

Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Battis  
Beiersdorfer Weg 42  
12589 Berlin  
Tel: 030 / 64 81 9 47

Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M (Berkeley)  
Torstr. 140  
10119 Berlin  
Tel: 030 / 897 25 164

## **Rechtsgutachten**

BauFordSiG: Praxistauglichkeit und Rechtmäßigkeit aus  
wirtschafts-, insolvenz- und verfassungsrechtlicher Sicht

Auftraggeber: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V.  
Kurfürstenstraße 129  
10785 Berlin

Gutachter: Professor Dr. iur. Christoph G. Paulus, LL.M. (Berkeley),  
Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Battis,  
Unter Mitarbeit von Wiss. Mit. Christoph Ryczewski  
Humboldt-Universität zu Berlin

## **Zusammenfassung**

1. Das Sanktionensystem des BauFordSiG bedient sich längst vergangen geglaubter, archaischer Mittel, indem es den Insolvenzfall zum Anlass einer erheblichen Freiheitsstrafe nimmt – insbesondere ohne dabei wenigstens zwischen verschuldeten und unverschuldeten Insolvenz zu unterscheiden.
2. Darüber hinaus statuiert das Gesetz ein Gebot zu einem Handeln, dessen Resultat im Insolvenzfall typischerweise wieder rückgängig gemacht werden dürfte (Insolvenzanfechtung), und das deswegen in eklatantem Verstoß zu den Geboten des Insolvenzrechts steht.
3. Weiterhin verwischt das BauFordSiG auch noch die strikte Grenzlinie zwischen der mit einer juristischen Person einhergehenden Haftungsbeschränkung und der persönlichen Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft.
4. Zwar ist es ein einleuchtender Gedanke, dass die Verwendung von Baugeldern zur Bezahlung aller am betreffenden Bau Anspruchsberechtigten – einschließlich des Empfängers des Baugeldes – benutzt werden soll. Der hemmende Effekt einer solchen Regelung wird aber ersichtlich, wenn man dieses Verhaltensmuster in einem Gedankenspiel auf die gesamte Wirtschaft überträgt. Dies entspricht nicht einmal ansatzweise den Gegebenheiten und Realitäten moderner wirtschaftlicher Aktivität.
5. Wenn in Folge dessen eingehende Baugelder nicht sofort an die Anspruchsberechtigten ausbezahlt werden können, muss der Empfänger insolvenzfeste Sicherheit leisten. Ob dazu ein treuhänderisch geführtes Sonderkonto genügt, ist nach dem derzeitigen Stand der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung wohl ausgeschlossen, zumindest aber sehr fragwürdig.
6. Daraus folgt, dass der Baugeld-Empfänger anderweitig für Sicherung sorgen muss. Selbst wenn er eine Drittsicherheit stellt, setzt das in erhöhtem Maße Eigenmittel voraus bzw. verteuert den Bau. Soweit er aber keine Drittsicherheiten zu erlangen vermag, fordert das Gesetz ihm – und nur ihm – eine vor dem Hintergrund geringen Eigenkapitalquote der deutschen Gesamtwirtschaft schwer rechtfertigbare hohe Eigenkapitalausstattung ab.
7. Die Neuregelung des BauFordSiG erweist sich als nicht durchführbar und damit nicht praxistauglich. Dies ist zugleich verfassungsrechtlich relevant:

7.1 Zunächst verstößt das BauFordSiG gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

- Verletzt ist schon das aus dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG), folgende Gebot der Rechtsklarheit, denn der Baugeldempfänger kann nicht erkennen, welches konkrete Verhalten der Gesetzgeber von ihm verlangt.
- Weiterhin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insofern vor, als sich die Anordnungen des BauFordSiG teilweise als völlig ungeeignet, jedenfalls aber unzumutbar erweisen, indem sie die Liquidität der Bauwirtschaft einschränken.

7.2 Das BauFordSiG verletzt weiterhin den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Der deutschen Bauwirtschaft wird ein Sonderopfer abverlangt, welches keinen anderen Wirtschaftszweig trifft. Dabei werden Erwartungen an die Liquidität der Bauunternehmen gestellt, die auch für die übrige deutsche Wirtschaft atypisch sind.

7.3 Auch das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) wird verletzt.

- Wiederum weiß der Normadressat nicht, welches Verhalten von ihm zur Vermeidung der Benachteiligung eines Baugeldgläubigers und damit zur Vermeidung einer Strafbarkeit verlangt wird.
- Zudem ist völlig ungeklärt, in welcher Höhe der Baugeldempfänger ohne Risiko einer Strafbarkeit Mittel für Eigenleistungen aus dem Baugeld separieren darf.

7.4 Schließlich liegt eine Verletzung der Unschuldsvermutung (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 11 AEMR und Art. 6 EMRK) vor, denn nach dem Gesetzeswortlaut kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beweislastumkehr auch für die Begründung einer Strafbarkeit gilt.

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Gutachtenauftrag .....</b>	<b>6</b>
<b>B. Vorbemerkung .....</b>	<b>6</b>
<b>C. Die Sanktionen .....</b>	<b>7</b>
I. Strafbarkeit .....	7
1. Eine Pervertierung des Insolvenzgeschehens .....	7
2. Ein Vergleich mit dem Gesellschaftsrecht .....	8
3. Schlussfolgerung .....	8
II. Insolvenzanfechtung .....	9
1. Wirkmechanismus .....	9
2. Gesetzlicher Wertungswiderspruch .....	9
III. Haftungsbegrenzung und ihre Deckung .....	11
1. Persönliche Haftung über § 823 II BGB .....	11
2. Schadensberechnung .....	12
3. Vergleich mit dem Gesellschaftsrecht .....	13
4. Zusammenfassung .....	14
<b>D. Sonderkonto als insolvenzfeste Sicherheit .....</b>	<b>15</b>
I. Bautypen .....	15
II. Sicherungsmodus .....	15
1. Buchhalterische Maßnahmen .....	15
2. Treuhänderisch geführtes Sonderkonto .....	16
a) Trennung der Haftungsmassen .....	16
b) Einfluss des Anfechtungsrechts .....	16
c) Anforderungen an ein Sonderkonto .....	17

d) Praktische Probleme dieser Anforderungen .....	18
3. Alternative Sicherungsmethoden.....	19
a) Verhältnis zum Eigenkapital.....	20
b) Verhältnis zu § 648a BGB.....	21
4. Zusammenfassung .....	21
<b>E. Einzelne Tatbestandselemente.....</b>	<b>22</b>
I. Gesetzesadressat .....	22
II. Auswirkungen des BauFordSiG auf Fälligkeitsvereinbarungen .....	23
<b>F. BauFordSiG und Verfassung.....</b>	<b>24</b>
I. Verstoß gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) .....	24
1. Eröffnung des Schutzbereichs.....	24
2. Eingriff in den Schutzbereich .....	25
3. Rechtfertigung.....	28
a) Wesentlichkeitstheorie .....	28
b) Verhältnismäßigkeit.....	31
II. Kein Verstoß gegen die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) .....	35
III. Verstoß gegen das Gleichheitsgebot(Art. 3 Abs. 1 GG) .....	37
1. Verhältnis zu Art. 12 GG .....	37
2. Ungleichbehandlung .....	37
3. Keine Rechtfertigung.....	38
IV. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG).....	41
V. Verstoß gegen die Unschuldsvermutung.....	44
<b>G. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....</b>	<b>46</b>

## **A. GUTACHTENAUFTRAG**

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. hat die Unterzeichnenden beauftragt, die am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Änderungen des Bauforderungssicherungsgesetzes (im Folgenden: BauFordSiG) aus wirtschafts-, insolvenz- und verfassungsrechtlicher Sicht zu überprüfen.

## **B. VORBEMERKUNG**

Die Vorgängerregelungen des BauFordSiG blicken auf eine exakt 100-jährige Tradition zurück (vgl. GSB von 1909). Das in diesem Gesetz zum Ausdruck gebrachte Anliegen des Gesetzgebers scheint auf den ersten Blick nachvollziehbar: Es soll das im Bereich der Baubranche ohnedies notorisch gravierende Insolvenzrisiko (s. nur Wirtschaft Konkret Nr. 414, Ursachen von Insolvenzen, hgg. von Euler Hermes-Kreditversicherung und ZIS, S. 16) zu Gunsten der in einer sog. Baukette verbundenen Unternehmen, d. h. Baustofflieferanten, Nachunternehmer und Dienstleister verringert werden. Zu diesem Zweck sollen erhaltene Entgeltleistungen weitergeleitet oder zumindest insolvenzfest gesichert werden. Dabei trifft diese Pflicht in einer „Kette“ nicht nur den ersten, sondern jeden Bauunternehmer, der seinerseits Baustofflieferanten etc. beauftragt und Baugeld von seinem Auftraggeber erhalten hat.

Wirtschaftlicher Hintergrund des Gesetzes ist neben der schon angesprochenen Insolvenzanfälligkeit die mit diesem Phänomen korrelierende allgemein gesunkene Zahlungsmoral als flächenübergreifendes Problem. Hinzu kommt die immer wieder einmal problematisierte, gleichwohl aber ganz allgemein als akzeptabel erklärte geringe Eigenkapitalquote der deutschen Wirtschaft (ca. 25 % – in der Baubranche beträgt sie 11,2 %; vgl. Deutsche Bundesbank, Hochgerechnete Angaben aus Jahresabschlüssen deutscher Unternehmen von 1994–2007, abrufbar unter: [www.bundesbank.de/statistik/statistik\\_wirtschaftsdaten\\_tabellen.php](http://www.bundesbank.de/statistik/statistik_wirtschaftsdaten_tabellen.php)).

Setzt man diese Ausgangsdaten in Relation zu der technischen Ausgestaltung im BauFordSiG, zeigen sich – das kann als Ergebnis bereits vorab festgestellt werden – ganz erhebliche Mängel, die die Praxistauglichkeit und Verfassungsmäßigkeit nachhaltig in Frage stellen.

Im Einzelnen ergibt sich das aus folgenden Erwägungen:

## **C. DIE SANKTIONEN**

Die gravierendste Belastung des Gesetzes ergibt sich zweifelsfrei aus der Sanktionsnorm des § 2 BauFordSiG, die explizit einen nicht unbeträchtlichen Strafrahmen (bis zu 5 Jahre) aufstellt und damit implizit die Eigenschaft des § 1 BauFordSiG unterstreicht, ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB zu sein.

### **I. STRAFBARKEIT**

#### **1. Eine Pervertierung des Insolvenzgeschehens**

Diese Sanktion ist an dreierlei Voraussetzungen geknüpft – zum einen die Zahlungseinstellung, die sich vornehmlich (aber nicht zwingend) in der Insolvenz des Baugeldempfängers manifestiert, zum anderen eine Benachteiligung der in § 1 I BauFordSiG genannten Gläubiger, und schließlich eine Kausalität zwischen Zahlungseinstellung und Benachteiligung.

Ein wenig deutlicher ausgedrückt, ist damit ein Unterlassen sanktioniert – nämlich die nicht erfolgte Sicherung der besagten Gläubiger für den Fall, dass sie auf Grund der Zahlungseinstellung bzw. Insolvenz des Schuldners nicht vollständig befriedigt werden, nachdem dieser seinerseits zuvor Baugeld empfangen hatte. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zahlungseinstellung bzw. Insolvenz verschuldet oder unverschuldet erfolgt ist; eine solche Differenzierung ist dem BauFordSiG fremd.

Das aus dieser Sanktion im Umkehrschluss herauszulesende, verhaltenssteuernde Gebot des Gesetzgebers lautet mithin: Wer Empfänger von Baugeld ist, falle erst in die Insolvenz, wenn er alle seine Gläubiger – soweit sie mit ihm über eine Baukette verbunden sind – befriedigt oder aber zumindest hinreichend insolvenzfest abgesichert hat.

Dass dies eine gewisse Pervertierung des Insolvenzphänomens darstellt, ergibt sich zum einen daraus, dass der, der seine Gläubiger befriedigen oder ihnen auch nur Sicherheiten anbieten kann, nur selten insolvent sein dürfte. Hat er dagegen weitere Gläubiger – wie regelmäßig, man denke allein an den Steuerfiskus –, bedeutet die Sonderbehandlung einer bestimmten Gruppe von Gläubigern eine ganz massive Benachteiligung aller anderen. Zur Unterbindung solcher, freilich auf eine jahrtausende-alte Tradition zurückblickende Sonderbehandlungen im Vorfeld von Insolvenzen sieht das Gesetz in den §§ 129 ff. der Insolvenzordnung (InsO) eigene Anfechtungstatbestände vor (dazu noch unten sub 2).

## **2. Ein Vergleich mit dem Gesellschaftsrecht**

Darüber hinaus zeigt sich diese Pervertierung des Insolvenzphänomens recht deutlich aber auch dann, wenn man die im BauFordSiG getroffene Regelung mit einer *prima vista* durchaus vergleichbaren Sanktionierung eines Unterlassens in Parallele setzt – nämlich der (seit dem 1. November 2008) rechtsformneutral geltenden Pflicht der Mitglieder des Vertretungsorgans einer juristischen Person (etc.), ohne schuldhaftes Zögern einen Insolvenzantrag zu stellen, sobald Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingetreten ist, § 15a I InsO. Gemäß Abs. 4 dieser Norm droht demjenigen, der dieser Pflicht nicht nachkommt, eine mögliche Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren.

Das verhaltenssteuernde Gebot des Gesetzgebers lautet in diesem Fall: Wer eine juristische Person leitet, überprüfe kontinuierlich die Solvenz der Gesellschaft; sobald diese nicht mehr vorhanden ist, stelle er unverzüglich einen Insolvenzantrag, um auf diese Weise die Gläubiger vor einem unnötig großen Schaden zu bewahren.

