

Innenprovisionen bei immobilienkapitalanlagen - Zur Frage der Aufklärungs- und prospektiven Ausweispflicht -

von Dr. Klaus – R. WAGNER, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

I. Einleitung

Zunächst einmal scheint es wichtig, daran zu erinnern, worum es bei Innenprovisionen überhaupt geht. Es geht schlicht und einfach um einen Kalkulationsbestandteil eines Marktteilnehmers – nicht zwingend alleine am Immobilienkapitalanlagemarkt¹⁾ - betreffend Provisionen, die er an Dritte insbesondere für Vermittlungsleistungen bezahlt.²⁾ Die Frage der Aufklärungs- bzw. Ausweispflicht betreffend Innenprovisionen betrifft mithin die Rechtsfrage, ob alleine im freien Kapitalanlagemarkt und nur bezüglich dieses einen Kalkulationsbestandteiles Innenprovision eine solche Rechtspflicht besteht und, falls ja, auf welcher Rechtsgrundlage. Das Schlagwort von angeblich „versteckten Innenprovisionen“ zeugt eher von Unkenntnis und stammt aus den Kreisen, die auch anderweitig mangels rechtlicher Substanz mittels Schlagworten emotionalisieren („Drückerkolonnen“,³⁾ „Schrottimmobilien“⁴⁾ etc.) statt sachkundig zu argumentieren.

1) *Kiethe* NZG 2001, 107; *Loritz* WM 2000, 1831, 1832; *Rohlfing* MDR 2002, 738, 739

2) BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811

3) Außendienst bzw. Vertrieb gibt es überall in der Wirtschaft und ist weder etwas ehrenrühriges noch kriminelles.

4) Es geht hier i.d.R. nicht um eine mangelbehaftete Immobilie, sondern um eine solche, bei denen zum Kaufpreis zusätzliche Vergütungen für in Anspruch genommene Dienstleistungen hinzu kamen (die Summe aus Kaufpreis und diesen Vergütungen nennt man *Gesamtaufwand*). Die Bewertung einer Immobilie kann naturgemäß nur am Kaufpreis festgemacht werden und nicht am Gesamtaufwand. Von den Vertretern dieses Schlagwortes wird in nicht von Sachkunde getragener Weise eine Bewertung am Gesamtaufwand vorgenommen, jedoch unterschlagen, daß sonstige Vergütungen in aller Regel für in Anspruch genommenen weitere Dienstleistungen in Anspruch genommen wurden und teilweise sogar steuerwirksam geltend gemacht wurden. Diese eigene Unkenntnis wird mit dem Schlagwort der „Schrottimmoblie“ verdeckt, das mittlerweile ohne jedes Nachdenken auch von anderen – teils sogar Gerichten und Journalisten - nachgesprochen wird.

II. Aufklärungspflicht über Innenprovision

1. Grundsatz: Keine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen

Die diesbezüglich zitierte Rechtsprechung⁵⁾ iudiziert, daß grundsätzlich keine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen bestehe. So habe z.B. weder eine Bank⁶⁾ noch der Verkäufer einer Immobilie⁷⁾ eine Aufklärungspflicht darüber, ob im Kaufpreis des Immobilienverkäufers eine Innenprovision enthalten sei, einerlei ob die Frage einer Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer der Immobilie⁸⁾ oder gegenüber dem Vermittler angesprochen ist.⁹⁾ Die Innenprovision kalkuliere grundsätzlich jeder gewerbliche Verkäufer in den Verkaufspreis ein, ohne sie offen zu legen.¹⁰⁾ Die Angemessenheit des Kaufpreises einer erworbenen Immobilie zu klären sei Sache des Käufers.¹¹⁾ Es bestehe auch keine „allgemeine“, aus einem Vertragsverhältnis begründete, Aufklärungspflicht.¹²⁾

Weiter weist die Rechtsprechung darauf hin, für den Anleger sei der finanzielle Gesamtaufwand entscheidend, nicht seine Zusammensetzung im einzelnen.¹³⁾

