

Verkündet am 13. Mai 1954
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Hoch- und Tiefbau M. & Co. in E., S.
weg,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

1. die Firma Gustav D. Nachfolger, Bauunternehmung in
B., F. Straße,

2. die Firma Otto T., Hochbau-Abbruch, in D.
I. Straße,

3. den Georg U. in K., A. Nr. ,

zusammengefaßt unter der Bezeichnung Transportgemeinschaft
E.-J. in B., F.
Straße als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts,

Klägerinnen und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 6. Mai 1954 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Raske,
Dr. Kregel und Scheffler

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Hamm vom 14. Juli 1953 wird zu-
rückgewiesen. Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerinnen waren während des Krieges zu der Transportgemeinschaft [REDACTED] zusammengeschlossen. Mit den von ihnen eingebrachten Geräten waren sie im Eulengebirge in Schlesien beim Bau und Betrieb einer Schmalspurbahn tätig. Im Februar 1945 erhielten sie den Auftrag, sich an dem Bau eines Schmalspurnetzes im Ruhrgebiet zu beteiligen. Dieses Bahnnetz sollte der Beförderung von Lebensmitteln, dem Transport von Arbeitern zu ihren Arbeitsplätzen, zur Beförderung von Verletzten zu den Krankenhäusern und zur Versorgung von Bäckereien mit Kohlen dienen. Nach der Fertigstellung sollte die [REDACTED] AG in [REDACTED] die Betriebsführung übernehmen. Die Planung der Bahn wurde von der Reichsbahn, der Stadt [REDACTED] und der [REDACTED] AG in [REDACTED] durchgeführt. Die bautechnische Aufsicht war der Reichsbahndirektion [REDACTED] übertragen, die zu diesem Zweck ein Sonderdezernat 46 S eingerichtet hatte. Die Arbeiten wurden durch Eisenbahnpioniere und Einheiten der Organisation Todt (OT) ausgeführt.

Am 12. März 1945 verluden die Klägerinnen in [REDACTED] Feldbahngerät, darunter die in diesem Rechtsstreit streitigen Lokomotiven sowie 55 Holzkipper und brachten es nach [REDACTED] zum Versand. Über den Versand wurde eine Versandanzeige angefertigt, die in den hier maßgeblichen Stellen folgendermaßen lautet:

"Wir brachten am 12.3.1945 an die Aktion der OT, Hilfe der Reichsbahn, Empfangstation: [REDACTED] Güterbahnhof Ost, folgende Baumaschinen und Baugeräte zu Verladung:

.....

Waggon: [REDACTED] 24298

.....

- 3 -

1 Diesellok [REDACTED] (arge Nr. 8) Fabr. }
Nr. 36770, Bauj.: 1940, Hersteller: }
[REDACTED] AG, [REDACTED], PS = } [REDACTED]
46/40, Motor-Nr. 715996/97

.....

Waggon: [REDACTED] 29418

.....

1 Diesellok D [REDACTED] Fabr. Nr. 36082 }
Baujahr: 1941, Hersteller: [REDACTED] }
[REDACTED] AG, [REDACTED], PS = 22/24, } [REDACTED]
Motor-Nr. 72935/96

.....

Waggon: [REDACTED] 13942 }
1 Diesellok [REDACTED] (2 Di) } Urban G
Nr. 2816, Baujahr 1941, PS 100 }

Die vorstehend aufgeführten Maschinen und Geräte wurden auf 35 Waggon verladen, und zwar gemäß Verfügung des Herrn Ministerialdirektors [REDACTED] und der Anordnung der Einsatzgruppe VII (Telegramm v. 28.2.1945) für die Sonderaktion Feldbahnbau RBD [REDACTED] den 19.3.45

Für die Richtigkeit:

Nun folgt links die Unterschrift des Oberbauführers [REDACTED] und Stempel der Einheit 971 der Organisation Todt, dann in der Mitte der Stempel der Transport-Arbeitsgemeinschaft [REDACTED] mit der Unterschrift "[REDACTED]" und dann der Dienststempel der Deutschen Reichsbahn Bahnmeisterei, Bad Charlottenbrunn mit der Unterschrift "[REDACTED]". Die Sendung wurde von Bad Charlottenbrunn auf einen Dienstgutfrachtbrief nach [REDACTED] abgesandt. Der Dienstgutfrachtbrief hat im wesentlichen folgenden Inhalt: Mit Begleiter nach [REDACTED]-Ost über Dresden A. (?) - Gesecke-Langendreer, Dienstgutfrachtbrief. An Reichsbahndirektion in [REDACTED]. Bestimmungsbahnhof [REDACTED]-Gbf.Ost. Auszuliefern



an RbD [REDACTED] Dez. 46 S. Laut Anweisung des SSd. [REDACTED] SE (Ja Fl) vom 2.3.1945 und 10 a. Inhalt 41 Wagen Baugeräte Feldbahn 980 000 kg. Sonderaktion Ruhrgebiet, Bahnmeisterei Bad Charlottenbrunn, den 16.3.1945 - Dringendes Betriebsdienstgut."

Am selben Tage, den 12. März 1945, hat die Organisation Todt, OBL Riese Tannhausen, an die Klägerin zu 2 folgendes Schreiben gerichtet:

"Laut meinem Schreiben vom 12.3.45 sind von der Transport-Arge Gustav [REDACTED] Nachf. - Otto [REDACTED] - Georg [REDACTED] insgesamt nachstehende Geräte für die Sonderaktion Feldbahnbau, RbD [REDACTED], zu verladen:

Ca.	16	Dampflokomotiven,
"	10	Diesellokomotiven,
"	54	Holzkipper,
"	7500	m Schienen 93-er bzw. 100-er Profil einschl. Kleineisenzeug, Schwellen, Weichen und Patentgleis als Beiladung.

- Die Verteilung wird den 3 Firmen der Arge überlassen.
- Diese Vereinbarung wurde am 8.3.45 im Beisein der Herren [REDACTED] (Fa. [REDACTED]), [REDACTED] und [REDACTED] (Fa. [REDACTED]) und Oberbauführer [REDACTED] von der OBL Riese getroffen.

Heil Hitler!

A.A. gez. [REDACTED]
Oberbauführer."

Von dem Transport trafen 16 Waggons, die auch die streitigen Lokomotiven enthielten, erst am 23. August 1945 in [REDACTED] ein. Die Waggons waren mit einem Nachsendeschein von einem Bahnhof außerhalb des Ruhrgebietes abgefertigt. Die Geräte waren zum Teil beschädigt oder beraubt.

Am 5. September 1945 verkaufte die Deutsche Reichsbahn, vertreten durch den Vorstand des Reichsbahnbetriebsamtes E 3, der Beklagten eine Reihe von Feldbahngeräten, die auf dem Güterbahnhof E Ost lagerten, für insgesamt 27.350,- RM. Zu dem verkauften Feldbahngerät gehörten auch die drei jetzt streitigen Lokomotiven und eine Reihe hölzerner Kastenkipper. Die Beklagte hat die gekauften Geräte selbst abgefahren.

Anfang 1948 wurden die Lokomotiven mit den anderen von der Beklagten erworbenen Geräte in die Liste über Beutegut eingetragen, die gemäß RdErlaß des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 22. November 1947 im Einvernehmen mit dem 714 Head Quarters CCG (BE) Regional Disposals Group Branch Land North/Rhine Westphalia von der bei ihm errichteten Zentralstelle zur Erfassung und Verwertung von Wehrmachtsgut geführt wurde. Von dieser wurde auch am 12. Mai 1948 der von der Reichsbahn erzielte Verkaufserlös eingezogen.

Die Klägerinnen verlangten mit der Klage zunächst nur die Herausgabe der Diesellokomotive DEMAG Nr. 2816 von der Beklagten und haben die Klage auf die Vorschriften der §§ 985 und 1007 BGB gestützt. Sie haben vorgetragen, diese Lokomotive sei Eigentum des Klägers zu 3 gewesen, habe sie in die Arbeitsgemeinschaft eingebracht und diese ermächtigt, sämtliche Rechte an der Lokomotive im eigenen Namen geltend zu machen und Leistung an sich zu verlangen.

Die Klägerinnen behaupten, die Lokomotive sei niemals von der Wehrmacht oder der OT beschlagnahmt oder in

Besitz genommen worden. In Erlenbusch hätten sie, die Klägerinnen, mit der privaten Industriegemeinschaft [REDACTED] AG freie Leistungsverträge abgeschlossen. Der Bau und der Betrieb der dortigen Schmalspurbahn sei in ihrer eigenen selbständigen Verantwortung erfolgt. Später sei an die Stelle der Industriegemeinschaft die OT als abrechnende Stelle getreten, diese habe sich aber in den Betrieb oder in die Tätigkeit der Klägerinnen nicht eingeschaltet. Im Winter 1944 sei der Betrieb der Schmalspurbahn zum Erliegen gekommen. Einige Geräte und Maschinen seien darauf von der SS beschlagnahmt worden. Um weitere Beschlagnahmen zu verhindern, hätten sie sich um einen neuen Auftrag bemüht. Von den ihnen bekanntgegebenen 3 Bauvorhaben, an denen sie sich hätten beteiligen können, hätten sie sich in der Hauptsache für das Bauvorhaben in [REDACTED] entschieden. Bei der Waggonbeschaffung für den Transport des Baugeräts nach [REDACTED] hätten sich jedoch Schwierigkeiten ergeben. Sie, die Klägerinnen, hätten sich daher um Unterstützung an die Einsatzgruppe VII der OT in Prag gewandt, die eine reine Verwaltungseinheit der OT und für das Ruhrgebiet nicht zuständig gewesen sei. Durch deren Telegramm vom 28. Februar 1945 habe die Einsatzgruppe ihnen die gewünschte Unterstützung gewährt. Eine Verfügung des Ministerialdirektors [REDACTED] sei ihnen nie bekannt geworden. Den Namen [REDACTED] habe die Einsatzgruppe hineingebracht, um ihrem Telegramm größeren Nachdruck zu verleihen. Die Versandanzeige sei von einem Mitgliede der OT vorsorglich zur Sicherung des Transports abgestempelt und unterschrieben worden. Das sei aus reiner Gefälligkeit geschehen. Die Bezeichnung "Aktion der OT, Hilfe der Reichsbahn" hätten sie selbst im Einvernehmen mit der örtlichen OT-Führung gewählt, um eine bevorzugte Weiter-

leitung der Waggons zu erreichen. Bei der Auswahl des nach [REDACTED] zu versendenden Materials seien sie, so haben die Klägerinnen weiter behauptet, nach eigenem Gutdünken verfahren. Sie hätten dem Material auch Begleitpersonal mitgegeben. Der neue Arbeitsvertrag habe in [REDACTED] mit der Reichsbahn geschlossen werden sollen, doch sei der Vertragsabschluß wegen der damaligen Kriegslage unterblieben, auch habe das Gerät [REDACTED] nicht mehr erreicht.

An den Eigentumsverhältnissen des Feldbahngerätes habe sich dadurch, daß dieses für eine Sonderaktion der RBD [REDACTED] zur Verfügung gestellt worden sei, nichts geändert. Die Reichsbahn sei zur Veräußerung des Gerätes nicht befugt gewesen. Eine Veräußerung nach § 80 EVO sei nicht erfolgt, denn von der Reichsbahn sei bereits vorher verschiedentlich angegeben worden, es habe sich um Wehrmachts-eigentum gehandelt. Über solches hätte die Reichsbahn aber nicht verfügen dürfen. Die Lokomotive sei aber auch nicht Beutegut gewesen, da sie sich weder im Eigentum noch im Besitz der Wehrmacht oder der OT jemals befunden habe.