Auf den zweiten Blick erkennt man, dass die Unterschiede zwischen diesen beiden strafbewehrten Unterlassungspflichten eklatant sind: Zwar gehen beide von der Möglichkeit eines Scheiterns aus – d.h. von der Möglichkeit, in ein Insolvenzverfahren zu geraten. Doch akzeptiert die gesellschaftsrechtliche Pflicht des § 15a InsO den mit einem Insolvenzverfahren nun einmal einhergehenden Verlust der Gläubiger; sie will nur sicher stellen, dass dieser Verlust so gering wie möglich ausfällt.<sup>1</sup> Die baurechtliche Pflicht des BauFordSiG dagegen will vor jeglichem Verlust schützen; straffrei geht nur derjenige aus, der erhaltenes Geld unmittelbar weitergeleitet bzw. dessen Auszahlung gesichert hat, bevor er in die Insolvenz fällt.

## **3. Schlussfolgerung**

Auf den Punkt gebracht, ist damit durch den Gesetzgeber geboten, die Gläubiger zu befriedigen, bevor man in ein Insolvenzverfahren geht. Dass das ein durchaus wünschenswertes Szenario ist, steht außer Frage; nicht minder aber, dass dies an den Realitäten des Wirtschaftsleben vollkommen vorbeigeht; wird damit doch das – insbesondere in Krisenzeiten wie der derzeitigen – nur allzu bekannte Wesen ei-

---

<sup>1</sup> Das ist übrigens auch das Anliegen der §§ 283 ff. StGB, die den dort sog. Bankrott unter Strafe stellen.

ner jeden Insolvenz ignoriert. Dem dann auch noch die strafrechtliche Sanktion hinzuzufügen, sprengt jeglichen Rahmen.<sup>2</sup>

Nicht einmal der Staat selbst droht mit strafrechtlichen Sanktionen, wenn ein insolvent gewordener Schuldner nicht noch vor Verfahrenseröffnung beispielsweise die Umsatzsteuer abgeführt hat; der Fiskus ist in diesem Fall Insolvenzgläubiger i.S.d. § 38 InsO. Somit stellt § 2 BauFordSiG einen erstaunlichen Rückfall in archaische Gesetzgebungszeiten zurück – zumal das Gesetz nicht einmal zwischen verschuldeter und unverschuldeter Insolvenz differenziert.

## **II. INSOLVENZANFECHTUNG**

### **1. Wirkmechanismus**

Zu diesem Befund kommt noch eine weitere insolvenzrechtliche Besonderheit hinzu: Würde in dem soeben angesprochenen Fall der Schuldner seiner steuerrechtlichen Pflicht noch vor Verfahrenseröffnung nachkommen und die Vorsteuer an das Finanzamt abführen, wäre diese Sonderbefriedigung im nachfolgend eröffneten Insolvenzverfahren der (in der Praxis höchst realistischen) Gefahr einer vom Insolvenzverwalter auszusprechenden Insolvenzanfechtung ausgesetzt. Nach diesem, in den §§ 129 ff. InsO geregelten Instrumentarium ist eine Rechtshandlung der Rückforderung, § 143 InsO, ausgesetzt, wenn sie die allgemeinen Insolvenzgläubiger benachteiligt. Wenn also beispielsweise die Steuerzahlung binnen 3 Monaten vor der Stellung des Insolvenzantrags erfolgt sein sollte, kann der Verwalter eben diese Zahlung unter den in § 130 InsO aufgelisteten Voraussetzungen von dem Finanzamt zurückverlangen – und das, obgleich das Finanzamt eine Leistung in genau derjenigen Art und Weise erlangt hatte, die es in dieser Form auf Grund Gesetzes von dem Schuldner verlangen konnte; man nennt dies ‚kongruente Deckung‘.

Gibt es bei dieser Leistung aber auch nur kleine Abweichungen von dem Pflichtenplan, etwa indem der nachherige Schuldner statt Zahlung vom eigenen Konto die Vorsteuer von einem anderen überweisen lässt, sind die Anforderungen an die Anfechtbarkeit gemäß § 131 InsO erheblich reduziert; dann nämlich handelt es sich um eine ‚inkongruente Deckung‘.

### **2. Gesetzlicher Wertungswiderspruch**

Das hier angesprochene Recht der Insolvenzanfechtung stellt einen Grundpfeiler des Insolvenzrechts dar; wie schon angedeutet, spielt er in der tagtäglichen Praxis

---

<sup>2</sup> Es ist im vorliegenden Kontext mehr als nur eine historische Reminiszenz, dass etwa im Mittelalter ein Pleitegänger wie ein Dieb bestraft wurde (beachte, dass § 242 StGB den gleichen Strafrahmen wie § 2 BauFordSiG vorsieht). Begründung: Auch er habe seinen Gläubigern das ihnen Gebührende entzogen.

des Insolvenzrechtsgeschehens eine an Bedeutsamkeit und Häufigkeit kaum überbietbare Rolle. Das BauFordSiG weist demgegenüber die Besonderheit aus, dieses Phänomen auszuhebeln (zumindest partiell) bzw. zu ignorieren und verschafft einer bestimmten Kategorie von Gläubigern zumindest vordergründig ein Privileg (und damit einen Status, den die Insolvenzordnung übrigens bewusst abgeschafft hat). Denn die in der Baukette dem Baugeld-Empfänger nachgeordneten Leistungserbringer sind per definitionem allgemeine Gläubiger, die an sich in einem Insolvenzverfahren in die Kategorie der ungesicherten Insolvenzgläubiger gem. § 38 InsO fallen. An dieser Einordnung rüttelt auch das BauFordSiG nicht, indem es die Sanktionen gerade an den (u.a. insolvenzbedingten) Schädigungsfall anknüpft.

Stattdessen beschreitet es aber einen anderen Weg, der sich mit dem Herkommen nur schwerlich vereinbaren lässt. Dazu erst einmal grundsätzlich: Wer als Gläubiger dem Insolvenzrisiko seines Schuldners entkommen möchte, benötigt dafür (regelmäßig<sup>3</sup>) eine dingliche Sicherheit. Die kann entweder von Gesetzes wegen eingeräumt sein, vgl. etwa §§ 647, 648 BGB, oder auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung. Sofern die Sicherheitenbestellung nicht dem (in den letzten Jahren zunehmend schärfer geschliffenen; s. nur Paulus in: FS G. Fischer, 2008, S. 445 ff.) Schwert der Insolvenzanfechtung unterfällt, ist der Gesicherte in der Insolvenz seines Schuldners „fein raus.“

§ 648a BGB geht einen anderen Weg der Sicherung – nämlich einen im Ausgangspunkt schuldrechtlichen: Diese Vorschrift räumt dem sicherungsbedürftigen Unternehmer eines Bauwerks etc. einen Anspruch i.S.v. § 194 I BGB ein, die Bestellung einer Sicherheit von dem Verpflichteten zu verlangen. Doch hat sich diese Verteilung von Anspruch und Pflicht in der Praxis offenbar als wenig tauglich erwiesen; der praktische Anwendungsbereich der genannten Norm ist zumindest dem Vernehmen nach sehr gering (zu § 648a BGB s. noch weiter unten sub B 2 c und e).

In Anbetracht dessen geht das BauFordSiG nunmehr den entgegengesetzten Weg: Statt dem Sicherungsbedürftigen einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherheit zu geben, adressiert es – genau entgegengesetzt – jetzt den Sicherungsgeber, indem es ihm eine korrespondierende Pflicht zur Bestellung einer Sicherheit auferlegt. Auf diese Weise sollen nunmehr die ihm in der Baukette nachfolgenden Gläubiger geschützt werden, indem zu ihren Gunsten Sicherheiten bestellt bzw. ihre Forderungen beglichen werden.

---

<sup>3</sup> Zur Personalsicherheit einer Bürgschaft s. noch unten sub B.

Wie schon weiter oben angedeutet, nötigt das Gesetz damit den Baugeld-Empfänger zur Besserstellung einer bestimmten Kategorie von Gläubigern und damit zu einem Tun, das im Vorfeld einer Insolvenz in Gestalt der rückwirkenden Insolvenzanfechtung gerade untersagt wird. Während das BauFordSiG sagt: „Bevorzuge bestimmte Gläubiger vor anderen“, gebietet die Insolvenzanfechtung: „Bevorzuge keinen deiner Gläubiger im Vorfeld der Insolvenz“. Wenn angesichts eines derartigen Paradoxons die unterlassene Bevorzugung auch noch strafbewehrt ist, schickt der gesetzgebende Staat den Schuldner in ein Karussell von Pflichtenkollisionen, aus dem er – egal, zu welchem Tun er sich entscheidet – ungeschoren nicht herauskommen kann:<sup>4</sup> Handelt er dem BauFordSiG zuwider, wird er bestraft; befolgt er dessen Gebot dagegen, wird das Empfangene den solcherart bevorzugten Gläubigern wieder entzogen. Das ist, zurückhaltend formuliert, keine sinnvolle gesetzliche Regelung.<sup>5</sup>

### **III. HAFTUNGSBEGRENZUNG UND IHRE DECKUNG**

#### **1. Persönliche Haftung über § 823 II BGB**

Neben der strafrechtlichen Sanktion droht den Verantwortungsträgern von Baugeld-Empfängern auch (und selbst) dann eine persönliche Haftung, wenn und soweit diese Empfänger juristische Personen sind. Das ergibt sich aus dem Charakter des § 1 BauFordSiG als eines Schutzgesetzes i.S.d. § 823 II BGB, der durch die strafrechtliche Sanktion des § 2 BauFordSiG nur noch unterstrichen wird.

Demgemäß sind diese Verantwortungsträger einer Haftung mit ihrem Privatvermögen ausgesetzt, wenn die von der Gesellschaft empfangenen Baugelder nicht an die in der Baukette nachfolgenden Unternehmer weitergeleitet worden sind bzw. wenn für derartige Zahlungen keine Sicherheiten geleistet wurden und die Gesellschaft gleichwohl in die Insolvenz gerät.<sup>6</sup> Die für die dieserart potentiell Haftenden wichtigste Frage ist naturgemäß die nach dem Umfang dieser Haftung. Sie richtet sich nach dem Schutzzweck der betreffenden Norm, vorliegend also nach dem des § 1 BauFordSiG,

vgl. BGH NJW 2005, 3137, 3140: Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt wer-

---

<sup>4</sup> In § 28e SGB IV hat übrigens der Staat auch erst jüngst versucht, bestimmte Zahlungspflichten eines Arbeitgebers im Vorfeld einer Insolvenz anfechtungsfest auszugestalten. Unbeschadet dieses dezidiert erklärten Ansinnens des Gesetzgebers umgeht es die überwiegende Rspr. mit der Begründung, dass damit das mit dem Erlass der InsO eingeführte Prinzip, alle insolvenzrechtlichen Privilegien aufzugeben, untergraben würde.

<sup>5</sup> Ganz abgesehen davon, dass mit der Herausgabe des anfechtbar Erlangten die in der Sanktionsnorm des § 2 BauFordSiG angesprochene Benachteiligung der Betroffenen eintreten würde. Ob auf dieses rechtmäßige Verhalten eines Dritten allerdings ein Strafvorwurf aufgebaut werden kann, dürfte freilich fraglich sein.

<sup>6</sup> S. dazu auch Heerdt/Schramm, BauR 2009, 1353, 1354.

den, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deren willen die Rechtsnorm erlassen wurde (BGHZ 27, 137 [140] = NJW 1958, 1041). Notwendig ist ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußere Verbindung (BGHZ 57, 137 [142] = NJW 1972, 36; BGH, NJW 1986, 1329 [1332]; NJW-RR 2003, 1035 = NZG 2003, 727 = ZIP 2003, 806).

Damit wird auch an dieser Stelle aktuell, was weiter oben (sub 1) bereits hinsichtlich des verhaltenssteuernden Gebotes des BauFordSiG vorgetragen wurde: Befriedige oder sichere zumindest die von diesem Gesetz als schutzbedürftig apostrophierten Gläubiger (s. dazu noch unten sub C 1), bevor du in die Insolvenz fällst.

## **2. Schadensberechnung**

Bei Zuwiderhandeln gegen dieses Gebot besteht der Schaden in dem Ausfall, den die in der Baukette nachfolgenden Gläubiger erleiden – also in der Differenz zwischen der im Insolvenzverfahren ausgeschütteten Quote und dem, was sie gehabt hätten, hätte sich der Baugeld-Empfänger gebotsgemäß verhalten. Da die durchschnittliche Befriedigungsquote in Insolvenzverfahren in etwa bei 5 % liegt – dabei sind allerdings nur die eröffneten Insolvenzverfahren zugrunde gelegt, nicht also auch die mangels Masse gar nicht erst eröffneten, § 26 InsO – (sie dürften derzeit etwa bei 40 – 50 % aller Insolvenzfälle liegen), bedeutet das eine persönliche Haftung über § 823 II BGB von durchschnittlich 95 %.

Bei dieser Berechnung ist freilich das außer Acht gelassen, was weiter oben zur Anfechtbarkeit von normgerechten Auszahlungen durch den Baugeld-Empfänger gesagt wurde. Denn der hier mit 95 % angesetzte Schadensumfang könnte sich auf Null reduzieren, wenn und soweit der Insolvenzverwalter in einem nachfolgend eröffneten Insolvenzverfahren die Anfechtungen tatsächlich durchführt. Der insolvente Baugeld-Empfänger hat somit die Chance, sich gegenüber einer Schadensersatzforderung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten zu berufen: „Hätte ich den Geboten des BauFordSiG gemäß gehandelt und hätte die Forderungen gesichert oder erfüllt, wäre das dadurch Erlangte anschließend durch die Insolvenzanfechtung den Empfängern ohnedies wieder entzogen und damit der Masse zugeführt worden.“

Ein solcher Einwand stellt freilich kein Spezifikum gerade des Bau-FordSiG dar; auf rechtmäßiges Alternativverhalten (s. dazu nur Palandt-Heinrichs, 68. Aufl., 2009, Vorb. v § 249 Rz. 105 ff.) kann sich vielmehr jeder Schadensersatzverpflichtete berufen. Allerdings sind hinsichtlich dieser Entlastungsmöglichkeit folgende Einschränkungen zu berücksichtigen: Zum einen trägt der zum Schadensersatz Verpflichtete die Beweislast für den hypothetischen Kausalverlauf (ein Insolvenzverwalter wird regelmäßig die Anfechtung durchführen, muss das aber nicht zwingend tun). Zum anderen ist festzuhalten, dass der Einwand eines rechtmäßigen Alternativverhaltens in der nach wie vor beträchtlichen Anzahl von mangels Masse nicht eröffneten Insolvenz(verfahr)en allein schon deswegen ausgeschlossen ist, weil es dabei mangels eines Insolvenzverfahrens nicht zu einer Insolvenzanfechtung kommen kann.

