

## **Zweckwidrige Verwendung von Baugeld: Begriff des Baugeldempfängers**

### **Leitsatz:**

**Empfänger von Baugeld i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG ist jede Person, die für das Versprechen einer Leistung im Zusammenhang mit der Herstellung eines Baues oder Umbaues eine Vergütung erhält und andere Unternehmer aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags an der Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung beteiligt. Dabei**

**genügt es, wenn sich das Versprechen der Leistung nur auf einzelne Teile des Baues oder Umbaues bezieht. In diesem Fall ist der (Nach-)Unternehmer grundsätzlich nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG verpflichtet, die erhaltene Vergütung zugunsten der von ihm einbezogenen „anderen Unternehmer“ zu verwenden. Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, wie viele (Nach-)Unternehmer vor dem Baugeldempfänger in einer Leistungskette tätig waren.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.05.2018, VII ZR 92/16

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in und FA'in für Bau- und Architektenrecht, von Boetticher Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, München

### A. Problemstellung

Der BGH hatte die in der Literatur umstrittene Frage zu entscheiden, ob der nur mit einem Teil eines Baues beauftragte (Nach-)Unternehmer als Baugeldempfänger i.S.d. § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen in der seit dem 01.01.2009 geltenden Fassung (BauFordSiG) zu betrachten ist oder nicht. Diese Frage hatte der BGH zu § 1 des bis 31.12.2008 geltenden Gesetzes zur Sicherung der Bauforderungen (GSB) verneint. Auf der Grundlage des seit dem 01.01.2009 geltenden BauFordSiG bejaht der BGH die Frage nun.

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten Schadensersatz wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld. Sie war im Rahmen der Errichtung von Windkraftanlagen von der E. GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, mit Bohrungen für die Errichtung von Kabeltrassen unterbeauftragt worden, nachdem die E. GmbH von zwei Generalunternehmern ihrerseits mit dem Bau der Kabeltrassen für die beiden Windkraftanlagen beauftragt worden war. Über das Vermögen der E. GmbH wurde nach der Beendigung der Arbeiten durch die Klägerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Klägerin standen noch Ansprüche auf Zahlung von Restwerklohn gegen die E. GmbH zu.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der BGH hat die Vorinstanzen bestätigt, die bereits entschieden hatten, dass der Beklagte schadensersatzpflichtig war. Das Berufungsgerecht hatte zunächst festgestellt, dass die Klägerin, das Unternehmen, das mit der Erstellung der für die Kabeltrassen notwendigen Bohrungen beauftragt war, zum geschützten Personenkreis i.S.d. § 1 BauFordSiG gehörte.

Der BGH hat weiter bestätigt, dass die E. GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, als Empfänger von Baugeld anzusehen sei, weil sie mit einem Teil des Baus der Windkraftanlagen beauftragt war. Der BGH erläutert, dass er zuvor für pflichtwidrige Handlungen bis zum 31.12.2008 entschieden hatte, dass lediglich mit einem Teil des Baus beauftragte (Nach-)Unternehmer nicht Empfänger von Baugeld seien. Grund hierfür sei gewesen, dass § 1 GSB nicht auf (Nach-)Unternehmer erstreckt werden konnte, die nur mit einzelnen Teilen des Baus beauftragt waren, weil dies den Anwendungsbereich jenes Gesetzes unzulässig erweitert hätte. Dies hätte angesichts der Strafdrohung des § 5 GSB einen deutlichen Ausdruck im Gesetz finden müssen.

Seit Inkrafttreten von § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG zum 01.01.2009 müsse diese Frage abweichend beurteilt werden. Dem Wortlaut der neuen Vorschrift zufolge sei Empfänger von Baugeld jede Person, die für das Versprechen einer Leistung im Zusammenhang mit der Herstellung eines Baues oder Umbaues eine Vergütung erhält und andere Unternehmer aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages an der Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung beteiligt.

Dem entspreche auch die Systematik von § 1 Abs. 3 BauFordSiG. Nach dessen Satz 1 Nr. 1 sei für die Baugeldeigenschaft eine dingliche Sicherung Voraussetzung. Dagegen sei § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG von einer dinglichen Sicherung abgekoppelt. Baugeldempfänger könne deshalb jede Person sein, die in einer Leistungskette eine Vergütung enthält, und zwar unabhängig davon, ob dieser Geldbetrag kreditfinanziert und dinglich gesichert sei oder auf Eigenmitteln beruhe.

