. Eher überzeugend ist der erstgenannte Teil der Begründung, daß der Kapitalanleger anders als der Käufer eines Autos oder einer Tomate berechtigt Auskunft über die Preiszusammensetzung und die seine Rendite künftig schmälernenden Tatsachen – die Summe im Voraus abgeschöpfter Sondervorteile – verlangen kann. Denn für ihn stehen nicht die aktuelle Nutzung oder der Konsum, sondern die Kalkulierbarkeit von Kosten und Nutzen für einen sehr langen Zeitraum im Vordergrund.

Dies ist vielleicht auch der Grund dafür, daß § 19 Abs. 2 Ziff. 8 KAGG für die dort geregelten Investments vorschreibt, daß der Prospekt die Namen von Beratungsfirmen etc. und die „Vergütungen“ derselben benennen muß. Zwar schützt das KAGG Kapitalanlagen in Form einer Treuhandkonstruktion. Dies ist jedoch kein qualitativer Unterschied zu den hier besprochenen Immobilieninvestitionen. In der Gründungsphase bis zur Beendigung des Abverkaufs bzw. dem Schließen eines Immobilienfonds sind häufig Treuhandkonstruktionen zur Abwicklung von Kapitalakquisition, Bau, Finanzierung etc. eingeschaltet<sup>15</sup>. Bei geschlossenen Fonds ist zudem oft nach Laufzeitende eine Verwertung durch Verkauf etc., d.h. eine Beendigung der Gesellschaft, vorgesehen. Die Geschäftsführung darf nur mit eng gebundener Marschroute handeln. Wirtschaftlich kommt hier auch die Durchführung dem Treuhandmodell, das beim KAGG zugrundeliegt, sehr nahe.

In einer weiteren Entscheidung des BGH wird klar gestellt, daß das typische Berechnungsbeispiel, das der Prospekt und der Vermittler benutzen, um die Rendite vorzurechnen und den Kunden zu gewinnen, als Rentabilitätsberechnung für sich genommen ausreicht, um einen Beratungsvertrag zu begründen<sup>16</sup>. Dabei ist unbeachtlich, ob nach dem Vertragsabschluß eine eingeschaltete Treuhand- und Steuerberatungs-

gesellschaft tätig wird und gegebenenfalls eine Auskunft gibt, die zutreffend ist.

Die Entscheidung tangiert Innenprovisionen insofern, als, wie dargelegt, die künstliche Herbeiführung von Rentierlichkeit durch erhöhte Ertragsversprechen auf der „Notwendigkeit“ beruhen, den durch die Innenprovision höher gewordenen Preis und seine negativen Auswirkungen auf die Rendite verborgen zu halten. Damit sind alle Berechnungsbeispiele im Prospekt und alle konkreten Berechnungen der Vermittler für die Kunden automatisch falsch, weil sie auf unzutreffenden Annahmen zum Bauträgerabgabepreis bzw. werterhöhenden Kosten beruhen. Da regelmäßig seitens der Anbieter mit vorgefertigten Vertragsunterlagen und Prospekten vermittelt wird, greift auch das Transparenzgebot nach § 9 AGBG in Form der Preisklarheit und Preiswahrheit zu Gunsten des Erwerbers ein<sup>17</sup>.

Der Leitterminus, die Preisangaben von Lieferungen und Leistungen müßten den Anforderungen der Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen, findet sich bereits in § 1 Ziff. 6 der PAngVO von 1985. Die Forderung, „Vermittlungskosten“ offenzulegen, ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 1 d) des VerbrKrG von Ende 1990, wirksam seit 1.1.1991.

#### 4. Innenprovisionen in der neuesten Rechtsprechung

Um die Maklerrechtsprechung zu umgehen, konstruierten Konzeptionäre von Kapitalanlagen Innenprovisionsabreden, wie dargelegt, regelmäßig so, daß der Bauträger an den Vertrieb zahlt, der Bauträger die Innenprovision aber als Kostenfaktor auf den Baupreis „aufsattelt“. In den weicheren Fällen wurde die Provision im Bauträgerabgabepreis nur versteckt, aber am Rande im Prospekt darauf hingewiesen, daß dieser Preis „Marketinggebühren“ oder wie immer man die Innenprovision ablenkungshalber nannte, enthalte.