Auch wenn § 823 II BGB vor die beschriebene Haftung noch den Filter eines eigenständigen Verschuldens gesetzt hat, ist doch rein tatsächlich zu konstatieren, dass dieses Tatbestandsmerkmal in ganz besonders vielen Fällen ganz besonders leicht erfüllt sein kann – insbesondere in Gestalt des (im Nachhinein schnell und ein wenig besserwisserisch erhebaren) Vorwurfes eines dolus eventualis, also eines bedingten Vorsatzes („er hat billigend in Kauf genommen“). Angesichts dieses Befundes ist etwa der Geschäftsführer einer GmbH in seiner persönlichen Haftung demjenigen einer OHG gleichgestellt, vgl. § 128 HGB, oder einem Einzelkaufmann. Die mit der Errichtung einer juristischen Person erstrebte Haftungsbegrenzung ist damit im Falle der Insolvenz obsolet – erneut: ohne dass dabei auch nur, gleichsam als Minimalkorrektiv, zwischen verschuldeter oder unverschuldeter Insolvenz differenziert würde.

### **3. Vergleich mit dem Gesellschaftsrecht**

Das ganze Ausmaß dieser Systemwidrigkeit wird deutlich, wenn man dieses Szenario in Parallele zu dem ebenfalls oben schon angesprochenen gesellschaftsrechtlichen Gebot der rechtzeitigen Antragstellung, § 15a InsO, setzt. Auch dort droht den Verantwortungsträgern eine persönliche Haftung über § 823 II BGB. Der Haftungsumfang ist aber für die sog. Altgläubiger auf den Quotenschaden beschränkt, d.h. auf die Differenz der tatsächlich erhaltenen Insolvenzquote zu derjenigen, die sie im Falle einer rechtzeitigen Antragstellung bekommen hätten. Nur die Neugläubiger, d.h. diejenigen, die nach dem Soll-Zeitpunkt des § 15a InsO Gläubiger geworden sind, erhalten nach ständiger Rspr. (s. etwa die oben zitierte BGH-Entscheidung unmittelbar im Anschluss an das Zitat) das negative Interesse ersetzt.

#### **4. Zusammenfassung**

Zu dem Sanktionensystem des BauFordSiG ist also zusammenfassend festzuhalten,

- dass es sich längst vergangen geglaubter, archaischer Mittel bedient, indem es den Insolvenzfall zum Anlass einer erheblichen Freiheitsstrafe nimmt – insbesondere ohne dabei wenigstens zwischen verschuldeter und unverschuldeter Insolvenz zu unterscheiden.
- Darüber hinaus statuiert das Gesetz ein Gebot zu einem Handeln, dessen Resultat im Insolvenzfall typischerweise wieder rückgängig gemacht werden dürfte (Insolvenzanfechtung), und das deswegen in eklatantem Verstoß zu den Geboten des Insolvenzrechts steht.
- Schließlich verwischt das BauFordSiG auch noch die strikte Grenzlinie zwischen der mit einer juristischen Person einhergehenden Haftungsbeschränkung und der persönlichen Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft.

## **D. SONDERKONTO ALS INSOLVENZFESTE SICHERHEIT**

Wendet man den Blick von der Sanktionenseite des BauFordSiG auf die Tatbestandsseite, so finden sich dort keine expliziten Aussagen darüber, welche Bautypen (also etwa Hausbau, Straßenbau, Spezialtiefbau, Gartenbau, etc.) erfasst sein sollen, noch wie dem oben (sub A 1) formulierten gesetzlichen Gebot Folge geleistet werden soll. Freilich lassen sich die Antworten auf diese Fragen wenigstens mittelbar erschließen:

### **I. BAUTYPEN**

Hinsichtlich der Bautypen wird man aus dem Schutzzweck des Gesetzes folgern müssen, dass jedweder Typus umfasst ist, bei dem eine Baukette existiert oder existieren kann. Denn es sollen die dem Baugeld-Empfänger in der Kette nachfolgenden Gläubiger geschützt werden. Das ist das pauschale Anliegen des BauFordSiG, ohne dass demgegenüber die Gefährdung bei einem besonderen Bautypus (oder mehreren) hervorgehoben wäre. Nicht der Typus ist danach entscheidend, sondern die in der Baubranche offenbar insgesamt als besonders gefährdet eingeschätzte Befriedigungssituation der nachgeordneten Nachunternehmer, Baustofflieferanten und Dienstleister.

Gleiches gilt demgemäß auch dann, wenn Baugeld-Empfänger nicht ein Einzelunternehmen, sondern eine ARGE oder gar eine DACH-ARGE ist.

### **II. SICHERUNGSMODUS**

#### **1. Buchhalterische Maßnahmen**

Die Antwort auf die Frage danach, auf welche Weise ganz konkret dem durch das BauFordSiG aufgestellten Verhaltensgebot Folge zu leisten ist – ob also beispielsweise genügt, wenn der Baugeldempfänger intern eine gesonderte Baukonten- oder/und Kostenaufstellung erbringt –, lässt sich aus den oben (sub A) angesprochenen Sanktionen ermitteln. Indem diese Sanktionen nämlich von dem Baugeld-Empfänger verlangen, dass er Befriedigung gewährt (wie üblich, gewährt Direktleistung bzw. Zug-um-Zug-Leistung den bestmöglichen Insolvenzschutz) oder doch wenigstens Sicherheit, fordern die Sanktionen Insolvenzschutz ein. Dieser Insolvenzschutz kann durch rein interne Buchungs- oder Aufstellungshandlungen des Baugeldempfängers nicht gewährleistet werden.

## **2. Treuhänderisch geführtes Sonderkonto**

### **a) Trennung der Haftungsmassen**

Damit empfangenes Baugeld i.S.d. § 1 III BauFordSiG insolvenzfest gesichert ist, damit es also im Falle eines über das Vermögen des Baugeld-Empfängers eröffneten Insolvenzverfahrens von den durch das Gesetz Geschützten ausgesondert oder doch wenigstens darauf im Wege der abgesonderten Befriedigung zugegriffen werden kann,<sup>7</sup> muss es allerspätestens im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung von dem allgemeinen Vermögen des Schuldners separiert sein. Im Falle von Geld dürfte wohl die einzig mögliche Separierungsform die eines treuhänderisch gehaltenen Sonderkontos sein.

Allerdings ist mit dieser Feststellung keineswegs zugleich die Richtigkeit der Aussage etwa des Bundesrates bestätigt, der in der Begründung Drs. 443/09 (Beschluss) vom 12. Juni 2009 ausführte:

„... es in der Regel nicht erforderlich ist, dass der Bauträger oder Generalunternehmer das Baugeld auf einem Treuhandkonto separiert: Um ein Pfandrecht der Hausbank zu verhindern, genügt regelmäßig ein einfaches, standardisiertes Schreiben, in dem die Bank über die Baugeldeigenschaft informiert wird (BGH NJW-RR 1988, 146). Eine Separierung des Baugeldes wäre erst dann erforderlich, wenn eine konkrete Pfändung durch Dritte droht.“

So sehr es zutrifft, dass der BGH diese Aussage in dem von ihm entschiedenen Fall tatsächlich getroffen hat, so wenig hilfreich ist sie im vorliegenden Kontext. Blendet sie doch die oben schon (sub A 2) thematisierte Bedrohung der Insolvenzanfechtung vollkommen aus.

### **b) Einfluss des Anfechtungsrechts**

Denn nicht nur, dass Zwangsvollstreckungen keineswegs notwendigerweise immer vorangekündigt „ins Haus trudeln“ – § 750 I ZPO gestattet Vollstreckungen schließlich auch bei gleichzeitiger Zustellung des Urteils bzw. der Vollstreckungsklausel – und somit eine vorherige Übergabe des angesprochenen „standardisierten Schreibens“ an die Bank obsolet machen können; vielmehr würde ein derartiges Schreiben auch und besonders eine Gläubigerbenachteiligung – noch dazu eine nachgerade klassische Variante – darstellen, die dem beschriebenen rückwir-

---

<sup>7</sup> S. dazu auch Heerdt/Schramm, BauR 2009, 1353, 1357.

kenden Damokles-Schwert der anfechtungsrechtlichen Rückgängigmachung unterfällt.<sup>8</sup>

Zur Klarstellung und Verdeutlichung dieser Bedrohung erscheint es angezeigt, noch zwei weitere Gesichtspunkte wenigstens kurz anzusprechen:

Erstens gibt es in Gestalt des Anfechtungsgesetzes eine auf die Situation der Zwangsvollstreckung zugeschnittene Parallelregelung zur Insolvenzanfechtung. Danach kann ein Gläubiger auch schon dann, wenn und soweit er im Rahmen einer Zwangsvollstreckung bei seinem Schuldner leer ausgegangen ist, gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen seines Schuldners nach näherer Maßgabe der in den §§ 3 ff. AnfG vorgesehenen Einzeltatbestände anfechten und damit rückgängig machen. Die längste rückwirkende Zeitspanne ist die des § 3 AnfG; sie beträgt 10 Jahre!

Zum Zweiten: Statt diese Anfechtung zu betreiben, kann der in der Vollstreckung leer ausgegangene Gläubiger aber auch (regelmäßig) einen Insolvenzantrag stellen. Dann wird aus der Singularexekution eine Generalexekution, d.h. ein Insolvenzverfahren. Wird ein solches eröffnet, befindet man sich wieder im Anwendungsregime der Insolvenzanfechtung, vgl. § 17 AnfG, deren rückwirkende Zeitabschnitte allesamt mit der Stellung des Insolvenzantrags ansetzen, und deren längste sog. Suspektsfrist ebenfalls 10 Jahre beträgt, § 133 I InsO.

Daraus ergibt sich geradezu zwingend folgendes Handlungsgebot für jeden gesetzeskonform agierenden Baugeld-Empfänger: Da der Eintritt der Insolvenzreife und damit der Zeitpunkt, zu dem ein Insolvenzantrag gestellt werden wird, bei einer ex-ante-Betrachtung nicht exakt vorherbestimmbar ist (und schon gar nicht für den Zeitraum der nachfolgenden 10 Jahre), folgt aus dieser Ungewissheit für die Notwendigkeit der Baugeld-Separierung, dass sie unmittelbar mit Erhalt des Geldes erfolgen muss. Jede spätere Vornahme dieser Handlung könnte für den (niemals völlig auszuschließenden) Fall, dass binnen der nachfolgenden 10 Jahre ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, als eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 133 I InsO interpretiert werden.

### **c) Anforderungen an ein Sonderkonto**

Damit stellt sich die Frage, ob die Anlegung des Baugeldes auf einem eigenen Konto eine hinreichende Insolvenzsicherung darstellt. Dazu hat der BGH erst vor kurzem (BGH ZIP 2008, 469, 470) festgestellt:

---

<sup>8</sup> Diese insolvenzrechtliche Bedrohung übersehen etwa Hänsel/Flache, NJW-Spezial 2009 (Heft 18), 572, 573.

Für eine Aussonderung aufgrund eines Treuhandverhältnisses ist es nach dem auch insoweit maßgeblichen Bestimmtheiterfordernis geboten, das Treugut – soweit es sich um vertretbare Gegenstände handelt – vom eigenen Vermögen des Treuhänders getrennt zu halten. Dies gilt in entsprechender Weise, wenn Forderungen eingezogen werden oder Zahlungen auf ein Bankkonto erfolgen. Eine Aussonderungsbefugnis bezüglich eines Kontoguthabens kann nur dann entstanden sein, wenn es sich um ein ausschließlich zur Aufnahme von treuhänderisch gebundenen Fremdgeldern bestimmtes Konto handelt.“

Ein derartiges Konto, das als Sonderkonto zu führen ist (s. nur Henckel in: Jaeger, Insolvenzordnung, § 47 Rz. 63)<sup>9</sup>, muss also die Besonderheit aufweisen, dass sich auf ihm ausschließlich treuhänderisch gebundenes Geld befinden darf. Dieses Geld darf nicht mit eigenem Geld vermischt sein (s. erneut Henckel, aaO); anderenfalls verliert es seine Eigenschaft, im Insolvenzfall eine zur Aussonderung berechtigte Sicherheit zu sein, und realisiert stattdessen die strafbewehrte Sanktion des § 2 BauFordSiG.

#### **d) Praktische Probleme dieser Anforderungen**

Dieser insolvenzrechtliche Ausgangspunkt versetzt den Empfänger von Baugeld und somit den aus § 1 I BauFordSiG Verpflichteten freilich in eine prekäre Situation: Zunächst einmal dürfte aber evident sein, dass Gründe zwar nicht der rechtlichen Notwendigkeit, aber doch der faktischen Klarheit eindeutig dafür sprechen, dass ein separates Konto pro Baustelle existieren sollte. Nicht nur, dass dadurch die sogleich anzusprechenden Komplikationen überschaubarer gehalten werden; durch die Anlegung getrennter Konten werden auch die Risiken der persönlichen Haftung geringer, weil der Kreis der potentiell Geschädigten auf die jeweilige Baukette beschränkt wird und nicht sämtliche Bauketten erfasst.

