

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

1. der H... Bau GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer D... und A...,
2. des Herrn D...

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Ingo Frings,
in Sozietät Rechtsanwälte Frings & Höhne,
Wallstraße 15, 02625 Bautzen -

gegen Art. 3 des Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz - FoSiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl I S. 2022)

hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch
die Richterin Hohmann-Dennhardt
und die Richter Gaier,
Paulus

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 27. Januar 2011 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe:

I.

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (Bauforderungssicherungsgesetz - BauFordSiG). 1

1. Das Bauforderungssicherungsgesetz dient dem Zweck, Bauhandwerker und andere Baubeteiligte vor Forderungsausfällen zu schützen. In seiner ursprünglichen Fassung stammt es aus dem Jahr 1909. Die Zunahme der Stadtbevölkerung hatte ab Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland zu einem erheblichen Anstieg des Grundstückshandels und der Nachfrage nach Bauleistungen geführt. Bauunternehmer kauften Grundstücke und errichteten Neubauten, ohne dabei selbst als ausführende Bauhandwerker tätig zu werden. Da das zu bebauende Grundstück regelmäßig als Sicherheit für die Kaufpreisforderung des Grundstücksverkäufers und das zur Finanzierung des Baus aufgenommene Baugelddarlehen diente, waren die ausführenden Bauhandwerker, die mit ihren Arbeiten in Vorleistung getreten waren, bei einem Bankrott des Bauunternehmers nicht hinreichend gesichert und fielen mit ihren For- 2

derungen weitgehend aus (vgl. Jacobi, Bauforderungsgesetz, 1910, S. 1 ff.; Stammkötter, BauFordSiG, 3. Aufl. 2009, Einl. Rn. 1). Diesem Missstand sollte das ursprünglich 67 Paragraphen zählende Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 (RGBl S. 449) entgegenwirken. § 1 verpflichtete den Empfänger von Baugeld, dieses zur Befriedigung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baus aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags beteiligt waren. § 5 enthielt einen Straftatbestand, der im Wesentlichen dem heutigen § 2 BauFordSiG entsprach.

Auf Initiative des Bundesrats wurde das Gesetz durch Artikel 3 des Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz - FoSiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl I S. 2022, berichtet in BGBl I S. 2582) novelliert. Anlass war, dass vor allem Handwerker und mittelständische Unternehmen des Baugewerbes in den neuen Bundesländern seit längerer Zeit erhebliche Forderungsausfälle und daraus resultierende teilweise existenzbedrohende Liquiditätsschwierigkeiten beklagt hatten (vgl. BTDrucks 16/511, S. 1, 11). Durch das Forderungssicherungsgesetz erhielt das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen seinen heutigen amtlichen Kurztitel. Die bedeutendste inhaltliche Änderung war eine erhebliche Ausweitung des Baugeldbegriffs in § 1 Abs. 3 BauFordSiG und damit des Anwendungsbereichs des Gesetzes. Es sollten alle Gelder von der Baugeldverwendungspflicht erfasst werden, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält, auch Eigenmittel (vgl. BTDrucks 16/511, S. 23).

Etwa ein halbes Jahr nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes brachten die Bundesregierung und parallel dazu die Fraktionen der CDU/CSU und SPD einen Gesetzentwurf ein, der darauf abzielte, die Auswirkungen des Bauforderungssicherungsgesetzes für die von der Baugeldverwendungspflicht betroffenen Bauunternehmen abzumildern (BRDrucks 443/09; BTDrucks 16/13159; vgl. dazu BRDrucks 443/09 <Beschluss>). Insbesondere sollte die Verpflichtung entfallen, das Baugeld nur speziell für die konkrete Baumaßnahme zu verwenden, für die es gezahlt wurde. Zur Begründung hieß es, die Ausweitung des Baugeldbegriffs stelle insbesondere die Unternehmen, die eine Vielzahl von Bauwerken gleichzeitig betreuen, in der Praxis vor Umsetzungsprobleme, die erheblichen bürokratischen Aufwand und darüber hinaus unvorhergesehene Liquiditätsprobleme verursachten. Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen wurden jedoch größtenteils nicht umgesetzt. Mit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 29. Juli 2009 (BGBl I S. 2436) wurde letztlich - abgesehen von einer sprachlichen Korrektur - lediglich das Entnahmerecht für Eigenleistungen nach § 1 Abs. 2 BauFordSiG ausgeweitet.

2. Die Beschwerdeführerin zu 1), eine GmbH, ist ein Bauunternehmen mit den Schwerpunkten Verkehrswegebau, Ingenieurhoch- und -tiefbau, Rekonstruktion von Bestandsbauwerken sowie Schlüsselfertigbau. Das Unternehmen beschäftigt nach eigenen Angaben durchschnittlich mehr als 600 Mitarbeiter, errichtet jährlich Bauvor-

haben im Gesamtwert von 140 Mio. € und arbeitet hierbei mit etwa 100 bis 200 Lieferanten und Nachunternehmern zusammen. Der Beschwerdeführer zu 2) ist Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter der Beschwerdeführerin zu 1).

