Oberlandesgericht Hamm, 7 U 103/16

Datum:	09.10.2018
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	7. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	7 U 103/16
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2018:1009.7U103.16.00

Vorinstanz:	Landgericht Detmold, 9 O 100/16
Schlagworte:	Baugeld, zweckgerechte Verwendung von Baugeld, Baugeldkonto, Vorsatz
Normen:	§ 1 BauFordSiG, § 823 Abs. 2 BGB

Leitsätze:

1. Um der dem Empfänger von Baugeld auf Grund der Regelung des § 1 Abs. 4 BauFordSiG obliegenden Darlegungs- und Beweislast zu genügen, ist eine substantiierte Darlegung und Aufschlüsselung dahingehend, welche Zahlungen auf das Bauwerk geleistet worden sind und in welcher Art und Weise empfangenes Baugeld an die jeweiligen Bauhandwerker weitergeleitet worden ist, erforderlich. Dazu ist eine geordnete Zusammenstellung hinsichtlich aller baubezogenen Werk-, Dienst- und Kaufverträge, der hierauf erbrachten baubezogenen Leistungen und geleisteten Zahlungen erforderlich. Die Baugläubiger unter Nennung des ausgeführten Gewerks nur aufzulisten, reicht hierzu nicht.

2. Der Empfänger von Baugeld ist grundsätzlich berechtigt, als eigene Aufwendungen im Sinne des § 1 Abs. 2 BauFordSiG neben Personal-, Baustellen- und Gerätekosten auch Kosten für Verwaltungsgemeinkosten , Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, Vertriebskosten und Lohngemeinkosten abzusetzen. Hierfür spricht der Wille des Gesetzgebers bei der Änderung des § 1 Abs. 2 BauFordSiG (Gesetzesbegründung zur BT-Drucks. 16/13159, S. 6). Nur die zahlenmäßige Bezifferung dieser Kosten ohne nachvollziehbaren Bezug zu dem Bauvorhaben genügt der Darlegungslast allerdings nicht.

3. Fließt das Baugeld nicht auf ein gesondertes Baugeldkonto, sondern auf ein allgemein genutztes Geschäftskonto, resultiert hieraus eine gesteigerte Kontrollpflicht, Beträge in Höhe des (noch) nicht verbrauchten Baugeldes nicht zur Begleichung anderer Verbindlichkeiten einzusetzen, sondern für die zweckgerechte Verwendung weiterhin zur Verfügung zu halten. Kommt der Baugeldempfänger dieser Kontrollpflicht nicht nach, nimmt er letztlich die Möglichkeit der zweckwidrigen Verwendung der Baugelder billigend in Kauf.

Tenor:

Auf die erweiterte Berufung des Beklagten wird das am 01.12.2016 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Detmold (Az.: 9 O 100/16) unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen sowie unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Senats vom 04.05.2018 teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte bleibt verurteilt, an die Klägerin 68.348,22 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.01.2015 zu zahlen Zug um Zug gegen Abtretung der Forderung der Klägerin gegen den Insolvenzverwalter der N Bau GmbH & Co. KG gemäß Auszug aus der Insolvenztabelle lfd. Nr. 274 der Tabelle in entsprechender Höhe.

Es wird festgestellt, dass sich der Beklagte mit der Annahme der Abtretung in Verzug befindet.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz tragen die Klägerin zu 28 % und der Beklagte zu 72 %. Die Kosten des Rechtsstreits 2. Instanz trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 120 % des aufgrund des Urteils jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe: 1

I. 2

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen einer Forderung nach dem Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen (BauFordSiG) in Anspruch. 3

Der Beklagte war alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Fa. N GmbH, die ihrerseits Komplementärin der mittlerweile insolventen Firma N Bau GmbH & Co. KG (im Folgenden: N Bau) war. Die N Bau hatte mit der Firma T GmbH & Co. KG (im Folgenden: 4

Firma T) einen Bauvertrag über die Errichtung eines Naheinkaufszentrums (REWE, Aldi, Drogeriemarkt) in I-D geschlossen. Die Fa. T hatte das Bauvorhaben über die Kreissparkasse X finanziert.

Die N Bau beauftragte ihrerseits die Klägerin mit der Erstellung benötigter Stahlbetonfertigteile. Grundlage war ein Vertrag gemäß einer Auftragsbestätigung vom 18.10.2013. Die Gesamtauftragssumme belief sich inklusive dreier Nachträge auf 427.201,19 €. 5

Die N Bau erhielt von der Firma T in Höhe von insgesamt 4.292,116,31 €; letztmalig erfolgten zwei Zahlungen am 09.06.2014 in Höhe von insgesamt 342.916,81 €. 6