Neben diesem Standardfall wurden Provisionen usw., die den Wert der Immobilie nicht erhöhen, mit beliebigen Namen für Dienstleistungen versehen, die nach dem Normalverständnis eigentlich zum Angebot gehören. Die „Mietvermittlungsgebühr“ wurde dann dafür gezahlt, daß der Bauträger an sich selbst vermietet, die Fertigstellungsgarantiegebühr dafür, daß er das Gebäude überhaupt fertigstellte, die Baubetreuungsgebühr dafür, daß der Baubetreuer nicht gerichtsverwertbar festhielt, wann der Bau begonnen und beendet wurde. Vertriebe argumentierten, sie erhielten das viele Geld für „Dienstleistungen“, etwa die Hilfe bei der Steuererklärung (was meist verboten ist), die Erklärung der schwierigen Prospekttexte (mit denen der Kunde irreführt wird) oder die Erstellung der individuellen Berechnung (die ab und an geschönt ist). Da bislang kein Fall bekannt wurde, in dem die Innenprovision ohne Vorliegen eines Vermittlungserfolges – der Kunde kauft vom Anbieter – gezahlt wurde, ist jedoch materiell stets von einer Provision im Sinne des Maklerrechts auszugehen.

<sup>13</sup> Vgl. schon Quack, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum privaten Baurecht, 1993, Rdn. 26, 27 m.w.N.

<sup>14</sup> BGH WM 1994, 2192 = WuB I G 8. - 1.96 Westermann = NJW 1995, 130 f.

<sup>15</sup> Neuerdings dazu vgl. Fuellmich/Rieger, ZIP 1999, 465; Stüsser, NJW 1999, 1586.

<sup>16</sup> BGH WM 1999, 137 = WuB I G 5. - 2.99 v. Heymann = NJW 1999, 638 ff.

<sup>17</sup> Vgl. schon Wolff/Horn/Lindacher, AGBG, 9. Aufl. 1994, § 9 Rdn. 143.

Die besprochenen Entscheidungen behandelten diese eigentlich zentrale Frage (§ 654 BGB) überraschender Weise selten, es gab aber auch nie eine Infragestellung bzw. andere Bewertung. Die schadensersatzrechtlichen Lösungen differierten erheblich. Im Detail:

#### 4.1. OLG-Bezirk Frankfurt/Main

Chronologisch wohl zuerst entschied das *Landgericht Wiesbaden am 16.12.1992*<sup>18</sup> zu einer Gewerbeimmobilie, daß die Kaufpreiskalkulation und damit die im Kaufpreis enthaltene Innenprovision (ca. 20%) erkennbar zu den Umständen gehöre, die für den Käufer von besonderer Bedeutung seien.

Es sei von Arglist auszugehen. Wer Innenprovisionen nicht offenbare, müsse Gründe haben, sie zu verstecken und dieser Grund könne nur darin liegen, daß der Kunde bei Offenbarung nicht kaufen bzw. die Innenprovision nicht bezahlen würde. Das alleine zeige die besondere Bedeutung der Innenprovision.

Zudem suggeriere die Prospektdarstellung mit ihrer Präsentation von Gebühren für Garantieleistungen, daß der für Grundstück und Gebäude angesetzte Preisbestandteil für die Substanz und nicht für Provisionen gezahlt würde. Wegen dieser Irreführung wurde der Verkäufer verurteilt, der mit dem Gegenargument, der Prospekt stamme vom Vertrieb, nicht gehört wurde. Die Berufung gegen das Urteil wurde nach Hinweis des OLG Frankfurt auf die Aussichtslosigkeit derselben zurückgenommen.

#### 4.2. OLG-Bezirk Stuttgart

Zum *19.12.1995* entschied der 12. Senat des *OLG Stuttgart*<sup>19</sup>, die dort klagende Verkäuferfirma habe sich wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß schadensersatzpflichtig gemacht. Der Vermittler habe den Eindruck vermittelt, der Erwerb sei gewinnbringend, mindestens aber verlustfrei. Die Beklagte sei als unabhängige und neutrale Anlageberaterin aufgetreten und habe nicht über die ca. 17% Innenprovision aufgeklärt.

Das prospektierte Versprechen, nach einem bestimmten Zeitraum mit Gewinn verkaufen zu können, sei schon insofern falsch gewesen, als dieser Zeitraum nicht mal ausgereicht hätte, den in der Innenprovision steckenden Minderwert auszugleichen, geschweige denn, Gewinne zu erzielen. Weiter habe eine Verflechtung zwischen Anlagevermittler und Bauträger vorgelegen.

