
Datum: 22.08.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 162/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0822.24U162.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 65/09

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 17. November 2009 verkündete Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 27 O 65/09 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das vorliegende Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch den Beklagten durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 120 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Beklagte war Eigentümer des in L gelegenen Grundstücks F-Straße 6, das er im Juni 2001 zum Kaufpreis von 2.758.103,46 DM erworben hatte. Auf diesem Grundstück errichtete die B Projektgesellschaft mbH (im Folgenden B), deren Geschäftsführer der Beklagte bis zu Juli 2007 war, einen 17- geschossigen Büroturm. Finanziert wurde das Bauvorhaben durch

1

2

3

Kredite, die die F2 der E AG (im Folgenden F2) und die L2 in T dem Beklagten bewilligten. Wegen der Einzelheiten der Kreditabsprachen wird auf die als Anlagen B 30 bis B 37 zu den Akten gereichten Darlehenszusagen und Poolverträge, Bl. 1180 ff. GA, in Verbindung mit den mit Schriftsatz des Beklagten vom 16.8.2012 zu den Akten gereichten, von ihm unterzeichneten Vertragsformularen, Bl. 9 ff. des zu dem vorgenannten Schriftsatz angelegten Anlagenheftes, Bezug genommen. Ausgezahlt wurden die Finanzierungsmittel über das hierfür bei der L2 L3 eingerichtete Baukonto Nr. 5903711, dessen Inhaber der Beklagte war. Zur Absicherung der Kredite wurden zu Lasten des eingangs genannten Grundstücks Grundschulden bestellt und am 29.6.2001 in Höhe eines Betrages von 30.677.513 € sowie am 14.1.2003 in Höhe eines Betrages von 4.325.000 €, jeweils zugunsten der F2, im Grundbuch eingetragen. Zumindest mit dem Gewerk Elektro betraute die B die Firma B2 Luft- und Klimatechnik GmbH (im Folgenden: B2), deren Geschäftsführer der Beklagte bis April 2008 war und die ihrerseits die Klägerin als Subunternehmerin beauftragte. Ob die B2 von der B in vollem Umfang für von ihr erbrachte Leistungen bezahlt worden ist, ist zwischen den Parteien streitig. In dem Verfahren 27 O 290/04 LG Köln nahm die Klägerin die B2 erfolgreich auf Zahlung von Restwerklohn in Höhe eines Betrages von 480.384,75 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.12.2003 in Anspruch. Eine Vollstreckung aus dem seit April 2008 rechtskräftigen Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 29.5.2007 blieb bislang erfolglos. Seit Juni 2007 ist die B, über deren Vermögen im Mai 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks, zu dessen Lasten in den Jahren 2005 und 2007 weitere Grundschuldbestellungen erfolgten. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit der Klage hat die Klägerin den Beklagten als früheren Geschäftsführer der B sowie der B2 wegen Verstoßes gegen das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (im Folgenden GSB a.F.) auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 480.384,75 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.12.2003 in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Klägerin stehe gegen den Beklagten kein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1,5 GSB in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung, § 14 StGB zu. Zwar sei auch im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass der Klägerin gegen die Fa. B2 ein Werklohnanspruch in Höhe der in dem Verfahren 27 O 290/04 LG Köln ausgeurteilten Summe zustehe, sowie davon, dass es sich bei den beiden in den Jahren 2001 und 2003 im Grundbuch eingetragenen Grundschulden um Absicherungen für Baugeld handele, der Beklagte hafte jedoch weder in seiner Eigenschaft als früherer Geschäftsführer der B2 noch als früherer Geschäftsführer der B. Die B2 sei nicht als Baugeldempfängerin anzusehen. Zur B unterhalte die Klägerin keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen. Die Voraussetzungen der sogenannten Nachmännerhaftung seien nicht dargelegt; dass die B2 aus dem Bauvorhaben noch offene Forderungen gegen die B habe, habe die Klägerin nicht vorgetragen. Auf die Frage, ob das durch den Beklagten respektive die B empfangene Baugeld bestimmungsgemäß verwendet worden sei, komme es deshalb nicht mehr an. 4

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der diese ihren erstinstanzlichen Klageanspruch in Höhe von 259.999,99 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.12.2003 weiterverfolgt. Im Wesentlichen macht sie geltend, das Landgericht vertrete zu Unrecht die Auffassung, die B2 sei im Zusammenhang mit dem streitbefangenen Bauvorhaben nicht Baugeldempfängerin im Sinne des § 1 Abs. 1 GSB a.F., weil ihr die für eine Haftung nach dem GSB erforderliche besondere treuhänderische Stellung fehle. Die B2 sei von der B nicht nur mit dem ihr – der Klägerin – übertragenen Gewerk, sondern auch mit den weiteren haustechnischen Gewerken „Sanitär/Heizung“ beauftragt 5

worden. Die B2 sei Auftragnehmerin für die gesamte Haustechnik gewesen; diesen Auftrag habe sie an eine Vielzahl von Subunternehmern weitergereicht. Daneben habe sie, wie der Beklagte selbst vortrage, den Winterverbau, Schlosserarbeiten, Verglasungsarbeiten, den Schallschutz, die Planung der Tiefgarage, die Außenanlagen und die Baureinigung ausgeführt. Die B2 habe Baugeld erhalten, um es als Teil-Generalunternehmer eigenständig an Dritte im Leistungsaustausch weiterzugeben. Hieraus lasse sich ohne Weiteres eine treuhänderische Stellung gegenüber der B als Generalübernehmerin herleiten. Von Beginn des Bauvorhabens an sei klar gewesen, dass die B2 für verschiedene Gewerke die Verantwortung hatte und Leistungen in Auftrag geben musste, die sie mit Mitteln zu bezahlen hatte, die sie von der B erhalten hatte. Die Neufassung des Bauforderungssicherungsgesetzes, die dazu führe, dass auch der Nachunternehmer innerhalb einer Vertragskette Baugeldempfänger sei, spreche für eine weite Auslegung der Baugeldempfängereigenschaft. Hinzu komme, dass der Beklagte nicht nur Geschäftsführer der B2, sondern auch Geschäftsführer der B und zudem Grundstückseigentümer, Investor und Bauherr gewesen sei. Aus dieser persönlichen Verflechtung ergebe sich eine treuhänderische Funktion auch der B2. Der Beklagte habe durch seine allumfassende Machtstellung die Gesamtverantwortung für die ordnungsgemäße Verwahrung des Baugeldes und damit die treuhänderische Funktion gewissermaßen in die B2 hineingetragen. Das angefochtene Urteil gehe ferner zu Unrecht davon aus, klägerseits sei nicht dargelegt worden, inwieweit die B2 Beträge aus den der Eintragung der beiden Grundschulden zugrunde liegenden Darlehen erhalten habe. In erster Instanz sei ausdrücklich vorgetragen worden, dass die B an die B2 Baugeld in Höhe von mindestens 500.000,-- € gezahlt habe.

Zu Unrecht stütze das Landgericht ferner seine Entscheidung im Zusammenhang mit der sog. „Nachmännerhaftung“ darauf, klägerseits sei zu einer offenen Forderung der B2 gegen die B nicht hinreichend vorgetragen worden. Insoweit überspanne das Landgericht die Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerseite. Zumindest habe das Landgericht einen Hinweis erteilen müssen, dass es den Sachvortrag insoweit nicht für ausreichend halte. Sie habe sich schon in der Klageschrift auf die Nachmännerhaftung berufen. Die Behauptung einer offenen Forderung sei damit implizit in ihrem Vorbringen enthalten, dass sie den Beklagten nicht nur als Geschäftsführer der B2, sondern hilfsweise auch als Geschäftsführer der B und weiter hilfsweise in seiner Eigenschaft als Bauherr/Investor in Anspruch nehme. Sie könne als Auftragnehmerin der Fa. B2 nur eingeschränkt Angaben zu Ansprüchen der B2 gegen die B machen, weil der Beklagte entsprechende Informationen verweigere. Ihn treffe indes eine sekundäre Darlegungslast, die die Klägerin in die Lage versetze, ihre Rechte zu wahren. Die B habe die B2 im Rahmen des streitgegenständlichen Bauvorhabens u.a. mit allen technischen Gewerken, insbesondere mit den Gewerken Elektro, Sanitär und Heizung, beauftragt. Die B2 habe die von ihr nach dem Bauvertrag geschuldeten Leistungen vertragsgemäß erbracht; die Arbeiten seien abgenommen. Die B habe die Schlussrechnung der B2 in Höhe der Klageforderung nicht beglichen.

