



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

3 StR 456/00

vom

11. April 2001

in der Strafsache

gegen

wegen pflichtwidriger Verwendung von Baugeldern u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 11. April 2001, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Kutzer,

die Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Miebach,  
Winkler,  
Dr. Boetticher,  
von Lienen  
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aurich vom 12. Juli 2000 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen pflichtwidriger Verwendung von Baugeldern und wegen vorsätzlichen Unterlassens des Führens eines Baubuchs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Sachrüge greift durch.

I.

Das Landgericht hat folgendes festgestellt:

1. Der Angeklagte war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Stahl- und Metallbau E. GmbH. Das Unternehmen hatte sich zuletzt auch mit der schlüsselfertigen Erstellung von Bauwerken befaßt, wobei es die be-

triebsfremden Leistungen durch Subunternehmer ausführen ließ. Anfang 1995 entschlossen sich der Angeklagte und seine Ehefrau, zum Zwecke der Alterssicherung das Grundstück "Alte Molkerei" zu erwerben, um es mit einem Wohn- und Geschäftshaus zu bebauen. Als Eigentümerin sollte allein die Ehefrau des Angeklagten in Erscheinung treten, während die E. GmbH das Bauvorhaben als Generalunternehmerin ausführen sollte. Mit der R. bank

P. wurde vereinbart, das Vorhaben in vollem Umfang durch Kreditmittel zu finanzieren, die "auf dem Objekt grundbuchlich abgesichert" (UA S. 6) werden sollten. Für den Kaufpreis des Grundstücks von 1,55 Mio DM und die erwarteten Baukosten von 6 Mio DM sagte die Bank zunächst Kreditmittel in Höhe von 7,5 Mio DM zu.

Nachdem die Ehefrau des Angeklagten das Baugrundstück erworben hatte, schloß sie mit dem Angeklagten als Geschäftsführer der E. GmbH einen Bauvertrag ab, wonach letztere das geplante Haus unter Beteiligung von Subunternehmern zum pauschalen Festpreis von 6,55 Mio DM einschließlich Mehrwertsteuer zu erstellen hatte. In Ausführung dieses Vertrages übertrug der Angeklagte, handelnd jeweils für die E. GmbH, der Firma B. GmbH & Co KG Bauunternehmung die Bauhauptarbeiten und der Firma M. & Sohn GmbH Dachdeckerbetrieb die Dachdeckerarbeiten des Bauvorhabens.

Die Bank wurde zunächst durch die Übernahme bereits bestehender Grundschulden in Höhe von 1,55 Mio DM dinglich abgesichert. Ferner bestellte die Ehefrau des Angeklagten zugunsten der kreditgebenden Bank auf dem Grundstück "Alte Molkerei" zwei Grundschulden von insgesamt 6,5 Mio DM.

Nach einer Änderung der Bauplanung wurde der vereinbarte Festpreis im November 1996 um 966.750 DM auf 7.516.750 DM erhöht. Die Bank, die die vollständige Finanzierung des Objekts durch Kreditmittel zugesagt hatte, gewährte der Ehefrau des Angeklagten zur weiteren Finanzierung mit Vertrag vom 9. Oktober 1996 ein zusätzliches Darlehen von 1 Mio DM, welches durch Grundschulden an zwei anderen Grundstücken der Bauherrin abgesichert wurde.

Gemäß Baufortschritt erstellte die E. GmbH Abschlagsrechnungen, deren Beträge von der Ehefrau des Angeklagten meist noch am gleichen Tage vom Darlehenskonto zur Zahlung angewiesen wurden. Mit der Abschlußzahlung vom 3. Februar 1997 war der vereinbarte Pauschalpreis von 7.516.750 DM vollständig beglichen. Obwohl dem Angeklagten aus seinen Verhandlungen mit dem Leiter der Bank bekannt war, "daß der für das Objekt von seiner Ehefrau in Anspruch genommene grundbuchlich abgesicherte bzw. abzusichernde Kredit ausschließlich der Finanzierung des Bauvorhabens diene" (UA S. 6), verwendete er die von seiner Ehefrau geleisteten Zahlungen nicht vollständig für das Bauvorhaben "Alte Molkerei". Die ihm zum Zweck der Bestreitung der Kosten des Baues gewährten Baugelder wurden ohne Zweckbestimmung in das Rechnungswesen der GmbH eingestellt, bis zum Konkursantrag vom 6. März 1997 vollständig aufgebraucht und teilweise zur Erfüllung anderer Verpflichtungen der GmbH, insbesondere für Lohn- und Gehaltszahlungen, verwendet.

