

„§ 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, 1. 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 überteuerten (wie immer man den Begriff definieren mag) Immobilien in der Diskussion kaum repräsentiert ist¹⁾.

Mit diesem Beitrag soll der Versuch gemacht werden, ausdifferenzierte wirtschaftliche Vorgänge beim Immobilienvertrieb strafrechtlich justiziabel 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-

¹⁾ 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 Gebrauchtimmobilie nicht bezahlen können, die Belastungen durch Lebensversicherungsbeiträge und Zinsen von den Vertriebsleuten durchweg zu niedrig berechnet waren und weil aufgrund des Wegfalls des verblichenen 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 ausgedehnt 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 ist²⁾.

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 *Schuffereidelikt*³⁾ 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 wollte⁴⁾.

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 Richter⁵⁾.

²⁾ Vgl. BGHSt 16, 321 ff.

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

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

⁵⁾ 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 erfassen⁶⁾.

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 fallen⁷⁾.

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 *Jecht* 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 vor⁸⁾.

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 Werteschätzung 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 Widersprüche 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 Risikolast 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

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

⁷⁾ 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.

⁸⁾ Vgl. *Jecht*, 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 Datenselektion 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 auffordert, 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 mietrechtlicher 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 nahe⁹⁾, die verlangt, daß die Provision des Vermittlers offengelegt wird, damit der Kunde sehen kann, wann seine Option unter Einkalkulation aller

⁹⁾ 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 gefahrbezüglichen 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.¹⁰⁾.

(Fortsetzung im nächsten Heft)

¹⁰⁾ Vgl. Gallandi/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 ist¹⁾. So wird u. a. gesagt²⁾, 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, Entlastungsbeweise 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 Strafverfahren gegen ihn verwertet werden. Daß er strafprozessual das Recht hat zu schweigen, nützt ihm dann nichts mehr³⁾. Zutreffend haben dazu Hübschmann/Hepp/Spitaler⁴⁾ bemerkt, daß

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

²⁾ AaO. (Fn. 1) Anm. 50.

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

⁴⁾ AaO. (Fn. 1) Anm. 52.

en § 68 StPO ist auch eine Einschränkung der Namhaftmachung von Zeugen in Anlehnung an die Ergänzung des § 200 StPO.

Eine Ergänzung des § 172 GVG (Art. 4) um eine neue Nummer 1a stellt nunmehr eindeutig klar, daß für eine Verhandlung die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann, wenn „eine Gefährdung des Lebens, des Leibes oder der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person zu besorgen ist.“

7. Sonstiges

Die Gefährlichkeit eines Täters braucht nicht mit der Rechtskraft seiner Verurteilung zu enden. Alle Maßnahmen, die im Erkenntnis-

verfahren zur Ergreifung des Beschuldigten zulässig sind, müssen daher grundsätzlich auch im *Vollstreckungsverfahren* gelten. Deshalb hat der Gesetzgeber nunmehr in dem neuen § 457 I StPO die allgemeine Vorschrift des § 161 StPO für die in dem Abschnitt Strafvollstreckung bezeichneten Zwecke für sinngemäß anwendbar erklärt. Der bisherige Absatz 1 wurde Absatz 2. Der neue Absatz 3 Satz 1 bestimmt, daß in den Fällen des Absatzes 2 (Erlaß eines Vorführungs- oder Haftbefehls) die Vollstreckungsbehörde die gleichen Befugnisse hat wie die Strafverfolgungsbehörde, soweit die Maßnahmen zur Festnahme bestimmt und geeignet sind. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist auf die Dauer der Reststrafe besonders Bedacht zu nehmen (Satz 2), Richterliche Entscheidungen werden von dem Gericht des ersten Rechtszuges getroffen (Satz 3).

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gornheimertal

Straftaten beim Immobilienvertrieb

Ein Beitrag zur Systematik des Betrugs- und Wuchertatbestandes (Teil 2)

Inhaltsübersicht

(wistra 8/1992)

- I. Fragestellung
- II. Ausgangsfall
- III. Die Palette des grauen Kapitalmarkts
- IV. Die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes
 1. Täuschungshandlungen
 - a) Täuschung bzgl. der Immobilie selbst
 - b) Täuschungen bzgl. des Ertragswerts der Immobilie
 - c) Sonderproblem der Preisäquivalenz
 - d) Täuschungen bzgl. des Produkts finanzierte Kapitalanlage
 - e) Das kommunikative Element beim Wucher
2. Irrtumserregung
3. Schaden
- V. Verstoß gegen § 54 I i. V. m. §§ 1 und 3 KWG
- VI. Die Lösung des Ausgangsfall
- VII. Rechtspolitische Perspektive

d) Täuschungen bezüglich des Produkts finanzierte Kapitalanlage

Bemerkt der Käufer einer Immobilie nach einiger Zeit, daß die Versprechen des Vermittlers des Strukturvertriebes falsch waren, daß ihm Informationen vorenthalten wurden und er teilweise nur Halbwahrheiten erfuhr, merkt er beim häufig erst dann einsetzenden genauem Studium der Vielzahl der unterzeichneten Verträge, daß er einer geschickten psychologischen Strategie aufgesessen ist und muß im Falle der Einholung anwaltlichen Rats alsbald merken, daß ihn das Zivilrecht nur bedingt schützt. Während der Immobilienvermittler ihm das Produkt der finanzierten Kapitalanlage mit all ihren Vorteilen aus Werbungskosten, Wertsteigerung und Steuerersparnis als Einheit verkauft hat, treten ihm nunmehr die Partner der einzelnen Verträge separat gegenüber:

Die Bank beruft sich auf ihren Kreditvertrag und ihr Kreditverhältnis, die Lebensversicherung auf ihre Verträge und beide auf ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen, der häufig eingeschaltete Treuhänder beruft sich auf die formelle Einhaltung seiner Verpflichtung, der Notar darauf, daß er keine Prüfungspflicht bezüglich der Sinnhaftigkeit des Notarvertrages hatte und der Immobilienverkäufer auf die Unkenntnis bezüglich aller dubiosen Verkaufsversprechen. Alle beteiligten Vertragspartner des Käufers erwarten, daß man ihr Wissen oder ihr billiges Inkaufnehmen der Praktiken beim Vertrieb des Produkts finanzierte steuerbegünstigte Kapitalanlage nicht nachweisen kann und beharren auf die Einhaltung der jeweiligen Verträge.

