

**Schriften zum Prozessrecht**

---

**Band 308**

**Die revisionsgerichtliche Prüfung  
des Verwirkungstatbestandes  
am Beispiel des Widerrufsrechts  
beim Verbraucherdarlehensvertrag**

**Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Trennbarkeit  
von Rechts- und Tatfrage**

**Von**

**Ernst Jesco Hartung**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ERNST JESCO HARTUNG

Die revisionsgerichtliche Prüfung  
des Verwirkungstatbestandes am Beispiel des Widerrufsrechts  
beim Verbraucherdarlehensvertrag

Schriften zum Prozessrecht

Band 308

# Die revisionsgerichtliche Prüfung des Verwirkungstatbestandes am Beispiel des Widerrufsrechts beim Verbraucherdarlehensvertrag

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Trennbarkeit  
von Rechts- und Tatfrage

Von

Ernst Jesco Hartung



Duncker & Humblot · Berlin

Die Hohe Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln  
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0582-0219  
ISBN 978-3-428-19281-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-59281-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ⊗

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Diese Studie ist im Wintersemester 2023/2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen worden. Sie befindet sich auf dem Stand von September 2023. Die materiellrechtliche Entwicklung der Verwirkung im Bereich des Verbraucherdarlehens ist danach – insbesondere durch weitere europarechtliche Einflussnahme – noch einmal vorangeschritten. Dadurch völlig unbeeinflusst geblieben ist allerdings der spezifisch revisionsrechtliche Umgang des Bundesgerichtshofs mit dieser Rechtsfigur, der im Zentrum der Arbeit steht. Vor diesem Hintergrund hoffe ich auf die Nachsicht der Leserinnen und Leser dafür, dass ich glaubte, auf eine Fortschreibung des Manuskripts verzichten zu dürfen.

Herzlichsten Dank für die Ermöglichung und unermüdliche Förderung der Arbeit schulde ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hanns Prütting. Als ich mit der bis dahin nur sehr unvollkommen umrissenen Themenstellung an ihn herantrat, erkannte er (anders als ich) sofort, dass sich darin mit der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage ein geradezu klassisches Problem verbirgt, das neben vielen anderen auch ihn bereits in seiner eigenen Doktorarbeit beschäftigt hatte. Dass diese eigentlich ambivalente Feststellung aus seinem Munde nur ermutigend und bestärkend, hingegen nie abschreckend, klingen konnte, zeigt, dass es sich bei ihm um einen besonderen akademischen Lehrer handelt. Auch während der Abfassung der Arbeit gelang ihm aus meiner Sicht stets die eigentlich kaum erreichbare genau richtige Balance zwischen Freiraum und Nähe. Ich habe mich daher niemals eingeengt, zugleich aber auch niemals orientierungslos oder allein gelassen gefühlt. Ich werde ihm kaum genug danken können.

Verbindlichen Dank schulde ich auch Herrn Professor Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm., für die rasche Anfertigung des gehaltvollen Zweitgutachtens. Beiden Herren Professoren danke ich zudem für die besonders angenehme und konstruktive Atmosphäre in der Disputation.

Auch meinen Eltern Inga und Dr. Klaus Joachim Hartung werde ich für alles, was sie mir im Leben gegeben haben und noch geben, nie genug danken können. Weil ich es dennoch nicht unversucht lassen will, ist ihnen die Arbeit in Dankbarkeit gewidmet.

Dr. Raphaela Gräßle danke ich für ihr liebevolles Verständnis, auf das ich immer zählen konnte, wenn mich die Abfassung dieser Arbeit einmal wieder besonders eingenommen hat.

Meinen Freundinnen und Freunden danke ich für ihre Freundschaft, die zum wichtigsten zählt, das ich im Leben habe. Ich habe in aller Regel viel zu wenig Zeit für sie und bin enorm dankbar, dass sie es mich nie spüren lassen.

Mein lieber Opa Dr. Wolfgang Hartung, der diese Arbeit immer mit großem Interesse begleitet hat, konnte ihre Fertigstellung leider nicht mehr erleben. Auf ihn konnte ich mich immer vorbehalslos verlassen; er war und bleibt mir ein großes Vorbild. Seiner möchte ich in Dankbarkeit und Liebe gedenken.

Berlin, im Herbst 2024

*Ernst Jesco Hartung*

# **Inhaltsübersicht**

## *Einleitung*

### **Eingrenzung des Themas und Gang der Untersuchung** 26

A. Das Revisionsgericht .....	26
B. Die Verwirkung .....	28
C. Das Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag .....	28
D. Die „Prüfung des Vorliegens“ .....	28
E. Der Gang der Untersuchung im Einzelnen .....	29

## *1. Kapitel*

### **Die Entwicklung der Verwirkung als materiellrechtliches Institut** 31

A. Die zur Annahme der Möglichkeit einer Verwirkung führende Interessenlage und ihre Bedeutung für das Verhältnis zwischen Verjährung und Verwirkung .....	31
B. Das dogmatische Werden der Verwirkung .....	37

## *2. Kapitel*

### **Die Entwicklung des Widerrufsrechts beim Verbraucherdarlehensvertrag als materiellrechtliches Institut**

65

A. Die zur Einräumung eines Widerrufsrechts führende Interessenlage und ihre Bedeutung für die Themenstellung dieser Arbeit .....	65
B. Verhältnis des verbraucherdarlehensrechtlichen Widerrufsrechts zu anderen als Widerrufsrecht bezeichneten Instituten im Bürgerlichen Recht .....	68
C. Die Entstehung eines Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen .....	71

*3. Kapitel***Die revisionsgerichtliche Prüfung des Verwirkungstatbestands,  
insbesondere beim verbraucherkreditrechtlichen Widerrufsrecht** 107

