BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 187/11

Verkündet am:
20. Dezember 2012
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GSB § 1 Abs. 1

Die Baugeldverwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB erstreckt sich nicht auf bewilligte Darlehensbeträge, auf deren Auszahlung zwar ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch des Darlehensnehmers besteht, die aber von ihm nicht abgerufen werden.

BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 - VII ZR 187/11 - OLG Stuttgart
LG Ellwangen

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Dr. Eick, den Richter Kosziol und den Richter Dr. Kartzke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 3 und 4 gegen das Grund- und Teilurteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 25. August 2011 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten zu 1 und 2 wird das Grund- und Teilurteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 25. August 2011 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 1 und 2 entschieden worden ist.

Auf die Revision der Klägerin wird das Grund- und Teilurteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 25. August 2011 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Klägerin hinsichtlich des Schadens entschieden worden ist, der aus der Nichterfüllung der mit den Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und 27. März 2008 geltend gemachten Restwerklohnforderungen resultiert.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um Schadensersatz wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld.

2 Die Klägerin betreibt ein Bauunternehmen. Die Beklagten zu 3 und 4 waren bis 4. Dezember 2007 Mitglieder des Vorstands der Stiftung bürgerlichen Rechts "D. i. d. S." (fortan: Stiftung), die Rechtsfähigkeit am 4. Dezember 2002 erlangt hatte. Der Beklagte zu 1 war seit 2. November 2006 Mitglied und seit 11. Dezember 2007 Vorsitzender des Vorstands, der Beklagte zu 2 war seit 20. August 2007 hauptamtlicher Geschäftsführer der Stiftung und seit 17. Dezember 2007 ebenfalls Mitglied des Vorstands.

3 Die Stiftung, deren Stiftungsvermögen zum Zeitpunkt der Stiftungserrichtung 52.000 € betrug, errichtete in H. vier Mehrfamilienhäuser und eine Heizzentrale mit Hackschnitzelbunker im Rahmen des Projekts "D. i. d. S.".

4 Das Gesamtprojekt wurde von den H. K. (H. P. VVaG und H. A. VVaG) finanziert. Mit Darlehensvertrag vom 22./23. September 2003 bewilligte die H. P. VVaG der Stiftung ein verzinsliches Darlehen in Höhe von 3,5 Mio. € mit dem Verwendungszweck "Durchführung Projekt ´D. i. d. S.`". Die Auszahlung sollte nach Baufortschritt erfolgen, wobei der Abruf von Teilbeträgen mit einer Frist von zehn Werktagen unter Beibringung geeigneter Belege anzukündigen war. Das Darlehen wurde durch eine Grundschuld in Höhe von 3,5 Mio. € auf dem Baugrundstück gesichert. Am 15. Dezember 2004 wurde das ursprüngliche Darlehen durch zwei Darlehen in Höhe von 2 Mio. € und 1 Mio. € ersetzt, wobei die Darlehensverträge auf die H. P. VVaG und die H. A. VVaG aufgeteilt wurden. Unter dem 21./27. Dezember 2006 bewilligte die H. P. VVaG der Stiftung ein weiteres Darlehen in Höhe von 70.000 €. Die auf dem Baugrundstück eingetragene Grundschuld sicherte auch die weiteren Darlehen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 In den Jahren 2004 und 2005 beauftragte die Stiftung die Klägerin mit Erd-, Entwässerungs-, Beton- und Maurerarbeiten für die im Rahmen des genannten Projekts zu errichtenden Bauwerke Haus 1, Haus 2 und die Heizzentrale mit Hackschnitzelbunker. Die Geltung der VOB/B war vereinbart. Die Klägerin stellte nach Fertigstellung ihrer Leistungen Schlussrechnungen. Auf die Schlussrechnung vom 11. Juni 2007, mit der die Klägerin unter anderem für das Haus 1 erbrachte Leistungen abrechnete und eine restliche Vergütung von 72.816,17 € in Rechnung stellte, zahlte die Stiftung nach Freigabe von 25.494,56 € nur 4.494,56 €. Mit Schlussrechnung vom 12. März 2008, mit der die Klägerin für die Heizzentrale und den Hackschnitzelbunker erbrachte Leistungen abrechnete, stellte sie der Stiftung eine restliche Vergütung von 57.377,16 € in Rechnung. Mit Schlussrechnung vom 27. März 2008, mit der die Klägerin für das Haus 2 erbrachte Leistungen abrechnete, stellte sie der Stiftung eine restliche Vergütung von 75.601,16 € in Rechnung.

6 Am 20. September 2007 kündigten die H. K. die Darlehensverträge.

7 Die Stiftung stellte am 22. Februar 2008 Insolvenzantrag. Dieser wurde mit Beschluss des Insolvenzgerichts vom 18. April 2008 mangels Masse abgewiesen.

8 Die Klägerin hat die beanspruchte restliche Vergütung (insgesamt 204.524,17 € nebst Zinsen) als Schadensersatz gegen die Beklagten eingeklagt, wobei diese als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden.

9 Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 21.000 € nebst Zinsen zu zahlen im Hinblick auf den der Höhe nach unstreitigen Teilbetrag aus der genannten Schlussrechnung vom 11. Juni 2007. Darüber hinaus hat es einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagten als Gesamtschuldner dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die

hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 21.000 € nebst Zinsen gerichtet hat. Im Übrigen hat die Berufung nur insofern Erfolg gehabt, als das Berufungsgericht der Klägerin einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten als Gesamtschuldner dem Grunde nach nur bezüglich der über 21.000 € hinausgehenden restlichen Vergütung aus der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007, nicht bezüglich der mit den weiteren Schlussrechnungen geltend gemachten Vergütung zuerkannt hat.

