



5 StR 433/00

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 8. November 2000
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. November 2000 beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 18. April 2000 nach § 349 Abs. 4 StPO mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in 25 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Seine Revision hat mit der Sachrüge Erfolg.

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts unterhielt die F GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Angeklagte war, bei einer Zweigstelle der Deutschen Bank in Berlin ein Geschäftskonto. Auf dieses Konto erfolgte am 12. Februar 1999 im Wege einer Fehlbuchung eine Gutschrift in Höhe von 12.369.769,57 DM. Der noch am selben Tag vom Angeklagten ausgedruckte Datensatz enthielt unter anderem die Angabe: „001 12.02. Überweisung 12.369.796,57 +“; weiterhin waren noch zwei Buchungsnummern und die Abkürzung: „Wert 27.01“ aufgeführt. In Folge eines Tippfehlers hatte eine Sachbearbeiterin bei einer bankinternen Umbuchung eine falsche Filialnummer – anstelle von Frankfurt (100 oder 001) diejenige von Berlin (700) – eingegeben, weshalb es bei ansonsten

identischer Kontonummer zu der Gutschrift auf dem Konto der F GmbH kam.

Der Angeklagte, der nach den Feststellungen des Landgerichts erkannte, daß es sich um eine fehlerbehaftete Gutschrift handelte, verfügte über das Guthaben mit insgesamt 25 Überweisungen im Zeitraum vom 16. Februar bis 22. Februar 1999. Mit den Überweisungen tilgte er Verbindlichkeiten, wies Gelder an Firmen an, an denen er beteiligt war, und eröffnete bei einer anderen Bank ein neues Konto, auf das er am 25. Februar 1999 fünf Millionen DM einzahlte. Das Geschäftskonto der F GmbH bei der Deutschen Bank wurde zum 18. Mai 1999 aufgelöst.

Das Landgericht hat jede einzelne Überweisung des Angeklagten als selbständige Betrugshandlung gewertet, weil in einem Überweisungsauftrag die schlüssige Erklärung liege, daß ein entsprechendes Guthaben vorhanden sei und dem Kontoinhaber der Betrag auch zustehe.

II.

Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen Betruges nicht.

1. Die Auffassung des Landgerichts, der Angeklagte habe mit der Vorlage des Überweisungsformulars getäuscht und so einen Irrtum des sachbearbeitenden Bankangestellten erregt, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Mit der Annahme, in der Einreichung eines Überweisungsauftrages liege die Erklärung, daß dem Überweisenden ein entsprechendes Guthaben auch materiell zustehe, folgt das Landgericht im wesentlichen der ständigen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG Köln JR 1961, 433; OLG Karlsruhe Justiz 1978, 173; OLG Stuttgart JR 1979, 471; OLG Cel-

le StV 1994, 188), die in der Abhebung von fehlgebuchten Gutschriften eine Täuschung durch positives Tun sieht. Dabei soll die maßgebliche Täuschungshandlung des Kontoinhabers darin bestehen, daß sein Überweisungswunsch die Erklärung einschließt, die Auszahlung aus dem ihm zustehenden Guthaben zu verlangen. Die Kommentarliteratur ist diesem Ansatz weitgehend gefolgt (Cramer in Schönke/Schröder, StGB 25. Aufl. § 263 Rdnr. 16c; Tröndle/Fischer, StGB 49. Aufl. § 263 Rdnr. 7; Samson/Günther in SK-StGB 7. Aufl. § 263 Rdnr. 34; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 263 Rdnr. 41; Lackner/Kühl, StGB 23. Aufl. § 263 Rdnr. 9). Diese Auffassung begegnet jedoch durchgreifenden Bedenken.

Behauptungen über Rechte können nur dann Gegenstand einer Täuschungshandlung sein, soweit sie zugleich konkludent Tatsachenbehauptungen enthalten (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 49. Aufl. § 263 Rdn. 4 m.w.N.). Die bloße (unzutreffende) Behauptung eines Anspruches wäre deshalb allein nicht geeignet, überhaupt eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB zu begründen (so aber Cramer aaO). Insoweit käme allenfalls in Betracht, dem Überweisungsauftrag einen zusätzlichen tatsächlichen Aussagegehalt dergestalt beizulegen, daß für die zu überweisende Summe eine ausreichende Kontodeckung vorhanden sein werde (so auch OLG Karlsruhe Justiz 1978, 173; OLG Stuttgart JR 1979, 471 mit zust. Anmerkung von Müller; OLG Celle StV 1994, 188 mit krit. Anmerkung von Schmoller). Einen solchen Erklärungswert vermag der Senat einem Überweisungsauftrag jedoch nicht schon allgemein beizumessen. In der vielgestaltigen Bankpraxis sind Abbuchungen ohne entsprechende Kontodeckung nicht selten; sie können im Hinblick auf erwartete Geldeingänge auch wirtschaftlich sinnvoll sein. Daneben werden Dispositionskredite eingeräumt und häufig auch darüber hinausgehende weitere Überziehungen geduldet. Oft wird auch der Überweisende keine konkrete Kenntnis über den Stand seines Kontos haben, weil er sein Konto nicht führt. Die Führung des Kontos und die ordnungsgemäße Buchung von Last- und Gutschriften fällt gemäß § 676f BGB in den Pflichtenkreis der Bank. Diese trägt die Verantwortung für die Kontoführung und damit

grundsätzlich auch das Risiko, daß die Schuld besteht und die Leistung den Anspruch nicht übersteigt (BGHSt 39, 392, 398).