Die Beklagte sei beim Erwerb des Feldbahngeräts auch nicht in gutem Glauben gewesen. Sie habe als Baufirma erkannt, daß die erworbenen Geräte nicht Eigentum der Reichsbahn gewesen seien, daß es sich vielmehr um sogenanntes Rückstaugut gehandelt habe. Die Lokomotiven hätten fest angebrachte, mit dem Namen der Eigentümer versehene Eisenschilder besessen. Der Gesamtwert des Gerätes habe mindestens 250.000,- RM betragen. Die Beklagte habe als großes Bauunternehmen sofort erkannt, daß es sich um wertvolles Gut gehandelt habe, sie habe es unterlassen, beim Ankauf die damit befaßten Reichsbahnbeamten darüber zu be-

fragen, wem die verkauften Gegenstände gehörten; sie würde dann sofort erfahren haben, daß es sich nicht um Eigentum der Reichsbahn gehandelt habe. Die Klägerinnen haben im ersten Rechtszuge beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie die Diesellokomotive [REDACTED] (2 D) Nr. 2816, 100 PS, Baujahr 1941, herauszugeben.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten, Sie ist dem Vorbringen der Klägerinnen entgegengetreten, insbesondere hat sie bestritten, daß der Kläger zu 3 Eigentümer der Lokomotive gewesen sei. Sie hat geltend gemacht, das zum Versand nach [REDACTED] gebrachte Feldbahngerät sei bereits in Schlesien von der OT zum Bau eines Führerhauptquartiers benutzt worden. Die Arbeitsgemeinschaft der Klägerinnen sei vermutlich in Schlesien von der OT geschaffen worden, die dann mit ihr Formularverträge abgeschlossen habe. Offenbar habe sich die [REDACTED]-Lokomotive unter dem Gerät befunden, das die SS im Winter 1944/45 beschlagnahmt habe. Aus der Versandanzeige gehe hervor, daß die Lokomotive im Besitz der OT gewesen sei. Anzeichen hierfür seien das Telegramm der Einsatzgruppe VII der OT, das Erwähnen der Verfügung des Ministerialdirektors [REDACTED], der damals Leiter der OT-Zentrale in Berlin gewesen sei, und die Unterzeichnung der Versandanzeige durch einen Angehörigen der OT. Auf Dienstgutfrachtbrief könne nur Gut der Reichsbahn oder des Reichs oder solches Gut befördert werden, das Gut der Reichsbahn werden solle. Der Dienstgutfrachtbrief sei bei der Reichsbahn in [REDACTED] am 22. August 1945 in einem Briefumschlag angekommen. Da das Gerät sich im Besitze der OT befunden habe, sei es Beutegut der Alliierten geworden. Die Reichsbahn habe zwar über Beutegut nicht ver-

fügen dürfen, dieser Mangel sei jedoch nachträglich geheilt worden. Das von ihr, der Beklagten, erworbene Feldbahngerät sei in die gemäß dem obenerwähnten Runderlaß des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 22. November 1947 geführte Erfassungsliste von Beutegut eingetragen worden, die Militärregierung habe den Verkauf genehmigt. Die Erfassungsstelle habe auch den Verkaufserlös, den die Reichsbahn erzielt habe, eingezogen. Die Beklagte hat weiter behauptet, die Reichsbahn habe das damals noch in den Waggons befindliche Gerät veräußern müssen, weil die Besatzungsmacht die Freimachung der Gleise und der Waggons verlangt habe. Um diese Zeit seien auch einzelne Waggons ständig beraubt worden, auch aus diesem Grunde sei die Reichsbahn genötigt gewesen, die Gegenstände zu verkaufen, um sie vor völligem Verlust zu schützen.

Schließlich beruft sich die Beklagte darauf, daß sie beim Erwerb des von der Reichsbahn gekauften Geräts gutgläubig gewesen sei. Der Vertrag mit der Reichsbahn sei von ihrem Prokuristen [REDACTED] abgeschlossen worden. Dieser habe geglaubt, daß die Reichsbahn Eigentümerin des Geräts sei, auf jeden Fall aber zum Verkauf berechtigt sei; weitere Gedanken habe er sich darüber nicht gemacht. [REDACTED] habe die Arbeit bei ihr, der Beklagten, erst am 25. August 1945 wieder aufgenommen, damals seien ihr die Lokomotiven bereits zum Kaufe von der Reichsbahn angeboten gewesen. Er habe gewußt, daß von der Reichsbahn eine ausgedehnte Schmalspurbahn im Ruhrgebiet angelegt worden sei. Die hierfür erforderlichen Lokomotiven habe die Reichsbahn beschaffen müssen, ohne Rücksicht darauf, ob sie bereits gebraucht gewesen seien. Die Firmenschilder auf den Lokomotiven seien nicht mehr

vorhanden gewesen. Der von ihr, der Beklagten, gezahlte Preis sei auch angesichts des Zustandes des Geräts und der für eine Reparatur notwendigen Aufwendungen angemessen gewesen.

Das Landgericht hat die Klage auf Herausgabe der [REDACTED]-Lokomotive Nr. 2816 abgewiesen, weil das der Beklagten verkaufte Gerät Beutegut der Alliierten geworden und das Eigentum der früheren Eigentümer untergegangen sei. Außerdem sei die Beklagte beim Erwerb der Maschinen gutgläubig gewesen, daß die Reichsbahn zur Veräußerung berechtigt sei. Der Klageanspruch könne auch nicht aus § 1007 BGB hergeleitet werden.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Kläger gegen dieses Erkenntnis durch Urteil vom 29. November 1949 zurückgewiesen, weil durch einen unter dem 30. November 1948 ergangenen Bescheid des Headquarter Southern Disposal District Land North-Rhine-Westphalia die Beuteguteigenschaft der herausverlangten Lokomotive festgestellt worden sei und die Richtigkeit der Verfügung von deutschen Gerichten nicht überprüft werden könne.

Auf die Revision der Klägerinnen hat der Bundesgerichtshof diese Entscheidung durch Urteil vom 11. Oktober 1951 - IV ZR 90/51 - aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Auf dieses Urteil wird Bezug genommen.

In dem weiteren Berufungsverfahren haben die Klägerinnen ihren Klagantrag auf die Herausgabe von zwei weiteren Diesellokomotiven und 45 hölzernen Kastenkippern erstreckt und geltend gemacht, diese Gegenstände hätten zu demselben Transport gehört, mit dem auch die [REDACTED]-Lokomotive nach

■ gelangt sei, die Beklagte hätte sie zusammen mit dieser Lokomotive gekauft. Die beiden Lokomotiven seien Eigentum der Klägerin zu 2, die Kastenkipper gehörten der Klägerin zu 1. Der erweiterte Klagantrag geht dahin,

die Beklagte weiter zu verurteilen,

a) an die Klägerinnen

1. eine Diesellok, Hersteller ■
■ AG, Fabriknummer 36770, Motornummer
715996/97, PS 36/40, Baujahr 1940,
2. eine Diesellok, Hersteller ■
■ AG, Fabriknummer 36082, Motornummer
72935/96, PS 22/24, Baujahr 1941

herauszugeben,

b) ihnen 45 gebrauchte hölzerne Kastenkipper zu übergeben, davon 27 unter gleichzeitiger Verschaffung des Eigentums.

Die Beklagte hat gebeten, auch diese Klaganträge abzuweisen. Sie bestreitet, daß die Klägerin zu 2 Eigentümerin der beiden Lokomotiven sei. Sie behauptet, die Klägerinnen hätten eigenmächtig in Charlottenbrunn Lokomotiven und anderes Material zum Versand gebracht, an denen ihnen weder Eigentum noch ein sonstiges Verfügungsrecht zugestanden habe. Als Eigentümerin der Lokomotive mit der Fabriknummer 36082 habe die Firma ■ & Co in Duisburg von ihr, der Beklagten, die Herausgabe dieser Lokomotive verlangt. Diese Herausgabeklage sei allerdings rechtskräftig abgewiesen worden.

Das Berufungsgericht hat die Entscheidung des Landgerichts aufgehoben und die Beklagte zur Herausgabe der Lo-

komotiven verurteilt, die Klage bezüglich der hölzernen Kastenkipper jedoch als unzulässig abgewiesen.

Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Revision verfolgt die Beklagte die früher gestellten Anträge auf Klageabweisung weiter, soweit das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat.

Bezüglich der mit der erweiterten Klage herausverlangten Diesel-Lokomotive Nr. 36082 hat die Beklagte in der Revisionsinstanz noch folgendes vorgebracht: Die Firma [REDACTED] & Co habe in dem von ihr wegen der Herausgabe der Lokomotive anhängig gemachten Rechtsstreit vorgetragen, diese Lokomotive habe sie 1943 an die Firma Joh. [REDACTED] & Söhne in Hohenlimburg vermietet, von dieser sei die Maschine zum Einsatz nach Rußland geschickt worden. Von dort sei sie auf Wegen, die der Firma [REDACTED] & Co unbekannt geblieben seien, nach [REDACTED] gelangt und von der Reichsbahn als Wehrmachtgut an sie, die Beklagte, verkauft worden, in deren Besitz sie sich noch befinde. Die Firma [REDACTED] & Söhne habe am 22. Dezember 1943 der Firma [REDACTED] & Co als ihrer Vermieterin bescheinigt, daß die Lokomotive bei dem Einsatz in Rußland-Süd am 8. September 1943 verloren gegangen sei. Die OT-Einsatzgruppe Rußland-Süd habe den Verlust des Geräts und weiteren Geräts bestätigt. Durch Erklärung vom 26. März 1944 habe die OT-Einsatzgruppe den Verlust der Lokomotive noch besonders bestätigt. Die Firma [REDACTED] & Co habe nach Beendigung der Berufungsinstanz in dem hier anhängigen Rechtsstreit der Beklagten fünf Fotokopien von in ihrem Besitz befindlichen Urkunden behändigt. Diese Urkunden bezögen sich auf den Verlust der Lokomotive bei der Firma [REDACTED] & Söhne. Durch diese Urkunden, deren Originale sie dem Berufungsgericht

bei Befragen auch unmittelbar vorgelegt haben würde, sei sie, die Beklagte, in den Stand gesetzt worden, Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 b ZPO zu erheben. Sie könnten daher auch noch in der Revisionsinstanz vorgelegt werden, mit dem Ziel das Berufungsurteil aufzuheben.

Die Klägerinnen haben um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerinnen haben den mit der Klage verfolgten Herausgabeanspruch sowohl auf § 985 als auf § 1007 BGB gestützt. Daß beide Ansprüche in einer Klage miteinander verbunden werden können, ist in der Rechtsprechung anerkannt. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, wer Eigentümer der herausverlangten Lokomotiven sei, weil es die Voraussetzungen des § 1007 BGB für den auf den früheren Besitz der Klägerinnen gestützten Anspruch für gegeben erachtet.

I.

1. Rechtlich zutreffend geht das Berufungsurteil davon aus, daß die Klägerinnen als Transportgemeinschaft [REDACTED] eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) gebildet hätten. Der Berufungsrichter meint weiter, der Besitz an den Lokomotiven, die allein Gegenstand des Rechtsstreits in diesem Rechtszuge sind, habe zu dem Vermögen der Gesellschaft gehört und sei deshalb Gesamthandsbesitz der Klägerinnen gewesen. Die Befugnis der Klägerinnen, die aus diesem Gesamthandsbesitz erwachsenen Ansprüche gemeinsam geltend zu machen, ergebe sich aus

der gemeinsamen Berechtigung in Verbindung mit § 709 Abs. 1 BGB. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn der Berufungsrichter annimmt, die Klägerinnen seien an den für die Zwecke der von ihnen gebildeten Gesellschaft benutzten oder übernommenen Sachen Mitbesitzer (§ 866 BGB) geworden. Es kann dahinstehen, ob dieser Mitbesitz stets oder nur unter bestimmten Voraussetzungen Gesamthandsbesitz ist (vgl. hierzu Wolff, Sachenrecht 9. Bearbeitung 1932 Seite 29 und Westermann, Sachenrecht 2. Aufl. Seite 64). Denn auch dann, wenn man abweichend von dem Berufungsgericht annehmen will, daß im vorliegenden Fall nur einfacher Mitbesitz der Klägerinnen gegeben sei, kann jeder, der sich auf früheren Mitbesitz beruft, nach § 1007 BGB Herausgabe an alle Mitbesitzer verlangen (Staudinger-Kober BGB 10. Aufl. § 1007 Bem. 2).