10 Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen. Die Parteien haben gegen das Berufungsurteil Revision eingelegt. Die Beklagten verfolgen mit ihrer Revision ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Die Klägerin erstrebt mit ihrer Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils hinsichtlich des Schadens, der aus der Nichterfüllung der mit den Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und vom 27. März 2008 geltend gemachten Restwerklohnforderungen resultiert.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision der Beklagten zu 3 und 4 ist nicht begründet. Die Revision der Beklagten zu 1 und 2 führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil dieser Beklagten entschieden worden ist, und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil der Klägerin hinsichtlich des Schadens entschieden worden ist, der aus der Nichterfüllung der Restwerklohnforderungen gemäß den Schlussrechnungen vom

12. März 2008 und vom 27. März 2008 resultiert, und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

12 Im Streitfall ist das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen vom 1. Juni 1909 (GSB) in der bis 31. Dezember 2008 geltenden Fassung anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 19. August 2010 - VII ZR 169/09, BauR 2010, 2107 Rn. 6 = NZBau 2010, 746 = ZfBR 2010, 777).

I.

13 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2012, 96 veröffentlicht ist, führt aus, die Klägerin habe gegen die Beklagten als Gesamtschuldner dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch bezüglich der restlichen Vergütung aus der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007 gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1, 5 GSB. Hinsichtlich des unstreitigen Teils der Restforderung in Höhe von 21.000 € seien die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung zu verurteilen. Hinsichtlich der weiteren Schlussrechnungen habe die Klägerin keinen Schadensersatzanspruch.

14 Die Klägerin gehöre zum Kreis der durch das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen geschützten Baubeteiligten.

15 Die Stiftung sei als Darlehensnehmerin Empfänger von Baugeld im Sinne von § 1 Abs. 1 GSB gewesen. Bei den Mittelzuflüssen der Stiftung aus den Darlehensverträgen mit den H. K. habe es sich um Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 3 GSB im Rahmen eines modifizierten Baugelddarlehens gehandelt.

16 Mit der Bereitstellung des durch Grundschulden an den Baugrundstücken der Stiftung abgesicherten Kontokorrentkredits sei Baugeld im Sinne von

§ 1 Abs. 1 GSB entstanden. Mit der Einräumung der Kreditlinie habe die Stiftung die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Darlehensmittel erlangt.

17 Die Beklagten hätten nicht hinreichend dargelegt, dass die Darlehensmittel ausschließlich für den Darlehenszweck verwendet worden seien.

18 Die Baugeldeigenschaft sei mit der Kündigung der Darlehen durch die H. K. am 20. September 2007 entfallen. Dies habe zur Folge, dass die erst danach abgerechneten Leistungen der Klägerin für die Heizzentrale/ Hackschnitzelbunker und für Haus 2 nicht mehr vom Schutz des § 1 Abs. 1 GSB erfasst würden. Insoweit scheide eine Haftung der Beklagten aus. Dagegen habe für die Stiftung die Möglichkeit und die Verpflichtung bestanden, die für die Schlussrechnung vom 11. Juni 2007 notwendigen Mittel unter Vorlage dieser Rechnung abzurufen und auf ihrem Geschäftskonto bereitzuhalten. Im Juni 2007 sei der Stiftung ein Abruf der entsprechenden Darlehensmittel aus dem Kontokorrentkredit noch möglich gewesen. Jedenfalls bis 20. August 2007 seien noch Mittel von den H. K. geflossen.

19 Die Beklagten zu 1, 3 und 4 hätten als Organe der Stiftung mit bedingtem Vorsatz die fehlende Sicherung der Baugeldforderung der Klägerin aus der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007 herbeigeführt. Eine entsprechende Verantwortung treffe auch den Beklagten zu 2 als hauptamtlichen Geschäftsführer und besonderen Vertreter der Stiftung gemäß §§ 86, 30 BGB.

II. Revision der Beklagten zu 3 und 4

20 Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 3 und 4 entschieden worden ist.

21 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass § 1 GSB ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Baugläubiger ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. August 2010 - VII ZR 169/09, aaO Rn. 10; Urteil vom 24. November 1981 - VI ZR 47/80, BauR 1982, 193, 194 = ZfBR 1982, 75) und dass die Klägerin zu diesem Personenkreis zählt.

22 2. Rechtsfehlerfrei ist die von der Revision der Beklagten nicht in Zweifel gezogene Würdigung des Berufungsgerichts, dass die Darlehensgeber und die Stiftung durch die Vereinbarung des Verwendungszwecks in den Darlehensverträgen Baugeld begründet haben.

23 a) Nach § 1 Abs. 3 GSB sind Baugeld die Beträge, die zum Zwecke 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. Die von einem Darlehensgeber aus Anlass eines Bauvorhabens zur Verfügung gestellten Mittel können nur dann als Baugeld angesehen werden, wenn die Vereinbarungen des Darlehensnehmers mit dem Darlehensgeber vorsehen, dass das Darlehen bewilligt wird, damit der Darlehensnehmer seine Verbindlichkeiten gegenüber Personen tilgen kann, die an der Herstellung des Baus aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Werklieferungsvertrags beteiligt sind (BGH, Urteil vom 13. Dezember 1988 - VI ZR 260/88, BauR 1989, 230, 231 = ZfBR 1989, 110). Die Zweckbestimmung, dass der ausgezahlte Betrag der Bestreitung der Kosten eines Baues dienen soll, muss Inhalt des Darlehensvertrags sein (BGH, Urteil vom 11. April 2001 - 3 StR 456/00, BGHSt 46, 373, 377). Grundlage einer Baugeldgewährung können Kreditgeschäfte verschiedener Art sein, auch Kredite in laufender Rechnung bis zu einem bestimmten Höchstbetrag (BGH, Urteil vom 14. Januar 1986 - VI ZR 164/84, BauR 1986, 370, 371 = ZfBR 1986, 134). Ist in einem Darlehensvertrag die Verwendung der Mittel sowohl zu den in § 1 Abs. 1

