

Herausgegeben von: Ministerialrat a. D. Dr. Erich Göhler, Bonn – Präsident des Bundeskartellamtes a. D. Prof. Dr. Wolfgang Kartte, Berlin – Prof. Dr. Günter Kohlmann, Köln – Rechtsanwalt und Notar Dr. Wilhelm Krekeler, Dortmund – Steuerberater Karl-Heinz Mittelsteiner, Hamburg – Ministerialrat Dr. Manfred Möhrenschrager, Bonn – Präsident des Bundesgerichtshofs a. D. Prof. Dr. Gerd Pfeiffer, Karlsruhe – Prof. Dr. Erich Samson, Kiel – Präsident des Oberlandesgerichtes a. D. Günther Weinmann, Stuttgart. **Schriftleitung:** Prof. Dr. Erich Samson – Dr. Roland Schmitz, Institut für Umweltschutz-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht der Universität Kiel – Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Universität Greifswald

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gorxheimertal

Schadensberechnung beim Immobilienbetrug

1. Themenstellung

Seit geraumer Zeit werden Immobilien nicht als Grundstück und Gebäude verkauft und finanziert, sondern als Teil einer vermeintlich steuersparenden Konzeption angeboten. Diese Modelle, im Branchenjargon zutreffend „Multizockermodelle“ genannt, versprechen – prospektmäßig vertrieben – die Kombination von Steuerersparnis, Vermögensbildung und raschem Wertzuwachs bei kaum spürbarer monatlicher Belastung. Der Erwerber einer Wohn- oder Gewerbeinheit nach dem Bauherrenmodell oder Bauträgermodell oder einem Fondsmodell schließt regelmäßig bei einem Notar einen einzigen Vertrag ab, der eine Vollmacht enthält, die den Treuhänder oder Geschäftsbesorger zum Abschluß zahlloser weiterer Verträge ermächtigt. Diese Verträge, bis hin zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bzgl. des gesamten Vermögens, kennt der Erwerber regelmäßig zunächst nicht, er wird erst durch die Endabrechnung des Treuhänders darüber aufgeklärt, daß er Vertragspartner von zahllosen Marketing-, Finanzierungsvermittlung-, Zinsgarantie-, Mietgarantiefirmen etc. geworden ist.

Monatliche Verpflichtungen treffen ihn aus Zins- und Lebensversicherungszahlungen, er erhält eine Art Miete und bezahlt dank einer Vollfinanzierung inkl. Eigenkapitalfinanzierung „Luft“ im Kaufpreis, 160 %ige bis 180%ige Finanzierungen sind keine Seltenheit.

Wurden auf diese Weise bei Provisionssätzen der Vermittlerfirmen von 20–25 % Innenprovision (der Kunde erfährt von 3 % Außenprovision) in den 70er Jahren und frühen 80er Jahren zunächst Wohlhabende geschädigt, greifen sich die Konzeptionäre entsprechender Modelle seit vielen Jahren auch Kleinverdiener mit DM 2000,— netto/Monat. Obwohl dieser Kundenkreis mit den Steuersparmodellen regelmäßig genauso bedient ist wie der Bauer, der eine Melkmaschine kauft und seine letzte Kuh in Zahlung gibt, tun sich Staatsanwaltschaften und Ermittlungsbehörden regelmäßig mit der Schadensberechnung schwer. Hierzu soll mit diesem Beitrag eine Hilfestellung gegeben werden¹.

2. Ein typischer Sachverhalt

Immobilienkonzeptionär A hat eine gute Idee: Bauträger B kann ein baureifes Grundstück zur Errichtung von mehreren Gebäuden mit 200 Wohnungen und 300 Stellplätzen erwerben. A bittet daher Notar N, eine Stammkunde zu fertigen, die einer beliebigen Zahl von Erwerbern anbietet, die Apartments zu kaufen. Der Kaufpreis besteht für den Erwerber aus dem sogenannten Gesamtaufwand, der sich wie folgt zusammensetzt:

- a) Grundstück und Gebäude inkl. Konzeption und Marketing: 75 %, nach der MaBV
- b) Mietgarantie 5 %,
- c) technische Baubetreuung 0,57 %,
- d) wirtschaftliche Baubetreuung 1,59 %,
- e) Finanzierungsvermittlung 5 %,
- f) Mietvermittlung 1,32 %,
- g) Zinsgarantie 3 %,
- h) Nebenkostengarantie 2,36 %,
- i) Steuerberatung 2,28 %,
- j) Treuhandschaft 2,28 %,
- k) Verwalterbeschaffungsgarantie 1,6 %

Die Garantiefirma und die Prospektherausgeberfirma sind selbständige GmbH's, die per nicht offengelegtem Beherrschungsvertrag von A gelenkt werden. Der Prospekt verschweigt, daß A und B eine Innenprovision dahingehend vereinbaren, daß der B aus Ziff. a) 25 % an den A zahlt, der daraus sich selbst und seine Vertriebsorganisation, GmbH's nach dem Franchise-System, verprovioniert. Diese GmbH's wiederum geben dem Kunden nach außen eine Maklerrechnung in Höhe von 3 %. Im Prospekt ist weiterhin dargelegt, daß die Apartments mit 40 qm Größe und einem qm-Preis von DM 6000,— (Gesamtaufwand) zimmerweise verkauft werden, d. h. ein Erwerber kauft die eine Hälfte des Apartments, der andere die andere Hälfte.

