

ANNA REIS

Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

481

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

481

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Anna Reis

Die Bedeutung des Schweigens im Privatrecht

Ein deutsch-italienischer Rechtsvergleich
unter Berücksichtigung des
Internationalen Privatrechts

Mohr Siebeck

Anna Reis, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaften an der LMU München; Referendariat am OLG München mit Stationen u. a. beim LG München I und der Deutschen Botschaft in Rom; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, dann am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der LMU München; 2020 Promotion; seit 2020 Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Traunstein.

ISBN 978-3-16-161232-9 / eISBN 978-3-16-161233-6
DOI 10.1628/978-3-16-161233-6

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen; das Rigorosum fand am 17. Mai 2021 statt. Für die Druckfassung konnten Literatur und Rechtsprechung größtenteils bis Ende November 2021 verfolgt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Professor Dr. Dr. h. c. Peter Kindler, der nicht nur bereits in den ersten Studiensemestern meine Begeisterung für das italienische Recht weckte, sondern auch den Anstoß für die vorliegende Arbeit gab. Sein Vertrauen in mich während der Tätigkeit als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl hat mich entscheidend geprägt und zum Gelingen meines Studiums geführt. Professor Dr. Stephan Lorenz danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens; Professor Dr. Anatol Dutta sowie den bereits Genannten für die Unterstützung und die guten Arbeitsbedingungen während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Internationales Recht an der LMU.

Professor Dr. Salvatore Patti, Professor Dr. Tommaso dalla Massara sowie Professor Dr. Vincenzo Barba und Professor Dr. Giorgio Cian möchte ich herzlich für die überaus freundliche Aufnahme und die Gastfreundschaft an der Universität La Sapienza in Rom, der Università degli Studi di Verona und der Università degli Studi di Padova sowie für ihre wertvollen Anregungen danken. Die wunderschöne Zeit an den italienischen Universitäten wird mir immer in Erinnerung bleiben. Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) gebührt Dank für das großzügige Promotionsstipendium, das mir den Auslandsaufenthalt ermöglichte.

Von Herzen danke ich auch allen meinen italienischen und deutschen Freunden und Kollegen, die durch ihre Anregungen und ihre Hilfe bei der Beschaffung italienischer Literatur, aber auch durch ihre jahrelange Geduld und moralische Unterstützung zum Gelingen der vorliegenden Arbeit ganz wesentlich beigetragen haben.

Größten Dank für die mühevoll sprachliche Durchsicht des Manuskripts, ihre uneingeschränkte Unterstützung und ihren steten Rückhalt nicht nur während meines Studiums und der Promotion schulde ich jedoch vor allem meinen Eltern, denen diese Arbeit auch gewidmet ist – ohne sie wäre sie niemals entstanden.

Rosenheim, im November 2021

Anna Reis

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
§1 Einleitung	1
I. Anlass und Zielsetzung der Arbeit	1
II. Thematische Eingrenzung	6
III. Möglichkeit einer einheitlichen Behandlung der Thematik	11
IV. Aufbau der Darstellung	14
§2 Historische Bedeutung des Schweigens im Privatrecht.....	17
I. Einführung – Römisches Recht als Grundlage	17
II. Bedeutung des Schweigens im römischen und kanonischen Recht	18
III. Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Thematik in den Kodifizierungen in Deutschland und Italien	26
IV. Zusammenfassender Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Schweigens im Privatrecht	33
§3 Die Bedeutung des Schweigens im geltenden italienischen Privatrecht	35
I. Einführung – Erklärungsgehalt des Schweigens im Grundsatz	35
II. Fattispecie di acquisto bzw. costituzione di un rapporto obbligatorio (Schweigen als Ursache eines Rechtserwerbs bzw. als Verpflichtungsgrund)	37
III. Fattispecie di perdita dei diritti (Schweigen als Ursache eines Rechtsverlustes)	119
IV. Zusammenfassender Überblick zum Schweigen im italienischen Privatrecht	140

§ 4 Die Bedeutung des Schweigens im geltenden deutschen Privatrecht im Vergleich zum italienischen Privatrecht	143
I. Einführung – Erklärungsgehalt des Schweigens im Grundsatz	143
II. Schweigen als Verpflichtungsgrund	145
III. Schweigen als Ursache eines Rechts- bzw. Anspruchsverlustes	244
IV. Zusammenfassender Vergleich und Bewertung	269
§ 5 Die Behandlung des Schweigens im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr	275
I. Einführung – Problematik des Schweigens im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr	275
II. Die Rolle des Schweigens in der Rom I-VO	275
III. Ähnliche Regelungen und analoge Anwendung von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO auf weitere Gebiete des Kollisionsrechts	313
§ 6 Ausblick und Ergebnis: Plädoyer für eine Rechtsvereinheitlichung auf rechtsvergleichender Basis	341
I. Ausblick: Ansätze zur Rechtsvereinheitlichung	341
II. Ergebnis	346
Normenhang	349
Normen des Codice civile	350
Normen des Codice del consumo	400
Normen des Codice di commercio von 1882	400
Literaturverzeichnis	403
Sachregister	421

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
§1 Einleitung	1
I. Anlass und Zielsetzung der Arbeit	1
II. Thematische Eingrenzung	6
1. Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten und Schwerpunkt der Darstellung	6
2. Begrifflichkeiten	7
3. Abgrenzung des reinen Schweigens zum schlüssigen Handeln	10
III. Möglichkeit einer einheitlichen Behandlung der Thematik	11
1. Italienisches Recht: Kritik an der „teoria del silenzio“	11
2. Einheitliche Behandlung	13
IV. Aufbau der Darstellung	14
§2 Historische Bedeutung des Schweigens im Privatrecht	17
I. Einführung – Römisches Recht als Grundlage	17
II. Bedeutung des Schweigens im römischen und kanonischen Recht	18
1. Schweigen als Verpflichtungsgrund	19
2. Schweigen als Ursache eines Rechtsverlustes	23
III. Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Thematik in den Kodifizierungen in Deutschland und Italien	26
1. Schweigen als Verpflichtungsgrund	27
a) Heutiges Italien	27
b) Heutige Bundesrepublik	29
2. Schweigen als Rechtsverlust	30
a) Heutiges Italien	31
b) Heutige Bundesrepublik	32

IV. Zusammenfassender Überblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Schweigens im Privatrecht	33
§ 3 Die Bedeutung des Schweigens im geltenden italienischen Privatrecht	35
I. Einführung – Erklärungsgehalt des Schweigens im Grundsatz	35
II. Fattispecie di acquisto bzw. costituzione di un rapporto obbligatorio (Schweigen als Ursache eines Rechtserwerbs bzw. als Verpflichtungsgrund)	37
1. Grenzen der Verpflichtungswirkung durch Form- und Schutzvorschriften .	38
a) Schweigen und Formbedürftigkeit	38
b) Schweigen und <i>forniture non richieste</i> (unbestellte Leistungen)	39
c) Schweigen und <i>condizioni generali di contratto</i> (Allgemeine Geschäftsbedingungen)	41
2. Beispiele für ein <i>silenzio con valore legale</i> (normiertes Schweigen)	43
a) Begründung von Verpflichtungen	43
b) Verlängerung und Beendigung von Verpflichtungen	53
c) Inhaltliche Ausgestaltung von Verpflichtungen	55
3. Beispiele für ein <i>silenzio circostanziato</i> (beredtes Schweigen)	56
a) Ausdrückliche und konkludente Parteivereinbarungen	56
b) <i>Usi, buona fede, tolleranza</i> (Bräuche, Treu und Glauben, Duldung) ...	58
aa) Schweigen im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehungen und bei Vorteilhaftigkeit	59
bb) Schweigen gegenüber dem Handeln eines (vermeintlichen) Vertreters	63
4. Schadensersatzpflichten infolge eines Schweigens	66
5. Beispiele für handelsrechtliche Besonderheiten	69
a) <i>Lettera di conferma</i> (Bestätigungsschreiben)	69
aa) Bekanntheit des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auch in Italien	69
bb) Materiellrechtliche Rechtswirkungen	72
cc) Dogmatische Grundlage	74
dd) Beweisrechtliche Rechtswirkungen	76
b) Weitere handelsrechtliche Fälle des Schweigens	78
aa) <i>Fattura</i> (Rechnung)	78
bb) <i>Conferma d'ordine</i> (Auftragsbestätigung)	80
6. Schweigen als <i>dichiarazione di volontà</i> (Willenserklärung)?	81
a) Keine Willenserklärung (sog. <i>negatività del silenzio</i>)	82
b) Schweigen als <i>dichiarazione di volontà</i> (Willenserklärung) und Kritik an den eben genannten Auffassungen	85
aa) Begründung dieser Auffassung	87
bb) Rolle des Erklärungsbewusstseins	89

