

am 16. Dezember 1954

Schorm, JustAngest.
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

60

240

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Deutschen Bundesbahn, vertreten durch die Reichsbahn-
direktion M [REDACTED], diese vertreten durch ihren Präsidenten,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die T [REDACTED]-Arbeitsgemeinschaft E [REDACTED]
(ARGE), Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, bestehend
aus den Firmen

- 1) Otto T [REDACTED], B [REDACTED], U [REDACTED]strasse [REDACTED], vertre-
ten durch den geschäftsführenden Gesellschafter Otto
T [REDACTED], daselbst,
- 2) Gustav D [REDACTED] Nachf., B [REDACTED], F [REDACTED]
Strasse [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer
S [REDACTED], daselbst,
- 3) Georg U [REDACTED], S [REDACTED], A [REDACTED]str. [REDACTED], vertreten
durch die bevollmächtigte geschäftsführende Firma Otto
T [REDACTED], B [REDACTED], U [REDACTED]strasse [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsbeklagte,

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

hat der IV.Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2.Dezember 1954 unter Mitwirkung
des Senätspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher,
Raske, Johannsen und Scheffler

für Recht erkannt:

Das Urteil des 5.Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Hamm vom 5.März 1954 wird aufgehoben.

Das Urteil der 2.Zivilkammer des Landgerichts in
Münster vom 28.November 1952 wird geändert.

Soweit mit der Klage die Verurteilung der Beklagten

zur Leistung einer der Dampflokomotive Fabrikat Henschel Nr. 17350, 40 PS, gleichwertigen Maschine begehrt wird, wird sie abgewiesen.

Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Zahlung eines Betrages, der zur Wiederbeschaffung einer gleichwertigen Lokomotive erforderlich ist, ist dem Grunde nach gerechtfertigt. Zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Anspruchs sowie über die Kosten, einschließlich der dieses Rechtszuges, wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d:

Die drei Klägerinnen, Bau- und Transportbahnbauunternehmen, waren während des Krieges in Schlesien von der Organisation Todt (OT) zur gemeinschaftlichen Durchführung eines von dieser gelenkten Bauprojekts auf Grund von nach Maßgabe der Verdingungsordnung abgeschlossenen Verträgen zu der T [REDACTED]-Arbeitsgemeinschaft E [REDACTED] [REDACTED], als ARGE bezeichnet, zusammengeschlossen. Sie stellten für diesen Zweck Arbeitsgeräte wie Lokomotiven, Feldbahnlokomotiven, Gleisanlagen usw. zur Verfügung. Diese gehörten teils den einzelnen Gesellschafterinnen, teils waren sie von ihnen angemietet worden. Zu den eingebrachten Geräten gehörte auch eine der Firma B [REDACTED] GmbH K [REDACTED] gehörige Feldbahnlokomotive 40 PS, Fabrikat Henschel Nr. 17350, Baujahr 1919, die die Klägerin zu 2 auf Grund eines am 8. September 1944 für die Dauer von neun Monaten abgeschlossenen Einheitsmietvertrags von der Eigentümerin gemietet hatte. An beiden Seiten des Führerstandes dieser Maschine waren Messingschilder mit der Aufschrift "B [REDACTED] GmbH K [REDACTED]" angebracht.

Im März 1945 wurde von den Klägerinnen diese Lokomotive und andere von der ARGE benutzte Geräte in Bad Charlottenbrunn in Schlesien auf 41 Waggons der Reichsbahn zur Beförderung nach Essen - Güterbahnhof Ost - verladen. Der Versand erfolgte auf Grund eines Dienstfrachtbriefes der Reichsbahn, der von der Bahnmeisterei Bad Charlottenbrunn mit der Unterschrift eines technischen Reichsbahninspektors unter dem 16. März 1945 ausgefertigt wurde und einen Versandstempel vom 17. März 1945 trägt. Dieser Frachtbrief bezeichnet das Versandgut als "Baugeräte Feldbahn" und enthält die weiteren Vermerke "Sonderaktion Feldbahn" und "laut Anweisung SSd M [REDACTED] SE (Ja Fl) und 10 a vom 2.3.1945", sowie die Angabe "Dringendes Betriebsdienstgut". Ferner wurde der Bahn



eine aus neun Blatt bestehende Versandanzeige übergeben, die auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

"Wir brachten am 12.3. an die "Aktion der OT, Hilfe der Reichsbahn", Empfangsstation Essen, Güterbahnhof Ost, folgende Baumaschinen und Baugeräte zur Verladung:

Waggon Villach 13475
1 Dampflok (arge Nr.4), Fabr.Nr. 17350,
Baujahr 1919, 50 PS, Leihgerät D [REDACTED] . . .

Die vorstehend aufgeführten Maschinen und Geräte wurden auf 35 Waggon verladen, und zwar gemäss Verfügung des Herrn Ministerialdirektors D [REDACTED] und der Anordnung der Einsatzgruppe VII (Telegramm vom 28.2. 1945) für die Sonderaktion Feldbahnbau RBD Essen."

Die Versandanzeige trägt unter einem Vermerk "Für die Richtigkeit"

1. die Unterschrift "Bernatzki, Ob.Bauführer" mit dem Stempel der "Organisation Todt 971",
2. die Unterschrift "Vorweg" mit dem Stempel "T [REDACTED]-Arbeitsgemeinschaft E [REDACTED]" und darunter nochmals den Stempelvermerk "Für die Richtigkeit" mit der Unterschrift "B [REDACTED] (oder ähnlich), Oberbauführer",
3. den Stempel der "Deutschen Reichsbahn, Bahnmeisterei Bad Charlottenbrunn" mit Unterschrift ohne Dienstbezeichnung, jedoch nicht die des Reichsbahninspektors, der den Frachtbrief ausgefertigt hat."

Von dem Transportzug ist ein Teil am 23. August 1945 in Essen angekommen, ein anderer Teil, auf dem sich auch die oben erwähnte Lokomotive befand, ist nach Osnabrück gelangt. Wann dieser Teil des Transportzuges Osnabrück erreichte, steht nicht fest, jedoch ist er schon am 15. August 1945 in einer Meldung einer Dienststelle der Beklagten an die Reichsbahndirektion Osnabrück (damals nach Münster verlagert) als sog. unanbringliches Rückstaugut erfasst worden. Im Oktober 1945 hat die Beklagte durch die Güterabfertigung Osnabrück Geräte aus neun der von den Klägerinnen beladenen Waggons, darunter auch die hier streitige Feldbahnlokomotive, der Firma K [REDACTED] Eisenhandel GmbH in O [REDACTED] zum Gesamtpreis

von 17.930,65 RM als Schrott verkauft und ausgehändigt. Eine besondere Verkaufsverhandlung wurde darüber nicht aufgenommen, der Preis ist nach Angabe der Beklagten von der Käuferin nach einem alten Abkommen mit der Reichsbahn ermittelt worden. Die Beklagte hat den Erlös auch buchmässig vereinnahmt und nach ihrer Darstellung zusammen mit anderen Verkaufserlösen dem damaligen Rechnungshof des Vereinigten Wirtschaftsgebietes zur Verfügung gestellt.

