

Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung

von
Dr. Andreas Salzmann

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 67762 5

Zu [Leseprobe](#)

beck-shop.de

Münchener Universitätsschriften

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben

von

Claus-Wilhelm Canaris, Claus Roxin, Rudolf Streinz

Band 249

beck-shop.de

beck-shop.de

Die zivilrechtliche Verwirkung
durch Nichtausübung

von

Dr. Andreas Salzmann

2015



beck-shop.de

www.beck.de

D 6

ISBN 978 3 406 67762 5

© 2015 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck: Nomos Verlagsgesellschaft
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: Fotosatz H. Buck
Zweikirchener Str.7, 84036 Kumhausen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

beck-shop.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität als Dissertation angenommen.

Besonders danke ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Martin Franzen, für die Betreuung der Arbeit, seine wertvollen und weiterführenden Hinweise, die rasche Erstellung des Erstgutachtens und die langjährige Unterstützung auch schon zu meiner Studienzeit. Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Hans Christoph Grigoleit für die Erstattung des Zweitgutachtens.

Schließlich geht mein Dank an Herrn Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Die Arbeit widme ich meinen Eltern und Großeltern.

München, im Oktober 2014

Andreas Salzmann

beck-shop.de

beck-shop.de

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
§ 1. Einführung, Problemaufriss und Methode	1
§ 2. Begriffsbestimmung	5
§ 3. Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten	7
§ 4. Ursprung, Entwicklung und Rechtfertigung der Verwirkungslehre ...	11
§ 5. Begründung und genaue Einordnung der Rechtsfigur der Verwirkung	31
§ 6. Herkömmlicher Tatbestand der Verwirkung durch Zeitablauf	63
§ 7. Tatbestand der Verwirkung durch Nichtausübung	75
§ 8. Gegenstand der Verwirkung durch Nichtausübung	125
§ 9. Rechtsfolge der Verwirkung durch Nichtausübung	149
§ 10. Ungeklärte Einzelfragen	159
§ 11. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	165
§ 12. Anwendung der Verwirkung durch Nichtausübung auf ausgewählte Fälle	167
Literaturverzeichnis	185

beck-shop.de

beck-shop.de

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
§ 1. Einführung, Problemaufriss und Methode	1
A. Einführung	1
B. Problemaufriss	2
C. Methode	3
§ 2. Begriffsbestimmung	5
§ 3. Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten	7
A. Verjährung	7
B. Ausschlussfrist	8
C. Verzicht	8
§ 4. Ursprung, Entwicklung und Rechtfertigung der Verwirkungslehre ...	11
A. Römisch-rechtlicher Ursprung	11
I. <i>Bona fides</i>	11
II. <i>Exceptio doli</i>	12
B. Treu und Glauben und Verwirkung im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts	14
C. Einfluss der Weimarer Zeit	16
D. Entwicklung ab 1933	18
E. Veränderungen nach 1945	21
F. Auswirkungen der Schuldrechtsreform 2001	22
I. Einfluss der Reform auf den Grundsatz von Treu und Glauben ...	22
II. Einfluss der Reform auf die Verwirkungslehre	23
1. Allgemeine Rechtfertigung der Verwirkung	23
2. Verwirkung und Verjährung	25
a) Verjährung vor der Schuldrechtsreform	25
b) Verhältnis von Verwirkung und Verjährung	26
c) Verjährung nach der Schuldrechtsreform	27
3. Bedeutung und Rechtfertigung der Verwirkung nach Verkürzung der Verjährungsvorschriften	28

