# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## VERSÄUMNISURTEIL

III ZR 290/04

Verkündet am:
28. Juli 2005
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

---

BGB § 675 Abs. 2, § 677

a) Ein Geschäftsbesorger, der beauftragt und bevollmächtigt ist, den Entschluß eines Anlegers, eine Investition einzugehen, durch den Abschluß der hierfür erforderlichen Verträge (z.B. Grundstückskauf-, Werklieferungs-, Baubetreuungs-, Miet-, Mietgarantie-, Verwalter- und Steuerberatungsverträge) zu vollziehen, hat den Interessenten vor Abschluß der Verträge auf eine versteckte überhöhte Innenprovision hinzuweisen, wenn ihm diese positiv bekannt ist (Fortführung des Senatsurteils BGHZ 158, 110 ff).

b) Dies gilt auch, wenn der Geschäftsbesorgungsvertrag wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam ist.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 2005 durch den Vorsitzenden Richter Schlick und die Richter Streck, Dr. Kapsa, Galke und Dr. Herrmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. Mai 2004 bezüglich der Beklagten zu 1 aufgehoben.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens hat im übrigen die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

## Tatbestand

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Schadensersatz in Form der Rückabwicklung einer Beteiligung an einem Bauträgermodell. Sie nimmt die

Beklagte zu 1 als Geschäftsbesorger und die Beklagten zu 2 und 3 als deren Bevollmächtigten beziehungsweise Geschäftsführer in Anspruch.

1992 vertrieb die R.

mbH unter Verwendung eines Prospekts im Rahmen eines sogenannten Bauträgermodells Studentenwohnungen in der M. straße in K. . Der für dieses Unternehmen tätige Thomas B. vermittelte der Klägerin eine Wohnungseinheit in diesem Objekt, für die ein kalkulierter Gesamtaufwand von 105.540 DM nebst 3 v.H. Vermittlungsprovision angegeben war. In dem Gesamtaufwand war eine nicht gesondert ausgewiesene Innenprovision von weiteren 18,4 v.H. enthalten.

Nach dem Angebotsprospekt für das Bauträgermodell waren die für den Erwerb und die anschließende Vermietung erforderlichen Verträge namens des Käufers von einem Abwicklungsbevollmächtigten, der Beklagten zu 1, abzuschließen.

Die Klägerin unterbreitete der Beklagten zu 1 am 13. Oktober 1992 ein notariell beurkundetes "Angebot zum Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrags betreffend das Bauträgermodell Studentenappartements K. , M. straße." Das Angebot nahm wegen seines Inhalts im einzelnen auf eine andere notarielle Urkunde, die sogenannte Stammurkunde zur Vorbereitung eines Geschäftsbesorgungsvertrags, Bezug. In den der Stammurkunde beigefügten Anlagen hatte die Beklagte zu 1 den Inhalt der abzuschließenden Geschäftsbesorgungsverträge zuvor beurkunden lassen. Die Klägerin erteilte der Beklagten zu 1 auf der Grundlage der Stammurkunde in der Angebotsurkunde eine umfassende, unwiderrufliche Vollmacht, sie bei der Vorbereitung, Durch-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

führung und gegebenenfalls Rückabwicklung des Erwerbsvorgangs zu vertreten.

Die Beklagte zu 1, der die im kalkulierten Gesamtaufwand enthaltene Innenprovision bekannt war, nahm das Angebot an und erwarb am 22. Dezember 1992 im Namen der Klägerin die von ihr ausgesuchte Wohnung. Ferner schloß sie weitere in dem Angebot vom 13. Oktober 1992 vorgesehene Verträge.

Die Beklagte zu 1 erteilte der Klägerin 1995 die Schlußabrechnung über die für den Eigentumserwerb der Wohnung verwendeten Mittel. Danach belief sich der Kaufpreis auf 81.604 DM. Hinzu kamen Funktionsträgergebühren einschließlich des Honorars der Beklagten in Höhe von 12.063 DM. Unter Berücksichtigung von Notar- und Gerichtsgebühren, Grunderwerbssteuer, Bauzeitzinsen und weiteren Nebenkosten belief sich der von der Beklagten zu 1 berechnete Gesamtaufwand auf 99.583,83 DM.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte zu 1 hätte sie auf die im Verkaufsprospekt nicht ausgewiesene, überhöhte Innenprovision vor Abschluß des Kaufvertrags und der übrigen Verträge hinweisen und sie fragen müssen, ob sie die Wohnung gleichwohl erwerben wolle. Die Klägerin behauptet, sie habe durch ihre Beteiligung an dem von Anfang an unrentablen Bauherrenmodell einen Schaden in Höhe von umgerechnet 53.167,72 € erlitten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Der Senat hat auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin die Revision hin-

sichtlich der Beklagten zu 1 zugelassen, in bezug auf die weiteren Beklagten die Beschwerde jedoch zurückgewiesen.

