

„§ 30a  
Straftaten

(1) Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, wer Betäubungsmittel in nicht geringer Menge ohne Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie ein- oder ausführt (§ 29 Abs. 1 Nr. 1) und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.“

Besonders die hohe Mindeststrafe wurde in der Anhörung angegriffen („exorbitant“), daneben noch die fehlende Strafrahmenüberschneidung zwischen Absatz 1 und 2.

*Absatz 2* trägt außergewöhnlichen Fallgestaltungen Rechnung (z. B. bei untergeordneter oder kurzfristiger Tätigkeit).

(4) § 30b (Art. 2 Nr. 5) erklärt § 129 StGB auch dann für anwendbar, „wenn eine Vereinigung, deren Zwecke oder deren Tätigkeit auf den unbefugten Vertrieb von Betäubungsmitteln im Sinne des § 6 Nr. 5 des Strafgesetzbuches gerichtet sind, nicht oder nicht nur im Inland besteht“. Die Beschränkung des § 129 StGB auf Inlandsorganisationen wird damit für den Kernbereich der Betäubungsmittel-

telkriminalität im Hinblick auf deren wachsenden internationalen Verflechtungen und der Tendenz ausländischer Organisationen, verstärkt im Inland Fuß zu fassen, aufgehoben. Ziel der Regelung ist die Bekämpfung von Betäubungsmittelstraftaten schon im Stadium der Vorbereitung. Einbezogen werden nicht nur Handlungen für eine Vereinigung, die auf den Vertrieb von Betäubungsmitteln im Inland abzielt. Es reicht auch aus, wenn ein Mitglied einer ausländischen Organisation im Inland Verbindungen knüpfen will, die auf den Vertrieb von Betäubungsmitteln im Ausland abzielen.

(5) Hinzuweisen ist noch auf eine neue Ermächtigung in § 1 III n. F. (Art. 2 Nr. 1) für den Bundesgesundheitsminister. Einem Mißbrauch von bisher nicht dem Betäubungsmittelrecht unterstehenden Stoffen soll damit schneller als bisher (nach § 1 II) ohne Zustimmung des Bundesrates und die Anhörung von Sachverständigen im Wege einer auf ein Jahr befristeten VO entgegengewirkt werden. Die Regelung zielt vor allem auf mißbräuchlich benutzte Stoffe und Zubereitungen (die nicht Arzneimittel sind), von denen noch nicht bekannt ist, daß sie Abhängigkeit hervorrufen, oder die Betäubungsmitteln ähnlich sind, aber dem Betäubungsmittelrecht wegen geringfügig abweichender Molekularstruktur bisher nicht unterfallen.

(Fortsetzung im nächsten Heft)

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gornheimertal

## Straftaten beim Immobilienvertrieb

Ein Beitrag zur Systematik des Betrugs- und Wuchertatbestandes, I. Teil

### I. Fragestellung

Im Betrugstatbestand und bei den § 263 verwandten Vorschriften (§§ 264, 264a, 265b StGB, §§ 88 ff. Börsengesetz) wird die Frage, wo die Grenze zwischen zulässiger Geschäftstüchtigkeit und unzulässiger Überlistung/Übervorteilung des informationell unterlegenen Gegenübers zu ziehen ist, im Regelfall bei einfach strukturierten Geschäftstypen gestellt. Diese betreffen regelmäßig bewegliche Sachen wie Kreditkarten, zu teure Teppiche o. ä., während der komplexe Sachverhalt des systematischen Vertriebs von überbewerteten (wie immer man den Begriff definieren mag) Immobilien in der Diskussion kaum repräsentiert ist<sup>1)</sup>.

Mit diesem Beitrag soll der Versuch gemacht werden, ausdifferenzierte wirtschaftliche Vorgänge beim Immobilienvertrieb strafrechtlich justizierbar zu machen und Wertungskriterien für die strafrechtliche Beurteilung des Ineinandergreifens von Preisgestaltungs- und Vertriebspraktiken zu erstellen.

### II. Ausgangsfall

Investor I hat eine Immobilie in dem Neubaugebiet eines kleinen Ortes erworben, der sich in 1 1/2 Stunden Entfernung zu einer Großstadt befindet. Für das Bauen im Innenbereich erhofft er die Baugenehmigung für ein Gebäude mit 40 Wohnungen, 10 Praxen und 3 großflächigen Gewerberäumen. Nach Vorliegen der Planungsunterlagen des Architekten und Einreichung des Antrags auf Teilungs- und Baugenehmigung entschließt er sich, nicht länger zu warten und beauftragt den Strukturvertrieb des S, die Wohneinheiten und Gewerbeeinheiten zu verkaufen.

