
Datum: 30.11.2011
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 53/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2011:1130.13U53.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 3 O 103/09

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 23.11.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Köln (3 O 103/09) wie folgt abgeändert:

Die Zwangsvollstreckung aus den vollstreckbaren Ausfertigungen der Urkunden des Notars Dr. H. C. aus X., UR-Nr. 1691/1991 von 29.11.1991 und des Notars Dr. T. A. aus L., UR-Nr. Z 3674/1992 vom 26.10.1992 (Grundstückskaufvertrag mit Auflassung) wird für unzulässig erklärt.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

Der Kläger wendet sich gegen die Vollstreckung der Beklagten aus den vollstreckbaren Ausfertigungen der Urkunden des Notars Dr. H. C. aus X., UR-Nr. 1691/1991 von 29.11.1991 und des Notars Dr. T. A. aus L., UR-Nr. Z 3674/1992 vom 26.10.1992 (Grundstückskaufvertrag mit Auflassung) im Zusammenhang mit dem von der Beklagten

2

finanzierten Erwerb einer Eigentumswohnung in einer Seniorenwohnanlage in I..

Der Kläger wurde im Jahr 1992 durch einen Vermittler geworben, eine damals im Bau befindliche Eigentumswohnung in dem Objekt „U.“ in der G. in I. zu erwerben. Zu diesem Zweck unterbreitete er mit notarieller Urkunde vom 22.7.1992 (Urkunde des Notars Dr. N., UR-Nr. 1770/1992; Anlage B 1 zur Klageerwidernung, GA 95 ff) der D. Steuerberatungsgesellschaft mbH - in dem notariellen Angebot und dem später vom Kläger unterzeichneten Auftragsschein (Anlage K 14 zur Klage) als „Abwicklungsbeauftragte“ bezeichnet - das Angebot zum Abschluss eines umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrages mit entsprechender Bevollmächtigung. Die D., die keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besaß, nahm das Angebot an und schloss am 26.10.1992 im Namen des Klägers einen notariellen Kaufvertrag mit der Bauträgerin zu einem Kaufpreis von 95.160 DM (Anl. K 6 b im AH I). Darin übernahm der Kläger einen Teilbetrag von 158.984 DM der auf dem Gesamtobjekt lastenden Grundschuld über 3 Mio. DM, die die damalige Eigentümerin und Bauträgerin am 29.11.1991 zugunsten der Beklagten bestellt hatte (UR-Nr. 1691/1991 des Notars Dr. H. C. aus X., Anl. 6 a zur Klage); außerdem übernahm er gegenüber der Beklagten die persönliche Haftung für die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages und unterwarf sich der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Zur Finanzierung des Kaufpreises schloss die D. im Namen des Klägers - nach einer Zwischenfinanzierung vom 23./26. November 1992 - am 15./23.12.1993 zwei Darlehensverträge über 119.697 DM und 39.287 DM (Anl. K 7 a und 7 b zur Klage). Nachdem der Kläger die Kreditzahlungen eingestellt hatte, kündigte die Beklagte Zwangsvollstreckungsmaßnahmen an.

3

Der Kläger hat erstinstanzlich geltend gemacht, die Vollstreckung der Beklagten sei wegen Verstoßes der D. gegen das Rechtsberatungsgesetz unzulässig. Außerdem sei er über die anfallenden Provisionen, insbesondere über eine in den Gesamtaufwand einkalkulierte Innenprovision von 18,4% ebenso arglistig getäuscht worden wie über den tatsächlichen Wert der Wohnung und die Höhe der nachhaltig erzielbaren Mieten. Dies habe sich die Beklagte zurechnen zu lassen, weil sie mit dem Vertrieb in institutionalisierter Weise zusammengewirkt habe.

