

Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung

von
Dr. Andreas Salzmann

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

(b) *Planwidrige Regelungslücke.* Eine analoge Anwendung der sechsmonatigen (eingeschränkten) Höchstfrist nach § 355 Absatz 3 BGB a. F. auf das Widerspruchsrecht nach § 613a Absatz 6 Satz 1 BGB wurde abgelehnt, da eine planwidrige Regelungslücke nicht bestehe.¹⁰³⁴ Dies könnte auch gegen eine Heranziehung von § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB sprechen. Sowohl die Fraktion der CDU/CSU als auch die der FDP reichten im Gesetzgebungsverfahren zur Einfügung der Absätze 5 und 6 des § 613a BGB Änderungsanträge ein, die ein Erlöschen des Widerspruchsrechts spätestens nach sechs Monaten nach dem Betriebsübergang vorsahen.¹⁰³⁵ Diese wurden aber vom zuständigen Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung abgelehnt und nicht Teil der letztlich Gesetz gewordenen Beschlussempfehlung¹⁰³⁶. Demnach ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst von der Schaffung einer Höchstfrist abgesehen hat und es deshalb grundsätzlich an der Planwidrigkeit der Regelungslücke fehlt. Die analoge Anwendung einer gesetzlichen Höchstfrist war deshalb zur damaligen Zeit kurz nach Schaffung der Regelung nicht möglich. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man mit der überwiegenden Meinung die Planwidrigkeit als Erfordernis für die Rechtsfortbildung im Wege der Analogie ansieht.¹⁰³⁷

Aus heutiger Sicht kann jedoch eine planwidrige Regelungslücke konstatiert werden. Die hohe praktische Relevanz der Verwirkungslehre im Bereich des § 613a BGB geht maßgeblich auf die außerordentlich hohen Anforderungen der Rechtsprechung an den Inhalt der Unterrichtung zurück. Diese Entwicklung hat und konnte der Gesetzgeber nicht voraussehen. Dies zeigt sich schon daran, dass auch die Anträge der Oppositionsfraktionen, die auf die Einführung einer Höchstfrist gerichtet waren, nicht diese Problematik vor Augen hatten. So ging es der CDU/CSU-Fraktion lediglich um eine Klarstellung im Dienste der Rechtssicherheit.¹⁰³⁸ Nach ihrem Vorschlag wäre außerdem im Regelfall nur die jeweilige Arbeitnehmervertretung zu informieren gewesen¹⁰³⁹ und damit die Fehleranfälligkeit drastisch reduziert worden. Die Konzeption der FDP-Fraktion sah gar eine völlige Entkopplung der ausführlichen Arbeitnehmerinformati- onspflicht nach § 613a Absatz 5 BGB von dem Beginn der Widerspruchsfrist vor.¹⁰⁴⁰ Es sollte lediglich eine Information über den (geplanten) Zeitpunkt des Betriebsübergangs notwendig sein, um die Ausübungsfrist beginnen zu lassen.¹⁰⁴¹ Dass eine solche Unterrichtung misslingen könnte, ist allerdings kaum vorstellbar.

Der Gesetzgeber hat also zwar von der ausdrücklichen Regelung einer Höchstfrist abgesehen. Dabei hatte er jedoch nicht die Fälle vor Augen, dass die Frist aufgrund einer fehlerhaften Unterrichtung der Arbeitnehmer nicht zu laufen beginnt. Noch weniger

¹⁰³³ Vgl. zu Art. 229 § 32 Absätze 2 – 4 EGBGB BT-Drs. 17/13951, S. 46.

¹⁰³⁴ Franzen RdA 2002, 258 (266).

¹⁰³⁵ Zum Antrag der CDU/CSU-Fraktion, vgl. Ausschuss-Drs. 14/2067; zum Antrag der FDP-Fraktion, vgl. Ausschuss-Drs. 14/2068, S. 1.

¹⁰³⁶ BT-Drs. 14/8128, S. 3 mit Verweis auf BT-Drs. 14/7760.

¹⁰³⁷ Ausführlich *Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 370f.; *Köhler BGB Allgemeiner Teil*, § 4 Rn. 23; BGH vom 13.11.2001 – X ZR 134/00 Rn. 33 = GRUR 2002, 238; a. A. *Puppe Kleine Schule des juristischen Denkens*, S. 115 f.

¹⁰³⁸ BT-Drs. 14/8128, S. 6.

¹⁰³⁹ Vgl. Ausschuss-Drs. 14/2067.

¹⁰⁴⁰ Vgl. Ausschuss-Drs. 14/2068, S. 1.

