

Jürgen Bellers,
Markus Porsche-Ludwig

RECHTSREFORMEN

Eine politikwissenschaftliche Untersuchung

Verlag Traugott Bautz GmbH
Nordhausen 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://www.dnb.de>> abrufbar.

© Verlag Traugott Bautz GmbH
99734 Nordhausen 2020
ISBN 978-3-95948-457-2

VORWORT

Politik braucht allgemein anerkannten Erfolg, um Vertrauen der Bevölkerung zu schaffen oder zu stabilisieren. Erfolg lässt sich gut ausloten, wenn man die Gesetze als das zentrale Instrument der Politik zur Gestaltung sozialer Prozesse betrachtet, die meist die Mehrheit der Bevölkerung beschließt und die oft die Ziele expliziert, die man mit dem Gesetz anstrebt. Daher behandeln wir hier einige bedeutsame Politikfelder und Gesetze unter dieser Perspektive, von der Schuldrechtsmodernisierung von 2001, der Abnahmefiktion und der Sicherungsgrundschuld über das Gesundheitsrecht und das EU-Wettbewerbsrecht bis hin zum Umweltschutz. Der Grad der Zielerreichung ist auch Maßstab für den Erfolg.

Siegen und Hualien, im Mai 2020

Jürgen Bellers & Markus Porsche-Ludwig

INHALTSÜBERSICHT

1	Die Schuldrechtsmodernisierung von 2001	9
2	Die Abnahmefiktion	21
3	Die Sicherungsgrundschuld seit 2008	24
4	Die Baurechtsreform 2018 und die Verbraucher	25
5	Die Bodenrechtsreform (Bodenwertzuwachssteuer)	26
6	Das Arbeitsrecht – Die neue Entsenderichtlinie der EU von 2018	28
7	Das Umgangsrecht	30
8	Das Gesundheitsrecht	35
9	Das SGB XII (Sozialgesetzbuch)	50
10	Das Wettbewerbsrecht der EU	52
11	Das Agrarrecht der EU	60
12	Das nationale Recht internationaler Wirtschaftsbeziehungen	70
13	Das Internationale Privatrecht und dessen Grenzen	72
14	Das Medienrecht	75
15	Die Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG)	80
16	Das Staatsziel Umweltschutz	82
17	Resümee: Über die Bedingungen des Erfolgs von planender Politik	91
	<i>Abkürzungen</i>	101
	<i>Die Autoren</i>	105

[Anmerkung: Aus diesen Rechtsgebieten werden jeweils nur Einzelrechtsbeispiele daraufhin analysiert, ob die Reformen erfolgreich waren.]

1 DIE SCHULDRECHTSMODERNISIERUNG VON 2001

DIE SCHULDRECHTSKOMMISSION

Das BGB – in Kraft getreten im Jahre 1900 – bedarf wegen dieses Alters der ständigen Reformen, um neuen gesellschaftlichen Änderungen gerecht zu werden. Für die letzte große Änderung war im Vorfeld die sog. Schuldrechtskommission wichtig.

Diese Kommission, die 1984 ihre Arbeit begann, konnte die Ergebnisse 1991 der Öffentlichkeit vorlegen. [Vgl. Bundesminister der Justiz (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bonn 1992 (Bundesanzeiger)].

Statt der Pflichtverletzung, die Schadensersatz nach sich ziehen kann, ist der Tatbestand der Leistungsstörungen vorgesehen.

Unter diesem Tatbestand werden rubriziert:

- die Unmöglichkeit, den Kaufvertrag zu erfüllen
- der Verzug
- die positive Vertragsverletzung
- das Verschulden bei Vertragsverhandlungen
- das verschuldensunabhängige Rücktrittsrecht
- die Vergütung beim Werkvertrag bereits bei Fertigstellung
- die Gewährleistung bei Mängeln als Sachmängel und Rechtsmängel.

[Guter Überblick zum Themenkomplex: Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, a.a.O.].