4

Das Landgericht hat die Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme (GA 339 ff) mit Urteil vom 23.11.2010 (GA 412 ff), auf das wegen der weiteren Feststellungen zum erstinstanzlichen Sachvortrag der Parteien, der gestellten Anträge und der Begründung der angefochtenen Entscheidung verwiesen wird (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO), abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Kläger – ungeachtet einer möglichen Nichtigkeit der der D. gegenüber erteilten notariellen Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz – jedenfalls verpflichtet sei, der Beklagten eine Grundpfandrechtliche Sicherheit zu bestellen. Die Darlehensverträge seien nämlich wirksam, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon auszugehen sei, dass der Beklagten vor Abschluss dieser Verträge eine notarielle Ausfertigung der Vollmacht vorgelegen habe. Eigene Ansprüche des Klägers auf Schadensersatz gegen die Beklagte bestünden nicht. Eine sittenwidrige Überhöhung des Kaufpreises habe der Kläger ebenso wie unzutreffende Angaben zur langfristig erzielbaren Miete schon nicht schlüssig vorgetragen. Das Gleiche gelte für eine arglistige Täuschung über die Höhe der tatsächlich angefallenen – über 15 % liegenden – Innenprovision. Diese sei zwar nicht ausdrücklich angegeben worden; eine arglistige Täuschung scheide insoweit aber trotzdem aus, weil es an falschen Angaben zu dieser Provision fehle. Das betreffe sowohl den Prospekt wie auch – nach der Aussage des Zeugen J. – die Vermittlungsgespräche.

5

Mit der Berufung verfolgt der Kläger – unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens – seine Sachanträge weiter. Er wendet sich insbesondere gegen die Annahme des Landgerichts, in den Angaben zum Gesamtaufwand im technischen Teil des Prospektes (K 15, S. 27) liege keine arglistige Täuschung. Jedenfalls sei er aber zum einen durch die Angaben im Auftragsschein – mit dem sich das Landgericht nicht auseinandergesetzt habe – und zum anderen – wie die Beweisaufnahme entgegen der unzutreffenden Würdigung durch das Landgericht ergeben habe - durch den Zeugen J. über die tatsächliche Höhe der insgesamt angefallenen Provision getäuscht worden. Schließlich wendet sich der Kläger gegen die Ausführungen des Landgerichts zur Täuschung über die nachhaltig erzielbaren Mieten und – im Zusammenhang mit der Frage der Nichtigkeit des Darlehensvertrages – gegen die Behauptung der Beklagten, dass er die Darlehensvaluta erhalten habe.

Der Kläger beantragt, 7

unter Abänderung des am 23.11.2010 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln (3 O 103/09) die Zwangsvollstreckung aus den vollstreckbaren Ausfertigungen der Urkunden des Notars Dr. H. C. aus X., UR-Nr. 1691/1991 von 29.11.1991 und des Notars Dr. T. A. aus L., UR-Nr. Z 3674/1992 vom 26.10.1992 (Grundstückskaufvertrag mit Auflassung) für unzulässig zu erklären. 8

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrags und beantragt, 9

die Berufung zurückzuweisen. 10

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die zur Akte gereichten Unterlagen Bezug genommen. 11

II. 12

Die statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers hat auch in der Sache Erfolg; seine Klage ist in vollem Umfang begründet und das angefochtene Urteil entsprechend abzuändern. 13