2. Der Berufungsrichter führt weiter aus, die Arbeitsgemeinschaft habe sich nicht durch den Vertrag mit der OT des Besitzes entäußert und die Lokomotiven nur als Besitzdienerin der OT benutzt. Wenn auch die OT in den Jahren 1944/45 unter dem Druck der Ereignisse und in Rahmen des totalen Kriegseinsatzes starke Einflußmöglichkeiten gehabt habe, so hätten sich diese doch im wesentlichen auf die Aufgabenstellung bezogen, die Arbeitsgemeinschaft habe ihr im übrigen als selbständiges und selbst verantwortliches Unternehmen gegenübergestanden. Das ergebe sich aus dem Vertrag, den die OT mit der Klägerin zu 1 als federführendem Mitglied der Arbeitsgemeinschaft geschlossen habe. Der Berufungsrichter bezieht sich dabei hauptsätzlich auf die Bestimmungen in den §§ 12 und 23 der dem Vertrag als Bestandteil beigegebenen Auftragsbedingungen. Auch zeige, so meint der Berufungsrichter weiter, die Bezeichnung der Vertragsparteien als Bauherr und Unternehmer, daß es sich

nicht um Beziehungen zwischen der OT als Unternehmerin und ihren Angestellten gehandelt habe. Schließlich habe die Leitung der Arbeiten nicht einer örtlichen Baustelle der OT obgelegen, es habe vielmehr neben dieser eine örtliche Bauleitung des Unternehmens bestanden, die mit der des Bauherrn auf gleich und gleich verhandelt habe. Die der OT zustehenden Kontrollrechte seien bedingt gewesen durch die Eigenart des Vertragsverhältnisses, das dem Unternehmer bloß einen Anspruch auf Ersatz seiner Selbstkosten zugebilligt habe und daher genaue Abrechnungen erfordert habe. Sie hätten aber vor allem einer kriegsbedingten allgemeinen Abhängigkeit der deutschen Wirtschaft von den Weisungen des Staates entsprochen. Daß diese Abhängigkeit bei den Klägerinnen größer als bei anderen Unternehmen gewesen sei, lasse sich aus den Vereinbarungen mit der OT nicht entnehmen. Insbesondere ergäben diese, daß die Unternehmer nach wie vor die Sachherrschaft an ihrem Gerät in eigener Verantwortung ausgeübt hätten.

Diesen Ausführungen ist beizutreten. Das durch den zwischen den Klägerinnen und der OT geschlossenen Vertrag begründete Rechtsverhältnis ist ein bürgerlich-rechtliches. Das ergibt sich schon daraus, daß nach § 4 des Vertrages (§ 8 der Auftragsbedingungen) Rechtsstreitigkeiten aus dem Vertrag zwischen Unternehmer und Bauherr grundsätzlich durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden sind, soweit sich die Beteiligten nicht der Entscheidung eines Beauftragten des Generalbevollmächtigten für die Bauwirtschaft unterwerfen. Der Unternehmer hat, wenn er sich auch einer weitgehenden Kontrolle hinsichtlich der von ihm benutzten Geräte durch die Dienststellen der OT unterworfen hat, rechtlich seine Selbständigkeit nicht in einem solchen Maße aufgegeben, daß er aufgehört hat, Be-

sitzer der von ihm zur Ausführung des erteilten Auftrages benutzten Geräte zu sein. Es ist der "gelenkten Wirtschaft", insbesondere während des Krieges, eigentümlich gewesen, daß Privatpersonen in der Freiheit des Vertragsschlusses und der Gestaltung der Vertragsbeziehungen und in der Ausübung ihrer Vermögensrechte weitgehenden Beschränkungen durch staatliche Stellen unterworfen waren, ohne daß dies an dem Wesen ihrer Rechtsbeziehungen, insbesondere auch zu ihrem Vermögen, grundsätzlich etwas geändert hat.

3. Hieraus ergibt sich, daß die Klägerinnen jedenfalls bis zur Verladung der Lokomotiven in [REDACTED] am 12. März 1945 Mitbesitz an diesen besessen haben. Damit ist hinreichend eine der Voraussetzungen für den Anspruch aus § 1007 BGB erfüllt, nämlich daß, wer den Anspruch erhebt, früher Besitzer der herausverlangten Sache gewesen sein muß. Ob dieser Besitz auch nach dem Zeitpunkt der Verladung der Güter weiterbestanden hat, ist nur bezüglich der weiter zu prüfenden Frage von Bedeutung, ob die Klägerinnen durch die Versendung der Geräte oder danach den Besitz aufgegeben und deshalb ihr Anspruch nach § 1007 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen ist. Die Klägerinnen haben sich nun zwar durch die Verladung des Baugeräts ihres daran bestehenden unmittelbaren Besitzes entäußert. Darin ist aber eine Aufgabe des Besitzes dann nicht zu erblicken, wenn der bisherige unmittelbare Besitzer sich den mittelbaren Besitz (§ 868 BGB) vorbehält (Westermann aaO Seite 175 § 35 II 3; Staudinger-Kober aaO Anm. 12 zu § 1007).

II.

1. Der Berufungsrichter hält die Behauptung der Beklagten, der Transport von [REDACTED] nach [REDACTED] sei ohne Zu-

tun der Klägerinnen erfolgt, und daraus ergebe sich ein Besitzverlust oder eine Besitzaufgabe, für durch die Beweis-
aufnahme widerlegt. Diese Feststellung stützt er hauptsächlich
auf den Inhalt des im Tatbestand wiedergegebenen
Schreibens der OT, Oberbauleitung [REDACTED] vom 12. März 1945,
woraus sich ergebe, daß die Verladung der Geräte auf Grund
einer Vereinbarung zwischen den Klägerinnen und der OT er-
folgt sei. Das Schreiben sei von dem Tag datiert, an dem
die Versandanzeige ausgefertigt worden sei. Daraus sei zu
entnehmen, daß die Unterschrift der Versandanzeige durch
den OT-Oberbauleiter [REDACTED] kein Beweis dafür sei,
daß das Gerät in den Besitz oder das Eigentum der OT ge-
langt sei. Dagegen spreche auch, daß in der Versandanzeige
bei jedem Gerätestück der Eigentümer benannt sei. Solche
Vermerke würden nicht verständlich sein, wenn die OT die
Geräte in eigene Sachherrschaft übernommen hätte. Welche
Bewandtnis es mit dem Vermerk auf der Versandanzeige habe,
daß die Verladung des Gerätes gemäß der Verfügung des Mi-
nisterialdirektors [REDACTED] und der Anordnung der Einsatz-
gruppe VII der OT erfolgt sei, könne dahingestellt bleiben.
Das Telegramm sei tatsächlich eingegangen. Dafür aber,
daß durch die erwähnte Verfügung des Ministerialdirektors
[REDACTED] eine Beschlagnahme des Geräts erfolgen sollte, habe
sich nichts ergeben. Für die Darstellung der Klägerinnen,
daß es sich bei dem Telegramm nur um eine Gefälligkeit
der OT gehandelt habe, um dem Abtransport der Geräte den
Charakter der Dringlichkeit zu geben, und dadurch die Ge-
stellung von Waggons zu ermöglichen, spreche die damalige
Kriegslage im Osten, die den Wunsch der Klägerinnen er-
klärlich mache, ihr Gerät möglichst schnell aus Schlesien
zu retten. Ihre Behauptung, den Vermerk am Eingang der
Versandanzeige, das Gerät sei für die "Aktion der OT,
Hilfe der Reichsbahn" bestimmt, habe sie mit der örtlichen

OT-Leitung ausgedacht, sei dadurch bestätigt worden, daß es eine solche Aktion nicht gegeben habe. Die OT habe nur die Schienen für die Schmalspurbahn verlegt, die Bauleitung habe in Händen der Reichsbahndirektion gelegen. Der Bau der Bahn sei unter der Bezeichnung "Sonderaktion Feldbahnbau RBD [REDACTED]" erfolgt. Der Inhalt der Versandanzeige lasse keine Schlüsse auf einen Besitzwechsel oder einen Eigentumsverlust der Klägerinnen an dem Gerät zu.

Richtig sei, so führt der Berufungsrichter weiter aus, daß der Versand des Geräts von [REDACTED] über Bad Charlottenbrunn auf einen Dienstgutfrachtbrief erfolgt sei. Es könne dahinstehen, ob die Beförderung des Gutes der Klägerinnen auf diesem Wege zulässig gewesen sei. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, daß die Klägerinnen, die sich doch des Geräts zur Erfüllung ihrer neuen Aufgaben im Ruhrgebiet bedienen wollten, sich ihres Besitzes zugunsten der Reichsbahn oder der OT hätten entledigen wollen. Sollten sie sich auch zur Beförderung eines unkorrekten Weges bedient haben, so wäre dadurch an der Rechts- und Besitzlage nichts geändert. Durch die Übernahme zur Beförderung habe die Reichsbahn zwar den unmittelbaren Besitz erlangt, habe aber den Besitz den Klägerinnen als Absendern vermittelt.

2. Soweit mit diesen Ausführungen des Berufungsurteils dargetan werden soll, daß nicht die OT, sondern die Klägerinnen die Baugeräte zum Versand gebracht haben und daher der Reichsbahn als Besitzer und Vertragspartner entgegengetreten seien, beruhen sie auf der Würdigung der tatsächlichen Vorgänge und sind, da ein Verfahrensverstoß insoweit nicht gerügt ist, in diesem Rechtszug nicht nachprüfbar. Zutreffend weist allerdings die Revision darauf

hin, daß ein Frachtvertrag zwischen der Reichsbahn und den Klägerinnen nicht zustande gekommen ist, und daß der mittelbare Besitz der Klägerinnen nicht aus einem solchen hergeleitet werden kann. Der Eisenbahnfrachtvertrag ist ein Real- und Formalvertrag, er kommt nach § 61 Abs. 1 Satz 1 EVO dadurch zustande, daß der Absender der Bahn die zu befördernden Güter zusammen mit dem Frachtbrief übergibt (Finger EVO Vorbem. 2 a und b vor § 53 Seite 288; Goltermann EVO 2. Aufl. 1950 S 178 Vorbem. 2 vor § 53). Absender ist, wer im Frachtbrief als solcher bezeichnet ist. Der Nachweis, daß ein anderer der Absender sei, ist selbst dann unzulässig, wenn der Eisenbahn bekannt ist, daß der im Frachtbrief angegebene Absender (§ 56 Abs. 1 e EVO) nicht der eigentliche Absender ist (RGZ 99, 245 [246 f]). Im vorliegenden Fall weist der für die Beförderung der Güter ausgestellt Frachtbrief eine Dienststelle der Reichsbahn, die Bahnmeisterei Bad Charlottenbrunn, als Absender aus. Kann schon aus diesem Grund zwischen den Klägerinnen und der Reichsbahn ein Frachtvertrag im Sinne der EVO nicht zustande gekommen sein, so tritt ein weiterer Grund hinzu, der das Zustandekommen eines Eisenbahnfrachtvertrages ausschließt. Die Beförderung der hier streitigen Güter ist auf Grund eines Dienstgutfrachtbriefes erfolgt. Ob in einem solchen Falle ein Frachtvertrag nach der Dienstgutvorschrift der Deutschen Reichsbahn vom 1. Oktober 1943 niemals vorliegen kann (so Finger aaO Seite 288 Bem. 2 c, cc; Goltermann aaO Seite 329 Bem. 6 zu § 82), kann dahinstehen. Im vorliegenden Fall war die Deutsche Reichsbahn nicht nur Frachtführer, sondern Dienststellen derselben waren auch Absender und Empfänger der beförderten Güter. Das schließt das Zustandekommen eines Frachtvertrages, der zum mindesten Personenverschiedenheit zwischen Absender und Frachtführer voraussetzt, aus.