Die Klägerin erstellte mehrere Abschlagsrechnungen und unter dem 12.06.2014 eine Schlussrechnung über insgesamt 432.804,08 €. Die N Bau prüfte die Schlussrechnung und stellte ausweislich des Prüfvermerks vom 23.07.2014 einen fachlich geprüften Rechnungsbetrag von 430.898,15 € fest. Unter Berücksichtigung geleisteter Abschlagszahlungen und einer am 25.06.2014 erfolgten Zahlung in Höhe von 53.545,68 € errechnete die Klägerin ausgehend von ihrer Schlussrechnung eine Restforderung in Höhe von 95.461,69 €, die die N Bau nicht beglich. Gegen die N Bau erging in dem Rechtsstreit LG Detmold, Az. 9 O 14/15, Versäumnisurteil über den entsprechenden Betrag. 7

Die Klägerin hat behauptet, die von ihr geschuldeten Arbeiten seien vollständig, abnahmefähig und mängelfrei erbracht worden. Die letzten Arbeiten seien am 02.05.2014 beendet gewesen. Bei der von der Fa. T am 09.6.2014 geleisteten Zahlung habe es sich um Baugeld gehandelt, das nicht ordnungsgemäß an die Klägerin weitergeleitet worden sei. 8

Die Klägerin hat beantragt, 9

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 95.461,69 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.01.2015 Zug um Zug gegen Abtretung der Forderung der Klägerin gegen den Insolvenzverwalter der N Bau GmbH & Co. KG gem. Insolvenztabelle zu zahlen, 10

2. festzustellen, dass der Beklagte mit der Annahme der Abtretung in Verzug sei. 11

Der Beklagte ist hat beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Er hat behauptet, die Schlussrechnung der Klägerin habe Arbeiten bis Ende Juni 2014 umfasst, die von der Abschlagszahlung der Firma T nicht mehr erfasst seien. Für die bis Mai 2014 erbrachten Leistungen habe die Klägerin anteilig den ihr zustehenden Betrag aus den Zahlungen der Fa. T erhalten. Im Übrigen sei die Rechnung zu kürzen und ein Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % zu berücksichtigen. 14

Das Landgericht Detmold hat der Klage teilweise stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung von 70.327,05 € nebst Zinsen seit dem 26.1.2015 Zug um Zug gegen Abtretung der Forderung der Klägerin gegen den Insolvenzverwalter der N Bau verurteilt. Gleichzeitig hat es festgestellt, dass sich der Beklagte mit der Annahme der Abtretung in Verzug befinde. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. 15

Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Klägerin ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 BauFordSiG zustehe. Bei den Zahlungen der Fa. T habe es sich um Baugeld im 16

Sinne des Gesetzes gehandelt, da die Bauherrin das Objekt mit einem Darlehen der Kreissparkasse finanziert und dafür sicherlich entsprechende Grundpfandrechte bestellt habe. Hiergegen habe der Beklagte keine konkreten Einwendungen vorgebracht. Die Fa. T habe im Juni 2014 noch Zahlungen an die N Bau erbracht, die ausgereicht hätten, die Beträge aus der Schlussrechnung zu zahlen. Der Beklagte habe nicht substantiiert bestritten, dass die Arbeiten der Klägerin Anfang Mai 2014 beendet gewesen seien. Das pauschale Bestreiten der Rechnungshöhe sei ebenfalls nicht ausreichend; insbesondere vor dem Hintergrund, dass gegen die N Bau ein Versäumnisurteil ergangen sei. Aus der Schlussrechnungsprüfung seien Abzüge in Höhe von 0,85 % nachvollziehbar. Weitere Kürzungen seien nicht vorgetragen. Unter Berücksichtigung des Sicherheitseinbehalts und der erfolgten Zahlungen verbleibe daher der ausgeurteilte Betrag. Der Beklagte habe demgegenüber nicht ansatzweise dargelegt, dass das zur Verfügung stehende Baugeld ordnungsgemäß verwendet worden sei.

Im Übrigen wird gemäß § 540 ZPO auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen, soweit sich aus nachfolgendem nichts anderes ergibt. 17

Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt, zunächst nur, soweit er zur Zahlung von mehr als 65.000,00 € nebst Zinsen verurteilt worden ist. 18

Die Berufung rügt, das Landgericht habe nicht einfach von der Baugeldeigenschaft ausgehen dürfen. Es habe die Frage, ob sich die Kreissparkasse von der Fa. T Grundpfandrechte zur Sicherung des Darlehens einräumen ließ, nicht thematisiert. Das Landgericht sei rechtsfehlerhaft den Beweisangeboten zu der Frage, auf welchen Leistungszeitraum sich die Zahlungen der Fa. T bezogen hätten, nicht nachgegangen. Die Abnahmefähigkeit und Mangelfreiheit der Arbeiten seien rechtsfehlerhaft bejaht worden. Das Landgericht habe auch keine ausreichenden Feststellungen zum Verschulden des Beklagten und zur Höhe des der Klägerin entstandenen Schadens getroffen. 19