1. 14

Die Klage ist entgegen der Auffassung des Landgerichts insgesamt zulässig. Der Zulässigkeit des gegen die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 26.10.1992 gerichteten Klageantrags steht nicht entgegen, dass die Beklagte im Rahmen der Klageerwiderung erklärt hat, sie beabsichtige nicht, aus einem persönlichen Titel zu vollstrecken. Zum einen findet sich nämlich diese Erklärung lediglich im Zusammenhang mit dem Antrag des Klägers auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung - der das Landgericht im Übrigen selbst durch seinen Beschluss vom 6.4.2009 (GA 109) in vollem Umfang und damit auch bezüglich einer etwaigen Vollstreckung aus einer persönlichen Haftungsübernahme in vollem Umfang entsprochen hat – und steht in Widerspruch zu der sich im gleichen Schriftsatz unmittelbar anschließenden Erklärung der Beklagten (S. 3 der Klageerwiderung – Abschnitt „C“), sie halte die Zwangsvollstreckung aus den im Klageantrag genannten Urkunden (insgesamt) für zulässig. Zum anderen betrifft die Entscheidung des OLG Frankfurt (MDR 1988, 241), auf die sich das Landgericht in diesem Zusammenhang berufen hat, einen anderen Sachverhalt: in dem dort zur Beurteilung anstehenden Fall hatte die Vollstreckungsgläubigerin unzweideutig 15

erklärt, dass sie selbst nicht von der Zulässigkeit einer Vollstreckung in das Mobiliarvermögen des (dortigen) Klägers ausgehe und der Titel lediglich aus anderen Gründen benötigt werde. So liegt der Fall hier nicht, so dass die Zulässigkeit der Klage nach allgemeinen Regeln bis zur – hier nicht erfolgten - endgültigen Rückgabe des Titels (vgl. Zöller, Kommentar zur ZPO, 29. Auflage 2012, § 767 ZPO Rdn. 8) bestehen bleiben muss.

2. 16

Die Klage ist auch in der Sache in vollem Umfang begründet. Die Vollstreckung der Beklagten aus den streitgegenständlichen Urkunden ist unzulässig. Ihr stehen aus den zugrunde liegenden Darlehensverträgen keine Ansprüche gegen den Kläger zu. 17

a. 18

Das folgt allerdings nicht bereits aus dem - als solchen zu bejahenden - Verstoß der Treuhänderin gegen das Rechtsberatungsgesetz. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden, das nach einer umfangreichen Beweisaufnahme mit einer berufsrechtlich fehlerfreien Begründung festgestellt hat, dass der Beklagten vor dem Abschluss der Darlehensverträge eine notarielle Ausfertigung der der D. erteilten Vollmacht vorlag. 19

b. 20

Der Vollstreckung der Beklagten steht auch nicht der vom Kläger erklärte Widerruf aller Vertragserklärungen nach dem Haustürwiderrufgesetz entgegen. Wie bereits im landgerichtlichen Urteil zutreffend ausgeführt wird, scheitert ein Widerruf daran, dass die Treuhänderin sich unstreitig nicht in einer Haustürsituation befand, als sie die auf den Abschluss der Darlehensverträge gerichteten Erklärungen als Vertreterin des Klägers abgegeben hat (vgl. BGH WM 2007, 440, 442; WM 2006, 853, 854). Ein Widerruf der übrigen Vertragserklärungen (Geschäftsbesorgungsauftrag, Grundschuldbestellung, Kaufvertrag) entfällt (zudem) bereits wegen ihrer notariellen Beurkundung (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG a.F.). 21

c. 22

Die Unzulässigkeit der Vollstreckung ergibt sich des Weiteren nicht daraus, dass der Kläger den gesicherten Darlehensansprüchen unter dem Gesichtspunkt des Einwendungsdurchgriffs bei verbundenen Verträgen etwaige Einreden aus dem finanzierten Geschäft entgegenhalten könnte. Die Vorschriften über das verbundene Geschäft finden auf den vorliegenden Realkredit gemäß §§ 9, 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a.F. keine Anwendung. Auch insoweit wird auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen. 23

d. 24

Dem Kläger steht aber gegen die Beklagte ein ihren Darlehensansprüchen entgegenstehender Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Aufklärungsverschulden wegen eines aufklärungspflichtigen Wissensvorsprungs über eine arglistige Täuschung betreffend die Höhe des an den Vermittler gezahlten Entgeltes zu. 25

aa. 26

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht ein aufklärungspflichtiger Wissensvorsprung der kreditgebenden Bank bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Ersterwerbermodellen ausnahmsweise u.a. dann, wenn die Bank Kenntnis von einer 27

arglistigen Täuschung des Erwerbers und Kreditnehmers durch den Verkäufer, Vertreter oder Vermittler über das Anlageobjekt hat. Dabei wird die Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung widerleglich vermutet, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler, sei es auch nur über einen von ihm benannten besonderen Finanzierungsvermittler, angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiators oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen (BGH NJW 2008, 2099, 2104; WM 2010, 1451; WM 2011, 309;)