## Entscheidungsgründe

Über die Revision ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf der Berücksichtigung des gesamten Sach- und Streitstands (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff; BGH, Urteil vom 18. November 1998 - VIII ZR 344/97 - NJW 1999, 647 f).

Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, eine Haftung der Beklagten aus culpa in contrahendo wegen fehlender Aufklärung über die Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 RBerG scheide mangels Verschuldens aus. Die Beklagte habe nicht damit rechnen müssen, daß der Vertrag gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßen habe, weil 1992 weder in der einschlägigen Rechtsprechung noch in der Literatur Hinweise auf die mögliche Nichtigkeit vorgelegen hätten.

Eine Aufklärungspflicht der Beklagten nach den allgemeinen Grundsätzen der vorvertraglichen Vertrauenshaftung habe nicht bestanden, da sie kein

besonderes Vertrauen in Anspruch genommen hätten. Auch die umfassende Tätigkeit für die Klägerin auf der Grundlage des Geschäftsbesorgungsvertrages rechtfertige nicht die Haftung. Die aus diesem Vertrag, der allein auf die Umsetzung der bereits getroffenen Anlageentscheidung gerichtet gewesen sei, folgenden Treuepflichten der Beklagten seien nicht so weit gegangen, daß sie die besonderen Vermögensinteressen der Klägerin zu beachten und über Chancen und Risiken des Geschäftes sowie die wertbildenden Faktoren aufzuklären gehabt hätten. Der Geschäftsbesorger könne allenfalls dann zur Aufklärung über eine ihm bekannte versteckte Innenprovision verpflichtet sein, wenn die Provision so hoch sei, daß er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses von einer die Grenze der Sittenwidrigkeit überschreitenden Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen müsse. Dies habe die Klägerin nicht hinreichend dargelegt.

Das Landgericht habe indessen verfahrensfehlerhaft Sachvortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen. Es habe nicht erwogen, daß aufgrund des Vorbringens der Klägerin eine Haftung der Beklagten (vor allem) nach den Grundsätzen der Prospekthaftung in Betracht komme. Da die Feststellungen hierzu eine aufwendige Beweisaufnahme erforderten, sei die Sache nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO an die erste Instanz zurückzuverweisen.

II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung bezüglich der Beklagten zu 1 (im folgenden: Beklagte) im entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat nach § 538 Abs. 1 ZPO grundsätzlich die notwendigen Beweise zu erheben und in der Sache selbst zu entscheiden. Eine Zurückverweisung an das Gericht des ersten Rechtszugs ist nach Absatz 2 dieser Bestimmung nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig. Wie die Revision mit Recht rügt, lagen die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO hinsichtlich der beklagten Steuerberatungsgesellschaft nicht vor. Diese Bestimmung ist eine Ausnahmeregelung, die den Grundsatz der Prozeßbeschleunigung durchbricht, wenn die Aufhebung des angefochtenen Urteils wegen eines wesentlichen Verfahrensfehlers erfolgt und noch eine umfangreiche Beweisaufnahme notwendig ist (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 270/03 - BGHReport 2005, 671, 672). Der Rechtsstreit ist jedoch, soweit die Klägerin Ansprüche gegen die beklagte Gesellschaft erhebt, auch ohne eine umfangreiche Beweisaufnahme zu entscheiden, da entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts insoweit nicht nur Ansprüche aus Prospekthaftung oder auf deliktischer Grundlage in Betracht kommen. Vielmehr ist nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ein Schadensersatzersatzanspruch der Klägerin wegen Verletzung einer Hinweispflicht nicht auszuschließen.

2. a) Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien richtet sich gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Bestimmungen.

b) Die Klägerin kann danach gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo beziehungsweise wegen Verletzung der aus § 677 BGB folgenden Pflicht zu einem Hinweis auf die in dem angegebe-

nen Gesamtaufwand für den Erwerb der Wohnung versteckte Innenprovision von 18,4 v.H haben.

aa) Der Anspruch der Klägerin ergibt sich nicht aus positiver Forderungsverletzung. Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien richtet sich vielmehr nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluß beziehungsweise den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff BGB), da der 1992 geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist (§ 134 BGB in Verbindung mit Art. 1 § 1 RBerG).

