

Dr. Peter Hammacher, Rechtsanwalt, Mediator, Schiedsrichter
 Hangäckerhöfe 7, 69126 Heidelberg, www.drhammacher.de
 Stahlbau, Anlagenbau, Maschinenbau, Kraftwerksbau, Brückenbau

Prüfungs- und Mängelansprüchen wahrzunehmen. Damit entspricht der Auftragnehmer der Erfolgsverpflichtung. Manches spricht dafür, den Auftraggeber bei Auftreten eines Mangels in der Erfüllungsphase für „verpflichtet“ zu halten,

schlossen wird, dürfte sich der Mängelermittlungsgeraus in der Erfüllungsphase die Planungsaufgabe des Unternehmers aktualisieren. Änderungen sind jedoch nicht einseitig, sondern nur einvernehmlich mit dem Auftraggeber möglich. ■

Rechtsanwalt Dr. Peter Hammacher*

Anwendbarkeit des Bauforderungssicherungsgesetzes für vor 2009 geschlossene Verträge

Die Entscheidung des BGH vom 19. 8. 2010 (NZBau 2010, 746 = NJW 2010, 3365) ist nach Ansicht des Verfassers nicht auf alle Fallkonstellationen des Bauforderungssicherungsgesetzes (BauFordSiG) übertragbar. Der Beitrag beleuchtet Problemfälle.

I. Ausgangsfall

In dem zu Grunde liegenden Fall nahm der Auftragnehmer den Geschäftsführer eines insolvent gegangenen Auftraggebers in Anspruch. Das Bauvorhaben war teilweise mit einem durch eine Grundschuld abgesicherten Darlehen finanziert. Die Rechnung des Auftragnehmers aus dem Jahr 2007 wurde nicht mehr beglichen.

Der BGH hielt für diesen Fall das Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) in seiner seit 1. 1. 2009 gültigen Fassung nicht für anwendbar. Da das Forderungssicherungsgesetz vom 23. 10. 2008 (BGBl I, 2022), das auch das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen abgeändert und in „Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)“ umbenannt hat, keine Übergangsregelung enthalte, sei entsprechend dem in Art. 170 EGBGB zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgedanken Inhalt und Wirkung eines Rechtsverhältnisses nach dem Recht zu beurteilen, das zur Zeit der Verwirklichung seines Entstehungstatbestandes galt.

II. Neuer Gesetzestatbestand

Das heute gültige Bauforderungssicherungsgesetz hat eine wichtige Erweiterung der Durchgriffsmöglichkeiten für den ausgefallenen Gläubiger mit sich gebracht¹.

Heute versteht das Gesetz unter „Baugeld“ alle Geldbeträge, die der Auftraggeber mit dem in Zusammenhang mit der Errichtung oder Änderung eines Bauwerks erbrachten Leistungen erhalten hat. Das Treuhandverhältnis bezieht sich also jetzt auch auf Baugeld, das nicht dinglich abgesichert wurde, wie dies früher ausschließlich und heute noch immer gilt. Der Empfänger von Baugeld trägt die Beweislast dafür, dass er das Baugeld zweckentsprechend verwendet hat.

Der der Entscheidung des BGH zu Grunde liegende Fall betraf die „klassische“ Variante des Baugelds, also Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baus durch eine Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück gesichert werden.

Diese Variante war bereits in § 1 III GSB enthalten und wurde in ähnlicher Form auch in § 1 III Nr. 1 BauFordSiG übernommen. Der BGH hatte deshalb vorab für diese Fallkonstellation zu klären, welche der beiden Rechtsnormen er

seiner Entscheidung zu Grunde legen wollte. Es hat sich für diesen Fall zur Anwendung des älteren Rechts entschieden, und zwar unter Rückgriff auf einen in Art. 170 EGBGB zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgedanken, wonach davon auszugehen sei, dass Inhalt und Wirkung eines Rechtsverhältnisses nach dem Recht zu beurteilen seien, das zur Zeit der Verwirklichung seines Entstehungstatbestandes galt.