Die arglistige Täuschung eines Anlegers kann sich dabei nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (WM 2011, 309) auch aus unzutreffenden Angaben in einem Objekt- und Finanzierungsvermittlungsauftrag ergeben, nämlich dann, wenn durch ihn bei dem Anleger gezielt der unrichtige Eindruck erweckt wird, dass für die Vermittlung von Erwerb und Finanzierung des Anlageobjekts lediglich die dort ausdrücklich ausgewiesenen und keine weiteren Vertriebsprovisionen zu zahlen seien, obwohl tatsächlich wesentlich höhere Vertriebsprovisionen an die Vermittler geflossen sind. 28

bb. 29

Der vom Kläger unterzeichnete Auftragsschein (Anlage K 14 zur Klage) ist als ein solcher Finanzierungsvermittlungsauftrag im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes anzusehen. Mit ihm wird durch den Kläger der „Vertriebsbeauftragte“ – hier die als „Abwicklungsbeauftragte“ bezeichnete D. Steuerberatungsgesellschaft mbH – mit der „Vermittlung“ der „nachgenannten Investitionsmöglichkeit“ beauftragt sowie die Absicht zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages (dieser vom Kläger vorgelegt als Anlage K 8 zur Klage) zum Ausdruck gebracht. Nach dem weiteren Text sollte für die „Vorfinanzierung des Eigenkapitals“ eine Bearbeitungsgebühr von 3% anfallen. Ferner wird angegeben, dass der Vertriebsbeauftragte weitere Vermittler beauftragt habe, die berechtigt seien, „vom Auftraggeber eine Bearbeitungsgebühr von 3 % des kalkulierten Gesamtaufwandes ... zu vereinnahmen.“ 30

Es kann dahinstehen, ob für den Leser dieses Satzes hinreichend klar wird, dass es sich bei dem Auftraggeber um ihn selbst – also um den Anleger - handelt (und nicht um die D., von der in dem Satz unmittelbar vor der zitierten Stelle ebenfalls als dem Auftraggeber die Rede ist – nämlich dem Auftraggeber der Vermittler). Die Auslegung der wiedergegebenen Textstelle ergibt, dass der Finanzierungsvermittlungsauftrag jedenfalls bei Anwendung der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB (dazu allgemein Palandt/Grüneberg, Kommentar zum BGB, 70. Auflage 2011, § 305 c Rdn. 15 ff) dahin zu verstehen ist, dass es sich bei den dort im Einzelnen als Bearbeitungsgebühr bezeichneten Provisionen um die Gesamtprovisionen handelt, zu denen die Vermittler den Auftrag insgesamt ausführen sollten, es sich also bei den angegebenen 3 % um die gesamte Vergütung für den Vermittler im Sinn einer abschließenden Regelung handele. Der formularmäßige und detaillierte Hinweis (Ziffer 4 der AGB zum Auftragsschein; vgl. die Rückseite der Anlage K 14) darauf, dass der Vermittler den Auftrag unter den im Einzelnen aufgelisteten Bedingungen ausführen sollten, lässt keine andere Deutung als die zu, hiermit sei gemeint, dass der Anleger an den Vermittler für die Vermittlung der Wohnung insgesamt lediglich die dort ausdrücklich genannten Provisionen zu zahlen haben werde. 31