(1) Eine nach Art. 1 § 1 RBerG erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten liegt vor, wenn eine geschäftsmäßige Tätigkeit darauf gerichtet und geeignet ist, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten (z.B.: BGHZ 153, 214, 218; BGH, Urteil vom 8. Oktober 2004 - V ZR 18/04 - WM 2004, 2349, 2352). Das ist insbesondere auch bei einem Geschäftsbesorger der Fall, der - wie hier im Rahmen eines Bauträgermodells - ausschließlich oder hauptsächlich die Abwicklung eines Grundstückserwerbs für den Erwerber durchzuführen hat, indem er Kauf-, Finanzierungs- und Mietgarantieverträge, die dingliche Belastung und die Geschäfte zur Bildung der Wohnungseigentümergemeinschaft besorgt (z.B.: BGHZ 145, 265, 270 f; Senatsurteil vom 11. Oktober 2001 - III ZR 182/00 - NJW 2002, 66, 67; BGH, Urteile vom 8. Oktober 2004 aaO; vom 14. Juni 2004 - II ZR 393/02 - WM 2004, 1529, 1530 und vom 2. Dezember 2003 - XI ZR 421/02 - ZIP 2004, 303, 305; kritisch hierzu: Wagner/Loritz WM 2005, 1249 ff).

Eine derartige Fallgestaltung besteht hier. Die Beklagte hatte nach der "Stammurkunde", auf deren Grundlage der Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Klägerin geschlossen wurde, "die im Zusammenhang mit dem Kauf seiner (d.h. des Erwerbers) Einheit, deren Finanzierung und Verwaltung vorgesehenen Verträge abzuschließen und die damit zusammenhängenden Rechtsgeschäfte und Handlungen vorzunehmen". Insbesondere sollte die Beklagte unter anderem einen Grundstückskauf- und Werklieferungsvertrag, einen technischen Baubetreuungsvertrag, einen Vertrag über eine Nebenkostengarantie, einen Mietvermittlungs-, einen Mietgarantie-, einen Steuerberatungsvertrag, Verwalterverträge und einen Mietvertrag schließen (S. 5-7 der Stammurkunde). Der Abschluß von Finanzierungsverträgen war gleichfalls vorgesehen. Dies kam hier jedoch nicht zum Tragen, da die Klägerin ausschließlich Eigenmittel für den Erwerb verwendete.

(2) Hieraus folgt indessen nicht, daß die Beklagte gegenüber der Klägerin keine Pflichten hatte. Aufklärungs- und Hinweispflichten, deren Verletzung die Haftung aus culpa in contrahendo (siehe jetzt § 311 Abs. 2 BGB) zur Folge hat, können allein aufgrund des rechtsgeschäftlichen Kontakts der Parteien entstehen, auch wenn der Vertrag nicht wirksam zustande kommt (vgl. z.B.: BGH, Urteile vom 9. November 2004 - XI ZR 315/03 - NJW 2005, 668, 670 und vom 17. Januar 1995 - XI ZR 225/93 - NJW 1995, 1151, 1153). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist überdies anerkannt, daß im Fall der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot auf die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zurückgegriffen werden kann (z.B.: Senat in BGHZ 157, 168, 175; Senatsurteil vom 10. Oktober 1996 - III ZR 205/95 - NJW 1997, 47, 48 m.w.N.; BGHZ 37, 258, 262 f; vgl. auch BGHZ 101, 393, 399; 111, 308, 311; BGH, Urteil vom

28. Oktober 1992 - VIII ZR 210/91 - WM 1993, 217, 218). Dies schließt auch die Anwendung von § 677 BGB und eine Haftung des Geschäftsführers für Verstöße gegen die darin bestimmten Pflichten ein. Es besteht kein Grund, § 677 BGB von der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag bei Nichtigkeit von Rechtsgeschäften wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot auszunehmen (so auch Koeble, Festschrift für Korbion, 1986, S. 215, 217 f). Allerdings ist bei der Bestimmung des dem Geschäftsführer nach § 677 BGB obliegenden Aufgabenkreises zu beachten, daß der Zweck des gesetzlichen Verbots nicht unterlaufen wird.

