

1. 1. Hat ein durch die Kriegsverhältnisse Betroffener, nachdem der Gegner Revision eingelegt hat, in seinem Prozeßbevollmächtigten für das Berufungsverfahren noch „einen zur Wahrnehmung seiner Rechte berufenen Vertreter“?

2. Steht demjenigen, der eine Sache unter Eigentumsvorbehalt gekauft und im Besitz hat, gegen den Beschädiger der Sache ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zu?

3. Hat die Reichsbahn für Baustellen an der Bahnstrecke, insbesondere für einen im Bau befindlichen Wegübergang, eine Verkehrssicherungspflicht?

4. Ist das Bemühen eines Schrankenwärters, ein Hindernis auf der Bahnstrecke zu beseitigen und das Auffahren eines Zuges zu verhüten, Ausübung öffentlicher Gewalt oder bürgerlich-rechtliche Betätigung?

5. Ist ein Unfall „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeuges“ geschehen, wenn zwar im Augenblick seines Eintretens die Antriebskraft des Fahrzeuges nicht mehr bestand, aber die verkehrsgefährdende Lage, die den Unfall ermöglichte, noch durch die Bewegung des Fahrzeuges herbeigeführt worden war?

RGW. §§ 455, 823, 831, 839. WeimVerf. Art. 131. ZPO. §§ 249, 554 Abs. 2, § 556 Abs. 1. Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete des bürgerlichen Streitverfahrens usw. vom 1. September 1939 (RGW. I S. 1656) Art. 1 Abs. 1 bis 3. Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung vom 17. Juli 1928 (RGW. II S. 541) — EBBG. — in der Fassung der 6. Verordnung zur Änderung dieser Ordnung vom 20. November 1934 (RGW. II S. 1051) § 18 Abs. 1 und 3, § 46 Abs. 4 und 5, §§ 75, 76, 77 bis 81. RFG. §§ 7, 17.

III. Zivilsenat. Urf. v. 1. Juli 1942 i. S. Deutsche Reichsbahn
(Bekl.) w. M. (Kl.). III 2/42.

I. Landgericht Traunstein.

II. Oberlandesgericht München.

Bei der Ausführung einer Reichsautobahnstrecke wurde im Frühjahr 1938 über die Bahnlinie F.—Bad-N., eine Hauptbahn, nördlich des Bahnhofes B. eine schienengleiche Überfahrt mit Zugangsweg gebaut. Die Ausführung war vom Unternehmen „Reichsautobahnen“ dem Baugeschäft F. W. in M. übertragen worden. Am 2. Mai 1938 war der Überfahrtweg so weit fertiggestellt, daß der Fahrtweg auf der westlichen Seite des Bahnkörpers und auf diesem befahren werden konnte. Auf der anderen (östlichen) Seite war die Aufböschung noch nicht vollendet, der Weg daher noch nicht geh- oder fahrbar. Wo der fertiggestellte Wegteil den Bahnkörper erreichte, stand am südlichen Rande des Weges eine als Bahnposten 6 bezeichnete Bretterhütte. Auf diesem Posten hatte am 2. Mai 1938 nachmittags die Schrankenwärterin A. Dienst zu leisten, die von der Beklagten auf Privatdienstvertrag angestellt war und das bei km 10 stehende Bahnwärterhaus bewohnte. Ihr Dienst bestand in der Bedienung des Trennschalters an der Autobahnunterführung, der Signale der Langsamfahrstrecke und der zwischen B. und der Reichsautobahn befindlichen Bahnshranke. An der nördlichen Seite des Überfahrtwegs und bei der genannten Diensthütte wurde am 2. Mai 1938 im Laufe des Nachmittags von Arbeitern der Streithelferin, der Firma K., der die Beklagte die Herstellung der Beschränkung des Übergangs übertragen hatte, je ein Loch ausgehoben, in das Schrankenposten eingesetzt werden sollten. Bei Beendigung der Arbeitszeit wurden die beiden Löcher mit Brettern abgedeckt. Eine besondere Sicherung des Bahnübergangs fand nicht statt.