Das aus insolvenzrechtlicher Perspektive eigentlich Prekäre ergibt sich jedoch aus dem Erfordernis der Ausschließlichkeit i.V.m. § 1 I S. 2 und II BauFordSiG. Nach diesen Vorschriften kann der Baugeld-Empfänger nämlich Teile des empfangenen Geldes für sich verwenden, wenn und soweit er einen Gläubiger aus der Baukette mit anderen Mitteln befriedigt, bzw. wenn und soweit er eine Leistung an sich selbst<sup>10</sup> erbringen darf. Gleiches, d. h. eine zulässige Eigenverwendung durch den Baugeldempfänger, muss übrigens – entgegen dem Wortlaut des Abs. 1 S. 2 –

---

<sup>9</sup> Ein solches Konto ist auch vor dem Vollstreckungszugriff von dritter Seite durch § 771 ZPO geschützt.

<sup>10</sup> Es sollte nicht unerwähnt bleiben, dass die Unbestimmtheit der Wertfestlegung in § 1 II BauFordSiG – gerade auch in Anbetracht der durch Abs. 4 dem Empfänger auferlegten Beweislast – ein Streitfeld für langwierige „Gutachter-Prozesse“ eröffnet.

auch dann gelten, wenn jene Gläubiger sich über § 648a BGB bereits eine Sicherheit verschafft haben; anderenfalls käme es zur Übersicherung und damit zur Nichtigkeit nach § 138 BGB.

In dem genannten Umfang ist er also der Pflicht entbunden, die auf dem Sonderkonto befindlichen Gelder für die in S. 1 genannten Empfänger zu verwenden. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass es sich insoweit um Eigenmittel handelt. Durch diese potentielle Umwandlung von Fremd- in Eigenmittel unterscheidet sich ein derartiges Baugeld-Sonderkonto von solchen Konten, die etwa der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 27 V WEG für die von ihm vereinnahmten Gelder oder aber der Vermieter für die vom Mieter erhaltene Mietkaution nach § 551 III BGB anlegen muss.

Während bei diesen letztgenannten Konten eine Vermengung nicht möglich ist, ist sie dem Baugeld-Sonderkonto gewissermaßen inhärent. Nach der oben wiedergegebenen Erläuterung des BGH ist damit aber die Aussonderungsfähigkeit (und somit die insolvenzfeste Sicherheit) der Gelder hinfällig, zumindest aber (wenn man vorsichtig argumentieren will) sehr gefährdet. Denn das Konto dient ja dadurch nicht mehr ausschließlich der Aufnahme von Fremdgeldern<sup>11</sup>.

Darüber hinaus ergeben sich weitere höchst praxisrelevante Probleme aus diesem Ausschließlichkeitserfordernis etwa im Hinblick auf die Umsatzsteuer, die auf das Konto mit einbezahlt würde und hinsichtlich derer der Empfänger der Erstattungspflichtige ist. Oder im Hinblick auf die Einsetzbarkeit von Bauforderungen als Kreditsicherheit; denn die Separierung von Fremdgeldern bedeutet gleichzeitig, dass die entsprechenden Forderungen nicht mehr im Wege der Sicherungszession verwendet werden können oder doch zumindest stark an Wert verlieren. Und schließlich: Ein Cash-Pooling von verschiedenen Baugeldern ist natürlich in dem Maße erschwert, als auch auf einem derart poolenden Sonderkonto ausschließlich Fremdgelder liegen dürfen. Inwieweit sich daraus wünschenswerte Synergie- bzw. Einsparungseffekte erzielen lassen, ist zweifelhaft.

### **3. Alternative Sicherungsmethoden**

Wenn demnach die Führung eines Sonderkontos bestenfalls eine in ihrer Bestandskraft äußerst fragwürdige Insolvenzsicherheit bietet, reduzieren sich die Verhaltensoptionen eines Baugeld-Empfängers auf folgende Alternativen:

- Entweder stellt er andere, unantastbar insolvenzfeste Sicherheiten,

---

<sup>11</sup> Dieses Problem übersieht offenbar Leidig, NJW 2009, 2919.

- oder aber er deklariert sämtliche eingehende Baugelder von vornherein als Fremdgelder und verzichtet damit auf die Eigeneinnahmen so lange, bis die gesamte Baukette vollständig (!) befriedigt ist.<sup>12</sup>

**a) Verhältnis zum Eigenkapital**

Beiden Optionen ist allerdings gemeinsam, dass der Baugeld-Empfänger hinreichende Eigenmittel haben muss, um entweder die „Durststrecke“ überstehen zu können, die darin besteht, sich erst dann aus dem empfangenen Baugeld selbst zu befriedigen, wenn die anderen Gläubiger ihren Werklohn zu 100 % erhalten haben. Oder aber der Baugeld-Empfänger hat genügend weitere Eigenmittel, um diese als adäquate Sicherheiten einzusetzen.

Der letztgenannte Fall der Sicherheitenbestellung an bzw. durch Eigenmittel(n) verweist auf den sogleich (sub e) noch gesondert anzusprechenden § 648a BGB bzw. auf die Möglichkeit, beispielsweise eine Bankbürgschaft beizubringen. Gerade im letzteren Fall würde zwar die freie Verfügbarkeit<sup>13</sup> über eingehende Baugelder erlangt; aber naturgemäß zu dem Preis, dass nicht nur diese Service-Leistung der Bank bezahlt, sondern dass auch die spätere eventuelle Rückforderung aus § 774 BGB besichert werden müsste. Dafür müssten im Zweifel die Ansprüche auf Zahlung von Baugeld sicherungshalber zediert werden, so dass der Gewinn der Dispositionsfreiheit über eingegangenes Baugeld wohl komplett aufgesogen würde durch den Verlust an verfügbarem Kredit bei eben dieser bürgenden Bank. Dadurch stellt sich dieses Szenario im Ergebnis als ein Nullsummenspiel dar.<sup>14</sup>

Kurzum, bei all diesen Alternativen zum treuhänderisch gehaltenen Sonderkonto ist der Einsatz von beträchtlichen Eigenmitteln erforderlich. Dass dies in Anbetracht der eingangs bereits erwähnten geringen Eigenkapitaldecke deutscher Unternehmen illusorisch, zumindest aber höchst belastend ist, liegt auf der Hand. Das BauFordSiG erlegt damit der Baubranche eine strafbewehrte Sonderverpflichtung auf, die – soweit ersichtlich – keine andere Wirtschaftsbranche trifft. Dadurch wird ihr eine Eigenkapitalausstattung abverlangt, die zwar durchaus wünschenswert sein mag, die aber atypisch für die restliche Wirtschaft in Deutschland sein dürfte.

---

<sup>12</sup> S. dazu auch Heerdt/Schramm, BauR 2009, 1353, 1358.

<sup>13</sup> Eingeschränkt freilich durch das dann wieder bestehende AGB-Pfandrecht der Bank an eben diesem Konto; vgl. BGH NJW 2001, 3187, 3190; Hänsel/Flache, NJW-Spezial 2009 (Heft 18), 572.

<sup>14</sup> Es mag noch erwähnt werden, dass diese Zusammenhänge natürlich zu einer Verteuerung der jeweiligen Bauwerke führen dürfte.

## **b) Verhältnis zu § 648a BGB**

Es muss freilich der Vollständigkeit halber noch darauf verwiesen werden, dass das gesetzgeberische Verlangen nach hinreichenden Eigenmitteln für die in der Baukette nachfolgenden Anspruchsberechtigten insoweit kein Novum gerade des BauFordSiG darstellt, als § 648a BGB bestimmten Gläubigern dieser Gruppe schon seit längerem einen Anspruch auf eine derartige Sicherheit einräumt. Allerdings ist zum einen der Personenkreis der nach § 648a BGB Berechtigten wesentlich geringer als der durch das BauFordSiG gesicherten Gläubiger; und zum anderen ist dem Vernehmen nach die Praxisrelevanz des § 648a BGB eher gering (s. bereits oben sub B 2).

## **4. Zusammenfassung**

Auch in diesem Abschnitt zeigen sich wieder beträchtliche Probleme mit dem BauFordSiG:

- Zwar ist es ein einleuchtender Gedanke, dass die Verwendung von Baugeldern zur Bezahlung aller am betreffenden Bau Anspruchsberechtigten – einschließlich des Empfängers des Baugeldes – benutzt werden soll. Der hemmende Effekt einer solchen Regelung wird aber ersichtlich, wenn man dieses Verhaltensmuster in einem Gedankenspiel auf die gesamte Wirtschaft überträgt – wenn also beispielsweise ein Autohersteller den empfangenen Kaufpreis für jeden Neuwagen primär für die in der Herstellungskette nachgeschalteten Lieferanten und Dienstleister verwenden müsste. Das mag in überschaubarer Mikrowirtschaft funktionieren, entspricht aber nicht einmal ansatzweise den Gegebenheiten und Realitäten moderner wirtschaftlicher Aktivität.
- Wenn infolgedessen eingehende Baugelder nicht sofort an die Anspruchsberechtigten ausbezahlt werden können, muss der Empfänger insolvenzfeste Sicherheit leisten. Ob dazu ein zu diesem Zweck eingerichtetes, treuhänderisch geführtes Sonderkonto genügt, ist nach dem derzeitigen Stand der insolvenzrechtlichen Rspr. wohl ausgeschlossen, zumindest aber sehr fragwürdig. Denn auf Grund der Ausgestaltung des BauFordSiG ist dieses Konto nicht von vornherein ausschließlich für Fremdgelder bestimmt.
- Daraus folgt, dass der Baugeld-Empfänger anderweitig für Sicherung sorgen muss. Selbst wenn er eine Drittsicherheit – wie etwa eine Bankbürgschaft – stellt, setzt das in erhöhtem Maße Eigenmittel voraus bzw. verteuert den Bau. Soweit er aber keine Drittsicherheiten zu erlangen vermag, fordert das Gesetz ihm – und nur ihm – eine vor dem Hintergrund der eingangs schon erwähnten geringen Eigenkapitalquote der deutschen Gesamtwirtschaft schwer rechtfertigbare hohe Eigenkapitalausstattung ab.

## **E. EINZELNE TATBESTANDELEMENTE**

Das BauFordSiG wirft einige weitere klärungsbedürftige Fragen auf, deren Beantwortung im Folgenden versucht werden soll:

### **I. GESETZESADRESSAT**

Indem § 1 BauFordSiG hauptsächlich von Personen spricht, erfasst diese Vorschrift juristische und natürliche Personen als Anspruchsberechtigte gegenüber dem Baugeldempfänger. Wenn demgegenüber in Abs. 3 Nr. 2 diese Personen als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB apostrophiert werden, ist damit klargestellt, dass es um diejenigen Personen geht, die innerhalb der Baukette jeweils die Verträge geschlossen haben. Als Anspruchsberechtigte gegenüber dem Baugeldempfänger nicht erfasst werden demgegenüber Arbeitnehmer einer solchen Person – also der Geschäftsführer einer GmbH oder der Lehrling des Schreiners. Diese nämlich agieren nicht in der für die Anwendbarkeit des § 14 I BGB erforderlichen Form einer gewerblichen oder selbständigen Tätigkeit; sie sind mithin als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB zu qualifizieren (vgl. nur BAG NJW 2005, 3305; Palandt-Heinrichs / Ellenberger, § 13 Rz. 3).

Der Vollständigkeit halber sei allerdings noch darauf verwiesen, dass die gesetzliche Formulierung wenig glücklich ist, zumindest aber deutlich klarer hätte gefasst werden können. Denn indem § 1 I BauFordSiG auf die an der Herstellung des Baus beteiligten Personen verweist, die auf Grund eines „Werk-, Dienst- oder Kaufvertrags“ involviert sind, bezieht er an sich auch den o.g. Geschäftsführer und Lehrling als Anspruchsberechtigte gegenüber dem Baugeldempfänger ein. Was dann aber offenbar tatsächlich von dem Schutzbereich des Gesetzes erfasst sein soll, folgt dann erst aus der beschriebenen Klarstellung in Abs. 3 Nr. 2.

Freilich wäre es im Rahmen herkömmlicher juristischer Interpretation unbenommen, das Verhältnis der beiden Terminologien („Personen“ in Abs. 1 – „Unternehmer“ in Abs. 3 Nr. 2) anders zu bestimmen. Doch wäre die Annahme, dass etwa auch die Arbeitnehmer des Baugeldempfängers als Anspruchsberechtigte vom Schutzbereich des BauFordSiG erfasst sein sollten, in insolvenzrechtlicher Hinsicht derart systemsprengend, dass das vernünftigerweise dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden sollte. Denn die Bestrafung eines Arbeitgebers dafür, seinen Arbeitnehmern insolvenzbedingt eine Benachteiligung zugefügt zu haben, ist in einem solchen Maße über Kreuz mit allen Tendenzen des neuzeitlichen Insolvenzrechts, dass es vollkommen ausgeschlossen erscheint, dass der Gesetzgeber dies beabsichtigt haben sollte.

## **II. AUSWIRKUNGEN DES BAUFORDSIG AUF FÄLLIGKEITSVEREINBARUNGEN**

Es liegt in der Konsequenz des in Gestalt des BauFordSiG geltenden Rechts, dass Querfinanzierungen von einer Baustelle zur anderen (vorbehaltlich anderweitiger Zahlungsmöglichkeiten) regelmäßig nicht mehr möglich sind. Das hat erhebliche Auswirkungen auf das Leistungsgefüge innerhalb einer jeden Baustelle. Das zeigt sich (wahrscheinlich nicht nur – hinsichtlich der Sicherungszession kann auf bereits Gesagtes verwiesen werden (s. oben sub B 2 c a.E.) –, aber dort ganz besonders) an dem Rechtsphänomen des Zahlungsverzuges. Wenn und soweit eine Eigen- und damit Vorfinanzierung durch den Baugeld-Empfänger nicht möglich ist, muss er auf Grund der Abhängigkeit vom Eingang von Baugeld alle nachfolgenden Fälligkeiten von diesem Eingang abhängig machen.

