

Andreas Wacke

Verjährungsbeginn nicht vor Rechnungserteilung?

Die BGH-Rechtsprechung zur VOB und HOAI

im Widerspruch zu Grundprinzipien des Verjährungsrechts*

Gliederung: I. Programmatische Übersicht. – II. Grenzen menschlicher Einflussnahme auf den Lauf der Verjährungsfristen. – III. *Actio nata* und *actio nascitura*: Monistische oder dualistische Konzeption des Verjährungsbeginns? – IV. Die Wechselwirkung zwischen Verjährungsbeginn und Verjährungsabbruchsmöglichkeit durch Feststellungsklage. Apagogische Beweisführung. – V. Die Unabhängigkeit des Verjährungsbeginns von einer Liquidation bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Ärzten. – VI. Unterschiedlicher Beginn der Werklohn-Verjährung? – VII. Anmahnung und Selbsterstellung der Schlussrechnung als Schein-Abhilfen. – VIII. Inhaltskontrolle nach den Grundkriterien des AGB-Gesetzes. – IX. Änderungen nach neuem Verjährungsrecht? – X. Schlussbetrachtung.

I. Programmatische Übersicht

1. Hinsichtlich der Verjährung von Honoraransprüchen von Architekten und Angehörigen anderer freier Berufe besteht nicht nur von Gesetzes wegen eine große, durch die Besonderheiten der jeweiligen Berufsfelder keineswegs gebotene Rechtszersplitterung.¹ Unterschiedlich geregelt ist namentlich der Einfluss einer zu erteilenden Gebührenrechnung auf die Fälligkeit und den Verjährungsbeginn. Soweit spezialgesetzliche Vorschriften für den Verjährungsbeginn fehlen – wie bei den Werklohnforderungen von Bauhandwerkern – , steigert die Rechtsprechung die Gestaltungsvielfalt (und damit zugleich die Rechtsunsicherheit) überdies noch durch die grundlegende Unterscheidung zwischen Bauverträgen nach BGB und solchen, denen die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B) zugrunde gelegt wurden: Anders als nach BGB ist gemäß § 16 Nr. 3 VOB/B die Schlusszahlung alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Unternehmer vorgelegten Schlussrechnung zu leisten, spätestens binnen zwei Monaten ab deren Zugang. Dieser Zeitpunkt sei darum zwangsläufig auch maßgeblich für den Verjährungsbeginn.

* Aus: Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag (München 2002) 953-979. Für förderliche Hinweise (bes. auf verstreute Fundstellen) danke ich etlichen Helfern. Mein besonderer Dank geht auch bei dieser Gelegenheit an den Jubilar.

¹ Ein kursorischer Überblick über den Dschungel von Einzelheiten bei *Palandt/Heinrichs* (61. Aufl. 2001) § 198 BGB Rz. 5-7.

Ohne eine vom Bauunternehmer vorgelegte Schlussrechnung läuft dieser Auslegung [954] zufolge nach VOB gegen ihn keine Verjährungsfrist; anders nach BGB.²

Dieser Rechtsprechung des 7. Senats des BGH³ stehen jedoch schwerwiegende Bedenken entgegen. Da der Zeitpunkt der Rechnungslegung im Belieben des Gläubigers steht, führt diese Auslegung zu dem unhaltbaren Ergebnis, dass Werklohnansprüche aus VOB-Verträgen (anders als solche aus BGB) praktisch nicht verjähren können. Ein solches Auslegungsergebnis widerstreitet sowohl leitenden Grundprinzipien der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁴ als auch bisherigen zwingenden BGB-Vorschriften, deren Zielsetzung vom BGH trotz der grundlegenden, von der h. M. leider ignorierten Abhandlung von *Dietrich Schultz*⁵ in diesem Zusammenhang bisher nicht gewürdigt wurde. Die extrem unternehmerfreundliche Ansicht des BGH ist überdies unvereinbar mit der Grundtendenz der VOB nach möglichst schleuniger Vertragsabwicklung. Der vom BGH für den Schuldner gewiesene Ausweg, die Rechnung gemäß § 14 Nr. 4 VOB/B anzunehmen, um die Verjährung in Lauf zu setzen, verstößt gegen Sinn und Zweck des Verjährungsrechts: Denn nie ist es Aufgabe des Schuldners, den Verjährungsbeginn herbeizuführen, sondern stets obliegt es dem Gläubiger, die von Rechts wegen eintretende Verjährung (notfalls durch gerichtliche Maßnahmen) zu vermeiden (dazu unten VII). Den nötigen Zusammenhang mit den allgemeinen Prinzipien des Verjährungsrechts verlor die Rechtsprechung in Bausachen aus den Augen, so daß sich auf dem Bausektor ein isoliertes Sonderrecht entwickelte. Der vom allgemeinen Verjährungsrecht bezweckte Vertrauensschutz wird dadurch (vor allem für in diese Spezialmaterie nicht eingeweihte private Bauherren) aufs schwerste erschüttert. Entgegen

² Reiche Nachweise bei *Jagenburg* in *Ganten/Jagenburg/Motzke*, Beck'scher VOB Kommentar B (1997) Vor § 2 Rz. 562ff., 565ff.; *Ingenstau/Korbion/Keldungs*, VOB (14. Aufl. 2001) B § 2 Rz. 62; *U. Locher* ebenda B § 16 Rz. 24ff.

³ Etwa BGH NJW 1984, 1757f.

⁴ Bisher §§ 3, 5, 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, entsprechend jetzt § 305 c Abs. 1 und 2, § 307 Abs. 2 BGB n.F. Dazu unten VIII.

⁵ *D. Schultz*, Verjährung und Fälligkeit: Krit. Anm. zur Rspr. zum Werklohnanspruch des Bauunternehmers, JZ 1973, 718-722. – *Dietrich Schultz*, Professor in Darmstadt und Saarbrücken für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, verstarb 1984 erst 56jährig an den Folgen eines Herzinfarktes nach anstrengendem Tennisspiel; vgl. den Nachruf von *U. H. Schneider*, JZ 1984, 721 und die ihm gewidmete Gedächtnisschrift (hrsg. *G. Jahr*, Köln 1987). Bei der Präsentation seiner zivilrechtlichen Veröffentlichungen würdigte darin *Jahr* S. 15, 17 dessen Beitrag zur Verjährung als Kritik an „verfehlter Begriffsjurisprudenz“. Wie *Jahr* S. 16 weiter hervorhebt, war *Schultz* sich stets dessen bewusst, „dass eine falsche Rechtsentscheidung nicht nur wissenschaftlich verfehlt ist, sondern [vor allem auch] Menschen ungerecht behandelt“.

[955] dem ersten Eindruck geht es hier nicht um periphere Lappalien, sondern um zentrale Kernfragen des Verjährungsrechts.

2. Trotz dieser unerträglichen Konsequenzen könnte im zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen neuen Verjährungsrecht sogar eine Bestätigung dieser BGH-Rechtsprechung gesehen werden: Die bisherigen §§ 199, 200 und 202 Abs. 2 BGB – Angelpunkte für die Kritik am BGH – wurden aus Unverstand des Reformgesetzgebers über dogmatische Grundlagen des Verjährungsrechts gestrichen. Entgegen der gesunden Regelung des § 225 BGB aF wurde das Verjährungsrecht überdies in über großem Maße der privatautonomen Regelung zugänglich gemacht (dazu krit. unten IX 2). Dazu konnte es kommen, weil man die wenigen kritischen Stimmen gegenüber der festgefahrenen Judikatur nicht mehr zu Wort kommen ließ. Eine in den Grundlagen höchst angreifbare Präjudizienkette wird in den für die Praxis bestimmten Darstellungen als unproblematisch hingestellt.

Mag sich eine Widerlegung des BGH nach neuem Recht damit auch schwieriger gestalten, so soll hier doch nochmals der Versuch gewagt werden, den 7. Zivilsenat auf den Pfad der Tugend zurückzuleiten. Ausgangspunkt zur Kritik ist der wegweisende Aufsatz von *D. Schultz* und das ihm folgende Urteil des OLG Celle von 1974.⁶ Beide Darstellungen gehören zur Pflichtlektüre für jeden mit dem Thema Befassten. An eine Kritik auf der Basis des bisherigen Rechts schließt sich in einem zweiten Schritt eine solche nach neuem Recht an.

3. In einer geplanten zweiten Verjährungsnovelle sollen künftig auch die zahlreichen spezialgesetzlichen Vorschriften vereinheitlicht und an die geänderten BGB-Vorschriften angeglichen werden.⁷ Spätestens bei diesem dringenden zweiten Reformschritt muss der über Jahrzehnte herangewucherte Wildwuchs zur Verjährung gewerblicher und freiberuflicher [956] Vergütungsansprüche auf einfache und klare Prinzipien zurückgeführt werden. Als Angelpunkt für die Neuregelung wird von der ältesten und eindeutigen Vorschrift des § 18 Abs. 1 S. 2 BRAGO auszugehen sein. Den Beginn der Verjährungsfrist kann ein Rechtsanwalt danach (was sich übrigens von selbst versteht)⁸ nicht dadurch aufhalten, dass er seinem Mandanten keine Rechnung schreibt. Dies ist ein Satz von evidentem Gerechtigkeitsgehalt. Für den Beginn der Verjährung von

⁶ OLG Celle v. 10.7.1974, BauR 6/74 S. 413-416. Jedes Wort verdient in diesem Urteil Beifall. Zu Unrecht ohne gute Gründe ablehnend *Ingenstau/Korbion* VOB (10. Aufl. 1984) B § 16 Rz. 7 S. 1591.