Weiterhin wurde fast durchweg eine generelle Verjährungsfrist von drei Jahren empfohlen statt der bisherigen unübersichtlichen Vielfalt. [Vgl. Heinrich Dörner, Ansgar Staudinger, Einführung zum Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, <https://beck-online.beck.de>].

Diese Vorschläge wurden zunächst nicht weiterverfolgt, da man erst die neuen Richtlinienentwürfe der EU abwarten wollte, obwohl das Justizministerium, zunächst mit Gutachtenvergaben, seit Ende der 1970er Jahre an der Reform arbeitete. Dem Nichtzustandekommen lagen auch wirtschaftliche Interessen zugrunde, die zu viel Verbraucherschutz befürchteten.

EU-EBENE

In der EU-Richtlinie 44/99 vom Mai 1999 wollen die Kommission und die anderen an der Beschlussfassung beteiligten Organe den Verbraucherschutz in bestimmtem Maße europaweit angleichen, auch mit Bezug auf internationales Recht, z.B. seitens der UN. Insgesamt steht diese Richtlinie im Kontext der Errichtung des EU-Binnenmarktes (Freiheit von Waren, Kapital, Personen, Dienstleistungen), dessen freier Verkehr (frei nicht nur von Zöllen) in der EU gewährleistet wird, z.B. frei von unterschiedlichen nationalen Bestimmungen für Kapitalanlagen. [Vgl. JR 1991/H. 8, S. 322].

Das gilt auch für die Verbraucherschutzregelungen, die sehr unterschiedlich waren und damit den freien Warenverkehr für Verbraucher erschweren. Hier bezog sie sich auf Art. 95 des EWG-Vertrages. Denn die EU kann nur aktiv werden, wenn sie ausdrücklich in einem Vertrag ihrer Mitgliedstaaten dazu aufgefordert wird. Die EU-Konformität der Regelungen betrifft vor allem die Vertragsmäßigkeit der Waren. Das ist allen Rechtssystemen der EU-Staaten als Minimum gemeinsam. Wegen dieser Vielfalt schlägt die EU vor, eine widerlegbare Vermutung für die Vertragsmäßigkeit einzuführen. Das widerspreche auch nicht dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, den vorrangig die Wirtschaft vorbrachte. Das sei auch deshalb notwendig, weil dieses Freiheitsprinzip Element einer freien Gesellschaft ist.

„Die Qualität und die Leistung, die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, hängen unter anderem davon ab, ob die Güter neu oder gebraucht sind. Die in der Vermutung genannten Elemente gelten kumulativ. Ist ein bestimmtes Element aufgrund der Umstände des betreffenden Falls offenkundig unanwendbar, so behalten die übrigen Elemente

der Vermutung dennoch ihre Gültigkeit.“ [Vgl. S. 4 f. der Richtlinie, Punkt 8].

Der Verkäufer haftet dabei für die Vertragsmäßigkeit der Ware. Vorproduzenten in der Wertschöpfungskette kann der Verkäufer in Regress nehmen. Bei Fehler der Vertragsmäßigkeit muss der Käufer das Recht haben

- auf Nachbesserung
- Ersatzlieferung
- Minderung des Preises
- und auf Auflösung des Vertrages.

Bei Unverhältnismäßigkeit der Ersatzlösung – gemäß einer objektiven Betrachtung – ist die zu nehmen, die am günstigsten ist. Es gilt hier auch der Grundsatz der einvernehmlichen Einigung zwischen Käufer und Verkäufer. Gebrauchte Güter können definitionsgemäß nicht ersetzt werden.

AUF DEUTSCHER EBENE

Ende 2001 – quasi mit der letzten Möglichkeit – beschloss der Deutsche Bundestag die nationale Umsetzung der Richtlinie im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung, die lange Zeit seitens der Unternehmen verzögert wurde. Die Wirtschaft fürchtete Umsetzungskosten auf die neue Regelung und die Stärkung der Verbraucherrechte, denn dadurch wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit (weiter) eingeschränkt. Diese Vertragsfreiheit wurde von dieser Seite als Garant der wirtschaftlichen Erfolg Deutschlands betrachtet. Sie ist ja auch Grundlage der liberalen Verfassungsordnung (Art. 2 Grundgesetz).

