
Datum: 22.07.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 2/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0722.7U2.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 8 O 377/08

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 19.11.2009 – 8 O 377/08 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Unter Klageabweisung im übrigen wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1), zu 2) und zu 3) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, im Falle einer fruchtlosen Zwangsvollstreckung der Klägerin gegen die Firma F. Bauträger und Projektentwicklungsgesellschaft mbH (vormals G. Bauträger und Projektgesellschaft mbH), eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Köln unter HRB 430xxx, L., aus dem im Verfahren 85 O 73/06 Landgericht Köln zu erlassenden Urteil für einen etwaigen Forderungsausfall der Klägerin zu haften.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können die Zwangsvollstreckung der Klägerin wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 %

des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:	1
I.	2
Die Klägerin, eine Bauarbeitsgemeinschaft, nimmt die Beklagten als Geschäftsführer der G. Bauträger und Projektentwicklungsgesellschaft mbH, die zwischenzeitlich in F. Bauträger und Projektentwicklungsgesellschaft mbH (nachfolgend F. GmbH) umfirmiert wurde, im Zusammenhang mit einem großen Bauvorhaben in Düsseldorf auf Feststellung und Auskunft nach dem Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) in Anspruch.	3
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils (Bl. 99 ff GA) Bezug genommen.	4
Das Landgericht hat die Klage aus den ebenfalls in Bezug genommenen Gründen seiner Entscheidung (Bl. 101 ff GA) abgewiesen.	5
Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Feststellungsbegehren unverändert und ihr Auskunftsverlangen unter Anpassung an das BauFordSiG (n.F.) weiterverfolgt,	6
Wegen der Einzelheiten ihres Vorbringens wird auf die Berufungsbegründung vom 3.3.2010 (Bl. 125 ff GA) Bezug genommen.	7
Die Klägerin beantragt,	8
zu 1. wie erkannt,	9
zu 2.	10
die Beklagten als Gesamtschuldner zu verpflichten, der Klägerin die unter der Bezeichnung „Baubuch“ im Sinne der früheren Fassung des § 2 des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 01.06.1909 erfassten bzw. bezeichneten Bau- und/oder Finanzierungsunterlagen im Original oder in Kopie vorzulegen und nachzuweisen, hilfsweise: Der Klägerin in die vorbezeichneten Unterlagen Einsicht zu gewähren und ihr die Fertigung von Kopien auf eigene Kosten zu gestatten, nämlich insbesondere:	11
1. die Personen oder Firmen, mit denen ein Werkvertrag bezüglich des Bauvorhabens E., Grundstücke M., C., D. und N./H. (Flurstück Stadt E., Gemarkung B., Flur 0, Flurstücke Nr. xxx + xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx, xxx und xxx bzw. xxx) abgeschlossen wurden und welche Vergütung vereinbart wurde;	12
2. welche Zahlungen auf jede dieser Forderungen geleistet wurden, einschließlich der Zeit der Leistung dieser Zahlungen;	
3. die Höhe der zur Bestreitung der Baukosten zugesicherten Mittel und die Person des Geldgebers (Kreditgebers) sowie die Zweckbestimmung und Höhe derjenigen Beträge anzugeben, die gegen Sicherstellung durch das zu bebauende Grundstück (§ 1 Abs. 3 BauFG), jedoch nicht zur Bestreitung der Baukosten gewährt wurden;	

