

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 Leistungsstörungsrechte	20
I. Die Ansprüche des Bestellers aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht	20
II. Die Entstehungszeit der Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht	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 Mängelbegriff	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 <i>de lege ferenda</i>	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. Leistungsstörungsrechte vor Abnahme	128
III. Die Ersatzvornahme im Werkvertragsrecht nach Art. 366 Abs. 2 OR	130
1. Rechtsnatur der Ersatzvornahmeregelung	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