Die Union im Bundestag wollte daher eine 1:1-Umsetzung, die Bundesregierung eine integrierte. Die 1:1-Regelung hätte neben dem EU-Recht das alte BGB-Recht z.T. bestehen lassen.

Die Bundesregierung aus SPD und Grünen verteidigte die Änderungen damit, dass die Neuerungen leichter anzuwenden seien, da nicht ein weiteres Rechtssystem neben anderen (der UN z.B.) geschaffen worden sei.

Daher wurde das BGB erheblich ergänzt und geändert sowie weiter bestehende Modernisierungsnotwendigkeiten zugleich mit erledigt. Auch sei die späte Umsetzung sinnvoll gewesen, weil man erst weitere Richtlinien aus der EU abwarten wollte. Damit wurde das BGB in nicht wenigen Bereichen geändert (integrierte Lösung).

Die Verjährungsfristen wurden geändert.

Ein neuer Tatbestand der Pflichtverletzung im Kontext der Leistungsstörung wurde geschaffen. Ebenso beim Rückgriffsrecht und Nachbesserungsrecht. Damit wurde nachgeholt, was die Gerichte bereits praktizierten.

Die 1:1-Lösung der Union hätte nur dazu geführt, dass neben dem BGB und der UN-Rechtsordnung noch eine weitere der EU entstanden wäre.

Im Bundestag verteidigte die Justizministerin H. Däubler-Gmelin die Änderungen des BGB durch zwei EU-Richtlinien (genauer: zweieinhalb), genauer: durch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, die Zahlungsverzugsrichtlinie und die vertragsrechtlichen Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie. Die Kritik, dass die Neuerungen im BGB zu schnell eingeführt worden seien, hat sich nicht als berechtigt erwiesen, denn die Diskussion darum ist seitdem verstummt.

BEISPIELE ZU § 439 BGB GEMÄSS EU-RICHTLINIE*GERICHTE*

Landgericht Hagen, 2 O 50/10, Urteil vom 29.07.2011

[...] [D]er Kläger habe bereits bei dem Werkstattbesuch am 28.12.2009 und durch Vereinbarung des Austauschs des Zylinderkopfes wirksam sein Wahlrecht betreffend die Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels ausgeübt und sei an seine Wahl gebunden. Ferner verweigert die Beklagte die Lieferung eines mangelfreien Pkw unter Berufung auf § 439 Abs. 3 BGB und behauptet, die vom Kläger gewünschte Art der Nacherfüllung liege weit über 10% über den Kosten der Mangelbeseitigung. [...]

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist begründet.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Neulieferung eines mangelfreien Pkw Alfa Romeo aus §§ 433 Abs. 1, 434 Abs. 1, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB zu. [...]

[Quelle: <https://openjur.de>]

§ 439 BGB

<i>(TEXT ALTE FASSUNG)</i>	<i>(TEXT NEUE FASSUNG)</i>
<i>(3) ¹ Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. ² Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in</i>	<i>(3) ¹ Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem</i>

<p>mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. ³ Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.</p>	<p><u>Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.</u> ² § 442 Absatz 1 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass für die Kenntnis des Käufers an die Stelle des Vertragsschlusses der Einbau oder das Anbringen der mangelhaften Sache durch den Käufer tritt.</p>
<p>(4) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348 verlangen.</p>	<p>(4) ¹ Der Verkäufer kann die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. ² Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. ³ Der Anspruch des Käufers beschränkt sich in diesem Fall auf die andere Art der Nacherfüllung; das Recht des Verkäufers, auch diese unter den Voraussetzungen des Satzes 1 zu verweigern, bleibt unberührt.</p>
	<p>(5) Liefert der Verkäufer zum Zwecke der Nacherfüllung eine mangelfreie Sache, so kann er vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der</p>