Die Firma B [REDACTED] GmbH in K [REDACTED] geriet in Konkurs. Nach Aufhebung des Konkurses hat der Konkursverwalter auf Grund eines gemäss § 166 Abs.2 KO ergangenen Beschlusses des Amtsgerichts Köln vom 18. Juni 1953 die Ersatzansprüche der Eigentümerin der Lokomotive an die Klägerinnen abgetreten.

Die Klägerinnen machen geltend, die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Feldbahnlokomotive zu veräußern. Sie habe ihr und der Eigentümerin für den dadurch erwachsenen Schaden einzustehen. Da die Beklagte den Ansprüchen der Klägerinnen widersprochen hat, haben diese Klage erhoben und beantragt,

- I. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin die Dampflokomotive Fabrikat Henschel, Nr. 17350 40 PS, Baujahr 1919, Baulistenwert 9.000,- DM herauszugeben, z.Hd. der Firma Otto T [REDACTED] in D [REDACTED], H [REDACTED] strasse [REDACTED], hilfsweise an den Konkursverwalter der B [REDACTED] GmbH in K [REDACTED],
- II. in 2.Reihe die Beklagte zur Leistung (Beschaffung und Übergabe) einer gleichwertigen Ersatzmaschine zu verurteilen,
- III. in 3.Reihe die Beklagte zur Zahlung des Betrages zu verurteilen, der zur Wiederanschaffung einer gleichwertigen Dampflokomotive z.Zt. der Urteilsfällung erforderlich ist, welcher Betrag vorläufig mit 9.000,- DM angegeben werde,
- IV. in 4.Reihe festzustellen, dass die Beklagte zu den unter I - III genannten Leistungen verpflichtet ist,

V. in letzter Reihe die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin den Verkaufserlös beim ordnungsmässigen Verkauf der Lokomotive nebst 4% Zinsen seit Klageerhebung herauszuzahlen, mindestens DM 6.001,-- oder wieviel mehr oder weniger, hilfsweise der Firma T[REDACTED] und hilfsweise der Firma B[REDACTED] in K[REDACTED], z.Hd. des Konkursverwalters.

Sie stützen die Klage auf jeden vertraglichen oder ausservertraglichen Haftungsgrund.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie bestreitet zunächst jede Haftung aus dem Vertrag, da die Beförderung der von den Klägerinnen versandten Güter auf Dienstgutfrachtbrief unzulässig gewesen und von ihnen kurz vor dem Zusammenbruch der Front im Osten durch falsche Angaben erschlichen worden sei. Auch aus ausservertraglichen Gründen könnten die Klägerinnen gegen sie Ansprüche nicht erheben. Die Geräte hätten sich in der Verfügungsmacht der OT befunden und seien daher Kriegsbeute der Siegermächte geworden. Jede Berechtigung der B[REDACTED] GmbH und der Klägerinnen hätte damit aufgehört zu bestehen. Dass die Güter als Beutegut in Anspruch genommen worden seien, sei daraus zu entnehmen, dass die in Osnabrück stehen gebliebenen Waggons mit einer Bezettelung des britischen RTO (Railway Transport Officer) von Friesoythe in Oldenburg nach Osnabrück geleitet worden seien. Der für die RBD Osnabrück zuständige Besatzungsoffizier - D.A.D. Tn-Stores - in Osnabrück habe unter dem 1. Juli 1945 schriftlich den Verkauf des gesamten Rüstungsschrotts - darum habe es sich bei der hier in Frage kommenden Ladung gehandelt - an die K[REDACTED]-Werke G[REDACTED] befohlen. Die Veräusserung sei auch nach den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung zulässig und geboten gewesen, da die Bahn unter den damals herrschenden Verhältnissen die Güter nicht habe lagern können und ihr auch Absender und Empfänger nicht bekannt gewesen seien. Zu Nachforschungen nach dem Eigentümer sei sie damals nicht verpflichtet

und imstande gewesen. Dem Verlangen der Klägerinnen stehe auch der Einwand der Arglist entgegen, da sie nur für sich eine Transportmöglichkeit gesucht hätten, um ihre Geräte zu retten. Wenn, wie von den Klägerinnen behauptet werde, der Befehl des britischen Transportoffiziers vom 1. Juli 1945 nicht zu einem Verkauf der Geräte ermächtigt habe, so habe sie, die Beklagte, ihn doch in diesem Sinne verstehen müssen. Darüber werde die nochmalige Vernehmung des zuständigen Dezernenten Reichsbahnrats T. als Zeugen beantragt, der auch über die damaligen Verhältnisse der Reichsbahn aussagen könne.

Die Beklagte hat auch bestritten, dass die Klägerinnen zur Geltendmachung der ihnen abgetretenen Ansprüche befugt seien. Der Konkurs sei beendet und abgewickelt worden. Die vom Amtsgericht nach § 166 Abs. 2 KO angeordnete Nachtragsverteilung sei unzulässig, da der etwaige Ersatzanspruch der Eigentümerin dem Konkursverwalter schon vor Beendigung des Konkurses bekannt gewesen sei. Die Firma D. habe die Klageforderung an andere abgetreten. Die Lokomotive sei bei der Versendung nicht mehr einsatzfähig gewesen, wie sich aus den Unterlagen der Firma Dübener ergebe. Sie, die Beklagte, könne auch nicht dazu verurteilt werden, Ersatz in Natur zu leisten.

Die Klägerinnen sind diesen Ausführungen entgegengetreten. Sie behaupten, die OT habe weder Eigentum an der Lokomotive noch ein sonstiges Verfügungsrecht daran besessen. Die Feldbahngeräte hätten bei der zur Versorgung der Zivilbevölkerung und zur Aufrechterhaltung des Berufsverkehrs geplanten Anlegung von Behelfsversorgungsbahnen im Ruhrgebiet - hier in Essen - eingesetzt werden sollen. Trägerin des Unternehmens sei mit anderen auch die Beklagte gewesen. Die vorzugsweise Beförderung der Geräte sei im Interesse der Beklagten erfolgt. Die Mitunterzeichnung der Versandanzeige durch eine Dienststelle

der OT und die Bezugnahme auf Anordnungen der übrigen Stellen sei nur geschehen, um eine beschleunigte Gestellung der erforderlichen Waggons zu erhalten.

Das Landgericht hat die von der Beklagten vorgelegte Anordnung D.A.D. Tn (Stores) in Osnabrück an den Stores Controll bei der RBD Münster vom 1.7.1945 (Bl.84 d.A.) gemäss Gesetz Nr.13 Art.3 Abs.2 der Alliierten Hohen Kommission auf dem Dienstwege dem Legal Departement, Land Commissioner's Office, in Düsseldorf vorgelegt und unter dem 6.Juni 1951 den Bescheid erhalten:

" . . .