bb) Danach hatte die Beklagte gegenüber der Klägerin die aus dem intendierten Geschäftsbesorgungsvertrag folgenden Schutzpflichten zu erfüllen. Solange der (auftragslose) Geschäftsführer das Geschäft tatsächlich führt, entspricht es dem Interesse und dem wirklichen oder zumindest mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, daß die in dem nichtigen Geschäftsbesorgungsvertrag zur Wahrung seiner Interessen vorgesehenen Hinweis-, Aufklärungs- und Warnpflichten wahrgenommen werden. Dies ist auch mit dem Zweck des Rechtsberatungsgesetzes, das in erster Linie dem Schutz der Rechtsuchenden dient (z.B.: Senatsurteil vom 11. Oktober 2001 - III ZR 182/00 - aaO; BGH, Urteil vom 9. Mai 1967 - Ib ZR 59/65 - NJW 1967, 1558, 1559) vereinbar. Gleiches gilt im Ergebnis für etwaige Ansprüche aus culpa in contrahendo.

cc) Die aus dem beabsichtigten Geschäftsbesorgungsvertrag folgenden Schutzpflichten der Beklagten umfaßten auch die Pflicht, die Klägerin auf die versteckte Innenprovision von 18,4 v.H. hinzuweisen.

(1) Zwar oblag es der Beklagten nicht, die Rentierlichkeit der von der Klägerin beabsichtigten Anlage zu überprüfen. Nach dem Inhalt des intendierten Geschäftsbesorgungsvertrages wurde die Beklagte lediglich als Abwicklungsbeauftragte tätig. Sie hatte die Aufgabe, die im Zusammenhang mit dem Kauf der Wohnungseinheit, deren Finanzierung und Verwaltung vorgesehenen Verträge abzuschließen und die damit zusammenhängenden im einzelnen genannten Rechtsgeschäfte und Handlungen vornehmen (vgl. Nr. II der Stammurkunde zur Vorbereitung eines Geschäftsbesorgungsvertrages). Die von der Beklagten geschuldete Tätigkeit diente mithin der ordnungsgemäßen Umsetzung der bereits von der Klägerin getroffenen Anlageentscheidung. Diese hatte sie spätestens mit Abgabe des notariell beurkundeten Angebots vom 13. Oktober 1992 zuvor getroffen. Dementsprechend war auch der Aufgabenbereich der Beklagten vertraglich eingeschränkt. Beratungspflichten hinsichtlich der zu treffenden Investitionsentscheidung sowie Prüfungspflichten im Hinblick auf die Werthaltigkeit des Objektes trafen sie nach der vertraglichen Vereinbarung damit dem Grundsatz nach nicht.

(2) Um die Prüfung, ob die von der Klägerin beabsichtigte Anlage wirtschaftlich sinnvoll war, geht es hier jedoch nicht, sondern um die Offenbarung von vorhandenen Kenntnissen der Beklagten. Dieser war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts positiv bekannt, daß in dem den Erwerbern gegenüber angegebenen Gesamtaufwand eine versteckte Innenprovision von 18,4 v.H. enthalten war.

(a) Ob und in welchem Umfang im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses eine Offenbarungspflicht besteht, richtet sich nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung im Einzelfall (z.B.:

BGH, Urteil vom 24. Mai 1993 - II ZR 136/92 - NJW 1993, 2107 m.w.N). Eine Pflicht zur Offenlegung von Kenntnissen besteht danach insbesondere, wenn der eine Teil einen konkreten Wissensvorsprung über Umstände hat, die den Vertragzweck vereiteln können und daher für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind (z.B.: BGH, Urteile vom 9. November 2004 aaO; vom 23. März 2004 - XI ZR 194/02 - NJW 2004, 2378, 2380; vom 24. Mai 1993 a-aO, jew. m.w.N.). So liegt der Fall hier.