¹⁰⁴¹ Vgl. Ausschuss-Drs. 14/2068, S. 1.

konnten die Volksvertreter die praktischen Schwierigkeiten für die Arbeitgeberseite erahnen, die diese durch die äußerst hohen Anforderungen der Rechtsprechung an die Pflicht nach § 613a Absatz 5 BGB auferlegt bekommen haben. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke ist daher zu bejahen.

(c) *Vergleichbare Interessenlage.* Die Interessenlagen im Rahmen des Verbraucherwiderrufs und dem Widerspruch nach § 613a Absatz 6 Satz 1 BGB sind schon aufgrund der gleichen zugrundeliegenden Regelungssystematik¹⁰⁴² vergleichbar.¹⁰⁴³ Ferner geht es bei der für den Fristbeginn erforderlichen Aufklärung der Gegenseite jeweils darum, dieser die Modalitäten und insbesondere die Folgen der Gestaltungsrechtsausübung aufzuzeigen. Es ist daher richtig, dass die jeweils kurz bemessenen Ausübungsfristen nicht zu laufen beginnen, wenn dem Betroffenen aufgrund der unterbliebenen oder fehlerhaften Information die Basis für eine vernünftige Entscheidung fehlt. Gleichzeitig kann aber dem Vertragspartner nicht zugemutet werden, auf unbestimmte Zeit und aufgrund einer möglicherweise nur fahrlässig unrichtigen Unterrichtung in dem Schwebezustand zu verbleiben. Ferner ist nach einer gewissen Zeit davon auszugehen, dass der Gestaltungsrechtsinhaber anderweitig die entscheidenden Informationen erlangt hat beziehungsweise hätte erlangen können. Nach der Rechtsprechung und der Gesetzesbegründung ist es sogar ein Zweck der Unterrichtung nach § 613a Absatz 5 BGB, dem Arbeitnehmer weitere Erkundigungen und gegebenenfalls die Inanspruchnahme einer fachkundigen Beratung zu ermöglichen.¹⁰⁴⁴

Nicht zuletzt spricht auch die Begründung des Widerspruchsrechts für dessen zeitliche Begrenzung. Dieses ist erforderlich, da es mit der Menschenwürde und den Rechten auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und freie Arbeitsplatzwahl nicht vereinbar wäre, wenn der Arbeitnehmer für einen Arbeitgeber arbeiten müsste, den er sich nicht ausgesucht hat.¹⁰⁴⁵ Der Schutz dieser Rechte wird auch mit einer 13-monatigen Ausübungsbegrenzung vollumfänglich gewahrt. Nach über einem Jahr ist jeder Arbeitnehmer in der Lage zu beurteilen, ob er für diesen neuen Arbeitgeber arbeiten möchte. Gleichzeitig kann auch trotz fehlerhafter Unterrichtung nicht davon gesprochen werden, dass der Arbeitnehmer beim Erwerb für einen Arbeitgeber arbeitet, den er sich nicht ausgesucht hat. Allenfalls liegt dann hinsichtlich seiner Auswahlentscheidung ein Motivirrtum vor.¹⁰⁴⁶ Ein dauerndes Widerspruchsrecht ist hingegen – auch bei einer fehlerhaften Unterrichtung – nicht geboten. Vielmehr stellt ein solches eine nicht erforderliche Besserstellung der Beschäftigten durch den Betriebsübergang dar.¹⁰⁴⁷

(d) *Fazit.* Den von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmern ist also eine 13-monatige Widerspruchsausübungshöchstfrist – 12 Monate ergänzt um die einmonatige Ausübungsfrist bei ordnungsgemäßer Unterrichtung nach § 613a Absatz 6 Satz 1 BGB – nach Erhalt der fehlerhaften Unterrichtung analog § 356 Absatz 3 Satz 2 BGB zuzubilligen. In dem praktisch kaum relevanten Fall des völligen Ausbleibens der Information der Arbeitnehmer beginnt diese Frist mit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs.

¹⁰⁴² Willemsen NJW 2007, 2065 (2073).

¹⁰⁴³ Zu diesem Erfordernis der Analogiebildung ausführlich Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 381 ff.

¹⁰⁴⁴ BAG vom 31.01.2008 – 8 AZR 1116/06 = NZA 2008, 642 (643); BT-Drs. 14/7760, S. 19.

¹⁰⁴⁵ BT-Drs. 14/7760, S. 20; grundlegend BAG vom 02.10.1974 – 5 AZR 504/73 Rn. 27 ff. = NJW 1975, 1378.

¹⁰⁴⁶ Willemsen NJW 2007, 2065 (2073).

¹⁰⁴⁷ Grobys NJW-Spezial 2007, 321 (322).

