


juris

Langtext

Gericht:	KG Berlin 8. Zivilsenat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	15.10.2009	Normen:	§ 812 BGB, § 818 Abs 3 BGB, § 823 Abs 2 BGB, § 261 Abs 2 StGB
Aktenzeichen:	8 U 26/09		
Dokumenttyp:	Urteil		

Bereicherung bzw. unerlaubte Handlung: Haftung des Geldkuriers beim Phishing

Leitsatz

Zur Haftung des Geldkuriers beim "Phishing".

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 8. Januar 2009 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin zu 25 O 292/08 abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Die Beklagte stellte sich auf eine Werbung eines „A... B... “ von einer „Fa. W... “ per E-Mail/Internet als „Transfermanagerin“ zur Verfügung. Mit Hilfe von durch „Phishing“ erlangten Daten überwies eine unbekannte Person vom Konto des Kunden N... bei der V... 5.870,00 € auf das Konto der Beklagten bei der B... . Nachdem die Beklagte von der Zahlung Kenntnis genommen hatte, informierte sie telefonisch ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten. Dieser kontaktierte die Staatsanwaltschaft, die ihm nach Rücksprache mit dem LKA mitteilte, dass kein öffentliches Interesse bestehe. Die Beklagte löste ihr Konto auf und transferierte das Geld weisungsgemäß in die Ukraine. Die klagende Versicherung nimmt die Beklagte aus nach ihrer Auffassung übergegangenem Recht wegen eines Schadens der V... in Anspruch.
- 2 Das Landgericht hat die Beklagte mit dem am 8. Januar 2009 verkündeten Urteil, der Beklagten zugestellt am 27. Januar 2009, zur Zahlung von 5.870,00 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29. Februar 2008 sowie zur Zahlung vorgerichtlicher Kosten in Höhe von 558,69 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18. Juli 2008 verurteilt. Wegen der Einzelheiten - insbesondere der tatsächlichen Feststellungen - wird auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen. Hiergegen richtet sich die Beklagte mit ihrer am 5. Februar 2009 eingelegten und am 27. März 2009 begründeten Berufung.

