

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

hinsichtlich I 3 der Ent-
scheidungsgründe

HGB § 346

Der Absender eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens
muß erforderlichenfalls nicht nur beweisen, daß das
Schreiben dem Empfänger zugegangen ist, sondern auch,
wann dies geschehen ist.

BGH, Urt. v. 18. Januar 1978 - IV ZR 204/75 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 204/75

URTEIL

Verkündet am

18. Januar 1978
H e l l m a n n ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der W [REDACTED] & Co. Kommanditgesellschaft in Liquidation,
D [REDACTED] weg [REDACTED], B [REDACTED] [REDACTED], vertreten durch ihre Liquida-
toren Anton M [REDACTED] in B [REDACTED] und Paul N [REDACTED] in Bo [REDACTED],
2. des Dipl.-Kfm. Dr. Gert W [REDACTED], G [REDACTED] weg [REDACTED],
H [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die O [REDACTED] P.V.B.A., [REDACTED] Bo [REDACTED], No [REDACTED] [REDACTED], Belgien,
vertreten durch den Geschäftsführer Fernand Eugene
Charles C [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 1977 durch die Richter Prof. Johannsen, Dr. Buchholz, Knüfer, Rottmüller und Dr. Hoegen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 7. Juli 1975 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1), ein Binnenschiffahrtsunternehmen (im folgenden: Beklagte), beabsichtigte im Frühjahr 1970, ihre fünf Motorschiffe M 1 bis M 5 zu veräußern. Der Schiffsmakler Otto Dü■■■■ bot ihr im März 1970 seine Maklerdienste an und war anschließend als ihr Makler um den Verkauf der Schiffe bemüht. Die Gesellschafterversammlung der Beklagten, deren persönlich haftender Gesellschafter der Beklagte zu 2) ist, beschloß am 30. März 1970, "den Verkauf sämtlicher Schiffe oder die Veräußerung aller Geschäftsanteile zu eruierten". Am 8. April 1970 fand eine Besprechung zwischen dem Makler Dü■■■■ und dem inzwischen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

verstorbenen Carl Ni[REDACTED]-Os[REDACTED] statt, einem Angestellten der mit der Beklagten in Geschäftsverbindung stehenden Firma K[REDACTED] GmbH in Du[REDACTED], der die Beklagte bei der Suche nach einer Verkaufsgelegenheit unterstützen sollte. Ende April 1970 führte Otto Dü[REDACTED] der Beklagten als möglichen Käufer die Klägerin zu, eine im selben Monat gegründete Gesellschaft, die sich für den Kauf der Schiffe zum Gesamtpreis von 4 Mio. DM interessierte. Die Klägerin wollte sie zum Weiterverkauf erwerben. Otto Dü[REDACTED] bot sie daher - nach dem Vorbringen der Klägerin nunmehr als ihr Makler - der Firma van Ni[REDACTED] und dem Reeder Ka[REDACTED] an. Van Ni[REDACTED] zeigte Interesse für die Schiffe M 3 bis 5 zu einem Preis von 2,5 Mio. DM. Ka[REDACTED] erklärte sich Otto Dü[REDACTED] gegenüber Ende Mai 1970 telegrafisch bereit, M 1 und 2 zu je 900.000,-- DM zu übernehmen.

In der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 2. Juni 1970 berichtete der Verbindungsmann Ni[REDACTED]-Os[REDACTED] über den Sachstand und teilte mit, der Reeder Ka[REDACTED] habe sich vor kurzem unmittelbar an ihn gewandt, worauf man über einen Verkauf sämtlicher fünf Schiffe an Ka[REDACTED] zu einem Gesamtpreis von 4,5 Mio. DM gesprochen habe. Die Gesellschafterversammlung beschloß den Verkauf der fünf Schiffe an einen Erwerber oder alternativ - "jedoch bevorzugt" - den Verkauf der Gesellschaftsanteile, wobei jeweils ein Preis von 4,5 Mio. DM angestrebt werden sollte; die Verhandlungen mit den Herren Dü[REDACTED] und Ka[REDACTED] sollten "fortgesetzt bzw. aufgenommen" werden.