Die Verwirkung dinglicher Rechtspositionen könnte bereits an der fehlenden Anwendbarkeit von § 242 BGB im Sachenrecht scheitern, denn auch heute noch ist dessen Heranziehung im dritten Buch des BGB nicht unumstritten.¹⁰⁴⁸ Dieser Streit soll aber außer Betracht bleiben. Denn die Tatsache, dass der Grundsatz von Treu und Glauben ein die ganze Rechtsordnung durchziehender Gedanke ist, ist mittlerweile allgemein anerkannt.¹⁰⁴⁹ Ob nun die Verwirkung, sollte sie auf dingliche Rechtspositionen und Ansprüche anwendbar sein, auf diesen Grundsatz, die Norm des § 242 BGB oder eine analoge Anwendung dieser gestützt wird, verspricht keinerlei weiteren Erkenntnisgewinn.

Während *Stauder* die Verwirkung auch auf dingliche Rechte und Ansprüche schlicht für anwendbar erklärt¹⁰⁵⁰, sieht *Teichmann* hierbei lediglich terminologische Schwierigkeiten¹⁰⁵¹. Ganz überwiegend wird in Literatur und Rechtsprechung hingegen unterschieden zwischen dinglichen Rechten und den sich hieraus ergebenden einzelnen Rechten und Ansprüchen, wobei nur letztere als der Verwirkung unterliegend angesehen werden.¹⁰⁵² So formulierte *Krause* schon 1933:

„Sowohl vertragliche wie auch Gestaltungsrechte wie auch aus absoluten Rechten erwachsende Ansprüche können der Unwirksamkeit wegen „illoyaler Verspätung“ verfallen.“¹⁰⁵³

Auch der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Verwirkung dingliche Rechte nicht, wohl aber die daraus folgenden Ansprüche, unterliegen.¹⁰⁵⁴ Dieser Differenzierung folgend, soll diese bisher kaum erörterte Frage näher untersucht werden.

1. „Dingliche Rechte“

a) „Dingliches Recht“ selbst

Die Frage, ob ein dingliches Recht selbst – wie etwa Eigentum, Dienstbarkeit, Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Pfandrecht¹⁰⁵⁵ – im hier behandelten Sinne verwirkt werden kann, bedarf keiner tieferen Untersuchung, da die Antwort eindeutig ist. Die Verwirkung bringt zum Ausdruck, dass im Einzelfall das Interesse des Verpflichteten, nunmehr nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, gegenüber dem Interesse des Berechtigten, sein Recht auch weiterhin geltend machen zu können, überwiegt. Sie beruht also immer auf einem Zweipersonenverhältnis. Sie verändert aber nie zugleich die Rechtsstellung des Berechtigten gegenüber Dritten.¹⁰⁵⁶ Folglich ergibt sich bereits aus der absoluten Wirkung dinglicher Rechte, dass eine Verwirkung dieser

¹⁰⁴⁸ Ausführlich zu diesem Streit MünchenerKommentar/*Baldus* Vorbemerkung § 985 BGB Rn. 24 ff.

¹⁰⁴⁹ Grundlegend *Tegtmeyer* AcP 142, 203 (203 ff.).

¹⁰⁵⁰ *Stauder* Die Verwirkung zivilrechtlicher Rechtspositionen, S. 54.

¹⁰⁵¹ *Soergel/Teichmann* § 242 BGB Rn. 335.

¹⁰⁵² MünchenerKommentar/*Roth/Schubert* § 242 BGB Rn. 331; *Staudinger/Looschelders/Olzen* § 242 BGB Rn. 304; BGH vom 21.10.2005 – V ZR 169/04 = NJW-RR 2006, 235 (236).

¹⁰⁵³ *Krause* Schweigen im Rechtsverkehr, S. 41.

¹⁰⁵⁴ Zuletzt BGH vom 21.10.2005 – V ZR 169/04 = NJW-RR 2006, 235 (236).

¹⁰⁵⁵ Eine (wohl) vollständige Aufzählung findet sich bei *Staudinger-Eckpfeiler/Seiler* U Rn. 15.

