

Gesetz: EVO §§ 73 und 80; HGB § 366; BGB § 932

Rechtssatz: 1.) Hat die Reichsbahn (jetzt die Bundesbahn) bei Massnahmen, die der Wiederherstellung und Durchführung des Betriebes nach dem Zusammenbruch dienen, von ihr als Inhaber von öffentlicher Gewalt zustehenden Möglichkeiten keinen Gebrauch gemacht, sondern sich dabei auf den Boden des Privatrechts gestellt (EVO), so kann nicht geltend gemacht werden, dass die Massnahme ein Hoheitsakt sei. Dieselbe Handlung kann nicht gleichzeitig öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Natur sein (RGZ 162, 304 305).

2.) § 366 HGB findet auf Veräusserungsgeschäfte der Reichsbahn entsprechende Anwendung. An der Rechtsprechung des OGHZ (OGHZ 3, 195) wird festgehalten.

3.) Der gute Glaube des Erwerbers an die Verfügungsbefugnis des Veräusserers kann im Falle des § 366 HGB entweder darauf beruhen, dass der Erwerber an einen Tatbestand glaubt, bei dessen Vorliegen die Verfügungsbefugnis besteht, oder darauf, dass er trotz Kenntnis des ein Verfügungsrecht nicht begründenden Tatbestandes zufolge Rechtsirrtums die Verfügungsbefugnis annimmt.

Handelt es sich um den guten Glauben an die Veräusserungsbefugnis der Eisenbahn nach §§ 73, 80 EVO, so ist der gute Glaube nicht deswegen zu verneinen, weil der Erwerber hätte erkennen müssen, die Veräusserung entspreche nicht dem Willen oder dem Interesse des Eigentümers.

✓ Aktenzeichen: IV ZR 158/50

Urt. v. 23. April 1951

OLG Düsseldorf

Verkündet

am 23. April 1951

Klett,

Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle des Bundesgerichtshofs

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- 1.) der Firma Peter F. [REDACTED] Söhne AG in D. [REDACTED]
[REDACTED], K. [REDACTED] str. [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand,

Beklagte, Berufungs- und Revisions-
klägerin.

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

- 2.) der Deutschen Bundesbahn, vertreten durch die
Bundesbahndirektion Wuppertal,

Nebenintervenientin,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
in [REDACTED]

gegen

die Firma Philipp H. [REDACTED] AG in F. [REDACTED]
[REDACTED], T. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
durch ihren Vorstand Dr. Ing. H. [REDACTED],
Dr. Ing. K. [REDACTED] und Regierungsbaumeister a.D.
Dipl. Ing. R. [REDACTED], sämtlich in F. [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisions-
beklagte,

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

hat der Bundesgerichtshof, IV. Zivilsenat, auf die münd-
liche Verhandlung vom 12. April 1951 unter Mitwirkung des
Bundesrichters Dr. Lersch als Vorsitzender und der Bundes-
richter Ascher, Raske, Dr. Hartz und Johannsen
für Recht erkannt:

Das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts in Düsseldorf vom 6. Juli 1949 wird
aufgehoben. Die Sache wird zu erneuter Verhand-

lung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Jahre 1944 bei der Firma "D[REDACTED]"-Baggerfabrik GmbH in D[REDACTED] (im Folgenden "D[REDACTED]" genannt) einen Dampfbagger bestellt. Dieser wurde Anfang 1945 fertiggestellt und auf Anweisung der Bestellerin am 27. Februar 1945 von der "D[REDACTED]" bei der Nebenintervenientin als Frachtgut an die Adresse der Firma W[REDACTED] Flugzeugbau GmbH, Werk K[REDACTED], Station M[REDACTED], aufgegeben. Infolge der durch den Krieg geschaffenen Verhältnisse erreichte der Bagger jedoch den Bestimmungsbahnhof nicht. Der Wagen, auf dem der Bagger verladen war, befand sich nach dem Zusammenbruch auf dem Verschiebebahnhof G[REDACTED]. Hier wurde der Bagger von der Nebenintervenientin an die Beklagte am 21. Juni 1945 zum Preise von RM 32.500,-- verkauft und nach mehreren Wochen übergeben.

Die "D[REDACTED]" hat im Februar 1948 die von ihr gegen die Beklagte wegen des Baggers erhobenen Ansprüche an die Klägerin abgetreten. Die Beklagte verweigert die Herausgabe des Baggers. Die Klägerin hat daher Klage gegen sie erhoben mit dem Antrage,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen fahrbaren Bagger Fabrikat "D[REDACTED]", Kessel 3498, herauszugeben.

Sie macht geltend, das Eigentum an dem Bagger sei durch Abtretung der Herausgabeansprüche von der "D[REDACTED]" auf sie übergegangen. Die Beklagte habe kein Eigentum an dem



Bagger erworben, denn die Nebenintervenientin sei nicht berechtigt gewesen, den Bagger zu verkaufen und an die Beklagte zu übereignen. Die Beklagte sei als Besitzerin zur Herausgabe des Baggers verpflichtet.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie und die Deutsche Reichsbahn (jetzt Deutsche Bundesbahn), die der Beklagten im Rechtsstreit als Nebenintervenientin beigetreten ist, stehen auf dem Standpunkt, dass das Eigentum an dem Bagger auf die Beklagte übergegangen sei. Der Verschiebebahnhof G [REDACTED] sei im März 1945 durch Fliegerangriff völlig zerstört worden. Auf diesem Bahnhof hätten zur damaligen Zeit etwa 1.500 Waggons gestanden. Diese hätten den Verkehr, insbesondere den Durchgangsverkehr, völlig behindert. Weder die Transporte für die Besatzungsmacht noch die mit für die Bevölkerung lebenswichtigen Gütern hätten durchgeführt werden können. Diese Hindernisse hätten beseitigt werden müssen. Der Wagen mit dem Bagger habe auf dem Gleis 30, einem Umgehungsgleis, gestanden. Dieses Gleis hätte unter allen Umständen freigemacht werden müssen. Nicht nur die Befehlsstellen der amerikanischen Truppen, die den Bahnhof zunächst besetzt hielten, sondern auch britische Kontrolloffiziere hätten wiederholt verlangt, dass die Verschiebebahnhöfe freigemacht würden. Die Reichsbahndirektion W [REDACTED] habe deshalb unter dem 2. Juni 1945 eine allgemeine Anordnung über die Behandlung alter Wagenladungen erlassen, wonach Güter, die weder dem Empfänger noch dem Absender ausgehändigt werden konnten, nach den allgemeinen, über die Auflösung von Rückstau gegebenen Weisungen zu behandeln seien. Hiernach sei auch mit dem

