

Entscheidungsbesprechung

Täuschung durch Unterlassen

1. Die Strafbarkeit eines Verkäufers wegen Betrugs durch Unterlassen i.S.d. §§ 263, 13 Abs. 1 StGB setzt eine von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängige und nach Abwägung der Interessenlage und des Verantwortungsbereichs der Beteiligten zu bestimmende Garantstellung und -pflicht voraus. Vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften genügen hierfür auch in Verbindung mit den durch „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB) begründeten Aufklärungspflichten nicht ohne weiteres.

2. Gesteigerte Anforderungen für nach § 263 Abs. 1 StGB strafbewehrte Einstandspflichten nach § 13 Abs. 1 StGB aus vorvertraglichen Pflichten gelten in den Fällen, in denen das Gesetz – wie in § 311b Abs. 1 S. 1 BGB – den Vertragsabschluss selbst einer besonderen, der Warnung und dem Schutz der Beteiligten vor Übereilung dienenden Form unterwirft (u.a. im Anschluss an BGHSt 39, 392, 399; OLG Hamm, Urteil vom 08.02.2006 – 13 f. U 165/05 [bei juris] und BGH NSTz 2010, 502 f.).

3. Zur Zulässigkeit eines Klageerzwingungsbeitrages mit dem Ziel der Anordnung der öffentlichen Klage wegen Betrugs durch Unterlassen im Rahmen gegenseitiger Rechtsgeschäfte gehört auch der substantiierte Vortrag von Tatsachen, aus denen sich im Sinne der §§ 263 Abs. 1 i.V.m. 13 Abs. 1 StGB erhebliche Aufklärungspflichten des Beschuldigten ergeben können. (Amtliche Leitsätze)

StGB §§ 263, 13

OLG Bamberg, Beschl. v. 8.3.2012 – 3 Ws 4/12¹

I. Der Anlass dieses Falls – Ein kurzer Exkurs in die StPO

Es ist schnell erzählt, was hier passiert ist, obwohl der Sachverhalt im Einzelnen Fragen offen lässt: Der Antragsteller hat ein Haus gekauft und später festgestellt, dass dieses Schimmel aufweist. Der Käufer möchte nicht nur vom Kaufvertrag zurücktreten oder sich auf Mängelbeseitigung verträsten lassen, sondern er hat subjektiv auch gute Gründe dafür, den Verkäufer wegen Betrugs anzuzeigen. Das tut er, aber es kommt nicht zu einer Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft.

Hier sei ein kurzer Exkurs in die StPO erlaubt: § 158 StPO unterscheidet zwischen einer Strafanzeige und einem Strafantrag. Die Strafanzeige ist eine reine Kenntnisweitergabe über eine (vermeintliche) Straftat.² Beim Strafantrag i.S.d. StPO bekundet der Anzeigende dagegen, er habe ein Interes-

se daran, dass es zu einer Verfolgung der Straftat kommt.³ Das kennen viele Studierende aus leidvoller Erfahrung eines Diebstahls ihres eigenen Fahrrades. Sie sind in dieser Position nicht nur Anzeigerstatter, sondern auch Antragsteller, weil sie mit ihrer Anzeige (konkulent) ihr Interesse an der Verfolgung der Straftat erklärt haben.

Stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein, muss sie den Antragsteller darüber bescheiden, § 171 StPO.

Das ist also die Vorgeschichte der zu besprechenden Entscheidung: Der Käufer hat einen Strafantrag gestellt mit dem Begehren, der Verkäufer der Immobilie möge strafrechtlich wegen Betruges verfolgt werden. Die Staatsanwaltschaft hat das Verfahren aber eingestellt, und dagegen wehrt sich der Käufer jetzt in einem sog. Klageerzwingungsverfahren. Ein solches Verfahren sieht die StPO vor, um die Kontrolle des Legalitätsprinzips zu gewährleisten und den Verletzten einer Straftat vor einer unberechtigten Einstellung des von ihm angestoßenen Strafverfahrens zu schützen.⁴ Voraussetzung für das Klageerzwingungsverfahren ist, dass der Antragsteller gleichzeitig auch der Verletzte ist, § 172 Abs. 1 S. 1 StPO. Verletzt ist der Antragsteller zumindest dann, wenn sich die Straftat gegen seine Rechtsgüter wie etwa sein Eigentum oder Vermögen richtet.⁵ Da der Käufer hier eine Straftat des Betruges behauptet, wäre er in seinem Vermögen verletzt, wenn der Verkäufer sich nach § 263 StGB strafbar gemacht hat,⁶ indem er verschwiegen, dass die verkaufte Immobilie schon in der Vergangenheit Schimmelbefall aufwies.

Das OLG Bamberg hatte damit über einen solchen Klageerzwingungsantrag zu entscheiden. Der Sachverhalt beruht folglich einzig auf den Darstellungen des Käufers. Die Antragsschrift muss es dem OLG nämlich ermöglichen, eine „Schlüssigkeitsprüfung“ vorzunehmen, ohne dass das OLG weitere Akten – insbesondere auch die Ermittlungsakten – heranziehen muss.⁷ Das OLG prüft damit erst einmal nur den Sachverhalt, den der Antragsteller ihm mitteilt. Daraus folgt die Obliegenheit für den Verletzten, die Tatsachen so darzulegen, dass das Gericht eine Verletzung des Legalitätsprinzips folgern kann.