¹⁰⁵⁶ *Esser* Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil 1960, S. 123.

ausgeschlossen ist. Aber auch sprachlich ist die Verwirkung eines dinglichen Rechts unmöglich, da man ein dingliches Recht nicht ausüben kann und die Verwirkung stets zur Verhinderung der Rechtsausübung, aber nicht zu einem Rechtsverlust führt.¹⁰⁵⁷ Für den Besitz ergibt sich die Unmöglichkeit der Verwirkung außerdem daraus, dass es sich bei ihm schon nicht um ein (subjektives) Recht, sondern um ein tatsächliches Verhältnis handelt¹⁰⁵⁸.

b) Das dingliche Recht verwirklichende Ansprüche

aa) Begriffsbestimmung. Die Fragestellung muss daher richtigerweise lauten, ob die elementaren, das dingliche Recht selbst verwirklichenden Ansprüche der Verwirkung unterliegen. Mit *Roth* und *Schubert* also die Ansprüche, die für den Bestand des dinglichen Rechts von wesentlicher Bedeutung sind.¹⁰⁵⁹ Der Bundesgerichtshof spricht von Ansprüchen, die „Kernbestandteil des Eigentums“¹⁰⁶⁰ sind. Für das Eigentum sind dies der Herausgabeanspruch aus § 985 BGB und der Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB. Die Bedeutung dieser Ansprüche zeigt sich auch darin, dass die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch bei dem § 985 BGB entsprechenden Anspruch nicht von Herausgabeanspruch, sondern von „Eigentumsanspruch“¹⁰⁶¹ sprechen.

bb) Auffassung der Rechtsprechung: Verwirkung möglich. Die ständige Rechtsprechung geht davon aus, dass auch diese Ansprüche der Verwirkung unterliegen.¹⁰⁶² Die Zweifel an der Richtigkeit dieser eigenen Auffassung zeigen sich aber schon darin, dass stets nicht weiter begründete Einschränkungen hinzugefügt werden, um die Verwirkung im konkreten Fall doch ablehnen zu können. So sei die Annahme der Verwirkung nur in Ausnahmefällen möglich¹⁰⁶³ und bei ihrer Zulassung stets Vorsicht geboten¹⁰⁶⁴. Die Herausgabe müsse sich für den Besitzer als schlechthin unerträglich darstellen.¹⁰⁶⁵

cc) Würdigung der Ansicht der Rechtsprechung

(1) Ungelöste Folgefragen. Diese Zweifel der Rechtsprechung sind begründet, auch wenn die (kommentierende) Literatur ihr kritiklos zustimmt.¹⁰⁶⁶ Man muss sich nur die Folgen einer möglichen Verwirkung beispielweise des Anspruchs aus § 985 BGB vor Augen halten. Sofern der Besitzer dauerhaft im Besitz der Sache bleibt, würden im Regelfall genauso dauerhaft Eigentum und Besitz auseinanderfallen. Hieraus würden sich nahezu unzählige Folgefragen ergeben. Müsste man beispielsweise diesen Besitz nun als für eine Ersitzung gemäß § 937 Absatz 1 BGB ausreichenden Eigenbesitz ansehen?¹⁰⁶⁷ Erwirbt der Besitzer durch die Verwirkung ein Besitzrecht im Sinne von

¹⁰⁵⁷ Vgl. hierzu § 9. A. II.

¹⁰⁵⁸ Palandt/*Bassenge* Überblick vor § 854 BGB Rn. 1.

¹⁰⁵⁹ MünchenerKommentar/*Roth/Schubert* § 242 BGB Rn. 334.

¹⁰⁶⁰ BGH vom 16.03.2007 – V ZR 190/06 = NJW 2007, 2183 (2184).

¹⁰⁶¹ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 292.

¹⁰⁶² Statt vieler BGH vom 16.03.2007 – V ZR 190/06 = NJW 2007, 2183 (2184).

¹⁰⁶³ BGH vom 16.03.2007 – V ZR 190/06 = NJW 2007, 2183 (2184).

¹⁰⁶⁴ *Birr* Verjährung und Verwirkung, S. 197.

¹⁰⁶⁵ BGH vom 16.03.2007 – V ZR 190/06 = NJW 2007, 2183 (2184).

¹⁰⁶⁶ Staudinger/*Peters/Jacoby* Vorbemerkungen zu §§ 194 – 225 BGB Rn. 22; MünchenerKommentar/*Roth/Schubert* § 242 BGB Rn. 334; *Birr* Verjährung und Verwirkung, S. 197.