- 3 Die Beklagte trägt zur Begründung der Berufung vor:
- 4 Das Landgericht habe ohne Einzelrichterbeschluss nicht durch den Einzelrichter entscheiden dürfen. Es sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass die selbst erstellten Unterlagen der Klägerin Beweis für die bestrittene Zahlung an die V... erbringen würden. Das angebotene Zeugnis sei abwegig, da sich der Zeuge niemals an die einzelne Überweisung erinnern könne. Die Klägerin habe das Bestehen eines Versicherungsvertrags sowie dessen etwaigen Inhalt und deshalb eine Verpflichtung zur Zahlung oder eine Kulanzzahlung nicht schlüssig vorgetragen. Geschädigter sei nicht die V... , sondern Herr N... . § 261 StGB sei kein Schutzgesetz, weil es nur auf die Intention des Gesetzgebers ankomme und Schutzzweck der Vorschrift die staatliche Rechtspflege und das Ermittlungsinteresse der Strafverfolgungsbehörden seien. Die Beklagte habe auch nicht leichtfertig gehandelt. Sie habe die Angelegenheit durchaus als dubios empfunden, aber vermutet, dass Herr N... unter einer Decke mit der „w...“ stecke. Einen anderen Zusammenhang habe sie nicht ersehen können. Von „Phishing“ habe sie nichts gehört. Anderenfalls wäre sie selbst nicht Online-Banking-Kundin geworden. Sie habe nur einen höchst vagen Verdacht gehabt, dass es etwas Steuerliches sein könne. Die vom Landgericht angenommene Gefahr des Totalverlusts sei nicht sicher, weil der Anweisende nach der Überweisung erkennen könne, wohin er sein Geld überwiesen habe, und der Empfänger in aller Regel auch nicht unbekannt sei.
- 5 Sie sei am 24. August 2006 auf der Fahrt zur S... auf ihrem Handy angerufen und von einem Mann mit russischem Akzent bedroht worden (Beweis: Zeugnis L... S...). Hierdurch und durch die Absage der Strafverfolgungsbehörden, ihr zu helfen, sei sie in die Zwangslage gebracht worden, entweder sich der Gefahr einer Körperverletzung oder Schlimmerem auszusetzen oder den Geldbetrag abzuheben und bei der W... einzuzahlen. Es überzeuge nicht, dann quasi von bewusster Fahrlässigkeit zu sprechen. Es fehle auch an der Ursächlichkeit zwischen Schutzgesetzverletzung und Schaden. Der Schaden sei durch den Computerbetrug verwirklicht worden. Hiermit habe die Beklagte nichts zu tun gehabt. Die Befolgung des Verbots des § 261 StGB hätte den Schadenseintritt nicht verhindern können. Wenigstens sei die Tat gerechtfertigt, §§ 32, 34 StGB und § 228 BGB. Sie sei durch den Drohanruf genötigt worden. Sie habe die Gefahr auch nicht fahrlässig mitverschuldet. Es sei nicht überzeugend, dass ihr hätte einleuchten müssen, dass sie trotz Rücktritts da nicht wieder herauskomme. Mit Drohungen und der Untätigkeit der Behörden habe sie nicht rechnen müssen. Jedenfalls müsse der V... ein Mitverschulden angelastet werden. Von einer Bank könne eine gesteigerte Sorgfaltspflicht verlangt werden. Sie habe keine hinreichenden Sicherungen vorgenommen. Das sei zumindest leichtfertig, wenn nicht billigend in Kauf genommen. Es sei sorgfaltspflichtwidrig, der Provideradresse in den USA nicht nachgegangen zu sein. Dafür hätte es 24 Stunden Zeit gegeben, die Bank hätte sich auch mehr Zeit nehmen können. N... habe unstreitig nie über USA-Provideradressen Anweisungen vorgenommen. Angesichts der dubiosen Adresse hätten der Bank wenigstens Bedenken kommen müssen, die sie wenigstens leichtfertig ignoriert habe. Der fachkundigen Beklagten könnten nicht mehr Sorgfaltspflichten auferlegt werden als der Bank, hinter der viele fachkundige Personen stünden. Die Überprüfung der Provideradresse sei auch praktikabel (Beweis: Sachverständigengutachten).
- 6 Die Beklagte beantragt,
- 7 das Urteil des Landgerichts Berlin vom 08.01.2009 abzuändern und die Klage abzuweisen.
- 8 Die Klägerin beantragt,
- 9 die Berufung zurückzuweisen.
- 10 Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und führt aus:
- 11 § 261 StGB sei ein Schutzgesetz. Die Beklagte habe leichtfertig gehandelt. Bei einigermaßen logischen Überlegungen hätte auch ein geschäftlich Unerfahrener sich fragen müssen, warum das auf einem fremden Konto eingegangene Geld abgeboben und für vergleichsweise hohe Gebühren und eine erhebliche Provision per „W... -Transfer“ nach „Russland“ transferiert werden soll. Das mache nach der Lebenserfahrung auch für

geschäftlich Unerfahrene wenig Sinn, es sei denn, eine illegale Absicht liege dem zugrunde. Bei der vorgetragenen Bedrohung handele sich um eine reine Schutzbehauptung. Es gebe auch keine Sorgfaltspflichtverletzung und kein Mitverschulden der Bank. Die Ermittlung der Provideradresse hätte den Schaden nicht verhindert.

