

ungstechnisch § 634a  
4 BGB, dass hier aus-  
tzansprüche statt der  
tzugsschadensersatzan-  
ersatzansprüche neben  
n. Denn sämtliche auf-  
pruchgrundlagen sind  
z statt der Leistung als  
er die alternativ an die  
chadens tretende Auf-  
sklammerung von Ver-  
ichen wird durch die  
5 in § 634 Ziff. 4 BGB  
zung des Schadensersatz-  
adurch, dass nicht aus-  
BGB als eigenständige  
annt ist. Das Zitat des  
tze in § 634 Ziff. 4 BGB  
ahme auf den für sämt-  
ruchsarten immer vor-  
stand des § 280 Abs. 1  
BGB als eigenständige  
lage. Dies wir insbeson-  
ss § 280 BGB in § 634  
ndern nach § 636 BGB  
ndige Anspruchsgrund-  
GB aber vor § 636 BGB  
Denn da § 280 Abs. 1  
chfristsetzungen als Tat-  
weist, kann sich der zu-  
b aufgeführte § 636, der  
ehrlichkeit von Nach-  
e auf einen überhaupt  
n bedürftigen Anspruch  
et es aus, den erst nach  
BGB genannten § 280  
ge Anspruchsgrundlage  
t verstehen.

t bei Schadensersatzan-  
fristen nach der Art und  
ensersatzansprüche und  
lichtverletzung gliedert,  
er Anspruchsfamilie der  
sprüche angesiedelten  
n neben der Leistung  
he Spezial-Verjährungs-  
haftungsansprüche nach

Stattdessen ist wie bei den strukturell vergleichba-  
ren und das Integritätsinteresse abbildenden An-  
sprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB im Falle anderer  
Pflichtverletzungen als der Erzeugung von Werk-

mängeln und wie bei der deliktischen Verletzung  
absoluter Rechtsgüter nach § 823 Abs. 1 BGB die  
Regelverjährung die passende Verjährungsregel für  
den Schadensersatzanspruch neben der Leistung.

## Übereignung von Stoffen oder Bautei- len zur Erlangung einer Abschlagszah- lung und Kündigung des Bauvertrags

von Rechtsanwalt Andreas Jacob, Berlin\*

### I. Ausgangslage zu Abschlagszahlungen für Stoffen und Bauteile

§ 632a Abs. 1 Satz 6 BGB sieht vor, dass der Unter-  
nehmer „für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die  
angeliefert oder eigens angefertigt und bereitge-  
stellt sind“ eine Abschlagszahlung verlangen kann,  
„wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum  
an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder ent-  
sprechende Sicherheit hierfür geleistet wird“. § 16  
Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B sieht in ganz ähnlicher  
Weise vor, dass der Auftragnehmer „für die gefor-  
derte Leistung eigens angefertigten und bereitge-  
stellten Bauteile sowie die auf der Baustelle angelie-  
ferten Stoffe und Bauteile“ eine Abschlagszahlung  
beanspruchen kann, „wenn dem Auftraggeber  
nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen über-  
tragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben  
wird“. Im Ergebnis differenzieren beide Vorschrif-  
ten zwischen (1) Stoffen und (2) Bauteilen sowie  
zwischen (1) Anlieferung bzw. (2) Anfertigung und  
Bereitstellung. In inhaltlicher Weise unterscheiden  
sich die Regelungen darin, dass nach Maßgabe von  
§ 632a BGB Abschlagszahlungen auch für eigens  
angefertigte und bereitgestellte *Stoffe* gewährt,  
wohingegen nach Maßgabe von § 16 VOB/B Ab-  
schlagszahlungen nur für eigens angefertigte und  
bereitgestellte *Bauteile* gewährt werden. Beiden  
Vorschriften haben gemein, dass der Unternehmer  
eine solche Abschlagszahlung nur nach Sicherheits-  
leistung oder Eigentumsübertragung beanspru-  
chen kann, wobei das Wahlrecht, sofern nicht eine  
Eigentumsübertragung ausnahmsweise unmöglich  
ist, weil der Unternehmer selbst noch nicht Eigen-  
tümer der angelieferten bzw. angefertigten und be-  
reitgestellten Stoffe bzw. Bauteile ist, dem Besteller



zusteht.<sup>1</sup> Ungeachtet  
dieser inhaltlichen  
Unterschiede und  
Übereinstimmungen

werfen beide Regelungen die Frage nach dem  
Schicksal der angelieferten bzw. angefertigten und  
bereitgestellten Stoffe oder Bauteile für den Fall  
auf, dass der Besteller sich gegen eine Sicherheit  
und für das Eigentum an diesen Stoffen und Bau-  
teilen entscheidet, zu deren Einbau es infolge einer  
Kündigung des Bauvertrags nicht mehr kommt.

Die Regelungen sowohl in § 632a Abs. 1 Satz 6  
BGB als auch in § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B  
implizieren, dass es sich bei den angelieferten  
bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffen  
oder Bauteilen noch nicht um eine *erbrachte* Bau-  
leistung handelt. Dafür spricht die Existenz der  
vorgenannten Regelungen selbst, die beide völlig  
überflüssig wären, sofern es sich bei den angeliefer-  
ten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffen  
oder Bauteilen bereits um eine erbrachte (Bau-)  
Leistungen handeln würde. Denn dann könnte der  
Unternehmer für diese Stoffe bzw. Bauteile bereits  
aus § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. aus § 16 Abs. 1  
Nr. 1 Satz 1 VOB/B eine Abschlagszahlung bean-  
spruchen. Außerdem spricht der Wortlaut in § 16  
Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B dafür, dass Anlieferung  
bzw. Anfertigung und Bereitstellung von Stoffen  
bzw. Bauteilen noch keine Bauleistung begründen.  
Dort heißt es wörtlich: „Als Leistungen gelten hier-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Leinemann & Part-  
ner Rechtsanwälte mbB.