S hat lauter motivierte Mitarbeiter ohne Kenntnisse von Immobiliengeschäften, aber mit großer Überzeugungskraft und einer beim Vertrieb von Lebensversicherungen und Finanzierungen erworbenen suggestiven Überzeugungskraft. Um nicht mit § 264a StGB zu

kollidieren, gibt er keinen Prospekt heraus, sondern überläßt den bei ihm tätigen Provisionsvertretern die Grundrisse und Lagepläne, die Übersicht über die Einheiten und die notwendigen Eckdaten (qm-Zahl, Baumaterial, Konzeptionsdaten des Architekten) sowie eine Übersicht über die einzelnen Baufortschritte. (Wie konzipiert)

Da die Neubauwohnungen im Moment am Markt „der Renner“ sind, verpflichtet I den S, zusätzlich zu der Neubauimmobilie auch eine gebrauchte Immobilie zu vermarkten. Diese ist zwar reparaturbedürftig (Flachdach, 20 Jahre, alte Heizung, keine Isolierfenster, dadurch hohe Nebenkosten, Schäden an den Balkonen, Mietminderungen seitens der Mieter aufgrund von Zug und Wasserschäden), dafür sind die einzelnen Einheiten billiger. S schätzt die gebrauchte Immobilie als „alte Klamotte“ ein und entschließt sich vorsichtshalber, die 120 Wohnungen der Gebrauchtimmobilie über eine eigene GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der von ihm per Treuhandvertrag gelenkte G wird, zu gründen. S und I machen aus, daß einheitlich für die Neubauimmobilie 15 % Provision und für die Gebrauchtimmobilie 20 % Provision gezahlt wird. Die Verkäufer, die bei S Geld verdienen wollen, werden bezüglich der Gebrauchtimmobilie veranlaßt, ihre Vertriebsverträge mit dem G abzuschließen, sie erhalten 8 %, ihr Gruppenleiter 4 %, weiter erhält über Gewinnabführungsverträge 7 % der S, 1 % der G.

Die Verkäufer A, B, C, D und E verkaufen sowohl für die GmbH des S als auch des G erfolgreich Gebraucht- und Neubauimmobilien. Sie verschweigen bezüglich der Neubauimmobilie die fehlende Baugenehmigung und preisen diese als Immobilie in bester Lage, „ganz in der Nähe der Großstadt“ an. Sie verschweigen die Provisionshöhe und die Mängel der Gebrauchtimmobilie und werben speziell damit, daß die gewerbliche Zwischenmieterfirma V-GmbH, eine von der S-GmbH abhängige Firma, eine Mietgarantie stelle. 5 Jahre, so die Verkäufer, werde ein bestimmter Betrag ge-

<sup>1)</sup> Vgl. etwa die Dissertation von Schauer, „Grenzen der Preisgestaltungsfreiheit im Strafrecht“, München 1989, dort insbes. S. 18–37

zahlt, der Betrag liegt jeweils doppelt so hoch wie die tatsächliche von der V-GmbH kassierte Nettomiete. Der Differenzbetrag wird von S bzw. der GmbH des G an die V-GmbH überwiesen. Trotz der hohen Provisionen und der Mietgarantie erwirtschaftet I mit dem Verkauf der beiden Immobilien noch einen Gewinn von 30 %.

Die Vertriebsleute verkaufen neben den Immobilien zu deren Finanzierung/Tilgung noch Lebensversicherungen mit Tilgung nach 30 Jahren bzw. 45 Jahren und vermitteln die von der Bank streichen zusammen mit S aufgesetzten Kreditverträge, die tilgungsfrei sind. Auch für die Versicherungen und die Kredite erhält S eine Provision.

Zwei Monate nachdem die letzte Wohnung notariell verkauft ist, erhält S die Baugenehmigung. Nachdem die V-GmbH, eine von S initiierte Firma, 3–4 Monate die Mietgarantie gezahlt hat, meldet sie Konkurs an. S bietet nun großzügig den Käufern an, 70 % der ursprünglich vereinbarten Mietgarantie selbst zu zahlen. Dieses Geld erhält er von I. Trotzdem geraten verschiedene Käufer in die Insolvenz, unter anderem, weil sie die Reparaturkosten der Gebrauchtimmoblie nicht bezahlen können, die Belastungen durch Lebensversicherungsbeiträge und Zinsen von den Vertriebsleuten durchweg zu niedrig berechnet waren und weil aufgrund des Wegfalls des gewerblichen Zwischenmieters Steuervorteile entfallen.

### III. Die Palette des grauen Kapitalmarktes

Trotz langjähriger Warnungen von Wirtschaftszeitungen und Brancheninformationsdiensten sind die Methoden zum Vertrieb von Immobilien zu Zeiten der Immobilien-Hausse in den letzten Jahrzehnten relativ gleich geblieben. Ohne staatlich kontrollierte Qualifikation und nur mit der einfach erlangbaren Gewerbeerlaubnis versehen, bemühen sich Provisionsvertreter aller Art, die besonders hohen Provisionen bei Immobilienverkäufen zusammen mit dem „Trinkgeld“ der Provisionen aus Lebensversicherungsvertrieb und Finanzierungsvermittlung paketweise zu verkaufen. Je stärker der Gesetzgeber die zivil- und strafrechtliche Prospekthaftung ausdehnt hat, desto massiver wird von den entsprechenden Vertriebsorganisationen auf die psychologische Überrumpelung des Käufers im direkten Verkaufsgespräch gesetzt. Konkrete Anweisungen zum Auftreten (akkurate Kleidung, Vermeidung von Reizthemen wie Politik, Führung des Warming-Up-Gesprächs etc.) münden direkt an die Übergabe allgemeiner nicht der Prospekthaftung unterfallender Broschüren zum Zwecke der Angstmache und Präsentation des rettenden Konzepts: Steuer, Inflation, fehlende Alterssicherung, fehlende Vermögensbildung, all dies läßt sich vermeiden, wenn nur die angebotenen Produkte erworben werden. Diese liegen häufig außerhalb der Reichweite des Käufers, so daß der Münchener Bremer Immobilien verkauft bekommt und umgekehrt.