Eine solche verneint das OLG Bamberg hier. Das liegt aber – anders als der Leitsatz 3 der Entscheidung vermuten lässt – nicht an der fehlenden Substantiierung im Vortrag im

³ *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 309; *Griesbaum*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 158 Rn. 3; *Patzak*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung, Stand: 1.6.2012, § 158 Rn. 16; *Pfeiffer* (Fn. 2), § 158 Rn. 2.

⁴ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 344.

⁵ OLG Karlsruhe NSTz-RR 2001, 112; *Schmid*, in: Hannich (Fn. 2), § 172 Rn. 18; *Meyer-Göbner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 374 Rn. 10.

⁶ Zum Rechtsgut Vermögen des § 263 StGB vgl. nur *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 1/2; *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 263 Rn. 1.

⁷ BVerfG NJW 200, 1027.

¹ NSTz-RR 2012, 248 = NZWist 2012, 310 m. Anm. *Waßmer/Kießling*.

² *Pfeiffer*, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 158 Rn. 2.

Klageerzwingungsverfahren, sondern an der fehlerhaften Subsumtion des Sachverhalts unter den Betrugstatbestand.

II. Sachverhalt

Der Sachverhalt, so wie die Entscheidung ihn darstellt, ist zwar nicht in allen Einzelheiten deutlich, aber dennoch einfach. Und es fehlen – anders als das Gericht hier glauben lassen will – durchaus keine Tatsachen, welche die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens rechtfertigen:

Der Antragsteller des späteren Klageerzwingungsverfahrens kaufte – ohne es zu merken – ein mit Schimmel befallenes Haus vom Beschuldigten. Da dieser mit seinen vorherigen Mietern einen zivilrechtlichen Streit über den Schimmel im damals noch vermieteten Hauses hatte, ist sicher, dass er beim Verkauf von dem Schimmelbefall wusste. Der Schimmel scheint auch nicht eine Folge des unsachgemäßen Lüftverhaltens der Vormieter zu sein, sondern die Feuchtigkeit zog offenbar aufgrund eines baumäßigen Mangels in die Wände ein, was die Sanierung aufwändig und kostspielig gestalten dürfte.

Offen lässt der Sachverhalt aber, ob und wie der Verkäufer den Schimmel nach dem zivilrechtlichen Streit mit den Mietern – zumindest vorläufig – beseitigt hat. Ganz deutlich ist nicht, wo der Schimmel saß und wie tief er in die Bausubstanz eingedrungen ist. Der Sachverhalt gibt lediglich vague an, der Verkäufer habe den Schimmel nach der Veräußerung, aber vor der Übergabe des Hauses entfernt, jedoch ohne die baulichen Mängel zu beseitigen. Höchstwahrscheinlich hat der Verkäufer den Schimmel oberflächlich entfernt, aber entweder verblieb bei der Übergabe Schimmel in der Bausubstanz oder aber es traten kurze Zeit nach Übergabe des Hauses neue Schimmelspuren auf, die auf den baulichen Mängeln beruhten.

Diese Frage kann aber sogar offen bleiben. Da das Haus offensichtlich zur Schimmelbildung aufgrund bautechnischer Mängel neigt, macht der Antragsteller geltend, er habe entweder darüber aufgeklärt werden müssen, dass das Haus aktuell Schimmelbefall aufweist *oder* darüber, dass es in der Vergangenheit zu einem auffälligen Schimmelbefall gekommen ist.

Was natürlich verwundert: Warum hat der Käufer den Schimmel nicht selbst gesehen? Hier kann nur spekuliert werden, nämlich z.B., dass sich der Schimmel unter der Tapete befand und deshalb bei einer bloßen Besichtigung von einem Laien nicht zu entdecken war. Dass der Verkäufer hier Maßnahmen unternommen hat, um den Schimmel bewusst zu überdecken, lässt sich jedenfalls nicht ohne weiteres unterstellen.⁸

⁸ Da bei der bewussten Vertuschung eines Mangels allgemein davon ausgegangen wird, dass ein Schweigen eine konkludente Täuschung darstellt (siehe statt vieler *Cramer/Perron* [Fn. 6], § 263 Rn. 16d), hätte der Antragsteller hier keine Täuschung durch Unterlassen behaupten müssen. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer entweder keine bewusste Verdeckung des Schimmels vorgenommen hat oder diese zumindest nicht nachzuweisen gewesen

Die Neigung eines Hauses, Schimmel an den Wänden anzusetzen, ist wohl unstrittig ein Mangel. Schimmelbefall ist oftmals nur mit Mühe zu sanieren und mindert den Wert eines Hauses erheblich, weil Schimmel die Tendenz hat – wie wohl auch in diesem Fall geschehen – immer wieder aufzutreten. Eine ausdrückliche Zusicherung, Schimmelbefall sei aktuell oder in der Vergangenheit nicht aufgetreten, hat der Verkäufer nicht gegeben. Er hat aber auch nicht auf die bautechnischen Mängel, die zu diesem Mangel führen, hingewiesen. Der Käufer sieht darin einen Betrug durch Unterlassen. Das OLG Bamberg widerspricht dem. Dies aber anders als Leitsatz 3 andeutet, nicht wegen der unzureichend vorgetragenen Tatsachengrundlage, sondern weil es in dem Verschweigen eines Mangels keine Verletzung einer Aufklärungspflicht und damit keinen Betrug durch Unterlassen sieht.