- 12 Der Anspruch ergebe sich auch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Beklagte hafte verschärft, weil sie sich die Kenntnis der Überweisenden zurechnen lassen müsse.
- 13 Ein Trojanerangriff habe sich nicht gegen das Rechenzentrum der V... , sondern gegen den Bankkunden bzw. dessen Rechner gerichtet.
- 14 Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteivorbringens wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

- 15 Die Berufung ist zulässig, insbesondere ist sie statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.
- 16 Die Berufung ist auch begründet.
- 17 Zwar ist das erstinstanzliche Urteil vom gesetzlichen Richter erlassen worden (unten 1.). Auch sind etwaige Ansprüche der V... gegen die Beklagte auf die Klägerin übergegangen (unten 2.). Allerdings bestanden Ansprüche der V... gegen die Beklagte tatsächlich nicht (unten 3. bis 5.).
- 18 1. Das erstinstanzliche Urteil ist entgegen der Rechtsansicht der Beklagten vom gesetzlichen Richter erlassen worden, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Der Einzelrichter war erstinstanzlich originär zuständig, § 348 Abs. 1 S. 1 ZPO. Einer Übertragung auf ihn bedurfte es nicht. Es kann deshalb dahinstehen, ob das Berufungsgericht prüfen muss, ob der erstinstanzlich als Einzelrichter entscheidende Richter seine originäre Einzelrichterzuständigkeit zu Unrecht angenommen hat (verneinend Rimmelspacher in Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 513 Rn. 15; bejahend Greger in Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 348 Rn. 23; Zimmermann, ZPO, 8. Aufl. 2008, § 348 Rn. 10; Borck in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 348 Rn. 105-107; einschränkend Wittschier in Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 348 a Rn. 23; Deubner in Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 348 Rn. 66 f.; Gerken in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2004, § 513 Rn. 16).
- 19 2. Die Klägerin ist aktivlegitimiert, weil etwaige Ansprüche der V... gegen die Beklagte gemäß § 67 Abs. 1 S. 1 VVG in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung („a.F.“) auf die Klägerin übergegangen sind.
- 20 a) § 67 VVG a.F. setzt einen bestehenden Schadensversicherungsvertrag voraus (vgl. Baumann in Honsell, Berliner Kommentar zum VVG, 1999, § 67 Rn. 82; Sieg in Bruck/Möller/Sieg, VVG, 8. Aufl. 1980, § 67 Anm. 57), was sich schon aus den Bezeichnungen „Versicherer“ und „Versicherungsnehmer“ im Gesetz ergibt. Dies hatte die Beklagte erstinstanzlich zulässigerweise mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) bestritten. Die Klägerin hat in zweiter Instanz durch Vorlage einer Kopie des Versicherungsscheins substantiiert vorgetragen und belegt, dass ein Versicherungsvertrag tatsächlich bestand, was schon deshalb zuzulassen ist, weil das Landgericht dies erkennbar für unerheblich gehalten hatte, § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO. Da die Beklagte dem nicht weiter entgegengetreten ist, ist der klägerische Vortrag zum Versicherungsvertrag jetzt als unstreitig anzusehen, § 138 Abs. 2 und 3 ZPO.
- 21 b) Es kommt für den Anspruchsübergang nicht darauf an, ob die Klägerin nach den einzelnen Bestimmungen des Vertrags tatsächlich zur Leistung verpflichtet war. Der Übergang findet auch statt, wenn der Versicherer zahlt, obwohl eine Rechtspflicht zur Zahlung nicht bestand. Unerheblich ist dabei, ob der Versicherer bewusst aus Kulanz gezahlt, die Sach- und Rechtslage als zweifelhaft eingeschätzt oder irrtümlich geleistet hat (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1963 zu VI ZR 97/62, VersR 1963, 1192, 1193; Urteil vom 23. November 1988 zu IV a ZR 143/87, VersR 1989, 250, 251; BAG, Urteil vom 9. November 1967 zu 5 AZR 147/67, VersR 1968, 266, 267; OLG Hamm, Urteil vom