¹⁰⁶⁷ Wohl zu verneinen, da dem Besitzer der nach Staudinger/*Wiegand* § 937 BGB Rn. 2 erfor-

§ 986 BGB oder besteht trotz Versagung des Anspruchs aus § 985 BGB ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis?¹⁰⁶⁸

(2) *Abzulehnendes Argument der Verjährung des § 985 BGB.* Der Umstand, dass der Rechtsinhaber Eigentum an der Sache behält, sie aber im Einzelfall nicht mehr nach § 985 BGB herausverlangen kann, lässt sich in die Rechtssystematik nur schwer einfügen. Für die Hinnahme dieser Konstellation lässt sich – auf den ersten Blick durchaus überzeugend – einzig anführen, dass sie an anderer Stelle vom Gesetzgeber selbst geschaffen und damit gebilligt wurde. Denn der Anspruch aus § 985 BGB unterliegt gemäß § 197 Absatz 1 Nummer 2 BGB der Verjährung.¹⁰⁶⁹ Wer dies anführt, übersieht jedoch zwei wesentliche Gesichtspunkte:

(a) *Gesetzliche Entstehungsgeschichte.* Bereits im Gesetzgebungsprozess bestand Uneinigkeit, ob dieser Zustand der „Halbheit“¹⁰⁷⁰, also dass das Eigentum und der Besitz möglicherweise dauerhaft auseinanderfallen, akzeptiert werden kann.¹⁰⁷¹ Es wurde erkannt, dass der Einwand, das Eigentum werde seinem eigentlichen Inhalt beraubt und zu einem Scheinrecht herabgewürdigt, nicht ohne Gewicht ist.¹⁰⁷² Ein Gleichlauf von Ersitzung und Verjährung nach Vorbild des *code civil*, der diesen Zustand verhindert hätte, wurde verworfen, da sich das subjektive Element der Gutgläubigkeit der Ersitzung nicht in die Verjährungssystematik aufnehmen ließ.¹⁰⁷³ Auch stimmte man den Kritiken insoweit zu, als dass die Lösung des Konfliktes, sofern man den Zustand der „Halbheit“ nicht akzeptieren konnte, in der Unverjährbarkeit des Herausgabeanspruchs zu suchen sei.¹⁰⁷⁴ Schließlich entschloss man sich aber doch für ein Eigentum *sine re*, da der hierdurch geschaffene „Übelstand“¹⁰⁷⁵ weniger schwer wiege als die durch die Unverjährbarkeit entstehende Rechtsunsicherheit und damit Gefährdung des Rechtsfriedens.¹⁰⁷⁶ Die durchaus erkannten nicht nur unwesentlichen Probleme wurden also bewusst in Kauf genommen, um das kollektive Interesse am Rechtsfrieden zu schützen. Dies lässt sich auf die Verwirkung aber gerade nicht übertragen. Denn ihr Zweck ist nicht die Schaffung von Rechtssicherheit, sondern die Gewährung von Vertrauensschutz.¹⁰⁷⁷

(b) *Verfassungsrechtliche Bedenken.* Ferner mag die Verjährung des Herausgabeanspruchs nach 30 Jahren gemäß § 197 Absatz 1 Nr. 1 BGB noch als verfassungskonform angesehen werden. Schon hier wird jedoch darauf hingewiesen, dass die endgültige Nichtdurchsetzbarkeit des Eigentumsrechts an die Grenzen dessen stößt, was man noch als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Absatz 1 Satz 2 GG bezeichnen kann.¹⁰⁷⁸ Das Wohl der Allgemeinheit gemäß Art. 14 Absatz 2

derliche Nachweis, die Sache mit dem Willen, sie als ihm gehörend, zu besitzen, nicht gelingen wird.

¹⁰⁶⁸ Ein Besitzrecht verneinend MünchenerKommentar/*Baldus* § 986 BGB Rn. 20.

¹⁰⁶⁹ Zur nach der Schuldrechtsreform erneut aufkommenden Kritik MünchenerKommentar/*Baldus* § 985 BGB Rn. 63 ff.

¹⁰⁷⁰ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 293.

¹⁰⁷¹ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 293.

¹⁰⁷² Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 293.

¹⁰⁷³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 294.

¹⁰⁷⁴ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 294.

¹⁰⁷⁵ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 294.

¹⁰⁷⁶ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 294.

¹⁰⁷⁷ Hierzu ausführlich § 7. B. III. 1.

¹⁰⁷⁸ MünchenerKommentar/*Baldus* § 985 BGB Rn. 41.