Auch den Makler trifft nach der zitierten Rechtsprechung¹⁴⁾ keine Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer einer Immobilie, wenn zwischen ihm und dem Käufer kein Vertragsverhältnis besteht, auch kein solches aufgrund eines konkludenten Anlageberatungsvertrages. Gleiches gilt beim Finanzierungsmakler mit erlaubter Doppeltätigkeit.¹⁵⁾

-
- 5) BGH 18.04.2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247; BGH 12.11.2002 – XI ZR 03/01, NJW 2003, 424, 425; BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811; BGH 29.04.2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21, 22; BGH 22.10.2003 – IV ZR 398/02, BKR 2004, 21, 25; BGH 02.12.2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 418 f.; BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n.V.; OLG Karlsruhe 29.10.2002 - 17 U 140/01, NJW-RR 2003, 185, 189
 - 6) BGH 12.11.2002 – XI ZR 03/01, NJW 2003, 424, 425; BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n.V.; OLG Stuttgart 12.01.2000 – 9 U 155/99, WM 2000, 292, 296; OLG Stuttgart 04.04.2000 – 9 W 57/99, WM 2000, 1190, 1191; OLG München 04.09.2000 – 17 U 2317/00, WM 2001, 252, 255; OLG München 12.10.2000 – 19 U 4455/99, WM 2001, 1215, 1216; OLG Stuttgart 08.01.2001 – 6 U 57/00, WM 2001, 1667, 1671; OLG Köln 21.03.2001 - 13 U 124/00, NJW-RR 2002, 1573; OLG Karlsruhe 27.03.2001 - 17 U 218/99, WM 2001, 1210; OLG Dresden 28.05.2001 - 8 U 498/01, WM 2002, 1881; OLG Dresden 06.06.2001 - 8 U 2694/00, WM 2003, 1802; OLG Nürnberg 31.07.2002 – 12 U 259/02, BKR 2002, 946, 951
 - 7) BGH 18.04.2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247; ; OLG Stuttgart 25.02.1999 – 11 U 31/98, OLGR 1999, 386, 389; OLG Köln 29.10.1999 – 3 U 156/99, WM 2000, 127, 129; OLG Karlsruhe 27.03.2001 - 17 U 218/99, WM 2001, 1210; OLG Nürnberg 31.07.2002 – 12 U 259/02, BKR 2002, 946, 951
 - 8) BGH 18.04.2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247; BGH 12.11.2002 – XI ZR 03/01, NJW 2003, 424, 425
 - 9) BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811
 - 10) BGH 12.11.2002 – XI ZR 03/01, NJW 2003, 424, 425
 - 11) BGH 18.04.2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247; ; OLG München 04.09.2000 – 17 U 2317/00, WM 2001, 252, 255
 - 12) BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812
 - 13) OLG Stuttgart 12.01.2000 – 9 U 155/99, WM 2000, 292, 297; OLG Stuttgart 08.01.2001 – 6 U 57/00, WM 2001, 1667, 1671
 - 14) BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812
 - 15) BGH 02.12.2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 419. Zur erlaubten Doppeltätigkeit von Maklern in Abgrenzung zur Doppelmaklerschaft *Wagner* DStR 2003, 1757, 1758 m.w.N.

Der 5. Senat des BGH in Strafsachen¹⁶⁾ hat in einer 15 %igen Innenprovision, über die nicht aufgeklärt wurde, keinen Betrugsfall gesehen, weswegen auch der XI. Senat des BGH¹⁷⁾ keinen anlaß für eine Vorlage zum Großen Senat des BGH gesehen hat.

Der 9. Senat des OLG Stuttgart,¹⁸⁾ der 12. Senat des OLG Nürnberg¹⁹⁾ sowie der 3. Senat des OLG Köln²⁰⁾ gehen von dem Grundsatz aus, daß für den Bauträger – auch in einem Kapitalanlagemodell – keine Pflicht bestehe, über die Berechnungsgrundlagen *seiner* Preiskalkulation aufzuklären. Anders sei dies jedoch bei einem unabhängigen und individuellen Anlageberater.²¹⁾ Bei diesem bejaht nämlich der 9. Senat des OLG Stuttgart²²⁾ im Grundsatz eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen, allerdings nur über solche, die der Berater selbst erhalten hat. Diese folge aus seinem Anlageberatungsvertrag mit dem Anleger.