3. Mit der Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 und Art. 103 Abs. 2 GG sowie von Art. 11 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) und Art. 6 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) durch Vorschriften des Bauforderungssicherungsgesetzes. 6

a) Das Gesetz greife in mehrfacher Hinsicht ungerechtfertigt in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit ein. 7

aa) Es sei schon unklar, welches konkrete Verhalten von einem Baugeldempfänger verlangt werde. In Rechtsprechung und Literatur sei umstritten, ob er nach der Neuregelung verpflichtet sei, baustellenbezogene gesonderte Treuhandkonten anzulegen. Schon im Hinblick auf Haftungs- und Strafbarkeitsfolgen sei ein solches Vorgehen geboten. Dadurch sehen die Beschwerdeführer sich aber im Hinblick auf das Insolvenzrecht Normwidersprüchen und Pflichtenkollisionen ausgesetzt. Zudem sei die Errichtung separater Treuhandkonten mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden. Die Liquidität des Unternehmens würde erheblich geschmälert und seine Existenz bedroht. 8

Hinzu komme, dass das Entnahmerecht in § 1 Abs. 2 BauFordSiG nur unbestimmt geregelt sei. Insbesondere angesichts der drohenden Sanktionen verstoße dies gegen das Rechtsstaatsprinzip. Wenn ein Baugeldempfänger zur Vermeidung von Haftungsrisiken auf sein Entnahmerecht verzichte, gefährde dies seine Liquidität und seine wirtschaftliche Existenz zusätzlich. Zudem sei die Erlangung von Krediten zur Zwischenfinanzierung wegen der Einschränkungen durch das Bauforderungssicherungsgesetz erschwert; gleichzeitig bildeten eingegangene Zahlungen „totes Kapital“, das kostenpflichtig verwaltet werden müsse. 9

Außerdem beklagen die Beschwerdeführer, dass die Neuregelung stark in ihre unternehmerische Handlungs- und Entscheidungsfreiheit eingreife. Bisher habe die Beschwerdeführerin zu 1) beispielsweise Baustofflieferanten, Nachunternehmer, Architekten, Ingenieure und Gutachter aus laufenden Baugeldern auch anderer Baustellen bezahlt, um einen zeitnahen Rechnungsausgleich und eine gute Zusammenarbeit sicherzustellen. Diesem „Cash-Pooling“ sei nun die Grundlage entzogen. Die Beschwerdeführerin zu 1) müsse jetzt konkrete Baugeldflüsse abwarten. So könne es bis zu vier Jahren dauern, bis Gläubiger bezahlt würden. 10

Aufgrund der erheblichen zivil- und strafrechtlichen Sanktionsdrohungen wögen die Eingriffe besonders schwer. 11

bb) Die Eingriffe seien aus mehreren Gründen nicht gerechtfertigt. 12

Das Bauforderungssicherungsgesetz genüge schon deshalb nicht den Anforderun- 13

gen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, weil es nicht hinreichend bestimmt sei. Zugleich verstoße es gegen das Übermaßverbot. Es sei schon ungeeignet, um Nachunternehmer im Falle der Insolvenz ihres Auftraggebers vor Forderungsausfällen zu schützen, weil es in Widerspruch zum Insolvenzrecht stehe. Zudem würden Lieferanten und Nachunternehmer letztlich nicht besser, sondern schlechter gestellt, weil sie länger auf ihre Zahlungen warten müssten. Wegen der ihres Erachtens fehlenden Erforderlichkeit des Eingriffs verweisen die Beschwerdeführer auf den ursprünglichen Entwurf zum Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen (BRDrucks 443/09). Im Übrigen sei der Eingriff nicht verhältnismäßig im engeren Sinne.

b) In ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG sehen die Beschwerdeführer sich verletzt, weil sie gegenüber Unternehmen aus anderen Wirtschaftszweigen ungleich behandelt würden. Insoweit verweisen sie auf die Automobilindustrie, Nutzmaschinenherstellung und die Produktion von Energiegewinnungsanlagen. Auch dort werde, ähnlich wie bei einem Generalunternehmer, in hohem Maße arbeitsteilig produziert, und die durch Vertragsketten verbundenen Unternehmen bildeten ebenso wie in der Bauindustrie eine Wertschöpfungskette, in der eine Vorleistungspflicht bestehe. Auch hier seien Nachunternehmer von Zahlungsausfällen bedroht. Eine weitere Vergleichsgruppe bildeten ausländische Bauunternehmen, die deutsche Baustellen bearbeiteten. Zwar seien auch sie vom Bauforderungssicherungsgesetz erfasst, es gelte aber ausländisches Insolvenzrecht.

14

c) Zudem verstoße die Neufassung des Bauforderungssicherungsgesetzes gegen Art. 103 Abs. 2 GG. Die Strafvorschrift in § 2 BauFordSiG entspreche nicht dem Bestimmtheitsgebot, weil die Verhaltenspflichten unklar seien und Widersprüche zum Insolvenzrecht bestünden.