Bagger verfahren worden. Frachtpapiere, aus denen sich der Absender oder der Empfänger ergeben habe, seien nicht vorhanden gewesen. Eine Möglichkeit, den Bagger einzulagern, habe nicht bestanden. Deshalb sei die Nebenintervenientin nach §§ 73 Abs II u V, 80 Ziff 9a EVO zum Verkauf befugt gewesen. Die Berechtigung hierzu ergebe sich aber auch aus den wiederholten Anordnungen der Besatzungsmacht. Ein höherer britischer Offizier habe eines Tages den strikten Befehl gegeben, Gleis 30 zu räumen, und geäußert, er werde den Bagger die Böschung hinunterwerfen lassen, wenn er nicht bald verschwinde. Die Eisenbahn habe bei der Räumung der Gleise und dem Verkauf an die Beklagte in Ausübung hoheitlicher Befugnisse gehandelt. Die Beklagte habe daher auf Grund eines Hoheitsaktes Eigentum an dem Bagger erlangt. Selbst wenn aber die Eisenbahn zur Veräußerung des Baggers nicht befugt gewesen sei, so sei die Beklagte Eigentümerin geworden, da sie hinsichtlich der Veräußerungsbefugnis der Reichsbahn gutgläubig gewesen sei. Auch sei der Bagger öffentlich versteigert worden, so dass sich die Beklagte auf § 935 Abs 2 BGB berufen könne. Auf Grund der §§ 228 u 904 BGB sei die Reichsbahn ebenfalls zum Verkauf berechtigt gewesen. Weiter machen die Beklagte und die Nebenintervenientin geltend, die an die Klägerin abgetretenen Ansprüche der "D [REDACTED]" seien durch Verzicht und Verwirkung untergegangen. Die "D [REDACTED]" habe bereits im August 1945 Kenntnis davon erlangt, dass die Beklagte den Bagger von der Reichsbahn erworben habe. Am 14. August 1945 habe die Beklagte einen Baggerführer zur "D [REDACTED]" gesandt, um eine Betriebsanleitung, eine Ersatzteilliste und das Kesselbuch für den Bagger ab-

zuholen. Dabei habe die "D [REDACTED]" von dem Verkauf erfahren. Einer ihrer Angestellten habe erklärt, es sei der "D [REDACTED]" einerlei und ihr recht, wenn nunmehr die Beklagte den Bagger erworben habe. Weiter habe das Baubüro der Beklagten in S [REDACTED] im August 1945 das Kesselbuch für den Bagger bei der "D [REDACTED]" in D [REDACTED] schriftlich angefordert. Diese habe es nach mehrmaliger Anmahnung im Februar 1946 übersandt. In dem Kesselbuch sei die Beklagte als Eigentümerin eingetragen gewesen. Die Beklagte habe auch fortlaufend Ersatzteile von der "D [REDACTED]" bezogen.

Die Klägerin ist diesem Vorbringen entgegengetreten. Sie hat insbesondere geltend gemacht, die Reichsbahn sei imstande gewesen, sie rechtzeitig von dem Verbleib des Baggers zu unterrichten. Sie hätte dann die notwendigen Massnahmen zu seiner Wegschaffung treffen können.

Das Landgericht in Duisburg hat die Beklagte nach dem Antrage der Klage verurteilt. Die von der Beklagten und der Nebenintervenientin eingelegte Berufung blieb erfolglos.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts haben die Beklagte und die Nebenintervenientin Revision eingelegt. Sie beantragen,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, hilfsweise die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Als Nebenintervenientin hat sich dem Verfahren die Deutsche Reichsbahn mit Schriftsatz vom 4.3.1948 angeschlossen. Die Deutsche Reichsbahn besteht nicht mehr.

Die Vermögensrechte des Deutschen Reiches, die zum bisherigen Sondervermögen "Deutsche Reichsbahn" gehörten, sind mit Wirkung vom 24. Mai 1949 Vermögen des Bundes geworden (§ 1 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Deutschen Bundesbahn vom 2. März 1951 [BGBl I, 1557]). Die Bundeseisenbahnen werden in bundeseigener Verwaltung geführt (Art 87 GG). Die "Deutsche Bundesbahn" ist der "Deutschen Reichsbahn" personengleich (BGHZ 1, 34 [37]). Es ist daher lediglich die Bezeichnung der Nebenintervenientin der jetzt bestehenden Rechtslage anzupassen. Gegen die Zulässigkeit der Nebenintervention selbst bestehen keine Bedenken.

2.) Unstreitig ist die "D [REDACTED]" bis zum Übergang des Besitzes auf die Beklagte, der nach der Feststellung des Berufungsurteils erst einige Wochen nach dem am 21. Juni 1945 erfolgten Verkauf vorgenommen wurde, Eigentümerin des Baggers gewesen. Dieser befindet sich jetzt noch im Besitze der Beklagten. Sie ist der Klägerin, der die "D [REDACTED]" ihre gesamten Ansprüche auf den Bagger abgetreten hat (§ 931 BGB), nach § 935 BGB zur Herausgabe nur dann verpflichtet, wenn die "D [REDACTED]" durch die Veräußerung das Eigentum nicht verloren hat. Da die Übergabe des Baggers durch die unmittelbare Besitzerin erfolgt ist, ist der Bagger der Rechtsvorgängerin der Klägerin nicht abhanden gekommen. Nach § 1006 BGB wird vermutet, dass die Beklagte Eigentümerin ist. Die Klägerin muss daher, wenn sie mit der Klage durchdringen will, Tatsachen behaupten und beweisen, aus denen sich ergibt, dass ihr Eigentum noch besteht. Da die Beklagte das von ihr geltend gemachte Eigentum aus einem be-

12
stimmten Erwerbsgrund herleitet, genügt die Klägerin, wie das Berufungsgericht richtig ausgeführt hat, ihrer Behauptungs- und Beweislast, wenn sie dartut, dass die Beklagte durch die Veräußerung des Baggers von seiten der Reichsbahn Eigentum nicht erlangt hat (RGK § 935 Anm 5). Es kommt daher für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf an, ob entweder der Nebenintervenientin ein Recht zustand, über das Eigentum an dem Bagger zum Nachteil der "D [REDACTED]" zu verfügen, oder ob, wenn ein solches Veräußerungsrecht zu verneinen ist, die Beklagte trotzdem Eigentum erlangt hat, weil sie es im guten Glauben an die Verfügungsbefugnis der Reichsbahn erworben hat.