Der 8. Senat des OLG schloß sich dem an, der 13. Senat zunächst nicht. In einer neuen Entscheidung vom *29.10.1998* schloß sich der 13. Senat an, so daß die Rechtsprechung im OLG-Bezirk Stuttgart vereinheitlicht ist. Der durchschnittliche Erwerber, so der 13. Senat, habe einen Aufklärungs- und Beratungsbedarf über ein Objekt und seine Chancen am Markt, über das Modell, seine Finanzierung und die steuerrechtlichen Zusammenhänge. Da das Modell vorsah, daß der Erwerber mit Dritten als abschlußbereiten Vertragspartnern konfrontiert wurde (Bank, Treuhänder usw.), sei seine Chance, kritische Stimmen Dritter zu vernehmen, reduziert worden. Zudem sei die Immobilie nicht fertiggestellt gewesen und der Erwerber habe sich auch sonst keinen zutreffenden Eindruck über den Marktwert machen können. Weiter habe es sich um

ein Hotel mit speziellen Kriterien der Wertermittlung gehandelt. Daher sei über die Innenprovision aufzuklären gewesen<sup>20</sup>.

Wie sich aus der vorsichtigen Formulierung ergibt, wird die Innenprovision nie als alleiniges durchschlagendes Hauptargument genutzt, sondern es wird nach Kriterien gesucht, die besondere Aufklärungspflicht im Einzelfall zu rechtfertigen, z.B. das dem Gesellschaftsrecht entnommene Argument verborgener Verflechtung. Dies hat zwar eine höhere Legitimationswirkung, aber auch tautologische Elemente:

Im Tatsächlichen gibt es bei einer Gruppe von Anbietern, die Bauträger, Baubetreuer, Vertrieb, Mietgarant, WEG-Verwalter, Erwerberfinanzierungsbank etc. als Vertragspartner für künftige Erwerber bereitstellen, schon aus sachnahen Gründen eingespielte Geschäftsverbindungen und Abhängigkeiten, die für den neu hinzutretenden Erwerber immer schädlich sein können. Das „kleine Kartell“, das sich zur verborgenen Preisabsprache verabredet, ist also typisch, eine Verflechtung stets diagnostizierbar. Ebenso gehört es zum Wesen des Strukturvertriebes, potentielle Erwerber zu gewinnen, die nie auf der Suche nach einer Steuersparimmobilie waren, sondern erst „auf den Geschmack gebracht“ werden müssen. Das reduziert immer das Blickfeld, d.h. der Erwerber sucht nicht nach vielen Besichtigungen, Informationsbemühungen etc. nach sorgfältigem Abwägen eine Immobilie aus, sondern läßt sich vom Vermittler auf ein Objekt focussieren, das alleine durch die Berechnung im Prospekt und, darauf aufbauend, durch den Vermittler, als „selbsttragendes Modell“ lukrativ wird.

#### 4.3. OLG-Bezirk Karlsruhe

Das *Landgericht Karlsruhe* entschied am *16.7.1997*<sup>21</sup> gegen die verklagte Vertriebsorganisation, daß diese die Erwerber von sämtlichen Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag freistellen müsse. Die Organisation habe für ihren Vermittler einzustehen. Dieser habe über alle für die Anlageentscheidung wichtigen Umstände informieren müssen. Da über die 27,39% Innenprovision nicht informiert worden sei, seien die Angaben über die Werthaltigkeit der Immobilie unzutreffend gewesen. Hätten die Erwerber erfahren, daß der Bauträgerpreis für Wohnung und Stellplatz diesen Preisbestandteil hatte, hätten sie nicht gekauft. Der Einwand des Vertriebs, er habe das nicht konzipiert und sei nicht verantwortlich, blieb ungehört.

In einem weiteren Urteil des *Landgerichts Karlsruhe* vom *15.6.1998* gegen denselben Vertrieb bei einem anderen Objekt<sup>22</sup> wurde ebenfalls auf Freistellung vom Kredit entschieden. Der Anlagevermittler schulde, wenn nicht eine fachkundige Beurteilung und Beratung, so doch den Anleger mit allen Informationen zu versorgen, die für den Anlageentschluß von besonderer Bedeutung sind. Es sei unzureichend, nur den Prospekt zu übergeben, wenn dieser unvollständig oder sogar falsch sei. Daher habe die Pflicht bestanden, auf die vom Vertriebskoordinator erhaltene Innenprovision aufmerksam zu machen. Denn diese beeinflusse die Werthaltigkeit der Immobilie nachhaltig

<sup>18</sup> LG Wiesbaden, Ur. v. 16.12.1992 - 5 O 234/92 (unveröffentlicht).

<sup>19</sup> OLG Stuttgart, Ur. v. 19.12.1995 - 12 U 82/95 (unveröffentlicht, freundlicherweise mitgeteilt von Frau Rechtsanwältin Binder).

<sup>20</sup> OLG Stuttgart - 13 U 66/98 (unveröffentlicht, freundlicherweise mitgeteilt von Frau Rechtsanwältin Binder).