8. Januar 1998 zu 6 U 174/97, r+s 1998, 184; Prölss in Prölss/Martin, VVG, 27. Aufl. 2004, § 67 Rn. 20; Baumann in Berliner Kommentar zum VVG a.a.O., § 67 Rn. 80-82).
- 22 c) Die Klägerin hat der V... den Schaden ersetzt. Sie hat dies in zweiter Instanz durch eine entsprechende schriftliche Bestätigung der V... vom 10. Juli 2009 belegt. Dies ist schon deshalb zuzulassen, weil das Landgericht die Vorlage einer solchen Bestätigung erkennbar für unerheblich gehalten hatte, § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO. Da die Beklagte dem nicht weiter entgegengetreten ist, ist der klägerische Vortrag zur Zahlung jetzt als unstreitig anzusehen, § 138 Abs. 2 und 3 ZPO.
- 23 3. Die Bank hatte keinen Anspruch gegen die Beklagte aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.
- 24 a) Der Angewiesene (hier: die V...) hat zwar grundsätzlich einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB gegen den Anweisungsempfänger, wenn eine wirksame Anweisung fehlt und dem Anweisenden diese auch nicht zuzurechnen ist. In diesen Fällen hat die Überweisungsbank lediglich erfolglos versucht, eine Leistung an den Kontoinhaber zu erbringen. Diesem kann die Zuwendung der Überweisungsbank aber nicht zugerechnet werden, da er sie nicht veranlasst und auch keinen Anschein dafür gesetzt hat, die Zahlung sei seine Leistung. Der Zuwendungsempfänger ist daher in sonstiger Weise auf Kosten der Überweisungsbank bereichert und deshalb ihrem Anspruch aus Nichtleistungskondition ausgesetzt. Dies gilt nicht nur, wenn der Anweisungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung im Zeitpunkt der Zuwendung kannte. In der Rechtsprechung des BGH ist deshalb anerkannt, dass die Vornahme einer Zahlung durch die Bank aufgrund einer Fälschung oder Verfälschung eines Überweisungsauftrags, Schecks oder Wechsels dem vermeintlich Anweisenden nicht zugerechnet werden kann und der Bank in solchen Fällen ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB gegen den Zuwendungsempfänger zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2008 zu XI ZR 371/07, NJW 2008, 2331 f.). Nicht anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen – wie hier – Unbefugte sich illegal Zugangsdaten zum Online-Banking verschafft („Phishing“) und damit Überweisungen veranlasst haben (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 2. August 2006 zu 1 U 75/06, OLGR 2007, 22, 23; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22. Januar 2008 zu 17 U 185/07, WM 2008, 632, 633 f.; Borges in Derleder/Knops/Bamberger, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. 2009, § 9 Rn. 152; Löhnig/Würdinger WM 2007, 961, 962).
- 25 b) Die Beklagte ist jedoch entreichert, § 818 Abs. 3 BGB. Wegen des überwiesenen Betrages hat sie keine Vermögensvorteile mehr, da sie das Geld über W... in die Ukraine transferiert hat.
- 26 c) Die Beklagte haftet auch nicht verschärft gemäß §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB, da sie keine Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes hatte. Erforderlich dafür ist zumindest bedingter Vorsatz. Der Bereicherungsschuldner muss dafür die zugrunde liegenden Tatsachen kennen und die sich daraus ergebende Rechtsfolge in Kauf nehmen, wobei es ausreicht, wenn sich aufgrund der bekannten Tatsachen die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs aufdrängt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1996 zu V ZR 117/95, NJW 1996, 2652, 2653).
- 27 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, da die Beklagte nicht wusste, dass der Inhaber des Kontos, von dem der Betrag überwiesen wurde, mit der Transaktion nichts zu tun hatte, und deshalb schon die maßgeblichen Tatsachen für die Rechtsgrundlosigkeit im Verhältnis zur V... nicht kannte. Das allgemeine Bewusstsein, möglicherweise an einem rechtswidrigen Vorgang mitzuwirken, reicht nicht aus. Sie muss sich auch die Kenntnis der unbekanntem Täter des Computerbetrugs nicht entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, da sie diese nicht damit betraut hat, Angelegenheiten bezüglich ihres Kontos wahrzunehmen. Sie hat lediglich gestattet, Geld auf dieses Konto zu überweisen, die Dritten sollten aber nicht befugt sein, hierüber zu verfügen. Die Einzahlung oder Überweisung auf ein Konto ist auch ohne Kenntnis und Mitwirkung des begünstigten Kontoinhabers möglich, so dass es auf die Erlaubnis, Geld auf das Konto zu überweisen, nicht ankommt.
- 28 4. Ein Anspruch der V... aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 a StGB bestand nicht, da der hierfür erforderliche Vorsatz der Beklagten fehlt.