III. Betrug durch Unterlassen?

In der Vergangenheit geäußerte Zweifel⁹ daran, ob ein Betrug überhaupt durch Unterlassen gegangen werden kann, sind inzwischen verstummt: Es ist heute ganz h.M., dass dies grundsätzlich möglich ist.¹⁰ Voraussetzung dafür ist aber – wie bei jedem unechten Unterlassungsdelikt – eine Garantenstellung des Täters.

1. Herleitung einer Aufklärungspflicht aus Treu und Glauben

Es ist also durchaus nichts Besonderes, dass der Täter eines Betruges durch Unterlassen eine Garantenstellung inne haben muss, da dies Charakteristikum des unechten Unterlassungsdelikts ganz allgemein ist.¹¹ Die Diskussion über den Betrug durch Unterlassen zeichnet sich dennoch durch eine Besonderheit aus: Neben den Entstehungsgründen Gesetz, freiwilliger Übernahme und Ingerenz soll auch „Treu und Glauben“ nach h.M. als Grund für eine Garantenstellung und der daraus folgenden Aufklärungspflicht heranzuziehen sein.¹²

„Treu und Glauben“ als Entstehungsgrund einer Garantenstellung kann aber kaum Schärfe aufweisen und sollte des-

wäre. Siehe z.B. bei der Verdeckung eines Schwamms in einer Immobilie RGSt 20, 145.

⁹ *Naucke*, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, S. 214. Weitere Nachweise bei *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 135 Fn. 386.

¹⁰ BGHSt 39, 392 (398); BayObLG NJW 1987, 1654 m. Anm. *Hillenkamp*; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 34. Aufl. 2011, Rn. 503; *Hefendehl* (Fn. 6), Rn. 135; *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 263 Rn. 144.

¹¹ *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar StGB*, 2011, § 263 Rn. 38.

¹² BGHSt 6, 198; 39, 392 (398); BGH NJW 1995, 539; OLG Stuttgart NSTZ 2003, 554; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 263 Rn. 51; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 165; vgl. zur Entwicklung dieses Entstehungsgrundes in der Rechtsprechung mit weiteren Nachweisen und Einschränkungen in der neueren Rechtsprechung *Cramer/Perron* (Fn. 6), § 263 Rn. 23.

halb nur mit Vorsicht herangezogen werden.¹³ Es ist fast selbstredend, dass nicht jede geschäftliche Beziehung die Vertragspartner dazu verpflichten kann, sich gegenseitig jegliche Information weiter zu geben. Die Geltung von Treu und Glauben auch im Geschäftsverkehr kann schwerlich eine Weitergabe jeglicher Informationen verlangen mit der Folge, dass es verboten ist, aus Informationen, die der Vertragspartner nicht hat, Profit zu schlagen. Die aus Treu und Glauben resultierende Aufklärungspflicht kann also nicht so weit gehen, die Vertragspartner gleich zu stellen und so jeden Informationsvorsprung zu egalieren. Deshalb muss der Verkäufer den Kaufinteressenten z.B. nicht darauf hinweisen, wenn es das angebotene Gut beim Konkurrenten billiger zu erwerben gibt.¹⁴

Um dem Begriff „Treu und Glauben“ Konturen zu verleihen, stellt auch die neuere Rechtsprechung darauf ab, ob ein „besonderes Vertrauensverhältnis“ zwischen den Vertragspartnern besteht.¹⁵ Damit ist eine Krücke hergestellt, weil sich so zumindest Geschäftsbeziehungen identifizieren lassen, bei denen ein solches Vertrauensverhältnis zumindest vorstellbar ist. So mag es durchaus einleuchten, dass bei einer langjährigen Geschäftsbeziehung eine Vertrauensbasis geschaffen worden ist, die auch eine Aufklärungspflicht nach sich zieht.¹⁶ Als trennscharfes Kriterium eignet sich aber auch das Kriterium des Vertrauens nicht immer, wie der vorliegende Fall eindrucksvoll aufzeigt. Es ist nämlich gar nicht so leicht zu begründen, ob in casu zwischen dem Verkäufer und dem Käufer eine besondere Vertrauensbeziehung identifiziert werden kann.

Grundsätzlich kann man nicht davon ausgehen, dass das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer einer Ware von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägt ist. Fast zynisch möchte man sagen: Das Gegenteil wird der Fall sein. Aus welchem Grund sollte der Käufer dem Verkäufer ein besonderes Vertrauen entgegen bringen und dabei davon ausgehen, dass ihm alle Schwachstellen des Produkts auch ungefragt genannt werden? Und selbst wenn er das täte – etwa weil er besonders optimistisch ist – so *dürfte* er es nicht tun.¹⁷ Eine Garantenstellung, die auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruht, hat nämlich immer nur in den Geschäftsbeziehungen seinen Raum, in denen eine *berechtigte* Vertrauensbeziehung besteht. Grundsätzlich darf niemand davon ausge-

hen, dass er über alle Umstände eines Vertrages informiert wird, die sich für ihn nachteilig auswirken. Das widerspricht einfach unserem Grundverständnis von Geschäftsleben, in dem es nicht nur üblich, sondern auch erlaubt ist, Vorteile – auch Informationsvorsprünge – für sich zu nutzen. Eine rechtlich begründete Aufklärungspflicht soll deshalb nur dann bestehen, wenn das Verschweigen von wesentlichen Umständen im Einzelfall als nicht mehr sozialüblich erscheint, z.B. weil der Vertragspartner auf diese Informationen angewiesen ist. Erst wenn er darauf vertrauen darf, dass ihm alle Informationen preis gegeben werden, weil sie für ihn wesentlich sind und er darauf angewiesen ist, sie gerade von seinem besser informierten Vertragspartner zu erlangen, kommt eine Garantenstellung aus Treu und Glauben in Betracht.