Nach Abschluß der Arbeiten ergab sich aus der Schlußrechnung der B. GmbH & Co KG Bauunternehmung eine Restforderung von 299.937,86 DM gegen die vom Angeklagten vertretene E. GmbH. Der

M. & Sohn GmbH Dachdeckerbetrieb stand nach Prüfung ihrer Schlußrechnung noch ein Restbetrag von 83.883,71 DM zu. Beide Forderungen wurden nicht mehr beglichen. Mit Beschluß vom 29. April 1997 wurde über das Vermögen der E. GmbH das Konkursverfahren eröffnet. Es ist damit zu rechnen, daß die nicht bevorrechtigten Gläubiger mit ihren Forderungen in voller Höhe ausfallen.

2. Für das Bauvorhaben "Alte Molkerei" ließ der Angeklagte in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der E. GmbH kein Baubuch in Form einer Aufstellung der zur Bestreitung der Gesamtkosten zugesicherten und vereinbarten Mittel, der Baugläubiger und ihrer Forderungen sowie der darauf geleisteten Zahlungen führen.

## II.

1. Die getroffenen Feststellungen belegen eine pflichtwidrige Verwendung von Baugeld durch den Angeklagten nicht.

Das Landgericht sieht eine strafbare Zweckentfremdung von Baugeld im Sinne von § 5 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (GSB) bereits darin, daß der Angeklagte als Geschäftsführer der E. GmbH die von der Bauherrin geleisteten Zahlungen nicht in voller Höhe für das Bauvorhaben "Alte Molkerei" verwendet und deshalb die vertraglichen Ansprüche der Subunternehmer vor Konkurseröffnung nicht in voller Höhe befriedigt hat. Damit verkennt es den gesetzlichen Begriff des Baugelds wie auch Inhalt und Umfang der in § 1 GSB normierten Baugeldverwendungspflicht.

a) Rechtsfehlerhaft hält das Landgericht den gesamten von der Ehefrau des Angeklagten an die E. GmbH gezahlten Betrag von 7.516.750 DM für Baugeld im Sinne des Gesetzes. Baugeld sind Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues in der Weise gewährt werden, daß zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll (§ 1 Abs. 3 Satz 1 GSB).

Nach den bisherigen Feststellungen kann das zur Finanzierung des Bauvorhabens "Alte Molkerei" geschaffene Baugeld einen Betrag von 6,5 Mio DM nicht übersteigen, weil Grundschulden zur Finanzierung der Baukosten nur in dieser Höhe an dem Baugrundstück bestellt worden sind. Der zur Finanzierung des Grundstückserwerbs zur Verfügung gestellte Betrag ist kein Baugeld. Auch durch den ergänzenden Kreditvertrag vom 9. Oktober 1996 wurde kein zusätzliches Baugeld geschaffen, weil das von der Bank gewährte Darlehen von 1 Mio DM nicht an dem zu bebauenden, sondern an anderen Grundstücken dinglich abgesichert wurde.

In Betracht kommen nur Fremdmittel, die aufgrund eines Darlehensvertrages zur Verfügung gestellt werden (Hagelberg, Kommentar zum Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, 1911, § 1 Anm. 6, Anm. 21; Lemme, wistra 1998, 41, 45). Die Zweckbestimmung, daß der ausgezahlte Betrag der Bestreitung der Kosten eines Baues dienen soll, muß Inhalt des Darlehensvertrages sein, nicht lediglich Motiv einer der Parteien (Hagelberg, aaO § 1 Anm. 10; Hagenloch, Handbuch zum Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, 1991, Rdn. 36). Den Inhalt des ursprünglichen Darlehensver-

trages zwischen der Ehefrau des Angeklagten und der Bank teilt das Landgericht zwar nicht mit; da sich die Parteien jedoch einig waren, daß die zugesagten Kreditmittel von zunächst 7,5 Mio DM ausschließlich der Finanzierung des Bauvorhabens "Alte Molkerei" dienen sollten, haben sie die erforderliche Zweckabrede zumindest stillschweigend getroffen. Dies würde genügen, da der Baugeldvertrag keiner bestimmten Form bedarf (RGSt 48, 336, 339; Hagelberg, aaO § 1 Anm. 22).

Nach § 1 Abs. 3 GSB liegt Baugeld nur in dem Umfang vor, als der ausgezahlte Betrag zur Deckung der eigentlichen Baukosten verwendet werden soll. Soweit das Darlehen auch der Finanzierung von rein grundstücksbezogenen Leistungen wie Einfriedungen und Bepflanzungen oder der Beschaffung von Grundstückszubehör dient, handelt es sich nicht um Baugeld (BGH BauR 1989, 758, 761; 1990, 241, 242 f.; Hagenloch aaO Rdn. 43; Lemme, wistra 1998, 41, 43). Bei einem derartigen modifizierten Baugelddarlehen muß - gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen - der Baugeldanteil an der Darlehensvaluta konkret festgestellt werden. Das Landgericht hat nicht geprüft, in welchem Umfang der Bauvertrag vom 30. März 1996 zwischen der E. GmbH und der Ehefrau des Angeklagten auch baugeldfremde Leistungen zum Gegenstand hatte, was eine entsprechende Reduzierung des Baugeldanteils zur Folge gehabt hätte.

b) Zutreffend wendet das Landgericht die Strafnorm des § 5 GSB auf den Angeklagten in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der E. GmbH an (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Die E. GmbH ist als Generalunternehmerin Baugeldempfänger i.S.d. § 1 Abs. 1 GSB und unterliegt daher der dort geregelten Baugeldverwendungspflicht. Denn Bauträger, Generalunternehmer und Gene-

ralübernehmer sind hinsichtlich des Teils der ihnen als Vergütung gezahlten Beträge, die bei wirtschaftlicher Betrachtung den ihnen nachgeordneten Unternehmern gebühren, einem Treuhänder angenähert; sie bestimmen darüber, wie diese Gelder weiter verwendet werden und haben insoweit die volle Verfügungsgewalt über das Baugeld zur Finanzierung der Handwerkerleistungen (BGHZ 143, 301, 305).

c) Durchgreifenden Bedenken begegnet die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe der gesetzlichen Baugeldverwendungspflicht zuwidergehandelt. Die Tatsache allein, daß die werkvertraglichen Ansprüche zweier Subunternehmer in Höhe von insgesamt 383.821,57 DM nicht befriedigt worden sind, rechtfertigt nicht den Schluß, daß der Angeklagte in diesem Umfang Baugeld zweckentfremdet hätte.

Der Empfänger von Baugeld ist verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baues aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrages beteiligt sind (§ 1 Abs. 1 GSB). Er muß den Baugläubigern in ihrer Gesamtheit denjenigen Vermögenswert zuwenden, der dem geschaffenen Baugeld entspricht. Dabei hat er weder eine bestimmte Reihenfolge zu beachten, noch muß er die Baugläubiger anteilig befriedigen (RGZ 138, 156, 159; BGH BauR 1989, 758, 760; 1990, 241, 242). Soweit er sie bereits aus anderen Mitteln befriedigt hat, ist ihm die Verwendung des Baugeldes freigestellt (§ 1 Abs. 1 Satz 2 GSB). Ein Baugeldempfänger, der - wie die GmbH des Angeklagten - selbst an der Herstellung des Baues beteiligt ist, darf außerdem das Baugeld in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung für sich behalten (§ 1 Abs. 2 GSB). In welcher Höhe dies der Fall war, erörtert das