1 Leinemann-Franz, VOB/B, 6. Aufl., § 16 VOB/B, Rdnr. 33.

bei auch ...“. Diese Formulierung impliziert, dass es sich bei den angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffen und Bauteilen streng genommen eben noch nicht um erbrachte (Bau-) Leistungen handelt.

Die vorgenannte Wertung entspricht auch der herrschenden Ansicht, der zufolge es sich bei der Anlieferung bzw. Anfertigung und Bereitstellung von Stoffen und Bauteilen um Vorbereitungshandlungen handelt.<sup>2</sup> Eine erbrachte Bauleistung liegt demzufolge erst mit deren Einbau vor.<sup>3</sup> Dies hätte dogmatisch zur Folge, dass es sich bei der Zahlungen für die angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten aber noch nicht eingebauten Stoffe und Bauteile streng genommen um eine Vorauszahlung handelte. Demzufolge sichert die vom Auftragnehmer nach den vorgenannten Vorschriften beizubringende Sicherheit die Rückzahlungsansprüche des Bestellers für den Fall, dass dieser an diese Stoffen zw. Bauteilen kein Eigentum infolge des Einbaus erwirbt, bspw. weil der Vertrag zuvor gekündigt wird.<sup>4</sup>

## II. Problematik nach Kündigung des Vertrags und Lösungsansätze

Die vorgenannte Prämisse, dass die Anlieferung bzw. die Anfertigung und Bereitstellung von Stoffen und Bauteilen vor deren Einbau keine erbrachte (Bau-) Leistung begründen, hat zur Folge, dass der Unternehmer den auf diese Stoffe oder Bauteile entfallenden Anteil der Vergütung nach Kündigung des Vertrags in der Schlussrechnung grundsätzlich nicht abrechnen kann. Das gilt selbst dann, wenn der Unternehmer dem Besteller das Eigentum hieran übertragen hatte, um seinen Anspruch auf Abschlagszahlung überhaupt erst zu begründen, denn auch bei der Eigentumsübertragung handelt es sich gerade nicht um eine (bis zur Kündigung des Bauvertrags) erbrachte (Bau-) Leistung.<sup>5</sup> Auf der anderen Seite sind die für die angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten aber noch nicht eingebauten Stoffe und Bauteile vom Besteller nach Eigentumsübertragung geleisteten Abschlagszahlungen in der Schlussrechnung zu dessen Gunsten zu berücksichtigen. Im Ergebnis hat diese Wertung, dass die Übertrag des Eigentums an den Stoffen bzw. Bauteilen noch keine erbrachte Bauleistung begründet, mithin zur Folge, dass der Besteller diese Stoffe oder Bauteile zwar nicht zu bezahlen

braucht, als deren Eigentümer aber grundsätzlich behalten darf.

Dieses Ergebnis ist wenig überzeugend, da es letztlich darauf hinausläuft, dass der Besteller das Eigentum an den angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffe oder Bauteile kostenlos erwirbt, jedenfalls wenn keine freie Kündigung vorliegt, bei der der Unternehmer gem. § 648 Satz 2 BGB bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B auch den auf die nicht erbrachten Anteil entfallende Vergütung abzüglich ersparter Kosten bzw. ersparter Aufwendungen abrechnen kann. Zur Lösung dieses Konflikts bieten sich zwei Ansätze an:

- Eigentumsübertragung als erbrachte Leistung  
Die Übereignung der angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffe oder Bauteile wird als erbrachte Leistung betrachtet. Dann kann der Unternehmer diese Leistung auch als solche in der Schlussrechnung berücksichtigen, d.h. den auf die Stoffe bzw. Bauteile entfallenden Anteil der vertraglich vereinbarten Vergütung abrechnen. Der Besteller muss diese Stoffe und Bauteile bezahlen, so dass ihm das uneingeschränkte Eigentum hieran endgültig zusteht.
- Sicherungsübereignung  
Die Übereignung der angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffe oder Bauteile begründet keine erbrachte Leistung des Unternehmers. Der Unternehmer kann diese Leistung (vorbehaltlich des Vorliegens einer freien Kündigung des Bauvertrags) daher in der Schlussrechnung auch nicht abrechnen und der Besteller muss hierfür nichts bezahlen. Die Übereignung der angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffe oder Bauteile erfolgte sicherheitshalber und sichert den Rückzahlungsanspruch des Bestellers für den Fall ab, dass die Abschlagszahlung auf die Stoffe und Bauteile letztlich zu einer Überzahlung des

2 Kniffka/von-Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 632a BGB, Rdnr. 67.

3 Palandt/Sprau, *BGB*, 78. Aufl., § 632a BGB, Rdnr. 11.

4 BGH, *Urt. v. 09.04.1992 – IX ZR 148/91*, *BauR* 1992, 632; *Weise, Sicherheiten im Baurecht*, Rdnr. 79.

5 Etwas anderes kann lediglich bei Vorliegen einer freien Kündigung des Bestellers gelten, nach der der Unternehmer gem. § 648 Satz 2 BGB bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B auch den auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenden Anteil der Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen bzw. Kosten beanspruchen kann.

