
Datum: 28.02.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 152/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0228.9U152.13.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 3 O 384/11
Schlagworte: Deliktische Haftung des faktischen Geschäftsführers, Vermögensbetreuungspflicht
Normen: § 823 Abs. 2 BGB, § 266 StGB

Leitsätze:

Für die deliktische Haftung einer Person als faktischer Geschäftsführer einer GmbH ist es ausreichend, dass der Betreffende nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus - durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat.

Eine Vermögensbetreuungspflicht ist nur dann zu bejahen, wenn den Täter eine inhaltlich herausgehobene Pflicht trifft, Vermögensinteressen eines Dritten zu betreuen, d.h., diesem drohende Vermögensnachteile abzuwenden.

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 01.07.2013 verkündete Urteil des Einzelrichters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten aus abgetretenem Recht seines Bruders und zugleich Zeugen und Prozessbevollmächtigten C2 die Rückzahlung von Geldbeträgen, die der Zedent C2 dem Beklagten im Jahr 2007 zum Zweck der Verwendung für bzw. in Zusammenhang mit anstehender Müllbeseitigung, Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden sowie der Reinigung der Regenrinne an der im Eigentum des Klägers und des Zedenten C2 stehenden Immobilie N-Straße in H in mehreren Tranchen in bar übergeben habe.

Der Kläger und sein Bruder, der Zeuge C2, hatten im Februar 2007 einen Makler-Alleinauftrag unterschrieben, wonach die I GmbH, deren faktischer Geschäftsführer der Beklagte war, die Immobilie vermakeln bzw. zum (Ver-)Kauf anbieten sollte. Der Beklagte organisierte zu diesem Zweck in der Folgezeit die Durchführung diverser Arbeiten an dem Objekt.

Der Beklagte ist u.a. wegen zweckwidriger Verwendung eines für den Einbau von Fenstern seitens des Zeugen C2 übergebenen Betrages iHv 17.000 € wegen Untreue und wegen zweckwidriger Verwendung eines für den Ausbau einer Dachgaube seitens des Zeugen C2 übergebenen Betrages iHv 15.000 € wegen Betruges durch Urteil des Amtsgerichts Gelsenkirchen-Buer (6 Ls 300 Js 53/08-85/10) vom 01.09.11 rechtskräftig verurteilt worden. Die den Verurteilungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits, sondern lagen dem Verfahren 3 O 80/10 zugrunde, das in 2. Instanz mit einer Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung der v.g. Beträge rechtskräftig wurde.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes bis zum Abschluss der ersten Instanz einschließlich der erstinstanzlich gestellten Anträge der Parteien und der Urteilsbegründung im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil (Bl. 969 ff. der Akte) Bezug genommen, mit dem das Landgericht nach Vernehmung des Zeugen C2 und Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen, den Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 24.785,00 € verurteilt hat. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 263, 66 StGB (gemeint war wohl § 246 StGB) folge.

Der Beklagte habe Zahlungen in Höhe von 30.785,00 € erhalten und das Geld nur zu einem geringen Teil zweckentsprechend verwendet. Dies stehe aufgrund der Aussage des Zeugen C2 fest. Dieser habe ausgesagt, dass er dem Beklagten die Geldbeträge in Höhe von insgesamt 30.785,00 € zu bestimmten Zwecken übergeben habe. An der Glaubhaftigkeit und Glaubwürdigkeit des Zeugen sei nicht zu zweifeln. Das Verhalten des Zeugen zeige, dass dieser dem Beklagten völlig naiv entgegengetreten sei.

Der Beklagte habe die Geldbeträge persönlich und nicht als Vertreter der GmbH entgegengenommen. Er habe nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass er die Gelder an die GmbH weitergeleitet habe. Da der Beklagte auch die konkrete Verwendung der Geldbeträge nicht dargelegt habe, sei davon auszugehen, dass er von vornherein nicht vorgehabt habe, sie zweckentsprechend zu verwenden, woraus sich die Strafbarkeit gemäß §§ 263, 246 StGB ergebe.