Satz 2 GG ist sowohl Grund als auch Grenze für die Beschränkungen, die dem Eigentum auferlegt werden können.¹⁰⁷⁹ Dass Rechtsfrieden und -sicherheit, die für die Verjährbarkeit des Herausgabeanspruchs streiten, dem Wohl der Allgemeinheit dienen, wird niemand ernsthaft bestreiten. Vertrauensschutz für den Einzelnen dient hingegen ausschließlich diesem. Damit muss bei der Verwirkung des Eigentumsherausgabeanspruchs die Grenze als überschritten angesehen werden. Auch ist die Verwirkung ausschließlich von der Rechtsprechung entwickelt worden. Dieser wird aber allgemein eine Befugnis zur Erfüllung des Regelungsauftrags des Art. 14 Absatz 1 Satz 2 GG abgesprochen.¹⁰⁸⁰

Gegen diese verfassungsrechtlichen Bedenken könnte vorgebracht werden, dass dann die Verwirkung, da ja alle privatrechtlichen vermögenswerten Rechtspositionen den Schutz von Art. 14 Absatz 1 GG genießen¹⁰⁸¹, überhaupt verfassungsrechtlich unzulässig sein müsste. Dabei würde jedoch das Ziel der Eigentumsgarantie, dem Individuum einen geschützten Freiheitsraum zur eigenverantwortlichen Betätigung zu schaffen¹⁰⁸², verkannt werden. Diesem dient in erster Linie eine gegenstandsbezogene Eigentumsfreiheit in Form einer Bestands- und Nutzungsgarantie.¹⁰⁸³ Die Heterogenität der durch die Eigentumsgarantie geschützten subjektiven Vermögensrechte führt nämlich dazu, dass der Institutsgarantie keine festen Strukturprinzipien entnommen werden können.¹⁰⁸⁴ Andere vermögenswerte privatrechtliche Rechtspositionen entstehen durch Verhaltensweisen von Rechtssubjekten in einem Zwei- oder Mehrpersonenverhältnis und sind in ihrem Inhalt vollständig von deren Handlungsweisen abhängig. Ihre Ausgestaltung ist damit zu einem großen Teil dem Gesetzgeber bereits der Natur nach entzogen. Die den Kernbestandteil eines dinglichen Rechts ausmachenden Ansprüche sind jedoch ausschließlich vom Gesetzgeber geschaffen. Ihr Bestand ist nur von der Existenz der Sache, in der die Ansprüche ihren Ursprung haben, abhängig. Allein deshalb und auch aufgrund der absoluten Schutzwirkung dieser Ansprüche gegenüber der Allgemeinheit ist die Staatsgewalt hier stärker an die Verpflichtung durch Art. 14 Absatz 1 GG gebunden.

(3) *Verwirkung kein Gegenstück zur Erwirkung.* Krebs hält die überwiegende Ansicht, dass dingliche Rechte als solche nicht der Verwirkung unterliegen, nur „für den Regelfall [für] überzeugend“¹⁰⁸⁵. Schließlich kann es durch die Erwirkung zum Erwerb einer dinglichen Rechtsposition kommen. Als Gegenstück hierzu müsse dann auch die Verwirkung zum Verlust einer solchen führen können.¹⁰⁸⁶

Hierbei wird jedoch übersehen, dass die allgemeine Verwirkung – auch wenn der Begriff anderes impliziert – gerade nicht das Pendant zur Erwirkung ist. Die Erwirkung spielt in der Praxis vor allem – wenn nicht gar ausschließlich – im Recht des Geistigen Eigentums eine Rolle.¹⁰⁸⁷ Daher ist die Kehrseite ausschließlich die Verwirkung in diesem speziellen Rechtsbereich. Diese darf jedoch wie bereits mehrfach erwähnt mit der allgemeinen Verwirkungslehre nicht gleichgesetzt werden.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁷⁹ Maunz/Dürig/Papier Art. 14 GG Rn. 306.

¹⁰⁸⁰ Maunz/Dürig/Papier Art. 14 GG Rn. 306.

¹⁰⁸¹ Maunz/Dürig/Papier Art. 14 GG Rn. 11.

¹⁰⁸² Maunz/Dürig/Papier Art. 14 GG Rn. 10.

¹⁰⁸³ Maunz/Dürig/Papier Art. 14 GG Rn. 10.

¹⁰⁸⁴ Maunz/Dürig/Papier Art. 14 GG Rn. 11.

¹⁰⁸⁵ NK-BGB/Krebs § 242 BGB Rn. 99.

¹⁰⁸⁶ NK-BGB/Krebs § 242 BGB Fn. 357.

¹⁰⁸⁷ So in der Sache auch NK-BGB/Krebs § 242 BGB Rn. 115.

¹⁰⁸⁸ Vgl. insbesondere § 2.

dd) Fazit: **Keine Verwirkung der das dingliche Recht verwirklichenden Ansprüche.** Folglich bleibt festzuhalten, dass die den Kernbestandteil des dinglichen Rechts ausmachenden Ansprüche der Verwirkung nicht unterliegen.¹⁰⁸⁹ Denn es fehlt ein wichtiger Zweck, der die Billigung des systemwidrigen Zustandes, der sich bei langfristiger und gar dauerhaftem Auseinanderfallen zwischen Eigentum und Besitz ergibt, rechtfertigen könnte. Ferner bestehen starke verfassungsrechtliche Bedenken.