15

d) Schließlich verstoße § 1 Abs. 4 in Verbindung mit § 2 BauFordSiG gegen die Unschuldsvormutung aus Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 11 AEMR, Art. 6 EMRK.

16

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung. Ihre Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte der Beschwerdeführer angezeigt. Sie ist zum Teil unzulässig, im Übrigen unbegründet.

17

1. Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, soweit die Beschwerdeführer Verletzungen von Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 und Art. 103 Abs. 2 GG geltend machen. Zulässig ist sie jedoch, soweit eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG gerügt wird.

18

a) Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG rügen, genügt die Verfassungsbeschwerde nicht den Begründungsanforderungen aus § 23 Abs. 1 Satz 2 und § 92 BVerfGG. Aus diesen Vorschriften folgt, dass ein Beschwerdeführer aufzeigen muss, inwieweit durch die angegriffene Maßnahme das bezeich-

19

nete Grundrecht verletzt sein soll (vgl. BVerfGE 99, 84 <87>). Er muss substantiiert darlegen, mit welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen die angegriffene Maßnahme kollidieren soll; die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ist deutlich zu machen (vgl. BVerfGE 108, 370 <386 f.>). Bei der Rüge eines Verstoßes gegen das allgemeine Gleichheitsgebot obliegt es ihm, darzulegen, zwischen welchen konkreten Vergleichsgruppen eine Ungleichbehandlung bestehen soll (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. März 2008 - 1 BvR 1243/04 -, juris, Rn. 6), und sich mit nahe liegenden Gründen für die Differenzierung auseinanderzusetzen (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 28. August 2010 - 1 BvR 1141/10 -, juris, Rn. 15). Dem wird die Beschwerdebegründung nicht gerecht. Der bloße Verweis auf bestimmte andere Wirtschaftszweige und den dort ebenfalls praktizierten Einsatz von Nachunternehmern reicht als Benennung einer konkreten Vergleichsgruppe nicht aus. Auch im Hinblick auf ausländische Bauunternehmen wird schon die angebliche Ungleichbehandlung nicht hinreichend substantiiert aufgezeigt; eine Auseinandersetzung mit nahe liegenden Differenzierungsgründen fehlt völlig.

b) Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 20 Abs. 3 und Art. 103 Abs. 2 GG rügen, ist die Verfassungsbeschwerde ebenfalls unzulässig. 20

aa) Soweit die Beschwerdeführerin zu 1) geltend macht, durch § 2 BauFordSiG in den genannten Rechten verletzt zu sein, steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde schon entgegen, dass die Beschwerdeführerin zu 1) von dieser Vorschrift nicht selbst betroffen ist. Als juristische Person kann sie nicht Täterin oder Teilnehmerin einer Straftat sein. Eine eigene rechtliche Betroffenheit dadurch, dass beispielsweise ihrem Geschäftsführer, dem Beschwerdeführer zu 2), Strafbarkeit droht, ist weder dargetan noch ersichtlich. 21

bb) Der Beschwerdeführer zu 2) ist zwar Adressat des Straftatbestands. Insoweit ist die Verfassungsbeschwerde aber unzulässig, weil sie nicht hinreichend substantiiert begründet ist (§ 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG). 22

(1) Dies gilt zunächst für die Rüge eines Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung. Diese verbietet es, ohne gesetzlichen, prozessordnungsgemäßen Schuldnachweis Maßnahmen gegen einen Beschuldigten zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen und ihn verfahrensbezogen als schuldig zu behandeln (vgl. BVerfGE 74, 358 <371>). Der Verfassungsbeschwerde ist nicht zu entnehmen, inwieweit sich die Beweislastregel des § 1 Abs. 4 BauFordSiG in einem Strafprozess zu Ungunsten des Beschwerdeführers zu 2) auswirken könnte. Es handelt sich erkennbar um eine Regelung für den Zivilrechtsstreit um Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) in Verbindung mit § 1 BauFordSiG (vgl. auch BTDrucks 16/511, S. 23). 23

(2) Auch die Rüge eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG wird nicht substantiiert begründet. Die Vorschrift enthält unter anderem ein striktes Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung 24

gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (stRspr; vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a. -, NJW 2010, S. 3209 <3210> m.w.N.). Bei der verfassungsgerichtlichen Prüfung ist zu unterscheiden zwischen der Frage, ob ein gesetzlicher Straftatbestand hinreichend bestimmt ist, und der Prüfung, ob eine bestimmte Auslegung dieses Straftatbestands durch die Strafgerichte den aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Anforderungen genügt (vgl. beispielsweise BVerfGE 73, 206 <239>; 92, 1 <13 f.>; BVerfG, NJW 2010, S. 3209 <3212 ff., 3215 ff.>).

