

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 6zr205_09
letzte Aktualisierung: 16.07.2010

BGH, 25.05.2010 - VI ZR 205/09

StGB § 266, VOB/B § 17

Verpflichtung zur Einzahlung der einbehaltenen Sicherheit auf Sperrkonto keine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Bei der Verpflichtung des Auftraggebers, die von ihm gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B einbehaltene Sicherheit auf ein Sperrkonto einzuzahlen (§ 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 3 VOB/B), handelt es nicht um eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB.



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 205/09

Verkündet am:
25. Mai 2010
Böhringer-Mangold,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

StGB § 266, VOB/B § 17

Bei der Verpflichtung des Auftraggebers, die von ihm gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B einbehaltene Sicherheit auf ein Sperrkonto einzuzahlen (§ 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 3 VOB/B), handelt es nicht um eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

BGH, Urteil vom 25. Mai 2010 - VI ZR 205/09 - OLG Jena
LG Erfurt

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Mai 2010 durch die Richter Zoll, Wellner, Pauge, Stöhr und die Richterin von Pentz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 20. Mai 2009 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 11. Januar 2008 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin führte für die inzwischen insolvente E.-Bau-AG W. (im Folgenden: E-Bau-AG), deren alleiniger Vorstand der Beklagte war, Stahlarbeiten an zwei Hotelbauten in L. durch. Für beide Aufträge war die Geltung der VOB/B

vereinbart. Nach den Bauverträgen war die E-Bau-AG berechtigt, für die Dauer der Gewährleistungsfrist einen Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % der Bruttoschlussrechnungssumme geltend zu machen, der jeweils auf ein Sperrkonto bei einer näher bezeichneten Bank einzuzahlen war. Mit Schlussrechnungen vom 12. April 2006 und 17. November 2006 rechnete die Klägerin die Aufträge ab. Die Rechnungsbeträge wurden von der E-Bau-AG unter Abzug von Sicherheitseinbehalten in Höhe von 1.896,13 € und 8.262,62 € bezahlt. Die Klägerin stellte der E-Bau-AG am 28. November 2006 bzw. am 21. Februar 2007 Gewährleistungsbürgschaften in Höhe der einbehaltenen Beträge und verlangte mit Schreiben vom 21. Februar 2007 und 21. März 2007 deren Auszahlung. Die E-Bau-AG kam dieser Aufforderung nicht nach und zahlte die Beträge auch nicht auf ein Sperrkonto ein. Am 13. April 2007 erhob die Klägerin gegen die E-Bau-AG Klage auf Rückgabe der Bürgschaften und auf Auszahlung der Sicherheitseinbehalte. Am 12. Juni 2007 ist der Klage durch Versäumnisurteil stattgegeben worden. Die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil blieb erfolglos. Am 15. Juni 2007 wurde über das Vermögen der E-Bau-AG das Insolvenzverfahren eröffnet. Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin von dem Beklagten Schadensersatz in Höhe der Sicherheitseinbehalte nebst vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage bis auf Teile der Anwaltskosten und der geltend gemachten Zinsen stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

2 Das Berufungsgericht, zu dessen Entscheidung ein Leitsatz u.a. in BauR 2009, 1339 veröffentlicht ist, meint, der Beklagte sei nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB der Klägerin gegenüber schadensersatzpflichtig, weil er den Tatbestand der Untreue verwirklicht habe, indem er als alleiniger Vorstand der E-Bau-AG gegen deren Verpflichtung aus § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 3 VOB/B verstoßen habe, den vereinbarten Sicherheitseinbehalt auf ein Sperrkonto einzubezahlen, denn bei dieser Verpflichtung handele es sich um eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB. Der der Klägerin entstandene Vermögensnachteil sei spätestens eingetreten, als die E-Bau-AG mitgeteilt habe, dass eine Auszahlung trotz Übersendung einer entsprechenden Bürgschaft nicht erfolgen könne. Der Beklagte habe auch vorsätzlich gehandelt. Ihm hätten als Unterzeichner des Vertrages zumindest Überwachungspflichten in der Krisensituation des Unternehmens oblegen. Auf einen Rechtsirrtum könne er sich nicht mit Erfolg berufen.

II.

