

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 Möhrenschlager, 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

## Innenprovisionen als Betrug

### 1. Fragestellung

Bei prospektmäßig vertriebenen Immobilien (sog. „Steuersparimmobilien“) ist in der Zivilrechtsprechung unterhalb der Ebene des BGH seit geraumer Zeit streitig, ob die von einzelnen auf der Initiatorenseite stehenden Beteiligten gezahlten Innenprovisionen aufklärungspflichtig sind und einen Schadensersatzanspruch nach culpa in contrahendo auslösen können oder nicht<sup>1</sup>.

In diesem Beitrag soll untersucht werden, ob sich die betreffenden Beteiligten durch das Verschweigen der Innenprovision oder durch das konkludente Vortäuschen, es gäbe nur eine Außenprovision, auch strafbar machen können.

### 2. Ein typischer Fall

Bauträger B möchte einen Wohnblock mit 200 Wohnungen errichten. Um den Abverkauf rasch zu sichern, verhandelt er mit der Strukturvertriebsorganisation des S. Dieser sichert ihm zu, vom 1. 7. bis zum 31. 12. alle Wohnungen in der Form zu vertreiben, daß alle Kaufvertrags-Urkunden unterschrieben sind und die Finanzierung gesichert ist.

S bietet dem Bauträger ein Full-Service-Paket an, wonach der Bauträger sich der vorhandenen mit S kooperierenden Firmen bedienen kann, darunter einer Treuhandfirma, verschiedener Vertriebsorganisationen, einem technischen Baubetreuer, einem Finanzierungsvermittler, sowie eine Mietgarantiefirma und einer Verwalterfirma für das Wohnungseigentum nach WEG und für das Sondereigentum.

Für dieses Full-Service-Paket verlangt S, daß auf den Bauträgerabgabepreis pro Wohnung 25 % Innenprovision aufgeschlagen werden, d. h. der m<sup>2</sup> nicht, wie vom Bauträger konventionell kalkuliert DM 3000,—, sondern DM 4000,— kostet.

Daneben erhält S mit seinen Vertriebsorganisationen das Recht, noch eine Außenprovision in Höhe von 3 % zzgl. MwSt. auf den Gesamtaufwand zu kassieren. Bezüglich der DM 1000,— Provision pro m<sup>2</sup> wird vereinbart, daß die Hälfte davon sofort mit Beurkundung fällig wird, die andere Hälfte aber erst als Schließungsprovision, d. h. wenn tatsächlich zum 31. 12. 100 % abverkauft sind.

Um die so überteuerten Wohnungen günstig zu rechnen, werden im Berechnungsbeispiel, mit dem die Vermittler der Firmen des S arbeiten, die Kunden mit Zahlen versorgt, die zwar rechnerisch zu

treffen, ihnen aber irreführend eine niedrige monatliche Belastung versprechen. Letztendlich beruht dies darauf, daß die von der Mietgarantiefirma versprochene Garantiemiete weit über dem Marktüblichen liegt und die Steuerersparnis aus Höchststeuersätzen vereinfachend in der Berechnung zur Garantiemiete hinzuaddiert wird. Außerdem wird mit dem Nominalzins und nicht mit dem Effektivzins gerechnet, so daß nach der Gesamtheit aller Manipulationen in der Berechnung für die Bauphase und die Vermietungsphase der jeweilige Erwerber in der Bauphase durch die Steuervorteile noch etwas herausbekommt und in der Vermietungsphase nur zwischen DM 20,— und DM 150,— investieren muß, um das Wohnungseigentum zu halten.

Entsprechend geschult verkauft die Vertriebsorganisation des S tatsächlich alle Wohnungen, bei allen Erwerbern wird im Berechnungsbeispiel die unwahrscheinlich günstige Kalkulation vorgezeichnet, die Innenprovision wird nicht mitgeteilt, die Außenprovision zusätzlich zum Gesamtaufwand, der in der Beispielsrechnung enthalten ist, abkassiert. Der Notartermin ist kein Hindernis, da durch Spontan- und Massenbeurkundungen jeder Erwerber so unter Druck gerät, daß er weder nachfragt noch bei Verweisung auf die Stammurkunde nach § 13a BeurkG auf Verlesen besteht.

### 3. Der wirtschaftliche Hintergrund

Die beschriebene Konstellation ist typisch. Ein hochkomplexer Vorgang wie der Kauf einer Steuersparimmobilie, einer am grünen Tisch konzipierten Wohnanlage oder Gewerbeanlage, wird unter Verminderung der Komplexität auf ein einfaches Berechnungsbeispiel reduziert. Von psychologisch geschulten „Drückerkolonnen“ der vornehmeren Art werden die Immobilien an unerfahrene Erwerber, die meist entfernt vom verkauften Objekt wohnen und die lokalen Preise nicht kennen, veräußert.