immer aber grundsätzlich

überzeugend, da es letztlich der Besteller das Eigentum bzw. angefertigten und der Bauteile kostenlos erne freie Kündigung vornehmer gem. § 648 Satz 2 2 VOB/B auch den auf entfallende Vergütung bzw. ersparter Aufwender Zur Lösung dieses Konzepts an:

als erbrachte Leistung angelieferten bzw. angefertigten Stoffe oder Bauteile betrachtet. Dann diese Leistung auch als Abrechnung berücksichtigen, bzw. Bauteile entfallend vereinbarten Vergütung der Besteller muss diese Stoffe, so dass ihm das uneingeschränkt hieran endgültig zusteht.

angelieferten bzw. angefertigten Stoffe oder Bauteile erbrachte Leistung des Unternehmers kann diese durch das Vorliegen einer (Bauvertrags) daher in Rechnung auch nicht abrechnen, hierfür nichts bezahlen. angelieferten bzw. angefertigten Stoffe oder Bauteile und sichert den Besteller für den Fall der Abschlagszahlung auf die Stoffe und Bauteile zu einer Überzahlung des

1. Auflage, 10. Aufl., 2018, Rdnr. 67.

2. § 632a BGB, Rdnr. 11. X ZR 148/91, BauR 1992, 632; 1. Aufl., Rdnr. 79.

3. bei Vorliegen einer freien Kündigung nach der der Unternehmer gem. § 632a Abs. 1 Nr. 2 VOB/B auch den auf entfallenden Anteil der Vergütung bzw. Kosten beanspruchen

Unternehmers geführt hat. Sofern und soweit kein solcher Anspruch besteht oder aber dieser erfüllt wurde, fällt das Eigentum an den Stoffen und Bauteilen ggf. nach deren Rückübereignung wieder an den Auftragnehmer.

### III. Auslegung des § 632a Abs. 1 Satz 6 BGB und des § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B

Der Wortlaut der § 632a Abs. 1 Satz 6 BGB und § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B gibt zumindest keinen eindeutigen Hinweis, ob die Übereignung der angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffe oder Bauteile nur zur Sicherheit erfolgen soll oder aber eine endgültige Zuordnung bezweckt. Zwar sprechen beide Vorschriften von „Eigentum“ und nicht nur von „Sicherungseigentum“. Dies könnte für eine unbedingte und damit für eine endgültige Eigentumsübertragung sprechen. Allerdings ist zu beachten, dass die Eigentumsübertragung neben der Sicherheitsleistung eine von zwei Alternativen ist, bei deren Vorliegen der Unternehmer für angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffe oder Bauteile eine Abschlagszahlung beanspruchen kann. Beide Alternativen stehen den Parteien parallel zur Verfügung. Dies könnte dafür sprechen, dass der Eigentumsübertragung, ebenso wie der Sicherheitsleistung eben nur dem Sicherungsinteresse des Auftraggebers dienen soll,<sup>6</sup> d.h., dass auch die Eigentumsübertragung nur sicherungshalber erfolgen soll. Allerdings heißt es in § 632a Abs. 1 Satz 6 BGB ausdrücklich, dass der Unternehmer für Stoffe und Bauteile eine Abschlagszahlung verlangen kann, „wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird“. Dabei bezieht das Wort „hierfür“ sich sprachlich auf die Eigentumsübertragung. Die Vorschrift kann also dahingehend interpretiert werden, dass die Eigentumsübertragung ggf. abgesichert werden, d.h. endgültig erfolgen soll. Im Ergebnis muss jedoch festgestellt werden, dass der Wortlaut der vorgenannten Vorschriften keinen zwingenden Rückschluss zulässt.

Die VOB/B enthält bereits seit ihrer ersten Fassung aus dem Jahr 1926 die Möglichkeit des Auftragnehmers für die „angelieferten, aber noch nicht eingebauten Werkstoffe“ gegen Eigentumsübertra-

gung oder Sicherheitsleistung Abschlagszahlungen zu beanspruchen. In der VOB/B von 1926 heißt es wörtlich: „Als Leistung gelten hierbei auch die angelieferten, aber noch nicht eingebauten Werkstoffe, wenn das Eigentum an ihnen dem Auftraggeber übertragen oder entsprechende Sicherheit gegeben wird.“ Ob die Eigentumsübertragung sicherungshalber oder aber endgültig als Teil der vom Auftragnehmer zu erbringenden Bauleistung erfolgen sollte, blieb schon damals offen.