<sup>21</sup> LG Karlsruhe, Ur. v. 16.7.1997 - 3 O 222/96 (unveröffentlicht).

<sup>22</sup> LG Karlsruhe, Ur. v. 15.6.1998 - 10 O 136/97 (unveröffentlicht).

negativ. Das vom Vertrieb ins Feld geführte Gegenargument, man müsse doch wohl nicht die Preiskalkulation des Veräußerers offenlegen, sei falsch. Denn eine solche Offenlegung fordere niemand, man verlange nur, daß die Provision, die der Vertrieb erhalten habe, aufgedeckt werde.

Diese Auffassung bestätigte das *Oberlandesgericht Karlsruhe* in einem Urteil gegen einen Vermittler, der selbst 25% Innenprovision kassierte, während insgesamt 40% Innenprovision existierten<sup>23</sup>. Der Einwand des Vermittlers, er habe nur einen Vermittler vermittelt, wurde als abwegig betrachtet. Wer so viel bekomme, mache mehr, als er jetzt behaupte. Im übrigen begründe schon die Erstellung des persönlichen Berechnungsbeispiels für den Kunden eine Beratungsleistung.

Auch wenn keine Beratung vorliege, schulde aber auch der bloße Anlagevermittler die wahrheitsgemäße und vollständige Information über alle für die Anlageentscheidung wesentlichen Umstände. Freilich müsse man nicht über die Provisionen aufklären, die man nicht kenne. Irrelevant sei, ob die Bank eine Wertprüfung vorgenommen und dann finanziert habe. Dies entlaste den Vermittler nicht, zumal der Bank „im Zweifel... die ganz erheblichen Innenprovisionen unbekannt waren“.

In einem weiteren Urteil des *OLG Karlsruhe* vom 27.8.1998 wurde gegenüber der verklagten Bank entschieden, daß schon der Umstand, daß 1% für die Finanzierungsvermittlung angegeben waren, aber 3% gezahlt wurden, ausreiche, um den Rückzahlungsanspruch aus dem Darlehensvertrag zu verneinen. Für den Fall, daß der Vortrag zuträfe, daß bei 14 Mio. DM Fondsaufwand 4 456 196,- DM Innenprovision an den Vertrieb geflossen seien, sei auch ein Anspruch gegen den Prospektherausgeber zu bejahen<sup>24</sup>.

Die Karlsruher Fälle zeigen, wie ein Ausnutzen einer vermeintlichen Regelungslücke für dreiste Innenprovisionen (40% im einen Fall, 4,5 Millionen bei 14 Mio. DM Investitionssumme im anderen Fall) eine harte Reaktion und auch Überreaktion der Rechtsprechung zur Folge haben kann.

Es muß als abwegig erscheinen, anzunehmen, der betreffende Erwerber hätte vom finanzierten Kauf Abstand genommen, hätte er gewußt, es würden 3% statt 1% Finanzierungsvermittlungsprovision bezahlt. Umgekehrt erscheint es lebensfremd, anzunehmen, der Vermittler wisse nur um seine Provision Bescheid und müsse nur darüber aufklären. Wer selbst 25% Innenprovision erhält und weiß, daß es über ihm weitere Stufen mit Provisionsempfängern gibt, hat korrekterweise über den ganzen Sachverhalt aufzuklären, nicht nur über das vom OLG erwähnte Detail.

Die beim OLG Karlsruhe anhängige Haftungsspanne zwischen freiberuflichem Vermittler und Bank zeigt ebenso wie die aktuelle Diskussion zur Bankenhaftung bei Treuhandmodellen<sup>25</sup> das Risiko der Haftungsproblematik. Lange war der Weg zur Haftung mit dem Argument, es sei Sache des Bauträgers, ob er einen Strukturvertrieb zahle oder nicht, das gehe den Erwerber gar nichts an<sup>26</sup>, verperrt. Jetzt scheinen „die Tore“ bis hin zur unbegrenzten Bankenhaftung offen.

#### 4.4. Weitere Einzelentscheidungen

Das *Landgericht Stuttgart* verurteilte am 9.4.1998 den Prospektkonzeptionär zur Zahlung eines Scha-

densersatzes in Höhe der Innenprovision (26%) und einer Quote aus der Preisverschiebung<sup>27</sup>. Wie die anderen Gerichte nahm das Landgericht an, daß es nicht zum Kenntnisstand des Normalverbrauchers zähle, daß er neben der Außenprovision von dort 5% zzgl. MwSt. nochmal eine nicht ausgewiesene Innenprovision zahlen müsse. Weiter sei der Gesamtaufwand mehrfach im Prospekt und in der Notarurkunde erläutert und erwähne alles mögliche, nur nie die Innenprovision. Zudem habe das Treuhandmodell, das vorschah, daß alles durch einen Abwickler besorgt würde, dazu geführt, daß keine Gelegenheit mehr bestand, sich weiter über die Vertriebsstruktur usw. zu informieren. Im übrigen bestehe der Zweck der Kapitalanlage darin, sein Kapital zu vermehren und nicht, es mit nicht erkennbaren Ausgaben für verdeckte Provisionen zu verringern. Weiterhin sei die besondere Schutzbedürftigkeit des privaten Kapitalanlegers zu berücksichtigen.