§5. Begründung und genaue Einordnung der Rechtsfigur der Verwirkung	31
A. Der Ansatz <i>Krauses</i> : Rechtsfigur der Verschweigung	31
B. Der Ansatz <i>Sieberts</i> : Offene Verwirkungslehre	33
C. Der Ansatz <i>Bydlinskis</i> : Rechtsfolge des stillschweigenden Verzichts	33
D. Der Ansatz <i>Canaris</i> ': Vertrauenshaftung kraft Erwirkung	34
E. Der Ansatz <i>Henckels</i> : Verwirkung aus prozessualer Sicht	36
F. Der Ansatz <i>Wielings</i> : Tatbestand des stillschweigenden Verzichts	36
G. Der Ansatz <i>Menzels</i> : Verwirkung als Gewohnheitsrecht	39
H. Die momentan herrschende Auffassung	39
I. Verankerung der Verwirkung im Gesetz	40
1. Verortung der Verwirkung in § 242 BGB	40
2. Kritik <i>Dettes</i> an der Heranziehung von § 242 BGB	41
II. Grundsatz von Treu und Glauben	41
1. Historische Entwicklung des Begriffspaares	42
2. Anwendungsbereich, Funktionen und Inhalt des Grundsatzes	43
a) Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben	43
b) Funktionen des Grundsatzes von Treu und Glauben	44
aa) Konkretisierungs- und Ergänzungsfunktion	44
bb) Beschränkungsfunktion	44
cc) Alternatives Verständnis der Korrekturfunktion	45
c) Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben	46
aa) Einfallstor für objektive Werteordnung	46
bb) Vertrauensprinzip	46
cc) Gefahr der Gleichsetzung von Vertrauensschutz und Rechtssicherheit	47
III. Genaue Einordnung der Verwirkungslehre	48
1. Individueller Rechtsmissbrauch	48
2. Innentheorie	49
3. Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung	50
4. <i>Venire contra factum proprium</i>	51
I. Einordnung nach der hier vertretenen Ansicht	51
I. Kritische Analyse der herrschenden Auffassung	51
1. Fehlende Begründung und Schlüssigkeit	52
2. Gefahr der falschen Gewichtung	52
3. Untauglichkeit der reinen Untätigkeit als Vorverhalten	52
4. Erforderlichkeit der Kundgabe einer Rechtsansicht im Rahmen des <i>venire contra factum proprium</i>	53
5. Entbehrlichkeit des <i>venire contra factum proprium</i> zur Begründung der Vertrauensmanifestation	54
6. Unterscheidung zwischen Inkonsequenz und Widersprüch- lichkeit	55
7. Zirkelschluss und Wertungswiderspruch	55

8. Unmöglichkeit einer konsistenten Integration in die Grundsätze des <i>venire contra factum proprium</i>	55
9. Fazit und Erklärung	56
II. Einordnung als eigene Fallgruppe des Grundsatzes von Treu und Glauben	57
1. Anknüpfungspunkt des Vorwurfs der Treuwidrigkeit	57
a) Geltendmachung nicht zu missbilligen	57
b) Nichtausübung trotz Handlungspflicht aus § 242 BGB	57
aa) Pflichtwidriges Unterlassen als eigentlicher Vorwurf	57
bb) Herleitung der Handlungspflicht aus § 242 BGB	58
c) Terminologie	59
aa) Verwirkung durch Nichtausübung	59
bb) Obliegenheitsbezogener Vertrauenstatbestand	59
2. Folgen für die Einordnung	60
a) Zusammenfassende Gegenüberstellung der Rechtsinstitute: Verwirkung durch Nichtausübung und <i>venire contra factum proprium</i>	60
b) Eigenständige Fallgruppe des Grundsatzes von Treu und Glauben	60
c) Genauere Einordnung: Kein Rechtsmissbrauch im engeren Sinne und unzulässige Rechtsausübung aufgrund früheren Verhaltens	61
3. Fazit	62
§ 6. Herkömmlicher Tatbestand der Verwirkung durch Zeitablauf	63
A. Zeitmoment	63
I. Meinungsstand zum Zeitmoment	63
1. Meinungsstand in der Literatur	64
2. Meinungsstand in der Rechtsprechung	65
II. Aufgabe des Zeitmoments	66
B. Umstandsmoment	67
I. Meinungsstand zum Umstandsmoment	68
1. Meinungsstand in der Literatur	68
2. Meinungsstand in der Rechtsprechung	69
II. Kritik am Meinungsstand	69
C. Bewegliches System	71
D. Folgerungen	73
§ 7. Tatbestand der Verwirkung durch Nichtausübung	75
A. Abgrenzung anhand der Nichtausübung	75
B. Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsausübung	75
I. Begriff der Obliegenheit	76
II. Kein Ausschluss	77
III. Stets zu beachtende Grundsätze	77
1. Sinn und Zweck: Vertrauensschutz	78