5.) Die Beklagte und die Nebenintervenientin nehmen den Standpunkt ein, die Reichsbahn habe bei der Veräußerung des Baggers in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gehandelt, das Eigentum der Beklagten beruhe daher auf einem Hoheitsakt. Die Veräußerung des Baggers durch die Reichsbahn habe originäres Eigentum des Erwerbers auch dann begründet, wenn die Voraussetzungen für ein Veräußerungsrecht auf Grund der §§ 73 Abs 2 und 5, § 80 Abs 9 EVO nicht erfüllt seien. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

Die "Deutsche Reichsbahn" war eine Verkehrsanstalt des Deutschen Reichs (Art 89 WeimVerf). Nach dem (auch nach der Kapitulation vom 8. Mai 1945 fortgeltenden) Reichsbahngesetz vom 4. Juli 1939 verwaltete das Deutsche Reich unter dem Namen "Deutsche Reichsbahn" das Reichsbahnvermögen als ein Sondervermögen mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung. Die Erfüllung der der Deutschen Reichsbahn obliegenden Aufgaben gilt als öffentlicher Dienst (§ 3). Die Reichsbahn ist kein Gewerbebetrieb (§ 16), ihre Dienst-

stellen sind öffentliche Behörden (§ 17). Ihr ist durch das Gesetz das Enteignungsrecht eingeräumt worden (§ 25). Daneben war die Reichsbahn Träger der Bahnpolizei, deren Aufgaben durch Ausübung hoheitlicher Gewalt zu erfüllen waren (§§ 74 ff Reichsbahnbau- und Betriebsordnung vom 17. Juli 1928 /RGBl II, 541⁷). Zweck des Unternehmens der "Deutschen Reichsbahn" ist die Güter- und Personenbeförderung. Die Beziehungen zu den Benützern der Deutschen Reichsbahn sind im 7. Abschnitt des 3. Buches des Handelsgesetzbuches idF des Gesetzes zur Änderung des Handelsgesetzbuches vom 4. September 1938 (RGBl I, 1149) und in der Eisenbahnverkehrsordnung (EVO) vom 8. September 1938 (RGBl II, 663) geregelt. Diese Vorschriften sind nach der vom Reichsgericht in RGZ 161, 341 u 162, 364 ausführlich begründeten Ansicht, von der abzugehen auch jetzt kein Anlass besteht, bürgerlich-rechtlicher Natur. Die Beförderung von Personen und Gütern erfolgt auf Grund von mit den Benützern der Reichsbahn abgeschlossenen bürgerlich-rechtlichen Verträgen. Der Umstand, dass die Reichsbahn eine öffentliche Verkehrsanstalt ist, die mit hoheitlichen Aufgaben betraut ist, schliesst nicht aus, dass sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf den Boden des bürgerlich-rechtlichen Verkehrs begibt. Die EVO ist keine Anstaltsordnung, die die Beziehungen zwischen der Anstalt und ihren Benützern dem öffentlichen Recht unterwirft, wie Weber in ZAkDR 1939, 679 ausführt, sondern eine die Vertragsbeziehungen zwischen der Reichsbahn und den Benützern ihrer Anstalt nach den Grundsätzen des Privatrechts regelnde Rechtsverordnung. Dies er-

gibt sich aus ihrem Inhalt und ihrer Entstehung.

Im Rahmen dieser ihrer Natur nach zum Privatrecht gehörenden EVO ist auch im vorliegenden Fall der Verkauf des Baggers durch die Nebenintervenientin erfolgt. Wie das Reichsgericht in JW 1938, 2969 ausgesprochen hat, ist der Betrieb eines Verschiebe- und Abstellbahnhofs weder seinem inneren Wesen nach noch nach der ihm gegebenen äusseren Gestaltung Ausübung von Staatsgewalt. Dass das Reichsgericht auch nach dem Inkrafttreten des Reichsbahngesetzes an den in dieser Entscheidung vor seinem Erlass ausgesprochenen Grundsätzen festgehalten hat, ergibt sich aus RGZ 161, 341 (344). Die Revision der Nebenintervenientin glaubt der Anwendung der in JW 1938, 2969 aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall damit begegnen zu können, dass sie ausführt, diese Entscheidung behandle einen Vorgang aus ruhigen und normalen Zeiten, während hier die Folgen eines katastrophalen Zusammenbruchs hätten gemeistert werden müssen.

Die Bahn habe damals unter Leitung britischer Offiziere (Railway Control Teams bei den Direktionen, Verkehrs- und Pionieroffiziere bei den Ämtern und Stationen) gestanden. Die der Bahn erteilten Räumungsbefehle seien Ausübung besatzungsrechtlicher Hoheitsgewalt, die Reichsbahn nur der ausführende Arm der Dienststellen der Besatzungsmacht gewesen. Die Betriebsführung habe jedenfalls im Juni 1945 in erster Linie nicht wieder eingewirtschaftlichen Zwecken, sondern Besatzungsaufgaben vornehmlich militärischer Art gedient. Der Befehl der Besatzungsmacht sei daher Militärbefehl gewesen. Die Betriebsfähigkeit der Eisenbahn sei im öffentlichen Interesse aller Beteiligten schnellstens

wieder herzustellen gewesen. Eine von dieser Zweckbestimmung geleitete Massnahme habe nicht der Abwicklung privatrechtlicher Frachtverträge, sondern dem öffentlichen Interesse gedient. Sie werde daher nicht von der EVO, sondern durch das pflichtgemässe Ermessen des handelnden Hoheitsträgers geregelt.

Es ist der Revision zuzugeben, dass die Veräusserung des Baggers im vorliegenden Fall durch einen Zustand aussergewöhnlicher Verkehrsbehinderung veranlasst war, in dem sich damals der Betrieb der Reichsbahn, insbesondere auch der zerstörte Verschiebebahnhof C [REDACTED], befand. Hieraus ist aber nicht zu folgern, dass alle zur Wiederherstellung der Betriebsfähigkeit getroffenen Massnahmen, insbesondere die Behandlung der der Bahn zur Beförderung anvertrauten Güter, nun in Ausübung hoheitlicher Gewalt vorgenommen und daher nicht nach den Vorschriften der EVO zu beurteilen gewesen wären. Es braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, ob die Reichsbahn als Hoheitsträger oder auf Grund der ihr von der Besatzungsmacht übertragenen Befugnisse berechtigt gewesen wäre, in Ausübung öffentlicher Gewalt und ausserhalb des Rahmens der EVO vorzugehen. Die von ihr getroffenen Massnahmen zeigen, dass sie es nicht getan hat. Wie von der Beklagten und der Nebenintervenientin selbst vorgetragen worden ist, haben die "Vorstellungen" der Kontrolloffiziere bei der Reichsbahndirektion W [REDACTED] zu dem Erlass der Verfügung vom 2. Juni 1945 betr Behandlung alter Wagenladungen geführt. In ihr wird bestimmt, dass alles Gut, das weder dem Empfänger noch dem Absender ausgehändigt werden kann, nach den "allgemeinen

über die Auflösung von Rückstau gegebenen Weisungen" zu behandeln ist. Diese Verfügung verweist also auf die hierüber bestehenden Bestimmungen, d h auf die einschlägigen Vorschriften der §§ 73 und 80 EVO, und die Nebenintervenientin hat selbst vorgetragen, dass auf Grund dieser Weisung der Reichsbahndirektion W [REDACTED] der Bahnhof G [REDACTED] gehalten war, nach § 73 Abs 2 und 5 in Verbindung mit § 80 Abs 9 EVO zu verfahren. Die Reichsbahn hat also bei der Veräußerung des Baggers auf dem Boden der EVO und damit des bürgerlichen Rechts handeln wollen und gehandelt. Ist aber die Veräußerung eine Handlung, die in ihren Voraussetzungen und ihren Folgen den Vorschriften des Privatrechts unterliegt, dann ist sie kein Hoheitsakt. Dieselbe Handlung kann nicht gleichzeitig öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Natur sein (RGZ 162, 304 [305]).