Otto Dü[REDACTED] verhandelte sodann mit dem damaligen Bevollmächtigten der Beklagten, Siegfried Kü[REDACTED], um einen Kaufvertrag zwischen den Parteien über die fünf

Schiffe zustande zu bringen. Er bestätigte gegenüber Siegfried Kü[REDACTED] unter dem 25. Juni 1970 den Inhalt eines Telefongesprächs vom 23. des Monats wie folgt:

" Bei obigem Telefonanruf bestätigten Sie wie folgt:

Alle Gesellschafter sind einverstanden. Nun sind Sie am Zuge betr. finanzielle Angelegenheiten, dann ist die Sache in Ordnung.

Das bedeutet, daß die Gesellschafter der (Beklagten) zugestimmt haben die M 1 bis 5 für ... DM 4.000.000,-- an die (Klägerin) lt. vorliegendem Vertragsentwurf zu übertragen.

Voraussetzung dafür ist, daß der Schiffsmakler Otto Dü[REDACTED] für M ... 3, 4 + 5 eine Bankbürgschaft ... von mindestens DM 1.200.000,-- beschafft. "

Unter dem 20. Mai 1970 war der Entwurf eines Kaufvertrages zwischen den Parteien gefertigt worden, in dem die Verkaufsbedingungen im einzelnen niedergelegt und ein Kaufpreis von 4 Mio. DM vorgesehen waren.

Am 25. Juni 1970 hatten die Herren Dü[REDACTED] und Kü[REDACTED] eine weitere Unterredung. Dabei übergab dieser den Entwurf eines Schreibens der Beklagten an Otto D[REDACTED], das u. a. ihre Bedingungen hinsichtlich der Übernahme oder Ablösung von Hypotheken und Bürgschaften enthielt. Den Inhalt dieser Besprechung bestätigte Dü[REDACTED] gegenüber seinem Gesprächspartner in einem weiteren Schreiben mit Datum vom selben Tage, worin es heißt:

" Die 5 Motorschiffe ... haben wir uns geeinigt nicht erst über die (Klägerin), sondern direkt von der (Beklagten) an die Endkäufer zu verkaufen. Die genauen Namen und Anschriften der Endkäufer werden Ihnen noch aufgegeben.

Die (Beklagte) erhält ... für diese Schiffe DM 4.000.000,--. Was darüber hinaus lt. Kaufvertrag erzielt wird, überweist die Beklagte nach Erhalt der Kaufsumme an die (Klägerin) oder an Otto Dü■■■■, Schiffsmakler, zur Weiterleitung an die (Klägerin) ...

Alle weiteren Verhandlungen werden über mich geführt und der Endkaufpreis rechtzeitig von mir bekannt gegeben. "

Dem widersprach die Beklagte durch Siegfried Kü■■■■ nach ihrem Vorbringen mündlich am 2. Juli 1970 und - unstreitig - mit Schreiben vom 3. Juli 1970. Darin wandte sie sich gegen die Behauptung einer Zustimmung ihrer Gesellschafter und gegen die Angabe, ein 4 Mio. DM übersteigender Erlös solle vereinbarungsgemäß an die Klägerin oder Otto Dü■■■■ abgeführt werden.

Am 20. Juli 1970 verkaufte die Beklagte durch ihren Bevollmächtigten Kü■■■■ die Schiffe M 1 und 2 an den Reeder Käufer für 1.760.000,-- DM und die Schiffe M 3 bis 5 an van Ni■■■■ für 2.400.000,-- DM. Den 4 Mio. übersteigenden Erlösanteil von 160.000,-- DM führte sie nicht an die Klägerin ab.