Wenn also etwa der Bauherr erst nach Abnahme des Bauwerkes (oder vielleicht auch schon vorher nach Fertigstellung eines bestimmten Teilabschnitts) zur (Teil-) Zahlung des Werklohnes verpflichtet ist, ist der Baugeld-Empfänger gut beraten, die Fälligkeit der Forderungen von den an diesem Bauwerk beteiligten Nachunternehmern, Baustofflieferanten und Dienstleistern so zu bestimmen, dass sie nach dem Eingang des Baugeldes liegt. Anderenfalls wäre er genötigt – erneut: vorbehaltlich anderweitiger Leistungserbringungsmöglichkeit –, Verzugszinsen zahlen zu müssen, für deren Rückforderbarkeit keine Rechtsgrundlage existiert.

Ob eine derartige Staffelung praktikabel ist (selbst wenn man einmal unberücksichtigt lässt, dass das Baugeld möglicherweise auch erst in einem – eventuell langwierigen – Prozess eingeklagt werden muss), erscheint fragwürdig. In jedem Fall aber erlegt das BauFordSiG auf diese Weise dem rechtlichen Geschehen bei einem Bau indirekt ein vollkommen neues Korsett an.

Dies mag vielleicht im Ergebnis gewünscht sein. Ohne eine Übergangsregelung und nur mit archaischer Strafandrohung dies erreichen zu wollen, erscheint jedoch unverhältnismäßig und schwerlich rechtsstaatlichen Anforderungen gemäß.

## **F. BAUFORDSIG UND VERFASSUNG**

Die zuvor aus insolvenzrechtlicher Perspektive erörterten Problemfelder sind zugleich verfassungsrechtlich relevant. In Betracht kommt eine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG), des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG), des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) sowie der Unschuldsvermutung (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 11 AEMR, Art. 6 EMRK).

### **I. VERSTOß GEGEN DIE BERUFSFREIHEIT (ART. 12 ABS. 1 GG)**

§§ 1 und 2 BauFordSiG sind mit Art. 12 GG unvereinbar.

#### **1. Eröffnung des Schutzbereichs**

Die Vorschriften knüpfen an die geschäftsmäßige Erbringung von Bauleistungen an. Damit ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung. Unter der Berufswahl ist zunächst die Entscheidung für einen bestimmten Beruf zu verstehen. Dazu gehört auch die Entscheidung, überhaupt einen Beruf zu ergreifen oder aber darauf zu verzichten, den Beruf zu wechseln oder die berufliche Betätigung völlig zu beenden. Als Beruf sind dabei all jene Tätigkeiten anzusehen, die der Erhaltung oder Schaffung einer Lebensgrundlage dienen.

*BVerfG*, Beschluss vom 14. 11. 1984, Az. 1 BvR 14, 1642/82, BVerfGE 68, 256 (267); *BVerfG*, Urteil vom 10. 03. 1992, Az. 1 BvR 454 u. a., BVerfGE 85, 360 (373).

Auf die Berufswahl beschränkt sich der Grundrechtsschutz jedoch nicht. Umfasst ist auch die Ausübung des Berufs, d. h.

„die gesamte berufliche Tätigkeit, [...] insbesondere Form, Mittel und Umfang sowie gegenständliche Ausgestaltung der Betätigung“.

*Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 10. Auflage, München 2009, Art. 12, Rn. 8.

Berufswahl und Berufsausübung sind dabei so eng miteinander verflochten, dass sie als einheitliches Grundrecht zu verstehen sind. Dies bringt die Verfassung zum Ausdruck, indem sie in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG auch Regelungen der Berufsausübung vorsieht. Da hiernach auch die Berufsausübung geschützt ist, braucht eine

genaue Ausdifferenzierung in Berufswahl und Berufsausübung auf der Ebene des Grundrechtstatbestands nicht zu erfolgen.

*Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VI: Freiheitsrechte, § 147, Rn. 59; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, München 2005, Art. 12, Rn. 65; st. Rsp. seit *BVerfG*, Urteil vom 11. 06. 1958, Az. 1 BvR 596/56.

Die Berufsausübungsfreiheit ist äußerst weit zu interpretieren:

„Sie umfasst alle realen Äußerungen, in denen sich ein gewählter Beruf niederschlägt. Hierzu gehören die Material- und Kapitalbeschaffung, **die Organisation der Betriebsabläufe**, die Auswahl und Gestaltung von Anlagen und Geräten, die Erstellung von Angeboten und Leistungen sowie das Einstellen von Mitarbeitern.“

*Manssen*, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, München 2005, Art. 12, Rn. 66.

Insbesondere vom Schutzbereich umfasst sind auch Regelungen, die die **Durchsetzung von Vergütungsansprüchen** betreffen.

*BVerfG*, Urteil vom 30. 03. 1993, Az. 1 BvR 1045/89, 1381/90 und 1 BvL 11/90, BVerfGE 88, 145 (159).

Unzweifelhaft stellt die Erbringung von entgeltlichen Bauleistungen eine berufliche Betätigung dar. Die nunmehr in § 1 BauFordSiG getroffenen Regelungen beeinflussen die Organisation der Betriebsabläufe von Bauunternehmen in erheblichem Maße. Sie werden gezwungen, in erster Linie eine 100 %ige Zahlungssicherheit für die nachgeordneten Leistungserbringer zu gewährleisten. Welche Pflichten sich daraus im Einzelnen ergeben, ist unklar (siehe später unten S. 28 ff.), jedenfalls aber müssen sie ihr eigenes Interesse am Erhalt der Vergütung unter Umständen massiv zurückstellen (siehe unten S. 31 ff.).

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist damit betroffen.

## 2. Eingriff in den Schutzbereich

Die mit dem BauFordSiG getroffene Regelung stellt auch nach jeder Betrachtungsweise einen erheblichen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar.

Zu den Eingriffen im klassischen Sinne zählen insbesondere zielbestimmte, unmittelbar wirkende rechtliche Befehle durch gesetzliche Normen.

Die Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich der Annahme von Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit lässt eine restriktive Tendenz erkennen. Dem haben sich wesentliche Vertreter in der Rechtslehre angeschlossen.

Demnach sollen in der Regel nur solche Vorschriften einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen, die sich in erster Linie an beruflich Tätige richten, also gerade auf die Regelung der Berufsausübung abzielen („subjektiv berufsregelnde Tendenz“). Daneben wird ein Eingriff in die Berufsfreiheit auch dann angenommen, wenn jedenfalls tatsächlich eine „objektiv berufsregelnde Tendenz“ gegeben ist, also eine Regelung in Folge ihrer Gestaltung zumindest objektiv betrachtet in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufes steht.

*Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Lfg. Juni 2006, Art. 12, Rn. 300; *Manssen*, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, München 2005, Art. 12, Rn. 73; *BVerfG*, Beschluss vom 30. 10. 1961, Az. 1 BvR 833/59, BVerfGE 13, 181 (185); *BVerfG*, Beschluss vom 05. 03. 1974, Az. 1 BvL 27/72, BVerfGE 37, 1 (17).

In seiner jüngsten Rechtsprechung ist das *BVerfG* von dieser restriktiven Tendenz wieder abgerückt, indem es auch mittelbar-faktische Eingriffe ohne primär berufsregelnde Tendenz genügen lässt, sofern diese nur in ihren tatsächlichen Auswirkungen zu einer Beeinträchtigung der freien Berufsausübung führen.

*BVerfG*, Urteil vom 30. 03. 2004f, Az. 2 BvR 1520, 1521/01, BVerfGE 110, 226 (254); Für den Schutz vor faktischen Beeinträchtigungen auch *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Lfg. Juni 2006, Art. 12, Rn. 302.

Bei alledem ist es jedoch nicht erforderlich, dass

„die grundrechtlich geschützte Tätigkeit ganz oder teilweise unterbunden wird. Es genügt, dass sie auf Grund der staatlichen Maßnahme **nicht mehr in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann**“.

*BVerfG*, Beschluss vom 12. 06. 2009, Az. 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 198 (209).

Weiterhin: „Art. 12 Abs. 1 GG [...] zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab.“

*BVerfG*, Beschluss vom 12. 06. 2009, Az. 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 198 (209); ebenso *BVerfG*, Beschluss vom 18. 06. 1980, Az. 1 BvR 697/77, BVerfGE 54, 301 (313); *BVerfG*, Beschluss vom 05. 05. 1987, Az. 1 BvR 981/81, BVerfGE 75, 284 (292).

Durch die in § 1 BauFordSiG vorgesehene Regelung werden die Bauunternehmen verpflichtet, jede eingehende Zahlung, die zum Baugeld rechnet, ausschließlich für diejenige Baustelle zu verwenden, der sie zuzuordnen ist. Aus dieser Verpflichtung, jede einzelne Baumaßnahme buchhalterisch zu separieren, ergibt sich gerade für mittlere und größere Bauunternehmen ein kaum zu bewältigender Verwaltungsaufwand, der mit erheblichem zusätzlichem Personalbedarf und daher enormen Kosten verbunden ist. Dies ist

„nach Aussage der Bauwirtschaft nahezu unmöglich, jedenfalls aber unzumutbar aufwändig.“

Begründung zum alternativen Gesetzentwurf, BR-Drs. 443/09, S. 4.

Weiterhin wird die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit der Bauunternehmen stark eingeschränkt, indem bisherige Geschäftspraktiken untersagt bzw. faktisch unmöglich gemacht werden. Durch die Ausweitung des Baugeldbegriffs sind die Unternehmen verpflichtet, einen großen Teil ihrer Zahlungseingänge auf Treuhandkonten ungenutzt liegen zu lassen. Damit wird die Liquidität der Bauunternehmen stark eingeschränkt und ihre wirtschaftliche Leistungskraft vermindert. Die bisher übliche konzerninterne Liquiditätsbündelung zur Zinsoptimierung (sog. „Cashpooling“) ist nicht mehr möglich. Da die zum Baugeld zählenden Zahlungseingänge einem Abtretungsverbot unterliegen, stehen die auf den Treuhandkonten befindlichen Gelder nicht mehr zur Absicherung für notwendige Kredite oder Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften zur Verfügung.

Dieser Eingriff ist von einigem Gewicht: Alle Bauunternehmen, die Baustofflieferanten, Nachunternehmer oder sonstige Dienstleister wie Architekten, Ingenieure oder Gutachter beauftragen, werden so gezwungen, ihre Betätigung völlig neu und entgegen ihren Wünschen zu organisieren.

Die Schwere des Eingriffs zeigt sich aber insbesondere an der starken Sanktionswirkung bei Verstößen gegen die neue Regelung.

Zum einen unterliegen die verantwortlichen Personen in der Führungsebene des Baugeldempfängers der **persönlichen Haftung** aus dem Durchgriffsanspruch nach §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 1, 2 BauFordSiG. Dies betrifft etwa den Geschäftsführer einer GmbH, den Vorstand einer AG etc. Sie alle sehen sich im Falle einer Insolvenz unter Umständen erheblichen ruinösen Schadensersatzforderungen ausgesetzt.

Darüber haben sich die Leitungsebene im Insolvenzfall u. U. strafrechtlich zu verantworten. Es droht eine erhebliche Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren.

Die geschilderte Reglementierung der Betriebsabläufe von Bauunternehmen, insbesondere der Zahlungsabwicklung, stellt nach alledem einen erheblichen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar.

### **3. Rechtfertigung**

Der Eingriff ist auch nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die grundsätzliche Beschränkbarkeit der Berufsfreiheit ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG und unterliegt hiernach dem Gesetzesvorbehalt. Die Verwendung von unbestimmten „Leerformeln“ im BauFordSiG verstößt jedoch gegen die Wesentlichkeitstheorie (a); darüber hinaus wird das Übermaßverbot verletzt (b).

#### **a) Wesentlichkeitstheorie**

Die Verwaltung bedarf für ihr Handeln einer rechtlichen Ermächtigungsgrundlage (Vorbehalt des Gesetzes), und zwar im besonderen Maße im Bereich der Grundrechtseinschränkung. Dies wird im Grundgesetz zwar nicht *expressis verbis* erwähnt, ergibt sich jedoch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).

*BVerfG*, Beschluss vom 08. 08. 1978, Az. 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (126); Grundlegend *BVerfG*, Beschluss vom 28. 10. 1975, Az. 2 BvR 883/73 und 379, 497, 526/74, BVerfGE 40, 237 (248 ff.).

Gemäß der Wesentlichkeitslehre muss das Parlament

„in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen.“

*BVerfG*, Beschluss vom 20. 10. 1982, Az. 1 BvR 1470/80, BVerfGE 61, 260 (275).

„Dabei betrifft die Normierungspflicht nicht nur die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand überhaupt gesetzlich geregelt sein muss, sondern auch, wie weit diese Regelungen im Einzelnen zu gehen haben.“

*BVerfG*, Urteil vom 06. 07. 1999, Az. 2 BvF 3/90, BVerfGE 101, 1 (34).

Gesichert ist, dass ein Gesetz umso ausführlicher und bestimmter sein muss, je umfassender und intensiver durch das Gesetz in Rechtspositionen der Betroffenen eingegriffen werden soll.

*BVerfG*, Beschluss vom 08. 08. 1978, Az. 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (127).

Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Gesetzes müssen dabei so klar benannt sein, dass das Gesetz für den Normadressaten **vollziehbar** ist (sog. „Gebot der Rechtsklarheit“). Die Rechtslage muss für den Betroffenen erkennbar sein, damit er sein **Verhalten danach ausrichten kann**, sich auf das Handeln staatlicher Organe einstellen und entsprechend **planen** kann.