2. Entscheidung des OLG Bamberg

Es ist dem OLG Bamberg nicht vorzuwerfen, es habe die genannten Kriterien nicht herangezogen. Die Richter bedienen sich in ihrer Begründung sowohl des Merkmals des Vertrauens als auch des Kriteriums der Abhängigkeit des Vertragspartners von der Information.

Das Gericht führt völlig zutreffend aus, eine Strafbarkeit wegen Betruges durch Unterlassen komme nur in Betracht, wenn der Täter rechtlich dafür einzustehen habe, dass der Erfolg nicht eintrete. Dafür müsse aber ein besonderer Rechtsgrund vorliegen, nach dem der Täter für die Abwendung der Gefahr für das Rechtsgut zuständig sei. Vertragliche Pflichten reichen dafür nicht aus, vielmehr bedürfe es besonderer Umstände wie etwa eines besonderen Vertrauensverhältnisses oder einer ständigen Geschäftsbeziehung. Zu bejahen sei eine Garantenstellung und damit eine Aufklärungspflicht im Regelfall, wenn der eine Vertragsteil darauf angewiesen sei, dass ihm der andere die für die Entschließung zum Vertrag wesentlichen Umstände mitteile.

Damit ist das Gericht auf der Linie der oben genannten abstrakten Maßstäbe. Es verneint aber die erforderlichen besonderen Umstände im vorliegenden Fall. Eine Aufklärungspflicht folge weder daraus, dass der Beschuldigte als Eigentümer und Verkäufer des Hauses in Erscheinung trat, noch habe er als Inhaber einer Baufirma besonderes Vertrauen in Anspruch genommen. Vielmehr zeige sich das fehlende Vertrauensverhältnis schon daran, dass beide einen Haftungsverzicht unterschrieben hätten, nach dem für „versteckte Sachmängel“ keine Haftung übernommen wurde und das Haus „im derzeitigen Zustand“ veräußert wurde. Mit dieser knappen Begründung, die formal aber die erforderlichen Kriterien „abarbeitet“, lehnt das OLG Bamberg also eine Aufklärungspflicht ab und weist fälschlicherweise auch bei der Ablehnung des Klageerzwingungsantrags dem Antragsteller die Verantwortung zu, indem er nach Ansicht des Gerichts mehr Tatsachen für das Klageerzwingungsverfahren hätte darlegen müssen.

3. Alternative Lösung in der Literatur

Dass unter Zugrundelegung des gleichen Sachverhaltes und der gleichen Kriterien nämlich auch gegenteiliges Ergebnis zu begründen ist, zeigt eine alternative Lösung dieses Falls.

¹³ Satzger, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2009, § 263 Rn. 62.

¹⁴ BGH NJW 1990, 2005.

¹⁵ BGH wistra 1988, 262; BGH NJW 1995, 539 (540); OLG Stuttgart NStZ 2003, 554; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 165; allgemein zum Erfordernis des Elements des Vertrauens bei den Garantenstellungen des Betrugs: *Gaede* (Fn. 11), § 263 Rn. 47; *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 143; ähnlich *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2012, § 13 Rn. 29.

¹⁶ *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 143.

¹⁷ Für die konkludente Täuschung *Vogel*, in: Strafrechtswissenschaften der Tübinger Juristenfakultät/Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, 2003, 2003, S. 313 (S. 323): „Der Gläubiger kann nicht rationalerweise auf die Mangelfreiheit der Sache vertrauen“.

Man kann das besondere Vertrauen, das für eine Garantstellung aus Treu und Glauben erforderlich ist, hier nämlich mit sehr guten Argumenten auch bejahen, wie ein Teil der Literatur¹⁸ aufzeigt: Es bedürfe keineswegs einer langjährigen Geschäftsbeziehung, sondern es reiche, wenn der Verkäufer nur einmalig in Erscheinung trete, dabei aber besonders wichtige Umstände verschweige. Das sei in dem vorliegenden Fall eindeutig gegeben. Ein massiver Schimmelbefall aufgrund baulicher Mängel sei von essentieller Bedeutung und habe wegen des drohenden Vermögensschadens für den Käufer auch eine große Bedeutung. Wenn nun noch die besondere Sachkunde des Verkäufers in die Rechnung eingestellt werde, liege die Annahme eines besonderen berechtigten Vertrauensverhältnisses nahe. Der Käufer einer Immobilie dürfe darauf vertrauen, vom Verkäufer über einen eventuellen Schimmelbefall aufgeklärt zu werden,¹⁹ weshalb ein Verschweigen eines solchen Mangels – trotz der notwendigen restriktiven Auslegung des Betrugstatbestandes – einen Betrug durch Unterlassen darstelle.

4. Widerspruch der Lösung des OLG Bamberg zum „Gebrauchtwagenfall“

Wer hat Recht? Subjektiv wird jeder Studierende die von ihm präferierte Lösung vielleicht schon gefunden haben und scheinbar sind auch beide Ergebnisse gleichermaßen mit zwar den gleichen Kriterien, aber abweichender Wertung zu begründen.