Am demselben Tage zwischen 19¹/₄ und 19¹/₂ Uhr fuhr im Auftrage des Klägers, der von der Firma F. W. mit dem Zufahren von Kies an die Baustelle beauftragt war, der Kraftwagenführer E. mit einem Lastkraftwagen des Klägers eine Fuhr (zwei obm) Kies zur Baustelle, um sie dort zur Herstellung der Böschung auf der östlichen Seite des Bahnkörpers abzuladen. Dies bemerkte er in der Weise, daß er den Wagen rückwärts über den fertiggestellten Teil des Zufahrtweges zum Bahnkörper lenkte, um so über den Bahn-

Körper zu gelangen und jenseits den Wagen zu entladen. Während er diese Bewegung des Wagens ausführte, rutschte das rechte Hinterrad ab, nach Behauptung des Klägers in das gegenüber der Bretterhütte befindliche Schrankenpfostenloch, und der Wagen konnte darauf weder vorwärts noch rückwärts bewegt werden. Noch bevor es gelang, den Wagen, dessen Ladebrücke mit dem linken rückwärtigen Teil über die Eisenbahnschienen ragte, aus dieser Lage zu befreien, kam von B. her durch die Unterführung der Reichsautobahn ein von zwei Lokomotiven gezogener Güterzug gefahren, stieß an den rückwärtigen Teil des Lastkraftwagens und schleuderte dessen Ladebrücke zur Seite. Dadurch wurden sowohl die beiden Lokomotiven als auch der Lastkraftwagen beschädigt.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Ersatz des ihm entstandenen und noch entstehenden Schadens. Er stützt seinen Anspruch auf die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über unerlaubte Handlungen (§§ 823ffg.), besonders auf § 839 BGB. in Verbindung mit Art. 131 WeimVerf., und auf Art. 58 des bayerischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 9. Juni 1899 (GVB. Beilage zu Nr. 28). Er erblickt ein Verschulden der Beklagten darin, daß sie die Baustelle nicht genügend gesichert und beaufsichtigt habe, während er ihren Angestellten zur Last legt, daß das Loch, in welches der Kraftwagen abrutschte, nicht kenntlich gemacht worden sei, daß die Schrankenwärterin K. sich von ihrem Posten entfernt und deshalb die Bahnstation B. zu spät von der entstandenen Gefahrenlage in Kenntnis gesetzt habe und daß dem Lokomotivführer des Güterzuges infolge ungenügender Beobachtung der Fahrstrecke das Hindernis und das Warnungszeichen der dem Zug entgegen-eilenden K. entgangen seien. Er beziffert den Schaden auf 2400 RM. Sachschaden am Kraftwagen und auf 9834 RM. Verdienstentgang, da er den Kraftwagen in der Zeit vom 3. Mai 1938 bis 15. Juni 1939 in seinem Lohnfuhrunternehmen nicht habe verwenden können. Dieser Schaden setze sich noch fort, da er nicht in der Lage gewesen sei, sich einen anderen Lastkraftwagen zur Fortführung seines Lohnfuhrunternehmens zu beschaffen, zumal da ihm die Beklagte die dazu erforderliche Geldsumme verweigert habe. Die Klage ist auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 12234 RM. und Feststellung ihrer Ersatzpflicht für allen weiteren, dem Kläger aus dem Unfall noch entstehenden Schaden gerichtet.