Die Strukturvertriebe schulen ihre Mitarbeiter speziell darauf, im Bekannten- und Freundeskreis Kunden zu werben, sind diese Kunden geworben, ist der Verkäufer „verbrannt“ und wird durch einen neuen ersetzt.

Bezüglich des Kunden wird zunächst analysiert, ob dieser prinzipiell die Belastungen in den nächsten Jahren verkraften wird, damit es nicht zu schnell zu Zwangsversteigerungen, Insolvenzen etc. kommt. Ist der Kunde für die Laufzeit der Kredite (4 oder 5 Jahre zunächst) bei Zusammenschau aller Reserven ausreichend leistungsfähig, wird er mit suggestiven Mitteln, einer wahren Flut von Versprechungen und schrecklichen Perspektiven im Falle des Nichtabschlusses der Verträge dazu gebracht, einzuwilligen. Häufig sitzt der Notar im Haus der Vertriebsfirma oder die Kunden werden gemeinsam in ein Hotel gebeten, Anwaltsnotare werden den Amtsnotaren vorgezogen.

Bei den Kunden handelt es sich regelmäßig um Personen, die noch nie mit Immobiliengeschäften zu tun hatten und deren Kenntnisstand der eines Mieters ist. Der Kaufpreis der jeweiligen Wohnung

oder Gewerbeimmobilien ist aufgepumpt um den Provisionsanteil und den Betrag, der über Mietgarantie- oder Zinsgarantiemodelle zurückgezahlt werden soll. Er enthält weiterhin eine großzügig bemessene Gewinnspanne des Initiators. Es bleibt regelmäßig genug Geld übrig, um einzelne aufmüpfige Erwerber zu beruhigen, durch unverbindliche Zahlungen (Mietzuschuß statt Mietgarantie) ruhigzustellen und soviel Zeitgewinn zu erreichen, daß die Beweislage für den an der Rückabwicklung interessierten Erwerber immer ungünstiger wird.

Bei den Verkaufsgesprächen wird regelmäßig mit Wahrheiten (die Mark ist immer weniger wert) und Halbwahrheiten (Lebensversicherungen bringen Steuervorteile, nicht mitgeteilt wird die Laufzeitabhängigkeit), Informationslücken (bezüglich Reparaturstau, Fehlen der Baugenehmigung) und direkten Unwahrheiten (direkte Großstadtnähe, hoher Mietertrag, hoher Wiederverkaufswert aufgrund von die Inflationsrate übersteigende Teuerung von Immobilien) gearbeitet.

### IV. Die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes

Die Rechtsprechung hat unter häufiger massiver Kritik der Literatur in der Praxis sich wandelnde Verhältnisse durch flexible Anpassung im Sinne einer Ausweitung des kriminalisierten Bereichs im Einzelfall bewältigt. So wurde etwa im Melkmaschinenfall der Grundsatz aufgestellt, daß bei einem Austausch von gleichwertiger Leistung und Gegenleistung ein Betrug vorliegen kann, wenn der Getäuschte in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beeinträchtigt wird, er die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck verwenden kann oder zu vermögensschädigenden Maßnahmen durch die eingegangene Verpflichtung genötigt wird oder infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügt, mit denen er seine Verbindlichkeiten ordnungsgemäß erfüllen kann oder aufgrund des Fehlens der Mittel sonst nicht mehr eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung möglich ist<sup>2)</sup>.

Der Rekurs auf komplexe Vorgänge, angefangen von der Angemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung bis hin zum subjektiven Schadenseinschlag beim Getäuschten führte zur Gegentendenz, den Betrugstatbestand möglichst eng zu fassen. Das römisch-rechtliche *Delictum Falsi* oder das spätclassische *Schuftereidelikt*<sup>3)</sup> sollten nicht wieder aufleben. Daher wurde mit Merkmalen wie der Stoffgleichheit zwischen Vermögensschaden beim Getäuschten und Vermögensvorteil beim Täuschenden, mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz (Täuschung führt unmittelbar zur Vermögensverfügung und diese unmittelbar zum Schaden) versucht, Eingrenzungen vorzunehmen, mit der dann absehbaren Folge, daß der Gesetzgeber Mißstände im Kapitalanlagebereich etwa durch § 264a StGB vermeiden wollte<sup>4)</sup>.

Dies wiederum führt zwangsläufig zu einem Wachstum von Deliktformen in Ecken und Nischen des Gesetzes, etwa beim prospektlosen Immobilienvertrieb durch Strukturvertriebe wie im Ausgangsfall geschildert.

Die Diskussion führte bis zur Fragestellung, ob eine Rechtsprechung, die die Gewinnerzielung in der freien Marktwirtschaft an bestimmte Redlichkeitskriterien (man ruiniert den anderen nicht etc.) binden will, der freien Marktwirtschaft selbst widerspreche, ganz einfach, weil der Markt alles regulieren müsse und nicht etwa der Richter<sup>5)</sup>.