2. Ansprüche aus dinglichen Rechten

Im Hinblick auf die Frage nach der Verwirkung von dinglichen Rechten werden vor allem die Einzelansprüche der §§ 862 Absatz 1 und 1004 Absatz 1 BGB diskutiert.

„Der Verwirkung unterliegen dingliche Rechte nicht, wohl aber die daraus folgenden Ansprüche. Mithin bestehen keine Bedenken, auch die aus Besitz bzw. Eigentum abgeleiteten Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach §§ 862 I, 1004 I BGB dem Einwand der Verwirkung auszusetzen.“¹⁰⁹⁰

Zum Nachweis der Richtigkeit dieser Aussage verweisen die Richter auf ein vorhergehendes Urteil desselben Senats.¹⁰⁹¹ In diesem wurde jedoch lediglich festgestellt, dass im konkreten Fall eine Verwirkung aufgrund fehlenden Zeitmoments ausscheide, ohne dass die Anwendbarkeit auch nur angesprochen wurde.¹⁰⁹² Dennoch kann der Feststellung mit der herrschenden Auffassung in der Literatur zugestimmt werden.¹⁰⁹³ Ergänzend wird jedoch zumindest sinngemäß immer darauf hingewiesen, dass diese Unterlassungsansprüche stets nur unter besonderen Umständen verwirken können.¹⁰⁹⁴ Dies ist aber keine Frage der Anwendbarkeit der Verwirkungslehre auf die aus dem dinglichen Recht fließenden Einzelansprüche. Vielmehr geht es dabei darum, ob bei der Feststellung einer Obliegenheit zu Rechtsausübung Besonderheiten zu beachten sind. Deshalb wird diese Frage auch dort behandelt.¹⁰⁹⁵ Die Anwendbarkeit ergibt sich vielmehr daraus, dass es sich auch bei diesen Ansprüchen um subjektive Rechte¹⁰⁹⁶ handelt, da sie gegenüber einem anderen geltend gemacht werden können.¹⁰⁹⁷ Ferner wird der Eigentümer beziehungsweise Besitzer bei Annahme einer Verwirkung in gleichem Maße eingeschränkt, wie dies bei der Verwirkung jedes anderen Anspruchs der Fall wäre. Im Gegensatz zu der Verwirkung eines das dingliche Recht verwirklichenden Anspruchs ist er nicht dauerhaft und umfänglich an der Ausübung des zugrundeliegenden Rechts gehindert.

Auch ein Blick auf das Verhältnis von § 823 BGB und § 1004 BGB stützt diese Auffassung. Selbstverständlich haben die Vorschriften mit den Anspruchszielen

¹⁰⁸⁹ A. A. Soergel/Teichmann § 242 BGB Rn. 335.

¹⁰⁹⁰ BGH vom 21.10.2005 – V ZR 169/04 = NJW-RR 2006, 235 (236).

¹⁰⁹¹ BGH vom 22.06.1990 – V ZR 3/89 = NJW 1990, 2555.

¹⁰⁹² BGH vom 22.06.1990 – V ZR 3/89 = NJW 1990, 2555 (2556).

¹⁰⁹³ MünchenerKommentar/Roth/Schubert § 242 BGB Rn. 334; Jauernig/Mansel § 242 BGB Rn. 56; Palandt/Grüneberg § 242 BGB Rn. 88.

¹⁰⁹⁴ Mühl NJW 1956, 1657 (1659); Staudinger/Gursky § 1004 BGB Rn. 207; Palandt/Bassenge § 1004 BGB Rn. 46.

¹⁰⁹⁵ § 7. B. IV. 5. und § 7. B. V. 5.; Stauder Die Verwirkung zivilrechtlicher Rechtspositionen, S. 51; Soergel1967/Siebert/Knopp § 242 BGB Rn. 299; a. A. Birr Verjährung und Verwirkung, S. 198.

¹⁰⁹⁶ Ausführlich § 8. A.

¹⁰⁹⁷ Der Besitz selbst stellt hingegen nach ganz herrschender Auffassung kein subjektives Recht dar, vgl. Palandt/Bassenge Überblick vor § 854 BGB Rn. 1.