2. Das genannte Schreiben stellte eine gültige Anordnung der Besatzungsbehörden dar.
3. Der Zweck der genannten Anordnung war u.a., den genannten Stores Controllor anzuweisen, den K [REDACTED]-Werken, G [REDACTED], den Gewahrsam an allen Waggons mit Metallschrott, Geschützen usw., welche ohne einen Hinweis auf Absender oder Empfänger vorgefunden wurden, zu übertragen. Es war nicht die Absicht der genannten Anordnung, das Eigentum an dem genannten Material auf die genannten K [REDACTED]-Werke zu übertragen.
4. Die deutschen Gerichte werden nach Maßgabe der Bestimmungen der Ziffern 1 bis 3 dieses Bescheides, welcher endgültig und für die deutschen Gerichte bindend ist, ermächtigt, die Gerichtsbarkeit in der oben genannten Sache - sowohl in erster als auch in Rechtsmittelinstanz - auszuüben und über alle Tat- und Rechtsfragen zu entscheiden und zu befinden, ausgenommen jedoch über Bestehen, Inhalt, Rechtsgültigkeit oder Zweck irgendeiner anderen ggfls. später unter den Parteien streitig werdenden Anordnung der Besatzungsbehörden oder Besatzungsstreitkräfte oder einer von ihnen abgelösten Behörde."

Das Landgericht in Münster hat die Beklagte verurteilt, den Klägerinnen eine der Dampflokomotive Fabrikat Henschel Nr. 17350, 40 PS, Baujahr 1919, gleichwertige Lokomotive zu verschaffen und zu übergeben. Das Oberlandesgericht hat die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Beklagte Abweisung der Klage. Die Klägerinnen haben um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

Der Berufungsrichter bejaht die Schadensersatzpflicht der Beklagten sowohl wegen schuldhafter Verletzung der sich aus dem Vertrag mit den Klägerinnen ergebenden Herausgabepflicht als auch wegen einer durch die Veräusserung der Lok begangenen unerlaubten Handlung gemäss §§ 1007, 823 Abs.1 BGB. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet.

1. In dem Berufungsurteil wird ausgeführt, die Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung fänden keine Anwendung, da die Versendung des Gutes auf Grund eines Dienstgutfrachtbriefes erfolgt und ein Frachtvertrag daher nicht abgeschlossen worden sei. Die Vorschriften über den Frachtvertrag seien auch nicht sinngemäss anzuwenden, nicht die Beförderung der Geräte habe als Zweck im Vordergrund gestanden, sondern die Überlassung des Gerätes für die Feldbahnplanung in Essen. Ob in den Rechtsbeziehungen der Klägerinnen zur Reichsbahn jene ein Recht auf Beförderung gehabt hätten und ob diese zur Beförderung verpflichtet gewesen sei, könne dahinstehen. Wesentlich sei, dass auf jeden Fall die Reichsbahn zur Herausgabe der Geräte und damit der dazu gehörenden Lokomotive verpflichtet gewesen sei, wenn diese von der RBD Essen nicht oder nicht mehr eingesetzt worden und die Beförderung nicht mehr durchführbar gewesen sei, und dass es sich weder unmittelbar noch entsprechend um einen Anspruch aus einem Frachtvertrag handele, so dass die besonderen darauf bezüglichen Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung, soweit sie allgemeine Vorschriften des bürgerlichen Rechts ausschliessen, nicht zur Anwendung kämen. Es liege vielmehr ein mit der Überlassung des Gerätes an die RBD Essen Dezember 1946 in Zusammenhang stehender Geschäftsbesorgungs- oder Verwahrungsvertrag vor, bei dem die demnächstige Herausgabe der Lokomotive an die Klägerinnen Vertragspflicht gewesen sei.

Zu dem gleichen Ergebnis wie der Berufungsrichter ist der hier erkennende Senat in dem Urteil vom 13. Mai 1954 - IV ZR 192/53 - gekommen, das sich auf die Verpflichtung zur Herausgabe einer Lokomotive an die Klägerinnen bezieht, die zu dem gleichen Gerätetransport gehört hatte und von dem Vorstand des Reichsbahnbetriebsamts Essen 3 an die Beklagte jenes Rechtsstreits veräußert worden war. In diesem Urteil ist dargelegt, dass ein Frachtvertrag im Sinne der Eisenbahnverkehrsordnung bei der Versendung der Geräte nicht abgeschlossen worden sei, weil es an der Wahrung der Form-erfordernisse des § 61 EVO gefehlt habe und Absender und Frachtführer personengleich gewesen seien, dadurch sei das Zustandekommen eines Frachtverhältnisses ausgeschlossen gewesen. Der Senat hat in jenem Urteil dahingestellt gelassen, ob überhaupt ein Vertragsverhältnis vorgelegen habe und wie dies rechtlich zu beurteilen sei. In jedem Falle habe, so wird dort ausgeführt, die Bahn die Geräte, die ihr von den Klägerinnen übergeben worden seien, in Obhut genommen. Auf Grund dieses Obhutsverhältnisses sei sie für die Dauer desselben zum Besitz verpflichtet gewesen. Daraus ergibt sich aber weiter, dass sie, wie der Berufungsrichter in dem hier angefochtenen Berufungsurteil zutreffend ausgeführt hat, die Pflicht zur Herausgabe der Lokomotive hatte, nachdem feststand, dass sie wie die übrigen Geräte von der Reichsbahndirektion Essen nicht mehr bei dem beabsichtigten Unternehmen eingesetzt werden konnten und sollten. Die Erfüllung dieser Pflicht hat sich die Beklagte dadurch unmöglich gemacht, dass sie sich des ihr anvertrauten Gutes in Durchführung eines von ihr unbefugt abgeschlossenen Kaufvertrages entäußerte.

2. Die Revision macht demgegenüber geltend, ein Vertragsverhältnis zwischen den Streitteilen sei nicht zustande gekommen, weil die Klägerinnen den Abtransport der Geräte arglistig erschlichen hätten und die Beförderung des Feldbahn-

gerätes nach der Dienstgutvorschrift (DV 245) von 1945 nicht habe vorgenommen werden dürfen. Der Berufungsrichter habe, so führt die Revision aus, ein arglistiges Verhalten der Klägerinnen bei der Durchführung der Verladung verneint. Er sei aber unter Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften zu dem Ergebnis gekommen, es sei nicht nachgewiesen, dass in Wirklichkeit der Einsatz der Geräte im Rahmen der Feldbahnaktion (in Essen) nicht beabsichtigt gewesen und dass die Klägerinnen die Beförderung als Dienstgut erschlichen hätten. Das Berufungsgericht habe ein Schreiben der Klägerin zu 2 vom 16. Dezember 1948 an den Prozeßbevollmächtigten der Firma Baubedarf, das sich bei den zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Handakten der Klägerinnen befinde, nicht berücksichtigt. Hierin habe die Klägerin zu 2 ausgeführt, die Geräte seien s. Zt. an die Reichsbahndirektion Essen gesandt worden, man habe sich der Adresse "OT", "Hilfe der Reichsbahn" bedient, jedoch seien die Geräte tatsächlich nicht für die OT bestimmt gewesen, vielmehr sollte ein rein ziviler Bauvertrag mit der Reichsbahn abgeschlossen werden. Die OT-Adresse sei lediglich deshalb vorgeschoben worden, um die damaligen Schwierigkeiten des Versandes zu beheben, weil der private Verkehr auf der Reichsbahn für das Versandgebiet vollständig gesperrt gewesen sei. Zum gleichen Zweck sei auch der Name des Ministerialdirektors D. [REDACTED] in die Versandanzeige gekommen und auch ein Telegramm der Einsatzgruppe VII aus Prag erwirkt worden. Ein Vertragsverhältnis mit der OT habe wegen der Geräte nachweislich nicht bestanden.

