

Rechtsgutachten zur Frage der Strafbarkeit falscher Wertstellungen  
auf bei der Volksbank Möckmühl geführten Girokonten

A. Auftrag

Herr Harry Schmidt, seine Ehefrau Frau Ute Schmidt aus Möckmühl sowie die von Herrn Harry Schmidt als Geschäftsführer vertretene ON Air GmbH befinden sich in einem zivilrechtlichen Rechtsstreit mit der Volksbank Möckmühl-Neuenstadt eG, die früher als Hausbank der genannten Personen fungierte. In diesem Rechtsstreit geht es im Wesentlichen um die Frage, ob die Volksbank Möckmühl Neuenstadt eG (nachfolgend „Voba“ genannt) korrekte Wertstellungen bei der Buchung von Gutschriften bzw. bei Belastungsbuchungen vorgenommen hat und welche Ansprüche sich daraus zwischen den Parteien ergeben. Die Eheleute Schmidt und die ON Air GmbH werden im Zivilprozess vor den Landgericht Heilbronn von Herrn Rechtsanwalt Gunter Brandau aus Frankfurt a/M vertreten. Herr RA Brandau ist an mich mit der Bitte um Prüfung herangetreten, ob ich den Vorgang aus strafrechtlicher Sicht begutachten könne. Zu diesem Zweck suchten mich am 19. 10. 2009 Herr Harry Schmidt und Herr RA Brandau in Begleitung des Sachverständigen Hans Peter Eibl persönlich auf, um mir den Sachverhalt zu erläutern. Auf dieser Grundlage sowie weiteren von Herrn RA Brandau mir zur Verfügung gestellten Unterlagen gehe ich für meine Begutachtung von dem unter B. dargestellten Sachverhalt aus. Herr Harry Schmidt erteilte mir in der Besprechung am 19. 10. 2009 den Auftrag, rechtlich zu begutachten, ob auf der Grundlage der Sachverhaltsangaben Grund zur Annahme strafbarer Handlungen von Mitarbeitern der Voba besteht. Im Zentrum der Betrachtung sollen dabei die Wertstellungen auf den Konten der genannten Personen stehen. Da das Gutachten schon bis zum nächsten Prozesstermin am 23. 11. 2009 benötigt wird, kann es sich nur um ein Kurzgutachten handeln.

## B. Sachverhalt

Frau Ute Schmidt stand mit der Voba seit 1961, Herr Harry Schmidt seit 1977 und die ON Air GmbH seit 1987 (seinerzeit noch unter der Firmierung „WAS Werbeagentur Schmidt GmbH“) in einer Geschäftsbeziehung. Die Voba führte für diese Personen folgende Giro- bzw. Kontokorrentkonten:

Harry Schmidt	Kontonr.	71	████████
Ute Schmidt		70	████████
		70	████████
ON Air GmbH		70	████████

Letztlich zufällig – den Anstoß gaben Unstimmigkeiten in Zusammenhang mit der Beantragung eines Liquiditätshilfedarlehn bei der L-Bank Baden-Württemberg – entwickelten sich bei Frau Ute und Herr Harry Schmidt Zweifel hinsichtlich der Korrektheit der Kontoführung durch die Voba. Frau und Herr Schmidt sahen sich im Jahr 2006 veranlasst, die von ihnen bzw. der ON Air GmbH bei der Voba geführten Konten durch Hans Peter Eibl, einem anerkannten Sachverständigen auf den Gebieten Finanzwesen, Girokonto-, Kontokorrent-, Darlehnsanalysen, Kontenprüfung und Auswertung, überprüfen zu lassen. Das Gutachten des Sachverständigen Eibl wurde den Eheleuten Schmidt im Oktober 2006 zur Kenntnis gebracht. Jede Buchung wurde aus den von der Voba erstellten Kontoauszügen von 1988 bis 2006 manuell in das Prüfprogramm des Sachverständigen Eibl übertragen. Zunächst hat der Sachverständige in den Kontoauszügen den Buchungstag und den Wertstellungstag für die jeweiligen Kontoumsätze überprüft. Dabei stellte er fest, dass die Buchungs- und Wertstellungsdaten auf unbegründete Weise erheblich voneinander abweichen. Dies führte zu Saldenverschiebungen, die sich im Laufe der langjährigen Geschäftsbeziehung zu einem Habensaldo per 30. 6. 2006 von 116.353,55 Euro summierten. Der zutreffende Saldo bei reiner Berücksichtigung korrekter Wertstellungen unter Außerachtlassung anderer Faktoren hätte Euro 8.381,67 (Soll) hätte betragen müssen; dagegen behauptete die Voba in ihrem