4. die einzelnen in Anrechnung auf die unter Ziff. 3 des § 2 BauFG genannten Mittel an den Buchführungspflichtigen oder für seine Rechnung geleisteten Zahlungen und die Zeit dieser Zahlungen nachzuweisen;	
5. Abtretungen, Pfändungen oder sonstige Verfügungen über diese Mittel nachzuweisen;	
6. die Beträge nachzuweisen, die der Buchführungspflichtige für eigene Leistungen in den Bau aus diesen Mitteln entnommen hat.	
Die Beklagten beantragen,	13
die Berufung zurückzuweisen.	14
Sie verteidigen unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags das angefochtene Urteil. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung vom 3.5.2010 (Bl. 164 ff GA) verwiesen.	15
II.	16
Die in förmlicher Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung hat mit dem Klageantrag zu 1.) Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.	17
1.	18
Der Feststellungsantrag ist zulässig und begründet.	19
Voraussetzung für die Zulässigkeit ist zunächst das Bestehen eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses. Rechtsverhältnis ist die Beziehung einer Person zu einer anderen Person (oder Sache), die ein subjektives Recht enthält oder aus der solche Rechte entspringen können. Auch bedingte Beziehungen jener Art können die Grundlage einer Feststellungsklage bilden. Ein Rechtsverhältnis liegt daher auch dann vor, wenn eine Verbindlichkeit noch nicht entstanden, aber für ihren späteren Eintritt der Grund in der Art gelegt ist, dass die Entstehung der Verbindlichkeit nur von dem Eintritt weiterer Umstände oder dem Zeitablauf abhängt (BGH, Urt. v. 25.10.2004 – II ZR 413/02 -; Zöller-Greger, ZPO, § 256, Rz. 3; Thomas – Putzo, ZPO, § 256 Rz. 5 ff).	20
Abzugrenzen ist sie von der Klage auf Feststellung von Rechtsfolgen aus einem erst künftig (möglicherweise) entstehenden Rechtsverhältnis.	21
Als ein solches gegenwärtiges Rechtsverhältnis ist die sog. Baugeldverwendungspflicht des Baugeldempfängers gegenüber den Baubeteiligten gem. § 1 BauFordSiG anzusehen, für deren Einhaltung – wenn wie im Streitfall Baugeldempfänger eine juristische Person ist – die Personen, die als Organ oder Mitglied des Organs gehandelt haben, verantwortlich sind mit der Folge ihrer persönlichen Haftung für den Fall der Zuwiderhandlung.	22
Im Einzelnen:	23
Gem. § 1 I BauFordSiG n.F. - von deren Anwendung mit der zutreffenden Begründung des Landgerichts, von der Klägerin auch nicht mehr in Abrede gestellt, auszugehen ist - ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, das Baugeld zur Befriedigung solcher Personen, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baues auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt sind, zu verwenden.	24
§ 1 I BauFordSiG ist ein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB. Daher besteht im Fall der Zuwiderhandlung ein Schadensersatzanspruch der Baubeteiligten aus § 823 II BGB iVm § 1 I	25

BauFordSiG, der den Durchgriff auf die gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person eröffnet. Denn die vertretungsberechtigten Organe der Kapitalgesellschaft haben in ihrer Funktion die Interessen der Gesellschaft eigenverantwortlich und selbstständig wahrzunehmen (Stammkötter, Komm. zum BauFordSiG, 3. Aufl., § 1 Rz. 4, Rz. 14; nachfolgend genannte Randziffern beziehen sich auf diese Kommentierung).

Baugeldempfänger ist, wer das Baugeld empfangen hat oder zumindest über das Baugeld verfügen kann. Entscheidend ist die tatsächliche Verfügungsgewalt. Im Streitfall ist danach die F. GmbH als diejenige, die von der Bauherrin mit der schlüsselfertigen Errichtung des Objekts als Generalübernehmer beauftragt worden war und Auftraggeber für alle im Rahmen der Projektdurchführung zu vergebenden Bauleistungen ist (vgl. Projekthandbuch, Bl. 37 AH), Baugeldempfängerin. Dass die I. KG als Bauherrin Darlehensnehmer ist, steht dem nicht entgegen, da es allein auf die tatsächliche Verfügungsgewalt ankommt. 26

Die Verwendungspflicht gegenüber den Baubeteiligten beginnt in dem Zeitpunkt, in dem die Leistung des Baubeteiligten sich wertsteigernd auswirkt (Rz. 82). 27

Mit der Erbringung der Bauleistungen durch die Klägerin entstand daher auch ihr gegenüber die Baugeldverwendungspflicht, für deren Einhaltung die Beklagten persönlich als Geschäftsführer der F. GmbH verantwortlich sind (vgl. oben). 28

Zwar ist noch offen, ob die Ausfallhaftung der Beklagten zum Zuge kommt, da dies von der Zuerkennung einer Restwerklohnforderung der Klägerin in dem Rechtsstreit 85 O 73/06 Landgericht Köln und - ggfls. – der Nichterfüllung der Forderung durch die F. GmbH abhängt. 29

Diese Konstellation stellt indes eine bedingte Beziehung dar, denn die Verbindlichkeit der Beklagten steht zwar noch nicht fest, für ihren späteren Eintritt ist (die Voraussetzung der Verletzung der Baugeldverwendungspflicht an dieser Stelle unterstellt) der Grund aber bereits in der Art gelegt, dass die Entstehung der Verbindlichkeit nur von dem Eintritt der genannten weiteren Umstände abhängt. 30

Die Klägerin hat auch das für die Zulässigkeit erforderliche Feststellungsinteresse. 31

Nach dem Urteil des BGH v. 24.1.2006 – XI ZR 384/03 - genügt für das Feststellungsinteresse die *Möglichkeit* eines Schadenseintritts, wenn es um die Verletzung eines absoluten Rechts geht. Dagegen hängt bei reinen Vermögensschäden bereits die Zulässigkeit der Feststellungsklage von der *Wahrscheinlichkeit* eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadenseintritts ab (ebenso Zöller-Greger, § 256 Rz. 9, Thomas-Putzo, § 256 Rz. 14). 32

Soweit die Klägerin meint, aufgrund der Entscheidung des BGH vom 9.1.2007 – VI ZR 133/06 – komme es auf die vorgehen. Differenzierung nicht an; es sei vielmehr so, dass im Fall der Klage auf Feststellung der *deliktischen* Haftung eines Schädigers die Möglichkeit eines Schadenseintritts ausreiche, kann dem nicht gefolgt werden. Das Landgericht weist bereits zu Recht darauf hin, dass dieser Entscheidung eben auch die Verletzung eines absoluten Rechtsguts (Körperverletzung iS eines ärztlichen Eingriffs) zugrundelag. Ferner ergibt sich aus den Entscheidungsgründen (Rz. 5), dass für die Zulässigkeit des Feststellungsantrags die Möglichkeit eines Schadenseintritts genügt, wenn es um die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz bereits eingetretener und künftiger Schäden geht. Diese Konstellation liegt im Streitfall indes nicht vor. 33

Zur Hemmung einer drohenden Verjährung ist die Feststellung auch nicht erforderlich. Da nicht feststeht, ob der Klägerin überhaupt ein Schaden durch Forderungsausfall gegenüber der F. GmbH erwächst, kann eine Verjährungsfrist noch nicht zu laufen beginnen, zumal auch die subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns Schutz bieten.	
Allerdings ist nach Auffassung des Senats vorliegend die für das Feststellungsinteresse bei reinen (auch deliktischen) Vermögensschäden erforderliche Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu bejahen.	35
Die Klägerin hat wiederholt vorgetragen, dass der Beklagte zu 1) im Rahmen des letzten Vergleichsgesprächs im August 2006 erklärt habe, die G. (jetzt F.) habe Gelder der I. KG iHv mind. 2 Mio. € dazu verwandt, um offene Forderungen der J. aus einem ganz anderen Bauvorhaben zu befriedigen (Bl. 10 GA). Er habe in Höhe der 2 Mio. € den prospektierten Gewinn der G./F. entnommen, um die drängende Forderung der J. aus einem anderen Bauvorhaben zu begleichen (Bl. 11 GA). Die Beklagten sind diesem Vorbringen nicht entgegengetreten, so dass es als zugestanden zu gelten hat.	36
Steht damit aber fest, dass Baugeld in eine andere Baustelle geflossen ist, ist die konkrete Gefahr begründet, dass dieses Geld bei dem Streitgegenständlichen Bauvorhaben, für das es bestimmt war, für die Erfüllung der Werklohnforderungen fehlt.	37
Der Feststellungsantrag ist auch begründet.	38
Die Beklagten haften aufschiebend bedingt durch den Eintritt der oben bereits genannten Bedingungen – Zuerkennung einer Restwerklohnforderung der Klägerin im Parallelverfahren und Ausfall hiermit gegenüber der Vertragspartnerin F. GmbH – persönlich für diese Forderung (§ 823 II BGB iVm § 1 I BauFordSiG).	39
Voraussetzung für diese persönliche Haftung ist die schuldhafte Verletzung der Verwendungspflicht gem. § 1 I BauFordSiG (Rz. 144).	40
Diese Voraussetzung ist gegeben. Dass die Beklagten gegen diese Pflicht verstoßen haben, hat die Klägerin schlüssig dargelegt, ohne dass die Beklagten dem mit erheblichem Vortrag widersprochen hätten.	41
Zugunsten des an sich darlegungs- und beweisbelasteten Gläubigers sind im BauFordSiG Vermutungsregelungen teils kodifiziert, teils ergänzend eingeführt worden. Dem Gläubiger obliegt danach grundsätzlich lediglich die Darlegungslast zur <i>Höhe</i> des empfangenen Baugeldes. § 1 IV BauFordSiG enthält dagegen eine gesetzliche Vermutung für die <i>Eigenschaft</i> des Baugeldes und die fehlende ordnungsgemäße <i>Verwendung</i> des Baugeldes. Daher hat der Baugeldempfänger – ggfls. - die ordnungsgemäße Verwendung des Baugeldes darzulegen. Ordnungsgemäß ist die Verwendung nur dann, wenn das Baugeld an Personen ausgezahlt wurde, die dem Schutzbereich des BauFordSiG unterfallen (Rz. 88 ff).	42
Zur Höhe des empfangenen Baugeldes hat die Klägerin unwidersprochen vorgetragen, dass das Projekt in voller Höhe fremdfinanziert sei, wobei die Finanzierung über die Kreissparkasse Köln erfolge. Zugunsten der Kreissparkasse L. seien im Grundbuch Grundpfandrechte in Höhe der Gesamtbaukosten eingetragen.	43
Vortrag der Beklagten zu einer ordnungsgemäßen Verwendung des Baugeldes fehlt dagegen. Vielmehr sind ausweislich der Erklärung des Beklagten zu 1) aus dem für das Streitgegenständliche Projekt bestimmten Baugeld 2 Mio. € zur Begleichung der Forderungen	44

der J. aus einem anderen Bauvorhaben entnommen worden.

Ein Verstoß gegen die Verwendungspflicht liegt aber insbesondere in der Zahlung des Baugeldes an Dritte, die keine Baugläubiger sind. Das Baugeld muss "in der Baustelle bleiben", für die es vom Baugeldgeber zur Verfügung gestellt wurde (Rz. 8). 45

Für die Geltendmachung seines Schadens muss der Baugläubiger ferner darlegen und beweisen, dass Baugeld zur Befriedigung seiner Forderung nicht vorhanden ist, was sich bei der Inanspruchnahme des Auftraggebers schon aus der fehlenden Ausgleichung der (berechtigten) Rechnung ergibt (Rz. 94 ff, 100). 46

Die persönliche Haftung der Beklagten ist daher unter den Bedingungen einer zuerkannten Restwerklohnforderung und der – gemäß dem Feststellungsantrag - fruchtlosen Zwangsvollstreckung der Klägerin gegenüber der F. GmbH festzustellen. 47

2. 48

Ein Anspruch auf Vorlage der Bau- und Finanzierungsunterlagen besteht dagegen gegenüber den Beklagten nicht, denn diese sind nicht passiv-legitimiert. 49

Der Anspruch auf Vorlage bestimmter baugeldrelevanter Unterlagen zur Einsichtnahme gründet auf § 810 BGB. 50

Nach dieser Norm kann, wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen, von dem Besitzer u.a. die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist. 51

Anspruchsgegner ist der Besitzer (Palandt-Sprau, BGB, § 810 BGB Rz. 1). Da es im Streitfall um Unterlagen der F. GmbH als Baugeldempfängerin geht, ist diese Besitzerin. Bei einer juristischen Person ist diese selbst Besitzerin und die von ihren Organen ausgeübte Sachherrschaft wird ihr als eigene zugerechnet (Palandt-Bassenge, BGB, § 854 Rz. 10; Palandt-Sprau, BGB, § 809 Rz. 8). 52

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 II, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 53

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 766.892.64 € 54

(½ der im Parallelverfahren eingeklagten Werklohnforderung abzügl. 20 %; 55

dem Klageantrag zu 2) ist nur ein zu vernachlässigender Wert beizumessen) 56

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 II ZPO nicht vorliegen. 57