7.	Anderweitige dogmatische Begründungen der Rechtsfolgen eines Schweigens	93
a)	Erklärung über <i>negozio unilaterale</i> und <i>promessa unilaterale</i> (einseitiges Rechtsgeschäft und Versprechen)	93
aa)	Argumentation	94
bb)	Kritik	94
b)	Vereinfachung des Vertragsabschlussprozesses: Verzicht auf eine Zustimmung des Schweigenden	96
aa)	Argumentation	97
bb)	Kritik	99
c)	<i>Comportamento omissivo/onere di parlare</i> (Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung) als Ursache der Rechtsfolgen	100
aa)	Argumentation	100
bb)	Kritik	101
cc)	Rückgriff auf <i>obbligo/onere di parlare</i> im Rahmen der Auslegung	102
d)	Rückgriff auf <i>buona fede, affidamento, principio dell'apparenza, usi</i> (Treu und Glauben, Vertrauen, Rechtsschein, Gebräuche)	103
aa)	Argumentation	103
bb)	Kritik	105
cc)	Einfluss der <i>buona fede</i> auf die objektive Erklärungsbedeutung	106
8.	Normierte Fälle des Schweigens als Willenserklärung?	108
9.	Möglichkeit der Anwendung der Vorschriften über Willenserklärungen	112
a)	Rechtslage beim <i>silenzio circostanziato</i>	112
b)	Rechtslage beim <i>silenzio con valore legale</i>	117
 <i>III. Fattispecie di perdita dei diritti (Schweigen als Ursache eines Rechtsverlustes)</i>		
1.	Rechtsverlust infolge gesetzlicher Anordnung	120
a)	<i>Prescrizione</i> und <i>decadenza</i> (Verjährung und Rechtsverlust)	121
b)	Einzelne Fälle der <i>decadenza</i>	124
c)	Dogmatische Einordnung und Anwendung der Vorschriften über Willenserklärungen	129
2.	Rechtsverlust infolge eines Rechtsgeschäfts	131
3.	Weitere Fälle des Rechtsverlustes infolge Untätigkeit	132
a)	<i>Rinuncia tacita</i> (konkludenter Verzicht)	133
b)	<i>Principi di buona fede</i> (Grundsatz von Treu und Glauben) und Rezeption der Verwirkung	134
c)	<i>Tolleranza</i> (Duldung)	135
aa)	Voraussetzungen der <i>tolleranza</i>	137
bb)	Dogmatische Begründung der <i>tolleranza</i> und Anwendung der Vorschriften über Willenserklärungen	138
 <i>IV. Zusammenfassender Überblick zum Schweigen im italienischen Privatrecht</i>		
		140

§ 4 Die Bedeutung des Schweigens im geltenden deutschen Privatrecht im Vergleich zum italienischen Privatrecht	143
<i>I. Einführung – Erklärungsgehalt des Schweigens im Grundsatz</i>	143
<i>II. Schweigen als Verpflichtungsgrund</i>	145
1. Grenzen der Verpflichtungswirkung durch Formvorschriften und Schutzvorschriften	147
a) Schweigen und Formbedürftigkeit	147
b) Schweigen und unbestellte Leistungen	148
c) Schweigen und allgemeine Geschäftsbedingungen	150
2. Beispiele normierten Schweigens im bürgerlichen Recht	151
a) Begründung von Verpflichtungen	153
b) Verlängerung von Verpflichtungen	161
c) Inhaltliche Ausgestaltung von Verpflichtungen	163
3. Beispiele beredten Schweigens im bürgerlichen Recht	165
a) Ausdrückliche und konkludente Parteivereinbarungen	165
b) Rechtswirkungen aufgrund von Treu und Glauben im bürgerlichen Recht	168
aa) Schweigen im Rahmen bestehender Geschäftsverbindungen	169
bb) Schweigen gegenüber dem Auftreten eines Vertreters	174
c) Rechtsvergleichendes Fazit	175
4. Schadensersatzpflichten aufgrund eines Schweigens	176
5. Handelsrechtliche Besonderheiten	178
a) Antrag auf Besorgung von Geschäften im Handelsrecht (§ 362 HGB)	179
b) Weitere Beispiele von Zustimmungsfiktionen im HGB	180
c) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	181
aa) Voraussetzungen der Rechtswirkungen	182
bb) Dogmatische Begründung der Rechtswirkungen	186
cc) Rechtsvergleichende Bewertung der Rolle des Bestätigungsschreibens	190
d) Beredtes Schweigen im Handelsverkehr	192
6. Schweigen als Willenserklärung?	195
a) Keine Willenserklärung bei beredtem Schweigen	196
b) Möglichkeit einer Willenserklärung bei beredtem Schweigen	199
c) Rolle des Erklärungsbewusstseins	200
7. Weitere dogmatische Begründungen der Rechtsfolgen	202
a) Lösung über Vertragsabschlussmechanismen	203
b) Lösung über Obliegenheiten	205
c) Lösung über Treu und Glauben und Vertrauensschutz	206
d) Lösung über Handelsbräuche und Verkehrssitten	207
e) Die Lehre von den faktischen Verträgen und das „private Sozialrecht“ als Begründung der Wirkung eines Schweigens	208
8. Stellungnahme: Beredtes Schweigen als Willenserklärung	210

a)	Ablehnung der dogmatischen Begründungsansätze außerhalb der Willenserklärungen	210
aa)	Keine Lösung über Vertragsabschlussmechanismen für alle Fälle des Schweigens	211
bb)	Keine Begründung von Erfüllungspflichten über Obliegenheitsverletzung	212
cc)	Keine Notwendigkeit für eine Begründung der Rechtsfolgen über Treu und Glauben bzw. eine Rechtsschein- oder Vertrauenshaftung	213
dd)	Keine hinreichende Begründung über Handelsbräuche, Verkehrssitten und Gewohnheitsrecht	217
ee)	Dogmatische Ablehnung von „Privatem Sozialrecht“ und faktischem Vertrag	219
b)	Fazit: Beredtes Schweigen als Erscheinungsform einer echten Willenserklärung	221
9.	Stellungnahme zum normierten Schweigen als Willenserklärung	228
a)	Hierzu vertretene Auffassungen im deutschen Recht	228
b)	Argumente für eine differenzierende Auffassung	230
10.	Stellungnahme zur Anwendung der Vorschriften über Willenserklärungen auf das Schweigen	235
a)	Rechtslage beim beredten Schweigen	235
aa)	Geltende Rechtslage	235
bb)	Rechtsvergleichende Bewertung	237
b)	Rechtslage beim normierten Schweigen	239
aa)	Geltende Rechtslage	239
bb)	Rechtsvergleichende Bewertung	241
<i>III. Schweigen als Ursache eines Rechts- bzw. Anspruchsverlustes</i>		244
1.	Rechtsverlust durch Schweigen infolge gesetzlicher Fiktionen	245
a)	Beispiele des Rechtsverlusts durch Schweigen im bürgerlichen Recht	246
aa)	Verjährung	246
bb)	Ausschlussfristen	248
b)	Beispiele des Rechtsverlusts durch Schweigen im Handelsrecht	253
c)	Möglichkeit der Anwendung der Vorschriften über Willenserklärungen und dogmatische Einordnung	254
2.	Rechtsverlust infolge eines Schweigens mit Erklärungswert	257
3.	Verwirkung infolge Zeitablaufs	258
a)	Voraussetzungen und Rechtsfolge der Verwirkung	258
b)	Dogmatische Einordnung: Erklärung über einen konkludenten Verzichtsvertrag oder über § 242 BGB	263
aa)	Hierzu vertretene Auffassungen	263
bb)	Stellungnahme: Keine rechtsgeschäftliche Erklärung möglich	264
c)	Anwendbarkeit der Vorschriften über Willenserklärungen	268