⁷ Vgl. *Mansel*, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 89.

⁸ Nach BGH NJW 1997, 516 dient § 18 Abs. 1 S. 2 BRAGO bloß der Klarstellung. Vgl. *Riedel/Sußbauer/Fraunholz*, BRAGO (8. Aufl. 2000) § 18 Rz. 6.

Ansprüchen eines Steuerberaters entschied der 9. Zivilsenat beifallswert in gleichem Sinne (wie Fn. 8). Angesichts der abweichenden Judikatur des 7. Zivilsenats zum Verjährungsbeginn der Ansprüche von Architekten ist es an der Zeit, die Streitfrage gemäß § 132 GVG dem Großen Zivilsenat zur Grundsatzentscheidung vorzulegen.

II. Grenzen menschlicher Einflussnahme auf den Lauf der Verjährungsfristen

Die Verjährung ist (wie die Ersitzung) eine Einrichtung des objektiven Rechts. Das bedeutet: Soweit einzelne unverjährbare Ansprüche nicht ausnahmsweise von ihr ausgenommen sind, beginnen die Verjährungsfristen von Rechts wegen (*ipso iure*) zu laufen. Das ist ein Naturgesetz wie die Zeit als Vierte Dimension, so unentrinnbar wie das Kreisen der Erde um sich selbst und mit den Planeten um die Sonne, so unaufhaltsam wie der Alterungsprozess eines jeden sterblichen Wesens von Tag zu Tag. Dem Naturgesetz des *panta rhei* kann sich kein Mensch entziehen. Und wäre auf einer utopischen Insel der in ewiger Jugend verharrenden Glückseligen das Gesetz des permanenten „stirb und werde“ außer Kraft gesetzt, dann herrschte in einem solchen „paradiesischen Bermuda-Dreieck“ nichts als Stagnation und tödliche Langeweile.

Die Möglichkeiten menschlicher Einflussnahme auf das Naturgesetz der Zeit beschränken sich folglich auf negative Handlungen: Das Chronometer läuft unentwegt, ohne dass es je von menschlicher Hand positiv in Gang gesetzt werden müsste oder auch nur könnte. Der Gläubiger kann jedoch unter Umständen für ein vorübergehendes Intervall die Uhrzeiger anhalten (Hemmung, §§ 203ff. BGB n.F.); unter bestimmten [957] Voraussetzungen kann er die Stoppuhr sogar auf Null zurückstellen (lassen) durch Unterbrechung (jetzt Neubeginn genannt, § 212 BGB n.F.), worauf sie jedoch sofort wieder von vorn zu laufen beginnt.

Eine anfängliche „Hemmung“ gibt es hingegen nicht: Nirgends muss der Lauf der Verjährungszeit erst durch eine auslösende menschliche Handlung angestoßen werden. Eine solche Konstruktion wäre unvereinbar mit dem Grundsatz, dass alle Ansprüche verjähren. Er verträgt keine sektoriellen Exemptionen.⁹

⁹ Die Zulässigkeit einer anfänglichen Stundung (die aber stets befristet ist) steht nicht entgegen. Sie setzt eine Vereinbarung voraus, bloßes Untätigbleiben des Gläubigers genügt nicht. Bis zum vereinbarten Zahlungsziel ist der Schuldner vor Inanspruchnahme geschützt. Muss er hingegen jederzeit mit einem Zahlungsverlangen rechnen, dann muss parallel dazu zu seinen Gunsten auch die Verjährung laufen.

III. *Actio nata* und *actio nascitura*: Monistische oder dualistische Konzeption des Verjährungsbeginns?

1. Voraussetzung für den Beginn der Verjährung ist nach dem Gesetz nicht die Fälligkeit des Anspruchs - das ist nur eine tausendfach wiederholte, jedoch unpräzise Faustformel. Die wichtigste Voraussetzung ist vielmehr die *Entstehung des Anspruchs* (§ 198 S. 1 BGB aF). Daran hat das neue Recht nichts geändert (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB nF).¹⁰ Mit dem Entstehen des Anspruchs rezipierte der BGB-Gesetzgeber den Begriff der *actio nata* aus der Pandektenwissenschaft: *Actioni nondum natae non praescribitur* lautete die erste Grundregel des Verjährungsrechts - vor Anspruchsentstehung¹¹ kein Verjährungsbeginn. Mit ihr allein war jedoch nicht auszukommen. Man ergänzte sie darum durch die nicht minder wichtige zweite Grundregel: *Totiens praescribitur actioni nondum natae, quotiens [958] nativitas est in potestate creditoris* – Soweit die Entstehung allein vom Willen des Gläubigers abhängt, verjährt auch ein noch nicht entstandener Anspruch.¹²

Auch die zweite Regel sollte nach dem Vorschlag der 1. Kommission ins BGB übernommen werden. § 158 Abs. 3 des 1. Entwurfs lautete: „Ist die Entstehung eines Anspruchs vom bloßen Wollen des Berechtigten abhängig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, in welchem der Anspruch zur Entstehung gebracht werden konnte.“ Um die Verjährung sämtlicher Ansprüche lückenlos zu gewährleisten, sollten danach Ansprüche, deren Entstehung vom Belieben des Berechtigten abhängen, wie bereits entstandene Ansprüche behandelt¹³ und der sofortigen

¹⁰ Die Novelle folgte nicht dem Vorschlag des Verjährungsgutachtens von *Peters/Zimmermann*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (1981) 302, die Entstehung des Anspruchs durch den Begriff der Fälligkeit zu ersetzen. Gegen die Ersetzung mit Recht auch *Heinrichs*, Reform des Verjährungsrechts, NJW 1982, 2021, 2025.

¹¹ *Actio* meinte hier materiell den Anspruch, nicht prozessual seine Geltendmachung durch Klageerhebung. Entsprechendes meint die Parömie: *Praescriptio non currit antequam incipiat actio competere*: Die Verjährung beginnt ihren Lauf nicht, bevor eine Klagemöglichkeit gegeben ist.

¹² Beide Regeln erläutert kurz *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter (6. Aufl. 1998) Nr. A 23 und T 26. Ausführliche Lit.-Nachw. bei *Windscheid*, Pandekten I (9. Aufl. 1906) § 107 S. 551ff. m. Fn. 3, 5, 9.

¹³ Vgl. Paulus Dig. 50,17,174 pr.: *Qui potest facere, ut possit conditioni parere, iam posse videtur*. Kürzer die Glosse dazu: *Potentia faciendi factum repraesentat*. Weitere quellenmäßige Anhaltspunkte bei *Spiro*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen I (Bern 1975) 49f. mit weiterführenden rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Angaben. Die kurze Rezension des monumentalen Standardwerkes von *Spiro* durch *Habscheid* AcP 178 (1978) 334ff. gedenkt auf S. 335f. dieses Falles nicht besonders.

Verjährung unterstellt werden.¹⁴ Über die Tragweite der zweiten Regel bestand allerdings kein restloses Einvernehmen. Deshalb rezipierte das BGB daraus in den §§ 199, 200 und § 202 Abs. 2 a.F. nur die drei wichtigsten Anwendungsfälle:¹⁵

a) Muss dem Leistungsbegehren eine Kündigung oder eine Anfechtung des Berechtigten vorausgehen, dann begann nach §§ 199, 200 BGB aF die Verjährung richtigerweise bereits von dem Zeitpunkt an zu laufen, von dem ab die Kündigung oder die Anfechtung zulässig war. Beide Vorschriften waren „Ausdruck eines für die Struktur des Verjährungsrechts wichtigen Systemgedankens“.¹⁶ Ihr gesundes Ziel war, dem Gläubiger die Möglichkeit zu nehmen, „den Beginn der Verjährung nach Belieben [959] hinauszuschieben“ und dadurch den Schutz des Schuldners zu untergraben, wodurch letztlich der Zweck der Verjährung torpediert würde. Beide Vorschriften waren deshalb auf ähnliche Sachverhalte richtiger Ansicht nach analog anzuwenden.¹⁷

b) Dilatorische Einreden des Zurückbehaltungsrechts, des nichterfüllten Vertrages und der Mängelbeseitigung kann der Gläubiger jederzeit durch vertragsgerechtes Verhalten beseitigen. Da er hierzu sogar verpflichtet ist, hinderten diese Einreden gemäß § 202 Abs. 2 BGB aF zutreffenderweise gleichfalls nicht den Verjährungsbeginn.¹⁸ Dass ein Gläubiger aus eigener Pflichtverletzung nicht den Vorteil eines verzögerten Verjährungsbeginns herleiten darf, war der goldrichtige Sinn des § 202 Abs. 2 BGB aF.¹⁹ Denn *Nemo ex sua negligentia emolumentum capere debet*.

¹⁴ Motive bei *Mugdan*, Die ges. Materialien z. BGB I (1899) S. C und 522.