Gemäß diesem Modell werden von den Vertriebs-GmbH's Kunden geworben, die DM 120000,— zzgl. Disagio finanziert bekommen, wozu der A das Bonitätsraster mit den Banken ausgehandelt hat. Ab DM 1500,— netto bei Ledigen und DM 2500,— netto bei Ehepaaren wird finanziert. Es werden zu 2/3 sogenannte „schwache“ Erwerber finanziert, die gerade dem unteren Rand des Bonitätsrasters entsprechen. Demit auch diese in der Modellberechnung der Vermittler zu einer niedrigen monatlichen Belastung kommen, bekommen sie ein Finanzierungsmodell verkauft, bei dem der Kredit 30 Jahre stabil bleibt und nach 30 Jahren durch eine Lebensversicherungszahlung, die parallel läuft, getilgt wird. „Kräftigere“ Erwerber bekommen das gleiche Modell, nur mit anderen Laufzeiten. Als die Mietgarantiefirma nach 4 Jahren pleite geht und sich die ersten Erwerber die Abrechnung der Treuhänderfirma aus dem Jahr der Fertigstellung anschauen und eine Ausdifferenzierung der geleiste-

¹ Vgl. dazu auch Gallandi, „Straftaten beim Immobilienvertrieb“ Teil II, wistra 1992, S. 333 ff.; Luckner, StGB, 20. Aufl., § 263, Rdn. 48b, m. w. N.

ten Zahlungen anfordern und auch erhalten, mehren sich die Strafanzeigen mit der Begründung, man hätte eine solche Immobilie gar nicht gekauft, wenn man von der Luft im Kaufpreis gewußt hätte. Die echte Miete pro Einheit beträgt nach 4 Jahren DM 15,— pro qm kalt. Die Bank finanziert zu 100 % plus Disagio von 10 %, davon 10 % als Eigenkapitalfinanzierung und beides vorab für ½ Jahr als Zwischenfinanzierung.

3. Die Problemstellung

Der Geschädigte, also der Erwerber eines Zimmers eines Apartments, kauft die Immobilie als Steuersparmodell und in der Annahme, er könne damit Vermögen bilden und Steuern sparen. Er erwartet also, daß sich seine Vermögenssituation gemessen an der Situation vor Abschluß des Vertragspakets durch den Geschäftsbesorger verbessert. Aufgrund der gegebenen Vollmacht schließt der Treuhänder zunächst einen Zwischenfinanzierungs-, dann einen Endfinanzierungsvertrag ab und weist die Gebühren und Provisionen der Funktionsträger an, ebenso die erste Baupreisrate, die die Innenprovision enthält. Nach dem objektiv individuellen Schadensbegriff² ist ein Schaden gegeben, wenn der Wert der vertraglich eingegangenen Verpflichtungen den Wert des erlangten Gegenanspruchs übersteigt. Betrachtet man jede Einzelleistung separat, etwa die Steuerberatung, kann die fehlende Leistungsäquivalenz bezweifelt werden. Wird der Verkauf des konzipierten Objektes aber einheitlich bewertet, so wie der Erwerber auch gekauft und den Geschäftsbesorger einheitlich bevollmächtigt hat, stellt sich die Frage, ob der Immobilienwert zzgl. Steuervorteil einen Wert darstellt, der gem. der Langzeitkonzeption des Steuersparmodells durch den Kaufpreis abgedeckt ist, oder ob aus der Kombination von Überfinanzierung, Finanzierungsmodell, Luftfinanzierung und Laufzeit eine Schadensberechnung möglich ist, die dem materiellen Gehalt des angerichteten Vermögensschadens- und Gefährdungspotentials gerecht wird³.

Bei der Schadensberechnung wird davon ausgegangen, daß die Leistungen in dem Sinne nicht nur auf dem Papier stehen, daß eine vom Finanzamt anerkenbare Leistung zugrunde liegt, auch wenn das prospektierte zivilrechtliche Modell, wonach ein unabhängiger Leistungsträger eine einklagbare Leistung erbringt, in vielen Fällen zweifelhaft ist.

4. Die zergliedernde und die einheitliche Sichtweise

Die Schadensberechnung kann nur in Form einer Prognose und unter Berücksichtigung der künftig zu erwartenden Tatsachen nach dem Grundsatz in dubio pro reo erfolgen. Eine rückwirkende Sicht verbietet sich bereits aus Verjährungsgesichtspunkten⁴.