Aus dem Verhalten der Reichsbahn ergibt sich aber auch, dass die Anordnungen der Militärregierung, auf die sich die Nebenintervenientin berufen hat, nicht dahin gehen konnten, die Reichsbahn von der Anwendung der einschlägigen deutschen Vorschriften zu entbinden und sie zur Erfüllung der angeordneten Massnahmen mit Befugnissen zu versehen, die daraus nicht hergeleitet werden konnten. Die Verfügung vom 2. Juni 1945 verweist auf die "bestehenden" Anweisungen und in ihrem Rahmen ist gehandelt worden. Aus diesem Grunde ist es nicht erforderlich, das Verfahren nach Art 3 Abs 2 AMKG Nr 13 auszusetzen und die Frage über die Bedeutung der getroffenen Anordnungen den Besatzungsbehörden zu überweisen.

4.) Die Revision wendet sich weiter gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts, aus denen es die Herleitung eines Veräußerungsrechts der "Deutschen Reichsbahn" auf

Grund der Vorschriften der §§ 228 und 904 BGB verneint. Diese Rügen sind nicht begründet. Nach § 228 aaO darf eine Sache zerstört oder beschädigt werden, wenn dies zur Abwendung einer von ihr drohenden Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht. Es fehlt hier an der Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift, dass von dem Bagger eine Gefahr für den Betrieb der Reichsbahn ausgegangen sei. Die Gefahr für den Betrieb der Nebenintervenientin ist nicht durch die von ihr zur Beförderung übernommenen Sache, sondern aus dem infolge Kriegseinwirkung hervorgerufenen Zustand der Betriebsmittel und -vorrichtungen, also im eigenen Bereich der Bahn entstanden. Sie ging nur mittelbar von dem Bagger aus, der auf dem Umgehungsgleis stand (RGR § 228 Anm 3). Mit Recht hat aber das Berufungsgericht auch darauf hingewiesen, daß durch den Verkauf des Baggers das der Aufrechterhaltung des Betriebes entgegenstehende Hindernis nicht beseitigt wurde. Der Bagger stand nach der eigenen Erklärung der Beklagten in der Berufungsinstanz noch viele Wochen auf dem Gleis, weil man an ihn nicht herankommen konnte. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob, wie die Revision meint, die Veräusserung gegenüber der Zerstörung oder Beschädigung ein Minderes sei, und dass deshalb unter den Voraussetzungen des § 228 BGB der Gefahr auch durch Veräusserung der gefährdenden Sache begegnet werden kann.

Aus den gleichen Gründen gewährte auch § 904 BGB kein Veräusserungsrecht. Diese Vorschrift erlaubt die Einwirkung auf eine fremde Sache, wenn sie notwendig ist, um eine nicht von ihr, sondern von anderer Seite drohende gegenwärtige Ge-

fahr abzuwenden. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Veräußerung einer Sache könne nicht als Einwirkung im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob dies richtig ist. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 904 aaO ist, dass die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist. Wie der Berufungsrichter zutreffend ausführt, wurde durch den Verkauf des Baggers eine unmittelbare Gefahr für den Betrieb der Bahn schon deswegen nicht beseitigt, weil man erst mehrere Wochen nach dem Verkauf an ihn herankommen konnte. Daher bestand damals auch keine Notwendigkeit zum Verkauf.

5.) In der Revision der Nebenintervenientin wird die Ansicht vertreten, bei der Sachlage, wie sie im vorliegenden Fall gegeben war, habe die Veräußerung sowohl dem Interesse des Eigentümers als dem öffentlichen Interesse gedient. Sie habe zugleich eine dem Eigentümer drohende dringende Gefahr abgewendet. Die "D [REDACTED]" sei daher als Eigentümer nach den §§ 677, 679, 680, 683 BGB zur Genehmigung verpflichtet gewesen. Dies würde der Klage der "D [REDACTED]" entgegengestanden haben und wirke nach § 986 Abs 2 BGB auch gegen die Klägerin als ihre Rechtsnachfolgerin.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die Rechtsbeziehungen zwischen der Absenderin und der Reichsbahn beruhten auf einem zwischen ihnen abgeschlossenen Frachtvertrag. Sie sind durch diesen Vertrag und die auf ihn bezüglichen gesetzlichen Vorschriften, vor allem die der EVO, geregelt. Insbesondere gilt dies für die Rechte und Pflichten, die die Reichsbahn als Frachtführerin bei der Behandlung des Frachtgutes hat. Nur nach Massgabe dieses Vertrages war die Eisen-

bahn zur Veräußerung des Frachtgutes berechtigt oder verpflichtet. Nun ist die Veräußerung einer fremden Sache allerdings ein gegenständlich fremdes Geschäft, da das Verfügungsrecht über das Eigentum am Frachtgut grundsätzlich nur dem Eigentümer zusteht. Damit greifen aber nicht ohne weiteres die Vorschriften der §§ 677 ff BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag Platz. Als Geschäftsführer handelt nur derjenige, der mit dem Willen und in dem Bewusstsein handelt, für einen anderen und nicht lediglich im eigenen Interesse tätig zu werden (§ 677 BGB). Die Beklagte hat aber bisher geltend gemacht, dass die Veräußerung im Interesse des Betriebes der Reichsbahn vorgenommen worden ist. Die Nebenintervenientin will dabei in Ausübung der ihr nach §§ 73, 80 EVO zustehenden Rechte gehandelt haben. Liegen die Voraussetzungen für die Ausübung der der Eisenbahn auf Grund dieser Bestimmungen in ihrem Interesse eingeräumten Rechte nicht vor, so kann die Eisenbahn nun nicht geltend machen, sie habe die Veräußerung im Interesse ihres Vertragsgegners vorgenommen.