¹⁵ Vgl. die Kritik in *Gebhards* Vorentwurf zum AT in *W. Schubert*, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB Allg. T. II (1981) 337-340. Weiter *G. v. Buchka*, Vergleichende Darstellung des BGB und des Gemeinen Rechts (1898) 42 mit reichen Lit.-Nachw. Die für das Verjährungsrecht berufene Kommission wollte insbesondere nicht der für die Regelung der Fälligkeit zuständigen Schuldrechtskommission vorgreifen.

¹⁶ Zutreffend *AK-BGB/Kohl* § 199 BGB Rz. 3. Zu Unrecht (vorurteilsbefangen) erklärte *Staudinger/Peters* (2001) § 199 BGB Rz. 1 die beiden Vorschriften hingegen für „rechtspolitisch fragwürdig“; ebenso schon im Gutachten (o. Fn. 10) 302, 324; dagegen unten IX 1 m. Fn. 61.

¹⁷ So für § 199 BGB zutr. *MünchKomm./Grohte* (4. Aufl. 2001) Rz. 1; anders (inkonsequent) hingegen zu § 200 BGB Rz. 1 wegen angeblicher Singularität dieser Vorschrift. Ganz ablehnend *Staudinger/Peters* § 199 BGB Rz. 1.

¹⁸ *S. Staudinger/Peters* (2001) § 202 BGB Rz. 27.

¹⁹ Den Wegfall dieser sinnvollen Vorschrift bedauert mit Recht *Piepenbrock*, Reform des allg. Verjährungsrechts: Ausweg oder Irrweg? in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001: Das neue Schuldrecht* 309 ff., 322, 323. *Mansel* will die sachgerechte Sonderregel des § 202 Abs. 2 a.F. BGB für vom Gläubiger beseitigbare Leistungshindernisse in den neu gefassten § 205

2. Das Verjährungsrecht des BGB von 1900 beruhte damit auf einem zweigliedrigen Begriff der Anspruchsentstehung: Der effektiven Fälligkeit stand der Fall gleich, dass der Gläubiger die Fälligkeit jederzeit herbeiführen kann. Diese dualistische Konzeption entsprach den beiden oben 1 zitierten lateinischen Rechtsparömien. *Karl Spiro* wies in seinem monumentalen Handbuch zum Verjährungsrecht namentlich die Geltung der zweiten Regel auch im österreichischen, schweizerischen und italienischen Recht nach.²⁰ Seiner zutreffenden Ansicht nach muss ihre Geltung notfalls auch *gegen* den Wortlaut eines Gesetzes verteidigt werden.²¹ Dieser von ihm 1975 niedergeschriebene Satz erlangt für uns heute ungeahnte Wichtigkeit, nachdem die genannten §§ 199, 200 und 202 Abs. 2 BGB aF, [960] die zum Kernbestand des Verjährungsrechts gehören, einem übereilten Federstrich des Reformgesetzgebers zum Opfer fielen.²² Den gleichen Rechtsgedanken enthalten aber noch § 2332 Abs. 3 und § 1376 Abs. 4 Satz 3 sowie § 1390 Abs. 3 Satz 2 BGB, wonach die Verjährung von Pflichtteilsansprüchen und von güterrechtlichen Ausgleichsansprüchen nicht dadurch gehemmt wird, dass sie erst nach der Ausschlagung einer dem Gläubiger angefallenen Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden können.²³

3. Statt der dualistischen Konzeption würde aber auch eine monistische (unitarische) genügen, wenn sie weit genug gefasst ist. Auf den Begriff der Fälligkeit lässt sich verzichten, wenn man wie in § 12 Abs. 1 S. 2 VVG definiert: „Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann.“²⁴ Vom selben Zeitpunkt an muss danach beispielsweise auch die Vergütung eines Testamentsvollstreckers zu verjähren anfangen, welche dieser gemäß § 2221 BGB „verlangen kann“.²⁵

hineininterpretieren; so *Mansel* in *Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), *Anwaltkommentar Schuldrecht* (2002) [künftig *AnwKomm./Mansel*] § 205 Rz. 9.

²⁰ *Spiro* (Fn. 13) I § 33 S. 49 ff.

²¹ *Spiro* 51f.

²² Gegen diese Streichung namentlich *Heinrichs* NJW 1982, 2021, 2025 und *Spiro*, *Zur Reform der Verjährungsbestimmungen*, *Festschr. W. Müller=Freienfels* (1986) 617, 623.

²³ Auf den Zusammenhang mit § 1390 Abs. 3 S. 3 BGB macht *Piepenbrock* aufmerksam (Fn. 19).

²⁴ Bis auf die Jahresschlussrechnung übereinstimmend Art. 2935 ital. Codice civile: „La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.“

²⁵ Und zwar jetzt innerhalb der Regelverjährung von 3, nicht wie nach früherer Rechtsprechung erst nach 30 Jahren (§ 195 BGB n.F.). Aus der Geschäftsbesorgung des Testamentsvollstreckers entstehende Vergütungsansprüche sind schuldrechtlicher, nicht erbrechtlicher Art (i.S.v. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.). Zur Fälligkeit *MünchKomm./Brandner* (3. Aufl. 1997) § 2221 BGB Rz. 20; *Soergel/Damrau* (12. Aufl. 1992) § 2221 BGB Rz. 12.

IV. Die Wechselwirkung zwischen Verjährungsbeginn und Verjährungsabbruchsmöglichkeit durch Feststellungsklage. Apagogische Beweisführung.

[961]

1. Schwierigkeiten bei der Berechnung des Geldbetrages hindern den Verjährungsbeginn nicht.²⁶ „Entstanden“ ist nämlich ein Anspruch nach zutreffender, ganz herrschender Auslegung des bisherigen § 198 (jetzt § 199) BGB, sobald er erstmals dem Grunde nach klageweise durchgesetzt werden kann; dazu genügt, wie vom BGH auch für Werklohnansprüche von Bauhandwerkern nach BGB anerkannt, eine die Verjährung unterbrechende Feststellungsklage. Die Möglichkeit zur Erhebung einer Leistungsklage mit beziffertem Antrag (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) ist dazu nicht nötig.²⁷ Und ganz unerheblich ist die tatsächliche Geltendmachung durch Klageerhebung; sonst könnte ein Leistungsverlangen nie an Verjährung scheitern.

Zwischen dem Beginn der Verjährung und der Möglichkeit, sie abubrechen, besteht demnach eine enge Wechselbezüglichkeit: Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem es dem Gläubiger möglich und zumutbar ist, sie durch gerichtliche oder diesen gleichstehende Handlungen abubrechen, auch wenn zu diesem Zeitpunkt für ihn noch kein Anlass besteht, gegen den Schuldner tatsächlich gerichtlich vorzugehen.

2. Ein Junktum zwischen Rechnungserteilung und Verjährungsbeginn darf es jedoch nicht geben. Der Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger die [962] Rechnung schreiben *kann*, muss genügen, also sobald die materiellen Entstehungsvoraussetzungen für seinen Anspruch erfüllt sind. Die Richtigkeit dieses Auslegungsergebnisses folgt aus der Falsifizierung seines Gegenteils: Angenommen, die Verjährung begönne erst mit dem tatsächlichen Leistungsbegehren des Gläubigers, nachdem er die Rechnung geschrieben hat: dann könnte er deren Beginn beliebig hinauszögern. Dann würde also ein Rechtsinstitut, welches *gegen* den Gläubiger wirken und ihn zur schleunigen Eintreibung seiner Außenstände drängen soll, in seiner Geltung vom Willen des Gläubigers abhängig gemacht. Der Gläubiger könnte selbst darüber bestimmen, ob und wann eine Verjährung gegen ihn zu laufen beginnen soll. Dies aber wäre Hybris - Selbstüberheblichkeit: Der Gläubiger wäre *legibus solutus* wie der *princeps* im absoluten Fürstenstaat. Der Gläubiger könnte

²⁶ Ebenso ital. Corte di Cassazione, bei *Cian/Trabucchi/Mantovani*, Commentario breve al Codice civile (5. ed. 1997) Art. 2935 Rz. 1. Im Versicherungsrecht (§ 12 Abs. 1 S. 2 VVG) ist die Berechnungsfrage allerdings insofern entschärft, als der Schaden vom Versicherungsunternehmen, also der Schuldnerin berechnet wird und nicht vom Versicherten als Gläubiger.

²⁷ Die Subsidiarität der Feststellungsklage muss dabei außer Betracht bleiben. Anders *Dilcher JZ* 1983, 828f.

sich selbst dispensieren von Normen, die gegen ihn zum Schutze seiner Schuldner geschaffen sind. Anstelle der unverbrüchlichen Verbindlichkeit der *erga omnes* wirkenden Verjährungsvorschriften entstünden die erwähnten „paradiesischen“ Inseln, auf denen die Zeit und das Recht nicht mehr gelten. Dieses Ergebnis hebt mit anderen Worten das Rechtsinstitut „Verjährung“ aus den Angeln und widerstreitet seiner Natur; darum ist es evident falsch.

Aus der Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses ergibt sich die Richtigkeit der gegenteiligen Lösung: Da gegen den Gläubiger gerichtet, muss der Beginn der Verjährung von dessen Handlungen unabhängig sein. Dass der Gläubiger die Fälligkeit herbeiführen *kann*, muss genügen. Wann und ob er tatsächlich eine Rechnung schreibt, bleibt ihm überlassen. Fristversäumnis geht zu seinen Lasten.

