

F A M O S

(Der **Fall** des **Monats** im **Strafrecht**)

Januar 2001

12 Millionen - Fall

Betrug / Verfügung über versehentliche Kontogutschrift / Unterscheidung von Fehlüberweisung und Fehlbuchung / Aufklärungspflicht von Bankkunden

§§ 263, 13 StGB

Leitsätze der Verf.:

Ein Überweisungsauftrag enthält nicht die tatsächliche Behauptung ausreichender Kontodeckung.

Eine Kontogutschrift begründet einen Anspruch des Bankkunden aus einem abstrakten Schuldversprechen der Bank auch dann, wenn sie auf einer versehentlichen bankinternen Buchung beruht und durch Stornierung rückgängig gemacht werden kann.

Der Girovertrag verpflichtet den Bankkunden nicht, der Bank eine fehlerhafte Gutschrift anzuzeigen.

BGH, Beschluss vom 08. 11. 2000, abgedruckt in NJW 2001, S.453

1. Sachverhalt

Der Tippfehler einer Bankangestellten führt dazu, dass bei einem bankinternen Vorgang 12 Millionen DM auf ein gleichlautendes Konto bei einer anderen Filiale gebucht werden. Als dessen Inhaber A den Betrag auf einem Kontoauszug entdeckt, reicht er sogleich und an den folgenden Tagen insgesamt 25 Überweisungsaufträge ein, die auch ausgeführt werden. Damit tilgt A Schulden und zahlt Geld auf ein Konto ein, das er bei einer anderen Bank hat.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Strafrechtlich interessiert der Sachverhalt allein unter dem Gesichtspunkt des Betruges. Die Überweisung eines auf dem eigenen Konto gebuchten Geldbetrages ist nicht nach § 246 Abs. 1 StGB als Zueignung einer fremden Sache erfassbar.¹ Auch fehlt es für den Tatbestand der Untreue gem. § 266 Abs. 1 StGB an einer Vermögensbetreuungspflicht des Kontoinhabers gegenüber der Bank.²

Nur bei genauer Lektüre des Sachverhalts gelingt es, die Betrugsprobleme richtig zu erfassen. Wichtig ist, wie die Bereicherung des A zustande kam: durch ein bankinternes Buchungsversehen. Dafür hat sich der Begriff der **Fehlbuchung** eingebürgert. Diese ist von der **Fehlüberweisung** zu unterscheiden. Darunter wird ein fehlerhafter Guthabentransfer von Bank zu Bank verstanden.³

Zu der Frage, ob das Ausnutzen einer Fehlüberweisung durch Abhebung oder Überweisung als Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar ist, hat sich eine feste Meinung herausgebildet. Das Verhalten gilt als straflos.⁴ Maßgeblich ist die zivilrechtliche Bewertung der Kontogutschrift. Der Kontoinhaber hat einen Anspruch auf den irrtümlichen überwiesenen Betrag. Denn aus dem Girovertrag (Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB) ist die Bank verpflichtet, Überweisungen dem Konto gutzuschreiben und anzuerkennen, dass sie den Betrag (**abstrakt**) schuldet. Die **Wirksamkeit** der Gutschrift im Verhältnis zwischen Kontoinhaber und kontoführender Bank bleibt **unberührt von Anfechtungsrechten und Bereicherungsansprüchen** des Dritten, von dessen Konto der Betrag versehentlich überwiesen wurde. Der Empfänger macht mit der Überweisung also einen ihm zustehenden Anspruch geltend und betrügt nicht.