6.) Es ist daher die Frage zu prüfen, ob die Nebenintervenientin auf Grund der Bestimmungen der §§ 73 oder 80 EVO zur Veräußerung des Baggers berechtigt war. Das Berufungsgericht hat die Frage verneint, ihm ist im Ergebnis beizutreten.

Das Berufungsgericht geht richtig davon aus, dass der vorliegende Fall ein solcher ist, der nach § 73 und nicht nach § 80 EVO zu behandeln ist. § 80 aaO regelt die Rechte und Pflichten der Eisenbahn, wenn Ablieferungshindernisse vorliegen, d h Ereignisse, die nach beendeter Beförderung vorübergehend oder dauernd der Ablieferung des

Gutes an den Empfänger entgegenstehen (Finger EVO § 80 Anm 6). Da der hier im Streit befangene Bagger seinen Bestimmungsbahnhof nicht erreicht hat, und das Hindernis, das seiner Weiterbeförderung entgegenstand, vor dem Eintreffen auf dem Bestimmungsbahnhof eingetreten ist, handelt es sich um ein Beförderungshindernis im Sinne des § 73 EVO, d h um ein Geschehnis, das den Beginn oder die Fortsetzung der Beförderung zu verzögern, zu stören oder zu verhindern geeignet ist (Finger aaO § 73 Anm 2). Davon ausgehend, dass § 73 Beförderungshindernisse, die durch Umleitung behoben werden können, von denen scheidet, bei denen diese Art der Behebung nicht möglich ist, hat das Berufungsgericht zutreffend festgestellt, dass nach dem Vorbringen der Beklagten nur ein Hindernis der zweiten Art vorliegen kann. Tritt ein solches Hindernis ein, dann ist die Eisenbahn nach § 73 Abs 2 EVO verpflichtet, den Absender um Anweisung zu ersuchen. Erst wenn der Absender innerhalb der im Tarif vorgesehenen Frist keine ausführbare Anweisung erteilt, ist nach den Vorschriften über Ablieferungshindernisse zu verfahren (§ 73 Abs 5). Diese sind in § 80 EVO behandelt. Durch die Verweisung auf diese Vorschriften sind der Eisenbahn verschiedene Möglichkeiten der Behandlung des Frachtgutes eröffnet. Sie ist grundsätzlich verpflichtet, das Frachtgut auf Kosten des Absenders auf Lager zu nehmen (§ 80 Abs 8 Satz 1). Daneben steht ihr das Recht zu, das Gut bei einem Spediteur oder in einem öffentlichen Lagerhaus auf Kosten und Gefahr des Absenders zu hinterlegen (§ 80 Abs 8 Satz 2), es an den Absender zurückzusenden oder es an einen von der zuständigen wirtschaftenden Stelle bezeichneten Dritten abzuliefern (Abs 8 a). Endlich ist ihr unter bestimmten in § 80 Abs 9 a

und b) geregelten Voraussetzungen das Recht eingeräumt, Güter ohne Förmlichkeit zu verkaufen. Hier interessiert nur die Bestimmung des Absatzes 9 a. Voraussetzung für das Verkaufsrecht nach dieser Bestimmung ist, dass das Gut, das nicht abgeliefert werden kann, nach dem Ermessen des Bestimmungsbahnhofs schnellem Verderb unterliegt oder nach den örtlichen Verhältnissen weder einem Spediteur oder Lagerhaus übergeben noch eingelagert werden kann. Aus § 73 Abs 2 in Verbindung mit § 80 Abs 9 a schliesst das Berufungsgericht, dass beim Vorliegen eines Beförderungshindernisses ein Verkauf des Frachtgutes nur dann statthaft ist, wenn der Absender innerhalb der im Tarif vorgesehenen Frist eine durchführbare Anweisung nicht erteilt hat, dass aber der Verkauf und damit die Befugnis der Reichsbahn zur Übertragung des Eigentums auch dann nicht zulässig ist, wenn der Eisenbahn unmöglich ist, eine Anweisung einzuholen. Diese Ansicht wird darauf gestützt, dass, wenn eine bestimmte Voraussetzung für die Rechtmässigkeit einer Handlung vorgeschrieben ist, die Rechtmässigkeit entfällt, wenn die Voraussetzung nicht erfüllt wird, und dass es unerheblich ist, ob die Nichterfüllung auf einem von dem Handelnden zu vertretenden oder nicht zu vertretenden Umstand beruht. Grundsätzlich könne nur der Eigentümer über das Eigentum verfügen. Würde die Verfügungsbefugnis dem Nichteigentümer eingeräumt, so beschränke sich die Verfügungsbefugnis auf den im Gesetz vorgesehenen Fall.

Die Ansicht des Berufungsgerichts findet ihre Stütze in dem Wortlaut der in Frage kommenden Vorschriften der EVO selbst. Wie sich aus § 80 Abs 8 Satz 1 aaO ergibt,

kann bei Ablieferungshindernissen von der Einholung einer Anweisung abgesehen werden, wenn die Benachrichtigung des Absenders den Umständen nach unmöglich ist. Auch eine Veräusserung des Gutes ist in diesem Falle nicht ausgeschlossen. Eine entsprechende Bestimmung ist in § 73 EVO für die Beförderungshindernisse nicht enthalten. Damit fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift der EVO, wie die Reichsbahn sich zu verhalten hat, wenn bei Beförderungshindernissen eine Anweisung nicht eingeholt werden kann.

Es erhebt sich allerdings die Frage, ob nicht in entsprechender Anwendung des § 80 Abs 8 Satz 1 EVO die Bahn auch bei Beförderungshindernissen von dem Einholen einer Anweisung des Absenders absehen kann, wenn dies den Umständen nach unmöglich ist.

Diese Frage braucht jedoch nicht entschieden zu werden. Das Berufungsgericht stellt ausdrücklich fest, dass es der Reichsbahn möglich war, die Anweisung der Absenderin einzuholen. Es führt hierzu aus, der Bagger habe das Firmenschild "D [REDACTED]" getragen. Die "D [REDACTED]" sei eine in Westdeutschland allgemein bekannte Firma. Es wäre der Nebenintervenientin ohne jede Schwierigkeit möglich gewesen, besonders nachdem am 1. Juli 1945 der Postverkehr eröffnet worden sei, sich mit der "D [REDACTED]" in Verbindung zu setzen. Sie habe mit Sicherheit damit rechnen können, von der "D [REDACTED]" zu erfahren, wer Eigentümer und Absender des Baggers war. Denn der Bagger habe eine Kesselnummer getragen. Wenn auch mit einer Verzögerung der Feststellung des Absenders zu rechnen gewesen sei, so sei doch die Möglichkeit, eine Anweisung einzuholen, nicht ausgeschlossen gewesen.