Darauf, dass die Vergütung im Auftragsschein als „Bearbeitungsgebühr“ und nicht als „Vertriebsprovision“ bezeichnet wird, kommt es nicht an; zudem ist in den soeben in Bezug genommenen AGB auch ausdrücklich von einer „Vergütung“ die Rede. Nicht gefolgt werden kann der Beklagten auch insoweit, als sie (im Übrigen in offenem Widerspruch zu ihrer Darstellung im Schriftsatz vom 4.11.2011) im Rahmen der Berufungserwiderung die Auffassung vertreten hat, der Auftragsschein solle dem Anleger nur einen „grobe Überblick“ darüber verschaffen, was „an Ausgaben auf ihn zukommen“ könne. Es kann nicht zweifelhaft sein (und entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes), dass Erklärungen zur Höhe der anfallenden Vergütungen vollständig und zutreffend sein müssen. Etwas anderes mag für den Fall gelten, dass sie ausdrücklich und für den Anleger verständlich in dem von der Beklagten angesprochenen Sinn als „Näherungswerte“ ohne Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit ausgewiesen werden. Davon kann im vorliegenden Fall allerdings keine Rede sein.

Die von der Beklagten hervorgehobene graphische Darstellung des in „Fremdfinanzierung“ und „Eigenkapital“ aufgeteilten Gesamtaufwandes und die Angabe der „Bearbeitungsgebühr“ in diesem Zusammenhang sprechen nicht für, sondern gegen die Richtigkeit des Vortrags der Beklagten. Gerade weil die – nach dem Auftragsschein ersichtlich als Vergütung des Vermittlers zu verstehende - „Bearbeitungsgebühr“ dort allein ausdrücklich und gesondert erwähnt ist, musste ein verständig denkender Anleger nicht damit rechnen, dass tatsächlich noch weitere, nicht genannte Vergütungsanteile anfielen. 33

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass eine hinreichende Aufklärung des Anlegers durch den Prospekt erfolgt sei. Das ergibt sich schon daraus, dass der Auftragsschein nicht auf den Prospekt insgesamt Bezug nimmt, sondern nur auf dessen „Teil B, Technischer Teil, Punkt II der Erläuterungen zur Prospektdarstellung). In dem angegebenen, mit „Finanzierung“ überschriebenen „Punkt II“ (S. 15 des vom Kläger als Anlage K 15 zur Klage vorgelegten Prospektes) finden sich die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 4.11.2011 vorgetragenen Angaben gerade nicht. Unter Ziffer II ist lediglich – und insoweit gleichlautend mit den unrichtigen Angaben im Auftragsschein – von der bereits angesprochenen Bearbeitungsgebühr von 3 % die Rede. Dass der Prospekt an anderer Stelle (S. 27) eine Erläuterung des Gesamtaufwandes enthält, aus der sich auch ergeben könnte, dass in ihm (weitere) Kosten für „Vertrieb und Marketing“ enthalten sind, spielt schon deshalb keine Rolle, weil sich die Bezugnahme auf den Prospekt im Auftragsschein gerade nicht auf diesen Teil erstreckt. Im Übrigen ist die Darstellung, auf die sich die Beklagte beruft (S. 27 des Prospektes, linke Spalte) für sich genommen wiederum zumindest unklar, weil sie mit der Angabe zur Vergütung (S. 25 des Prospektes) zusammen zu lesen ist, soweit es die Auslegung dieser Angaben selbst betrifft. Unter dieser Prämisse wird für einen verständigen Anleger aber nicht deutlich, dass es sich bei den angegebenen Bearbeitungsgebühren nicht um die vollständige Vergütung handeln soll. Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedarf es allerdings nicht, weil der Anleger – wie ausgeführt - nach dem Inhalt des Auftragsscheines und dessen eingeschränkter Bezugnahme auf den Prospekt nicht mit weiteren Vergütungsanteilen rechnen musste. 34