Der Konzeptionär des Modells würde sich gegen die Einbeziehung der Ziff. b)–k) in die Betrugsschadensdiskussion vermutlich mit dem Argument wehren, es sei jeweils eine separate Leistung vereinbart und auch erbracht worden. Wenn man den Schaden für den Betrugs- oder den Wuchertatbestand⁵ berechne, müsse man das Au-

genmerk auf die Einzelleistung mit dem einzelnen Vertragspartner richten und hier könne man höchstens feststellen, daß es sicherlich eine großzügige oder auch teure Preisgestaltung gibt, keinesfalls aber einen Betrugsschaden. Selbst wenn man aber im Einzelfall zu einer zivilrechtlich betrachtet wucherischen oder sittenwidrigen Preiskalkulation käme, handele es sich ja doch ganzheitlich betrachtet um ein Steuersparmodell, bei dem die Kosten extra hochgesetzt werden, um die Abschreibungsmöglichkeiten als Werbungskosten oder langfristig abschreibbare Anschaffungskosten zu ermöglichen.

Strafrechtlich könnte diese beliebig wählbare Argumentation dazu führen, nach dem Grundsatz in dubio pro reo die betrügerische Absicht zu verneinen. Dies wiederum wäre nicht möglich, wenn bei wirtschaftlich angemessener Sichtweise feststellbar wäre, daß die Zufügung eines durch Täuschung bewirkten Vermögensschadens von A und B nach Konzeption und Preisgestaltung billigend in Kauf genommen wird. Parallel stellt sich die Frage nach der Rolle der finanzierenden Bank im Sinne einer Beihilfehandlung.

5. Die Parallele zum Warenterminbetrug

Worms hatte in seinem Betrug „Warenterminoptionen: Strafbare Betrug oder nur enttäuschte Erwartungen?“^{6,5} zu recht darauf hingewiesen, daß die komplizierte Materie des Warentermingeschäftes für den Branchenfremden so undurchsichtig ist, daß für ihn nicht erkennbar ist, daß in dem von den Warenterminhandelsgesellschaften angebotenen Preis ein sogenannter Aufschlag, man könnte auch sagen eine Innenprovision, enthalten ist, die dazu führt, daß der break-even-point vom Basispreis zum Teilverlust oder sogar zum Gewinn so schwer erreichbar ist, so daß über die minimalen Chancen des Warenterminspekulanten aufgeklärt werden muß. Dabei geht er auf die damalige Situation ein, daß die Rechtsprechung und auch die Staatsanwaltschaft einen Eingriff bei Nacktoptionen regelmäßig für notwendig hielt, bei tatsächlich getätigten Geschäften dagegen nicht⁶.

Worms führt weiter aus, daß dem Kunden verschwiegen wird, daß die „Kosten“ der Warenterminhandelsgesellschaften im Extremfall 392 % der Börsenprämie betragen. Durch den nur verschlüsselten Hinweis auf einen Aufschlag statt z. B. einer prozentualen Angabe bliebe die Zusammensetzung des Kaufpreises unklar, allerdings werde deutlich, daß nicht alles Geld des Kunden an die Börse gehe. Worms stellt dann die Frage, mit welchen Gebühren oder Provisionen des deutschen Vermittlers der Kunde in einem solchen Fall rechnen müsse⁷.

Dasselbe Problem stellt sich bei den durch Strukturvertriebe vermittelten Immobilien. Selbst der im Maklerrecht erfahrene Kunde muß aufgrund der im Prospekt regelmäßig wiedergegebenen marktüblichen Vermittlungsgebühr von nur 3 %, die aus steuerlichen Gründen als „Dienstleistungspauschale“ bezeichnet wird, nicht damit rechnen, daß die rechtlich mögliche Rechnungsstellung des Maklers an Käufer und Verkäufer so geartet ist, daß die in den Baukosten versteckte Gebühr⁸ mehr als eben diese 3 % beträgt, während branchenüblich 12 %, 15 % oder bis zu 30 % sind.

Da die Innenprovisionskosten nicht prozentual ausgewiesen sind und in dem harmlosen Begriff „Marketing“ versteckt, der sich genauso gut auf das Marketing für die Errichtung des Gebäudes beziehen kann, wird im Kontext zu den angegebenen Maklergebühren von 3 % zzgl. Mehrwertsteuer der Kunde konkludent darüber getäuscht, daß die im Prospekt aufgezählte „Luft“ im Kaufpreis, in der Branche auch als „weiche Kosten“ bezeichnet, den Anteil von weichen und harten Kosten nicht angemessen wiedergibt, und in den harten Kosten (Grundstück und Baukosten) wiederum weiche Kosten versteckt sind.

Wie bei den Warenterminoptionen lautet der Einwand gegen eine solche Wertung jedoch, daß bei Optionen der Spekulant und bei der finanzierten Immobilienkapitalanlage der eine Steuerersparnis suchende Immobilienkäufer eine echte Gegenleistung bekäme, und

² Vgl. etwa Dreher/Tröndle, § 263, Rdn. 35.

³ Vgl. auch Gallandi/Turner, „Die Leistungsfähigkeit des Betrugstatbestandes oder: Bedarf es immer spezialisierter Vorschriften im Wirtschaftsstrafrecht?“, JUS 1988, 258 ff.; Gallandi, „Straftaten beim Immobilienvertrieb“ Teil I und II, wistra 1992, S. 289 ff., 333 ff.

⁴ Vgl. Gallandi, „Verjährung bei langfristig geplanter Wirtschaftskriminalität“, wistra 1993, S. 255 ff.