2. Ausnahme: Aufklärungspflicht über Innenprovision

Ausnahmsweise nimmt die zitierte Rechtsprechung eine Aufklärungspflicht (z.B. einer Bank) über Innenprovisionen an, wenn folgende Sachverhaltskonstellationen gegeben sind. Eine Schadensersatzpflicht wird folglich bei unterlassener Aufklärung von der zitierten Rechtsprechung nur dort bejaht, wo *ausnahmsweise* eine Aufklärungspflicht bestand und dieser nicht entsprochen wurde:

- Die Innenprovision des Verkäufers führt zu einer so wesentlichen Verschiebung zwischen Kaufpreis und Verkehrswert, daß die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss.²³⁾ Von der Vermutung der Sittenwidrigkeit könne ausgegangen werden, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch sei wie der Wert des Leistungsgegenstandes.²⁴⁾ Dazu sind zu vergleichen auf den Zeitpunkt des notariellen Kaufvertragsabschlusses der Wert der Immobilie mit dem vertraglich vereinbarten Kaufpreis für diese Immobilie, nicht jedoch mit dem prospektiven Gesamtaufwand. In einem solchen Ausnahmefall besteht mithin eine Aufklärungspflicht über eine Wertinadäquanz des Kaufpreises (nicht des Gesamtaufwandes) zur Immobilie und nicht über eine zu hohe Innenprovision.

16) BGH 09.03.1999 – 5 StR 50/99, wistra 1999, 299 f.

17) BGH 29.04.2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21. 22

18) OLG Stuttgart 29.03.2000 – 9 U 159/99, OLGR 2001, 234, 237 u.H.a. BGH 14.03.1991 – VII ZR 342/89, BGHZ 114, 87

19) OLG Nürnberg 31.07.2002 – 12 U 259/02, BKR 2002, 946, 951

20) OLG Köln 29.10.1999 – 3 U 156/99, WM 1999, 127, 129

21) Zum Unterschied der Aufklärungspflichten zwischen einem unabhängigen individuellen Anlageberater und einem erkennbar auf Anbieterseite stehenden Anlageberater siehe *Wagner* DStR 2003, 1757, 1758 f. m.w.N.

22) OLG Stuttgart 29.03.2000 – 9 U 159/99, OLGR 2001, 234, 237

23) BGH 18.04.2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247; BGH 12.11.2002 – XI ZR 03/01, NJW 2003, 424, 425; BGH 29.04.2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21. 22; BGH 22.10.2003 – IV ZR 398/02, BKR 2004, 21, 25; BGH 02.12.2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 418 f. OLG Dresden 28.05.2001 - 8 U 498/01, WM 2002, 1881; OLG Dresden 06.06.2001 - 8 U 2694/00, WM 2003, 1802

24) BGH 18.04.2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247 st. Rspr. m.w.N.

- Auch der Immobilienverkäufer muß ausnahmsweise den Käufer über Innenprovision aufklären, wenn zwischen Kaufpreis (nicht Gesamtaufwand) und Wert der Immobilie ein so grobes Mißverhältnis besteht, daß die Prüfung der Sittenwidrigkeit Bedeutung erlangt.²⁵⁾
- Während mit zuvor Ausgeführtem der XI. Senat des BGH ausnahmsweise eine Aufklärungspflicht annimmt, hält der V. Senat des BGH²⁶⁾ auch für denkbar, daß ausnahmsweise bei einer Immobilienkapitalanlage eine unterlassene Aufklärung über eine hohe Innenprovision Bedeutung erlangen könne, ohne daß allerdings gesagt wird, was darunter zu verstehen ist, wo also eine hohe Innenprovision beginnt. Dies sei z.B. dann der Fall, wenn bei einer Immobilienkapitalanlage seitens des Immobilienverkäufers vorvertraglich eine Renditeaussage gemacht worden sei, die aufgrund einer hohen Innenprovision sich als unzutreffend erweise.
- Ausnahmsweise muß der Verkäufer einer Immobilie dann über eine Innenprovision aufklären, wenn zwischen dem Immobilienverkäufer und dem Käufer ein Beratungsvertrag in Betracht kommt.²⁷⁾
- Die Zahlung einer Innenprovision durch eine Bank selbst an einen Vermögensverwalter gefährdet die Interessen des Auftraggebers dieses Vermögensverwalters. Dies deshalb, weil in einem solchen Fall der Vermögensverwalter dem Anreiz unterliegt, sowohl bei der Auswahl der Bankverbindung wie auch hinsichtlich des Umfangs des Geschäfts nicht alleine die Kundeninteressen zu berücksichtigen sondern auch das eigene Provisioninteresse.²⁸⁾