Der Erwerber sei daher so zu stellen, als habe er ohne Innenprovisionsanteil erworben. Mit Wegfall dieses Preisbestandteils reduziere sich der Preis. Da sich alle Garantiegebühren, Außenprovision etc. aus dem Preis für den Gesamtaufwand ergäben, führe dies auch zur Reduzierung dieser Gebühren, denn z.B. 5% Außenprovision aus 74 000,- DM sei weniger als 5% aus ursprünglich 100 000,- DM (Preis incl. Innenprovision<sup>28</sup>).

Mit Urteil vom 18.1.1999 verpflichtete das *Landgericht Heilbronn* den Prospektherausgeber und den Treuhänder gesamtschuldnerisch zur Rückabwicklung gegen Zahlung des Gesamtaufwandes. Weiterhin zur Zahlung eines Schadenersatzes in Geld in Höhe der Innenprovision an Anleger, die aus abgetretenem Recht klagten<sup>29</sup>.

Der Prospektherausgeber habe sich im Prospekt für die Vollständigkeit und Richtigkeit verantwortlich erklärt und hafte für in Anspruch genommenes Vertrauen, da der Prospekt binnen 5 Jahren Profit verspreche, obwohl dies durch die Innenprovision in Höhe von über 15% vereitelt werde. Der abstrakte Hinweis im Prospekt, daß im Baupreis Vertriebskosten enthalten seien, entspreche nicht der geforderten Aufklärung, da Zahlenangaben fehlten.

Die Aufklärungspflicht für Innenprovisionen ergebe sich auch aus der Rechtsprechung in verwandeten Fällen. So sei die Courtage des Kreditvermittlers aufklärungspflichtig, die im Zins als Paking versteckt sei. Die Rechtsprechung des BGH, daß der Kreditvermittler überwiegend im Interesse der Bank aufträte und dies der Kunde wissen müsse, gelte auch hier: Die Erwerber hätten vom überregionalen Vertrieb keine Vorteile. Sie würden im Regelfall Inhaber einer Immobilie, die wegen fehlender räumlicher Nähe nicht nur besonders schwer und teuer zu verwalten sei, sie müßten dafür auch noch zusätzlich bezahlen.

Die Treuhandgesellschaft wurde mitverurteilt, weil sie es versäumte, die Rentabilitätsreduzierung, die sich aus der Innenprovision ergab, den Treugebern mitzuteilen. Ihre Haftungsbeschränkung aus dem

<sup>23</sup> OLG Karlsruhe, Ur. v. 23.2.1999 - 3 U 47/98 (unveröffentlicht).

<sup>24</sup> OLG Karlsruhe WM 1999, 127 = WuB I G 5. - 1.99 Rösler.

<sup>25</sup> Vgl. vorstehend Fn. 15.

<sup>26</sup> So Wagner, WM 1998, 697.

<sup>27</sup> LG Stuttgart, Ur. v. 9.4.1998 - 16 O 141/97 (unveröffentlicht).

<sup>28</sup> Vgl. a.a.O. sowie Gallandi, *visra* 1994, 243 und LG Aachen BB 1996, 1906.

<sup>29</sup> LG Heilbronn, Ur. v. 18.1.1999 - 4 O 1052/96 Wa.

Treuhandvertrag sei unwirksam, weil sie eine unangemessene Benachteiligung darstelle. Die Berufung des Treuhänders darauf, die Kläger hätten angesichts der Praxis des Vertriebes, die Angebote an den Treuhänder ohne Zurkenntnisbringung des 75-seitigen Vertragswerks beurkunden zu lassen, Einreden verwirkt, wurde als „zynisch“ qualifiziert. Der Hinweis des Treuhänders, der Notar sei schuld, sei „unverfroren“. Die Immobilie sei durch die Innenprovision nicht nur in Punkto Miete langfristig unrentabel gewesen, es habe sich auch eine Unmöglichkeit ergeben, diese ohne Verlust zu verkaufen. Bei nichtvermögenden Erwerbern stehe zudem die Zwangsversteigerung an, so daß die persönliche Katastrophe drohe.