Rechnungsabschluss per 30. 6. 2006 einen Sollsaldo in Höhe von 154.597,93 Euro. Das Gesamtvolumen falsch wertgestellter Gelder betrug danach in der DM-Zeit 2.985.750,86 Euro (17 %), in der Euro-Zeit: 430.903,80 Euro (1,20 %). Beispielfhaft handelte es sich um bei der Voba eingereichte Schecks, die erst mehrere Tage nach Eingang bei der Voba wertgestellt wurden, umgekehrt wurden von den Eheleuten Schmidt bzw. der ON Air GmbH auf die Voba gezogene Schecks mehrere Tage vor Einreichung bei der Voba wertgestellt. Abbuchungen z. B. des Fernmeldeamts wurden wertmäßig bis zu 6 Tagen zurück datiert. Gutschriften infolge von Überweisungen wurden teilweise erst an späteren Tagen nach Buchung valuiert, während Belastungen infolge von Überweisungsaufträgen an die Voba mehrere Tage zurück datiert wurden. Aufgabe des strafrechtlichen Gutachters ist es nicht, die zivilrechtliche Richtigkeit der Feststellungen des Sachverständigen Eibl zu überprüfen, zumal nach Mitteilung von Herrn RA Brandau dessen Feststellungen von der Voba in dem Zivilverfahren 6 O 489/06 Bi vor dem Landgericht Heilbronn nicht substantiiert bestritten würden. Der Strafrechtsgutachter befasst sich lediglich mit der Frage, ob die beschriebene Handhabung der Voba strafrechtlich relevant ist. Die tatsächliche Frage, ob die unrichtige Wertstellungspraxis der Voba Möckmühl auf einer Organisationsanweisung eines Mitarbeiters der Voba beruht, bedürfte näherer Klärung durch Ermittlungen der Staatsanwaltschaft. Die Verdachtslage spricht aber gegen rein technisch bedingte Fehler bzw. Versehen. Dies ergibt sich aus der großen Anzahl fehlerhafter Wertstellungen und der über viele Jahre konstant andauernden Fehlerpraxis. Auch wirkten sich die Unrichtigkeiten – soweit ersichtlich – stets zum Vorteil der Voba aus und summierten sich zum einem wirtschaftlich bedeutenden Faktor.

## C. Rechtsausführungen

### I. Strafrechtliche Bewertung nach § 263 StGB (Betrug)

Danach könnten sich Mitarbeiter der Voba über Jahre hinweg wiederholt wegen Betrugs (§ 263 StGB) gegenüber und zum Nachteil der Eheleute Schmidt sowie zum Nachteil der ON Air GmbH strafbar gemacht haben.

#### 1. Täuschungshandlung

Erstes Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB ist das der Täuschungshandlung (Vorspiegelung falscher, Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen). Es genügt also jedes Verhalten, durch das im Wege einer Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Realitäten bewirkt werden kann (*Cramer/Perron* in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl., § 263 Rn. 6). Ein solches Verhalten von Mitarbeitern der Voba mag hier in den zahlreichen Buchungsanweisungen betreffend die Wertstellung von Gutschriften bzw. Belastungsbuchungen auf den im Sachverhalt bezeichneten drei Konten gesehen werden. Diese Anweisungen dienten nicht nur dem internen Ablauf bei der Voba, sondern fanden „Ausdruck“ (im wahrsten Sinne des Wortes) in den Kontoauszügen, die entweder den Eheleuten Schmidt zugesendet wurden oder für diese im Wege des Kontoauszugsdruckers zur Verfügung gestellt wurden. Sie waren also zur Kenntnisnahme der Eheleute Schmidt bestimmt.

#### a) Konkludente Täuschung

Eine Täuschung im Sinne von § 263 StGB kann auch konkludent erfolgen, indem der Täter die Unwahrheit zwar nicht *expressis verbis* zum Ausdruck bringt, sie aber durch die Verkehrsanschauung durch sein Verhalten mit erklärt (vgl. BGHSt 51, 165, 169 f.; 47, 1, 3). Welcher Inhalt der Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich durch den Empfängerhorizont und den Erwartungen der Beteiligten (BGH NJW 2009, 2901). Diese werden regelmäßig durch den normativen Gesamtzusammenhang geprägt sein, in dem die Erklärung steht (BGHSt 51, 165, 170). In diesem Sinne ist danach zu fragen, in welchem Sinne die Eheleute Schmidt die für sie bestimmten Kontoauszüge verstehen durften, soweit diese Valutierungen von Gutschriften oder Belastungsbuchungen aufwiesen, was durchgängig der Fall war. Der normative Gesamtzusammenhang, der hier entscheidend für den Empfängerhorizont des Bankkunden ist, besteht hier in der einschlägigen höchst- und obergerichtlichen zivilrechtlichen Rechtsprechung zu korrekter Wertstellung auf Giro- und Kontokorrentkonten sowie in der nach § 676g BGB vorgegebenen Gesetzeslage. Der Bankkunde muss die Wertstellungsangaben auf den Kontoauszügen so verstehen, dass die Bank sich an Gesetz und Rechtsprechung gehalten hat, mithin die Gutschriften und Belastungsbuchungen in ihren Wertstellungsangaben Geldzuflüsse und Geldabflüsse bei der

Bank innerhalb des Zeitraums bezeichnen, der nach Rechtsprechung und Gesetz eine Valutierung zu dem ablesbaren Zeitpunkt erlaubt.

#### b) Normativer Gesamtzusammenhang

Danach bestehen folgende Grundsätze: Schon nach § 676g Abs. 1 S. 4 BGB gilt, dass Gutschriften so vorzunehmen sind, dass die Wertstellung des eingegangenen Betrags auf dem Konto des Kunden unter dem Datum des Tages zu erfolgen hat, an dem der Betrag dem Kreditinstitut zur Verfügung gestellt worden ist. Dies war allerdings auch schon vor Inkrafttreten des § 676g BGB die herrschende Rechtsüberzeugung. Schon Anfang 1989 hatte der 11. Zivilsenat des BGH entschieden (BGHZ 106, 259 = NJW 1989, 582 f.), dass Wertstellungsklauseln von Banken, wonach Bareinzahlungen auf Girokonten nicht schon am Tag der Einzahlung valutiert würden, unwirksam seien. Durch Bareinzahlungen entstehe bereits mit der Einzahlung ein Forderungsrecht des Kunden gegen die Bank, sodass dem Kunden insoweit keine Zinspflicht für einen in Wirklichkeit nicht bestehenden Schuldsaldo auferlegt werden dürfe. Es sei unzulässig, die Berechnung von Sollzinsen ohne Kreditgewährung mit einem eigenen Verwendungsinteresse der Bank zu rechtfertigen, der sich durch die Summierung der so erzielten unberechtigten Wertstellungsgewinne zusätzliche Einnahmen in erheblicher Höhe erschließen würden. Am 6. 5. 1997 hat der 11. Zivilsenat (NJW 1997, 2042 f.) für Überweisungsfälle unter Hinweis auf die Veröffentlichung von *Pleyer/Huber* schon aus dem Jahr 1987 (ZIP 1987, 424) klargestellt, dass aufgrund des Girovertrags die kontoführende Bank ihren vertraglichen Pflichten nur dann vollständig nachkommt, wenn sie den Überweisungsbetrag auch zeitlich, d. h. wertstellungsmäßig korrekt in das Kontokorrent einstellt. Da die Empfängerbank eingehende Überweisungsbeträge sofort dem Überweisungsempfänger herauszugeben habe, habe die Wertstellung für den Tag zu erfolgen, an dem der Überweisungsbetrag bei der Bank eingehe, d. h. sie buchmäßig Deckung erlange und der Empfänger deshalb einen Anspruch auf Gutschrift habe. Das Wertstellungsdatum sei unabhängig vom Buchungstag. Eine verzögerte Wertstellung von Kundengeldern durch die Bank, um so zusätzliche Einnahmen in nicht unerheblicher Höhe zu erzielen, sei durch nichts gerechtfertigt und benachteilige die Inhaber privater Girokonten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Dagegen sei eine ein paar Tage spätere Wertstellung bei eingehenden Schecks zu rechtfertigen, da