3 Das angefochtene Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

4 1. Die Rügen der Revision, der Gerichtsakte sei nicht zu entnehmen, ob das Berufungsurteil - wie von § 315 ZPO verlangt - von den mitwirkenden Richtern unterschrieben worden sei, und das Verkündungsprotokoll sei entgegen

§§ 160 Abs. 3 Nr. 7, 163 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht von dem Urkundsbeamten unterschrieben worden, bleiben allerdings ohne Erfolg. Dass das angefochtene Urteil im Original von den mitwirkenden Richtern unterschrieben worden ist, wird durch den Ausfertigungsvermerk der Urkundsbeamtin auf dem bei den Gerichtsakten befindlichen Urteilsexemplar belegt. Darin wird bestätigt, dass es sich um eine Ausfertigung handelt, die mit der Urschrift übereinstimmt. Die Unterzeichnung des Urteils durch die mitwirkenden Richter ist durch die abschriftliche Wiedergabe ihrer Namen unter dem Urteil ausreichend kenntlich gemacht (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Mai 1990 - XII ZB 33/90 - VersR 1991, 326; BGH, Urteil vom 18. Mai 1994 - IV ZR 8/94 - VersR 1994, 1495). Das Fehlen der Unterschrift eines Urkundsbeamten auf dem von dem Vorsitzenden Richter unterschriebenen Verkündungsprotokoll erklärt sich nach Aktenlage damit, dass der Vorsitzende gemäß § 159 Abs. 1 Satz 2 ZPO in zulässiger Weise davon abgesehen hat, für die Protokollierung der Urteilsverkündung einen Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zuzuziehen. Ein entsprechender Vermerk im Protokoll ist zwar zweckmäßig, jedoch nicht zwingend geboten (Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 159, Rn. 2). Es reicht aus, wenn der oder die beteiligten Richter genannt werden (§ 160 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) und das Protokoll von dem Vorsitzenden unterzeichnet wird (§ 163 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

5 2. In der Sache ist die Revision begründet.

6 a) Mit Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass § 266 StGB ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist. Dies wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen und entspricht der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und allgemeiner Meinung im juristischen Schrifttum (RGZ 118, 312, 313; Senatsurteile BGHZ 8, 276, 284; 100, 190, 192 und vom 4. Dezember 1962 - VI ZR 28/62 - NJW 1963, 486; MünchKomm-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 823, Rn. 369).

7 b) Nach den getroffenen Feststellungen hat der Beklagte vorliegend jedoch den Tatbestand des § 266 StGB nicht verwirklicht. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Verpflichtung des Auftraggebers, die von ihm gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B einbehaltene Sicherheit auf ein Sperrkonto einzuzahlen (§ 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 3 VOB/B), nicht um eine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

8 aa) Das Berufungsgericht stützt sich für seine Auffassung auf einen Beschluss des OLG München (NJW 2006, 2278). Andere Gerichte haben indes- sen gegenteilig entschieden (OLG Köln, IBR 2010, 28 [LS]; LG Bonn, BauR 2004, 1471; LG Ellwangen, BauR 2009, 1788) oder zumindest Zweifel ange- meldet (OLG Frankfurt, NJW-RR 2009, 571; vgl. auch OLG Stuttgart, IBR 2010, 142 [LS]). Auch im Schrifttum sind die Auffassungen geteilt. Während Jousen (in: Ingenstau/Korbion, VOB, Teile A und B, 17. Aufl., § 17 Abs. 6 VOB/B, Rn. 25), Thierau (in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teile A und B, 3. Aufl., § 17 VOB/B, Rn. 214) und Hildebrandt (IBR 2009, 139) ohne nähere Begrün- dung der Auffassung des Oberlandesgerichts München folgen und Rössler (IBR 2009, 384) das hier angefochtene Berufungsurteil wohl für zutreffend erachtet, wird die vertragliche Verpflichtung des Auftraggebers eines Bauvertrages zur Einzahlung eines Sicherheitseinbehalts auf ein Sperrkonto von anderen Auto- ren nicht als Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB angesehen (MünchKomm-StGB/Dierlamm, § 266, Rn. 65; Greeve/Garbuio in: Handbuch des Baustrafrechts, § 27, Rn. 20 ff.; Greeve in: FS Hamm, 2008, S. 121 ff.; Greeve/Müller, NZBau 2000, 239 ff.; Lang, IBR 2010, 28). Die letztgenannte Auffassung trifft zu.