Gegenstand der vorliegenden Verfassungsbeschwerde sind unmittelbar die Vorschriften des Bauforderungssicherungsgesetzes. Unter dem Aspekt der Bestimmtheit einer Strafnorm kommt es in erster Linie auf deren Wortlaut an (vgl. BVerfGE 71, 108 <115>). Auf den Wortlaut der von ihnen als zu unbestimmt gerügten Vorschriften gehen die Beschwerdeführer jedoch nicht ein. Sie legen ihren Ausführungen vielmehr sogleich eine bestimmte auch im Schrifttum vertretene (vgl. Wittjen, ZfBR 2009, S. 418 <421>; Kölbl, NZBau 2010, S. 220 <221 ff.>; Heidland, ZInsO 2010, S. 737 <744 ff.>) Auffassung über die Reichweite der Baugeldverwendungspflicht zugrunde, die sich ihrerseits auf eine einzelne Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 13. Oktober 1987 - VI ZR 270/86 -, NJW 1988, S. 263 <265>) zur alten Fassung der Norm stützt, hinsichtlich der konkreten Anforderungen an das Verhalten des Baugeldempfängers allerdings deutlich über diese hinausgeht. Allein auf dieser Grundlage rügen die Beschwerdeführer angebliche Unklarheiten und Normwidersprüche. Es ist aber nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, im Rahmen der vorliegenden Rechtssatzverfassungsbeschwerde eine bestimmte im Schrifttum vertretene Auslegung der angegriffenen Normen am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zu prüfen. Prüfungsgegenstand im vorliegenden Verfahren können nur die gesetzlichen Vorschriften selbst sein. Zu deren verfassungsrechtlicher Überprüfung am Maßstab von Art. 103 Abs. 2 GG gibt die Beschwerdebeurteilung aber keine hinreichenden Anknüpfungspunkte.

c) Soweit eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG gerügt wird, ist die Verfassungsbeschwerde dagegen zulässig.

aa) Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde steht der Zulässigkeit nicht entgegen. Auch für Verfassungsbeschwerden gegen ein Gesetz gilt zwar, dass vor der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts Inhalt und Tragweite der Norm insbesondere dann vorrangig fachgerichtlich zu klären sind, wenn diese einen Auslegungs- und Entscheidungsspielraum zulassen; erst danach kann mit der erforderlichen Zuverlässigkeit beurteilt werden, welche Beschwer die Bestimmung dem Normunterworfenen auferlegt (vgl. BVerfGE 79, 29 <35>).

Im vorliegenden Fall ist den Beschwerdeführern ein Abwarten auf eine fachgerichtliche Klärung aber nicht zumutbar. Für den Beschwerdeführer zu 2) folgt dies schon aus der Strafdrohung in § 2 BauFordSiG (vgl. BVerfGE 81, 70 <82 f.>). Der Beschwerdeführerin zu 1) als juristischer Person droht eine solche strafrechtliche Sank-

25

26

27

28

tionierung zwar nicht. Es ist jedoch nicht erkennbar, wie sie in zumutbarer Weise eine fachgerichtliche Klärung herbeiführen könnte. Denn zu einem Zivilrechtsstreit wegen Verstoßes gegen die Anforderungen des § 1 BauFordSiG kommt es typischerweise erst dann, wenn der Baugeldempfänger Forderungen nicht mehr bedienen kann oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und Nachunternehmer oder Lieferanten deshalb Schadensersatzansprüche geltend machen (vgl. allerdings Stammkötter, a.a.O., § 1 Rn. 96, 172). Der Beschwerdeführerin zu 1) ist nicht zumutbar, sich zunächst auf diese Art der fachgerichtlichen Klärung verweisen zu lassen.

bb) Die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG ist gewahrt. Die in § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG formulierte Baugeldverwendungspflicht war zwar weitgehend wortgleich bereits in der Gesetzesfassung aus dem Jahr 1909 enthalten und § 2 BauFordSiG entspricht dem früheren § 5. Rein redaktionelle Änderungen eines Gesetzes, die den materiellen Gehalt und den Anwendungsbereich einer Norm nicht berühren, setzen die Jahresfrist nicht neu in Lauf (vgl. BVerfGE 12, 139 <141>; 79, 1 <14>). Aber selbst eine in ihrem Wortlaut unverändert gebliebene Vorschrift kann dann erneut mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, wenn sie durch die Änderung anderer Vorschriften derart in ein neues gesetzliches Umfeld eingebettet wird, dass auch von der Anwendung der älteren Vorschrift neue belastende Wirkungen ausgehen können (vgl. BVerfGE 100, 313 <356> m.w.N.). So liegt es hier. Denn die eigentliche Veränderung der Baugeldverwendungspflicht durch das Forderungssicherungsgesetz liegt in der erheblichen Ausweitung ihres Anwendungsbereichs, so dass von ihr neue belastende Wirkungen ausgehen. Dies wirkt sich auch auf den Straftatbestand in § 2 BauFordSiG aus.

