

## Fälligkeit zugunsten des Subunternehmers durch Abnahme der Hauptunternehmerleistung?

Hat der Subunternehmer Leistungsteile aus dem Werkvertrag des Hauptunternehmers mit dem Bauherrn übernommen, kann die Abnahme des Bauherrn zugleich dem Subunternehmer gegenüber wirken.

OLG Naumburg, Urteil vom 22.03.2001 - **3 U 77/00**; OLGR 2001, 315

BGB §§ **631**, **640**; IBR 2001, 606

### Problem/Sachverhalt

Der Hauptunternehmer (HauptU) baut für die Sparkasse Halle. Er beauftragt Anfang 1997 den Subunternehmer (SubU) mit einigen Leistungsteilen, wobei eine förmliche Abnahme vereinbart wird. Nach Leistungserbringung fordert der SubU den HauptU mehrfach zur Abnahme auf. Dieser verweigert die Abnahme und schreibt Ende April 1997, eine Abnahme erfolge erst nach mängelfreier Abnahme durch die Bauherrin. Mitte Juli 1997 nimmt die Sparkasse die Leistungen des HauptU ab, lässt die Schlussrechnung prüfen und leistet Schlusszahlung. Da Abnahme und Zahlung durch den HauptU verweigert werden, klagt der SubU den Werklohn in Höhe von knapp 40.000 DM ein.

### Entscheidung

Ebenso wie das LG gibt ihm auch das OLG Recht. Es bejaht aufgrund der Leistungsidentität die Abnahmewirkung auch im SubU-Verhältnis und verweist dabei auch auf eine Entscheidung des OLG Jena vom 17.06.1998 (**IBR 1998, 520** - Horschitz). Zwar sei aus Gründen der Klarheit im Allgemeinen geboten, die Abnahme in jedem Vertragsverhältnis gesondert durchzuführen. Mit der Hauptabnahme habe sich der HauptU jedoch faktisch der vereinbarten förmlichen Abnahme im Verhältnis zum SubU begeben; eine solche habe er offenbar auch nicht gewollt. Eine erneute Abnahme zwischen den Parteien liefe ins Leere. Denn Sinn einer Abnahme sei nicht die Feststellung der Mangelfreiheit, sondern die Entgegennahme der Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht, wobei dem Auftraggeber freistehe, diese mit Mängelvorbehalten zu verbinden (vgl. § **12** Abs. 5 VOB/B).

### Praxishinweis

Im Ergebnis ist die Entscheidung zu begrüßen. Das OLG übersieht jedoch die auch teilweise mit Wirkung für Altverträge zum 01.05.2000 geänderte Rechtslage durch das "Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen". Nach dem neu eingefügten § **640** Abs. 1 Satz 3 BGB steht es der Abnahme gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Diese Vorschrift gilt für Verträge, die vor dem 01.05.2000 abgeschlossen wurden mit der Maßgabe, dass der Lauf der darin bestimmten Frist erst mit dem 01.05.2000 beginnt (Art. **229** Abs. 2 Satz 3 EGBGB). Der ebenfalls neu eingefügte Satz 2 des § **640** Abs. 1 BGB regelt jetzt auch im Bereich des BGB, dass unwesentliche Mängel dem Besteller kein Recht mehr zur Abnahmeverweigerung geben. Das OLG hätte also die Entscheidung mit der nach dem Gesetz unter anderem eingetretenen Abnahmewirkung der Fälligkeit begründen sollen. Wäre der Vertrag nach April 2000 geschlossen worden, würde die sogenannte "Durchgriffsfälligkeit" gemäß dem ebenfalls neu eingefügten § **641** Abs. 2 BGB greifen. Danach wird die SubU-Vergütung "spätestens fällig, wenn und soweit" der HauptU für die Herstellung des Werkes seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat. SubU oder auch Generalunternehmer gegenüber Baurägern sollten also bei Zahlungsverweigerung immer zu klären versuchen, ob (Teil-) Zahlungen im Haupt- bzw. Baurägerverhältnis geleistet worden sind.

RA Arndt Maas, Leipzig