Aus der „Vogelperspektive“ wiederum liegt ein in der Vertragsanbahnung vom Normalfall abweichendes Beziehungsgeflecht vor. Der Immobilienkäufer zahlt regelmäßig Sondergebühren für die Finanzierungsvermittlung, den Treuhandauftrag, die Mietgarantie, die Finanzberatung, die Steuerberatung etc., alles Positionen, deren Sinnhaftigkeit vom Vermittler mit der Absetzbarkeit von Werbungskosten erklärt wird. Ohne Prüfung des Produkts selbst, nämlich der Immobilie, läßt sich hierbei weder die Bank noch die Lebensversicherung darauf ein, objektbezogen die Bereitschaft zur Mitwirkung zuzusichern. Ohne Mitwirkungserklärung der zur Finanzierung vorgesehenen Bank und der zugehörigen Versicherungsgesellschaft geht wiederum kein Strukturvertrieb auf den Markt, da es viel zu kompliziert, schwierig und zeitaufwendig wäre, für jeden Erwerber mit dessen Hausbank zu verhandeln, eine Bankverbindung herzustellen etc. Dies wiederum hat regelmäßig zur Folge, daß der Erwerber Vorteile aus dem direkten Aushandeln mit der Bank oder der Versicherungsgesellschaft nicht erzielen kann. Die einzelvertraglich abdingbaren Sondergebühren, Bereitstellungsinsen, Gutachtenskosten etc. bleiben bestehen und verteuern die Finanzierung der Immobilie gegenüber der individuell ausgehandelten Finanzierung durch eine frei gewählte Bank, die unter konkurrierenden Kreditinstituten ausgewählt wird.

Regelmäßig schaltet der Initiator einen Treuhänder zwischen, der der Haftungsverschleierung im Abwicklungsverfahren dient und läßt diesen die Notarverträge aufgrund einer umfassenden Generalvollmacht ebenso abschließen wie alle anderen Vertragswerke. Da die schriftlichen Bedingungen der einzelnen Verträge nicht mehr abgewandelt werden, ist der zwischengeschaltete Treuhänder oder Bevollmächtigter funktionell nur für die ordnungsgemäße Weiterleitung von Schriftstücken und die Einhaltung der vorgesehenen Abwicklung zuständig.

Da das gesamte Paket bei Beginn der Vertriebsaktivität bereits feststeht, erhält der Kunde durch den Immobilienvermittler naturgemäß auch keine echte Fachberatung, die Alternativen aufzeigt, Nachteile des gewählten Konzepts offenlegt oder sonst die Interessen des Kunden berücksichtigt. Ziel ist das Bewirken eines zivilrechtlich nicht angreifbaren Abschlusses diverser vorformulierter Verträge nach einem vorbestimmten Modell, dessen Rationalität in einem scheinbar sachgesetzlichen Ineinandergreifen besteht:

Wer eine Immobilie braucht, braucht eine Finanzierung, wer eine Finanzierung braucht, braucht eine Tilgungsregelung, wer eine Tilgungsregelung braucht, braucht eine Lebensversicherung etc. Bei diesem komplexen Produkt ist häufig die Rechtsprechung zum Melkmaschinenfall anwendbar, daß nämlich das Gesamtprodukt

den Erwerber auf Jahre und Jahrzehnte seiner Liquidität und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beraubt, ihn häufig vollständig ruiniert und als Produkt von der Größenordnung und Kosten her für den Erwerber nicht „passt“. Neben der Überteuering der Immobilie selbst erwachsen die ruinösen Gesamtkosten aus dem Zusammenspiel aller Verträge und der Eigengesetzlichkeit einzelner Vertragstypen:

Müssen Zahlungen für die nichtvorhandene Instandhaltungsrücklage geleistet werden oder Reparaturrechnungen der Wohnungseigentümergeinschaft bezahlt, kann die Rate für den Kredit nicht bezahlt werden, der Kredit wird gekündigt, es werden Überziehungszinsen fällig, die Überziehungszinsen werden auf einem separaten Konto gebucht, hierauf werden wieder Zinsen fällig etc.

Bildlich gesprochen:

Wenn es dem Vermittler gelingt, den Erwerber auf einige positive Aspekte zu fixieren und diese groß und gewichtig erscheinen zu lassen (Wertsteigerung der Immobilie, Steuervorteil etc.) werden die zahllosen negativen Aspekte, die sich aus der Komplexität, dem Umfang und der Langzeitigkeit der Verpflichtungen ergeben, systematisch übersehen, während die beteiligten Nütznieser des Produkts ihre Verträge so angeboten haben, daß, wiederum aus der „Vogelperspektive“, selbst bei Stormierung einzelner Verträge und Liquiditätseingüssen der Vertrieb des Produkts immer noch ein lohnendes Geschäft ist. Fehlschläge bei der Finanzierung werden durch Wertminderung, Cross-Selling, Zusatzsicherheiten, frühzeitige Beendigungen von Versicherungsverträgen und Stornoreserven und Provisionsverrechnungsklauseln gegenüber der Vertriebsgesellschaft aufgefangen.

Betrugsrelevant können aus der Vielzahl der zur Beurteilung des Gesamtprodukts relevanten Informationen nur die Umstände sein, deren irreführende oder nichterfolgte Mitteilung bei Würdigung aller Umstände so bedeutsam ist, daß der Kunde bei Kenntnis oder wahrheitsgemäßer Unterrichtung den die anderen Verträge auslösenden Immobilienkauf nicht vorgenommen hätte.

Dies ist unzweifelhaft gegeben, wenn und soweit wie beschrieben, die Darstellungen bezüglich der Immobilie gravierende Unwahrheiten enthalten. Eindeutig ist auch der Fall, wenn der Vermittler unter Verwendung beschönigender Zahlen zur monatlichen Belastung und zum jährlichen Steuervorteil ein Berechnungsbeispiel anhand der Einkommensangaben des künftigen Käufers vorführt, bei dem die tatsächlichen Belastungen zu niedrig und die Vorteile zu hoch berechnet werden, mit der Folge, daß die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Erwerbers nur ausreicht, die eingegangenen Verträge mit Hilfe von Erspartem (über das er dem Vermittler auch Auskunft gibt) einen kurzen Zeitraum zu erfüllen. Schwieriger ist dagegen die Frage zu beantworten, ob bei dem Immobiliengeschäft unerfahrener Personen eine ausführliche Information über die Langzeitbelastung aus den eingegangenen Verträgen, selbst wenn diese für sich genommen nicht überteuert, sittenwidrig etc. wären, verlangt werden kann. Hierbei ist zunächst die Rechtsprechung des BGH zu berücksichtigen, daß Vorteile, die aus einem Geschäft für die Zukunft erwartet werden, aber nicht eintreten, nicht Schutzgegenstand des Betrugstatbestandes sind, zugesicherte Vorteile also auch keine geeigneten Täuschungshandlungen¹⁾.