Ist aber zwischen den Klägerinnen und der Reichsbahn ein Eisenbahnfrachtvertrag nicht abgeschlossen worden, so kann ihnen die Reichsbahn auf Grund eines solchen den Besitz nicht vermittelt haben. Trotzdem kann diese Rüge der Revision nicht zum Erfolg verhelfen. Denn das Nichtzustandekommen eines solchen Vertrages schließt nicht aus, daß zwischen den Genannten ein anderes besitzvermittelndes Verhältnis hergestellt worden ist. Zutreffend weist Finger aaO Anm. 1 b vor § 53 auf S 238 darauf hin, daß, wenn eine Sendung zur Beförderung ohne Frachtbrief gegeben wird, gegebenenfalls ein Landfrachtvertrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag oder auch Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen werden könne. Auch solche Rechtsverhältnisse können zwischen der Reichsbahn und dem Übergeber des Beförderungsgutes ein Besitzmittlungsverhältnis begründen, sofern sie die Beförderung von Gütern oder die Übernahme der Obhut von solchen zum Gegenstand hatten. Daß die Versendung des Gutes auf Grund eines Dienstgutfrachtbriefes nach der Dienstgutvorschrift unzulässig ist, schließt das Zustandekommen derartiger Rechtsbeziehungen nicht aus.

Wie der Berufungsrichter ausdrücklich feststellt, hat die Reichsbahn die Baugeräte zur Beförderung übernommen. Der Wille beider Beteiligten war daher darauf gerichtet, daß die Güter nach dem von der Arbeitsgemeinschaft angegebenen Bestimmungsbahnhof befördert werden sollten. Es kann dahinstehen, ob darin der Abschluß eines Geschäftsbesorgungsvertrages oder nur eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu erblicken ist. In jedem Falle hat die Reichsbahn die Geräte, die ihr von den Klägerinnen übergeben waren, in Obhut genommen und sie war, solange dieses Obhutsverhältnis dauerte, auch zum Besitz verpflichtet. Ihr Be-

sitzrecht war gegenüber dem der Klägerinnen inhaltlich und zeitlich beschränkt. Das genügt, um die Klägerinnen als Arbeitsgemeinschaft im mittelbaren Besitz der Güter befindlich anzusehen. Der Besitz war daher von der Arbeitsgemeinschaft nicht aufgegeben.

Insoweit erhebt auch die Revision keine Bedenken. Sie sieht die Aufgabe des Besitzes in einem anderen, späteren Vorgang. Sie meint nämlich, dadurch, daß die Geräte auf dem Bestimmungsbahnhof [REDACTED]-Ost angelangt seien, seien sie bei der frachtrechtlichen Empfängerin, der Reichsbahndirektion [REDACTED] eingetroffen, die sie auf dem Güterbahnhof abgestellt habe. Zu der Reichsbahndirektion habe die Arbeitsgemeinschaft nicht in vertraglichen Beziehungen gestanden. Damit habe sie ihren Besitz aufgegeben. Die Klägerinnen könnten Ansprüche nur noch aus Eigentum (§ 985 BGB), nicht aber aus früherem Besitz geltend machen.

Diesen Ausführungen der Revision ist nicht zu folgen. Es wird von ihr verkannt, daß sich durch die Ankunft der Geräte in [REDACTED]-Ost ein Besitzwechsel nicht vollzogen hat. Auch die Reichsbahndirektion war nur eine Dienststelle der Reichsbahn, der von ihr ausgeübte Besitz ist der Reichsbahn als ihr Rechtsträger zuzurechnen (Urteil vom 17. Dezember 1953 - IV ZR 39/53 -). Daß bereits mit der Ankunft der Waggons in [REDACTED] der Besitz der Klägerinnen entfiel, ist daher nicht richtig. Allenfalls könnte man daran denken, daß das bisherige Besitzmittlungsverhältnis zum Erlöschen gekommen ist und daß damit der bis dahin bestehende mittelbare Besitz aufgehört hat, zu bestehen. Aber dadurch wurde der Besitz, der bis dahin bestanden hat, nicht im Sinne des § 1007 Abs. 3 BGB aufgegeben. Die Klägerinnen wollten den Besitz an den versandten Bau-

geräten nicht endgültig aufgeben, als sie diese in Bad Charlottenbrunn zum Versand brachten. Ihre Absicht war, die Baugeräte auf Grund neuer mit der Reichsbahndirektion [REDACTED] abzuschließender Verträge bei der Sonderaktion Feldbahnbau RBD [REDACTED] einzusetzen. Auf diese Sonderaktion war auch in dem Dienstfrachtbrief hingewiesen, der Zweck der Beförderung war der Reichsbahn bekannt. Die Arbeitsgemeinschaft hat vielmehr, da Gegenteiliges aus dem festgestellten Sachverhalt nicht ersichtlich ist, den Besitz erst unfreiwillig verloren, als die Reichsbahn das Baugerät der Beklagten übergab.

III.

Die herausverlangten Lokomotiven sind den Klägerinnen nicht abhanden gekommen, diese können daher mit der Klage nur durchdringen, wenn sie dartun, daß die Beklagte beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen sei (§ 1007 Abs. 1 BGB). Der Mangel des guten Glaubens im Sinne dieser Vorschrift setzt voraus, daß der Besitzer beim Erwerb des Besitzes kein Recht zum Besitz hatte und ferner (subjektiv), daß er sein Nichtrecht entweder kannte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht kannte (Wolff aaO Seite 62; Westermann aaO Seite 175). Diese Voraussetzungen für den Herausgabeanspruch sind im Prozeß durch den früheren Besitzer zu beweisen. Deshalb haben die Klägerinnen zunächst die Behauptung der Beklagten zu widerlegen, daß sie bereits mit dem Erwerb des Besitzes der ihr von der Reichsbahn verkauften Lokomotiven Eigentümer geworden sei, weil die Reichsbahn zur Veräußerung berechtigt gewesen sei oder, wenn ein Recht der Reichsbahn zur Veräußerung zu verneinen sei, doch ohne grobe Fahrlässigkeit die Reichsbahn für die Eigentümerin der Lokomotiven ge-

halten habe. Soweit sich die Beklagte darauf beruft, daß sie Eigentum durch die Eintragung in die gemäß Runderlaß des Innenministers von Nordrhein-Westfalen geführte Erfassungsliste erworben habe, handelt es sich um die Geltendmachung eines erst nach dem Besitzerwerb erlangten Eigentumsrechts. Diese Behauptung ist zwar rechtserheblich (§§ 1007 Abs. 3 Satz 2, 986 BGB), sie ist aber hier noch nicht zu erörtern.

a) Der Berufungsrichter verneint das Bestehen eines Rechtes der Reichsbahn zur Veräußerung der Lokomotiven. Die Beklagte hat sich hier vor allem darauf berufen, die Veräußerung der Baugeräte an sie am 5. September 1945 beruhe auf einer Anordnung der Besatzungsmacht. Diese habe zunächst auf Entladung der Waggons gedrängt, damit die Gleise freigemacht werden könnten. Schließlich habe die (englische) Besatzungsbehörde sich alle noch nicht entladenen Wagen melden lassen. Das aus den Wagen entladene Material habe auf ihr Anordnung an Firmen verkauft werden müssen, die dieses Material benötigt und im Interesse der Wiederbelebung der Wirtschaft hätten verwenden können. Der Berufungsrichter sieht diese Behauptung der Beklagten auf Grund der zu den Akten eingereichten Urkunden als widerlegt an und kommt nach eingehender Würdigung des ihm unterbreiteten Beweismaterials zu dem Ergebnis, daß ein allgemeiner Befehl der Besatzungsmacht zur Veräußerung der aufgestauten Güter nicht vorgelegen habe. Es möge vielleicht ein allgemeiner Befehl der Besatzungsmacht bestanden haben, die Gleise und die Güterwagen frei zu machen, darin habe aber noch nicht der Befehl der Besatzungsmacht gelegen, die beförderten Güter zu veräußern. Das Berufungsgericht erkennt nicht, daß im einzelnen Verkäufe auf Anordnung der Besatzungsmacht vorgekom-

men sind. Es stellt aber fest, daß die hier streitigen Lokomotiven aber nicht auf Grund einer solchen Anordnung verkauft worden sind. Diese Feststellung stützt es auf die Schreiben der Reichsbahndirektion Essen vom 19. Juni 1948 (Bl. 264 GA) und vom 21. Januar 1949 (Bl. 75 GA). Es legt dar, in beiden Schreiben, die sich mit dem Verkauf der streitbefangenen Lokomotiven befassen, werde auf eine Ermächtigung durch die Besatzungsmacht zur Veräußerung oder eine Anordnung derselben nicht hingewiesen, was unverständlich wäre, wenn eine Anordnung oder Ermächtigung wirklich vorhanden gewesen wäre. Die Anordnung zur Freimachung der Gleise enthalte noch keine solche zur Veräußerung von Frachtgut, wie unter Bezugnahme auf die Urteile des Senats in BGHZ 2, 37 [42] und vom 20. Oktober 1952 - IV ZR 48/52 - ausgeführt wird.

b) Die Revision rügt, daß diese Feststellung unter Prozeßverstoß getroffen worden sei. Die Beklagte habe sich zum Beweis dafür, daß die Besatzungsmacht den Verkauf von Ladungsgütern an Firmen, welche diese Güter zur Wiederbelebung der Wirtschaft benötigten, angeordnet habe, auf das Zeugnis der Reichsbahninspektoren [REDACTED] und [REDACTED] berufen.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantrag nicht übersehen, es hält aber dafür, daß angesichts der auf Grund des vorgelegten Beweismaterials getroffenen Feststellungen das in das Wissen der Zeugen Gestellte zu unbestimmt sei, als daß es die Vernehmung der Zeugen nötig gemacht hätte. Die Beklagte hätte genauer darlegen müssen, von welchen englischen Stellen und für welchen Bereich diese Anordnung getroffen worden sei. Wenn die Beklagte vorbringe, "so", d.h. auf Grund dieser Anordnung

sei es zum Verkauf der Lokomotiven gekommen, ohne sich aber hierfür auf die Zeugen zu berufen, so liege darin nur eine Schlußfolgerung, zumal da die Beklagte bisher immer nur von einem Drängen der Engländer auf Freimachung der Geleise gesprochen habe.

Die Bedenken, die die Revision gegen das Verfahren des Berufungsgerichts vorbringt, sind nicht begründet. Die Beklagte hat in dem Schriftsatz vom 10. September 1952 (Bl. 250 ff GA) eingehende Behauptungen darüber vorgetragen, wie sich die Lage auf den Güterbahnhöfen des Ruhrgebiets entwickelt hatte, und hatte sich schließlich für die obengenannte Behauptung auch auf das Zeugnis der beiden Reichsbahninspektoren bezogen (Bl. 253). Wie der Berufungsrichter zutreffend darlegt, waren die in das Wissen dieser Zeugen gestellten Tatsachen zu wenig substantiiert. Es hätte von der Beklagten im einzelnen behauptet werden müssen, von welcher Stelle, für welchen örtlichen Bereich und wann die Anordnung der Besatzungsmacht getroffen worden ist, aus der die Beklagte die Ermächtigung der Reichsbahn zur Veräußerung der hier streitigen Gegenstände herleiten will. Darüber ist aus dem Schriftsatz der Beklagten nichts zu entnehmen. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß der Berufungsrichter die ihm obliegende Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO verletzt habe und daß das angefochtene Urteil auf der Nichtanwendung dieser Vorschrift beruhe. Die Revision vermag nicht darzulegen, daß sie in der Lage gewesen wäre, etwaige Zweifel zu beheben. Sie beschränkt sich der Sache nach darauf, zu behaupten, die Anordnung, die in das Wissen der Zeugen gestellt wird, sei zwischen dem 4. Juni und dem 16. Oktober 1945 ergangen. Von diesen Tagen waren die beiden Schreiben der Reichsbahndirektion (Bl. 199 und 257

GA) datiert, aus denen der Berufungsrichter entnommen hatte, daß sich aus ihnen nichts für eine solche Anordnung ergebe. Die Revision führt hierzu noch weiter aus, in dem Urteil des hier erkennenden Senats vom 20. Oktober 1952 in dem Parallelprozeß - IV ZR 48/52 -, das dem Berufungsgericht vorgelegen habe, sei ein solcher Sachverhalt ebenfalls vorgetragen worden. Es sei offensichtlich gewesen und wäre auf Befragen auch von der Beklagten bestätigt worden, daß der Beweisantritt in Bl. 253 GA den in diesem Prozeß geltend gemachten Sachverhalt ebenfalls betreffe. Darauf kann sich die Beklagte hier aber nicht berufen. Wie in dem Urteil des Senats vom 20. Oktober 1952 (Seite 11) ausgeführt wird, hatte die in diesem Rechtsstreit durchgeführte Beweisaufnahme (Aussage des Zeugen [REDACTED]), ergeben, daß die Besatzungsbehörde einen Befehl zum Verkauf der Geräte und der dort streitigen Lokomotive - diese war mit dem gleichen Güterzug in [REDACTED] angekommen wie die hier streitigen, sie war auch von den Klägerinnen dieses Rechtsstreits zum Versand gebracht worden - nicht ergangen war. Es war daher keineswegs offensichtlich, wie die Revision meint, daß sich der Beweisantrag auch auf den dort geltend gemachten Sachverhalt bezog. Auch in dem Rechtsstreit IV ZR 48/52 hat die auf Herausgabe der Lokomotive verklagte Partei in der Revision nicht vorbringen können, daß ganz bestimmte Anordnungen über den Verkauf der dort streitigen Lokomotive vorlagen. Daß von englischen Stellen Verkaufsgenehmigungen gelegentlich erteilt worden sind, unterstellt das Berufungsurteil. § 139 ZPO ist daher nicht verletzt.