Damit ist aber noch keine Entscheidung getroffen, wie der vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgenommene neue Tatbestand zu beurteilen ist.

III. Anwedung des neuen Rechts bei neuen Umständen

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH und des BAG ist neues Recht anzuwenden, soweit es sich um „neue, von außen an das Schuldverhältnis herantretende, sich nicht aus seiner inneren Entwicklung ergebende rechtserhebliche Umstände“ handelt².

So hat der BGH etwa die Vorschrift des § 242 BGB auf einen Tatbestand angewendet, der vor Inkrafttreten des BGB lag, also gem. Art. 170 EGBGB der § 242 BGB nicht hätte herangezogen werden können. Dennoch wendete der BGH neues Recht an, insbesondere deshalb, weil „die Beurteilung von rechtserheblichen Umständen in Frage steht, die sich nicht als unmittelbare Auswirkungen des Schuldverhältnisses selbst darstellen“³.

In einem anderen Fall im Zusammenhang mit dem Einigungsvertrag hat der BGH die gesetzlich neu geschaffene Möglichkeit einen Vertrag zu beenden zugelassen, da „es sich um neue, von außen an das Schuldverhältnis herantretende, sich nicht aus seiner inneren Entwicklung ergebende Umstände“ handele⁴.

Das BAG hat die Forderung nach der Beendigung eines Alt-Vertrags als einen von außen kommenden weiteren Willensakt angesehen, und deshalb neues Recht angewendet. „Die

* Der Autor ist als Rechtsanwalt und Mediator in Heidelberg tätig.

- 1 OLG Hamburg, BauR 2010, 639 = IBRRS 74549.
- 2 RGZ 144, 378 (380); BGHZ 123, 58 = NJW 1993, 2525 zu Art. 232 § 1 EGBGB; BGH, NZG 1999, 1179 (1181); BAGE 102, 22 = NJW 2004, 2401 = AP Nr § 312. 1; Krüger, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2010), Art. 170 EGBGB Rdnr. 6; Palandt/Thorn, BGB, 69. Aufl. (2010) Art. 232 § 1 EGBGB.
- 3 BGH, Urt. v. 23. 9. 1958 – VIII ZR 111/57, BeckRS 1958, 31195304; RGZ 144, 378 (380); RG, HRR 1937, 228 m. w. Nachw.
- 4 BGHZ 123, 58 = NJW 1993, 2525; Heinrichs, in: MünchKomm-BGB, 2. Aufl., Erg.-Bd. Einigungsvertrag, Rdnr. 66; Palandt/Putzo, BGB, 52. Aufl. (1993), Art. 232 § 1 EGBGB Rdnr. 5, jew. unter Hinw. auf die Rspr. des RG zu § 170 EGBGB; vgl. RGZ 144, 378 [380].

zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden gesetzlichen Regelungen erfassen nicht mehr Tatbestände, die das Schuldverhältnis nachträglich verändern. In einem solchen Fall gilt das neue Recht des BGB⁵.

IV. Bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für Erweiterung des Schutzzwecks

Solche „neue, von außen an das Schuldverhältnis herantretende, sich nicht aus seiner inneren Entwicklung ergebende rechtserhebliche Umstände“ liegen hier vor in Form der Entscheidung des Gesetzgebers, Auftragnehmer auch gegen die Veruntreuung von Baugeldern zu schützen, die nicht dinglich gesichert sind.

„Vorrangiges Ziel war es, eine sicherere und schnellere Durchsetzung von Forderungen in der Bauunternehmerkette zu erreichen. Der Gesetzgeber hat deshalb den Begriff des Baugelds um eine zweite, selbstständige Definition erweitert“⁶.