- 29 5. Es bestand auch kein Anspruch der V... gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 261 StGB.
- 30 a) Ob die Voraussetzungen des § 261 Abs. 1 StGB erfüllt sind, kann entgegen der Rechtsansicht des Landgerichts dahinstehen, weil diese Vorschrift kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist (a.A. auch AG Bensheim, Urteil vom 26. April 2007 zu 6 C 68/07, juris). Schutzgesetz ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Rechtsnorm dann, wenn sie - sei es auch neben dem Schutz der Allgemeinheit - gerade dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts zu schützen. Dabei kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das Interesse des einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 1991 zu II ZR 204/90, NJW 1992, 241, 242; Urteil vom 16. März 2004 zu VI ZR 105/03, NJW 2004, 1949). Aus der Begründung zum Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG), mit dem § 261 StGB erstmals Gesetz geworden ist, ergibt sich aber, dass mit Abs. 1 die „Aufgabe der inländischen staatlichen Rechtspflege, die Wirkungen von Straftaten zu beseitigen“ geschützt werden sollte (BT-Drucks. 12/989, S. 27). Dies ist ein typisches Interesse der Allgemeinheit. Vom Schutz der Personen, die konkret durch die Vortaten geschädigt worden sind, ist in der Gesetzesbegründung nicht die Rede, was insbesondere im Vergleich zur Begründung des Abs. 2 (dazu s.u.) von Bedeutung ist. Der Individualschutz durch Befolgung der Norm kann nur als ihr Reflex objektiv erreicht werden, liegt jedoch nicht im Aufgabenbereich der Norm, was nicht ausreicht (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2004 zu VI ZR 105/03, NJW 2004, 1949).
- 31 b) Dagegen ist § 261 Abs. 2 StGB Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 12. Februar 2004 zu 3 U 123/00, OLGR 2004, 209, 211; OLG Koblenz, Beschluss vom 28. August 2009 zu 1 U 635/09; OLG Schleswig, Urteil vom 6. Juli 2007 zu 14 U 145/06, OLGR 2007, 800; LG Ellwangen, Urteil vom 30. März 2007 zu 1 S 184/06, juris; LG Köln, Urteil vom 5. Dezember 2007 zu 9 S 195/07, juris; Sprau in Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 823 Rn. 69; Schaub in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl. 2009, § 823 Rn. 228; Spindler in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand 01.10.2007, Edition 14, § 823 Rn. 176; Spickhoff in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 237; so offenbar auch BGH, Urteil vom 6. Mai 2008 zu XI ZR 56/07, NJW 2008, 2245, 2249). In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 12/898, S. 27) heißt es, dass ähnlich wie bei der Begünstigung davon auszugehen sein werde, dass Rechtsgut sowohl das durch die Vortat verletzte als auch die Rechtspflege sei. Das zeigt, dass der Gesetzgeber einen entsprechenden Rechtsschutz zugunsten der durch die Vortat verletzten Personen jedenfalls mitgewollt hat.
- 32 c) Der objektive Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist erfüllt.
- 33 aa) Ein in § 261 Abs. 1 StGB bezeichneter Gegenstand liegt objektiv vor. Gegenstände in diesem Sinne können insbesondere Bargeld und Buchgeld sein (vgl. Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 261 Rn. 6). Das Kontoguthaben der Beklagten rührte aus einem Computerbetrug her, § 263 a StGB. Dieser ist aber nach § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 a StGB nur dann geeignete Vortat, wenn er gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begangen worden ist.
- 34 Eine Bande ist ein Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2001 zu GSSt 1/00, NJW 2001, 2266). Das ergibt sich aus dem Sachvortrag der Parteien nicht. Derartige Straftaten können grundsätzlich auch von einem Einzeltäter oder von nur zwei Tätern begangen werden.
- 35 Allerdings rührte das Kontoguthaben aus einem gewerbsmäßigen Computerbetrug her. Gewerbsmäßigkeit liegt vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und

einigem Umfang zu verschaffen. Liegt ein solches Gewinnstreben vor, ist schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1994 zu 1 StR 522/94, NStZ 1995, 85). Die entsprechende Absicht der Täter ergibt sich schon aus der E-Mail von „A... B...“ vom 21. August 2006, in der von einer langen und ständigen Zusammenarbeit mit der Beklagten und einer befriedigenden Einkommensquelle die Rede ist. Ob es noch zu weiteren Taten gekommen ist, ist daher unerheblich.