Im Hinblick auf diese Pflichten- und Risikoverteilung wird die Bank durch ihre Mitarbeiter neben den formellen Anforderungen an eine Überweisung auch die Kontodeckung prüfen lassen (vgl. BGH StV 2000, 477, 478). Kein Bankangestellter wird allein deshalb, weil ein Kunde von ihm einen bestimmten Betrag fordert, sofort eine Auszahlung vornehmen. Das bloße Auszahlungsbegehren ist daher von vornherein nicht geeignet, beim Bankangestellten die für einen Betrug konstitutive Fehlvorstellung über das Guthaben des Kunden zu bewirken (vgl. Joerden JZ 1994, 422). Da umgekehrt jeder Bankkunde auch weiß, daß auf bloßes Anfordern die Bank keine Leistung bewirken wird, braucht er zum Schutze der Bank seinen Kontostand auch nicht dahingehend überprüfen, ob dieser noch die erforderliche Deckung aufweist. Insoweit erschöpft sich auch der Erklärungswert eines Überweisungsauftrages in dem Begehren auf Durchführung der gewollten Transaktion. Jedenfalls soweit keine (hier nicht ersichtlichen) besonderen Umstände hinzutreten, enthält die Aufforderung zu einer Leistung nicht generell die Behauptung eines Anspruchs hierauf (vgl. Schmoller StV 1994, 190, 191, der dies mit guten Gründen – allerdings bei abweichenden Fallgestaltungen – dann anders werten will, wenn dem Einfordernden die Leistungskonkretisierung obliegt oder ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien besteht).

b) Eine Täuschungshandlung liegt überdies im vorliegenden Fall schon deshalb nicht vor, weil mit der Fehlbuchung des Betrages auf dem Konto – jedenfalls zunächst – ein entsprechender Anspruch im Rahmen des Girovertrages entstanden ist. Eine in dem Überweisungsauftrag möglicherweise liegende Behauptung eines sich aus den Kontounterlagen ergebenden Guthabens wäre deshalb nicht unwahr.

aa) In der Literatur und Rechtsprechung wird in diesen Fällen zwischen einer Fehlüberweisung und einer Fehlbuchung differenziert. Diese Unterscheidung geht auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe (Justiz 1978, 173) zurück, das einen Fehlbuchungsfall von einem Überweisungsfehler, wie er dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. Februar 1974 (MDR 1975, 22 bei Dallinger) zugrunde lag, abgegrenzt hat. Während die Fehlbuchung nur unrichtige Gutschriften und Belastungen zwischen Konten innerhalb derselben Bank erfaßt, betrifft die Fehlüberweisung den notleidenden Guthabenstransfer von Bank zu Bank (OLG Celle StV 1994, 188, 189; OLG Stuttgart JR 1979, 471, 472; Joerden JZ 1994, 422, 423), wobei zum Teil auf die Wirksamkeit der Überweisung gegenüber der kontoführenden Bank abgestellt wird (Lackner/Kühl, StGB 23. Aufl. § 263 Rdn. 9). Auch der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 16. November 1993 das Vorliegen einer Fehlüberweisung in Abgrenzung zur Fehlbuchung ausführlich begründet (BGHSt 39, 392, 395 f.), ohne allerdings Ausführungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Fehlbuchungen zu machen. Hinsichtlich der Fehlüberweisung hat er die Auffassung vertreten, daß mit Vornahme der Gutschrift der Kontoinhaber auf der Grundlage des Girovertrages gemäß § 675 BGB (der damaligen Rechtslage) einen Anspruch auf Auszahlung gegen die Bank erlange, und zwar ungeachtet bestehender Rückforderungs- und Anfechtungsrechte (BGHSt aaO).