(b) Bei der verborgenen Innenprovision in Höhe von 18,4 v.H. handelte es sich um einen Umstand, der den Zweck des Erwerbs- und des auf dessen Vollzug gerichteten Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen den Parteien gefährdete, da sie den wirtschaftlichen Sinn der Vermögensanlage in Frage zu stellen geeignet war. Bei aus Immobilien bestehenden Vermögensanlagen kann die Existenz und die Höhe von Innenprovisionen, die als solche nicht die Gegenleistung für die Schaffung von Vermögenswerten darstellen, erheblichen nachteiligen Einfluß auf die Werthaltigkeit des Objekts und die Rentabilität der Anlage haben (Senatsurteil BGHZ 158, 110, 118). Dies gilt insbesondere, wenn die in dem Gesamtaufwand für eine Immobilienanlage, die im Prospekt als
rentables Renditeobjekt dargestellt wird, steckende Provision eine überdurchschnittliche Höhe erreicht, mit der der Käufer nicht rechnet, so daß ihn ein Anlagevermittler auf die Innenprovision hinzuweisen hat. Der Senat sieht die kritische Grenze für eine solche Provision bei 15 v.H. (aaO S. 121). Diese wird hier um mehr als ein Fünftel überschritten.

(c) Die Beklagte verfügte gegenüber der geschäftsunerfahrenen Klägerin über einen konkreten Wissensvorsprung hinsichtlich dieses Umstands, da

ihr die versteckte Innenprovision und ihr bedenklicher Betrag positiv bekannt waren, während die Klägerin zumindest in bezug auf die Höhe der Provision ahnungslos war. Die Beklagte konnte auch nicht erwarten und durfte sich dementsprechend nicht darauf verlassen, daß die Klägerin die Innenprovision und ihre Höhe kannte. Zwar ist es grundsätzlich Sache des Anlegers, sich über die Werthaltigkeit des zu erwerbenden Renditeobjekts selbst zu unterrichten (vgl. z.B.: Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 311 Rn. 70). Der Aufklärungsbedarf für den Anlageinteressenten ist jedoch, zumindest in bezug auf die verborgene Innenprovision, typischerweise größer, wenn ihm, wie hier, das Anlagemodell vom Anbieter oder Vertreiber mittels eines Prospekts vorgestellt wird (Senat aaO, S. 120). Prospekte sind - ihrem Zweck entsprechend - im allgemeinen, wie auch im konkreten Fall darauf ausgerichtet, die angebotenen Anlagen als (besonders) werthaltig und rentabel darzustellen. Sie erwecken deshalb regelmäßig, wie auch hier, den Anschein, der Preis der Anlage stehe in einem angemessenen Verhältnis zu den vom Veräußerer zu erbringenden sachlichen Leistungen. Das schließt nach dem nächstliegenden Verständnis des durchschnittlichen Erwerbers zugleich die Vorstellung aus, in dem Gesamtaufwand könnten so außergewöhnliche Gewinnspannen für den Veräußerer oder den Vertreiber (letztere in Form von Innenprovisionen) stecken, daß die Rentabilität der Anlage von vornherein in Frage gestellt sein könnte. Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung der Umstände, daß für den Anleger der Prospekt bei Modellen wie dem hier vorliegenden oftmals die einzige oder jedenfalls die wichtigste Informationsquelle und damit die maßgebliche Grundlage für seine Anlageentscheidung ist (Senat aaO, S. 120 f; BGHZ 145, 121, 125) und daß dem Anleger eine nähere Prüfung der Werthaltigkeit bei derart komplexen Vorhaben kaum möglich ist, eine besondere Schutzwürdigkeit des Anlegers (Senat aaO, S. 121).

Der Prospekt verschaffte der Klägerin aus den insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts auf Seite 16 seines Urteils keine genügende Aufklärung über die Innenprovision, auch wenn der dort dargestellte Aufwand als "incl. Vertrieb und Marketing" bezeichnet war.

(d) Der Annahme einer Offenbarungspflicht läßt sich nicht mit Erfolg entgegenhalten, daß der Geschäftsbesorger lediglich die bereits getroffene Anlageentscheidung zu vollziehen hat.

Der Geschäftsbesorger hat, wie sich hier insbesondere aus Nr. II 2 Buchstabe k der Urkunde vom 13. Oktober 1992 ergibt, den Erwerber bei der Umsetzung seines Anlageentschlusses umfassend zu vertreten, mithin an seiner Stelle alle erforderlichen Entscheidungen zu treffen und rechtlich verbindlich verwirklichen. Er hat damit in einer Angelegenheit, die für einen Verbraucher regelmäßig von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung ist, gewissenhaft allein dessen Interessen zu vertreten (vgl. BGHZ 102, 220, 225; BGH, Urteil vom 7. Dezember 1983 - IVa ZR 52/82 - BB 1984, 564, 565). In dem notariell beurkundeten Angebot vom 13. Oktober 1992 ist sogar ausdrücklich hervorgehoben, daß die Beklagte ausschließlich die Interessen des Käufers wahrzunehmen hat (siehe Buchstabe e der am Schluß der Urkunde am enthaltenen Hinweise). Aus dieser gegenüber einem Rechtsverhältnis, das auf einen bloßen Leistungsaustausch gerichtet ist, herausgehobenen Vertrauensstellung folgen gesteigerte Treuepflichten des Geschäftsführers, die Hinweispflichten auch über Umstände begründen, die jenseits der reinen Umsetzung des Anlageentschlusses liegen. Dies gilt jedenfalls soweit es sich um dem Geschäftsbesorger bekannte Tatsachen handelt, die in unmittelbarem Zusammenhang