Satz 1 GSB genannten Zwecken als auch zu anderen Zwecken vorgesehen, handelt es sich um ein modifiziertes Baugelddarlehen; bei derartigen Darlehensverträgen wird insoweit, als die Verwendung zu anderen als den in § 1 Abs. 1 Satz 1 GSB genannten Zwecken vorgesehen ist, kein Baugeld begründet (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 1988 - VI ZR 260/88, BauR 1989, 230, 231 = ZfBR 1989, 110 m.w.N.; Urteil vom 11. April 2001 - 3 StR 456/00, BGHSt 46, 373, 377). Ist ein Baubuch nicht geführt worden, kann allerdings davon ausgegangen werden, dass sämtliche kurz vor oder während der Bauzeit im Grundbuch zu Lasten des Baugrundstücks eingetragenen Hypotheken und Grundschulden Geldleistungen sichern, die zur Bestreitung der Baukosten gewährt wurden und damit Baugeld waren, solange der Empfänger dieser Beträge nicht darlegt bzw. beweist, dass sie tatsächlich ganz oder teilweise nicht zur Bestreitung der Kosten des Baues gewährt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1986 - VI ZR 287/85, BauR 1987, 229, 231 = ZfBR 1987, 86).

24 b) Entsprechend diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht zu Recht und von den Revisionen unbeanstandet angenommen, dass es sich bei den der Stiftung bewilligten Darlehen um modifizierte Baugelddarlehen, nämlich um grundpfandrechtlich gesicherte Kredite für die Durchführung des Projekts "D. i. d. S." handelt, die zur Bestreitung sämtlicher im Rahmen der Durchführung des Projekts anfallender Kosten, darunter der Baukosten bestimmt waren. Als Verwendungszweck ist in den Darlehensverträgen ausdrücklich die Durchführung des Projekts "D. i. d. S." vereinbart. Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts hat die Stiftung kein Baubuch geführt. Die Beklagten haben nicht aufgeschlüsselt, in welcher Höhe die bewilligten Darlehen zur Bestreitung der Baukosten einerseits und zu anderen Zwecken andererseits bestimmt waren, weshalb davon auszugehen ist, dass die bewilligten Darlehen insgesamt Baugeld zum Gegenstand hatten.

25 3. Im Ergebnis ohne Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten dagegen, dass das Berufungsgericht die Stiftung als Empfänger von Baugeld in Höhe der klägerischen Forderungen erachtet hat. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Stiftung habe mit der Einräumung der Kreditlinie tatsächliche Verfügungsgewalt über den gesamten abrufbaren, als Baugeld einzustufenden Darlehensbetrag erlangt, hält allerdings der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach den vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen ist jedoch davon auszugehen, dass die Stiftung Baugeld jedenfalls in Höhe der klägerischen Forderungen erhalten hat, weshalb sich das Berufungsurteil insoweit im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig darstellt.

26 a) Gemäß § 1 Abs. 3 GSB sind Baugeld solche Geldbeträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten des Baues gewährt werden. Die Gewährung setzt im Funktionszusammenhang mit dem Verwendungsgebot des § 1 Abs. 1 GSB, dessen näherer Umschreibung § 1 Abs. 3 GSB dient, voraus, dass der Darlehensnehmer die Verfügungsgewalt über die Darlehensbeträge erlangt hat (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - VI ZR 27/89, BauR 1990, 108, 109 f.; Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 109/90, BauR 1991, 237, 238). Unter diesem Begriff ist die Innehabung der Dispositionsbefugnis zu verstehen (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - VI ZR 27/89, aaO). Dieses Verständnis findet seine Bestätigung in § 1 Abs. 1 GSB, dessen Verwendungsgebot zur notwendigen Grundlage hat, dass der Empfänger von Baugeld die faktische Möglichkeit und die rechtliche Befugnis besitzt, das Baugeld zu verwenden (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - VI ZR 27/89, BauR 1990, 108, 110). Die Dispositionsbefugnis erfordert, dass der Baugeldempfänger über den Baugelddarlehensbetrag ohne Weiteres verfügen kann, was z.B. dann der Fall ist, wenn dieser Betrag bar ausbezahlt oder dem Konto des Baugeldempfängers gutgeschrieben worden ist. Die Baugeldverwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB kann sich auch auf Darlehensbeträge erstrecken, die der Baugelddarlehensgeber auf Anweisung

des Baugeldempfängers unmittelbar an einen Dritten auszahlt (vgl. Bruns in Glöckner/v. Berg, Fachanwaltskommentar Bau- und Architektenrecht, § 1 BauFordSiG Rn. 1, zu § 1 BauFordSiG).