Da alle Immobilienstrukturvertriebe in ihren allgemeinen Prospekten über den Immobilienhandel an und für sich damit werben, daß die Preissteigerungsrate bei Immobilien seit Kriegsende doppelt so hoch ist wie die Inflationsrate, weswegen sich der Käufer gleichsam automatisch mit dem Immobilienkauf an einer solchen Wertvermehrung beteilige, wird sich im Nachhinein schwer feststellen lassen, ob — wie der Angeklagte behaupten wird — der Käufer aus spekulativen Gründen zum Zwecke der Wertsteigerung erworben hat oder weil ihm die Immobilien als fester krisenunabhängiger Sachwert angepriesen wurde. Allerdings wird die Immobilie in den Verkaufsgesprächen regelmäßig als dergestalt mit der Eigenschaft der Wertsteigerung behaftet gepriesen, daß der unerfahrene Käufer letztendlich an den Erwerb eines festverzinslichen Wertpapiers aus Beton glaubt. Hierbei existiert regelmäßig ein grobes gedankliches Mitwissen bezüglich intervenierender Kausalverläufe (Inflation, Preisrückgang auf dem Markt etc.), nicht aber ein Mitwissen der

aus dem Vertragspaket selbst sich ergebenden intervenierenden Faktoren, die den Erwerb für den konkreten Erwerber nicht als wirtschaftlich sinnvoll, sondern liquiditätsvernichtend und ruinös betrachten lassen. Insofern bestehen keine Bedenken, das gesamte Paket der versprochenen Tatsachen dem Begriff der Täuschung unterfallen zu lassen. Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, ob die Gesamtbelastung aus den eingegangenen Verträgen vorkalkuliert werden muß. Die verkauften Vertragsmodelle sehen im Regelfall vor, daß der Kredit tilgungsfrei bleibt und nach 30 Jahren durch die Lebensversicherung getilgt wird. Legt man aktuelle Zinssätze zugrunde, bezahlt der Erwerber seine Immobilie bis zum Eintritt der Lastenfreiheit und somit etwa viermal, bei den teilweise verkauften Lebensversicherungen mit 45 Jahren Laufzeit fünfeinhalbmal. Er kann die Verträge nur kündigen, wenn sich seine Einkommenslage so verbessert, daß er das vereinbarte Darlehen mit 4 oder 5 Jahren Laufzeit durch eine Finanzierung ablöst, die eine Tilgung vorsieht, womit aber die Einzahlungen auf die Lebensversicherung unsinnig werden. Wer bislang nur Mieter war, kalkuliert auch nicht die Belastung durch plötzlich notwendig werdende Reparaturen insbesondere bei umfangreichen Sanierungsarbeiten. Häufig nicht berücksichtigt wird beim Erwerb von Wohnungseigentum, daß die Wohnungseigentümergeinschaft mehrheitlich entscheidet und die beim Verkauf von Immobilieneigentum mitschwingende Idee der freien Verfügbarkeit über das eigene Eigentum zunichte macht.

Der BGH hat für ein anderes Produkt des grauen Kapitalmarktes, der sich für die Betroffenen als Kapitalvernichtungsmarkt darstellt, im Warenterminhandel mit Optionen, folgende Grundsätze aufgestellt:

- Wird der Erwerber über die Eigenart der Risiken des Warenterminhandels getäuscht, so daß er annimmt, er habe eine sichere Anlageform gewählt, ist für ihn der gesamte bezahlte Betrag als Schaden zu betrachten.
- Wird er nicht darüber informiert, zu welchem Zeitpunkt aufgrund der Höhe des sogenannten Aufschlags auf den Optionspreis erst eine Chance besteht, in die Gewinnzone zu kommen, muß er über die unangemessene Höhe des Aufschlages informiert werden.
- Zahlt er insgesamt zuviel, wird der wirkliche Wert der Option als Basis für die Schadensberechnung zugrundegelegt, Maßstab ist die Provision des seriösen inländischen Maklers²⁾.

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Gesamtheit der beim Verkauf des Paket beim Erwerber kommunikativ wirkenden Täuschungshandlungen danach zu bewerten, ob er aufgrund der Täuschung und fehlenden Aufklärung zum Erwerb eines für ihn wertlosen Produkts gebracht wurde. Dies ist im Regelfall dann anzunehmen, wenn die mit dem Erwerb einhergehenden Belastungen so gravierend sind, daß er für eine ordnungsgemäße Lebensführung weniger als den Sozialhilfssatz übrigbehält.

Hat das Produkt für Erwerber einen teilweisen Wert, ist festzustellen, ob der Erwerber bei der regelmäßig stattfindenden Kalkulation des dynamischen Vermögenssitzzustandes und des Vermögenssollzustandes bei Tatsachen desinformiert wurde, die ihn zu einer sachgerechten Beurteilung geholfen hätte. Dies ist etwa dann der Fall, wenn zu Art und Umfang der Absetzbarkeit von Lebensversicherungsbeiträgen ein positives Bild über die Steuervorteile in den nächsten 30 Jahren bei ansteigendem Einkommen gezeichnet wird, während der versprochene Steuervorteil tatsächlich nach 12 Jahren endet.

Problematisch ist, ob die Gewinnkalkulation des Initiators offengelegt werden muß, damit der Erwerber weiß, in welchem Umfange er ohne eigenen Vorteil Fremdgewinne mitfinanziert. Dies ist bezüglich der Innenprovision, bei der der Maßstab des seriösen inländischen Maklers gilt, zu bejahen, bezüglich der übrigen Gewinn-

¹⁾ Vgl. etwa BGH vom 14. 8. 1991, 3 StR 251/91, NSiE 49 zu § 263 StGB.

²⁾ BGHSt 32, 22; BGHSt 30, 388; BGH, NJW 1983, 292.

kalkulation zu verneinen. Normativ gesehen muß jeder am Wirtschaftsleben Beteiligte, auch der Unerfahrene, damit rechnen, daß der Gegenüber Gewinne erzielen will, was immer nur zu Lasten des Gegenübers geht. Auch bei der Einwertung eines Produkts wie der finanzierten steuerbegünstigten Kapitalanlage ist dieses normativ zu berücksichtigende Mitwissen vorhanden. Bei der Innenprovision wird dem Erwerber jedoch verschwiegen, daß zusätzlich zu den Kalkulationselementen, mit denen er rechnen muß, weitere Gewinnanteile den Kaufpreis aufblähen. Wie im Warenerminhandel verschieben sich die Maßstäbe der Einwertung des verkauften Produkts aufgrund der Unkenntnis über die Provision als den kaufpreisbestimmenden Faktor. Da die Provision unbewußt mitfinanziert wird, reduziert sich die Langzeitrentabilität einer an sich für den Erwerber nicht völlig wertlosen finanzierten Immobilie zusätzlich.

e) Das kommunikative Element beim Wucher

Wer den Wuchertatbestand liest, muß annehmen, er sei geradezu für Fälle wie den eingangs beschriebenen geschaffen. Unerfahrenheit, der Mangel an Urteilsvermögen und häufig auch die Willensschwäche der Erwerber werden ausgenutzt und der Erwerber erhält für eine sonstige Leistung — die finanzierte Immobilie — Vermögensvorteile, die in einem auffälligen Mißverhältnis zur Leistung oder deren Vermittlung stehen. Anders als der Betrugstatbestand geht das Kommunikationsmodell des Wuchertatbestandes davon aus, daß mehrere Personen „als Leistende, Vermittler oder in anderer Weise“ mitwirken und die Zwangslage oder „sonstige Schwäche des anderen“ ausnutzen. Selbst der schwere Fall läßt sich leicht subsumieren, da die Erwerber von Kapitalanlagen durch die Tat regelmäßig in „wirtschaftliche Not“ (§ 302a II) gebracht und die Taten gewerbsmäßig begangen werden.