	§§ 346 bis 348 verlangen.
--	---------------------------

[Quelle: <https://www.buzer.de>]

MITTEILUNG DER PRESSESTELLE DES BGH

Nr. 175/2012

**RICHTLINIENKONFORME AUSLEGUNG DES § 439 ABS. 1 BGB
(betr. Aus- und Einbaukosten bei Ersatzlieferung)
gilt nicht für Kaufverträge zwischen Unternehmern**

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 16. Juni 2011 (C-65/09, C-87/09 – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer; Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH) gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB („Lieferung einer mangelfreien Sache“) auf den Verbrauchsgüterkaufvertrag (b2c) beschränkt ist und nicht für Kaufverträge zwischen Unternehmern (b2b) oder zwischen Verbrauchern (c2c) gilt.

Die im Sportplatzbau tätige Klägerin kaufte bei der Beklagten EPDM-Granulat eines polnischen Produzenten zur Herstellung von Kunstrasenplätzen in zwei Gemeinden. Nach dem Einbau durch die Klägerin stellte sich heraus, dass das von der Beklagten gelieferte Granulat mangelhaft war. Die Beklagte lieferte kostenlos Ersatzgranulat, lehnte es aber ab, das mangelhafte Granulat auszubauen und das Ersatzgranulat einzubauen. Daraufhin ließ die Klägerin diese Arbeiten durch ein anderes Unternehmen durchführen.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin unter anderem die Zahlung der ihr für den Aus- und Einbau entstandenen Kosten begehrt. Das Landgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass das Urteil des Europäischen Gerichtshofs über den Umfang der Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf im Falle einer Ersatzlieferung keine Auswirkungen auf den hier vorliegenden Kaufvertrag zwischen Unternehmern hat. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs hat der Verbraucher bei einer Ersatzlieferung gegenüber dem Unternehmen Anspruch darauf, dass der Unternehmer die mangelhafte Sache, die vom Verbraucher vor Auftreten des Mangels bestimmungsgemäß eingebaut worden war, ausbaut und die als Ersatz gelieferte Sache einbaut oder die hierfür anfallenden Kosten trägt. Dies gilt, wie der VIII. Zivilsenat ausgeführt hat, nur für den zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossenen Kaufvertrag (b2c; dazu BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08). Bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern (b2b) oder zwischen Verbrauchern (c2c) wird dagegen der Ausbau der mangelhaften Sache und der Einbau der Ersatzsache von der Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ (§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB) nicht erfasst.

[Anmerkung der Verf.: Die Tatsache, dass der neue Paragraph erst vom EuGH auf seine Richtlinienkonformität ausgelegt werden muss, deutet auf eine eher schlechte Umsetzung des Paragraphen und der Richtlinie selbst hin.]

Urteil vom 17. Oktober 2012 – VIII ZR 226/11

OLG Stuttgart – Urteil vom 8. Juni 2011 – 4 U 34/11

LG Stuttgart – Urteil vom 2. Februar 2011 – 20 O 280/10

**§ 439 BGB: Nacherfüllung*

(1) Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(2) [...]

Siehe auch:

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 70/08
[veröffentlicht unter anderem in NJW 2012, 1073]

EuGH – Urteil vom 16. Juni 2011 – Rs. C-65/09 und C-87/09 – Gebr.
Weber GmbH/Jürgen Wittmer und Ingrid Putz/Medianess Electronics
GmbH
[veröffentlicht unter anderem in NJW 2011, 2269]

[...]

[Quelle: <http://juris.bundesgerichtshof.de>]

Insgesamt ist dieser reformierte § 439 BGB eine weitere Sicherung der
Verbraucherrechte.