cc. 35

Dass im Streitfall deutlich höhere und dem Käufer verborgen gebliebene Innenprovisionen gezahlt wurden, steht nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme fest. Insoweit haben sowohl der Zeuge J. (GA 340 R: „Mir ist bekannt, dass es im Vertrieb noch sogenannte Innenprovisionen gab. ... Diese ist im Gesamtaufwand beinhaltet, letztlich zahlt das der Kunde. Wie hoch die Innenprovision war, kann ich nicht 36

sagen“) wie der Zeuge S. (GA 341 R: „Die Höhe der Provisionen und Gebühren lag in der Größenordnung zwischen 10 – 15%. ... Sie waren wohl im Gesamtaufwand enthalten“) als auch der Zeuge Schweigert (GA 342 R: „Als ich den Vertrieb zum 1. Mal kennen lernte, war er bei einer Provision von 12%. Das ist dann gestiegen, 16% kann ich bestätigen. 18% ist dann der Bruttowert“) den Vortrag des Klägers einhellig bestätigt. Ebenso bestätigt wurde das Vorbringen des Klägers durch den Zeugen E. (GA 344: „3% Außenprovision waren ausgewiesen“, die musste „der Kunde aus eigener Tasche“ zahlen. ... Daneben gab es dann noch die Innenprovision, die im Finanzierungsaufwand enthalten war. Sie betrug“ zwischen 12 % und 15%) und die Zeugin Y. (GA 346: „Hinsichtlich der Provisionen kann ich etwas sagen, weil das immer die gleichen Werte waren. Zunächst waren das 16%. Es waren immer 16% zuzüglich MwSt. ... Wenn mir jetzt der Prospekt vorgehalten wird, ist...auf S. 27 ...die Innenprovision enthalten, aber nirgendwo findet sich genaue Zahl. Nach außen in den Auftragsscheinen war immer nur die externe Provision mit 3% ausgewiesen.“).

Danach steht fest, dass die tatsächlich geflossene Provision die im Auftragsschein als abschließend ausgewiesene evident überstieg. Die Beklagte hat die danach eingreifende Vermutung ihrer Kenntnis nicht widerlegt. Dass die Zeugen nicht wussten, ob die Beklagte von dieser Provision Kenntnis hatte, ist schon deshalb unerheblich, weil sie sonstige Beweise für ihre fehlende Kenntnis nicht angetreten hat (GA 89, 90/91, 173, 188, 200). 37

dd. 38

Die Täuschung des Anlegers durch den Auftragsschein ist auch arglistig erfolgt, wie sich aus der bewussten Gestaltung der formularmäßigen Erklärung und ihrer Verwendung gegenüber dem Anleger ergibt. 39

ee. 40

Das institutionalisierte Zusammenwirken der Beklagten mit dem Bauträger, seinem Vertrieb und der Treuhänderin ist ebenfalls zu bejahen. Auch wenn die Beklagte keine Alleinflanzierungsvereinbarung mit Finanzierungszusage geschlossen hat, sondern lediglich - wie von ihr behauptet - ihre Finanzierungsbereitschaft erklärt, jeweils eine Einzelbonitätsprüfung vorgenommen und weder dem Vertrieb noch der Treuhänderin eigene Formulare überlassen hat, ergibt sich doch aus dem übrigen - insoweit nicht bestrittenen - Vortrag des Klägers, dass sie ständig und systematisiert mit Vertrieb und Treuhänder zusammengearbeitet und wiederholt von diesen Finanzierungen vermittelt bekommen hat. Dies war insbesondere auch bei dem hier streitgegenständlichen Objekt in I. der Fall, bei dem die Beklagte auch nach ihrem eigenen Vorbringen (GA 77) zahlreiche Wohnungen finanziert hat. Dass für die Finanzierung von Wohnungen in Haus 1 ausschließlich die F. „zuständig“ war, führt zu keinem anderen Ergebnis. Auch aus dem von der Beklagten mit Schriftsatz vom 4.11.2011 vorgelegten Schreiben an die F. vom 16.6.194 (GA 687) ergibt sich nicht, dass diese andere Bank an Finanzierungen außerhalb des Hauses 1 beteiligt war. 41

