

Erster Abschnitt: Einleitung und Problemdarstellung .....	13
A. Allgemeines .....	13
B. Anlass der Untersuchung .....	14
C. Die Dogmatik der Selbstvornahme .....	15
I. Der Begriff Selbstvornahme .....	15
II. Die Auswirkung der Selbstvornahme auf die Forderung .....	16
III. Die Auswirkung der Selbstvornahme auf die Gegenleistung .....	19
D. Der zeitliche Anwendungsbereich der allgemeinen Leistungsstörungenrechte .....	20
I. Die Ansprüche des Bestellers aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht .....	20
II. Die Entstehungszeit der Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht .....	21
1. Der Grundsatz: ab Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs aus § 631 I BGB .....	21
2. Die Geltendmachung der Ansprüche vor Fälligkeit des Erfüllungsanspruchs durch § 323 IV BGB .....	21
III. Zwischenergebnis und kritische Würdigung .....	23
E. Der zeitliche Anwendungsbereich der Mängelrechte im BGB- Werkvertragsrecht .....	23
I. Unterschiedliche Auffassungen über den zeitlichen Anwendungsbereich der werkvertraglichen Mängelrechte .....	24
1. Die Abnahme .....	24
a. Die Lehrmeinungen .....	24
b. Die Rechtsprechung .....	25
i. OLG-Entscheidungen .....	26
ii. BGH Urteile .....	26
2. Die Vollendung bzw. abnahmereife Herstellung .....	28
3. Der Fertigstellungstermin oder die Fälligkeit .....	29

a. Die Lehrmeinungen .....	29
b. Die Rechtsprechung .....	30
4. Der Herstellungsbeginn .....	31
II. Die Auslegungsmethoden .....	32
1. Grammatische Auslegung .....	32
2. Historische Auslegung .....	34
a. Das BGB von 1900 .....	34
b. Die Schuldrechtsmodernisierung 2002 .....	36
i. Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts .....	36
ii. Die Schuldrechtskommission .....	38
iii. Der Diskussionsentwurf .....	39
iv. Der Gesetzesentwurf .....	40
c. Modernisierung des Bauvertrags- bzw. Werkvertragsrechts durch das Reformgesetz 2018 .....	41
d. Zwischenergebnis .....	42
3. Systematische Auslegung .....	43
a. Abschlagszahlungen nach § 632a BGB .....	43
b. Die Kündigung nach § 648 BGB .....	44
4. Teleologische Auslegung .....	45
a. Der Nacherfüllungsanspruch (§ 635) .....	45
b. Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz (§ 636) .....	47
c. Die Selbstvornahme (§ 637) .....	48
d. Die Minderung (§ 638) .....	49
e. Die Verjährung (§ 634a) .....	50
f. Interessen der Vertragsparteien .....	50
i. Die Belange des Unternehmers .....	51
ii. Die Belange des Bestellers .....	52
g. Zwischenergebnis der teleologischen Auslegung .....	58
F. Die Erkenntnisse und kritische Würdigung de lege lata .....	58

Zweiter Abschnitt: Die werkvertragliche Selbstvornahme vor der Abnahme .....	61
A. Kostenfrage .....	61
I. Die Auswirkungen der Mangelbeseitigung des Bestellers auf seine weiteren Mängelrechte .....	61
1. Die berechtigte Selbstvornahme .....	61
2. Die unberechtigte Selbstvornahme .....	62
II. Die Frage nach dem abschließenden Charakter der Mängelrechte .....	62
III. Ersatz der Kosten eigenmächtiger Selbstvornahme .....	67
1. Geschäftsführung ohne Auftrag .....	67
a. Die Tatbestandsvoraussetzungen .....	67
i. Fremdes Geschäft .....	68
ii. Fremdgeschäftsführungswille .....	68
iii. Geschäftsführung ohne Auftrag oder Befugnis .....	69
b. Die Rechtsfolgen der echten Geschäftsführung .....	70
2. Ansprüche nach Bereicherungsrecht .....	72
a. Die einschlägige Kondiktionsart .....	72
i. Die Leistungskondiktion .....	72
ii. Die Nichtleistungskondiktion .....	73
b. Umfang des Bereicherungsanspruchs .....	74
IV. Exkurs: Die eigenmächtige Selbstvornahme in anderen Rechtsbereichen .....	75
1. Mietvertrag .....	76
2. Selbsterfüllung bei außervertraglichen Verpflichtungen .....	79
B. Ein strukturelles Problem des BGB-Werkvertragskonzepts .....	84
I. Allgemeines .....	84
II. Der Erfolgsbezug im Werkvertragsrecht .....	85
1. Die Entwicklung des Werkvertragsrechts .....	86
2. Der einmalige, punktuelle Leistungsaustausch .....	88
3. Die Bedeutung der Abnahme .....	89
4. Der funktionale Mangelbegriff .....	90