Jedenfalls nicht durch positives Tun. Dem Kontoinhaber könnte allenfalls als Betrug durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 StGB angelastet werden, dass er nicht die rechtliche Anfälligkeit seines Anspruchs offenbart hat. Doch wird die für eine solche Offenbarungspflicht erforderliche Garantenstellung verneint, sofern sie nicht ausdrücklich vereinbart wurde. **Der übliche Girovertrag, ein normales gegenseitiges Rechtsgeschäft, verpflichtet den Bankkunden nicht zur Aufklärung.**

Betrugsstrafe drohte Bankkunden bislang jedoch in Fällen des Ausnutzens einer Fehlbuchung. Unisono bestrafte die Oberlandesgerichte in derartigen Fällen wegen Betruges.⁵ Die Literatur stimmte weitgehend zu.⁶ Die zivilrechtliche Lage wurde hier anders ein-

¹ BGH bei Dallinger MDR 1975, 22.

² Vgl. BGHSt 24, 386, 387.

³ Einführung dieser Unterscheidung durch OLG Karlsruhe Justiz 1978, 173; vgl. *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 23. Aufl. 2000, Rn. 498.

⁴ Vgl. zum Folgenden insbesondere BGHSt 39, 392; *Wessels / Hillenkamp*, aaO.; *Lackner / Kühl*, StGB, 23. Aufl. 2000, § 263 Rn. 9; *Naucke* NJW 1994, 2809.

⁵ OLG Köln JR 1961, 433; OLG Karlsruhe Justiz 1978, 173; OLG Stuttgart JR 1979, 471; OLG Celle Strafverteidiger 1994, 188.

⁶ *Lackner / Kühl*, aaO., § 263 Rn. 9; *Schönke / Schröder – Cramer*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 263 Rn. 16 c; *Tröndle / Fischer*, StGB, 49. Aufl. 1999, § 263 Rn. 7; *Tiedemann* in LK, StGB, 11. Aufl., § 263 Rn. 41; *Wessels / Hillenkamp*, aaO.

geschätzt. Der Vorgang betreffe nur das Verhältnis zwischen dem Kunden und der Bank. Diese könne ihren Irrtum leicht wieder rückgängig machen, weil ein entsprechendes **Stornierungsrecht in den Geschäftsbedingungen** vereinbart sei. Daher habe der Kontoinhaber keinen Anspruch auf den fehlgebuchten Betrag.

Diese andere zivilrechtliche Sicht begründet allerdings noch nicht ohne Weiteres eine Betrugsstrafbarkeit. Worin liegt die Täuschung? Sie erscheint nur als positives Tun begründbar. Denn gegen eine Strafbarkeit durch Unterlassen sprechen dieselben Gründe wie bei der Fehlüberweisung. Tatsächlich haben die Oberlandesgerichte eine Täuschung durch positives Tun angenommen. Sie soll darin bestehen, dass der Kunde durch Erteilung des Überweisungsauftrages die Auszahlung eines ihm nicht zustehenden Guthabens verlangt. Auch darin ist die Literatur den Gerichten zumeist gefolgt.

Das Fehlen entschiedenen Widerspruchs überrascht. Beruht doch die Annahme eines „Fehlbuchungs-Betruges“ auf einer reichlich künstlichen Unterscheidung von Bankvorgängen, die – jedenfalls für den Nichtjuristen – nur schwer nachvollziehbar ist. Dementsprechend hatte die Rechtsprechung auch mit Irrtumsproblemen zu tun.⁷

3. Kernaussagen der Entscheidung

„Der BGH räumt auf!“ So könnte eine Überschrift zu dieser Entscheidung lauten. Mit ihr wird nicht nur die Unterscheidung zwischen Fehlbuchung und Fehlüberweisung obsolet. Der BGH verwirft auch die bisherige Handhabung des Täuschungsmerkmals mit dem Ergebnis, dass in diesen Fällen die Betrugsprüfung eigentlich sehr frühzeitig abgebrochen werden kann.