Die Gesetzesbegründungen zu § 632a BGB helfen ebenfalls nicht weiter. § 632a BGB wurde mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen in das BGB eingefügt.<sup>7</sup> Dabei sah der erste Entwurf des § 632a BGB lediglich vor, dass der Unternehmer für angefertigte und bereitgestellte bzw. angelieferte Stoffe und Bauteile nach entsprechender Sicherheitsleistung eine Abschlagszahlung verlangen kann. Die Forderung einer Abschlagszahlung aufgrund einer Eigentumsübertragung war in diesem ersten Entwurf (insoweit einschränkend gegenüber § 16 VOB/B) noch gar nicht vorgesehen. Zur Begründung dieser Einschränkung gegenüber der Regelung in § 16 VOB/B heißt es in der Gesetzesbegründung, dass die Eigentumsübertragung für eine vom Besteller zu leistende Abschlagszahlung nicht ausreichend sei, weil die Baumaterialien bei Einbau beschädigt oder zerstört werden könnten. Bei der Sicherheitsleistung handele es sich daher „praktisch um eine Gewährleistungsbürgschaft“.<sup>8</sup> Diese Begründung impliziert, wenn auch nicht zwingend, dass das Eigentum (und auch die alternativ zu begebene Sicherheit) den Erfüllungsanspruch des Besteller auf Verschaffung des Eigentums an einer mangelfreien Sache und nicht etwa dessen Rückzahlungsanspruch bspw. nach einer Kündigung des Vertrags absichern würde, d.h. dass in der Eigentumsübertragung bereits eine teilweise vertragserfüllende Wirkung hätte. Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens wurde § 632a BGB dann

6 So mutmaßlich: Kniffka/von-Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 12.03.2018, § 632a BGB, Rdnr. 67 ff.; Motzke, *Abschlagszahlung, Abnahme und Gutachterverfahren nach dem Beschleunigungsgesetz*, NZBau 2000, 489 (492).

7 Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen v. 30.03.2000, BGBl Teil I 2000, 330.

8 BT-Drucks. 14/1246 (Gesetzesentwurf), S. 6; Kniffka, *Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen – Neuregelung des Bauvertragsrechts und seine Folgen*, ZfBR 2000, 227 (229).

dahingehend erweitert, dass der Auftragnehmer für angefertigte bzw. angelieferte Stoffe und Bauteile auch nach Eigentumsübertragung Abschlagszahlungen erhalten sollte. Dazu heißt es in der Gesetzesbegründung lediglich, dass sich § 632a BGB „stärker an die entsprechende Regelung in § 16 VOB/B anlehnen“ soll.<sup>9</sup> Mit dem Forderungssicherungsgesetz wurde § 632a BGB dann dahingehend ergänzt, dass Wahlrecht zwischen Eigentumsübertragung und Sicherheit explizit dem Besteller zugeordnet wurde.<sup>10</sup> Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, dass sich das Wahlrecht des Bestellers dem Vorbild von § 16 VOB/B folgt, der sich „in der Praxis bewährt“ habe.<sup>11</sup> Im Ergebnis liefert die Entstehungsgeschichte zu § 632a BGB daher allenfalls ein schwaches Indiz dafür, dass die Eigentumsübertragung eine Erfüllungswirkung zukommt, mit der Folge, dass der Unternehmer nach Kündigung des Vertrags (und vorbehaltlich eines noch nicht erfüllten Rückzahlungsanspruchs des Bestellers) nicht etwa die Rückübertragung des Eigentums beanspruchen kann, sondern den auf die Stoffe und Bauteile entfallenden Anteil der Vergütung endgültig abrechnen kann. Zwingend ist dies aber nicht.

#### IV. Konsequenzen der Lösungsansätze

##### 1. Eigentumsübertragung als erbrachte Leistung

Für die Annahme, dass die Übereignung der angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffe oder Bauteile endgültig sein soll, d.h. dass es sich insoweit um eine erbrachte (Bau-) Leistung handelt mit der Folge, dass dieser Übereignung eine abrechenbare Erfüllungswirkung des Bauvertrags zukommt, scheinen durchaus praktische Gründe zu sprechen. Der Besteller kann die ihm übereigneten Stoffe und Bauteile nach Kündigung des Bauvertrags sofort einem nachfolgenden Unternehmer zur Verfügung stellen und so zur Vollendung des Bauvorhabens verwerten. Das ist insbesondere dann hilfreich, wenn es sich um nicht ganz alltägliche Baumaterialien handelt, die möglicherweise nur auftragsbezogen hergestellt werden und längere Lieferzeiten haben. Dies ist schließlich auch die Ratio des § 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B, demzufolge der Auftraggeber nach einer Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund u.a. noch nicht eingebaute Stoffe und Bauteile des Auftragnehmers gegen angemessene Vergütung in Anspruch

nehmen kann.<sup>12</sup> Dem Unternehmer kommt diese Wertung ebenfalls zugute; er muss sich keine Gedanken über Rücktransport der Stoffe und Bauteile machen, sofern und soweit diese bereits auf der Baustelle angeliefert wurden sowie über deren anderweitige Verwertung. Vielmehr ist er die Stoffe und Bauteile los und kann er den auf die Stoffe und Bauteile entfallenden Anteil der Vergütung neben den sonst bis zur Kündigung des Vertrags erbrachten Leistungen abrechnen.

Überdies würden die nachteiligen Folgen vermieden, die entstünden, wenn die Übereignung nur als Sicherungsübereignung zur Sicherung des vermeintlichen Rückzahlungsanspruchs des Bestellers bewertet würde. Denn sofern der Besteller eine Überzahlung des Unternehmers für möglich hält, wird er die Rückübereignung und ggf. die Herausgabe der übereigneten Stoffe und Bauteile mit Rücksicht auf sein Sicherheitsbedürfnis zunächst verweigern mit der Folge, dass der Unternehmer gehindert ist diese Stoffe und Bauteile entweder an den entsprechenden Lieferanten zurückzugeben oder aber in einem weiteren Bauvorhaben zu verwerten.