27 Die Baugeldverwendungspflicht erstreckt sich indes nicht auf bewilligte Darlehensbeträge, auf deren Auszahlung zwar ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch des Darlehensnehmers besteht, die aber von ihm nicht abgerufen werden (vgl. Stammkötter, Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen, 2. Aufl., 2003, § 1 Rn. 1, Rn. 5; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Oktober 1989 - VI ZR 27/89, BauR 1990, 108, 110; a.M. Hagelberg, Kommentar zum Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, 1911, § 1 Anm. 48; Mergel, Die Sicherung der Bauforderungen in Recht und Praxis, 1989, S. 90; Hagenloch, Handbuch zum Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (GSB), 1991, Rn. 52). Gegen eine Erstreckung der Baugeldverwendungspflicht auf nicht abgerufene Darlehensbeträge spricht zunächst der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 GSB, der die Baugeldverwendungspflicht dem "Empfänger von Baugeld" auferlegt, auch wenn § 1 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GSB auf Geldbeträge abstellt, "deren Auszahlung ... erfolgen soll". Darüber hinaus sprechen Sinn und Zweck von § 1 Abs. 1 GSB gegen eine derartige Erstreckung der Baugeldverwendungspflicht auf nicht abgerufene Darlehensbeträge. Damit wäre es dem Darlehensnehmer verwehrt, bis zur vollständigen Inanspruchnahme des bewilligten Baugelddarlehens andere Mittel, etwa Eigenmittel oder nicht grundpfandrechtlich gesicherte Kreditmittel, statt der nicht abgerufenen Darlehensbeträge zur Bestreitung der Kosten des Baus einzusetzen. Soweit das Oberlandesgericht Hamm (BauR 2006, 123, 125; ebenso Joussen in Ingenstau/Korbion, VOB, 18. Aufl., Anhang 1 Rn. 264, zu § 1 BauFordSiG) annimmt, ein Empfang von Baugeld liege schon dann vor, wenn ein Kontokorrentkredit ohne triftigen Grund, der darin liegen könnte, dass andere Zuflüsse ausreichen oder wider

Erwarten eigene Mittel eingesetzt werden sollen, nicht abgerufen wird, findet das in § 1 Abs. 1 GSB keine hinreichende Grundlage.

28 b) Entsprechend diesen Grundsätzen unterlag die Stiftung im Streitfall nicht schon mit der Einräumung der Kreditlinie dem Verwendungsgebot des § 1 Abs. 1 GSB in Bezug auf den gesamten abrufbaren, als Baugeld einzustufenden Darlehensbetrag (vgl. Wolff in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 1 BauFordSiG Rn. 12, zu § 1 BauFordSiG). In den mit der Stiftung abgeschlossenen Darlehensverträgen wird ausdrücklich zwischen der Bereitstellung des Darlehens und der Auszahlung der Darlehensbeträge, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf das Geschäftskonto der Stiftung erfolgte, unterschieden. Die Baugeldverwendungspflicht der Stiftung erstreckte sich entsprechend dem vorstehend Ausgeführten nicht auf nicht abgerufene Darlehensbeträge.

29 c) Nach den vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen ist jedoch davon auszugehen, dass die Stiftung Baugeld jedenfalls in Höhe der klägerischen Forderungen erhalten hat, weshalb sich das Berufungsurteil insoweit im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig darstellt. Das Berufungsgericht hat unangefochten festgestellt, dass die der Stiftung bewilligten Darlehen, bei denen es sich um Kontokorrentkredite handelte, durchschnittlich mit ca. 1 Mio. € valutiert waren und dass der Saldo der Darlehen am 20. September 2007 ca. 1,2 bis 1,3 Mio. € betrug. Der aufgrund eines Kontokorrentkredits als Baugeld empfangene Gesamtbetrag ist zwar nicht unbedingt identisch mit dem zu Gunsten des Kreditinstituts in einem bestimmten Zeitpunkt ausgewiesenen Saldo. Da Kreditzinsen und -kosten den Saldo beeinflussen können, kann der Saldo höher sein als der als Baugeld empfangene Gesamtbetrag (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 1986 - VI ZR 164/84, BauR 1986, 370, 372 = ZfBR 1986, 134). Unter Berücksichtigung der in den Darlehensverträgen

vereinbarten Zinssätze (7 % p.a.), der Laufzeit der Darlehen und der Höhe der genannten Salden ist es jedoch ausgeschlossen, dass der von der Stiftung als Baugeld empfangene Gesamtbetrag geringer ist als die Summe der klägerischen Restwerklohnforderungen.

30 4. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht eine Verletzung der Baugeldverwendungspflicht seitens der Stiftung bejaht, halten der rechtlichen Nachprüfung, wie die Revision der Beklagten mit Recht rügt, nicht stand. Das Berufungsurteil stellt sich jedoch insoweit im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig dar.

31 a) Das Berufungsgericht sieht eine Verletzung der Baugeldverwendungspflicht darin, dass die Stiftung die notwendigen Mittel für die Schlussrechnung vom 11. Juni 2007 nicht aus dem Kontokorrentkredit abgerufen hat. Auf einen solchen Abruf erstreckt sich die Baugeldverwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB indes, wie vorstehend unter II. 3. a) erörtert, nicht.

32 b) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Stiftung die Baugeldverwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB aus anderen Gründen verletzt.

33 aa) Der Baugeldempfänger haftet jedem einzelnen Baugläubiger mit dem gesamten Baugeldbetrag für dessen Bauforderung, bis das Baugeld für Bauforderungen verbraucht ist (BGH, Urteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, BauR 1984, 658, 659 = ZfBR 1984, 276). Für den Beweis eines Verstoßes des Baugeldempfängers gegen die Verwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB genügt regelmäßig der Nachweis, dass dieser Baugeld in mindestens der Höhe der Forderung des Baugläubigers erhalten hat und dass von dem Baugeld nichts mehr vorhanden ist, ohne dass eine fällige Forderung des Baugläubigers erfüllt worden wäre (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 - VII ZR 305/99, BauR 2002,