<sup>2)</sup> Vgl. BGHSt 16, 321 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. Eser, „Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden“, GA 62, 298 ff., 194.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Gallandi, „§ 264a StGB — Der Wirkung nach ein Mißgriff?“, wistra 87, S. 316 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. Jecht, „Überhöhte Preisforderung und Betrugstatbestand“, GA 61, 41 ff., 43.

Das sozialdarwinistische Prinzip „Dummheit wird bestraft, und zum Glück ist die Mehrheit dumm“ führt dann i.V.m. den strafrechtlichen Regelungslücken zur ständigen Kooperation zwischen Banken und großen Versicherungen auf der einen Seite (die gesellschaftlich ein relativ seriöses Image haben) und von Vertriebsgruppen mit fachlich unkundigen, aber psychologisch trainierten Vertriebsprofis, die eine etwas kultiviertere Form der Arbeit der Drücker aus Haustürgeschäften betreiben. Leicht reguliert wird die Praxis durch Wettbewerbsvorschriften, die es dem Mitbewerber ermöglichen, etwa bei nichterbetenen Besuchen und Anrufen die Konkurrenzvertriebsfirma abzumahnern und die Forderung nach Einstellung entsprechender Praktiken zivilgerichtlich durchzusetzen. Die nicht nur im Ausgangsfall gegebene, sondern typische Komplexität des gesamtwirtschaftlichen Vorganges führt jedoch für den Käufer der jeweiligen Immobilie dazu, daß er aufgrund seiner zivilprozessualen Beweislast aus den Notar-, Kredit- und Lebensversicherungsverträgen, Sicherungsabreden und Langzeitverpflichtungen nicht herauskommt, da er aus seiner „Froschperspektive“ desjenigen, der mit einem später verschwundenen Vertriebsmann verhandelt, keine nützlichen Einblicke in die Internas etwa eines I, einer S-GmbH, einer G-GmbH oder einer V-GmbH gewinnt.

In dieser hauptsächlich das Vermögen der Mittelschicht bedrohenden Situation auf dem grauen Kapitalmarkt ist bei Fortbestehen der geltenden zivilprozessualen Regeln alleine die „Vogelperspektive“ des gegen alle Beteiligten ermittelnden Staatsanwalts geeignet, Beweismittel für einen berechtigten Rückabwicklungsanspruch bezüglich aller Kaufverträge zu erlangen. Da es aber nicht Aufgabe des Staatsanwalts ist, für Zivilprozesse Beweismittel zu beschaffen, muß dieser von einem Verstoß gegen materielles Strafrecht ausgehen können.

Vorliegend wird versucht, die Sicht aus der „Vogelperspektive“ auch auf komplexe Vorgänge des Betrugstatbestandes anzuwenden, weil die auf andere Geschäftstypen zugeschnittene Konstruktion des § 263 StGB im Sinne traditioneller Dogmatik nicht geeignet ist, die beschriebenen Vorgänge zu erfassen<sup>6)</sup>.

Im Ausgangsbeispiel begehen sowohl der I als auch der S direkt keine Täuschungen. Sie initiieren auch keine Täuschungen, sondern vertrauen darauf, daß die Vermittler schon wissen, was sie sagen dürfen und verschweigen müssen. Sie wissen weder wie der einzelnen Vermittler sein Gespräch führt, was er sagt, verspricht, verschweigt usw. Sie wissen nur, daß niemand „so dumm“ sein wird, dem Kunden zu erzählen, daß die tatsächliche Nettomiete nur die Hälfte der Garantiemiete beträgt, der Mietgarant pleitegehen soll, die Baugenehmigung nicht vorhanden ist etc. Die Beteiligung verschiedener Personen und Firmen birgt darüber hinaus immer die Wahrscheinlichkeit in sich, daß einzelne Beteiligte beginnen, die „eigene Suppe“ zu kochen, so daß durchaus einzelne Exzesse von Vermittlern passieren können, die weder der I noch der S als Inhaber der organisatorischen und funktionellen Tatherrschaft vorausgesehen haben.

Die Festlegung der Kriterien rechtlichen Dürfens in der Abgrenzung der strafrechtlichen Risikosphäre zwischen Immobilienerwerber (der auch ein Schlitzohr sein kann) und Immobilienvertrieb fordert bezüglich jedes Beteiligten, daß normativ gut begründet festgelegt wird, wer was zu tun oder zu unterlassen hat.

Hierbei ist strafrechtsdogmatisch von Bedeutung, ob die Beteiligten am Immobiliengeschäft, insbesondere die „Hintermänner“ I und S, mit ihrem Verhalten unter die strafrechtliche Kategorie des Tun oder des Unterlassens fallen<sup>7)</sup>.

Aus der „Vogelperspektive“ ist ein Tun anzunehmen. Zwar unterläßt es möglicherweise der S oder der I, seine Mitarbeiter zu schulen, zu kontrollieren, sie mit zutreffenden Informationen zu versehen, zur Wahrheit anzuhalten etc., jedoch ist das entscheidende Moment, welches letztendlich zur Verwirklichung eines Betrugstat-

bestandes mit dem Erwerber als Geschädigten führen kann, das aktive Tun, nämlich der Vertrieb der einzelnen Immobilien und dazugehörigen Finanzierungsmodelle. Aufgrund dieser aktiven Tätigkeit am Markt sind auch Unterlassungshandlungen, die zur Anwendung der Dogmatik der Unterlassungsdelikte führen können, Bestandteil desselben aktiven Vertriebsgeschehens, welches von I und S initiiert und durchgeführt wird. Insofern ist stets ein Tun gegeben, wenn und soweit nicht ein Kunde aus völlig freien Stücken, etwa als Mieter einer Wohnung in der Gebrauchtimmoblie, den Erwerb der Wohnung wünscht.

Der Zugang zur Qualität der tatbestandlichen Handlungen soll durch Zugriff auf die empirisch feststellbaren und normativ statvorbaren Kommunikationsvorgänge und Erwartungen der Beteiligten erfolgen. Hierzu hat *Jeck* das Beispiel gebraucht, jeder könne an jeden eine Nadel für DM 1000,— verkaufen, wenn der andere wisse, daß es sich um eine Nadel handle. Wird ihm wahrheitswidrig erzählt, daß der Kopf aus Platin sei, so daß er deswegen kauft, liege wiederum Betrug vor<sup>8)</sup>.

## 1. Täuschungshandlungen beim Immobilienvertrieb

Täuschungshandlungen können sich auf die Immobilie selbst oder auf die Konzeption der Finanzierung des Erwerbs beziehen. Alle Täuschungshandlungen, die einen Bezug zur Immobilie haben, können sich wiederum auf das Bauwerk selbst oder auf die Nutzung der Immobilie und den Ertragswert richten, letzteres ist ein Kalkulationselement für den Käufer bezüglich der Feststellung, ob er sich mit dem Kauf stark belastet, erhebliche Vorteile hat o. ä. Bezüglich der Finanzierungsmodelle selbst können die angebotenen Verträge im Vergleich zu sonstigen auf dem Markt angebotenen extrem ungünstig sein oder aber sich im Durchschnitt halten, aber im Zusammenspiel mit den anderen Verträgen zu einem wirtschaftlichen Schaden führen. All dieses übersieht der Käufer zunächst nicht.

### a) Täuschung bezüglich der Immobilie selbst

Hier kann bezüglich aller Umstände getäuscht werden, die die Werteinschätzung der Immobilie erheblich beeinflussen. Anders gesagt:

Hat der Käufer einer Orange den Anspruch darauf, daß sie ihm mundet, daß sie vitaminreich ist, oder nur darauf, daß sie nicht im Innern faul ist?

Auch der Umstand, daß viele durch die Widrigkeiten der Rechtsordnung mitgeschädigte Sozialpersonen aus wirtschaftlich unklugen Entscheidungen erhebliche wirtschaftliche Nachteile erleiden, kann nicht dazu führen, daß ein endloser Schutz des Immobilienerwerbers und eine vollständige Risikooberlastung auf den Initiator oder Vertriebsverantwortlichen rechtlich zulässig sein kann. Bei der normativen Abgrenzung der Risikosphären im Sinne einer kommunikativen Bringschuld für denjenigen, der aktiv um Kunden wirbt, sind freilich auch normative Implikationen aus verwandten Tatbeständen zu berücksichtigen. So wird etwa beim Kreditbetrug schon derjenige bestraft, ebenso beim Subventionsbetrug, der entweder unrichtige oder unvollständige Unterlagen vorlegt oder Verschlechterungen der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht mitteilt. Wenn also bereits Banken als typischerweise ihren Geschäftspartner nicht unterlegene Geschäftspartner derart umfassend gegen falsche und unvollständige Angaben geschützt werden, warum dann nicht der einzelne Erwerber einer Immobilie? In beiden Fällen wird

<sup>6)</sup> Vgl. ausführlich *Gallandi/Turner*, „Forum — die Leistungsfähigkeit des Betrugstatbestandes oder: Bedarf es immer spezialisierterer Vorschriften im Wirtschaftsstrafrecht?“, *JUS* 88, 258 ff., insbes. 260, 261.

<sup>7)</sup> Vgl. *Kühne*, „Geschäftstüchtigkeit oder Betrug?“, *Kehl am Rhein* 1978, S. 77 ff., der danach differenziert, ob der Täter etwas macht, um in die Welt der Vorstellungen des Opfers einzubrechen.

<sup>8)</sup> Vgl. *Jeck*, aaO.

der potentiell Informationspflichtige aktiv und betreibt initiativ den Abschluß des Geschäfts. In beiden Fällen hat derjenige, der initiativ wird (der Initiator oder der potentielle Kreditkunde), bezüglich seines Geschäftsbereichs den Überblick und es in der Hand, mit entsprechender Datenselktion beim Gegenüber erwünschte Ergebnisse zu erzielen.

Ließe sich somit rechtspolitisch ein gleichförmiger Schutz auch des Immobilienkunden begründen, bedeutet dies nicht, daß auch nach § 263 StGB jede unterlassene Mitteilung, jede Übertreibung, werbende Aussage oder sogar explizite Unrichtigkeit eine betrugsrelevante Täuschung darstellen muß.

Auch hier bestimmt sich die informationelle Bringschuld zur Vermeidung des Vorwurfs der konkludenten Täuschung beim Immobilienvertrieb aus der „Vogelperspektive“: Wer eine Immobilie in Bremen an einen Erwerber in München verkaufen will, rechnet damit, daß dieser aus Bequemlichkeit insbesondere dann, wenn er noch nie mit Immobilienkäufen zu tun hatte, die Immobilie möglicherweise nicht besichtigen wird, so daß er umfassende Informationen zur Werthaltigkeit der Bausubstanz vortragen muß. Stellt er nicht sicher, etwa durch einen Prospekt, daß dies durch einen Vertriebsmann geschieht, nimmt er billigend in Kauf, daß dieser die Besichtigung vereitelt und die Informationen verschweigt. Stellt er die Besichtigung in einem ausreichend bemessenen Zeitraum sicher, so daß der Kunde, zur Besichtigung zumutbarerweise aufgefordert, diese ablehnen muß, täuscht er nur noch bezüglich solcher wertmindernden Eigenschaften der Bausubstanz der Immobilie, die auch bei einer Besichtigung durch einen informierten Laien nicht zu entdecken sind.

Ein Indiz für das strukturelle Inkaufnehmen von speziellen Täuschungshandlungen ergibt sich auch aus der Kalkulation des Initiators. Steckt im Kaufpreis ein hohes Volumen der Innenprovision und eine sehr hohe Gewinnmarge, wird typischerweise bei dem Vertrieb einer zu erstellenden schlüsselfertigen Neubauimmobilie darauf hingewiesen werden müssen (zur Rechtfertigung des erkennbar hohen Preises), daß der Kunde etwas besonders Gutes kauft, womit spezifische Formen des Anpreisens und Verschweigens einhergehen, während bei einer Gebrauchtimmobilie schon wegen der Gefahr einer doch stattfindenden Besichtigung eine in Kauf genommene Täuschungstendenz dahin gehen wird, der Kunde kaufe etwas besonders Günstiges.

Der Initiator und der Leiter des Vertriebes arbeiten somit mit Erwartungen des Kunden, die sie kommunikativ verstärken oder abschwächen, hoch, niedrig oder gar nicht bilanzieren können.

#### b) Täuschungen bezüglich des Ertragswertes der Immobilie

Immobilien werden als Wirtschaftsgüter verkauft. Vertriebsargumente sind ausgezeichnete Relationen von Garantiemiete und Kaufpreis, die gute Struktur des Mieterbestandes, die Perspektive weiterer Mietsteigerungen, absenkbarer Nebenkosten etc. Verschwiegen wird typischerweise das Fehlen einer Instandhaltungsrücklage für Reparaturen, die tatsächliche Höhe der nicht umlegbaren Nebenkosten, die Eigenschaft der vom Verkäufer gezahlten Garantiemiete bzw. des Garantiemietanteils als Rückfluß aus einem aufgeblähten Kaufpreis oder die Gestaltung der Mietverträge zu Lasten des Vermieters unter Nichtausnutzung mieterrechtlicher Gestaltungsfreiheiten. Geworben wird ebenfalls mit Steuerersparnis, verschwiegen werden Laufzeiten und Einschränkungen von Steuervorteilen.

Auch hier kann eine unbegrenzte Überantwortung des gesamten wirtschaftlichen Risikos auf Initiator und Vertrieb nicht gerechtfertigt werden. Auch hier ist von der „Vogelperspektive“ her zu entscheiden, ob und inwiefern eine Lenkung des Gesamtvertriebsablaufs im Einzelfall besondere Informationspflichten auferlegt. Ist das Angebot an den Immobilienkäufer etwa so strukturiert, daß gegen Gebühr Steuerberatungsleistungen angeboten werden, und richtet sich das Angebot an Personen, die sich zur Erstellung ihrer

Steuererklärung typischerweise keines Steuerberaters bedienen (Arbeitnehmer, nicht Selbständige), ist auch bezüglich der Steuervorteile und der steuerlichen Gesamtsituation eine Aufklärungspflicht gegeben, eine Suggestion bestimmter steuerlicher Tatsachen daher eine Täuschungshandlung. Greift der Kunde typischerweise auf einen Steuerberater zurück, ist die Überprüfung der Angaben des Vermittlers seine Angelegenheit. Da fast jeder entweder zu Eigentum oder zu Miete wohnt, können Fehlinformationen bzw. das Erwecken von Fehlvorstellungen bezüglich der Miethöhe nur in absoluten Ausnahmefällen als Täuschung gelten. Richtet sich der Vertrieb dagegen an eine Zielgruppe, die mit dem Begriff der Mietgarantie typischerweise nichts anfangen kann, und wird der Begriff zusätzlich rechtlich indifferent gebraucht, so daß einmal von Mietzuschuß, dann wieder von Mietgarantie und dann von garantiertem Zwischenmietverhältnis die Rede ist, wird über das für die Kalkulation des Erwerbers häufig wesentliche Moment der erzielbaren Mieteinnahmen jedenfalls dann getäuscht, wenn seitens des Vertriebes erwartet werden kann, daß der Erwerber nicht weiß, daß die Garantiemiete höher ist als die tatsächliche Miete.