3. Schrifttum

*Wagner*²⁹⁾ verneint im Grundsatz eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen, jedenfalls dann, wenn der Anleger erkenne, daß ein Kapitalanlagevertrieb eingeschaltet sei, er – der Anleger – keine Vertriebsprovision zahle, so daß er davon ausgehen müsse, daß der Vertrieb von einem Unternehmen der Anbieterseite bezahlt werde. Es gebe kein Transparenzgebot, das ohne Anlaß von sich aus die Offenlegung der Kalkulation von Unternehmen der Anbieterseite erfordere.

*Loritz*³⁰⁾ verneint ebenfalls im Grundsatz eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen. Innenprovisionen seien in einer arbeitsteiligen Wirtschaft auch außerhalb des Kapitalanlagemarktes etwas völlig normales. Der Wert einer Immobilie oder Immobilienkapitalanlage habe auch nichts mit der Größenordnung einer Innenprovision zu tun und umgekehrt.

Weiter verneint *Kieth*³¹⁾ im Grundsatz eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen. Eine Aufklärungspflicht über Grund und Höhe von Innenprovisionen könne ausnahmsweise nur auf-

25) BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812

26) BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812

27) BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812. Zu den Einzelheiten, wann von einem solchen Beratungsvertrag auszugehen ist, siehe BGH (aaO), Seite 1812 f.. Ferner BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n.V.

28) BGH 19.12.2000 – XI ZR 349/99, BGHZ 146, 235, 239; BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811 f.

29) *Wagner* WM 1998, 694, 698

30) *Loritz* WM 2000, 1831, 1836 f.

31) *Kieth* NZG 2001, 107, 108

grund besonderer Situationen gegeben sein. Dazu könne z. B. die besondere Höhe einer Innenprovision in Relation zur gezeichneten Kapitalanlage gehören. Denn der vom Anbieter einer Kapitalanlage verlangte Preis unterliege im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG seiner Vertragsfreiheit, weshalb er auch keine Kalkulationsgrundlagen offen legen müsse. Die Grenze sei, wenn eine Überteuerung der Immobilie vorhanden sei *und* dies auch nur dann, wenn die Sittenwidrigkeit der Höhe der Innenprovision Anlass für eine Aufklärung über übliche Innenprovisionen zum Schutz der Anleger gebe.³²⁾

*Gallandi*³³⁾ bejaht entgegen der zuvor aufgezeigten Rechtsprechung und entgegen der zuvor dargelegten h. M. im Schrifttum eine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen immer schon dann, wenn der Kapitalanleger ein berechtigtes Interesse daran habe. Dafür bildet er eine Vielzahl von Beispielen. Dies führt im praktischen Ergebnis dazu, daß Anleger, weil sie eingetretene Risiken einer Kapitalanlage nicht mehr tragen wollen, sich Jahre nach ihrem Beitritt plötzlich darauf berufen, an der Aufklärung über Innenprovision hätten sie ein Interesse gehabt und da sie nicht darüber informiert worden seien, sei ihr gerichtliches Schadensersatzbegehren begründet. Die Rechtsprechung ist dem sachgerechterweise weitgehend nicht gefolgt.