620, 621 = NZBau 2002, 392 = ZfBR 2002, 349). Sache des in Anspruch Genommenen ist es dann, die (anderweitige) ordnungsgemäße Verwendung des Geldes, d.h. seine Auszahlung an andere Baugläubiger, darzulegen und zu beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 - VII ZR 305/99, aaO; Urteil vom 19. August 2010 - VII ZR 169/09, BauR 2010, 2107 Rn. 17 = NZBau 2010, 746 = ZfBR 2010, 777). Bei einem modifizierten Baugelddarlehen, bei dem der Baugeldanteil nicht ausgewiesen ist, entspricht es dem Schutzzweck des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dem in Anspruch Genommenen die Darlegungs- und Beweislast dafür zuzuweisen, dass die nicht zur Bestreitung von Baukosten verwendeten Gelder einem anderen vertraglich vereinbarten Verwendungszweck zugeführt worden sind, so dass durch die Entnahme dieser Gelder eine Verringerung des der Höhe nach nicht festgelegten Baugeldes nicht eingetreten ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. September 1992 - VI ZR 347/91, BauR 1993, 235). Damit trägt der in Anspruch Genommene bei einem solchen modifizierten Baugelddarlehen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Darlehensmittel insgesamt vertraglich vereinbarten Verwendungszwecken zugeführt worden sind (vgl. Stammkötter, Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen, 2. Aufl., 2003, § 1 Rn. 198). Verbleiben Zweifel, ob Darlehensbeträge für vertraglich vereinbarte Verwendungszwecke ausgegeben worden sind, geht dies zu dessen Lasten (vgl. Stammkötter, aaO § 1 Rn. 198).

34 bb) Im Streitfall sind die genannten Voraussetzungen für den Nachweis eines Verstoßes der Stiftung gegen die Verwendungspflicht des § 1 Abs. 1 GSB erfüllt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist, wie bereits unter II. 3. erörtert, davon auszugehen, dass die Stiftung Baugeld jedenfalls in Höhe der klägerischen Forderungen, darunter der Restwerklohnforderung gemäß der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007, erhalten hat. Nach den von den Parteien nicht in Zweifel gezogenen Ausführungen des Landgerichts ist vom empfange-

nen Baugeld nichts mehr vorhanden. Die Restwerklohnforderung der Klägerin gemäß der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007, bezüglich der die Stiftung am 11. Oktober 2007 unstreitig nach Rechnungsprüfung eine Zahlung in Höhe von 25.494,56 € freigegeben hatte, wurde bis auf einen Betrag von 4.494,56 € nicht erfüllt.

35 cc) Die Kündigung vom 20. September 2007 lässt die zuvor bereits erfolgte Verletzung des § 1 GSB unberührt (vgl. Mergel, Die Sicherung von Bauforderungen in Recht und Praxis, 1989, S. 91).

36 dd) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der vorstehend genannten Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast bei modifizierten Baugelddarlehen angenommen, dass die Beklagten zu 3 und 4 eine ordnungsgemäße Verwendung der ausgezahlten Darlehensbeträge für den vertraglich vereinbarten Darlehenszweck nicht nachgewiesen haben. Ohne Erfolg macht die Revision der Beklagten insoweit geltend, nach dem Inhalt der Darlehensverträge sei eine darlehenszweckwidrige Verwendung ausgeschlossen. Durch die darlehensvertraglichen Vereinbarungen, wonach die Auszahlung von Teilbeträgen vom Baufortschritt und von einer Ankündigung unter Beibringung geeigneter Belege abhängig gemacht wurde, ist eine ordnungsgemäße Verwendung der ausgezahlten Darlehensbeträge nicht nachgewiesen. Denn hiermit ist die konkrete Verwendung der betreffenden, an die Stiftung ausgezahlten Darlehensbeträge nicht belegt. Ohne Erfolg macht die Revision der Beklagten des Weiteren geltend, das Berufungsgericht habe aus dem in der Stiftungssatzung niedergelegten, weit gefassten Stiftungszweck fehlerhafterweise Folgerungen bezüglich der Möglichkeit einer zweckwidrigen Verwendung der ausgezahlten Darlehensbeträge gezogen. Allerdings lässt sich mit dem Stiftungszweck eine zweckwidrige Verwendung nicht belegen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Beklagten eine ordnungsgemäße Verwendung der ausgezahl-

ten Darlehensbeträge für den vertraglich vereinbarten Darlehenszweck nicht nachgewiesen haben.

37 5. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht auch eine persönliche Haftung der Beklagten zu 3 und 4 bejaht.

38 a) Die Beklagten zu 3 und 4 sind als (ehemalige) Mitglieder des Vorstands der Stiftung für einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB passivlegitimiert.

39 aa) Ist der Empfänger von Baugeld eine juristische Person, so haftet auch der gesetzliche Vertreter nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB, wenn er während seiner Amtszeit vorsätzlich Baugelder zweckwidrig verwendet hat und deshalb eine dem Baugläubiger zustehende Werklohnforderung nicht erfüllt wird (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1981 - VI ZR 47/80, BauR 1982, 193, 195 = ZfBR 1982, 75; Urteil vom 19. August 2010 - VII ZR 169/09, BauR 2010, 2107 Rn. 10 = NZBau 2010, 746 = ZfBR 2010, 777). Ohne diesen Zugriff auf die konkret verfügungsbefugte natürliche Person wäre die Schutzfunktion der Vorschrift im typischen Fall der Insolvenz des Baugeldempfängers meist in Frage gestellt (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1981 - VI ZR 47/80, BauR 1982, 193, 195 = ZfBR 1982, 75). Hat die juristische Person, die Baugeld erhalten hat, mehrere gesetzliche Vertreter, unterliegt grundsätzlich jeder von ihnen der Baugeldverwendungspflicht nach § 1 Abs. 1 GSB und haftet für eine zweckwidrige Verwendung (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 1990 - VI ZR 230/89, BauR 1991, 96, 98 f. = ZfBR 1991, 59; RGZ 91, 72, 76 f.). Entsprechendes gilt für Mitglieder eines aus mehreren Personen bestehenden vertretungsberechtigten Organs der juristischen Person, die Baugeld erhalten hat. Interne Zuständigkeitsvereinbarungen in einer mehrgliedrigen Geschäftsleitung können allerdings zu einer Beschränkung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit einzelner