Es kommt hinzu, dass – wie sich aus der vom Kläger als Anlage K 6 a zur Klageschrift vorgelegten notariellen Urkunde vom 29.11.1991 ergibt, zugunsten der Beklagten eine Grundschuld in Höhe von 3 Mio. DM bestellt worden war, die ausweislich des Kaufvertrages zwischen der Q. und der für die späteren Erwerber handelnden D. – ebenso wie zwei andere zugunsten der Beklagten eingetragenen Grundschulden über 1 Mio. DM und 8,5 Mio. DM – der Finanzierung der zu erwerbenden Miteigentumsanteile dienen sollten. Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es nicht darauf an, dass die zu ihren Gunsten erfolgte Grundschuldbestellung über 3 Mio. DM nicht von Anfang an der Finanzierung der späteren Miteigentumsanteile, sondern ausweislich der Sicherungsabrede (S. 7 der Urkunde) zunächst 42

nur der Sicherung des der Q. gewährten Darlehens diene, mit dem diese ihre Erwerbskosten finanzierte. Entscheidend ist, dass im notariellen Grundstückskaufvertrag der Q. mit der D. GmbH - diese handelnd als Vertreterin der einzelnen Käufer der Miteigentumsanteile des noch fertig zu stellenden Gebäudes, also u.a. auch des Klägers – vom 26.10.1992 (Anlage 6 b) vereinbart ist (dort S. 3), dass die zugunsten der Beklagten eingetragenen Grundschulden von 1 Mio., 3 Mio. und 8,5 Mio. DM der Finanzierung der von den Käufern zu erwerbenden Miteigentumsanteile dienen. Das lässt nicht lediglich auf eine allgemeine Finanzierungszusage der Beklagten gegenüber den am Vertrieb beteiligten Gesellschaften schließen, sondern unter Berücksichtigung des Vortrags der Beklagten, eine Vielzahl von Wohnungen finanziert zu haben (Bl. 77: ...“nicht alle 77 Erwerber“) auf eine ständige Geschäftsbeziehung zur Verkäuferin. Jedenfalls ergibt sich aus dem in der Kaufvertragsurkunde vom 26.10.1992 niedergelegten Sicherungszweck der Grundschulden über insgesamt 12,5 Mio. DM - Finanzierung der von den einzelnen Käufern zu erwerbenden Miteigentumsanteile – und der Tatsache, dass die Fa. D. dabei für sämtliche in einer Anlage zur Vertragsurkunde aufgeführten Käufer handelte, dass der Beklagten damit eine Vielzahl von Käufern zum Zwecke der Finanzierung zugeführt wurde. Das wiederum spricht unzweideutig für ein beiderseits planmäßiges, auch ohne förmliche Vertriebsabsprache mögliches Zusammenwirken zwischen der Verkäuferseite und der Beklagten (und nicht dafür, dass die Beklagte lediglich von Zeit zu Zeit auf Initiative der Verkäuferin einzelne Finanzierungswünsche übernommen hat). Dafür spricht auch der weitere Vortrag der Beklagten im Rahmen der Klageerwiderung (dort S. 8; GA 77), dass „erst recht ... keine Verpflichtung einer angeblichen Schaulgruppe, L. bestand, „Darlehen für die 77 Wohnungen ... ausschließlich an die Beklagte zu vermitteln“. Während es für die Frage des institutionalisierten Zusammenwirkens nicht darauf ankommt, ob die Beklagte alle Finanzierungen durchgeführt hat, ist ihrem Vortrag doch zu entnehmen, dass ihr die Käufer, mit denen sie schließlich Darlehensverträge abgeschlossen hat, seitens der Verkäuferin/des Vertriebs zugeführt worden. Da die Darlehensverträge zwischen den Parteien erst am 15./23.12.1992 geschlossen wurden (für die Kläger durch die D.), bestand das institutionelle Zusammenwirken der Beklagte mit dem Vertrieb auch schon zu diesem Zeitpunkt.