Mit der Klage hat die Klägerin einmal diesen Mehrerlös verlangt, den die Beklagte aufgrund der Vereinbarungen der Parteien an sie weiterzuleiten habe. Sie hat ferner 140.000,-- DM als Schadensersatz beansprucht, da die Beklagte die mit den Endabnehmern abgesprochenen Preise unberechtigt ermäßigt habe, im Falle van Ni■■■■ um 100.000,-- DM, im Falle Ka■■■■ um 40.000,-- DM. Die Beklagten haben bindende Vereinbarungen der Parteien und eine Schadensersatzpflicht bestritten.

Das Landgericht hat der Klägerin 200.000,-- DM zugesprochen; hinsichtlich des angeblichen Schadensersatzes

satzanspruchs im Falle van Ni [REDACTED] (100.000,-- DM) hat es die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage in vollem Umfang. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

Der 4 Mio. übersteigende Erlös von 160.000,-- DM

Das Berufungsgericht hat festgestellt, zwischen der Klägerin und der Beklagten sei ein Kaufvertrag zustande gekommen. Die hiernach von der Beklagten geschuldete Erfüllung durch Übereignung der Schiffe an die Klägerin habe sogleich durch Übergabe der Schiffe an deren Abnehmer bewirkt werden sollen. Die Beklagte sei ermächtigt gewesen, im eigenen Namen Interessen der Klägerin wahrzunehmen und die Schiffe für die Klägerin so weiterzuverkaufen, daß dieser der Mehrerlös über 4 Mio. DM hinaus zustehen sollte (BU 32). Es liege ein kombinierter Kauf- und Treuhandvertrag vor (BU 42). Das Treuhandverhältnis ordnet das Berufungsgericht rechtlich als Auftrag (§ 662 BGB) ein. Daraus stehe der Klägerin gegen die Beklagte zu 1) und den Beklagten zu 2) (§ 128 HGB) ein Anspruch auf Herausgabe des Übererlöses von 160.000,-- DM zu.

1. Soweit die Revision auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien Maklerrecht angewendet wissen möchte, kann ihr nicht gefolgt werden. Sie beruft sich darauf, daß Otto Dü■■■■ seit März 1970 und, was das Berufungsgericht offen läßt (BU 33), auch noch zur Zeit der angeblichen Vereinbarungen der Parteien als Makler der Beklagten tätig und außerdem mit der Klägerin wirtschaftlich identisch gewesen sei. Der Klageanspruch auf Zahlung der 160.000,-- DM sei daher eine Provisionsforderung, die der Klägerin gegebenenfalls als Maklerin oder gemäß § 328 BGB aufgrund des Maklervertrages zwischen der Beklagten und Otto Dü■■■■ zustehe. Dann sei der Anspruch nach den §§ 196 Abs. 1 Nr. 1, 7, 201 BGB verjährt; auch sei er insbesondere deshalb verwirkt (§ 654 BGB analog), weil Dü■■■■ und die Klägerin ihre wirtschaftliche Identität verschwiegen hätten.

Es ist der Revision verwehrt, ihre eigene tatsächliche Beurteilung an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung zu setzen. Nach den getroffenen Feststellungen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht in den Vereinbarungen der Parteien die Verbindung eines Kaufvertrages und eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit treuhänderischem Einschlag gesehen hat. Ob die Geschäftsbesorgung - d. h. die Veräußerung der Schiffe durch die Beklagte im eigenen Namen, aber im Interesse der Klägerin an deren Abnehmer - entgeltlich oder, wie das Berufungsgericht angenommen hat, unentgeltlich sein sollte, mag dahinstehen. Denn zur Herausgabe des Übererlöses wäre die Beklagte in beiden Fällen verpflichtet (§§ 667, 675 BGB). Die angebliche wirtschaftliche Identität zwischen dem Makler Dü■■■■ und der Klägerin hat das Berufungsgericht bei der Auslegung der Parteierklärungen und bei ihrer rechtlichen Einordnung mit Recht außer Betracht gelassen, weil diese Identität - gegebenenfalls - für den Uneingeweihten