Der hier vorgeführte Absurditätsbeweis ist eine indirekte, „apagogische“ Beweisstrategie, wonach die Richtigkeit eines Ergebnisses aus der Widerlegung seines kontradiktorischen Gegenteils bewiesen wird.²⁸ Und wo wie hier nur zwei Lösungsmodelle (also nur die Alternative A oder *non A*) denkbar sind, hat die indirekte Beweisführung dieselbe Überzeugungskraft wie die (oft so nicht mögliche) direkte Beweisführung.²⁹ Ein Rechtssatz des Inhalts „Ohne Rechnung keine Verjährung“ ist damit bereits [963] widerlegt. Spezifiziert ein Schuster nicht, wieviel das Besohlen kostet (§ 316 BGB), verjährt trotzdem sein verdienter Werklohnanspruch.

V. Die Unabhängigkeit des Verjährungsbeginns von einer Liquidation bei Rechtsanwälten, Steuerberatern und Ärzten

1. Bis etwa zum Jahre 1950 schweigen die BGB-Kommentare zur uns interessierenden Frage, ob die Zusendung einer Rechnung Voraussetzung für den Verjährungsbeginn sei. Daraus war der Schluss zu ziehen, dass sich kein Gläubiger durch Saumseligkeit bei der Rechnungserteilung der Verjährung seines Anspruchs entziehen kann. In diesem Sinne entschied für Rechtsanwaltsgebühren nach der Gebührenordnung von 1879 zu Recht schon das OLG

²⁸ Eugen Schneider, Logik für Juristen (2. Aufl. 1972) 208ff. Zur *reductio ad absurdum* bes. Diederichsen Festschrift Larenz z. 70. Geb.T. (1973) 155-179; dazu Wacke, Zur Folgen-Berücksichtigung bei der Entscheidungsfindung etc., Mélanges F. Sturm I (Lausanne/Liège 1999) 547ff., 549f.

²⁹ Wacke 563 ff. gegen Daube, Roman Law: Linguistic etc. Aspects (1969) 188 f., der den Absurditätsbeweis zum „second best argument“ degradierte.

Braunschweig im Jahre 1916.³⁰ Die Gegenansicht hätte nämlich zur Folge, „dass der Anwalt durch Nichtaufstellung der Kostenrechnung den Ablauf der Verjährung einseitig beliebig hinausschieben“ könnte. Auch ohne zugesandte Gebührenrechnung als bloß formale Voraussetzung für die Geltendmachung genüge eine Feststellungsklage über den Grund des Kostenanspruchs zur Unterbrechung von dessen Verjährung. Die BRAGO von 1957 regelt dies in den §§ 16, 18 ausdrücklich in diesem zutreffenden Sinne: Fällig wird das Honorar des Rechtsanwalts danach mit der Erledigung seines Auftrags oder mit der Beendigung der Angelegenheit. Einfordern kann er seine Vergütung nur aufgrund einer dem Mandanten mitgeteilten Berechnung. Aber: „Der Lauf der Verjährungsfrist ist von der Mitteilung der Berechnung nicht abhängig.“

2. Diese (soweit ersichtlich) älteste und bislang einzige spezialgesetzliche Regelung über den Verjährungsbeginn eignet sich zur entsprechenden [964] Anwendung auf andere Dienst- und Werkverträge. Für *Steuerberater* erkannte der BGH dies an:³¹ Die Verjährung ihrer Vergütungsansprüche beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem diese gemäß § 7 der Gebührenverordnung für Steuerberater etc. von 1981 entstanden sind; und zwar unabhängig davon, ob der Auftraggeber eine Rechnung erhielt. Dass in dieser Gebührenverordnung „eine entsprechende Klarstellung wie in § 18 Abs. 1 S. 2 BRAGO fehlt“, erklärte der 9. Zivilsenat mit Recht für unerheblich. Die (eingehend referierte) Rechtsprechung des 7. Senats zu § 16 Nr. 3 VOB/B sei nicht entsprechend übertragbar.

3. Die für *Notare* in §§ 17 Abs. 3 S. 2, 143, 154 und 155 KostO getroffene Regelung ist für eine Analogie hingegen ungeeignet, denn die Kostenbeitreibung der Notare ist hoheitliche Tätigkeit (s. bes. § 155 KostO). Nur deshalb kann ihre Zahlungsaufforderung ausnahmsweise die Verjährung unterbrechen (§ 17 Abs. 3 S. 2 KostO).³²

4. Für *Ärzte* enthält die mehrfach geänderte Gebührenordnung GOÄ auch in ihrer neuesten Fassung nach dem Stande vom 1. Januar 2002 keine Verjährungsregelung. Nur für die Fälligkeit bestimmt § 12 (wie bisher), dass der Zahlungspflichtige eine vorschriftsmäßige Rechnung erhalten

³⁰ OLG Braunschweig JW 1916, 63 mit krit. (zu Unrecht ablehnender) Anm. *Auerbach*. Dem OLG zustimmend jedoch *Walter/Joachim/Friedlaender*, Die Deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte (9. Aufl. 1931) § 86 Rz. 6.

³¹ BGH (IX ZS) NJW 1997, 516 mit zahlreichen Belegen.

³² Und zwar nur *einmal*: *Korinthenberg/Lappe* (14. Aufl. 1999) § 17 KostO Rz. 8, 26.

muss. In dem noch immer als maßgeblich zitierten³³ Aufsatz von *H. Narr* von 1986³⁴ wird der Verjährungsbeginn von Arzthonoraren ohne Begründung an die Zusendung der Rechnung gekoppelt, obgleich *Narr* als Rechtsanwalt die allein zutreffende gegenteilige Regelung in § 18 Abs. 1 S. 2 BRAGO nicht übersehen haben kann.³⁵

VI. Unterschiedlicher Beginn der Werklohn-Verjährung?

[965]

1. Bezüglich des Verjährungsbeginns für Werklohnforderungen von Bauunternehmern unterscheidet der 7. Senat des BGH, wie einleitend referiert, grundlegend zwischen BGB-Verträgen und solchen, denen die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) zugrunde gelegt wurde.³⁶ Nach § 641 BGB ist die Vergütung „bei der Abnahme des Werkes“ zu entrichten. Sie wird daher nach ganz herrschender Ansicht auch schon mit der Abnahme fällig, selbst wenn die Rechnung erst später erteilt wird. Also ist der Werklohnanspruch bereits mit der Abnahme im Sinne des Verjährungsrechts „entstanden“ (§ 198, jetzt § 199 BGB). Wegen der Kalenderjahrrechnung des § 201 BGB beginnt die Verjährung folglich mit dem Schluss des Jahres, in dem die Abnahme – und nicht erst die Rechnungslegung – erfolgte. Von der Abnahme an kann der Unternehmer nämlich (so die Begründung des BGH in Übereinstimmung mit der h.M.) seine Vergütung „notfalls mit einer Feststellungsklage geltend machen, gleichviel ob er die Vergütung schon beziffert hat oder hätte beziffern und in Rechnung stellen können“.

Einzelnen Autoren, die hiervon abweichend auch nach BGB eine Rechnungslegung verlangen, um den Verjährungsbeginn auszulösen,³⁷ entgegnete der BGH: Ein frühzeitiger Verjährungsbeginn diene auch den Interessen des Bestellers. Aus dessen Sicht spreche „nichts dafür, die Verjährung zusätzlich von der im Belieben des Unternehmers stehenden Rechnungserteilung abhängig zu machen“. Wolle ein Unternehmer den Verjährungsbeginn nicht allein von der Werkabnahme

³³ *Palandt/Heinrichs* (61. Aufl. 2002) § 198 Rz. 5; *MünchKomm./Grothe* (4. Aufl. 2001) § 198 Rz. 6 m. Fn. 56.

³⁴ *Narr*, Zur Verjährung von Arzthonoraranprüchen, *MedR* 1986, 74f.

³⁵ Unter Hinweis auf die periodische (tunlichst quartalsmäßige) Abrechnungspflicht will *Narr* einem Arzt mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) begegnen, wenn er die Liquidation verzögert und sich dadurch die Verjährungsfrist verlängert. Das ist zu unpräzise.

³⁶ BGH NJW 1968, 1962; BGHZ 53, 222, 225 (wo weitere unveröff. Urteile zit.) = NJW 1970, 938, 939; BGHZ 79, 176ff. = NJW 1981, 814.

³⁷ Nach *Becks VOB-Komm./Jagenburg* (o. Fn. 2) Vor § 2 Rz. 563 sei dies sogar „der überwiegende Teil des Schrifttums“ (mit zahlr. Belegen Fn. 958, 959).

bestimmt wissen, so müsse er bezüglich der erstmaligen Durchsetzbarkeit seines Vergütungsanspruchs und damit der Fälligkeit auch im Sinne des Verjährungsrechts mit dem Besteller besondere Abreden treffen.