⁵ wistra 1984, 123 ff.

⁶ Vgl. aaO., S. 125.

⁷ aaO.

⁸ Vgl. Marcks, Makler und Bauträgerverordnung, 5. Aufl., München 1991, § 3, Rdn. 25; die Berufung der Branche darauf, daß die Innenprovisionen Herstellungskosten und daher unter Baukosten zu verbuchen und zu prospektieren seien, ist falsch. Unter dieser Position bilanzierbar und prospektmäßig darstellbar sind nur Vertriebskosten, die unabdingbar sind, um im technischen Sinne fertigen zu können, vgl. Ordelheide, „Zum Verbot der Aktivierung von Vertriebskosten in den Herstellungskosten“ gem. § 255, Abs. 2, S. 6 HGB, in „Rechnungslegung“, Festschrift für Karl-Heinz Forster, Düsseldorf 1992, S. 307 ff., 313.

daß diese halt etwas teurer sei als die der Konkurrenten, ergebe sich aus dem Spiel der Marktwirtschaft.

Nimmt man jedoch das Argument von *Worms*, daß mit Hilfe der vorgetäuschten Zusammensetzung des Kaufpreises verschleiert wird, daß der break-even-point der Wirtschaftlichkeit der Gegenleistung zum gezahlten Kauf- bzw. Optionspreis nicht erreicht wird, ergeben sich auch bei der finanzierten Immobilienkapitalanlage veränderte Wertungen.

6. Der break-even-point bei der finanzierten Kapitalanlage

Der break-even-point beschreibt bei langfristig auf Gewinn ausgerichteter Wirtschaftstätigkeit den Punkt, an dem der Umschwung von Anlaufverlusten in Gewinn erfolgt. Sind bei Saldierung von Substanzwert, langfristigem Ertrag und Steuervorteilen einerseits und allen Aufwendungen für die Immobilie andererseits beide Positionen ausgeglichen, ist der Punkt erreicht. Bleibt das langzeitige Ergebnis im Minusbereich, bestimmt der Abstand zum break-even-point die Höhe des Schadens. Wird steuerrechtlich die Gewinnerzielungsabsicht verneint, entfällt der Steuervorteil und der Schaden erhöht sich noch einmal.

Bei dem üblicherweise verkauften Produkt einer finanzierten Immobilie handelt es sich bereits nach dem Prospekt um eine komplexe Konstruktion: Ein notarieller Treuhandvertrag, eine notarielle Vollmacht, eine Annahmeerklärung zur Vollmacht, ein Kauf- und Werklieferungsvertrag, die Funktionsträgerverträge mit dem Steuerberater, den Garanten usw., der Darlehensvertrag, der Lebensversicherungsvertrag etc. bilden jeweils für sich die Ordnung einer spezifischen Rechtsmaterie und sind im Verhältnis zueinander in spezifischer Weise darauf bezogen, ein prognostiziertes wirtschaftliches Projekt zu realisieren, nämlich mit dem Geld der geköderten Erwerber eine Immobilie zu errichten und diese im Regelfall 5 Jahre lang in der prospektierten Art und Weise mit dem prospektierten wirtschaftlichen Ergebnis zu betreiben (Bauphase und Vermietungsphase).

Der Kunde steht also einem komplexen Vertragswerk und einem komplexen prognostischen Risiko gegenüber, sein Zugriff auf die Risikofaktoren ist begrenzt, da er einmal dem Treuhänder Auftrag und Vollmacht erteilt und dann erst wieder mit dem Abschlußbericht etwas hört. Gemäß dem kommunikationspsychologisch leicht nachvollziehbaren Wunsch, die Komplexität des gesamten Vorganges zu reduzieren, werben die entsprechenden Vertriebsorganisationen mit einfachen Formeln (Steuerersparnis, solide Kapitalanlage, Sachwertanlage etc.) und erstellen Berechnungsbeispiele, nach denen sich die Immobilie gleichsam selber trägt, d. h. monatlich bei einer Kosten-Nutzungsrechnung, in der Zins, Tilgung und Steuervorteil verrechnet werden, entweder ein Überschuß oder eine minimale monatliche Belastung herauskommt.

In der Laiensphäre erhält der Erwerber eine betriebswirtschaftliche Kalkulation unter Berücksichtigung der Steuerbilanz, wobei die Immobilie als „kleiner Betrieb“ gewertet wird, der Einnahme verzeichnet und Verluste hat. In der Aufbau- und Investitionsphase entstehen die höchsten Verluste, d. h. die sofort absetzbaren Werbungskosten aus Disago, Notargebühren etc. Je nach Finanzamt werden die im Prospekt als solche deklarierten Werbungskosten ganz oder teilweise anerkannt und im Falle der teilweisen Nichtanerkennung als Anschaffungskosten berücksichtigt. Die Berechnungsbeispiele sind regelmäßig lückenhaft, beim Erwerber hängen bleibt, daß sich die Immobilie letztendlich als Kapitalanlage und Steuersparmodell langfristig für ihn rechnet. Selbst bei glatten Lügen des Vermittlers wird sich der Geschädigte hingegen kaum daran erinnern, ob der Faktor Zins, Instandhaltung, Lebensversicherung bei den Kosten oder der Faktor Miete, Werbungskosten, Verluste aus Vermietung und Verpachtung, Wertzuwachs, AfA Gebäude o. ä. auf der Habenseite konkret Gegenstand einer Täuschungshandlung war. Das Laienverständnis des Erwerbers entspricht auch seinem wirtschaftlichen Interesse. Sowenig wie der Bauer eine Melkmaschine braucht, wenn er seine letzte Kuh in Zahlung gibt,