nicht in Erscheinung trat und der Beklagten auch nicht bekannt war. In dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 2. Juni 1970 heißt es auf Seite 2, Dü[] solle die Schiffe zunächst für die Klägerin erwerben. Das Berufungsgericht hat festgestellt, die Klägerin sei bei den Vereinbarungen durch Otto Dümig, die Beklagte durch Siegfried Kü[] vertreten worden; daß Dü[] "nun" bemüht gewesen sei, die Schiffe für die Klägerin weiterzuverkaufen, sei allseits bekannt gewesen (BU 32, 36). Nach dessen (zweiten) Bestätigungsschreiben an den Vertreter der Beklagten vom 25. Juni 1970 sollte diese den Übererlös an die Klägerin "oder an Otto Dü[] zur Weiterleitung" an die Klägerin zahlen. Hiernach konnte das Berufungsgericht die abgegebenen Erklärungen rechtsfehlerfrei dahin deuten, daß die Vereinbarungen rechtlich gegebenenfalls zwischen der Beklagten und der Klägerin selbst zustande gekommen seien und es sich insoweit nicht um einen Maklervertrag, sondern um einen kombinierten Vertrag der oben bezeichneten Art gehandelt habe. Das gilt umso mehr, als nicht festgestellt ist (und von der Revision auch nicht geltend gemacht wird), daß Otto Dü[] ein solches Tätigwerden für die Klägerin aufgrund seiner Rechtsbeziehungen zur Beklagten etwa untersagt gewesen sei und die Beklagte es deshalb nicht als solches habe auffassen können.

Damit erledigen sich die Folgerungen, die die Revision aus der Annahme eines Maklervertrages zieht.

2. Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe das von der Beklagten behauptete Erfordernis der Schriftform der Vereinbarungen - die nicht eingehalten ist - aufgrund unvollständiger Würdigung verneint.

a) § 3 Abs. 2 SchRegG, auf den sich die Revision u. a. stützt, ist weder unmittelbar noch analog anwendbar. Er entspricht § 873 Abs. 2 BGB und betrifft wie dieser nicht die Form des schuldrechtlichen Vertrages, nicht einmal die Form der dinglichen Einigung. Er bestimmt lediglich, unter welchen Voraussetzungen die Beteiligten an die dingliche Einigung über die Rechtsänderung **g e b u n d e n** sind, die nach § 3 Abs. 1 SchRegG - in Übereinstimmung mit dem Grundsatz des § 873 Abs. 1 BGB - an sich formlos ist. Eine dem § 313 BGB entsprechende oder eine sonstige Form ist, vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung (§§ 125 Satz 2, 127 BGB), bei dem schuldrechtlichen Vertrag über die Veräußerung eines Schiffes ebensowenig einzuhalten wie bei der Veräußerung anderer beweglicher Sachen. § 3 Abs. 2 SchRegG wird entgegen der Ansicht der Revision in seiner Bedeutung dadurch nicht eingeschränkt.

b) Die von der Beklagten behauptete **V e r e i n - b a r u n g** der Schriftform hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint (BU 42). Unstreitig hatten die Parteien zwar in § 9 des Entwurfs eines Kaufvertrages vom 20. Mai 1970 (GA 295) Schriftform als Gültigkeitsvoraussetzung vorgesehen. Sie haben jedoch einen dem Entwurf entsprechenden Kaufvertrag dahin, daß die Schiffe der Klägerin übergeben werden sollten, nicht geschlossen. Nach dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Kauf- und Treuhandvertrag sollte die der Klägerin geschuldete Erfüllung durch Übertragung des Eigentums an den Schiffen dadurch bewirkt werden, daß die Beklagte sie im Interesse der Klägerin an von dieser zu benennende Endabnehmer weiterverkaufte und auslieferte sowie den Mehrerlös über 4 Mio. DM hinaus an die Klägerin abführte. Das hat das Berufungsgericht auch in diesem Zusammenhang nicht verkannt. Daß dieser Vertrag für die Beklagte rein rechtlich