Die Beklagte, die außer der Abweisung der Klage widerklagend die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 6751,35 RM. nebst Zinsen erstrebt, bestreitet dessen Sachbefugnis, da er zur Zeit des Unfalls weder Eigentümer des Lastkraftwagens noch Besitzer des Kraftfahrzeugbriefes gewesen sei. Der Verkäufer des Wagens habe sich das Eigentum daran bis zu der noch ausstehenden völligen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten. Sie stellt weiter ihre Verpflichtung zur Sicherung oder Beaufsichtigung des Wegübergangs in Abrede. Zur Zeit des Unfalles sei die Überfahrt mit dem Zugangswege noch im Bau gewesen. Für die Sicherung der Baustelle habe auf Grund einer Vereinbarung mit der Reichsautobahn die Firma J. W. zu sorgen gehabt. Diese habe ihre Auftragnehmer und Arbeiter angewiesen, die Überfahrt nur während der Arbeitszeit, d. i. bis 18 Uhr, zu benutzen. Die Schrankenwärtlerin R. habe mit der Überwachung des Wegübergangs nichts zu tun gehabt. Bei ihrer Tätigkeit sei zudem eine Ausübung öffentlicher Gewalt nicht in Frage gekommen. Im Sinne des § 831 BGB. aber könne die Beklagte sich bei dieser Angestellten entlasten. Der Lokomotivführer habe das Hineintragen des Wagenlastens in das Bahngleis erst auf allernächste Entfernung sehen und den 614 t schweren Güterzug bei der Streckenneigung von 2 vom Tausend nicht mehr vor der Unfallstelle zum Halten bringen können. Ein Verschulden treffe ihn nicht. Auch wegen dieses Bediensteten könne sie sich nach § 831 BGB. entlasten. Die alleinige Schuld am Unfall trage der Kraftwagenführer E., für den der Kläger als Halter des Kraftwagens hafte. E. sei nach Schluß der Arbeitszeit trotz Kenntnis der schwierigen örtlichen Verhältnisse und der zu erwartenden Durchfahrt eines Eisenbahnzuges ohne Begleiter rückwärts statt vorwärts und unvorsichtig gefahren und so mit dem Wagen außerhalb der Fahrbahn des aufgeschütteten Weges in das Loch geraten. Die Kosten der Wiederinstandsetzung der beiden Lokomotiven und die Verminderung der Einnahmen infolge ihrer vorübergehenden Außerbetriebsetzung betragen insgesamt 6751,35 RM.

Der Kläger hat der Firma J. W. und der Firma R., die Beklagte dieser und dem Kraftwagenführer E. den Streit verkündet. Die Firma R. ist zur Unterstützung der Beklagten dem Rechtsstreite beigetreten und hat Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 5000 RM. an den Kläger verurteilt, die Klage im übrigen sowie die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht deren Verurteilung zur Zahlung nur in Höhe von 2479,42 RM. aufrechterhalten; die weitergehende Klage hat es abgewiesen, es auch bei der Abweisung der Widerklage belassen. Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers führten zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

A. Zur Klage.

Zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die der Kläger wegen vermeintlicher Versäumung der Frist zur Einlegung der Anschlußrevision (§ 556 Abs. 1 ZPO.) erbeten hat, besteht kein Anlaß. Der Kläger steht als Kraftfahrer im Einsatz an der Ostfront. Damit ist bei ihm ein Fall des Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 2 und 3 der Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete des bürgerlichen Streitverfahrens usw. vom 1. September 1939 gegeben. Nachdem mit der Einlegung der Revision durch die Beklagte das Verfahren vor dem Berufungsgericht abgeschlossen war, war der Kläger nicht mehr durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten. Denn die Wirkung der Bestellung seiner Prozeßbevollmächtigten für das Berufungsverfahren war beendet. Die erste der Ausnahmen von der Unterbrechung des Verfahrens nach Art. 1 Abs. 1 der Verordnung, die Abs. 3 das vorsieht, lag nicht vor. Aber auch der zweite dort bestimmte Ausnahmefall, das Vorhandensein eines zur Wahrnehmung der Rechte berufenen Vertreters, war nicht gegeben. Der Kläger hatte keinen Vertreter im Sinne dieser Bestimmung. Als Vertreter ist eine Person anzusehen, die kraft Gesetzes oder auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Betroffenen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 der Verordnung zur Wahrnehmung seiner Rechte berufen ist. Eine solche ist der Prozeßbevollmächtigte im Berufungsverfahren, nachdem die Wirkung der Bestellung mit der Einlegung der Revision beendet ist, ohne eine Willensäußerung des Betroffenen, durch ihn weiter seine Rechte wahrnehmen zu lassen, nicht. Daß der Kläger seine Prozeßbevollmächtigten im Berufungsverfahren in dieser Weise zu Vertretern bestellt habe, ist nicht ersichtlich. Daraus, daß sie sich noch fürsorglich bemühten, mit ihm

die Frage der Einlegung der Anschlußrevision zu klären, ist keine solche Bestellung zu folgern.

Mit der Einlegung der Revision war daher das Verfahren nach Art. 1 der Verordnung unterbrochen. Fristen liefen von diesem Zeitpunkt an für den Kläger nicht mehr (§ 249 Abs. 1 ZPO.), insbesondere nicht die Frist zur Einlegung der Anschlußrevision. Diese Frist hat er daher nicht versäumt.