2. Positives Handeln des Berechtigten	78
3. Subsidiarität der Verwirkung	79
4. Unvermeidbare Offenheit	80
IV. Anzuerkennende Fallgruppen	80
1. Dauernde rechtliche Beziehungen	81
2. Laufende rechtliche Auseinandersetzung	81
3. Dem Berechtigten zurechenbarer Rechtsirrtum des Verpflichteten	82
4. Vorliegen einer den Rechtsbestand negierenden Erklärung des Verpflichteten	83
5. Kenntnis von der erstmaligen Rechtsbeeinträchtigung	84
V. Abzulehnende Fallgruppen	86
1. Unsicherheit über beziehungsweise Veränderung der äußeren Umstände	86
2. Verwarnung trotz Kündigungsrechts	87
3. Vertrauensinvestition	88
4. Kenntnis über Leistungsunfähigkeit	89
5. Kenntniserlangung von der andauernden Rechtsbeeinträchtigung	89
6. Streit über Bestand eines Rechts	90
7. Außerordentliche Rechte	91
8. Rechtsprechungsänderung	92
9. Vorbehaltsurteil	93
VI. Die Obliegenheit ausschließende Umstände	94
1. Abhängigkeitsverhältnis	94
2. Unklarheit der Rechtslage	94
VII. <i>Ultima ratio</i>	95
C. Zurechenbare Verletzung der Obliegenheit zur Rechtsausübung ...	95
I. Verletzung der Obliegenheit: Unterlassen einer rechtswahrenden Handlung	96
II. Zurechenbarkeit der Verletzung	97
1. Grundsätzliche Erforderlichkeit der Zurechenbarkeit	97
2. Maß der Zurechenbarkeit	97
a) Böse Gesinnung	98
b) Arglist beziehungsweise Vorsatz	99
c) Fahrlässigkeit	99
d) Beherrschbarkeit	101
e) Kenntnis	101
aa) Kenntnis der eigenen Rechtsposition	101
bb) Kenntnis von der Obliegenheit	104
(1) Rechtliche Würdigung	104
(2) Obliegenheit begründende tatsächliche Umstände	104
cc) Kenntnis über die Bildung von Vertrauen beim Verpflichteten	105
dd) Fazit	105
f) Zusammenfassung	105