Auf den Hinweis des Senats, dass weitere Darlegungen im Hinblick auf die Differenz zwischen tatsächlicher und geprüfter Rechnungssumme erforderlich seien, hat die Klägerin die Klage in Höhe von 1905,93 € zurückgenommen und die Schlussrechnung vom 02.06.2014 vorgelegt. Der Klagerücknahme hat der Beklagte nicht zugestimmt. In dem Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.05.2018 ist der Beklagte nicht erschienen. Mit Versäumnisurteil vom 04.05.2018 hat der Senat die beschränkte Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Gegen das dem Beklagten am 16.05.2018 zugestellte Versäumnisurteil hat der Beklagte mit am 30.05.2018 eingegangenem Schriftsatz vom 29.05.2018 Einspruch eingelegt, diesen mit Schriftsatz vom 20.06.2018 begründet und darin die Berufung erweitert, wobei er behauptet, die von der Firma T erhaltenen Abschlagszahlungen von 4.292.116,81 € seien – wie sich aus den überreichten Anlagen BE 2 bis BE 456 ergebe - im Umfang von 3.642.256,23 € verbraucht worden, um Leistungen der von der N Bau beauftragten Nachunternehmer und Lieferanten, die unmittelbar der Herstellung des Neubauvorhabens gedient hätten, zu bezahlen. Das verbleibende Baugeld von 649.860,58 € habe die N Bau für erbrachte eigene Leistungen verwendet, und zwar gemäß der von der N Bau geführten Kostenstellenabrechnung für Personalkosten, eigene Gerätekosten und Betriebs- und Baustellenkosten. In den dort gelisteten Personalkosten seien die Löhne für die Bauleitung, die Lohnnebenkosten sowie die lohngebundenen Kosten des Personals nicht enthalten und daher zusätzlich anzusetzen. Zudem seien 7 % Verwaltungsgemeinkosten, 8 % allgemeine Geschäftskosten, 5 % Vertriebskosten und 8 % für Wagnis und Gewinn zu berücksichtigen. Schließlich habe die N Bau Umsatzsteuer an das Finanzamt zu entrichten gehabt. So sei insgesamt sämtliches Baugeld zweckgemäß verwendet worden. 20

Der Beklagte beantragt, 21

das Versäumnisurteil vom 04.05.2018 aufzuheben, das angefochtene Urteil des Landgerichts Detmold vom 01.12.2016 zu ändern und die Klage abzuweisen. 22

Die Klägerin beantragt, 23

unter Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils vom 04.05.2018 die Berufung insgesamt abzuweisen. 24

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Sie rügt den Vortrag des Beklagten zur Verwendung des erhaltenen Baugeldes als unsubstantiiert und bestreitet diesen zudem mit Nichtwissen. 25

Wegen der weiteren Einzelheiten des gegenseitigen Vorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 26

Der Senat hat die Akte des Landgerichts Detmold, Az. 9 O 14/15, und die Akte des Landgerichts Münster, Az. 16 O 66/16, beigezogen. Der Geschäftsführer der Klägerin und der Beklagte sind im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 09.10.2018 persönlich angehört worden. Wegen des Inhalts der Anhörung wird auf den Berichterstattervermerk vom 09.10.2018 Bezug genommen. 27

II. 28

Die erweiterte Berufung ist zulässig, aber nur in geringem Umfang begründet. 29

1. 30

Durch den zulässigen Einspruch des Beklagten gegen das die zunächst beschränkte Berufung zurückweisende Versäumnisurteil des Senats wurde der Rechtsstreit gemäß § 342 ZPO in die Lage versetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befunden hat. Die in dieser Prozesssituation erfolgte Erweiterung der Berufung war zulässig. 31

Eine Erweiterung ist noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zulässig, sofern sich der Berufungskläger im Rahmen der ursprünglichen Berufungsbegründung hält und nicht neue Gründe nachschieben muss, die nach §§ 533 i.V.m. 529 ZPO nicht eingeführt werden können (Heßler in: Zöller, Zivilprozessordnung 32. Aufl. 2018, § 520 ZPO, Rn. 31; BGH, Urteil vom 15.03.2002, Az. V ZR 39/01, Rn. 6 – juris). Die mit Schriftsatz vom 20.06.2018 erklärte Erweiterung der Berufung mit dem Antrag, das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen, stellte sich in diesem Sinne lediglich als eine quantitative Erweiterung der Berufung unter Aufrechterhaltung der innerhalb der Berufungsbegründungsfrist erfolgten Angriffe dar. 32

2. 33

In der Sache ist die Berufung im Wesentlichen unbegründet. Die Berufung rechtfertigt lediglich eine im geringfügigen Umfang für den Beklagten günstigere Entscheidung. 34

Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch in Höhe von 68.348,22 € aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 BauFordSiG zu, weil er als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Fa. N GmbH, der Komplementär-GmbH der N GmbH & Co. KG, in dieser Höhe Baugeld erhalten, aber nicht an die Klägerin zur Erfüllung von deren 35

Werklohnforderung weitergegeben oder eine anderweitige zweckgerechte Verwendung nachgewiesen hat.