weitergehende Verpflichtungen mit sich brachte als ein dem Entwurf entsprechender Kaufvertrag, legte noch nicht die Annahme nahe, die Parteien hätten die Schriftformklausel des Entwurfs auch für diesen Vertrag gelten lassen wollen. Tatsächlich und wirtschaftlich sollte die Beklagte durch die getroffenen Vereinbarungen nicht stärker belastet werden als durch den ursprünglich vorgesehenen Vertrag, zumal die Verhandlungen mit den Endabnehmern über Otto Dü■■■■ geführt werden sollten und der Beklagten bei der vom Berufungsgericht angenommenen Vertragsgestaltung für den Kaufpreis sowohl die Klägerin als auch die Endabnehmer hafteten. Die Beklagte hat die geltend gemachte Formvereinbarung im übrigen u. a. mit der Erwägung begründet, Schriftform sei bei der "hier vorgesehenen Übernahme von Schiffshypotheken" notwendig. Das deutet darauf hin, daß dabei auch schon an eine Klarstellung der Rechtsverhältnisse mit Rücksicht auf die notwendig werden- den Eintragungen im Schiffsregister gedacht war. Tatsächlich kam hier jedoch - anders als nach dem ursprünglichen Vertragsentwurf - eine Übereignung an die Klägerin und eine Übernahme von Schiffshypotheken durch sie nicht in Betracht, sondern die entsprechenden Rechtsgeschäfte sollten unmittelbar mit den Endabnehmern der Klägerin abgeschlossen werden. Die Verträge mit diesen aber wurden dann auch notariell beurkundet.

Unter diesen Umständen enthält die tatrichterliche Beurteilung des Berufungsgerichts, nach der die Schriftformklausel des früheren Vertragsentwurfs für den schließlich zustande gekommenen Vertrag nicht gilt, keinen Verstoß gegen die §§ 133, 157 BGB.

3. Das Berufungsgericht hat seine Annahme, zwischen den Parteien sei ein Kauf- und Treuhandvertrag zustande gekommen, nach welchem die Beklagte den 4 Mio. DM

übersteigenden Mehrerlös von 160.000,-- DM an die Klägerin abzuführen habe, u. a. auf das (zweite) Schreiben Otto Dü■■■■ vom 25. Juni 1970 an Siegfried Kü■■■■, den damaligen Vertreter der Beklagten, gestützt. Es hat dieses Schreiben rechtsfehlerfrei als kaufmännisches Bestätigungsschreiben gewertet.

Dieses Schreiben habe, so führt es aus, rechtsbegründend gewirkt; die Beklagten müßten seinen Inhalt gegen sich gelten lassen, weil der (unterstellte) mündliche Widerspruch Kü■■■■ vom 2. Juli und sein schriftlicher Widerspruch vom 3. Juli 1970 nicht unverzüglich erfolgt seien. Die Behauptung der Beklagten, das Bestätigungsschreiben vom 25. Juni 1970 sei nicht am selben Tage zur Post gegeben worden, sei auf bloße Vermutungen gestützt. - Diese Ausführungen sind, wie die Revision mit Erfolg rügt, rechtlich nicht einwandfrei.

Es ist zwar richtig, daß das kaufmännische Bestätigungsschreiben die vom Berufungsgericht dargelegte Wirkung entfaltet, wenn der Empfänger ihm nicht rechtzeitig, d. h. unverzüglich (§ 121 BGB; BGHZ 18, 212, 216) widerspricht. Die Rechtzeitigkeit des Widerspruchs der Beklagten hat das Berufungsgericht hier aber nicht rechtsfehlerfrei verneint.