Schließlich macht die Klägerin geltend, die in zweiter Instanz von dem Beklagten erfolgten Darlegungen zur Verwendung von Baugeld seien verspätet erfolgt und deshalb nicht mehr zu berücksichtigen. Im Übrigen seien die im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Bauvorhaben von der F2 und der L2 in T bewilligten, von dem Beklagten auf insgesamt 41.957.959,54 € bezifferten Kreditmittel in Höhe eines Betrages von 6.473.464,41 € nicht als Baugeld zu qualifizieren; in Höhe eines Betrages von 18.882.991,42 € sei der Nachweis der zweckentsprechenden Zahlung nicht geführt. Die in den Jahren 2005 und 2007 eingetragenen Grundschulden seien ebenfalls in engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Bauvorhaben bestellt worden; auch insoweit müsse es entsprechende Kreditverträge geben, die der Beklagte nicht eingereicht habe.

6

7

Die Klägerin beantragt,	8
das am 20.1.2012 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 27 O	9
65/09 – abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an sie einen	10
Betrag in Höhe von € 259.999,99 nebst Zinsen in Höhe von acht	11
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3. Dezember 2003	12
zu zahlen.	13
Der Beklagte beantragt,	14
die Berufung zurückzuweisen.	15
Der Beklagte verteidigt die Rechtsauffassung des Landgerichts, soweit sie ihm günstig ist. Er vertritt die Ansicht, das Landgericht habe seine Hinweispflicht gegenüber der Klägerin nicht verletzt. Zu Unrecht habe das Landgericht sich zur Begründung des Werklohnanspruchs der Klägerin auf das im Vorprozess der Klägerin gegen die B2 ergangene Urteil bezogen; dessen Rechtskraft wirke nicht gegen ihn. Die Leistungen der Klägerin seien nach wie vor mangelbehaftet. Der Beklagte bestreitet, dass die Forderung der Klägerin gegenüber der B2 nicht realisiert werden könne. Er vertritt die Ansicht, dass die B2 nicht Baugeldempfängerin sei und macht geltend, sie sei nicht mit der gesamten Haustechnik beauftragt gewesen. Der Beklagte räumt ein, dass die B2 mit den Gewerken Elektro, Sanitär und Heizung sowie den in der Klageschrift aufgeführten haustechnischen Gewerken beauftragt war; hierbei handele es sich aber entgegen der Annahme des Landgerichts nicht um die gesamte Haustechnik. Vielmehr seien mit technischen Anlagen und Teilgewerken Fachunternehmen auch unmittelbar von der B beauftragt worden, und zwar hinsichtlich Elektro, Beleuchtung, Sanitär/Heizung, Kälte, Aufzüge, Befahranlagen, Sprinkler, technische Isolierung und Betonkerntemperierung. Insbesondere seien neben der B2 auch andere Firmen mit erheblichen Leistungen des Gewerks Elektro unmittelbar von der B beauftragt gewesen. Die B2 könne daher nicht als Teil-Generalunternehmerin angesehen werden. Es treffe auch nicht zu, dass die B2 für verschiedene Gewerke die Verantwortung gehabt habe und Leistungen habe in Auftrag geben müssen, die sie mit von der B empfangenen Mitteln zu bezahlen gehabt habe. Ein „Generalvertrag“ betreffend die Haustechnik zwischen der B und der B2 existiere nicht. Vielmehr sei die B2 nur ein typischer Subunternehmer gewesen, wenn auch für mehr als nur ein Gewerk. Für das jeweilige Gewerk habe die B2 dann wiederum selbst einen Subunternehmer eingeschaltet.	16
Mit der Behauptung, die B habe sämtliche Forderungen der B2 erfüllt, wendet sich der Beklagte dagegen, dass die Voraussetzungen für die sog. „Nachmännerhaftung“ vorliegen. Ferner macht der Beklagte geltend, dass die durch die Grundschulden vom 29.6.2001 sowie vom 14.1.2003 gesicherten Kreditmittel, soweit es sich hierbei um Baugeld handele, sämtlich zur Befriedigung im Zusammenhang mit der Herstellung des streitgegenständlichen Bauvorhabens stehenden Bauforderungen verwendet worden seien. Unter Hinweis darauf, dass der Bauteil A (Tower) spätestens im Frühjahr/Sommer 2003 vollständig fertiggestellt worden sei, der Bauteil C (Parkhaus) im Sommer 2003 und der Bauteil B (Nebengebäude) im Sommer 2004, bestreitet der Beklagte, dass die durch die weiteren Grundschulden gesicherten Darlehen als Baugeld im Sinne von § 1 GSB a.F. zur Auszahlung gelangt sind. Der Beklagte macht geltend, durch die Grundschulden seien unter anderem Darlehensmittel gesichert worden, die dem Vermietungsgeschäft gedient hätten bzw. als Sicherungspool	17

zugunsten der Banken für von diesen verauslagte Bürgschaften.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die von Rechtsanwalt K als Insolvenzverwalter über das Vermögen der B mit Schriftsatz seines anwaltlichen Bevollmächtigten vom 2.3.2012 zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen. Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen E2, S und T2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften vom 9.11.2010, Bl. 782 ff.d.A., und 17.5.2011, Bl. 990 ff. d.A., verwiesen.

Die Akten 27 O 290/04 LG Köln waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Der Klägerin steht der gegen den Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Vorschriften des GSB a.F. geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht zu. Zwar ist die Regelung in § 1 GSB in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung, die vorliegend Anwendung findet (dazu unter 1.), nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (Urt. v. 24.11.1981 – VI ZR 47/80 –, NJW 1982, 1037 ff., zit. nach juris, dort Rn. 10; Urt. v. 10.7.1984 – VI ZR 222/82 –, NJW 1985, 134 f., zit. nach juris, dort Rn. 15). Jedoch hat der Beklagte weder als Geschäftsführer der B2 noch als Geschäftsführer der B noch in eigener Person Baugeld im Sinne von § 1 GSB a.F. zweckwidrig verwendet (dazu unter 2.). Die B2 scheidet als Baugeldempfängerin im Sinne der vorgenannten Vorschrift aus (dazu unter 2.b.bb.); soweit die B oder der Beklagte als Baugeldempfänger in Betracht kommen, ist dem Beklagten der Nachweis gelungen, dass das zur Verfügung gestellte Baugeld zweckentsprechend verwendet worden ist (dazu unter 2.c.). Weitere Anspruchsgrundlagen, aus denen das klägerische Zahlungsbegehren gerechtfertigt sein könnte, scheiden aus. Vertragliche Ansprüche kommen nicht in Betracht. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheitert jedenfalls daran, dass die Klägerin Ersatz ihres Vermögensschadens begehrt, das Vermögen aber nicht zu den durch § 823 Abs. 1 BGB besonders geschützten Rechtsgütern gehört. Ein etwaiger Anspruch der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Straftatbestand des § 5 GSB a.F., den das Landgericht ebenfalls herangezogen hat, hat neben dem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 GSB a.F. keine selbstständige Bedeutung, so dass es einer näheren Prüfung, ob auch die Voraussetzungen dieser Norm erfüllt sind, nicht bedarf.

1.

In Übereinstimmung mit dem Landgericht geht auch der Senat davon aus, dass auf das Verhalten des Beklagten, aus dem die Klägerin den geltend gemachten Anspruch herleitet und das vor dem 1.1.2009 lag, das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung Anwendung findet.

Für die rechtliche Beurteilung des Falles maßgeblich sind die Gesetze in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung (Art. 229 § 19 EGBGB). Dies gilt auch für das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen vom 1.6.1909 (GSB). Anders als für die Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches enthält das Forderungssicherungsgesetz vom 23.10.2008 (BGBl. I S. 2022), das auch das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen abgeändert und in Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) umbenannt hat, für dieses keine Übergangsregelung. Den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 16/511) ist zur Frage seiner

zeitlichen Geltung nichts zu entnehmen. Entsprechend dem in Art. 170 EGBGB zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgedanken ist daher davon auszugehen, dass Inhalt und Wirkung eines Rechtsverhältnisses nach dem Recht zu beurteilen sind, das zur Zeit der Verwirklichung seines Entstehungstatbestandes galt (BGH, Urt. v. 19.8.2010 – VII ZR 169/09 –, zit. nach juris, dort Rn. 6, m.w.N.).

2. 26

Die Voraussetzungen, unter denen eine Haftung des Beklagten gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 GSB a.F. in Betracht kommen könnten, sind nicht erfüllt (dazu unter b. und c.). Dagegen scheitert der geltend gemachte Anspruch nicht daran, dass es bislang an einem auf Klägerseite bereits eingetretenen Schaden fehlt (dazu unter a.). 27

a. 28

Als Schaden macht die Klägerin geltend, mit ihrer fälligen Werklohnforderung gegen die B2 ausgefallen zu sein. 29

aa. 30

Der Klägerin ist es nicht verwehrt, sich zur Begründung ihres Werklohnanspruchs auf das in dem Verfahren 27 O 290/04 LG Köln ergangene, rechtskräftige Urteil zu berufen. Hat das Gericht – wie hier – im Zweitprozess den Streitgegenstand des rechtskräftig entschiedenen Erstprozesses als Vorfrage erneut zu prüfen, hat es den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung seinem Urteil zugrunde zu legen (BGH, Urt. v. 24.6.1993 – III ZR 43/92 –, NJW 1993, 3204 ff., zit. nach juris, dort Rn. 16; BGH, Urt. v. 16.1.2008 – XII ZR 216/05 –, NJW 2008, 1227 ff., zit. nach juris, dort Rn. 9; Vollkommer in: Zöller, ZPO, 29. Aufl., Vor § 322 Rn. 24). Auch wenn das im Vorprozess ergangene Urteil gegenüber dem Beklagten keine Rechtskraft entfaltet, ist der erkennende Senat daran gehindert, bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen der Klägerin und der B2 von jener Entscheidung abzuweichen. Nicht gebunden ist das Gericht des Zweitprozesses nur dann, wenn nicht der Streitgegenstand, sondern nur eine Vorfrage des Erstprozesses im Zweitprozess präjudiziell ist, wenn also beiden Prozessen lediglich eine gemeinsame Vorfrage zugrunde liegt (Vollkommer a.a.O., Rn. 28). Darum geht es vorliegend indes nicht. 31

bb. 32

Der Schaden der Klägerin liegt darin, dass ihre Forderung gegen die B2 uneinbringlich und daher nicht werthaltig ist. Für diese Feststellung reicht es aus, dass der derzeitige Geschäftsführer der B2 für diese unstreitig die eidesstattliche Offenbarungsversicherung abgegeben hat. Soweit es nach § 5 GSB a.F. (= § 2 GSB n.F.) darauf ankommt, dass der Baugeldempfänger seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und die in § 1 Abs. 1 bezeichneten Gläubiger zur Zeit der Zahlungseinstellung oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens benachteiligt sind, betrifft das nur die Strafbarkeit und die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, soweit als Schutzgesetz (auch) der Straftatbestand herangezogen wird, nicht aber die rein zivilrechtliche Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB. Teil des Schadens sind auch die durch das im Vorprozess ergangene Urteil der Klägerin zuerkannten Zinsen, die ebenfalls uneinbringlich sind. 33

b. 34

35

Als ehemaliger Geschäftsführer der B2 würde der Beklagte nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB a.F. nur dann haften, wenn er der B2 zur Verfügung gestelltes Baugeld zweckwidrig verwendet hätte. Das kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die B2 nicht Baugeldempfängerin im Sinne von § 1 GSB a.F. ist.	
aa.	36
Ist der Empfänger von Baugeld eine juristische Person, so haftet im Falle eines Verschuldens auch ihr gesetzlicher Vertreter. Ohne diesen Zugriff auf die konkret verfügbare natürliche Person wäre die Schutzfunktion der Vorschrift im typischen Fall des Bauträgerkonkurses meist in Frage gestellt (BGH, Urt. v. 24.11.1981 – VI ZR 47/80 –, NJW 1982, 1037 ff., zit. nach juris, dort Rn. 18; BGH, Urt. v. 14.1.1986 – VI ZR 164/84 –, NJW-RR 1986, 446 ff., zit. nach juris, dort Rn. 15; vgl. auch OLG Dresden, Urt. v. 23.6.1999 – 12 U 637/99 –, NJW-RR 1999, 1469 f., zit. nach juris, dort Rn. 5). Daraus folgt, dass die persönliche Haftung des Geschäftsführers nicht nur über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem Straftatbestand und § 14 StGB in Betracht kommt, sondern unmittelbar gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB.	37
bb.	38
Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die B2 nicht Baugeldempfängerin im Sinne von § 1 GSB a.F..	39
(1)	40
Soweit die Klägerin geltend macht, die Schlussrechnung der B2 sei von der B in vollem Umfang bezahlt worden, führt dies, auch wenn die B2 insoweit über Baugeld verfügt hat, nicht dazu, dass die B2 Empfänger von Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 1 GSB a.F. ist. Dies wäre nur dann zu bejahen, wenn sich die Stellung der B2 derjenigen eines Treuhänders angenähert hätte, der darüber bestimmt, wie die dem Bauherrn bewilligten, durch Hypothek oder Grundschuld gesicherten Kreditmittel weiter zu verwenden sind. Hiervon ist jedoch nicht auszugehen. Unstreitig war die B2 weder als Generalübernehmer noch als Generalunternehmer mit dem gesamten Bau befasst.	41
(1.1)	42
Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 3 GSB a.F. sind Geldbeträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baus 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. Als Geldbeträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues gewährt werden, gelten insbesondere solche, deren Auszahlung ohne nähere Bestimmung des Zweckes der Verwendung nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues erfolgen soll. Die von einem Kreditgeber aus Anlass eines Bauvorhabens zur Verfügung gestellten Mittel sind kein Baugeld (BGH, Urt. v. 13.12.1988 – VI ZR 260/88 –, NJW-RR 1989, 788 f., zit. nach juris, dort Rn. 13). Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 16.12.1999 – VII ZR 39/99 –, NJW 2000, 956 f., zit. nach juris, dort Rn. 10 ff.) „lässt das Gesetz keine Auslegung dahin zu, dass der mit einem Teil des Baues beauftragte Unternehmer hinsichtlich des dafür erhaltenen Werklohns Empfänger von Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 1 GSB ist. Eine derartige Auslegung würde vom Schutzzweck des Gesetzes nicht mehr umfasst. Außerdem würde sie gegen das unter Berücksichtigung der Strafandrohung des § 5 GSB zu beachtende Analogieverbot verstoßen. Die gesetzliche	43

Regelung des § 1 Abs. 1 GSB ist keine Regelung zur Verstärkung der Vertragspflichten. Die durch das Gesetz dem Empfänger von Baugeld auferlegte Pflicht des § 1 GSB besteht unabhängig davon, ob und inwieweit Vertragspflichten die Parteien binden ... Das Gesetz dient öffentlichen Interessen. Es soll verhindert werden, dass Baugeld zu fremden Zwecken verwendet wird, insbesondere zu privaten Zwecken des Baugeldempfängers oder zur Bezahlung anderer Schulden ... Gleichzeitig soll sichergestellt werden, dass das Baugeld zur Befriedigung von am Bau beteiligten Unternehmern verwendet wird. Darin erschöpft sich der Regelungsbereich dieser Vorschrift. Sie stellt nicht sicher, dass das Geld bei Beauftragung von Nachunternehmern auch diesen zufließt. Der Nachunternehmer ist nur geschützt, wenn der Vorunternehmer Empfänger von Baugeld ist ... Sein Schutz ist aber unvollkommen ... Der Bundesgerichtshof hat allerdings sowohl den „Verkäufer“ schlüsselfertiger Häuser als auch den zur schlüsselfertigen Herstellung des Bauwerks verpflichteten Generalübernehmer oder Generalunternehmer als Baugeldempfänger angesehen ... Dabei hat er hervorgehoben, dass es dem Schutzzweck des Gesetzes entspreche, den in § 1 verwendeten Begriff „Empfänger von Baugeld“ im Interesse der an der Herstellung des Baues Beteiligten weit zu fassen ... Diese Rechtsprechung trägt der besonderen Stellung von Bauträgern, Generalunternehmern und Generalübernehmern Rechnung. Diese sind hinsichtlich des Teils der ihnen als Vergütung gezahlten Beträge, die bei wirtschaftlicher Betrachtung den ihnen nachgeordneten Unternehmern gebühren, einem Treuhänder angenähert ... Generalunternehmer und Generalübernehmer sind in aller Regel darüber informiert, ob und inwieweit der Bauherr des Objekts seinerseits durch Hypothek oder Grundschuld gesicherte Gelder verwendet. Sie bestimmen darüber, wie diese Gelder weiter verwendet werden und haben insoweit die volle Verfügungsgewalt über das Baugeld zur Finanzierung der Handwerkerleistungen ... Anders liegt es hingegen bei den mit einzelnen Teilen des Baues beauftragten Unternehmern, die nicht wie Bauträger, Generalunternehmer oder Generalübernehmer an Stelle des Kreditnehmers über die Finanzierungsmittel verfügen. Eine Erstreckung des Anwendungsbereichs auf diese Unternehmer, gleich ob sie direkt vom Bauherrn oder als Subunternehmer beauftragt werden, würde den Inhalt des Gesetzes unzulässig erweitern. Während die besondere Stellung des Generalunternehmers im Gesetzgebungsverfahren wiederholt angesprochen worden ist ..., gibt es keinen Hinweis darauf, dass der mit Teilen des Baues beauftragte Unternehmer der Verwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB unterliegen soll, soweit er Werklohn erhalten hat. ...“

(1.2)

44

Gemessen an diesen Kriterien scheidet die B2 als Baugeldempfängerin im Sinne von § 1 GSB a.F. aus. Schon nach dem eigenen Vortrag der Klägerin, wonach die B2 nicht nur Auftragnehmerin für die gesamte Haustechnik gewesen ist und ihrerseits zahlreiche Subunternehmer beauftragt hat, kann die B2 nicht als Empfängerin von Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 1 GSB a.F. angesehen werden. Dies gilt auch dann, wenn die B2 daneben den Winterverbau, Schlosserarbeiten, Verglasungsarbeiten, den Schallschutz, die Planung der Tiefgarage, Außenanlagen, die Baureinigung, „Bauschutt“ und „Sonstiges“ ausgeführt hat. Die Klägerin räumt selbst ein, dass die der B2 von der B übertragenen Tätigkeiten allenfalls als die eines „Teil-Generalunternehmers“ bzw. eines „Technik-GU“ angesehen werden könnten. Soweit das Oberlandesgericht Schleswig (Urt. v. 17.4.2008 – 5 U 156/07 –, NJW-RR 2009, 248 ff., zit. nach juris, dort Rn. 28 ff.) entschieden hat, Empfänger von Baugeld im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 GSB könne auch sein, wer nicht mit allen Teilen der Errichtung eines Gebäudes befasst ist, wenn er dem Leitbild nach die Rolle eines Generalunternehmers behält, weicht der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt wesentlich von dem vorliegenden ab. Entscheidend hat das Oberlandesgericht Schleswig darauf abgestellt, dass anders als in einem Fall des OLG Düsseldorf [vgl. Urt. v. 5.11.2004 – I-14 U 63/04 –, OLGR

45

Düsseldorf 2005, 152 ff., zit. nach juris, dort Rn. 14] – wo nur die Tief- und Rohbauarbeiten beauftragt waren – das Unternehmen den Auftrag zur Errichtung eines Einfamilienhauses im Sinne einer Generalunternehmerin erhalten hat, auch wenn ein abgrenzbarer Teil – nämlich eine besondere Bodenplatte – aus dem Auftrag herausgenommen worden ist. Der Fall liege nicht anders, als wenn nach Abriss eines Altbaubestandes auf der noch erhalten gebliebenen Bodenplatte ein Neubau errichtet wird und dazu einem Unternehmen der Generalauftrag erteilt wird (OLG Schleswig a.a.O., Rn. 34). Auch bei der vom Oberlandesgericht Schleswig geforderten wirtschaftlichen Betrachtung ist der vorliegende Fall mit jenem nicht vergleichbar, sondern ähnelt vielmehr dem von dem Oberlandesgericht Düsseldorf entschiedenen Fall, in dem nur die Tief- und Rohbauarbeiten in Auftrag gegeben waren. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin war die B2 lediglich mit der gesamten Haustechnik beauftragt sowie daneben mit einigen anderen von einander abgrenzbaren Gewerken. Auch nach der Sachdarstellung der Klägerin konnte die B2 nicht, wie es der Bundesgerichtshof fordert, wie ein Bauträger, Generalunternehmer oder Generalübernehmer an Stelle des Kreditnehmers über die Finanzierungsmittel verfügen. Sie konnte lediglich über die Geldmittel verfügen, die sie aufgrund der von ihr übernommenen Bauleistungen erhielt. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sie einen relativ großen Teil der Bauleistungen übernommen hatte, muss sie als bloßer Nachunternehmer angesehen werden. Eine Einbeziehung der jeweils mit einem Teil der Bauleistungen beauftragten Unternehmer in den Kreis der Baugeldempfänger im Sinne des § 1 Abs. 1 GSB a.F. scheidet nach Auffassung des Senats auch deshalb aus, weil, worauf der Bundesgerichtshof hingewiesen hat, der Straftatbestand des § 5 GSB a.F., dessen Verwirklichung einen Verstoß gegen § 1 GSB voraussetzt, eine über den klar ersichtlichen Willen des Gesetzes hinausgehende Analogie nicht zulässt. Unabhängig davon geht aus den Ausführungen des Bundesgerichtshofs hervor, dass eine solche Ausweitung dem Sinn des Gesetzes nicht entspricht. Der Hinweis der Berufung auf die Neufassung des Gesetzes vermag daran nichts zu ändern. Maßgebend ist die alte Fassung, deren Geltungsbereich nicht durch analoge Anwendung ausgeweitet werden darf. Ob die B2 nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GSB n.F. als Baugeldempfänger anzusehen wäre, kann daher offen bleiben.

(2) 46

Der Umstand, dass die B2 aufgrund der persönlichen Verflechtung ihres Geschäftsführers mit der B sowie aufgrund des Umstands, dass sie wegen der Personenidentität ihres Geschäftsführers mit dem Inhaber des bei der L2 L3 geführten Baukontos faktisch Zugriff auf dieses Konto nehmen konnte, führt ebenfalls nicht dazu, dass die B2 rechtlich als Baugeldempfängerin zu qualifizieren ist. Unstreitig sind der B2 von den kreditgebenden Banken keine Finanzierungsmittel zur Herstellung des streitgegenständlichen Bauvorhabens zur Verfügung gestellt worden. Hinzu kommt, dass vorliegend die zweckentsprechende Verwendung des über das vorgenannte Baukonto abgewickelten Baugelds nachgewiesen ist (hierzu näher unter c.), so dass auch aus diesem Grund eine Haftung der B2, wäre sie allein wegen der faktischen Möglichkeit des Zugriffs auf das Baukonto als Baugeldempfängerin anzusehen, ausscheiden würde. 47

c. 48

Soweit die Klägerin den Beklagten des Weiteren in seiner Eigenschaft als ehemaliger Geschäftsführer der B sowie weiter hilfsweise als Bauherrn und Investor persönlich auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB a.F. in Anspruch nimmt, scheitert eine Haftung zwar nicht daran, dass die B bzw. der Beklagte persönlich als Baugeldempfänger ausscheiden. Unstreitig war der Beklagte Kreditnehmer der von der F2 und der L2 in T zur Errichtung des streitgegenständlichen Bauvorhabens bewilligten und im 49

Grundbuch gesicherten Kredite; unstreitig war er darüber hinaus Inhaber des bei der L2 L3 geführten Baukontos, über das die Finanzierung abgewickelt wurde. Außer Streit steht ebenfalls, dass auch die B als Generalunternehmerin bzw. Generalübernehmerin Baugeldempfängerin im Sinne von § 1 GSB a.F. ist. Einer Haftung steht jedoch entgegen, dass die weiteren Voraussetzungen des § 1 GSB a.F. fehlen.

aa. 50

Da vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und dem Beklagten bzw. der B nicht bestehen, käme ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten nur dann in Betracht, wenn die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 19.12.1989 - VI ZR 32/89 -, NJW-RR 1990, 342 f.) entwickelten Grundsätze der sogenannten Nachmännerhaftung eingreifen würden, nach denen sich der Schutzbereich des § 1 Abs. 1 GSB a.F. auch auf sogenannte Nachmänner erstreckt, denen als Subunternehmer die Herstellung eines Gebäudes oder Gebäudeteils bzw. die Erbringung sonstiger Bauleistungen übertragen wurde, der allerdings nur so weit reicht, als der Generalunternehmer, von dem der Subunternehmer seinen Auftrag erhielt, seinerseits Anspruch auf das Baugeld hat. Zur Klärung der Frage, ob die B2 offene Werklohnforderungen gegen die B hat mit der Folge, dass die Voraussetzungen für die sogenannte Nachmännerhaftung vorlägen, hat der Senat die Zeugen E2, S und T2 vernommen. Hierzu bestand, unabhängig von der Frage, ob es in erster Instanz eines Hinweises auf die mangelnde Substantiierung des diesbezüglichen Klagevorbringens bedurfte, jedenfalls deshalb Veranlassung, weil unstreitig ist, dass die der B2 in Auftrag gegebenen Leistungen vollständig vertragsgemäß erbracht und abgenommen sind, und es dem Beklagten obliegt darzulegen und zu beweisen, dass die Schlussrechnung der B2 vollständig bezahlt ist. 51

bb. 52

Auch wenn die sogenannte Nachmännerhaftung zum Tragen kommt, scheidet ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB a.F. aus, wenn der Baugeldempfänger darzulegen und zu beweisen vermag, dass er ihm zur Verfügung gestelltes Baugeld zweckentsprechend verwendet hat. Dieser Nachweis ist dem Beklagten gelungen. Darauf, ob die B2 vollständig bezahlt worden ist, und wie die diesbezüglichen Angaben der Zeugen E2, S und T2 zu werten sind, kommt es danach nicht mehr an. 53

(1) 54

Ausgehend davon, dass Baugeld im Sinne von § 1 Abs. 3 GSB a.F. nur Geldbeträge sind, 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, kann vorliegend allenfalls ein Betrag in Höhe von 33.592.317,09 € als Baugeld qualifiziert werden. 55

(1.1) 56

Zur Sicherung der von der F2 und der L2 T zur Errichtung des streitgegenständlichen Bauvorhabens bewilligten Kredite sind zwei Grundschulden über einen Gesamtbetrag in Höhe von 35.002.513 € im Grundbuch eingetragen worden. Nach dem eigenen Vortrag des Beklagten hat er den ihm von den vorgenannten Geldinstituten gewährten Kreditrahmen mindestens in Höhe dieses Betrages ausgeschöpft, so dass grundsätzlich in Betracht kommt, den gesamten vorgenannten Betrag als Baugeld zu werten. Allerdings sollten die von der F2 und der L2 T bewilligten Darlehen nach dem Inhalt der zwischen diesen Kreditinstituten und 57

dem Beklagten zustande gekommenen Verträge nicht nur der Errichtung des streitgegenständlichen Bauvorhabens dienen, sondern auch der Finanzierung des gesamten Grundstückskaufpreises. Sowohl in der von dem Beklagten zu den Akten gereichten Darlehenszusage der F2 vom 12.6.2001 als auch in der Darlehenszusage der L2 in T vom 8.6.2001 heißt es ausdrücklich, dass die Finanzierung die Errichtung des 17-geschossigen Bürotowers sowie den gesamten Grundstückskaufpreis umfasst. Nach diesen für die Beurteilung der Frage, ob es sich bei den zur Verfügung gestellten Geldbeträgen um Baugeld handelt, in erster Linie maßgebenden Kreditabsprachen hat damit ein Betrag in Höhe des vereinbarten Kaufpreises von unstreitig 1.410.195,91 € nicht zur Begleichung von Bauforderungen zur Verfügung gestanden mit der Folge, dass allenfalls ein Betrag in Höhe von 33.592.317,09 € als Baugeld verbleibt. Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass der Kaufpreis in den zeitlich später erfolgten weiteren Darlehenszusagen keine Erwähnung mehr findet. Dies erklärt sich zwanglos daraus, dass der Kaufpreis bereits bezahlt war, als die weiteren Kreditzusagen erfolgten und deshalb keine Veranlassung bestand, ihn nochmals eigens zu erwähnen.

(1.2)

58

Soweit die Klägerin in zweiter Instanz erstmals geltend macht, dass in den Jahren 2005 und 2007 weitere Kredite bewilligt und auch hierfür zu Lasten des streitgegenständlichen Grundstücks Grundschulden bestellt worden sind, ist es ihr verwehrt, sich darauf zu berufen, auch insoweit handele es sich um Baugeld, zu dessen Verwendung der Beklagte näher vortragen müsse. Der Beklagte hat in Abrede gestellt, dass die weiteren Kredite der Errichtung des Bauvorhabens gedient haben. Damit ist die Frage, zu welchem Zweck weitere Kredite gewährt wurden, streitig mit der Folge, dass diesbezüglicher neuer Vortrag der Klägerin nur berücksichtigungsfähig wäre, wenn die Voraussetzungen der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO vorlägen. Dies ist indes nicht der Fall. Das neue Vorbringen betrifft einen Gesichtspunkt, der zu den Grundvoraussetzungen für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 1 GSB a.F. zählt und der deshalb bereits in erster Instanz hätte vorgetragen werden müssen. Dass dies ohne Nachlässigkeit unterblieben ist, erschließt sich nicht. Auch der Vortrag der Klägerin bietet hierfür keinen Anhalt. Über die weiteren Grundschulden hätte die Klägerin sich bereits vor Erhebung der Klage Anfang 2009 durch Einsicht in das Grundbuch ohne Weiteres informieren können und müssen. Hieran ändert sich nichts dadurch, dass der Senat dem Beklagten Gelegenheit gegeben hat, zu der Verwendung des Baugelds im Einzelnen vorzutragen.

59

(2)

60

Der Nachweis der zweckgerechten Verwendung der durch Grundschulden gesicherten Kreditmittel in Höhe von 33.592.317,09 € ist dem hierfür darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten gelungen.

61

(2.1)

62

Entgegen der Auffassung der Klägerin unterliegt der in zweiter Instanz erfolgte detaillierte Vortrag des Beklagten zur Verwendung des Baugelds nicht der Zurückweisung wegen Verspätung. Für die Entscheidung des Landgerichts kam es nicht darauf an, ob das durch den Beklagten respektive die B empfangene Baugeld bestimmungsgemäß verwendet worden ist. Diese Frage wurde erst in zweiter Instanz entscheidungserheblich, nachdem unstreitig geworden war, dass die von der Klägerin darzulegenden Voraussetzungen der sogenannten Nachmännerhaftung vorliegen. Dem Beklagten war deshalb Gelegenheit zu geben, sowohl zur Frage der Erfüllung sämtlicher Forderungen der B2 durch die B Stellung zu nehmen als

63

auch dazu, inwieweit Baugeld zweckentsprechend verwendet worden ist. Nur dann, wenn dem Beklagten weder der Nachweis der Erfüllung noch der Nachweis der zweckentsprechenden Verwendung von Baugeld gelungen wäre, hätte die Klage Erfolg gehabt. Zu den entsprechenden durch den Senatsvorsitzenden mit Ladungsverfügung vom 13.8.2010 erteilten Hinweisen hat der Beklagte nach entsprechender Fristverlängerung mit Schriftsatz vom 13.10.2010 rechtzeitig Stellung genommen. Soweit er seinen diesbezüglichen Vortrag im Verlauf des Verfahrens weiter präzisiert und mit umfangreichen Belegen unterlegt hat, begegnet dies keinen Bedenken. Eine Zurückweisung dieses Vorbringens wegen Verspätung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil durch seine Zulassung keine Verzögerung eingetreten ist. Für die Parteien ersichtlich hat der Senat in der Absicht, den Prozessstoff, soweit möglich, überschaubar zu halten, zunächst durch die Vernehmung von Zeugen Beweis darüber erhoben, ob die Voraussetzungen der sogenannten Nachmännerhaftung erfüllt sind. Erst im Anschluss hieran hat der Senat sich der Frage zugewandt, ob eine Haftung des Beklagten daran scheitert, dass er die zweckgerichtete Verwendung des Baugelds darzulegen und nachzuweisen vermag. Hierzu war der Beklagte zunächst teilweise deshalb außer Stande, weil sich Unterlagen, auf die er sich zum Nachweis der zweckgerichteten Verwendung beziehen wollte, nicht in seinem Besitz befanden, sondern in Händen von Rechtsanwalt K mit der Folge, dass die Urkundenvorlegung durch einen Dritten zu veranlassen war und der Prozess schon aus diesem Grund bis zur Vorlage der entsprechenden Unterlagen durch Rechtsanwalt K nicht entscheidungsreif war.

(2.1) 64

Aufgrund der zu den Akten gereichten Rechnungen und Kontoauszüge steht zur Überzeugung des Senats fest, dass folgende Ausgaben, deren nachfolgende Wiedergabe sich an den von dem Beklagten mit Schriftsatz vom 9.5.2011 zu den Akten gereichten Listen BE 13 a und BE 13 b sowie der mit Schriftsatz vom 10.6.2011 zu den Akten gereichten Liste 13 c orientiert, zweckgerecht an Baugläubiger erfolgt sind: 65

Liste 13 a: 66

F3 67
149.335,29 DM

I GmbH 68
76.137,76 DM

J 69
78.162,80 DM

K2 70
87.000,00 DM

– Insoweit handelt es sich um Planungskosten, die Rechnung vom 16.4.2004 stellt der Beklagte nicht in seine Zahlungsaufstellung ein. – 71

L4 72
254.764,81 DM

M GmbH 73
39.556,00 DM

M2	74
185.658,00 DM	
T3 & Co. GmbH	75
3.523.229,12 DM	
U	76
210.000,00 DM	
A	77
<u>1.189.000,00 DM</u>	
5.792,843,78 DM	78
= <u>2.961.833,90 €</u>	79
Liste BE 13 b:	80
T3 & Co. GmbH	81
2.158.026,80 €	
B3 GmbH	82
302.293,50 €	
- Statt Zahlungen in Höhe von 19.627,17 €, 21.196,05 € und 29.400 € wurden nur Zahlungen in Höhe von 17.092,39 €, 18.272,47 € und 25.344,83 € bestätigt. –	83
B4 Stahlbau	84
1.578.464,10 €	
C-Parkett	85
22.736,00 €	
Brandschutz X	86
116.691,28 €	
C2 GmbH	87
850.409,49 €	
- Die Scheckzahlung über 117.217,58 € blieb unberücksichtigt. –	88
D mbH	89
1.371.057,70 €	
- Die Rechnung über 3.938,39 € fehlt. –	90
F4 GmbH	91
195.946,34 €	
G	92
63.153,47 €	
- In Höhe dieses Betrages wurden Zahlungen in der 12. Teilrechnung vom 13.12.2004 bestätigt; die behaupteten Barzahlungen blieben unberücksichtigt. –	93

G2 Bau 484.516,27 €	94
I2 723.001,42 €	95
I3 849.422,92 €	96
I4 GmbH 140.104,82 €	97
- In Höhe dieses Betrages wurde Zahlung in der Schlussrechnung bestätigt. -	98
K3 Metallbau 140.225,60 €	99
K2 – s.o. – 118.581,59 €	100
N 35.148,75 €	101
L5 Hochbauakustik 124.563,39 €	102
L6 Spezialbau GmbH 211.616,16 €	103
- Die Rechnung vom 7.10.2002 fehlt; die Scheckzahlung über	104
34.800,00 € blieb unberücksichtigt. –	105
L7 Sicherheitstechnik 16.858,86 €	106
L8 GmbH & Co. KG €	1.128.780,00 107
M3 & E3 GmbH & Co. KG 73.660,00 €	108
M 57.545,54 €	109
M4 AG-Goldbach 148.938,97 €	110
Metallbau Q GmbH 41.207,78 €	111
N2 BAU GmbH 251.247,30 €	112
	113

O Planung	
202.506,37 €	
- Zahlungen wurden zum Teil in nachfolgenden Rechnungen bestätigt. -	114
P	115
41.743,66 €	
B4 GmbH & Co. KG	116
1.729.121,41 €	
- Für die lfd. Nrn. 556, 778, 1504 liegen keine Rechnungen vor; die Scheckzahlungen über insgesamt 614.873,27 € blieben unberücksichtigt. -	117
Q2 GmbH	118
224.093,33 €	
C3	119
19.488,00 €	
Rheinarchitekten N3 u. C4	120
22.823,00 €	
S2 Bauelemente GmbH	121
4.497.112,26 €	
- In Höhe dieses Betrages wurden Zahlungen in der Schlussrechnung bestätigt. -	122
T4 Dämmtechnik AG	123
96.883,60 €	
T5	124
76.856,47 €	
T6 GmbH	125
61.573,76 €	
T7 Ingenieure	126
136.160,85 €	
T8 Service GmbH	127
57.974,84 €	
U Aufzüge	128
262.271,97 €	
V Gastrotechnik GmbH	129
192.351,20 €	
W Bedachungen	130
186.284,66 €	
H	131
358.878,92 €	

A2 Metallbau 60.684,31 €	132
X2 Leuchten GmbH 151.167,41 €	133
U2 163.103,54 €	134
- Die Rechnung vom 20.11.2003 über 102.119,14 € liegt nicht vor und blieb deshalb bislang unberücksichtigt. -	135
G3 GmbH 27.830,67 €	136
G4 303.613,28 €	137
Gebr. T9 GmbH 46.717,50 €	138
- Zahlung durch Rechnung und Kontoauszug belegt. -	139
J2 GmbH 61.778,15 €	140
X3 7.898,03 €	141
L9 GmbH 24.940,00 €	142
L10 546.761,75 €	143
N3 GmbH 76.040,62 €	144
M2 18.904,66 €	145
S3 29.231,63 €	146
T10 18.903,05 €	147
U3-Technik 35.383,44 €	148
U4 26.425,55 €	149
	150

A3		
117.275,19 €		
- Die lfd. Nrn. 673, 1406 sind nicht hinreichend belegt. -		151
C5		152
31.697,90 €		
D2		153
30.921,00 €		
Q3		154
12.180,00 €		
- Die lfd. Nr. 452 ist nicht hinreichend belegt. -		155
H2 AG		156
28.954,30 €		
Gerüstbau X3 GmbH	42.607,81	157
€		
H3		158
142.351,65 €		
N4		159
44.312,46 €		
T2 Planungstechnik GmbH	176.253,14 €	160
- Die Scheckzahlungen über insgesamt 245.245,73 € blieben unberücksichtigt. -		161
T11 GmbH		162
12.707,80 €		
N5		163
22.897,01 €		
H4 + A2 GmbH	24.818,20 €	164
J3 Ing.-Gesellschaft	22.880,36 €	165
I5		166
24.079,66 €		
Magazin X4 KG	8.997,42	167
€		
K4		168
13.884,00 €		
Elektro-G5		169
12.433,46 €		
		170

Gebr. L9 GmbH		
10.440,00 €		
M5 Versorgungstechnik		171
10.401,72 €		
T3 Trennwandsysteme		172
10.689,40 €		
Dachdeckermeister S3	<u>18.620,00 €</u>	173
	21.789.108,42 €	
B2 Rechnung		174
<u>8.376.907,97 €</u>		
= <u>30.166.016,39 €</u>		175
Soweit die vorstehende Aufstellung in Bezug auf die an die Firmen I2 KG, T8 Service GmbH, L10 und U3 Tor und Tür GmbH + Co. KG erbrachten Zahlungen von den im Beschluss des Senats vom 17.12.2012 genannten Beträgen abweicht, beruht dies darauf, dass der Beklagte im Anschluss an den vorgenannten Beschluss mit Schriftsatz vom 14.1.2013 weitere, diese Unternehmen betreffende Unterlagen zu den Akten gereicht hat.		176
Liste BE 13 c:		177
H3	3.540,06 €	178
I6 Baustoffzentrum	2.277,31 €	179
X5 Beton - lfd. Nr. 861 -	7.412,24 €	180
E4 GmbH L3 - lfd. Nrn. 2304,2749 - 4.895,33 €		181
B5 GmbH	15.596,20 €	182
M4 AG-Goldbach	10.528,74 €	183
O GmbH	3.257,36 €	184
E5 Maler	9.894,00 €	185
O2-Türenwerk	36.973,04 €	186
C6 Brandschutz GmbH	64.512,90 €	187
L10	9.000,00 €	188
F5 GmbH	94.357,55 €	189
T12 Leuchten GmbH & Co.	6.980,74 €	190
X6 Licht & Technik	28.799,11 €	191
A3 Deutschland - lfd. Nr. 835 -	17.718,44 €	192

E6 GmbH	9.637,17 €	193
O7 GmbH	2.370,81 €	194
F6	4.988,00 €	195
T13	2.976,59 €	196
G6 & Partner / die Schilder	2.822,79 €	197
Glasbau T14 GmbH	7.609,71 €	198
U5 GmbH	3.961,81 €	199
N6	6.750,00 €	200
Dipl.-Ing. K4 - lfd. Nr. 1683 -	4.532,42 €	201
G7 GmbH X7 - lfd. Nr. 1635 -	2.068,28 €	202
I7 Arbeitsschutz - lfd. Nrn. 1059,1201,1337 -	5.320,22 €	203
U6 Anlagentechnik	7.811,73 €	204
B6 GmbH	82.886,10 €	205
C7 L3 - lfd. Nr. 751 -	2.725,54 €	206
H5 GmbH	4.640,00 €	207
TOP-clean C8	8.868,00 €	208
L11 Dienstleistungen	<u>20.540,85 €</u>	209
	<u>496.253,04 €</u>	210
(3)		211
Die Aufstellung in Höhe eines Gesamtbetrages von 33.624.103,33 € umfasst einzig Ausgaben, von denen auch die Klägerin annimmt, dass sie zur Herstellung des Baus dienten und an Baugläubiger erfolgten. Sie schließt die Kosten mit ein, die die Klägerin als sogenannte „Planungs- und Nebenkosten“ bewertet und bei denen auch sie davon ausgeht, dass sie einen Beitrag zur Herstellung des Baus bilden und einen Mehrwert schaffen. Dass die in der Aufstellung im Einzelnen genannten Zahlungen tatsächlich an die aufgeführten Rechnungsaussteller erfolgt sind, steht, soweit dies nicht unstreitig ist, zur Überzeugung des Senats fest.		212
(3.1)		213
Über nahezu alle Zahlungen liegen Kontoauszüge des bei der L2 L3 geführten Baukontos vor, über das die Baufinanzierung abgewickelt wurde. Wie sich aus den überzeugenden Bekundungen des Zeugen E2 ergibt, wurden zu Lasten des Baukontos von dem Beklagten eingereichte Überweisungsaufträge durch die L2 L3 erst nach Vorlage entsprechender Rechnungen sowie nach einem Abgleich mit dem erstellten Baukostenbudget ausgeführt.		214

Durch die vorgelegten Kontoauszüge ist nachgewiesen, dass die dort genannten Beträge zur Auszahlung an den jeweiligen Rechnungsaussteller gekommen sind. Das Bankkonto ist ein Handelsbuch im Sinne von § 238 HGB. Es legt eine auf Dauer begründete Geschäftsverbindung zahlenmäßig dar und gibt somit Auskunft über die „Handelsgeschäfte“ (§ 238 Abs. 1 Satz 1 HGB), welche die Bank vornimmt (Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, § 29 Rn. 1). Als Privaturkunde im Sinne von § 416 ZPO ist der Inhalt eines Handelsbuches gemäß § 286 ZPO frei zu würdigen. Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die von der L2 L3 in den Kontounterlagen vorgenommenen Eintragungen falsch sind. Dass weder die Kontonummer noch die Bankleitzahl des Überweisungsempfängers in den Kontoauszügen genannt wird, ist unschädlich und steht dem Nachweis, wohin das Geld geflossen ist, nicht entgegen. Im Verhältnis Auftraggeber/Bank gilt das Prinzip der formalen Auftragsstrenge. Das überweisende Zahlungsinstitut hat sich bei der Ausführung der Überweisung strikt an die Weisungen seines Auftraggebers zu halten. Der Zahlungsdienstleister hat ausschließlich die im Überweisungsformular niedergelegten oder sonst bei Erteilung des Auftrages gegebenen Weisungen zu befolgen (Schimansky/Bunte/Lwowski a.a.O. Rn. 67). In diesem Zusammenhang kam nach dem bis zum 31. Oktober 2009 geltenden, hier maßgeblichen Recht grundsätzlich nur der Empfängerbezeichnung maßgebende Bedeutung zu. Grund für dieses Verfahren war die Erkenntnis, dass die manuelle Eintragung der zufallsbedingten Ziffernfolge in das Überweisungsformular fehleranfällig ist, der Empfängername hingegen eine wesentlich sicherere Individualisierung ermöglicht. Die Kreditinstitute waren in aller Regel zu einem Namensabgleich verpflichtet (Schimansky/Bunte/Lwowski a.a.O. Rn. 72 m.w.N.). Dass die zu den Akten gereichten Kontoauszüge sämtlich in der ersten Zeile des Buchungstextes den Namen des Beklagten ausweisen, steht der Beweiskraft der Auszüge nicht entgegen. Entgegen den Darlegungen der Klägerin spricht dies nicht dafür, dass die Auszahlungen nicht an die Rechnungsaussteller, sondern an den Beklagten erfolgt sind. Abgesehen davon, dass es dann, wenn das Geld dem Beklagten selbst zugeflossen wäre, keinen Sinn gemacht hätte, in dem Buchungstext stets die jeweilige Rechnung des Baugläubigers zu nennen, auf die die Zahlung erbracht werden sollte, sowie abgesehen davon, dass die Kreditgeber in dem Fall keine Kontrolle darüber gehabt hätten, ob der Beklagte die Geldmittel auch zweckentsprechend verwendet, so dass es einfacher gewesen wäre, dem Beklagten einen Gesamtkreditbetrag zur Verfügung zu stellen, hat der Zeuge E2 ausdrücklich angegeben, dass „wir“ die Überweisung an den entsprechenden Empfänger „veranlasst“ haben. Diese Angabe fügt sich zwanglos in das von den Zeugen E2 und S übereinstimmend geschilderte Procedere, wonach vor jeder von dem Beklagten zum Zwecke der Ausführung vorgelegten Überweisung ein Abgleich der entsprechenden Rechnung mit der Baukostenbudgetierung erfolgt ist und sodann erst die Kreditmittelfreigabe durch die L2 L3 in Form der Durchführung der Überweisung veranlasst wurde.

(3.2)

215

Soweit mit den jeweiligen Kontoauszügen korrespondierende Rechnungen, die sämtlich das Projekt B betreffen, vorliegen, ist die zweckgerechte Verwendung des Baugelds ohne Bedenken nachgewiesen. Der Nachweis ist daneben auch in den Fällen (hierzu unter 3.2.2) geführt, in denen die vorgelegten Rechnungen, auf die in den Kontoauszügen verwiesen wird, höher sind als die Überweisungsbeträge (Diese Positionen sind in der von der Klägerin in ihren Schriftsatz vom 11.5.2012 eingefügten Tabelle mit blauer Farbe markiert.). Der Nachweis der zweckentsprechenden Verwendung des Baugelds ist schließlich in den Fällen (hierzu unter 3.2.3) erbracht, in denen sich zwar keine mit vorliegenden Kontoauszügen korrespondierenden Rechnungen bei den Akten befinden, sich aus anderen, zu den Akten gereichten Rechnungen jedoch ergibt, dass mit den Angaben in den Kontoauszügen

216

übereinstimmende Zahlungen eingegangen sind (Diese Positionen hat die Klägerin in der vorgenannten Tabelle mit oranger Farbe unterlegt).

(3.2.1) 217

218 Dass es sich bei den oben genannten Rechnungsausstellern sämtlich um Baugläubiger handelt, stellt die Klägerin nicht weiter in Abrede. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die zu den Akten gereichten Rechnungen, die ihrem Wortlaut nach sämtlich das streitgegenständliche Bauvorhaben betreffen, bestanden im Übrigen zu keiner Zeit. Daneben sind Ausgaben berücksichtigt worden, bezüglich derer die Klägerin selbst davon ausgeht, dass sie als sogenannte Planungs- und Nebenkosten von dem zur Verfügung gestellten Baugeld bezahlt werden durften.

(3.2.2) 219

220 In allen Fällen, in denen eine Divergenz zwischen den in den zu den Akten gereichten Rechnungen genannten Zahlungsforderungen und den entsprechenden Überweisungsbeträgen besteht, ist der Rechnungsbetrag höher als die erfolgte Zahlung. Eine solche Abweichung berechtigt nach Auffassung des Senats nicht zu Zweifeln an der zweckgerechten Verwendung von Baugeld. Es sind zahlreiche Gründe denkbar, die einen Bauherrn veranlassen können, eine Rechnungsforderung zu kürzen. Der Umstand, dass Rechnungen nicht vollständig bezahlt worden sind, ist deshalb für sich allein nicht geeignet, Zweifel daran zu wecken, dass der in den Kontoauszügen genannte Betrag nicht ordnungsgemäß zur – jedenfalls teilweisen – Befriedigung des Rechnungsausstellers ausgezahlt worden ist.

(3.2.3) 221

222 In den Fällen, in denen in späteren Rechnungen konkret bestätigt worden ist, dass auf die geltend gemachte Forderung bereits Zahlungen eingegangen sind, hat der Senat keine Bedenken, diese Zahlungen als belegt zu berücksichtigen. Anhaltspunkte, die nahelegen, dass der jeweilige Rechnungsaussteller detailliert aufgeführte Zahlungen in der Schlussrechnung erwähnt hat, die tatsächlich nicht erfolgt sind, sind nicht ersichtlich. Insoweit besteht ein Unterschied zu der Situation, in der in einer Schlussrechnung auf eine erteilte Abschlagsrechnung Bezug genommen und die Abschlagssumme in Abzug gebracht wird. In einem solchen Fall mag fraglich sein, ob davon auszugehen ist, dass tatsächlich eine Abschlagszahlung erfolgt ist. So liegt der Fall hier indes nicht. Soweit die Klägerin geltend macht und unter Zeugenbeweis stellt, der ehemalige Geschäftsführer der S2 Bauelemente GmbH habe gegenüber ihrem Mitarbeiter „zu verstehen gegeben, dass die in der Liste 13 b aufgeführten Zahlungen an die S2 Bauelemente GmbH ... nicht in der angegebenen Höhe an die S2 Bauelemente GmbH geflossen“ seien, handelt es sich um die Behauptung einer Hilfstatsache, die nicht geeignet ist, den durch die Kontoauszüge und die Schlussrechnung der S2 Bauelemente GmbH geführten Zahlungsnachweis zu erschüttern. Außerdem ist der Vortrag zu unbestimmt, um einem Zeugenbeweis zugänglich zu sein. Insbesondere wird nicht vorgetragen, was konkret gesagt worden sein soll. Darauf, dass zudem nicht plausibel dargetan ist, woher der Geschäftsführer der S2 Bauelemente GmbH seine Kenntnis darüber bezieht, welche Zahlungen in der Liste 13 b aufgeführt sind, kommt es danach nicht mehr an.

(3.3) 223

224 In den wenigen, in der obigen Aufstellung berücksichtigten Positionen, zu denen keine Kontoauszüge vorgelegt worden sind, ist der Nachweis der Bezahlung sämtlich dadurch

geführt, dass in den zu den Akten gereichten, entsprechenden Schlussrechnungen die Bezahlung bestätigt wird. Insoweit gelten die Ausführungen unter (3.2.3.) entsprechend.

(3.4)

225

An die B2 erfolgte Zahlungen sind in Höhe des genannten Gesamtbetrages von 8.376.907,97 € belegt. Insoweit liegen Auszüge des bei der L2 L3 geführten Baukontos vor, aus denen sich Zahlungen in der angegebenen Höhe ergeben; hiermit korrespondieren die zu den Akten gereichten Auszüge des von der B2 bei der L2 L3 geführten Firmenkontos Nr. 5013008, aus denen folgt, dass entsprechende Zahlungen dort eingegangen sind. Darauf, dass die in dem Überweisungstext angegebenen Rechnungsnummern nicht in allen Fällen mit den zu den Akten gereichten Rechnungen in Einklang gebracht werden können, kommt es für die Frage, in welcher Höhe Zahlungen im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Bauvorhaben an die B2 erfolgt sind, nicht an. Diese Divergenz mag darauf hindeuten, dass es über die vorgelegten Rechnungen hinaus weitere – offene - Forderungen der B2 gibt, die dieser im Zusammenhang mit der Errichtung des streitgegenständlichen Bauvorhabens gegen die B zustehen und die nicht von den bei den Akten befindlichen Rechnungen erfasst sind. Das ändert jedoch nichts daran, dass insgesamt jedenfalls ein Betrag in Höhe von 8.376.907,97 € an die B2 gezahlt worden ist.

3.

227

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO.

4.

229

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gem. § 543 Abs.2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Dies gilt auch in Bezug auf die Beurteilung der Frage, ob die B2 Baugeldempfängerin ist. Dass die Erstreckung des Anwendungsbereichs des GSB auf Nachunternehmer nicht in Betracht kommt, ist bereits höchststrichterlich entschieden. Soweit der Senat erkannt hat, dass die B2 Nachunternehmerin ist, beruht die Entscheidung maßgeblich auf der Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls.

Wert der Berufung: 259.999,99 €

231

(Soweit die Klägerin Ersatz ihres Zinsschadens verlangt, handelt es sich um eine Nebenforderung im Sinne von § 4 Abs. 1 ZPO, § 43 Abs. 1 GKG, die den Streitwert nicht erhöht. Dass die Klägerin die Zinsen unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes verlangt, ändert nichts daran, dass es sich um eine Nebenforderung der Hauptforderung auf Erstattung der ausgefallenen Werklohnforderung handelt. Auch ein Schaden, der wie Zinsen als gleich bleibender Hundertsatz einer bestimmten Summe geltend gemacht wird, ist eine Nebenforderung im Sinne von § 4 Abs. 1 Halbs. 2 ZPO. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall nicht von dem, in dem entgangene Anlagezinsen als selbständige Schadensposition verlangt werden. Für diesen Fall hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass es sich um eine von der Hauptforderung abhängige Nebenforderung handelt, weil nur Schäden, die in anderer Form als der eines Zinsschadens geltend gemacht werden, von § 4 Abs. 2 ZPO nicht umfasst werden (BGH, Beschluss v. 8.5.2012 – XI ZR 261/10 -, WM 2012,1211, zit. nach juris, dort Rn. 14; Beschluss v. 27.6.2013 – III ZR 143/12, zit. nach juris, dort Rn. 6 ff.).