a. 36

Der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist gemäß § 823 Abs. 2 BGB i .V.m. § 1 BauFordSiG persönlich schadensersatzpflichtig, wenn er Baugeld im Sinne des § 1 BauForderSiG zweckwidrig verwendet und deshalb eine einem ausführenden Bauunternehmer zustehende Werklohnforderung nicht erfüllt hat (BGH, Urteil vom 17.05.2018, Az.: VII ZR 92/16 – juris Rn. 10); BGH, Urteil vom 20.12.2012, Az.: VII ZR 187/11- juris, Rn. 39). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. 37

b. 38

Der Klägerin stand gemäß § 631 Abs. 1 BGB nach Erteilung der Schlussrechnung und der danach erfolgten letzten Zahlung eine noch offene und fällige Werklohnforderung in Höhe von 68.348,22 € zu, die unerfüllt geblieben ist. Die dagegen gerichteten Einwendungen des Beklagten verfangen nicht. 39

(aa) 40

Die Klägerin hat substantiiert dargelegt, dass sie die abgerechneten Arbeiten wie geschuldet ausgeführt hat und berechtigt war, eine Gesamtvergütung in Höhe von 430.898,16 € zu beanspruchen, die sich unter Berücksichtigung der erfolgten Abschlagszahlungen, des Sicherheitseinbehalts, des Abzugs für die Bauwesenversicherung und der Kostenumlage auf 68.346,22 reduzierte. 41

Der der Klägerin erteilte Auftragsumfang wie die hierfür vereinbarte Vergütung sind unstreitig geblieben. Die Klägerin hat im Weiteren durch Vorlage der Schlussrechnung vom 02.06.2014 in Verbindung mit dem von der N Bau gefertigten Prüfvermerk vom 24.07.2014 schlüssig dargelegt, dass ihr aus der Ausführung des Auftrags insgesamt ein Werklohn in Höhe von jedenfalls 430.898,16 € zustand. Der Beklagte hat zwar weiterhin die Berechtigung der in der Rechnung abgerechneten Leistungen bestritten. Allein das einfache Bestreiten des Rechnungsbetrages reicht jedoch nicht aus. Denn eine weitergehende Substantiierungspflicht der Klägerin war angesichts des sich aus dem auf dem Schlussrechnungsbogen der N Bau gefertigten Prüfvermerks ihres Bauleiters vom 24.07.2014, nach dem ein „geprüfter Rechnungsbetrag“ von 430.898,16 € festgestellt wurde, nicht geboten. Der Prüfvermerk eines Architekten oder Bauleiters stellt zwar grundsätzlich kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar. Allerdings ist bei Vorliegen eines Prüfvermerks dem Auftraggeber zumindest aufzuerlegen, substantiiert zu bestreiten, weshalb der darin festgestellte anzuweisende Betrag doch nicht berechtigt sein sollte (im Ergebnis so: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4.8.2009, Az. 4 W 36/09; OLG Köln, Urteil vom 7.11.2012, Az. 17 U 128/11). Ein solches substantiiertes Bestreiten ist nicht erfolgt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat der Beklagte vielmehr bestätigt, dass der Prüfvermerk intern verbindlich dokumentierte, dass die Leistung „so in Ordnung“ war. Daher war lediglich die in dem Schlussabrechnungsbogen vorgenommene Kürzung von 1.905,22 € zugunsten des Beklagten abzuziehen. Diesen Abzug hat die Klägerin akzeptiert, wie die insoweit erklärte Klagerücknahme belegt. 42

(bb) 43

Dieser Werklohn war auch gemäß § 641 Abs. 1 BGB fällig. 44

Die von der Klägerin erbrachte Werkleistung ist jedenfalls konkludent im Sinne des § 640 Abs. 1 BGB abgenommen worden. Ist keine förmliche Abnahme vereinbart, wozu vorliegend keinerlei Vortrag erfolgte, ist die stillschweigende, konkludente Abnahme der Regelfall. Sie liegt vor, wenn dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil, Rn. 32). Nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin hat der für die N Bau tätige Bauleiter N2 nach Fertigstellung der Arbeiten erklärt, es sei alles in Ordnung. Hinzu kommt, dass auch bei einer bestimmungsgemäßen, rügelosen Ingebrauchnahme des Werkes von einer konkludenten Abnahme auszugehen ist (u.a. OLG Köln, Urteil vom 7.11.2012, Az. 17 U 128/11). Vorliegend hat die Klägerin ergänzend unter Vorlage von Emails vorgetragen, dass der Rewe-Markt am 07./08.05.2014 eröffnet worden ist. Aus der Email des Bauleiters der N Bau vom 03.05.2014, deren Inhalt nicht bestritten wurde, ergibt sich, dass das Gebäude am 05.05.2014 an den Lebensmittelmarkt Rewe übergeben und am 06.05.2014 die Einrichtung des Lebensmittelmarktes mit Sattelzügen geliefert werden sollte. Dies spricht bei lebensnaher Betrachtung für eine Eröffnung im unmittelbaren Anschluss, da diese denklogisch eine zuvor erfolgte Übergabe des Objekts voraussetzt. Mängelrügen oder aber Nachbesserungsverlangen sind auch bis dato nicht erfolgt. 45

c. 46

Die N Bau hat von der Fa. T Baugeld in Höhe von insgesamt 4.292.116,81 € erhalten. 47