Soweit es darum geht, ob ein Vertrag als mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens geschlossen gilt oder nicht, muß der Absender des Schreibens beweisen, daß es dem Empfänger zugegangen ist (§ 130 BGB), und diesem obliegt sodann der Beweis, daß er rechtzeitig widersprochen hat. Das ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt. Der Zugang des Bestätigungsschreibens vom 25. Juni 1970 als solcher bedarf im vorliegenden Fall keines Beweises, weil er unstreitig ist. Streitig ist nur, wann das Schrei-

ben dem Direktor Kü[REDACTED] von der We[REDACTED]bank in Boc[REDACTED] als Vertreter der Beklagten zugegangen ist; es war an seine Adresse in "Boc[REDACTED] We[REDACTED]bank" gerichtet, wo auch die bestätigten Verhandlungen stattgefunden hatten. Die Klägerin hat unter Beweis gestellt, daß die Verhandlungen bis ca. 12.30 Uhr gedauert hätten, Otto Dü[REDACTED] das Schreiben am Nachmittag dieses Tages diktiert und abends in D[REDACTED] oder in M[REDACTED] in den Briefkasten geworfen habe. Die Beklagten hatten dagegen behauptet, die Verhandlungen hätten nachmittags stattgefunden, mehrere Stunden gedauert und sich solange hingezogen, daß nach eigenen Angaben Otto Dü[REDACTED] und seiner Ehefrau keine Sekretärin mehr erreichbar gewesen sei. Sie haben bestritten, daß das Schreiben noch am 25. Juni 1970, einem Donnerstag, zur Post gegeben worden sei. Am Sonnabend, dem 27. Juni 1970, sei der Geschäftsbetrieb "der Beklagten" geschlossen gewesen, so daß das Schreiben frühestens am Montag, dem 29. Juni 1970, zugegangen sein könne, was sie jedoch ebenfalls bestritten haben. Damit haben sie die Behauptung der Klägerin, das Schreiben sei bereits am 26. Juni 1970 zugegangen, ebenso substantiiert bestritten wie einen Zugang vor dem 29. Juni 1970. Ihr Vortrag kann nicht als bloße Vermutung übergangen werden, wie es das Berufungsgericht getan hat.

Ob das Bestätigungsschreiben den Beklagten - auch beim Empfang vertreten durch Siegfried Kü[REDACTED] - am 26. oder nicht vor dem 29. Juni zugegangen ist, kann erheblich sein. Wäre der Zugang erst am 29. Juni 1970 erfolgt, so könnte jedenfalls der von den Beklagten behauptete und vom Berufungsgericht unterstellte mündliche Widerspruch des Direktors Kü[REDACTED] noch rechtzeitig gewesen sein; ob ein wenige Tage nach dem Zugang des Bestätigungsschreibens erhobener Widerspruch im Einzelfall

noch als unverzüglich angesehen werden kann, ist weitgehend eine tatrichterliche Frage (BGH LM HGB § 346 [E a_] Nr. 5 = NJW 1962, 246). Darlegungs- und beweispflichtig für den Zeitpunkt, in dem das Bestätigungsschreiben zugegangen ist, ist gleichfalls die Klägerin. Derjenige, der aus dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben Rechtsfolgen herleitet, macht damit eine besondere Grundlage für seinen Anspruch geltend. Daß sie gegeben ist, muß er beweisen. Er muß dazu nachweisen, daß er dem Gegner ein Bestätigungsschreiben übersandt, daß dieser es empfangen (§ 130 BGB) und darauf geschwiegen hat. Hierzu gehört auch der Beweis des Zeitpunkts, in dem dem Empfänger das Bestätigungsschreiben zugegangen ist. Dieser muß, soweit erforderlich, die Umstände darlegen und beweisen, aus denen sich ergibt, daß der Widerspruch unverzüglich erklärt ist. Das Berufungsgericht hat die Beweislast verkannt und die Beklagten zu Unrecht für beweispflichtig gehalten, wenn es ausführt:

" Die Behauptung der Beklagten, das Schreiben von Dü■■■■ mit Datum vom 25. Juni 1970 sei nicht an diesem Tage zur Post gegeben worden, ist auf bloße Vermutungen gestützt, die die Klägerin substantiiert bestreitet. Eine Beweiserhebung würde wegen der nicht stichhaltigen Vermutungen der Beklagten einen unzulässigen Ausforschungsbeweis darstellen. "

Die Beweislast ist eine Frage des sachlichen Rechts. Insoweit kommt es daher auf die Revisionsrügen im einzelnen nicht an.

