

MARVIN STRAUB

Die fahrlässige  
Unkenntnis im  
Privatrecht

*Studien zum Privatrecht*



**Mohr Siebeck**

# Studien zum Privatrecht

Band 130





Marvin Straub

# Die fahrlässige Unkenntnis im Privatrecht

Mohr Siebeck

*Marvin Straub*, geboren 1992; 2019 Erstes Staatsexamen; 2021 Zweites Staatsexamen; seit 2015 am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie der Universität Augsburg tätig, seit 2021 als Akademischer Rat a. Z.; 2024 Promotion.  
orcid.org/0009-0001-7119-3829

ISBN 978-3-16-164113-8 / eISBN 978-3-16-164114-5  
DOI 10.1628/978-3-16-164114-5

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

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.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com), [info@mohrsiebeck.com](mailto:info@mohrsiebeck.com)

*Meiner Frau*



## Vorwort

Im Vorwort zur zweiten Auflage seiner Dissertation schrieb *Josef Esser*, die Arbeit spiegle das „Befremden des jungen Juristen über unsere Befangenheit in selbstgeschaffenen dogmatischen Prämissen und Systemen und über die Unbefangenheit in der Wahl seiner Mittel, diesen scheinbaren Notwendigkeiten irgendwie genüge zu tun.“<sup>1</sup> Das von *Esser* hier so anschaulich beschriebene Befremden hat auch mich über weite Teile der vorliegenden Untersuchung begleitet. Ist es an sich schon bemerkenswert, dass über *Kenntnis und Kennenmüssen* hauptsächlich unter Zurechnungsgesichtspunkten nachgedacht wird, so erstaunt es umso mehr, mit welch scheinbarer Treffsicherheit und Überzeugung die einschlägigen Vorschriften ausgelegt werden. In Literatur und Rechtsprechung dominieren verhaltens- und willentheoretisch fundierte Erklärungsansätze, die mitunter weder richtig begründet noch je kritisch hinterfragt wurden. Das Interpretationsspektrum ist denkbar groß: Kenntnissnormen werden zum Teil dem Gebiet der unerlaubten Handlung zugewiesen, häufiger wird die Obliegenheitslehre bemüht; andere suchen Erkenntnis in rechtsgeschäftlichen oder rechtsethischen Erwägungen und rekurrieren entweder auf den Willen oder auf widersprüchliches Verhalten desjenigen, der etwas wusste oder hätte wissen müssen. Tiefergehende Untersuchungen beschäftigen sich in der Regel nur mit einzelnen Bestimmungen, ohne die dogmatischen Konzeptionen in ihrer Gesamtheit zu erfassen und die ihnen zu Grunde liegenden Wesensmerkmale zu identifizieren.

Ein im *Esser'schen* Sinne selbstgeschaffenes dogmatisches System, mit dem sich die vorliegende Arbeit befasst, ist die Rechtsscheinlehre; sie ist es jedenfalls insoweit, als auf ihrer Grundlage den verschiedenartigen Redlichkeitsmaßstäben eine innere Logik zugesprochen wird. Obwohl bislang keine Untersuchung über die Frage vorliegt, worin sich das Kennenmüssen gem. § 173 BGB von der grob fahrlässigen Unkenntnis gem. § 932 Abs. 2 BGB unterscheidet, sind manche der Meinung, das gesamte Privatrecht verfüge über eine in sich stimmige Rechtsschein-Ordnung. Zur Begründung werden „starke“ und „schwache“ oder „natürliche“ und „künstliche“ Rechtsscheinträger unterschieden und dadurch Systembildung suggeriert, wo in Wahrheit bloße Begriffsbildung betrieben wird.

Die im April 2024 fertiggestellte Untersuchung wurde im Sommersemester 2024 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation

---

<sup>1</sup> *Esser* Rechtsfiktionen 7.

angenommen. Später veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung ist in wichtigen Fällen bis Herbst 2024 eingearbeitet worden.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich Herrn Professor Dr. *Jörg Neuner*, der mich seit meinen ersten Studiensemestern in jeder Hinsicht bedingungslos unterstützt und fördert. Er hat das Thema dieser Untersuchung angeregt und die Arbeit in allen Phasen ihrer Entstehung mit großem Interesse betreut. Ich danke ihm insbesondere auch ganz herzlich für seine kritischen Hinweise und die sehr zügige Erstellung des Erstgutachtens. Ebenso danke ich Herrn Professor Dr. *Phillip Hellwege*, M.Jur. (Oxford) für das äußerst schnell erstattete Zweitgutachten und die weiterführenden Bemerkungen im Rahmen der Disputatio. Dem Verlag Mohr Siebeck bin ich für die Aufnahme in die Reihe *Studien zum Privatrecht* sehr verbunden.

Augsburg, im November 2024

Marvin Straub

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Einleitung .....	1
§ 1 Einführung in den Gegenstand der Untersuchung .....	3
§ 2 Gang der Untersuchung .....	5
Dogmatisch-kritischer Teil .....	7
§ 3 Die Lehren von der unerlaubten Handlung .....	9
§ 4 Die Obliegenheitslehre .....	35
§ 5 Das Selbstbestimmungsprinzip .....	89
§ 6 Venire contra factum proprium .....	107
§ 7 Die Rechtsscheinlehre .....	119
§ 8 Die ökonomische Analyse des Rechts .....	169
Allgemeiner Teil .....	181
§ 9 Dogmatische Einordnung der Kenntnisnormen .....	183
§ 10 Die Sorgfalt beim „Kennenmüssen“ .....	191
Zusammenfassung .....	207