Die Ausführungen zur Täuschung beginnen mit einem Satz, den man sich am Besten wortwörtlich merkt: „**Behauptungen über Rechte können nur dann Gegenstand einer Täuschungshandlung sein, soweit sie zugleich Tatsachenbehauptungen enthalten.**“⁸ Das heißt: Wer nur unzutreffend behauptet, einen Anspruch zu haben, täuscht nicht. Also: Keine Täuschung begeht, wer durch Überweisungs- oder Auszahlungsauftrag behauptet, eine Forderung gegenüber der Bank zu haben. Er könnte allenfalls dadurch täuschen, dass der Auftrag die Tatsachenbehauptung enthält, für die zu überweisende oder auszuzahlende Summe bestehe eine ausreichende Kontodeckung. Doch kann man diese Behauptung tatsächlich dem Auftrag entnehmen? Nein, sagt der BGH und begründet seine Ansicht mit der „vielgestaltigen Bankpraxis“⁹. Abbuchungen ohne entsprechende Kontodeckung seien an der Tagesordnung. Üblich und aus wirtschaftlichen Gründen oft auch sinnvoll seien die Inanspruchnahme von Dispositionskrediten und die Duldung von Überziehungen. Die Ausführung des Auftrags hänge dementsprechend vom Ergebnis einer Überprüfung durch die Bank ab. Das wisse auch jeder Bankkunde. Er müsse sich somit auch nicht vorher vergewissern, ob die nötige Deckung vorhanden sei. Das **Ausfüh-**

⁷ Das LG Berlin hatte in dem Verfahren, das der Entscheidung BGHSt 39, 392 zugrunde lag, zugunsten des Angeklagten angenommen, dass er das Vorliegen einer Fehlbuchung verkannt habe und von einer Fehlüberweisung ausgegangen sei; vgl. BGH NJW 1994, 950 (insoweit nicht in BGHSt 39, 392 mitgeteilt).

⁸ BGH NJW 2001, S. 453.

⁹ BGH aaO.

rungsrisiko liege bei der Bank. Ergo: Der Erklärungswert eines Überweisungsauftrages erschöpft sich „in dem Begehren auf Durchführung der gewollten Transaktion“¹⁰.

Damit hätte die Entscheidung enden können. Doch, wie gesagt, der BGH wollte aufklären. Daher schiebt er einen weiteren Grund für die Verneinung eines Betruges nach. „Überdies“¹¹ sei die etwaige Behauptung eines Guthabens auch nicht unwahr, weil **durch die Fehlbuchung – jedenfalls zunächst – ein Anspruch des Kontoinhabers entstanden** sei. Nicht nur die Fehlüberweisung, sondern auch die Fehlbuchung löse einen Anspruch aus, der auf dem **abstrakten Schuldanerkenntnis** der Bank beruhe.¹² Das Stornierungsrecht in Fällen des Versehens stehe nicht entgegen, sondern spreche gerade für diese rechtliche Bewertung. Die Stornierung sei keine schlicht faktische Fehlerbeseitigung. Vielmehr werde durch die Ausübung des Stornierungsrechts die materielle Rechtslage verändert, indem der Anspruch des Kunden aus der Gutschrift beseitigt werde. Daraus folgt: Vor dem Vollzug der Stornierung besteht ein Anspruch des Kunden aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis.

Der Schlussteil der Entscheidung ist ohne Neuigkeitswert. Wie schon in der Leitescheidung zu Fehlüberweisungen¹³ geht der BGH die denkbaren Begründungen für eine Strafbarkeit durch Unterlassen durch und gelangt zu einem negativen Ergebnis. **Ingerenz** scheide aus, weil die Gefahr allein durch die Fehlbuchung, nicht aber durch ein Verhalten des Kunden entstanden sei. Auch die **Höhe des drohenden Schadens** könne – für sich genommen – keine Offenbarungspflicht begründen. Maßgeblich sei die zugrundeliegende **Rechtsbeziehung**, die nur im Falle eines **besonderen Vertrauensverhältnisses** eine Pflicht zur Aufklärung begründen könne. Aus dem normalen Girovertrag ergebe sich keine derartige Vertrauensbeziehung. Zur Begründung einer **speziellen Aufklärungspflicht** genüge es nicht, Bankkunden durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu verpflichten, auf fehlerhafte Buchungen aufmerksam zu machen. Vielmehr bedürfe es einer **konkreten einzelvertraglichen Abmachung**.