A. Phänomenologische Darstellung der revisionsgerichtlichen Prüfung des Verwirkungstatbestands durch den XI. Zivilsenat .....	108
B. Gegenüberstellung des durch den XI. Zivilsenat gewählten Ansatzes mit in der Vergangenheit durch den XI. und durch andere Zivilsenate gewählten Ansätzen und das daraus fließende Interesse an einer Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage .....	139

*4. Kapitel***Die wichtigsten Ansätze des Schrifttums zur Abgrenzung  
von Rechts- und Tatfrage und deren Anwendung auf die Verwirkung  
des verbraucherkreditrechtlichen Widerrufsrechts** 152

A. Die vom Gesetz vorausgesetzte Möglichkeit der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage .....	152
B. Die von der Literatur vorgeschlagenen Möglichkeiten der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage .....	154

*5. Kapitel***Entwicklung des eigenen Ansatzes zum Trennungsproblem und Anwendung  
dieses Ansatzes auf die revisionsgerichtliche Prüfung  
des Verwirkungstatbestands beim Verbraucherkredit** 243

A. Die vom Gesetz geforderte Trennung .....	243
B. Die Durchführung der Trennung .....	249
C. Die Bewältigung von Komplikationen .....	255
D. Die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Verbraucherdarlehenswiderruf .....	263

*Schluss***Zusammenfassung in Thesen** 265

A. Zur Entwicklung der Verwirkung als materiellrechtliches Institut .....	265
B. Zur Entwicklung des Widerrufsrechts beim Verbraucherdarlehensvertrag .....	265
C. Zur revisionsgerichtlichen Prüfung des Verwirkungstatbestands, insbesondere am Beispiel der Behandlung des verbraucherkreditrechtlichen Widerrufsrechts durch den XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs .....	266

D. Entwicklung eines Ansatzes zur Trennung von Rechts- und Tatfrage nach Auswertung wichtiger Beiträge des Schrifttums; dann Anwendung dieses Ansatzes auf die revisionsgerichtliche Prüfung des Verwirkungstatbestands beim Verbraucherkredit . . . . .	267
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	270
<b>Sachwortverzeichnis</b> . . . . .	288



# **Inhaltsverzeichnis**

## *Einleitung*

<b>Eingrenzung des Themas und Gang der Untersuchung</b>	26
A. Das Revisionsgericht .....	26
I. Das persönliche Erkenntnisinteresse an einer Untersuchung der Tätigkeit des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht in Zivilsachen .....	26
II. Das rechtstatsächliche Erkenntnisinteresse an einer Untersuchung der Tätigkeit des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht in Zivilsachen .....	27
III. Das entstehungsgeschichtliche Erkenntnisinteresse an einer Untersuchung der Tätigkeit des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht in Zivilsachen .....	28
B. Die Verwirkung .....	28
C. Das Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag .....	28
D. Die „Prüfung des Vorliegens“ .....	28
E. Der Gang der Untersuchung im Einzelnen .....	29

## *1. Kapitel*

<b>Die Entwicklung der Verwirkung als materiellrechtliches Institut</b>	31
A. Die zur Annahme der Möglichkeit einer Verwirkung führende Interessenlage und ihre Bedeutung für das Verhältnis zwischen Verjährung und Verwirkung .....	31
I. Die Nichterfassung des Widerrufsrechts durch die Verjährung .....	31
II. Die aus der Nichterfassung des Widerrufsrechts durch die Verjährung gezogenen Konsequenzen .....	32
1. Die praktische Identität zur Verjährung auf Rechtsfolgenseite .....	32
2. Die Abgrenzung zur Verjährung auf Tatbestandsseite zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen .....	33
a) Die Rechtfertigung des Erfordernisses eines von der Verjährung abweichenden Tatbestands .....	33
b) Die Verwirklichung des Erfordernisses eines von der Verjährung abweichenden Tatbestands .....	34
aa) Zusätzliche Voraussetzungen aufseiten des Gläubigers .....	35
bb) Zusätzliche Voraussetzungen aufseiten des Schuldners .....	35

B. Das dogmatische Werden der Verwirkung .....	37
I. Die Zeit vor der Ausrufung der Weimarer Republik .....	37
1. Der Begriff der Verwirkung und das Phänomen der Verwirkung .....	37
a) Der Begriff der Verwirkung .....	37
b) Das Phänomen der Verwirkung .....	37
aa) Römische Wurzeln der Verwirkung .....	38
bb) Deutschrechtliche Wurzeln der Verwirkung .....	39
2. Das erstmalige Zusammentreffen des Begriffs der Verwirkung und des Phänomens der Verwirkung .....	40
a) Die erstmalige Verwendung des Begriffs der Verwirkung im hier relevanten Sinne .....	40
b) Die zunächst geringe Resonanz dieser Urteile .....	43
II. Die Zeit zwischen der Ausrufung der Weimarer Republik und dem Ende des Zweiten Weltkriegs .....	45
1. Die Weimarer Zeit .....	45
a) Die Entstehung der Verwirkung in der Rechtsprechung im „Aufwertungskampf“ .....	45
aa) Das Ringen um richterliche Gestaltungsmacht im „Aufwertungskampf“ .....	45
bb) Die Selbstbegrenzung der neu gewonnenen richterlichen Gestaltungsmacht durch Schaffung der Verwirkung auf Grundlage des § 242 BGB .....	49
b) Die rasche Ausweitung dieses Instituts auf weitere Sonderrechtsgebiete und die Frage seiner Verallgemeinerbarkeit .....	57
2. Die Zeit des Nationalsozialismus .....	58
3. Die Nachkriegszeit und die Zeit der Bundesrepublik .....	62
III. Die Rolle des Schrifttums bei der Entstehung der Verwirkungslehre .....	63