dies dem Umstand Rechnung trage, dass in diesen Fällen nur eine Vorbehaltsbuchung ohne sichere Kenntnis vom Zeitpunkt der Scheckeinlösung und damit der Erlangung der endgültigen buchmäßigen Deckung erfolge. Ebenfalls im Jahr 1997 hat der 11. Zivilsenat bekräftigt (NJW 1997, 3168 f.), dass die Wertstellung eingehender Lastschriften einen oder mehrere Bankarbeitstage vor der Kontobelastung unzulässig sei. Es sei nicht Inhalt des Giroverhältnisses, der Bank die zinswirksame Anlage der Geldmittel auf Girokonten oder – bei debitorischen Konten – unmittelbare Zinsgewinne durch unrichtige Wertstellung zu ermöglichen. Deshalb könne eine so praktizierte Wertstellung auch nicht mit einem Verwendungsinteresse der Bank gerechtfertigt werden. Diese Grundsätze gelten im Privatkundengeschäft und im kaufmännischen Verkehr gleichermaßen. Die genannten Entscheidungen des BGH stellten keine Gestaltung der Rechtslage, sondern entsprechend ihrem Charakter als Gerichtsentscheidungen nur Ausdruck der Erkenntnis einer auch schon zuvor bestehenden Rechtslage dar. Sie beschreiben Verhaltensregeln, welche die Banken nach Treu und Glauben gegenüber ihren Kunden schon zuvor hätte folgen müssen, aber in den entschiedenen Einzelfällen vertragswidrig nicht beachtet hatten. In die normative Gesamtlage fließt schließlich auch die herrschende Meinung des bankrechtlichen Schrifttums ein, so etwa die Darstellung im Bankrechts-Handbuch von Schimansky/Bunte/Lwowski, München 2007. Dort heißt es in Rn. 64 zu § 47: „Ob die Wertstellung korrekt ist, entscheidet sich allein danach, ob sie dem geltenden Recht oder einer gültigen Vereinbarung entspricht ... Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Wertstellung bei Gutschriften für den Tag zu erfolgen hat, an dem die Bank die Deckung erhält und damit der Anspruch des Kunden auf Gutschrift entsteht ... Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem die Bank über die Mittel verfügen kann.“ Freier in der Wertstellung sei die Bank nur, wenn sie Gutschriften vor Erlangung der Deckung wie z. B. im Inkassoverfahren erteile (Rn. 65). Bei Belastungsbuchungen sei der korrekte Wertstellungstag derjenige der Leistung der Bank, also des Abflusses der Deckung (Rn. 66).

Die Eheleute Schmidt konnten vom ihrem Empfängerhorizont bei Empfang der Kontoauszüge der Voba Möckmühl, mit der sie in einer langjährigen Geschäftsbeziehung standen, davon ausgehen, dass die dort enthaltenen Wertstellungsdaten der oben skizzierten normativen Gesamtlage entsprachen. Von ihrem Empfängerhorizont aus waren daher die Wertstellungsangaben in den Kontoauszügen so zu verstehen, dass die Voba

Möckmühl bei Gutschriften jeweils zu den an den Wertstellungstagen bezeichneten Daten erst Deckung erlangt hatte und bei Belastungsbuchungen bereits an diesen wertstellungsmäßig angegebenen Tagen die Mittel abgeflossen waren.

c) Unrichtigkeit der konkludenten Erklärungen

Dies traf aber nach dem mir vorliegenden Sachverhalt in bei weitem nicht allen Fällen zu, sodass aus dieser Diskrepanz von Erklärungsinhalt und realen Verhältnissen die Täuschung (Vorspiegelung falscher Tatsachen) resultierte.

Bezüglich des Kontos Nr. 700 [REDACTED] (Werbeagentur Schmidt, später ON Air GmbH) gilt:

In der Zeit vom 28. 12. 2001 sollen 1.700 von insgesamt 11.856 Buchungen nicht richtig wertgestellt worden sein (dies entspricht 14,34 %). Dabei handelte es sich um 1.383 Belastungen vor dem tatsächlichen Buchungstag, 317 Gutschriften nach dem tatsächlichen Buchungstag, 20 sind nicht termingebunden, fallen auf ein Wochenende oder Feiertage, hätten also in dieser Form nicht wertgestellt werden dürfen. In der Zeit vom 28. 12. 2001 bis 25. 7. 2006 sollen 32 von insgesamt 2.480 Buchungen nicht richtig wertgestellt worden sein (dies entspricht 1,29 %). Dabei handelt es sich um 8 Belastungen vor dem tatsächlichen Buchungstag, 24 Gutschriften nach dem tatsächlichen Buchungstag, 4 sind nicht termingebunden, fallen auf ein Wochenende oder Feiertage.