bb) Im Hinblick auf die für die Betrugsstrafbarkeit in diesem Zusammenhang allein relevante Frage, ob im Zeitpunkt der Überweisung aus der Gutschrift ein entsprechendes Guthaben besteht, überzeugt die Differenzierung zwischen Fehlbuchung und Fehlüberweisung nicht. Maßgeblich kann hierfür nämlich nicht die Art des zugrundeliegenden Fehlers sein, sondern die Wirksamkeit der aus dem Fehler entstandenen Gutschrift. Auch die Fehlbuchung löst Ansprüche mit der Vornahme der Gutschrift aus. Die Gutschriftsanzeige einer Bank stellt in der Regel ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis gegenüber dem Kunden dar (BGHZ 72, 9, 11; BGH NJW 1991, 2140). Das der Bank nach AGB-Banken 8 Abs. 1 (vgl. Hopt,

HGB 30. Aufl. AGB-Banken 8) zustehende Stornorecht vermag zwar diesen Anspruch rückwirkend zu beseitigen, soweit das Stornorecht vor dem Rechnungsabschluß ausgeübt wird. Umgekehrt belegt jedoch die der Bank für einen Zwischenzeitraum zustehende Stornobefugnis, daß der Anspruch aus der Gutschrift bis zur Ausübung dieser Befugnis besteht.

Das Stornorecht setzt regelmäßig ein Versehen der Bank bei der Gutschrift voraus. Es handelt sich dabei um Gutschriften, auf die der Kunde keinen Anspruch hat und die er nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben müßte. Zweck des Stornorechts ist es, die mit der Geltendmachung solcher Ansprüche üblicherweise verbundenen Schwierigkeiten und Risiken zu vermeiden und die Rechtsstellung der Bank auf eine eigenständige, von den Unsicherheiten des Bereicherungsrechts unabhängige Grundlage zu stellen. Die Stornierung verändert die materielle Rechtslage, weil sie den Anspruch des Kunden aus der Gutschrift beseitigt (BGHZ 87, 246, 252). Dies bedeutet jedoch andererseits, daß vor dem Vollzug der Stornierung aus dem in der Gutschrift liegenden Schuldanerkenntnis jedenfalls zunächst ein Anspruch besteht. Das Stornorecht ist im übrigen bei jeder Form der Fehlbuchung, unter Umständen auch aufgrund fehlerhafter Überweisungen, gegeben. Der Bank muß nur gegenüber ihrem Kunden ein entsprechender Rückforderungsanspruch zustehen (vgl. Hopt aaO Rdn. 2; Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2000 – Banken- und Sparkassen AGB Rdn. 40 ff.).

Ungeachtet der Fehlerursache läßt auch die materiell unrichtige Gutschrift auf dem Konto einen Anspruch aus dem darin liegenden abstrakten Schuldversprechen nach § 780 BGB entstehen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Mangel in der Folge eines Überweisungsauftrages nach § 676a BGB oder um eine sonstige Falschbuchung im Rahmen eines Girovertrages nach § 676f BGB handelt.

Inhaltlich unterscheidet sich die rechtliche Begründung des Anspruchs aus der Gutschrift bei Fehlbuchungen nicht maßgeblich von den Fällen, in denen kein Rückforderungsrecht der Bank und damit auch kein Stornorecht nach AGB-Banken 8 gegeben sind. Auch hier wird der Anspruch durch die Gutschrift und das darin liegende Schuldversprechen begründet (vgl. auch BGHSt 39, 392, 396). Es differiert lediglich das Rückabwicklungsverhältnis. Die Fälle, bei denen eigene Rückforderungsansprüche der kontoführenden Bank fehlen, betreffen vor allem mängelbehaftete Überweisungen, deren Fehlerursache in der Sphäre des Überweisenden liegt (vgl. Hopt aaO; Graf von Westphalen aaO). Hier bestehen Rückforderungsansprüche allein zwischen dem Überweisenden und dem Empfänger. Die Gutschrift ist dann im Verhältnis zur Bank zwar endgültig, nicht jedoch im Verhältnis zum Überweisenden die darin liegende Vermögensmehrung.

c) Da zum Zeitpunkt der Verfügungen der Bank ein Anspruch bestanden hat, könnte dem Angeklagten ein Betrugsvorwurf nur gemacht werden, weil er nicht auf die Fehlbuchung hingewiesen hat. Nutzt er die Fehlvorstellung über die hier infolge der unrichtigen Buchung vorhandene Stornomöglichkeit – beziehungsweise eine daneben bestehende Bereicherungseinrede (§ 821 BGB) – aus, dann führt dies nur dann zu einer Strafbarkeit durch Unterlassen, wenn er eine entsprechende Offenbarungspflicht hatte. Aus den bisher getroffenen Feststellungen des Landgerichts läßt sich eine Offenbarungspflicht nicht entnehmen. Wegen Betruges durch Unterlassen wäre der Angeklagte nur strafbar, wenn eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 StGB ihn zur Offenlegung der Fehlbuchung verpflichtet hätte.