<i>IV. Zusammenfassender Vergleich und Bewertung</i>	269
1. Gesetzlich nicht geregelte Fälle	270
2. Gesetzlich geregelte Fälle	272
§ 5 Die Behandlung des Schweigens im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr	275
<i>I. Einführung – Problematik des Schweigens im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr</i>	275
<i>II. Die Rolle des Schweigens in der Rom I-VO</i>	275
1. Entstehungsgeschichte des Art. 10 Rom I-VO	277
a) Vorgängerregelungen zur Anknüpfung des Schweigens im nationalen Kollisionsrecht	277
b) Diskussion um die Anknüpfung des Schweigens bei Verhandlungen und EVÜ	279
2. Vertragsbegriff der Rom I-VO	280
3. Normzweck von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO	281
4. Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO	283
a) Vertragsabschlussmechanismus erfasst	285
b) Vertragswirksamkeit nicht erfasst	288
aa) Erklärungsbewusstsein	289
bb) Willensmängel	290
5. Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO	292
a) Auseinanderfallen von Vertragsstatut und gewöhnlichem Aufenthalt ..	292
b) Wirksamer Vertrag	294
c) Fehlender Vertragsabschluss nach dem Recht des Aufenthaltsortes ...	297
d) Unzumutbarkeit der Bindung	298
aa) Berücksichtigung von Irrtümern bezüglich des anwendbaren Rechts	301
bb) Abschluss- und Verhandlungsort	304
cc) Gepflogenheiten und Gebräuche	308
dd) Erfahrung und Professionalität	309
ee) Folgen des Rechtsgeschäfts	310
6. Rechtsfolgen	311
7. Zusammenfassender Überblick zur Anwendung von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO	312
<i>III. Ähnliche Regelungen und analoge Anwendung von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO auf weitere Gebiete des Kollisionsrechts</i>	313
1. Die Rolle des Schweigens im internationalen Familienrecht	313
a) Rom III-VO	313
b) Güterkollisionsrecht	317

2.	Die Rolle des Schweigens im internationalen Erbrecht	318
a)	Problem: National differierende Regelungen	318
b)	Neuerungen durch die EuErbVO	320
3.	Eigenes Verwirkungsstatut?	323
4.	Stellvertretungsstatut	325
5.	Zwischenergebnis: Keine entsprechende Anwendung von Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO	331
6.	Behandlung des Schweigens in weiteren international gültigen Regelwerken	332
a)	Das Schweigen im internationalen Zivilprozessrecht	333
b)	Schweigen im CISG	337
§ 6	Ausblick und Ergebnis: Plädoyer für eine Rechtsvereinheitlichung auf rechtsvergleichender Basis	341
I.	<i>Ausblick: Ansätze zur Rechtsvereinheitlichung</i>	341
1.	Schweigen im Draft Common Frame of Reference, in den Principles of European Contract Law und den UNIDROIT-Principles	341
2.	Schweigen im Entwurf für ein Europäisches Vertragsgesetzbuch	343
3.	Aktuelle Rolle der genannten Ansätze	345
II.	<i>Ergebnis</i>	346
	Normanhang	349
	<i>Normen des Codice civile</i>	350
	<i>Normen des Codice del consumo</i>	400
	<i>Normen des Codice di commercio von 1882</i>	400
	Literaturverzeichnis	403
	Sachregister	421

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
BAG	Bundesarbeitsgericht
Banca borsa	Banca, borsa e titoli di credito
BB	Betriebs-Berater
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Cass. (civ.)	Cassazione (civile)
c. c.	Codice civile
c. cons.	Codice del consumo
CE	Comunità Europea
c. i. c.	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Convention on Contracts for the Internationale Sales of Goods
Contr. impr. eur.	Contratto e Impresa Europa
Corr. giur.	Corriere giuridico
Corte cost.	Corte costituzionale
Corte di App.	Corte d'appello
dagg.	dagegen
ders.	derselbe
Dir. com. e scambi internaz.	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dir. eccl.	Diritto ecclesiastico
Dir. giur.	Diritto e giurisprudenza
dir. int. priv.	diritto internazionale privato
dir. priv.	diritto privato
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
ebd.	ebenda
endg.	Endgültig
EPO	European Patent Office
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

fasc.	fascicolo
f.	folgende
ff.	folgende
Foro it.	Il Foro italiano
Foro lomb.	Foro della Lombardia
FS	Festschrift
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. merito	Giurisprudenza di merito
Giust. civ.	Giustizia civile
GS	Gedenkschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
h. M.	herrschende Meinung
i. e.	id est
insbes.	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JA	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
jurisPK	Juris-Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar
n.	numero
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nuova giur. civ. comm.	La nuova giurisprudenza civile commentata
o. ä.	oder ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
r+s	Recht und Schaden
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile
Rev. crit. dr. int. pr.	Revue critique de droit international privé
RG	Reichsgericht
RhM	Rheinisches Museum für Philologie
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale e processuale
Riv. dir. comm.	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
Riv. trim. dir. proc.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

civ.	
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
RPfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
str.	strittig
suppl.	Supplemento
SZ (RA)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung
Trib.	Tribunale
u.	und
u. a.	und andere
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht. Wertpapier-Mitteilungen
wörtl.	wörtlich
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Recht und Rechts- vergleichung
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZVglRW	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

§1 Einleitung

I. Anlass und Zielsetzung der Arbeit

„Uno degli argomenti più eleganti che s’incontrano nella teoria generale del diritto è questo del silenzio in rapporto alla manifestazione della volontà nei negozi giuridici.“¹

„Qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit atque debuit“ – auf diesen alten lateinischen Merksatz stützen sich noch heute viele Lösungsansätze der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zur nach wie vor ebenso aktuellen wie umstrittenen Problematik der Bedeutung des Schweigens im Privatrecht.² Auch außerhalb des juristischen Kontextes ist unbestritten, dass in bestimmten Situationen eine moralische Pflicht besteht, kein Schweigen oder passives Verhalten an den Tag zu legen.³ Daneben ist ebenso allgemein anerkannt, dass das Schweigen oder die Stille eine ganz wesentliche Bedeutung haben kann, wie beispielsweise in der Musik, wo Pausen nicht nur für die Einsätze einzelner Musizierender und den Rhythmus, sondern auch als Ruhepunkte eine ganz zentrale Rolle spielen.⁴

¹ *Simoncelli*, Il silenzio nel diritto civile, in: Scritti giuridici, 1938, S. 553; zu Deutsch: „Eine der elegantesten Thematiken des Zivilrechts, der man in der allgemeinen Rechtstheorie begegnet, ist die des Schweigens im Zusammenhang mit einer rechtsgeschäftlichen Willensäußerung.“ Die Übersetzung stammt, ebenso wie die der folgenden italienischen und lateinischen Zitate, von der Autorin.

² Kritisch hierzu *Canaris*, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in: FS Wilburg, 1975, S. 77, 77; *W. Lorenz*, Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, in: JZ 1962, 269, 274: „[...] juristische Platitüde [...], die überdies gar nicht so harmlos ist, wie sie aussieht.“; kritisch auch in Italien etwa *Castiglia*, Silenzio (dir. civ.), in: Enciclopedia giuridica Treccani, Band 28, 1992, S. 1: „[...] la certissima incongruenza del principio qui tacet [...]“; vgl. zur Rechtsregel insgesamt *Schwartz*, „Qui tacet, consentire videtur“ – eine Rechtsregel im Kommentar, 2003.