## 5. Eigene Meinung

Die Aufklärungspflicht über Innenprovisionen besteht immer dann, wenn der nicht über deren Existenz und Höhe informierte Vertragspartner ein berechtigtes Interesse an der Aufklärung hat.

Dies wird zunächst bei den gesetzlich festgelegten Fällen von Sittenwidrigkeit und Wucher der Fall sein. Wucher und Sittenwidrigkeit können in bezug auf den mit der Innenprovision überhöhten Preis der Immobilie vorliegen, aber auch in bezug auf die Höhe der Innenprovision zuzüglich eventueller Außenprovision im Vergleich zur Doppelmaklerprovision, deren Höhe die Obergrenze der allgemeinkundigen Provisionshöhe bei Immobiliengeschäften darstellen dürfte.

Bei Kaufgegenständen und Leistungen des täglichen Lebens wird eine Aufklärungspflicht in den Fällen entfallen, in denen diese von der Verkehrsanschauung her nicht geboten erscheint. Das kann z.B. bei dem Handel mit Massenware (Lebensmittel, Putzmittel etc.), die nach Preisvergleich verkauft wird oder bei denen ein besonderes Affinitätsinteresse (Antiquitäten, Kunst etc.) im Sinne eines Kundenbewußtseins „wie der Preis sich zusammensetzt, ist mir egal“ besteht. Die Ausnahmetatbestände in § 7 Preisangabenverordnung haben hier eine indizielle Funktion.

Bei allen Produkten, die langfristig kalkuliert oder sogar finanziert werden und einer Renditekalkulation unterliegen, wird eine Transparenz der Preiszusammensetzung zum angemessenen Erwartungshorizont der Kunden gehören. Insofern sind § 9 AGBG und § 4 Abs. 1 Satz 1 d) VerbrKG entsprechend anwendbar. Dies umso mehr, wenn die Kalkulation zu den im Prospekt oder den Verkaufsunterlagen handlungsleitenden Inhalten gehört, also gerade dazu dient, den Vertragsabschluß zu fördern.

Dabei ist unerheblich, wo die Provisionen verborgen werden, solange die Desinformation über den für den Kunden relevanten Wert des Produkts täuscht. Sind hingegen im Prospekt z.B. 60% Kosten für Bau und Boden und 40% Kosten für diverse Garantieleistungen außerhalb des Objektwertes selbst ausgewiesen, ist unerheblich, ob letztere auch dazu dienen, den Vertrieb zu bezahlen. Denn der Kunde wird über den Anteil der werterhöhenden „harten“ Kosten zutreffend informiert.

Weiter wird immer dann eine Aufklärungspflicht zu bejahen sein, wenn die typische Provisionshöhe der Branche, Grundstücksmakler, Finanzmakler, Optionscheinsvermittler etc. erheblich überschritten wird bzw. § 654 BGB direkt eingreift. Das ist auch unterhalb

der Wucher- und Sittenwidrigkeitsgrenze der Fall, wenn nicht die oben erwähnte „Unerheblichkeit“ eingreift.

Weiter besteht die Aufklärungspflicht bei unwahren Angaben. Es gibt kein Recht zur Täuschung und Lüge. Daher sind alle Verantwortlichen für Vertrags- und Prospektinhalte in die Haftung zu nehmen, die mitursächlich dafür verantwortlich sind, daß potentiellen Erwerbern suggeriert wird, sie würden mit Detailangaben zur Preiszusammensetzung informiert, während sie tatsächlich darüber getäuscht werden<sup>30</sup>.

Der Umfang der Haftung richtet sich nach dem Umfang der Täuschung: Wer wie im Musterfall des § 654 BGB nur die Innenprovision in Höhe der Außenprovision verschweigt (z.B. 3% zzgl. MwSt.), wird im Regelfall nicht auf Schadensersatz in Form der Rückabwicklung haften, da mit dem marginalen Unterschied keine kaufentscheidungsrelevante Verschiebung der Kalkulation verbunden ist<sup>31</sup>.

Ab einer Provisionshöhe von 10% des Kaufpreises dürfte die Fiktion der Rückabwicklung, der Erwerber hätte bei Kenntnis nicht gekauft, wahrscheinlich und nachvollziehbar werden. Dies gilt jedenfalls bei Vollfinanzierungen, weil in diesen Fällen Finanzierungskosten auf Dauer für eine Provisionsausgabe entstehen, denen im Finanzierungszeitraum keine Gegenleistung gegenübersteht.

