



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 92/16

Verkündet am:  
17. Mai 2018  
Mohr,  
Justizfachangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: \_\_\_\_\_ ja

BauFordSiG § 1 Abs. 1, Abs. 3; BGB § 823 Abs. 2 Bf

Empfänger von Baugeld im Sinne von § 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.

BGH, Urteil vom 17. Mai 2018 - VII ZR 92/16 - OLG Naumburg  
LG Magdeburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 2018 durch die Richter Dr. Kartzke, Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 16. März 2016 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über Schadensersatz wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld im Rahmen der Errichtung von Windkraftanlagen in W. und L. im Jahr 2013.
- 2 Bauherrin der Windkraftanlagen war die m. N. GmbH. Diese beauftragte als Generalunternehmer die m. W. GmbH & Co. KG und die m. L. GmbH & Co. KG. Die Generalunternehmer beauftragten die E. GmbH, deren Geschäftsführer der Beklagte war, mit dem Bau der Kabeltrassen für beide Windkraftanlagen. Die E. GmbH beauftragte wiederum die Klägerin mit den für den Bau der Kabeltrassen notwendigen Bohrungen. Die E. GmbH erhielt von der m. W. GmbH & Co. KG eine Ver-

gütung von zumindest 134.153,21 € und von der m. L.  
GmbH & Co. KG eine Vergütung von zumindest 675.925,36 €. Der Klägerin, die  
ihre Arbeiten 2013 beendete und abrechnete, steht für W. ein Restwerk-  
lohn von 33.581,93 € und für L. ein Restwerklohn von 54.396,45 € zu.  
Über das Vermögen der E. GmbH wurde 2014 das Insolvenz-  
verfahren eröffnet.

3 Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte habe seine sich aus dem  
Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (Bauforderungssicherungsge-  
setz - BauFordSiG) ergebenden Pflichten zur Verwendung der von den Gene-  
ralunternehmern geleisteten Vergütungen verletzt und sei ihr deshalb zum  
Schadensersatz im Umfang ihrer Restwerklohnansprüche verpflichtet.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen von dem Be-  
klagten eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der  
vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabwei-  
sungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht führt aus:

7 Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823  
Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 Abs. 1 BauFordSiG zu. Die Klägerin, die mit  
der Erstellung der für die Kabeltrassen notwendigen Bohrungen beauftragt ge-  
wesen sei, gehöre zu dem durch § 1 BauFordSiG geschützten Personenkreis.  
Nach der Neufassung des Bauforderungssicherungsgesetzes vom 23. Oktober  
2008 fielen alle am Bau tätigen Handwerker in den Schutzbereich des  
§ 1 BauFordSiG. Dies ergebe sich aus dem neu eingeführten § 1 Abs. 3 Satz 1  
Nr. 2 BauFordSiG. Nach der Neufassung seien sämtliche Geldbeträge Baugeld,  
die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Her-  
stellung des Baus oder Umbaus stehenden Leistung, die der Empfänger dem  
Dritten versprochen habe, erhalten habe, wenn an dieser Leistung andere Un-  
ternehmer aufgrund eines Werkvertrags beteiligt seien. Vor diesem Hintergrund  
seien nunmehr - anders als nach früherem Recht - auch lediglich mit einem Teil  
des Baus beauftragte Unternehmer sowie Subunternehmer als Empfänger von  
Baugeld anzusehen. Auch sie unterlägen hinsichtlich ihres Werklohns der Ver-  
wendungspflicht des § 1 Abs. 1 BauFordSiG. Der unmissverständliche Wortlaut  
der gesetzlichen Regelung lasse keine andere Auslegung zu. Dies entspreche  
zudem der Absicht des Gesetzgebers.