ÄNDERUNGEN IM TEILRECHTSGEBIET SCHULDRECHT BT I (KAUF-RECHT) DURCH DIE EU-RICHTLINIE

[Vgl. hierzu insgesamt: jura online v. 02.01.2018, <https://jura-online.de>]

Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 1, 439 BGB

- § 476 BGB a.F. durch § 477 BGB n.F. ersetzt;
- bei „Nacherfüllungsverlangen“ § 439 III BGB n.F. zu den Einbau-fällen eingearbeitet;
- Hinweis auf Vorschuss, § 475 VI BGB n.F.;
- Unverhältnismäßigkeit, § 439 III BGB a.F. durch § 439 IV BGB n.F. ersetzt (inhaltsgleich) und Ausführungen zur absoluten und zur relativen Unverhältnismäßigkeit eingearbeitet;
- am Ende Rückgewähr der mangelhaften Sache bei Nachliefe-rung, § 439 IV BGB a.F. durch § 439 V BGB n.F. (inhaltsgleich) und § 474 II BGB a.F. durch § 475 III BGB n.F. ersetzt

Beweislastumkehr, § 477 BGB

- § 476 BGB a.F. durch § 477 BGB n.F. ersetzt

Problem – Umfang der Beweislastumkehr, § 477 BGB

- § 476 BGB a.F. durch § 477 BGB n.F. ersetzt

Vertraglicher Gewährleistungsausschluss

- § 475 BGB a.F. durch § 476 BGB n.F. ersetzt

Rücktritt, §§ 437 Nr. 2, 1. Fall, 440, 323, 326 V, 346 ff. BGB

- Entbehrlichkeit der Frist gem. § 478 I BGB a.F. durch § 445a II BGB ersetzt

Garantie

- Verbrauchergarantie, § 477 BGB a.F. durch § 479 BGB ersetzt

Rückgriff des Verkäufers, §§ 445a, 445b (§ 478 BGB)

- neu

FÄLLE:„Spitz auf Knopf“

- Werklieferungsvertrag, § 651 BGB a.F. durch § 650 BGB n.F. ersetzt;
- § 476 BGB a.F. durch § 477 BGB n.F. ersetzt;
- § 439 III BGB a.F. durch § 439 IV BGB n.F. ersetzt

„Ärger mit der Rückgabe“

- § 439 IV BGB a.F. durch § 439 V BGB n.F. ersetzt;
- § 474 II BGB a.F. durch § 475 III BGB n.F. ersetzt

„Kostspielige Koi-Karpfen“

- Ein- und Ausbaufall nunmehr komplett nach § 439 III BGB n.F. gelöst;
- § 476 BGB a.F. durch § 477 BGB n.F. ersetzt

„Der Akkordeonspieler“

- § 476 BGB a.F. durch § 477 BGB n.F. ersetzt;
- § 477 BGB a.F. durch § 479 BGB n.F. ersetzt

ÄNDERUNGEN IM TEILRECHTSGEBIET SCHULDRECHT BT IIPflichten im Werkvertrag, § 631 BGB

- Werklieferungsvertrag, § 651 BGB a.F. durch § 650 BGB n.F. ersetzt (inhaltsgleich);
- Sonderfälle des Werkvertrags neu eingefügt, §§ 650 ff. BGB n.F.

Herstellungsanspruch des Bestellers, § 631 BGB

- Abnahmefiktion, § 640 II BGB n.F. neu eingefügt;
- Sonderkündigungsrecht, § 648a BGB n.F. neu eingefügt

ÄNDERUNGEN IM TEILRECHTSGEBIET HANDELSRECHT

FÄLLE:

„Schwierige Geschäfte mit Baumaschinen“

- § 476 BGB a.F. durch § 477 BGB n.F. ersetzt;
- § 478 BGB a.F. um § 445a, 445b BGB n.F. ergänzt

2 DIE ABNAHMEFIKTION

§ 640 BGB (NEUE FASSUNG SEIT 01.01.2018)

<i>(TEXT ALTE FASSUNG)</i>	<i>(TEXT NEUE FASSUNG)</i>
<p><i>(1) ¹ Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. ² Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. ³ Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.</i></p>	<p><i>(1) ¹ Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. ² Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.</i></p>
<p><i>(2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.</i></p>	<p><i>(2) ¹ Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. ² Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweiger-ten Abnahme hingewiesen hat; der</i></p>