Eines ist der Lösung des OLG Bamberg allerdings vorzuwerfen: Sie steht im Widerspruch zu der ganz h.M., die eine Aufklärungspflicht des Autoverkäufers darüber annimmt, ob das zu verkaufende Auto ein Unfallwagen ist. Rechtsprechung²⁰ und Literatur²¹ sind sich darüber einig, dass der Verkäufer auch ungefragt darauf hinzuweisen hat, wenn das Auto einen Unfall gehabt hat, weil es für den Wert eines Wagens eine erhebliche Rolle spiele. Der Käufer sei deshalb auf die Information angewiesen und müsse dem Verkäufer vertrauen, weil er einen solchen Mangel oftmals übersehe.²²

Ein Unterschied zum hier vorliegenden Fall lässt sich nicht ausmachen. Es ist sogar eher ein „Erst-recht“-Schluss angebracht: Wenn schon der Käufer eines Autos für schutzwürdig gehalten wird, weil ein Mangel eines Autos für ihn nur schwer zu entdecken sei, dafür aber erhebliche finanzielle Folgen habe, so muss dies erst recht für den Erwerber einer Immobilie gelten.

Ein zwingendes Argument gegen die Lösung des OLG Bamberg ist ein Verweis auf die Lösung der h.M. im Gebrauchtwagenfall allerdings nicht. Zum einen ließe sich natürlich einwenden, dass die h.M. schon nicht zutreffe, weil die Wertung in diesem Fall verfehlt sei und dem Gebraucht-

wagenverkäufer fälschlicherweise eine Aufklärungspflicht zugewiesen wird. Das Urteil des OLG Bamberg könnte deshalb dazu dienen, die Lösung in diesem Fall noch einmal zu überdenken.

Zum anderen kann sich aber auch das Gericht auf eine vorangegangene Entscheidung stützen. Nach der Rechtsprechung des RG ist ein Verkäufer einer Immobilie nicht verpflichtet, dem Kaufinteressenten ungefragt mitzuteilen, wenn das Haus mit Schwamm befallen ist.²³ Der Verkäufer dürfe sich gegenüber dem potenziellen Käufer „passiv“ verhalten und abwarten, ob der Käufer seinerseits Erkundigungen anstellt. Es sei nämlich eine Obliegenheit des Käufers, die Beschaffenheit eines Gutes und damit auch einer Immobilie zu überprüfen.

Steht damit die Lösung im Gebrauchtwagenfall schon zu dieser Entscheidung im Widerspruch? Oder gibt es Unterschiede abhängig davon, ob ein Auto oder eine Immobilie verkauft wird, die eine solch abweichende Bewertung rechtfertigen?

Das RG betont hier einen Gesichtspunkt, der auch in der Literatur in die Wertung einbezogen wird, nämlich das Recht und die Pflicht des Käufers, die Mangelfreiheit der Sache zu hinterfragen und zu überprüfen.²⁴ Deshalb ließe sich aus den Entscheidungen des RG und der hier zu besprechenden die Folgerung herleiten, der Käufer einer Immobilie habe eine höhere Informationspflicht als der Käufer eines Gebrauchtwagens. Nur wer sich auf den Standpunkt stellt, gerade weil eine Immobilie höherwertig als ein Auto und die damit einhergehende Gefahr eines Schadens bei Mängeln höher ist, sei auch die Eigenverantwortlichkeit des Käufers größer, kann anhand eines nachvollziehbaren Kriteriums begründen, dass der Verkäufer eines Hauses Schwamm- und Schimmelbefall nicht ungefragt offenbaren muss, der Verkäufer eines Gebrauchtwagens einen vorherigen Unfall jedoch schon.

In die Richtung argumentiert offenbar auch das OLG Bamberg, indem es darauf hinweist, dass eine Garantienpflicht erst recht nicht in Betracht kommt, wenn das Gesetz – wie in § 311b Abs. 1 S. 1 BGB – den Vertragsschluss selbst einer besonderen Form unterwirft, die der Warnung und dem Schutz des Beteiligten vor Übereilung dient. Ausdrücklich sagt das Gericht es hier zwar nicht, aber dieser Hinweis ist wohl so zu interpretieren, dass dem Käufer einer Immobilie mehr Erkundigungspflichten zuzumuten sind, weil es sich um ein wichtiges Geschäft handelt, bei dem sogar das Gesetz ihm Bedenkzeit auferlegt. Plakatativ wird man das Urteil wohl so verstehen müssen, dass Immobilienkäufern ein höheres Maß an Sorgfalt aufzuwenden haben als Käufer anderer Güter, weil ihnen bewusst sein muss – und auch die Formvorschriften ihnen noch einmal deutlich machen –, dass es sich um einen Vertrag mit überdurchschnittlicher Bedeutung handele.

5. Einheit der Rechtsordnung?

Ein Widerspruch der hier zu besprechenden Entscheidung besteht aber nicht nur zum Gebrauchtwagenfall, sondern auch

¹⁸ Waßmer/Kiesling, NZWist 2012, 313 ff.

¹⁹ Waßmer/Kiesling, NZWist 2012, 313 (316).

²⁰ BayObLG NJW 1994, 1078.

²¹ Cramer/Perron (Fn. 6), § 263 Rn. 22; Hauf, MDR 1995, 21 f.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 14; Rengier (Fn. 15), § 13 Rn. 33; Wessels/Hillenkamp (Fn. 10), Rn. 506.

²² BayObLG NJW 1994, 1078.