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 BauFordSiG sind Baugeld Geldbeträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaus 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 eines Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues oder Umbaus erfolgen soll. Zwischen den Parteien ist bereits erstinstanzlich unstreitig gewesen, dass die Auftraggeberin der N Bau, die Fa. T, zur Finanzierung des Bauvorhabens ein siebenstelliges Darlehen bei der Kreissparkasse X aufgenommen hatte. Dass zur Absicherung des Darlehens ein Grundpfandrecht eingetragen wurde, ist erstinstanzlich nicht ausdrücklich vorgetragen worden, entspricht aber, worauf das Landgericht zutreffend abgestellt hat, angesichts des Volumens der Lebenswahrscheinlichkeit. Jedenfalls bestimmt aber der seit dem 01.01.2009 geltende § 1 Abs. 4 BauFordSiG, dass die Beweislast den Empfänger trifft, wenn die Baugeldeigenschaft streitig ist. Obwohl nur von Beweislast die Rede ist, gilt die Vorschrift auch für die Darlegungslast. Der Anspruchsberechtigte muss lediglich darlegen und beweisen, dass der Baugeldempfänger die Gelder tatsächlich erhalten hat (Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 10. Teil Rn 229; BeckOK BGB/Voit, 43. Ed. 1.2.2017, BGB § 648 Rn. 30a; Wolff, in: Messerschmidt/ Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage, 2012, BauFordSiG § 1 Rn 21). Letzteres ist zwischen den Parteien nicht im Streit. Der Beklagte hätte daher darlegen müssen, dass es sich bei den durch die Fa. T gezahlten Beträgen nicht um Baugeld im Sinne der Ziff. 1 gehandelt hat, welches trotz Hinweises des Senats nicht erfolgt ist. 48

Darüber hinaus hat es sich auch um Baugeld im Sinne der Ziffer 2 gehandelt. Für die Baugeldeigenschaft nach dieser Alternative ist es nicht erforderlich, dass eine dingliche Absicherung bzw. Fremdfinanzierung erfolgt ist (Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 10. Teil Rn 230). Danach sind Baugeld auch Geldbeträge, die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaus stehende Leistung, die der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an dieser Leistung andere Unternehmer auf Grund eines Werk-, Dienst- oder 49

Kaufvertrags beteiligt waren. Vorliegend hat die N Bau für die Herstellung des der Firma T versprochenen Baues des Nahversorgungszentrums, an dem sie zahlreiche andere Unternehmer, u.a. die Klägerin, beteiligt hat, Geldbeträge im Sinne der Vorschrift und damit Baugeld in vorgenannter Höhe erhalten.

d. 50

Eine zweckgerechte Verwendung des insgesamt von der Fa. T erhaltenen Baugelds hat der Beklagte nicht dargelegt. 51

(aa) 52

Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 BauFordSiG setzt zunächst – entgegen der Auffassung des Beklagten - nicht voraus, dass bestimmte Zahlungen des Bauherrn gerade für die Leistungen eines bestimmten Baugeldgläubigers gedacht sind. Der Baugeldempfänger haftet vielmehr jedem einzelnen Baugläubiger mit dem gesamten Baugeldbetrag für dessen Bauforderungen, bis das Baugeld für Bauforderungen verbraucht ist. Zwischen den einzelnen Gläubigern gilt insoweit allein der Prioritätsgrundsatz. Der Baugeldgläubiger braucht daher im Schadensersatzprozess nicht darzulegen, dass bei zweckmäßiger Baugeldverwendung seine Werklohnforderung tatsächlich befriedigt worden wäre. Der Anspruchsteller genügt seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er darlegt, dass er eine offene Werklohnforderung in Höhe des empfangenen Baugelds hat und Baugeld zu deren Befriedigung nicht zur Verfügung steht. Der Baugeldempfänger kann gegen die Entfremdung des Baugeldes nur wirksam einwenden, er hätte mit dem insgesamt erhaltenen Baugeld andere Baugläubiger befriedigt bzw. diese insoweit aus sonstigen Mitteln entschädigt (schon zur alten Rechtslage nach dem GSB: BGH, Urteil vom 10.7.1984, Az. VI ZR 222/82, juris; BGH, Urteil vom 9.10.1990, Az. VI ZR 230/89; ebenso OLG Hamm, Beschluss vom 16.9.2014, Az. 21 U 86/14, Rn. 9; OLG Dresden, Urteil vom 21.1.2014, Az. 5 U 1296/13; OLG Celle, Urteil vom 13.1.2005, Az. 6 U 123/04; auch Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 10. Teil Rn 243; Pastor, in: Werner/ Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, 2015, Rn 2381). 53

Daher kommt es – entgegen den erstinstanzlichen Ausführungen des Beklagten – nicht darauf an, ob die zuletzt am 09.06.2014 erhaltene Baugeldabschlagszahlung der Firma T Leistungen bis Anfang Mai 2014 betraf wie es auch nicht darauf ankommt, wann die von der Klägerin mit dem 02.06.2014 abgerechneten Leistungen vollständig erbracht waren und ob die letzte Abschlagszahlung für diese vorgesehen war. 54