Wird Schadensersatz als Preisdifferenz nach einer fiktiven Schadensberechnung verlangt, ist dies immer zulässig<sup>32</sup>. Ist die Täuschung für eine Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 263 bzw. 264 a StGB ausreichend, haftet auch der Geschäftsführer einer Anbieterfirma persönlich und gesamtschuldnerisch, wenn auch mit einer ihn privilegierenden Verjährungsfrist nach § 852 BGB gegenüber sonst 30 Jahren nach § 195 BGB.

Wird nur die Aufklärungspflicht verletzt, d.h. es wird nur verschwiegen, daß es eine Innenprovision gibt, oder sie wird nur zaghaft in kleinster Schrift angedeutet, aber nicht so benannt, daß der Erwerber seinen Nachteil ausrechnen kann, wird man differenzieren müssen:

a) Wird ein Berechnungsbeispiel zum Abverkauf benutzt, das bei vergleichender Kalkulation der Innenprovision nicht nur marginale Rentabilitätsverschiebungen aufweisen würde, ist die Aufklärungspflicht zu bejahen. Mit dem sinnvollen hypothetischen Berechnen der Rendite unter Berücksichtigung aller Faktoren, realistische und dauerhafte Eichtmiete, Substanzwert, Steuervorteil etc. werden Erwerber als nicht schützenswert anhand nachvollziehbarer Kriterien qualifiziert, für die sich z.B. wegen einem extrem hohen Steuersatz das Objekt trotz Innenprovision immer noch rechnet. Erwerber, für die aufgrund extremer Leistungsschwäche schon eine Verschiebung um 100,- DM/Monat ruinös ist, werden besonders berücksichtigt.

b) Ist nicht die Innenprovision der Kern der Desinformation des Erwerbers, sondern z.B. die Täuschung

<sup>30</sup> Entgegen *Bachmann* und *Wagner*, vgl. vorstehend Fn. 2, ist die ausdrückliche Mitteilung im Prospekt und oft auch im Vertrag - mit Hinweis auf die Verwendungsbestimmung nach der MaBV -, z.B. 88,5% des Gesamtaufwandes würden für Bau und Boden, d.h. das Grundstück und Werkleistungen verwandt, während der Erwerber finanziert die hohe Innenprovision, also eine Leistung aus einem anderen Vertragstyp, bezahlt, stets eine Täuschung.

<sup>31</sup> Anders wohl OLG Karlsruhe: vgl. Fn. 24.

<sup>32</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 1), § 276 Rdn. 99 m.w.N.; typischerweise ist die Aufklärungspflichtverletzung nach c.i.c. bzw. bei Verstößen erst in der Abwicklung nach pVV zu behandeln, vgl. ebenda Rdn. 22 ff., 34.



über eine zehnjährige Mietgaranziezahlung, deren Unwahrscheinlichkeit der Anbieter aufgrund seiner Kenntnis über die Finanzschwäche des Garanten billigend in Kauf nimmt, bedarf es keines Rekurses auf die Innenprovision. Gleiches gilt für die Täuschung über die erwähnte Faktorklausel etc.

c) Der Schwerpunkt der Irreführung liegt oft beim Vertrieb und seinen Mitarbeitern. Diese kassieren zusätzlich zur Innenprovision die Außenprovision und suggerieren, sie seien die Berater des Anlegers und stünden auf seiner Seite. Hier greift die erwähnte Rechtsprechung zur Interessenkollision zu Recht, d.h. es besteht eine umfassende Aufklärungspflicht. Gibt es Trainings- und Schulungsorganisationen und sogenannte Vertriebskoordinatoren, die die Desinformation des Anlegers organisieren und systematisieren, haften auch diese als Teil der arbeitsteilig zum Schaden der Erwerber tätigen Organisation. Der strafrechtliche Unwertgehalt ist dabei naturgemäß höher als in den Fällen der seriösen Organisation, in denen ein Vermittler ausnahmsweise dolos arbeitet.

d) Ein zweiter Schwerpunkt liegt beim Prospekt. Ist dieser wahrheitsgemäß und informativ verfaßt, wird er dem Anleger oft erst nach dem Kauf zur Verfügung gestellt. Ist er jedoch kaufentscheidend, lückenhaft oder falsch, haftet der Prospektherausgeber aus den Mängeln, also auch denen, die die Innenprovision betreffen. Für den Vertrieb ergeben sich aus falschen Prospektinhalten Exkulpationsmöglichkeiten, wenn er auf den Prospektinhalt vertrauen durfte.

e) Der Bauträger haftet für die Desinformation zur Innenprovision, wenn er Prospektverantwortlicher ist und von der Irreführung weiß. Sein Nachteil ist, daß er im Regelfall den Vertrieb bezahlt hat und nun in einem Schadensersatzprozeß ergänzend haften soll, ohne einen geldwerten Vorteil gehabt zu haben. Wie im Beispielfall beschrieben wird er jedoch erst durch die Nutzung des Strukturvertriebes in die Lage versetzt, in großem Stile zu bauen, zu verkaufen und die Risiken der großen Einheiten auf die Erwerber umzuwälzen. Anders liegt der Fall, wenn das Konzept der Immobilienkapitalanlage das wirtschaftliche Risiko der Innenprovision beim Anbieter beläßt und dies vertraglich abgesichert ist.