³ Vgl. etwa das dem ehemaligen Staatsanwalt und Politiker *Antonio di Pietro* zugeschriebene Zitat zur Mafia: „Il silenzio uccide, il silenzio è un comportamento mafioso.“; *Bonfante*, Il silenzio nella conclusione dei contratti, in: Riv. dir. comm., 1907, I, 105, 125: „[...] il non contrastare l’operato altrui che infrange la nostra sfera giuridica è quasi sempre una debolezza, talora un’immoralità, e la debolezza o l’immoralità, anche quando non abbiano sanzione nel diritto, l’hanno nel fatto e nella vita; l’hanno nella forza delle cose e del tempo [...]“.

⁴ So wird etwa *Claude Debussy* die Äußerung zugeschrieben, dass Musik die Stille zwischen den Noten sei; vgl. auch das Zitat von *Victor Hugo*, wonach die Musik das ausdrücke, was nicht gesagt werden könne und worüber zu schweigen unmöglich sei.

Bisweilen wird sogar überlegt, ob Schweigen nicht sogar die perfekte Kommunikationsform sei.⁵

Die Frage, ob dem bloßen Schweigen einer (Vertrags-)Partei im Privatrecht unter bestimmten Umständen ausnahmsweise trotz seiner grundsätzlichen Neutralität Bedeutung zugemessen werden kann, sodass es zu einer Verpflichtung des Schweigenden kommt, ist zwar der deutschen Literatur und Rechtsprechung seit langem bekannt und wird heute im Grundsatz allgemein bejaht.⁶ Umstritten und Gegenstand einzelfallbezogener und differenzierender Rechtsprechung sowie Fallgruppenbildung seitens der Literatur ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen eine solche Erklärungswirkung des Schweigens, welches im Grundsatz weder Zustimmung noch Ablehnung – selbst dies ist nicht unumstritten⁷ – darstellt, denkbar ist und wie mit etwaigen Willensmängeln des Schweigenden umgegangen werden muss. Insbesondere hinsichtlich der dogmatischen Verankerung der Rechtsfolgen eines Schweigens bestehen nach wie vor unterschiedliche und höchst kontroverse Ansätze, oft wird diese auch gar nicht thematisiert und schlicht von einer Erklärungswirkung des Schweigens ausgegangen, ohne diese aber im Kontext rechtsgeschäftlichen Handelns genauer einzuordnen.⁸ Schon im deutschen Recht erscheint daher eine Zusammenfassung und Strukturierung der Haltung der Rechtswissenschaft zum Schweigen wünschenswert, zumal die meisten ausführlichen Beiträge zum Thema über vierzig Jahre zurückliegen.⁹

Ein Rechtsvergleich zum italienischen Recht bietet sich insoweit an, als das italienische Recht von jeher eng mit dem deutschen Recht verknüpft ist und sich die beiden Rechtsordnungen gegenseitig beeinflusst haben.¹⁰ Vor diesem Hintergrund können unterschiedliche Lösungen des jeweils anderen Rechtssystems einen Anstoß zur Diskussion und möglicherweise auch Anlass zu Änderungen der jeweiligen inländischen Vorschriften geben. Auch in der Vergangenheit wurden die rechtswissenschaftlichen Diskussionen in Italien und Deutschland,

⁵ *Pagliari*, *Il segno vivente*, 1969, S. 234: „[...] se il silenzio, in cui si risolve ogni limitazione [...] non sia la più ideale e perfetta forma dell’esprimere“.

⁶ Statt vieler *Palandt/Ellenberger*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Auflage 2021, Vor §116, Rn. 7 ff. m. w. N.

⁷ Für eine ablehnende Wirkung etwa *Larenz/Wolf*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage 2004, §28 Rn. 67; anders nun *Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12. Auflage 2020, §31 Rn. 11.

⁸ Vgl. *Rothermel/Dahmen*, *Schweigen ist Silber*, in: *RIW* 2018, 179, 179, welche von einem „Durcheinander“ hinsichtlich der Begründungsansätze im Bürgerlichen Recht sprechen.

⁹ Vgl. etwa die Beiträge von *Canaris*, *Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund*, in: *FS Wilburg*, 1975, S. 77, *passim*; *Götz*; *Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, 1968; *Hanau*, *Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung – Ein Beitrag zur Kritik der „stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen“*, in: *AcP* 165 (1965), 220, *passim*; *Krause*, *Schweigen im Rechtsverkehr*, 1933; *Sonnenberger*, *Verkehrssitten im Schuldvertrag*, 1970, S. 205, *passim*.

¹⁰ *Kindler*, *Einführung in das italienische Recht*, 2. Auflage 2008, S. VIII.

gerade auch jene zur Einordnung und Behandlung eines Schweigens im Rechtsverkehr, bereits wiederholt für die dogmatische Auseinandersetzung mit der Thematik in der jeweils anderen Rechtsordnung fruchtbar gemacht.¹¹ Anders als die deutsche Literatur hat sich die italienische Rechtswissenschaft zudem auch in den letzten Jahren wiederholt intensiv mit der Rolle des Schweigens im Privatrecht befasst¹² und ist dabei, wie sich im Laufe dieser Arbeit zeigen wird, teils zu klareren Ergebnissen gelangt als das deutsche Recht¹³.

Die Frage nach dem möglichen Erklärungsgehalt eines Schweigens tritt des Weiteren häufig in grenzüberschreitenden deutsch-italienischen (Handels-)Fällen auf, sodass für die beteiligten Parteien ein Bedürfnis nach Vorhersehbarkeit und einem Überblick über die im Ausland bestehenden Regelungen besteht.¹⁴ Dies vor allem deshalb, weil die italienische Rechtsordnung dem für den Handelsverkehr praktisch wichtigen kaufmännischen Bestätigungsschreiben anders als die deutsche eher ablehnend gegenübersteht.¹⁵ Andererseits verfügt das italienische Zivilrecht beispielsweise mit dem *contratto con obbligazioni a carico del solo proponente* über ein Rechtsinstitut, das dem deutschen Recht als solches nicht bekannt ist. Für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr bedeutende Abweichungen ergeben sich überdies in weiteren schuldrechtlichen, aber auch erbrechtlichen Regelungen. Auch stellt das italienische Recht, zumal nach dem „Brexit“-Referendum des Vereinigten Königreichs, eine der wichtigsten europäischen Rechtsordnungen dar, welche im Vergleich zum französischen *Code civil* an bedeutenden Stellen eigene Wege eingeschlagen hat und in der

¹¹ Vgl. beispielsweise nur die Nachweise zur italienischen Rechtswissenschaft bei *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970, S. 212 Fn. 44 und *Hanau*, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung – Ein Beitrag zur Kritik der „stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen“, in: AcP 165 (1965), 220, 237 Fn. 73 für die deutsche Rechtswissenschaft und für die italienische Rechtswissenschaft *Addis*, Lettera di conferma e silenzio, 1999, (z. B.) S. 125 Fn. 65; *Azzarri*, Il silenzio come accettazione, in: Nuova giur. civ. comm. 2015, 615, 619 Fn. 32; *Patti*, Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, in: Silloge in onore di Giorgio Oppo, Vol. I, 1992, 227, 231 Fn. 12; *Patti*, Profili della tolleranza nel diritto privato, 1978, S. 143 Fn. 1.

¹² Vgl. nur *Azzarri*, Il silenzio come accettazione, in: Nuova giur. civ. comm. 2015, 615, *passim*; *Rolli*, Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà, in: Contr. impr. eur. 2000, 206, *passim*; *Rossi*, Silenzio e contratto, 2001, *passim*; allgemein zum Schweigen etwa *G. Benedetti*, Diritto e linguaggio. Variazioni sul „diritto muto“, in: Europa e diritto privato, 1999, 137, *passim*; *Sacco*, Il diritto muto, 2015, *passim* sowie die Beilage La rilevanza del silenzio, Giur. merito – suppl. n. 07/08 – 2008; vgl. zuletzt auch *Ferri*, G., Il silenzio e le parole nella cultura del civilista, 2021.

¹³ Vgl. so bereits *Castiglia*, Silenzio (dir. civ.), in: Enciclopedia giuridica Treccani, Band 28, 1992, S. 1 („altro discorso dovrebbe farsi per quella di lingua tedesca“).