Da die Erwerber die Innenkalkulation nicht kennen, wissen sie nicht, daß sie gegenüber der konventionellen Immobilie eine über- teuerte Immobilie gekauft haben, und sie haben in der Regel weder Zeit noch Fachverstand, die Angelegenheit zu überprüfen.

<sup>1</sup> Vgl. z. B. dagegen: LG Aachen vom 18. 11. 93, unveröffentlicht, Az. 8 O 340/93; dafür: OLG Stuttgart vom 19. 12. 95, Az. 12 U 82/95, mitgeteilt v. RAin Binder, Stuttgart.

Der Einsatz von Strukturvertrieben wird von der Bauträger- und Initiatorseite im Regelfall damit begründet, daß ohne die Vertriebsorganisationen und das bereitgestellte Gesamtpaket von Immobilie und Finanzierung und Nebenleistungen (Mietgarantie etc.) ein Abverkauf in der erforderlichen Schnelligkeit nicht geschehen könne. Würde der Abverkauf über konventionelle Verträge und Makler vor sich gehen, würde er nicht in einem halben Jahr stattfinden, sondern 2 bis 3 Jahre dauern, in dieser Zeit entstünden Finanzierungskosten, Baukosten, Leerstandskosten, deswegen sei die bei den Strukturvertrieben vertriebene Immobilie regelmäßig etwas teurer. Im übrigen gehöre die Innenprovision zum Betriebsgeheimnis. Der Bauträger könne ja normalerweise ohne Zahlen der Innenprovision einen viel höheren Gewinn machen, mit dem Einsatz des Strukturvertriebes verliere er also und gewinne nichts.

Demgegenüber wird der Einwand erhoben, daß die Innenprovision, wie im Beispielfall, auf den konventionellen Bauträgerpreis (in dem auch ein Gewinn enthalten ist) aufgeschlagen wird. Die Wohnungen verkaufen sich dennoch, weil die erworbenen Interessenten ja ursprünglich gar keine Wohnung suchen und auch keinen weiten Blick auf den Markt und die unterschiedlichen Preise haben, sondern erst- und letztmals durch den Strukturvertriebsmitarbeiter mit Immobilienprodukten desselben, alle überteuert, konfrontiert werden. Ihr Blick ist also verengt. Der Mitarbeiter kommt regelmäßig über eine Empfehlung einer vertrauenswürdigen Person aus der Familie, dem Verein usw., gemäß dem psychologischen Modell, daß persönliche Argumente beim Empfänger eher wirken als Sachargumente<sup>2</sup>.

Gearbeitet wird mit Symbolik (Vermögenszuwachs, Steuerersparnis) und der scheinbaren Präzision der individuellen Berechnung („Mit nur DM 20,—/Monat wirst Du Wohnungseigentümer“). Die konkrete und überteuerte Wohnung ist in der Diktion des Mitarbeiters des Strukturvertriebes natürlich immer ein besonders günstiges Angebot, welches man nur mit großem Glück gerade bei schnellem Zugreifen noch erhaschen könne.

#### 4. Die Rechtsfrage

Da die genannten Immobilien im Regelfall von den Strukturvertriebsmitarbeitern mit Hilfe von einem oder mehreren Prospekten verkauft werden, kommt immer der Prospektbetrug nach § 264 a StGB in Frage, wenn die Innenprovision in Prospekten nicht offen ausgewiesen und klar als solche deklariert ist, so daß gemäß dem Transparenzangebot des Prospekthaftungsrechtes der Erwerber sieht, wie sich der Preis zusammensetzt<sup>3</sup>.

Daneben kommt jedoch auch Betrug in Betracht, entweder in Form der konkludenten Täuschung — der Erwerber wird dahingehend getäuscht, er bezahle nur 3 % Maklercourtage zzgl. MwSt. — oder in Form des pflichtwidrigen Unterlassens der Mitteilung der Innenprovision und ihre Höhe. Letzteres kommt dann in Betracht, wenn die Außenprovision nicht geltend gemacht und gefordert oder im Zuge des Verkaufsgesprächs großzügigerweise erlassen wird.

2 Vgl. Gallandi, „Staatsschutzdelikte und Pressefreiheit“, Königstein 1983, im kommunikationspsychologischen Teil S. 166 ff.