aa) Eine Garantenstellung unter dem Gesichtspunkt der Herbeiführung einer Gefahrenlage scheidet aus. Die Kontoführung obliegt der hierzu aus dem Girovertrag verpflichteten Bank. Der Angeklagte hat zu der Fehlbuchung im vorliegenden Fall in keiner Weise beigetragen und war deshalb auch nicht an der Schaffung der durch die versehentliche Gutschrift entstandenen Gefahrenlage beteiligt. Er hat diese durch seine Überweisungen spä-

ter nur ausgenutzt (a.A. Joerden JZ 1994, 422, 423, der die Schaffung einer Gefahrenlage im Überweisungsvorgang selbst erblickt).

bb) Allein die Höhe des drohenden Schadens ist nicht geeignet, eine Offenbarungspflicht zu begründen. Die Frage der Garantienpflicht ist nämlich aus der Eigenart der zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen zu klären, die unabhängig von der auf Zufälligkeiten beruhenden Höhe möglicher Schäden beurteilt werden muß (BGHSt 39, 392, 401).

cc) Eine Garantienstellung könnte sich jedoch aus Vertrag ergeben. Das Bestehen vertraglicher Beziehungen reicht für sich betrachtet aber nicht aus. Hinzutreten müßte ein durch das Vertragsverhältnis vermitteltes besonderes Vertrauensverhältnis. Nach § 676f BGB besteht für den Kunden aus dem Girovertrag als Hauptpflicht die Zahlung des für die Kontoführung vereinbarten Entgelts. Für die Bank wird die Verpflichtung begründet, im Rahmen der Kontoführung die Abwicklung der Gut- und Lastschriften auf dem Girokonto vorzunehmen. Insoweit erschöpfen sich die vertraglichen Beziehungen in einem gewöhnlichen Leistungsaustauschverhältnis. Regelmäßigkeit schafft deshalb die Unterhaltung eines Girokontos keine Vertrauensbeziehung, die eine Garantienstellung begründet (BGHSt 39, 392, 399; zustimmend hierzu Naucke, NJW 1994, 2809). Gleiches gilt auch für die zivilrechtlichen Nebenpflichten, die aus solchen vertraglichen Beziehungen erwachsen (BGHSt 39, 392, 400 f.). Im vorliegenden Fall bestehen keine Besonderheiten, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten. Vielmehr war der Kontoinhaberin nach den Feststellungen des Landgerichts nicht einmal ein Überziehungskredit eingeräumt, was hier verstärkt gegen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen der Bank und der Kontoinhaberin spricht.

Allerdings kann eine Aufklärungspflicht, die dann auch eine strafrechtliche Garantienpflicht begründen würde, zwischen den Vertragsparteien konkret vereinbart werden (BGHSt 39, 392, 399). Insoweit fehlen aber Feststellungen dazu, ob eine solche Abrede besteht. Da maßgeblich der durch eine

entsprechende Zusage des Bankkunden gesetzte Vertrauenstatbestand ist, werden in das Girovertragsverhältnis einbezogene Allgemeine Geschäftsbedingungen (so etwa AGB-Banken 11) hierfür regelmäßig nicht ausreichen. Die Bank wird sich nämlich nur auf Erklärungen verlassen können, die der Girokunde in Kenntnis des Erklärungsinhalts bewußt abgibt.

2. Soweit hier keine Vereinbarung bezüglich einer Aufklärungspflicht bestehen sollte, die den Tatbestand des Betruges durch Unterlassen begründen würde, ist eine Strafbarkeit des Angeklagten nicht ersichtlich. Eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB scheidet ebenfalls aus, weil kein Rechtsverhältnis im Sinne § 266 StGB bestand (vgl. BGH bei Dallinger MDR 1975, 22).

Der Gesetzgeber der Schweiz hat – vor dem Hintergrund zum deutschen Strafrecht (§§ 246, 263 StGB) inhaltsgleicher Vorschriften (Art. 137, 146 StGB) – diese bei fehlgeleiteten Gutschriften bestehende Rechtslage zum Anlaß genommen, mit Art. 141^{bis} StGB (Unrechtmäßige Verwendung von Vermögenswerten) eine Strafnorm zu schaffen, die eine unrechtmäßige Verwendung von Vermögenswerten pönalisiert, die dem Täter ohne seinen Willen zugekommen sind (vgl. zur Entstehungsgeschichte Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch 2. Aufl. § 141^{bis} Rdn. 1).

III.

Da der Senat im vorliegenden Fall nicht mit letzter Sicherheit ausschließen kann, daß im Verhältnis der kontoführenden Bank zur F GmbH eine entsprechende konkrete Vereinbarung bestand, aufgrund derer der Angeklagte zu einer Aufklärung über die Fehlbuchung verpflichtet war,

verweist er die Sache an das Landgericht zurück. Der neue Tatrichter wird diese Frage anhand der Vertragsgrundlagen des Giroverhältnisses zu klären haben.

Harms

Basdorf

Tepperwien

Gerhardt

Raum