Schadensersatz auf der einen und Unterlassung und Beseitigung auf der anderen Seite grundsätzlich unterschiedliche Rechtsfolgen. Gerade im Bereich der Störungsbeseitigung überschneidet sich die Rechtsfolgenanordnung nach der genauen Ausgestaltung durch die Rechtsprechung jedoch, da letztendlich beide Anspruchsgrundlagen auf die Behebung der Eigentumsstörung abzielen.¹⁰⁹⁸ Nun ist aber die Verwirkungslern auf den Anspruch aus vorsätzlicher Schädigung gemäß § 823 Absatz 1 BGB anwendbar.¹⁰⁹⁹ Dies muss dann unabhängig davon gelten, ob das Eigentumsrecht oder ein anderes durch die Norm geschütztes Rechtsgut verletzt ist. Dass aber bei dem gleichen Anspruchsziel der Anspruch aus vorsätzlicher Schädigung, der auch noch einen Verschuldensvorwurf gegenüber dem Verpflichteten zur Voraussetzung hat, der Verwirkung unterliegen soll, der Anspruch aus § 1004 BGB hingegen nicht, vermag nicht zu überzeugen. Für diese Gleichbehandlung von § 1004 BGB und § 823 Absatz 1 BGB hinsichtlich der Anwendbarkeit der Verwirkungslern spricht auch die Tatsache, dass die überwiegende Meinung die Vorschrift des § 1004 BGB analog auf alle von § 823 BGB geschützten Rechtsgüter anwendet¹¹⁰⁰.

Es ist also kein Grund ersichtlich, weshalb die aus dinglichen Rechtspositionen folgenden Unterlassungsansprüche nicht der Verwirkung unterliegen sollten. Da der Ausgleichsanspruch nach § 906 Absatz 2 BGB lediglich den Anspruch aus § 1004 Absatz 1 BGB ersetzt, sofern der Eigentümer die Störung nach § 1004 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 906 Absatz 2 Satz 1 BGB zu dulden hat¹¹⁰¹, kann auch für diesen Anspruch nichts anderes gelten. Der Ausgleichsanspruch des Eigentümers aus § 228 Satz 2 BGB kann zwar nicht in Anspruchskonkurrenz zu § 823 Absatz 1 BGB gegeben sein.¹¹⁰² Er ist jedoch seiner Natur nach ein Anspruch quasideliktischer Art.¹¹⁰³ Deshalb streitet die Gleichbehandlung mit den deliktischen Ansprüchen auch hier für die Anerkennung der Möglichkeit der Verwirkung. Folglich ist die Rechtsfigur der Verwirkung durch Nichtausübung auf alle auf einer dinglichen Rechtsposition beruhenden Einzelansprüche anwendbar, soweit es sich nicht um die das dingliche Recht selbst verwirklichenden Ansprüche der §§ 894 und 985 BGB handelt.

V. Prozessuale Rechtspositionen

Hinsichtlich der Frage, ob die Klagebefugnis¹¹⁰⁴, das Beschwerderecht¹¹⁰⁵, der Einspruch gegen ein Versäumnisurteil¹¹⁰⁶ oder andere prozessuale Rechtspositionen den Grundsätzen der Verwirkung unterliegen, herrscht Uneinigkeit. Mit Hinweis auf die grundgesetzlich garantierte Gewährleistung von Rechtsschutz gemäß Art. 19 Absatz 4 Satz 1 GG wird die Verwirkung „bestimmter Klagerechte“¹¹⁰⁷ von *Huber* als ausge-

¹⁰⁹⁸ Hierzu und allgemein zum genauen Verhältnis der beiden Vorschriften *Armbrüster* NJW 2003, 3087.

¹⁰⁹⁹ § 8. B. I. 2.

¹¹⁰⁰ BGH vom 13.03.1998 – V ZR 190/97 Rn. 17 = NJW 1998, 2058; Palandt/*Bassenge* § 1004 BGB Rn. 4; Schulze/*Schulte-Nölke* § 1004 BGB Rn. 1; a. A. Staudinger/*Gursky* § 1004 BGB Rn. 16.

¹¹⁰¹ MünchenerKommentar/*Säcker* § 906 BGB Rn. 4.

¹¹⁰² Staudinger/*Reppen* § 228 BGB Rn. 34.

¹¹⁰³ MünchenerKommentar/*Grotbe* § 228 BGB Rn. 13.

¹¹⁰⁴ Hierzu bspw. das BVerfG vom 26.01.1972 – 2 BvR 255/67 Rn. 18 ff. = NJW 1972, 675.

¹¹⁰⁵ Vgl. BayObLG vom 26.03.1996 – 1Z BR 111/94 = NJW-RR 1997, 389 (389).

¹¹⁰⁶ Hierzu BGH vom 10.10.1962 – V ZR 189/60 = NJW 1963, 154 (155 f.).

¹¹⁰⁷ Staudinger-Eckpfeiler/*Huber* D Rn. 78.