

Die zivilrechtliche Verwirkung durch Nichtausübung

von  
Dr. Andreas Salzmann

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

# 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

# Inhaltsverzeichnis

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

<b>§ 5. Begründung und genaue Einordnung der Rechtsfigur der Verwirkung</b>	<b>31</b>
<b>A. Der Ansatz Krauses: Rechtsfigur der Verschweigung</b>	<b>31</b>
<b>B. Der Ansatz Sieberts: Offene Verwirkungslehre</b>	<b>33</b>
<b>C. Der Ansatz Bydlinskis: Rechtsfolge des stillschweigenden Verzichts</b>	<b>33</b>
<b>D. Der Ansatz Canaris': Vertrauenshaftung kraft Erwirkung</b>	<b>34</b>
<b>E. Der Ansatz Henckels: Verwirkung aus prozessualer Sicht</b>	<b>36</b>
<b>F. Der Ansatz Wielings: Tatbestand des stillschweigenden Verzichts</b>	<b>36</b>
<b>G. Der Ansatz Menzels: Verwirkung als Gewohnheitsrecht</b>	<b>39</b>
<b>H. Die momentan herrschende Auffassung</b>	<b>39</b>
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
<b>I. Einordnung nach der hier vertretenen Ansicht</b>	<b>51</b>
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
<b>§ 6. Herkömmlicher Tatbestand der Verwirkung durch Zeitablauf .....</b>	<b>63</b>
<b>A. Zeitmoment .....</b>	<b>63</b>
I. Meinungsstand zum Zeitmoment .....	63
1. Meinungsstand in der Literatur .....	64
2. Meinungsstand in der Rechtsprechung .....	65
II. Aufgabe des Zeitmoments .....	66
<b>B. Umstandsmoment .....</b>	<b>67</b>
I. Meinungsstand zum Umstandsmoment .....	68
1. Meinungsstand in der Literatur .....	68
2. Meinungsstand in der Rechtsprechung .....	69
II. Kritik am Meinungsstand .....	69
<b>C. Bewegliches System .....</b>	<b>71</b>
<b>D. Folgerungen .....</b>	<b>73</b>
<b>§ 7. Tatbestand der Verwirkung durch Nichtausübung .....</b>	<b>75</b>
<b>A. Abgrenzung anhand der Nichtausübung .....</b>	<b>75</b>
<b>B. Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsausübung .....</b>	<b>75</b>
I. Begriff der Obliegenheit .....	76
II. Kein Ausschluss .....	77
<b>III. Stets zu beachtende Grundsätze .....</b>	<b>77</b>
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
<b>C. Zurechenbare Verletzung der Obliegenheit zur Rechtsausübung ...</b>	<b>95</b>
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

<b>D. Schutzwürdiges Vertrauen des Verpflichteten</b> .....	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
<b>E. Zusammenfassung der zentralen Thesen</b> .....	121
I. Obliegenheit des Berechtigten zur Rechtsausübung .....	122
II. Zurechenbare Verletzung der Obliegenheit .....	122
III. Schutzwürdiges Vertrauen des Verpflichteten .....	123
<b>§ 8. Gegenstand der Verwirkung durch Nichtausübung</b> .....	125
<b>A. Nur subjektive Rechte</b> .....	125
<b>B. Einzelne Rechtspositionen</b> .....	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>B. Möglichkeit der bereicherungsrechtlichen Rückforderung .....</b>	<b>156</b>
<b>C. Keine Besonderheit bei dinglichen Rechten .....</b>	<b>157</b>
<b>D. Auswirkung der Verwirkung auf Rechtsnachfolger .....</b>	<b>157</b>
<b>§ 10. Ungeklärte Einzelfragen .....</b>	<b>159</b>
<b>A. Abdingbarkeit der Verwirkung durch Nichtausübung .....</b>	<b>159</b>
<b>B. Verwirkung nach Ablauf der Verjährungsfrist .....</b>	<b>161</b>
<b>C. Verwirkung vor Fälligkeit .....</b>	<b>161</b>
<b>D. Beweislastverteilung bei der Verwirkung .....</b>	<b>163</b>
I. Grundsätzliche Beweislast im Rahmen der Verwirkung .....	163
II. Beweislastverteilung bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Verwirkung durch Nichtausübung .....	164
<b>§ 11. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....</b>	<b>165</b>
<b>§ 12. Anwendung der Verwirkung durch Nichtausübung auf ausgewählte Fälle .....</b>	<b>167</b>
<b>A. Urteil des VII. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 4. Juni 1937 .....</b>	<b>167</b>
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt .....	167
II. Die Entscheidung des Reichsgerichts .....	168
<b>III. Analyse und Anwendung der Erkenntnisse .....</b>	<b>168</b>
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>B. Urteil des II. Zivilsenats des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone vom 2. Dezember 1948 .....</b>	<b>169</b>
I. Der zugrundeliegende Sachverhalt .....	169
II. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone .....	170
<b>III. Analyse und Anwendung der Erkenntnisse .....</b>	<b>171</b>

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
<b>C. Urteil des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom</b>	
<b>19. Oktober 2005</b> . . . . .	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
<b>D. Urteil des 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Februar 2007</b>	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
<b>E. Urteil des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Mai 2010</b> . . . .	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
<b>F. Zusammenfassung und Schlusswort</b> . . . . .	184
Literaturverzeichnis . . . . .	185