2. Eine solche besondere, auch den Verjährungsbeginn hinauszögernde Fälligkeitsabrede sieht der BGH in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B. Danach ist die Schlusszahlung alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung zu leisten, spätestens innerhalb von zwei Monaten nach deren Zugang. Dieses Zahlungsziel für den Auftraggeber von zwei Monaten ab Rechnungszugang habe auch einen entsprechenden Aufschub des Verjährungsbeginns zur Folge. Vor Erteilung der Schlussrechnung könne der Werklohnanspruch daher trotz erfolgter Abnahme nicht zu laufen beginnen.³⁸ Wird die Prüfung der Schlussrechnung schon vor Ablauf der Zweimonatsfrist vom Bauherrn beendet, so beginnt die Verjährung mit dem Schluss des Jahres, in dem die Mitteilung des Prüfungsergebnisses dem Unternehmer zugeht.³⁹ Ansonsten beginnt sie mit dem Schluß des Jahres, in dem die Zweimonatsfrist abläuft.⁴⁰ Die *Abnahme* der fertigen Bauleistungen ist für den Verjährungsbeginn außer der Schlussrechnung erforderlich.⁴¹ Bei vorzeitiger Vertragsbeendigung bedarf es zwar keiner Abnahme, wohl aber ebenfalls einer Schlussrechnung für den Verjährungsbeginn.⁴²

Der BGH verkennt nicht, daß ein mögliches Hinauszögern der Rechnungserteilung dem Interesse des Bestellers an einem frühzeitigen Verjährungsbeginn zuwiderläuft. Das Bestellerinteresse sieht der 7. Senat hinreichend durch die ihm in § 14 Nr. 4 VOB/B vorgesehene Befugnis gewahrt, dem mit der Rechnungslegung im Verzug befindlichen Unternehmer eine Nachfrist zu setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf die Rechnung auf dessen Kosten selbst aufzustellen (bzw. aufstellen zu lassen). Diese Möglichkeit zur „Ersatzvornahme“ schütze das Interesse des [967] Bestellers an einer rechtzeitigen Rechnungslegung genügend. Es gehe nur nicht an, den Verjährungsbeginn auch dann von einer Rechnungserteilung abhängig zu machen, wenn

³⁸ So als Leitsatz herausgestellt in BGH NJW 1984, 1757f. In den Gründen wird ausgeführt, durch verzögerte Schlussrechnung könne der Auftraggeber „im wesentlichen nur“ den Nachteil eines späteren Verjährungsbeginns erleiden. Die Bagatellisierung des Problems durch eine derart beschönigende Formulierung („nur“) ist jedoch unangemessen. Der Beklagte hatte mit Recht eingewendet, dass dieser Nachteil – der über Gewinn oder Verlust des Prozesses entscheidet – ihn nicht treffen darf.

³⁹ BGHZ 83, 382 = NJW 1982, 1815.

⁴⁰ *Schmalzl*, NJW 1971, 2015, 2016; *Werner/Pastor*, Der Bauprozeß (5. Aufl. 1986) Rz. 1669f., je mit Beispielen.

⁴¹ BGHZ 79, 180.

⁴² So BGH v. 9.10.86 (VII ZR 249/85) in: EWIR § 16 VOB/B 2/86, S. 1251 (Anm. *Lenzen*).

der Besteller – wie nach BGB – keinerlei Einfluß darauf habe, wann sie erstellt werde (dagegen jedoch unten VII).

3. Das Schrifttum und die Untergerichte sind dem BGH ganz überwiegend gefolgt.⁴³ Gegenmeinungen werden heute kaum noch vertreten. Mehrere Oberlandesgerichte ließen früher auch bei VOB-Verträgen die Verjährung mit der Abnahme beginnen.⁴⁴ Die entscheidende Kritik am BGH von *Dietrich Schultz* fand das OLG Celle so überzeugend, daß sie sie sich zu eigen machte unter ausdrücklicher Preisgabe seiner eigenen früheren Rechtsprechung und in bewusster Abweichung vom BGH.⁴⁵ Im Revisionsverfahren hob der BGH allerdings das Urteil des OLG Celle auf und bestätigte seine bisherige Linie. Danach beginne die Verjährung erst mit tatsächlicher Schlussrechnungserteilung, nicht schon im früheren Zeitpunkt, zu dem der Unternehmer sie hätte aufstellen können oder müssen.

Scheint die Streitfrage hiernach höchstrichterlich so gut wie ausgetragen, so sind die kritischen Stimmen gegenüber dem BGH dennoch nicht ganz verstummt. *W. Schubert* erklärte die „den Unternehmer einseitig begünstigende“ Judikatur für „mehr als zweifelhaft“, unter Hinweis auf den vom BGH nicht ausreichend gewürdigten Rechtsgedanken der §§ 199, 200 BGB.⁴⁶ *H. Kiesel* legte dar, daß die Befugnis des Bestellers, eine trotz Aufforderung und Fristsetzung nicht übersandte Schlussrechnung ersatzweise selbst aufzustellen, eine Hinausschiebung des Verjährungsbeginns [968] nicht rechtfertigt, weil der Besteller aus schuldhafter Pflichtverletzung des Unternehmers keine Rechtsnachteile erleiden dürfe.⁴⁷ Hieran anknüpfend bezweifelte *Lenzen* zumindest die Praktikabilität der „gezielt unterschiedlichen Behandlung von VOB- und BGB Bauverträgen in Formalien auch dort, wo es der Wortlaut nicht gebietet“.⁴⁸

⁴³ Außer den o. Fn. 2 Zitierten etwa *G. Kaiser*, Das Mängelhaftungsrecht der VOB/B (5. Aufl. 1986) S. 88f. Rz. 17 o; *ders.*, Z.f.BauR 1982, 231, 235; *Nicklisch/Weick*, VOB/B (2. Aufl. 1991) § 16 Rz. 39; *H.W.Schmidt*, MDR 1970, 469f.; *ders.*, Die BGH-Rspr. zum BauR etc., WM Teil IV Sonderbeilage Nr. 4/1972 S. 2, 21; *Heiermann-Riedl* u.a., VOB (9. Aufl. 2000) B § 2 Rz. 12, § 16 Rz. 66. Übersichtliche Zusammenstellung der älteren Rspr. bei *Schlünder/Rasch*, VOB § 16 Nr. 3 Rz. 20-26. Gebilligt wird die wenig kundenfreundliche BGH-Rechtsprechung sogar von *Derleder* im Alternativ-Komm. § 641 BGB Rz. 6: Von dem „alternativen“ Konzept dieses Kommentars ist hier nicht viel zu spüren.

⁴⁴ OLG Nürnberg NJW 1961, 925 = BB 1961, 848; Braunschweig BB 1964, 786; Köln MDR 1969, 839.

⁴⁵ OLG Celle BauR 1974, 413ff.

⁴⁶ *W. Schubert*, Anm. zu BGH JR 1981, 235, 237.

⁴⁷ *H. Kiesel*, VOB/B-Kommentar (1984) § 2 Rz. 48 (gg. Ende).

⁴⁸ *Lenzen*, wie Fn. 42.

4. Der 8. Zivilsenat des BGH übernahm unterdessen die Argumentation des siebenten (Baurechtssenats) in noch entschiedenerer Weise für Nachforderungen eines *Elektrizitätswerkes* aufgrund von Ablesefehlern.⁴⁹ Irrtümer beim Ablesen und Berechnen liegen jedoch in der Sphäre der Versorgungsunternehmen. Ihnen noch nach Jahren Nachforderungen gestatten, untergräbt den Schutz des Vertrauens weiter Kundenkreise. Anschließend übertrug der 7. Senat wiederum seine zur VOB ergangene Rechtsprechung auf die Verjährung eines *Architektenhonorars*, obwohl die HOAI eine Befugnis des Bauherrn zur Selbstaufstellung der Rechnung nicht vorsieht.⁵⁰

Wie sich an diesen Weiterungen zeigt, beschränkt sich die Frage nach dem Einfluss der Rechnungserteilung auf den Verjährungsbeginn nicht auf das Werkvertragsrecht. Die Frage hat generelle Bedeutung für das gesamte Verjährungsrecht. Ohne zwingende Notwendigkeit darf die Antwort für einzelne Gruppen von Vergütungsansprüchen nicht unterschiedlich ausfallen.

5. Bezüglich der Bauverträge nach BGB ist dem BGH zuzustimmen.⁵¹ Die Verjährungsfristen sollen die Gläubiger im Schuldnerinteresse zu [969] schleuniger Vertragsabwicklung anhalten. Diesen gesetzlichen Beschleunigungszweck darf man nicht dadurch gefährden, daß man einem Gläubiger gestattet, durch verspätete Rechnungslegung den Verjährungsbeginn hinauszuzögern. Nicht das Rechnungsdatum entscheidet daher über den Verjährungsbeginn, sondern die Fertigstellung und Abnahme der Werkleistung. Generell ist zu sagen, daß die Verjährung zu laufen beginnt, sobald der Gläubiger seinen Vergütungsanspruch verdient hat (denn damit ist er „entstanden“ im Sinne von § 199 BGB), d.h. wenn er seine Gegenleistung im wesentlichen mängelfrei erbracht hat, so dass er die Rechnung schreiben und der Kunde sie von ihm erwarten kann.

6. Die zu § 16 Nr. 3 VOB/B gelieferten Urteilsbegründungen widerstreiten den vorgenannten hingegen so eklatant, dass man es kaum zu glauben vermag, dass sie vom selben Spruchkörper herrühren. Hier redet der 7. Zivilsenat mit gespaltener Zunge: So sehr seiner Argumentation zu den BGB-Bauverträgen zuzustimmen ist, so wenig vertretbar sind die Entscheidungsgründe zum Bauvertrag nach VOB. Die in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B vorgesehene Fälligkeitsregelung ist nun

⁴⁹ BGH NJW 1982, 930ff.; zust. *H. Dilcher*, JZ 1983, 829; str., vgl. *Staudinger/Peters* § 199 BGB m. weit. Nachw.

⁵⁰ BGH NJW-RR 1986, 1279; BauR 1991, 489; für vorzeitig beendete Architektenverträge NJW-RR 1994, 1238 = BauR 1994, 655; NJW-RR 2000, 386 = BauR 2000, 589. Ohne Aufforderung des Bauherrn an den Architekten, die Rechnung aufzustellen, soll danach keine Verjährung beginnen. Gegen diese Argumentation unten VII 2.

⁵¹ Ebenso *Grimme*, Rechnungserteilung und Fälligkeit der Werklohnforderung, NJW 1987, 468ff. Zu Einzelfragen *Peters*, Die Fälligkeit der Werklohnforderung, Festschr. Korbion (1986) 337 ff.

einmal zwischen den Parteien vereinbart; daran sei - so erklärt der 7. Senat achselzuckend - auch für den Verjährungsbeginn nicht vorbeizukommen.

Dass mit der Fälligkeitsregelung in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B nach dem Willen der VOB-Aufsteller zugleich eine Spezialregelung über die „Entstehung des Anspruchs“ iSv § 198 BGB aF geschaffen werden sollte, ist jedoch empirisch nicht nachzuweisen. Solange das Verjährungsrecht zwingendes Rechts war (also bis zur Aufhebung des § 225 BGB zum 31.12.2001), konnten rechtsstaatlich gesonnene Verhandlungspartner auch schwerlich einen die Gesetzeslage derogierenden Willen bilden.⁵² Der systematischen Stellung der Schlusszahlungsregelung innerhalb des [970] § 16 VOB/B lässt sich ebenfalls kein Indiz für eine verjährungsrechtliche Nebenbedeutung entnehmen. Dass der Bauherr mit der Fälligkeitsregelung in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B zugleich in eine Hinausschiebung des Verjährungsbeginns eingewilligt habe, wie der BGH meint, ist deshalb eine Fiktion. Angesichts der alles andere als eindeutigen Rechtslage nach VOB haben denn auch vor dem Machtspruch des BGH etliche Oberlandesgerichte gegenteilig entschieden (o. Fn. 44). Die an Bauvorhaben Beteiligten bringen selbst für die künstliche Unterscheidung wenig Verständnis auf: Den Begriff „Schlussrechnung“ verwenden sie unterschiedslos und *promiscue*, einerlei ob die VOB vereinbart wurde oder nicht. Der alltägliche Vorgang der Rechnungslegung unterscheidet sich nicht, weder buchhalterisch noch betriebswirtschaftlich, um derart divergierende Rechtsfolgen damit zu verknüpfen. Der Vorschlag, „konstitutive“ und „deklaratorische“ Rechnungslegung zu unterscheiden,⁵³ lässt sich nicht durchführen. Die BGH-Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn nach VOB erweist sich damit als ein *ius singulare* von beispielloser Einmaligkeit, welches nicht nur innerlicher Rechtfertigung entbehrt, sondern überdies grundlegenden Prinzipien des Verjährungsrechts widerstreitet.

7. Einem Bauherrn, der sich auf die Verjährungsregelung des BGB verlässt, beschert man demnach eine böse Überraschung, wenn er erfahren muss, dass die Verjährungsrechtsprechung

⁵² Das Verbot verjährungserschwerender Vereinbarungen des § 225 BGB a.F. erfasste auch die Hinausschiebung des Verjährungsbeginns auf unbestimmte Zeit. Mit einer (stets fristgebundenen) hemmenden Stundungsvereinbarung ist sie entgegen *Ingenstau/Korbion/U. Locher* VOB/B § 16 Nr. 1 Rz. 27 nicht zu vergleichen (s. oben Fn. 9). Ein Ergebnis, welches (wie oben II-IV, bes. IV 2 dargelegt) der Natur eines Rechtsinstituts im Kern widerstreitet, können die Parteien auch nicht miteinander vereinbaren. Gegen das *ius (contra iuris formam)* verstoßende Abreden sind nach alter Rechtsregel nichtig; siehe *Wacke*, Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte rom. Abt. 115 (1998) 193.

⁵³ So andeutungsweise *Rother*, Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhältnis, AcP 164 (1964) 97, 105.

zum VOB-Vertrag von völlig verschiedenen Voraussetzungen ausgeht. Einem anwaltlich gut beratenen Bauherrn mag es gelingen, die sachwidrige Bevorzugung eines nach VOB kontrahierenden Unternehmers dadurch zu beseitigen, dass die VOB nach den von der Rechtsprechung aufgestellten strengen Maßstäben nicht Vertragsbestandteil wurden. Die Voraussetzungen dafür sind hier nicht zu vertiefen. Unbefriedigend ist es aber für beide Seiten, das Platzgreifen der VOB letztlich an einem Formfehler scheitern zu lassen. Eine Verjährungsregelung, deren Anwendbarkeit im Einzelfall ärgerlichen Streit verursacht, verfehlt den ihr aufgegebenen Befriedigungseffekt, als „Beschützerin des Menschengeschlechts“ zu wirken.⁵⁴ Die „Vertrauenskrise [971] in der Justiz“ ist von ihr selbst verschuldet, wenn auf den Zweck der Verjährung, *finis litium* herbeizuführen,⁵⁵ kein Verlass mehr ist. Die Lösung kann nur darin bestehen, die ungerechtfertigte Differenzierung zwischen Bauverträgen nach BGB und nach VOB aufzugeben. Ob die VOB wirksam vereinbart wurden, kann alsdann für den Verjährungsbeginn dahinstehen. Die Einfachheit gilt als Leitbild wie für den Gesetzgeber so auch für den Rechtsanwender.⁵⁶ Und *Lege non distinguente nec nostrum est distinguere*.

Das Gebot zur Gleichbehandlung beider Arten von Bauverträgen folgt aus dem Gleichheitssatz und aus dem Willkürverbot: Das Interesse des Schuldners am baldigen Verjährungsbeginn ist bei VOB-Verträgen nicht geringer zu veranschlagen als bei solchen nach BGB. Seine Beweislage kann sich in beiden Fällen gleichermaßen verschlechtern (man denke an den Verlust von Belegen für geleistete Abschlagszahlungen, besonders wenn solche etwa teilweise bar erfolgt sein sollten). Und der Unternehmer gab durch die Vereinbarung der VOB sein Interesse an besonders schleuniger Abrechnung kund (s. bes. § 16 Nr. 3 Abs. 1, 5, Nr. 5). Eine Hinausschiebung des Verjährungsbeginns ist nach VOB daher umso weniger gerechtfertigt. § 18 Abs. 1 S. 2 BRAGO enthält als Bundesgesetz zudem einen gegenüber den VOB höherrangigen Rechtssatz des *ius cogens* (oben V 1).

VII. Anmahnung und Selbsterstellung der Schlussrechnung als Schein-Abhilfen

⁵⁴ Nach dem alten *dictum: Praescriptio patrona generis humani; Liebs* (o. Fn. 12) Nr. P 85.

⁵⁵ Dazu *Zimmermann/Leenen/Mansel* JZ 2001, 684 ff.

⁵⁶ *Simplicitas legibus amica: Liebs* (o. Fn. 12) Nr. S 36. *Schott*, Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung, *Zeitschr. f. neuere Rechtsgeschichte* 5 (1983) 134ff. Schon Leibniz kämpfte gegen juristische Subtilitätenkrämerei, siehe *Schott*, Gesetzesadressat und Begriffsvermögen, *Festschr. Hübner* (1984) 191, 198ff.

1. Sachverhalte, in denen sich Baugläubiger jahrelang abwartend verhalten, sind erfahrungsgemäß typisch. Zu Zeiten des Baubooms, der wirtschaftlichen Hochkonjunktur, gaben sich Bauunternehmungen jahrelang mit den vereinbarten Abschlagszahlungen zufrieden. Zur zeitaufwendigen Schlussabrechnung fehlte ihnen angesichts drängender Anschlussaufträge [972] die Muße. Bei späteren wirtschaftlichen oder persönlichen (etwa gesundheitlichen) Rückschlägen entsinnen sie sich ihrer zurückliegenden Außenstände, oder sie bemerken erst jetzt eventuelle Versehen; deshalb versuchen sie noch nach Jahren, ihre Restbeträge einzutreiben. Nach dem BGH wären mangels früherer Rechnungslegung Restansprüche des Bauunternehmers noch nach Jahrzehnten nicht verjährt. Ein Bauherr darf aber nicht auf unbestimmte Zeit im Ungewissen darüber gelassen werden, noch nach Jahren eine Schlussabrechnung präsentiert zu erhalten. Er soll sich nicht permanent leistungsbereit halten müssen und für bewilligte, aber nicht abgerufene Kredite Bereitstellungszinsen entrichten. Seine etwaigen Rückstellungen muss er anderweitig investieren dürfen, unbeschwert von der Besorgnis, eine nachträgliche Beantragung weiterer Kreditmittel könne ihm zusätzliche Kosten verursachen.

2. In dieser Situation verweist der BGH den Bauherrn auf den Ausweg des § 14 Nr. 4 VOB/B, die Schlussrechnung unter Fristsetzung vom Unternehmer anzumahnen und widrigenfalls sie auf dessen Kosten selbst aufzustellen. Mit diesem pharisäerhaften Hinweis ist den Interessen des Bauherrn jedoch schwerlich gedient. Ein gescheiter Schuldner wird sich hüten, durch Anmahnung oder Selbstaufstellung der Rechnung dafür zu sorgen, dass ein nachlässiger Gläubiger sein restliches Geld erhält. Dafür trägt nicht er die Verantwortung. Eine Anmahnung der Rechnung wäre für ihn schädlich, denn sie kann als Anerkenntnis und damit als Grund für einen Neubeginn der Verjährung gedeutet werden (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.). Die von ihm vorzuschließenden Kosten für die ersatzweise von einem Dritten aufzustellende Schlussrechnung bekommt der Bauherr am Ende vom Unternehmer vielleicht nicht erstattet. Die Befugnis, die Schlussrechnung anzumahnen oder selbst aufzustellen, ist dem Bauherrn allein in seinem eigenen Interesse verliehen: wenn er nämlich Anlass hat zu der Annahme, an Abschlagszahlungen bereits zuviel bezahlt zu haben (etwa falls sich infolge des nachträglichen Verzichts auf Sonderausstattungen die Gesamtkosten ermäßigten). Was zugunsten einer Vertragspartei vorgesehen ist, darf aber nach alter Interpretationsregel nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt und so in sein Gegenteil verkehrt werden.⁵⁷ Das gute Recht eines jeden Schuldners, sich abwartend zu verhalten [973] und schweigend dem

⁵⁷ Belege bei *Wacke*, *Mélanges Sturm I* (o. Fn. 28) 554.

(eventuellen) Leistungsverlangen des Gläubigers entgegenzusehen,⁵⁸ hat auch die VOB nicht geändert. Die reine Lizenz oder Option des Bauherrn darf nicht mit dem BGH als Obliegenheit in dem Sinne missdeutet werden, dass durch deren Nichtgebrauch der Nichtbeginn der Verjährung nun etwa seinem Verantwortungsbereich (also dem des Schuldners) zuzurechnen sei. Selbst aktiv werden zu müssen, um den Verjährungsbeginn auszulösen, ist eine an ihn gestellte unrealistische, nicht hinnehmbare Zumutung. Auf das der Verjährung zugrunde liegende Prinzip *Quieta non movere* darf jeder Schuldner sich reuelos zurückziehen. Schon gar nicht ist er etwa ein Hüter der Interessen seines Gläubigers. Nach dem Wesen der Verjährung obliegt es dem Gläubiger, sie zu vermeiden - nicht etwa umgekehrt dem Schuldner, sie zu ermöglichen.⁵⁹ Das Vertrauen eines Schuldners, der gar keine Rechnung erhielt, ist auch schutzwürdiger als das eines solchen, der - durch Rechnungserhalt „unredlich“ geworden - auf die bloße Vergesslichkeit des Gläubigers bei der Eintreibung von dessen nach Aufmaß berechneten Außenständen spekuliert. Die Argumentation des BGH ist nach alledem absurd.

VIII. Inhaltskontrolle nach den Grundkriterien des AGB-Gesetzes

„Verbraucher“ i. S. v. § 13 BGB n. F. sind auch private Bauherren. Und einer inhaltlichen Kontrolle nach den jetzt ins BGB rezipierten Grundkriterien des AGB-Gesetzes unterliegen grundsätzlich auch die VOB.⁶⁰ Nach diesen Kriterien hat sich folglich auch die Rechtsprechung bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu richten. Dieser Überprüfung hält die Judikatur des 7. Zivilsenats zum Verjährungsbeginn jedoch nicht stand. Bei der Begründung fassen wir uns kurz, um uns nicht unnötig zu wiederholen.

1. [974] Überraschende Klauseln, die so ungewöhnlich sind, dass der Kunde mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil (§ 3 ABGB = § 305 c Abs. 1 BGB n. F.). Von einem privaten Bauherrn ist nicht zu erwarten, dass er bei der Lektüre des sich über viele Druckseiten erstreckenden VOB-Textes erkennt, dass § 16 Nr. 3 Abs. 1 außer der ausdrücklich geregelten Fälligkeit eine aus dem Text nicht ersichtliche, überdies vom allgemeinen Verjährungsrecht des BGB abweichende Bestimmung über den Verjährungsbeginn enthalten soll.

⁵⁸ Diesem *favor debitoris* entspricht die grundsätzliche örtliche Zuständigkeit des Gerichts am Wohnsitz des Schuldners (§ 12 ff. GVG) nach der uralten *Maxime Actor sequitur forum rei*.

⁵⁹ Beifallswert OLG Celle BauR 1974, 413, 416.

⁶⁰ Beck'scher VOB-Komm./Jagenburg Einl. II Rz. 2 ff.; MünchKomm./Basedow I (4. Aufl. 2001) § 23 ABGB Rz. 86 ff.

Die Konfrontation mit einer solchen Rechtsauskunft enthält (wie dargelegt: o. VI 7) für ihn eine böse Überraschung. Überraschen muss ihn auch (wie gleichfalls dargelegt: o. VII 2), dass ihm die Nichtanmahnung der Schlussrechnung zum Vorwurf gereichen soll.

2. Eine Hinausschiebung des Verjährungsbeginns ist in der VOB jedenfalls nicht unzweideutig erklärt (sie enthält darüber in Wahrheit kein einziges Wort). Darum scheidet eine Berufung des Bauunternehmers hierauf überdies an der Unklarheitenregel des § 5 AGBG (jetzt § 305 c Abs. 2 BGB).

3. Ein Junktim zwischen Verjährungsbeginn und Rechnungserstellung benachteiligt schließlich, wie bereits mehrfach hervorgehoben, auf unangemessene Weise die Interessen des Schuldners durch Verlängerung der Verjährungsfrist auf unbestimmte Zeit. Einem Gläubiger zu gestatten, den Beginn der Verjährung nach seinem Belieben zu bestimmen, verstößt gegen den zentralen Grundgedanken des Verjährungsrechts (oben IV 2). Auch den Test gemäß § 9 Abs. 2 AGBG (jetzt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F.) kann die Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn nach VOB demzufolge nicht bestehen. In dieser Auslegung ist das Klauselwerk nicht mehr ausgewogen. In dieser Auslegung ist das Klauselwerk nicht mehr ausgewogen.

IX. Änderungen nach neuem Verjährungsrecht?

[975]

1. Die sinnvollen Vorschriften der §§ 199, 200 BGB bildeten eine wichtige Stütze der Argumentation von *Dietrich Schultz* und des OLG Celle gegen den BGH. Diese Vorschriften hat der Reformgesetzgeber – einer Anregung von *Peters/Zimmermann* folgend, jedoch von gutem Geist verlassen – gestrichen.⁶¹ Die Begründung, diese Vorschriften hätten bloß zwei von mehreren vergleichbaren Fällen verzögerbaren Verjährungsbeginns (nämlich Kündigung und Anfechtung) geregelt, den praktisch wichtigsten Fall der mangelnden Rechnungslegung jedoch nicht,⁶² rechtfertigte keineswegs deren ersatzlose Streichung. Richtigerweise wären die (analogiefähigen: oben III 1 a) Vorschriften vielmehr um den Fall verzögerter Rechnungslegung zu ergänzen

⁶¹ Dass der Gesetzgeber diesem Verdikt von *Peters/Zimmermann* trotz beachtlicher Gegenstimmen (o. Fn. 22) nicht wie in anderen Fällen (etwa bei der Jahresschlussrechnung des § 199 BGB n. F.) widerstanden hat, welches mehr auf Vorurteilen denn auf gründlichen rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Recherchen beruht, ist zu bedauern. Ähnlich wie bei der jetzt in § 216 Abs. 2 S. 2 BGB n. F. bestimmten Unverjährbarkeit von Ansprüchen, die durch Eigentumsvorbehalt gesichert sind, hat sich unser Reformgesetzgeber damit aus der europäischen Rechtsfamilie verabschiedet, anstatt sich ihr anzunähern, wie es das legislatorische Ziel war.

⁶² So AnwKomm.-BGB/*Mansel* (o. Fn. 19) § 199 Rz. 25.

gewesen. Als Analogiebasis dafür steht nach wie vor die bundesgesetzliche Regelung in § 18 Abs. 1 S. 2 BRAGO zur Verfügung (oben V).

Der unüberlegte Federstrich des Gesetzgebers verstößt überdies gegen objektives Recht (vgl. oben III 2). Der richtige Grundgedanke der bisherigen §§ 199, 200 und 202 Abs. 2 BGB a. F. ergibt sich aus der Natur der Verjährung und ist daraus nicht zu eliminieren.⁶³ Ansprüche, deren Fälligkeit der Gläubiger nach Belieben herbeiführen kann, sind danach den fälligen gleichzustellen und als bereits entstanden anzusehen.