Es handelt sich um eine ordnungspolitische Entscheidung, der der Gesetzgeber besondere Bedeutung zum Schutz der Auftragnehmer zumaß. Dies zeigt sich darin, dass diese Pflicht strafbewehrt ist, wie sich aus § 2 BauFordSiG ergibt. Der Gesetzgeber hat damit noch deutlicher als in den oben genannten Fällen der Änderung des Schuldrechts oder des Hinzutretens von Willenserklärungen herausgestellt, dass er die Einhaltung dieser Vorschrift erwartet.

Die Vorschrift des neuen Rechts hat „prohibitiven Charakter“, was für die Anwendung neuen Rechts spricht⁷.

Die Norm richtet sich an jeden Baugeldempfänger und verpflichtet ihn, das Baugeld in der beschriebenen Weise zu verwenden. Es handelt sich um eine neue Rechtstatsache, eine Rechtspflicht, die von außen allen Betroffenen auferlegt wird, unabhängig davon, wie sich die schuldrechtlichen Verhältnisse darstellen und entwickeln.

Wesentlich ist, dass die Durchgriffsansprüche auf Deliktsrecht basieren, § 823 II BGB i. V. mit § 2 BauFordSiG. Die Anknüpfung an die lex prior nach dem Rechtsgedanken des Art. 170 EGBGB will zum einen das subjektive Vertrauen der Parteien schützen, die das Schuldverhältnis einem bekannten Sachrecht unterstellt haben. Zum anderen soll verhindert werden, dass erworbene Vertragsrechte durch eine Gesetzesänderung entzogen werden⁸. Beide Überlegungen greifen hinsichtlich deliktischer Ansprüche nicht.

V. Vollendung der pflichtwidrigen Handlung als maßgeblicher Zeitpunkt

Der BGH geht für den von ihm entschiedenen Fall davon aus, dass Inhalt und Wirkung eines Rechtsverhältnisses nach dem Recht zu beurteilen sind, das zur Zeit der Verwirklichung seines Entstehungstatbestandes galt.

Für die Veruntreuung von Baugeldern, die nicht dinglich gesichert sind, ist dies nicht der Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags und auch nicht derjenige des Empfangs des Baugeldes, sondern der Zeitpunkt der deliktischen Handlung, denn erst mit der Veruntreuung entsteht das gesetzliche Schuldverhältnis. „Die weitere Anwendung des bisherigen Rechts setzt voraus, dass sich der gesamte Entstehungstatbestand des Schuldverhältnisses unter der Geltung des bisherigen Rechts verwirklicht hat.“⁹ „Ein Tatbestand, der sich aus mehreren aufeinanderfolgenden Tatsachen zusammensetzt, gehört dem Recht derjenigen Zeit an, in der er sich vollendet.“¹⁰ „Bei gesetzlichen Schuldverhältnissen ist auf den Zeitpunkt der Vornahme der pflichtwidrigen Handlung abzustellen“¹¹.

Maßgeblich ist, ob der haftungsrelevante Sachverhalt von dem am 1. 1. 2009 in Kraft getretenen BauFordSiG erfasst wird¹². Der haftungsrelevante Sachverhalt ist die zweckwidrige Verwendung empfangenen Baugelds. Wann der Bauvertrag abgeschlossen wurde, oder wann dieses Baugeld gezahlt wurde, spielt hingegen nach dem Schutzzweck der Norm keine Rolle.

VI. Vom Gesetzgeber gewollter Gleichlauf mit dem Strafrecht

Der Gesetzgeber wollte den Schutz der Subunternehmer ausdrücklich erweitern, indem er den Anwendungsbereich der Strafvorschrift des § 2 BauFordSiG ausdehnte. Es geht also im Kern um die Geltung des Strafrechts.

Es kann aber keinen Zweifel geben, dass Strafvorschriften zu beachten sind, sobald sie erlassen wurden. Gemäß § 2 II StGB ist, für den Fall, dass sich die Strafandrohung während der Begehung der Tat ändert, das Gesetz anzuwenden, welches bei Beendigung der Tat gilt. § 2 StGB stellt für das Strafrecht somit auf die Tathandlung ab.