Mitglieder führen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 - VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370, 377 f., zur deliktischen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers einer GmbH für das vorsätzliche Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung; ferner RGZ 91, 72, 76 f.; RGZ 138, 156, 164, jeweils zu Vereinbarungen bezüglich der Geschäftsführung im Zusammenhang mit der Verwendung von Baugeld). Bei mehreren Mitgliedern eines Organs der juristischen Person, die Baugeld empfangen hat, gilt Entsprechendes.

40 bb) Entsprechend diesen Grundsätzen sind die Beklagten zu 3 und 4 als (ehemalige) Mitglieder des Vorstands der Stiftung passivlegitimiert. Sie waren nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts vom Tag des Abschlusses des ersten Darlehensvertrags (23. September 2003) an bis zum Tag der Kündigung der Darlehen (20. September 2007) durchgängig Mitglieder des Vorstands, des gesetzlichen Vertreters (§§ 86, 26 BGB) der Stiftung. Die vorstehend unter II. 4. erörterte Verletzung der Baugeldverwendungspflicht fällt in die Amtszeit der Beklagten zu 3 und 4. Eine für sie günstige interne Zuständigkeitsvereinbarung im Vorstand der Stiftung hinsichtlich der Erfüllung der sich aus dem Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen ergebenden Pflichten, aus der sich eine Beschränkung der Verantwortlichkeit ergeben könnte, haben die Beklagten zu 3 und 4 nicht geltend gemacht.

41 b) Der rechtlichen Nachprüfung hält es im Ergebnis auch stand, dass das Berufungsgericht einen bedingten Vorsatz der Beklagten zu 3 und 4 bejaht hat.

42 aa) Das Berufungsgericht bezieht den Vorsatz der Beklagten auf die fehlende Sicherung der Restwerklohnforderung gemäß der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007 durch Nichtabruf eines entsprechenden Darlehensbetrags. Diese Ausführungen beziehen sich auf eine Verletzung der Baugeldverwendungs-

pflicht, die objektiv nicht besteht, und sind deshalb von einem Rechtsfehler beeinflusst. Aus den vom Berufungsgericht im Übrigen getroffenen Feststellungen ergibt sich jedoch, dass den Beklagten zu 3 und 4 bezüglich der Verletzung der Baugeldverwendungspflicht, die vorstehend unter II. 4. erörtert wurde, bedingter Vorsatz (vgl. dazu BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 - VII ZR 305/99, BauR 2002, 620 = NZBau 2002, 392 = ZfBR 2002, 349) zur Last fällt. Das Berufungsgericht hat unangefochten festgestellt, dass den Vorstandsmitgliedern, darunter den Beklagten zu 3 und 4, die Herkunft der Mittel für die Durchführung des Projekts "D. i. d. S." aus den Darlehen der H. P. VVaG in Form einer Anschubfinanzierung von Anfang an bekannt war. Das Berufungsgericht hat ferner unangefochten festgestellt, dass den Vorstandsmitgliedern, darunter den Beklagten zu 3 und 4, die Umstände der Darlehensgewährung, zu denen die grundpfandrechtliche Absicherung gehört, und die Leistungserbringung der Klägerin, die zur Schlussrechnung vom 11. Juni 2007 geführt hat, bekannt waren.

43 bb) Erfolglos bleibt der Einwand der Beklagten, das Berufungsgericht hätte zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die ehrenamtlich als Vorstandsmitglieder tätig gewesenen Beklagten zu 3 und 4 ebenso wie der ehrenamtlich als Vorstandsmitglied tätig gewesene Beklagte zu 1 einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen seien.

44 (1) Bei der Verletzung des Schutzgesetzes des § 1 GSB ist bezüglich eines Verbotsirrtums das Vorliegen von Vorsatz nach der so genannten Schuldtheorie zu beurteilen (BGH, Urteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, BauR 1984, 658, 659 m.w.N. = ZfBR 1984, 276). Danach entlastet ein Verbotsirrtum nur, wenn er unvermeidbar war. Bei fahrlässigem Verbotsirrtum wird demgegenüber die Sanktion als Vorsatztat nicht ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, aaO m.w.N.). Ein Verbotsirrtum ist nur dann unvermeidbar, wenn der Täter trotz der ihm nach den Umständen des

Falles, seiner Persönlichkeit sowie seinem Lebens- und Berufskreis zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Handelns nicht zu gewinnen vermochte. Das setzt voraus, dass er alle seine geistigen Erkenntniskräfte eingesetzt und etwa auftauchende Zweifel durch Nachdenken und erforderlichenfalls durch Einholung von Rat beseitigt hat. Hätte der Täter bei gehöriger Anspannung seines Gewissens das Unrechtmäßige seines Tuns erkennen können, so ist sein Verbotsirrtum verschuldet (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, aaO m.w.N.).