III. Die Kehrseite des Erfolgsbezugs: die fehlende Rücksicht auf den Herstellungsprozess .....	91
1. Einzelne Regelungen zur Herstellungsphase .....	91
a. Herstellungsprozess nach allgemeinen werkvertraglichen Vorschriften, § 631–650 BGB .....	91
i. Sicherung des Vergütungsanspruchs .....	91
ii. Einfluss auf den Herstellungsprozess .....	92
iii. Werkvertragsspezifische Kündigungsrechte .....	94
b. Herstellungsprozess nach baurechtlichen Vorschriften, § 650a– § 650h BGB .....	95
i. Das Anordnungsrecht des Bestellers .....	95
ii. Rechte des Unternehmers wegen seiner Vorleistungspflicht .....	96
iii. Erleichterung der Rechtsdurchsetzung .....	97
2. Gegenüberstellung der VOB/B-Regelungen in Bezug auf die Herstellungsphase .....	98
a. Mitwirkungspflichten des Auftraggebers .....	98
b. Kontrollmechanismen während der Ausführung .....	99
c. Die Änderungsanordnungen mit vergütungsrechtlichen Folgen .....	101
d. Die Selbsthilferechte .....	104
i. Selbsthilferechte bei der Kündigung .....	104
ii. Selbsthilferecht vor der Ausführung .....	106
iii. Selbsthilferecht wegen nicht-geschuldeter Leistungen .....	106
e. Behinderung und Unterbrechung der Ausführung .....	107
f. Gefahrverteilung während der Ausführung .....	109
g. Zwischenergebnis .....	110
3. Die schwierige Einordnung der Werkausführung .....	110
a. Der Charakter der Werkausführung .....	111
b. Der Stellenwert der Tätigkeitspflicht .....	112
IV. Selbstvornahme vor dem Fälligkeitszeitpunkt .....	113
C. Die Erkenntnisse des zweiten Abschnitts .....	115

Dritter Abschnitt: Selbstvornahmerecht während der Werkherstellung de lege ferenda .....	117
A. Die bisherigen Lösungsvorschläge und ihre Bewertung .....	117
I. Ergänzungsentwurf von Kraus, Vygen, Oppler .....	117
II. Freiburger Ergänzungsentwurf aus 2001 .....	118
III. Empfehlungen des 3. Deutschen Baugerichtstages .....	119
IV. Ergänzungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz .....	119
V. Die Regelungsvorschläge in der Lehre .....	120
1. Der Vorschlag von Jansen .....	120
2. Der Vorschlag von Schlier .....	122
VI. Bewertung der Vorschläge .....	124
B. Das Schweizer OR als Vorbild – ein anderes Verständnis .....	126
I. Die Regelungen zur Ersatzvornahme im Allgemeinen .....	126
II. Das Schweizer Werkvertragsrecht .....	126
1. Die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte des Bestellers .....	127
2. Die Funktion der Abnahme .....	128
3. Leistungsstörungenrechte vor Abnahme .....	128
III. Die Ersatzvornahme im Werkvertragsrecht nach Art. 366 Abs. 2 OR .....	130
1. Rechtsnatur der Ersatzvornahmeregulung .....	130
2. Tatbestandsvoraussetzungen der Ersatzvornahme .....	131
3. Der zeitliche Anwendungsbereich .....	134
4. Rechtsfolgen .....	136
IV. Zusammenfassende Schlussfolgerung .....	139
C. Eigene Formulierung eines Gesetzesvorschlags .....	139
I. Ausdrückliche Regelung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Mängelrechte .....	140
II. Rechtsbehelfe während der Herstellung .....	140
Thesen .....	143
Literaturverzeichnis .....	145