8 Der Beklagte habe jedenfalls bedingt vorsätzlich gegen seine Pflichten  
aus dem Bauforderungssicherungsgesetz verstoßen. Dem Beklagten sei be-

kannt gewesen, dass er die von der E. GmbH empfangenen Mittel nicht zur Bezahlung der Klägerin verwandt, sondern anderweitig ausgegeben habe und dass die Klägerin auch nicht aus anderen Mitteln hätte bedient werden können. Dass er nicht gewusst haben will, dass es sich bei den empfangenen Geldern um Baugeld handele, entlaste ihn nicht. Bei der Verletzung eines Schutzgesetzes sei im Falle eines Verbotsirrtums das Vorliegen von Vorsatz nach der sogenannten Schuldtheorie zu beurteilen. Danach entlaste ein Verbotsirrtum nur, wenn er unvermeidbar gewesen sei. Ein Verbotsirrtum sei nur dann unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seinem Lebens- und Berufskreis zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns nicht zu gewinnen vermochte. Das setze voraus, dass er alle seine Erkenntniskräfte einsetze und etwa auftauchende Zweifel durch Nachdenken und erforderlichenfalls durch Einholung von Rat beseitigt habe. Nach diesen Grundsätzen sei der Beklagte nicht wegen unvermeidbaren Verbotsirrtums von der Haftung frei. Bei einer wirtschaftlichen Betätigung wie der der Insolvenzschuldnerin hätte der Beklagte als Geschäftsführer Anlass gehabt, sich nach den einschlägigen Regeln zu erkundigen und sich damit vertraut zu machen. Hätte er dies getan, wäre ihm nicht verborgen geblieben, dass es sich bei dem für die Teilgewerke entfallenden Werklohn möglicherweise um Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 1 BauFordSiG gehandelt habe.

## II.

9 Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

10 1. Der Beklagte als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 BauFordSiG per-

sönlich schadensersatzpflichtig, wenn er vorsätzlich Baugeld im Sinne des § 1 BauFordSiG zweckwidrig verwendet hat und deshalb eine dem Bauunternehmer zustehende Werklohnforderung nicht erfüllt wird (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 - VII ZR 187/11 Rn. 39, NZBau 2013, 225; Urteil vom 19. August 2010 - VII ZR 169/09 Rn. 10, BauR 2010, 2107 = NZBau 2010, 746).

11                    2. Die E.                    GmbH ist als mit einem Teil des Baus der Windkraftanlagen beauftragter (Nach-)Unternehmer als Empfänger von Baugeld anzusehen. Sie war deshalb nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung der Klägerin zu verwenden. Das folgt aus der zum 1. Januar 2009 in Kraft getretenen neuen Regelung in § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG.

12                    a) Für pflichtwidrige Handlungen bis zum 31. Dezember 2008 hat der Bundesgerichtshof auf der Grundlage der alten Fassung des Bauforderungssicherungsgesetzes (Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen - GSB) entschieden, dass lediglich mit einem Teil des Baus beauftragte (Nach-)Unternehmer nicht Empfänger von Baugeld sind (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1999 - VII ZR 39/99, BGHZ 143, 301). Tragender Grund für diese Entscheidung ist, dass eine Erstreckung des Anwendungsbereichs von § 1 GSB auf (Nach-)Unternehmer, die nur mit einzelnen Teilen des Baus beauftragt sind, den Inhalt des Gesetzes unzulässig erweitern würde, was angesichts der Strafdrohung des § 5 GSB einen deutlichen Ausdruck im Gesetz hätte finden müssen (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1999 - VII ZR 39/99, BGHZ 143, 301, juris Rn. 14).