9 bb) Der Treuebruchtatbestand des § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB setzt das Bestehen einer (gesetzlichen oder vertraglichen) Vermögensbetreuungspflicht

voraus. Den Täter muss eine inhaltlich herausgehobene Pflicht treffen, 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 nicht aus, und zwar auch dann nicht, wenn sich hieraus Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten ergeben (BGH, Urteile vom 30. Oktober 1985 - 2 StR 383/85 - NStZ 1986, 361, 362; vom 22. Januar 1988 - 2 StR 133/87 - NJW 1988, 2483, 2485; vom 30. Oktober 1990 - 1 StR 544/90 - NJW 1991, 1069; Beschlüsse vom 11. August 1993 - 2 StR 309/93 - NStZ 1994, 35 und vom 3. August 2005 - 2 StR 202/05 - NStZ 2006, 38, 39; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 266, Rn. 23; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 266, Rn. 36 m.w.N.). Die Vermögensbetreuung muss sich als Hauptpflicht, d.h. als zumindest mitbestimmende und nicht nur "beiläufige" Pflicht darstellen (BGHSt 1, 186, 188 ff.; 4, 170, 171; 24, 386, 388; 33, 244, 250 f.). Diese Kriterien sind Anhaltspunkte, deren Gewichtung im Einzelfall Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung sein muss. In der Regel wird sich eine Treuepflicht nur aus einem fremdnützig typisierten Schuldverhältnis ergeben, in welchem der Verpflichtung des Täters Geschäftsbesorgungscharakter zukommt (Lenckner/Perron, aaO, Rn. 23a; Fischer, aaO, Rn. 38). Bei rechtsgeschäftlicher Grundlage kommt es im Einzelfall auf die vertragliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses an (Fischer, aaO, Rn. 39).

- 10 cc) Unter Anwendung dieser Grundsätze hat der Bundesgerichtshof die gesetzliche Regelung des § 550b Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. (jetzt: § 551 Abs. 3 BGB), wonach der Vermieter von Wohnraum eine ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme bei einem Kreditinstitut getrennt von seinem eigenen Vermögen anlegen muss, wobei die Erträge dem Mieter zustehen, als eine Vermögens-

betreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB angesehen. Hierbei handelt es sich um eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht, die vom Gesetzgeber erklärtermaßen (BT-Drucks. 9/2079, S. 10 f.) nach dem Vorbild der Vorschrift des § 27 Abs. 4 Satz 1 WEG a.F. (jetzt: § 27 Abs. 5 Satz 1 WEG) und in ausdrücklicher Anlehnung an die für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften der §§ 1806, 1807 Abs. 1 Nr. 5 BGB als Treuhandverhältnis gestaltet worden ist (BGHSt 41, 224, 228). Dagegen scheidet eine durch Gesetz begründete Vermögensbetreuungspflicht in Bezug auf die Mietkaution bei der Gewerberaummietaus, da sich die gesetzlichen Regelungen über die Anlage von Mietkautionen allein auf Mietverhältnisse über Wohnraum beziehen (BGHSt 52, 182, 185). Zwar kommt grundsätzlich auch die rechtsgeschäftliche Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB in Betracht, doch begründet die bloße Vereinbarung einer Kautionsabrede noch keine Vermögensbetreuungspflicht (BGHSt 52, 182, 185 f.). Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner bei einer Kautionsabrede nicht nur über die Zahlung einer Kautionsabrede an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine besondere Sicherung nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kautionsabrede treuhänderische Pflichten zu übernehmen hat, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden.

- 11 Treffen den Empfänger der Kautionsabrede keine besonderen, ihm vertraglich auferlegte Sicherungspflichten, ist die Einzahlung einer Kautionsabrede nicht anders zu beurteilen, als wenn der Mieter für einen künftigen Sicherungsfall vorleistet. Insofern besteht an sich immer ein Sicherungsbedürfnis, das der vorleistende

Mieter aber durch eine entsprechende Fassung der Vereinbarung minimieren kann. Einem gewerblichen Mieter ist die Durchsetzung einer entsprechenden vertraglichen Absicherung auch abzuverlangen. Ein gewisses Sicherheitsbedürfnis wohnt im Übrigen letztlich jeder Vorleistung inne. Dieses dem Leistenden verbleibende Restrisiko reicht jedoch grundsätzlich nicht aus, den Empfänger der Vorleistung mit einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu belasten (BGHSt 28, 20, 23 f.; 52, 182, 187). Gerade im Rahmen von Austauschverhältnissen bedarf es deshalb - sofern eine gesetzliche Bestimmung fehlt - einer ausdrücklichen Vereinbarung, die den Vertragsschließenden insoweit zu einer besonderen Vermögensfürsorge zugunsten des anderen Vertragspartners verpflichtet. Andernfalls erschöpft sich der Verstoß in einer Verletzung der Pflicht, sich vertragsgemäß zu verhalten. Dies begründet aber als solches noch keine Untreue (BGHSt 22, 190, 191; 33, 244, 250).

12 dd) Nach diesen Grundsätzen genügt die zwischen den Vertragspartnern vorliegend getroffene Vereinbarung über die Einzahlung der Sicherheitseinhalte auf ein Sperrkonto nicht, um eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB zu begründen. Die Parteien haben die Geltung der VOB/B vereinbart und vertraglich bestimmt, dass für sämtliche in § 17 VOB/B vorgesehenen Fälle ein Sperrkonto bei der H. Bank einzurichten ist. Diese Regelung verpflichtet den Auftraggeber nicht zu einer besonderen Vermögensfürsorge zugunsten des Auftragnehmers.

13 (1) Diejenigen, die in § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 3 VOB/B eine Vermögensbetreuungspflicht des Auftraggebers sehen, stützen ihre Auffassung letztlich darauf, dass nur hierdurch ein angemessener Ausgleich der wechselseitigen Sicherheitsinteressen gewährleistet werde. Der Sicherheitseinbehalt diene der Absicherung eventueller Gewährleistungskosten für die Dauer der Gewährleistungsfrist und sichere damit ausschließlich den Auftraggeber vor dem Risiko der

Insolvenz des Werkunternehmers, setze aber zugleich umgekehrt diesen hinsichtlich des einbehaltenen Restwerklohns dem Risiko der Insolvenz des Auftraggebers aus. Dieses Risiko müsse zur Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs ebenfalls abgesichert werden. Deshalb müsse der Auftraggeber jedenfalls dann, wenn zwischen den Vertragsparteien die Geltung der VOB/B vereinbart sei, nach deren § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 3 den einbehaltenen Betrag dem Auftragnehmer mitteilen und binnen 18 Tagen nach dieser Mitteilung auf ein Sperrkonto einzahlen. Diese Regelung sei dahin zu verstehen, dass der Auftraggeber nicht berechtigt sei, das einbehaltene Geld weiterhin als zu seinem eigenen Vermögen gehörend zu betrachten und damit zu arbeiten. Vielmehr gelte dieser Betrag ab dem Tag der Sicherheitsleistung als Fremdgeld. Diese Regelung diene ausschließlich dem Schutz des Unternehmers vor dem Risiko einer Insolvenz des Auftraggebers. Aufgrund dieses ausschließlichen Schutzcharakters gegenüber dem Unternehmer stelle bereits die Verpflichtung des Auftraggebers, den Sicherungseinbehalt auf ein Sperrkonto einzubezahlen, eine vertragliche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 2. Alt. StGB dar. Dem stehe auch nicht entgegen, dass es sich bei dieser Verpflichtung lediglich um eine vertragliche Nebenpflicht handle. Denn durch Einbehalt des zu bezahlenden Werklohns aufgrund der Regelung der VOB/B werde der Sicherungseinbehalt Teil einer vertraglichen Hauptpflicht. Der Werklohn sei grundsätzlich mit Stellung der Schlussrechnung fällig, lediglich im Umfang eines vereinbarten Sicherungseinbehaltes verschiebe sich die Auszahlungsfälligkeit in der Regel um die Dauer der Gewährleistungsfrist (vgl. OLG München, aaO).

- 14 (2) Diese Erwägungen können nicht überzeugen. Anders als bei der Kaution handelt es sich bei dem anzulegenden Geld nämlich nicht um dem Auftraggeber anvertrautes Fremdgeld, dessen Geber in besonderem Maße schutzwürdig ist, sondern um einbehaltenen Werklohn. Hinsichtlich des einbehaltenen Betrages besteht keine fällige Forderung, da die Fälligkeit durch die getroffene

Vereinbarung für die Dauer der Gewährleistungsfrist hinausgeschoben ist. Im Gegensatz zu der in § 551 Abs. 3 BGB im Einzelnen vorgezeichneten Pflicht zur Anlage der Mietkaution besteht zu keinem Zeitpunkt ein einklagbarer Anspruch auf Einzahlung des Sicherheitseinbehalts auf das Sperrkonto (Greeve, FS Hamm, S. 131). Zwar wird der Werkunternehmer, wenn die Sicherheit einbehalten wird und deren Einzahlung auf das Sperrkonto unterbleibt, dem Risiko der Insolvenz des Auftraggebers ausgesetzt, doch ist der Auftragnehmer in hinreichender Weise dadurch geschützt, dass er die Fälligkeit des Sicherheitseinbehaltes nach § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B herbeiführen kann, indem er dem Auftraggeber eine angemessene Nachfrist zur Einzahlung auf ein Sperrkonto setzt. Kommt der Auftraggeber dem nicht nach, so kann der Auftragnehmer die Auszahlung des einbehaltenen Betrages verlangen, ohne Sicherheit leisten zu müssen (vgl. OLG Frankfurt aaO; OLG Köln aaO). Hinzu kommt, dass der Auftraggeber mit der Einzahlung auf ein Sperrkonto auch keine Leistung an den Auftragnehmer vornimmt. Der Einbehalt durch Zahlung auf ein Sperrkonto bedeutet nämlich keine Zahlung an den Auftragnehmer zum Zwecke der endgültigen Vergütung (Greeve, aaO, S. 134).

- 15 Den Auftraggeber eines Werkvertrages trifft keine inhaltlich herausgehobene Pflicht, die Vermögensinteressen des Auftragnehmers zu betreuen. Es handelt sich um eine zivilvertragliche Nebenpflicht, die keine Vermögensbetreuungspflicht begründet (Dierlamm, aaO; Greeve/Müller, aaO, S. 241 f.; Greeve/Garbuio, aaO, Rn. 23, Lang, aaO). Während die Erheblichkeit der Fürsorgepflicht des Vermieters gegenüber den Vermögensinteressen des Mieters auch daraus deutlich wird, dass die Vorschriften über die Einzahlung der Mietkaution zum Zwecke des Mieterschutzes vom Gesetzgeber als unabdingbare Regelung ausgestaltet worden sind (Greeve, aaO, S. 132), kann die in § 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 3 VOB/B vorgesehene Einzahlungsverpflichtung auf ein Sperrkonto von den Vertragsparteien wirksam abbedungen werden (BGHZ 157,

29, 31). Es kommt hinzu, dass der Auftraggeber die einbehaltene Sicherheit nicht ohne Mitwirkung des Auftragnehmers insolvenz sicher anlegen kann. Hierfür bedarf es neben einer Vereinbarung der Vertragsparteien darüber, bei welchem Geldinstitut der Sicherheitseinbehalt einzuzahlen ist, zwingend der gemeinsamen Eröffnung eines "Und-Kontos". Die Einrichtung eines bloßen Sperrkontos mit Sperrvermerk genügt demgegenüber nicht, weil hierdurch nur ein schuldrechtlicher Anspruch des Auftragnehmers begründet würde, der dem Auftragnehmer in der Insolvenz des Auftraggebers weder ein Absonderungsrecht gemäß § 84 InsO noch einen Anspruch auf Aussonderung nach § 47 InsO gewähren würde (OLG Dresden, BauR 2004, 1310; Greeve, aaO).

16 Gegen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht spricht schließlich auch die von der Revision gezogene Parallele zum Arbeitsrecht. So unterfällt das Einbehalten und Nichtabführen von Teilen des Arbeitsentgelts, die der Arbeitgeber - aufgrund privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Verpflichtung - an einen Dritten zu zahlen hat, nicht dem Treubruchtatbestand des § 266 StGB, weshalb es der Gesetzgeber für erforderlich gehalten hat, ein solches Verhalten durch Schaffung der Vorschrift des § 266a Abs. 2 StGB a.F. (jetzt: § 266a Abs. 3 StGB) eigens unter Strafe zu stellen (Labsch, Untreue, 1983, S. 252 f.). Bei einem Austauschvertrag liegt in der bloßen Nichtentrichtung eines Teils des vertraglich geschuldeten Entgelts strafrechtlich regelmäßig keine Untreue gegenüber dem Vertragspartner. Das gilt auch dann, wenn Teile des Entgelts nicht geleistet werden, die nicht an den Vertragspartner selbst, sondern pflichtgemäß an einen Dritten oder auf ein besonderes Sperrkonto zu zahlen sind, denn allein aufgrund einer besonderen Zahlstelle wird für den zur Zahlung Verpflichteten noch keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Vertragspartner begründet.

17 c) Scheidet eine Haftung des Beklagten mithin schon deshalb aus, weil ihn keine qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Klägerin traf und sein Verhalten deshalb nicht den Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB erfüllt hat, kommt es auf die von der Revision aufgeworfenen Fragen hinsichtlich des Schadens und des Vorsatzes nicht mehr an.

18 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Zoll

Wellner

Pauge

Stöhr

von Pentz

Vorinstanzen:

LG Erfurt, Entscheidung vom 11.01.2008 - 3 O 1149/07 -

OLG Jena, Entscheidung vom 20.05.2009 - 4 U 73/08 -