Wenn die Revision in diesem Zusammenhang weiter rügt, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Reichsbahndirektion im August 1945 auch zuverlässiges Personal

besessen habe, es hätte daher dem Berufungsgericht bedenklich erscheinen müssen, anzunehmen, daß diese Reichsbahnbeamten in jener Zeit ohne Anordnung oder Ermächtigung der Besatzungsbehörde gehandelt hätten, so greift sie damit nur die tatsächliche Würdigung des Sachverhalts durch den Berufsrichter an und kann damit in diesem Rechtszug nicht gehört werden.

c) Das Berufungsgericht verneint auch, daß die Beklagte ein Recht zum Besitze daraus herleiten könne, daß es sich um einen Verkauf von Gütern auf Grund des § 80 EVO gehandelt habe. Hiernach ist die Eisenbahn berechtigt, Güter ohne Förmlichkeit bestmöglich sofort zu verkaufen, wenn sie entweder nicht abgeliefert werden können, wenn sie nach dem Ermessen des Bestimmungsbahnhofs schnellem Verderb unterliegen und nach den örtlichen Verhältnissen weder einem Spediteur oder einem Lagerhaus übergeben werden können (§ 80 Abs. 9a). Weiter erstreckt sich die Veräußerungsbefugnis der Bahn auf solche Güter, die nicht abgeliefert werden können und vom Absender nicht zurückgenommen werden, wenn ein Monat seit der Annahmefrist (§ 79 EVO) verstrichen ist, oder schon früher, wenn ihr Wert durch längere Lagerung unverhältnismäßig vermindert würde oder wenn die Lagerungskosten in keinem Verhältnis zum Wert des Gutes stehen würden (§ 80 Abs. 9 b aaO).

Es wird in dem Berufungsurteil dahingestellt gelassen, ob § 80 EVO überhaupt anwendbar ist, weil die Güter auf Dienstgutfrachtbrief versandt waren. Wie der Berufsrichter meint, bedürfe es keiner Prüfung, ob in einem solchen Falle ein Frachtvertrag vorliege. Er hält die Voraussetzungen des § 80 EVO deswegen nicht für gegeben, weil die RBD nach dem Frachtbrief selbst Empfängerin ge-

wesen und aus ihrem Verhalten auf eine Annahmeverweigerung, die ausdrücklich habe sein müssen (§ 80 Abs. 1 aaO), nicht geschlossen werden könne. Auch die weitere Voraussetzung des § 80 Abs. 9a liege nicht vor, daß die Lokomotiven nicht hätten eingelagert werden können. Es wäre auch damals möglich gewesen, trotz der Verstopfung der Gleise im Ruhrgebiet bei der Ausdehnung dieser Anlagen die Waggon auf tote Gleise zu schieben oder die Lokomotiven zu entladen und neben den Gleisen abzustellen. Für ausschlaggebend hält es der Berufungsrichter, daß die Reichsbahn selbst erklärt habe (Schreiben vom 21. Januar 1949 Bl. 75 GA), sie habe die Voraussetzungen des § 80 EVO nicht für gegeben erachtet und habe den Verkauf als Geschäftsführerin ohne Auftrag getätigt.

Diese Ausführungen des Berufungsurteils sind im Ergebnis zutreffend. Es kann dahingestellt bleiben, ob im vorliegenden Fall die Vorschrift des § 80 EVO überhaupt anwendbar ist, da ein Eisenbahnfrachtvertrag nicht vorliegt. Wie der Berufungsrichter feststellt, lagen die in § 80 Nr. 9 a und b EVO genannten Voraussetzungen für ein Veräußerungsrecht der Eisenbahn überhaupt nicht vor. Nach den Feststellungen des Berufungsrichters konnten die Lokomotiven in der Weise eingelagert werden, daß entweder die Waggon auf tote Gleise geschoben oder die Lokomotiven neben den Gleisen abgestellt wurden. Wie der Senat in seiner in BGHZ 2, 37 [48] abgedruckten Entscheidung ausgeführt hat, konnte im Hinblick auf die damaligen ungewöhnlichen Verhältnisse ein Bagger auch im Freien eingelagert werden. Dasselbe hat aber für Lokomotiven zu gelten. Aus dem Vorbringen der Parteien und den Feststellungen des Berufungsrichters ist nichts zu entnehmen, was dem entgegenstünde. Damit entfällt aber die Anwendung des

§ 80 Abs. 9 EVO. Dem Berufungsrichter ist aber auch darin beizupflichten, daß die Anwendbarkeit des § 80 EVO deswegen entfällt, weil die Reichsbahn diese Befugnis überhaupt nicht habe ausüben wollen, sondern als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt habe. Die Revision hat auch insoweit Rügen nicht erhoben.

d) Der Berufungsrichter erörtert auch die weitere Möglichkeit, ob die Beklagte Eigentum und damit ein Recht zum Besitz zur Zeit der Erlangung des Besitzes deswegen erworben habe, weil die Bahn als Geschäftsführerin ohne Auftrag gehandelt habe. Ob dann, wenn der Geschäftsführer ohne Auftrag im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnis über ein Recht des Geschäftsherrn verfügt, der Dritte unmittelbar ein Recht erwirbt, oder ob es dazu einer besonderen Genehmigung des Geschäftsherrn nach §§ 179, 185 BGB bedarf, kann hier dahingestellt bleiben (vgl. Baur in JZ 1952, 328). Der Berufungsrichter stellt für diesen Rechtszug bindend fest, daß die Veräußerung der Lokomotiven dem mutmaßlichen Willen der Besitzer oder Eigentümer nicht entsprochen habe, weil selbst bei etwaigen Beraubungen damit zu rechnen gewesen wäre, daß das, was zurückblieb, immer noch wertvoller gewesen sei als der von der Beklagten gezahlte Reichsmarkpreis. Muß aber der Geschäftsherr die Geschäftsführung nicht gegen sich gelten lassen, dann kann der Handlung des Geschäftsführers auch eine dingliche Wirkung nicht zuerkannt werden.

e) Da somit der Beklagten zur Zeit des Erwerbes des Besitzes an den Lokomotiven ein Recht zum Besitze nicht zugestanden hat, kommt es auch darauf an, ob sie beim Erwerb des Besitzes bösgläubig war, d.h. wußte oder grob fahrlässig nicht wußte, daß ihr ein Recht zum Besitz nicht

zustehe. Die Beklagte hat sich darauf berufen, ihr Prokurist [REDACTED], der den Kaufvertrag mit der Reichsbahn abgeschlossen hat, habe sich darauf verlassen, daß die Reichsbahn Eigentümerin oder doch verkaufsberechtigt gewesen sei, über den Rechtsgrund habe er sich keine Gedanken gemacht, sondern sich darauf verlassen, daß die Reichsbahn, wenn sie verkaufe, auch dazu berechtigt sei.

Der Berufungsrichter führt dazu aus, schon in diesem Verhalten [REDACTED] liege angesichts des "hohen Objektes" eine grobe Fahrlässigkeit. Die Beklagte habe nicht annehmen können, daß die Reichsbahn Eigentümerin des verkauften Geräts gewesen sei. Es sei unwahrscheinlich gewesen, daß die Reichsbahn nach ihren schweren Kriegsverlusten damals, wo jeder bestrebt gewesen sei, sich Sachwerte zu erhalten, große Mengen eigenen wertvollen Betriebsmaterials verkauft hätte. Schon dieser Umstand habe die Beklagte veranlassen müssen, sich bei der Reichsbahn nach näheren Einzelheiten zu erkundigen, vor allem nach dem Eigentum. Die Fahrlässigkeit sei aber um so größer, als die Beklagte gewußt habe, daß es sich bei den Lokomotiven um Transportgut gehandelt habe, der Gedanke, es sei eigenes Gerät der Reichsbahn, also noch ferner gelegen habe. Die Beklagte habe zugegeben, daß die Reichsbahn im allgemeinen keine Schmalspurlokomotiven besitze. Ob die Lokomotiven Namensschilder getragen hätten, die den wahren Eigentümer ausgewiesen hätten, könne dahingestellt bleiben.

Das Berufungsgericht ist aber weiter der Ansicht, daß die Beklagte sich auch nicht auf guten Glauben an die Verfügungsbefugnis der Reichsbahn im Sinne des § 366 HGB berufen könne. Da die Reichsbahn keinen Gewerbebetrieb

gehabt habe, also nicht Kaufmann gewesen sei, sei eine entsprechende Anwendung des § 366 HGB nur zulässig, wenn sie der Beklagten "wie ein Kaufmann", also im Rahmen ihres Betriebes gegenüber getreten sei. Als ein dem Handelsgewerbe im Sinne des § 366 aaO entsprechender Betrieb könne aber nur der "Betrieb von Eisenbahnfrachtgeschäften" angesehen werden. Wollte man darüber hinaus die Reichsbahn auch in ihren sonstigen Beziehungen als Kaufmann behandeln, so verlöre die gesetzliche Festlegung, daß der Betrieb der Reichsbahn kein Gewerbebetrieb sei, jeden Sinn. Im Rahmen des Eisenbahnfrachtvertrages könne die Reichsbahn nur bei Verkäufen nach § 80 EVO handeln; das habe sie aber hier nicht getan. Sollte aber die Beklagte - was sie selbst nicht behauptete - irrtümlich an einen Verkauf nach § 80 EVO geglaubt haben, so würde sie ebensowenig geschützt sein wie ein sonstiger Erwerber bei der irrtümlichen Meinung, er erwerbe von einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes. Aber auch bei Anwendung des § 366 HGB wäre der böse Glaube der Beklagten festzustellen. Als Kaufmann habe die Beklagte wissen müssen, daß die Reichsbahn fremdes Transportgut nur im Rahmen der Eisenbahnverkehrsordnung habe verkaufen dürfen. Gerade die naheliegende Möglichkeit, daß die Lokomotiven weder leicht verderblich noch bei einiger Wachsamkeit erheblichen Wertminderungen durch Diebstahl ausgesetzt gewesen seien, hätten bei der Beklagten Zweifel erwecken müssen, ob überhaupt ein Fall des § 80 EVO vorliege, und sie veranlassen müssen, durch Befragen des Reichsbahnvertreters die Sache klarzustellen. Sie hätte dies umsomehr tun müssen, als - wie allgemein bekannt sei - damals kurz nach der Besetzung vielfach recht verworrene Zustände geherrscht hätten, sie habe damit rechnen müssen, daß auch bei der Reichsbahn, deren Betrieb erst allmählich wieder angelaufen sei, Fehlgriffe nicht ausgeschlossen gewesen wären.