Dies liegt vor, wenn die Mietgarantie, die als Differenz zur Echtmiete und damit als Ausgleich für den Preisunterschied mit und ohne Innenprovision gezahlt wird, tatsächlich gezahlt wird und die Zahlung den Schaden aus der Innenprovision kompensiert. Am Beispielfall: Subventioniert der Anbieter die Miete für die Wohnung z.B. jährlich mit 2 000,- DM 10 Jahre lang, ist der Kern der Renditeversprechung zutreffend. Dies ist auch sachgerecht: Hat der Anbieter zu recht auf hohe Mieten spekuliert, während der Erwerber das Versprechen einer Garantie für maßgeblich hält, trägt der besser Informierte das spekulative Risiko, das dem Erwerber verborgen blieb. Soll der Schaden aus der Innenprovision mit Verweis auf solche langzeitigen Kompensationsleistungen ausgeglichen werden, wird man freilich eine Absicherung

über eine ausreichende Bankbürgschaft verlangen müssen.

f) Hat sich die Bank in eine Lage begeben, die sie nach diesen Kriterien aufklärungspflichtig macht, kann sie eine ähnliche Kompensation durch Zinsgestaltung vornehmen, d.h. Prospektkonformität bezüglich der zugesagten Rendite durch Senkung der Finanzierungskosten herstellen.

## 6. Weitere Problemstellungen

Kein Gericht hielt den Hinweis der Verurteilten beachtlich, Steuervorteile seien schadensmindernd anzurechnen. Dies war korrekt, da Steuervorteile nur bleibende Vorteile sind. Der Erwerber, der beim „kleinen Schadensersatz“<sup>33</sup> Geld bekommt, muß von sich aus dem Finanzamt die Kaufpreisreduzierung mitteilen und gegebenenfalls reduzierte AfA für das Gebäude in Kauf nehmen.

Beim „großen Schadensersatz“ in Form der Rückabwicklung merkt das Finanzamt durch Fehlen der Anlage zur Einkommensteuererklärung, daß sich etwas geändert hat und entscheidet dann anhand des Gesamtzeitraums, ob absolut ein Gewinn erzielt wurde. Wenn nicht, droht die Aberkennung der Steuervorteile. Auch das ist jedoch nicht Sache der Zivilrichter. Diese haben sich, wie ausgeführt, nur mit dem qualifiziert vorzutragenden Einwand zu befassen, gerade dieser Erwerber hätte aufgrund der besonderen Gegebenheiten, z.B. aufgrund des sehr hohen Steuersatzes und sehr hohen Steuervorteils, auch bei Kenntnis der Innenprovision gekauft.

Die Karlsruher Variante der Freistellung des Erwerbers von den Kreditverbindlichkeiten ist zwar schadensersatzdogmatisch nachvollziehbar, aber vollstreckungsrechtlich wenig hilfreich. Denn die einzelnen Freistellungshandlungen sind schlecht vollstreckbar, das Urteil wirkt gegenüber der Bank wie ein Vertrag zu Lasten Dritter. Alle Fragen zur Vertragsgestaltung zwischen Bank und Erwerber bleiben wegen der ungeklärten Rolle des Freistellungsverpflichteten, der Grundbuchbelastung etc. im Detail ungeklärt. Die Last mit der Immobilie ist nur verformt, nicht beseitigt.

Die zivilrechtlich für alle Austauschverträge naheliegende Naturalrestitution ist bei Immobiliengeschäften grundsätzlich schwierig. Denn die typischerweise auf dem Grundbuch lastenden Rechte Dritter sind im Prozeß Anleger gegen Anbieter wenig disponibel. Fehlen die Voraussetzungen zur Durchgriffshaftung gegen die Bank, verbieten sich Analogien, die das Freistellungsurteil nahelegt. Da auch steuerliche Nachteile drohen, die bis zur Aberkennung aller Steuervorteile des ursprünglichen Steuersparmodells gehen, ist die klagende Partei regelmäßig an einer Kompensation nur des Differenzschadens interessiert.

<sup>33</sup> Vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 99 m.w.N.