

## **Kein Verlust des Schadensersatzanspruchs bei vorbehaltloser Abnahme**

### Der Sachverhalt

Regelmäßig treten nach der Abnahme Gewährleistungsmängel auf. Damit ist der Verwalter aufgerufen, sich um die Nachbesserung des Mangel zu kümmern. Gelegentlich wird dann vom Unternehmer auf die Regelung im § 640 Abs. 2 BGB hingewiesen und behauptet, dass der Mangel bereits bei der Abnahme vorlag, dem Besteller bekannt gewesen sei, nicht im Abnahmeprotokoll aufgenommen wurde und deshalb er – der Unternehmer – keine Nachbesserung mehr schulde. Im Ergebnis ist diese Rechtsfolge – bei vorliegenden genannten Voraussetzungen – sogar zutreffend. Es gibt jedoch Abhilfe. Diese Problematik bietet Anlass genug, sich mit den Folgen des unterlassenen Vorbehalts bei der Abnahme einmal gründlicher zu befassen.

### Rechtliche Grundlagen

§ 640 Abs. 1 BGB regelt zunächst, dass der Besteller verpflichtet ist, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen, sofern kein unwesentlicher Mangel vorliegt. In Abs. 2 der Vorschrift ist dargestellt, dass der Besteller bestimmte Gewährleistungsrechte verliert, wenn er in Kenntnis des Mangels die Sache abnimmt, ohne sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorzubehalten. Die besondere

Problematik der Regelung wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass diese Regelung auch auf die konkludente Abnahme Anwendung findet.

Der unterlassene Vorbehalt trotz Mängelkenntnis führt zum Verlust der Rechte gem. § 634 Nr. 1-3 BGB (Anspruch auf Nacherfüllung, auf Aufwendungsersatz und auf Rücktritt und Minderung) und der Einrede gem. § 641 Abs. 3 BGB (der sogenannte „Druckzuschlag“ = Einbehalt in Höhe des dreifachen Betrages der Mängelbeseitigungskosten). Erhalten bleibt jedoch der Schadensersatzanspruch im Geld.

#### Fazit

Dem Verwalter ist anzuraten, die Abnahme möglichst durch einen Architekten durchführen zu lassen und peinlich genau darauf zu achten, dass alle Mängel im Abnahmeprotokoll aufgeführt werden. Selbst wenn einmal „alle Stricke reißen“ und ein Mangel vergessen wird, hilft hier dem Verwalter immerhin noch der Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer.

<b>Der Autor</b>
Dr. Ernst-Michael Ehrenkönig ist als Rechtsanwalt und Notar in Berlin tätig. Der Tätigkeitsschwerpunkt im Anwaltsbereich liegt im Mietrecht und zivilen Baurecht.