29

2. Soweit die Verfassungsbeschwerde zulässig ist, ist sie unbegründet. Die Beschwerdeführer werden durch die angegriffenen Regelungen nicht in ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit verletzt. Die durch das Forderungssicherungsgesetz in ihrem Anwendungsbereich erheblich ausgeweitete Pflicht zur zweckentsprechenden Verwendung von Baugeld greift zwar in dieses Grundrecht ein, dieser Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

30

a) Die Beschwerdeführerin zu 1) kann sich als inländische juristische Person gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen (vgl. BVerfGE 115, 205 <229>). Durch die Verpflichtung, empfangenes Baugeld entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zu verwenden, wird sie in diesem Grundrecht beeinträchtigt. Aus einem Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin zu 1) folgt zwar nicht automatisch ein Eingriff auch in die Berufsfreiheit des Beschwerdeführers zu 2) als Gesellschafter und Geschäftsführer. Aber unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer zu 2) selbst als Baugeldempfänger anzusehen ist (vgl. dazu Hagenloch, Handbuch zum Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen <GSB>, 1991, Rn. 243; Stammkötter, a.a.O., § 1 Rn. 14), ist eine Beeinträchtigung seiner Berufsfreiheit jedenfalls wegen der ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer drohenden Sanktionen in Form von Schadensersatzansprüchen (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 BauFord-

31

SiG) und Strafbarkeit (§ 2 i.V.m. § 1 BauFordSiG) anzunehmen.

b) Der Eingriff ist gerechtfertigt.

32

aa) § 1 BauFordSiG genügt den Bestimmtheitsanforderungen, die sich aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ergeben. Danach dürfen Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf Grundlage einer gesetzlichen Regelung erfolgen, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Dabei muss der Gesetzgeber selbst alle wesentlichen Entscheidungen treffen, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Dies bedeutet aber nicht, dass sich die erforderlichen Vorgaben ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben müssen; es genügt, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen (vgl. BVerfGE 82, 209 <224 f.> m.w.N.). Ob § 1 BauFordSiG darüber hinaus auch den besonders strikten Bestimmtheitsanforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG genügt, bedarf dagegen an dieser Stelle keiner Erörterung (siehe oben 1. b bb <2>).

33

§ 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG lässt sich ein klares, in Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG hinreichend bestimmtes Handlungsgebot entnehmen: Empfangenes Baugeld ist, soweit kein Ausnahmetatbestand vorliegt, zur Befriedigung der im Gesetz genannten Personen zu verwenden. Daraus ergibt sich ebenso klar ein Verbot, Baugeld anderweitig zu verwenden; insbesondere darf es nicht zur Deckung der eigenen allgemeinen Unkosten oder zur Tilgung anderweitiger Verbindlichkeiten eingesetzt werden (vgl. Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, 2008, § 648 Rn. 57; vgl. auch schon Simon, Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, 1909, § 1 Anm. 4). Weiter folgt aus Wortlaut, Zweck und Entstehungsgeschichte der Norm eindeutig, dass Baugeld nur zur Befriedigung solcher Baugläubiger eingesetzt werden darf, die für genau die Baustelle tätig geworden sind, für die das Baugeld gegeben wurde (vgl. BRDrucks 443/09 <Beschluss>, S. 1; Stammkötter, a.a.O., § 1 Rn. 1; Virneburg, in: Evangelisches Siedlungswerk in Deutschland, Rechtssicherheit am Bau, 2010, S. 25 <32 f.>).

34

Zu der Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Maße ein Baugeldempfänger das Baugeld vor dem Zugriff Dritter zu sichern hat (vgl. Virneburg, a.a.O., S. 35 ff. m.w.N.; siehe auch oben 1. b bb <2>), lässt sich dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG dagegen zwar keine eindeutige Handlungsanweisung entnehmen. Es ist aber nicht erkennbar, dass sich diese Frage nicht mit allgemeinen Auslegungsgrundsätzen beantworten ließe. § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG steht auch nicht in einem rechtsstaatlich bedenklichen Normwiderspruch zum Insolvenzrecht. Aus dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich zwar herleiten, dass Rechtsnormen derart aufeinander abzustimmen sind, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Vorschriften erreichen, die Rechtsordnung also widersprüchlich ist (vgl. BVerfGE 25, 216 <227>; 98, 106 <118 ff.>). Dies ist aber nur bei einem echten Normwiderspruch der Fall, also dann, wenn der vermeintliche Widerspruch durch Auslegung und Kollisionsregeln nicht zu beheben ist (vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 63 m.w.N.). Abgesehen davon, dass die von den Beschwerdeführern beschriebene

35

Spannungslage zwischen den tendenziell gegenläufigen Regelungszielen von Bauforderungssicherungsgesetz und Insolvenzordnung nur bei einer bestimmten Auslegung von § 1 BauFordSiG auftritt, zeigen die Beschwerdeführer nicht auf, dass der von ihnen behauptete Widerspruch sich nicht mit Hilfe anerkannter Auslegungsmethoden und Kollisionsregeln bewältigen ließe (vgl. dazu beispielsweise OLG Hamm, Urteil vom 12. Dezember 2006 - 27 U 98/06 -, OLGR 2007, S. 159; Vogel, in: Ganten/Groß/Englert, Festschrift für Gerd Motzke zum 65. Geburtstag, 2006, S. 409 <415 f.>).

bb) Der Eingriff in die Berufsfreiheit genügt auch materiell den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Für beide Beschwerdeführer stellt das Gebot der zweckentsprechenden Verwendung von Baugeld eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit dar. Reine Berufsausübungsbeschränkungen können grundsätzlich durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden. Allerdings müssen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 7, 377 <405 ff.>; 123, 186 <238 f.>).