¹⁴ Vgl. etwa zur kollisionsrechtlichen Problematik *Piltz*, UN-Kaufrecht/CISG – Was spricht dagegen?, in: ZVertriebsR 2017, 138, 140.

¹⁵ Vgl. *Ebenroth*, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr, ZVglRW 77 (1978), 161, 171 f. und im Anschluss OLG Köln 16.3.1988 – 24 U 182/87, in: NJW 1988, 2182, 2183.

Vergangenheit teilweise, etwa bei der Normierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahr 1942¹⁶ und der frühen Kodifikation des Internationalen Privatrechts in den dem *Codice civile* vorangestellten Bestimmungen über das Gesetz im Allgemeinen (*Disposizioni sulla legge in generale*) bereits eine Vorreiterrolle einnahm. Auch hatte das italienische Recht bereits einige Male Vorbildcharakter für die Gesetzgebung anderer Länder bzw. internationaler Projekte wie bei den Irrtumsregelungen im Rahmen des Entwurfes eines einheitlichen Gesetzes über die materielle Wirksamkeit von Kaufverträgen¹⁷ oder der Überarbeitung des französischen *Code civil*¹⁸. Vorgeschlagen wurde sogar schon, den italienischen *Codice Civile* oder zumindest sein viertes Buch zum Schuldrecht (*Delle obbligazioni*) aufgrund seiner gelungenen Synthese aus dem französischen *Code civil* und dem deutschen BGB als einheitliches europäisches Zivilgesetzbuch zu übernehmen.¹⁹

Die rechtliche Behandlung des Schweigens gewinnt auch vor einem weiteren Hintergrund an Interesse: Zunehmend werden Verträge durch die ständige Fortentwicklung neuer Technologien rasch und ohne direkten Austausch von Anbietendem und Angebotsempfänger – im italienischen Recht ist sogar die Rede von „scambi senza accordo“²⁰ – geschlossen, womit auch der Nachweis einer Willensübereinstimmung schwieriger wird.²¹ Vor diesem Hintergrund werden die schon lange in der Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Grundsatzfragen zur Behandlung eines Schweigens im Privatrecht einer ebenso pragmatischen wie dogmatisch tragfähigen Lösung zugeführt werden müssen,

¹⁶ Vgl. *Kindler*, Einführung in das italienische Recht, 2. Auflage 2008, S. V, 147.

¹⁷ *Zweigert/Drobnig u. a.*, Der Entwurf eines einheitlichen Gesetzes über die materielle Gültigkeit internationaler Kaufverträge über bewegliche Sachen, in: *RebelsZ* 32 (1968), 201, 217.

¹⁸ Zur Überarbeitung von Art. 1152 des französischen *Code civil* nach italienischem Vorbild *Gandolfi*, Pour un code européen des contrats, in: *Stein*, Incontro su il futuro codice europeo dei contratti, 1993, 23, 42.

¹⁹ *Gandolfi*, Pour un code européen des contrats, in: *Stein*, Incontro su il futuro codice europeo dei contratti, 1993, 23, 42 ff.; vgl. hierzu auch *Addis*, Lettera di conferma e silenzio, 1999, S. 63 u. 72 f. und *Kindler*, Von Pavia über Tucumán nach Brüssel – Anregungen aus der neuen Welt für das Gemeinsame europäische Kaufrecht, in: *JZ* 2012, 712 sowie unten § 6 I. 2.

²⁰ Etwa *Irti*, Scambi senza accordo, in: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 347, 360, *passim*; sowie die kritische Auseinandersetzung hiermit bei *Oppo*, Disumanizzazione del contratto?, in: *Riv. dir. civ.* 1998, I, 525, *passim*; vgl. auch *Memmo*, Il consenso contrattuale, in: *Galgano*, Trattato di diritto commerciale, Band 47, 2007, S. 108.

²¹ Vgl. *Patti*, Il contratto tra „autonomie de la volonté“ e moderno „zwingendes Vertragsrecht“ in: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 369, 374 f. („accordi senza dialogo“); bereits 1968 bemerkte *Götz*, dass, anders als zur Schöpfungszeit des BGB, zunehmend Verträge unter räumlicher Trennung der Vertragsparteien oder durch Automaten zustande kämen (*Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, 1968, S. 69); vgl. zur Thematik auch *Paulus/Matzke*, Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts?, in: *ZfPW* 2018, 431 und *Schurr*, Anbahnung, Abschluss und Durchführung von Smart Contracts im Rechtsvergleich, *ZVglRW* 118 (2019), 257, insbes. 271.

um im Privatrechtsverkehr wie auch insbesondere im Handelsverkehr weiterhin hinreichend Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für die Vertragsparteien zu gewährleisten. Umso mehr gilt dies in grenzüberschreitenden Rechtsverhältnissen, welche durch das Zusammenwachsen des europäischen (Wirtschafts-) Raumes und die fortschreitende Internationalisierung und Digitalisierung der Märkte immer mehr an Relevanz gewinnen.²²

Schließlich stellt sich die Frage nach dem kollisionsrechtlichen Umgang mit überraschenden Rechtsfolgen eines Schweigens insbesondere im vertraglichen, aber auch außerhalb des vertraglichen Kontextes, wie etwa beim Erbschaftserwerb. Auch im Bereich des internationalen Zivilprozessrechts geht der Europäische Gerichtshof beispielsweise in der Rechtssache *Granarolo./Ambrosi Emmi France* von der Möglichkeit einer stillschweigenden Begründung von – autonom zu verstehenden – Vertragsverhältnissen aus und betont dabei die Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäisch-autonomer Rechtsbegriffe.²³ Art. 10 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 (im Folgenden: „Rom I-VO“) sowie entsprechende Regelungen in anderen kollisionsrechtlichen Instrumenten ermöglichen zwar eine Berufung auf das Aufenthaltsrecht für den Fall, dass die vom Vertragsstatut vorgesehene Wertung des Schweigens als Zustimmung nicht gerechtfertigt erscheint, doch greift die Sonderanknüpfung nur in engen Grenzen zugunsten des Schweigenden ein, wenn das Aufenthaltsrecht eine Bindung verneint. Die diesbezügliche Behauptung des Schweigenden zu überprüfen und zu bewerten, ob eine Verpflichtung tatsächlich ungerechtfertigt erscheint, obliegt dem angerufenen Gericht. Die als Sonderanknüpfung konzipierte Norm kommt dabei nur unter engen Voraussetzungen und damit relativ selten zum Tragen, sodass sich nicht zuletzt deshalb die Frage stellt, ob auf Dauer eine Lösung der Thematik innerhalb des europäischen Internationalen Privatrechts wie in Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO ausreichen kann oder nicht eine – immer wieder diskutierte²⁴ – materielle Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene am Ende stehen sollte, für die eine rechtsvergleichende Perspektive möglicherweise Grundlagen schaffen könnte. Sollte sich herausstellen, dass trotz möglicherweise bestehender dogmatischer Differenzen die Ergebnisse von italienischer und deutscher Rechtsordnung in der Praxis weitgehend übereinstimmen, wäre die Erkenntnis gewonnen, dass die Unterschiede dies- und jenseits der Alpen nicht so schwer wiegen, dass sie einer Rechtsintegration entgegenstehen.²⁵

²² Zum Vertragsschluss bei online-Verträgen: *Finocchiaro*, Il perfezionamento del contratto *on line*: opportunità e criticità, in: *Dir. scambi internaz.*, fasc. 1-2/2018, 187, insbes. 192.

²³ EuGH v. 14.7.2016 – C-196/15 (*Granarolo*), NJW 2016, 3087, 3088.

²⁴ Vgl. allgemein zum Handelsrecht: *Lehmann*, Braucht Europa ein Handelsgesetzbuch?, in: ZHR 181 (2017), 9 ff.