4. Das angefochtene Urteil kann auf diesem Fehler beruhen. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung allerdings auch damit begründet, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei der Kauf- und Treuhandvertrag zwischen den Parteien bei den Verhandlungen vom 25. Juni 1970 tatsächlich zustande gekommen, wie es das Bestätigungsschreiben ausweise.

a) Insoweit rügt die Revision jedoch mit Recht, daß das Berufungsgericht dazu den Zeugen Kü[REDACTED] nicht vernommen habe (§ 286 ZPO). Die Beklagten hatten diesen Zeugen, der die Verhandlungen zwischen den Parteien am 25. Juni 1970 für sie als Vertreter geführt hatte, dafür benannt, daß weder vor noch an dem 25. Juni 1970 zwischen den Parteien eine Einigung in dem von der Klägerin behaupteten Sinne zustande gekommen sei. Es sei, so führt das Berufungsgericht aus (BU 38), "zumindest fraglich", ob der Beweisantritt schlüssig sei, weil er die Folgerung aus der "unzutreffenden rechtlichen Würdigung unbestrittener Tatsachen" durch die Beklagten sei. Was das Berufungsgericht damit sagen will, ist nicht eindeutig. Es mußte über die Schlüssigkeit des bezeichneten Vorbringens entscheiden. Daran fehlt es. Im übrigen ist bei Berücksichtigung des sonstigen festgestellten Vorbringens der Beklagten nicht ersichtlich, warum hier kein erheblicher Gegenbeweisanspruch vorliegen sollte. Die unter Beweis gestellte Gegenbehauptung betrifft eine für die Entscheidung wesentliche Tatfrage.

b) Die Beklagten hatten weiter unter Beweis gestellt, die Gesellschafterin und damalige alleinige Geschäftsführerin E[REDACTED], die zu der fraglichen Zeit unstreitig zu 98 % am Stammkapital der erst im April 1970 gegründeten Klägerin (250.000,-- bfrs) beteiligt war, sei mit Otto Dü[REDACTED] verschwägert. Sie habe noch nie etwas mit der Schiffahrt zu tun gehabt. Sie sei Rentnerin und habe nicht einmal einen Telefonanschluß. Sie habe sich auf Veranlassung Otto Dü[REDACTED] und in seinem Interesse an der Klägerin beteiligt und sei nur sein "Strohmann" gewesen. Er habe bei dem Geschäft mit der Beklagten sowohl die 2 % Provision, die er nach der Absprache mit ihr von den Letztkäufern erhalten sollte, als auch den 4 Mio. DM übersteigenden Teil des Erlöses verdienen wollen und damit eine Provision von über 9,6 % erstrebt.

Auf dieses Vorbringen kann es, wenn dem Bestätigungsschreiben rechtzeitig widersprochen worden sein sollte, für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen Otto und Magdalena Dü■■■■ ankommen. Denn sie hätten gegebenenfalls ein ganz besonderes wirtschaftliches Interesse daran, daß die Klägerin diesen Rechtsstreit gewinnt.

c) Sollte sich im weiteren Verfahren jedoch ergeben, daß der Widerspruch der Beklagten gegen das Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 25. Juni 1970 verspätet war, käme es auf das unter a) und b) bezeichnete Vorbringen der Beklagten nicht an. Denn gegenüber der dann eingetretenen rechtsbegründenden Wirkung des Bestätigungsschreibens wäre der Beweis, eine Einigung sei bei den bestätigten Verhandlungen nicht erzielt worden, grundsätzlich nicht zulässig (vgl. z. B. BGH NJW 1972, 45; 1974, 911 = LM HGB § 346 [E a_] Nr. 17), auch nicht mittelbar unter dem von der Revision hervorgehobenen Gesichtspunkt der Beweiswürdigung.