36

(1) Gemessen an diesem Maßstab ist das Ziel des Bauforderungssicherungsgesetzes und seiner Novellierung durch das Forderungssicherungsgesetz, Bauhandwerker und andere Baubeteiligte vor Forderungsausfällen zu schützen, nicht zu beanstanden.

37

(2) Es ist derzeit nicht festzustellen, dass die angegriffenen Regelungen zur Erreichung dieses Zwecks nicht geeignet wären. Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 96, 10 <23>; 103, 293 <307>). Auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung gebührt dem Gesetzgeber ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang; es ist Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will (vgl. BVerfGE 103, 293 <307>). Unter dem Gesichtspunkt mangelnder Eignung wäre eine Regelung nur dann verfassungsrechtlich zu beanstanden, wenn das eingesetzte Mittel objektiv untauglich oder schlechthin ungeeignet wäre (vgl. BVerfGE 65, 116 <126>). Das ist im Falle des Bauforderungssicherungsgesetzes nicht zu erkennen.

38

Zwar kam dem Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen vor der Novellierung keine große praktische Bedeutung zu, und seine Wirksamkeit wurde auch von der Bundesregierung überaus kritisch bewertet (vgl. BTDrucks 14/9848, S. 34). Mit der Neuregelung sollte das Gesetz aber gerade „modernisiert, verbessert und insgesamt praktikabler gestaltet werden“ (BTDrucks 16/511, S. 23). Kern der Novelle war eine erhebliche Ausweitung des Baugeldbegriffs. Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass damit auch die praktische Bedeutung der Regelungen steigen würde. Eine vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung eingesetzte Arbeits-

39

gruppe kommt zwar zu dem Ergebnis, dass das Gesetz auch nach seiner Änderung in der Praxis so gut wie nicht beachtet werde (vgl. BTDrucks 17/3611, S. 2). Doch selbst wenn dieser Befund zutrifft, lässt sich daraus schon wegen des vom Gesetzgeber gewählten Regelungsmechanismus derzeit noch nicht zwingend auf eine objektive Untauglichkeit des Gesetzes schließen. Denn Verstöße gegen die Vorgaben des § 1 BauFordSiG führen in der Regel erst mit einiger zeitlicher Verzögerung zu zivil- und gegebenenfalls auch strafgerichtlichen Verfahren und Sanktionen, weshalb sich auch die Auswirkungen der Regelungen möglicherweise erst nach einigem Zeitablauf hinreichend verlässlich beurteilen lassen.

Es ist auch nicht zu erkennen, dass die angegriffene Baugeldverwendungspflicht zur Zweckerreichung ungeeignet wäre, weil sie den Baugläubigern aufgrund insolvenzrechtlicher Regelungen keinen wirksamen Schutz bieten könnte. Zum einen ist das Verhältnis der Baugeldverwendungspflicht zum Insolvenzrecht in der fachgerichtlichen Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. Unabhängig davon lässt sich derzeit nicht feststellen, dass der mit dem Bauforderungssicherungsgesetz verfolgte Zweck, Baugläubiger in stärkerem Maße vor Forderungsausfällen zu schützen, vollends vereitelt würde, wenn Baugeldempfänger nicht auch zu einer insolvenzfesten Sicherung verpflichtet wären. Denn dadurch würden das Verbot, Baugeld selbst zu verbrauchen oder an Dritte zu zahlen, und die aus einem Verstoß resultierenden Schadensersatzansprüche von Baugläubigern nicht beeinträchtigt. 40

(3) Auch gegen die Erforderlichkeit des Eingriffs bestehen derzeit keine Bedenken. Hinsichtlich der Erforderlichkeit einer wirtschaftsordnenden Maßnahme, die den Freiheitsraum für die wirtschaftlich tätigen Individuen einengt, steht dem Gesetzgeber hinsichtlich der Auswahl und der technischen Ausgestaltung ein weiter Bereich des Ermessens zu; nicht jeder einzelne Vorzug einer anderen Lösung gegenüber der vom Gesetzgeber gewählten muss schon zu deren Verfassungswidrigkeit führen. Die sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung muss vielmehr bei dem als Alternative vorgeschlagenen geringeren Eingriff in jeder Hinsicht eindeutig feststehen (vgl. BVerfGE 81, 70 <90 f.>). 41

Angesichts dieses Maßstabs ist nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber es nicht bei der früheren engeren Regelung belassen, sondern sich für eine Ausweitung der Baugeldverwendungspflicht entschieden hat, insbesondere nachdem die mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl I S. 330) vorgenommenen Änderungen des Werkvertragsrechts nach seiner Einschätzung den seit langem beklagten Missstand nicht beseitigt hatten (vgl. BTDrucks 16/511, S. 1). 42