D. Schutzwürdiges Vertrauen des Verpflichteten	106
I. Basis des Vertrauens	106
1. Nichtausübung trotz bestehender Obliegenheit	106
2. Bestand der Obliegenheit	107
a) Rechtliche Würdigung	107
b) Obliegenheit begründende tatsächliche Umstände	107
3. Kenntnis des Verpflichteten von der Rechtsposition des Berechtigten	108
4. Fazit	109
II. Gegenstand des Vertrauens	109
III. Grundsätzliches zum Vertrauensschutz	111
IV. Konkrete Prüfung des schutzwürdigen Vertrauens	111
1. Vertrauensmanifestation	112
a) Art der Vertrauensmanifestation	113
b) Maß der Vertrauensmanifestation	114
2. Schutzwürdigkeit	116
a) Ausschließende Faktoren	117
aa) Versuch des Verheimlichens	117
bb) Rechtskräftige Anspruchsfeststellung	117
cc) Eigene Vertragsuntreue oder anderweitige Treuwidrigkeit	118
b) Unschädliche Faktoren	119
aa) Zeitablauf	119
bb) Unterbliebene Nachfrage	119
cc) Subjektive Umstände auf Seiten des Berechtigten	120
dd) Verpflichteter kennt Unkenntnis des Berechtigten	120
ee) Erwartung des selbstständigen Tätigwerdens des Verpflichteten	121
E. Zusammenfassung der zentralen Thesen	121
I. Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsausübung	122
II. Zurechenbare Verletzung der Obliegenheit	122
III. Schutzwürdiges Vertrauen des Verpflichteten	123
§ 8. Gegenstand der Verwirkung durch Nichtausübung	125
A. Nur subjektive Rechte	125
B. Einzelne Rechtspositionen	126
I. Ansprüche	126
1. Bereicherungsrechtliche Ansprüche	127
2. Ansprüche aus vorsätzlicher Schädigung	127
3. Unverzichtbare Ansprüche	128
4. Unterhalt	128
5. Rechtsgeschäftliche Primäransprüche	130
6. Rechtskräftig festgestellte Ansprüche	131
II. Verteidigungsmittel	131
1. Einreden	131
2. Einwendungen	131

III. Gestaltungsrechte	133
1. Gestaltungsrechte im Allgemeinen	133
2. Gestaltungsrechte mit vom Erklärungsgegner abhängigem Ausübungsfristbeginn	134
a) Besondere Regelungssystematik	134
b) Untauglichkeit der Verwirkungslehre	135
c) Genauere Betrachtung des Widerspruchsrechts nach § 613a Absatz 6 Satz 1 BGB	135
aa) Die Regelung des § 613a BGB	136
bb) Untauglichkeit der Verwirkungslehre für § 613a Absatz 6 Satz 1 BGB	136
cc) Vorschläge zur Begrenzung der Ausübung des Wider- spruchsrechts	137
(1) Vorschläge der Literatur	137
(2) 13-monatige Höchstfrist analog § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB	138
(a) Die Regelung des § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB	138
(b) Planwidrige Regelungslücke	139
(c) Vergleichbare Interessenlage	140
(d) Fazit	140
IV. Dingliche Rechtspositionen und Ansprüche	141
1. „Dingliche Rechte“	141
a) „Dingliches Recht“ selbst	141
b) Das dingliche Recht verwirklichende Ansprüche	142
aa) Begriffsbestimmung	142
bb) Auffassung der Rechtsprechung: Verwirkung möglich ...	142
cc) Würdigung der Ansicht der Rechtsprechung	142
(1) Ungelöste Folgefragen	142
(2) Abzulehnendes Argument der Verjährung des § 985 BGB	143
(a) Gesetzliche Entstehungsgeschichte	143
(b) Verfassungsrechtliche Bedenken	143
(3) Verwirkung kein Gegenstück zur Erwirkung	144
dd) Fazit: Keine Verwirkung der das dingliche Recht ver- wirklichenden Ansprüche	145
2. Ansprüche aus dinglichen Rechten	145
V. Prozessuale Rechtspositionen	146
VI. Sonderfall der Abmahnung	147
§ 9. Rechtsfolge der Verwirkung durch Nichtausübung	149
A. Die Verwirkung als rechtshemmende Einwendung	149
I. Einwendung oder Einrede	149
II. Rechtshemmende oder rechtsvernichtende Wirkung	150
1. Nähe zu Verjährung und Ausschlussfristen	151
2. Überblick zum aktuellen Streitstand	151
a) Argumentation für rechtshemmende Wirkung	151
b) Argumentation für rechtsvernichtende Wirkung	152