13                    b) Die für das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen (GSB) fehlende gesetzliche Grundlage, (Nach-)Unternehmer, die nur mit einem Teil des Baus

beauftragt sind, als Empfänger von Baugeld anzusehen, hat der Gesetzgeber mit § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG geschaffen. Das entspricht dem Wortlaut, der Systematik und dem gesetzgeberischen Zweck der Regelung (vgl. Ingenstau/Korbion/Joussen, VOB Teile A und B, 20. Aufl., Anhang 1 Rn. 299 ff.; Hofmann in Hofmann/Koppmann/Zenetti, Die neue Bauhandwerkersicherung, 6. Aufl., Abschnitt E, 7; Gartz, NZBau 2009, 630; Beck'scher VOB/B-Kommentar/Funke, 3. Aufl., Vorbemerkung § 2 Rn. 308; Messerschmidt/Voit/Wolff, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 1 BauFordSiG Rn. 27; Floeth, BauR 2014, 915; a.A. Stammkötter, BauR 2009, 1521, 1522 f.; Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 10. Teil Rn. 237; Glöckner/von Berg/Bruns, Bau- und Architektenrecht, 2. Aufl., § 1 BauFordSiG Rn. 24; Hochstadt, NJW 2013, 1712).

- 14           aa) Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG sind Baugeld solche Geldbeträge, die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung eines Baues oder Umbaues stehende Leistung, die der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an dieser Leistung andere Unternehmer auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags beteiligt waren.
- 15           Empfänger von Baugeld ist danach 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.

16           bb) Dem entspricht die Systematik der ab dem 1. Januar 2009 geltenden Gesamtregelung des § 1 Abs. 3 BauFordSiG.

17           (1) Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BauFordSiG, der § 1 Abs. 3 GSB nachgebildet ist, ist für die Baugeldeigenschaft eine dingliche Sicherung des Geldgebers an dem zu bebauenden Grundstück Voraussetzung. Das beruht auf dem Gedanken, dass die Bauhandwerker keine werthaltige Sicherung durch Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 650e BGB, § 648 BGB a.F.) erlangen können, wenn das Baugrundstück des Bestellers bereits mit einem Grundpfandrecht zugunsten des Geldgebers belastet ist (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen, BT-Drucks. 16/511 S. 23 zu Art. 5, zu Nummer 2, zu Abs. 3). Der Empfänger von Baugeld ist im Rahmen dieser Vorschrift der Bauherr, der den Bau oder Umbau durch Kreditmittel finanziert. Außerdem trifft die Verwendungspflicht die Personen, die als Baubetreuer bei der Betreuung des Bauvorhabens zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigt sind (§ 1 Abs. 1 Satz 3 BauFordSiG). Andere Personen sind von § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 Fall 1 BauFordSiG nicht erfasst.

18           (2) Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB ist die Baugeldeigenschaft dagegen von einer dinglichen Sicherung abgekoppelt. Diese Abkoppelung ist eine wesentliche Änderung des zum 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bauforderungssicherungsgesetzes (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Januar 2013 - VII ZR 47/11 Rn. 5, NZBau 2013, 293). Baugeldempfänger kann deshalb jede Person sein, die in einer Leistungskette eine Vergütung erhält, und zwar unabhängig davon, ob dieser Geldbetrag kreditfinanziert und dinglich gesichert ist

oder auf Eigenmitteln beruht (BT-Drucks. 16/511 S. 23 zu Art. 5, zu Nummer 2, zu Abs. 3).

19 cc) Die sich aus dem Wortlaut und der Systematik ergebende Auslegung entspricht dem Gesetzeszweck. Der Gesetzgeber wollte den Baugeldbegriff erweitern und alle Gelder erfassen, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält (BT-Drucks. 16/511 S. 23 zu Art. 5, zu Nummer 2, zu Abs. 3). Damit sollte der Baugeldbegriff auf die gesamte Kette von Bauherr - Generalunternehmer - alle Nachunternehmer ausgeweitet werden (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen, BT-Drucks. 16/13159 S. 5 A., I. Abs. 2).