mit den Gegenständen des Geschäftsbesorgungsvertrages stehen. Das ist hier der Fall, weil der vom Abwicklungsbeauftragten zu vollziehende Entschluß des Erwerbers, eine Anlage vorzunehmen, maßgeblich von den - hier durch die versteckte Innenprovision beeinträchtigten - Rentabilitätsaussichten abhängt. Diese gesteigerte Treuepflicht schließt es aus, daß der Geschäftsbesorger ihm bekannte Umstände, die die Rentierlichkeit in Frage stellen, für sich behält und durch die Ausführung des Auftrags sehenden Auges daran mitwirkt, daß der Anleger unwissentlich eine mit hoher Wahrscheinlichkeit verlustbringende Investition tätigt.

(e) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts besteht die Pflicht des Abwicklungsbeauftragten, dem Anleger versteckte Innenprovisionen zu offenbaren, nicht erst, wenn die Provision zu einer so wesentlichen Verschiebung des Verhältnisses zwischen Kaufpreis und Verkehrswert der Kapitalanlage beiträgt, daß von einer die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschreitenden Übervorteilung des Anlegers ausgegangen werden muß. Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hält die ein Anlagegeschäft finanzierenden Banken nur unter diesen engen Voraussetzungen für verpflichtet, den Anleger auf versteckte Innenprovisionen hinzuweisen (z.B.: Urteile vom 23. März 2004 aaO; 20. Januar 2004 - XI ZR 460/02 - NJW-RR 2004, 1126, 1128; 2. Dezember 2003 - XI ZR 53/02 - NJW-RR 2004, 632 f jeweils m.w.N.). Diese Rechtsprechung ist auf den Abwicklungsbeauftragten nicht übertragbar.

Eine Bank, die um die Finanzierung eines Anlagegeschäfts gebeten wird, nimmt nahezu ausschließlich, wie dem Kunden auch bewußt ist, ihre eigenen geschäftlichen Interessen wahr. Die Rentierlichkeit der Anlage ist für sie allenfalls im Hinblick auf die Werthaltigkeit der Kreditsicherung von Bedeu-

tung. Das Kreditverwendungsrisiko trägt deshalb grundsätzlich allein der Darlehensnehmer (BGH, Urteil vom 23. März 2004 aaO). Dies rechtfertigt es, Aufklärungs- und Hinweispflichten der Bank gegenüber ihrem Darlehenskunden hinsichtlich der Verwendung der Valuta nur unter engen Voraussetzungen anzunehmen.

Hiervon unterscheidet sich die Rechtslage bei einem Abwicklungsbeauftragten mit solch umfassenden Befugnissen wie der Beklagten grundlegend. Es ist seine Aufgabe, auch und gerade gegenüber dem Verkäufer und den sonstigen Beteiligten ausschließlich die Interessen des Anlegers wahrzunehmen, wie hier in der Angebotsurkunde vom 13. Oktober 1992 ausdrücklich hervorgehoben ist. Der Geschäftsführer steht damit vollständig im Lager des Anlageinteressenten. Dies begründet gesteigerte Treue- und Hinweispflichten (siehe oben (d)), die über diejenigen einer die Investition finanzierenden Bank hinausgehen.