- 36 bb) Die Beklagte hat sich das Buchgeld auch verschafft. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 12/989, S. 27) gelten die zu § 259 StGB entwickelten Grundsätze auch hier. Deshalb ist hierunter die Verschaffung eigener Verfügungsgewalt auf abgeleitetem Wege im Einverständnis mit dem Vortäter zu verstehen (vgl. Fischer a.a.O., § 261 Rn. 24; Ruhmannseder in Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Edition 9, Stand 15.06.2009, § 261 Rn. 31; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 898; Stree in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 261 Rn. 13; Ruß in Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. 2005, § 261 Rn. 14; Neuheuser in Münchener Kommentar zum StGB, 2003, § 261 Rn. 66; Leip, Der Straftatbestand der Geldwäsche, 2. Aufl. 1999, S. 140 f.; a.A. - kein abgeleiteter Erwerb erforderlich - Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 5. Aufl. 2008, S. 365; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 261 Rn. 8; Altenhain in Kindhäuser/Neumann/Paefgen, StGB, 2. Aufl. 2005, § 261 Rn. 114). Unerheblich ist, dass die Beklagte das Geld nicht vom Konto des Vortäters, sondern des unbeteiligten Kontoinhabers erhalten hat (anders Neuheuser NStZ 2008, 492, 496), weil der Vortäter die tatsächliche Möglichkeit hatte, über das Konto zu verfügen, und deshalb einem Vorbesitzer gleichgestellt werden kann.
- 37 Dagegen hat die Beklagte das Geld nicht im Sinne von § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB einem Dritten verschafft. Sie hat das Geld zwar in die Ukraine übermittelt. Sie hatte allerdings zwischenzeitlich eigene Verfügungsgewalt erlangt, weil sie tatsächlich die Möglichkeit hatte, mit dem Geld unter Ausschluss des Vortäters nach Belieben zu verfahren. Hinsichtlich der Übermittlung in die Ukraine fehlt es daher an der erforderlichen unmittelbaren Ableitung vom Vortäter. Im Übrigen läge bei der Verwirklichung mehrerer Tatbestandsvarianten des Absatzes 2 nur eine Tat vor (vgl. Fischer a.a.O., Rn. 54; Ruhmannseder in Beck'scher Online-Kommentar a.a.O., Rn. 75; Lackner/Kühl a.a.O., Rn. 19; Stree in Schönke/Schröder a.a.O., Rn. 28; Altenhain in Kindhäuser/Neumann/Paefgen a.a.O., Rn. 157), so dass die Weiterleitung nach Vollendung der Tatbestandsvariante des Sich-Verschaffens keine eigenständige Bedeutung hätte.
- 38 d) Auch der objektive Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB liegt vor.
- 39 Die Beklagte hat das Geld für einen Dritten verwendet, indem sie es in die Ukraine transferiert hat. Hierunter fällt der bestimmungsgemäße Gebrauch, insbesondere sind Geldgeschäfte erfasst (vgl. Fischer a.a.O., § 261 Rn. 26; Ruhmannseder in Beck'scher Online-Kommentar zum StGB a.a.O., § 261 Rn. 33).
- 40 e) Die Beklagte handelte aber nicht vorsätzlich.
- 41 aa) Wegen § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB fehlt es am Vorsatz der Beklagten in Bezug auf die Herkunft des Geldes. Erforderlich ist bedingter Vorsatz; der Täter muss die Herkunft des Gegenstandes aus einer Katalogtat im Sinne von § 261 Abs. 1 S. 2 StGB ernsthaft für möglich halten und dies billigend in Kauf nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 1997 zu 1 StR 791/96, NStZ 1998, 42, 44). Die Annahme, der Gegenstand habe keine legale Herkunft, reicht nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 zu 1 StR 393/02, juris). Es genügt aber, wenn sich der Täter eine andere Katalogtat vorstellt als die tatsächlich vorliegende (vgl. Ruhmannseder in Beck'scher Online-Kommentar zum StGB a.a.O., § 261 Rn. 56; Altenhain in Kindhäuser/Neumann/Paefgen, StGB, 2. Aufl. 2005, § 261 Rn. 132).
- 42 Die Beklagte hat die Herkunft des Geldes aus einem Computerbetrug nicht für möglich gehalten. Sie hat zunächst angenommen, dass es sich um „etwas Steuerliches“ handeln könne. Die einfache Steuerhinterziehung (§ 370 AO) ist keine Katalogtat im Sinne von § 261 Abs. 1 S. 2 StGB. Als Katalogtat kam aber grundsätzlich eine gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung (§ 370 a AO, der zum Tatzeitpunkt noch in Kraft war) in Betracht, da es sich wegen der Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr um ein

Verbrechen handelte, §§ 12 Abs. 1, 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB. Es ist aber schon zweifelhaft, ob sich der Vorsatz der Beklagten auch auf das Tatbestandsmerkmal des „großen Ausmaßes“ bezog. Ferner war nach Auffassung des BGH (Beschluss vom 22. Juli 2004 zu 5 StR 85/04, NJW 2004, 2990) § 370 a AO wegen Unbestimmtheit dieses Tatbestandsmerkmals nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar. Jedenfalls ist § 370 a AO nach seiner zwischenzeitlichen Aufhebung wegen § 2 Abs. 3 StGB auch auf Altfälle nicht mehr anwendbar. Dann darf die Vorschrift auch als Katalogtat nicht mehr berücksichtigt werden.

- 43 Wegen der Vorstellung der Beklagten, es mit der „Russenmafia“ zu tun zu haben, kommen zwar grundsätzlich Katalogtaten gemäß § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 StGB in Betracht. Allerdings hat sie diese Vorstellung erst nach dem behaupteten Anruf vom 24. August 2006 entwickelt, also zu einem Zeitpunkt, als sie durch die Absprache mit dem Vortäter bereits gehandelt hatte und das Geld vereinbarungsgemäß auf ihrem Konto war. Für den Vorsatz kommt es aber allein auf die Vorstellungen des Täters bei Begehung der Tat (§ 16 StGB), also im Zeitpunkt der Handlung (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juli 2003 zu 3 StR 159/03, NStZ 2004, 201, 202), an. Vorstellungen nach Vollendung der Tat sind dagegen bedeutungslos.
- 44 bb) Auch bezüglich § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB handelte die Beklagte aus den genannten Gründen nicht vorsätzlich. Maßgeblich ist die Kenntnis der Herkunft des Geldes zu dem Zeitpunkt, zu dem sie es erlangt hatte, also dem Zeitpunkt, zu dem das Geld auf ihrem Konto gebucht war und sie deshalb darüber verfügen konnte. Ob sie zu einem späteren Zeitpunkt von der Herkunft des Geldes Kenntnis erlangt hat, ist unerheblich.
- 45 f) Die Beklagte handelte auch nicht leichtfertig hinsichtlich der Herkunft des Geldes, § 261 Abs. 5 StGB.
- 46 Leichtfertigkeit liegt nur vor, wenn sich die Herkunft des Gegenstands aus einer Katalogtat geradezu aufdrängt und der Täter gleichwohl handelt, weil er dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt; es handelt sich hierbei um eine vorsatznahe Schuldform, an deren Feststellung strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 1997 zu 1 StR 791/96, NStZ 1998, 42, 44; Urteil vom 24. Juni 2008 zu 5 StR 89/08, NJW 2008, 2516, 2517). Hierbei sind auch die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters zu berücksichtigen (vgl. BGH vom 24. Juni 2008 a.a.O.).
- 47 Zwar sprach hier objektiv vieles für eine illegale Herkunft des Geldes. Die Beklagte ist nur über das Internet bzw. per E-Mail erworben worden. Ihr sollten offenbar ohne nähere Prüfung relativ hohe Werte anvertraut werden, sie sollte eine recht hohe Provision von 10 bis 15 % der eingehenden Beträge bei vergleichsweise geringem Aufwand erhalten. Eine nachvollziehbare Begründung für dieses Vorgehen ist ihr offenbar nicht präsentiert worden. Die Geschäftsgestaltung war ebenfalls unseriös, da der E-Mail-Verkehr eines sich „W...“ nennenden Unternehmens nicht über E-Mails einer eigenen Domain (etwa „...@w... .com“), sondern über eine E-Mail-Adresse bei „y... .de“ abgewickelt wurde und die Beklagte bereits in der E-Mail vom 21. August 2006 mit dem Zusatz zur angeblichen Telefonnummer „ist zeitweilig unerschwinglich“ davon abgehalten werden sollte, telefonisch Kontakt aufzunehmen.