Stammkötter ist zuzustimmen, dass für das BauFordSiG gleichfalls auf die Tathandlung abzustellen ist, denn nur so ist der Gleichlauf der zivilrechtlichen Vorschrift des § 1 mit der strafrechtlichen Vorschrift des § 2 BauFordSiG sichergestellt. Zu Recht weist er darauf hin, dass sich dieser Lösungsansatz auch im EGBGB selbst findet, denn Art. 40 EGBGB setzt ebenfalls bei der „Tathandlung“ an¹³.

VII. Keine Schutzwürdigkeit pflichtwidrigen Handelns in Kenntnis geänderter Umstände

Der Auftraggebervertreter, der bewusst seine Treuhandpflichten vernachlässigt und das dem Auftragnehmer zustehende Geld nicht sichert, ist auch nicht schützenswert. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen der Auftraggeber von dem Auftragnehmer nach Inkrafttreten des Gesetzes ausdrücklich auf seine Treuhänderpflicht hingewiesen wird. So hatte das OLG Frankfurt a. M. in einem UWG-Fall dem dortigen Beklagten den Rückgriff auf den Rechtsgedanken des Art. 170 EGBGB verwehrt, weil er schriftlich über rechtlich zu beachtende Umstände hingewiesen worden war, sich aber gleichwohl rechtswidrig verhielt¹⁴. Es weist darauf hin, dass „auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen niemand Rechtsvorteile aus einem Tatbestand ableiten kann, der rechtswidrig und in Kenntnis der Umstände, die die Rechtswidrigkeit begründen, herbeigeführt wurde“. Dem ist nichts hinzuzufügen.

VIII. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BGH¹⁵ vom 19. 8. 2010 diene lediglich der Klärung, welche Gesetzesfassung des GSB/BauFordSiG bei unverändertem Sachverhalt anzuwenden ist, da das Änderungsgesetz hierzu keine Bestimmung enthält.

5 BAGE 109, 22 = NJW 2004, 2401 = AP Nr § 312. 1.

6 Kölbl, NZBau 2010, 220.

7 Vgl. BAG, NZA 1996, 475 = DtZ 1996, 188.

8 BAGE 109, 22 = NJW 2004, 2401 = AP Nr § 312. 1.

9 BAG, NZA 1996, 475 = DtZ 1996, 188; Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl. (2002) Art. 232 § 1 EGBGB Rdnr. 2; Heinrichs, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 4), Art. 232 § 1 EGBGB Rdnr. 5; RGZ 76, 394, (396 f.); BGH, BeckRS 1970, 30378064 = VersR 1971, 180.

10 BAG, NZA 1996, 475 = DtZ 1996, 188.

11 Palandt/Bearbeiter (o. Fußn. 9), Art. 232 § 1 EGBGB Rdnr. 3; Säcker, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2000), Art. 232 § 1 EGBGB Rdnr. 7.

12 OLG Koblenz, Urt. v. 3. 2. 2011 – 5 U 631/10, BeckRS 2011, 02787.

13 Stammkötter, BauFordSiG, 3. Aufl. (2009), S. 220.

14 OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1987, 1256 = GRUR 1987, 385.

15 BGH, NZBau 2010, 746 = NJW 2010, 3365.

Aufsätze

Auf den neu aufgenommenen Tatbestand der Veruntreuung anderer als dinglich gesicherter Baugelder ist dies jedoch nicht automatisch übertragbar. Es liegen neue, von außen an das Schuldverhältnis herantretende, sich nicht aus seiner inneren Entwicklung ergebende rechtserhebliche Umstände vor. Der von dem Gesetzgeber gewollte Schutz des Auftrag-

■

nehmers durch das Strafrecht greift auch für Alt-Fälle, wenn die Tathandlung nach Inkrafttreten des BauFordSiG begangen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Täter ausdrücklich auf die nach neuem Recht zu beachtenden Pflichten hingewiesen wird. ■