3 Vgl. Assmann/Schütze/von Heymann, Handbuch des Kapitalanlagerechts, München 1990, Seite 131 ff.

4 Vgl. BGH, wistra 1985, S. 67/68.

5 Vgl. Urteil vom 8. 7. 81, 3 StR 457/80, BGHSt 30, 177—182.

6 Vgl. BGHSt 30, 181.

7 Vgl. BGHSt 30, 388 ff.

8 Vgl. Dreher/Tröndle, § 263, Rn. 32 a m.w.N.

9 Vgl. Dreher/Tröndle, § 331, Rn. 11.

10 Vgl. dazu OLG Düsseldorf vom 3. 5. 90, KaRS 1990, 783—785.

11 Vgl. BGH NJW 1991, 1819; vgl. Quack, höchstrichterliche Rechtsprechung zum privaten Baurecht Köln 1993, Rn. 26 m.w.N.

## 5. Die bisherige Rechtsprechung zur Innenprovision

### 5.1 Strafrecht

In einer Entscheidung des 1. Senats des BGH vom 1. 10. 85 wurde ohne weitere Begründung angenommen, daß derjenige einen Subventionsbetrug begehen könne, der im Rahmen eines Subventionsverfahrens auf Gewährung eines Investitionszuschusses den Kaufpreis für ein Objekt angibt, ohne dabei offenzulegen, daß von der Verkäuferseite eine Provision zugesagt worden ist, die der Käuferin als Mittel zufließen soll. Konkret erhöhte sich durch die Innenprovision der Kaufpreis (für ein Flugzeug) um 20 %<sup>4</sup>.

Als Betrug für strafbar erklärt wurden Innenprovisionen weiterhin beim Handel mit Optionen auf Warenterminkontrakte<sup>5</sup>. Dort heißt es:

„Es kann nicht zweifelhaft sein, daß das Landgericht in diesem Verhalten des Angeklagten, der sich das Tun seiner gemäß seinen Weisungen, jedenfalls aber mit seinem Einverständnis handelnden Telefonverkäufe zurechnen lassen muß, mit Recht den Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB) erfüllt sieht. Die Kunden des Angeklagten wurden über die Eigenschaften der ihnen verkauften Optionen getäuscht. Während die Optionen infolge der hohen Aufschläge dem Kunden nur eine minimale Gewinnchance verschafften, wurde ihnen vorgespiegelt, sie handelten sich eine nahezu sichere Gewinnerwartung ein.“

Die Täuschung führte in allen Fällen zu einem, entsprechenden Irrtum der Kunden, der die Ursache für die Zahlung der Optionsprämie, also einer Vermögensverfügung wurde, aus der dem Kunden ein Vermögensschaden erwuchs. Dieser Schaden trat bereits mit der Zahlung ein, da die Kunden nicht den der Optionsprämie objektiv entsprechenden Gegenwert erhielten<sup>6</sup>.

Nach einer weiteren Entscheidung vom 23. 2. 82 besteht der Schaden in dem Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem wirklichen Wert der Option (Marktpreis)<sup>7</sup>. Jeder Prämienaufschlag, der die Gewinnchancen mindert, wird seitdem als betrugsrelevant angesehen<sup>8</sup>.

Unabhängig davon, ob es eine Provisionsvereinbarung gibt oder einfach „geschmiert“ wird, sind auf einen vertraglichen Erfolg gerichtete Leistungen weiterhin bei Beamten als Bestechung strafbar, eine diesbezügliche Provisionsvereinbarung gilt, da kein gesetzlich begründeter Anspruch eines Amtsträgers besteht, als Unrechtsvereinbarung<sup>9</sup>.

### 5.2 Zivilrechtsprechung

Nach dem ultima-ratio-Gedanken soll das Strafrecht nur eingreifen, wenn andere Rechtsnormen zur Regulierung von Lebenssachverhalten versagen. Daher wird man annehmen müssen, daß eine Strafbarkeit wegen Betruges durch unterlassene Aufklärung entfällt, wenn und soweit selbst zivilrechtlich keine Aufklärungspflicht besteht.

Insofern ist die Zivilrechtsprechung von einiger Bedeutung. In den entschiedenen Einzelfällen ist die Aufklärungspflicht unterschiedlich begründet worden:

Wenn ein Steuerberater oder dessen Angestellter eine Provision erhalten hat, ist allein dies aufklärungspflichtig und begründet eine Schadensersatzpflicht. Denn nach der Lebenserfahrung soll davon auszugehen sein, daß die Anlageentscheidung nicht getroffen worden wäre, wenn die Provisionszahlung offenbart worden wäre, mindestens hätte sich der Anleger kritischer erkundigt und im Zweifelsfall anderweitig beraten lassen<sup>10</sup>.

Trifft ein Auftragnehmer mit dem künftigen Baubetreuer Provisionsabsprachen, muß er dies im Rahmen der vorvertraglichen Verhandlungen mit dem Auftraggeber offenbaren. Erfährt dieser von den Provisionen, hat er das Recht, die insofern überteuerten Bauleistungen zurückzufordern, bei denen zu vermuten ist, daß es sich um Provisionen handelt<sup>11</sup>.

Liegt ein Emissionsprospekt für einen geschlossenen Immobilienfonds vor, müssen alle Sondervorteile, die gewährt werden, offengelegt werden. Die Offenbarungspflicht erstreckt sich nicht nur auf

die der Treuhandkommanditisten, sondern auf die sämtlichen Gründungsgesellschaftern und den mit ihnen verflochtenen Unternehmen gewährten Sonderzuwendungen. Für den Beitrittsentschluß eines Interessenten sind weniger die einzelnen als vielmehr die Summe der Sondervorteile von Bedeutung. Dabei ist unbeachtlich, ob sich eine Vergütung der jeweiligen Leistung im angemessenen Rahmen hält und üblich ist. Denn entscheidend für den Anleger ist die aus der Summe sich ergebende Relation sowie die kapitalmäßige und personelle Verflechtung, woraus sich eine Gefahr einer Interessenkollision ergibt<sup>12</sup>.