*BVerfG*, Beschluss vom 17. 07. 2003, Az. 2 BvL 1, 4, 6, 16, 18/99, 1/01, BVerfGE 108, 186 (235); *BVerfG*, Beschluss vom 03. 03. 2004, Az. 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (53); *Kleinert/Göres*, NJW 2009, 2713 (2714).

Gemessen an diesen Voraussetzungen sind die im BauFordSiG getroffenen Regelungen wegen der Bedeutung für das Grundrecht der betroffenen Bauunternehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG weitgehend einer parlamentarischen Entscheidung vorbehalten. Dies ergibt sich insbesondere aus der Normierung einer Strafvorschrift in § 2 BauFordSiG, denn das Strafrecht stellt die schärfste aller Sanktionsmöglichkeiten im demokratischen Rechtsstaat dar. Dabei ist es nicht ausreichend, wenn der Gesetzgeber lediglich über die Verpflichtung der ordnungsgemäßen Verwendung von Baugeld und eine entsprechende Sanktionsbewehrung entscheidet. Sofern – wie hier – grundrechtliche Schutzbereiche betroffen sind, ist eine eingehendere gesetzliche Regelung geboten.

*BVerfG*, Urteil vom 06. 07. 1999, Az. 2 BvF 3/90, BVerfGE 101, 1 (35).

Dem werden die im BauFordSiG getroffenen Regelungen nicht gerecht. Der Gesetzgeber regelt hier zwar, welche Zahlungseingänge als Baugeld zu behandeln sind, nämlich jede Leistung, die der Empfänger von einem Dritten im Zusammenhang mit einem Bau oder Umbau erhält, wenn an der Leistung andere Unternehmer in einer Leistungskette beteiligt sind. Die zweckwidrige Verwendung von Baugeld ist mit einem Strafraum von fünf Jahren sanktionsbewehrt. Praktisch wird der Fall der Strafbarkeit in der Insolvenz, und gerade hier entbehrt die gesetzliche Regelung jeder Klarheit: Es ist nicht geregelt, welche Maßnahmen der Empfänger von Baugeld ergreifen muss, um die gegenüber dem Baugeldempfänger Anspruchsberechtigten wirksam für den Fall der Insolvenz zu sichern. Der Gesetzgeber verlangt vom Normadressaten, das Baugeld wirksam insolvenzfest zu schützen, ohne dass zugleich ein Instrumentarium zur Verfügung steht, mit welchem dies erreicht werden kann.

Wie bereits im vorherigen Teil des Gutachtens ausgeführt wurde (vgl. oben S. 9 f.) sieht der Normadressat sich insoweit sogar einem Normwiderspruch ausgesetzt: Während das BauFordSiG gebietet, bestimmte Gläubiger (Baugeldempfänger) vor anderen zu bevorzugen, gebietet das Recht der Insolvenzanfechtung, keinen der Gläubiger in der Insolvenz zu bevorzugen.

Das Verhältnis dieser beiden Gebote zueinander hat der Gesetzgeber ungeregelt gelassen. Der Gesetzgeber schickt den Schuldner dadurch in ein „Karussell von Pflichtenkollisionen“: Wie auch immer er sich entscheidet, sieht er sich der Gefahr ausgesetzt, dass ihm seine Entscheidung nachträglich zum Vorwurf gemacht wird. Handelt er dem BauFordSiG zuwider, wird er bestraft und unterliegt der persönlichen Haftung für Schadensersatzforderungen mit seinem Privatvermögen. Legt er das Geld auf Treuhandkonten an – so die wohl einzige von mehreren denkbaren Handlungsalternativen, die sich nicht von vornherein als völlig unzumutbar erweist – läuft er Gefahr, dass das Empfangene den Gläubigern durch eine Insolvenzanfechtung wieder entzogen wird. Auch dann haftet er ggf. mit seinem Privatvermögen und wird bestraft.

Die Entscheidung, wie sich das Recht der Insolvenzanfechtung zum BauFordSiG verhält, wird dadurch auf die Rechtsprechung verlagert. Der betroffene Normadressat erfährt von der Konkretisierung jedoch erst, wenn bereits über ihn betreffende Sanktionsmaßnahmen entschieden wird, es also gleichsam „zu spät“ ist. Über das von ihm geforderte Verhalten kann der Normadressat nur spekulieren.

Damit kommt auch eine rechtzeitige Konkretisierung der Sicherungspflichten durch die Rechtsprechung nicht in Betracht. Dem Bestimmtheitsgebot würde hierdurch nur Genüge getan, wenn ein Begriff

„in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in [seiner] Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist.“

*BVerfG*, Beschluss vom 23. 05. 1980, Az. 2 BvR 854/79, *BVerfGE* 54, 143 (144 f.).

Davon kann beim BauFordSiG, wie geschildert, keine Rede sein. Es handelt sich hierbei um einen weiteren „Schnellschuss“ des Gesetzgebers. Mit dem beabsichtigten Schutz der Baustofflieferanten, Nachunternehmer und sonstiger Dienstleister vor der Insolvenz des Baugeldempfängers sollte ein isoliert betrachtet „gut gemeintes“ Anliegen umgesetzt werden. Der Gesetzgeber hat es jedoch versäumt, sich um eine Einbettung in das rechtliche Umfeld zu bemühen. Damit werden die Normadressaten einmal mehr über das von ihnen verlangte Verhalten im Unklaren gelassen

Zu derzeit ähnlichen Entwicklungen im Steuerrecht *Kleinert/Göres*, *NJW* 2009, 2713.

Der Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) ist damit verletzt.

## **b) Verhältnismäßigkeit**

Die Regelungen in §§ 1, 2 BauFordSiG verstoßen zudem gegen das Übermaßverbot.

Wie gezeigt, schützt Art. 12 Abs. 1 GG sowohl die Berufswahl- als auch die Berufsausübungsfreiheit (=einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit). Der unterschiedlichen Bedeutung dieser Teilfreiheiten gemäß hat das BVerfG in seiner Stufentheorie versucht, eine differenzierte Schrankensystematik zu errichten. Dabei unterscheidet es zwischen Eingriffen auf der Stufe der Berufsausübung und der Berufswahl, wobei innerhalb der Berufswahl zwischen objektiven und subjektiven Zulassungsschranken differenziert wird. Je stärker der Eingriff in die Rechte des Betroffenen ausfällt, umso größer sind die Anforderungen an dessen Rechtfertigung. Regelungen haben dabei stets auf der „Stufe“ zu erfolgen, die den gerings-

ten Eingriff in die Berufsfreiheit mit sich bringt. Diese „Stufentheorie“ hat sich in Praxis und Rechtslehre durchgesetzt und kann im Wesentlichen als unbestritten bezeichnet werden.

Grundlegend dazu *BVerfG*, Urteil vom 11. 07. 1958, Az. 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (377 ff.); ausführliche Darstellung bei *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Lfg. Juni 2006, Art. 12, Rn. 26 f. und 335 f.

Vorliegend handelt es sich um eine Beschränkung der Berufsausübung. Der Gesetzgeber ist damit zumindest der Verpflichtung nachgekommen, die Beschränkung auf der niedrigsten Ebene zu treffen. Auch hierbei ist er jedoch an strenge Voraussetzungen gebunden. Dazu hat das *BVerfG* festgestellt:

„Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit **vernünftige** Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa **übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen**.“

*BVerfG*, Urteil vom 11. 07. 1958, Az. 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (378), Hervorhebung durch Verfasser.

Ein vernünftiger Grund wäre etwa, „Nachteile und Gefahren für die Allgemeinheit abzuwehren“.

*BVerfG*, Urteil vom 11. 07. 1958, Az. 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (406).

Nach der neueren Rechtsprechung des *BVerfG* kommt dem Kriterium der **Zumutbarkeit von Einschränkungen** für den Betroffenen eine besondere Bedeutung zu. Die Maßnahme darf also den Grundrechtsträger **nicht übermäßig belasten**. Gleichwohl entbindet dies nicht von einer detaillierten (zusätzlich zu berücksichtigenden) Übermaßkontrolle; sie darf sich nicht in bloßen Überlegungen zur Zumutbarkeit verflüchtigen.

*BVerfG*, Beschluss vom 19. 07. 2000, Az. 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, 197 (217 ff.); *BVerfG*, Beschluss vom 05. 12. 2005, Az. 1 BvR 1730/02, DVBl. 2006, 244 (245).

Es kommt mithin darauf an, ob das gewählte Mittel innerhalb der Stufe der Berufsausübung einem legitimen Zweck dient, zur Zielerreichung geeignet und er-

forderlich ist und zudem als verhältnismäßig im engeren Sinne (=zumutbar) angesehen werden kann.

Die Verpflichtung zur Sicherung von Baugeld stellt eine Einschränkung auf der Ebene der Berufsausübung dar. Die gesetzgeberische Zielsetzung – der Schutz von Nachunternehmern vor Insolvenz des Baugeldempfängers – ist zweifelsohne legitim.

Das Instrumentarium des BauFordSiG ist jedoch schon **nicht geeignet**, dieses Ziel überhaupt zu erreichen.

Dies liegt schon daran, dass der Gesetzgeber es versäumt hat, das BauFordSiG in das Regelungsumfeld des Insolvenzrechts einzubetten. Deshalb ergibt sich für den Baugeldempfänger praktisch keine Möglichkeit, das Baugeld insolvenzfest zu sichern.

Der Bundesrat geht dabei hinsichtlich der ersten denkbaren Sicherungsmöglichkeit offensichtlich von falschen Tatsachen und einer falschen Rechtsauffassung aus, wenn er ausführt

„Um ein Pfandrecht der Hausbank zu verhindern, genügt regelmäßig ein einfaches, standardisiertes Schreiben, in dem die Bank über die Baugeldeigenschaft informiert wird (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 1987 – VI ZR 270/86 -, NJW-RR 1988, 146; vgl. auch Nummer 14 Absatz 3 ABG-Banken). Eine Separierung des Baugeldes wäre erst dann erforderlich, wenn eine konkrete Pfändung durch Dritte droht.“

BR-Drs. 443/09 (Beschluss) vom 12. 06. 2009

Hierbei wird im vorliegenden Kontext übersehen, dass Vollstreckungsmaßnahmen auch unangekündigt erfolgen können. Ein standardisiertes Schreiben stellt daher den klassischen Fall einer Gläubigerbenachteiligung dar, die rückgängig gemacht werden dürfte (vgl. dazu ausführlich oben S. 16 f.).

Eine weitere denkbare Alternative, die Separierung des Baugeldes auf Treuhandkonten, ist ebenfalls ungeeignet, da eine insolvenzfeste Sicherung hier mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht erreicht werden kann.

Denn auch die dem Baugeldempfänger nachgeordneten Leistungsempfänger sind im Insolvenzfall allgemeine Gläubiger, die an sich in die Kategorie der ungesicherten Insolvenzgläubiger fallen. Zwar verschafft das BauFordSiG ihnen vordergründig ein Privileg, ändert jedoch nichts an deren ungesicherten Stellung. Kommt es nun zur Insolvenz, kann die Zahlung oder Separierung des Baugeldes angefochten und auf diese Weise den Bauleistungserbringern wieder entzogen werden (sog. Insolvenzanfechtung, vgl. dazu oben S. 9 ff.). Sie stehen dann nicht besser, als wenn die Separierung des Baugeldes unterblieben wäre. Das gesetzgeberische Ziel wird also verfehlt, die getroffenen Regelungen erweisen sich auch an dieser Stelle als ungeeignet.

Weiterhin ergibt sich die Nichteignung des Gesetzes daraus, dass es an den Realitäten des Wirtschaftslebens vollkommen vorbeigeht. Es ist gesamtgesellschaftlich akzeptiert, dass ein Wirtschaftssubjekt scheitern und in die Insolvenz fallen kann; dies geht naturgemäß mit einem Verlust der Gläubiger einher. Es liegt dabei gerade im Wesen der Insolvenz, dass nicht ausreichend Geld vorhanden ist, um alle Gläubiger zu befriedigen. Das BauFordSiG gebietet nun, im Vorfeld dieser finanziell ausweglosen Situation die Gläubiger zu befriedigen und bewehrt dies auch noch mit Strafe. Dies sprengt jeglichen Rahmen; das Wesen der Insolvenz wird vollkommen ignoriert und pervertiert (vgl. ausführlich oben S. 7).

Selbst wenn einzelne Maßnahmen de jure geeignet sein sollten, das gesetzgeberische Ziel überhaupt zu erreichen, erweisen sich diese jedenfalls als unzumutbar.

Wie oben ausführlich erläutert (vgl. oben S. 10 f.; 16 ff.), schützt ein Treuhandkonto nicht mit letzter Sicherheit vor Verlusten durch Insolvenz. Denkbar wäre daher allenfalls, dass der Baugeldempfänger, um den Pflichten des BauFordSiG gerecht zu werden, zunächst auf seinen Anteil verzichtet, und alle eingehenden Gelder als Fremdmittel deklariert (vgl. oben S. 20). Ob eine solche, dem Ausschließlichkeitserfordernis gerecht werdende Anlage überhaupt möglich wäre, wird der Einschätzung der Rechtsprechung unterliegen und kann daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorhergesagt werden.

Einmal unterstellt, dass der aufgezeigte Weg überhaupt rechtlich gangbar wäre, würde dies jedoch erfordern, dass der Baugeldempfänger auf seinen Anteil am Lohn so lange verzichtet, bis die anderen Gläubiger ihren Werklohn zu 100 % erhalten haben. Damit wäre aber die Vergütung für die eigene Leistung des Baugeldempfängers unter Umständen auf Jahre aufgeschoben. Dies ist in Anbetracht

der geringen Kapitaldecke deutscher Bauunternehmen illusorisch, jedenfalls **ruinös belastend** und daher **unzumutbar** (vgl. oben S. 20).