## 2. Kapitel

<b>Die Entwicklung des Widerrufsrechts beim Verbraucherdarlehensvertrag als materiellrechtliches Institut</b>	65
A. Die zur Einräumung eines Widerrufsrechts führende Interessenlage und ihre Bedeutung für die Themenstellung dieser Arbeit .....	65
I. Der rechtstatsächliche Befund .....	65
II. Die Situation der Vertragsparteien .....	66
III. Folgen dieser Charakterisierung des Widerrufsrechts für das Thema dieser Arbeit .....	67
B. Verhältnis des verbraucherdarlehensrechtlichen Widerrufsrechts zu anderen als Widerrufsrecht bezeichneten Instituten im Bürgerlichen Recht .....	68
I. Das Vorkommen von zahlreichen Widerrufsrechten im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht des BGB .....	68
II. Die völlige Heterogenität der genannten Vorschriften .....	69
1. Die Heterogenität aus rechtstechnischer Betrachtung .....	69

2. Die Heterogenität nach dem angenommenen Sinn und Zweck der Vorschriften	70
3. Folgen der Heterogenität für die Zwecke dieser Arbeit .....	70
C. Die Entstehung eines Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen .....	71
I. Die Nichtaufnahme eines Widerrufsrechts in das AbzG .....	72
1. Der erstmalige Vorschlag eines solchen Rechts im Gutachten <i>Philipp Hecks</i> für den 21. Deutschen Juristentag .....	72
a) Der gedankliche Ausgangspunkt <i>Hecks</i> .....	72
b) Die Darstellung der Interessenlage durch <i>Heck</i> .....	73
c) Ein begründungsloses Retraktionsrecht als Lösungsvorschlag <i>Hecks</i> und die dogmatische Nähe dieses Vorschlags zum heutigen Widerrufsrecht .....	74
d) Zusammenfassende Betrachtung .....	75
2. Die Behandlung des Vorschlags von <i>Heck</i> auf den Deutschen Juristentagen ..	76
3. Die Rezeption von <i>Hecks</i> Idee in der ursprünglichen Fassung des Abzahlungsgesetzes .....	77
4. Zusammenfassende Betrachtung der Zeit bis zum Inkrafttreten des Abzahlungsgesetzes .....	78
II. Die Reformdebatte im Anschluss an das Inkrafttreten des Abzahlungsgesetzes	79
1. Die Reformdebatte in der Zeit bis zur Gründung der Bundesrepublik .....	79
a) Das Fehlen einer Reformdiskussion im deutschen Schrifttum bis in die 1930er Jahre hinein .....	79
b) Der Entwurf einer Novelle zum österreichischen Ratengesetz als erneuter Anlass zu einer Diskussion .....	80
aa) Genese und Inhalt des Entwurfs .....	81
bb) Reaktionen auf den österreichischen Entwurf in der dortigen Debatte .....	82
c) Fortführung der Debatte in der Zeit des Nationalsozialismus' .....	83
2. Die Reformdebatte in der Zeit nach der Gründung der Bundesrepublik .....	84
a) Der Gesetzesentwurf zur Änderung des AbzG der SPD-Fraktion im Jahre 1953 .....	84
aa) Der Inhalt und die Bedeutung des Entwurfs .....	84
bb) Die Reaktionen auf den Entwurf .....	85
cc) Zwischenbetrachtung .....	86
b) Die zunächst folgenlose Erzielung politischer Einigkeit über die Einführung eines Widerrufsrechts durch die Vorlage teils konkordanter Entwürfe der großen Bundestagsfraktionen .....	87
aa) Der Inhalt der Entwürfe .....	87
bb) Die Herkunft der Entwürfe und die Reaktionen auf sie .....	89
c) Das erstmalige Auftreten eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts im geltenden Recht in § 11 Abs. 1 AuslInvestmG und in § 18b KAGG .....	90
aa) Der Inhalt der Regelungen .....	90
bb) Der Zusammenhang dieser Regelungen zur allgemeinen Debatte über ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht .....	91

d) Die Kulmination der Debatte in der Einführung eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts in § 1b AbzG .....	91
aa) Gescheiterte Vorstöße in der Zeit des fünften und sechsten Deutschen Bundestages .....	91
bb) Der Durchbruch in der Zeit des siebten Deutschen Bundestages .....	94
III. Die Generalisierung des Widerrufsrechts durch seine Erstreckung auf das gesamte Verbraucherrecht, seine Europäisierung und seine zeitliche Entgrenzung ..	100
1. Die Schaffung eines allgemeinen Verbraucherrechts und eines dazugehörigen Widerrufsrechts .....	100
a) Vorarbeiten durch die Gutachten <i>Marschall v. Biebersteins</i> und <i>Haddings</i> und die Behandlung der Frage auf dem 53. Deutschen Juristentag .....	100
b) Die Schaffung eines allgemeinen Verbraucherrechts durch das VerbrKrG .....	102
2. Die Integration eines europäisierten und potentiell zeitlich unbegrenzten Widerrufsrechts in das BGB .....	104
a) Die Integration in das BGB .....	104
b) Die Möglichkeit eines „ewigen“ Widerrufsrechts .....	104
c) Die Europäisierung des Widerrufsrechts .....	106
<i>3. Kapitel</i>	
<b>Die revisionsgerichtliche Prüfung des Verwirkungstatbestands, insbesondere beim verbraucherrechtlichen Widerrufsrecht</b>	107
A. Phänomenologische Darstellung der revisionsgerichtlichen Prüfung des Verwirkungstatbestands durch den XI. Zivilsenat .....	108
I. Die hohe Zahl an „Verwirkungsfällen“ im Kontrast zum schnellen Abschluss der davon handelnden Rechtsprechung des XI. Zivilsenats .....	108
II. Die grundlegenden Entscheidungen vom 12.07.2016 als Ausgangspunkt einer möglichen Systematisierung .....	110
III. Die Darstellung der sich daraus für dieses Teilkapitel ergebenden Systematisierung .....	110
IV. Die Durchführung der Systematisierung .....	112
1. Die revisionsgerichtliche Überprüfung der Anwendbarkeit der Verwirkung – auch unter europarechtlichem Gesichtspunkt – auf das Widerrufsrecht im Verbraucherdarlehensrecht .....	112
a) Die Überprüfung der Anwendbarkeit der Verwirkung auf das Widerrufsrecht im Verbraucherdarlehensrecht nach nationalem Recht .....	112
aa) Die Kürze der dieser Frage gewidmeten Ausführungen als Zeichen der materiellrechtlichen Stärke des Verwirkungsinstituts .....	113
bb) Die Kürze der dieser Frage gewidmeten Ausführungen als Zeichen der fehlenden revisionsrechtlichen Problematik dieser Anwendbarkeitsprüfung .....	113