Auch für die Revisionsbegründung der Beklagten kommt keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zu ihrer Einreichung (§ 554 Abs. 2 ZPO.) in Frage. Die Revisionsbegründung entbehrt nicht etwa deshalb der Wirksamkeit, weil sie während der Unterbrechung des Verfahrens beim Gericht eingegangen ist. Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ist nur, daß sie vor dem Ende der Begründungsfrist eingereicht wird. Das ist vorliegend der Fall. Die die Unterbrechung des Verfahrens herbeiführende Revision setzte diese Frist nicht in Lauf; vielmehr begann sie erst mit der Beendigung der Unterbrechung durch die Zustellung der Anschlußrevision zu laufen. Zu dieser Zeit lag die Revisionsbegründungsschrift vor; daß sie schon vor dem Laufe der Begründungsfrist während der Unterbrechung des Verfahrens beim Gericht eingereicht worden war, ist für die Wirksamkeit unschädlich. Die Revisionsbegründungsfrist ist daher von der Beklagten nicht versäumt worden.

Gegen die Sachbefugnis des Klägers sind keine Rechtsbedenken zu erheben. Er war zwar noch nicht Eigentümer des beschädigten Lastkraftwagens; aber er hatte daran vom Eigentümer den Besitz, das Recht zum Gebrauch und zur Nutzung sowie die Anwartschaft auf das Eigentum (§ 455 BGB.) erhalten; auch war die Gefahr nach § 446 BGB. auf ihn übergegangen (RGZ. Bd. 85 S. 320). Damit hatte er zum Wagen eine Rechtsstellung gewonnen, die als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. anzusehen ist. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist anerkannt, daß z. B. die Verletzung des Miet- oder Pachtbesizes an einer Sache als eines „sonstigen Rechts“ einen Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. und, mit Rücksicht auf den Besitzschutz des § 858 BGB., auch aus § 823 Abs. 2 begründen kann (RGZ. Bd. 59 S. 326, Bd. 105 S. 213 [218]; vgl. auch RGZ. Bd. 91 S. 60 [65], Bd. 102 S. 344 [347]). Dasselbe hat von der Verletzung des aufstrebend be-

dingen Eigentums an einer Sache und des Besitzes an ihr, verbunden mit dem Rechte zum Gebrauch und zur Nutzung, zu gelten. Das Recht des Betroffenen zur Geltendmachung des Schadens ist hier, soweit die Beschädigung der Sache in Frage kommt, auch aus dem in RGZ. Bd. 93 S. 39 (40/41) ausgesprochenen Rechtsgedanken herzuleiten, daß derjenige, der einem anderen gegenüber zur Obhut über eine Sache vertraglich verpflichtet ist, den diesem durch die Beschädigung der Sache verursachten Schaden selbst geltend machen kann, weil seine Belange und die des Sacheigentümers, dem er haftbar ist, miteinander verknüpft sind. Das Berufungsgericht stellt in dieser Richtung zudem noch fest, daß der Eigentümer des Wagens W. mit der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs durch den Kläger gegen die Beklagte einverstanden sei.

Zutreffend hat das Berufungsgericht das Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 (RGBl. S. 207), geltend in der Fassung des Art. 42 GG. z. BGB. und des Gesetzes zur Änderung dieses Gesetzes vom 8. Juli 1923 (RGBl. I S. 615), für die Beurteilung ausgeschieden, weil es keine Haftung für Sachschaden kennt. Das Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen und Straßenbahnen für Sachschaden vom 29. April 1940 (RGBl. I S. 691), das am 1. April 1940 in Kraft getreten ist und für die vorher eingetretenen Schadensfälle die bis dahin geltenden Vorschriften für maßgebend erklärt (§ 12 Abs. 1 daf.), war ebenfalls auf den aus dem Jahre 1938 stammenden Klageanspruch nicht anwendbar. Die Vorschrift des Art. 58 des bayerischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch kann, wie im Urteil weiter zutreffend ausgeführt ist, deshalb nicht zur Grundlage für den Klageanspruch dienen, weil der im Bau befindliche schienengleiche Wegübergang zu jener Zeit überhaupt noch keine Straße darstellte, auch nach seiner Fertigstellung keine öffentliche Straße, sondern ein Privatweg war.