Ganz am Ende verabreicht der BGH den Banken noch ein Trostpflaster. Strafrechtlicher Schutz könne ihnen zuteil werden, wenn der **Gesetzgeber** dem Vorbild der Schweiz folgen und einen Tatbestand der unrechtmäßigen Verwendung von Vermögenswerten einführen würde.

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Die Thematik ist bereits im Examenszusammenhang verwertet worden. Das wird kein einmaliger Vorgang bleiben. Die Entscheidung bereichert das beliebte **Themenfeld „Betrug durch Ausnutzen versehentlich erlangter Vermögenspositionen“**, dessen Grundfall im Einbehalten zuviel ausgezahlten Wechselgeldes¹⁴ besteht.

¹⁰ BGH aaO.

¹¹ BGH aaO.

¹² Damit gibt der BGH die Unterscheidung zwischen Fehlüberweisung und Fehlbuchung auf, die er in BGHSt 39, 392 noch mitvollzogen hatte.

¹³ BGHSt 39, 392.

¹⁴ Vgl. dazu *Rengier*, Strafrecht BT 1, 4. Aufl. 2000, § 13 Rn. 7 mit Beispielen.

Dieses Themenfeld stellt bestimmte Anforderungen an Kandidatinnen und Kandidaten. Sie müssen gut vertraut sein mit dem Inhalt des Täuschungsbegriffs¹⁵ und der Differenzierung der Täuschungshandlungen nach positivem Tun durch ausdrückliches oder konkludentes Vorspiegeln und Unterlassen¹⁶. Auch müssen ihnen die speziellen Anforderungen bekannt sein, die sich im Falle des Unterlassens aus § 13 StGB für eine betrugsrelevante Aufklärungspflicht ergeben.¹⁷

Die Umsetzung der Entscheidung in die gutachtliche Fallbearbeitung beschert ein **Darstellungsproblem**. Hält man sich strikt an die Regeln der Prüfungstechnik, so ist jedes Wort über das Bestehen eines Anspruchs des Kontoinhabers entbehrlich, wenn bereits mangels Tatsachenbehauptung eine Täuschung verneint worden ist. Andernfalls begibt man sich in die **Gefahr**, wegen **überflüssiger Hilferwägungen** gerügt zu werden.¹⁸ Nun hat aber auch der BGH in der Entscheidung einen Regelverstoß begangen. Denn gleichermaßen gilt es als richterlicher Kunstfehler, ein einmal gefundenes Ergebnis durch zusätzliche Gründe abzusichern, die erst nachfolgende Prüfungspunkte betreffen. Ein Urteil soll das zur Begründung Notwendige enthalten – mehr nicht. Doch zeigt das BGH-Urteil: Ganz so konsequent wird die Regel nicht eingehalten.¹⁹ Gleichmaßen werden im Prüfungszusammenhang **Zusatzerwägungen** akzeptiert²⁰, wenn sie nicht gerade im Gewande einer ausdrücklichen „Hilfsbegründung“ oder eines „Hilfsgutachtens“ daherkommen. Man sollte einen unauffälligen Übergang herstellen durch Formulierungen wie „im Übrigen“ oder „ohnehin“ und sich auf knappe Darlegungen beschränken. Dann kann dieser doppelte Boden geradezu den Eindruck juristischer Eleganz vermitteln. So ließen sich hier also knappe Ausführungen zum Anspruch des Kontoinhabers in Fällen der Fehlbuchung hinzufügen, nachdem eine Täuschung bereits mangels Sachangehalts abgelehnt wurde.