Auch ist unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG an der Pflicht zu einer baustellen-spezifischen Baugeldverwendung („des Baues“) festgehalten hat. Zwar hatten die Bundesregierung und die Fraktionen von CDU/CSU und SPD im Jahr 2009 in ihren Gesetzentwürfen zur Änderung des Bauforderungssicherungsgesetzes die Auffas- 43

sung vertreten, der Zweck, diejenigen im Insolvenzfall zu schützen, die mit ihren Leistungen den Wert von Baumaßnahmen steigern, könne auch erreicht werden, ohne die Verwendungspflicht auf die konkrete Baustelle zu beziehen (vgl. BRDrucks 443/09, S. 2 f., Entwurf S. 4; BTDrucks 16/13159, S. 2, 5). Eine solche Lockerung würde für Baugeldempfänger ein erheblich größeres Maß an Flexibilität und eine geringere Beeinträchtigung ihrer Liquidität mit sich bringen. Gegen ein solches Vorgehen machte der Bundesrat aber im Wesentlichen zwei Einwände geltend (vgl. BRDrucks 443/09 <Beschluss>, S. 2 f.): Zum einen äußerte er die Befürchtung, dass eine Aufhebung der Verpflichtung zur baustellenspezifischen Verwendung dazu führen würde, dass überschuldete Bauträger und Generalunternehmer „im Schneeballsystem immer wieder «alte Löcher stopfen» könnten“. Dies würde nach seiner Einschätzung dazu führen, dass sich wirtschaftlich angeschlagene Bauträgersgesellschaften und Generalunternehmer zu Lasten der am jeweils jüngsten Projekt beteiligten Subunternehmer länger am Markt halten könnten, während diese Subunternehmer von der geltenden Fassung der Norm geschützt würden. Zum anderen, so die Prognose des Bundesrats, würde der Wegfall der Verpflichtung zur baustellenspezifischen Verwendung dazu führen, dass der Schutz von Subunternehmern nicht mehr praktikabel gewährleistet wäre, weil sie - nach dem Wegfall entsprechender Dokumentationspflichten - in der Regel nicht mehr in der Lage wären, die Darlegungen des Baugeldempfängers über die zweckentsprechende Verwendung zu erschüttern. Angesichts dieser schlüssigen Einwände lässt sich derzeit nicht feststellen, dass eine um die Pflicht zur baustellenspezifischen Verwendung gelockerte Baugeldverwendungspflicht in jeder Hinsicht zur Zweckerreichung gleich geeignet wäre.

Es ist auch nicht zu erkennen, dass der angestrebte Zweck ohne die dem Beschwerdeführer zu 2) unmittelbar drohenden zivil- und strafrechtlichen Sanktionsmechanismen in gleicher Weise zu erreichen wäre. Gerade dieser Haftungsdurchgriff bedingt die Wirksamkeit des Gesetzes (vgl. auch BTDrucks 14/9848, S. 34). Ohne die Haftung wären Verstöße gegen die Baugeldverwendungspflicht sanktionslos (vgl. Simon, a.a.O., § 1 Anm. 2; Kölbl, NZBau 2010, S. 220 <222>). Die besondere Bedeutung des Durchgriffs auf das handelnde Organ ergibt sich daraus, dass der Forderungsausfall der Baugläubiger zu einem Zeitpunkt eintritt, zu dem Maßnahmen gegen eine juristische Person als Baugeldempfänger regelmäßig keine nennenswerte Wirkung mehr haben.

44

(4) Der Eingriff ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein (stRspr; vgl. BVerfGE 67, 157 <178>). Es ist derzeit nicht zu erkennen, dass dies hier nicht der Fall wäre.

45

Die Beschwerdeführerin zu 1) wird durch die in § 1 BauFordSiG normierte Baugeldverwendungspflicht erheblich in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beeinträchtigt. Ihr wird - abgesehen von den Ausnahmeregelungen in Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 - verboten, Baugeld zu anderen Zwecken als zur Befriedigung der am

46

konkreten Bauvorhaben beteiligten Baugläubiger zu verwenden. Deshalb kann sie das Geld auch nicht dazu benutzen, ältere Forderungen aus anderen Baumaßnahmen zu begleichen, also andere Baugläubiger zu befriedigen. Damit entfällt die Möglichkeit eines „Cash-Poolings“ im Rahmen des Liquiditätsmanagements. Für die Beschwerdeführerin zu 1) folgt daraus, dass sie in größerem Umfang als bisher auf Eigenkapital oder Zwischenfinanzierungen angewiesen sein wird. Hinzu kommt, dass solche Zwischenfinanzierungen - auf Grundlage der fachgerichtlichen Rechtsprechung zur alten Fassung des Gesetzes - möglicherweise schwerer zu erlangen sind (vgl. BTDrucks 16/13159, S. 2). Darüber hinaus bringt die Baugeldverwendungspflicht für die Beschwerdeführerin zu 1) einen erhöhten Verwaltungsaufwand mit sich. Dieser ist umso höher, je höhere Anforderungen man an die Verpflichtung eines Baugeldempfängers stellt, das Baugeld vor dem Zugriff Dritter zu schützen, etwa wenn man generell für jede Baumaßnahme die Einrichtung eines Treuhandkontos für erforderlich hält.