Literaturverzeichnis .....	217
Sachregister .....	239

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Einleitung .....	1
§ 1 Einführung in den Gegenstand der Untersuchung .....	3
§ 2 Gang der Untersuchung .....	5
Dogmatisch-kritischer Teil .....	7
§ 3 Die Lehren von der unerlaubten Handlung .....	9
I. Die These von den „verkürzt formulierten Vorsatz- bzw. Verschuldensnormen“ (Rachlitz) .....	9
1. Konzeptionelle Kritik .....	11
2. Inhaltliche Kritik .....	14
a) Gewährleistungsausschluss gem. § 442 Abs. 1 S. 1 BGB .....	14
b) Gutgläubiger Erwerb gem. §§ 892, 932 ff. BGB .....	16
c) EBV- und Bereicherungshaftung gem. §§ 990 Abs. 1, 819 Abs. 1 BGB .....	18
d) Verjährungsbeginn gem. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB .....	21
3. Zwischenergebnis .....	23
II. Verletzung einer „allgemeinen Rechtspflicht“ (Deutsch) .....	26
III. Verletzung einer „Verkehrssicherungspflicht“ (Oechsler) .....	30
IV. Die These vom „sittenwidrigen Verhalten“ (Serick) .....	32
V. Ergebnis .....	34
§ 4 Die Obliegenheitslehre .....	35
I. Grundlagen .....	35
II. Konzeptionelle Kritik .....	37

<i>III. Die sog. „Untersuchungs- und Erkundigungsobliegenheiten“</i> . . . . .	39
1. Gewährleistungsausschluss gem. §§ 442 Abs. 1 S. 2, 536b S. 2 BGB	39
a) Konstruktive Einwände . . . . .	40
b) Obliegenheitscharakter im Übrigen . . . . .	43
2. Gutgläubiger Erwerb gem. §§ 932 ff. BGB . . . . .	45
a) Das Kausalitätsproblem in der Literatur . . . . .	46
b) Das Kausalitätsproblem in der Rechtsprechung . . . . .	49
c) Obliegenheitscharakter im Übrigen . . . . .	56
d) Zwischenergebnis . . . . .	58
3. Verjährungsbeginn gem. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB . . . . .	59
4. Missbrauch der Vertretungsmacht . . . . .	61
a) „Leicht“ fahrlässige Unkenntnis des Geschäftsgegners . . . . .	64
aa) Allgemeine Erkundigungsobliegenheit gem. §§ 122 Abs. 2, 173 BGB? . . . . .	65
bb) Gesetzgeberische Erwägungsgründe . . . . .	68
(1) Fahrlässigkeit und Gutgläubensschutz . . . . .	69
(2) Genese einzelner Kennntnisnormen . . . . .	70
(3) Zwischenergebnis . . . . .	72
b) Die Evidenztheorie . . . . .	73
aa) Ausschluss von „Prüfungspflichten“ . . . . .	73
bb) Maßgeblicher Beurteilungshorizont . . . . .	75
cc) Verständnis der Rechtsprechung . . . . .	75
c) Zwischenergebnis . . . . .	78
5. Auslegung von Willenserklärungen . . . . .	80
6. Ergebnis . . . . .	84
<i>IV. Annex: „Klarstellungsobliegenheit“ bei positiver Kenntnis</i> . . . . .	85
1. Anfechtungsausschluss gem. § 121 Abs. 1 BGB . . . . .	86
2. Gewährleistungsausschluss gem. §§ 464 a.F., 536b S. 3, 640 Abs. 3 BGB . . . . .	86
§ 5 Das Selbstbestimmungsprinzip . . . . .	89
<i>I. Konditionsausschluss gem. §§ 814 Alt. 1, 815 Alt. 1 BGB</i> . . . . .	89
1. Das Schenkungsdogma . . . . .	89
2. Das Verzichtsdogma . . . . .	92
3. Anerkenntnis und Vergleich . . . . .	95
4. Die These vom „alternativen Behaltensgrund“ . . . . .	95
a) Grundlagen zum sog. „Willensgeschäft“ (Manigk) . . . . .	96
b) Beispielfall . . . . .	98
c) Zwischenergebnis . . . . .	99
<i>II. „Verzicht“ auf Mängelgewährleistungsansprüche</i> . . . . .	99
1. Kenntnis bei Vertragsschluss gem. §§ 442 Abs. 1, 536b S. 1, 2 BGB	99

2. Grob fahrlässige Unkenntnis gem. §§ 442 Abs. 1 S. 2, 536b S. 2 BGB	103
3. Kenntnis bei Annahme bzw. Abnahme gem. §§ 464 a.F., 536b S. 3, 640 Abs. 3 BGB	103
<i>III. Ergebnis</i>	106
§ 6 Venire contra factum proprium	107
<i>I. Kondiktionsausschluss gem. §§ 814 Alt. 1, 815 Alt. 1 BGB</i>	107
1. Die vertrauenstheoretische Begründung	108
2. Der „unlösbare Widerspruch“	110
3. Zwischenergebnis	112
<i>II. Gewährleistungsausschluss bei Vertragsschluss gem. §§ 442 Abs. 1, 536b S. 1, 2 BGB</i>	113
1. Die vertrauenstheoretische Begründung	113
2. Der „unlösbare Widerspruch“	114
<i>III. Gewährleistungsausschluss bei Annahme bzw. Abnahme gem. §§ 464 a.F., 536b S. 3, 640 Abs. 3 BGB</i>	115
<i>IV. Gutgläubiger Erwerb und EBV-Haftung</i>	116
<i>V. Ergebnis</i>	117
§ 7 Die Rechtsscheinlehre	119
<i>I. Das „innere System des Rechtsscheins“</i>	119
1. Konzeptionelle Grundlagen und Kritik	122
a) Fehlender Nachweis im geltenden Recht	122
b) „Grad der Verlässlichkeit und Manipulierbarkeit“	124
2. Die materiell-rechtlichen Schlussfolgerungen	125
a) Gutgläubiger Erwerb gem. § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG	125
b) Ladenvollmacht gem. § 56 HGB	127
3. Zwischenergebnis	129
<i>II. Die ursprüngliche Interdependenz-These</i>	129
1. Rechtsscheintheoretische Grundlagen des gutgläubigen Erwerbs	130
a) Grundbuch	131
aa) Konkretes Vertrauen	132
bb) Abstraktes Vertrauen	135
cc) Mittelbares Vertrauen	137
dd) Zwischenergebnis	137
b) Besitz	138
aa) Legitimationstheoretische Grundlagen	139
bb) Vertrauensstheoretischer Perspektivwechsel	141
cc) „Gesetzliche Typisierung“ des Besitzes als Rechtsscheinträger	143

(1) Besitz als „natürlicher Vertrauensträger“ .....	144
(2) Rechtsscheinwirkung gem. §§ 932 ff. BGB .....	145
(3) Eigentumsvermutung gem. § 1006 BGB .....	148
dd) Kompensationsversuche .....	150
(1) Besitzverschaffungsmacht .....	150
(2) Forderung nach <i>indicia of title</i> .....	153
(3) Norminterne Interdependenz .....	155
2. Institutionelle Interdependenz .....	157
<i>III. Die rechtsscheintheoretische Korrektur des § 990 Abs. 1 BGB</i> .....	159
1. Konzeptionelle Kritik .....	159
a) Methodische und systematische Einwände .....	160
b) Teleologische Reduktion? .....	162
2. Inhaltliche Kritik .....	163
a) Gescheiterter Grundstückserwerb .....	163
b) Erwerb einer obligatorischen Besitzberechtigung .....	164
<i>IV. Ergebnis</i> .....	166
§ 8 Die ökonomische Analyse des Rechts .....	169
<i>I. Gutgläubiger Mobiliarerwerb gem. §§ 932 ff. BGB</i> .....	170
1. Positive Rechtsökonomik .....	170
2. Relative Kostenverteilung .....	172
3. Zwischenergebnis .....	174
<i>II. Gewährleistungsausschluss gem. § 442 Abs. 1 S. 2 BGB</i> .....	174
1. Positive Rechtsökonomik .....	174
2. Relative Kostenverteilung .....	175
<i>III. Kennenmüssen im Sinne des § 122 Abs. 2 BGB</i> .....	176
<i>IV. Ergebnis</i> .....	178
Allgemeiner Teil .....	181
§ 9 Dogmatische Einordnung der Kenntnissnormen .....	183
<i>I. Verhaltens- und willentheoretische Implikationen</i> .....	183
<i>II. Systematische Einsichten</i> .....	185
<i>III. Rechtsnormen sui generis</i> .....	186

§ 10 Die Sorgfalt beim „Kennenmüssen“ .....	191
I. Die Obliegenheitslehre .....	191
II. Begriffsbestimmung in den Protokollen der ersten Kommission .....	192
III. Abstufung der Fahrlässigkeit im Haftungsrecht .....	194
1. Allgemeine Kriterien .....	194
2. Subjektiv schwerer Sorgfaltsverstoß? .....	195
a) Verjährungsbeginn gem. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB .....	196
b) Verschärfte Haftung gem. § 990 Abs. 1 S. 1 BGB .....	197
IV. Analyse weiterer Kennnismenormen .....	198
1. Ausschluss der Erklärungshaftung gem. § 122 Abs. 2 BGB .....	198
2. Ausschluss der Rechtsscheinhaftung gem. § 173 BGB .....	200
3. Zwischenergebnis .....	201
V. Ergebnis .....	202
Zusammenfassung .....	207
Literaturverzeichnis .....	217
Sachregister .....	239



# Einleitung



## § 1 Einführung in den Gegenstand der Untersuchung

Die sogenannten „Kenntnisnormen“ sind bereits des Öfteren Gegenstand privatrechtlicher Untersuchungen gewesen. Ein Großteil der vorliegenden Studien behandelt jedoch überwiegend oder ausschließlich Fragen der Wissenszurechnung; dabei bleibt häufig offen, welche dogmatische Bedeutung die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis *an sich* hat. Zu einzelnen Bestimmungen finden sich zwar tiefergehende Untersuchungen, doch fehlt es bislang nicht nur an einer zusammenhängenden Darstellung, sondern zuweilen auch schlicht an kritischer Reflexion.

Im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen differenziert das deutsche Privatrecht nicht weniger als drei Bewusstseinszustände: Kenntnis, grob fahrlässige Unkenntnis und „leicht“ fahrlässige Unkenntnis. Während in den jeweiligen Normen die „Kenntnis“ stets schadet, ist bezüglich der fahrlässigen Unkenntnis in zweierlei Hinsicht zu differenzieren; zum einen insoweit, als sie nicht immer der Kenntnis gleichgestellt ist, und zum anderen, als mal „grobe“ und mal „jede“ Fahrlässigkeit für erheblich erklärt wird. Diese zweite Unterscheidung wird am deutlichsten sichtbar durch eine Gegenüberstellung der beiden Legaldefinitionen gem. § 932 Abs. 2 und § 122 Abs. 2 BGB. Die fehlende Gutgläubigkeit, wie es in § 932 Abs. 2 BGB heißt, kennzeichnete sich dadurch, dass dem Erwerber bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehöre. Von einem „Kennenmüssen“, wie es in § 122 Abs. 2 BGB heißt, sei hingegen auch dann auszugehen, wenn der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit „kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte.“ Insoweit sollen auch leichtere Nachlässigkeiten beachtlich sein. Beide Definitionen finden sich im geltenden Recht an verschiedenen Stellen wieder: Auf den guten Glauben nehmen etwa die §§ 937 Abs. 2, 990 Abs. 1 S. 1, 1007 Abs. 3 S. 1 und 2024 S. 1 BGB Bezug; der neuere § 16 Abs. 3 GmbHG knüpft den redlichen Erwerb vom nichtberechtigten Listengesellschafter hingegen ausdrücklich an die fehlende Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, obwohl es aufgrund der großen sachlichen Nähe zu § 932 Abs. 2 BGB nahe gelegen hätte, ebenfalls auf den „guten Glauben“ abzustellen. Daneben spielt die grob fahrlässige Unkenntnis auch in anderen Regelungszusammenhängen eine wichtige Rolle, so z.B. beim Verjährungsbeginn gem. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB oder bei den gesetzlichen Haftungsausschlüssen gem. §§ 442 Abs. 1 S. 2, 536b S. 2 BGB; darüber hinaus wird dieser Maßstab etwa auch bei der rechtlichen Bewältigung etwaiger Vollmachtsmissbräuche diskutiert.

In vielen anderen Bestimmungen schadet hingegen auch ein „Kennenmüssen“ i.S.d. § 122 Abs. 2 BGB. Neben sehr relevanten Bestimmungen, wie v.a. den §§ 173, 179 Abs. 3, 405 BGB und § 54 Abs. 3 HGB, ist die „leicht“ fahrlässige Unkenntnis auch in einigen Vorschriften von Bedeutung, die jedenfalls in Bezug auf das „Kennenmüssen“ ein Schattendasein führen; so z.B. in den Normen, die zum Schutze Dritter eine Rechtslage fingieren, solange dieser die wahren Umstände nicht kennt oder kennen muss, vgl. §§ 169, 674, 729 a.F., 1472 Abs. 2 S. 2, 1698a Abs. 1 S. 2, 2140 S. 2 BGB. Was es allerdings bedeutet, etwas wissen zu müssen, und worin sich dieser Maßstab von der grob fahrlässigen Unkenntnis unterscheidet, ist bislang erstaunlicherweise nicht näher untersucht worden und eine zentrale Frage dieser Arbeit.

Des Weiteren gibt es noch eine Reihe wichtiger Bestimmungen, die explizit positive Kenntnis voraussetzen; zu denken ist etwa an die Konditionsausschlüsse gem. §§ 814 Alt. 1, 815 Alt. 1 BGB, die Schuldnerschutznorm gem. § 407 Abs. 1 BGB oder die Erwerbsvorschrift gem. § 892 Abs. 1 BGB. Auch die oben bereits genannten Normen aus dem Gewährleistungsrecht (§§ 442 Abs. 1, 536b BGB) stellen primär auf Mangelkenntnis ab und erklären die grob fahrlässige Unkenntnis nur für beachtlich, soweit der Verkäufer oder Vermieter den Mangel nicht arglistig verschwiegen hat. Gewissermaßen umgekehrt ist die Regelungssystematik bei der Mobilierersatzung gem. § 937 Abs. 1 BGB und der EBV-Haftung gem. § 990 Abs. 1 BGB; dort schadet, wie es jeweils heißt, „bei dem Erwerb“ auch grob fahrlässige Unkenntnis, während nach diesem Zeitpunkt nur noch positive Kenntnis die Ersatzung ausschließt bzw. die Haftung dem Grunde nach begründet. Ungeachtet aller gesetzlicher Differenzierungen spricht die Literatur heute ganz generell vom Schutz des guten Glaubens, soweit es in subjektiver Hinsicht auf die fehlende Kenntnis oder (grob) fahrlässige Unkenntnis ankommt.

Es ließen sich noch zahlreiche weitere Normbeispiele anführen, doch soll dieser kurze Überblick genügen, um den Gegenstand der Untersuchung zu skizzieren. Die vorliegende Studie ist denn auch nicht handbuch- oder kommentarartig strukturiert, hat also insbesondere nicht das Ziel, *alle* potentiell in Betracht kommenden Vorschriften zu erörtern, sondern untersucht die Rechtsnatur der Kenntnisnormen anhand verbreiteter und weniger verbreiteter dogmatischer Konzeptionen (s. sogleich § 2). Dieses Vorgehen ermöglicht nicht nur einen kritischen Blick auf tradierte sowie neuere Deutungsmuster, sondern fördert auch das zentrale Anliegen, die hinter diesen Vorschriften liegenden Wertungen aufzudecken und der bislang ungeklärten Frage nachzugehen, worin sich das „Kennenmüssen“ i.S.d. § 122 Abs. 2 BGB von der grob fahrlässigen Unkenntnis unterscheidet.

## § 2 Gang der Untersuchung

Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich die Notwendigkeit induktiven Vorgehens; es bot sich daher an, das Hauptstück dieser Untersuchung in zwei Teile aufzugliedern, wobei der „Allgemeine Teil“ – der Methode der Induktion entsprechend – am Schluss der Arbeit steht. Zunächst folgt der besondere, „Dogmatisch-kritische Teil“, der nun eben nicht aus einer zusammenhangslosen und kaum erkenntnisversprechenden Aneinanderreihung potentiell interessanter Kenntnissnormen besteht, sondern aus einer detaillierten Analyse etablierter und weniger etablierter dogmatischer Konzeptionen.

Erst vor kurzem ist der Vorschlag gemacht worden, die Kenntnissnormen „kategorial gleich zu behandeln“ wie Verschuldensnormen.<sup>1</sup> In ihnen kämen Pflichten zum Ausdruck, die derjenige, der den fraglichen Umstand kennt oder kennen muss und dennoch handelt, schuldhaft verletzen würde. Der strukturell entscheidende Gesichtspunkt dieser und verwandter Thesen zufolge ist eine Art unerlaubte Handlung des Wissenden (s. dazu § 3). Nach überwiegend vertretener Auffassung konstituieren die Kenntnissnormen hingegen keine „echten“ Pflichten, sondern allenfalls Obliegenheiten; so wird v.a. der „grob fahrlässigen Unkenntnis“ die Kraft zugeschrieben, dem Normadressaten im eigenen Interesse gewisse Erkundigungen und Nachforschungen aufzuerlegen; wer z.B. einen zum Kauf avisierten Gegenstand nicht untersucht, obwohl deutliche Hinweise auf dessen Mangelhaftigkeit vorlagen, der verletze – so die herrschende Interpretation – grob fahrlässig eine sich aus § 442 Abs. 1 S. 2 BGB ergebende „Untersuchungspflicht“. Interessant wird bei dieser unter § 4 erörterten Einordnung auch die Frage sein, ob mithilfe des Obliegenheitsgedankens der Unterschied zur „leicht“ fahrlässigen Unkenntnis einsichtig gemacht werden kann. Es folgen sodann unter § 5 vorwiegend aus der älteren Literatur stammende Konzeptionen, die primär das Tatbestandsmerkmal „Kenntnis“ betreffen und auf dem Selbstbestimmungsprinzip aufbauen. Die Befürworter dieses Modells versuchen, die gesetzlichen Folgen der Kenntnis als solche eines rechtsgeschäftlichen Willens auszugeben: Wer in Kenntnis der Nichtschuld leiste, der schenke, wer in Kenntnis eines Mangels kaufe, der erkläre einen Verzicht etc. Dass diese Einordnung nach wie vor von Bedeutung ist, zeigt ein aktueller Beitrag von *Lobinger*,<sup>2</sup> der dogmatisch insofern Neues liefert, als er den Kondiktionsausschluss bei Kenntnis der

---

<sup>1</sup> Vgl. *Rachlitz* Wissen 264.

<sup>2</sup> JZ 2022, 599.

Nichtschuld (§ 814 Alt. 1 BGB) mit der Figur des „Willensgeschäfts“ (Alfred Manigk) in Verbindung bringt. Im anschließenden § 6, der den Titel „venire contra factum proprium“ trägt, wird die Frage erörtert, ob und inwieweit die für Kenntnis und fahrlässige Unkenntnis vorgesehenen Rechtsfolgen mit dem Widerspruchsverbot einsichtig gemacht werden können. Dieser Ansatz wird vorwiegend zu den §§ 814 Alt. 1, 442 Abs. 1 BGB vertreten, findet sich ganz vereinzelt aber auch im Kontext der §§ 990 Abs. 1, 932 Abs. 2 BGB. Das Gemeinsame all dieser Ansätze besteht nun darin, dass sie jeweils an irgendeine Art von Handlung desjenigen anknüpfen, der etwas wusste oder hätte wissen müssen. Mal soll es ein „unerlaubtes“ oder „obliegenheitswidriges“, mal ein „rechtsgeschäftliches“ oder „widersprüchliches“ Verhalten sein.

Der dogmatisch-kritische Teil setzt sich sodann fort mit einer Erörterung der Rechtsscheinlehre (§ 7). Dieser Abschnitt unterscheidet sich insoweit von den vorherigen, als hier primär eine systematische Frage im Vordergrund steht: Trifft es zu, dass der Umfang des Gutgläubensschutzes von der „Stärke“ des jeweiligen Rechtsscheinträgers abhängt? So erklären sich jedenfalls viele, warum beim Grundstückserwerb gem. § 892 Abs. 1 BGB nur Kenntnis, beim Mobiliarerwerb gem. § 932 Abs. 2 BGB hingegen auch grob fahrlässige Unkenntnis schadet. Andere gehen noch weiter und meinen, auch die ein „Kennenmüssen“ voraussetzenden Tatbestände seien Teil eines wohldurchdachten „inneren Rechtssystem“; so handle es sich etwa bei der Vollmachtsurkunde um einen Rechtsscheinträger, der noch „schwächer“ sei als der Sachbesitz und darin liege der Grund, weshalb gem. § 173 BGB auch „leicht“ fahrlässige Unkenntnis schade. Wieder andere halten auf Grundlage einer so verstandenen Rechtsscheinlehre eine Modifizierung der Redlichkeitsvoraussetzungen gem. § 990 Abs. 1 BGB für folgerichtig und geboten. Nach kritischer Erörterung dieser und weiterer Thesen wird schließlich unter § 8 die ökonomische Analyse des Rechts in die Betrachtung miteinbezogen. Sie bildet den Abschluss des Hauptteils vorwiegend aus methodischen Gründen; denn die Rechtsökonomik gewinnt ihre zu den Wissensnormen entwickelten Interpretationen überwiegend aus den zuvor erörterten Lehren. Dass sie dabei ungewollt deren Schwächen akzentuiert, ist nur *eine* Erkenntnis des dogmatisch-kritischen Teils.

Im sich daran anschließenden allgemeinen Teil wird schließlich auf Grundlage der zuvor gewonnenen Einsichten eine eigene dogmatische Einordnung vorgenommen (§ 9) und versucht, das bislang weitgehend unerforschte „Kennenmüssen“ näher zu beschreiben (§ 10).

## Dogmatisch-kritischer Teil



### § 3 Die Lehren von der unerlaubten Handlung

Es galt bis anhin als gewiss, dass „Kenntnis“ nicht einfach mit „Vorsatz“ gleichzusetzen ist.<sup>1</sup> Auch in Bezug auf die zur Unkenntnis führende „Fahrlässigkeit“ wurde bislang meist angenommen, sie sei „untechnisch“ zu verstehen.<sup>2</sup> Zwar herrscht in dogmatischer Hinsicht keine Klarheit über die Bedeutung des „Kenntnismüssens“, doch schien man sich jedenfalls darüber einig zu sein, dass es nicht um Verschulden im eigentlichen, im „technischen“ Sinne gehe. Nur vereinzelt ist der Versuch unternommen worden, zwischen der grob fahrlässigen Unkenntnis gem. § 932 Abs. 2 BGB und der deliktischen Verschuldenshaftung für fahrlässigen Eigentumsentzug eine Art „Identität“ festzustellen<sup>3</sup> oder die gem. § 990 Abs. 1 BGB erforderliche Unredlichkeit als Bestandteil eines „gestreckten Deliktsanspruchs“ anzusehen.<sup>4</sup> Andere Autoren bringen die Bösgläubigkeit gar mit der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht oder sittenwidrigem Verhalten in Verbindung.<sup>5</sup> Bevor diese Positionen näher zu untersuchen sind, ist auf ein umfassenderes Konzept einzugehen, das unlängst *Richard Rachlitz* vorgelegt hat. Seiner Auffassung nach seien Kenntnismormen „verkürzt formulierte Vorsatz- bzw. Verschuldensnormen“.

#### I. Die These von den „verkürzt formulierten Vorsatz- bzw. Verschuldensnormen“ (Rachlitz)

*Rachlitz* ist der Auffassung, Wissen sei „tatbestandlich nicht isoliert Gegenstand und Bezugspunkt von Normen“.<sup>6</sup> Wo das Gesetz einen bestimmten Kenntnisstand für erheblich erklärt, da sei „stets ein bestimmtes volitives Verhalten im Wissen um bestimmte Umstände adressiert“<sup>7</sup>. Wer z.B. als Käufer einen Mangel

---

<sup>1</sup> S. dazu unten bei Fn. 18 f.

<sup>2</sup> Vgl. *Fischer* Rechtswidrigkeit 180; *Buck* Wissen 33 ff., 37, 45 f.; *Soergel-Henssler* § 932 Rn. 18; *Bohrer* Haftung 315 Fn. 88; *ders.* DNotZ 1991, 124 (125); *Staudinger-Heinze* § 932 Rn. 43; s. auch bereits *Weyl* Verschuldensbegriffe 177; *Müller-Erzbach* AcP 106 (1910) 309 (438).

<sup>3</sup> S. dazu unten II.

<sup>4</sup> S. dazu unter I. 2. c).

<sup>5</sup> S. dazu unten III. und IV.

<sup>6</sup> Wissen 370.

<sup>7</sup> *Rachlitz* Wissen 370.

kennt, der verliere seine Gewährleistungsrechte nicht einfach wegen seiner Kenntnis, sondern weil er es vorsätzlich unterlassen habe, den Verkäufer über diesen Umstand aufzuklären.<sup>8</sup> In den Wissensnormen kämen nach seinem Verständnis „Verhaltenserwartungen“ zum Ausdruck,<sup>9</sup> die der Normadressat zu beachten habe; wer das weiß, was die Norm zu wissen verlange, der müsse dieser Erwartung entsprechend „handeln“,<sup>10</sup> der Käufer, in unserem Beispiel, solle den Mangel „offenlegen“. „Unterlässt“ er dies, indem er den Mangel trotz Kenntnis „verschweigt“, so verstoße er vorsätzlich gegen eine Pflicht.<sup>11</sup> Die Anordnung der jeweiligen Wissensnorm bilde dann die „Sanktion“ für diesen Verstoß, wobei die „Sanktionswürdigkeit“ mit einer „normativ relevanten Gefährdung der Interessen eines anderen“ zu erklären sei.<sup>12</sup> Der einzige Unterschied zum Haftungsrecht bestehe darin, dass die Rechtsfolge nicht auf Schadensersatz, sondern auf „Verlust“ einer Rechtsposition laute.<sup>13</sup>

*Rachlitz* hält es jedenfalls für ein „allgemeines Prinzip“, dass Wissen als Tatbestandsmerkmal „niemals allein für sich genommen – gleichsam als ‚nackte Tatsache‘ – relevant“<sup>14</sup> sei. Vielmehr sprächen „auch (vermeintliche) Wissenstatbestände *notwendig* die personale Korrespondenz von Verhalten, Wissen und Wollen an“.<sup>15</sup> Mit „auch“ meint er, wie auch beim Vorsatz, der ihm als Referenzgebiet dient und aus eben diesen „Elementen“ bestehe. Wenn das Gesetz also von Kenntnis spricht, sei dies eine Abkürzung für „Vorsatz“, wenn von Kennenmüssen und fehlender Gutgläubigkeit, eine solche für „Verschulden“.<sup>16</sup>

<sup>8</sup> S. dazu näher unten 2. a).

<sup>9</sup> Vgl. *Rachlitz* Wissen 267 f.

<sup>10</sup> A.a.O. 68.

<sup>11</sup> A.a.O. 288 und unten 2. a).

<sup>12</sup> A.a.O. 268; dort auch: „so stellt das willentliche ‚Verhalten trotz Wissens‘ bei genauer Betrachtung nichts anderes dar als eine vorsätzliche Verletzung einer sanktionierten Pflicht oder Obliegenheit“; nicht klar ist allerdings, was *Rachlitz* genau unter eine „Pflicht“ oder „Obliegenheit“ versteht. Soweit er bezüglich der Obliegenheit auf eine Standard-Umschreibung aus der Literatur zurückgreift (vgl. a.a.O. 221 mit Fn. 320), ist fraglich, wie diese Definition mit seiner Einordnung in Einklang zu bringen ist, da die aus den Wissensnormen sich ergebenden „Verhaltenserwartungen“ seiner Meinung nach *primär im Fremdinteresse* bestünden (a.a.O. 268). S. zur Lehre von den Obliegenheiten ausf. unten § 4.

<sup>13</sup> S. a.a.O. 269, 264.

<sup>14</sup> A.a.O. 121, 261; der Ansatz dürfte auf *Grigoleit* ZHR 181 (2017) 160 zurückgehen, vgl. a.a.O. 177: Es verstehe „sich von selbst, dass Wissen allein keine nachteiligen Rechtsfolgen zu Lasten des Wissenden rechtfertigen“ könne. Die nachteilige Rechtsfolge finde ihre Legitimation „stets in einem bestimmten ‚Handeln trotz Wissens‘.“

<sup>15</sup> *Rachlitz* Wissen 278.

<sup>16</sup> Vgl. z.B. *Rachlitz* Wissen 279, 280 f.

## Sachregister

- Abtretungshistorie 125 f.  
Anfechtungsobliegenheit 86  
Arglist 15 f., 24, 61–63  
Aufklärungspflicht 10, 14–16  
Auslegung von Willenserklärungen 80–83
- Besitz 138–158
- als „natürlicher Vertrauensträger“ 143–145
  - als Rechtsscheinträger 143–155
  - gesetzliche Eigentumsvermutung 148–150
  - Legitimationstheorie (Gewere) 139–141
  - Vertrauensstheorie 141–157
- Besitzdienerschaft 19, 146  
Besitzverschaffungsmacht 150–152  
Bona fides 28 f., 68 Fn. 198, 70, 117 f., 147, 158, 189 f.  
Bösgläubigkeit 17, 18–21, 29, *siehe auch* Nachforschungs- und Erkundigungsobliegenheiten
- als obliegenheitswidriges Unterlassen 45–59
  - als schuldhaftes Unterlassen 16 f.
  - als sittenwidriges Verhalten 32–34
  - als Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht 30–32
  - als widersprüchliches Verhalten 116 f.
  - bei der EBV-Haftung 18–21, 159–166, 197
  - im Gesellschaftsrecht 119–122, 125–127
  - im Handelsrecht 66 f., 127–129, 201
  - im Immobiliarsachenrecht 17 f., 131–138, 163 f.
- Kausalitätsproblem im Mobiliarsachenrecht 45–56
  - Missbrauch der Vertretungsmacht 61–80
  - subjektiv schwerer Sorgfaltsverstoß 195–197
  - und Kennenmüssen 192–194, 198–205
  - und Legitimationstheorie 141, 142
  - und Vertrauensstheorie 141–143, 153–155, 157 f., 167
  - Verhältnis zum Verschulden 18–21, 26–29, 30–32, 204 f.
- Cheapest cost avoider 172–174, 177 Fn. 50  
Culpa in contrahendo 79  
Culpa lata 70, 158, 170, *siehe auch* Fahrlässigkeit, grobe  
Culpa levis 69, 149, *siehe auch* Fahrlässigkeit, leichte
- Deutungsdiligenz 83  
Diligenzpflicht 27 Fn. 118, 41 Fn. 37, 171  
Due diligence 42 Fn. 44, 65 Fn. 177, 125 f.
- Eigentumsvermutung 148–150  
Erklärungshaftung 65, 70, 176–178, 198–200  
Erkundigungsobliegenheiten *siehe* Nachforschungs- und Erkundigungsobliegenheiten  
Ersitzung
- Mobiliarersitzung 140 f., 160 f., 173 f., 193
  - Tabularersitzung 131 f., 161
- Evidenzstheorie 73–78, 202–205

- Fahrlässigkeit 11, 72, *siehe auch* Bösgläubigkeit; Kennenmüssen
- Abstufung im Haftungsrecht 194–197
  - grobe 16 f., 18–23, 26–29, 32–34, 39–43, 56–63, 65–83, 103, 115, 119–122, 127–129, 155 f., 159–163, 165 f., 171–173, 175 f., 194–197, 202–205
  - leichte 20 Fn. 80, 31 Fn. 144, 42 f., 61–63, 64–73, v.a. 69, 77 f., 78–80, 121 f., 125–127, 165 f., 171 f., 172, 175, 176–178, 192–194, 198–205
  - Verhältnis zur Evidenz 73–80, 202–205
  - Verkehrskreis 42 f., 58 f., 60, 67, 75–77, 82, 188–190, 195, 196 f., 204 f.
- Fahrlässigkeitsgrade 3 f., 67–69, 194–197
- Fahmiserwerb *siehe* gutgläubiger Mobiliererwerb
- Fahrzeugbrief 47, 52 f., 54 f., 56, 58, 153, 156, 166, 173
- Gestreckter Deliktsanspruch 18–21
- Gewährleistungsausschluss
- Klarstellungsobliegenheit 86 f.
  - ökonomische Analyse des Rechts 174–176
  - Untersuchungsobliegenheit 39–45
  - venire contra factum proprium 113–116
  - verschuldenstheoretische Einordnung 14–16
  - Verzichtsthese 99–105
- Gewere 139–141
- Gragani-Geige 28, 55, 83
- Grob fahrlässige Unkenntnis *siehe auch* Bösgläubigkeit; Fahrlässigkeit; Kennenmüssen
- Nachforschungs- und Erkundigungsobliegenheiten 39–45, 56–85, 125–129, 165 f., 171 f., 174 f., 191 f.
  - subjektiv schwerer Sorgfaltsverstoß 195–197
  - Verhältnis zur Evidenz 73–80, 202–205
- Grundbuch 17 f., 120 f., 131–138, 162–164, 166 f., 178 f., 188
- Gutgläubiger Immobiliärerwerb
- Verhältnis zur EBV-Haftung 159–166
  - verschuldenstheoretische Interpretation 17 f.
  - vertrauensstheoretische Konzeptionen 131–138
- Gutgläubiger Mobiliererwerb *siehe auch* Bösgläubigkeit
- allgemeine Rechtspflicht 26–29
  - Erkundigungsobliegenheiten 45–59, 170–174
  - Interdependenz zwischen Besitz und Redlichkeit 155 f.
  - Legitimationstheorie 138–141, 150–152, 153
  - ökonomische Analyse des Rechts 170–174
  - venire contra factum proprium 116 f.
  - verschuldenstheoretische Einordnung 16 f.
- Indicia of title 153–155
- Interdependenz
- insbes. beim gutgläubigen Erwerb 129–158, 166 f.
  - System des Rechtsscheins 119–129
- Kalkulationsirrtum 84
- Kennenmüssen *siehe auch* Bösgläubigkeit; Fahrlässigkeit
- Abgrenzung zur grob fahrlässigen Unkenntnis 61–85, 191–205
  - Auslegung von Willenserklärungen 80–82
  - Entstehungsgeschichte 68–73, 192–194
  - Fahrlässigkeit und Gutgläuberschutz 68 f.
  - im EBV 164–166
  - innerhalb der Rechtsscheinlehre 122–129
  - Missbrauch der Vertretungsmacht 61–85
  - ökonomische Analyse des Rechts 176–178
- Kenntnis
- der Norm 22, 102 f., 106
  - keine Pflicht zur 79 f., 83, 85, 204
  - nachträgliche 19 f., 25

- Obliegenheitslehre 44 f., 85 f.
- Rechtsirrtum 188–190
- Rechtsscheinlehre 132–138, 151 Fn. 226, 152, 154, 164
- und rechtsgeschäftliches Handeln 89–106
- und schuldhaftes Handeln 9–26, 32, 34, 183 f., 194 f.
- und widersprüchliches Verhalten 107–117
- Verhältnis zum Vorsatz 9–13, 20 f., 22, 23–25, 183 f.
- Klarstellungsobliegenheiten 85–87, *siehe auch* Obliegenheitslehre
- Kondiktionsausschluss
  - alternativer Behaltensgrund (Willensakt) 95–99
  - Schenkung 89–91
  - venire contra factum proprium 107–112
  - Verzicht, mutmaßlicher 92–94
- Ladenvollmacht 127–129
- Legitimationstheorie 138–141, 150–152
- Mangelkenntnis *siehe* Gewährleistungsausschluss
- Missbrauch der Vertretungsmacht 61–80, 84 f.
  - Evidenztheorie 73–80
  - „leicht“ fahrlässige Unkenntnis 61–74, 77–80, 84 f.
- Mobiliarersatzung *siehe* Ersitzung
- Nachforschungs- und Erkundigungsobliegenheiten 39–85, *siehe auch* grobfahrlässige Unkenntnis
  - allgemeine Erkundigungsobliegenheit 64–73, 84 f., 125–127, 170–173, 174 f., 177 Fn. 50
  - als Pflicht 27 f., 30–32
  - Auslegung von Willenserklärungen 80–82
  - gutgläubiger Mobiliarerwerb 45–59
  - Kausalitätsproblem 46–56
  - Mängelgewährleistungsrecht 39–45
  - Missbrauch der Vertretungsmacht 61–80
- ökonomische Analyse des Rechts 171, 172, 174 f., 176–178
- Verjährungsbeginn 59–61, 85, 196 f.
- Naturhistorische Methode 144 f.
- Obliegenheitslehre *siehe auch* Nachforschungs- und Erkundigungsobliegenheiten
  - Grundlagen 35–37
  - Klarstellungsobliegenheiten 85–87
  - Konzeptionelle Kritik 37–39
- Ökonomische Analyse des Rechts 169–179
  - Gewährleistungsausschluss 174–176
  - gutgläubiger Mobiliarerwerb 170–174
  - Kennenmüssen 176–178
  - positive Rechtsökonomik 170–172, 174 f.
  - relative Kostenverteilung 172–174, 175 f., 176–178
- Pflichtgedanke 9–34, 78–80, 80 f., 85, *siehe auch* Obliegenheitslehre
- Privatautonomie *siehe* Selbstbestimmungsprinzip
- Reasonable man 75, 81, 198, *siehe auch* Evidenztheorie
- Rechtsscheinlehre 119–167
  - Besitz 138–157
  - bewegliches System 156
  - EBV-Haftung 159–166
  - Eigentumsvermutung 148–150
  - Gesellschafterliste 119–122, 125–127
  - Grundbuch 131–138
  - indicia of title 153–155
  - inneres Rechtsscheinsystem? 119–129
  - Interdependenz 129–158, v.a. 155 f., 157 f.
  - Ladenvollmacht 127–129
  - natürliche und künstliche Vertrauens-träger 143–145
- Rechtsscheinvollmacht 64–68, 70, 78–80, 154 f., 200 f.
- Rechts- und Tatsachenirrtum 68–73, 183, 187–190

- Rechtswidrigkeit 13 Fn. 34, 25, 55 f., 57, 111
- Redlichkeit 20, 29, 50, 58, 71, 83, 117 f., 122–124, 127, 141–143, 152, 155 f., 166 f., 188–190, 203 f.
- Scheintatbestand *siehe* Rechtsscheinlehre
- Schenkung 89–91, 94
- Schutzwürdigkeit *siehe* Bösgläubigkeit; Kennenmüssen
- Selbstbestimmungsprinzip 89–106
- Schenkungsthese 89–91
  - Verzichtsthese 92–94, 99–105
  - Willensgeschäft 95–99
- Sittenwidrigkeit 14 f., 32–34
- Sorgfalt *siehe* Fahrlässigkeit; Kennenmüssen
- Subjektiv schwerer Sorgfaltsverstoß 195–197
- System der Rechtsscheinlehre 119–167
- Transaktionskosten 170–178
- Treu und Glauben 68 Fn. 198, 83, 84, 92, 104, 117, 189 Fn. 30, *siehe auch* bona fides
- Venire contra factum proprium 107–118
- Gewährleistungsausschluss 113–116
  - gutgläubiger Mobiliarerwerb 116 f.
  - Kondiktionsausschluss 107–112
  - verschärfte EBV-Haftung 116 f.
- vertrauens theoretische Begründung 108–110, 113 f.
  - unlösbarer Widerspruch 110–112, 114 f., 116 f.
- Verhaltenserwartung 9 f., 14–16, 17 mit Fn. 61, 21 f., 30, 35, 41, 169 f., 184 f.
- Verjährungsbeginn 21–23, 59–61, 85, 196 f.
- Verkehrerschutz 20, 28 f., 64 f., 70, 73, 75, 78–80, 135, 154, 158, 189, 195
- Verkehrssicherungspflicht 30–32
- Verkürzt formulierte Verschuldensnormen 9–26, 183 f.
- Verschärfte Bereicherungshaftung 18–21
- Verschärfte EBV-Haftung 30–32, 159–166, 197
- als gestreckter Deliktsanspruch 18–21
- Vertrauensträger, natürliche und künstliche 143–145, 167
- Vorsatz 9–13, 20 f., 22, 23–25
- Vorstellungstheorie 11–13, 24 f.
- Widerspruchsverbot *siehe* venire contra factum proprium
- Willensgeschäft 95–99
- Willenstheorie 11 f.
- Zulassungsbescheinigung Teil II *siehe* Fahrzeugbrief