²³ RG GA 41 (1893), 143 (144); RGSt 20, 144 (145).

²⁴ Siehe dazu Kasiske, GA 2009, 360 (366); Maaß, GA 1984, 264 (273).

zum Zivilrecht. In der zivilrechtlichen Rechtsprechung²⁵ ist anerkannt, dass der Schimmelbefall einer Immobilie von wesentlicher Bedeutung für die Kaufentscheidung ist, weil er nicht nur Vermögens-, sondern sogar Gesundheitsschäden nach sich ziehen kann. Wegen dieser möglichen massiven Auswirkungen sei Feuchtigkeit in den Wänden ein Mangel, die der Verkäufer bei dem Verkauf einer Immobilie nicht verschweigen dürfe. Klärt der Verkäufer den Kaufinteressenten nicht von sich aus auf, liegt nach der Rechtsprechung eine arglistige Täuschung i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB vor, weil der Käufer nach Treu und Glauben redlicherweise auf eine Aufklärung über den Mangel vertrauen durfte.

Die Entscheidung des OLG Bamberg scheint deshalb der häufig zitierten Einheit der Rechtsordnung zu widersprechen.

Im Strafrecht wird auf die Einheit der Rechtsordnung im Allgemeinen im Zusammenhang mit den Rechtfertigungsgründen hingewiesen.²⁶ Da das Strafrecht nicht verbieten kann, was in anderen Teilen der Rechtsordnung erlaubt ist,²⁷ werden bekanntlich die zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe auch im Strafrecht herangezogen.

Die Einheit der Rechtsordnung geht aber nicht so weit, dass ein zivilrechtliches Gebot auch ein strafbewehrtes sein muss.²⁸ Eine zivilrechtliche Handlungspflicht, deren Verletzung zur Auflösung eines Vertrages oder zu Schadensersatz führt, muss folglich nicht automatisch auch eine Handlungspflicht im Strafrecht sein.²⁹ Im Strafrecht ist deshalb selbstständig zu bestimmen, ob eine Garantenstellung und damit eine Aufklärungspflicht besteht; zivilrechtliche Aufklärungspflichten können allenfalls als ein Indiz dafür gelten, ob sich der Vertragspartner darauf verlassen durfte, auch ungefragt Mängel mitgeteilt zu bekommen.³⁰

Ein zwingendes Argument gegen die Entscheidung des OLG Bamberg ist der Hinweis auf die zivilrechtliche Rechtsprechung deshalb nicht. Als ein Argument taugt die im Zivilrecht vorherrschende Würdigung aber allemal.

6. Schlussbetrachtung

Ein Fall wie der vorliegende eignet sich für Klausuren so hervorragend, weil er keine richtige oder falsche Lösung im strengeren Sinne hat. In einer guten Lösungsskizze wird deshalb stehen, dass das Ergebnis von der Sicht des Bearbeiters abhängt.

Bearbeiter, welche die von der Rechtsprechung und Literatur herausgearbeiteten Kriterien zur Begründung einer

Garantenstellung kennen, können eine Aufklärungspflicht argumentativ unterlegen, aber auch genauso gut ablehnen. Letztlich ist hier eine Wertung vorzunehmen, die sich zwischen den Polen berechtigtes Vertrauen einerseits und eigenes Orientierungsrisiko des Käufers andererseits bewegt. Zu welchem Ergebnis der Bearbeiter bei dieser Wertung kommt, dürfte bei guter Argumentation für die Benotung der Klausur dabei keine Rolle spielen.

IV. Stellungnahme

Die Verf. hat indes jenseits der Benotung von Klausuren eine ziemlich deutliche Meinung zum „richtigen“ Ergebnis: Ich halte die Entscheidung für unzutreffend begründet und im Ergebnis überdies verfehlt.

Zum einen ist zu beklagen, dass das Ergebnis erhebliche negative Auswirkungen auf die Praxis hat.³¹ Immobilienverkäufer dürfen nach dieser Entscheidung ohne Strafbarkeitsrisiko ihnen bekannte Mängel verschweigen, solange der Käufer nicht ausdrücklich danach fragt. Was für Schimmelbefall gilt, muss konsequenterweise auch für andere Mängel gelten. Das Risiko des Immobilienverkaufs wird damit sehr deutlich dem Käufer auferlegt, der sich der Mangelfreiheit umfassend vergewissern muss. Ein Immobilienkauf ohne fachkundigen Rat dürfte deshalb schwieriger geworden sein – ein Ergebnis, das mir weder einleuchtet noch besonders effizient ist.

Aber nicht nur aus praktischer Sicht ist das Ergebnis verfehlt, sondern auch die dogmatische Begründung trifft m.E. nicht zu.

1. Täuschung durch schlüssiges Verhalten

Bevor vorschnell eine Täuschung durch Unterlassen wegen der fehlenden Garantenstellung abgelehnt werden darf, ist danach zu fragen, ob nicht schon eine Täuschung durch aktives Tun vorliegt.³² Eine ausdrückliche Täuschung scheidet hier ersichtlich aus, weil der Verkäufer sich überhaupt nicht dazu geäußert hat, ob die Wände feucht sind. In Betracht kommt aber eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten.