Wenn sie daher - was ohne weiteres möglich gewesen sei - jede Nachfrage unterlassen habe, so habe sie grob fahrlässig gehandelt und damit das ganze Risiko des Geschäfts übernommen. Auf eine Rückfrage wäre sie darüber aufgeklärt worden, daß die Reichsbahn lediglich als Geschäftsführerin ohne Auftrag habe handeln wollen und daher Eigentum rechtswirksam nicht habe übertragen werden können. Die Rechtslage wäre auch nicht anders gewesen, wenn die Beklagte geglaubt hätte, die Lokomotiven seien sonstiges Reichsvermögen. Dieser Glaube wäre nach § 366 HGB nicht geschützt.

Die Ausführungen des Berufungsrichters sind nicht in jeder Beziehung unbedenklich, es kommt aber auf sie zu einem erheblichen Teil nicht an und das Ergebnis, zu dem der Berufungsrichter gelangt, ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar. Wie sich aus der Fassung des § 1007 Abs. 1 BGB ergibt, muß der frühere Besitzer, der auf Herausgabe der Sachen gegen den jetzigen Besitzer klagt, dartun und gegebenenfalls beweisen, daß der letztere in Ansehung seines Rechts zum Besitz bösgläubig ist. Er muß daher jede Möglichkeit des vermuteten guten Glaubens des gegenwärtigen Besitzers an dieses Recht ausräumen. Hat sich aber der letztere zu seiner Verteidigung auf einen bestimmten Sachverhalt berufen, dann genügt der Kläger seiner Darlegungspflicht, wenn er die Behauptungen des derzeitigen Besitzers widerlegt.

Im vorliegenden Fall hat sich die Beklagte darauf gestützt, daß sie die streitigen Lokomotiven von der Deutschen Reichsbahn käuflich zu Eigentum habe erwerben wollen, und daß sie die Reichsbahn für die Eigentümerin oder doch die Verfügungsberechtigte gehalten habe und ohne grobe Fahrlässigkeit habe halten können. Da die Beklagte bei dem Erwerb der Lokomotiven von ihrem Prokuristen

[REDACTED] vertreten worden ist, kommt es lediglich auf dessen guten oder bösen Glauben an. Daß [REDACTED] das Nichteigentum oder die mangelnde Verfügungsbefugnis der Reichsbahn gekannt hat und damit gewußt hat, daß die Beklagte kein Eigentum erworben habe und deshalb nicht zum Besitz berechtigt sei, nimmt der Berufungsrichter nicht an. Es kann daher nur darauf ankommen, ob [REDACTED] grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Keine Bedenken bestehen gegen das Ergebnis der Ausführungen des Berufungsrichters insoweit, als er annimmt, die Beklagte bzw. ihr Vertreter habe ohne grobe Vernachlässigung der ihr obliegenden Sorgfaltspflicht nicht annehmen dürfen, daß die Reichsbahn Eigentümerin der verkauften Sachen gewesen sei. Die Ausführungen des Berufungsurteils lassen erkennen, daß es die Fahrlässigkeit des Vertreters der Beklagten darin sieht, daß er über die Eigentumslage keine Erkundigungen eingezogen hat, obwohl dies unter Berücksichtigung der Umstände geboten gewesen wäre. Solche Umstände sieht der Berufungsrichter einmal darin, daß bei dem damals herrschenden Mangel an Sachgütern und den schweren Verlusten, die die Reichsbahn durch den Krieg erlitten hatte, diese niemals eigenes Betriebsmaterial verkauft haben würde, und ferner darin, daß es sich für die Beklagte erkennbar um Transportgut gehandelt habe, so daß der Gedanke, es handle sich um Reichsbahnvermögen, noch ferner gelegen habe. Diese Ausführungen lassen nicht erkennen, daß das Berufungsgericht den Begriff der Fahrlässigkeit verkannt oder unrichtig angewandt habe. Die Fahrlässigkeit ist nach Ansicht des Berufungsrichters deswegen besonders grob, weil es sich um ein "hohes Objekt" handelte. Auch das ist nicht zu beanstanden. Wie der Senat in dem Urteil vom 30. Oktober 1952 - IV ZR 48/52 -

ausgesprochen hat, ist die Frage, ob sich der Erwerber einer groben Fahrlässigkeit schuldig macht, im wesentlichen Tatfrage. Von dieser Ansicht, die in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone steht, ist der Senat auch nicht grundsätzlich in der Entscheidung in BGHZ 10, 14 [16] abgewichen. Wenn auch dort ausgesprochen ist, daß der Begriff der groben Fahrlässigkeit ein Rechtsbegriff ist, so ist doch daran festgehalten, daß die Umstände, die die Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht zu einer groben machen, nicht allgemein bestimmt werden können, und daß daher die Entscheidung darüber, was eine besonders starke Abweichung von der im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflicht ist, von den Umständen des einzelnen Falles abhängt. Wenn der Berufungsrichter daher annimmt, gerade wegen des Wertes des erworbenen Gegenstandes hätte der Vertreter der Beklagten die Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße außer acht gelassen, so kann dies aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, zumal da es sich nach den Feststellungen des Berufungsrichters um ein Geschäft handelte, das aus dem Rahmen der von der Reichsbahn gewöhnlich in ihrem Betriebe abgeschlossenen Geschäfte seiner Art nach erheblich herausfiel. Insoweit erhebt die Revision auch keine Bedenken.

Die Angriffe der Revision richten sich vielmehr dagegen, daß der Berufungsrichter unzutreffend verneint habe, daß die Beklagte in Ansehung der von ihr angenommenen Veräußerungsbefugnis der Reichsbahn nicht gutgläubig gewesen sei. Es kann dem Berufungsrichter nicht darin gefolgt werden, daß ein guter Glaube an die Veräußerungsbefugnis der Reichsbahn nur dann Schutz verdient, wenn die Reichsbahn Verkäufe nach § 80 (oder § 73) EVO vornimmt.

Da es lediglich darauf ankommt, ob das Geschäft "im" Betrieb der Reichsbahn als Verkehrsunternehmen abgeschlossen ist, so ist eine solche Beziehung zu dem Betrieb der Reichsbahn auch in Fällen nicht grundsätzlich auszuschließen, in denen es sich nicht um Veräußerungsgeschäfte nach Maßgabe der Eisenbahnverkehrsordnung handelt. Zu dieser Frage braucht aber hier keine abschließende Stellung genommen zu werden, da die Voraussetzungen des § 366 HGB im vorliegenden Fall zugunsten der Beklagten nicht eingreifen.

Wie die Beklagte selbst vorträgt, hat sich Winkelkötter über das Recht der Reichsbahn zur Veräußerung überhaupt keine Gedanken gemacht. Der Senat hat in der schon erwähnten in BGHZ 2, 37 [52] abgedruckten Entscheidung im Anschluß an Ausführungen von Martin Wolff in Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts IV 1, 41 dargelegt, daß der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers entweder darauf beruhen kann, daß der Erwerber an einen Tatbestand glaubt, bei dessen Vorliegen die Veräußerungsbefugnis bestünde, oder darauf, daß er trotz Kenntnis eines ein Verfügungsrecht nicht begründenden Tatbestandes infolge entschuldbaren Rechtsirrtums eine Veräußerungsbefugnis annimmt. Wie die Beklagte selbst vorträgt, hat sich [REDACTED] über den Grund der Veräußerungsbefugnis überhaupt keine Gedanken gemacht, sondern einfach geglaubt, daß die Reichsbahn zur Veräußerung berechtigt sei. Bei [REDACTED] fehlte es also an jeder Vorstellung eines Sachverhalts, aus dem er gutgläubig ein Veräußerungsrecht der Reichsbahn hätte entnehmen dürfen. Auf die Hilferwägung des Berufungsurteils, die Beklagte habe Zweifel darüber hegen müssen, ob hier überhaupt die Voraussetzungen des § 80 EVO gegeben seien, die die Bahn zum Verkauf berechtigten, kommt es daher nicht an. Denn der

Vertreter der Beklagten hat gar nicht angenommen, daß es sich um einen Verkauf nach § 80 EVO handele. Auch die gegen diese Erwägung erhobenen Bedenken der Revision sind damit gegenstandslos. Die Revision macht weiter geltend, die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, daß für die Veräußerung eine Ermächtigung der Militärregierung vorliege. Das habe der Berufungsrichter übersehen. Diese Rüge greift indessen aus den gleichen Gründen nicht durch. Auch das Vorliegen einer solchen Ermächtigung hat die Beklagte oder ihr Vertreter nämlich bei Abschluß des Vertrages mit der Reichsbahn nicht angenommen. Ein Veräußerungsrecht steht dem Frachtführer und auch der Eisenbahn an ihr zur Beförderung anvertrauten Gütern immer nur aus bestimmten Gründen zu. Gutgläubig kann in einem solchen Falle nicht sein, wer sich über den Grund der Veräußerung überhaupt keine Gedanken macht, obwohl sich der Gedanken aufdrängen mußte, daß eine Verfügungsbefugnis nicht vorlag. Wer sich unter solchen Umständen darauf verläßt, daß die Veräußerungsbefugnis aus irgendeinem Grunde bestehen werde, übernimmt, wie der Berufungsrichter zutreffend hervorhebt, das Risiko des Geschäfts. Er überläßt es dem Zufall, ob er ein gültiges Geschäft abschließt oder nicht. Besteht für den Erwerber eine derartige Ungewißheit über das Verfügungsrecht des Veräußerers, so ist er verpflichtet, sich Aufklärung über die Befugnis des Veräußerers zu verschaffen, von dem er ja weiß, daß er nicht der Eigentümer ist. Das gilt vor allem von Erwerbsgeschäften, die jemand mit dem Inhaber eines Unternehmens abschließt, das Veräußerungsgeschäfte in der Regel nicht zum Gegenstand hat. Unterläßt es der Erwerber, Erkundigungen in einem solchen Fall einzuziehen, so hat er nicht in gutem Glauben gehandelt. Denn er hat grob fahrlässig gehandelt. Grobe Fahrlässigkeit schließt aber den guten Glauben auch im

Rahmen des § 366 HGB aus.

War der Vertreter der Beklagten aber nicht gutgläubig bei dem Erwerb des Eigentums, dann konnte die Beklagte auch nicht gutgläubig hinsichtlich ihres Besitzerwerbes sein (Staudinger-Kober BGB 10. Aufl. § 1007 Bem. 11, S. 687).