45 (2) Entsprechend diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Beklagten zu 3 und 4 ebenso wie der Beklagte zu 1 nicht wegen unvermeidbaren Verbotsirrtums von der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB frei sind. Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts wies das Projekt "D. i. d. S." ein Finanzierungsvolumen von 10 bis 12 Mio. € auf. Mit ihm sollte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ein Überschuss von 400.000 € erzielt werden. Angesichts dieser Größenordnung und des Umfangs der im Rahmen dieses Projekts entfalteten Bautätigkeit hätten die Beklagten zu 3 und 4 ebenso wie der Beklagte zu 1 unbeschadet der Ehrenamtlichkeit ihrer Vorstandstätigkeit Anlass gehabt, sich nach den einschlägigen Regeln zu erkundigen und sich damit vertraut zu machen, auch wenn sie ansonsten nicht im Baugewerbe tätig sein sollten. Im Hinblick auf die zentrale Stellung der Stiftung als Darlehensnehmerin und Bauvertragspartei waren die Beklagten zu 3 und 4 ebenso wie der Beklagte zu 1 hiervon auch weder durch die projektbegleitende Einflussnahme der Darlehensgeber noch durch den Abschluss eines Generalplanervertrags zwischen der Stiftung und der P. GmbH, mit dem Architekten- und Ingenieurleistungen übertragen wurden, enthoben.

III. Revision der Beklagten zu 1 und 2

46 Die Revision der Beklagten zu 1 und 2 führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zu deren Nachteil entschieden worden ist, und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

47 1. Der rechtlichen Nachprüfung hält es allerdings aus den vorstehend unter II. 4. genannten Gründen im Ergebnis stand, dass das Berufungsgericht eine Verletzung der Baugeldverwendungspflicht seitens der Stiftung bejaht hat.

48 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann indes eine persönliche Haftung der Beklagten zu 1 und 2 nicht bejaht werden.

49 a) Der Beklagte zu 1 kann als (ehemaliges) Mitglied des Vorstands der Stiftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB persönlich schadensersatzpflichtig sein, wenn er während seiner Amtszeit, die am 2. November 2006 begann, vorsätzlich Baugelder zweckwidrig verwendet hat und deshalb die Restwerklohnforderung gemäß der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007 nicht vollständig erfüllt wurde. Auch der Beklagte zu 2, der seine Tätigkeit als für die Finanzen der Stiftung zuständiger Geschäftsführer am 20. August 2007 aufgenommen hat, kann nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB persönlich schadensersatzpflichtig sein, wenn er während seiner Amtszeit vorsätzlich Baugelder zweckwidrig verwendet hat und deshalb die Restwerklohnforderung gemäß der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007 nicht vollständig erfüllt wurde (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1981 - VI ZR 47/80, BauR 1982, 193, 195 f. = ZfBR 1982, 75, zur Haftung des Prokuristen einer juristischen Person).

50 b) Den Beklagten zu 1 und 2 kann es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht als vorsätzliche Verletzung der Baugeldverwendungspflicht angelastet werden, dass sie nicht für den Abruf der für die Schlussrech-

nung vom 11. Juni 2007 notwendigen Mittel Sorge getragen haben. Insoweit fehlt es aus den vorstehend unter II. 4. a) genannten Gründen bereits an einer objektiven Verletzung der Baugeldverwendungspflicht.

51 3. Das Berufungsurteil stellt sich insoweit nicht im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig dar. Die Feststellungen des Berufungsgerichts, dass die Darlehen der Stiftung durchschnittlich mit ca. 1 Mio. € valutiert waren und dass der Saldo der Darlehen am 20. September 2007 ca. 1,2 bis 1,3 Mio. € betrug, erlauben nicht den Schluss, dass die Beklagten zu 1 und 2 während ihrer jeweiligen Amtszeit Baugelder zweckwidrig verwendet haben. Es fehlt insoweit an hinreichenden Feststellungen, dass die Stiftung während der jeweiligen Amtszeit der Beklagten zu 1 und 2 Baugeld in Höhe der klägerischen Forderungen, darunter der Restwerklohnforderung gemäß der Schlussrechnung vom 11. Juni 2007, erhalten hat oder dass bei der Stiftung während der jeweiligen Amtszeit bereits zuvor erhaltenes Baugeld in dieser Höhe noch vorhanden war.

52 4. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 1 und 2 entschieden worden ist. Der Senat ist nicht in der Lage selbst zu entscheiden. Die Klage ist insoweit auch nicht aus anderen Gründen abzuweisen. Mit dem Einwand, das Berufungsgericht hätte zu dem Ergebnis kommen müssen, dass der ehrenamtlich als Vorstandsmitglied tätig gewesene Beklagte zu 1 einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen sei, hat die Revision der Beklagten aus den vorstehend unter II. 5. genannten Gründen keinen Erfolg.

IV. Revision der Klägerin

53 Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil der Klägerin hinsichtlich des Schadens entschieden worden

ist, der aus der Nichterfüllung der Restwerklohnforderungen gemäß den Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und vom 27. März 2008 resultiert, und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

54 1. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2012 klargestellt, dass sie mit ihrer Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils lediglich hinsichtlich des Schadens erstrebt, der aus der Nichterfüllung der Restwerklohnforderungen gemäß den Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und vom 27. März 2008 resultiert.

55 2. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit in diesem Umfang zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB wegen Nichterfüllung der Restwerklohnforderungen gemäß den Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und vom 27. März 2008 nicht abschließend verneint werden.

56 a) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, eine Haftung der Beklagten könne nicht daraus hergeleitet werden, dass die Stiftung keine Darlehensbeträge zur Bezahlung der Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und vom 27. März 2008 abgerufen hat. Denn der nicht erfolgte Abruf von Darlehensbeträgen stellt, wie vorstehend unter II. 3. a) ausgeführt, keine Verletzung der Baugeldverwendungspflicht dar.