Diese Täuschung kann jedoch nur dann kausal für eine Vermögensverfügung und einen Schaden des Erwerbers sein, wenn es völlig unwahrscheinlich ist, daß nach Ablauf der Mietgarantiezeit die tatsächliche Miete den garantierten Mietbetrag erreicht. Getäuscht wird dann über das Vorliegen einer Garantiemiete, wenn aus Sicht des die Garantiemiete Versprechenden nicht erwartet werden kann, daß die tatsächliche Miete nach Ablauf der Garantiezeit die Garantiemiete annähernd erreicht und der dann in der Kalkulation des Erwerbers fehlende Betrag so erheblich ist, daß er bei Kenntnis dieses Umstandes den Abschluß des Kaufvertrages abgelehnt hätte.

Hat der Initiator nicht die Absicht, die Mietgarantiefirmen zu subventionieren, so daß deren Konkurs absehbar ist, muß auch hierüber aufgeklärt werden.

#### c) Sonderproblem der Preisäquivalenz

Es ist seit jeher strittig, ob alleine dadurch getäuscht werden kann, daß die Angabe eines bestimmten Preises den Erwerber einer Ware konkludent darüber informiert, die Ware sei den Preis auch wert. Hier ist auch der Kernbereich des Strukturvertriebes von Immobilien mit Hilfe von Banken und Versicherungen erfaßt, nämlich die Frage, ob die Gewinnspannen, Provisionen und sonstigen im Kaufpreis niedergelegten Bestandteile der Kalkulation, die nicht auf dem Verkehrswert der Immobilie fußen, mitteilungsspflichtig sind.

Auch hier verbieten sich naturgemäß kanonisierende Regeln, da im Wirtschaftsleben von keinem Beteiligten verlangt wird, daß er seine — und sei es auch noch so unverschämte — Gewinnkalkulation aufdeckt. Anders jedoch, wenn, wie üblich, zur Darstellung der Seriosität der eigenen Kalkulation und der Werthaltigkeit der Immobilie der Kunde ein Blatt mit einer Gesamtkostenberechnung erhält, auf dem z. B. vermerkt ist

„neben dem Kaufpreis wird eine Vermittlungsprovision von 3,42 % fällig. Diese soll nach Möglichkeit mitfinanziert werden“.

Wer auf Mark und Pfennig durch den Vertrieb oder Initiator vorge-rechnet bekommt, welche Kaufpreisbestandteile den Gesamtaufwand ausmachen und den Begriff der Vermittlungsprovision darin liest, wird regelmäßig davon ausgehen, daß er über die Höhe der Provision informiert ist und weder Nachfragen noch Preisvergleiche anstellen etc., so daß die Nichtmitteilung einer wesentlich höheren Innenprovision sich als Täuschung darstellt.

Bei besonders hohen Immobilienprovisionen liegt eine Anwendung der Rechtsprechung zu Warentermingeschäften nahe<sup>9)</sup>, die verlangt, daß die Provision des Vermittlers offengelegt wird, damit der Kunde sehen kann, wann seine Option unter Einkalkulation aller

<sup>9)</sup> Vgl. BGH, WM 1988, 1255, zuletzt etwa OLG Düsseldorf, Urt. vom 27. 11. 90, wistra 91, 156 ff.

durch den Kontrakt entstehenden Kosten überhaupt erst in die Gewinnzone gerät. Wirbt der Vermittler somit gezielt damit, daß die Immobilie immer stärker an Wert wachse als die Preissteigerungsrate betrage, so daß bezüglich der zu erwerbenden Wohnung der Eindruck eines der Wertsteigerung besonders unterfallenden Objekts entsteht, liegt eine Täuschung vor, wenn über Preisbestandteile im Immobilienkaufpreis nicht wenigstens so aufgeklärt wird, daß der Erwerber weiß, daß er im Kaufpreis neben der Immobilie und ihrem Verkaufswert auch sonstige Kosten finanziert.

Letzterenfalls weiß er nämlich, daß seine Immobilie den Breakeven-Point des überdurchschnittlichen Wertzuwachses in Relation zur Inflationsrate erst viele Jahre später erreichen wird, weil der Wertzuwachs zunächst Provisionen und andere Kosten „abarbeiten“ muß.

Auch hier schlägt sich so die Sichtung aus der „Vogelperspektive“ des Täters und des sich daraus für ihn ergebenden Nutzens in der

Konkretisierung von Täuschungshandlungen nieder. Der Begriff der Täuschung wird also aus dem konkreten komplexen Kommunikationsgeschehen heraus definiert, indem die konkreten, vom Inhaber der kommunikativen Sachherrschaft gelenkten Erwartungen in ein informationelles Gleichgewicht zur beiderseits berechtigten Erwartungswelt gebracht werden. Die Berechtigung zum korrigierenden Eingriff ergibt sich aus einem Begriff der Unterlassungsdogmatik, nämlich der Ingerenz im Sinne eines gefahr begründenden Vorverhaltens durch die konkret eingebrachte Kommunikation. Dieses Modell ist auch umkehrbar, wenn etwa ein Kunde seine informationelle Überlegenheit nutzt, um einen Kredit zu erschleichen etc.<sup>10)</sup>

(Fortsetzung im nächsten Heft)

<sup>10)</sup> Vgl. Galland/Turner aaO.