b) Die Überprüfung der Anwendbarkeit der Verwirkung auf das Widerrufsrecht im Verbraucherdarlehensrecht nach europäischem Recht .....	114
2. Die revisionsgerichtliche Überprüfung des Vorliegens des Zeitmoments der Verwirkung beim Widerrufsrecht im Verbraucherdarlehensrecht .....	115
a) Die Eingrenzung des für das Zeitmoment relevanten Zeitraums in der Revisionsinstanz .....	115
b) Das generelle Unterbleiben einer darüber hinausgehenden Festlegung des für das Zeitmoment hinreichenden Zeitraums in der Revisionsinstanz .....	116
c) Die konkrete Bemessung des für das Zeitmoment hinreichenden Zeitraums in einem Fall .....	116
3. Die revisionsgerichtliche Überprüfung des Vorliegens des Umstandsmoments der Verwirkung beim Widerrufsrecht im Verbraucherdarlehensrecht .....	117
a) Die Überprüfung des Vorhandenseins einer tragfähigen Tatsachengrundlage und der Berücksichtigung aller erheblichen Gesichtspunkte .....	117
aa) Das Vorhandensein einer tragfähigen Tatsachengrundlage .....	117
bb) Die Berücksichtigung aller erheblichen Gesichtspunkte .....	118
b) Die Überprüfung der Erwägungen der Berufungsgerichte am Maßstab der Denkgesetze .....	120
c) Die Überprüfung der Erwägungen der Berufungsgerichte am Maßstab der Erfahrungssätze und des richtigen Wertungsmaßstabes .....	121
d) Die Überprüfung der Erwägungen der Berufungsgerichte auf das Vorliegen einer Divergenz im Rechtssatz .....	121
aa) Die Funktion dieser Kategorie zur Korrektur der falschen berufungsgerichtlichen Bewertung der Unkenntnis des Darlehensnehmers vom Widerrufsrecht .....	122
bb) Die fragliche Berechtigung dieser Kategorie bei der Entscheidung über zugelassene Revisionen .....	123
cc) Die Erstreckung dieser Kategorie auf Fälle, in denen das Berufungsgericht ausdrücklich richtige Obersätze aufgestellt hat .....	124
dd) Die Erstreckung dieser Kategorie auf weitere Sachverhalte (i. e. Sicherheitsfreigabe durch die Bank) und dadurch aufkommende Zweifel an ihrer Abgrenzbarkeit zur Kategorie der Berücksichtigung aller erheblichen Gesichtspunkte .....	125
e) Die Überprüfung der berufungsgerichtlichen Entscheidung mit Blick auf die Verwirkung ohne Zuordnung zu einer benannten Kategorie .....	126
aa) Die Überprüfung des Vorliegens des Umstandsmoments <i>tout court</i> .....	126
bb) Die Überprüfung des Vorliegens von schützenswertem Vertrauen .....	127
cc) Die Überprüfung des Vorliegens von Einrichtungen des Schuldners .....	130
dd) Die Überprüfung des Vorliegens eines unzumutbaren Nachteils des Schuldners, insbesondere: die fehlende Selbstständigkeit dieser Überprüfung durch ihre Einordnung bei der Frage des Vertrauenstatbestandes .....	132

4. Die Frage der Entscheidungsreife im Sinne des § 563 Abs. 3 ZPO .....	133
a) Das Unterbleiben einer eigenen Sachprüfung in der Revisionsinstanz bei nur bezüglich einzelner Tatbestandsmerkmale der Verwirkung fehlerhafter berufungsgerichtlicher Ausführungen .....	134
b) Die nur angedeutete Unterscheidung zwischen Tatsachenfeststellung und -würdigung und die Überweisung beider Operationen an das Tatsachengericht .....	135
c) Die Reservierung sogar der „Subsumtion unter § 242 BGB“ für das Tatsachengericht .....	136
V. Das Ergebnis der Systematisierung .....	137
B. Gegenüberstellung des durch den XI. Zivilsenat gewählten Ansatzes mit in der Vergangenheit durch den XI. und durch andere Zivilsenate gewählten Ansätzen und das daraus fließende Interesse an einer Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage .....	139
I. Die weniger restriktive Entscheidungspraxis insbesondere der anderen Zivilsenate 139	
1. Die konkrete Überprüfung des Zeitmoments der Verwirkung .....	140
a) Die vollständige Nachprüfung eines berufungsgerichtlich ermittelten Zeitraums trotz einer fehlerhaften Eingrenzung dieses Zeitraums durch das Berufungsgericht .....	140
b) Das Treffen einer eigenen revisionsgerichtlichen Entscheidung zum Zeitmoment in Abwesenheit einer berufungsgerichtlichen Würdigung dieser Frage .....	141
c) Die Ersetzung einer berufungsgerichtlichen Würdigung zum Zeitmoment durch eine andere revisionsgerichtliche Entscheidung .....	141
2. Die konkrete Überprüfung der Tatbestandsmerkmale des Umstandsmoments der Verwirkung .....	142
a) Die Selbstständigkeit der Überprüfung von Einrichtungen des Schuldners und des Vorliegens eines unzumutbaren Nachteils .....	142
b) Die Überprüfung der berufungsgerichtlichen Subsumtion zur Frage des Vorliegens des Vertrauenstatbestands .....	143
c) Die Überprüfung der berufungsgerichtlichen Subsumtion zur Frage des Vorliegens von Einrichtungen des Schuldners .....	144
d) Die Überprüfung des Vorliegens eines unzumutbaren Nachteils .....	145
3. Die Frage der Entscheidungsreife .....	146
a) Die Einordnung der Prüfung der Verwirkung als Subsumtion unter einen unbestimmten Rechtsbegriff und ihre Möglichkeit in der Revisionsinstanz .....	146
b) Die daraus für die Revisionsinstanz erwachsenden Möglichkeiten im Einzelnen .....	147
aa) Von der Ablehnung der Verwirkung zu ihrer Bejahung .....	147
bb) Von der falschen Begründung der Verwirkung zur richtigen .....	147
cc) Von der Bejahung der Verwirkung zu ihrer Ablehnung .....	148
dd) Die offene Frage der Pflicht zu einer eigenen Sachentscheidung .....	148
4. Zusammenfassung der bei der Betrachtung der Entscheidungspraxis der anderen Zivilsenate gefundenen Ergebnisse .....	149

II. Die Begründung des restriktiven Prüfungsmaßstabes des XI. Zivilsenats und das daraus fließende Interesse an einer Abgrenzung der Tat- von der Rechtsfrage . . . . .	150
---	-----

#### *4. Kapitel*

#### **Die wichtigsten Ansätze des Schrifttums zur Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage und deren Anwendung auf die Verwirkung des verbraucherkreditrechtlichen Widerrufsrechts**      152

A. Die vom Gesetz vorausgesetzte Möglichkeit der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage . . . . .	152
B. Die von der Literatur vorgeschlagenen Möglichkeiten der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage . . . . .	154
I. Der logisch-begriffliche Ansatz . . . . .	154
1. Der Ansatz <i>Wachs</i> , zugleich ein Exkurs zur Entstehungsgeschichte der ZPO und zum Problem der Synonymität . . . . .	154
a) Methodischer Ausgangspunkt von <i>Wach</i> . . . . .	154
aa) Die von <i>Wach</i> in Bezug genommene Position <i>Bährs</i> . . . . .	154
bb) Die Ablehnung der Position <i>Bährs</i> durch den historischen Gesetzgeber	156
cc) Die dadurch gerechtfertigte Untersuchung des Rechtsanwendungsvor- gangs durch <i>Wach</i> . . . . .	160
dd) Insbesondere: <i>Wachs</i> Behandlung des Problems der Synonymität . . . . .	163
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Wach</i>	165
aa) Die Rechtsfrage auf der Ebene des Obersatzes . . . . .	165
bb) Die Rechtsfrage auf der Ebene des Untersatzes . . . . .	168
cc) Die Rechtsfrage auf der Ebene des Schlusses . . . . .	170
c) Die Anwendung von <i>Wachs</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags . . . . .	171
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Wach</i> . . . . .	172
2. Der Ansatz <i>Scheuerles</i> . . . . .	173
a) Methodischer Ausgangspunkt von <i>Scheuerle</i> . . . . .	173
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Scheu-                        erle</i> . . . . .	174
aa) Der Abschluss der Tatsachenfeststellung durch Assimilation und Ob- jektivierung . . . . .	174
bb) Das Zusammentreffen eines durch Tatsachenfeststellung ausgewählten natürlichen Begriffes mit einem rechtlichen Begriff als Domäne der Rechtsfrage . . . . .	179
cc) Die Bewältigung verschiedener Komplikationen der Trennung durch <i>Scheuerle</i> . . . . .	180
c) Die Anwendung von <i>Scheuerles</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags . . . . .	183

d) Würdigung des Ansatzes von <i>Scheuerle</i> .....	183
3. Der Ansatz <i>Mitsopoulos'</i> .....	185
a) Methodischer Ausgangspunkt von <i>Mitsopoulos</i> .....	185
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Mitsopoulos</i> .....	186
aa) Die Lösung des Trennungsproblems bei durch „Imponderabilien“ geprägten Fällen auf der Ebene der Gesetzesinterpretation .....	186
bb) Die Lösung des Trennungsproblems bei der Auslegung von Willenserklärungen entsprechend der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung .....	188
cc) Die Lösung des Trennungsproblems bei Wertungen .....	188
c) Die Anwendung von <i>Mitsopoulos'</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	189
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Mitsopoulos</i> .....	190
4. Der Ansatz <i>Prüttings</i> .....	191
a) Methodischer Ausgangspunkt <i>Prüttings</i> .....	191
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Prüting</i> .....	192
c) Die Anwendung von <i>Prüttings</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	193
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Prüting</i> .....	193
5. Der Ansatz <i>Rüßmanns</i> .....	194
a) Methodischer Ausgangspunkt von <i>Rüßmann</i> .....	194
aa) Die Bedeutung der Prädikatenlogik für <i>Rüßmanns</i> Ansatz .....	194
bb) Die Bedeutung des bisherigen Schrifttums für <i>Rüßmanns</i> Ansatz .....	195
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Rüßmann</i> .....	196
aa) <i>Rüßmanns</i> Darstellung eines beispielhaften richterlichen Schlusses in den Ausdrucksformen der Prädikatenlogik .....	196
bb) Die Behandlung des Problems der Synonymität durch <i>Rüßmann</i> .....	197
cc) <i>Rüßmanns</i> rechtspolitischer Vorschlag einer Revisibilität von „Allsätzen“ aus dem Bereich des Tatsächlichen und des Rechtlichen .....	198
c) Die Anwendung von <i>Rüßmanns</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	198
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Rüßmann</i> .....	199
II. Der teleologische Ansatz .....	201
1. Der Ansatz <i>Schwinges</i> .....	202
a) Methodischer Ausgangspunkt von <i>Schwinge</i> .....	202
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Schwinge</i> .....	203

c) Die Anwendung von <i>Schwinges</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	203
aa) Die keinen Besonderheiten unterliegende Behandlung unbestimmter Rechtsbegriffe in der Lehre <i>Schwinges</i> .....	204
bb) Die auf dieser Grundlage möglicherweise zu restriktive Revisionspraxis des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs .....	205
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Schwinge</i> .....	206
aa) Das Fehlen einer methodischen Rechtfertigung für <i>Schwinges</i> Vorgehen	206
bb) Die unvollständige Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien durch <i>Schwinge</i> .....	207
cc) Die durch den Gesetzeswortlaut bestätigte Fehlerhaftigkeit seiner Lehre	208
2. Der Ansatz <i>Mannheims</i> .....	209
a) Methodischer Ausgangspunkt <i>Mannheims</i> .....	209
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Mannheim</i> .....	210
c) Die Anwendung von <i>Mannheims</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	211
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Mannheim</i> .....	211
3. Der Ansatz <i>Engischs</i> .....	212
a) Methodischer Ausgangspunkt <i>Engischs</i> .....	212
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Engisch</i> .....	212
aa) Die Rückführbarkeit auf sinnliche Wahrnehmbarkeit als Zentralkriterium der Tatfrage .....	213
bb) Die Vergleichung begrifflich verarbeiteter Wahrnehmung als Zentralkriterium der Rechtsfrage .....	214
cc) Die von <i>Engisch</i> anerkannte Komplikation der „Verschlingung“ .....	214
dd) Die Modifikation der gefundenen logischen Ergebnisse durch teleologische Kriterien .....	215
c) Die Anwendung von <i>Engischs</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	216
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Engisch</i> .....	217
aa) Die logischen Vorzüge von <i>Engischs</i> Arbeit .....	217
bb) Die nicht überzeugende Annahme der Möglichkeit einer „Verschlingung“ .....	217
4. Der Ansatz <i>Kuchinkes</i> .....	221
a) Methodischer Ausgangspunkt <i>Kuchinkes</i> .....	221
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Kuchinke</i> .....	222
c) Die Anwendung von <i>Kuchinkes</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	223
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Kuchinke</i> .....	224

5. Der Ansatz <i>Henkes</i> .....	224
a) Methodischer Ausgangspunkt <i>Henkes</i> .....	224
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Henke</i> .....	225
aa) <i>Henkes</i> logisch-begrifflicher Ausgangspunkt .....	226
bb) <i>Henkes</i> Anerkennung einer Komplikation der „inadäquaten Feststellung einer Gesamtsituation“ .....	226
cc) Weitere Einschränkungen der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Rechtsfrage durch <i>Henke</i> , insbesondere im Bereich der „individualisierenden“ Rechtsfindung .....	227
c) Die Anwendung von <i>Henkes</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	228
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Henke</i> .....	230
aa) Die Vorzüge von <i>Henkes</i> vermittelndem Ansatz .....	230
bb) Das zweifelhafte methodische Fundament dieses Ansatzes .....	230
cc) Das zweifelhafte Bestehen der Komplikation der „inadäquaten Feststellung einer Gesamtsituation“ .....	231
6. Der Ansatz <i>Nierwetbergs</i> .....	233
a) Methodischer Ausgangspunkt <i>Nierwetbergs</i> .....	233
aa) <i>Nierwetbergs</i> logisch-begrifflicher Ausgangspunkt .....	233
bb) Die durch <i>Nierwetberg</i> zugelassenen teleologischen Einschränkungen des Ausgangspunktes .....	233
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Nierwetberg</i> .....	234
c) Die Anwendung von <i>Nierwetbergs</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	234
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Nierwetberg</i> .....	235
III. Die Leistungsmethode .....	237
1. Methodischer Ausgangspunkt der Leistungsmethode .....	237
2. Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch die Leistungsmethode .....	238
3. Die Anwendung der Leistungsmethode auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags .....	239
4. Würdigung der Leistungsmethode .....	240

*5. Kapitel***Entwicklung des eigenen Ansatzes zum Trennungsproblem und Anwendung  
dieses Ansatzes auf die revisionsgerichtliche Prüfung  
des Verwirkungstatbestands beim Verbraucherkredit**

243

A. Die vom Gesetz geforderte Trennung .....	243
I. Die Untersuchung des Gesetzes anhand der gängigen Auslegungsmethoden .....	243
1. Der Wortlaut des Gesetzes und sein Verweis auf den Rechtsanwendungsakt .....	243
2. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes .....	244
3. Die systematische Betrachtung des Gesetzes .....	245
4. Bedeutung des Gesetzeszwecks? .....	246
II. Die Gewichtung der Methoden .....	246
1. Die Frage nach der Möglichkeit einer „objektiv-teleologischen“ Auslegung ..	247
2. Ihre Irrelevanz für das hier behandelte Problem wegen der abschließenden Berücksichtigung der Revisionszwecke im Regelungskonzept des Gesetzgebers	247
III. Zwischenergebnis .....	249
B. Die Durchführung der Trennung .....	249
I. Die fundamentale Unterscheidung des natürlichen und des rechtlichen Begriffs- systems .....	249
II. Die Tatsachenfeststellung unter Nutzung des natürlichen Begriffssystems .....	251
1. Der Begriff der Tatsache .....	251
2. Der Begriff der Feststellung .....	251
3. Die Zäsurwirkung der Tatsachenfeststellung .....	252
III. Die Rechtsanwendung mittels der Ersetzung juristischer durch natürliche Begriffe	252
1. Die vier Bestandteile des Rechtsanwendungsaktes .....	253
2. Besondere Grenzfragen betreffend den Rechtsanwendungsakt .....	253
IV. Zusammenfassung .....	254
C. Die Bewältigung von Komplikationen .....	255
I. Das Problem der eingeschränkten sprachlichen Darstellbarkeit der Tatsachenfeststellungen .....	255
1. Die Möglichkeit einer Übermittlung durch außersprachliche Medien .....	256
2. Die Notwendigkeit einer getrennten Betrachtung von Tatsachenfeststellung und ihrer Übermittlung .....	257
a) Die Anwendung der oben entwickelten Grundsätze zur Tatsachenfeststellung .....	257
b) Der Einfluss des positiven Rechts auf die Übermittlung der Tatsachenfeststellung .....	258
3. Die Notwendigkeit einer getrennten Betrachtung von Beweiswürdigung und Übermittlung des Ergebnisses der Beweiswürdigung .....	259

II.	Das Problem der eingeschränkten sprachlichen Darstellbarkeit der für die Definition der Rechtsbegriffe leitenden Überlegungen .....	259
1.	Die Lösung dieser Fälle durch die Figur der exemplifikativen Interpretation .....	260
2.	Die daraus ersichtliche Notwendigkeit einer getrennten Betrachtung von Trennungsproblem und Hermeneutik .....	261
III.	Das Problem der völlig fehlenden Darstellbarkeit der für die streitentscheidende Norm erheblichen Tatsachen .....	262
D.	Die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Verbraucherdarlehenswiderruf .....	263
 <i>Schluss</i>		
<b>Zusammenfassung in Thesen</b>		265
A.	Zur Entwicklung der Verwirkung als materiellrechtliches Institut .....	265
B.	Zur Entwicklung des Widerrufsrechts beim Verbraucherdarlehensvertrag .....	265
C.	Zur revisionsgerichtlichen Prüfung des Verwirkungstatbestands, insbesondere am Beispiel der Behandlung des verbraucherkreditrechtlichen Widerrufsrechts durch den XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs .....	266
D.	Entwicklung eines Ansatzes zur Trennung von Rechts- und Tatfrage nach Auswertung wichtiger Beiträge des Schrifttums; dann Anwendung dieses Ansatzes auf die revisionsgerichtliche Prüfung des Verwirkungstatbestands beim Verbraucherkredit .....	267
<b>Literaturverzeichnis</b> .....		270
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....		288

*„Ich bin über 30 Jahre beim höchsten Gerichtshof beschäftigt gewesen und habe nicht gelernt, wo die Grenze liegt. Feste Grundsätze darüber sind nie ausgesprochen [worden].“*

*(Julius Erythropel, Rechtsanwalt beim Reichsgericht, über die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage, in: JW 1914, 59)*

## *Einleitung*

# **Eingrenzung des Themas und Gang der Untersuchung**

Die vorgelegte Arbeit befasst sich mit der revisionsgerichtlichen Prüfung des Vorliegens des Verwirkungstatbestandes am Beispiel des Widerrufsrechts beim Verbraucherdarlehensvertrag. Sowohl das Bestreben nach einer höheren Stringenz der eigenen Gedankenführung als auch eine anschauliche Unterrichtung der Zielgruppe dieser Arbeit legen es dabei nahe, zu ihrem Anfang die Themensetzung mittels einer genaueren Definition jedes einzelnen Begriffes ihres Titels näher einzugrenzen. Bei dieser Gelegenheit soll auch das persönliche und sachliche Erkenntnisinteresse, das der Autor der Arbeit gerade mit dieser Themenstellung verbindet, besser erkennbar werden.

## **A. Das Revisionsgericht**

Als Revisionsgericht soll in dieser Arbeit nur der Bundesgerichtshof, und dieser nur in seiner Eigenschaft als Zivilgericht, in den Blick genommen werden. Die Rechtfertigung dessen liegt nicht darin, dass sich die aufgeworfene Frage der revisionsgerichtlichen Überprüfung der Verwirkung in anderen Gerichtszweigen nicht stellt, denn auch das Arbeitsrecht und das öffentliche Recht kennen dieses Institut.<sup>1</sup> Die Beschränkung des Erkenntnisinteresses auf das Zivilrecht rechtfertigt sich jedoch dennoch aus mindestens drei Gründen, von denen einer persönlicher und zwei sachlicher Natur sind:

### **I. Das persönliche Erkenntnisinteresse an einer Untersuchung der Tätigkeit des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht in Zivilsachen**

Als wissenschaftlicher Mitarbeiter eines bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalts bin ich ausschließlich mit zivilrechtlichen Fragestellungen konfrontiert. Im Gegenzug habe ich in diesem Gebiet aber auch Einblick in ein

---

<sup>1</sup> Hierzu wird im ersten Kapitel näher Auskunft gegeben werden.

umfassendes Fallmaterial.<sup>2</sup> Mit dieser Arbeit ist die Hoffnung verbunden, dass die Konfrontation mit einer recht hohen Anzahl von Fällen aus der revisionsanwaltlichen Praxis zu einer besseren Durchdringung eines *klassischen* Problems am Beispiel einer *heutzutage* rechtspraktisch besonders bedeutsamen Fallserie befähigt.