Ungeachtet dessen wäre aber auch der Besteller an der Verwertung der Stoffe und Bauteile gegen den Willen des Unternehmers zunächst gehindert. Grundsätzlich tritt der Sicherheitsfall analog § 1228 Abs. 2 BGB zwar bereits mit Fälligkeit der gesicherten Forderung ein,<sup>13</sup> d.h. mit Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs die wiederum spätestens mit Schlussrechnungslegung eintritt.<sup>14</sup> Tatsächlich dürfte der Besteller allerdings geneigt sein, mit der Verwertung der Stoffe und Bauteile solange zuzuwarten, bis ein Rückzahlungsanspruch anerkannt wurde oder rechtskräftig feststeht. Denn sollte sich im Ergebnis herausstellen, dass der Besteller gar keinen Rückzahlungsanspruch gegen den Unternehmer hatte, wäre eine vorangegangene Ver-

9 BT-Drucks. 14/2752 (Beschlussempfehlung), S. 11.

10 Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) v. 23.10.2008, BGBl. 2008 I, 2022.

11 BR-Drucks. 16/511, S. 15; kritisch Deckers, Das neue Forderungssicherungsgesetz, S. 56.

12 Leinemann-Franz, VOB/B, 6. Aufl., § 8 VOB/B, Rdnr. 166.

13 MünchKomm.-Oechsler, BGB, 7. Aufl., Anh. §§ 929 bis 936 BGB, Rdnr. 48.

14 Kapellmann/Messerschmidt-Messerschmidt, VOB, 6. Aufl., § 16 VOB/B, Rdnr. 79.

nternehmer kommt diese  
e; er muss sich keine Ge-  
ort der Stoffe und Bau-  
d soweit diese bereits auf  
wurden sowie über deren  
. Vielmehr ist er die Stoffe  
er den auf die Stoffe und  
teil der Vergütung neben  
ung des Vertrags erbrach-  
n.

chteiligen Folgen vermie-  
nn die Übereignung nur  
ng zur Sicherung des ver-  
gsanspruchs des Bestellers  
sofern der Besteller eine  
ehmers für möglich hält,  
ngung und ggf. die Her-  
a Stoffe und Bauteile mit  
rungsbedürfnis zunächst  
e, dass der Unternehmer  
und Bauteile entweder an  
feranten zurückzugeben  
eren Bauvorhaben zu ver-

er aber auch der Besteller  
Stoffe und Bauteile gegen  
ehmers zunächst gehin-  
der Sicherungsfall analog  
r bereits mit Fälligkeit der  
n,<sup>13</sup> d.h. mit Fälligkeit des  
die wiederum spätestens  
ung eintritt.<sup>14</sup> Tatsächlich  
lings geneigt sein, mit der  
nd Bauteile solange zuzu-  
lungsanspruch anerkannt  
feststeht. Denn sollte sich  
en, dass der Besteller gar  
spruch gegen den Unter-  
ne vorangegangene Ver-

lussempfehlung), S. 11.  
Verkunternehmeransprüchen und  
ng von Forderungen (Forderungs-  
23.10.2008, BGBl. 2008 I, 2022.  
kritisch Deckers, Das neue Forde-  
i.  
6. Aufl., § 8 VOB/B, Rdnr. 166.  
GB, 7. Aufl., Anh. §§ 929 bis 936  
t-Messerschmidt, VOB, 6. Aufl.,

wertung des Sicherungseigentums unrechtmäßig  
gewesen, mit der Folge dass der Unternehmer in  
seiner Eigenschaft als Sicherungsgeber gegen den  
Besteller in seiner Eigenschaft als Sicherungsgeber  
einen Schadensersatzanspruch aus § 1243 BGB  
hätte.<sup>15</sup>

Die streitige Auseinandersetzung eines gekündig-  
ten Bauvertrags nimmt häufig allerdings Monate  
oder gar Jahre in Anspruch. Während dieser Zeit  
können die übereigneten Stoffe und Bauteile bei  
Unterstellung von Sicherungseigentum nicht ver-  
wertet werden. Die Unterstellung von Sicherungs-  
eigentum an den angelieferten bzw. angefertigten  
und bereitgestellten Stoffe oder Bauteile würde in  
der Praxis häufig dazu führen, dass die Stoffe und  
Bauteile über einen längeren Zeitraum nicht ver-  
wertet werden, was deren Qualität nicht zuträg-  
lich sein dürfte, insbesondere falls diese bereits vor  
Ort des Bauvorhabens im Freien gelagert werden.  
Überdies sind die Stoffe und Bauteile dort dem Zu-  
griff Unbefugter ausgesetzt und es ergibt sich mög-  
licherweise die Notwendigkeit einer Versicherung  
der Stoffe und Bauteile. Aber auch eine anderweiti-  
ge Lagerung verursacht regelmäßig Kosten.

Der Unternehmer wäre zur Minimierung eines  
durch Zeitablauf eintretenden Wertverfalls der an-  
gelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten  
und dem Besteller sicherungshalber übereigneten  
Stoffe und Bauteile daher gezwungen den Bestel-  
ler um Herausgabe bzw. hilfsweise um sofortige  
Verwertung derselben zu ersuchen. Dies hat für  
den Unternehmer den Nachteil, dass er von da ab  
das Insolvenzrisiko des Auftraggebers für den Fall  
trägt, dass der Rückzahlungsanspruch des Auftrags-  
gebers letztlich nicht besteht oder jedenfalls hinter  
dem Verwertungserlös zurückbleibt, denn solange  
das Bestehen und die Höhe des Rückzahlungsan-  
spruchs nicht endgültig feststeht, wird der Bestel-  
ler kaum bereit sein den Verwertungserlös an den  
Unternehmer herauszugeben, sofern und soweit  
auch nur die Möglichkeit besteht, dass er diesen  
mit dem Rückzahlungsanspruch verrechnen kann.  
Diese negativen Konsequenzen könnten sämtlich  
vermieden werden, wenn die Eigentumsübertra-  
gung an den Stoffen und Bauteilen i.S.d. § 632a  
Abs. 1 Satz 6 BGB und § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3  
VOB/B als erbrachte (Bau-) Leistung betrachtet  
würde, mit der Folge, dass der Unternehmer den  
auf diese Stoffe und Bauteile entfallenden Anteil

der Vergütung auch dann abrechnen könnte, wenn  
der Besteller den Vertrag gekündigt hat.

## 2. Sicherungsübereignung

Den skizzierten Vorteilen bei Unterstellung einer  
endgültigen Eigentumsübertragung, die als er-  
brachte (Bau-) Leistung zu bewerten ist, stehen  
allerdings auch einige Nachteile gegenüber. Zu-  
nächst müsste der Unternehmer die eigens ange-  
fertigten und bereitgestellten aber noch nicht auf  
der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, für  
die er bereits eine Abschlagszahlung erhalten hat,  
trotz der Kündigung des Bauvertrags noch auf der  
Baustelle anliefern. Vor dem Hintergrund, dass  
Kündigungen in der Praxis häufig mit Meinungs-  
verschiedenheiten zwischen Besteller und Unter-  
nehmer auch und gerade über die Höhe des dem  
Unternehmer zustehenden Vergütungsanspruchs  
bzw. bzw. Rückzahlungsansprüche des Bestellers  
einhergehen, muss der Unternehmer gleichwohl  
damit rechnen, dass der Besteller diesen Vergü-  
tungsanspruch nicht freiwillig erfüllen wird. Mit  
der Anlieferung der angefertigten und bereitgestell-  
ten Stoffe und Bauteile erhöht der Auftragnehmer  
daher sein Engagement möglicherweise eher un-  
freiwillig. Gleichwohl wird der Unternehmer die  
Lieferung der angefertigten und bereitgestellten  
aber noch nicht auf der Baustelle angelieferten  
Stoffe und Bauteile nicht von der Leistung einer  
Sicherheit gem. § 650 BGB abhängig machen  
können. Zumindest sofern und soweit er für diese  
Stoffe und Bauteile bereits eine Abschlagszahlung  
erhalten hat, dürfte der Sicherungszweck fehlen.

Weit schwerer wiegt überdies, dass nachfolgende  
Unternehmer häufig nicht willens sein werden, die  
aus deren Sicht vom Besteller beigestellten Stoffe  
und Bauteile zu verarbeiten, weil sie zu Recht  
Abgrenzungsschwierigkeiten für den Fall befürch-  
ten, dass es zu Mängeln kommt. Teilweise dürften  
nachfolgende Unternehmer sogar gar nicht in der  
Lage sein, die vom gekündigten Unternehmer an-  
gelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten  
Stoffe oder Bauteile zu erarbeiten. Das kann ins-  
besondere für spezielle technische Anlagen der Fall  
sein, bei denen die einzelnen Unternehmer nur  
eigene Produkte oder Produkte eines bestimmten

15 MünchKomm.-Dammrau, BGB, 5. Aufl., § 1228 BGB,  
Rdnr. 13.

Herstellers verarbeiten. Aus diesem Grund erkennt die Rechtsprechung die Verpflichtung des Bestellers nach Kündigung des Vertrags die bereits auf der Baustelle angelieferten Materialien zu verwenden, auch nur in Ausnahmefällen an.<sup>16</sup>

Im Ergebnis ist daher die grundsätzliche Wertung des Werkvertragsrechts zu beachten, der zufolge eine erbrachte Leistung erst dann vorliegt, wenn die entsprechenden Stoffe und Bauteile eingebaut wurden.<sup>17</sup> Das bedeutet, dass es sich bei den angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffen oder Bauteilen eben nicht um erbrachte Leistungen i.S.d. Werkvertragsrechts handelt, auch wenn der Unternehmer dem Besteller das Eigentum an diesen Stoffen oder Bauteilen übertragen hatte, um die Voraussetzungen für eine korrespondierende Abschlagszahlung zu schaffen. Der Unternehmer kann den auf die angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten Stoffe und Bauteile entfallenden Anteil an der vertraglich vereinbarten Vergütung daher in der Schlussrechnung nicht zu seinen Gunsten ansetzen, wohingegen er die darauf geleistete Abschlagszahlung sehr wohl zu Gunsten des Bestellers zu berücksichtigen hat. Vielmehr hat der Unternehmer nur einen Anspruch auf Rückübereignung und ggf. Herausgabe dieser Stoffe und Bauteile, sofern und sobald feststeht, dass der Besteller aufgrund der im Gegenzug für die Eigentumsübertragung geleisteten Abschlagszahlung keinen Anspruch auf Rückzahlung gegen den Unternehmer hat bzw. sobald dieser erfüllt wurde. Dies stellt auch keine unbillige Härte für den Unternehmer dar.

Zum einen ist diese Problematik ohnehin im Wesentlichen dann relevant, wenn eine Kündigung des Bestellers aus wichtigem Grund vorliegt. Denn im Falle einer freien Kündigung hat der Auftragnehmer gem. § 648 Satz 2 BGB bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B ohnehin Anspruch auf die volle vertraglich vereinbarte Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen Kosten, so dass er grundsätzlich auch den auf die angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten und dem Besteller übereigneten Stoffe oder Bauteile entfallenden Anteil der Vergütung abrechnen kann, denn insoweit hat der Unternehmer (vorbehaltlich der Rückgabe und Weiterverwertung der Stoffe und Bauteile) nichts erspart. Eine Kündigung des Vertrags durch den Auftraggeber aus wichtigem Grund beruht in aller Regel allerdings auf einer irgendwie gearteten Ver-

fehlung des Unternehmers, so dass dieser wenig schutzwürdig ist.

Zum anderen dürfte der Besteller unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben insbesondere für den Fall, dass er die endgültige Übernahme der angelieferten bzw. angefertigten und bereitgestellten und ihm übereigneten Stoffe oder Bauteile ablehnt, zuzumuten sein, das Eigentum an diesen Stoffen oder Bauteilen gegen Vorlage einer anderen Sicherheit an den Unternehmer zurück zu übertragen und ggf. herauszugeben. Zwar steht das in § 632a Abs. 1 Satz 6 BGB als auch in § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B begründete Wahlrecht zwischen Eigentumsübertragung und Sicherheit grundsätzlich dem Besteller zu.<sup>18</sup> Dabei mag der Besteller zunächst gute Gründe dafür gehabt haben sich für das Eigentum zu entscheiden bspw. weil diese lange Lieferzeiten haben oder anderweitig schwer zu beschaffen sind und er sich den ersten Zugriff auf diese Stoffe und Bauteile sichern möchte, auch wenn es sich nur um Sicherungseigentum handelt. Eine Verwertung dieser Stoffe und Bauteile durch Einbau kommt daher vorbehaltlich des Vorliegens der Voraussetzungen von § 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nur mit Zustimmung des Unternehmers in Betracht. Der Grund für die Wahl des Eigentums kann allerdings auch altruistischer Natur sein, z.B. wenn der Besteller dem Unternehmer lediglich die durch Sicherheitsleistung ggf. entstehenden Kosten (Avalzinsen) ersparen möchte.

Sobald der Besteller den Vertrag kündigt, die ihm übereigneten Stoffe und Bauteile zur Sicherung des vermeintlichen Rückzahlungsanspruchs zwar behält, aber nicht (z.B. im Zuge der Fertigstellung des Bauvorhabens) verwerten will, so endet jedenfalls sein Interesse an der Perpetuierung dieser einmal getroffenen Wahl. Insbesondere also, wenn durch die Verwahrung dieser übereigneten Stoffe und Bauteile deren Verschlechterung droht oder aber zusätzliche Kosten für deren Lagerung und Versicherung entstehen, entsteht vielmehr ein valides Interesse des Unternehmers an der Verwertung dieser letztlich nur im Sicherungseigentum des Bestellers stehenden Stoffe und Bauteile. Dies rechtfertigt es dem Unternehmer ein Recht auf Austausch der Si-

16 BGH, Urt. v. 09.03.1995 – VII ZR 23/93, BauR 1995, 545.

17 BGH, Urt. v. 09.03.1995 – VII ZR 23/93, BauR 1995, 545.

18 Leinemann-Franz, VOB/B, 6. Aufl., § 16 VOB/B, Rdnr. 33.

ners, so dass dieser wenig

er Besteller unter dem Ge-  
nd Glauben insbesondere  
ie endgültige Übernahme  
angefertigten und bereit-  
reigneten Stoffe oder Bau-  
en sein, das Eigentum an  
teilen gegen Vorlage einer  
den Unternehmer zurück  
herauszugeben. Zwar steht  
tz 6 BGB als auch in § 16  
B/B begründete Wahlrecht  
vertragung und Sicherheit  
teller zu.<sup>18</sup> Dabei mag der  
Gründe dafür gehabt haben  
zu entscheiden bspw. weil  
1 haben oder anderweitig  
nd und er sich den ersten  
nd Bauteile sichern möch-  
r um Sicherungseigentum  
ng dieser Stoffe und Bau-  
mt daher vorbehaltlich des  
setzungen von § 8 Abs. 3

Zustimmung des Unter-  
er Grund für die Wahl des  
ngs auch altruistischer Na-  
besteller dem Unternehmer  
erheitsleistung ggf. entste-  
isen) ersparen möchte.

n Vertrag kündigt, die ihm  
Bauteile zur Sicherung des  
hlungsanspruchs zwar be-  
Zuge der Fertigstellung des  
en will, so endet jedenfalls  
erpetuierung dieser einmal  
esondere also, wenn durch  
übereigneten Stoffe und  
echterung droht oder aber  
deren Lagerung und Versi-  
teht vielmehr ein valides In-  
rs an der Verwertung dieser  
ngseigentum des Bestellers  
auteile. Dies rechtfertigt es  
Recht auf Austausch der Si-

- VII ZR 23/93, BauR 1995, 545.  
- VII ZR 23/93, BauR 1995, 545.  
s, 6. Aufl., § 16 VOB/B, Rdnr. 33.

cherheit zu gewähren. Dabei dürfte die Sicherheit  
der Höhe nach auf die nach Eigentumsübertragung  
geleistete Abschlagszahlung bzw. auf den vermeint-  
lichen Rückzahlungsanspruch des Bestellers be-  
schränkt sein, je nachdem was niedriger ist.

**V. Resümee**

Sowohl § 632a Abs. 1 Satz 6 BGB als auch § 16  
Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B gewähren dem Unter-  
nehmer Anspruch auf Abschlagszahlungen für  
angelieferte bzw. angefertigte und bereitgestellte  
Stoffe oder Bauteile, sofern der Unternehmer Si-  
cherheit leistet oder dem Besteller das Eigentum an  
diesen Stoffen und Bauteilen überträgt.

**1. Sicherungseigentum des Bestellers an  
den Stoffen oder Bauteilen**

Der Besteller hat grundsätzlich die Wahl, ob er  
die Abschlagszahlung nur gegen Eigentumsüber-

tragung oder gegen Sicherheitsleistung leisten will.  
Sofern der Besteller sich für das Eigentum ent-  
scheidet, so handelt es sich hierbei noch nicht um  
eine erbrachte Bauleistung, sondern nur um Siche-  
rungseigentum. Dieses Sicherungseigentum sichert  
den Anspruch des Bestellers auf Rückzahlung der  
für die Stoffe und Bauteile geleisteten Abschlags-  
zahlung für den Fall, dass es bspw. infolge einer  
Kündigung nicht mehr zum Einbau dieser Stoffe  
und Bauteile kommt.

**2. Austauschrecht des Unternehmers**

Sofern der Bauvertrag beendet wird, bevor die  
angelieferten bzw. angefertigten und bereitge-  
stellten und dem Besteller (sicherungshalber)  
übereigneten Stoffe oder Bauteile eingebaut  
wurden, so hat der Unternehmer das Recht diese  
Sicherheit gegen eine andere Sicherheit auszu-  
tauschen.

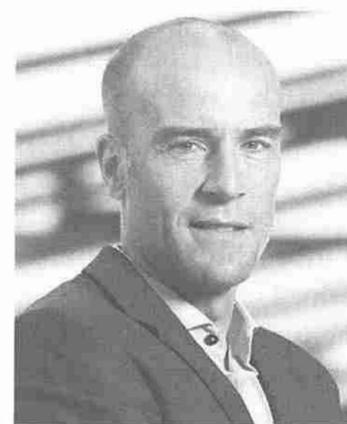
**Einbruchsschutz geschuldet bei  
fehlender Vereinbarung?**

von Rechtsanwalt Dr. Hendrik Hunold, München\*<sup>\*\*</sup>

Nahezu jeder kennt die Fernsehsendung „Akten-  
zeichen XY – ungelöst“ und die dortigen Bilder,  
wie sich Einbrecher mittels Brecheisen oder ähn-  
lichen Werkzeugen im Dunkeln an schwer ein-  
sehbaren Stellen Zutritt zum Haus verschaffen  
wollen. Die Zahl solcher Wohnungseinbrüche be-  
trug im Jahr 2017 noch 116.540 und 2018 immer  
noch 97.504.<sup>1</sup> Der hierin enthaltene Versuchs-  
anteil von 45 % wurde 2017 als eine positive Wir-  
kung von Präventionsmaßnahmen eingestuft.<sup>2</sup>  
Einbruchsversicherungen werden z.B. damit be-  
worben, dass „alle 4 Minuten in Deutschland  
ein Einbrecher zuschlägt“.<sup>3</sup> Allerdings hat sich  
nahezu bisher kein Urteil oder die baurechtliche  
Fachliteratur mit der Frage beschäftigt, ob und  
inwieweit Maßnahmen zum Einbruchsschutz ge-  
schuldet sind, sofern es an einer ausdrücklichen  
Vereinbarung hierzu fehlt (§ 633 Abs. 2 Satz 2  
BGB). Dieser Aufsatz soll die sich in diesem Zu-  
sammenhang stellenden Fragen bezogen auf den  
BGB-Bau-, den VOB/B-, den Verbraucherbau-, den  
Bauträgerkauf- sowie den Architektenvertrag im  
Detail beleuchten.<sup>4</sup>

**A. Vertragliche  
Regelungen zum  
Einbruchsschutz**

... finden sich in der  
vertragsgestaltenden



\* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und  
Partner der Kanzlei Hunold Farian Rechtsanwälte sowie Lehr-  
beauftragter für Bau- und Architektenrecht an der Hochschule  
für angewandte Wissenschaften München.

\*\* Ein herzliches Dankeschön gilt Herrn Kriminalhauptkommissar  
Michael Fritsch, Polizeidirektion Hannover, technische Präven-  
tion, für den regen Austausch und die Zuarbeit in allen techni-  
schen Fragen des Einbruchsschutzes.

1 Polizeiliche Kriminalstatistik des Bundeskriminalamtes 2018,  
Ausgewählte Zahlen im Überblick, S. 16.  
2 Polizeiliche Kriminalstatistik des Bundeskriminalamtes, Jahr-  
buch 2017, Band 4, 65. Ausgabe, S. 64. Der Band 4 der Statistik  
2018 lag zum Zeitpunkt des Abfassens dieses Aufsatzes noch  
nicht vor.  
3 Grundlage hierfür soll die Polizeiliche Kriminalstatistik des  
Bundeskriminalamtes, Jahrbuch 2014, 62. Ausgabe sein. So aber  
auch: www.zuhause-sicher.de.  
4 Eine Erstveröffentlichung zu diesem Themenbereich findet sich  
in ZMR 2019, 254 ff.