3. Lösung orientiert am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: rechtshemmende Wirkung	152
III. Begriff der rechtshemmenden Einwendung	153
1. Problemstellung	153
2. Notwendigkeit der bisherigen Einteilung	154
a) Bedeutung der Unterscheidung zwischen Einwendung und Einrede	154
b) Bestehende beziehungsweise vorgeschlagene Ausnahmen von der üblichen Einteilung	154
aa) Ausnahmen im Allgemeinen	154
bb) Speziell im Hinblick auf rechtshemmende Einwendungen	155
3. Fazit: Keine durchgreifenden Bedenken	156
B. Möglichkeit der bereicherungsrechtlichen Rückforderung	156
C. Keine Besonderheit bei dinglichen Rechten	157
D. Auswirkung der Verwirkung auf Rechtsnachfolger	157
§ 10. Ungeklärte Einzelfragen	159
A. Abdingbarkeit der Verwirkung durch Nichtausübung	159
B. Verwirkung nach Ablauf der Verjährungsfrist	161
C. Verwirkung vor Fälligkeit	161
D. Beweislastverteilung bei der Verwirkung	163
I. Grundsätzliche Beweislast im Rahmen der Verwirkung	163
II. Beweislastverteilung bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Verwirkung durch Nichtausübung	164
§ 11. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	165
§ 12. Anwendung der Verwirkung durch Nichtausübung auf ausgewählte Fälle	167
A. Urteil des VII. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 4. Juni 1937	167
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt	167
II. Die Entscheidung des Reichsgerichts	168
III. Analyse und Anwendung der Erkenntnisse	168
1. Abgrenzung anhand der Nichtausübung	168
2. Prüfung der Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsausübung	168
3. Prüfung des schutzwürdigen Vertrauens des Verpflichteten ...	169
4. Fazit	169
B. Urteil des II. Zivilsenats des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone vom 2. Dezember 1948	169
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt	169
II. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone	170
III. Analyse und Anwendung der Erkenntnisse	171

1. Anwendbarkeit der Verwirkung durch Nichtausübung	171
2. Abgrenzung anhand der Nichtausübung	171
3. Prüfung der Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsausübung	171
4. Prüfung des schutzwürdigen Vertrauens des Verpflichteten	172
5. Fazit	172
C. Urteil des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom	
19. Oktober 2005	172
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt.	173
II. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs	173
III. Analyse und Anwendung der Erkenntnisse	173
1. Abgrenzung anhand der Nichtausübung	173
2. Prüfung der Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsausübung	173
3. Prüfung der zurechenbaren Verletzung der Obliegenheit zur Rechtsausübung	174
4. Prüfung des schutzwürdigen Vertrauens des Verpflichteten	174
5. Fazit	174
D. Urteil des 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Februar 2007	174
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt.	175
II. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts	175
III. Analyse und Anwendung der Erkenntnisse	176
1. Anwendbarkeit der Verwirkung durch Nichtausübung	176
2. Prüfung der Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsausübung	176
3. Prüfung der zurechenbaren Verletzung der Obliegenheit zur Rechtsausübung	177
4. Prüfung des schutzwürdigen Vertrauens des Verpflichteten	177
5. Fazit	177
E. Urteil des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Mai 2010	178
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt.	178
II. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts	179
III. Analyse und Anwendung der Erkenntnisse	179
1. Kritische Analyse der Prüfung von Zeit- und Umstandsmoment	179
a) Trennung zwischen Zeit- und Umstandsmoment	180
b) Zeitmoment	180
c) Umstandsmoment	180
2. Anwendung des obliegenheitsbezogenen Vertrauenstatbestands	181
a) Anwendbarkeit der Verwirkung durch Nichtausübung.	181
b) Prüfung der Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsaus- übung	182
c) Prüfung der zurechenbaren Verletzung der Obliegenheit zur Rechtsausübung	182
d) Prüfung des schutzwürdigen Vertrauens des Verpflichteten ..	182
F. Zusammenfassung und Schlusswort	184
Literaturverzeichnis	185