Der Senat geht daher – anders als die Beklagte meint – keineswegs davon aus, dass die Beklagte das Fehlen eines institutionalisierten Zusammenwirkens zu beweisen habe, sondern leitet lediglich aus den vorgenannten objektiven Indizien (dem Grundschuld-Sicherungszweck und der – zugestandenen - Vielzahl von Finanzierungen) ein planmäßiges bewusstes Zusammenwirken mit dem Vertrieb/der Verkäuferin ab. Dem steht nicht entgegen, dass die vom Landgericht zu dieser Frage vernommenen Zeugen (GA 340 ff) sich nicht mehr präzise erinnern konnten, in welchem Umfang genau die Beklagte in die Finanzierung eingeschaltet war. 43

Was die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erforderliche subjektive Seite des institutionalisierten Zusammenwirkens betrifft, kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte im Zusammenhang mit der dinglichen Sicherung ihrer Finanzierungen „verwerflich“ handelte, sondern nur darauf, dass ihr – wie vorstehend dargelegt ist – die tatsächlichen Umstände bekannt waren und von ihr im Sinne einer planmäßigen Zusammenarbeit gebilligt wurden. 44

ee. 45

Ob (auch) der Vermittler J. arglistig gehandelt hat, kann offen bleiben, weil ein Schadensersatzanspruch auch dann in Betracht kommt, wenn ein arglistiges Verhalten nur des Verkäufers (Fa. Q.) bzw. der Vertriebsgesellschaft vorliegt, die über das 46

geschäftsrelevante Wissen verfügte(n), es aber nicht weitergegeben hat/haben (vgl. BGH NJW 10, 596 Tz. 29 ff.). Davon ist hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auszugehen.

ff. 47

Nach der danach eingreifenden Vermutung aufklärungsgerechten Verhaltens – die mangels 48
jeden gegenteiligen Vortrags der Beklagten auch nicht als widerlegt anzusehen ist – kann der
Kläger im Wege des Schadensersatzes gemäß § 249 BGB von der Beklagten verlangen, so
gestellt zu werden, als ob er die Anlage nicht getätigt hätte. Dabei ist nach der
Lebenserfahrung davon auszugehen, dass der Kläger bei einer Aufklärung über die
Unrichtigkeit der Angaben zur Höhe der Vertriebsvergütung die Wohnung nicht erworben
bzw. den notariellen Kaufvertrag mit der Übernahme der dinglichen und persönlichen Haftung
nebst Vollstreckungsunterwerfung wegen arglistiger Täuschung angefochten und deshalb
auch die beiden Darlehensverträge mit der Beklagten nicht abgeschlossen hätte. Diesen
Schadensersatzanspruch kann der Kläger seiner Inanspruchnahme aus der notariellen
Vollstreckungsunterwerfungserklärung wegen der von ihnen übernommenen persönlichen
Haftung gemäß § 242 BGB entgegen halten (vgl. BGHZ 161, 1, 26). Das verkennt die
Beklagte, soweit sie in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 4.11.2011 Ausführungen zum
Umfang eines möglichen Schadensersatzanspruchs des Klägers macht. Für die vom Kläger
begehrte Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung kommt es allein darauf an,
dass davon auszugehen ist, dass er einen Vollstreckungstitel zugunsten der Beklagten bei
richtiger Aufklärung über die Vertriebsvergütung nicht geschaffen hätte. Ob und inwieweit der
Beklagten materiell-rechtlich noch schuldrechtliche Ansprüche gegen den Kläger zustehen,
ist insoweit ohne Belang.

3. 49

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige 50
Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Ein Anlass, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO) besteht nicht. Die 51
Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung
oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des
Bundesgerichtshofs.

Streitwert: 81.287,23 €. 52