Exemplarisch wurde z. B. der Scheck Nr. 962 am 20. 2. 1989 bei der Werbeagentur Schmidt ausgestellt und lautete auf Zahlung von DM 1.066,26 an die DAK. Dieser Scheck wurde im Kontoauszug Nr. 34 erkennbar von der Voba Möckmühl mit der Wertstellung 21. 2. 1989 als Belastung gebucht. Der Kontoauszug Nr. 34 enthielt damit gegenüber den Eheleuten Schmidt die konkludente Erklärung, der Scheck Nr. 962 habe bei der Voba Möckmühl bereits am 21. 2. 1989 vorgelegen und dort zu einem Mittelabfluss in Höhe von DM 1.066, 26 geführt. Dieser Erklärungsinhalt war objektiv falsch, da dann, wenn man den Vorgang genau nachvollzieht, der Scheck am 20. 2. 1989 von der Werbeagentur Schmidt erst an die DAK Neckarsulm (Postfach) versandt wurde, dort nicht vor dem 21. 2. eingetroffen sein konnte und somit unmöglich schon am selben Tag bei der Voba Möckmühl vorgelegen haben kann.

Exemplarisch bei Gutschriften von Überweisungseingängen ist die Wertstellung von gleich vier Überweisungen im Auszug Nr. 169 vom 19. 9. 1989, die jeweils auf den 21. 9. 1989 lautet. Der Auszug Nr. 169 enthält damit den Erklärungsinhalt, dass die Beträge von DM 45,60, 1.055, 75, 1.140,00 und 359,10 der Voba Möckmühl am 21. 9. 1989 zugeflossen sind. Befasst man sich jedoch mit dem Buchungstag, ergibt sich, dass dies nicht zutrifft. Denn die Buchung erfolgte bereits am 20. 9. 1989. Die Voba Möckmühl dürfte wohl kaum am 20. 9. 1989 in Erwartung eines Zahlungseingangs infolge Überweisung am folgenden Tag bereits vorweg eine Gutschrift gebucht haben. Bei genauer Lektüre des Kontoauszugs, der auch den Buchungstag enthält, hätten dies zwar auch schon die Eheleute Schmidt so kombinieren können; dies schließt aber eine Täuschungshandlung im Sinne von § 263 StGB nicht aus. Kriminologisch ist es bei Betrugstaten regelmäßig so, dass das Opfer bei großer Aufmerksamkeit und Nachdenken die Täuschungshandlung hätte durchschauen können. Mit dieser Erwägung darf aber nicht das Betrugsrisiko auf das Opfer abgewälzt werden. Der durchschnittliche Bankkunde wird sich nicht die Mühe machen, bei jedem einzelnen Kontoauszug auf Widersprüche zwischen Buchungs- und Wertstellungsdatum zu achten. Dies tut er frühestens, wenn das Vertrauensverhältnis zu seiner Bank bereits gestört ist. Maßgeblich für den Erklärungsgehalt des Kontoauszugs bleibt daher das Wertstellungsdatum.

Diese exemplarische Darstellung soll hier nicht fortgesetzt, aber darauf hingewiesen werden, dass die Verschiebung von Wertstellungsdaten zum Nachteil des Kontoinhabers nicht nur jeweils einen Tag betrug, sondern teilweise noch viel krasser ausfiel so wie z. B. bei der Rückdatierung einer Abbuchung des Fernmeldeamts vom 28. 3. 1989 um gleich sechs Tage (Auszug Nr. 55 aus dem Jahr 1989).

#### d) Tathandlungen/Täter

Welche Person innerhalb der Voba Möckmühl diese Täuschungshandlung vorgenommen hat, entzieht sich der Kenntnis des Gutachters und müsste notfalls durch staatsanwaltschaftliche Ermittlungen festgestellt werden. Die lange Dauer und die hohe Anzahl von Veränderungen zum Nachteil der Eheleute Schmidt bzw. der ON Air GmbH sprechen gegen eine technische Panne und für eine bewusste menschliche Entscheidung mit

System. Sollte eine Weisung einer vorgesetzten Person innerhalb der Voba vorgelegen haben, so wäre dies als mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB zu qualifizieren.

## 2. Irrtumserregung

Die Eheleute Schmidt erlagen als Empfänger der Kontoauszüge einem entsprechenden Irrtum über die Zahlungseingänge und –abgänge. Der im Rahmen der Täuschungshandlung maßgebliche Empfängerhorizont spiegelt sich regelmäßig in dem Vorstellungsbild auf Seiten der Empfänger wider; deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Adressaten sich eine konkrete Vorstellung über die Berechnung ... gemacht haben (BGH NJW 2009, 2901). Entscheidend ist vielmehr, dass die Empfänger sich jedenfalls in einer wenngleich allgemein gehaltenen Vorstellung befanden, dass die Berechnung „in Ordnung“ sei (vgl. BGHSt 2, 325; 24, 386, 389). Daher gingen die Eheleute Schmidt – jedenfalls in Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins (vgl. BGHSt 51, 165, 174) – davon aus, dass die Wertstellungen zutreffend bestimmt und nicht manipulativ zu ihren Lasten verändert wurden. Somit liegt auch als zweites Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB das der Irrtumserregung vor.