Anders wäre es, soweit sich die Klägerin bei den Verhandlungen einer arglistigen Täuschung über ihre angebliche wirtschaftliche Identität mit Otto Dü■■■■ schuldig gemacht hätte und die Beklagten zu der von ihnen erklärten Anfechtung des Vertrages berechtigt gewesen sein sollten. Das kann hier aber schon deshalb außer Betracht bleiben, weil die Beklagten nicht vorgetragen und unter Beweis gestellt haben, daß eine etwaige Täuschung hierüber für den Vertragsschluß ursächlich gewesen sei.

II.

Schadensersatzanspruch in Höhe von 40.000,-- DM
wegen Preisnachlasses der Beklagten gegenüber
dem Reeder Ka[REDACTED]

1. Auch insoweit kann das Berufungsurteil aus den zu I 3, 4 a und b dargelegten Gründen nicht bestehen bleiben. Denn die erörterten Rechtsfehler betreffen die Frage des Zustandekommens des Vertrages zwischen den Parteien, auf den die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch gestützt ist.

2. Diese Entscheidung beruht jedoch unabhängig davon auf einem weiteren Rechtsfehler.

Das Berufungsgericht hat eine positive Vertragsverletzung der Beklagten zu 1), für die wiederum auch der Beklagte zu 2) hafte (§ 128 HGB), darin erblickt, daß die Beklagte von dem Preis von 1,8 Mio. DM, wie ihn der Reeder Ka[REDACTED] Otto Dü[REDACTED] telegrafisch verbindlich zugesagt habe, eigenmächtig 40.000,-- DM nachgelassen habe.

Die Beklagten hatten unter Beweis gestellt, Ka[REDACTED] habe n a c h seinen Telegrammen die Schiffe eingehend besichtigt und erst dabei an M 1 beträchtliche Schäden festgestellt. Aufgrund einer von einem Sachverständigen eingeholten Taxe sei er - gleichgültig, wer ihm dieses Schiff verkauft haben würde - nicht mehr bereit gewesen, mehr als 860.000,-- (statt 900.000,--) DM dafür zu zahlen. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht diesen Beweisantrag als unerheblich angesehen hat (BU 44; § 286 ZPO).

Geht man mit dem Berufungsgericht von einem Treuhandvertrag zwischen den Parteien aus, so war die Beklagte berechtigt, von Weisungen der Klägerin abzuweichen, wenn sie den Umständen nach annehmen durfte, die Klägerin werde dies bei Kenntnis der Sachlage billigen (§ 665 Satz 1 BGB). Sie hatte allerdings zuvor der Klägerin Anzeige zu machen und deren EntschlieÙung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden war (Satz 2 aaO). Eine solche Anzeige hat die Beklagte unterlassen. Sie haftet daher, falls die Klägerin einen Abschluß zum Preis von 1,8 Mio. DM gewünscht hatte, bei Verschulden auf Schadensersatz (§ 276 BGB).

Das Vorbringen der Beklagten kann dann für die Frage des Verschuldens erheblich sein, ferner dafür, ob ein etwaiges Verschulden der Beklagten ursächlich für den Schaden der Klägerin war. Das wäre es nicht, wenn der Reeder Käufer nicht bereit und nicht verpflichtet gewesen wäre, für das Schiff mehr als 860.000,-- DM zu zahlen. Mit der Beklagten, die die Schiffe ja im eigenen Namen für die Klägerin verkaufen sollte, hatte er vor dem PreisnachlaÙ jedenfalls noch keinen Kaufvertrag geschlossen. Im übrigen könnten die behaupteten Mängel des Schiffes für den Abnehmer Ka[REDACTED] bei etwaiger vertraglicher Bindung einen Anspruch auf Minderung des Entgelts begründet haben (§§ 462, 493 BGB). Unter diesen Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten nicht geprüft. Die Zuerkennung des Schadensersatzanspruchs ist deshalb nicht haltbar.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuweisen, damit es die noch fehlenden Feststellungen treffen kann.

Johannsen

Dr. Buchholz

Knüfer

Rottmüller

Dr. Hoegen