- 48 Allerdings ist zu beachten, dass die bloße Einschätzung, es handle sich um eine illegale Aktion, für den subjektiven Tatbestand des § 261 StGB gerade nicht ausreicht. Im Hinblick auf „Phishing“ kann Leichtfertigkeit der Beklagten nicht festgestellt werden, weil sie das Problem unstreitig nicht kannte. Ihr kann unter Berücksichtigung der besonders hohen Anforderungen, die an Leichtfertigkeit zu stellen sind, auch nicht vorgeworfen werden, mit der Annahme, es handle sich „nur“ um Steuervergehen, andere Möglichkeiten aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht gelassen zu haben. Die Ausführungen des Landgerichts, das Verschieben von Geld auf „sichere“ Banken vorzugsweise in der Alpenregion stelle eine übliche Art der Steuerhinterziehung dar, sind sicherlich zutreffend. Allerdings muss auch bei dieser Variante der Steuerhinterziehung das Geld erst einmal in die Alpen gelangen; der für die Steuerbehörden leicht nachzuvollziehende Weg der Direktüberweisung von einem Konto einer deutschen Bank auf ein Konto in z.B. Liechtenstein dürfte deshalb kaum in Betracht

kommen. Im Übrigen besagt die Feststellung des Landgerichts, dass Banken in der Alpenregion eine übliche Möglichkeit für Steuerhinterziehungen darstellen, noch nichts darüber, ob nicht auch osteuropäische Länder als Ziel für Steuerhinterzieher in Betracht kommen. Der Senat hat hierüber jedenfalls keine Erkenntnisse; Vorstellungen der Beklagten dazu, wie Steuerhinterziehung üblicherweise funktioniert, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Im Übrigen spricht es gegen ein besonders leichtfertiges Verhalten der Beklagten, dass sie vor dem Weitertransfer des Geldes Kontakt zur Staatsanwaltschaft aufnehmen ließ und sich bei der S... - die ihr jedoch die Kontodaten des Überweisers unter Berufung auf das Bankgeheimnis vorenthielt - um eine Rücküberweisung bemühte. Auch letzteres war ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils zwischen den Parteien in erster Instanz unstreitig und kann von der Klägerin in der Berufungsinstanz nicht mehr wirksam in Frage gestellt werden, denn es war nachlässig im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO, hierzu nicht schon in erster Instanz vorzutragen.

- 49 g) Es kommt nicht mehr darauf an, dass der von der Beklagten behauptete Drohanruf einer Haftung entsprechend § 904 Satz 2 BGB nicht entgegen stehen würde.
- 50 6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.
- 51 Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.
- 52 Die Revision ist zugelassen worden, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO.
- 53 Zu den zivilrechtlichen Folgen des „Phishing“, insbesondere der Haftung des Geldkuriers, liegt bislang nur wenig obergerichtliche und keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor, obwohl das Problem nicht nur vereinzelt auftritt.