Für die im Ausgangsfall zitierte Steuersparimmobilie (Neubau) hat das OLG Stuttgart entschieden:

„Eine die Schadensersatzpflicht nach c.i.c. auslösende Pflichtwidrigkeit der Anlagevermittlerin liegt auch darin, daß sie beim Beratungsgespräch als unabhängige und neutrale Anlageberaterin aufgetreten ist und nicht darüber aufgeklärt hat, daß sie zusätzlich zu der vom Kunden zu bezahlenden Vermittlungsgebühr eine weitere Innenprovision von der Klägerin in Höhe von 15 bis 17 % des Gesamtaufwandes erhält, und daß die Gesellschafter . . . der Klägerin zu jeweils 25 % an ihr beteiligt sind. Bei dieser wirtschaftlichen, kapitalmäßigen und personellen Verflechtung zwischen der Anlagevermittlerin und der Klägerin als Bauträger und Initiator des Erwerbmodells handelt es sich nach Auffassung des Senats um eine aufklärungspflichtige Tatsache, da aufgrund dieser Interessenkollision für den Anleger die erhebliche Gefahr besteht, daß er keine richtige und vollständige Information über alle für den Anlageentschluß wesentlichen Umstände erhält<sup>13</sup>.“

Zur Einschätzung der Verträge noch beim Bauherrenmodell hatte der BFH ausgeführt:

„Auch bei der einkommenssteuerrechtlichen Beurteilung der Aufwendungen im Rahmen einer Bauherrengemeinschaft ist davon auszugehen, daß die von den Bauherren bzw. Erwerbern geschlossenen einzelnen Verträge — Grundstückskaufvertrag, Treuhandvertrag, Baubetreuungsvertrag, Vermittlungs- und Beratungsverträge usw.

. . . auf die Übertragung des Eigentums an einem bebauten Grundstück (Wohnungseigentum) gerichtet sind. Der einzelne Vertrag hat im Rahmen des gesamten Vertragsgeflechts keine selbständige Bedeutung, sondern ist nur im Zusammenhang mit den anderen Verträgen wirtschaftlich sinnvoll<sup>14</sup>.“

Demgegenüber meint das Landgericht Aachen, daß keine Aufklärungspflicht bestehe, denn die Zahlung einer solchen Provision berühre nur „die interne Preiskalkulation der Beklagten“<sup>15</sup>.

## 6. Die Rechtsnatur der Innenprovision

Die rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten der Innenprovision ergeben sich aus den zitierten Entscheidungen. Die aufgestellten Rechtsgrundsätze können formuliert werden wie folgt:

- Wenn der Staat eine Subvention gewährt, muß er wissen, wofür.
- Wer ein Bauwerk in Auftrag gibt oder erwirbt, muß wissen, ob darin nicht werterhöhende Kosten enthalten sind.
- Wer die geplanten Provisionsflüsse kennt, weiß um die wirtschaftliche und tatsächliche Verflechtung der Beteiligten und kann sich sachgerecht entscheiden.
- Nur wer die Provisionshöhe kennt, kann im Sinne des Transparenzgebots ein Kapitalanlagegebot sauber kalkulieren und sachgerecht bewerten.
- Welchen Namen die Provisionsverträge tragen, ist unbeachtlich.

Doch damit beginnen erst die Schwierigkeiten. Regelmäßig haben, wie im Ausgangsfall, die Initiatoren die Gestaltungsfreiheit, während die Anleger lediglich die vorformulierten Treuhandurkunden, Notarverträge, Darlehensverträge, Grundschuldbestellungen etc. unterschreiben und gleichmäßig nur mit Hilfe der Prospekte informiert werden, wenn und soweit die Prospekte vor Beurkundung überhaupt sachgerecht eingesehen werden können. Was die Erwerber sehen, entscheidet die Schulung der Vermittler seitens der Initiatoren und die Kontrolle der Durchführung.

Wer aber konzipiert, kann die Innenprovision nicht nur im Bauträgerabgabepreis verstecken, sondern ebenso in allen anderen Preisbestandteilen, etwa in einer besonders hohen Gebühr für den Steuerberater, für den Mietgaranten, in einer Konzeptionsgebühr, in der Pre-Opening-Gebühr, einer Mietverwaltungsgebühr usw.

Es ist absehbar, daß die Justiz damit überfordert ist, analog zu den Warenermingsgeschäften im jeweiligen Vertragswerk den Unterschied zwischen Marktpreis (objektivierbar und zulässig) und tatsächlichem Preis (um die Innenprovision überhöht) festzustellen. Andererseits ist der Unterschied zwischen Geschriebenem und Praktiziertem betrugstypisch.

Eine rechtliche Schwierigkeit besteht darin, jeweils im Einklang mit dem Grundsatz in dubio pro reo darzutun, daß es sich um eine Innenprovision und nicht um eine Mietgarantiegebühr, Marketinggebühr, Prospektherausgabegebühr etc. handelt. Von daher stellt sich die Frage, ob der Blick auf die Innenprovision selbst Klarheit verschaffen kann. Fraglich ist insofern die Rechtsnatur der Innenprovision.

Wie der Name sagt, handelt es sich nicht um eine Dienstleistungsgebühr, sondern um eine Provision, die nicht nach außen kenntlich gemacht wird. Provisionen sind nach Maklerrecht im Erfolgsfalle zu bezahlen. Von daher scheiden sämtliche Gebührenformen aus, die gezahlt werden, auch wenn der Erfolg (Vertragsabschluß und gegebenenfalls Erfüllung bezüglich der Übertragung von Wohnungseigentum, Gewerbeigentum, Fondsanteilen) nicht eintritt.

Liegt in diesem Sinne eine echte Provision unabhängig vom Namen der einzelnen Gebühren und dem Wortlaut der Verträge in der Gesamtschau vor (bei Immobilienfonds „weiche Kosten“ gleich nicht werterhöhende Kosten genannt), entsteht der bereits zitierte Einwand der Sinnfälligkeit der Innenprovision im Sinne einer gegenüber dem Maklergeschäft gesonderten Leistung der Strukturvertriebe und die Frage nach der Berechtigung der Abschirmung von Gewinnverteilung.

Wie bereits erörtert, wird die über die Maklerprovision hinausgehende Höhe der Innenprovision damit gerechtfertigt, daß ansonsten große Objekte mit vielen Einheiten nicht rasch genug vertrieben werden könnten, so daß bei Wegfall einer Innenprovision die jeweilige Einheit zwar billiger wird, aber durch die dem Erwerber auferlegten Finanzierungslasten aus der Erhöhung der Bauzeit und den Leerständen wiederum teurer würde (Beweisbarkeit des Schadens).

Dieses Argument ist bezüglich der Bauzeit sicherlich nur insofern zutreffend, als mit dem schnellen Abverkauf durch den Strukturvertrieb lediglich die Bauträgerfirma, die die Wohnung zum Komplettpreis anbietet, ihr Risiko des nicht vollständigen Abverkaufs über den Strukturvertriebspreis auf die Erwerber umlegt, während sie andernfalls die Kalkulation mit einem dauerhaften Leerstand bis zum Abverkauf durch Makler ohne Strukturvertrieb ebenfalls auf den Preis umlegen müßte. Ob der Strukturvertrieb „sein Geld wert ist“, erfährt sie durch den Einsatz des Strukturvertriebes nie. Die Preisgerechtigkeit der Innenprovision im Sinne eines Ersparens einer anderweitigen Kostenkalkulation läßt sich so nicht handfest bestimmen, aber auch schwer widerlegen.

Das zweite Argument, die Innenkalkulation geheimhalten zu dürfen, ist dagegen seit Einführung des § 264a StGB und der Aufstellung umfänglichster zivilrechtlicher Prospekthaftungsgrundsätze kaum begründbar. Denn wer sich auf die Schiene des typisierten Abverkaufs typisierter Kapitalanlagen per Prospekt mit Hilfe vereinfachter Berechnungsbeispiele begibt, muß sich an die Anforderungen an Klarheit, Eindeutigkeit, Vollständigkeit und Transpa-

12 Vgl. BGH vom 10. 10. 94, II ZR 95/93.

13 Vgl. OLG Stuttgart vom 19. 12. 95, Az. 12 U 82/95.

14 Vgl. BFH Vorbescheid vom 4. 4. 89, KaRS 1989, S. 319-325.

15 Vgl. LG Aachen vom 18. 11. 93, Az. 8 O 340/93.

renz halten, die die Rechtsprechung für diese Produkte, seien es Fonds, Neubau- oder Altba Immobilien oder sonstige neue Kapitalanlageformen, verlangt.

Die Feststellung, daß die Rechtsnatur der Innenprovision eine Provision nach Maklerrecht ist, gibt so zur Klärung der Strafbarkeit wenig her.

## 7. Die eigene Lösung

Verschiedene Entscheidungen stellen, wie dargelegt, darauf ab, daß der Erwerber mit der Information über die Innenprovisionen auch Informationen über die Verflechtungen und die Interessenlage der Firmen und Personen erhält, mit denen er nach dem Kapitalanlagemodell Verträge abschließen soll. Dies entspricht dem prospektrechtlichen Transparenzgebot und ist von daher zunächst plausibel bezüglich der zivilrechtlichen Aufklärungspflichtverletzung.

Auch das Argument aus der Entscheidung des 1. Senats bezüglich der Aufklärungspflicht von Innenprovisionen bei Subventionen, daß eine subventionserhebliche Tatsache offenbarungspflichtig ist, läßt sich gut dahingehend auslegen, daß auch im Rahmen des Betruges eine Täuschung nicht mit dem Hinweis auf eine Preisgestaltungsfreiheit ausgeschlossen werden kann, wenn der staatliche Bereich tangiert ist. Immerhin können Steuersparimmobilien im Regelfall voll umfänglich abgeschrieben und einkommenssteuermindernd eingesetzt werden, so daß eine Nichtausweisung der Innenprovision zu einer steuerrechtlichen Subventionierung von Luftanteilen im Kaufpreis führt. Schaut das Wohnsitzfinanzamt des Erwerbers später bei einer Steuerprüfung genauer hin, können erhebliche Steuer rückzahlungen bei Herabsetzung der AfA-Bemessungsgrundlage — fällig werden.

Ist die Steuersparimmobilie durch Innenprovisionen gar so überteuert, daß die betriebswirtschaftliche Gewinnzone für die fremdgenutzte Wohn- oder Gewerbeimmobilie nach dem vorhersehbaren Lauf der Dinge nicht erkennbar ist, riskiert der Anleger sogar die Aberkennung sämtlicher Steuervorteile, da die Immobilie als ewiges Zuschußobjekt vom Finanzamt als „Liebhabelei“ qualifiziert wird.

Der Rekurs auf die zivilrechtliche Aufklärungspflichtverletzung riskiert allerdings eine Gleichsetzung von Aufklärungspflichtverletzung und strafrechtliche Betrug.

Insofern bietet es sich zur Entkomplizierung der betrugsstrafrechtlichen Ermittlungen an, auf die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 1981 zur Warenterminoption zurückzugreifen, wenn und soweit die Struktur des Abverkaufs von mit Innenprovisionen belasteten Immobilien und Kapitalanlageprodukten anderer Art ähnlich/vergleichbar ist.

Im Ausgangsbeispiel ist dargelegt, daß der Anleger von Strukturvertriebsmitarbeitern mit Hilfe psychologischer Schulung mit einfachsten Mitteln zum Kauf über eine notarielle Beurkundung gebracht wird. Es wird dem Anleger nach der Art und Weise des Strukturvertriebsverkaufs nicht klargemacht, etwa mit Hilfe des Prospekts, daß es sich um einen hochkomplexen Vorgang mit vielen Vor- und Nachteilen handelt, sondern der Blick des Anlegers wird alleine auf die Berechnungsbeispiele im Prospekt und die anhand des Einkommens des Interessenten vorkalkulierte konkrete Berechnung verengt. So erfährt der Erwerber nicht, daß eine konventionell vertriebene Wohnung gleicher Art und Güte billiger ist, daß bei einem auf den Abverkauf zentrierten Erwerbermodell für die Jahre nach der Errichtung seitens der Initiatoren die „nach uns die Sint-

flut“-Mentalität herrscht, unternehmerische man-power und Leistung zum Betrieb der am grünen Tisch geplanten Immobilie nicht sichergestellt ist (Mietgarant meldet Konkurs an) und so ein anderer Typ Immobilie als der konventionelle verkauft wird, was sehr schädlich sein kann.

Mit der Berechnung erhält der Erwerber suggeriert, daß er mit Hilfe der angebotenen Finanzierungs- und Tilgungskonzeption in der Erwerbsphase über den Steuervorteil noch Geld zurückerhält und dann in der Mietphase durch die Höhe der Garantiemiete und der Steuervorteile im Monat nur einen sehr geringen auf die Mark genau bestimmten Betrag aufwenden muß, um die Wohnung zu finanzieren und abzubezahlen. Dieses Vorrechnen entspricht aufgrund der artifizialen Herstellung der mitgeteilten Zahlen durchaus der versimpelten Darstellung eines Warenterminhändlers, der erläutert, daß aufgrund des Aufschlages der Erwerber der Warenterminoption bereits bei einer Schwankung des Optionspreises um nur 1 Prozent 100% Gewinn machen könne.

So wie der Warenterminkunde bei Kenntnis des Aufschlages erfahren würde, daß es gänzlich unwahrscheinlich ist, daß die Option tatsächlich die Stufe von Optionspreis und Aufschlag (Innenprovision) hin zum break-even-point des Gewinns erreicht, würde auch dem Immobilienkunden plausibel werden, daß die angebotene Konstruktion (Kaufpreis zzgl. Innenprovision zzgl. Damnum = Überfinanzierung einer überteuerten Immobilie für 30 Jahre und mehr) für ihn ein extrem nachteiliges Geschäft ist<sup>16</sup>.