## 3. Vermögensverfügung

### a) Grundsätze

Als „ungeschriebenes“ Tatbestandsmerkmal setzt § 263 StGB eine Verfügung des Irrenden über eigenes oder fremdes Vermögen voraus (Fischer, StGB, 56. Aufl., § 263 Rn. 40) Vermögensverfügung ist jedes Tun oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (vgl. BGHSt 14, 170 f.). Die Buchungsvorgänge der Bank (Gutschrift oder Belastungsbuchung) werden zunächst einseitig von der Bank vorgenommen. Einer Handlung des Bankkunden bedarf es dazu nicht. Dabei unterscheidet die zivilrechtliche Rechtsprechung zwischen Belastungsbuchung und Gutschrift. Die Belastungsbuchung stellt einen bloßen Realakt mit rein deklaratorischer Wirkung dar (BGHZ 105, 263; BGH NJW 1989, 2121). Dagegen stellt die Gutschriftsanzeige einer Bank in der Regel ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis der Bank gegenüber dem Kunden dar (BGHZ 6, 124; BGH NJW 1991, 2140). Jedenfalls die Belastungsbuchung erlangt

ihre rechtliche Wirksamkeit erst mit einem nachträglichen Saldoanerkennnis durch den Bankkunden gem. Nr. 7 AGB-Banken, wenn dieser dem Rechnungsabschluss nicht innerhalb der dort vorgesehenen Frist widerspricht und Einwendungen erhebt. Das Schweigen des Kunden gilt als Annahme eines Antrags nach § 151 Satz 1 BGB (vgl. Claussen, Bank- und Börsenrecht, 4. Aufl., S. 107). Bezüglich der Belastungsbuchung liegt also die erste Handlung des Bankkunden, die Wirkung auf sein oder das Vermögen eines Dritten zeitigt, in dem Unterlassen nach § 151 Satz 1 BGB nach Zugang des Rechnungsabschlusses. Dieses stellt die „Vermögensverfügung“ im Sinne von § 263 StGB dar. Im Ergebnis gilt dies auch für Gutschriftanzeigen. Da das darin liegende Schuldanerkennnis durch einseitige in der Gutschrift selbst liegende Erklärungen der Bank und der Bankkunde für deren Wirksamkeit keine Kenntnis erlangt haben muss (vgl. *Schimansky/Bunte/Lwowski*, a.a.O., § 47 Rn. 53), verfügt er auch hier erst mit der Anerkennung des Rechnungsabschlusses gem. § 151 Satz 1 BGB. Mit der Anerkennung des Saldos gehen nach der Rechtsprechung des BGH die in die beiderseitige Rechnung aufgenommenen Ansprüche und Leistungen unter, übrig bleibt nur der Anspruch aus dem Saldoanerkennnis, der eine neue, auf einem selbstständigen Verpflichtungsgrund losgelöste Forderung an die Stelle der bisherigen Einzelforderungen tritt (sog. Novation, vgl. *Bunte/Schimansky/Lwowski*, a.a.O., § 47 Rn. 91).

#### b) Anwendung der Grundsätze im vorliegenden Fall

Ob hier rechtswirksame Anerkenntnisse der Eheleute Schmidt bezüglich der vierteljährlichen Rechnungsabschlüsse vorgelegen haben, ist in den Zivilrechtsverfahren 6 O 489/06 Bi vor dem Landgericht Heilbronn in hohem Maße streitig. Die Klägerin (Volksbank Möckmühl) vertritt das Vorhandensein rechtswirksamer Saldoanerkennnisse mit Vehemenz, während die Beklagtenseite dieses konsequent bestreitet. Gegen wirksame Saldoanerkennnisse wird dort u. a. geltend gemacht, es hätten auf den Auszügen, die den Rechnungsabschluss enthalten haben könnten, die nach Nr. 7 AGB-Banken erforderlichen Hinweise gefehlt; es werden auch materielle Argumente gegen die Wirksamkeit angeführt, so z. B. dass Überraschungen und krasse Fehler die Wirksamkeit des Saldoanerkennnisses ausschließen. Für die strafrechtliche Betrachtung bedeutet dies, dass unter Zugrundelegung des Klägervortrags in diesem Punkt zweifelsfrei klare Vermögensverfügungen der Eheleute Schmidt im Sinne des Betrugstatbestandes nach § 263 StGB vorgelegen hätten. Geht man

dagegen vom Beklagtenvortrag aus, liegt es zunächst näher, nur an versuchten Betrug (§ 23 StGB) zu denken, weil die Bank zweifellos Saldoanerkennnisse angestrebt hat, es zu diesen aber nicht wirksam gekommen ist. Im Ergebnis kommt es auf den Streit strafrechtlich aber doch nicht an, da zwar zivilrechtliche Verfügungen regelmäßig Verfügungen im Sinne von § 263 StGB sind; jedoch kommt es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung sowie darauf, ob eine solche überhaupt vorliegt, nicht an; entscheidend ist die tatsächliche Einwirkung (Fischer a.a.O., § 263 Rn. 41 unter Hinweis auf BGHSt 31, 178). Tatsächlich war es hier aber so, dass die Eheleute Schmidt auch dann, wenn die vierteljährlichen Saldoanerkennnisse unwirksam gewesen sein sollten, faktisch nichts unternahmen, weil sie von der Richtigkeit der zuvor mitgeteilten Wertstellungen ausgingen. Auch die mangelnde Geltendmachung ihrer Rechte bzw. der der ON Air GmbH stellt eine Vermögensverfügung im Sinne des § 263 StGB dar, dessen Wesen gerade in einer unbewussten Selbstschädigung des Betrugsopfers liegt. Daher liegen nach beiden Positionen vierteljährliche Vermögensverfügungen der Eheleute Schmidt bezüglich ihrer Konten unter des Kontos der ON Air GmbH dar. Eine Verfügung zum Nachteil der juristischen Person (GmbH) und damit bezüglich des Vermögens eines Dritten, ist ausreichend, da die Eheleute Schmidt „im Lager“ der ON Air GmbH standen.

#### 4. Vermögensschaden

##### a) Schadenshöhe

Als weiteres Tatbestandsmerkmal müssten diese Vermögensverfügungen einen unmittelbaren Vermögensschaden bei den Eheleuten Schmidt bzw. der ON Air GmbH bewirkt haben. Stellt man auf die letzte Quartalsabrechnung vor Bekanntwerden der falschen Wertstellungen durch Übermittlung des Gutachtens Eibl an die Eheleute Schmidt im Oktober 2006 ab, nämlich die vom 30. 6. 2006, hieße dieses, dass die (faktischen) Wirkungen des Schweigens auf diese Abrechnung nach Ablauf der in Nr. 7 AGB-Banken vorgesehenen Frist zu fragen wären, d. h. nach der Verfügung Ende Juli/Anfang August 2006. Nach den Feststellungen des Sachverständigen Eibl hätte bei korrekter Wertstellung der Saldo des Kontos Nr. 70 005 001 (ON Air GmbH) zu diesem Zeitpunkt

Euro 8.381,67

im Soll lauten müssen. Der von der Voba erstellte Rechnungsabschluss vom 30. 6. 2006 wies dagegen einen Sollstand von

Euro 154.587,93

auf. Mithin belief sich der strafrechtlich relevante Vermögensschaden bei der ON Air GmbH (Betrugsschaden) auf

Euro 146.216,26.

Durch das irrtumsbedingte Nichterheben von Einwendungen gegen die Quartalsabrechnung 30. 6. 2006 erwuchs der ON Air GmbH damit ein wirtschaftlicher Gesamtschaden in Höhe von Euro 146.216,26. Zur Vereinfachung der Betrachtung werden hier die weiteren Konten außer Acht gelassen (möglicherweise würde auch eine Staatsanwaltschaft insoweit nach § 154 StPO verfahren). Bei deren Einbeziehung würde sich der Betrugsschaden noch erhöhen.

#### b) Mitbestrafte Vortaten

An sich liegen in den gesamten Zeitraum der Geschäftsbeziehung der ON Air GmbH (früher Werbeagentur Schmidt) mit der Voba nach jedem Quartal eigene Betrugstaten vor, bei denen dann der Vermögensschaden sukzessive auf den oben für Mitte 2006 berechneten anwächst. Denn jede Saldobildung baut auf die vorhergehende (jeweils unzutreffende) auf und vergrößert den Schaden. Da die Rechtsprechung im deutschen Strafrecht die Rechtsfigur der fortgesetzten Tat nicht mehr kennt, lägen genau genommen an die 100 Einzeltaten vor. Da jedoch der Vermögensschaden insgesamt sich dadurch nicht ändert, haben diese dem 30. 7. 2006 vorausgehenden Betrugstaten keine eigenständige Bedeutung und lassen sich als mitbestrafte Vortaten (vgl. hierzu Fischer, a.a.O., vor § 52 Rn. 64; Stree/Sternberg/Lieben in: Schönke/Schröder, a.a.O, Vorb. §§ 52 Rn. 135) im Verhältnis zu der letzten Mitte 2006 auffassen. Danach brach die Tatenserie ab, da die Eheleute Schmidt nach Kenntnisnahme des Gutachtens Eibl keinem Irrtum mehr unterlagen.

## 5. Vorsatz

Auf der subjektiven Tatseite müsste bezüglich der bisher behandelten objektiven Tatbestandselemente Vorsatz (Wissen und Wollen) vorgelegen haben. Die subjektive Tatseite lässt sich von der Natur des hier gegebenen Rechtsgutachtens her nicht abschließend bewerten, da noch überhaupt nicht bekannt ist, welches die handelnden Personen waren und wie diese sich im Falle einer Einvernahme durch die Ermittlungsbehörden einlassen würden. Daher kann nur von der Verdachtslage auf der Grundlage der objektiven Fakten ausgegangen werden. Dabei fällt die große Anzahl unrichtiger Wertstellungen auf. Allein bezüglich des Kontos Nr. 700 [REDACTED] wurden im Zeitraum 29. 12. 1988 bis 31. 12. 2001 1.700 Buchungen nicht richtig wertgestellt, was 14,34 % der Gesamtbuchungen ausmachte. Die hohe absolute Zahl und die lange Zeitdauer (über Jahre hinweg) sprechen gegen einen technischen Fehler, der isoliert gesehen schon einmal passieren kann. Außerdem ist die Art des Fehlers immer wieder ähnlich. Sollte bei einzelnen ausführenden Mitarbeitern der Voba kein Vorsatz vorgelegen haben, wäre dann aber auf den Vorsatz des anweisenden Vorgesetzten der Voba abzustellen, der als mittelbarer Täter anzusehen wäre (§ 25 Abs. 1 2. Alt. StGB). Die Berufung darauf, man habe sich auf die Richtigkeit des Buchungssystems FIDUCIA verlassen, dürfte bei vorläufiger Betrachtung nicht entlastend wirken, da dieses – soweit ersichtlich – das Verhältnis der Voba zu dem Mutterinstitut DG Bank betrifft. Schon vor Jahren hat der BGH ausgeführt, dass das „Interbankverhältnis“ es nicht zulässt, dem Bankkunden im Verhältnis zu seiner eigenen Bank nicht gerechtfertigte Zinsnachteile aufzuerlegen und dass verbindliche Vorgaben Dritter im Verhältnis der Bank zu ihren eigenen Kunden ausgeschlossen seien (BGH NJW 1997, 3169).

## 6. Bereicherungsabsicht

Schließlich müsste bei den handelnden Personen „Bereicherungsabsicht“ vorgelegen haben, wobei nach dem Gesetz nicht unbedingt ein eigener Vorteil, sondern auch der eines Dritten angestrebt werden muss. Hier standen den Zinsnachteilen der ON Air GmbH bzw. der Eheleute Schmidt spiegelbildlich und damit „stoffgleich“ entsprechende Zinsvorteile aus den unrichtigen Wertstellungen gegenüber, für die es auch keine andere Erklärung gibt, als dass

sie von den handelnden Mitarbeitern zu Gunsten ihres Arbeitgebers, der Voba Möckmühl, erstrebt wurden. In ihrer Summierung ergaben sich schon im Fall der ON Air GmbH und der Eheleute Schmidt nennenswerte wirtschaftliche Werte zum Vorteil der Voba über die Jahre hinweg. Sollte dies bei anderen Kunden ähnlich vorgekommen sein, ließe sich daraus ein auf Bereicherungsabsicht beruhendes Geschäftsprinzip ableiten. Der Verdacht, dass dies so war, wird unterstützt durch die Feststellungen des BGH in anderen Bankfällen, der in NJW 1997, 2042 ausgeführt hat, „die verzögerte Wertstellung benutze die Beklagte (eine Bank), wie sie selbst einräumt, um zusätzliche Einnahmen in nicht unerheblicher Höhe zu erzielen, ohne ihre Kunden daran teilhaben zu lassen“. Schon im Jahr 1989 hatte der BGH erkannt, „durch die Summierung der so erzielten unberechtigten Wertstellungsgewinne erschließe sich das Kreditinstitut zusätzliche Einnahmen in erheblicher Höhe“ (NJW 1989, 583). *Schimansky/Bunte/Lwowski*, a.a.O., § 47 Rn. 64 berichtet über eine Untersuchung der Stiftung Warentest, wonach vereinzelt immer noch eine Praxis zu beobachten sei, Zinsgewinne durch verspätete Gutschrift von Zahlungseingängen zu erzielen.

Die durch unrichtige Wertstellung hier erzielten Zinsvorteile standen der Voba nicht zu, waren also rechtswidrig. Die Ausführungen zum Vorsatz gelten auch bezüglich der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils. Um zu erkennen, dass die auf unrichtiger Wertstellung beruhenden Zinsvorteile der Voba nicht zustanden, bedurfte es nicht schwieriger Erkenntnisakte oder mühsamen Studiums der Rechtsprechung. Denn die Kernaussage, dass die Wertstellung nach dem Gutdünken der Banken obliegt und zum Vorteil der Bank manipuliert werden darf, ist relativ schlicht und jedermann einsichtig.

Auf der Grundlage des mir vorliegenden Sachverhalts bejahe ich als Rechtsgutachter daher den Tatbestand des § 263 StGB Ende Juli 2006, allerdings ohne diese einer namhaft zu machenden Person bei der Voba als Täter zuordnen zu können. Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes wird eine zureichende Verdachtslage angenommen.

## 7. Besonders schwerer Fall (§ 263 Abs. 3 StGB)

### a) Schadenshöhe

Vorliegend könnte es sich um einen besonders schweren Fall des Betrugs nach § 263 Abs. 3 StGB handeln. In Betracht kommt das Regelbeispiel nach Satz 2 Nr. 3, nämlich das Herbeiführen eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes. Seit BGHSt 48, 360 zieht die Rechtsprechung die Wertgrenze für einen Vermögensverlust großen Ausmaßes bei Euro 50.000,-, die hier mit Euro 146.216,26 deutlich überschritten ist. Ein Gefährdungsschaden würde nicht ausreichen; hier liegt jedoch ein realer Schaden vor. Zwar wird mit der Nichterhebung von Einwendungen gegen den Rechnungsabschluss noch kein Zahlungsfluss bewirkt, jedoch stellt eine (faktische) Anerkennung des Rechnungsabschlusses die Begründung einer Verbindlichkeit in dieser Höhe dar, die das Vermögen des Bankkunden real belastet.

#### b) Gesamtwürdigung

Allerdings darf sich bei der Prüfung eines besonders schweren Falls der Rechtsanwender nicht mit der bloßen Feststellung des Vermögensverlusts in großen Ausmaß begnügen, sondern muss auch noch eine Gesamtwürdigung von Tatumständen und Täterpersönlichkeit vornehmen (Fischer a.a.O., § 263 Rn. 129). Angaben zu den Täterpersönlichkeiten fehlen bisher; die Tatumstände sind allerdings dadurch geprägt, dass hier eine jahrzehntelange Geschäftsbeziehung der Eheleute Schmidt zur Voba Möckmühl bestand, welche die Wertstellungspraxis als einen besonderen Vertrauensbruch erscheinen lässt. Hinzu kommt, dass die Eheleute Schmidt auch Genossenschaftsmitglieder der Voba Möckmühl waren. Der Dachverband der Volks- und Raiffeisenbanken begründet die Mitgliedschaft in der Genossenschaft als eine besonders von Vertrauen geprägte Beziehung zu seiner Bank, bei der die Traditionen von Solidarität, Gleichberechtigung und Zusammenarbeit hoch gehalten würden. Insgesamt lässt daher schon aufgrund der Tatumstände eine Gesamtwürdigung annehmen, die einen besonders schweren Fall bejahen lässt.

#### 8. Verjährung

Hinsichtlich der Verfolgbarkeit des tatbestandlich bejahten Betrugs ist noch die Frage der Verjährung aufzuwerfen. Da für Betrug gem. § 263 StGB eine Strafandrohung von bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe gilt, beträgt die strafrechtliche Verjährungsfrist nach § 78 Abs. 3 Nr. 4

StGB ihrerseits 5 Jahre. Die Frist beginnt gem. § 78a StGB mit der Beendigung der Tat. Beim Betrug beginnt die Verjährung nicht schon mit dem Zeitpunkt der Vermögensverfügung – und schon gar nicht der Täuschungshandlung –, sondern erst mit der Erlangung des letzten vom Tatvorsatz umfassten Vermögensvorteils (*Fischer*, a.a.O., § 78a Rn. 8 m. w. N.). Es mag im vorliegenden Fall dahin stehen, in welchem Umfang noch Vermögensvorteile der Voba nach Juli 2006 entstanden sein sollten. Auch vom Zeitpunkt der Vermögensverfügung (Ende Juli 2006/Anfang August 2006) her gesehen, träte Verjährung frühestens Ende Juli/Anfang August 2011 ein. Die Tat ist also nicht verjährt und damit noch verfolgbar.

## II. Untreue (§ 266 StGB)

Dem Gutachtenauftrag von Herrn Schmidt folgend sollte der Schwerpunkt der Bearbeitung in der Frage liegen, ob der Betrugstatbestand zu bejahen ist. Für eine umfassende Begutachtung des Problems, ob auch Untreue nach § 266 StGB vorliegt, fehlt die Zeit. Daher begnüge ich mich als Rechtsgutachter insoweit mit einigen Hinweisen.

### 1. Vermögensbetreuungspflicht bei Geschäftsbesorgung

Maßgeblich ist, ob der Voba nach § 266 StGB eine durch Rechtsgeschäft begründete Rechtspflicht oblag, in Zusammenhang mit der Führung der laufenden Konten Vermögensinteressen der ON Air GmbH bzw. der Eheleute Schmidt zu betreuen. Als ausschlaggebendes Kriterium für die Annahme solcher Vermögensbetreuungspflichten wird allgemein danach gefragt, ob das Rechtsverhältnis den Charakter einer Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB hat (vgl. BGHSt 49, 155; dazu m. w. N.: *Lenckner/Perron* in: *Schönke/Schröder*, a.a.O., § 266 Rn. 23a). Genau das macht aber das Wesen eines Girovertrags aus; dieser stellt ganz unstrittig einen klassischen Geschäftsbesorgungsvertrag dar (vgl. BGH NJW 1997, 2042; BGHSt 39, 392, 396). Daher erscheint es konsequent, dass *Schimansky/Bunte/Lwowski*, a.a.O., § 47 Rn. 64 ausführt, die Praxis Zinsgewinne durch verspätete Gutschrift von Zahlungseingängen zu erzielen, sei nicht nur eine grobe Pflichtverletzung der Bank, sondern könne auch den Vorwurf der Untreue begründen.

### 2. Rechtsprechung

Im Gegensatz dazu scheint in der Rechtsprechung eine Tendenz vorhanden zu sein, in Zusammenhang mit der Führung von Konten der Bank keine Vermögensbetreuungspflicht aufzuerlegen. So hat das OLG Düsseldorf in wistra 1995, 73 entschieden, dass das Bestehen eines Sparkontos und die damit verbundene Verwaltung eines Sparguthabens allein in der Regel keine Treuepflicht der Bank begründe. Diese Entscheidung ist allerdings mit dem besonderen Charakter des Sparkontos begründet, das seinem Charakter nach einen Darlehnsvertrag darstelle; möglicherweise ist sie nicht auf Girokonten zu übertragen. Als gesichert kann nur betrachtet werden, dass jedenfalls den Bankkunden als Vertragspartner des Girovertrags keine Treuepflicht zu Gunsten der Bank trifft (BGHSt 39, 392, 396 f.). Die Bedenken gegen eine Treuepflicht der Bank bei Kontoführung könnten daraus resultieren, dass in der Rechtsprechung möglicherweise die Vorstellung besteht, es handle sich dabei um eine rein technische untergeordnete, eher mechanische Tätigkeit. Gerade der vorliegende Fall zeigt aber an, dass dem nicht so ist.

### 3. Abrechnungskompetenz

Als taugliches Abgrenzungskriterium bietet *Schünemann* an (Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl., § 266 Rn. 86) die eigene Abrechnungskompetenz des Täters an, die das untreuetyische Gefährlichkeitsspezifikum darstelle (a. A. *Dierlamm* in Münchner Kommentar, StGB, § 266 Rn. 49). Gerade die hier vorgenommenen Abrechnungen der Zinsberechnungen, denen der Bankkunde der Bank weitgehend wehrlos ausgeliefert ist und er dabei darauf vertrauen muss, dass die Bank seine Vermögensinteressen nicht verletzt, sprechen aber für die Ansicht *Schünemanns*. Im vorliegenden Fall käme als zusätzliches Vertrauensmoment die bereits angeführte Mitgliedschaft der Eheleute Schmidt bei der Voba Möckmühl als Genossen hinzu.

Danach spricht viel für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht der Voba bei der Führung der Girokonten, die hier durch die unrichtigen Wertstellungen verletzt wäre.

#### D. Ergebnis

Auf der Grundlage der mir vorliegenden Sachverhaltsinformationen bejahe ich die objektiven Tatbestandsmerkmale des Betrugs (§ 263 StGB) infolge unrichtiger Wertstellungen auf Konten der Eheleute Schmidt bzw. der ON Air GmbH durch Mitarbeiter der Voba Möckmühl und nehme einen zureichenden Verdacht für das Vorliegen auch der subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB an. Es läge dann ein Betrug in einem besonders schweren Fall nach § 263 Abs. 3 StGB vor. Es spricht auch viel für das Vorliegen des Untreuetatbestandes nach § 266 StGB, ohne dass ich diesen Tatbestand rechtlich abschließend prüfen konnte.

Villingen-Schwenningen, den 22. November 2009



*Prof. Dr. Bernhard Kramer*