*Schirp/Mosgo*³⁴⁾ differenzieren bezüglich einer Aufklärungspflicht über Innenprovisionen wie folgt: Zahle der Anlager selbst bei einem Anlagevermittler keine Vertriebsprovision, so müsse der Anleger davon ausgehen, daß der Anlagevermittler von einem Unternehmen der Anbieterseite bezahlt werde. Der Anlagevermittler müsse in einem solchen Fall nicht über die Innenprovision aufklären, die er selbst erhalten habe. Da *Schirp/Mosgo*³⁵⁾ entgegen der überwiegenden Rechtsprechung und der h.M. im Fachschrifttum die Meinung vertreten, Innenprovisionen seien im Prospekt stetes dem Grunde und der Höhe nach ausweispflichtig, halten sie den Anlagevermittler über Innenprovisionen für nachforschungs- und aufklärungspflichtig, die im Prospekt nicht ausgewiesen sind.³⁶⁾ Dies steht im Widerspruch zur dargestellten überwiegenden Rechtsprechung und der h.M. im Fachschrifttum. Den Anlageberater halten *Schirp/Mosgo*³⁷⁾ stets für aufklärungspflichtig und zwar bezüglich der Innenprovisionen, die ein Anlageberater selbst erhalten hat wie auch derjenigen, die mit dem Anlageobjekt zusammenhängen.

III. Prospektive Ausweispflicht der Innenprovision

Von der Aufklärungspflicht zu trennen ist die Frage, ob bezüglich der Innenprovision eine *prospektive* Ausweispflicht besteht.

32) *Kieth* NZG 2001, 107, 115

33) *Gallandi* WM 2000, 279, 285

34) *Schirp/Mosgo* BKR 2002, 354, 359 f.

35) *Schirp/Mosgo* BKR 2002, 354, 358

36) *Schirp/Mosgo* BKR 2002, 354, 359

37) *Schirp/Mosgo* BKR 2002, 354, 360

1. Grundsatz

Erstmals befaßt sich der III. Senat des BGH³⁸⁾ mit der Frage der prospektiven Ausweispflicht von Innenprovisionen, die bisher vom VII. und V. Senat des BGH³⁹⁾ offengelassen wurde. Der III. Senat des BGH beantwortet diese Frage am Fall eines Prospektes für einen geschlossenen Immobilienfonds. Er verneint im Grundsatz eine prospektive Ausweispflicht von Innenprovisionen und weist darauf hin, daß für die Höhe einer relevanten Innenprovision nicht übliche Maklerprovisionen von etwa 3 bzw. 6 % heranzuziehen seien.

Das OLG Köln⁴⁰⁾ verneint im Grundsatz eine prospektive Ausweispflicht der Innenprovision dem Grunde und der Höhe nach, weil für den Verkäufer bezüglich der Innenprovision keine Aufklärungspflicht bestehe.

Der 11. Senat des OLG Stuttgart⁴¹⁾ verneint zwar für einen Bauträger im Bauträgermodell eine Aufklärungspflicht über Innenprovision, bejaht aber im Grundsatz eine prospektive Ausweispflicht. Dies jedenfalls dann, wenn sich das Objekt noch in der Planung befinde. Das OLG Stuttgart geht davon aus, daß dann, wenn der Gesamtaufwand im Prospekt aufgeschlüsselt worden sei, dann auch die Innenprovision auszuweisen sei, obwohl diese nicht Bestandteil des Gesamtaufwandes sondern Kalkulationsbestandteil der Bauträgervergütung ist, was nicht dasselbe ist. Anzumerken bleibt, daß der VII. Senat des BGH⁴²⁾ in seiner Revisionsentscheidung offen gelassen hat, ob dem zu folgen ist.

Soweit das OLG Koblenz⁴³⁾ im Grundsatz eine prospektive Ausweispflicht von Innenprovision verlangt, weicht es nicht zur obigen Rechtsprechung des BGH⁴⁴⁾ ab, da diese nicht zur prospektiven Ausweispflicht sondern zur im Grundsatz nicht vorhandenen Aufklärungspflicht ergangen ist, ohne daß diese Aufklärungspflicht etwas mit dem Prospekt zu tun hatte. Das OLG Koblenz bejaht als Grundsatz einen Fall der Prospekthaftung, wenn die Innenprovision im Prospekt nicht ausgewiesen worden sei für den Fall, wenn im Prospekt einzelne Kalkulationsbestandteile dargestellt würden. Allerdings verkennt das OLG Koblenz, was ein Kalkulationsbestandteil ist, denn Kalkulationsbestandteile werden in keinem Prospekt dargestellt. Wenn in einem Prospekt dargestellt wird, für welchen Vertrag und welche Leistung eines jeden Vertrages welche Vergütung zu zahlen ist, dann handelt es sich nicht um Kalkulationsbestandteile, sondern um den Ausweis der jeweiligen Vergütung pro Vertrag und Leistung.⁴⁵⁾ Von Kalkulationsbestandteil kann nur die Rede sein, wenn ausgewiesen würde, wie der einzelne Vertragspartner seine Vergütung pro Ver-

38) BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n.V.