Die Grenzen zwischen einer Täuschung durch schlüssiges Verhalten und einer solchen durch Unterlassen sind keineswegs eindeutig. So nimmt ein Teil der Literatur beim mit dem hier zu vergleichenden Gebrauchtwagenfall ebenfalls keine Täuschung durch Unterlassen, sondern eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten an.³³

Bei einer Täuschung durch schlüssiges Verhalten ergibt sich eine etwaige Fehlvorstellung des Erklärungsempfängers erst aus den Gesamtumständen, unter denen eine Erklärung abgegeben wird.³⁴ Eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten ist folglich nur möglich, weil das spätere Opfer eine bestimmte Vorstellung von der Situation hat, in der die Erklärung abgegeben wird und deshalb eine ausdrückliche Erklärung

²⁵ BGH NJW 1990, 42; BGH NJW-RR 1992, 333; OLG Celle NJW-RR 1987, 744.

²⁶ Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 13), Vor §§ 32 ff. Rn. 6; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 27.

²⁷ Rosenau (Fn. 26), Vor §§ 32 ff. Rn. 6.

²⁸ Maaß, Betrug verübt durch Schweigen, 1982, S. 18.

²⁹ Grünwald, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001, S. 131.

³⁰ Waßmer/Kiesling, NZWist 2012, 313 (314). Weiter geht hier Hauf, MDR 1995, 21, der im genannten Gebrauchtwagenfall eine einheitliche Würdigung im Zivil- und im Strafrecht für unabdingbar hält.

³¹ Waßmer/Kiesling, NZWist 2012, 313 (316).

³² Gaede (Fn. 11), § 263 Rn. 36; Rengier (Fn. 15), § 13 Rn. 36.

³³ Ranft, Jura 1992, 66; ders., JA 1984, 723 (728); wohl auch Hefendehl (Fn. 6), § 263 Rn. 187.

³⁴ Fischer (Fn. 12), § 263 Rn. 12; Gauger, Die Dogmatik der konkludenten Täuschung, 2001, S. 58 ff.; Lackner/Kühl (Fn. 21), § 263 Rn. 7.

rung oder eine Handlung mit einer Information assoziiert, die nicht ausdrücklich weitergegeben wird.³⁵ Der Vertragspartner schließt also für sich selbst Informationen aus dem Verhalten des anderen, indem er dessen Verhalten interpretiert und fehlende, nicht ausdrücklich erklärte Informationen folgert.³⁶

Das Miterklärte kann entweder faktisch oder normativ bestimmt werden.³⁷ Die faktische Sichtweise ermittelt den Erklärungswert des Gesamtverhaltens, indem sie auf die Verkehrsanschauung abstellt.³⁸ Dagegen wollen andere nach normativen Grundsätzen entscheiden, was schlüssig miterklärt wird, indem sie danach fragen, ob der Erklärungsempfänger auf die Vollständigkeit der Erklärung berechtigt vertrauen durfte.³⁹ Wieder andere fordern sogar die Verletzung einer Aufklärungspflicht.⁴⁰

Da die unterschiedlichen Auffassungen kaum praktische Auswirkungen haben, ist es im Ergebnis unerheblich, ob das Miterklärte mit dem Maßstab der Verkehrsanschauung, des berechtigten Vertrauens oder der Verletzung der Aufklärungspflicht bestimmt wird.⁴¹ In jedem Fall muss die Erklärung ausgelegt werden.⁴²

Dies ist in einigen Fallgruppen inzwischen so gut gelungen, dass kaum noch Zweifel an einer Täuschung durch schlüssiges Verhalten bestehen: Nach einhelliger Auffassung⁴³ erklärt z.B. ein Vertragspartner konkludent seine Fähigkeit zur Erbringung der geschuldeten Leistung, wenn er eine Leistung bestellt und annimmt. Der Geschäftsverkehr hat hier die Erwartung, eine nicht gegebene Leistungsfähigkeit müsse der Vertragspartner mitteilen. Diese Erwartung hat sich zu einer gesellschaftlichen Norm verdichtet und jeder Vertragspartner darf davon ausgehen, dass nur leistungsfähige Akteure Bestellungen tätigen.

In bestimmten Situationen sind bestimmte Schlussfolgerungen so selbstverständlich, dass eine ausdrückliche Erklärung sogar als ungewöhnlich empfunden würde.⁴⁴ So verhält es sich z.B. mit der Erklärung der Leistungsfähigkeit eines Bestellers. Die Bemerkung, zur Bezahlung der Leistung in der Lage zu sein, würde ihn wohl eher verdächtig machen, als

den Erklärungsempfänger beruhigen.⁴⁵ Hier eine konkludente Täuschung anzunehmen, wenn der Transaktionspartner seine fehlende Zahlungsfähigkeit nicht offenbart, ist deshalb ein Ergebnis, das nicht nur plausibel, sondern auch richtig erscheint.

Es ist aber nicht zu verhehlen, dass die Abgrenzung der Täuschung durch schlüssiges Verhalten durch die Bestimmung des Erklärungswertes in den Fällen keine tragfähige Begründung liefert, in denen es gerade an einer einheitlichen Verkehrsanschauung fehlt. Die Erwartungen des Rechtsverkehrs und die darauf aufbauenden Schlussfolgerungen des Erklärungsempfängers müssen dann erst vom Rechtsanwender ermittelt werden. Es ist kaum zu vermeiden, dass dies bisweilen in Unterstellungen und Behauptungen mündet, weil sich weder für die Bejahung noch die Verneinung einer konkludenten Täuschung zwingende Argumente finden lassen.