Diese Tatsachenfeststellungen unterliegen nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Was in der Revision hierzu vorgetragen wird, greift nur die tatsächliche Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht an. Das gilt insbesondere auch insoweit, als von der Revision geltend gemacht wird, die Besatzungsbehörden hätten sich mit einer derartigen Verzögerung nicht abgefunden, und deshalb habe sie unterbleiben müssen. Es kann der Revision der Nebenintervenientin nicht zugegeben werden, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts unter Verletzung des § 139 ZPO getroffen seien. Alle diese Fragen sind eingehend von den Parteien erörtert worden, und es bestand kein Anlass, darüber hinaus von dem Fragerecht des § 139 ZPO Gebrauch zu machen.

Wenn man aber auch unterstellt, eine Benachrichtigung der "D [REDACTED]" sei unmöglich gewesen und es hätte deshalb aus den oben angeführten Gründen die Anweisung nicht eingeholt werden müssen, so ist die Ansicht des Berufungsgerichts aus einem anderen Grunde gerechtfertigt. Dem Urteil ist darin zuzustimmen, dass eine Veräusserung des Baggers, wenn überhaupt, nur dann statthaft war, wenn die Voraussetzungen des § 80 Ziff 9 a EVO erfüllt waren. Zu ihnen gehört, daß nach den örtlichen Umständen das Frachtgut weder einem Spediteur oder Lagerhaus übergeben noch eingelagert werden konnte. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, dass eine Einlagerung des Baggers durch die Reichsbahn möglich war. Die Ausführungen zu diesem Punkt lassen weder erkennen, daß das Berufungsgericht den Begriff des Einlagerns verkannt noch ihn unrichtig angewandt hat. Das Einlagern kann auch durch

Belassung im Eisenbahnwagen erfolgen (Finger aaO § 80 Anm 20). Auch ein Stehenlassen des Gegenstandes im Freien unter der Obhut der Eisenbahn kann bei einem Gut, wie es der Bagger ist, die Erfordernisse des Einlagerns erfüllen, da nicht ersichtlich ist, dass die Einlagerung stets im gedeckten Raum erfolgen muss. Das Berufungsgericht verkennt auch nicht, dass nur eine solche Einlagerung in Frage kam, die mit der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmannes vereinbar ist (§ 82 Abs 5 EVO). Es ist ihm im Hinblick auf die damaligen ungewöhnlichen Verhältnisse darin beizustimmen, dass die Belassung des Baggers im Freien der Nebenintervenientin nicht zum Vorwurf gereichen konnte. Denn nach der in dieser Instanz nicht nachprüfaren Ansicht des Berufungsrichters hätten Einzelteile, die leicht abzumontieren und deshalb der Diebstahlsgefahr ausgesetzt waren, entfernt und sichergestellt werden können.

Sind die Voraussetzungen des § 80 Ziff 9 a EVO nicht erfüllt, dann war die Nebenintervenientin zum Verkauf des Baggers und damit auch zu der sich aus diesem Recht ergebenden Befugnis zur Übertragung des Eigentums nicht berechtigt. Die Beklagte konnte das Eigentum an dem Bagger nur erwerben, wenn sie sich auf die Vorschriften über den Erwerb des Eigentums durch guten Glauben berufen kann.

7.) Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, daß sie die Nebenintervenientin gutgläubig für die Eigentümerin des Baggers gehalten hat. Die unmittelbare Anwendung der §§ 932 ff BGB ist damit ausgeschlossen. Es kommt nur die Anwendung des § 366 HGB in Frage. Hiernach finden die Vorschriften des BGB zu Gunsten desjenigen, welcher Rechte von einem

Nichtberechtigten herleitet, auch Anwendung, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache veräußert oder verpfändet und der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft. Das Berufungsgericht hat die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Veräußerungsgeschäfte der Reichsbahn verneint, weil diese nach § 16 des Reichsbahngesetzes vom 4. Juli 1939 kein Gewerbe betreibe und daher auch kein Kaufmann sein könne. Die von der Reichsbahn vorgenommenen Veräußerungsgeschäfte würden daher nicht im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen. Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, dass die "Deutsche Reichsbahn" seit dem Inkrafttreten des Reichsbahngesetzes die bis dahin auf § 1 Abs 2 Ziff 5 HGB beruhende Eigenschaft des Kaufmanns nicht mehr besitzt. Es kann sich daher nur fragen, ob die Bestimmung des § 366 aaO auf Veräußerungsgeschäfte der Reichsbahn, die sie nach §§ 73 und 80 EVO vorzunehmen berechtigt ist, entsprechende Anwendung findet. In der Rechtsprechung wird die Ansicht des Berufungsgerichts vom Oberlandesgericht Celle in HEZ 2, 344 geteilt, im Schrifttum wird sie von Coltermann in SJZ 1950, 343 sowie in seinem Kommentar zur EVO § 80 Anm 23 vertreten. Auf dem gegenteiligen Standpunkt steht der OGH in OGHZ 3, 195. Diesem hat sich Baumbach-Duden HGB 8. Aufl § 460 Anh § 80 EVO Bem 1 angeschlossen.

Der Ansicht des OGH und der von ihm dafür gegebenen Begründung ist beizutreten. Ergänzend kommen noch folgende Gesichtspunkte in Betracht. Unzweifelhaft ist, dass der gu-

te Glaube an die Verlässerungsbefugnis des Frachtführers nach § 437 Abs 2 Satz 2 HGB und an die der Eisenbahnen, nach §§ 73 Abs 5 oder 80 Abs 9 EVO wenn man von der Reichsbahn (Bundesbahn) zunächst absieht, den Schutz des § 366 HGB geniessen (H. Wolff in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts Bd V 1, 45). Es kann auch nicht verkannt werden, dass die Geschäfte mit der Reichsbahn ebenso viel Schutz verdienen wie der Erwerb von einer Kleinbahn (so Baumbach-Duden aaO). Die Regelung, die die Stellung der Reichsbahn durch das Reichsbahngesetz vom 4. Juli 1939 erfahren hat, steht einer entsprechenden Anwendung des § 366 HGB nicht entgegen. Obwohl durch dieses Gesetz der Charakter der "Deutschen Reichsbahn" als einer Anstalt des öffentlichen Rechts noch mehr hervorgehoben wird als bisher, ist, wie oben bereits dargelegt, die Benutzung der Reichsbahn den Vorschriften des Privatrechts unterworfen, und zwar nicht denen des allgemeinen bürgerlichen Rechts, sondern denen des Handelsrechts. Die EVO ist ein Teil des Handelsrechts (Finger EVO § 1 Anm 1 a); ihre Bestimmungen sind nur aus Zweckmässigkeitsgründen aus dem HGB herausgenommen und in einer besonderen Rechtsverordnung zusammengefasst (Schlegelberger HGB Vorbem vor § 453 Anm 3). Es kann der Ansicht, dass das HGB nur insoweit Anwendung findet, als es nach §§ 453 ff HGB idF des Gesetzes vom 4. September 1938 (RGBl I, 1149, 1188) für anwendbar erklärt wird, wenigstens mit Bezug auf die Beförderung von Gütern nicht zugestimmt werden. Während § 460 HGB bestimmt, dass die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen vom Reichsverkehrsminister in der EVO getroffen werden, also dieser Verordnung die ausschliessliche Regelung des Personenbeförderungsvertrages vor-