Mit Recht ist ferner die Haftung der beklagten Reichsbahn für den Schaden verneint worden, den etwa Beamte, Angestellte oder sonstige für das Unternehmen „Reichsautobahnen“ tätige Personen oder Unternehmen bei der Herstellung des Wegübergangs dem Kläger schuldhafterweise zugefügt haben. Hierzu ist auf das Urteil III 69/41 des erkennenden Senats vom 4. Februar 1942 zu verweisen (in dem hier in Betracht kommenden Teil abgedr. in RGZ. Bd. 168 S. 361).

Frei von Rechtsirrtum sind auch die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht eine Haftung der Reichsbahn für schuldhafte Schädigungen Dritter abgelehnt hat, die etwa durch Arbeiter oder Angestellte der Firma R. bei der Ausführung des Schrankenbaues herbeigeführt worden sind. Es hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 86 S. 424 [432]; JW. 1910 S. 747 Nr. 4 und öfter) ausgeführt, daß die Firma als selbständige Unternehmerin für die ihr übertragene Arbeit nicht zur Verrichtung im Sinne des § 831 BGB. bestellt gewesen sei. Eine Haftung der Beklagten ist auch nicht daraus herzuleiten, daß sie der Firma die Arbeiter für die Herstellung der Schrankenanlage zur Verfügung gestellt hatte. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Arbeiter dem Nichtmeister S., dem von der Firma die Leitung des Schrankenbaues übertragen worden sei, unterstellt gewesen seien und seinen Weisungen hätten folgen müssen, und es schließt daraus zutreffend, daß für die Verhütung einer Schädigung Dritter bei Ausführung der Arbeiten S. und damit nach § 831 BGB. die Firma R., nicht die Beklagte, verantwortlich gewesen seien.

Soweit die Schrankenwärterin R. in Betracht kommt, ist ihr eigentlicher Tätigkeitsbereich, „die Bedienung des Trennschalters an der Unterführung der Reichsautobahn, der Signale der Langsamfahrstrecke und der beim Bahnwärterhause befindlichen Bahnschranke, ferner die Beleuchtung der Signallampen auf der Strecke der Durchfahrt der Bahn durch das Baugelände der Autobahn“, für den Rechtsstreit ohne Belang, da ihr eine Pflichtverletzung in der Wahrnehmung dieses Dienstes nicht zur Last gelegt wird. Gemäß der ihr als Schrankenwärterin allgemein obliegenden Pflicht, in ihrem Bereiche für die Sicherung des Bahnbetriebes zu sorgen, gehörte es aber, als sie vom Einsinken des Lastkraftwagens Kenntnis erlangt hatte, zu ihrer Dienstpflicht, dafür zu sorgen, daß ein Zusammenstoß zwischen dem Zug und dem Lastkraftwagen verhütet werde. Offenbar in der Erkenntnis dieser Pflicht hat sie denn auch die Benachrichtigung der Bahnstation B. von der entstandenen Gefahrenlage, die S. einem gewissen Einz. aufgetragen hatte, selbst übernommen. Durch die Übernahme dieser Besorgung war sie noch besonders zur sachgemäßen Ausführung der Benachrichtigung verpflichtet.

Hierbei wurde sie indes nicht, wie der Kläger meint und auch in der Anschlußrevision noch vertritt, als Bahnpolizeibeamtin tätig,