²⁵ Vgl. für den Bereich des kaufmännischen Bestätigungsschreibens in Deutschland, Österreich und der Schweiz den Beitrag von *Schmidt, K.*, Die Praxis zum sog. kaufmännischen

II. Thematische Eingrenzung

1. Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten und Schwerpunkt der Darstellung

In der vorliegenden Arbeit sollen nur Aspekte des Schweigens im „klassischen“ Privatrecht, also dem Bürgerlichen Recht und dem Handelsrecht beleuchtet werden, ohne etwa auf arbeitsrechtliche Besonderheiten wie beispielsweise die Rechtsfigur der betrieblichen Übung einzugehen. Ebenfalls kein Gegenstand der Untersuchung ist das viel diskutierte und auch aus deutscher Perspektive zweifellos interessante Schweigen im italienischen Verwaltungsrecht, wonach von der Genehmigung eines Antrags des Bürgers auszugehen ist, wenn die Behörde über einen gewissen Zeitraum schweigt (sog. *silenzio assenso*).²⁶ Auch die im Jahr 2017 durchgeführte Reform²⁷, wonach eine Enthaltung bei Abstimmungen im italienischen Senat nicht mehr als Gegenstimme gewertet wird, zeigt indes beispielhaft die Wichtigkeit der Bewertung eines Schweigens in allen Rechtsgebieten.

Die Brisanz der in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich bewerteten Erklärungswirkung eines Schweigens schlägt sich schließlich auch in den hier nicht vertieft zu behandelnden, in Deutschland immer wieder stark diskutierten Regelungen im Zusammenhang mit einer Organspende im Todesfall nieder²⁸: während im italienischen Recht schon seit längerem gemäß Art. 4 Abs. 1 l. 91/1999 zugunsten des Gemeinwohls nach dem Prinzip *se tace, acconsente* gesetzlich festgelegt wurde, dass die Zustimmung des Verstorbenen zur Entnahme von Organen zu vermuten sei²⁹, gilt im deutschen Recht nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TPG bislang das genaue Gegenteil. Allerdings findet die Regelung, wonach das Schweigen als Zustimmung (*silenzio-assenso*) zur Organspende gewertet werden soll, in Italien bislang noch keine Anwendung, da zuvor eine Informationskampagne zur Aufklärung der Bevölkerung über die Funktionsweise der Regelung und die Möglichkeit eines Widerspruchs durchgeführt werden soll, welche am 20. August 2019 beschlossen wurde; erwartet wurde eine Geltung der Widerspruchslösung binnen eines Jahres.³⁰ In Deutsch-

Bestätigungsschreiben: ein Zankapfel der Vertragsrechtsdogmatik, in: FS Honsell, 2002, S. 99, *passim*.

²⁶ Hierzu etwa: *Roppo*, Il contratto, 2. Auflage 2011, in *Iudica/Zatti*, Trattato di diritto privato, S. 189.

²⁷ Vgl. *Riforma organica del Regolamento del Senato* vom 20. Dezember 2017, die zu einer Änderung von Art. 107 des *Regolamento del Senato* führte.

²⁸ Vgl. dazu *Dutta*, Widerspruchslösung bei postmortalen Organspende und fehlende Widerspruchsfähigkeit, in *FamRZ* 2019, 1219.

²⁹ Hierzu *La Torre*, Silenzio (dir. priv.), in: *Enciclopedia del Diritto*, Band 42, 1990, S. 558; *Rolli*, Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà, in: *Contr. impr. eur.* 2000, 206, 274 ff.

³⁰ Quelle: <<https://www.repubblica.it/salute/medicina-e-ricerca/2019/08/20/news/trapiant>

land hingegen hat der Bundestag am 16. Januar 2020 die Einführung der Widerspruchslösung abgelehnt.

Schwerpunkt der Darstellung ist das Schweigen mit Verpflichtungswirkung, insbesondere im Sinne eines Vertragsschlusses, wobei neben dem Schuldrecht jedoch auch Bezug auf das Erbrecht sowie auf das Schweigen als Ursache eines Rechtsverlusts genommen wird. Von besonderem Interesse ist insoweit, ob und inwiefern das Schweigen eine Willenserklärung ersetzen oder gar eine solche darstellen kann. Das *Verschweigen* von relevanten Tatsachen (im Italienischen: *reticenza*) und seine Sanktionierung wird demgegenüber nur am Rande berührt, da es, anders als das Schweigen im engeren Sinne (*silenzio*), keine Auslegungsprobleme aufwirft und wie jedes andere menschliche Verhalten Ursache einer Schadensersatzpflicht sein kann (dazu noch unten § 3 II. 4.).

2. Begrifflichkeiten

Die Thematik des Schweigens weist im italienischen wie im deutschen Zivilrecht eine verwirrende Fülle von Begrifflichkeiten auf. In der italienischen Rechtswissenschaft werden dementsprechend auch die Ambiguität und Uneinheitlichkeit der im Zusammenhang mit dem Schweigen gebrauchten Begriffe beklagt³¹ – wie übrigens aber auch die begriffliche Ungenauigkeit in fremden Rechtsordnungen wie der deutschen³².

Das Schweigen (*silenzio*) unterscheidet sich in Italien zunächst von einem einfachen *tacere*, also dem schlichten Fehlen von Worten, welches aber von anderen kommunikativen Verhaltensweisen begleitet sein kann.³³ Vom sog. *silenzio circostanziato*, also einem Schweigen, zu dem bestimmte Umstände hinzutreten, die ihm einen rechtlichen Bedeutungsgehalt zuweisen, sind zunächst die bloße Untätigkeit (*inerzia*)³⁴ als neutrales Verhalten ohne Bedeutung³⁵ oder sogar Zeichen des Desinteresses³⁶ bzw. das Schweigen an sich (*silenzio in sé*)³⁷

ti_silenzio-assenzo_degli_organ_i_vorra_un_anno_per_l_applicazione_-233983984/>; <<https://www.lastampa.it/cronaca/2019/08/20/news/trapianti-piu-vicino-il-silenzio-assenso-al-le-donazioni-1.37364060>>; bislang (Stand November 2021) hat sich die Rechtslage nicht verändert.

³¹ *Sacco/De Nova/Sacco*, Il contratto, Band 1, 3. Auflage 2004, S. 289 f.

³² *Cariota Ferrara*, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, 1966, S. 409 f.

³³ *Riviezzo*, Editoriale, in: La rilevanza del silenzio, *Giur. merito – suppl. n. 07/08 – 2008*, 1; vgl. auch *La Torre*, Silenzio (dir. priv.), in: *Enciclopedia del Diritto*, Band 42, 1990, S. 544.

³⁴ Dazu *Patti*, Inerzia e prescrizione nel pensiero di Alberto Auricchio, in: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2019, 143, 144; *ders.*, Acquiescenza, I) Diritto civile, in: *Enciclopedia giuridica*, Band 1, 1988, S. 1 *ders.*, Tolleranza (atti di), in: *Enciclopedia del diritto*, Band 44, 1992, S. 702; *ders.*, Tempo, prescrizione e Verjährung, 2020.

³⁵ So *Irti*, Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere), 1973, S. 89.

³⁶ So Corte d'Appello di Trieste, 30.11.1959, in: *Giust. civ.* 1960, I, 813, 816.

³⁷ Vgl. *A. Benedetti*, *Autonomia privata procedimentale*, 2002, S. 187 ff.; krit. zu diesen Bezeichnungen *Ferrero*, „Dichiarazione espressa“, „dichiarazione tacita“ e autonomia privata, 1974, S. 167 ff.

abzugrenzen. Teils wird die *omissione* (Unterlassung) als Oberbegriff für alle Fälle des rechtlich relevanten Unterlassens einer Handlung (*atto*) gebraucht, während das *silenzio* eine Unterform hiervon darstellt, die sich dadurch auszeichnen soll, dass gerade eine Willenserklärung unterlassen wurde.³⁸ Um auch Fälle des Schweigens und konkludenten Verhaltens unter dem Erklärungsbegriff zu erfassen, wurde mit Bezeichnungen wie *dichiarazione mediata/immediata, diretta/indiretta, implicita/esplicita*³⁹ gearbeitet, wobei teilweise auch als übergeordneter Begriff zur *dichiarazione di volontà* (Willenserklärung) der Terminus *manifestazione di volontà* (Willensäußerung) eingeführt wurde.⁴⁰ Die Termini *dichiarazione/manifestazione tacita* und *comportamento (tacito) concludente* werden überwiegend als Oberbegriffe für ein positiv nach außen hervortretendes schlüssiges Verhalten (*comportamento [positivo/commissivo] concludente*), aber auch für ein Schweigen (*silenzio*) gebraucht.⁴¹

