

77. Kann der Thatbestand des Betruges und dessen Begriffsmerkmal der Vorspiegelung falscher, bezw. Unterdrückung wahrer Thatfachen schon dadurch hergestellt werden, daß der zur Lieferung einer nur der Gattung nach bestimmten Ware in einer gewissen Beschaffenheit Verpflichtete eine Ware geringerer Beschaffenheit liefert, ohne daß der Empfänger der letzteren die Mängel sofort zu erkennen in der Lage ist?  
St.G.B. §. 263.

III. Straffenat. Urtr. v. 5. Juli 1886 g. M. u. Gen. Rep. 1568/86.

I. Landgericht Hamburg.

Aus den Gründen:

Die materielle Revisionsbeschwerde erscheint begründet. Das angefochtene Urteil hat festgestellt, daß der Beschwerdeführer als Bauübernehmer, obwohl er dem Bauherrn L. gegenüber kontraktlich verpflichtet war, in dem Mischungsverhältnisse von 1 Teil Cement zu vier Teilen Sand zusammengesetzten Mörtel für den übernommenen Neubau zu verwenden, kontraktwidrig einen minderverten, reichlicher mit Sand versetzten Mörtel verwendet hat, und findet hierin das Thatbestandsmerkmal der Vorspiegelung falscher Thatfachen im Sinne des §. 263 St.G.B.'s erfüllt, indem lediglich erwogen wird, die Bestandteile des Mörtels seien für das Auge nicht ohne weiteres erkennbar und so sei der Bauherr L. in den Glauben versetzt worden, Beschwerdeführer habe vertragsmäßiges Material geliefert, und demnachst hierdurch auch bestimmt worden, seinerseits an den Beschwerdeführer die versprochenen Zahlungen zu leisten. Dieser Entscheidungsgrund beruht auf Verkennung des Gesetzes. Daß auch bei der Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages über nur der Gattung nach bestimmte Gegenstände durch Lieferung eines Genus von vertragswidriger Beschaffenheit Betrug verübt werden kann, ist freilich nicht zu bezweifeln. Die Vorspiegelung falscher oder die Unterdrückung wahrer Thatfachen kann aber nicht schon in der bewußt vertragswidrigen Lieferung unter Verschweigung der vertragswidrigen Beschaffenheit gefunden werden. Vielmehr erfordert jenes Thatbestandsmerkmal des §. 263 St.G.B.'s ein aktives Irreführen, irgend welche in Worten oder Handlungen bethätigte besondere Veranstellungen, welche dazu bestimmt sind, den Empfänger der Lieferung über dasjenige, was er thatsächlich in Empfang nimmt, in einen positiven Irrtum zu versetzen. Der Verpflichtung der einen Seite, den Vertrag

durch Lieferung der versprochenen Beschaffenheit zu erfüllen, steht das Recht und die Pflicht der anderen Seite gegenüber, das zur Erfüllung Angebotene zu prüfen und die Annahme vertragswidriger Leistung zu weigern. Handelt es sich um Gegenstände, deren Qualitätsermittlung nicht sofort, sondern erst nach genauerer Untersuchung erfolgen kann, so wird der in Kenntnis der vertragswidrigen Beschaffenheit Liefernde meist darauf rechnen, der andere Teil werde die Vertragswidrigkeit nicht sofort erkennen und die Leistung als vertragsgemäß annehmen. Eine solche Handlungsweise verstößt gegen Treu und Glauben im Verkehr, charakterisiert sich als Unredlichkeit und mag in der Sprache des gemeinen Lebens wohl auch als betrügerisch bezeichnet werden. So wenig aber die bloße geflissentliche Nichterfüllung eines Vertrages strafrechtlich dem Betrage zugerechnet werden kann, so wenig genügt die bewußte mangelhafte oder unvollständige Erfüllung, um das Merkmal betrügerischer Vorspiegelungen von Thatsachen und einer hierdurch bewirkten Irrtumserregung herzustellen. Wer lediglich in gutem Glauben an die Vertragstreue des Gegenkontrahenten eine vertragswidrige Ware ohne weitere Prüfung als vertragsgemäß hinnimmt, der hat sich täuschen lassen durch das Versprechen des anderen, eine gewisse Beschaffenheit liefern zu wollen; über die ihm thatsächlich gelieferte Qualität ist ihm nichts vorgespiegelt worden. Anderenfalls müßte in jeder bewußt vertragswidrigen Leistung ohne ausdrückliche Benachrichtigung des Empfängers von den Qualitätsmängeln der Thatbestand des §. 263 St.G.B.'s gefunden werden.