(f) Die Freizeichnungsklauseln der Stammurkunde des Geschäftsbesorgungsvertrags (Nr. I 6) und des technischen Teils des Prospekts (S. 29) schließen die Offenbarungspflicht der Beklagten nicht aus. Zwar ergibt sich dies nicht bereits aus der Nichtigkeit des Vertrags, da die aus § 677 BGB oder dem vorvertraglichen Schuldverhältnis folgenden Schutzpflichten des Geschäftsführers grundsätzlich nicht weiter gehen als diejenigen, die bei Wirksamkeit des Vertrages bestünden. Die Klauseln, die der Senat auslegen darf, weil sie nicht nur im Bezirk eines Oberlandesgerichts Verwendung finden und weil weitere Feststellungen zu ihrem Inhalt nicht mehr zu erwarten sind (vgl. Zöller/Gummer, ZPO, 25. Aufl., § 545 Rn. 8, § 546 Rn. 5, 10), zeichnen die Beklagte allenfalls von Erkundigungs- und Prüfungspflichten frei, nicht jedoch von

der Pflicht zur Offenlegung ihr bekannter, die Rentierlichkeit der Anlage erheblich beeinträchtigender Umstände. Soweit Prüfungs- und Beratungspflichten ausgeschlossen sind, ist die Offenlegungspflicht bereits dem Wortlaut nach nicht betroffen. Soweit auch "Aufklärungs- und Erklärungspflichten" ausgeschlossen werden sollen, ergibt sich zumindest nicht mit der erforderlichen Klarheit (§ 5 AGBG; jetzt: § 305c Abs. 2 BGB), daß sich die Freizeichnung auch auf die hier bestehende besondere Offenbarungspflicht bezieht.

In Nummer I 6 Abs. 6 der Stammurkunde und auf Seite 29 des technischen Teils des Prospekts knüpft der Ausschluß von Aufklärungspflichten durch die Verbindung mit dem Wort "demgemäß" an den Hinweis an, daß der Geschäftsbesorger nicht überprüft, ob die Investitionsentscheidung für den Erwerber im Rahmen seiner individuellen Gegebenheiten wirtschaftlich sinnvoll ist. Dies deutet darauf hin, daß sich die Freizeichnung von Aufklärungspflichten nur auf Umstände beziehen soll, die als Ergebnis einer Prüfung der Rentierlichkeit der Anlage unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Erwerbers zutage treten, nicht aber auf Tatsachen, die dem Geschäftsbesorger bereits ohne eine solche Nachprüfung positiv bekannt sind. Entsprechendes gilt für den Ausschluß der "Aufklärungs- und/oder Erklärungspflichten" in Nummer I 6 Abs. 8 der Stammurkunde. Diese Freizeichnung ist - kenntlich an der Verwendung des Wortes "also" - als Schlußfolgerung aus den davor stehenden Ausführungen formuliert. In diesen ist hervorgehoben, daß es nicht Aufgabe des Abwicklungsbeauftragten ist, die Werthaltigkeit des Objekts und der übrigen Leistungen zu überprüfen. Dies legt es ebenfalls nahe, den Ausschluß von Aufklärungspflichten nur auf bei einer solchen Prüfung zu gewinnende Erkenntnisse zu beziehen und nicht auf der Beklagten bereits bekannte Umstände.

Ob die Klauseln nach § 9 AGBG unwirksam wären, wenn sie ihrem Inhalt nach die hier verletzte Offenbarungspflicht ausschlössen, wofür spricht, daß es sich um eine Kardinalpflicht handelt (vgl. Senatsurteil vom 20. Januar 2005 - III ZR 251/04 - NJW 2005, 1357, 1360 a.E.), kann auf sich beruhen.

dd) Das Verschulden des Auskunftsverpflichteten wird vermutet (§ 282 BGB a.F; jetzt: § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Beklagte hat jedoch die Möglichkeit, sich zu entlasten. Hierbei kann der Stand der Rechtsprechung im Jahr 1992 zur verborgenen Innenprovision einerseits ebenso von Bedeutung sein wie andererseits die Antwort auf die Frage, ob die Anlage unter Berücksichtigung der Innenprovision für den Eingeweihten ersichtlich von vornherein unrentabel war.

ee) Es entspricht ferner der Lebenserfahrung, daß ein Aufklärungsmangel für die Entscheidung, an dem zuvor gefaßten Anlageentschluß festzuhalten, ursächlich geworden ist (vgl. ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, z.B.: Senatsurteil vom 17. März 2005 - III ZR 185/04 - Urteilsumdruck S. 10; Senatsbeschluß vom 22. Dezember 2004 - III ZR 235/04 -; BGH, Urteil vom 1. März 2004 - II ZR 88/02 - ZIP 2004, 1104, 1106 m.w.N.).

3. Der Senat kann noch nicht in der Sache selbst entscheiden, so daß sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Schlick Streck Kapsa

Galke Herrmann