deren schuldhafte Säumnis ihm einen Anspruch aus Art. 131 WeimVerf. in Verbindung mit § 839 BGB. gegeben hätte. Zwar ist die Schrankenwärtlerin nach § 74 Abs. 1 in Verbindung mit § 45 Abs. 1 Nr. 8 EBBD. zugleich Eisenbahnpolizeibeamtin und kann als solche die in den §§ 75, 76 das. bestimmten bahnpolizeilichen Befugnisse ausüben. Die Aufgabe der Bahnpolizei erschöpft sich aber in der Durchsetzung der Bestimmungen zur Sicherung des Bahnverkehrs gegenüber Dritten (§§ 77 bis 81 EBBD.), nötigenfalls durch Ausübung von Zwang und durch Abwehr von Zuwiderhandlungen gegen Bahnpolizeivorschriften oder sonstigen verkehrsgefährdenden Einwirkungen auf den Eisenbahnverkehr. Eine solche polizeiliche Maßnahme war die Selbsteinschaltung der R. in die Benachrichtigung der Bahnstation B. nicht. Einen polizeilichen Zwang hat sie auf Erz. oder E. nicht ausgeübt, wenn sie ihnen die Benachrichtigung der Bahnstation B. abnahm, und die Abwehr einer Zuwiderhandlung E.s gegen bahnpolizeiliche Vorschriften kam, nachdem der Kraftwagen eingesunken und bewegungslos geworden war, nicht in Frage. Die Ausübung staatshoheitlicher Fürsorge, die allerdings eine Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 131 WeimVerf. in der Regel in sich schließt (RGZ. Bd. 91 S. 273/274, Bd. 121 S. 254 [256], Bd. 129 S. 303 [306]) und auf welche sich die Anschließrevision im Hinblick auf eine Fürsorge für den mit dem Lastkraftwagen gefährdeten E. beruft, gehört dagegen nicht zum Inhalte der Bahnpolizeigewalt. Die Bahnpolizei hat die in der Eisenbahn-Bau-und-Betriebsordnung (§§ 75 flg.) näher umrissenen, besonderen Aufgaben und nimmt insofern eine Sonderstellung gegenüber der allgemeinen Polizei ein, die gegebenenfalls auch durch Fürsorge für die betroffenen Volkskreise die ihr obliegenden Aufgaben durchzuführen hat.

Jenes Tätigwerden der R. bei der Meldung an die Bahnstation B. geschah vielmehr in Ausübung ihres Dienstes als Eisenbahnbetriebsbeamtin und diente vor allem der Sicherung des Eisenbahnbetriebs, wie sie ihr oblag. Demgemäß war es aber nach der in RGZ. Bd. 162 S. 364 näher begründeten Rechtsauffassung, die im Urteil III 148/39 des erkennenden Senats vom 18. Oktober 1940 (DR. Ausg. A 1941 S. 666 Nr. 30) gebilligt worden und auch gegenüber den im Schrifttum erhobenen Bedenken aufrechtzuerhalten ist, nach den Vorschriften über den bürgerlichrechtlichen Geschäftsverkehr (§§ 823 flg. BGB.) zu

beurteilen. Denn die Melbung bezweckte neben der Vermeidung der Gefährdung des Zugverkehrs zugleich die Verhütung einer Gefährdung des E. und des Lastkraftwagens. Die bürgerlichrechtliche Verkehrssicherungspflicht schließt die Pflicht in sich, dafür zu sorgen, daß Dritte durch einen Betrieb nicht zu Schaden kommen.

Die Benachrichtigung der Bahnstation B. lag damit auch, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, im Rahmen der Dienstverrichtung im Sinne des § 831 BGB., zu der die R. von der Beklagten bestellt worden war. Da die Anwendung dieser Bestimmung nur eine an sich widerrechtliche Schadenszufügung in Ausführung der Verrichtung voraussetzt, wäre zunächst zu prüfen, ob und inwiefern eine solche Schädigung des Klägers durch die R. vorliegt; bejahendenfalls wäre zum Entlastungsbeweis aus § 831 Abs. 1 Satz 2 Stellung zu nehmen, den die Beklagte für diese angetreten hat. Das wird Aufgabe des Berufungsgerichts in der, wie noch darzulegen ist, notwendig werdenden neuen Verhandlung sein. Die kurze Bemerkung im angefochtenen Urteil, die Beklagte könne sich wegen der R. entlasten, enthält keine sachliche Bescheidung dieses Einwandes. Auf den bezeichneten Haftungsgrund kommt es aber für den Klageanspruch an, weil, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, eine Haftung der Beklagten auf eine andere gesetzliche Bestimmung nicht zu gründen ist. Ergäbe sich allerdings bei dieser Prüfung, daß sich die R., etwa infolge ungenügender Unterrichtung durch die Beklagte über ihre Aufgaben, bei der Benachrichtigung der Bahnstation B. unsachgemäß verhalten und deshalb die Nachricht zu spät übermittelt hätte, so würde die Beklagte weiter gemäß § 823 in Verbindung mit §§ 31, 89 BGB. haften, womit zugleich der Entlastungsbeweis aus § 831 Abs. 1 Satz 2 seine Bedeutung verlöre.