Sei aber das Gerät der Klägerinnen von ihnen in der Absicht verladen worden, um über seinen Einsatz erst private Verträge mit der Reichsbahndirektion abzuschliessen, dann sei ein Vertragsverhältnis zwischen ihnen und der Reichsbahn nicht zustande gekommen. Die Versendung auf Dienstgutfracht-

brief sei unter solchen Umständen nach § 1 Abs. 3a der Dienstgutvorschrift (DV 245) nicht zulässig gewesen, die Aufgabe der Geräte zum Versand habe gegen die Verordnung wegen missbräuchlicher Benutzung der Eisenbahn vom 8. April 1940 (RGBl. I 624) verstossen, der Vertrag sei somit nach § 134 BGB nichtig. Ausserdem verstosse das gesetzwidrige Erschleichen der Beförderung unter den damaligen Verhältnissen im Katastrophengebiet gegen die guten Sitten, es habe dort selbst für Alte und Kranke an Beförderungsmöglichkeiten gefehlt. Die Nichtigkeit des Vertrages ergebe sich daher auch aus § 138 BGB. Ein etwa bestehendes Vertragsverhältnis sei aber auch nach § 123 BGB als erloschen anzusehen, die Beklagte habe wiederholt unter Hinweis auf die arglistige Täuschung zum Ausdruck gebracht, dass sie ein Vertragsverhältnis nicht anerkenne.

Die Rügen greifen nicht durch. Dafür, dass die in dem Schreiben der Beklagten zu 2 vom 16. Dezember 1948 enthaltenen Behauptungen über die Mitwirkung der OT bei der Versendung der Feldbahngeräte von dem Berufungsrichter übersehen worden und entgegen § 286 ZPO nicht gewürdigt worden seien, ergibt sich aus den Urteilsgründen kein Anhaltspunkt. Die Klägerinnen hatten selbst^{die} Behauptungen, wie sie in dem von der Beklagten angezogenen Brief enthalten sind, bereits in ihrem Rechtsstreit gegen M. & Co (Urteil des Senats vom 4. Oktober 1951 - IV. ZR 90/50 -) vorgetragen. Auf diesen Vortrag hat der Berufungsrichter in seinem eingehenden, in dem vorliegenden Rechtsstreit nach § 139 ZPO erlassenen Aufklärungsbeschluss vom 17. Juni 1953 hingewiesen und den Parteien anheimgestellt, ihre Behauptungen zu diesem Punkt festzulegen (Bl. 246 GA). Die Klägerinnen haben daraufhin in dem Schriftsatz vom 19. August 1953 dazu Stellung genommen und ausgeführt, dass tatsächlich der Einsatz des Geräts in Essen geplant und mit der OT vereinbart worden sei, und sich auf zwei von ihr in Abschrift beigelegte Schreiben der

OBL Riese vom 10. und 12. März 1945 berufen. Sie haben dabei geltend gemacht, dass die örtliche Dienststelle der OT, um der Waggonanforderung besonderen Nachdruck zu verleihen, "wohl" von sich aus noch eine Verfügung des damaligen Ministerialdirektors D. [REDACTED] und eine Anordnung der Einsatzgruppe VII der OT in das Schreiben hineingebracht habe. Die die früheren Rechtsstreitigkeiten instruierenden Herren der Klägerinnen hätten zu ihrer damaligen Sachdarstellung allen Anlass gehabt. Welche Leseart richtig sei, werde sich wohl nicht einwandfrei aufklären lassen (Bl. 252 f GA). Damit haben die Klägerinnen ihre frühere Sachdarstellung nicht mehr aufrechterhalten. Die Beklagte beruft sich ebenfalls in ihrem Schriftsatz vom 13. Oktober 1953 in Erledigung des Auflagebeschlusses des Berufungsgerichts nicht auf ein arglistiges Vorspiegeln der Mitwirkung der OT bei der Gestellung der Waggon, sondern führt aus, die Verladung des Feldbahngerätes sei allein eine Folge des Dazwischentretens der OT zugunsten der Klägerinnen, weil ohne dieses Dazwischentreten der OT eine Abbeförderung des Feldbahngeräts gar nicht möglich gewesen sei (Bl. 260). Schon im ersten Rechtszug hatte gerade die Beklagte vortragen lassen, dass nicht nur für die Stadt Essen, sondern auch für andere zerstörte Städte des Ruhrgebiets eine Feldbahnaktion vorgesehen gewesen sei und dass im Verlaufe der Planungsarbeiten der Reichsbahn Eisenbahnwagen mit Lokomotiven, Gleisen, Loren usw. von den verschiedensten Stellen zugelaufen seien (Bl. 160 bis 162 GA). Wenn sich der Berufsrichter angesichts dieses Vorbringens der Streitteile mit dem Brief der Klägerin zu 2 nicht mehr ausdrücklich auseinandergesetzt hat und feststellt, die Beklagte habe nicht bewiesen, dass der Einsatz der Feldbahngeräte in Wirklichkeit nicht beabsichtigt gewesen und die Beförderung als Dienstgut erschlichen worden sei, so liegt darin kein Verstoß gegen die Verfahrensvorschrift des § 286 ZPO.

Auch die Rügen, dass Vorschriften des materiellen Rechts verletzt oder unrichtig angewandt seien, sind nicht stichhaltig. Selbst wenn man mit der Revision annimmt, die Versendung der Feldbahngeräte habe nach § 1 Abs. 3a der Dienstgutvorschrift (DV 245) nicht auf Dienstgutfrachtbrief erfolgen dürfen, so ergibt sich daraus nicht die Unwirksamkeit des Vertragsverhältnisses zwischen den Streitteilen. Die von der Revision angezogene Verordnung vom 8. April 1940 (RGBl. I 624) droht nur demjenigen Strafe an, der durch unrichtige Angaben im Frachtbrief, bei der Wagengestellung oder in anderer Weise Vorschriften und Anordnungen zur Sicherung oder Beschleunigung der Beförderung kriegs- oder lebenswichtiger Güter umgeht. Die Dienstgutvorschrift ist keine solche Anordnung. Sie bezieht sich auf die Beförderung von Dienstgut (§ 1 der Vorschrift) unbekümmert darum, ob es sich dabei um kriegs- oder lebenswichtige Güter handelt oder nicht.

Ein Verstoß gegen die Bestimmungen der Dienstgutvorschrift macht das Vertragsverhältnis zwischen den Streitteilen nicht ungültig. Die Dienstgutvorschrift ist eine Verwaltungsanordnung und kein Gesetz im Sinne des § 134 BGB. Ob derjenige, der die Beförderung von Gütern auf Dienstgutfrachtbrief erlangt, ohne dass es sich um Dienstgut im Sinne der Vorschrift handelt, aus irgendeinem Grund der Eisenbahn für die sonst geschuldete Fracht oder auf Schadensersatz haftet, kann hier dahinstehen. Die Beklagte hat solche Ansprüche nicht erhoben.

3. Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, der Gültigkeit des vom Berufungsrichter angenommenen Vertrags stehe die Vorschrift des § 138 BGB entgegen. Soweit die Revision hier neue tatsächliche Behauptungen vorbringt, sind sie in diesem Rechtszug unbeachtlich. Im übrigen hat der Berufungsrichter festgestellt, daß die Beförderung im Rahmen des tat-

sächlich in Essen geplanten Einsatzes der Geräte erfolgt ist. Daraus ergibt sich, dass die Vereinbarung zwischen der Beklagten und den Klägerinnen nicht sittenwidrig war. Ebenso entbehren die Ausführungen der Revision, das Vertragsverhältnis sei durch Anfechtung nach § 123 BGB erloschen, schon einer hinreichenden Grundlage in dem Vorbringen der Beklagten in den Vorinstanzen.

4. Die Beklagte hat sich gegenüber dem Klaganspruch ferner darauf berufen, die Haftungsgrundlage sei entfallen, weil sich das Feldbahngerät in der Verfügungsgewalt der OT befunden habe und daher Kriegsbeute der Besatzungsmächte geworden sei. Nach Ansicht des Berufungsrichters ist es nicht ersichtlich, dass die hier allein in Frage kommende Lokomotive von der Besatzungsmacht unmittelbar oder durch Aufnahme in eine Beuteliste als Beutegut in Anspruch genommen worden sei. Eine allgemeine Erfassung von Feldbahngerät durch die Besatzungsmacht sei nicht bekannt. Es handele sich nicht um Gerät, das einer wehrmachtähnlichen Organisation wie der OT gehört oder in ihrer Verfügungsgewalt gestanden habe, auch ergebe sich nichts dafür, dass die Besatzungsmacht über dieses Gerät als Beutegut irgendwelche Verfügungsmacht gehabt hätte oder hätte haben wollen. Der Bezettelung durch den RTO, mit der die Waggons versehen gewesen seien, käme nur bahntechnische Bedeutung zu.

Diese Erwägungen des Berufungsurteils lassen einen Rechtsirrtum nicht ersehen. Der Senat hat sich mit der Frage, ob die von den Klägerinnen verladenen Güter Beutegut geworden seien, eingehend in den Urteilen vom 11. Oktober 1951 - IV ZR 90/51, (LM Art. 3, AHK G. 13, Nr. 1), vom 20. Oktober 1952 - IV ZR 48/52 - und vom 13. Mai 1954 - IV ZR 192/53 - befasst, um sie zu verneinen. Im vorliegenden Falle sind neue, in den früheren Verfahren nicht berücksichtigte Tatsachen nicht vorgetragen worden, so dass auf die früheren Urteile Bezug genommen werden kann. Die Füge, dass der von der Beklagten im ersten Rechtszug im Schriftsatz vom 18. März 1950 als Zeuge benannte Reichsbahnoberinspektor Buscher nicht vernommen worden sei, kann schon deswegen keinen Erfolg haben, weil Buscher zu der

Frage des Beuteguts auf Grund des Beweisbeschlusses des Landgerichts vom 8. Mai 1950 (Bl. 75 GA) als Zeuge gehört worden ist (Bl. 82 R). Eine nochmalige Einvernahme durch den Berufsrichters war nicht geboten (§ 398 ZPO), sie ist auch nicht ausdrücklich zu diesem Beweisthema beantragt worden.

Ebenso treffen die Ausführungen des Berufungsurteils zu, dass die Beklagte auf Grund der Vorschriften der §§ 73 und 80 EVO zur Veräußerung der Lokomotive nicht befugt war. Diese Bestimmungen sind hier schon deshalb nicht anwendbar, weil die tatsächlichen Voraussetzungen, ein Notverkaufsrecht der Reichsbahn, nicht vorlagen (vgl. auch hierzu das Urteil des Senats vom 13. Mai 1954 - IV ZR 192/53 auf Seite 28).

5. War demnach schon auf Grund des zwischen den Streit-
teilen bestehenden Rechtsverhältnisses die Beklagte zur
Herausgabe der Lokomotive den Klägerinnen gegenüber ver-
pflichtet, so machte sie eine Verletzung dieser Pflicht
schadensersatzpflichtig, wenn sie sich vorsätzlich oder
fahrlässig durch die Veräußerung und Übergabe der Lokomotive
an die Käuferin ausserstande gesetzt hat, diese Pflicht zu
erfüllen. Der Berufsrichters hat die Frage des Verschul-
dens der Beklagten bzw. der für sie handelnden Personen
(Beamten) eingehend erörtert und bejaht. Rechtliche Bedenken
gegen diese Erwägungen des Berufungsurteils sind nicht er-
sichtlich. Wenn die zuständigen Beamten der Reichsbahndirek-
tion auch der Meinung gewesen sind, die Lokomotive sei Beute-
gut der Alliierten, so ist dieser Irrtum über die Person
des Eigentümers unerheblich. Denn auch dann durfte sie sich
ohne Zustimmung des vermeintlichen Eigentümers zum Verkauf
nicht für befugt halten. Eine Anordnung zum Verkauf ist,
wie der Berufsrichters feststellte, nicht ergangen. Die
mit der Sache befaßten Beamten konnten nach den zutreffenden
Ausführungen des Berufungsurteils auch nicht annehmen, dass
die Anordnung vom 1. Juli 1945 sie zum Verkauf ermächtigte.
Sie waren durch diesen Befehl in erster Linie auch angewiesen,

nachzuprüfen, ob sich der Empfänger oder Absender der Sache ermitteln ließ. Diese Prüfung haben sie unterlassen, obwohl sie bei Berücksichtigung der Verhältnisse der Reichsbahn im Oktober 1945 dazu imstande waren. Wie unbestritten ist, war die Maschine durch das Eigentümerschild einwandfrei gekennzeichnet, so dass Nachforschungen hätten angestellt werden können. Der Versuch, durch eine Korrespondenz die Sachlage zu klären, wäre der Beklagten auch damals zuzumuten gewesen. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, hier habe es sich, wie bei gehöriger Prüfung hätte erkannt werden können, um einen Gegenstand von hohem Wert gehandelt, der gerade in der ersten Nachkriegszeit dringend gebraucht worden wäre. Solches Gerät habe auch bei dem damals hohen Anfall von Rückstaugütern verschiedenster Art und der eigenen ungewöhnlichen damaligen Lage der Beklagten (Reichsbahn) sorgfältige Betrachtung und Erhaltung gerechtfertigt und verlangt. Diese besonderen Umstände schließen es aus, dass die Beamten der Beklagten sich auf das Schreiben des englischen D.A.D.tn (Stores) vom 1. Juli 1945 (Bl. 84 GA) berufen können, denn dieses bezieht sich für jeden erkennbar nur auf solche Güter, deren Absender oder Empfänger nicht zu ermitteln waren (with no trace of sender or consignee).

Wenn die Revision den § 286 ZPO dadurch verletzt sieht, dass der Berufsrichter es unterlassen habe, die Frage vom Standpunkt der damaligen Verhältnisse aus zu prüfen, so läßt sie nicht erkennen, wieso der Berufsrichter diese Verhältnisse unberücksichtigt gelassen habe. Ausser den bereits angeführten Erwägungen des Berufungsurteils, die sich ausdrücklich darauf beziehen, hebt der Berufsrichter auch ausdrücklich hervor, dass für den zuständigen Dezernenten der Reichsbahn kein Anlass bestanden habe, das erwähnte Schreiben des englischen Offiziers anders auszulegen, als es nach seinem Wortlaut zu verstehen ist. Auch mit der Rüge, dass die von der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 13. Oktober 1953 (Bl. 256 GA) benannten Zeugen nicht vernommen worden

sind, kann die Beklagte keinen Erfolg haben. Es fehlt in dem Schriftsatz an einer Angabe des Beweisthemas, über das die Zeugen gehört werden sollten. Diese Angabe war nicht dadurch entbehrlich, dass das Berufungsgericht in dem Beschluss vom 17. Juni 1953 der Beklagten anheimgegeben hatte, für ihre endgültige Darstellung die Bediensteten zu benennen, auf deren Darstellung sie ihren Sachvortrag stützte (Bl. 247 GA). Es oblag vielmehr der Beklagten, die Tatsachen anzugeben, die in das Wissen der Zeugen gestellt wurden oder werden sollten. Denn sonst war es dem Berufungsrichter nicht möglich, darüber zu befinden, ob die Tatsachen entscheidungserheblich waren und die Durchführung einer Beweisaufnahme rechtfertigten, zumal da ein Teil der dort benannten Zeugen bereits vernommen waren und die nochmalige Einvernahme dann im Ermessen des Berufungsrichters stand (§ 398 ZPO).

6) Der Berufungsrichter hat den Anspruch auf Schadensersatz durch Verschaffung einer der entzogenen Lokomotive gleichwertigen nach § 249 BGB bejaht. Er hielt ihn sowohl unter dem Gesichtspunkt der Schadensersatzpflicht auf Grund der Vertragsverletzung als unter dem der Haftung aus unerlaubter Handlung für gerechtfertigt. Die Revision hat demgegenüber geltend gemacht, die Schadensersatzpflicht der Reichsbahn unterliege, auf welchem Rechtsgrunde sie auch beruhe, der Beschränkung der §§ 85 und 91 EVO. Nach § 85 könne nur Schadensersatz in Höhe des gemeinen Wertes im Zeitpunkt der Übernahme zur Beförderung in Geld verlangt werden, dieser Anspruch sei, wie in BGHZ 1, 52 557 vom Bundesgerichtshof ausgesprochen sei, im Verhältnis 10 : 1 umzustellen. Das gelte auch, soweit die Beförderung nicht

auf Grund eines Frachtvertrages, sondern eines Dienstgutfrachtbriefes erfolge. Dies sei in § 5 Abs. 2 der Dienstgutvorschrift (DV 245) ausdrücklich bestimmt. Gegen die letztere Ausführung besteht das rechtliche Bedenken, dass, wie bereits hervorgehoben, die Dienstvorschrift keine Rechtsverordnung, sondern eine interne Verwaltungsanordnung der Reichsbahn ist, die unmittelbar Rechte und Pflichten der Beteiligten nicht begründet. Sie vermag daher Vorschriften des allgemein bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts und der Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung mangels einer dazu erteilten Ermächtigung nicht abzuändern oder die besonderen Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung auf ihr nicht unterliegende Tatbestände auszudehnen. Dass sich die Klägerinnen den Vorschriften der Dienstgutvorschrift ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen hätten, ist nicht dargetan. Diese Frage braucht jedoch nicht abschliessend entschieden zu werden, da die Beklagte auch aus unerlaubter Handlung haftet und auf die Ansprüche hieraus die Vorschriften der §§ 85 und 91 EVO, die die Haftung der Bahn in ihrem Interesse einschränken, keine Anwendung finden.

7) Erfüllt die Handlung, durch die der Schuldner seine vertraglichen Pflichten verletzt und sich dadurch schadensersatzpflichtig macht, den Tatbestand einer unerlaubten Handlung (§§ 823 ff BGB), so entsteht neben der Schadensersatzanforderung aus Vertrag ein konkurrierender Anspruch nach Maßgabe der §§ 823 ff aaO. Das ist in der Rechtsprechung anerkannt und wird in der Rechtslehre überwiegend angenommen (Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 232). Das gilt auch nach stän-

diger Rechtsprechung, wenn neben dem Schadensersatzanspruch aus Frachtvertrag ein solcher aus Delikt steht. Bestritten ist nur, ob auf die Haftung der Eisenbahn auch in diesem Fall die §§ 85, 91 EVO anzuwenden sind. Während im Schrifttum überwiegend die Ansicht vertreten wird, die Bahn hafte auch bei unerlaubter Handlung nur nach Maßgabe der erwähnten Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung, hat sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt. Ihr hat sich auch der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone angeschlossen (OGHZ 4, 263 mit Nachw). Der Senat sieht keinen Anlass, von der ständigen Rechtsprechung abzuweichen, er schließt sich den in dem Urteil des Obersten Gerichtshofs angestellten Erwägungen, die die Frage im verneinenden Sinne beantworten, an. Es ist daher rechtlich entgegen der Ansicht der Revision nicht zu beanstanden, wenn der Berufungsrichter für die Bestimmung und den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes sich allein durch die Vorschriften des § 249 ff BGB hat leiten lassen, ohne die Bestimmungen der Eisenbahnverkehrsordnung heranzuziehen.