Bei zutreffender Berechnung würde er feststellen, daß er die Immobilie bis zum Ende der Laufzeit des Kredits viermal bezahlt und nur das absolut unwahrscheinliche Zusammentreffen von dauerhaft niedrigen Bankzinsen, extrem hohen Mietsteigerungen und extrem hohen Wertsteigerungen nun gerade dieses Immobilienbesitzes geeignet sind, den dauerhaft entstehenden Verlust aufzufangen.

Der zitierte Satz des BGH ist daher entsprechend anwendbar zu formulieren: während das verkaufte Immobilienkapitalanlageprodukt (Steuersparimmobilie) dem Kunden nur eine minimale Ertragschance mit hohem spekulativem Charakter verschafft, wird ihm durch ein Konzept aus Mietgarantie, Steuerersparnis usw. nur eine minimale Belastung pro Monat über die Laufzeit der Finanzierung und damit ein geringer Erwerbenaufwand als sicher zugesagt. Würden die Kunden erfahren, daß aufgrund der Höhe der Innenprovision in erheblichem Umfang nichtwerthaltige Kaufpreisbestandteile mitfinanziert werden, würden sie bezüglich der tatsächlichen Ertragslage und der daraus sich ergebenden monatlichen Belastungen nicht dem Irrtum erliegen, die individuelle Berechnung treffe zu, und hätten den Kauf und die damit verbundenen Vermögensverfügungen nicht getätigt. Bereits mit Zahlung tritt der Schaden ein, da die Kunden nicht den der Investition objektiv entsprechenden Gegenwert erhalten<sup>17</sup>.

## 8. Zusammenfassung

Es erscheint, wie dargelegt, wenig sinnvoll, generell die gesamte Nichtaufklärung über Innenprovisionen als Betrug zu qualifizieren. Hinzutreten muß, daß durch die Art und Weise des Verkaufs der Erwerber durch die konkludente Täuschung, es gäbe nur die Außenprovision, oder aber durch die Nichtinformation über die Innenprovision zusätzlich in einer konkreten Berechnung vermittelt bekommt, er könne mit Hilfe der in der Berechnung enthaltenen Faktoren, Preis, Mietgaranziezahlung, Steuerersparnis etc. die Ertragsituation der finzierten Kapitalanlage Steuersparimmobilie genau im voraus berechnen. Tatsächlich würde er bei Kenntnis der Höhe der Innenprovision erkennen, daß diese Berechnung nicht stimmen kann und für ihn wesentlich ungünstiger ausfällt.

Da auch eine konventionelle ohne Innenprovisionen verkaufte Immobilie eine identische Mietertrags- und Steuervorteilsituation aufweist wie die Strukturvertriebsimmobilie, bestehen keine Beden-

16 Vgl. dazu ausführlich: Gallandi „Schadensberechnung beim Immobilienbetrug“, *wistra* 1994, 243 ff.

17 Vgl. BGHSt 30, 181.

ken, analog zur Rechtsprechung zur Warenterminoption die volle Höhe des Aufschlages/der Innenprovision als Betrugsschaden anzunehmen. Denn in Höhe dieses Aufschlages erwirtschaftet die Immobilie keine Miete und erlangt keine Steuervorteile, sobald die Täuschung entfällt.

Eine Täuschung durch *Unterlassen* liegt selbst dann nicht vor, wenn eine Außenprovision nicht benannt ist. Denn die Innenprovision befindet sich z. B. im Bauträgerabgabepreis verborgen, so daß der Kunde immer darüber getäuscht wird, der im Prospekt genannte Preis für Grundstück und Gebäude sei der Preis für diese Gegenleistung. Weiter wird regelmäßig in den Kaufverträgen (Werklieferungsverträgen) auf die Makler- und Bauträgerverordnung Bezug genommen, die explizit nur Bauleistungen darstellt. Über den Wert einer Leistung wird also wie bei der Warenterminoption auch hier getäuscht. Anders als bei der Warenterminoption geht es jedoch vorliegend nicht nur um relativ wenig erfassbare Begriffe wie „si-

chere Gewinnchancen“ u. ä., sondern darum, daß eine betriebswirtschaftliche Kalkulation (in Prospekt und konkreter Vermittlerberechnung) schlichtweg falsch und irreführend ist, weil bereits die Grundlagen der Berechnung durch die fehlende Mitteilung über die Preiszusammensetzung unrichtig sind.

Weiterhin verliert der Immobilienkunde durch die Langzeitfinanzierung (meistens 30 Jahre stehendebleibender Kredit und Tilgung durch Lebensversicherung) anders als der Terminoptionskäufer nicht nur seinen Einsatz, sondern er ist über die Finanzierung auch zum „Nachschlag“ verpflichtet, d. h. er zahlt das Mehrfache des Kaufpreises drauf, während der Vermögensvorteil beim Täter lediglich in Höhe der beim Abverkauf fälligen Innenprovision entsteht. Die vermögensvernichtende Sozialschädlichkeit ist bei der verschwiegenen Innenprovision bei der Immobilienkapitalanlage somit noch höher als bei der Warenterminoption, nur der Vorteil für den Täter ist geringer.