behält, wird in § 458 HGB der Reichsverkehrsminister ermächtigt, die übrigen Bestimmungen über die Beförderung von Gütern auf den Eisenbahnen in der EVO zu treffen. Das bedeutet aber, dass, soweit er diese Bestimmungen nicht trifft, das HGB ergänzend anzuwenden ist, mindestens dann, wenn die Eisenbahnen als Handelsgewerbe betrieben werden. Insbesondere werden dann die allgemeinen Vorschriften des 1. Abschnitts des 3. Buches des HGB über Handelsgeschäfte angewandt werden müssen, zu denen auch § 366 HGB gehört. Dasselbe hat auch für den Betrieb der Reichsbahn zu gelten, da die EVO und die Vorschriften der §§ 453 ff HGB keinen Unterschied zwischen der Reichsbahn und den anderen dem allgemeinen Verkehr dienenden Eisenbahnen machen. Es ist daher der Ansicht von Finger aaO zuzustimmen, wenn er ausführt, dass die Bundesbahn (früher die Reichsbahn) zwar nicht im Rechtssinne, aber doch der Sache nach Kaufmann sei. Das kommt auch in der EVO zum Ausdruck, wenn § 82 Abs 5 EVO anordnet, dass die Eisenbahn (also auch die Bundes- und früher die Reichsbahn) für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einzustehen hat, wenn sie nach den Vorschriften dieser Ordnung oder des Tarifs ein Gut auf Lager nimmt. Durch das Reichsbahngesetz vom 4. Juli 1939 (§§ 3 und 16) wird die Reichsbahn nur von den Verpflichtungen und Beschränkungen, die sonst einem Kaufmann durch die Vorschriften des HGB auferlegt sind, befreit. Der durch § 366 gewährte Schutz des redlichen Erwerbs hat mit solchen Vorschriften nichts zu tun. Durch ihn wird, wie der Oberste Gerichtshof aaO ausgeführt hat, die Stellung

der Reichsbahn nicht beeinträchtigt. Das Interesse des Verkehrs an dem Schutz des redlichen Erwerbs ist durch die veränderte Rechtsstellung der Reichsbahn nicht berührt worden, es besteht in demselben Masse wie vorher. Darin findet die entsprechende Anwendung des § 366 aaO auf Veräußerungsgeschäfte der Reichs- (jetzt der Bundes-) bahn ihre innere Rechtfertigung.

8.) Obwohl es nach der von dem Berufungsgericht vertretenen Ansicht auf den guten Glauben der Beklagten beim Erwerb des Baggers nicht ankommt, hat es sich hilfsweise auch mit der Frage der Gutgläubigkeit der Beklagten befasst, sie aber verneint. Diese Ausführungen unterliegen rechtlichen Bedenken, da sie ergeben lassen, dass das Berufungsgericht den Begriff des guten Glaubens an die Veräußerungsbefugnis nach § 366 aaO verkannt hat. Guter Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers kann entweder darauf beruhen, dass der Erwerber an einen Tatbestand glaubt, bei dessen Vorliegen die Verfügungsbefugnis bestände, oder darauf, dass er trotz Kenntnis des ein Verfügungsrecht nicht begründenden Tatbestands infolge Rechtsirrtums die Verfügungsbefugnis annimmt (so M. Wolff aaO S 41). Handelt es sich um den guten Glauben an die Veräußerungsbefugnis der Eisenbahn, so muss der Erwerber entweder redlich glauben, dass die Voraussetzungen der §§ 73 oder 80 Abs 9 EVO erfüllt sind oder er muss trotz Fehlens dieser Voraussetzungen in entschuldbarem Rechtsirrtum die Eisenbahn zur Veräußerung für befugt gehalten haben.

Hierzu führt das angefochtene Urteil aus, die Beklagte habe erkennen müssen, dass der beim Verkauf erzielte

Preis von RM 32.000,-- auch nur entfernt kein angemessenes Entgelt darstellt, und dass nur deshalb kein höherer Preis erzielt werden konnte, weil unter den damaligen Umständen nur ein ganz beschränkter Kreis von Interessenten anwesend sein konnte. Es hätte der Beklagten auch nicht verborgen bleiben können, dass, wenn auch an und für sich ein Recht zum Verkauf gegeben war, die Vornahme des Verkaufs an sich schon einen groben Vorstoß gegen die der Nebenintervenientin aus dem Frachtvertrag obliegenden Treupflichten gegen den Absender bedeutet habe. Die Nebenintervenientin habe sich sagen müssen, dass der Absender auch bei Erzielung eines höheren Preises mit dem Verkauf des Baggers nicht einverstanden gewesen wäre, da damals (im Juni 1945) nicht damit gerechnet werden konnte, dass in absehbarer Zeit Bagger wieder hergestellt werden konnten. Es habe für jeden erkennbar auf der Hand gelegen, dass der Verkauf des Baggers die Interessen des Eigentümers gröblich verletzt habe, und dies hätte die Beklagte zu besonders sorgfältiger Prüfung veranlassen müssen, ob der Verkauf rechtmässig war.

Aus diesen Gründen kann die Gutgläubigkeit der Beklagten nicht verneint werden. Handelt es sich um den guten Glauben an die Veräußerungsbefugnis der Eisenbahn, so kann es nicht darauf ankommen, ob die Interessen des Absenders gewahrt waren, oder ob sein Einverständnis unterstellt werden durfte. Die Veräußerungsrechte nach §§ 73 oder 80 EVO sind der Eisenbahn in ihrem eigenen Interesse verliehen, um den Bahnbetrieb von den mit der Aufbewahrung unanbringlicher Güter verbundenen Belastungen zu befreien.

Sie bestehen unabhängig von dem etwaigen Willen oder Interesse des Absenders oder des Eigentümers. Sie werden allerdings allen den Beschränkungen unterliegen, die für die Ausübung von Rechten allgemein gelten, nämlich dass sie nicht missbraucht oder in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise zum Schaden des davon Betroffenen ausgeübt werden. Auf alle diese Umstände wird sich auch der gute Glaube des Erwerbers zu erstrecken haben.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte wird das Vorbringen der Parteien hinsichtlich des guten Glaubens der Beklagten bezw ihres Vertreters beim Erwerb des Eigentums an dem Dagger erneut geprüft werden müssen. Im übrigen lassen sich allgemein gültige Grundsätze dafür, welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Erwerbers zu stellen sind, insbesondere inwieweit eine Nachforschungspflicht besteht, nicht aufstellen. Alle Umstände des Einzelfalles sind dabei zu berücksichtigen (Palandt BGB 7. Aufl § 932 Anm 2 a mit Nachw). Es wird dabei auch auf die von der Klägerin behaupteten und durch Benennung von Zeugen unter Beweis gestellten Umstände ankommen, unter denen der Verkauf erfolgt sein soll (Ziff 4 des Schriftsatzes vom 3. Juni 1949). Dabei wird auch nicht ausser acht gelassen werden dürfen, dass auch in den Fällen des § 366 HGB der gute Glaube des Erwerbers vermutet wird, und dass der Klägerin die Behauptungs- und Beweislast für alle Tatsachen obliegt, die den guten Glauben ausschliessen (vgl Heinichen in RGRKomm zum HGB § 366 Anm 51a). Da das Urteil des Berufungsgerichts insoweit, als es den guten Glauben der Beklagten verneint, auf Rechtsirrtum beruht, unterliegt es der Auf-

hebung. Da die Sache zur Entscheidung nicht reif ist, muss sie zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

9.) Kommt das Berufungsgericht auf Grund der erneuten Verhandlung wieder zu dem Ergebnis, dass die Beklagte nicht guten Glaubens war, so kommt es auf die weitere Behauptung der Beklagten an, dass der Herausgabeanspruch verwirkt sei und dass die "D [REDACTED]" auf ihre Rechte aus dem Eigentum "verzichtet" habe.

Zu dem Einwand der Beklagten, die Klägerin habe auf ihre Eigentumsrechte verzichtet, führt das Berufungsgericht aus, ein solcher "Verzicht" habe hier nicht die rechtliche Natur der Aufgabe eines Rechts, sondern der Rechtsübertragung. Eine solche sei aber von seiten der "D [REDACTED]" nicht erfolgt, da eine Einigung zwischen der "D [REDACTED]" und der Beklagten über die Übertragung des Eigentums nicht zustande gekommen sei. Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass die "D [REDACTED]" bereits im August 1945 Kenntnis davon erhielt, dass die Beklagte den Bagger von der Reichsbahn erworben hatte, und durch ihr Verhalten, der Erklärung eines Angestellten, die Übersendung eines Kesselbuches mit dem Namen der Beklagten als Eigentümerin, und die Lieferung von Ersatzteilen die Beklagte als Eigentümerin des Kessels behandelt habe.

Die Revision rügt, dass das Berufungsgericht diese Handlungen der Klägerin nicht unter dem Gesichtspunkt der Erteilung der Genehmigung zu dem von der Nebenintervenientin mit der Beklagten abgeschlossenen Veräußerungsgeschäft (§ 185 BGB) geprüft hat. Es mag zugegeben werden, dass eine solche rechtliche Würdigung dem Sachverhalt eher gerecht ge-

worden wäre, zumal sich die Beklagte in der Berufungsbegründung vom 28. März 1949 ausdrücklich auf das "Einverständnis der "D [REDACTED]" mit der Übertragung des Baggers seitens der Reichsbahn an die Beklagte" berufen hatte. Auf dieser Unterlassung beruht das angefochtene Urteil jedoch nicht. Eine Genehmigung der Übereignung des Baggers an die Beklagte kommt nur dann in Frage, wenn der Reichsbahn ein Veräußerungsrecht nicht zustand und die Beklagte als Erwerberin nicht in gutem Glauben handelte. War dem aber so, dann konnte und durfte die Beklagte die von ihr behaupteten Handlungen der "D [REDACTED]" nicht in dem Sinne verstehen, dass sie eine unwirksame Veräußerung durch Genehmigung heilen wollte. Hierzu bestand für die "D [REDACTED]" keine Veranlassung, aus ihrem Verhalten war allenfalls zu entnehmen, dass sie das Rechtsgeschäft zwischen der Beklagten und der Reichsbahn für gültig und unanfechtbar hielt. Dann war aber die Erteilung des nachträglichen Einverständnisses unnötig und auch nicht als stillschweigend erklärt anzusehen.

Aus diesen Erwägungen heraus kann der Klage auch nicht entgegengehalten werden, die "D [REDACTED]" habe ihre Ansprüche verwirkt und dies müsse sich auch die Klägerin als Rechtsnachfolgerin entgegenhalten lassen. Dieser Einwand beruht darauf, dass es beim Vorliegen besonderer Umstände Treu und Glauben widersprechen kann, die Möglichkeit, einen Anspruch geltend zu machen, längere Zeit hinauszuschieben, so dass der Schuldner zu der Annahme berechtigt ist, der Gläubiger wolle den Anspruch nicht erheben, und sich in seinen Massnahmen darauf einstellt (Palandt BGB 7. Aufl

§ 242 Anm 9 mit Nachw). War im vorliegenden Fall die Beklagte bösgläubig - nur dann kommt es ja auf die Frage der Verwirkung an -, dann durfte sie ebenso wie sie das Verhalten der "D [REDACTED]" nicht als Genehmigung zur Übereignung ansehen konnte, auch nicht davon ausgehen, die "D [REDACTED]" wolle ihre ihr etwa zustehenden Ansprüche aus dem Eigentum oder dem Frachtvertrag nicht mehr geltend machen. Die von der Beklagten behaupteten Handlungen der "D [REDACTED]", insbesondere die Übersendung des Kesselbuches mit dem Eintrag der Beklagten als Eigentümerin und die Lieferung von Ersatzteilen, konnten nach Treu und Glauben von ihr dann nur so beurteilt werden, dass die "D [REDACTED]" wegen Unkenntnis der Sach- und Rechtslage mit Ansprüchen aus Eigentum oder Frachtvertrag nicht hervortrat.

Die Beklagte kann sich daher nicht darauf berufen, sie habe im Februar 1946 das Angebot der "D [REDACTED]", ihr einen Bagger zu liefern, ausgeschlagen, weil sie der Meinung gewesen sei, die "D [REDACTED]" erkenne den Erwerb des hier streitigen Baggers an. Zu dieser Ansicht bestand, wenn die Beklagte beim Erwerb schlechtgläubig war, kein Grund. Die Erhebung der Klagansprüche durch die "D [REDACTED]" bzw die Beklagte widerspricht nicht Treu und Glauben.

Aus diesen Gründen ist, wie geschehen, zu erkennen.

Streitwert für die Revision: 45000 DM.

Dr. Lersch

Ascher

Raske

Dr. Hartz

Johannsen