57 b) Gleichwohl kann, wie die Revision der Klägerin mit Erfolg geltend macht, nach dem Sachverhalt, von dem für die Revisionsinstanz auszugehen ist, eine Haftung der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB nicht verneint werden. Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, dass die Stiftung Baugeld in Höhe der klägerischen Forderungen erhalten hat und dass die-

ses Geld während der jeweiligen Amtszeit der Beklagten zweckwidrig verwendet worden ist. Bei diesem Sachverhalt kann ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB wegen Nichterfüllung der Restwerklohnforderungen gemäß den Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und vom 27. März 2008 unbeschadet des Umstands gegeben sein, dass diese Forderungen erst nach Kündigung der Darlehen und nach der Insolvenzantragstellung seitens der Stiftung fällig (vgl. § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B) geworden sind. Zwar bestand für die Stiftung keine Verpflichtung, Werklohnforderungen von Baugläubigern vor Fälligkeit mit Baugeld zu bezahlen (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 15. Februar 2001 - 1 U 49/00, juris Rn. 10). Gleichwohl fällt der Schaden, der in der Nichterfüllung der genannten Restwerklohnforderungen liegt, nicht aus dem Schutzbereich des § 1 GSB heraus. Der Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 GSB setzt nach seinem Schutzzweck nicht voraus, dass der Baugeldempfänger das Baugeld bei pflichtgemäßer Verwendung gerade dem Schadensersatz begehrenden Baugläubiger zugewandt hätte (vgl. Hagenloch, Handbuch zum Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (GSB), 1991, Rn. 312 m.w.N.). Der Baugeldempfänger haftet jedem einzelnen Baugläubiger mit dem gesamten Baugeldbetrag für dessen Bauforderung, bis das Baugeld verbraucht ist (BGH, Urteil vom 10. Juli 1984 - VI ZR 222/82, BauR 1984, 658, 659 = ZfBR 1984, 276). Jeder Baugläubiger kann seinen vollen Ausfall bis zur Höhe des zweckwidrig verwendeten Baugeldes verlangen, freilich mit der Maßgabe, dass der Baugeldempfänger durch Zahlungen in Höhe dieses Betrags an irgendwelche von ihnen gegenüber allen frei wird (vgl. RGZ 138, 156, 159).

58 3. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil der Klägerin hinsichtlich des Schadens entschieden worden ist, der aus der Nichterfüllung der Restwerklohnforderungen gemäß den Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und vom 27. März 2008 resultiert. Der Senat sieht

sich mangels hinreichender Feststellungen insbesondere zur Berechtigung dieser Forderungen nicht in der Lage, selbst zu entscheiden.

V. Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin

59 Eine Entscheidung über die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Berufungsurteil ist nicht veranlasst, weil diese Beschwerde nur hilfsweise für den Fall eingelegt wurde, dass die Revision nur teilweise zugelassen sein sollte, was nicht der Fall ist.

VI.

60 Für die neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

61 1. Entsprechend den Ausführungen unter II. 4. b) ist davon auszugehen, dass die Stiftung Baugeld jedenfalls in Höhe der klägerischen Forderungen erhalten hat und dass vom empfangenen Baugeld nichts mehr vorhanden ist. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Beklagten unter Berücksichtigung der Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast bei modifizierten Baugelddarlehen eine ordnungsgemäße Verwendung der ausgezahlten Darlehensbeträge für den vereinbarten Verwendungszweck nicht nachgewiesen haben, weshalb von einer Verletzung der Baugeldverwendungspflicht seitens der Stiftung auszugehen ist.

62 2. Soweit es um die Haftung der Beklagten zu 3 und 4 für die Nichterfüllung der Restwerklohnforderungen gemäß den Schlussrechnungen vom 12. März 2008 und 27. März 2008 geht, wird das Berufungsgericht Feststellungen zum Vorsatz der Beklagten zu 3 und 4 sowie gegebenenfalls zur Berechtigung dieser Restwerklohnforderungen zu treffen haben. Die Darlegungs- und Beweislast für den Schaden, der dadurch entsteht, dass Baugeld zweckentfremdet wurde, trägt der Baugläubiger (vgl. BGH, Urteil vom 19. August 2010 - VII ZR 169/09, BauR 2010, 2107 Rn. 25 = NZBau 2010, 746 = ZfBR 2010, 777).

63 3. Soweit es um die Haftung der Beklagten zu 1 und 2 für die Nichterfüllung der Restwerklohnforderungen gemäß den Schlussrechnungen vom 11. Juni 2007, 12. März 2008 und 27. März 2008 geht, wird das Berufungsgericht Feststellungen dazu zu treffen haben, ob die Stiftung während der jeweiligen Amtszeit der Beklagten zu 1 und 2 Baugeld in Höhe der klägerischen Forderungen erhalten hat oder ob bei der Stiftung während der jeweiligen Amtszeit der Beklagten zu 1 und 2 bereits zuvor erhaltenes Baugeld in dieser Höhe noch vorhanden war. Die Klägerin ist als Baugläubiger für die Höhe des von der Stiftung als Baugeldempfänger erhaltenen Baugeldes darlegungs- und beweis-

pflichtig (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1986 - VI ZR 287/85, BauR 1987, 229, 230 f. m.w.N. = ZfBR 1987, 86). Diese Darlegungs- und Beweislast bezieht sich auch auf die Zeitpunkte des Erhalts von Baugeld seitens der Stiftung.

Kniffka Safari Chabestari Eick

Kosziol Kartzke

Vorinstanzen:
LG Ellwangen, Entscheidung vom 06.09.2010 - 2 O 319/09 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 25.08.2011 - 10 U 152/10 -