IV.

a) Die Beklagte hat sich weiter darauf berufen, die Lokomotiven seien Beutegut der alliierten Besatzungsmacht gewesen, sie habe Eigentum daran erworben, da der dazu von der Besatzungsmacht ermächtigte Innenminister des Landes Rheinland-Westfalen - Zentralstelle für Wehrmachtgut - Anfang 1948 den Verkauf vom 5. September 1945 genehmigt habe. In dem ersten in dieser Sache ergangenen Revisionsurteil hat der Senat darauf hingewiesen, daß die Beklagte möglicherweise aus dem Runderlaß des Innenministers vom 22. November 1947 - Aktenzeichen: V 2 C - O/9 - Eigentumsrechte an den von ihr erworbenen Lokomotiven herleiten könne. Auf diese Ausführungen, die eine bindende Anweisung an den Berufungsrichter nicht enthielten, weil die Aufhebung des ersten Berufungsurteils auf anderen Gründen beruht, wird hier Bezug genommen. Dieser Erlaß, dessen Inhalt dem erkennenden Senat damals nicht bekannt war, befaßt sich mit der Errichtung von Stellen für die Erfassung von ehemaligem Wehrmachtgut. Er ist mit Zustimmung der Militärregierung ergangen. In Ziffer 3 des Erlasses wird ausgeführt, daß alles ehemalige Wehrmachtgut spätestens mit dem Zeitpunkt der Kapitulation zu Beutegut der alliierten Besatzungsmacht geworden sei, über das allein die Militärregierung (durch das Hauptquartier der Disposals Group) verfüge. Nach Ziffer 4 fällt unter den Begriff bewegli-

ches "ehemaliges Wehrmachtsgut" u.a. auch das bewegliche Eigentum der halbmilitärischen Organisationen "Reichsarbeitsdienst" und "Organisation Todt". Der Berufsrichters legt den Erlaß dahin aus, daß durch ihn nur Eigentum der Wehrmacht erfaßt werden sollte. Das ergebe sich aus dem Schreiben der Militärregierung vom 6. August 1947 (Bl. 201 GA), das Anlaß zu dem Runderlaß gewesen sei, und in dem die Maßnahmen ausdrücklich auf Wehrmachtseigentum beschränkt seien. Den Standpunkt habe die Besatzungsmacht auch für diesen Rechtsstreit vertreten. Die in diesem Rechtsstreit eingeholten Bescheide der Besatzungsmacht zeigten, daß einzig auf die Frage abgestellt werde, ob die Lokomotive "aus früheren Wehrmachtsbeständen" stamme. Gerät, das ein freier Unternehmer zur Ausführung von Bauaufträgen der Wehrmacht bzw. der OT benutze, gehöre aber nicht zu den "Beständen" des Auftraggebers. Der Berufsrichter hält es daher für verfehlt, wenn die Beklagte aus Ziffer 1 des Erlasses herleite, daß alle im Besitz der Wehrmacht befindlichen oder zur Verfügung "deutscher" Stellen stehenden Gegenständen zum Beutegut gehörten. Ziffer 1 gebe nur den Inhalt des Art. 5 der Kapitulationsurkunde (richtig: der Erklärung der obersten Kommandobehörden der vier Besatzungsmächte in Anbetracht der Niederlage Deutschlands und der Übernahme der obersten Regierungsgewalt durch die Regierungen usw. vom 5. Juni 1945 [Ämtsblatt des Kontrollrats Ergänzungshft 1 Seite 7 f]) wieder, der sich mit Beutegut nicht befasse. Er enthalte auch sonst keine Beschlagnahme. Es könne nicht angenommen werden, daß wirklich jeder Gegenstand, der irgendeiner deutschen Dienststelle zur Verfügung gestanden habe, durch Art. V der Kapitulationsurkunde beschlagnahmt werden sollte, vielmehr sei diesen Stellen nur eine besondere Obhutspflicht im Hinblick auf spätere Maßnahmen der Besatzungsmacht auferlegt worden.

b) Die Revision greift die Auslegung des Runderlasses und der ihr zugrunde liegenden Verfügung der Militärregierung durch den Berufungsrichter an. Sie vertritt die Ansicht, daß er sich bei der Auslegung zu eng an den Wortlaut der Verfügungen gehalten habe. Das Berufungsgericht habe den Umfang der Ermächtigung aus dem englischen Text der Verfügung vom 6. August 1948 entnehmen müssen. Der englische Begriff "property" umfasse nicht nur den deutschen Begriff des Eigentums, sondern alles, was sich berechtigtermaßen in den Händen einer Person befinde. Er erstrecke sich auch auf den berechtigten Besitz. Für die Beurteilung von Maßnahmen der Besatzungsdienststellen könne nur der letztere Begriff maßgebend sein. Die Militärregierung habe als Beutegut alle Gegenstände in Anspruch genommen, die sich im Besitz der Wehrmacht oder einer angeschlossenen Organisation befunden hätten. Das hätte auch der Sinn der Richtlinien des Innenministers jedenfalls nach der Ermächtigung der Britischen Militärregierung sein müssen. Die Erfassung hätte unvollständig bleiben müssen, wenn sie sich nicht gemäß Ziffer I 1 des Erlasses auch auf die im Besitz der deutschen Streitkräfte befindlichen oder zu ihrer Verfügung stehenden Gegenstände hätte erstrecken sollen. Ebenso sei der in Ziffer I 8 zum Ausdruck gebrachte Zweck des Erlasses, eine einwandfreie Rechtsgrundlage für die zwischenzeitlichen Verfügungen deutscher Dienststellen oder der Besatzungstruppe zu schaffen, nur erreichbar gewesen, wenn eine Bestätigung der Verfügungen dieser Dienststellen auch hinsichtlich der im Besitz der Wehrmacht oder der OT befindlichen Gegenstände ermöglicht worden wäre.

c) Der Senat hat sich wiederholt mit der Frage zu befassen gehabt, ob Beutegut der Besatzungsmächte nur solche Sachen geworden sind, die sich im Eigentum der Wehr-

macht bzw. des Deutschen Reiches befanden oder ob es genüge, daß die Wehrmacht daran Besitz gehabt habe. Er hat dabei in seiner Rechtsprechung (vgl. außer dem ersten Revisionsurteil die Urteile vom 20. Oktober 1952 - IV ZR 48/52 - und vom 7. Februar 1952 - IV ZR 74/51 -) die Ansicht vertreten, daß auf die gegenwärtige Besetzung grundsätzlich die in der Haager Landkriegsordnung niedergelegten allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts anzuwenden seien, und daß nach diesem Recht nur das Eigentum des Staates Beutegut sei, sofern die besetzende Macht vor Beendigung der Feindseligkeiten davon Besitz ergriffen hat. Es ist jedoch von dem erkennenden Senat darauf hingewiesen worden, daß von dem Völkerrecht und der Haager Landkriegsordnung abweichende Anordnungen und Rechtsvorschriften für die deutschen Gerichte bindend seien. Von Stellen der Besatzungsmächte ist nun die Auffassung vertreten worden, daß die Haager Landkriegsordnung auf den Besatzungszustand nach der Kapitulation des Jahres 1945 nicht anzuwenden sei, und daß Beutegut auch im Besitz der Wehrmacht befindliche Gegenstände, vor allem Kraftfahrzeuge geworden seien. Es kann für die hier zu fällende Entscheidung auf sich beruhen, ob, wie der in dem Runderlaß gebrauchte Ausdruck "Wehrmachtsgut" und auch der Begriff des "beweglichen Eigentums" der OT zu verstehen ist. Denn selbst wenn man mit der Revision den Runderlaß dahin auffaßt, daß unter beweglichem Eigentum der OT - lediglich auf diesen Begriff kommt es hier letzten Endes an - auch Sachen zu verstehen sind, die nur im Besitz oder zur Verfügung der OT standen, kann diese Auslegung der Revision im Ergebnis nichts nützen. In dem Urteil vom 20. Oktober 1952 - IV ZR 48/52 -, das einen den jetzt zur Entscheidung stehenden fast gleich gelagerten Fall betraf, hat der Senat entschieden, daß es um die Beuteeigenschaft zu bejahen, nicht

genüge, daß die Wehrmacht oder eine ihr gleichgestellte Organisation einmal an einem beliebigen Ort und zu einer beliebigen Zeit im Besitze einer bestimmten Sache gewesen sei. Es handelte sich in jenem Rechtsstreit, der die Herausgabe einer Lokomotive aus dem gleichen Transport zum Gegenstand hatte, wie die von den Klägerinnen herausverlangten Lokomotiven, um eine Lokomotive, die zwar vorübergehend im Besitz der OT war, aber noch vor der Versendung durch die Klägerinnen dieses Prozesses aus dem Besitz der OT gekommen war. Im vorliegenden Fall waren die Lokomotiven, wie oben dargelegt ist, weder Eigentum noch standen sie im Besitze der OT. Sie standen auch nicht "zur Verfügung" der OT. Es handelte sich um Gegenstände, die von der Arbeitsgemeinschaft für Arbeiten eingesetzt waren, zu denen sie der OT gegenüber vertraglich verpflichtet waren. Ein unmittelbares Verfügungsrecht der OT bestand für derartige Geräte nicht. Abgesehen hiervon hatte die OT auch vor der Versendung der hier streitigen Lokomotiven ihr Einverständnis damit erklärt, daß sie bei der Errichtung eines Schmalspurbahnnetzes im Ruhrgebiet, vornehmlich in [REDACTED], eingesetzt werden sollten. Die unter der Bezeichnung "Sonderaktion Feldbahnbau RBD [REDACTED]" durchgeführte Aktion war keine solche der OT, sondern eine von der Reichsbahndirektion [REDACTED], der Stadt [REDACTED] und der [REDACTED] AG in Essen durchgeführte Maßnahme, an der OT-Einheiten nur bei dem Bau des Bahnkörpers beteiligt waren. Seit März 1945 waren die Lokomotiven daher nicht mehr für Aufgaben der OT bestimmt. Es fehlt somit an jeder Voraussetzung dafür, daß die Lokomotiven Beutegut geworden sein können.

d) Es fragt sich jedoch, ob die Lokomotiven nicht wie Beutegut zu behandeln sind, weil sie auf Grund des

Runderlasses vom 22. November 1947 in die von der Zentralstelle beim Innenminister des Landes Rheinland-Westfalen geführt Erfassungsliste als Beutegut eingetragen waren. Es handelt sich dabei darum, ob der Erfassung dieser Maschinen als vermeintliches Beutegut auch der demgemäß bewirkten Eintragung in die Erfassungsliste der Charakter einer bindenden Entscheidung über den Beutegutcharakter beizumessen ist. In dem ersten Revisionsurteil ist die Möglichkeit in Betracht gezogen worden, daß der Eintragung eine solche Wirkung zukommen könne, wenn ihr durch die Ermächtigung der Militärregierung eine solche beigelegt worden war. Eine Entscheidung konnte damals nicht getroffen werden, weil weder der Inhalt des Runderlasses bekannt, noch festgestellt war, ob ihm eine Anordnung der Militärregierung zugrunde lag. Inzwischen hat der Senat in zwei Urteilen vom 2. Oktober 1952 - IV ZR 200/51 - und vom 20. Oktober 1952 - IV ZR 48/52 - dahin Stellung genommen, daß der Erfassung von Sachen als Beutegut eine solche Wirkung nicht zukommt, daß also dadurch jeder, der ein Recht an der Sache hat, dieses geltend machen kann, ohne durch eine solche Erfassung daran behindert zu sein. An dieser Ansicht hält der Senat auch fest. Die Revision meint, der Zweck des Runderlasses, "einen klaren, rechtlich zweifelsfrei begründeten Eigentumsanspruch für den Besitzer zu schaffen", könne nicht erreicht werden, wenn die Zentralstelle nicht die Befugnis haben sollte, auf Grund ihrer Beurteilung der Rechtslage durch ihre Bestätigung den Eigentumserwerb des neuen Besitzers wirksam zu machen. Weder aus dem Erlaß, der die Befugnisse der Erfassungsstellen und das von ihnen zu beobachtende Verfahren eingehend regelt, noch aus der ihm zugrunde liegenden Verfügung der Militärregierung vom 6. August 1947 (Bl. 201 GA) ist etwas dafür zu entnehmen,

daß die Erfassungsstellen zu derartigen weitgehenden Eingriffen in die Vermögenssphäre der Staatsbürger ermächtigt werden sollten. Der Hauptzweck des Erlasses ist die Erfassung wirklichen Beuteguts. Es ist kein hinreichender Grund dafür gegeben, daß es dem wahren Berechtigten verwehrt sein soll, sein Recht an einem Gegenstand geltend zu machen, der irrtümlich als Beutegut behandelt wird. Das vermeintliche Recht des gegenwärtigen Besitzers muß auch in einem solchen Falle dem wahren Rechte weichen, eine Entscheidungsgewalt darüber ist den Erfassungsstellen auch von der Militärregierung nicht eingeräumt worden.

V.