Der Gegenwert der erbrachten Leistungen liege nach dem eingeholten Sachverständigengutachten allenfalls bei 6.000,00 €. Da keine Preisabsprache getroffen worden sei, sei der Gegenwert nach dem üblicherweise für diese Arbeiten zu zahlenden Betrag zu bemessen. Dabei könne der Beklagte sich die von ihm konkret aufgewendeten Beträge in Höhe von insgesamt 4.239,74 € in Abzug bringen lassen. Das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung deute darauf hin, dass der Beklagte die Zahlungen immer wieder gefordert habe in der Absicht, sich zu bereichern. 9

Mit der Berufung verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag in vollem Umfang weiter. Er wendet sich mit näheren Ausführungen gegen die vom Landgericht bejahte Aktivlegitimation des Klägers sowie gegen die Feststellungen zu den Vertragsverhältnissen und zur geplant abredewidrigen Verwendung erhaltener Beträge. 10

Der Beklagte beantragt, 11

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen. 12

Der Kläger beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Der Kläger verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages. Auch wenn wegen der abredewidrigen Verwendung der streitgegenständlichen Geldbeträge das Strafverfahren eingestellt worden sei, so ergebe sich jedoch zutreffend aus dem Strafurteil, dass der Angeklagte empfangene Geldbeträge abredewidrig nicht für die Renovierung aufgewandt habe und insgesamt ein Schaden in Höhe von mindestens 69.000,00 € entstanden sei. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst überreichter Anlagen sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen 1. und 2. Instanz Bezug genommen. 16

Der Senat hat den Kläger persönlich angehört und den Zeugen C2, der zugleich der Prozessbevollmächtigte des Klägers ist, informatorisch gehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Berichtstattervermerk vom 17.01.2014 Bezug genommen. 17

Die Akten 300 Js 53/08 StA Essen und 3 O 80/10 LG Essen lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 18

II. 19

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Auf das Rechtsmittel hin waren das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen; denn dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Zahlung von 24.785,00 € aus abgetretenem Recht gegen den Beklagten zu. Im Einzelnen: 20

21

1.

Ein vertraglicher Anspruch gemäß § 667 BGB bzw. gemäß §§ 667, 675 BGB, jeweils iVm § 398 BGB auf Herausgabe des zur Auftragsdurchführung Erhaltenen scheidet aus, weil der insoweit darlegungs- und beweiselastete Kläger nicht hinreichend substantiiert den Abschluss eines (weiteren) mündlichen Vertrages über die Organisation, Betreuung und Durchführung der erforderlichen Renovierungsarbeiten im Febr. 2007 mit dem Beklagten persönlich dargelegt hat. 22

Unstreitig haben der Kläger und der Zeuge C2 im Februar 2007 der I GmbH einen schriftlichen Makler-Alleinauftrag (Bl. 57 GA) erteilt. Nach dieser Vertragsurkunde, für die die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit des inhaltlich Festgehaltenen spricht, sollte allein die I GmbH zur Baubetreuung verpflichtet sein und gerade nicht der Beklagte persönlich. 23

Vor diesem Hintergrund oblag es dem Kläger, konkret zu Umständen und den Hintergründen einer weiteren bzw. zusätzlichen persönlichen Verpflichtung des Beklagten vorzutragen. Dieser Darlegungslast ist der Kläger auch nach Hinweis und nachgelassener Schriftsatzfrist nicht ausreichend nachgekommen. 24

So ist zunächst völlig offen, aus welchem Anlass eine weitere persönliche, nur mündliche Verpflichtung des Beklagten ebenfalls im Februar 2007 erfolgt sein sollte. Zum einen stand nach dem klägerischen Vortrag im Februar 2007 die Erforderlichkeit der konkret durchzuführenden Arbeiten noch gar nicht in Rede. Zum anderen ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, warum sich der Beklagte zusätzlich persönlich dazu hätte verpflichten sollen, die Renovierungsorganisation und –durchführung für den Kläger und den Zeugen C2 unentgeltlich zu übernehmen. 25

Der Umstand, dass in der Folgezeit der Beklagte, der die Geschicke der I GmbH maßgeblich bestimmte, als persönlicher Ansprechpartner für den Kläger und den Zeugen C2 fungierte, rechtfertigt nicht die Annahme, dass er sich persönlich verpflichten wollte. Auch Auftragserweiterungen verpflichteten vielmehr - auch ohne ausdrücklichen Hinweis - nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts lediglich die I GmbH. 26

Ein Indiz dafür, dass allein eine vertragliche Regelung mit der I GmbH bestand, ergibt sich schließlich auch aus der vom Zeugen C2 während des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens zur dortigen Akte überreichten Kopie seines Exemplars des Maklerauftrags mit der I GmbH, auf dem von ihm handschriftlich einzelne Abschlagszahlungen festgehalten worden sind (vgl. Bl. 139 der Beiakte 300 Js 53/08 StA Essen). Insoweit drängt sich die vom Kläger unbeantwortet gelassene Frage auf, warum die Notizen auf eine Vertragsurkunde gesetzt wurden, obwohl Zahlungen und Vertrag in keiner Beziehung stehen sollen. 27

In dieses Bild passt, dass der Kläger im Rahmen seiner persönlichen Anhörung gemäß § 141 ZPO im Senatstermin vom 17.01.14 auf konkrete Frage erklärt hat, nach seinem Wissensstand gebe es nur diese eine Vereinbarung, nämlich den schriftlichen Maklerauftrag, ihm sei jedoch bei Abschluss nicht bewusst gewesen, dass hinter dem Beklagten eine GmbH gestanden habe – was angesichts der eindeutigen Formulierung der Vertragsurkunde kaum nachvollziehbar erscheint und zudem ohne rechtliche Relevanz ist. 28

Vor diesem Gesamthintergrund stellt sich die in den nachgelassenen Schriftsätzen wiederholte pauschale Behauptung, im Februar 2007 eine weitere mündliche Absprache mit dem Beklagten persönlich getroffen zu haben, wonach dieser persönlich die 29

Renovierungsarbeiten betreuen sollte, als unsubstantiiert und damit als unschlüssig dar.

2. 30

Dem Kläger stehen auch keine Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung aus abgetretenem Recht des Zeugen C2 gegen den Beklagten zu. 31

a. 32

Ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, 398 BGB scheidet aus, da der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger trotz rechtlichen Hinweises und nachgelassener Schriftsatzfrist die erforderliche Schutzgesetzverletzung iSd § 263 StGB nicht ausreichend schlüssig dargelegt hat. 33

aa. 34

Zum einen fehlt es bereits an einer hinreichenden Darlegung der zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 263 StGB erforderlichen Täuschungshandlung seitens des Beklagten im Hinblick auf die streitgegenständlichen Abschlagszahlungen. 35

Soweit der Kläger ein planmäßiges Vorgehen des Beklagten im Sinne eines überhöhten Verlangens nach Abschlagszahlungen zwecks überwiegender Verwendung zu eigenen Zwecken behauptet, kommt unter Zugrundelegung dieses Vortrages zwar eine Täuschung über die (äußere) Tatsache der Erforderlichkeit der Abschlagszahlungen zur Durchführung der tatsächlich in Angriff genommenen Arbeiten zur Entrümpelung und zur Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden sowie zugleich über die (innere) Tatsache der beabsichtigte Verwendung zu eigenen Zwecken in Betracht; dies erforderte jedoch substantiierten Vortrag des Klägers dazu, was entweder generell über die Zahlung von Abschlägen oder aber was - bei Fehlen einer generellen Absprache - konkret in jedem Einzelfall bzw. je nach Anlass vereinbart wurde, also insbesondere unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe Abschläge bar fließen sollten und inwiefern in jedem Einzelfall oder planmäßig generell der Beklagte über das Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen getäuscht hat. 36

Dieser Darlegungslast ist der Kläger vor dem Hintergrund, dass der Beklagte unstreitig umfangreiche Arbeiten in Bezug auf Umbaumaßnahmen (Wanddurchbrüche im Zuge der Zusammenlegung 2er kleinerer Wohnungen zu einer großen sowie Auswechslung sämtlicher Türen unter Verkleinerung derselben), die Entrümpelung der Keller, die Trocknung der feuchten Stellen und die Außenwandisolierung vorgenommen hat, von denen sich der Zeuge C2 bei seinen regelmäßigen Baustellenbesuchen auch überzeugen konnte, nicht ausreichend nachgekommen. So ist völlig offen, ob bzw. was generell in Bezug auf die ungewöhnliche Barzahlung von Abschlägen vereinbart wurde. Im Rahmen seiner Parteianhörung und der informatorischen Anhörung seines Prozessbevollmächtigten haben weder der Kläger noch der Zeuge C2 dazu etwas Konkretes angeben können. Auch innerhalb der Frist zur schriftlichen Stellungnahme zu den im Senatstermin erteilten Hinweisen ist keine weitere Substantiierung erfolgt. Allein aus dem Umstand, dass Umfang und Wert der tatsächlich durchgeführten Arbeiten hinter den geleisteten Zahlungen zurückbleiben mag, ergibt sich noch kein hinreichendes Indiz für die erforderliche Annahme einer planmäßigen Täuschung generell oder im konkreten Einzelfall – zumal nach dem klägerischen Vortrag (vgl. z.B. den klägerischen Schriftsatz vom 04.02.2014, Bl. 450 GA) nach Abschluss der Arbeiten eine schriftliche Abrechnung und Rückerstattung überzahlter Beträge erfolgen sollte. 37

Soweit der Kläger im Hinblick auf einzelne vom Beklagten angeforderte Teilzahlungen angegeben hat, dass diese für konkrete Zwecke, z. B. die Anmietung von Lkw's zum Abtransport von Müll am Wochenende, angefordert worden seien, so lässt sich vor diesem Hintergrund allein daraus noch nicht auf eine Täuschung durch Anforderung der Beträge im Sinne einer Nichterforderlichkeit oder einer geplanten zweckwidrigen Verwendung schließen, da die Arbeiten dann in der Folge – auf welche Art und Weise auch immer – (jedenfalls) z.T. durchgeführt wurden. Insoweit unterscheidet sich die Situation von derjenigen, die der strafrechtlichen Verurteilung des Beklagten wegen Betruges aufgrund der zweckwidrigen Verwendung von insgesamt 15.000 € für den Ausbau der Dachgaube, der gar nicht veranlasst wurde, zugrundelag.

bb. 39

Zum anderen hat der Kläger hat auch keine hinreichenden Indizien dargelegt, die den sicheren Schluss auf einen Betrugsvorsatz des Beklagten bei Anforderung der einzelnen Geldbeträge zuließen. 40

Die von ihm vorgetragenen Indizien, maßgeblich die Behauptung, dass der Wert der erbrachten Arbeiten hinter den Abschlägen zurückbleibe, rechtfertigen in ihrer Gesamtschau auch mit weiteren Indizien, insbesondere dem strittigen Umstand, dass der Beklagte von vornherein behauptet habe, dass ein niederländischer Kaufinteressent vorhanden sei, nicht den Schluss darauf, dass der Beklagte von Anfang an in betrügerischer Absicht gehandelt hat und eine zweckwidrige Verwendung der Gelder bereits bei Anforderung der einzelnen Beträge geplant hatte, also die in Angriff genommenen Maßnahmen nur pro forma angestoßen hat, um weitere Abschläge fordern zu können; denn tatsächlich sind abgesprochene Arbeiten durchgeführt und auch vom Beklagten bezahlt worden, wobei eine Abrechnung zwischen der I GmbH und den Brüdern C2 erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen sollte. 41

b. 42

Dem Kläger steht aus abgetretenem Recht kein Schadensersatzanspruch gemäß den §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 2. Alt. StGB i.V.m. § 398 BGB zu; denn auch insoweit ist eine Schutzgesetzverletzung iSe Untreue des Beklagten zum Nachteil des Zeugen C2 nicht hinreichend dargetan. 43

Zwar kommt es im Rahmen des Treuebruchstatbestandes nicht darauf an, dass keine Vertragsbeziehung zum Beklagten persönlich bestand, da dieser auch als faktischer Geschäftsführer der I GmbH zum tauglichen Täterkreis gehört, soweit die GmbH eine entsprechende vertragliche Pflicht zur Vermögensbetreuung übernommen hat. Denn für die deliktische Haftung einer Person als faktischer Geschäftsführer einer GmbH ist es ausreichend, dass der Betreffende nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus - durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat (vgl. BGH, NZG 2005, 755). Insoweit ist der Kläger seiner Darlegungslast durch die Bezugnahme auf das Strafurteil, in dem eine solche faktische Geschäftsführerstellung und die dafür sprechenden Umstände detailliert dargelegt worden sind, nachgekommen. 44

Es fehlt jedoch an einem hinreichenden Vortrag zu den Einzelheiten der vertraglichen Abrede, durch die eine solche Pflicht zur Vermögensbetreuung begründet worden sein soll. 45

46

Eine Vermögensbetreuungspflicht ist nur dann zu bejahen, wenn den Täter eine inhaltlich herausgehobene Pflicht trifft, Vermögensinteressen eines Dritten zu betreuen, d.h., diesem drohende Vermögensnachteile abzuwenden. Er muss innerhalb eines nicht ganz unbedeutenden Pflichtenkreises im Interesse des Vermögensinhabers tätig und zur fremdnützigen Vermögensfürsorge verpflichtet sein. Allgemeine schuldrechtliche Verpflichtungen, insbesondere aus Austauschverhältnissen, reichen dagegen nicht aus, und zwar auch dann nicht, wenn sich hieraus Rücksichtnahme- und Sorgfaltspflichten ergeben. Die Vermögensbetreuung muss dabei eine Hauptpflicht, d.h. zumindest eine mitbestimmende und nicht nur beiläufige Pflicht darstellen. In der Regel ergibt sich eine Treuepflicht nur aus einem fremdnützig typisierten Schuldverhältnis, in welchem der Verpflichtung des Täters Geschäftsbesorgungscharakter zukommt. Es kommt daher bei rechtsgeschäftlicher Begründung im Einzelfall auf die vertragliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses an (so BGH, NJW 2010, 2948 f. unter Rn. 9 mwN).

Eine solche vertragliche Ausgestaltung ist vom Kläger gerade nicht substantiiert dargelegt worden. 47

Aus der schriftlich getroffenen Sondervereinbarung ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass eine fremdnützige Pflicht zur Betreuung des Vermögens u. a. des Zeugen C2 begründet werden sollte. 48

Die Vereinbarung ist vielmehr allgemein gehalten und regelt lediglich die Übernahme der Überwachung und Abstimmung der Renovierungsarbeiten durch die I GmbH, etwaige Pflichten und der Aufgabenkreis insbesondere im Hinblick auf die Vermögensinteressen des Klägers und des Zeugen C2 werden nicht weiter präzisiert. So bleibt auch offen, wer als Vertragspartner die Verträge mit den Handwerkern abschließen sollte. 49

Allein der Umstand, dass unstreitig der Zeuge C2 Bargeldebeträge für die Durchführung von Renovierungsarbeiten an den Beklagten übergeben hat, lässt nicht den Schluss auf die Begründung einer eigenständigen fremdnützigen Vermögensbetreuungspflicht (neben dem Maklervertrag) zu. 50

Soweit es um Vorleistungen geht, ist diesen zwar ein gewisses Sicherheitsbedürfnis immanent. Das den Leistenden bei Vorleistungen treffende Risiko reicht jedoch grundsätzlich nicht aus, den Empfänger der Vorleistung mit einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu belasten. Erforderlich ist vielmehr im Rahmen von Austauschverhältnissen eine ausdrückliche Vereinbarung, die den Vertragsschließenden zu einer besonderen Vermögensfürsorge zu Gunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. Andernfalls liegt nur ein Verstoß gegen die Pflicht zu vertragsgemäßigem Verhalten vor, der als solcher jedoch keine Untreue begründet (BGH NJW 2010, 2948 Rn. 11). 51

Einzelheiten hinsichtlich der vertraglichen Absprachen, die eine solche eigenständige Vermögensfürsorge begründen könnten, insbesondere Details hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten zum einen der I GmbH für ihre Organisations- und Betreuungsleistungen und zum anderen hinsichtlich der Handwerker bzw. Arbeiter, sind nicht dargelegt worden, so dass sich unter Zugrundelegung des klägerischen Vortrages lediglich der Schluss auf ein nicht vertragsgemäßes Verhalten ergibt. 52

Schließlich bedurfte es auch angesichts des Vorliegens erheblicher Indizien für eine gemäß § 134 BGB nichtige Absprache, die ebenfalls der Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 2. Alt. StGB entgegensteht (vgl. zum Sach- und Streitstand Lenckner/Perron in: Schönke-Schröder, StGB, 77. A. § 266 Rn. 31), eines substantiierten 53

Der BGH hat entschieden, dass das Verbot des Abschlusses von Verträgen unter Verstoß gegen das SchwArbG jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB führt, wenn dem Unternehmer ein vorsätzlicher Gesetzesverstoß zur Last zu legen ist und der Besteller diesen Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt (BGH, NJW 2013, 3167). Dies muss auch dann gelten, wenn der Besteller einen von ihm eingeschalteten Dritten einsetzt, der Schwarzarbeitergeschäfte mit seinem Wissen beauftragt. 54

Die tatsächlich praktizierte Vorgehensweise, bei der der Zeuge C2 auf kurzfristige Anforderung durch den Beklagten teils an ungewöhnlichen Orten, wie Schnellrestaurants, zu ungewöhnlichen Zeiten hohe Bargeldebeträge übergeben hat, ohne dass Quittungen erteilt oder der Anforderung konkrete Rechnung zugrunde lagen, legt es nahe, dass die I GmbH mit Kenntnis des Zeugen C2 die hier streitgegenständlichen Handwerkerarbeiten durch Schwarzarbeiter durchführen lassen wollte und sollte. Dafür spricht auch der Vortrag des Klägers, dass die Handwerker Vorleistung verlangt hätten. Dem Zeugen C2 musste als Jurist geläufig sein, dass dies im Bereich von Werkverträgen bzw. Dienstverträgen, die hinsichtlich der streitgegenständlichen Arbeiten in Rede standen, weder rechtlich geschuldet noch üblich war. Er hat sich zudem unstreitig fast jeden Tag an der Baustelle aufgehalten und dabei Umstände mitbekommen, die gegen eine Beauftragung von Fachbetrieben sprachen. So trägt der Kläger selbst vor, dass der Vater des Beklagten ebenso wie ein Mieter im Rahmen der Entrümpelung und der Trocknungsarbeiten tätig wurden, ferner, dass zur Außenwandisolierung eigens ein Kleinbagger angemietet und unter Mithilfe des Zeugen C2 transportiert werden musste, was ebenfalls gegen die pauschal behauptete vereinbarte Einschaltung ausschließlich von Fachbetrieben spricht. Eine schlüssige Erklärung, warum die Handwerkerbetriebe dann nicht jeweils Rechnungen an den Zeugen zu stellen haben sollten, die dieser dann per Überweisung hätte ausgleichen können, hat der Kläger ebenfalls nicht gefunden. 55

c. 56

Schließlich steht dem Kläger aus abgetretenem Recht auch kein Anspruch gemäß den §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 StGB i.V.m. § 398 BGB zu. 57

Drittschützende Wirkung entfaltet § 246 StGB nur für den durch die Tat geschädigten Eigentümer. Eine Unterschlagung zum Nachteil des Zeugen C2 ist jedoch nicht schlüssig dargelegt worden. 58

Mit der Übergabe von Bargeld an den Beklagten hat jeweils zugleich eine Übereignung der Gelder an die I GmbH stattgefunden, der Vertragspartnerin des Zeugen C2, § 929 BGB; denn in der Übergabe der Barbeträge lag jeweils die (konkludente) Einigung iSd § 929 BGB, da der Vertragspartner - wie oben ausgeführt hier die I GmbH – die Gelder empfangen und in eigener Verantwortung und unter Verpflichtung späterer Abrechnung und Erstattung einer Überzahlung weiterverwenden sollte für die Renovierung. Der Beklagte hat insoweit im Rahmen der dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang als Vertreter der I GmbH gehandelt. Durch die zweckwidrige Verwendung der Gelder zu eigenen Zwecken hätte er sich daher das Eigentum der I GmbH rechtswidrig zugeeignet, was lediglich einen Anspruch der Insolvenzmasse der I GmbH gegen den Beklagten begründen könnte, jedoch keine Unterschlagung zum Nachteil des Zeugen C2 darstellt. 59

3. 60

Auch ein klägerischer Anspruch aus den §§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt., 398 BGB scheidet aus; 61
denn die Geldübereignungen sind – wie bereits dargelegt - an die I GmbH, zu der die
vertragliche Beziehung bestand, erfolgt, so dass eine etwaige Rückabwicklung auch nur in
dieser Beziehung zu erfolgen hätte.

III. 62

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige 63
Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV. 64

Die Revision wird vom Senat nicht zugelassen. Die Voraussetzungen einer solchen 65
Zulassung gemäß § 543 ZPO liegen nicht vor. Der Rechtsstreit besitzt keine grundsätzliche
Bedeutung. Es war lediglich über die Besonderheiten eines Einzelfalls zu entscheiden. Eine
Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist auch nicht zum Zwecke der Rechtsfortbildung oder
zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten. Der vorliegende Einzelfall gibt
auch keine Veranlassung, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des
materiellen oder des Verfahrensrechts aufzuzeigen oder eine entsprechende
Leitentscheidung zu erlassen (vgl. dazu Zöller-Heßler, ZPO, 30. Aufl., § 543 RN 11 ff.).