Zu differenzieren ist ferner zwischen Verzicht (*rinuncia*) und Ablehnung (*rifiuto*) – während mittels des Verzichts ein Recht aufgegeben wird, das dem Verzichtenden zusteht, hindert die Ablehnung (teilweise missverständlich als „rinuncia ostativa“ bezeichnet; selbst das Gesetz spricht teils von „rinunziare“; dazu unten § 3 III. 1. b)) den Erwerb eines Rechts.⁴² In der italienischen Rechtswissenschaft werden die Begriffe *acquiescenza* (Verzicht bzw. Anerkennung) und *tolleranza* (Duldung), zumindest außerhalb von Art. 1144 c. c., der ausdrücklich die *tolleranza* behandelt, üblicherweise gleichermaßen verwendet.⁴³ Beiden gemein ist das Element der Duldung. Dabei umfasst die überwiegend im Prozessrecht gebräuchliche *acquiescenza* jedoch mehr als die *tolleranza*, nämlich sowohl die konkludente Zustimmung als auch den konkludenten Verzicht auf ein Recht und wird tendenziell auch eher verwendet, um zum Ausdruck zu bringen, dass der Schweigende den für ihn nachteiligen Rechtsfolgen zustimmt.⁴⁴ Die sog. *decadenza* (als Verfall bzw. Rechtsverlust zu übersetzen) erfasst wiederum Fälle eines Schweigens, das unabhängig von einem entspre-

³⁸ So Sacco, La parte generale del diritto civile, Band 1, Il fatto, l'atto, il negozio, 2005, S. 268 f.

³⁹ Vgl. Betti, Teoria generale del negozio giuridico, 2. Auflage 1952 (Nachdruck), S. 139, der von (*manifestazione*) „indiretta, o implicita“ spricht und den Begriff „tacita“ kritisiert.

⁴⁰ Sacco/De Nova/Sacco, Il contratto, Band 1, 3. Auflage 2004, S. 289 f.; zum engeren Verständnis des Rechtsgeschäfts (vgl. Art. 1324 c. c.): Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 3. Auflage 2009, S. 147.

⁴¹ Vgl. Rolli, Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà, in: Contr. impr. eur. 2000, 206, 227 f., 242 ff., (explizit zur eigenständigen Rolle des Schweigens) 254; Paradiso, Corso di istituzioni di diritto privato, 10. Auflage 2018, S. 340; a. A. etwa Siniscalchi, Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale, in: Rass. dir. civ. 1994, 526, 531 ff. (zum Beginn der Vertragsdurchführung und Schweigen).

⁴² Ferri, Rinuncia e rifiuto nel diritto privato, 1960, S. 4 ff.

⁴³ Patti, Acquiescenza, I) Diritto civile, in: Enciclopedia giuridica, Band 1, 1988, S. 1.

⁴⁴ Patti, Acquiescenza, I) Diritto civile, in: Enciclopedia giuridica, Band 1, 1988, S. 1 f.

chenden Willen von der Rechtsordnung als Verzicht oder auch als Zustimmung oder Ablehnung gewertet wird.⁴⁵

Die Begrifflichkeiten im deutschen Recht erscheinen zwar demgegenüber weniger vielfältig und facettenreich, weisen jedoch ebenso Unschärfen auf: So ist bereits die Terminologie bezüglich „stillschweigender“ Willenserklärungen nicht immer einheitlich – zum Teil werden darunter sowohl das schlüssige Verhalten als auch das Schweigen gefasst⁴⁶, zum Teil ausschließlich Fälle bloßen Schweigens⁴⁷, ja zum Teil soll das Schweigen sogar einen „Gegensatz zur stillschweigenden Willenserklärung“ darstellen⁴⁸. Schon im Jahr 1893 wurde bemerkt, dass der Terminus „stillschweigende Willenserklärung“ der „chameleontischeste“ aller Begriffe sei.⁴⁹ Zur Vermeidung von Missverständnissen wird daher im Folgenden der Begriff „konkludente“ oder „schlüssige“ Willenserklärung als Oberbegriff für all jene Fälle gebraucht, bei denen es zwar an einer ausdrücklichen (sprachlichen) Äußerung mangelt, aber aufgrund anderer Verhaltensweisen – sei es einerseits aufgrund eines aktiven Handelns oder andererseits aufgrund einer Untätigkeit in Gestalt des Schweigens – auf einen Willen des Betroffenen geschlossen werden kann.⁵⁰ Geht es dagegen nur um das Schweigen im engeren Sinne, so soll dieses unter Vermeidung des Begriffs „stillschweigende“ Willenserklärung auch als solches bezeichnet werden.⁵¹

Hinsichtlich des Rechtsverlustes unterscheidet das deutsche Recht klarer als das italienische zwischen dem Verzicht und den anderen Ursachen des Rechtsverlusts, wie etwa der Ausschlagung.⁵² Eine der Unterscheidung zwischen *tolleranza* und *acquiescenza* vergleichbare Nuancierung wird allerdings nicht vorgenommen, was wohl damit zu erklären ist, dass die deutsche Verwirkung ohnehin keine positiven Rechtsfolgen zeitigt. Nur vereinzelt wird der Begriff „Erwirkung“ für einen Rechtserwerb infolge einer Untätigkeit verwendet.⁵³ Auch besteht für die gesetzlich angeordneten Fälle des Rechtsverlusts

⁴⁵ Etwa *Betti*, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. Auflage 1952 (Nachdruck), S. 146 f.; *Travi*, *Silenzio e formazione dei contratti* (Anm. zu Corte di App. Milano 11.1.1952), in: *Giur. it.* 1953, I, 2, 73, 77.

⁴⁶ So etwa *Palandt/Ellenberger*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Auflage 2021, Vor §116 Rn. 6.

⁴⁷ So etwa *Schubert/Armbrüster*, *MüKo BGB*, Band 1, 9. Auflage 2021, Vor 116 Rn. 6; *Hanau*, *Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung – Ein Beitrag zur Kritik der „stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen“*, in: *AcP* 165 (1965), 220, 222.

⁴⁸ So *Staudinger/Singer*, *BGB* 2017, Vorbem. zu §§ 116–144 Rn. 60.

⁴⁹ *Ehrlich*, *Die stillschweigende Willenserklärung*, 1893, S. 277.

⁵⁰ Ebenso wie hier *Kramer*, *Schweigen als Annahme eines Antrags*, in: *Jura* 1984, 235, 238.

⁵¹ So beispielsweise implizit auch *Canaris*, *Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund*, in: *FS Wilburg*, 1975, S. 77 und *Köhler*, *BGB Allgemeiner Teil*, 45. Auflage 2021, § 6 Rn. 4 ff.

⁵² *Ferri*, *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960, S. 5.

⁵³ So von *Canaris*, *Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund*, in: *FS Wilburg*, 1975, S. 77, 97 f.

oder Verfallens infolge eines Schweigens kein der *decadenza* ähnlicher, spezieller Begriff. Bisweilen wird hierfür missverständlich der Begriff „Verwirkung“ gebraucht.⁵⁴

Das deutsche Recht weist damit im Vergleich zum italienischen eine wesentlich geringere Fülle und Genauigkeit an Bezeichnungen für das Schweigen und seine (Unter-)Formen auf, sodass beispielsweise der neutrale Begriff „Untätigkeit“ nur unzureichend den juristischen Bedeutungsgehalt einer „inerzia“, der rechtsterminologisch im klaren Gegensatz zu einem „silenzio“ steht, wiederzugeben vermag und eine Umschreibung desselben notwendig macht. Im Abschnitt zum italienischen Recht werden daher aufgrund der geschilderten Schwierigkeiten nach der Voranstellung einer deutschen Wiedergabe soweit möglich die italienischen Fachbegriffe gebraucht.

3. Abgrenzung des reinen Schweigens zum schlüssigen Handeln

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich dabei bewusst auf die Bedeutung des Schweigens als solches, also der reinen Untätigkeit und will nicht schlüssige bzw. konkludente Handlungen einer Person erfassen, bei denen diese sich vielleicht nicht ausdrücklich durch sprachliche Äußerungen, aber doch durch ein anderes, nach außen hin eindeutig erkennbares Verhalten, wie etwa körperliche Bewegungen oder eine schlichte Durchführung des Vertrags äußert.⁵⁵ Freilich ist die Grenze zwischen den beiden Phänomenen nur sehr schwer zu ziehen und im Einzelfall fließend, sodass sich ein und dieselbe Verhaltensweise je nach Blickwinkel als Schweigen bzw. Unterlassen oder als konkludentes bzw. positives Handeln interpretieren lassen mag.⁵⁶ Dennoch soll versucht werden, im Weiteren nur Fälle des reinen Schweigens (*silenzio*) im Sinne bloßen Nichtstuns oder der völligen Untätigkeit einer Person herauszufiltern, bei denen aktiv überhaupt kein Erklärungszeichen gesetzt wird (*condotta omissiva*), in Abgrenzung zu schlüssigem Verhalten durch ein, wie auch immer geartetes, positives

⁵⁴ So von *Nabholz*, Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, 1961, S. 52 ff.; ebenso auch die deutsche Fassung von Art. 135 des Europäischen Vertragsgesetzbuches (dazu unten § 6 I. 2.).

⁵⁵ Vgl. zur Abgrenzung *Canaris*, Handelsrecht, 24. Auflage 2006, § 23 Rn. 53; *Hanau*, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung – Ein Beitrag zur Kritik der „stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen“, in: AcP 165 (1965), 220, 222; *Lenoci*, Il silenzio nella conclusione e nell'esecuzione del contratto, in: La rilevanza del silenzio, Giur. merito 2008 – suppl. 07/08, 6, 11 f.; *W. Lorenz*, Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, in: JZ 1962, 269, 274.

⁵⁶ *Schmidt, J.*, Der Vertragsschluss, 2013, S. 545 m. w. N.; vgl. auch *Sacco*, La conclusione dell'accordo, in: Gabrielli, I contratti in generale, 2. Auflage 2006, S. 102; grundlegend zur Unterscheidung zwischen positivem und negativem Verhalten abhängig vom jeweiligen Blickwinkel bereits *Perozzi*, Il silenzio nella conclusione dei contratti, in: Riv. dir. comm., Vol IV, I, 1906, 509, 510 ff. und die Kritik hieran bei *Bonfante*, Il silenzio nella conclusione dei contratti, III Studio, in: Scritti giuridici vari, Band 3, Obbligazioni, 1926, S. 192 ff.

Sachregister

- accettazione tacita* 108 ff., 125
acquiescenza 8 f., 52 ff., 127, 137f.
affidamento 28, 90f., 103ff., 223 ff.
Anfechtung 67, 92 f., 112ff., 117ff., 161,
176 ff., 225 f., 235ff., 239ff., 241 ff.,
268 f., 289ff.
apparenza 64ff., 103ff., 207, 214
Aufenthaltsrecht 278 ff., 292 ff., 297 f.,
298 ff., 304 ff., 313, 317, 318 ff., 329 ff.,
335
Auftragsbestätigung 80 f., 185, 193 ff.,
333
Ausschlussfrist 120 ff., 246 ff.,
autoresponsabilità 65, 91, 120, 225, 287,
303
- beredtes Schweigen 56 ff, 145 ff., 165ff.,
192ff., 221ff., 210ff.
buona fede 58, 65, 97, 102ff., 134ff.,
141, 207, 214 ff., 259, 267
- conferma d'ordine* 80f., 185, 333
contratto a carico del solo proponente
43ff., 117ff., 158 f.
contratto unilaterale 96 ff.
culpa in contrahendo 170, 177 f., 215 f.,
330
- decadenza* 8 f., 31, 50 ff., 120ff., 124ff.,
246 ff., 323, 345
dichiarazione di volontà 8, 79, 81ff.,
108 ff., 112 ff., 129 f., 138
Duldung s. *tolleranza*
- Erbschaft (Erwerb) 124ff., 250ff., 318 ff.
Erbstatut 318 ff.
Erfüllungshaftung 64, 104, 174 f., 178,
206 f., 212 ff. 330
- Erklärungsbewusstsein 89ff., 102, 113ff.,
289 f., 295
Erklärungsirrtum 114 f., 118, 235 f.,
240 ff., 290 ff.
Erwirkung 207, 213ff.
- fattura* 78ff., 185, 194 f., 271, 334
- inerzia* 7ff., 35, 94, 103 ff., 120f., 129
Irrtum (Kollisionsrecht) 301 ff.
- kaufmännisches Bestätigungsschreiben
69 ff., 181ff., 241, 243f., 283, 333,
338 ff., 342 ff.
- lettera di conferma* 69ff., 115 f., 181 ff,
218, 271, 333
- Mietvertrag (Verlängerung durch Schwei-
gen) 19 ff., 53f., 161ff.
- normiertes Schweigen 43 ff, 145 ff.,
151ff., 188 ff., 228ff., 239ff.
- prescrizione* 120ff., 246 ff., 323
proroga 42 f., 53ff., 57, 62, 167, 173
- rappresentanza (apparente/tollerata)*
63ff., 136, 174 f., 206 f., 214 ff., 325ff.,
330
Rechtsfolgenirrtum 114, 118, 235 f.,
240 ff., 256
Rechtsschein(haftung) 106 ff., 179, 187,
206f., 214ff., 228, 235, 325 ff.
Rechtsverlust (infolge von Schweigen)
8 f., 31, 50 ff., 120 ff., 124 ff., 244ff.,
323, 345
reticenza 7, 66ff., 87, 114, 176 f.

- rinuncia tacita* 8 f., 31 ff., 52, 120, 124 ff.,
129 f., 131 f., 133 f., 139 f., 257, 262 ff.,
321, 324
- Schadensersatz 7, 43, 49, 51, 66 ff., 101 f.,
154 f., 176 ff., 212, 215 f., 227, 297 f.
- Schenkung (Annahme durch Schweigen)
19, 44 f., 48, 56, 114, 156 ff., 270, 273,
281, 310
- silenzio circostanziato* 37 f., 56 ff., 75,
85 ff., 112 ff., 131, 140 f., 145 ff.
- silenzio con valore legale* 37 f., 43 ff.,
108 ff., 117 ff., 140 f., 145 ff.
- Sonderanknüpfung 276 f., 281 ff., 290,
294 ff., 305 f., 311, 324, 329 ff., 331 f.
- tolleranza* 8 f., 31, 63 ff., 103 f., 135 ff.,
141, 207, 259 ff., 323 f., 332
- Treu und Glauben 58, 65, 97, 102 ff.,
134 ff., 141, 168 ff., 206 f., 213 ff.,
263 ff., 272, 335, 340
- Verfall s. Rechtsverlust
- Verjährung 120 ff., 246 ff., 323
- Verlängerung 20 f., 42 f., 53 ff., 57, 62,
161 ff.
- Verschweigen 7, 66 ff., 87, 114, 176 ff.
- Vertragsstatut (Reichweite) 276 ff.,
281 ff., 285 ff, 290 ff.
- Vertrauensschutz 28, 90 f., 103 ff., 206 ff.,
223 ff., 235 ff.
- Verwirkung 32 f., 323 f.
- Verzicht (durch Schweigen) 8 f., 24 ff.,
31 ff., 120, 131 ff, 133 f., 257 f., 262 f.,
263 ff., 321, 324
- Vertretung (Duldungs-/Anscheinsvoll-
macht) 63 ff., 136, 174 f., 206 f.,
214 ff., 325 ff.
- Vertretungsstatut (Duldungs-/Anscheins-
vollmacht) 325 ff.
- Willensmangel 92 f., 112 ff., 117 ff.,
290 ff.
- Willenserklärung (durch Schweigen)
81 ff., 108 ff., 112 ff., 129 f., 138,
195 ff., 210 ff.
- Untätigkeit s. *inerzia*