Die Unwendbarkeit des § 831 BGB., soweit die Tätigkeit des Bahnbediensteten B. in Frage kommt, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint, weil dieser, wie es feststellt, nur die Aufgabe hatte, die beim Schrankenbau beschäftigten Arbeiter vor einer Gefährdung durch den Eisenbahnbetrieb zu sichern, und weil mit Beendigung der Arbeitszeit auch sein Dienst dort beendet war.

Der Dienst des Lokomotivführers ist rechtlich nicht anders zu beurteilen als der des Schrankenwärters; auch er vollzieht sich im Rahmen des bürgerlichrechtlichen Verkehrs. Davon geht auch das Berufungsgericht stillschweigend aus, und es erachtet zutreffend § 831

BGB. auf die Tätigkeit des Lokomotivführers M. für anwendbar. Die danach vorausgesetzte, an sich widerrechtliche Schädigung des Klägers durch ihn erblickt es mit Recht in der Herbeiführung des Zusammenstoßes des Zuges mit dem Lastkraftwagen des Klägers. Von der Erhebung des von der Beklagten angetretenen Entlastungsbeweises für M. aus § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. glaubt es absehen zu können, weil es aus anderen Gründen zu einer Haftung der Beklagten für den Schaden des Klägers gelangt. Da diese Haftung jedoch nicht gegeben ist, kommt es auch hier auf den Entlastungsbeweis an, es sei denn, daß eine Haftung der Beklagten schon aus dem Verhalten der A. herzuleiten wäre.

Das Berufungsgericht hat die Haftung der Beklagten aus der Verletzung ihrer Aufsichtspflicht über die Baustelle an der Wegüberführung nach § 46 Abs. 4 EOB. in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB. und aus der Verletzung der allgemeinen, sich aus § 823 Abs. 1 und § 826 BGB. ergebenden Verkehrssicherungspflicht für die Baustelle gefolgert. Gegen die Annahme des ersten Haftungsgrundes wendet sich die Revision mit Recht. Sie verweist darauf, daß § 46 Abs. 4 EOB. durch die 6. Verordnung zur Änderung der EOB. vom 20. November 1934 (RGBl. II S. 1051) eine andere Fassung erhalten habe, die zur Zeit des Unfalls maßgebend gewesen sei. Die Bestimmung lautet danach statt, wie bisher, „Gefahrdrohende Stellen . . .“: „Gefährdete Stellen der Bahnanlagen sind während der Dauer des Betriebes zu beaufsichtigen“. Durch diese Fassung ist klargestellt, daß die Bestimmung nur den Schutz der Bahnanlagen, nicht dagegen den Schutz des bahnfremden Verkehrs oder bahnfremden Eigentums bezweckt, zu deren Schutz u. a. die Vorschriften des § 46 Abs. 5 bis 10, des § 18 und der §§ 77 bis 81 EOB. dienen. Im Falle des § 46 Abs. 4 muß es sich um Verhältnisse handeln, welche die Bahnanlagen, das sind nach § 6 EOB. die zum Bau und Betrieb einer Bahn erforderlichen Anlagen der freien Strecke, der Bahnhöfe und sonstigen Bahnanlagen mit Ausnahme der Fahrzeuge, gefährden. Eine solche Gefährdung der Bahnanlage kann etwa auf Einwirkung von Naturereignissen (Damm- oder Berggrutschen, Hochwasser usw.) beruhen; sie kommt hingegen bei einem Verhalten bahnfremder Verkehrsteilnehmer nicht in Frage, mögen diese mit ihren Fahrzeugen auch die Fahrzeuge der Bahn gefährden können. § 46 Abs. 4 EOB. hat hiernach für die Beurteilung auszuscheiden.

Das Urteil beruht, soweit es diese Bestimmung für anwendbar erachtet und darauf die Beurteilung der Beklagten gestützt hat, auf einem Rechtsirrtum.