Der kommunikative Zentralbegriff, an dem die bilderbuchartige Anwendbarkeit des Wuchertatbestandes auf komplexgelagerte Fälle bisher scheitert, ist der der Ausbeutung der sogenannten Schwachzustände des Opfers. Als Ausbeuten gilt das rücksichtslose und anstößige Ausnutzen des Schwachzustandes zur Erlangung eines übermäßigen Vermögensvorteils³⁾.

Verlangt man dagegen gewisse parasitäre, qualifizierte und anstößige Formen des Ausnützens⁴⁾, kommt man der Typologie des beschriebenen Sachverhalts schon näher. Es würde einen gewissen Widerspruch darstellen, bei der Person des Ausbeutenden zu verlangen, daß die unmittelbar mit dem Erwerber kommunizierende Person alle Kriterien einer moralisierend bewerteten Schlechtigkeit erfüllt, andererseits aber tatbestandlich auf eine arbeitsteilige Vorgehensweise zu zielen, die es von der Organisation her gar nicht mehr erforderlich macht, daß irgendwer die „Schmutzarbeit“ übernimmt.

Hierbei ist empirisch auch von Bedeutung, daß die Ausbeutung nicht durch die kriminelle Energie des einzelnen Vermittlers, sondern die Organisationsverantwortlichen des Strukturvertriebes geschieht. Schließlich werden die Vermittler nicht nur darauf getrimmt, höflich und gutgekleidet aufzutreten, sondern gezielt die Stärken und Schwächen des Erwerbers auszuforschen, seine personen- und vermögensbezogenen Daten möglichst vollständig einzusammeln und über professionelle psychologische Beeinflussung eine Lenkung des Willens des Erwerbers zu erreichen. Das Know-how der direkten und indirekten Lenkung, des Abbauens von Widerständen und des Weckens von Motivation wird über ausführliche Schulungen vermittelt. Insbesondere wird trainiert, im richtigen Moment Zugzwang zu erzeugen, suggestiv zu überrumpeln und rasche Entscheidungen (Unterschriftleistung) herbeizuführen. Wer als Kunde nicht im Umgang mit solchen Personen trainiert ist, läßt sich bildlich gesprochen auf einen Faustkampf mit einem Profiboxer ein. Die gesamte Organisation des Strukturvertriebes ist darauf ausgerichtet, gerade nicht die Erfahrenen, Skeptischen, Nachfragenden als Kunden zu gewinnen oder selbständige autonome Entscheidungen zu fordern, aus dem Markt „abgefischt“ werden typischerweise („Zeit ist Geld“) die Unerfahrenen, die sich leicht über-

zeugen, überrumpeln oder begeistern lassen. Insofern ist der Begriff der Ausbeutung ohne moralisierende Wertungen dahingehend zu verstehen, daß jemand, der aufgrund seiner Schulungen, beruflichen Erfahrungen etc. sehr schnell merkt, daß er dem anderen informationell und suggestiv überlegen ist, mit diesem Wissen und der damit einhergehenden Erwartung einer kommunikativen Abwehrschwäche des anderen „nach Beute sucht“, d. h. nach Kunden für Produkte, die nicht verkauft werden, weil sie dem Kunden adäquat sind, sondern um möglichst effizient Provisionen zu verdienen. Kriterium für die Beurteilung des Vorganges wiederum aus der „Vogelperspektive“ ist dabei die Form der Ausbildung der Vermittler, etwa die Schwerpunktsetzung auf den Vertrieb und nicht auf die auf Kapitalanlageformen bezogene fachliche Qualifikation oder auch die vertragliche Bindung der Vertriebsorganisation an den jeweiligen Vertriebspartner, d. h. eine bestimmte Lebensversicherung oder eine bestimmte Bank, was jeweils eine ordnungsgemäße Beratung etwa über günstigere Finanzierungsvarianten ausschließt. Weiterhin ergeben sich die Kriterien aus dem Auftreten, z. B. als unabhängiger Berater, der naturgemäß verschweigt, daß er alleine Versicherungen der X-Gesellschaft und die Kreditverträge der Y-Bank mit verkauft, wenn der Immobilienerwerb durchgeführt wird.

Der Begriff der Ausbeutung ist also von moralisierenden Elementen zu befreien und alleine daraufhin zu bestimmen, welche Elemente informationeller Überlegenheit feststellbar sind und sich in wirtschaftlich gravierenden ungünstigen vertraglichen Bindungen niedergeschlagen haben, die von den Beteiligten billigend in Kauf genommen wird. So wie in den Begriff der Täuschung auch der Schadenseinschlag hineinfließt, fließt freilich in den Begriff der Ausbeutung auch der Schaden durch die fehlende Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung hinein. Hierbei kann es insbesondere im subjektiven Bereich Probleme geben, wenn etwa der Vermittler oder der Organisationsverantwortliche sich darauf herausredet, daß „alle Strukturvertriebe so arbeiten“ oder ansonsten auf Kriterien des Marktüblichen abgestellt wird⁵⁾.

Diesem Argument ist zuzugeben, daß der Lebensversicherungsvertrag ebenso wie der Kreditvertrag für sich genommen regelmäßig nicht dem Wuchertatbestand unterfällt, wohl aber das gesamte Produkt der finanzierten Kapitalanlage, wobei der Auslöser der fehlenden Äquivalenz der niedrige Wert der Immobilie selbst in Relation zu den darin enthaltenen Gewinnmargen, Vertriebsprovisionen etc. ist. Hier weiß aber auch jeder Vermittler ebenso wie der Organisationsverantwortliche, daß neben der Gewinnmarge die Innenprovision zu einer erheblichen Verteuerung des Gesamtprodukts (höhere Kredite, längere Laufzeit der Lebensversicherung, etc.) beiträgt und die Vermögensschädigung bei Erwerber intensiviert. Hierbei kann Maßstab nicht einfach etwas vermeintlich Marktübliches sein, dies würde auch zu erheblichen strafprozessualen Beweisschwierigkeiten führen, sondern das Kriterium des BGH bezüglich der Provision des seriösen inländischen Maklers. Hierzu gibt es ausreichende Richtlinien in den einzelnen Bundesländern, so daß bis auf den Promillegrad genau die am jeweiligen Ort höchstzulässige Maklerprovision festgestellt und damit die Grenze für die Ausbeutung gezogen werden kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind diejenigen, die die Praktiken des Immobilienvertriebes und damit die Ausbeutung ausnutzen, auch die Lebensversicherungen und Banken, letztere, weil sie die Provisionen mit- und vorfinanzieren und das gesamte Modell vor einer generellen Finanzierungszusage für den Immobilienvertrieb prüfen, die Versicherungen, weil sie den Abschluß der für den Kunden nachteiligen Verträge mit einer Laufzeit, die über die Laufzeit des Steuervorteils hinausgeht, durch ihre Provisionsabreden fördern.