Die sich aus Wortlaut und Systematik ergebende Auslegung entspreche auch dem Gesetzeszweck, weil der Gesetzgeber den Baugeldbegriff

erweitern habe wollen und das Gesetz alle Gelder erfassen soll, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält. Der Baugeldbegriff sollte auf die gesamte Kette von Bauherr - Generalunternehmer - alle Nachunternehmer ausgeweitet werden.

Auch fielen nicht nur wirtschaftlich wesentliche Arbeiten in den Anwendungsbereich von § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG. Zwar habe der BGH in seinem Urteil vom 24.01.2013 die Verwendungspflicht auf sachenrechtlich wesentliche Bestandteile i.S.d. §§ 93, 94 BGB begrenzt. Hintergrund dieser Begrenzung sei aber das Tatbestandsmerkmal in § 1 BauFordSiG, wonach geschützt sei, wer an der Herstellung oder dem Umbau des Baus oder mit Arbeiten im Zusammenhang hiermit beteiligt sei und nicht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Dem Gesetz sei nicht zu entnehmen, dass nur Personen geschützt werden sollten, die mit einem bestimmten Prozentsatz an der Gesamtvergütung für die Herstellung des Baus oder Umbaus beteiligt sind.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG bestünden nicht. Insoweit verweist der BGH auf eine Entscheidung des BVerfG (BVerfG, Beschl. v. 27.01.2011 - 1 BvR 3222/09 - NJW 2011, 1578).

In den Vorinstanzen sei nicht angegriffen worden, dass die E. GmbH durch die von den Generalunternehmern gezahlten Vergütungen Baugeld in einer die Werklohnforderung der Klägerin übersteigenden Höhe erhalten habe und dass die Restwerklohnforderungen der Klägerin nicht erfüllt worden seien. Deshalb habe es nach § 1 Abs. 4 BauFordSiG dem Beklagten obliegen, darzulegen und zu beweisen, dass das Baugeld ordnungsgemäß verwendet worden sei.

Das Berufungsgericht habe weiter festgestellt, dass der Geschäftsführer gewusst habe, dass die von den Generalunternehmern erhaltenen Mittel nicht zur Bezahlung der Klägerin verwandt worden seien. Damit habe er zumindest bedingt vorsätzlich die Baugeldverwendungspflicht verletzt.

Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum habe schließlich auch nicht vorgelegen, weil der Beklagte bei der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung

des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns hätte gewinnen können. Es sei anzunehmen, dass der Beklagte sich als Geschäftsführer eines mit großen Bauvorhaben betrauten Unternehmens nicht nach den für seinen Tätigkeitsbereich einschlägigen Regelungen erkundigt habe und dass er bei entsprechender Einholung rechtlichen Rats zumindest erfahren hätte, dass für die von den Generalunternehmern gezahlten Vergütungen eine Baugeldverwendungspflicht ernsthaft in Betracht komme.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung befasst sich mit den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 BauFordSiG. Nachdem die Gesetzeslage sich mit Wirkung zum 01.01.2009 geändert hat, nahm der BGH die Gelegenheit wahr, zur Auslegung des neuen Gesetzes Stellung zu nehmen und die in der Literatur bis dahin unterschiedlich beantwortete Fragen, ob und inwieweit die Rechtsprechung des BGH zur alten Gesetzeslage auf die neue Gesetzeslage übertragen werden kann und ob die Baugeldverwendungspflicht auch Unternehmer trifft, die nur einzelne Teile eines Baues oder Umbaus versprechen, zu klären.

Zu § 1 GSB hatte der BGH entschieden, dass lediglich mit einem Teil des Baus beauftragte (Nach-)Unternehmer nicht Empfänger von Baugeld sind (BGH, Urt. v. 16.12.1999 - VII ZR 39/99 - BauR 2000, 573). Dies wurde damit begründet, dass zwar der Generalübernehmer oder Generalunternehmer als Baugeldempfänger angesehen wurden (BGH, Urt. v. 24.11.1981 - VI ZR 47/80 - BauR 1982, 193; BGH, Urt. v. 19.11.1985 - VI ZR 148/84 - BauR 1986, 235; BGH, Urt. v. 12.12.1989 - VI ZR 12/89 - BauR 1990, 244; BGH, Urt. v. 09.10.1990 - VI ZR 230/89 - BauR 1991, 96), weil es dem Schutzzweck des Gesetzes entsprochen habe, den in § 1 GSB verwendeten Begriff „Empfänger von Baugeld“ im Interesse der an der Herstellung des Baues Beteiligten weit zu fassen (BGH, Urt. v. 16.12.1999 - VII ZR 39/99 - BauR 2000, 573; BGH, Urt. v. 19.12.1989 - VI ZR 32/89 - BauR 1990, 246) und weil Bauträger, Generalunternehmer und Generalübernehmer einem Treuhänder angenähert und in aller Regel darüber informiert seien, ob und inwieweit der Bauherr des Objekts seiner-

seits durch Hypothek oder Grundschuld gesicherte Gelder verwende.

Insoweit besteht der Unterschied zwischen Bauträgern, Generalunternehmern und Generalübernehmern einerseits und Nachunternehmern, die nur bestimmte Gewerke übernehmen, andererseits, unzweifelhaft unverändert fort. Hierauf kommt es jedoch dem BGH zufolge auf der Grundlage der geltenden Gesetzeslage nicht an. Der Gesetzgeber hat durch § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG zwischenzeitlich ausdrücklich geregelt, dass Baugeld nicht nur Geldbeträge sind, die dem Bauherrn gewährt und dinglich gesichert sind, sondern dass Baugeld darüber hinaus auch Geldbeträge sind, die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaues stehende Leistung erhalten hat.

Damit ist der bisherigen Rechtsprechung des BGH, wonach Baugeldempfänger nur sein kann, wer der Position des Bauherrn zumindest ähnlich ist, die Grundlage entzogen. Entsprechend zeigt der BGH ausführlich auf, dass sich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Systematik des neuen Gesetzes ergibt, dass nunmehr Empfänger von Baugeld auch jede Person ist, die für das Versprechen einer Leistung im Zusammenhang mit der Herstellung eines Baues oder Umbaues eine Vergütung erhält und andere Unternehmer aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages an der Erfüllung ihrer Leistungsverpflichtung beteiligt. Der BGH weist – wie bereits das Landgericht in der erstinstanzlichen Entscheidung – ferner darauf hin, dass der Gesetzgeber den Baugeldbegriff erklärtermaßen erweitern wollte.

Die Entscheidung des BGH ist zutreffend und entspricht einem Teil der Literatur, wonach infolge des heutigen Baugeldbegriffs nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG jeder nachgelagerte Unternehmer in Bezug auf eine ihm gewährte vertragliche Vergütung – soweit er ebenfalls Subunternehmer einsetzt – zum Baugeldempfänger wird (Ingenstau/Korbion/Jousen, 20. Aufl. 2017, Anhang 1, Rn. 301; Funke in: Beck'scher VOB/B-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vor § 2, Rn. 308; zustimmend auch Floeth, NJW 2018, 2117; Illies, IBR 2018, 448) und die Unterscheidung, ob ein Bauunternehmer nur einen Teil der Bauwerksleistung erbringt oder die gesamte Leistung, jedenfalls im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG kei-

ne Rolle mehr spielt (Ingenstau/Korbion/Jousen, 20. Aufl. 2017, Anhang 1, Rn. 303; Funke in: Beck'scher VOB/B-Kommentar, Vor § 2, Rn. 308).

Die abweichenden, in der Literatur vertretenen Auffassungen, wonach die Neufassung des BauFordSiG nichts daran geändert habe, dass ein Nachunternehmer, der nur mit einem Teil des Bauwerks beauftragt ist und diesen oder Teile davon weitergibt, nicht als Baugeldempfänger anzusehen ist, dass entscheidend sei die Verfügungsbefugnis, welche den Nachunternehmer einem Generalunternehmer gleichstelle, und dass den Unternehmer, der mit Eigenkapital bezahlt werde, die Pflichten nach dem BauFordSiG nicht träfen (Koeble in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 10. Teil, Rn. 237; Hochstadt, NJW 2013, 1712), sind nach dem vorliegenden Urteil des BGH nicht mehr haltbar. Sie sind auch nicht überzeugend. Soweit behauptet wurde, die Gesetzesbegründung werde überinterpretiert, wenn aus der Formulierung „alle Gelder ... die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn enthält“ dahin verstanden wird, dass damit auch die Vergütung für eine anteilige Leistung zur Herstellung des Bauwerks erfasst werde (Hochstadt, NJW 2013, 1712), ist dies nicht nachvollziehbar, da sich nicht nur aus der Gesetzesbegründung, sondern bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, dass „eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaues stehende Leistung“ ausreicht und nicht etwa gefordert wird, dass der Empfänger eine Leistung „für die Herstellung eines Baues“ erhält. Ebenso überzeugt die Argumentation, dass, nachdem der Bauherr bereits aufgrund des Wortlautes kein Baugeldempfänger i.S.d. § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG sein kann, für die Qualifizierung als Baugeldempfänger nicht (mehr) maßgeblich sein kann, dass die Person mit dem Bauherrn vergleichbar ist (Floeth, NJW 2018, 2117).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die vorliegende Entscheidung des BGH belegt eindrücklich, dass die Auswirkungen des BauFordSiG erheblich sein können und möglicherweise nach wie vor nicht ausreichend bekannt sind. Häufig wähen sich Geschäftsführer im Falle der Insolvenz des von ihnen geführten Unternehmens in Sicherheit. Aufgrund des BauFordSiG kann der Geschäftsführer jedoch per-

sönlich haften, wenn eine zweckwidrige Verwendung von Baugeld vorliegt bzw. wenn er die ordnungsgemäße Verwendung von Baugeld nicht ausreichend darlegen und beweisen kann (vgl. hierzu bereits BGH, Urt. v. 20.12.2012 - VII ZR 187/11 - NZBau 2013, 225; BGH, Urt. v. 19.08.2010 - VII ZR 169/09 - BauR 2010, 2107). Seit der Ausweitung des Baugeldbegriffs kann diese persönliche Haftung nun nicht nur Geschäftsführer von Generalunternehmern, Generalübernehmern und Bauträgern treffen, sondern ebenso Geschäftsführer von Nachunternehmern, die nur Teilgewerke ausführen, ihrerseits aber auch Leistungen unterbeauftragen. Das BauFordSiG muss deshalb jedem Geschäftsführer, der in der Baubranche tätig ist, bekannt und bewusst sein.

Das Urteil des BGH und die Urteile der Vorinstanzen lassen erkennen, dass der Geschäftsführer versucht hat, sich - über die vorstehend erörterte Auslegung des Gesetzes hinaus - im Wesentlichen in zweierlei Hinsicht zu verteidigen.

Einerseits hat der Beklagte wohl behauptet, Baugeld sei ordnungsgemäß verwendet worden. Das Landgericht hatte hierzu jedoch ausgeführt, dass es dem Beklagten nicht gelungen sei, substantiiert darzulegen und aufzuschlüsseln, welche Zahlungen auf das Bauwerk geleistet worden seien und in welcher Art und Weise empfangenes Baugeld an die jeweiligen Bauhandwerker weitergeleitet worden sei (LG Magdeburg, Urt. v. 20.10.2015 - 9 O 1085/14 Rn. 48 f.). Der Geschäftsführer eines baugeldempfangenden Unternehmens muss deshalb nicht nur im Interesse des Unternehmens, sondern gerade auch im eigenen Interesse nicht sowohl darauf achten, dass Baugeld ordnungsgemäß verwendet wird, als auch darauf, dass die ordnungsgemäße Verwendung des Baugeldes detailliert dokumentiert wird.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch das Urteil des OLG Celle vom 27.06.2018 (9 U 61/17), das sich ebenfalls mit der Frage auseinandersetzt, wie die ordnungsgemäße Verwendung von Baugeld und insbesondere Eigenleistungen des Baugeldempfängers substantiiert dargelegt und bewiesen werden können.

Andererseits hat der Beklagte offenbar versucht, sich darauf zu stützen, dass er nicht gewusst habe, dass es sich bei den empfan-

nen Geldern um Baugeld handele (OLG Naumburg, Urt. v. 16.03.2016 - 5 U 181/15 Rn. 18). Auch dies hilft ihm der ständigen Rechtsprechung zufolge nicht. Der Geschäftsführer könnte sich nur entlasten, wenn ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorläge und in diesem Zusammenhang wird von ihm erwartet, dass er sich als Geschäftsführer eines mit Bauvorhaben betrauten Unternehmens nach den für seinen Tätigkeitsbereich einschlägigen Regelungen erkundigt. Hätte er dies getan - so der BGH - hätte er zumindest erfahren, dass für die von Generalunternehmern gezahlte Vergütung eine Baugeldverwendungspflicht ernsthaft in Betracht kommt. Ein Geschäftsführer muss daher branchenspezifische Kenntnisse haben und sich insoweit umfassend informieren, wenn er einer drohenden persönlichen Haftung entgehen möchte.

Damit dürfte auch bestätigt sein, dass die Auffassung des OLG München (OLG München, Urt. v. 13.11.2012 - 13 U 1624/12 Bau - NJW-RR 2013, 212), wonach es einem Geschäftsführer am notwendigen Vorsatz fehlen sollte, wenn er sich keine Gedanken darüber gemacht habe, ob es sich bei dem empfangenen Werklohn um Baugeld gehandelt habe oder nicht, nicht haltbar ist.