benötigt der Erwerber ein Steuersparmodell, welches ihm weder etwas spart (weil die Steuerersparnis durch andere Kostenanteile aufgefressen oder verbösert wird) noch Kapital bildet (weil die Zinszahlungen aus dem stark überhöhten Kaufpreis Kapitalbildungsentwicklungen strukturell torpedieren).

Der break-even-point ließe sich somit normativ wertend dahingehend festlegen, daß entweder

- nach einer einfach zu handhabenden Formel das angebotene langzeitige finanzierte Kapitalanlagemodell im Vergleich von Nutzen und Lasten für den Erwerber einen Vermögensvorteil ergeben muß oder
- daß das angebotene Produkt mit einem konventionellen Verkauf verglichen und der Differenzbetrag als Schaden betrachtet wird. (Vgl. unten: Rechnung 1 und 2)

Beide Berechnungsmodalitäten werden zur Diskussion gestellt, wobei unter dem Gesichtspunkt der Harmonisierung der in solche Abschlüsse hineinspielenden Rechtsgebiete (Zivilrecht, Steuerrecht, Strafrecht) eine Mischwertung naheliegen dürfte, dahingehend, daß aufgrund der langzeitigen Risiken der Kapitalanlage Schaden bereits dann gegeben ist, wenn sich bei Saldierung von Nutzen und Lasten kein Vermögensvorteil ergibt und zusätzlich das konventionelle Vergleichsmodell überhaupt einen Nutzen ergibt.

7. Die Berechnungsformel und ihre Anwendung

Es wird davon ausgegangen, daß sich der Wert der Immobilie mit 7 Faktoren berechnen läßt:

- I = Immobilienverkehrswert zur Zeit des Verkaufs zzgl.
- D = Disagioersparnis-effekt bei 6 Krediten mit jeweils 5jähriger Laufzeit und 10 %igem Disagio zzgl.
- A = 100 %ige Abschreibung des Gesamtaufwandes (Grund und Boden vereinfachend reingerechnet) zzgl.
- M = Nettomiettertrag, abzgl.
- LV = Gegenwert der Tilgungsleistung an die Lebensversicherung,
- Z = Effektivzins,
- W = Wertverlust Gebäude.

Beim Annuitätendarlehen werden Z und LV zu einer Summe Zins- und Tilgung (ZT).

Zur Erläuterung:

Verluste aus Vermietung und Verpachtung kompensieren sich nach dieser Rechnung durch eine kontinuierlich wachsende Miete dahingehend, daß in den ersten Jahren nach dem Erwerb zwar Verluste steuerlich geltend gemacht werden können, nach einer entsprechenden Mietpreissteigerung aber Einnahmen zu versteuern sind.

Bzgl. der Lebensversicherung wird davon ausgegangen, daß ein eventuell sich aus der Beitragszahlung ergebender geringer Steuervorteil kompensiert wird, indem die verkaufte Lebensversicherung gemessen am Marktüblichen relativ teuer ist, weil sie typischerweise über Strukturvertriebe veräußert wird und daher risikospezifisch in die Prämien und Provisionskalkulation das Stornorisiko hineingerechnet ist. Zusätzlich wird der Gesamtaufwand ohne Abzug ausgewiesener weicher Kosten als voll absetzbar gerechnet.

Zur Vereinfachung der Rechnung wird daher kalkuliert, daß in den 30 Jahren Laufzeit der Finanzierung eine Abschreibung in voller Höhe des Kaufpreises eintritt, wobei ebenfalls von einem durchschnittlichen Erwerber in dem Sinne ausgegangen wird, daß dieser über die Dauer des Erwerbs einen Durchschnittssteuersatz von 35 % aufweist, nicht arbeitslos wird und auch sonst keine Einbußen hinzunehmen hat, etwa durch Mietausfälle.