8) Unstreitig hat die von der Beklagten verkaufte Lokomotive nicht den Klägerinnen, sondern der B[REDACTED] GmbH in K[REDACTED] gehört, von der die Klägerin zu 2 sie auf Grund eines Einheitsmietvertrages am 8. September 1944 für die Dauer von neun Monaten gemietet hatte. Die Ausführungen des Berufungsurteils lassen zwar nicht deutlich erkennen, ob der Berufungsrichter diesen Sachverhalt bei der Bemessung des Schadens, zu dessen Ersatz die Beklagte verpflichtet ist,

berücksichtigt hat. Nach dem Zusammenhang der Gründe scheint das Berufungsgericht angenommen zu haben, die Verurteilung zur Beschaffung einer gleichwertigen Lokomotive sei schon durch das verletzte Interesse der Klägerinnen allein gerechtfertigt. Der den Klägerinnen selbst erwachsene und von der Beklagten zu ersetzende Schaden bestand einmal in der Entziehung des Gebrauchs der Maschine und zweitens in einer etwa nach § 11 des Einheitsmietvertrags an die Vermieterin zu zahlenden, im Verhältnis 10 : 1 umzustellenden Entschädigung. Es ist zweifelhaft, ob von dem Berufungsrichter erwogen worden ist, dass die Pflicht zur Verschaffung einer Ersatzmaschine das Maß des aus dem Gesichtspunkt des verletzten Interesses der Klägerinnen zu leistenden Schadensersatzes übersteigt. Es hätte der Erörterung bedurft, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen nach anerkannter Rechtsprechung und Rechtslehre, der aus Vertrag zum Schadensersatz berechnete Gläubiger auch auf Grund einer rechtlichen Interessenverknüpfung des Gläubigers mit einem Dritten der diesem erwachsene Schaden ersetzt verlangen kann (Ennecerus-Lehmann aaO., Seite 77 f). Die Entscheidung hierüber kann dahingestellt bleiben, da das Verlangen auf Ersatz dieses Schadens aus einem anderen Grunde gerechtfertigt ist.

9) Durch den Verkauf und die Übergabe der Lokomotive durch die Beklagte ist der Baubedarf GmbH ein Schaden unmittelbar entstanden, dessen Ersatz sie aus dem Gesichtspunkt der Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB verlangen kann. Dieser Anspruch ist durch Beschluß des Amtsgerichts ⁱⁿ Köln vom 18. Juni 1953 gemäss § 166

Abs.2 KO in eine Nachtragsverteilung nach Beendigung des Konkurses über das Vermögen der Baubedarf GmbH einbezogen worden. Er ist, wie im Tatbestand des Berufungsurteils festgestellt ist, durch den ehemaligen Konkursverwalter der B [REDACTED] GmbH an die Klägerinnen abgetreten worden. Die Abtretung ist wirksam. Die von der Beklagten im Berufungsrechtszug vortragenen Bedenken, die Nachtragsverteilung sei nicht statthaft gewesen, weil der Anspruch dem Konkursverwalter schon vor der Beendigung des Konkursverfahrens bekannt gewesen sei, greifen nicht durch. Die Anordnung der Nachtragsverteilung bestimmter zur Konkursmasse gehöriger und vom Konkursverwalter nicht freigegebener Vermögensgegenstände ist eine auf die Nachtragsmasse beschränkte Erneuerung des Konkursbeschlags (Jäger KO 6./7.Aufl. § 166 Anm.10). Es kann dahinstehen, ob er hinsichtlich der der Baubedarf zustehenden Ansprüche, die dem Konkursverwalter bekannt waren, hätte erlassen werden dürfen. Nachdem er aber erlassen ist, kann im Prozeßweg nicht geltend gemacht werden, dass seine Voraussetzungen nicht gegeben seien. Es kann insoweit nichts anderes gelten, als was hinsichtlich der eigentlichen Konkurseröffnung Rechtens ist. Ist der Konkurseröffnungsbeschluss erlassen, so kann die Konkurseröffnung und mit ihr die Ernennung des Konkursverwalters ausserhalb des Konkursverfahrens als ungesetzmässig nicht in Frage gestellt werden (RGZ 129, 390 3917; 136, 97 1007; Jaeger aaO § 74 Anm.4 auf Seite 269 unten). Es ist daher hier von der Wirksamkeit des amtsgerichtlichen Beschlusses auszugehen. Auch die Abtretung selbst ist rechtsgültig. Rechtshandlungen des Konkursverwalters sind nur dann unwirksam,

wenn sie dem Konkurszweck widersprechen, sie sind rechtsbeständig, wenn sie mit ihm vereinbar sind. (Jaeger aaO §. 6 Anm. 41 und 42). Gegen die Gültigkeit der Inkassozeession durch den Konkursverwalter können aus diesem Gesichtspunkt begründete Bedenken nicht erhoben werden. Die Klägerinnen sind daher aktivlegitimiert, den in der Person der B [REDACTED] GmbH erwachsenen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Sie sind deshalb berechtigt, Schadensersatz in dem Umfang und in der Art zu verlangen, wie es die B [REDACTED] GmbH bzw. der Konkursverwalter hätte tun können, wenn die Forderung nicht abgetreten worden wäre. Auf die Angriffe der Revision, die ein eigenständiges Besitzrecht der Klägerinnen und damit einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB bestreitet, kommt es somit nicht an. Es erübrigt sich daher, darauf einzugehen. Dass der Eigentümer der entzogenen Sache, sofern er überhaupt Naturalrestitution nach § 249 BGB verlangen kann, auch die Beschaffung eines der entzogenen Sache entsprechenden gleichartigen Ersatzgegenstandes fordern kann, ist ohne Zweifel.

10) Ist somit die Schadensersatzpflicht der Beklagten von dem Berufungsrichter zutreffend bejaht worden, so bestehen jedoch Bedenken gegen die vom Landgericht ausgesprochene und vom Berufungsrichter gebilligte Verurteilung der Beklagten zur Beschaffung und Übergabe einer der entzogenen gleichwertigen Lokomotive so, wie sie in dem Urteil des Landgerichts ausgesprochen worden ist.

Das Schadensersatzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches beruht auf dem in § 249 BGB ausgesprochenen

Grundsatz, dass der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand wiederherzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Naturalrestitution). Es ist anerkannt, dass dadurch nicht die Pflicht begründet wird, denselben Zustand herzustellen, wie er vor dem schadenstiftenden Ereignis bestand; es genügt, dass ein wirtschaftlich gleicher Zustand durch die Schadensersatzleistung hergestellt wird. An Stelle des Anspruchs auf Herstellung besteht nur ein solcher auf Geldersatz, wenn die Wiederherstellung nicht möglich ist (§ 251 Abs.1 BGB). Ist eine Sache zerstört oder dem Eigentümer entzogen, dann entspricht es dem im Gesetz niedergelegten Grundsatz, dass der Ersatzverpflichtete dem Berechtigten eine gleichwertige Sache derselben Art verschafft. Die Anwendung des Grundsatzes in dieser Form ist in Rechtslehre und Rechtsprechung auch unbedenklich bejaht worden, wenn es sich bei der zerstörten oder entzogenen Sache um eine vertretbare Sache oder eine Handelsware handelt (RGZ 93, 281 /2847; 106, 86 /887; 126, 401 /4037). Handelt es sich um eine nicht vertretbare Sache, und dazu gehören, wie Larenz (Lehrbuch des Schuldrechts I Seite 128) zutreffend ausgeführt hat, in der Regel wegen der Verschiedenheit des Abnutzungsgrades auch gebrauchte "vertretbare" Sachen, dann ist früher überwiegend die Meinung vertreten worden, dass der Schadensersatzberechtigte wegen der Unmöglichkeit der Wiederherstellung auf einen Geldanspruch zu verweisen sei.

Gegen den ausnahmslosen Ausschluss der Naturalrestitution in solchen Fällen hat schon H.A.Fischer (Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich)

Bedenken vorgebracht (vgl. Seite 172 und 178). Das Reichsgericht hat unter dem Eindruck der Verhältnisse nach dem ersten und während des zweiten Weltkrieges an dieser Ansicht nicht streng festgehalten (LZ 1925, 37 Nr. 4; DR 1942, 1704 Nr. 12). Das in Gruch-Beitr. 67, 298 abgedruckte Urteil des Gerichts kann für den gegenteiligen Standpunkt nicht herangezogen werden, wie es Staudinger 9. Aufl. § 251 Anm. 2a tut, weil es sich hier um den notwendigerweise in Geld zu erbringenden Differenzschaden nach Maßgabe des § 325 BGB handelt. Nach dem zweiten Weltkrieg hat die deutsche Rechtsprechung diese Ansicht jedoch einheitlich aufgegeben, weil vor der Währungsreform eine Geldleistung keine entsprechende Entschädigung für eine zerstörte oder widerrechtlich entzogene Sache gewähren konnte, und hat den zum Schadensersatz Verpflichteten zur Ersatzleistung durch Beschaffung einer gleichartigen Sache auch in den Fällen verurteilt, wo es sich nicht um vertretbare Sachen handelte (vgl. OGHZ I, 128). Es ist nunmehr zu prüfen, ob, nachdem wieder geordnete wirtschaftliche Verhältnisse bestehen, diese Rechtsprechung aufrechterhalten bleiben soll, obwohl es nunmehr möglich ist, einen angemessenen Schadensersatz wieder durch eine Geldleistung zu erbringen. Bedenken gegen die Aufrechterhaltung des in der Zeit vor der Währungsreform eingenommenen Standpunktes ergeben sich nicht aus § 251 Abs. 1 BGB. Denn nachdem anerkannt ist, dass die Wiederherstellung des früheren Zustandes in einem wirtschaftlichen Sinne zu verstehen ist, besteht kein durchgreifender Grund, diese Verpflichtung zu bejahen, wenn die entzogene oder vernichtete Sache eine nicht vertretbare ist, es sei denn, dass es sich um eine Sache handelt,

für die aus irgendwelchen Gründen ein gleichwertiger Ersatz nicht beschafft werden kann oder die nur mit unverhältnismässigen, dem Schuldner nicht zumutbaren Schwierigkeiten erlangt werden kann. Die Bedenken liegen vielmehr in der Schwierigkeit der Vollstreckung, deren sich auch der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone in der erwähnten in OGHZ 1, 128 132 F abgedruckten Entscheidung bewusst war, wenn er aussprach, bei der Fassung des Urteilsspruches müsse darauf Bedacht genommen werden, dass im Falle der Vollstreckung der Gläubiger nicht mehr und nicht weniger erhalte, als das Gericht ihm zuzusprechen beabsichtige. Der Urteilsspruch müsse auch so gefasst werden, dass im Falle einer Leistung ohne Zwangsvollstreckung tunlichst kein Streit darüber entstehen könne, ob der Gläubiger befriedigt sei oder nicht.

Die Frage, ob auch Ersatz für nicht vertretbare Sachen durch Lieferung einer gleichwertigen oder gleichartigen Sache geleistet werden kann, braucht jedoch hier nicht abschliessend entschieden zu werden. Bejaht man sie, so ist doch, wie der Oberste Gerichtshof ausgeführt hat, bei der inhaltlichen Bestimmung der zu erbringenden Ersatzleistung alle Sorgfalt darauf zu verwenden, dass die Ersatzleistung so genau als möglich im Urteilsspruch beschrieben wird, wie es dieser Gerichtshof verlangt hat. Wenn dies nicht möglich ist, wird der Gläubiger nach § 242 BGB verpflichtet sein, sich mit einer Geldleistung zufriedenzugeben.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass die Urteilsformel des landgerichtlichen Urteils den vom Ober-

sten Gerichtshof ausgesprochenen Anforderungen nicht entspricht. Jedoch kann es schon aus einem anderen Grunde bei der vom Landgericht ausgesprochenen Verurteilung nicht bleiben.

Die Verurteilung zum Ersatz durch Verschaffung einer gleichwertigen und gleichartigen Sache als Ersatz für eine nicht vertretbare Sache beruht mit auf der Erwägung, dass dem Ersatzberechtigten die gleiche Art der Sachnutzung zugebilligt werden muss, die er infolge der Entziehung entbehren muss. Hat er daran kein begründetes Interesse, dann ist er auf den Geldanspruch zu verweisen, wenn dieser ihm eine gleichwertige Entschädigung gewährt. Im vorliegenden Fall haben weder die Klägerinnen noch die Baubedarf GmbH ein solches Interesse. Die Klägerinnen müssten die Ersatzlokomotive an den Konkursverwalter der Gesellschaft herausgeben, da ihr Recht zur Weiterbenutzung der Lokomotive auf Grund des Mietvertrages vom 8. September 1944 erloschen ist. Der Konkursverwalter hätte die so erlangte Lokomotive durch Verkauf im Interesse der Konkursmasse in Geld umzusetzen, d.h. bestmöglichst zu veräußern. Bei keinem der Beteiligten besteht ein hinreichendes Interesse, die Zahlung eines dem Wert der Lokomotive entsprechenden Geldbetrages zurückzuweisen, da sie den Konkursverwalter in die Lage setzt, eine Verteilung unter die Gläubiger vorzunehmen. Sein nach § 117 KO bestehendes Recht, die Verwertung selbst durchzuführen, fällt nicht so stark ins Gewicht gegenüber den Schwierigkeiten der Zwangsvollstreckung für die Beklagte und die fast notwendig daraus entspringenden neuen Streitigkeiten über die Angemessenheit einer von der Beklagten etwa gebotenen Ersatzmaschine.

Unter diesen besonderen Umständen kann der von den Klägerinnen erhobene Schadensersatzanspruch nur auf Geldleistung gerichtet sein. Soweit daher mit der Klage Leistung einer der früheren gleichwertigen Feldbahnlokomotive verlangt wird, muß sie abgewiesen werden. Begründet bleibt der in dritter Linie erhobene Klaganspruch auf Zahlung eines Geldbetrages, der zur Beschaffung einer solchen Lokomotive erforderlich ist. Hier ist jedoch der Rechtsstreit nur insoweit zur Entscheidung reif, als er den Grund des Anspruchs betrifft, da der darauf bezügliche Sachverhalt durch die Verhandlungen in den früheren Rechtszügen ausreichend und erschöpfend geklärt ist. Lediglich über die Höhe ist noch zu verhandeln und zu entscheiden. Aus diesem Grund war gemäss dem auch im Revisionsrechtszug anwendbaren § 304 ZPO der Anspruch, wie geschehen, dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären und die Sache lediglich zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 ZPO).

Schmidt

Ascher

Raske

Johannsen

Scheffler