Die Sicherung des Leistungserbringers durch Drittsicherheiten, wie etwa Bürgschaften, dürfte in vielen Fällen ebenfalls nicht zielführend sein. Es kann durch den Baugeldempfänger nicht sichergestellt werden, dass sich in jedem Falle ein Bürge bereiterklärt. Auch hier wären erhebliche Eigenmittel erforderlich; darüber hinaus würde eine Bürgschaft den Bau immens verteuern und daher den Unternehmer im Wettbewerb unverhältnismäßig stark schwächen (vgl. oben S. 20).

Die prekäre Situation der Bauunternehmen wird noch dadurch verschärft, dass das BauFordSiG einerseits – wie soeben geschildert – erhöhte Liquidität fordert, andererseits aber selbst die Liquidität deutscher Bauunternehmen zusätzlich vermindert: Querfinanzierungen von einer Baustelle zur anderen sind regelmäßig nicht mehr möglich; eine Sicherungszession als Baugeld deklarerter Zahlungseingänge ist ebenso wenig möglich.

Nach alledem ist kein geeignetes Sicherungsmittel ersichtlich, mit welchem der Zweck des Gesetzes in zumutbarer Weise erreicht werden könnte.

Das BauFordSiG verstößt demnach nicht nur gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG), sondern stellt sich zudem auch als unverhältnismäßig dar.

Die Berufsfreiheit der Bauunternehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG ist damit verletzt.

## **II. KEIN VERSTOß GEGEN DIE EIGENTUMSFREIHEIT (ART. 14 GG)**

Im Ergebnis nicht verletzt ist das Recht der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG).

Zwar kommt ein solcher Verstoß grundsätzlich in Betracht. Betroffen sein könnte namentlich das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, da die betroffenen Bauunternehmer über das von den Auftraggebern erhaltene Geld mindestens teilweise nicht frei verfügen können, sondern es auf Treuhandkonten einzahlen müssen. Das Eigentum könnte insoweit mit der Pflicht zum zweckgebundenen Umgang belastet sein.

Dies wirft die Frage der Abgrenzung des Art. 14 zu Art. 12 GG auf. Sowohl die Berufsfreiheit als auch die Eigentumsfreiheit schützen in ihren wirtschaftlichen Funktionen die gleiche Freiheitssphäre, nämlich die allgemeine Wirtschaftsfreiheit bzw.

die Freiheit der unternehmerischen Betätigung. Häufig kommt es insoweit zur Idealkonkurrenz.

*Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Lfg. Juni 2006, Art. 12, Rn. 131.

„Allgemein lässt sich diese Idealkonkurrenz auf den Nenner bringen, dass beide Grundrechte dann nebeneinander zur Anwendung berufen sind, wenn die freie Nutzung eines Eigentumsrechts beruflichen Zwecken dient und in dieses Eigentumsrecht eingegriffen wird oder wenn in eine berufliche Tätigkeit eingegriffen wird, die funktionsnotwendig mit der Nutzung eines bestimmten Eigentumsrechts verbunden ist.“

*Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Lfg. Juni 2006, Art. 12, Rn. 146.

Zu differenzieren ist allerdings dann, wenn Rechtspositionen in Rede stehen, die in der Zukunft erst noch erworben werden sollen. Ein Grundrechtsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, der über diese Grundsätze hinausginge, hat das BVerfG bislang nicht anerkannt:

„Mit dieser ‚objektbezogenen‘ Gewährleistungsfunktion schützt Art. 14 Abs. 1 GG jedoch nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, insbesondere schützt er keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten. Daraus folgt auch die grundsätzliche Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 GG: Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Erworbenene, das Ergebnis der Betätigung, Art 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst.“

*BVerfG*, Beschluss vom 16. 03. 1971, Az. 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292 (334 f.); bekräftigt in *BVerfG*, Urteil vom 25. 05. 1993, Az. 1 BvR 345/83, BVerfGE 88, 366 (377); *BVerfG*, Beschluss vom 26. 06. 2002, Az. 1 BvR 558, 1428/91, BVerfGE 105, 252 (277); *BVerfG*, Beschluss vom 05. 02. 2002, Az. 2 BvR 305, 348/93, BVerfGE 105, 17 (32).

Beeinträchtigt ist vorliegend die tatsächliche Möglichkeit, weitere Gewinne mit den nunmehr eingeschränkten Geschäftsmodellen zu erwirtschaften und insoweit ungehinderten Zugriff auf zukünftig zu erzielende Einnahmen zu erhalten. Diese Chance gehört indes nicht zu dem bereits Erworbenen, sondern zur Erwerbstätigkeit. Eine Verletzung des Art. 14 GG scheidet folglich insoweit aus.

### **III. VERSTOß GEGEN DAS GLEICHHEITSGEBOT (ART. 3 ABS. 1 GG)**

Weiterhin verstößt die Ungleichbehandlung der Bauunternehmen gegenüber sonstigen Wirtschaftsunternehmen gegen das Gleichbehandlungsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG). Art. 3 Abs. 1 GG ist insoweit neben der Berufsfreiheit anwendbar (1.); es liegt eine Ungleichbehandlung vor (2.), die nicht gerechtfertigt ist (3.).

#### **1. Verhältnis zu Art. 12 GG**

Der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG steht zur Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG im Verhältnis der **Idealkonkurrenz**, d. h. der allgemeine Gleichheitssatz ist prinzipiell im Rahmen von Regelungen der Berufsfreiheit zu beachten.

*BVerfG*, Beschluss vom 15. 06. 1974, Az. 1 BvL 11/73, BVerfGE 17, 342 (353); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Loseblatt, Lfg. Juni 2006, Art. 12, Rn. 152 f; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, München 2009, Art. 3, Rn. 3.

#### **2. Ungleichbehandlung**

Vorliegend ist eine Ungleichbehandlung gegeben, d. h. eine **unterschiedliche Behandlung** zweier **vergleichbarer Sachverhalte**. Von einer solchen ist schon dann auszugehen, wenn die Sachverhalte nicht völlig anderen rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und in gänzlich anderen systematischen und sozialgeschichtlichen Zusammenhängen stehen.

*Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, München 2009, Art. 3, Rn. 6; *BVerfG*, Beschluss vom 18. 06. 1975, Az. 1 BvL 4/74, BVerfGE 40, 121 (139 f.).

Die Vergleichsgruppe bilden insoweit andere Wirtschaftsunternehmen, die Werkleistungen, Maschinenbauleistungen oder sonstige Leistungen erbringen und nicht einer vergleichbaren Regelung wie dem BauFordSiG unterfallen. Hervorgehoben seien insbesondere die Beispiele der Automobilindustrie, der Nutzmaschinenherstellung, sowie der Produktion von Anlagen zur Energiegewinnung. Auch diese Industriezweige produzieren, ähnlich einem Generalunternehmer, **in äußerst hohem Maße arbeitsteilig**. Auch hier sind eine ganze Reihe von Unternehmen durch Vertragsketten miteinander verbunden; sie bilden ebenso wie die Bauindustrie eine **Wertschöpfungskette**, in welcher eine Vorleistungspflicht besteht. Auch hier sind Nachunternehmer (Zulieferer) schlimmstenfalls von der Insolvenz

bedroht, wenn der Besteller seine Forderungen nicht ausgleicht. Auch hier kann theoretisch die Insolvenz des Bestellers dazu führen, dass der Zulieferer Zahlungsausfälle erleidet. Die Situation weist nach alledem derart frappierende Ähnlichkeit auf, dass ein Unterschied nicht zu erkennen ist. Die Vergleichbarkeit ist damit jedenfalls gegeben.

Die Ungleichbehandlung fällt auch in den Verantwortungsbereich derselben Stelle, nämlich des Bundesgesetzgebers.

Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 21. 12. 1966, Az. 1 BvR 33/64, BVerfGE 21, 54 (68); *BVerfG*, Beschluss vom 12. 05. 1987, Az. 2 BvR 1226/83, 101, 313/84, BVerfGE 76, 1 (79).

Die Verpflichtung zur separierten Verwaltung der Einnahmen für jede Baustelle, an der Baustofflieferanten, Nachunternehmer oder Dienstleister beteiligt sind, stellt eine Einschränkung der unternehmerischen Freiheit und damit eine Interessenbeeinträchtigung dar. Sie wirkt sich damit als **Nachteil** gegenüber anderen Branchen aus.

Eine relevante Ungleichbehandlung ist folglich gegeben.

### 3. Keine Rechtfertigung

Diese Ungleichbehandlung ist auch nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Eine Rechtfertigung scheidet nämlich dann aus,

„wenn der Gesetzgeber eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten **ohne hinreichend gewichtigen Grund** anders behandelt“.

*BVerfG*, Urteil vom 28. 04. 1999, Az. 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97, BVerfGE 100, 138 (174) (Hervorhebung durch Verfasser); ähnlich *BVerfG*, Beschluss vom 14. 10. 1997, Az. 1 BvL 5/89, BVerfGE 96, 315 (325) m. w. N.; st. Rspr.

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 gebietet dem Gesetzgeber, unter **steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken** wesentlich Gleiches gleich [...] zu behandeln.

*BVerfG*, Beschluss vom 15. 07. 1998, Az. 1 BvR 1554/89, 963, 964/94; BVerfGE 98, 365 (385).

Je nachdem, ob die Umstände für oder gegen eine großzügige Prüfung sprechen, unterzieht das *BVerfG* die Ungleichbehandlung einer reinen Willkürkontrolle oder einer strengen Prüfung der Verhältnismäßigkeit.

*Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, München 2009, Art. 3, Rn. 26 mit Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 13. 03. 2007, Az. 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 (101); *Pahlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Band I, Heidelberg 2002, Art. 3, Rn. 55 ff.

In seiner „neuesten Formel“ betont das BVerfG den Zusammenhang des Art. 3 GG mit den Freiheitsrechten. Demnach ist eine besonders strenge Prüfung geboten, wenn neben Art. 3 auch weitere Freiheitsrechte betroffen sind, so wie vorliegend das der **Berufsfreiheit**:

„Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer **strengen Bindung** an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Die Abstufung der Anforderungen folgt aus Wortlaut und Sinn des Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus seinem Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen.

Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. [...]

Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers **umso engere Grenzen gesetzt**, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung **grundrechtlich geschützter Freiheiten** nachteilig auswirken kann. [...].

[Dementsprechend] prüft das Bundesverfassungsgericht bei Regelungen, die [...] sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten **nachteilig auswirken**, im einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung **Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen**, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.“

*BVerfG*, Beschluss vom 26. 01. 1993, Az. 1 BvL 38, 40, 43/92, BVerfGE 88, 87 (96 f.) (Hervorhebung durch den Verfasser); zur „neuesten Formel“ *Pahlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Band I, Heidelberg 2002, Art. 3, Rn. 65.

Diese Grundsätze wiederholend speziell für Art. 3 im Zusammenhang mit der Berufsfreiheit *BVerfG*, Urteil vom 28. 01. 2003, Az. 1 BvR 487/01, BVerfGE 107, 133 (141).

Demnach kommt es vorliegend auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an: Der Rechtfertigungsgrund müsste in einem angemessenen Verhältnis zu dem Grad der Ungleichbehandlung stehen.

„Im Einzelnen muss die Ungleichbehandlung zunächst geeignet sein, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen. Weiter darf i. S. d. Erforderlichkeit keine weniger belastende Differenzierung zur Verfügung stehen. Der verfolgte Zweck muss die Ungleichbehandlung in ihrem gesamten Ausmaß legitimieren. Endlich ist die Verhältnismäßigkeit [im engeren Sinne] zu beachten“

*Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, München 2009, Art. 3, Rn. 26 mit Hinweis auf *BVerfG*, Beschluss vom 20. 03. 1979, Az. 1 BvR 111/74, 283/78, BVerfGE 51, 1 (28); *Rüfner*, in: Bonner Kommentar, Loseblatt, 67. Lfg. Oktober 1992, Art. 3, Rn. 97; *Osterloh*, in: Sachs, Grundgesetz, 5. Auflage, München 2009, Art. 3, Rn. 18 ff.

Diesen Anforderungen wird das BauFordSiG in seiner derzeitigen Fassung nicht gerecht.

Hinsichtlich der generellen Eignung des BauFordSiG zur Erreichung einer Sicherung der Leistungserbringer kann auf die im Rahmen der Berufsausübungsfreiheit getroffenen Aussagen zur Verhältnismäßigkeit verwiesen werden (vgl. oben S. 31 ff.). Hiernach ist das BauFordSiG schon seiner Konzeption nach überhaupt nicht geeignet, eine effektive Sicherung der zu begünstigen gedachten Anspruchsberechtigten zu gewährleisten. Darüber hinaus sind dessen Folgen für die Baugeldempfänger unzumutbar.

Mit der Sicherung des Baugeldes verlangt das BauFordSiG der Baubranche zudem eine Sonderverpflichtung ab, die – soweit ersichtlich – keine andere Wirtschaftsbranche trifft.

Damit wird der Baubranche eine Kapitalausstattung abverlangt, die zwar wünschenswert erscheinen mag, aber auch für die restliche Wirtschaft in Deutschland atypisch sein dürfte (vgl. S. 6). Gerade die jüngsten Diskussionen über Insolvenzen in der Automobilbranche und deren Relevanz für Zulieferbetriebe machen deutlich, dass die Situation hier keineswegs anders ist.

Eine Sonderbehandlung gerade der Baubranche kann damit nicht gerechtfertigt werden.

In Konsequenz dessen verstößt das BauFordSiG auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

#### **IV. VERSTOß GEGEN DAS BESTIMMTHEITSGEBOT (ART. 103 ABS. 2 GG)**

§ 1 und 2 BauFordSiG verstoßen außerdem gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Dieser ist Ausprägung des aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden allgemeinen Bestimmtheitsgrundsatzes, stellt aber noch höhere Anforderungen als dieser.

*BVerfG*, Beschluss vom 26. 09. 1978, Az. 1 BvR 525/77, BVerfGE 41, 168 (181); *BVerfG*, Beschluss vom 22. 06. 1988, Az. 2 BvR 234/87, 1154/86, BVerfGE 78, 374 (381 ff.).

Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet

„den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Adressaten **schon aus dem Gesetz selbst** zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen.“

*BVerfG*, Urteil vom 20. 03. 2002, Az. 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135 (152 f.); *BVerfG*, Beschluss vom 17.01.1978, Az. 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109 (120); *BVerfG*, Beschluss vom 22.10.1980, Az. 2 BvR 1122, 1238/79, BVerfGE 55, 144 (152).

Der Normadressat soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist, damit er sein Verhalten danach ausrichten kann.

Vgl. *BVerfG*, Urteil vom 20. 03. 2002, Az. 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135 (153).

Der Gesetzgeber muss die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso genauer festlegen und präziser bestimmen, je schwerer die von ihm angedrohte Strafe ist.

Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 25.07.1962, Az. 2 BvL 4/62, BVerfGE 14, 245 (251); *BVerfG*, Urteil vom 11.02.1976, Az. 2 BvL 2/73, BVerfGE 41, 314 (320); *BVerfG*, Beschluss vom 06.05.1987, Az. 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329 (342); *BVerfG*, Urteil vom 20.03.2002, Az. 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135 (155 ff.); *BVerfG*, Beschluss vom 08.11.2006, Az. 2 BvR 578, 796/02, BVerfGE 117, 71 (111).

Da Art. 103 Abs. 2 GG keine Eingriffsermächtigung enthält, führen Beeinträchtigungen des Schutzbereichs auch stets zu seiner Verletzung.

*Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, München 2009, Art. 103, Rn 54.

An dieser Stelle ist erneut auf die Pflichtenkollision zurückzukommen, die bereits oben im Rahmen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots erörtert wurde (oben S. 29 ff.)

Die Strafvorschrift des § 2 BauFordSiG regelt lediglich, dass im Insolvenzfall der Baugeldempfänger strafbar ist, wenn eine Gläubigerbenachteiligung dadurch eintritt, dass er den Vorschriften des § 1 BauFordSiG zuwidergehandelt hat.

Der Normadressat weiß nicht, welches Verhalten konkret von ihm erwartet wird, um die Benachteiligung eines Baugeldgläubigers zu vermeiden. Er sieht sich zudem einem Normwiderspruch ausgesetzt. Während das BauFordSiG gebietet, bestimmte Gläubiger (Baugeldempfänger) vor anderen zu bevorzugen, gebietet das Recht der Insolvenzanfechtung, keinen der Gläubiger in der Insolvenz zu bevorzugen.

Das Verhältnis dieser beiden Gebote zueinander hat der Gesetzgeber ungeregelt gelassen. Er schickt den Schuldner in ein „Karussell von Pflichtenkollisionen“ (vgl. oben S. 11). Wie auch immer sich der Baugeldempfänger entscheidet, sieht er sich der Gefahr ausgesetzt, dass ihm seine Entscheidung nachträglich zum Vorwurf gemacht wird. Handelt er dem BauFordSiG zuwider, wird er bestraft und unterliegt der persönlichen Haftung für Schadensersatzforderungen mit seinem Privatvermögen. Legt er das Geld auf Treuhandkonten an – so die wohl einzige von mehreren denkbaren Handlungsalternativen, die sich nicht von vornherein als völlig unzumutbar erweist – läuft er Gefahr, dass das Empfangene den Gläubigern durch eine Insolvenzanfechtung wieder entzogen wird. Auch dann ist er der Gefahr ausgesetzt, bestraft zu werden.

Darüber hinaus ist, selbst wenn man eine Möglichkeit der wirksamen Sicherung einmal unterstellt, völlig ungeklärt, **in welcher Höhe** der Baugeldempfänger Rückstellungen zu bilden hat. So lässt der Wortlaut des BauFordSiG „in Höhe des angemessenen Wertes der von ihm erbrachten Leistungen“ (§ 1 Abs. 2 BauFordSiG) jede Klarheit darüber vermissen, in welcher Höhe der Baugeldempfänger einen Teil des Geldes für eigene Leistungen abziehen darf. Beispielsweise ist nicht sicher, ob davon auch Planungsleistungen sowie allgemeine Bürokosten enthalten sind. Der Baugeldempfänger kann sich insoweit immer dem Vorwurf ausgesetzt sehen, bestimmte Kosten seien ohnehin und unabhängig vom konkreten Bauvorhaben angefallen, während die geschützten Baustofflieferanten, Nachunternehmer und Dienstleister diese Kosten selbstverständlich in ihrer Kalkulation berücksichtigen. Dies stellt den Baugeldempfänger in der Praxis vor immense Probleme, weil gerade von der Definition dessen, was als „Eigenleistung“ zu werten ist, seine Strafbarkeit abhängt. Eine solche Definition fehlt aber in Gänze.

Die Bundesregierung hat dieses Problem erkannt und führt dazu in ihrem – letztlich nur teilweise umgesetzten – Gesetzentwurf aus:

„Es ist nach der Ausweitung des Baugeldbegriffs seit dem 1. Januar 2009 **völlig ungeklärt**, ob und ggf. in welchem Umfang diese eigenen Allgemeinen Geschäftskosten aus empfangenem Baugeld finanziert werden dürfen. **Zur Vermeidung des Risikos der Strafverfolgung** und der persönlichen Haftung müssten die Unternehmen solche Kosten aus nicht zweckgebundenem Eigenkapital vorfinanzieren. Die Beschaffung von „Eigenkapital“ mittels Kreditaufnahme über die Hausbank wird indessen durch die Ausdehnung des Baugeldbegriffs ebenfalls behindert.“

Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13. Mai 2009, BR-Drs. 443/09, S. 4.

Zwar geht der Gesetzgeber nunmehr davon aus, dass auch Allgemeine Geschäftskosten, Gemeinkosten sowie Kosten des eigenen Personals erfasst seien.

Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13. Mai 2009, BR-Drs. 443/09, S. 7.

Dies steht jedoch im diametralen Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung, wonach eben dieses Verhalten einen Verstoß gegen die Baugeldverwendungspflicht darstellt.

*OLG Stuttgart* vom 06. 10. 2004 – 4 U 105/04, BrBp 2005, 340.

Eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Präzisierung hätte deshalb in den Gesetzeswortlaut ausdrücklich Eingang finden müssen.

Der Baugeldempfänger weiß damit letztlich nicht, welches Verhalten von ihm verlangt wird und kann seine Handlungen nicht danach ausrichten.

Das BauFordSiG verstößt damit gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

## **V. VERSTOß GEGEN DIE UNSCHULDSVERMUTUNG**

Weiterhin verstoßen §§ 1, 2 BauFordSiG gegen die Unschuldsvermutung. Diese ist im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verankert, wird auch in Art. 11 AEMR und Art. 6 EMRK gewährleistet und kann jedenfalls über Art. 2 Abs. 1 GG geltend gemacht werden.

*BVerfG*, Beschluss vom 08. 10. 1974, Az. 2 BvR 747 bis 753/73, BVerfGE 38, 105 (115); *BVerfG*, Beschluss vom 26. 03. 1987, Az. 2 BvR 589/79, 740/81, 284/85, BVerfGE 74, 358 (369 ff.); *BVerfG*, Beschluss vom 29. 05. 1990, Az. 2 BvR 254, 1343/88, BVerfGE 82, 106 (114); *BVerfG*, Beschluss vom 14. 01. 2004, Az. 2 BvR 564/95, BVerfGE 110, 1 (22 f.).

„Aus dem Prinzip, dass keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf, folgt die Aufgabe des Strafprozesses, den Strafanspruch des Staates in einem justizförmig geordneten Verfahren durchzusetzen, das eine wirksame Sicherung der Grundrechte des Beschuldigten gewährleistet. Dem Täter müssen deshalb Tat und Schuld nachgewiesen werden. Bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet. [...] Nach alledem verbietet die Unschuldsvermutung, [...] ohne [...] Schuld nachweis Maßnahmen gegen den Beschuldigten zu verhängen [...].“

*BVerfG*, Beschluss vom 26. 03. 1987, Az. 2 BvR 589/79, 740/81, 284/85, BVerfGE 74, 358 (371)

Dem steht die Regelung in § 1 Abs. 4 i. V. m. § 2 BauFordSiG diametral entgegen. Hiernach trifft, sofern die Baugeldeigenschaft streitig ist, die Beweislast den Empfänger. Dieser ist aber zugleich strafbar, wenn sich aus der Baugeldeigenschaft im Insolvenzfall eine Benachteiligung der Gläubiger ergibt. Das Gesetz bürdet damit

dem vermeintlichen Baugeldempfänger die Beweislast dafür auf, dass es sich nicht um Baugeld handele und er daher nicht strafbar sei.

Richtigerweise wird man die Regelung mit Blick auf die Unschuldsvermutung nur verfassungskonform dahingehend auslegen können, dass die Beweislastumkehr zwar im Zivilprozess, nicht aber im Strafverfahren gilt. Der Gesetzeswortlaut stellt dies jedoch nicht ausdrücklich klar.

Selbst wenn die Regelung in diesem Lichte zu lesen ist, so ergibt sich gleichwohl in der Praxis die Gefahr, dass eine unterschiedliche Beurteilung der straf- bzw. zivilrechtlichen Facetten einunddesselben Falles nicht gewährleistet wird. Dies kann sich beispielsweise daraus ergeben, dass sich ein Strafgericht in der Beurteilung eines Falles der vorherigen Behandlung eines Zivilgerichts anschließt, welches seine Erkenntnisse unter Rückgriff auf die Beweislastumkehr gewonnen hat.

Ohne eine Klarstellung, dass die Beweislastumkehr nicht für die strafrechtliche Beurteilung gilt, verstößt der Verweis des § 2 BauFordSiG auf § 1 BauFordSiG gegen die Unschuldsvermutung (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 11 AEMR und Art. 6 EMRK).

## **G. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE**

1. Das Sanktionensystem des BauFordSiG bedient sich längst vergangenen geglaubter, archaischer Mittel, indem es den Insolvenzfall zum Anlass einer erheblichen Freiheitsstrafe nimmt – insbesondere ohne dabei wenigstens zwischen verschuldeter und unverschuldeter Insolvenz zu unterscheiden.
2. Darüber hinaus statuiert das Gesetz ein Gebot zu einem Handeln, dessen Resultat im Insolvenzfall typischerweise wieder rückgängig gemacht werden dürfte (Insolvenzanfechtung), und das deswegen in eklatantem Verstoß zu den Geboten des Insolvenzrechts steht.
3. Weiterhin verwischt das BauFordSiG auch noch die strikte Grenzlinie zwischen der mit einer juristischen Person einhergehenden Haftungsbeschränkung und der persönlichen Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft.
4. Zwar ist es ein einleuchtender Gedanke, dass die Verwendung von Baugeldern zur Bezahlung aller am betreffenden Bau Anspruchsberechtigten – einschließlich des Empfängers des Baugeldes – benutzt werden soll. Der hemmende Effekt einer solchen Regelung wird aber ersichtlich, wenn man dieses Verhaltensmuster in einem Gedankenspiel auf die gesamte Wirtschaft überträgt. Dies entspricht nicht einmal ansatzweise den Gegebenheiten und Realitäten moderner wirtschaftlicher Aktivität.
5. Wenn in Folge dessen eingehende Baugelder nicht sofort an die Anspruchsberechtigten ausbezahlt werden können, muss der Empfänger insolvenzfeste Sicherheit leisten. Ob dazu ein treuhänderisch geführtes Sonderkonto genügt, ist nach dem derzeitigen Stand der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung wohl ausgeschlossen, zumindest aber sehr fragwürdig.
6. Daraus folgt, dass der Baugeld-Empfänger anderweitig für Sicherheit sorgen muss. Selbst wenn er eine Drittsicherheit stellt, setzt das in erhöhtem Maße Eigenmittel voraus bzw. verteuert den Bau. Soweit er aber keine Drittsicherheiten zu erlangen vermag, fordert das Gesetz ihm – und nur ihm – eine vor dem Hintergrund der geringen Eigenkapitalquote der deutschen Gesamtwirtschaft schwer rechtfertigbare hohe Eigenkapitalausstattung ab.
7. Die Neuregelung des BauFordSiG erweist sich als nicht durchführbar und damit nicht praxistauglich. Dies ist zugleich verfassungsrechtlich relevant:

7.1 Zunächst verstößt das BauFordSiG gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

- Verletzt ist schon das aus dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG), folgende Gebot der Rechtsklarheit, denn der Baugeldempfänger kann nicht erkennen, welches konkrete Verhalten der Gesetzgeber von ihm verlangt.
- Weiterhin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insofern vor, als sich die Anordnungen des BauFordSiG teilweise als völlig ungeeignet, jedenfalls aber unzumutbar erweisen, indem sie die Liquidität der Bauwirtschaft einschränken.

7.2 Das BauFordSiG verletzt weiterhin den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Der deutschen Bauwirtschaft wird ein Sonderopfer abverlangt, welches keinen anderen Wirtschaftszweig trifft. Dabei werden Erwartungen an die Liquidität der Bauunternehmen gestellt, die auch für die übrige deutsche Wirtschaft atypisch sind.

7.3 Auch das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) wird verletzt.

- Wiederum weiß der Normadressat nicht, welches Verhalten von ihm zur Vermeidung der Benachteiligung eines Baugeldgläubigers und damit zur Vermeidung einer Strafbarkeit verlangt wird.
- Zudem ist völlig ungeklärt, in welcher Höhe der Baugeldempfänger ohne Risiko einer Strafbarkeit Mittel für Eigenleistungen aus dem Baugeld separieren darf.

7.4 Schließlich liegt eine Verletzung der Unschuldsvermutung (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 11 AEMR und Art. 6 EMRK) vor, denn nach dem Gesetzeswortlaut kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beweislastumkehr auch für die Begründung einer Strafbarkeit gilt.

*L. B. M.*

*T. M. H.*

22. 9. 2009