Es wird weiter davon ausgegangen, daß das Disagio alle 5 Jahre in Höhe von 10 % als Kreditfinanzierungskosten voll abgesetzt werden kann, dieser Beitrag zur Abschreibung der Immobilie also noch

hinzutritt. Beim Nettomietvertrag wird davon ausgegangen, daß eine Verwaltergebühr von DM 25,— auf die ganze, d. h. DM 12,50 auf die halbe Wohnung anzurechnen sind und weiterhin DM 3,—/qm, als DM 60,— als Instandhaltungsrücklage im vorliegenden Beispiel kalkuliert werden müssen. Die häufig prospektierte Instandhaltungsrücklage von DM 1,—/qm im Monat würde bei 30 Jahren und der angenommenen Mietfläche von 20 qm zu einem Gesamtbetrag von DM 7200,— führen, während gem. der üblichen Abschreibung nach der Lebenszeit des Gebäudes (80 Jahre) diese Quote als Instandhaltung hineingerechnet werden muß, also DM 22.500,—, woraus sich nach unten abgerundet Gesamtinstandhaltungsaufwendungen von DM 21.600,— über die Laufzeit von 30 Jahren errechnen. Der Abzug von Verwaltergebühr und Instandhaltungsrücklage von der Ursprungnettomiete entspricht der Überlegung, daß der Anteil von Verwaltergebühr, Nettomiete und der Instandhaltungsrücklage sich im Verhältnis zueinander nicht verändert.

Beim nachfolgenden Berechnungsbeispiel wird von einer kontinuierlichen Mieterhöhung dahingehend ausgegangen, daß alle 5 Jahre die Miete um 15 % erhöht werden kann, wobei auch die Kostenquote gleich bleibt.

Notarkosten und Grunderwerbssteuer sowie die Außenprovision sind als vernachlässigbar zugunsten der Beschuldigten weggelassen worden, obwohl sich auch hier eine Erhöhung aus dem aufgeblähten Kaufpreis zu Lasten des Erwerbers ergibt, der aufgrund der errechneten durchschnittlichen Steuerlast von 35 % jedoch auf 65 % der vergleichbaren Mehrkosten, als Anschaffungskosten, schrumpft.

Nimmt man diese Kriterien als gegeben an, verteilen sich Nutzen und Lasten wie folgt, wobei von einem Effektivzins von 9,2 % im Durchschnitt ausgegangen wird (durchschnittlicher Effektivzins der letzten 20 Jahre zzgl. bankentypischer Bauherrenaufschlag, günstig gerechnet mit 1 %):

	Rechnung 1		Rechnung 2	
	Nutzen	Lasten	Nutzen	Lasten
Immobilienwert z. Zt. des Kaufs	60000,—	Tilgung 132000,— LV	60000,—	Tilgung 66000,— LV
Effektivzins 9,2 % Z		331200,—		165600,—
Disagioersparnis-effekt D	6 × 35/10 = 3,5 % = 25200,—		12600,—	
AfA 100 % Gebäude A	35 % aus 120000,— = 42000,—	22.500,—	21000,—	22.500,—
Miete 15,—/m ² — 3,— Insth./m ² u. DM 12,50 VW/Mon. Jahr 1—5			wie Rg 1	
	13650,—			
	2047,50			
Jahr 5—10	15697,50			
	2354,55			
Jahr 11—15	18052,05			
	2707,80			
Jahr 16—20	20759,85			
	3113,85			
Jahr 21—25	23873,70			
	3580,95			
Jahr 26—30	27454,65			
M				
Summe M	119487,75		119487,75	
Saldo	246687,75	485700,—	213087,75	254100,—

Das Ergebnis ist nur auf den ersten Blick erstaunlich, auch die konventionell finanzierte Immobilie weist bei der Rechnung von Nutzen (DM 213.087,75) zu Kosten (DM 254.100,—) ein Defizit auf. Dies wird über die zu erwartende Immobilienpreissteigerungen über 30 Jahre jedoch aufgefangen, d. h. bei vorsichtiger Einschätzung der Immobilienpreis- und Inflationsrate kann von einer Verdopplung des Wertes ausgegangen werden, der bei der Nutzenkalkulation noch nicht berücksichtigt ist. Die konventionelle Immobilie führt somit selbst bei der gewählten Langzeitfinanzierung und Tilgungsart, die die teuerste denkbare ist, zu einem leichten Vermögensvorteil.

Die sogenannte Steuersparimmobilie führt zu Lasten in Höhe von DM 485.700,— nach der angewandten Formel im Verhältnis zu einem Nutzen von DM 246.687,75. Dabei wird sogar davon ausgegangen, daß das Finanzamt dem Modell nicht „auf die Schliche“ kommt und die aus den überteuerten Herstellungskosten etc. sich ergebenden Abschreibungskosten anerkennt.

Die Immobilie nach Rechnung 1 müßte, um den enormen Defizitbetrag aufzufangen ihren Wert binnen 30 Jahren vervierfachen, damit der Erwerber plus/minus 0 herausgeht. Tatsächlich ist wie bei Rechnung 2 von einer Verdopplung auszugehen, so daß der Schadensbetrag:

$$\begin{aligned}
 & \text{DM 485 700,—} \\
 & \text{minus DM 246 687,75} \\
 & \text{minus DM 60 000,—} \\
 & \text{DM 179 012,25}
 \end{aligned}$$

Dieser Schadensbetrag ist realistisch. Zwar hat der Geschädigte die Möglichkeit, durch eine Umstellung der Finanzierung etc. zu mindern, zu berücksichtigen ist jedoch nur das Modell, das ihm verkauft wurde.