2. [977] Das auf alter Tradition beruhende Verbot verjährungser schwerender Vereinbarungen des § 225 S. 1 BGB a. F.⁶⁴ wurde jetzt ebenfalls praktisch beseitigt. Bis zur Grenze von 30 Jahren erklärt nun § 202 Abs. 2 BGB n. F. rechtsgeschäftliche Verlängerungen für zulässig. Anstelle euphorischer Begrüßung⁶⁵ dieses legislatorischen Experiments mit unabsehbaren Folgen ist eher warnende Skepsis angebracht. Werden der Vertragsfreiheit nicht alsbald feste Korsettstangen eingezogen,⁶⁶ dann wird das Rechtsinstitut der Verjährung schwere Erschütterungen erleiden. Mit unberechenbarem Soft Law ist der Rechtssicherheit schwerlich gedient.⁶⁷

Zunächst ist zu konstatieren, dass unter den Auspizien einer von der Europäischen Gemeinschaft gewünschten Verstärkung des Verbraucherschutzes und unter einer sozialdemokratisch geführten Bundesregierung die Position von Verbrauchern im Verjährungsrecht paradoxerweise *in dreifacher Hinsicht verschlechtert* wurde: erstens durch die Verlängerung der bisherigen Zweijahresfrist des § 196 Abs. 2 BGB a. F. auf drei Jahre; zweitens durch den jetzt kenntnisabhängig gestalteten Beginn der Verjährungsfrist (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F.); drittens

⁶³ Anders AnwKomm./Mansel § 199 Rz. 26. Für die Fortgeltung des § 202 Abs. 2 BGB a. F. durch sachgerechte Auslegung des § 205 n. F. aber auch Mansel o. Fn. 19. Richtig verstanden, bildeten die §§ 199, 200 BGB a. F. keine Ausnahmen vom Verjährungsbeginn ab Anspruchsentstehung, sondern eine Konsequenz dieses Prinzips; s. Staudinger/Coing (11. Aufl. 1957) § 199 Rz. 1, auch § 200 Rz. 1, § 198 Rz. 15.

⁶⁴ Papinians Rechtsregel *Publicum ius privatorum pactis mutari non potest* (Liebs Nr. I 188) hatte hier ihre volle Berechtigung, denn die Verjährungsvorschriften betreffen alle Rechtsgenossen, gehören darum zum *ius publicum* (in diesem Sinne). Das alte Recht war viel präziser, wonach nur die kurzen Gewährleistungsfristen zugunsten der Käufer verlängert werden konnten (§ 477 Abs. 1 S. 2 BGB a. F.).

⁶⁵ AnwKomm./Mansel § 202 Rz. 32 propagiert geradezu einen „Grundsatz der verjährungsrechtlichen Vertragsfreiheit“.

⁶⁶ In der Tendenz entgegengesetzt Mansel NJW 2002, 89, 99.

⁶⁷ Die Aussichten sind deprimierend, wenn man bedenkt, welche schwachen Indizien genügen sollen (wie nach der Judikatur des Baurechtssenats zur VOB), um eine Derogation des gesetzlichen Verjährungsbeginns anzunehmen.

durch die vom Nachweis eines konkreten Bedürfnisses im Einzelfall unabhängige, vor wie nach Anspruchsentstehung zulässige Verlängerungsmöglichkeit (§ 202 Abs. 2 BGB n. F.). Wenn wenigstens die letzte Neuerung auf nicht schutzbedürftige Vollkaufleute beschränkt worden wäre (§§ 348-350 HGB), wäre sie leichter hinzunehmen.

3. Der neue § 202 Abs. 2 BGB gestattet rechtsgeschäftliche Erschwerungen nur hinsichtlich der Länge der Verjährungsfrist. Neue Gründe der Hemmung oder Unterbrechung können die Parteien über die gesetzlich bestimmten hinaus jedoch nicht schaffen.⁶⁸ Unzulässig ist insbesondere eine Vereinbarung, dass die Verjährungsfrist erst ab Rechnungszusendung beginnen solle. Angenommen, sie wäre zulässig, dann führte dies nämlich in eine Aporie. Bei konstitutiver Bedeutung der Rechnungserteilung würde der Verjährungsbeginn von Vergütungsansprüchen auf den „Sankt Nimmerleinstag“ verschoben; sie unterlägen weder der zehnjährigen (§ 199 Abs. 4 BGB n. F.) noch der dreißigjährigen (§ 202 Abs. 2 BGB n. F.) Verjährungsfrist. Wäre die Fälligkeit nach Rechnungserhalt Voraussetzung für das Entstehen des Anspruchs (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F.), dann wären die Ansprüche ohne Rechnungserhalt auch nach 10 Jahren noch nicht „entstanden“ (§ 199 Abs. 4 BGB n. F.) und der „gesetzliche Verjährungsbeginn“ (§ 202 Abs. 2 BGB n. F.) auch nach 30 Jahren noch nicht eingetreten. Beide Sperrklauseln würden nicht greifen. Da ein solch absurdes Ergebnis nicht gewollt sein kann, versteht auch die Novelle unter dem „gesetzlichen Verjährungsbeginn“ in § 202 Abs. 2 (womit auf die amtliche Überschrift des § 199 verwiesen wird) die materiellen Entstehungsvoraussetzungen für den Anspruch *ohne* das für die Fälligkeit vorausgesetzte Formalkriterium des Rechnungserhalts.

X. Schlussbetrachtung

1. Die Verknüpfung des Verjährungsbeginns mit der in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B bestimmten Fälligkeit der Schlusszahlung entlarvte *Dietrich Schultz* vor fast 30 Jahren als begriffsjuristische Fehlleistung (o. Fn. 5). Sein Anliegen hat an Aktualität nichts eingebüßt. Seine Darlegungen sind [978] trotz des übereilten Federstrichs des Reformgesetzgebers bei der Beseitigung der auf eine lange Tradition zurückgehenden §§ 199, 200 BGB a. F. nicht Makulatur geworden. Seine

⁶⁸ Dies gegen *Mansel* NJW 2002, 89, 96 = *AnwKomm/Mansel* § 202 Rz. 10. Einer außergerichtlichen Mahnung kann auch durch antizipierten Parteikonsens keine Unterbrechungswirkung zugestanden werden.

Beweisführung untermauert wir durch einen dreifachen Absurditätsbeweis (o. IV 2, VII 2, IX 3).

Wer ein Junktim zwischen Verjährungsbeginn und Rechnungserteilung knüpft, der zerstört das Rechtsinstitut der Verjährung in seinem Kern. Da *gegen* die Interessen des Gläubigers gerichtet, darf seine Geltung nie davon abhängen, ob er die Voraussetzungen für ihren Beginn herbeiführen will. Als *unter* dem für alle geltenden Gesetz der Zeit stehend dürfen einzelne Gläubiger nicht die Macht erlangen, die Geltung des Gesetzes ihrem Willen unterzuordnen. Dies wäre Hybris.

2. Die Verjährung beginnt auch nach neuem Recht mit der Entstehung des Anspruchs (§ 199 BGB n.F.), also wenn die materiellen Entstehungsvoraussetzungen gegeben sind. Diesen Zeitpunkt mit der Fälligkeit gleichzusetzen, ist eine grobe Vereinfachung. Der richtige Moment des Verjährungsbeginns ist die herbeiführbare Fälligkeit. Von der tatsächlichen Zusendung einer Rechnung hängt der Verjährungsbeginn nicht ab: Diese Klarstellung in § 18 Abs. 1 S. 2 BRAGO beansprucht ausnahmslos Geltung. Bauverträge nach VOB und solche nach BGB sind insoweit ebensowenig zu unterscheiden wie „konstitutive“ und „bloß deklaratorische“ Rechnungslegung.

Der VOB/B unterliegende Werklohnforderungen beginnen demnach mit dem Schluss des Jahres zu verjähren, in dem der Unternehmer seine Leistungen erbrachte und gemäß § 14 Nr. 3 VOB/B seine Schlussrechnung vorlegen müßte.⁶⁹

3. [979] Wenn der vorstehende Widerlegungsversuch die Billigung unseres fachkundigen Jubilars fände, wäre ein wesentlicher Zweck dieser Zeilen bereits erfüllt. Die künftig zu verstärkende Integration der Praxis in die akademische Lehre darf sich nicht auf eine bloße Beschreibung der Wege beschränken, welche die Gerichte in der Rechtsanwendung beschreiten. Spezialistentum ist in Gefahr, den notwendigen Zusammenhang mit den Grundlagen zu verlieren und dadurch ins Unrecht abzugleiten. Der wissenschaftlich arbeitende Praktiker hat der Praxis auch kritisch den Spiegel vorzuhalten und vordenkend den Weg zu weisen, den sie zu gehen hat.

Unwissenschaftlich ist es, „höchstrichterlich entschiedene“ Kontroversen – in Wahrheit höchst angreifbare Positionen – in für die Praxis geschriebenen Darstellungen als unproblematisch zu schildern. Die verharmlosende Unterdrückung beachtlicher Gegenstimmen (mögen sie auch um Jahre zurückliegen) trägt zur Zementierung bei und enthebt den Rechtsanwender der Pflicht zum eigenen kritischen Nachdenken. Widerspruchsfreiheit ist nicht nur ein Postulat wissenschaftlicher

⁶⁹ Zuzüglich der dem Bauherrn in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B zugebilligten, maximal zweimonatigen Prüfungsfrist. Vgl. OLG Celle BauR 1974, 413.

Ästhetik. Viel wichtiger ist unser Anliegen zu verhindern, dass man die betroffenen Menschen ungerecht behandelt.