39) Offen gelassen bei BGH 07.09.2000 – VII ZR 443/99, BGHZ 145, 121, 129, weil dem klägerischen Anspruch bereits aus Prospekthaftung wegen nicht korrekt ausgewiesener Wohnflächen entsprochen worden war. Offen gelassen bei BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811, 1812, weil im Urteilsfall kein Prospekt verwandt worden war.

40) OLG Köln 21.03.2001 – 13 U 124/00, ZIP 2001, 1808, 1810

41) OLG Stuttgart 25.02.1999 – 11 U 31/98, OLGR 1999, 386, 389

42) BGH 07.09.2000 – VII ZR 443/99, BGHZ 145, 121, 129

43) OLG Koblenz 07.02.2002 – 5 U 662/00, BKR 2002, 723, 726

44) BGH 18.04.2000 – XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1247; BGH 12.11.2002 – XI ZR 03/01, NJW 2003, 424, 425; BGH 14.03.2003 – V ZR 308/02, NJW 2003, 1811; BGH 29.04.2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21. 22

45) Siehe die zutreffenden Hinweise in OLG Köln 29.10.1999 – 3 U 156/99, WM 1999, 127, 129

trag im einzelnen kalkuliert hätte. Dies erfolgt jedoch in keinem Prospekt, da zur Offenlegung der eigenen Kalkulation kein Vertragspartner verpflichtet ist, auch nicht im Prospekt. Ersichtlich verwechselt das OLG Koblenz Kaufpreis für die Immobilie und Gesamtaufwand und meint, daß dann, wenn in einem Prospekt im Rahmen des Gesamtaufwandes die Vergütungen pro Vertrag und damit zusammenhängenden Leistungen ausgewiesen worden seien, dann auch die Innenprovision ausgewiesen werden müsse, die Kalkulationsbestandteil eines Vertrages sei. Und so erkennt das OLG Koblenz⁴⁶⁾ ersichtlich auch, daß der Gesamtaufwand, also das Gesamtinvestment eines Kapitalanlegers,⁴⁷⁾ nicht Maßstab für den Wert der Immobilie ist, sondern der im Gesamtaufwand enthaltene Kaufpreis, der für die Immobilie zu zahlen ist.⁴⁸⁾ Der vom OLG Koblenz postulierte Grundsatz einer prospektiven Ausweispflicht der Innenprovision weist im Hinblick auf die Argumentation zu viele Defizite aus, als daß er in sich schlüssig und nachvollziehbar wäre.

2. Ausnahme

Der III. Senat des BGH⁴⁹⁾ bejaht jedoch ausnahmsweise eine generelle prospektive Ausweispflicht von Innenprovisionen, wenn folgende Konstellationen gegeben sind:

- Die vom Fonds zu zahlende Innenprovision überschreitet eine Größenordnung von 15 % des prospektiven Gesamtaufwandes des Fonds. Der III. Senat legt sich jedoch ausdrücklich nicht darauf fest, ob nicht im Einzelfall eine Ausweispflicht auch einmal dann gegeben sein könne, wenn dieser Prozentsatz unterschritten werde.
- Im Hinblick auf die Frage der Innenprovision besteht aufgrund des Prospektes die Gefahr der Irreführung. Diese war im Entscheidungsfall dadurch gegeben, weil im Prospekt zwar 11 % Innenprovision ausgewiesen war, im übrigen jedoch nur angegeben war, daß weitere Vergütungen gezahlt würden, ohne auszuweisen, daß diese zusätzlich zu den 11 % hinzukommenden weiteren Zahlungen nochmals 14 % ausmachten.