Die genannte Formel, die sich sicherlich noch verfeinern läßt, ermöglicht es, relativ genau den wirtschaftlichen Langzeitschaden, der als normale Folge der Vertragsabschlüsse eintritt, zu berechnen, wobei sich im Anschluß hieran das Problem der Stoffgleichheit stellt. Der Vermögensvorteil des Initiators, im Ausgangsbeispiel des A sowie des Bauträgers B besteht nur in der Abschöpfung des Mehrwerts, d. h. der Differenz zwischen Verkehrswert und Verkaufswert (Gesamtaufwand) der Immobilie, d. h. maximal 50 % von DM 120.000,— = DM 60.000,—. Treuhänder etc. erhalten jeweils ihren Beuteanteil.

An dem Merkmal der Stoffgleichheit sollte festgehalten werden, da der geschilderte Fall mit dem vergleichbar ist, in dem ein Einbrecher einen großen Schaden anrichtet, um an ein vergleichsweise geringwertiges Diebesgut zu kommen.

Wäre dem Kunden die Gesamtheit der Auswirkung des von ihm abgeschlossenen Vertragspakets bekannt, würde er bei gleicher Vermögenslage entweder gar nicht oder ein Modell erwerben, bei dem die Kostensteigerungsfaktoren, die für eine langzeitige negative Bilanz sorgen, nicht enthalten sind. Insofern besteht der Betrug nach dieser Schadensberechnung in einem Überreden zur Unterzeichnung nutzloser und schädigender Verträge, bei denen der Vermögensvorteil (z. B. die diversen Funktionsträgergebühren) mit einem noch wesentlich höheren Vermögensnachteil korrespondiert, der typischerweise unterschlagen wird.

8. Die Lösung des Ausgangssachverhalts

Alle Funktionsträgergebühren sind Kosten, die typischerweise nur zu einer Erhöhung des Zins- und Tilgungsvolumens und der damit verbundenen Belastungen führen, während natürlich auch bei dem Projekt nach Rechnung 2 Leistungen wie die technische Baubetreuung, Finanzierungsvermittlung etc. mit enthalten sind.

Ebenfalls ein Vermögensnachteil, mit dem kein Vorteil korrespondiert, ist die Innenprovision. Erst wenn die schädigungsintensiven Erfüllungspflichten des Geschädigten offengelegt werden, kann er errechnen, wann für ihn bei seinem Einkommen und seiner Risiko-

einschätzung ein Nutzen eintreten könnte. Da er diesen break-even-point bei der gewählten Konstruktion selbst bei höchstem Steuersatz nie erreichen kann — es sei denn, es gibt gewaltige Immobilienpreissteigerungen u. ä. — bleibt der ihm versprochene Vermögensvorteil unbefragt.

Die Nachteile werden konkludent mit verschwiegen. Die insofern lückenhafte Prospektdarstellung wie auch die lückenhaften Darstellungen des Vermittlers stellen sich als Täuschung dar, der Schaden des Engagements insgesamt läßt sich nach obiger Formel berechnen. Der Betrugsschaden ist berechenbar, wenn nach obiger Formel eine Schadensberechnung möglich ist. Saldieren sich die Aufwendungs- und Ertragsseite positiv, ist für einen Betrugsschaden kein Platz, ist sie negativ, kann sich der Betrugsschaden dadurch reduzieren, daß gem. dem Grundsatz der Stoffgleichheit nur Innen-

provision und Funktionsträgergebühren strafrechtlich als Schaden beim Opfer und Vorteil beim Täter betrachtet werden können.

Jeder Beteiligte an dem Modell ist somit prinzipiell Mittäter. A und B haben bereits bei der Konzeption und dem Ingangsetzen der Vertriebsorganisation billigend in Kauf genommen, daß die betreffenden Schäden angerichtet und die damit verbundenen Vorteile erzielt werden. Bzgl. der Strafbarkeit des einzelnen Vermittlers wird festzustellen sein, ob er die Untauglichkeit des Modells für den einzelnen Erwerber verstanden und dennoch entsprechend verkauft hat. Bei der Bank sind Kenntnisse in Finanzierungsdingen zu unterstellen. Durch die beschriebene Form der Absprache findet eine Hilfestellung statt, ohne die A und B das gesamte Modell nicht auf den Markt werfen könnten. Auch insofern liegt eine Strafbarkeit der Bankverantwortlichen vor (Beihilfe zum Betrug).

Rechtsanwalt Dieter Tenter, Dinslaken/Siegen

Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen

Anmerkung zu OLG Hamm NJW 1992, 1977, und zur Offenbarungspflicht des Garanten

I. Problemstellung

Gegen die Angeklagten war ein Ermittlungsverfahren wegen gefährlicher Körperverletzung anhängig. Sie beantragten gegenüber der StA die Vernehmung des Z als Entlastungszeugen, bei dem es sich tatsächlich um den bis dahin unbekanntes Mittäter handelte. Nachdem gleichwohl Anklage erhoben war, beantragten die Angeklagten gegenüber dem Gericht nochmals die Vernehmung des Z. Dieser bestätigte nach Belehrung gemäß § 55 StPO, daß die Angeklagten mit den Körperverletzungen nicht begonnen, sondern sie sich nur gewehrt hätten. Diese Aussage war falsch. Daß sie zwischen Z und den Angeklagten abgesprochen war, konnte nicht festgestellt werden. Die Angeklagten wurden daraufhin vom Vorwurf der Anstiftung bzw. Beihilfe zur Falschaussage freigesprochen. Die hiergegen gerichtete Revision der StA führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung. Das OLG meint, hier sei Beihilfe zur Falschaussage des Z durch Unterlassen der Angeklagten — notfalls gemäß § 257 I StPO spätestens nach Vernehmung des Z die Wahrheit zu bekennen bzw. dieses zu versuchen — gegeben. Es fehle lediglich an einer endgültigen Beurteilungsgrundlage für die Erfolgsverhinderung des gebotenen Eingreifens der Angeklagten.