Die Revision rügt weiter, daß der Berufungsrichter die Feststellung, die Klägerinnen selbst seien beim Erwerb des Besitzes der streitigen Lokomotiven nicht bösgläubig gewesen, getroffen habe, ohne die von der Beklagten für das Gegenteil erbotenen Beweise erhoben zu haben. Dadurch sei § 286 ZPO verletzt. Auch diese Rüge ist unbegründet.

a) Nach § 1007 Abs. 3 Satz 1 BGB ist der auf früheren Besitz gestützte Herausgabeanspruch ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Die Behauptungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen der böse Glaube zu entnehmen ist, ruht auf dem auf Herausgabe belangten gegenwärtigen Besitzer. Davon geht das Berufungsgericht auch zutreffend aus. Böser Glaube liegt ebenso wie im Falle des § 1007 Abs. 1 BGB vor, wenn der frühere Besitzer beim Erwerb des Besitzes kein Recht zum Besitz gehabt hat und entweder weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, daß ihm ein Recht auf den Besitz nicht zusteht. Als erheblich sieht

hier der Berufungsrichter die Behauptung der Beklagten an, die Arbeitsgemeinschaft habe bei der Verladung der Baugeräte eine ganze Reihe von Lokomotiven und sonstiges Material eigenmächtig zum Versand gebracht, an dem weder der Arbeitsgemeinschaft noch ihren Mitgliedern das Eigentums- oder ein sonstiges Verfügungsrecht zugestanden habe (Bl. 247, 357 GA). Zum Beweise für diese Behauptung hat die Beklagte die eidliche Vernehmung der Inhaber der Klägerinnen beantragt. Der Berufungsrichter, der seine Ausführungen zunächst auf die angeblich dem Kläger zu 3 gehörige Diesel-Lokomotive Marke [REDACTED] Nr. 2816 beschränkt hat, versteht diesen Antrag dahin, daß damit die Behauptung aufgestellt werden solle, daß auch die Lokomotive Nr. 2816 auf die von der Beklagten behauptete Weise in den Besitz der Arbeitsgemeinschaft geraten sei. Dafür habe die Beklagte aber irgend einen Anhaltspunkt nicht angegeben, ihr Antrag komme daher auf einen "Ausforschungsbeweis" hinaus. Der Senat halte aber außerdem das Gegenteil für erwiesen. Die Versandanzeige vom 12. März 1945 bezeichne bei jedem der zahlreichen Geräte sorgfältig, wer Eigentümer sei. Dabei befänden sich nicht nur die Klägerinnen, sondern auch andere Personen, darunter die OT, als Eigentümer vermerkt. Daraus sei zu entnehmen, daß die Lokomotive Nr. 2816, bei der der Kläger zu 3) als Eigentümer angegeben sei, jedenfalls bei der Arbeitsgemeinschaft als von [REDACTED] stammend geführt worden sei. Es wäre nicht verständlich, daß eine solche bestimmte Angabe bei einer Lokomotive gemacht worden wäre, die man "wegen Zeitmangels ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse" gegriffen hätte. Dafür, daß ein Versehen vorgekommen sei oder daß jemand die Lokomotive vermittlels Diebstahls oder eines sonstigen Delikts mitgenommen habe, liege kein Anhaltspunkt vor. Dies habe auch die Beklagte nicht behauptet.

Diese Ausführungen des Berufungsurteils sind auch auf die beiden anderen mit der Klage herausverlangten Maschinen zu beziehen. Das ergibt sich aus der Bemerkung des Berufungsurteils aus Seite 29, daß dieselbe Rechtslage auch bezüglich der beiden anderen, angeblich im Eigentum der Klägerin zu 2) stehenden Lokomotiven bestehe, und daß auch bei ihnen aus denselben Gründen der Anspruch aus § 1007 BGB begründet sei.

b) Die Revision rügt zunächst, daß der in dem Schriftsatz vom 29. Mai 1953 (Bl. 344) angebotene Beweis nicht erhoben worden sei. Sie habe sich auf eine Auskunft der Firma [REDACTED] & Co in Duisburg und die Akten des mit derselben geführten Prozesses zum Beweis für die Richtigkeit ihrer Behauptung bezogen, daß die Firma [REDACTED] & Co behauptet habe, Eigentümerin der Lokomotive Nr. 36082 zu sein, daß sie diese Lokomotive an die Firma [REDACTED] & Co vermietet habe, und daß die Lokomotive der Mieterin bei dem Einsatz in Rußland abhandengekommen sei. Die Erhebung dieses Beweises würde ergeben haben, daß die Lokomotive bei dem Einsatz in Süd-Rußland verloren gegangen sei. Die OT-Einsatzgruppe Rußland-Süd habe den Verlust sämtlichen Geräts bestätigt, einschließlich der hier in Rede stehenden Lokomotive.

Die Revision bezieht sich weiter auf fünf ihr angeblich von der Firma [REDACTED] & Co nach Beendigung der Berufungsinstanz überreichte Urkunden, und zwar

1. ein Schreiben der OT-Einsatzgruppe Rußland-Süd vom 20. März 1943 an die Firma Johann [REDACTED] & Co in Hohenlimburg,
2. eine Bescheinigung der OT-Einsatzgruppe Rußland-Süd vom 6. Oktober 1943 für die Firma [REDACTED] & Co,

3. ein Schreiben der Firma [REDACTED] & Co vom 22. Dezember 1943 an die Firma [REDACTED] & Co,
4. eine Bescheinigung der OT für die Firma [REDACTED] vom 28. März 1944 über den Verlust von Diesellokomotiven, darunter auch der Lok Nr. 36082,
5. eine Nachweisung, unterzeichnet von der Firma [REDACTED] und anerkannt von der Einsatzgruppe Rußland-Süd Einsatz Nikolajew-Dnjepropetrowsk Abwicklungsstelle OBL Stalino, über durch Feindeinwirkung der Firma Johann [REDACTED] & Söhne verloren gegangene angemietete Großgeräte.

Die Revision meint diese Urkunden, zu deren Benutzung sie nachträglich in Stand gesetzt worden sei, seien geeignet, die Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 b ZPO zu begründen, sie seien nach der jetzigen Rechtsprechung auch in der Revisionsinstanz mit dem Ziel der Aufhebung des Berufungsurteils zu berücksichtigen. Wenn diese Beweise erhoben worden wären und die vorgelegten Urkunden berücksichtigt würden, sei hinsichtlich einer Lokomotive der Beweis erbracht, daß die Klägerinnen eigenmächtig ihnen gar nicht gehöriges Material zum Versand gebracht hätten. Der Antrag der Beklagten, die Inhaber der Klägerinnen darüber zu vernehmen, daß Gleiches auch für die beiden anderen Lokomotiven gelte, hätte daher nicht mehr als Ausforschungsbeweis angesehen werden können.

c) In dem Berufungsurteil ist der in dem Schriftsatz der Beklagten vom 29. Mai 1953 (Bl. 344) gestellte Beweisantrag nicht ausdrücklich erörtert. Dieser Schriftsatz ist zwar im Tatbestand des Urteils nicht in Bezug genommen, es wird aber in dem weiteren im Tatbestand erwähnten Schriftsatz der Beklagten vom 5. Juni 1953 (Bl. 357 GA) auf ihn verwiesen. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß die Beklagte mit diesem Schriftsatz auch den Beweisantrag (auf Einholung einer Auskunft der Firma

██████████ & Co und Beiziehung der Akten des Vorprozesses zwischen dieser Firma und der Beklagten) gestellt hat. Durch die Übergehung des Antrags ist die Beklagte aber nicht beschwert. Denn mit ihm hat die Beklagte nicht mehr unter Beweis gestellt als die Tatsache, daß die Lokomotive Nr. 36082 Eigentum der Firma ██████████ & Co gewesen und daß sie ihr abhanden gekommen sei. Würde der Beklagten gelungen sein, diesen Beweis zu erbringen, so hätte die Klägerin zu 2 Eigentümerin der Lokomotive nicht werden können (§ 935 BGB). Darauf kommt es aber im vorliegenden Fall nicht an. Der Anspruch aus § 1007 BGB, der sich ja nicht auf das Eigentum, sondern auf früheren Besitz stützt, ist nur dann nicht gegeben, wenn dargetan ist, daß der frühere Besitzer nicht in gutem Glauben hinsichtlich seines Rechts zum Besitze war. Dazu genügt es aber nicht, wenn die Beklagte behauptet und beweist, daß die Lokomotive der Eigentümerin abhanden gekommen ist. Es hätte vielmehr noch weiter von der Beklagten dargelegt werden müssen, unter welchen Umständen die Maschine in den Besitz der Klägerinnen oder doch der Klägerin zu 2 gelangt ist, und daß daraus zu entnehmen ist, daß sie beim Besitzerwerb nicht gutgläubig waren. Darüber hat sich die Beklagte aber bezüglich der Lokomotive Nr. 36082 nicht ausgelassen. Es ist auch nach den Umständen des Falles nicht auszuschließen, daß die Klägerin zu 2 bzw. alle Klägerinnen im Sinne des § 1007 Abs. 3 BGB gutgläubig waren.

Daran würde sich auch nichts ändern, wenn man die von der Beklagten in dem Revisionsrechtszug überreichten Urkunden berücksichtigt. Es kann dahinstehen, ob im vorliegenden Falle alle die Voraussetzungen erfüllt sind, von denen es nach der Rechtsprechung des Bundesge-

richtshofs abhängt, daß Restitutionsgründe nach § 580 Nr. 7 b ZPO auch in der Revisionsinstanz entgegen der Regel des § 561 ZPO berücksichtigt werden können. Auch diese Urkunden würden zu einem für die Beklagte günstigeren Ergebnis nicht führen können (EGHZ 5, 240 /2507). Sie beziehen sich ebenfalls nur auf den Verlust der Lokomotive Nr. 36082 durch die Firma [REDACTED] & Co bzw. ihre Besitzmittlerin, die Firma Joh. [REDACTED] & Söhne in Hohenlimburg, durch Feindeinwirkung beim Einsatz in Rußland-Süd. Wie die Lokomotive in den Besitz der Klägerin zu 2 oder der Arbeitsgemeinschaft gekommen ist, ergeben diese Urkunden ebenfalls nicht.

Damit entfällt aber die Grundlage für die Rüge der Revision, durch den in der Berufungsinstanz gestellten Beweisantrag hätte im Zusammenhalt mit den jetzt vorgelegten Urkunden der Beweis hinsichtlich der einen Lokomotive erbracht werden können, daß die Klägerinnen eigenmächtig ihnen nicht gehöriges Material zum Versand gebracht hätten, und daß der Antrag auf Vernehmung der Inhaber der Klägerinnen, daß Gleiches auch für den Besitzerwerb der übrigen Lokomotiven gelte, daher nicht mehr als Ausforschungsbeweis hätte zurückgewiesen werden können. Daß auch abgesehen hiervon der Berufungsrichter den Antrag auf eidliche Vernehmung der Inhaber der Klägerinnen zu Unrecht unberücksichtigt gelassen habe, weil es sich um einen Antrag handle, der lediglich Ausforschungszwecken diene (RG Gruch. 65, 495 f; HRR 1940, 619 und Stein-Jonas-Schönke ZPO § 282 Anm. II 1), wird von der Revision nicht beanstandet. Ein Rechtsverstoß ist auch nicht ersichtlich.

Dafür, daß die Klägerinnen eigenmächtig fremdes Baugerät verladen hätten, sind nach der Feststellung des Berufungsgerichts, wenn man von den mit Recht unbeachtet gelassenen Beweisanträgen der Beklagten absieht, Anhaltspunkte nicht ersichtlich. Wollte man dem Antrag auf eidliche Vernehmung der Inhaber der Klägerinnen, wie ihn die Beklagte gestellt hat, stattgeben, so würde das darauf hinauslaufen, daß sich die Klägerinnen über ihr Recht zu dem Besitz, auf den sie ihren Antrag gestützt haben, ausweisen müßten. Das würde aber der durch die Fassung des § 1007 BGB zum Ausdruck gebrachten Verteilung der Beweislast widersprechen. Der frühere Besitzer hat nicht den guten Glauben für sein Recht zum Besitz darzulegen, es ist vielmehr, wie sich aus § 1007 Abs. 3 ergibt, Sache des jetzigen Besitzers, die Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, die ergeben, daß der frühere Besitzer beim Erwerb bösgläubig gewesen ist. Es ist daher aus Rechtsgründen kein Bedenken dagegen zu erheben, daß der Berufungsrichter in dem Antrag der Beklagten einen unzulässigen zu

Ausforschungszwecken gestellten Antrag gesehen hat (RG in Gruch. 65, 495; Stein-Jonas-Schönke ZPO § 282 Bem. III 1).

Aus diesen Gründen war, wie geschehen, die Revision mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Schmidt

Ascher

Raske

Kregel

Scheffler