Nach h.M. erklärt der Verkäufer einer Sache die Mangelfreiheit nicht mit.⁴⁶ Eine konkludente Täuschung scheidet deshalb grundsätzlich aus, wenn der Verkäufer einen Mangel des zu verkaufenden Gutes nicht von sich aus mitteilt. Der Verkäufer erkläre lediglich, dass er das Gut verkaufen wolle. Weitere Erklärungen über die Beschaffenheit im Einzelnen gebe er dagegen gleichzeitig nicht ab.

Selbstverständlich ist dieses Ergebnis jedoch nicht. Es lässt sich nämlich auch zutreffend behaupten, der Käufer einer Sache habe die Erwartung, über Mängel, welche die Brauchbarkeit oder den Wert einer Sache *erheblich* mindern, aufgeklärt zu werden.⁴⁷ Das kann nicht dazu führen, dass der Verkäufer jeglichen Mangel, den eine Ware hat, kundtun muss. Ein Restrisiko trägt der Käufer, dem es obliegt, die Qualität der Ware zu prüfen. Aber in dem Angebot zum Kauf steckt nach hier vertretener Auffassung jedenfalls die Aussage, das Gut sei für den bestimmungsgemäßen Gebrauch überhaupt ohne größere Einbußen zu verwenden. Liegt ein Mangel vor, der dies zumindest zweifelhaft erscheinen lässt, muss der Verkäufer dies auch ungefragt klar stellen.⁴⁸ Da der Rechtsverkehr diese Erwartung haben darf, ist eine fehlende Erklärung als eine solche über das Fehlen von gravierenden Mängeln zu deuten.⁴⁹ Deshalb ist der Verkauf ohne den Hinweis auf einen so erheblichen Mangel wie Schimmelbefall eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten.

2. Mitverschulden als Tatbestandskorrektiv?

Unzutreffend ist darüber hinaus die offenbar zugrunde gelegte Wertung des Gerichts, der Käufer habe angesichts der Bedeutung eines Immobilienkaufs eine eigene Erkundigungspflicht, weil das Gesetz ihm durch die Formvorschriften von

³⁵ *Krack*, List als Tatbestandsmerkmal, 1994, S. 88; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 27 Rn. 14.

³⁶ *Gaede* (Fn. 11), § 263 Rn. 26.

³⁷ Zu einer Kombination *Gaede* (Fn. 11), § 263 Rn. 27 ff.

³⁸ *Ranft*, Jura 1992, 66 ff.

³⁹ OLG Düsseldorf NJW 1993, 1872 (1873).

⁴⁰ Grundlegend: *Lackner*, in: Jescheck/Ruß/Wilms (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1988, § 263 Rn. 53. Siehe auch *Maaß*, GA 1984, 264 (266).

⁴¹ *Fischer* (Fn. 12), § 263 Rn. 12.

⁴² *Hefendehl* (Fn. 6) § 263 Rn. 87.

⁴³ BGHSt 15, 24; BGH NJW 1954, 1414 (1415); BGH NStZ 1998, 247; *Fischer* (Fn. 12), § 263 StGB Rn. 19; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 132. Lfg., Stand: April 2012, § 263 Rn. 33; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 125; *Krack* (Fn. 35), S. 87; *Lackner/Kühl* (Fn. 21), § 263 Rn. 9; *Tiedemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 263 Rn. 38.

⁴⁴ *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 15.

⁴⁵ Ähnliches Beispiel bei *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 99.

⁴⁶ *Maaß*, GA 1984, 264 (273, 284); *Cramer/Perron* (Fn. 6), § 263 Rn. 17b; *Kindhäuser* (Fn. 10), § 263 Rn. 22; *Gaede* (Fn. 11), § 263 Rn. 32; *Vogel* (Fn. 17), S. 313 (S. 323).

⁴⁷ In die Richtung argumentieren in diesem Fall auch *Waffmer/Kießling*, NZWist 201, 313 (316).

⁴⁸ So wohl auch *Kasiske*, GA 2009, 360 (366).

⁴⁹ Eine Täuschung durch Unterlassen erwägt *Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 145.

Übereilung abhalte. Damit kehrt das Gericht eine Vorschrift zum Schutze des Käufers um und weist ihm eine höhere Verantwortung zu als beim Kauf eines Wagens. Diese Wertung kann nicht überzeugen. Zwar wird der Käufer einer Immobilie sich im Zweifel eher fachkundigen Rat holen als ein Käufer eines anderen Gutes. Das kann aber nicht dazu führen, den Verantwortungsbereich des Erklärungsempfängers auszudehnen und die Pflichten des Erklärenden einzuschränken. Die große Bedeutung des Kaufs für den Erklärungsempfänger als Argument dafür heranzuziehen, geringere Anforderungen an die Erklärung des Verkäufers zu stellen, verkehrt die Intention der Formvorschriften des BGB in ihr Gegenteil. Den Käufer deshalb schlechter zu stellen und ihm eine höhere Informationspflicht aufzuerlegen, weil es eine Formvorschrift für den Vertrag gibt, überzeugt deshalb nicht.

V. Schluss

Die Täuschungen durch schlüssiges Verhalten und durch Unterlassen sind zwar Gegenstand vieler Diskussionen. Eindeutige Grenzen haben sie indes noch nicht bekommen. Für den Studierenden hat dies aber auch die durchaus erfreuliche Konsequenz, dass letztlich jedes Ergebnis vertretbar ist.

Überzeugen kann hingegen nicht jedes Ergebnis, mich jedenfalls nicht das des OLG Bamberg.

Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig