

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, Rimpär
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
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 je 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 Gräble 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 vorbehaltlos 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 Verbrauchercredit 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
--	-----

Literaturverzeichnis	270
---------------------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	288
--------------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Eingrenzung des Themas und Gang der Untersuchung	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

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
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 Phäno- mens 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 „Aufwertungs- kampf“	45
aa) Das Ringen um richterliche Gestaltungsmacht im „Aufwertungskampf“	45
bb) Die Selbstbegrenzung der neu gewonnenen richterlichen Gestaltungs- macht 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

Die Entwicklung des Widerrufsrechts beim Verbraucherdarlehensvertrag als materiellrechtliches Institut 65

A. Die zur Einräumung eines Widerrufsrechts führende Interessenlage und ihre Bedeu- tung 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 Wi- derrufsrecht 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 Verbraucher kreditrecht, seine Europäisierung und seine zeitliche Entgrenzung ..	100
1. Die Schaffung eines allgemeinen Verbraucher kreditrechts 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 Verbraucher kreditrechts 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

3. Kapitel

Die revisionsgerichtliche Prüfung des Verwirkungstatbestands, insbesondere beim verbraucher kreditrechtlichen Widerrufsrecht 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 Verbraucher darlehensrecht	112
a) Die Überprüfung der Anwendbarkeit der Verwirkung auf das Widerrufsrecht im Verbraucher darlehensrecht 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 berufsgerichtlichen 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. Sicherheitenfreigabe durch die Bank) und dadurch aufkommende Zweifel an ihrer Abgrenzbarkeit zur Kategorie der Berücksichtigung aller erheblichen Gesichtspunkte	125
e) Die Überprüfung der berufsgerichtlichen 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 berufsungsgerichtlicher 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 berufsungsgerichtlich ermittelten Zeitraums trotz einer fehlerhaften Eingrenzung dieses Zeitraums durch das Berufungsgericht	140
b) Das Treffen einer eigenen revisionsgerichtlichen Entscheidung zum Zeitpunkt in Abwesenheit einer berufsungsgerichtlichen Würdigung dieser Frage	141
c) Die Ersetzung einer berufsungsgerichtlichen Würdigung zum Zeitpunkt 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 berufsungsgerichtlichen Subsumtion zur Frage des Vorliegens des Vertrauenstatbestands	143
c) Die Überprüfung der berufsungsgerichtlichen 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 *Wachs*, zugleich ein Exkurs zur Entstehungsgeschichte der ZPO und zum Problem der Synonymität 154
 - a) Methodischer Ausgangspunkt von *Wach* 154
 - aa) Die von *Wach* in Bezug genommene Position *Bähns* 154
 - bb) Die Ablehnung der Position *Bähns* durch den historischen Gesetzgeber 156
 - cc) Die dadurch gerechtfertigte Untersuchung des Rechtsanwendungsvorgangs durch *Wach* 160
 - dd) Insbesondere: *Wachs* Behandlung des Problems der Synonymität 163
 - b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch *Wach* 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 *Wachs* Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags 171
 - d) Würdigung des Ansatzes von *Wach* 172
 - 2. Der Ansatz *Scheuerles* 173
 - a) Methodischer Ausgangspunkt von *Scheuerle* 173
 - b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch *Scheuerle* 174
 - aa) Der Abschluss der Tatsachenfeststellung durch Assimilation und Objektivierung 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 *Scheuerle* 180
 - c) Die Anwendung von *Scheuerles* 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>Prütting</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>Prütting</i>	193
5. Der Ansatz <i>Rißmanns</i>	194
a) Methodischer Ausgangspunkt von <i>Rißmann</i>	194
aa) Die Bedeutung der Prädikatenlogik für <i>Rißmanns</i> Ansatz	194
bb) Die Bedeutung des bisherigen Schrifttums für <i>Rißmanns</i> Ansatz	195
b) Die Durchführung der Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage durch <i>Rißmann</i>	196
aa) <i>Rißmanns</i> Darstellung eines beispielhaften richterlichen Schlusses in den Ausdrucksformen der Prädikatenlogik	196
bb) Die Behandlung des Problems der Synonymität durch <i>Rißmann</i>	197
cc) <i>Rißmanns</i> rechtspolitischer Vorschlag einer Revisibilität von „Allsätzen“ aus dem Bereich des Tatsächlichen und des Rechtlichen	198
c) Die Anwendung von <i>Rißmanns</i> Ansatz auf die Verwirkung beim Widerruf im Bereich des Verbraucherdarlehensvertrags	198
d) Würdigung des Ansatzes von <i>Rißmann</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 Trennungproblem 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 Begriffssystems	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 exemplikativen 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

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
Literaturverzeichnis	270
Sachwortverzeichnis	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.¹ 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

¹ Hierzu wird im ersten Kapitel näher Auskunft gegeben werden.

umfassendes Fallmaterial.² 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

² 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 „Rechtsfrage“ ist. Ebenso soll diese Formulierung agnostisch mit Blick darauf sein, ob die Beantwortung der