Die Entscheidung betrifft ihrem Gehalt nach die Frage, ob aus vorangegangenem gefahr begründendem, jedoch rechtmäßigem Vorverhalten eine Garantenstellung begründet wird durch Benennung eines bislang unbekanntes Mittäters als Entlastungszeugen an einer von den Angeklagten begangenen Schlägerei.

Das OLG hat eine Garantenstellung der Angeklagten für den vorliegenden Fall gejaht, weil der nicht zur Falschaussage angestiftete Entlastungszeuge Z in eine Zwangslage dadurch geriet, daß er bei wahrheitsgemäßer Aussage sich selbst der Mittäterschaft an einer gefährlichen Körperverletzung — begangen durch die Angeklagten — bezichtigt hätte und weil er deshalb wahrheitswidrig deren Einlassung bestätigte.

Zusätzlich zu dieser materiell-rechtlichen Problematik stellt sich die prozessuale Frage, ob ein prozessual zulässiges Verteidigungsmittel: „Die Benennung des Mittäters als Entlastungszeugen“ — Garantenpflichten der Angeklagten — auf eine wahrheitsgemäße Aussage hinzuwirken, auslöst, wenn der Zeuge nach Auffassung des OLG Hamm in eine „sozial unerträgliche“ und „verwerfliche“

Zwangslage wahrheitswidriger Aussage zur Vermeidung einer Selbstbelastung gerät, also in eine „dem Prozeß nicht mehr eigen-tümliche-inadäquate Gefahr“ der Falschaussage¹.

Die Entscheidung des OLG ist für den Verfasser nicht überzeugend.

II. Verpflichtung der Angeklagten zur Korrektur der Zeugenaussage

Daß aus rechtswidrigen Verhandlungen stets eine Gefahrabwendungs-pflicht folgt, ist einhellige Auffassung.

Ob ein rechtmäßiges Vorverhalten zur Begründung einer Garantenstellung ausreicht, ist streitig.

Die h. M. verlangt zur Begründung einer Garantenstellung aus Ingerenz (= gefährdendem Vorverhalten) ein pflichtwidriges Vorverhalten, wobei die Pflichtwidrigkeit in dem Verstoß gegen eine Norm besteht, die gerade dem Schutz des betroffenen Rechtsgutes dient², da aus rechtmäßiger Verursachung einer Gefahr nicht die schwere Belastung der Garantenpflicht für die Abwendung der aus der Gefahr herrührenden Schäden entstehen könne³. Danach wird pflichtwidrig im Sinne von rechtswidrig aufgefaßt, so daß — wenn das Vorverhalten nicht pflichtwidrig war — der Unterlassende mit seinem Vorverhalten das von der Rechtsgemeinschaft in ihn gesetzte Vertrauen nicht enttäuscht habe⁴. Eine allgemeine Mitverursachung reicht für Ingerenz danach nicht aus.

1 OLG Hamm aaO. NJW 1992, 1977, 1978 = NSiZ 1993, 82, sowie die Anmerkung dazu von Seebode NSiZ 1993, 83, und die historische Analyse von Scheffler GA 1993, 341 ff. Anders jedoch LG Münster StV 1994, 134 mit Anmerkung Brammsen, der Gehilfenstrafbarkeit bzw. Anstiftung durch aktives Tun annimmt, vgl. Brammsen StV 1994, 136. Vgl. auch OLG Köln. Beschluß v. 10. 7. 1990 — Ss 320/90 —, NSiZ 1990, 594 unter Hinweis auf BGHSt 17, 321, 323. Vgl. dazu noch BGHSt 3, 18 ff. und die ausdrückliche Aufgabe dieser Rechtsprechung in BGHSt 17, 321, 324.

2 Vgl. Dreher-Tröndle, StGB-Kommentar, 46. Aufl. § 13 Rdn. 11; Lackner, StGB-Kommentar, 20. Aufl. § 13 Rdn. 11; Schönke-Schröder-Stree, StGB-Kommentar, 24. Aufl. § 13 Rdn. 35, 37; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 23. Aufl. § 16 II 6 c) m. w. N.

3 Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. § 87 I 2 c. S. 290; Jescheck, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. § 59 IV 4 a S. 507; Lackner, aaO. m. w. Rechtsprechungs-nachweisen; LK-Jescheck Band 1, 10. Aufl. § 13 Rdn. 33.

4 SK-Rudolph, 3. Aufl. § 13 Rdn. 40.