Erwägungen wissenschaftlicher Ethik fordern in diesem Zusammenhang noch zur Klarstellung heraus, dass mein Interesse an der hier behandelten Fragestellung zwar durch die vorgenannte Tätigkeit geweckt worden ist. Die vorgelegte Arbeit soll aber nicht auf diese Tätigkeit zurückwirken, indem sie es unternähme, einer ihr günstigen materiellrechtlichen Rechtsauffassung *pro domo* das Wort zu reden. Dementsprechend befasst sich die Arbeit nicht mit den zahlreichen materiellrechtlichen Fragen zum verbraucherdarlehensrechtlichen Widerrufsrecht und seiner Verwirkung, die zwischen dem „Banklager“ und dem „Verbraucherlager“ umstritten sind, und deren Beantwortung sich unmittelbar auf die Beurteilung eines großen Teils der hier untersuchungsgegenständlichen Fälle auswirkt.

Indem vielmehr das Problem der *Reichweite der revisionsgerichtlichen Überprüfung* im Bereich dieser Fallserie behandelt wird, gerät eine Frage in den Blick, deren Beantwortung keines der beiden genannten „Lager“ als solches bevorzugen oder benachteiligen könnte: Wem durch eine weite oder enge revisionsgerichtliche Nachprüfung gedient ist, hängt ja in jedem Einzelfall davon ab, zu wessen Gunsten die Vorinstanz entschieden hat.

## **II. Das rechtstatsächliche Erkenntnisinteresse an einer Untersuchung der Tätigkeit des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht in Zivilsachen**

Aus dieser damit bereits angedeuteten besonderen rechtstatsächlichen Bedeutung der zugrundeliegenden Fallserie ergibt sich zugleich ein Sachgrund, der die Untersuchung des hier behandelten revisionsrechtlichen Problems der Trennung zwischen Rechts- und Tatfrage anhand der Fälle über die Verwirkung eines verbraucherkreditrechtlichen Widerrufsrechts als wünschenswert erscheinen lässt.

Am Anfang des dritten Kapitels wird bezüglich der *rechtstatsächlichen Bedeutung im Einzelnen* zudem noch entsprechendes Zahlenmaterial nachgewiesen werden, wie auch die hohe Zahl der dort behandelten drittinstanzlichen Judikate bereits Aufschluss über die rechtstatsächliche Bedeutung – gerade auch in der Revisionsinstanz – der hier behandelten Fallserie bieten mag. Sie weist diese Art der Fälle als prozessuales „Massenphänomen“ aus. Ihr Beispiel scheint daher besonders geeignet

---

<sup>2</sup> Dementsprechend ist an dieser Stelle offen zu legen, dass ich wissenschaftliche Zuarbeit zur revisionsanwaltlichen Betreuung folgender in dieser Arbeit zitierten Fälle geleistet habe: BGH, Urteil vom 19.02.2019 – XI ZR 326/17, juris; vom 12.03.2019 – XI ZR 9/17, NJW-RR 2019, 820–822, juris; vom 16.10.2018 – XI ZR 69/18, NJW 2019, 66–68, juris; Beschluss vom 16.01.2018 – XI ZR 477/17, MDR 2018, 482, juris.

zu sein zu untersuchen, wie ein Revisionsgericht mit beschränkten Ressourcen auf ein solches reagiert.

### **III. Das entstehungsgeschichtliche Erkenntnisinteresse an einer Untersuchung der Tätigkeit des Bundesgerichtshofs als Revisionsgericht in Zivilsachen**

Da, worüber das erste Kapitel näheren Aufschluss geben wird, das Institut der Verwirkung im Zivilrecht entstanden ist, hatte sich im Übrigen gerade die zivilrechtliche Revisionsgerichtsbarkeit am längsten mit ihm zu befassen. Grund und Grenzen seiner revisionsgerichtlichen Nachprüfbarkeit sollten sich also hier besonders gut erkennen lassen.

### **B. Die Verwirkung**

Unter Verwirkung wird die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelte, als solche bezeichnete Fallgruppe des § 242 BGB verstanden. Wie die nähere entstehungsgeschichtliche Untersuchung im ersten Kapitel des Hauptteils zeigen wird, handelt es sich dabei um ein Institut, das bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Ausübung von Rechten wegen Zeitablaufs ausschließt, die noch nicht verjährt sind oder gar – so auch im Fall des Widerrufsrechts – der Verjährung erst gar nicht unterliegen.

### **C. Das Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag**

Soweit das Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag in Rede steht, ist dieser Untersuchungsgegenstand durch Verweis auf § 495 BGB eindeutig abgrenzbar. Es ist ausschließlich das dort genannte Recht, das zusammen mit seinen Vorläufereinrichtungen im zweiten Kapitel untersucht werden wird, gemeint.

### **D. Die „Prüfung des Vorliegens“**

Soweit im Titel von der „Prüfung des Vorliegens“ des Verwirkungstatbestandes die Rede ist, so ist diese Formulierung gewählt worden, um eine voreilige Festlegung in der Frage zu vermeiden, inwieweit die Bejahung oder Verneinung des Vorliegens der Verwirkung die Bejahung oder Verneinung einer „Rechtfrage“ ist. Ebenso soll diese Formulierung agnostisch mit Blick darauf sein, ob die Beantwortung der