	<i><u>Hinweis muss in Textform erfolgen.</u></i>
	<i>(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.</i>

[Quelle: <https://www.buzer.de>]

Seit 1999 wird die sog. Abnahmefiktion gemäß § 640 BGB insbesondere seitens der FDP unter der Überschrift „Verbesserung der Zahlungsmoral“ diskutiert. Denn beim Werkvertrag besteht die Schwierigkeit, dass beide Seiten zu Beginn des Vertrages nicht wissen können, wie das Werk letztlich aussehen wird. Die Abnahme kann durch Erklärung erfolgen oder durch die sog. fingierte Abnahme, die dann eintritt, wenn der Auftraggeber nicht durch Verweis auf Mängel oder unter Missachtung der Frist das Werk abnimmt. Mängel muss der Besteller nachweisen. Das gilt insbesondere im Baugewerbe. Die Nichtabnahme kann zu erheblichen finanziellen Schwierigkeiten im Handwerkerbetrieb führen. Bei Bauleistungen sind auch Teilabnahmen möglich, um die o.g. Schwierigkeiten rechtzeitig zu erkennen oder gar zu verhindern. Problem bleibt hier aber auch, dass bei zufälligem Untergang eines Werkes der Auftraggeber belastet wird. Ziel ist es, dass es nicht zu einer unkalkulierbaren Belastung des Auftraggebers kommt. [Vgl. <https://www.sbz-online.de/betrieb-organisation/sbz-serie-das-aktuelle-problem-die-abnahme>].

Als Kritik bleibt jedoch das Argument des Handwerks, dass es nur selten dazu kommt, ohne formelle Abnahme die Zahlung des Bestellers zu erhalten. Der kann sich auf das Fehlen einer Abnahme berufen und die (Teil-) Zahlung derart verzögern, wenn nicht sogar verhindern. Aber das ist kein rechtliches Problem, sondern eines des Verhaltens der Handwerker, die den Abnahmebestimmungen einen zu geringen Stellenwert beimessen. [Vgl. SBZ-Serie: Das aktuelle Problem, 17.12.2009; <https://www.sbz->

online.de]. Nur in wenigen Fällen ist eine Abnahmeerklärung auch ohne formelle Bestimmungen gegeben, z.B. bei konkludentem Handeln.

Oder eben bei der Abnahmefiktion, die in § 640 Abs. 2 BGB geregelt ist:

Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat.

Aber auch hier ist ein Aktivwerden des Bestellers vonnöten, was nicht unbedingt angenommen werden kann. Aber das kann man wohl nicht juristisch erfassen.

3 DIE SICHERUNGSGRUNDSCHULD SEIT 2008

§ 1192 BGB Anwendbare Vorschriften

(1) Auf die Grundschild finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschild nicht eine Forderung voraussetzt.

(1a) Ist die Grundschild zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (Sicherungsgrundschild), können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschild zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschild entgegengesetzt werden; § 1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung. Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt.

(2) Für Zinsen der Grundschild gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung.

Dieses Rechtsinstrument ist im Kontext der internationalen Finanzkrise durch das Risikobegrenzungs-gesetz von 2018 eingeführt worden. Die Verbindung von Grundschild und Gläubiger wird dabei durch einen Sicherungsvertrag gewährleistet. Diese Form von Grundschild kann auch auf andere Gläubiger übergeleitet, verkauft werden (§§ 1192, 1193 BGB). Frühere Einreden von Gläubigern, z.B. die der Teiltilgung von Krediten, können nun auch von folgenden Gläubigern, auf die die Sicherungsgrundschild überging, vorgebracht werden. Stabilisierend auf die Finanzgeschäfte wirkt sicherlich die Kündigungsfrist von sechs Monaten auf die Grundschild, wodurch u.a. die Forderung fällig wird. [Vgl. Michael Cirulies, in: Deutsches Anwalt Office Premium, <https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium>].