(bb) 55

Aufgrund der Regelung des § 1 Abs. 4 BauFordSiG trifft den Empfänger des Baugelds die Darlegungs- und Beweislast für die zweckgerechte Verwendung des Baugeldes. Er kann nur wirksam einwenden, er habe in Höhe des Differenzbetrages zwischen dem an den Baugläubiger geleisteten Betrag und dem insgesamt erhaltenen Baugeld andere Baugläubiger befriedigt bzw. diese aus sonstigen Mitteln entschädigt (§ 1 Abs. 1 S. 2 BauFordSiG) oder er sei nach § 1 Abs. 2 BauFordSiG berechtigt gewesen, diese Beträge für sich zu vereinnahmen (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 13.1.2005, Az. 6 U 123/04). Erforderlich ist eine substantiierte Darlegung und Aufschlüsselung dahingehend, welche Zahlungen auf das Bauwerk geleistet worden sind und in welcher Art und Weise empfangenes Baugeld an die jeweiligen Bauhandwerker weitergeleitet worden ist (OLG Hamm, Beschluss vom 16.9.2014, Az. 21 U 86/14 - juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8.8.2014, Az. 1 U 103/12 - juris; Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 10. Teil Rn. 245; auch Pastor, in: Werner/ 56

Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, 2015, Rn 2381).

Der Beklagte war daher gehalten, konkret darzulegen, welche Forderungen Dritter mit dem geleisteten Baugeld erfüllt wurden, mit der Folge, dass dieses nicht ausreichte, um auch die Forderungen der Klägerin zu befriedigen. Dazu war eine geordnete Zusammenstellung hinsichtlich aller baubezogenen Werk-, Dienst- und Kaufverträge, der hierauf erbrachten baubezogenen Leistungen und insofern geleisteten Zahlungen erforderlich (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 14.6.2017, Az. 19 U 146/16, juris; so auch OLG Celle, Urteil vom 27.06.2018, Az.: 9 U 61/17 - juris). Diesen Darlegungsanforderungen genügte der Vortrag des Beklagten nicht. 57

(1) 58

Es fehlt bereits an der Schlüssigkeit der Darlegung der nach dem Vortrag des Beklagten an dem Bauvorhaben beteiligten anderen Baugläubiger im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 BauFordSiG. 59

Der Beklagte hat keinerlei Verträge vorgelegt, sondern sich zur Darlegung der Befriedigung von Baugläubigern darauf beschränkt, die Baugläubiger unter Nennung des ausgeführten Gewerks aufzulisten. Dieser Vortrag genügt den Darlegungsanforderungen schwerlich, denn der Inhalt der hierzu überreichten Anlagen allein lässt mangels der Möglichkeit der Überprüfung der zugrundeliegenden Verträge einen sicheren Rückschluss darauf, dass es sich bei den aufgeführten Unternehmen und Lieferanten tatsächlich um die für das gegenständliche Bauvorhaben tätigen Personen gehandelt hat, nicht zu. Auch ist den als Anlagen übereichten Kontokorrentkontoauszügen keine anderweitige Bezugnahme auf das Objekt zu entnehmen. 60

(2) 61

Auch reicht der Vortrag in der Einspruchsbegründung unter Vorlage der Belege des Anlagenkonvoluts BE 47 nicht aus, um substantiiert die nach § 1 Abs. 1 S. 1 BauFordSiG erforderliche zweckgerechte Verwendung des Baugelds für erbrachte Leistungen von Personen darzulegen, die an der Herstellung des Baues beteiligt gewesen sind. Das Baugeld müsste für entstandene und fällige Forderungen der Handwerker verwendet worden sein (Koeble, in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, Rn. 245). In dem Anlagenkonvolut befinden sich lediglich entweder Kontoauszüge, Verrechnungsschecks oder Abrechnungsbögen der N Bau, in denen Bezugnahmen auf erteilte Rechnungen unter Nennung des Rechnungsdatums und der Rechnungsnummer erfolgen. Die zugrunde liegenden Rechnungen sind dagegen nicht vorgelegt. So kann nicht nachvollzogen werden, ob die vorgetragenen Zahlungen tatsächlich auf Leistungen erfolgt sind, die für Bauvorhaben erbracht worden sind, für welches das Baugeld zur Verfügung gestellt wurde. Auch findet sich in den Zahlungsbelegen kein anderer Hinweis, der Rückschlüsse auf die Zuordnung zu dem Bauvorhaben zulässt. Soweit der Beklagte Verrechnungsschecks vorgelegt, die auf einer Seite kopiert sind, auf der ein Hinweis auf das Bauvorhaben enthalten ist, oder aber Abrechnungsbögen vorlegt, handelt es sich insoweit um Eigenbelege, die von der N Bau selbst hergestellt worden sind. 62

(3) 63

Letztlich fehlt es auch an der ausreichenden Darlegung zur Verwendung des nach dem Vortrag des Beklagten verbliebenen Baugeldes in Höhe von 649.860,58 € für eigene erbrachte Leistungen im Sinne des § 1 Abs. 2 BauFordSiG. 64