³⁾ Vgl. Dreher/Tröndle, 45. Aufl., § 302a, Rdn. 15

⁴⁾ Vgl. aaO.

⁵⁾ Vgl. auch OLG Karlsruhe, wistra 88, 285.

Am Beispiel:

Kostet eine Immobilie inklusive aller Gewinn- und Provisionsanteile DM 100 000,— und wird mit 10 % durchschnittlichem Jahreszins 30 Jahre lang voll finanziert, um nach 30 Jahren mit einer gleichzeitig laufenden Lebensversicherung getilgt zu werden, zahlt der Erwerber DM 300 000,— Zins zzgl. DM 100 000,— Tilgung, also DM 400 000,—.

Erwirbt er dieselbe Immobilie unter Wegfall von 20 % Innenprovision und finanziert er sie in gleicher Weise, dann zahlt er für die Immobilie nur DM 80 000,—, demzufolge auch für 12 Jahre nur DM 96 000,— Zins, zusammen DM 176 000,—, Steuerersparnis und Wertsteigerung der Immobilie und Gewinnanteile der Lebensversicherung bleiben gleich. Dasselbe Produkt finanzierte Kapitalanlage an den leistungsfähigen Kunden verkauft, erspart diesem somit per Saldo DM 224 000,—.

Davon ausgehend kann auch die fehlende Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ebenso festgestellt werden wie die Ausbeutung der Unerfahrenheit schon aufgrund des indiziellen Umstandes, daß der Kunde in jeder Hinsicht ungünstigste Variante aus der Produktpalette der finanzierten steuerbegünstigten Kapitalanlage erworben hat.

Anders als beim Betrug ist beim Wucher die normative Entscheidung nicht anhand der täuschungsrelevanten Bedeutsamkeit der Einzelkommunikation, sondern anhand der Faktoren der Überlegenheit des Kommunikationsverhaltens zu bewerten.

2. Die Irrtumserregung

Eine konkrete Irrtumserregung stellt bei komplexen Sachverhalten ein Problem dar. So kann etwa die Geschäftsleitung einer Versicherung die Sachbearbeiter und Schadensbüros anweisen, grundsätzlich die Eintrittspflicht im Schadensfälle gegenüber dem Anspruchsteller erst einmal zu verweigern und sich auf diverse Paragraphen der allgemeinen Versicherungsbedingungen zu berufen. Dies geschieht in der Hoffnung und Annahme, daß sich davon aus der „Vogelperspektive“ eine gewisse Anzahl von Versicherungsnehmern abschrecken läßt und die weitere Anspruchsstellung unterläßt. Könnte man statistisch noch feststellen, daß diese Strategie, die vorsätzlich die Versicherungsleistung auch bei berechtigten Ansprüchen verweigert, bei einem gewissen Prozentsatz der Versicherungsnehmer zum Erfolg führt, läßt sich kaum herausfinden, worauf dieser Erfolg beruht. Der eine Versicherungsnehmer kann von einem versuchten Versicherungsbetrug Abstand genommen haben, der nächste sich sagen „gegen die komme ich doch nicht an“ und nur wenige werden sich konkrete Vorstellungen darüber machen, ob tatsächlich die genannte Vorschrift aus den allgemeinen Versicherungsbedingungen den Anspruch ausschließt oder nicht, ganz einfach, weil sie hierzu fachlich nicht in der Lage sind. In ähnlicher Weise wird sich der Immobilienkäufer darüber Gedanken machen, ob sich die Immobilie leisten kann und ob sie für ihn nützlich oder gut ist. Ob der Kreditvertrag und die Lebensversicherung teuer oder billig sind oder das gesamte Paket der steuerbegünstigten finanzierten Kapitalanlage ihm aufgrund der schlechten Beratungsleistung besonders teuer „angedreht“ worden ist, wird bei einem Teil der Käufer nicht zu konkreten Vorstellungen führen. Denn gerade die Zusammenhänge, die er zum Anstellen verschiedener Überlegungen kennen müßte, werden ihm verschleiert. Die Irrtumserregung aufgrund der Täuschungshandlungen der Vertriebsleute mit Duldung und billigendem Inkaufnehmen durch die beteiligten Organisationsverantwortlichen ist so, empirisch gesehen, ein Konstrukt. Der Irrtum ist die Abweichung von der idealtypischen Vorstellungswelt, die der Geschädigte haben soll.

Dieses Modell wäre in seiner entgrenzenden Wirkung bedenklich, würden sich die Grenzen nicht selbst aus dem Sachverhalt ergeben. Die strategische Linie des Strukturvertriebs bezüglich dessen, was paketweise vertrieben werden soll, gibt selbst die Sachverhalte vor, über die getäuscht werden muß oder nicht aufgeklärt werden darf, damit der Kaufentschluß und das Abschlußinteresse geweckt werden kann. So kann ein Irrtum über die Kaufpreiszusammensetzung nicht daran scheitern, daß dem Betroffenen geschickt vorenthalten wird, daß der nette Herr Angehörige eines Strukturvertriebes ist, woraufhin natürlich die Problematik der Provisionshöhe nicht ein-

mal ins gedankliche Mitbewußtsein des Käufers rückt. So wie der Richter beim Prozeßbetrug annehmen soll (aufgrund gefälschter Beweismittel etc.), es läge ein *non liquet* vor⁶), soll der Versicherungskunde die Anspruchsstellung und das Bemühen darum unterlassen, der Kunde des Strukturvertriebes aber das Nachfragen, die Überlegung zu Alternativkonzeptionen (die weniger Provisionen bringen) die Besichtigung der Immobilie, die Diskussion über Kaufpreisbestandteile etc. Zu prüfen ist daher bezüglich der Irrtumserregung lediglich, ob die aus der „Vogelperspektive“ feststellbare kommunikationspsychologische Gesamtstrategie verfangt, d. h. die Kommunikation über Fragen unterbleibt, die dem Kunden eine realitätsgerechte Vorstellung über die hineinspielenden Tatsachen vermitteln könnte.

Der so verstandene, normativ gefaßte Irrtumsbegriff entspricht der Fehlvorstellung beim Wuchertatbestand, bei dem auch typischerweise der Geschädigte nicht weiß, daß er unerfahren und leichtsinnig ist, der andere ihm überlegen ist und daß aufgrund dieser Gleichgewichtsstörung im Aushandeln des Prozesses ein für ihn besonders ungünstiges Ergebnis zustandekommt. Die Gleichgewichtsstörung im informationellen Bereich schlägt sich im Begriff der Fehlvorstellung ebenso nieder wie im Ergebnis des Kommunikationsprozesses, einem Ungleichgewicht in der Leistung.

3. Der Schaden

Für den Schaden könnten unterschiedliche Sichtweisen gewählt werden. So könnte der Angeklagte im Falle extremer Immobilienpreissteigerungen stolz darauf verweisen, daß der Wert der verkauften Wohnung die Kosten für Aufwand und Finanzierung längst erreicht hätte, während der andere Angeklagte im Falle konjunktureller Absenkung der Immobilienpreise sagen könnte, hierfür könne er nun wirklich nichts. Diese ergebnisorientierten Betrachtungen müssen naturgemäß so unbeachtlich bleiben wie der Hinweis des Angeklagten beim Betrug im Warenerminhandel, trotz des verschwiegenen hohen Aufschlags hätten der eine oder andere Kunde große Gewinne gemacht.

Der Schadenszeitpunkt ist somit der des nicht ohne Mühe rückgängigmachbaren Vertragsabschlusses, wobei es etwa bei Haustürgeschäften Unterschiede zwischen Abschlußdatum und Anfechtbarkeitsdatum geben kann.

Bezüglich der Bestandteile des verkauften Pakets erhält der Kunde jeweils Gegeneleistungen, für die Kaufpreiszahlung den Anspruch auf Auflassung und Eigentumsübertragung des Grundstücks, bezüglich der Versicherungsprämien Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme, bezüglich des Kredits Anspruch auf Valutierung. Bezüglich des Gesamtpakets, das ihm als solches verkauft wird, erhält er eine vertragliche Fesselung seines Vermögens und seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bei geringer Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung und extrem langzeitiger Bindung. Er muß weiterhin Vorleistungen erbringen, wie die Notarkosten, die Grunderwerbssteuer, die Außenprovision, selten auch Eigenkapital. Letztere Schäden haben mit den Vermögensvorteilen der Vermittler, des Initiators etc. nichts zu tun, es fehlt an der Stoffgleichheit.

Der Schaden besteht somit in der in der Verkaufsstrategie angelegten nur aufgrund der fehlenden Aufklärung und der konkreten Täuschungen möglich gemachten Ungleichgewichtigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung, bezüglich der Immobilie selbst, bezüglich der Steuervorteile, der Kalkulierung der Finanzierung, der finanziellen Belastung durch das gewählte Anlagepaket und der Auswirkungen der Kaufpreisbestandteile wie der überraschenden Innenprovision.

Der bereits erwähnte grundsätzliche Einwand, daß die Rechtsprechung damit ins Marktgeschehen eingreife und jeder für sich selbst

⁶) Schönke/Schröder/Cramer, § 263, Rdn. 51.

verantwortlich sei, wäre grundsätzlich akzeptabel, würde nicht die Vorstellung dahinterstehen, daß im Sinne des Wettbewerbsmodells der freien Marktwirtschaft ein Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien gegeben wäre. Dann müßte auf der Geschädigtenseite derjenige stehen, der die normativen Signale von Gesetzgebung und Rechtsprechung zu skeptischen eigenständigen Handeln im Wirtschaftsverkehr durchaus ernst nimmt, aber dennoch gegenüber den ausgeklügelten psychologischen Methoden der Strukturvertriebe in Zusammenwirken mit knebelnden Vertragskonstruktionen keine Chancen hat.

Hierbei läßt der Grad der Ungünstigkeit des Abschlusses Rückschlüsse auf die Effizienz der Strategie zu. Wer keinerlei Erfahrung und Kenntnis bezüglich der Eigenart langzeitiger Finanzierungen hat, wird den Schaden aus Verträgen haben, die nur so abgeschlossen werden konnten, weil dem Kunden die Kenntnisse über die Dauerbelastung, die Risiken und den letztendlich von ihm zu zahlenden Gesamtaufwand fehlen. Derselbe Kunde kann dabei durch aus Kenntnisse darüber haben, ob er sich die Immobilie von der monatlichen Belastung her leisten kann. Da nur Gegenstand der Schadensberechnung sein kann, was vorher von der Täuschung oder mangelnden Aufklärung mit erfaßt wurde, stellt sich die normative Frage, ob von den Geschädigten verlangt werden soll, daß sie sich vor einem Abschluß mit der Typologie der für sie ungewohnten Verträge und dem Gesamtpaket vertraut machen. Wäre dies zu bejahen, könnte selbst ein bei der Schadensberechnung feststellbares Ungleichgewicht extremer Art nicht zu einer Verurteilung wegen Betrugs führen. (Negativverhältnis als Indiz für die vorangegangene Täuschungshandlung)

Stellt man nun hierzu aus der „Vogelperspektive“ der abgeschlossenen Verträge der Kunden eines Strukturvertriebes fest, daß eine sehr große oder die überwiegende Anzahl der Kunden extrem ungünstige Verträge mit maximalen Provisionsquoten für die Vermittler abgeschlossen haben, spricht dies für die Effizienz der gewählten Überrumpelungsstrategie, die die Kunden regelmäßig davon abhält, Fragen zu stellen, Probleme zu erörtern und Nachprüfungen vorzunehmen, alles Verhaltensweisen, die in einer anderen Kommunikationssituation üblich und zugelassen wären. Ist die Effizienz des Strukturvertriebes in Richtung auf den Schluß extrem ungünstiger Verträge bewiesen, wäre durch den Angeklagten die Wahrscheinlichkeitsrechnung zu widerlegen, daß es ein kaum nachvollziehbarer Zufall wäre, daß gleichförmig die überwiegende Mehrzahl der Kunden die gleichen Verträge abschließt, die das Eigentum an einer überteuerten mit geringen Steuervorteilen einhergehenden Immobilie mit Belastungen aus einem Finanzierungsmodell derart verknüpft, daß das Produkt für die konkreten Erwerber als wenig angemessen erscheint.

Bei der Sicht auf die Vielzahl der Kunden ist also darauf abzustellen, welche Ergebnisse erzielt wurden, andererseits sind bei den erfolgreich gewordenen Kunden typische Handlungsabläufe festzustellen:

- Hatte der Erwerber ausreichend Zeit, eine Immobilie zu besichtigen und hat er dies getan?
- Hatte er Finanzierungsalternativen geprüft?
- Kannte er den Unterschied zwischen Nominal- und Effektivzins?
- Hatte er Vorstellungen über Rechte und Pflichten aus einer Wohnungseigentümergeinschaft?
- Wurde er über eine vorhandene oder nichtvorhandene Instandhaltungsrücklage informiert?
- War ihm klar, wie hoch die tatsächliche für den Kapitaldienst zur Verfügung stehende Nettoestmiete ist oder dachte er, die Mietgarantie stehe für Zins und Tilgung zur Verfügung?
- Hatte er Vorstellungen von Art und Größenordnung möglicher Reparaturen der konkreten Immobilie?
- Hatte er im Gespräch mehrere Alternativen bezüglich der Laufzeit der Lebensversicherung erörtert bekommen?
- Glaubte er blind an eine Berechtigung des Kaufpreises oder verlangte er Gutachten oder wurde er auf die Möglichkeit der Information über Immobilienwerte vor Ort hingewiesen?

- Erhielt er eine Miet- oder Zinsgarantie?
- Wurde ihm als Anreiz für den Abschluß eine Rückprovision versprochen und eventuell ausgezahlt?
- Betreffen die vom Vermittler gefertigten Berechnungsbeispiele sein konkretes Einkommen oder ein fiktives Einkommen zur Berechnung des Steuervorteils?
- Erhielt er einen aussagekräftigen ordentlichen Prospekt mit allen notwendigen Hinweisen nach § 264a StGB oder lediglich eine Broschüre über Immobiliengeschäfte allgemein oder Blätter zu Einzeldaten?
- Wurde er so auf die Wertsteigerungen von Immobilien oder der konkreten Immobilie hingewiesen, daß er annahm, an der Wertsteigerung bereits in den nächsten Jahren so zu partizipieren, daß er glaubte, er könne die Immobilie nach 2 Jahren wieder mit Gewinn verkaufen?
- Erhielt er Aufklärung über das Wesen des Strukturvertriebes und insbesondere die notwendige Höhe der Innenprovision?
- Wurden ihm die Risiken haftungsrechtlicher Art bezüglich des eingeschalteten Treuhänders mitgeteilt?
- War der Zeitraum zwischen Information über die Immobilie und Abschluß des Notarvertrages kürzer als eine Woche?

Diese Liste ist weder vollständig noch abschließend, aber von indizieller Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob der Erwerber in der konkreten Situation aufgrund eines kommunikativen Ungleichgewichts überumpelt wurde, so daß an ihn nicht mehr die Forderung gestellt werden kann, sich in aller Ruhe mit den Verträgen, dem Kauf, der Immobilie etc. zu beschäftigen und einen Entschluß reifen zu lassen. Je mehr Fragen zu Lasten des Erwerbers beantwortet werden, umso gravierender wirkt dieser Indikator zu Lasten des Verdachts.

Die genannten Faktoren der Schadenshöhe, des starken Ungleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung, der ungünstigen langzeitigen Bindung und der fehlenden tatsächlichen Möglichkeiten, sich verständlich für Alternativen zu entscheiden, müssen grundsätzlich kumulativ vorliegen, jedoch kann je nach Einzelfallgestaltung bereits ein Faktor ausreichen. Steht beispielsweise fest, daß die Mietgarantiefirma so konzipiert ist, daß sie die Mietgarantien nicht über den versprochenen Zeitraum zahlen kann, bricht ein entscheidender Teil der Finanzierungskonzeption automatisch zusammen, so daß regelmäßig von einem Betrug auszugehen ist.

Die Überrumpelung, die beim Wuchertatbestand direkt im Begriff der „Ausbeutung“ und in der Ausnutzung der Unerfahrenheit mitschwingt, kommt also auch beim Betrug insofern zum Tragen, als der Einwand gegen die gravierende Schädigung widerlegt werden muß, das Opfer habe autonom und selbstverantwortlich gehandelt.

V. Verstoß gegen § 54 I i. V. m. § 1 und 3 Kreditwesengesetz

Mit der Gewährung einer Mietgarantie oder Zinsgarantie, die wirtschaftlich auch als Miet- oder Zinssubvention betrachtet wird, könnte der Initiator, der die Garantie anbietet, gegen § 54 KWG verstoßen. Dies wäre der Fall, wenn er damit Bankgeschäfte ohne die nach § 32 erforderliche Erlaubnis betreibt. Da kein Initiator Bankgeschäfte betreiben darf, ebensowenig der Inhaber eines Strukturvertriebes, kommt es also darauf an, ob sich die Miet- oder Zinssubvention als Bankgeschäft im Sinne von § 1 Ziff. 1 (Annahme fremder Gelder als Einlagen ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden) darstellt. Voraussetzung wäre, daß man die ratenweise erfolgende Zahlung des Mietgarantiebetrages (z. B. DM 500,— monatlich) als Rückzahlung aus der Kaufpreiszahlung des Erwerbers betrachtet.

Eine solche Betrachtungsweise bietet sich an, da die Mietgarantie ebenso wie die Zinsgarantie wirtschaftlich einen Kaufpreisrückfluß an den Erwerber darstellen, den dieser vorab im ganzen entrichtet. Ist eine Wohnung beim Kaufpreis von DM 200000,— unter Zusage einer Mietgarantie von DM 500,— monatlich verkauft worden und wird diese gezahlt, fließen im Jahr DM 6000,— und während der üblichen Laufzeit der Mietgarantie (5 Jahre) DM 30000,— an den Erwerber zurück, was regelmäßig ein gutes Verkaufsargument ist. Die Mietgarantie wird regelmäßig als „Bonbon“ weit am tatsächlich erzielten Marktpreis kalkuliert. In der Differenz

zwischen tatsächlich verbleibender Nettomieteinnahme und Garantiemiete fließt der Kaufpreis an den Erwerber zurück. Der Erwerber subventioniert somit den Verkäufer, der aufgrund dieses „Ratenkredits“ des Erwerbers kalkulieren und mit dem Geld arbeiten kann. Gerade Unternehmen, die bei Banken nicht allzuleicht Kredite erhalten, können somit über breitgefächerte Wohnungsverkäufe mit Mietgarantie erhebliche Beträge vereinnahmen, deren Rückzahlungsmodus festgelegt ist, so daß er genau kalkuliert mit diesen „Privatdarlehen“ arbeiten kann.

Das zentrale Kriterium, daß die Fremdgelder zur Finanzierung des annehmenden Unternehmens dienen, d. h. mit der Zielrichtung entgegengenommen werden, durch eine positive Differenz zwischen den Bedingungen der Geldannahme einerseits und des Aktivgeschäfts andererseits, einen Gewinn zu erzielen⁷⁾ ist also erfüllt. Zentrale Frage ist allein, ob man aus strafrechtlicher Sicht entgegen den zivilrechtlich bindend abgeschlossenen Verträgen annehmen kann, daß sich der aus dem Mietgarantiebetrag ergebende Kaufpreisanteil als angenommenes fremdes Geld darstellt. Unzweifelhaft ist das vom Erwerber gezahlte Geld fremd, wie in den Regelfällen der Entgegennahme fremder Gelder geht das Eigentum mit der Vermischung als Eigentum der Bank bzw. desjenigen, der das Bankgeschäft betreibt, über. Basis von Zahlung und Rückzahlung sind aber Kaufvertrag und Mietgarantievertrag. Es gibt also keinen heitlichen Vertrag, der regelt, daß Geld entgegengenommen und nur in kleinen Raten zurückgezahlt wird. Andererseits wird der Mietgarantievertrag regelmäßig in dem Gesamtpaket mitverkauft, ohne den Mietgarantiebetrag ist der Erwerb der Wohnung für den Erwerber unlukrativ, weil er seine Zins- und Tilgungsleistungen nur mit Hilfe der künstlich hochgepuschten Mieteinnahmen finanzieren kann. Das gleiche Modell findet sich bei der Zinssubvention, wenn die Bank einen bestimmten Zinssatz unterhalb des Marktüblichen vereinbart, in einem separaten Vertrag zwischen Initiator und Bank dieser aber die Differenz zum marktüblichen Preis zahlt.

Für die Kalkulation des Erwerbers ist es unerheblich, ob auf der Einnahmeseite eine subventionierte höhere Miete steht oder auf der Ausgabenseite ein subventionierter niedriger Zins. Klar ist in beiden Fällen, daß er gemäß der Kalkulation des Initiators diese Subventionskosten im Kaufpreis vorentrichten muß. Der Begriff des Kaufpreises dient somit lediglich der Verschleierung. Anders als bei der Rückprovision, die häufig auch als Kaufanreiz vom Vermittler aus dessen Provision direkt gezahlt wird, bilden die Miet- und Zinsgarantierückstellungen aus dem mit den Verkäufen erzielten Gewinnen eine Manövriermasse zur Gewinnerzielung für den Initiator. Insofern bestehen keine Bedenken, die Zahlung des Mietgarantieanteils im Kaufpreis als Einlagegeschäft zu sehen. Diese Wertung macht es jedoch erforderlich, daß gleichzeitig der Geldfluß vom Initiator zur Mietgarantiefirma nachgewiesen werden kann. Hierfür spricht regelmäßig eine große Differenz zwischen tatsächlichen Mieteinnahmen (Nettokaltmiete abzüglich die vom Eigentümer zu tragenden Kosten inklusive Verwaltergebühren) und Mietgarantiebetrag.

Die Mietgarantiefirma wäre ohne Ausgleichszahlungen durch denjenigen, der den Kaufpreis erhalten hat, regelmäßig schon nach Zahlung der ersten Garantiemieten pleite, da die Mieteinnahmen die Ausgaben nicht decken, so daß eine Subvention bei Fortbestehen der Firma unterstellt werden kann.

VI. Die Lösung des Ausgangsfalles

Im Ausgangsfall hat der S sich nicht auf seine Rolle als Betreiber eines Strukturvertriebes beschränkt, sondern ist vertragliche und tatsächliche Bindungen dergestalt eingegangen, daß er letztendlich den Gewinn aus dem Bestand des I selbständig erwirtschaftet hat. Insofern hat er sich nicht nur durch den Einsatz eines Strukturvertriebes des Betruges, sondern auch eines Verstoßes gegen § 54 KWG strafbar gemacht. Der betrugsrelevante Schaden ergibt sich aus der Höhe der Innenprovisionen, daß der Vermögensvorteil sich

spaltet, ist unerheblich. Ebenso hat sich I strafbar gemacht, haftungsrechtlich bilden S und I eine BGB Gesellschaft.

Die Verkäufer sind ebenfalls wegen Betruges strafbar, eine Strafbarkeit wegen Wuchers entfällt, da die Überrumpelung im Einzelfalle nicht nachgewiesen ist. Der Einsatz der speziell ausgebildeten Vermittler seines Vertriebes führen jedoch zu einer Strafbarkeit des S wegen Wuchers nach der hier vertretenen Auffassung.

Eine Beteiligung von Verantwortlichen der Bank und der eingeschalteten Lebensversicherung läßt sich bezüglich des Betruges ebenfalls bejahen, da aufgrund der Organisation und Finanzierung des Vertriebes und der Verprovisionierung der Immobilie und der Finanzierungsmodelle das Ungleichgewicht erkennbar und die Anwendung von Überrumpelungsstrategien naheliegend ist. Eine Strafbarkeit käme jedoch nur in Form der unterlassenen Aufklärung in Frage. Dies ist insofern zu bejahen, als sowohl die Bank als auch die Versicherung ein gefahrbegründetes Vorverhalten an den Tag gelegt haben, nämlich den Abschluß von Rahmenvereinbarungen zur Abnahme der Kunden des Strukturvertriebes des S. Erst durch dieses Verhalten konnten S und I den Vertrieb in der geschilderten Weise durchführen, so daß eine besondere Informationspflicht bestand.

VII. Rechtspolitische Perspektive

Die hier vertretenen Auffassungen zur Auslegung des Wuchertatbestandes und des Betrugstatbestandes entstammen der Analyse der Sachgesetzhkeiten von Abläufen einer bestimmten Branchen im Wirtschaftsleben. Es wird die Auffassung vertreten, daß mit dem bestehenden strafrechtlichen Arsenal Mißstände im Kapitalanlagemarkt wirksam bekämpft werden können. Ob es sinnvoll ist, die Verantwortlichkeit für das Geschehen auf dem grauen Kapitalmarkt — die Formen der Kapitalvernichtung gerade im Bereich des Mittelstandes sind ja unendlich vielfältig — strafrechtlich zu erfassen, ist eine rechtspolitische Frage. Selbstverständlich gäbe es präventive Strategien, die eine Kriminalisierung vermeidbar machen würden, etwa:

- a) Ausweitung der Stornorechte des Kunden bei Lebensversicherungsverträgen analog zu den Regelungen des Haustürgeschäfts;
- b) steuerrechtlich die Ausdehnung der Spekulationsfrist für die Besteuerung des Gewinns aus Immobilienverkäufen von 2 auf 10 Jahren;
- c) steuerrechtlich die Abschaffung der Abschreibung von Verlusten aus Immobilienfinanzierungen im überfinanzierten Kapitalanlagereich durch Banken;
- d) Begrenzung der Zulassung für Kapitalvermittlungsfirmen aller Art auf Unternehmen mit ausreichender Zuverlässigkeit, bei Nachweis ausreichender finanzieller Absicherung für Haftungsfälle entsprechend der Haftpflichtversicherungen für Anwälte, Ärzte etc.;
- e) Aufbau staatlich kontrollierter Ausbildungsgänge und Studiengänge zum Kapitalanlageberater als Zweig der betriebswirtschaftlichen Fachbereiche der Universitäten.

Mit den anfangs dargelegten Maßnahmen können spekulative Geschäfte eingeschränkt und die Banken dazu veranlaßt werden, nur nach dem Kriterium äußerster Vorsicht Kredite zu vergeben, so daß bereits ein erheblicher Teil der Überfinanzierungen wegfielen. Bei den letztgenannten Maßnahmen könnte langfristig sichergestellt werden, daß völlig unverständliche Lücken in der Qualifikation und Haftung der beratenden Berufe geschlossen werden. „Die schnelle Mark“ wäre dann nicht mehr zu machen⁸⁾.

⁷⁾ BVerfG, NJW 1985, 929, 939.

⁸⁾ Vgl. Feldmann, „Der Traum vom schnellen Geld — wie Strukturvertriebe wirklich arbeiten“, Frankfurt 1992.