Wissenschaftliche Mitarbeiter Assessor Jörg Deutscher und Peter Körner, Universität Potsdam

## Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern kollegialer Geschäftsleitungsorgane

— Eine Einführung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH —

(Teil 2)

### Übersicht

Teil 1 (wistra 8/1996)

- I. Problemaufriß
- II. Kausalität zwischen Produktverwendung und Schadenseintritt
  1. Problemaufriß
  2. Allgemeine Kausalitätskriterien
  3. Anforderungen der Rechtsprechung an die Kausalitätsfeststellung
  4. Stellungnahme
- III. Haftung für *Unterlassen*
  1. Die Garantenstellung

### 2. Konkretisierung der gebotenen Handlungspflicht

Hat man eine Garantenpflicht für eine bestimmte Person bejaht, folgt daraus für sie, daß sie verpflichtet ist, alles Erforderliche zur Erfolgsabwendung zu tun. Wie diese Handlungspflicht konkret beschaffen sein muß, ergibt sich aus den Umständen des jeweiligen Einzelfalls<sup>156</sup>. Der Unterlassende hat grundsätzlich das Erforderliche im Rahmen seiner Möglichkeiten zu tun. Damit der Garant seiner Pflicht genügt, muß er alle Maßnahmen und Vorkehrungen treffen, die — gemäß der in dem entsprechenden Bereich herrschenden Verkehrsauffassung — objektiv erforderlich<sup>157</sup> und zumutbar<sup>158</sup> sind, um Gefahren für fremde Rechtsgüter infolge der Fehlerhaftigkeit des Produkts zu vermeiden. In aller Regel kommt der Hersteller seiner Handlungspflicht mit laufender Produktbeobachtung, Hinweisen oder Warnungen an den Produktverwender nach. Im Ausnahmefall kann von ihm — als ultima ratio — auch ein Produktrückruf verlangt werden<sup>159</sup>.

Wenn sich Anhaltspunkte für eine Gefährdung ergeben, bei deren Vorliegen eine sofortige Warnung der Verwender oder gar der Rückruf erforderlich wären, kann der Produktverantwortliche indes in eine Zwangslage geraten. Entkräftet sich der Verdacht, kann eine „voreilige“ Gegenmaßnahme erhebliche Umsatzeinbußen oder zumindest Prestigeverlust nach sich ziehen. Unterläßt der Hersteller umgekehrt zu Unrecht erforderliche Gegenmaßnahmen, kann

Teil 2

2. Konkretisierung der gebotenen Handlungspflicht
- IV. Strafbarkeit des einzelnen Geschäftsleiters bei inner- und zwischenbetrieblicher Arbeitsteilung
  1. Bestimmung strafrechtlich relevanter Verantwortungsbereiche
  2. Grenzen des „berechtigten Vertrauens“
  3. Zurechnung von Mehrheitsbeschlüssen auf die einzelnen Mitglieder von kollegialen Geschäftsleitungsorganen

dies neben der Gefahr straf- und zivilrechtlicher Folgen auch zu einem erheblichen Vertrauensverlust beim Verbraucher führen. Eine weitere Schwierigkeit besteht namentlich bei solchen Schäden, die nach wissenschaftlicher Erkenntnis nicht nachweislich auf die Produktbenutzung zurückzuführen sind, aber gehäuft bzw. regelmäßig mit ihr einhergehen. Mit dieser Frage mußte sich bereits das LG Aachen im „Contergan“-Verfahren eingehend befassen<sup>160</sup>. Das Gericht ging damals zu Recht davon aus, daß das Interesse des Verwenders an seiner körperlichen Integrität dem Vertriebsinteresse des Herstellers überwiegt. Bei der Schwere der Schäden, der

156 *Schönke/Schröder/Stree*, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 151; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung, aaO. (Fn. 7), S. 108.

157 BGH VersR 1972, 559, 560 (Förderkorb); VersR 1989, 1307, 1308 (Pferdebox).

158 Die strittige Frage, auf welche Strafbarkeitsstufe das Kriterium der „Zumutbarkeit“ der gebotenen Handlung zu prüfen ist, soll hier nicht weiter vertieft werden. Bei Unzumutbarkeit der gebotenen Handlung verneinen einige bereits die Tatbestandsmäßigkeit (*Dreher/Tröndle*, § 13 Rn. 16 a.E.; *Drost*, GA 77, 177; *Grünhut*, ZStW 51, 467; *Lackner/Kühl*, § 13 Rn. 5). Nach anderer Ansicht wirkt die Unzumutbarkeit rechtfertigend (*Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, 97 ff.; *Schmidhäuser*, AT, S. 690) oder entschuldigend (*Kienapfel*, OJZ 1976, 201; *SK-Rudolphi*, Vor § 13 Rn. 31; *Wessels*, AT, Rn. 731).

159 BGH wistra 1990, 342, 345 f. (Lederspray).

160 Vgl. oben I.2.a.