Die **praktischen Konsequenzen** der Entscheidung reichen weit. Auf die Möglichkeit der Einführung eines lückenschließenden Tatbestandes hat der BGH selbst hingewiesen. Zu vermuten ist, dass sich die Banken darauf allein nicht verlassen werden. Die Entscheidung wird im Bankenbereich heftiges Nachdenken darüber auslösen, wie sich die vom BGH geforderte einzelvertragliche Regelung einer Aufklärungspflicht rasch, unaufwendig und ohne größeres Aufsehen umsetzen lässt. Es wäre keine Überraschung, wenn demnächst Millionen von Bankkunden Post von ihrer Bank erhielten.

5. Kritik

Die Entscheidung verdient **Zustimmung**. Zu Recht tritt sie der Auffassung entgegen, dass im Erteilen von Aufträgen an eine Bank eine täuschungsrelevante Behauptung eines Anspruchs zu sehen sei. Wer nicht das kriminalpolitisch erwünschte Ergebnis, sondern die

¹⁵ Zusammenfassend: *Küper*, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 265 ff.

¹⁶ Vgl. *Rengier*, aaO., § 13 Rn. 4 ff.

¹⁷ Vgl. *Wessels / Hillenkamp*, aaO., Rn. 503 ff.

¹⁸ Vgl. *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 5. Aufl. 1996, S. 197 ff.

¹⁹ Ganz offensichtlich wollte der BGH sich durch die Regel nicht binden lassen, weil er beabsichtigte, mit einer Leitentscheidung Klarheit für den gesamten Bereich versehentlich erlangter Kontogutschriften zu schaffen.

²⁰ Vgl. *Arzt*, aaO., S. 194 f.

Realität der Bankenpraxis und die vertraglichen Beziehungen zwischen der Bank und ihren Kunden vor Augen hat, wird derartige Aufträge als Anträge bewerten, die auf bankinterne Prüfung und anschließende Vornahme des Geldtransfers zielen. Der Kunde, der eine versehentliche Gutschrift ausnutzt, ist moralisch zu tadeln; bestraft werden kann er nicht. Die Auseinandersetzung mit ihm ist zivilrechtlich zu führen. Die Folgen dürften für ihn – auch ohne Strafe – gravierend sein.²¹

Von der Zustimmung auszunehmen ist der Wink mit dem schweizerischen Zaunpfahl. Im Gesamtzusammenhang der Entscheidung ist der Hinweis auf eine gesetzgeberische Lösung wenig konsequent. Die Ablehnung der Betrugsstrafbarkeit nach geltendem Recht beruht wesentlich auf dem Gedanken, dass es in den von den Banken selbst zu verantwortenden Risikobereich fällt, wenn es zu Vermögensgefährdungen durch Buchungsfehler kommt. Die Schaffung einer Strafvorschrift würde das Risiko auf die Kunden verlagern und damit die Banken von der Aufgabe entlasten, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.

Anzumerken ist noch, dass die **fortschreitende Automatisierung** von Überweisungsvorgängen – man denke insbesondere an PC-Banking – die rechtliche Prüfungsgrundlage verändert. Übernimmt der Computer die Prüfung des Auftrags, so fehlt es am Betrugsmerkmal eines menschlichen Irrtums. Zum Zuge kommt stattdessen § 263 a StGB in der Variante der unbefugten Verwendung von Daten, deren Reichweite außerordentlich umstritten ist²².

²¹ Zu den zivilrechtlichen Folgen kommen noch die ganz erheblichen wirtschaftlichen Nachteile hinzu, die sich aus der Meldung des Vorgangs bei der SCHUFA (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung von Unternehmen und Kreditinstituten in Deutschland) ergeben. Dem Betroffenen ist eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr praktisch nicht mehr möglich, weil Unternehmen und Banken stets Auskünfte von der SCHUFA einholen.

²² Vgl. *Lackner / Kühl*, aaO., § 263 a Rn. 11 ff.