Soweit der Baugeldempfänger selbst an der Herstellung oder am Umbau beteiligt ist, darf er nach der seit dem 04.08.2009 gültigen Fassung des BauFordSiG Baugeld „in Höhe des angemessenen Wertes der von ihm erbrachten Leistungen“ in voller Höhe für sich behalten. Nur die frühere Regelung des § 1 GSB bzw. die bis zum 03.08.2009 geltende Fassung des BauFordSiG sah vor, dass lediglich die Hälfte des Wertes der erbrachten Leistung für sich behalten werden darf. Die N Bau wäre – entgegen der Auffassung der Klägerin - auch grundsätzlich berechtigt gewesen, neben Personal-, Baustellen- und Gerätekosten die von dem Beklagten angesetzten Kosten für Verwaltungsgemeinkosten, Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, Vertriebskosten und Lohngemeinkosten als eigene Aufwendungen im Sinne des § 1 Abs. 2 BauFordSiG abzusetzen. In der Änderung des § 1 Abs. 2 BauFordSiG hat der Gesetzgeber seinen dahingehenden Willen zum Ausdruck gebracht, unter den Begriff der „erbrachten Leistungen“ auch „Allgemeine Geschäftskosten, Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn, Umsatzsteuerlast an das Finanzamt, Lohnkosten des Personals, Kosten für die Anmietung von Gegenständen für die Baustelle und Kosten für Investitions- und Finanzierungsmaßnahmen“ fallen zu lassen (siehe Gesetzesbegründung zur BT-Drucks. 16/13159, S. 6; siehe auch Wolff in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Auflage 2012, § 1 BauFordSiG, Rn. 41; Illies, BauR 2010, 546 f. und Dr. Köbl, NZBau 2010, S. 220, 224). 65

Im Ergebnis ist es jedoch nicht ausreichend, die entstandenen Kosten für Personal, Geräte, Material etc., die auch als Bemessungsgrundlage für die beanspruchten Gemeinkosten herangezogen werden, lediglich zahlenmäßig zu beziffern, wie es der Beklagte vorliegend in seiner Einspruchsbegründung getan hat. Auch die überreichte Kostenaufstellung (Anlage BE 48) geht über die Nennung von Zahlen nicht hinaus. Der Beklagte wirft in dieser lediglich Endsummen aus, ohne dass nachvollziehbar ist, aus welchen Einzelbeträgen sich diese Positionen zusammensetzen, in welchem Bezug sie zu dem Bauvorhaben stehen und ob diese Beträge tatsächlich von der N Bau gezahlt worden sind (so auch OLG Celle, Urteil vom 27.06.2018, Az.: 9 U 61/17, Rn. 14). Gleiches gilt auch für die von dem Beklagten nach seiner Behauptung gezahlte Umsatzsteuer. Der Beklagte hat bereits weder das Bauvorhaben selbst noch die von der N Bau erbrachten einzelnen Leistungen in einer solchen Weise beschrieben, dass sich der Senat eine Vorstellung von der Art und dem Umfang der erbrachten Leistungen hätte verschaffen können. Auch hätte der Beklagte zur Darlegung des Wertes der von ihm erbrachten Leistungen zumindest seine Kalkulation der entsprechenden Kosten vorlegen können. Dies alles ist nicht erfolgt. Die Auflistung vermeintlicher Werte angeblich von der N Bau erbrachter Leistungen reicht jedenfalls nicht aus, um eine zweckgerechte Verwendung des Baugeld auf eigene Leistungen schlüssig darzulegen (so auch OLG Celle, Urteil vom 27.06.2018, Az.: 9 U 61/17 – juris, Rn. 14). 66

e. 67

Der Beklagte hat auch bedingt vorsätzlich gegen die Vorschrift des § 1 BauFordSiG verstoßen. 68

Bedingter Vorsatz ist gegeben, wenn der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs als möglich und nicht völlig unwahrscheinlich erkannt und gebilligt wird (vgl. BGH, Urteil vom 13.12.2001, Az.: VII ZR 305/99 - juris). Danach liegt ein bedingt vorsätzlicher Verstoß gegen das Bauforderungssicherungsgesetz vor, wenn der für den Insolvenzschuldner tätige Geschäftsführer wusste, dass die empfangenen Gelder Baugelder waren und er einen Verstoß gegen die Verwendungspflicht in diesem Fall billigend in Kauf genommen oder sich zumindest damit abgefunden hat (OLG Hamm, Beschluss vom 16.09.2014, Az. 21 U 86/14 - juris; Pastor, in: Werner/ Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage, 2015, Rn 2383). Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist bedingter Vorsatz des Beklagten bereits auf Grundlage der 69

unstreitigen Tatsachen festzustellen.

Der Beklagte kannte die Baugeldeigenschaft des von der Fa. T empfangenen Geldes. Ein in der Baubranche tätiger Unternehmer muss wissen, dass größere Bauvorhaben regelmäßig durch grundpfandrechtlich abgesicherte Fremdmittel finanziert werden (BGH, Urteil vom 13.12.2001, Az.: VII ZR 305/99 – juris; OLG Hamm, Beschluss vom 16.09.2014, Az.: 21 U 86/14 – juris). Werden aus solchen Finanzierungen Zahlungen geleistet, so ist von der entsprechenden Kenntnis des Bauunternehmers auszugehen. Verschafft sich der Unternehmer hingegen keine konkrete Kenntnis davon, wo die Mittel herkommen, dann nimmt er aber zumindest billigend deren Baugeldeigenschaft im Sinne eines bedingten Vorsatzes in Kauf (OLG Stuttgart, Urteil vom 19.05.2004, Az.: 3 U 222/03 – juris). Vor allem aber wusste der Beklagte darum, dass es sich um ein Bauvorhaben handelte, an diesem zahlreiche Nachunternehmer beteiligt waren, so dass er Kenntnis von den die Baugeldeigenschaft nach § 1 Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 BauFordSiG begründenden Tatsachen hatte. 70

Der Beklagte hat als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Fa. N GmbH als Komplementärin der N Bau zudem erkannt und zumindest gebilligt, dass das erhaltene Baugeld nicht zweckmäßig verwendet wird. 71

Ein gesondertes Baugeldkonto hat der Beklagte für die von der Fa. T empfangenen Baugelder nicht eingerichtet. Das Baugeld ist vielmehr - wie von dem Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung zugestanden – auf eines der von der N Bau geführten zwei oder drei allgemeinen Geschäftskonten ausgezahlt worden. Die Bezahlung der an dem Bauvorhaben beteiligten Unternehmer und Lieferanten ist dagegen nicht ausschließlich von diesem einen Geschäftskonto erfolgt, sondern von verschiedenen Geschäftskonten veranlasst worden, wobei für die Entscheidung, von welchem Konto die Auszahlung erfolgte, allein die jeweilige Deckung des Geschäftskontos ausschlaggebend war. Mit diesem „Mehr-Konten-Modell“ hat der Beklagte das in der Verwendung beschränkte Baugeld dem gesamten Verfügungsrahmen der N Bau zugeführt, welches zwar zulässig ist. Denn zur Einrichtung eines gesonderten Baugeldkontos ist der Baugeldempfänger nicht grundsätzlich verpflichtet (Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, Rn. 238). Hieraus resultiert aber eine gesteigerte Kontrollpflicht, Beträge in Höhe des (noch) nicht verbrauchten Baugeldes nicht zur Begleichung anderer Verbindlichkeiten einzusetzen, sondern für die zweckgerechte Verwendung weiterhin zur Verfügung zu halten. Vorliegend ist völlig offen, wie der Beklagte diese Kontrolle und den Überblick über die zweckgerechte Verwendung des der N Bau überlassenen Baugeldes angesichts der praktischen Handhabung behalten haben will. Die unzureichende Darlegung der Verwendung des Baugeldes in diesem Verfahren zeigt vielmehr, dass eine ausreichende Kontrolle nicht stattgefunden hat. Der Beklagte hat in Kenntnis dieser Schwierigkeiten die Bezahlung der Forderungen der Baugläubiger über verschiedene Geschäftskonten dennoch vornehmen lassen und damit letztlich den eingetretenen Kontrollverlust und damit die Möglichkeit der zweckwidrigen Verwendung der Baugelder billigend in Kauf genommen. 72

f. 73

Nach alledem steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch in Höhe von 68.348,22 € zu. Sie kann von dem Beklagten die Zahlung des Betrages Zug-um-Zug gegen Abtretung der zur Insolvenztabelle festgestellten Forderung an den Beklagten verlangen. Der der Klägerin entstandene Schaden mindert sich nämlich um den ihr nach der Insolvenzquote zustehenden Betrag, so dass sie zur Abtretung des ihr -ggf.- insoweit entstehenden Vorteils an den Schädiger verpflichtet ist. 74

75

3.

Der zuerkannte Zinsanspruch ist aus §§ 286, 288 BGB begründet. 76

4. 77

Der zulässige Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges ist begründet. Wegen der Zug-und-Zug Verurteilung hat die Klägerin ein berechtigtes Interesse an der Feststellung des Annahmeverzuges im Sinne des § 256 ZPO. Für die Begründetheit des Antrags ist erforderlich, dass die Klägerin dem Beklagten die anzubietende Leistung (hier Abtretung der zur Insolvenztabelle festgestellten Forderung) im Sinne der §§ 293, 294 BGB wörtlich oder tatsächlich angeboten hat oder aber ein Angebot nach § 296 BGB entbehrlich ist. Ein solches Angebot liegt spätestens in der Klageschrift, in der ein Zug-um-Zug Antrag gestellt worden ist. 78

5. 79

Die Aufhebung des Versäumnisurteils erfolgte lediglich zum Zwecke der Klarstellung. Nachdem die Berufung erweitert worden ist, stimmte die in dem Versäumnisurteil enthaltene Entscheidung über die beschränkte Berufung nicht (mehr) mit der Entscheidung überein, die über die unbeschränkte Berufung zu erlassen war. 80

6. 81

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1, 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1, §§ 543, 544 ZPO i.V.m. § 26 Nr. 8 EG ZPO. 82

7. 83

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 84

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE