

## Schweigen als WE

### Anspruch des Klein gegen die KG

K könnte gegen die gemäß §§ 161 II, 124 I HGB teilrechtsfähige KG einen **Anspruch aus § 280 I BGB** auf Zahlung von 30.000 € wegen Verletzung der (leistungsbezogenen) Beratungspflichten aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag haben.

#### I. Bestehen einer Beratungspflicht / wirksamer Vertrag mit der KG

Dann müsste zwischen K und der KG überhaupt ein wirksamer Geschäftsbesorgungsvertrag bestehen.

1. **Geschäftsbesorgung** ist eine Tätigkeit in *fremdem Interesse*. Erforderlich für einen Geschäftsbesorgungsvertrag ist eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages zu leisten ist. Es muss sich, insoweit enger als beim Auftrag, um eine Tätigkeit handeln, die Raum für *eigenverantwortliche* Überlegung und Willensbildung des Geschäftsbesorgers lässt.
  - a. Das ist hier der Fall, weil die Entscheidung, wie sie die jeweiligen Anlageberatungen vorbereitet - von der getroffenen Absprache abgesehen -, weitgehend der Eigeninitiative der fachkompetenten KG überlassen bleiben sollte. Diese Tätigkeit war zweifellos auch wirtschaftlicher Art, da sie enge Bezüge zum Vermögen des K hatte. Die Tätigkeit war auch im fremden Interesse, da sie auf solche Geschäfte gerichtet war, für die K als Geschäftsherr in Wahrnehmung seiner Vermögensinteressen eigentlich selbst zu sorgen hätte, die ihm aber gerade durch diesen Vertrag abgenommen werden sollte.

Daher wäre die Beziehung zwischen K und der KG grundsätzlich als Geschäftsbesorgungsvertrag zu charakterisieren, und zwar - weil kein gegenständlich messbarer Erfolg geschuldet ist - nicht in der Form des Werk-, sondern des Dienstvertrages.

- b. Auf diesen Vertrag sind neben § 675 BGB und den dort aufgeführten Auftragsvorschriften subsidiär auch die Regeln des Dienstvertrages anzuwenden (vgl. Pal. § 675, RN 2). Da aber auch diese Vorschriften keine Spezialregelung über eine vertragliche Schlechterfüllung enthalten, ist auf das Schuldrecht-AT (§ 280 I BGB) zurückzugreifen.
  2. Fraglich ist aber, ob auch hinsichtlich dieser konkret im Streit befindlichen Angelegenheit ein wirksamer Geschäftsbesorgungsvertrag vorlag.
    - a. Dann müsste zunächst überhaupt ein **Vertragsangebot des K an die KG** gemäß § 145 BGB vorliegen. Dieses liegt in dem Schreiben vom 20. September 2004 vor, das zweifellos auf den Abschluss eines solchen Vertrages abzielte.
    - b. Fraglich ist aber, ob eine **wirksame Annahmeerklärung der KG** gegeben ist.

Da die KG nicht selbst handeln kann, kommt es auf deren Vertreter an. Das ist hier allein der Komplementär H. Eine ausdrückliche Erklärung gemäß § 147 BGB hat der H keinesfalls abgegeben.

- c. Zu prüfen wäre § 151 S.1 BGB. In dieser Vorschrift wird unter bestimmten Voraussetzungen auf den *Zugang der Erklärung* der Annahme verzichtet, nicht auf die Annahme selbst.

Diese Voraussetzungen könnte man hier in der Tat annehmen, wofür vor allem die getroffene Vereinbarung spricht, dass sich die Gesellschaft nur bei negativem Prüfungsergebnis melden muss. Allerdings könnte man hier nicht vor der Rückkehr des H von der Geschäftsreise von einem Vertragsschluss ausgehen, weil eben eine *irgendwie nach außen tretende eindeutige Betätigung des Annahmewillens* erforderlich ist (Pal. § 151, RN 2). Das kommt hier frühestens für den Zeitpunkt nach Prüfung der wirtschaftlichen Lage der Aktiengesellschaft, also 10. Oktober 2004, in Frage.

- d. Fraglich ist daher, ob nicht schon zu einem *früheren* Zeitpunkt aufgrund der besonderen Umstände ein Vertragsschluss zustande kam, nämlich ein **Vertragsschluss durch Schweigen**.<sup>1</sup>

Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, dass Schweigen i.d.R. keine Willenserklärung ist, sondern das Gegenteil einer Erklärung. In bestimmten Situationen kann ein Schweigen allerdings einen objektiven Erklärungswert haben, sog. **beredtes Schweigen** (Pal. vor § 116, RN 7). Das gilt vor allem dann, wenn ein Schweigen ausdrücklich *als Erklärungszeichen vereinbart* wurde. Hieran könnte man im vorliegenden Fall aufgrund der Vereinbarung der Parteien, eine Nichtantwort sei als positive Auskunft zu werten, durchaus denken.

Allerdings ergeben sich doch einige Zweifel, ob man auch unter Abwesenden mit der Rechtsfigur des beredten Schweigens arbeiten kann, da hier doch wohl keine solche Eindeutigkeit und Kontrollierbarkeit gegeben ist wie bei Anwesenden. Die Durchbrechung des Grundsatzes, dass Schweigen keine Willenserklärung ist, sollte auf ganz eindeutige Fälle beschränkt bleiben.

Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben, wenn sich ein Vertragsschluss hier aus einem anderen Gesichtspunkt ergibt.

- e. Die Annahme des Angebotes könnte nämlich **gemäß § 362 I 1 HGB fingiert** sein.
- aa. Erforderlich ist die Kaufmannseigenschaft *des Antragsempfängers*, die sich für die KG aus § 6 I HGB ergibt.
- bb. Dass der Antrag auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet war, der eine Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 BGB zum Gegenstand hat, wurde oben bereits festgestellt.
- cc. Weiter ist das **Bestehen einer Geschäftsverbindung** erforderlich. Eine solche liegt vor, wenn die Beziehung der Parteien *auf eine gewisse Dauer angelegt* ist und den wiederholten Abschluss von Geschäften erwarten lässt. Hier ist dies der Fall, und die angetragene Geschäftsbesorgung steht als Anlageberatung auch zweifellos im Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb der KG.
- dd. Da somit die Voraussetzungen des § 362 I 1 HGB vorlagen, war die KG verpflichtet, „**unverzüglich**“ zu antworten, gemäß § 121 BGB also ohne schuldhaftes Zögern.

Dabei ist dem Antragsempfänger i.d.R. eine gewisse Überlegungsfrist zuzubilligen; wie lang diese ist, richtet sich nach den Umständen, insbesondere der Art und Eilbedürftigkeit des konkreten Geschäftes.

Hier spielt die Absprache der Parteien eine entscheidende Rolle. Sie führt grundsätzlich dazu, dass zumindest ab dem Zeitpunkt, zu dem spätestens eine negative Antwort über die Anlagerisiken erwartet werden konnte, auch die Fiktion des § 362 I 1 HGB eintreten müsste. Das war hier zwei Wochen nach Eingang des Schreibens am 20. September 2004, also am 4. Oktober 2004 der Fall. Dass diese Frist nicht eingehalten wurde, lag an einem Organisationsverschulden der KG (s.u.).

- ee. Fraglich ist allerdings, ob hieran nicht die Tatsache etwas ändert, dass der H, auf den allein es nach der Absprache und nach den Vertretungsverhältnissen ankam, **keine Kenntnis von dem Antrag** hatte.

Mit der überzeugenden h.L. ist davon auszugehen, dass die Unkenntnis vom Antrag die Wertung des Schweigens als Zustimmung *zumindest* dann nicht ausschließt, wenn die Unkenntnis auf Verschulden des Schweigenden beruht. Hierfür spricht, dass der Widerspruch „unverzüglich“ erfolgen muss, also über § 121 BGB eben ein Verschuldensmoment mit genannt ist. Richtigerweise wird man nicht einmal Verschulden zu fordern haben, sondern es muss genügen, wenn die Unkenntnis sich aus Gründen ergibt,

<sup>1</sup> Hierzu vgl. Hemmer/Wüst, Primäranspruch I, RN 141 ff.

die dem unternehmerischen *Organisationsrisiko* des Schweigenden zuzurechnen sind (vgl. auch B.H. § 362, RN 5).

Im konkreten Fall liegen die Voraussetzungen für die Anwendung von § 362 I BGB aber selbst dann vor, wenn man die höhere Hürde des Verschuldens fordern würde: Die Unkenntnis ist deswegen verschuldet, weil ein ordentlicher Kaufmann vor Geschäftsreisen dafür zu sorgen hat, dass Vorsorge zur Abwicklung der täglichen Geschäfte getroffen ist. Er hat seinen Betrieb so zu organisieren, dass er entweder doch irgendwie schnell Kenntnis von solchen Schreiben erhält oder diese auf andere Weise erledigt werden (Rücksendung, evtl. einstweilige Bearbeitung durch Vertreter usw.). Da er dies nicht getan hat, hat er die erforderliche Sorgfalt gemäß § 276 I BGB verletzt.<sup>2</sup>

Da es sich um eine besondere Pflicht handelt, die sich gerade aus der besonderen Art der abgewickelten Geschäfte ergibt, fällt der Fehler auch in den Risikobereich der KG.

**Zwischenergebnis:** Gemäß § 362 I 1 HGB kam es spätestens ab dem 4. Oktober 2004 zu einem wirksamen Vertragsschluss zwischen K und der KG.

### **Exkurs**

Im Rahmen eines Vertragsschlusses nach § 362 I S.1 HGB kann sich das Problem stellen, ob der Vertrag anfechtbar ist. Zum Teil wird argumentiert, einen gesetzten Scheintatbestand könne die Anfechtung nicht beseitigen. Zudem müsse berücksichtigt werden, dass der Vertragsschluss nicht auf eine Willenserklärung beruht sondern *kraft Gesetzes* zustande kommt. Die h.M. wendet dagegen die §§ 119ff. *entsprechend* an um *Wertungswidersprüche* zu verhindern, wenn sie ebenso bei einer ausdrücklichen Erklärung eingreifen würden. Schließlich sind keine guten Gründe ersichtlich, weshalb eine schweigende Partei stärker gebunden sein soll als diejenige, die eine Willenserklärung abgibt. Einigkeit besteht nur dahingehend, dass eine Anfechtung wegen *Irrtums über die Bedeutung des Schweigens* ausscheiden muss, um den Zweck des § 362 I HGB nicht zu untergraben. Dasselbe gilt für das kaufm. Bestätigungsschreiben i.Ü. entsprechend.

## **II. Die Pflichten aus dem wirksamen Vertrag wurden in jedem Fall auch verletzt:**

Da ein Vertrag über die Anlageberatung für Anleihen im Wert von 30.000 € zustande gekommen war, hätte die KG nach der Absprache mehr tun müssen, als nur Bankauskünfte einzuholen. Da die finanziellen Schwierigkeiten der „MobilTV-AG“ auch schon längere Zeit erkennbar waren, hatte die KG die Pflicht, diese Information den einschlägigen Unterlagen zu entnehmen, dem K gegenüber eine Warnung auszusprechen und ihm vom Kauf abzuraten. Diese Pflicht hat sie verletzt.

## **III. Vertretenmüssen:** In diesem Unterlassen liegt eine gemäß § 276 I BGB schuldhaft, weil fahrlässige Pflichtverletzung seitens des H.

Das persönliche Verschulden des H wird der KG **analog § 31 BGB** zugerechnet. Die Vorschrift ist sowohl bei der KG analog anwendbar, da insoweit im HGB eine Gesetzeslücke vorliegt und die Interessenlage nicht anders ist als im Verein (Handlungsunfähigkeit des Vertretenen; körperschaftliche Struktur der KG).

## **IV. Kausaler Schaden:**

1. Aufgrund dieser schuldhaften Pflichtverletzung entstand dem K ein Schaden von 30.000 €, da die Anleihen mittlerweile praktisch wertlos sind.

<sup>2</sup> Seitens des Klausurbearbeiters war hier kein Einzelwissen gefragt, sondern nur eine kurze Auseinandersetzung mit dem Begriff „unverzüglich“.

Die Pflichtverletzung war grds. auch kausal für den Schaden. Dies gilt insbesondere auch für das Verlesen: Da der Kauf der Wertpapiere erst am 30. Oktober 2004 erfolgte, wäre also auch zu diesem Zeitpunkt noch genug Zeit gewesen, dies nach sorgfältiger Prüfung der Geschäftslage zu verhindern.

Grundsätzlich ist daher Schadensersatz in Form einer Zahlung von 30.000 € zu leisten (§ 251 I BGB).

2. Fraglich ist, ob eine Schadens Kürzung nach den Grundsätzen des **rechtmäßigen Alternativverhaltens** in Betracht kommt. Hierbei handelt es sich nicht um eine Frage der Kausalität, sondern um eine wertende Betrachtung, ob man den Schaden noch dem Schutzzweck der Norm zurechnen kann (Pal. vor § 249, RN 105 ff).

Immerhin war vereinbart, dass bis zu einem Betrag von 3.000 € die eingeholten Bankauskünfte ausreichen würden. D.h., wäre der Auftrag bei oder unter 3.000 € gelegen, dann wäre auch ein Schaden in dieser Höhe entstanden.

Eine solche Argumentation muss aber abgelehnt werden. Für die Alternativbetrachtung darf nämlich nicht eine andere Sachverhaltsvariante herangezogen werden, sondern es muss gefragt werden, ob bei *exakt diesem* Sachverhalt (hier: Auftrag über 30.000 €) eine solche Alternative rechtmäßigen Verhaltens bestanden und zu einem Schaden geführt hätte. Bei einem Auftrag in der hier tatsächlich gegebenen Höhe bestand nach den Vereinbarungen aber gar keine rechtmäßige Alternative, mit der der Schaden ebenfalls eingetreten wäre: Vereinbart waren die *weitergehenden* Prüfungspflichten, und diese hätten den Schaden vermieden.

- V. Eine Fristsetzung gemäß § 281 I BGB ist entbehrlich, da der geltend gemachte Schaden keinen Schadensersatz *statt der Leistung* i.S.d. § 280 III BGB darstellt, sondern einen **Folgeschaden** i.S.d. § 280 I BGB. Dies ergibt sich v.a. daraus, dass dieser konkrete Schaden auch bei gedachter Nachholung der ordnungsgemäßen Pflichterfüllung (Beratung) nicht wieder wegfallen würde.

- VI. Zu diskutieren ist noch ein mögliches **Mitverschulden des K gemäß § 254 I BGB** aufgrund der zu schwach getippten "Null". Wegen des recht schweren Verschuldens der KG ist aber davon auszugehen, dass dieser Flüchtigkeitsfehler so weit in den Hintergrund tritt, dass eine Anrechnung ausscheidet.<sup>3</sup>

**Ergebnis:** Ein Anspruch des K gegen die KG aus § 280 I BGB auf Zahlung von 30.000 € Schadensersatz wegen Schlechterfüllung des Geschäftsbesorgungsvertrages besteht.

---

<sup>3</sup> A.A. bei entsprechender Begründung natürlich gut vertretbar.