Die Beschränkung der Liquidität von Baugeldempfängern wurde schon in der Vergangenheit in begrenztem Umfang durch das Entnahmerecht nach § 1 Abs. 2 BauFordSiG abgemildert. Dieses Entnahmerecht ist durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen erheblich ausgeweitet worden. Zwar sind noch nicht alle Fragen zur Auslegung dieser Vorschrift in Rechtsprechung und Schrifttum abschließend geklärt (vgl. dazu Illies, BauR 2010, S. 546). Es ist aber nicht zu erkennen, dass verbleibende Unschärfen und die Ausfüllungsbedürftigkeit des Begriffs „angemessenen Wertes“ die Bestimmtheit oder die Praktikabilität der Vorschrift nachhaltig in Frage stellen würden.

47

Die gleichwohl verbleibenden erheblichen Beeinträchtigungen der Beschwerdeführer stehen nicht außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber legitimerweise bezweckten Schutz der Baugläubiger vor Forderungsausfällen. Es ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber insoweit seit vielen Jahren von einem ganz erheblichen Missstand ausging. Angesichts des Volumens, das die Forderungsausfälle in der Bauwirtschaft erreicht haben, und der teilweise existenziellen wirtschaftlichen Folgen, die sich daraus insbesondere für Bauhandwerker ergeben, darf der Gesetzgeber auch solche Schutzmaßnahmen ergreifen, die die Berufsausübungsfreiheit der Baugeldempfänger erheblich einschränken.

48

Soweit die Beschwerdeführer sich vor allem durch eine Pflicht zur Sicherung des Baugelds vor dem Zugriff Dritter beeinträchtigt sehen, ist zudem zu berücksichtigen, dass sich die von ihnen als unzumutbar beschriebenen Anforderungen nicht zwingend aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur alten Fassung des Gesetzes lassen sie sich zumindest nicht ohne Weiteres in dem von den Beschwerdeführern beklagten Umfang entnehmen. Es ist jedenfalls nichts dafür ersichtlich, dass § 1 BauFordSiG mit Hilfe anerkannter Auslegungsmethoden nicht in einer Weise ausgelegt werden könnte, die einerseits dem von der Vorschrift gebotenen Schutz der Baugläubiger vor Forderungsausfällen und andererseits dem von Art. 12 Abs. 1 GG geforderten Schutz der Baugeldempfänger

49

vor einer unzumutbaren Beeinträchtigung ihrer Berufsfreiheit in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise Rechnung tragen würde (vgl. dazu BVerfGE 64, 229 <242>; 112, 164 <183>).

Dem Beschwerdeführer zu 2) drohen zwar mit dem Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1 BauFordSiG sowie der Strafbarkeit nach § 2 BauFordSiG erhebliche Sanktionen. Dass diese in ihren Auswirkungen außer Verhältnis zum verfolgten legitimen Zweck stünden, ist weder mit der Verfassungsbeschwerde dargetan noch sonst ersichtlich.

50

cc) Der Gesetzgeber wird jedoch die weitere Entwicklung zu beobachten haben. Es gehört zu den Aufgaben des parlamentarischen Gesetzgebers, mögliche Missstände zu ermitteln, die sich aus der Anwendung von Gesetzen ergeben (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 24. November 2009 - 1 BvR 213/08 -, GRUR 2010, S. 332 <334>). In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass sich die Eignung und die Auswirkungen gesetzgeberischer Maßnahmen zum Schutz des Bauhandwerks vor Zahlungsausfällen nur in begrenztem Umfang vorhersagen lassen. Dies gilt auch für die Wechselwirkungen verschiedener Sicherungsmittel. Gerade wegen solcher prognostischen Unwägbarkeiten steht dem Gesetzgeber ein besonderer Gestaltungsspielraum zu. Daraus folgt aber auch die Pflicht, die weitere Entwicklung umso sorgfältiger zu beobachten und gegebenenfalls korrigierend einzugreifen (vgl. BVerfGE 110, 141 <166>). Dessen sind sich die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe im vorliegenden Fall auch bewusst (vgl. BRDrucks 443/09 <Beschluss>, S. 4; BTDrucks 17/3611). Ihnen muss für die notwendige Beobachtung und Evaluierung hinreichend Zeit gegeben werden.

51

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

52

Hohmann-Dennhardt

Gaier

Paulus

Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27. Januar 2011 - 1 BvR 3222/09

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27. Januar 2011 - 1 BvR 3222/09 - Rn. (1 - 52), http://www.bverfg.de/e/rk20110127_1bvr322209.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2011:rk20110127.1bvr322209