Steuerberater und Rechtsanwalt Dr. Helmut Schuhmann, München

## Zur Bekanntgabe der Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens nach der Abgabenordnung

### I. Allgemeines

§ 397 Abs. 3 AO ordnet an, daß die Einleitung des Strafverfahrens dem Beschuldigten spätestens mitzuteilen ist, wenn er dazu aufgefordert wird, Tatsachen darzulegen oder Unterlagen vorzulegen, die im Zusammenhang mit der Straftat stehen, derer er verdächtigt ist.

In den folgenden Ausführungen soll nun nicht dazu Stellung genommen werden, ob die Vorschrift förmlich und sachlich mißglückt, ja unzulässig ist<sup>1)</sup>. So wird u. a. gesagt<sup>2)</sup>, daß nach der Konzeption des Gesetzes die Aufforderung nach § 397 Abs. 3 AO an den Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren gehe. Da sie — wie ihre Formulierung erkennen lasse — die Aufklärung eines (steuer-)strafverdächtigen Sachverhalts zum Ziele habe, sei sie eine strafprozessuale Ermittlungshandlung. Als solche leite sie auch ohne ausdrückliche Begleiterklärung selbst das Strafverfahren schlüssig ein. Als strafprozessuale Ermittlungshandlung sei sie mithin in der vom Gesetz gewählten Form im Besteuerungsverfahren rechtlich unzulässig. Sie sei es auch im Strafverfahren. In entsprechendem Tonfall gesprochen, gerate sie leicht unter das Verbot — § 163 a StPO —, da sie den rechtsunkundigen Beschuldigten in den Irrtum versetze, er müsse der Aufforderung nachkommen.

Davon abgesehen, ist jedoch in der Praxis die Bekanntgabe der Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens von sehr großer Bedeutung.

Während im Besteuerungsverfahren der Steuerpflichtige im einzelnen bestimmte Mitwirkungspflichten hat und das Finanzamt ihn zu dieser Mitwirkung notfalls durch Zwangsmittel gemäß § 328 AO zwingen kann, ist seine Situation im Strafverfahren anders. Hier steht es dem Beschuldigten frei, sich zu der ihm zur Last gelegten Straftat zu äußern oder darüber nicht auszusagen, Entlastungsbeispiele anzubieten oder passiv den Schuldbeweis abzuwarten. Darauf ist er hinzuweisen; vgl. §§ 136, 163 a StPO.

Weiter hat die Bekanntgabe Bedeutung nach § 371 AO für die Selbstanzeige bei Steuerhinterziehung. Hier tritt die Steuerfreiheit nicht ein, wenn dem Täter oder seinem Vertreter die Einleitung des Straf- oder Bußgeldverfahrens wegen der Tat bekanntgegeben worden ist; Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b.

§ 9 der Betriebsprüfungsordnung (BpO) regelt nun das Verhalten des Betriebsprüfers, wenn sich während der Prüfung der Verdacht einer Straftat, für deren Ermittlung die Finanzbehörde zuständig ist, ergibt. Richtet sich der Verdacht gegen den Steuerpflichtigen, dann dürfen nach dem Satz 2 der Vorschrift hinsichtlich des Sachverhalts, auf den sich der Verdacht bezieht, die Ermittlungen (§ 194 AO) bei ihm erst fortgesetzt werden, wenn die Einleitung des Strafverfahrens mitgeteilt worden ist. Die Einleitungsmaßnahme (Mitteilung und Belehrung) kann entweder von der Bußgeld- und Strafsachenstelle durchgeführt oder dem Betriebsprüfer übertragen werden.

Setzt der Prüfer danach seine Prüfungshandlungen fort, dann laufen das Besteuerungsverfahren, wo sich an der Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen trotz ihrer Unerzwingbarkeit nichts geändert und die Prüfung im Straf- und Bußgeldverfahren, wo der Steuerpflichtige das Auskunfts- und Mitwirkungsverweigerungsrecht hat, parallel zueinander. Wirkt nun der Steuerpflichtige in dieser Situation bei der Aufklärung des Sachverhalts nicht mehr mit, dann ist der Prüfer zur Schätzung der Besteuerungsgrundlagen nach § 162 AO berechtigt. Daß diese aus rechtsstaatlichen Gründen für den Steuerpflichtigen nicht von Nachteil sein darf, ist eigentlich selbstverständlich, doch haftet jeder Schätzung eine gewisse Unsicherheit an, wenn sie auch mit der größtmöglichen Wahrscheinlichkeit durchgeführt wird; anders im Strafverfahren, wo nur solche Besteuerungsgrundlagen angesetzt werden, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zutreffen.

Entschließt sich jedoch der Steuerpflichtige zu einer (weiteren) Mitwirkung im Besteuerungsverfahren, dann können alle Erklärungen (Auskünfte etc.), die er in diesem Verfahren abgibt, auch im Steuerstrafverfahren gegen ihn verwertet werden. Daß er strafprozessual das Recht hat zu schweigen, nützt ihm dann nichts mehr<sup>3)</sup>. Zutreffend haben dazu Hübschmann/Hepp/Spitaler<sup>4)</sup> bemerkt, daß

<sup>1)</sup> Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur AO, § 397 Anm. 47.

<sup>2)</sup> AaO. (Fn. 1) Anm. 50.

<sup>3)</sup> So auch Hübschmann/Hepp/Spitaler, aaO. (Fn. 1), Anm. 53.

<sup>4)</sup> AaO. (Fn. 1) Anm. 52.