Vorliegenden Falls hat der Beschwerdeführer, soviel die Feststellungen erkennen lassen, nicht mehr gethan, als zur Herstellung des Mörtels mehr Prozente Sand verwendet, als der Baukontrakt gestattete, und diesen Mörtel als Baumaterial benutzt. Daß er irgendwie dazu beigetragen, die wirklichen Mischungsverhältnisse zu verschleiern, dem Mörtel den Anschein größerer Cementhaltigkeit zu geben, oder daß er, nachdem L. während des Baues die schlechte Beschaffenheit des Mörtels gerügt hatte, den letzteren irgendwie in den Glauben versetzt hätte, dem gerügten Mangel sei abgeholfen, oder daß er etwa bei Empfangnahme der Zahlungen ausdrücklich oder durch sein Verhalten die erfolgte Lieferung vertragsmäßigen Mörtels behauptet und solchergestalt aktiv den L. über den wahren Sachverhalt getäuscht hätte, von alledem findet sich im Urteile nichts festgestellt. Der Umstand allein, daß die thatsächlichen

Bestandteile des Mörtels nicht ohne weiteres erkennbar sind, Mörtel mit  $\frac{4}{5}$  Sand und  $\frac{1}{5}$  Cement sich von Mörtel mit  $\frac{9}{10}$  Sand und  $\frac{1}{10}$  Cement äußerlich für das Auge nicht ohne weiteres unterscheiden läßt, war nicht die Wirkung besonderer trügerischer Veranstaltungen des Beschwerdeführers, sondern die natürliche Folge der Beschaffenheit jedes Mörtels und seiner chemischen, nur durch sachverständige Untersuchung erkennbaren Zusammensetzung. Das Gleiche wird im Verkehrsleben bei zahlreichen Warengattungen zutreffen. Der Bauherr L. blieb trotzdem unbehindert, jederzeit die erforderliche sachverständige Prüfung des wirklich verwendeten Mörtels zu veranlassen; hat er dies verabsäumt, so ist seine eigene Nachlässigkeit daran schuld, daß er die Kontraktwidrigkeit der Leistung nicht rechtzeitig erkannt und er nicht auch seinerseits die Erfüllung des Bauvertrages durch Zahlung geweigert hat. Das Thatbestandsmerkmal einer besonderen Irrtumserregung oder Irrtumsunterhaltung durch falsche tatsächliche „Vorpiegelungen“ oder „Unterdrückungen“ kann hierdurch allein nicht erfüllt werden.

Aus diesen Gründen mußte die Aufhebung des auf unrichtiger Anwendung des §. 263 St.G.B.'s ruhenden Urteiles sowohl zu Gunsten des Beschwerdeführers, wie in Gemäßheit des §. 397 St.P.O. zu Gunsten des wegen Beihilfe zum Betrüge verurteilten Mitangeklagten B. erfolgen. Da indessen nicht ausgeschlossen erscheint, daß eine anderweite Sachverhandlung zu den Angeklagten ungünstigeren, die Anwendung des §. 263 St.G.B.'s besser begründenden Feststellungen führen könnte, war nicht auf Freisprechung, sondern auf Zurückverweisung in die Instanz zu erkennen.