Landgericht nicht. Nach den Feststellungen ist davon auszugehen, daß die Generalunternehmerin zumindest die zum Bereich Stahl- und Metallverarbeitung gehörenden Leistungen für das Bauvorhaben "Alte Molkerei" selbst erbrachte. In jedem Fall überschritten die Baukosten das geschaffene Baugeld um mehr als 1 Mio DM (vgl. oben Buchst. a). Es ist deshalb möglich, daß der Angeklagte den Baugeldgläubigern Geldbeträge zugewandt hat, die wertmäßig der vollen Höhe des geschaffenen Baugeldes entsprechen, zumal die Generalunternehmerin ihren Subunternehmern nur einen Betrag von knapp 400.000 DM schuldig geblieben ist.

2. Auch die Verurteilung des Angeklagten wegen vorsätzlicher Unterlassung des Führens eines Baubuchs ist aufzuheben, weil die Feststellungen die Annahme vorsätzlichen Unterlassens nicht tragen, vielmehr auch fahrlässiges Unterlassen (§ 6 Abs. 2 GSB) in Betracht kommt.

a) Zutreffend ist, daß die E. GmbH als Baugewerbetreibende gemäß § 2 Abs. 1 GSB verpflichtet gewesen wäre, über das Bauvorhaben "Alte Molkerei" ein den Anforderungen des § 2 Abs. 3 GSB genügendes Baubuch zu führen. Als deren alleiniger Geschäftsführer ist der Angeklagte für diese Unterlassung strafrechtlich verantwortlich (§ 6 GSB i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB).

b) Den Vorsatz des Angeklagten hat das Landgericht nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Der Annahme des Vorsatzes könnte entgegenstehen, daß dem Angeklagten als Schlossermeister und Inhaber eines Stahlbaubetriebs, der notwendig werdende Bauarbeiten an Subunternehmer vergab, die Verpflichtung zur Führung eines Baubuchs zum Auftrag "Alte Molkerei" unbekannt war.

Bei echten Unterlassungsdelikten - wie dem Nichtführen eines Baubuchs - ist die aus dem Gebotstatbestand folgende Handlungspflicht als solche zwar kein Tatumstand, auf den sich der Vorsatz erstrecken müßte; sie gehört zu der durch den Tatbestand indizierten Rechtswidrigkeit (BGHSt 19, 295). Unabhängig hiervon verlangt aber vorsätzliches Unterlassen eine Entscheidung zwischen Untätigbleiben und möglichem Tun (BGHSt aaO S. 299). Eine solche Entscheidung trifft nicht, wem das Bewußtsein möglichen Handelns fehlt. Ihm kann nur der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden (vgl. dazu Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 15 Rdn. 94).

Dies hat das Landgericht nicht beachtet. Denn es erörtert die wegen der Branchenfremdheit des Angeklagten nahe liegende Möglichkeit nicht, daß es dem Angeklagten in Unkenntnis der Bestimmungen des GSB gar nicht in den Sinn kam, daß er - neben der regulären Buchhaltung der Stahl- und Metallbau E. GmbH - die finanziellen Verhältnisse des Bauvorhabens "Alte Molkerei" in Form eines Baubuchs dokumentieren könnte. Wenn er schon die Möglichkeit

des Handelns - ohne Rücksicht auf dessen rechtliches Gebotensein - nicht erkannt hätte, wäre ihm die Bedeutung seines Verhaltens als eines wenigstens bedingt vorsätzlichen Unterlassens nicht bewußt geworden.

Kutzer  
Boetticher  
Miebach  
von Lienen  
Winkler

Nachschlagewerk: ja

BGHSt ja

Veröffentlichung: ja

---

GSB §§ 1, 2, 5 und 6

StGB § 15

a) Zum Straftatbestand der pflichtwidrigen Verwendung von Baugeld.

b) Vorsätzliches Unterlassen (hier: der Führung eines Baubuchs) erfordert das Bewußtsein möglichen Handelns; sonst kommt Fahrlässigkeit in Betracht.

BGH, Urt. vom 11. April 2001 - 3 StR 456/00 - LG Aurich