20 dd) Soweit der Revisionskläger in der mündlichen Verhandlung unter Bezugnahme auf den Beschluss des Senats vom 24. Januar 2013 (VII ZR 47/11 Rn. 7, NZBau 2013, 293) die Auffassung vertritt, dass nur wirtschaftlich wesentliche Arbeiten in den Anwendungsbereich von § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauFordSiG fallen, kann dies der Rechtsprechung des Senats nicht entnommen werden. Gegenstand dieser Entscheidung war, die Verwendungspflicht auf sachen-rechtlich wesentliche Bestandteile im Sinne von §§ 93, 94 BGB zu begrenzen (vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 12. Dezember 1989 - VI ZR 311/88, BauR 1990, 241). Diese Erwägungen beziehen sich auf das Tatbestandsmerkmal in § 1 BauFordSiG, dass die Verwendung von Baugeld den Personen zugutekommen soll, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baus oder mit Arbeiten im Zusammenhang mit der Herstellung des Baus oder Umbaus beteiligt sind. Damit hat diese Rechtsprechung des Senats keinen Bezug zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass nur Personen geschützt werden sollen, die mit einem bestimmten Prozentsatz an der Gesamtvergütung für die Herstellung des Baus oder Umbaus beteiligt sind.

21 ee) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diesen Regelungsinhalt des  
§ 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB bestehen nicht (BVerfG, NJW 2011, 1578).

22 3. Revisionsrechtlich ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsge-  
richt eine Verletzung der Baugeldverwendungspflicht seitens der E.

GmbH und einen vorsätzlichen Verstoß des Beklagten angenommen  
hat.

23 a) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts  
hat die E. GmbH durch die von den Generalunternehmern ge-  
zahlten Vergütungen Baugeld in einer die Werklohnforderungen der Klägerin  
übersteigenden Höhe erhalten und sind die Restwerklohnforderungen der Klä-  
gerin nicht erfüllt worden. Es oblag deshalb nach § 1 Abs. 4 BauFordSiG dem  
Beklagten zu beweisen und demzufolge darzulegen, dass das Baugeld ord-  
nungsgemäß verwendet wurde (vgl. zudem BGH, Urteil vom  
20. Dezember 2012 - VII ZR 187/11 Rn. 33, NZBau 2013, 225). Dem ist der  
Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht nachgekommen.

24 b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte ge-  
wusst, dass die E. GmbH die von den Generalunternehmern  
erhaltenen Mittel nicht zur Bezahlung der Klägerin verwandte; damit hat er zu-  
mindest bedingt vorsätzlich die Baugeldverwendungspflicht verletzt.

25 Zutreffend hat das Berufungsgericht einen zugunsten des Beklagten wir-  
kenden Verbotsirrtum verneint. Bei der Verletzung der Baugeldverwendungs-  
pflicht ist bezüglich eines Verbotsirrtums das Vorliegen von Vorsatz nach der so  
genannten Schuldtheorie zu beurteilen. Danach entlastet ein Verbotsirrtum nur,  
wenn er unvermeidbar war. Bei einem fahrlässigen Verbotsirrtum wird demge-  
genüber die Sanktion als Vorsatztat nicht ausgeschlossen. Ein Verbotsirrtum ist  
nur dann unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des

Falles, seiner Persönlichkeit sowie seinem Lebens- und Berufskreis zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns nicht zu gewinnen vermochte. Das setzt voraus, dass er alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa auftauchende Zweifel durch Nachdenken und erforderlichenfalls durch Einholung von Rat beseitigt hat. Hätte der Täter bei gehöriger Anspannung seines Gewissens das Unrechtmäßige seines Tuns erkennen können, so ist sein Verbotsirrtum verschuldet (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 - VII ZR 187/11 Rn. 44, NZBau 2013, 225).

26            Entsprechend diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Beklagte nicht wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums von der Haftung frei ist, weil er als Geschäftsführer eines mit großen Bauvorhaben betrauten Unternehmens sich nach den für seinen Tätigkeitsbereich einschlägigen Regelungen nicht erkundigte. Der Beklagte hätte bei entsprechender Einholung rechtlichen Rats zumindest erfahren, dass für die von den Generalunternehmern gezahlten Vergütungen eine Baugeldverwendungspflicht ernsthaft in Betracht kommt.

III.

27

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Kartzke

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 20.10.2015 - 9 O 1085/14 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 16.03.2016 - 5 U 181/15 -