3. Schrifttum

*Wagner*⁵⁰⁾ geht davon aus, daß dann, wenn im Grundsatz keine Aufklärungspflicht über Innenprovisionen bestehe, auch keine prospektive Ausweispflicht bezüglich der Innenprovision bestehe. Bestehe aber eine Abweichung über die Wertadäquanz der harten Kosten, indem im Prospekt ausgewiesenen Vergütungen für einzelne vertragliche Leistungen nicht wertadäquat seien, so sei dies prospektiv ausweispflichtig und zwar unabhängig von der Frage der Innenprovision. Wenn die Höhe der Innenprovision eine denkbare Ursache für diese Abweichung von der Wertadäquanz sei, so sei dies prospektiv ausweispflichtig, weniger wegen der Innenprovision sondern

46) OLG Koblenz 07.02.2002 – 5 U 662/00, BKR 2002, 723, 726

47) Zur Definition s.o. FN 4

48) So auch zutreffend OLG Stuttgart 12.01.2000 – 9 U 155/99, WM 2000, 292, 296

49) BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n.V.

50) *Wagner* WM 1998, 694, 699

wegen der Wertinadäquanz einer oder mehrerer im Prospekt genannter Vergütungen für vertragliche Leistungen.

*Loritz*⁵¹⁾ geht ebenfalls von keiner generellen prospektiven Ausweispflicht von Innenprovisionen aus. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn gegen die Grundsätze der Wahrheit und Vollständigkeit eines Prospektes verstoßen werde.

Auch *Kieth*⁵²⁾ verneint im Grundsatz eine prospektive Ausweispflicht von Innenprovisionen, ausgenommen die Fälle, in denen die im prospektiven Gesamtaufwand enthaltenen Innenprovisionen entweder unüblich oder ungewöhnlich hoch seien.

Da *Gallandi*⁵³⁾ eine Aufklärungspflicht entgegen der überwiegenden Rechtsprechung und der oben dargestellten h.M. im Schrifttum schon dann bejaht, wenn der Kapitalanleger ein berechtigtes Interesse an Aufklärung hat, das im Zweifel der Anleger selbst bestimmt bzw. durch den Beispielskatalog von *Gallandi* bestimmt wird, überrascht es nicht, daß *Gallandi* wiederum entgegen der zuvor dargestellten Rechtsprechung (ausgenommen OLG Koblenz) und der dargelegten h.M. im Schrifttum es als Prospektmangel ansieht, wenn im Prospekt Innenprovision nach Grund und Höhe nicht ausgewiesen ist.

*Schirp/Mosgo*⁵⁴⁾ halten entgegen der zuvor dargelegten überwiegenden Rechtsprechung und der h.M. im Fachschrifttum Innenprovisionen dem Rechtsgrunde und der Höhe nach für prospektiv ausweispflichtig.

IV. Ergebnis

Die überwiegende Rechtsprechung und die h. M. im Fachschrifttum verneinen im Grundsatz für die Bank, den Immobilienverkäufer bzw. Bauträger und Anlagevermittler eine Aufklärungspflicht und prospektive Ausweispflicht betreffend Innenprovisionen. Diese sind jedoch im Grundsatz zur Aufklärung verpflichtet, wenn jeweils ein (konkludenter) Beratungsvertrag vorhanden ist. Es ist jedoch auf die Ausnahmen zu achten, woraus sich auch unabhängig vom Vorliegen eines Beratungsvertrages Aufklärungs- und prospektive Ausweispflichten ergeben können.

Die oben angesprochene neue Rechtsprechung des III. Senates des BGH⁵⁵⁾ zur prospektiven Ausweispflicht von Innenprovision, die ebenfalls nach Grundsatz und Ausnahme unterscheidet, war in der h. M. im Fachschrifttum⁵⁶⁾ bereits angelegt und ist sachgerecht und nachvollziehbar.

51) *Loritz* WM 2000, 1831, 1838

52) *Kieth* NZG 2001, 107, 111

53) *Gallandi* WM 2000, 279, 285

54) *Schirp/Mosgo* BKR 2002, 354

55) BGH 12.02.2004 – III ZR 355/02, n.V.

56) *Wagner* WM 1998, 694, 699; *Loritz* WM 2000, 1831, 1838; *Kieth* NZG 2001, 107, 111