Die sich auf Wegübergänge beziehenden Bestimmungen der Bau- und Betriebsordnung, so besonders die des § 46 Abs. 5, die ebenfalls durch die Verordnung vom 20. November 1934 eine neue Fassung erhalten hat und nach der Wegübergänge bewacht werden müssen, soweit in den folgenden Bestimmungen keine Ausnahmen davon vorgesehen sind, hat das Berufungsgericht hier zutreffend für nicht anwendbar erklärt, weil der erst im Bau befindliche Wegübergang noch kein solcher im Sinne dieser Bestimmung war. Die Vorschrift des § 18 Abs. 1 EOB., die das Berufungsgericht zur Auslegung und Anwendung des § 46 Abs. 4 EOB. mit verwertet hat, kann, wie noch bemerkt sei, ebenfalls keine Anwendung finden. Nach ihr sind Einfriedigungen zwischen der Bahn und ihrer Umgebung anzulegen, wo die Gestaltung der Bahn oder die gewöhnliche Bahnbewachung (§ 46 Abs. 5) nicht hinreichend erscheint, um vom Betreten des Bahnkörpers abzuhalten. Dabei sind, wie die Revision mit Recht hervorhebt, fertige, bleibende Bahnanlagen vorausgesetzt, bei denen allein Einfriedigungen, d. h. dauernde Hindernisse, die geeignet sind, Unbefugte von dem Betreten der Bahn abzuhalten, in Frage kommen können. Bei einer einem vorübergehenden Zwecke dienenden Baustelle, die, wie im gegebenen Falle, den Bahnkörper mit berührt, verbietet sich die Herstellung solcher Einfriedigungen von selbst. Daß die Beklagte, wie das Berufungsgericht noch erwägt, verpflichtet gewesen wäre, an der Seite des Bahnkörpers, auf welcher der Wegübergang fertiggestellt war, bis zu seiner vollen Fertigstellung und bis zur Herstellung der Schrankenanlage zum Schutze bahnfremder Verkehrsteilnehmer eine Behelfsschranke anzubringen oder wenigstens eine Warnungstafel mit dem Verbote des Betretens des Bahnkörpers aufzustellen, ist jedenfalls aus § 18 Abs. 1 oder Abs. 3 EOB. nicht zu folgern. In der Beurteilung des § 18 Abs. 1 und 3 beruht das Urteil hiernach ebenfalls auf einem Rechtsirrtum. Der vorliegende Fall ist in seinem Wesenskern anderer Art als der in RGZ. Bd. 144 S. 67 behandelte, wo es sich um einen fertigen Wegübergang handelte. Die dort vom Reichsgericht ausgesprochenen Rechtsgedanken können daher hier nicht verwertet werden.

Das Berufungsgericht hat weiter eine Sicherungspflicht der Be-

klagten aus der mit ihrem Einverständnis geschaffenen Gefahrenlage in Gestalt des im Bau befindlichen Wegübergangs gefolgert, die einen Schutz des Verkehrs gegen die vom Bahnbetrieb ausgehenden Gefahren bedingt habe. Es beruft sich auf das Urteil des Reichsgerichts in RGZ. Bd. 163 S. 21 (26), in dem ausgesprochen ist, daß derjenige, der — wenn auch unwissend — eine Gefahr für den allgemeinen Verkehr gesetzt hat, sobald er die Gefahr erkennt, zu ihrer Abwendung alles tun muß, was ihm den Umständen nach zugemutet werden kann, und daß eine schuldhaftige Unterlassung in dieser Richtung ihn gegebenenfalls nach § 823 Abs. 1 und § 826 BGB. Schadensersatzpflichtig macht. Ob indes eine solche Verpflichtung der Beklagten zur Sicherung des Verkehrs vor der in der Baustelle verkörperten Gefahr etwa deshalb anzuerkennen wäre, weil der eine (westliche) Teil des Wegübergangs fertiggestellt war und zumal mit der Örtlichkeit nicht vertraute Personen zur Benutzung verleiten konnte, kann für den gegenwärtigen Fall dahingestellt bleiben. Denn es hätte sich — neben dem Sicherheitsposten während der Arbeitszeit — nur um die Anbringung einer Warnungstafel oder einer Behelfsschranke handeln können; eine feste Einfriedigung der Baustelle konnte, wie ausgeführt, nicht vorgenommen werden. Diese Sicherheitsmaßnahmen hätten aber für den Führer des Lastkraftwagens, C., nichts anderes bedeutet als das Verbot, die Baustelle nach der Beendigung der Arbeitszeit zu betreten oder mit seinem Wagen zu befahren. C. mußte, wie das Berufungsgericht feststellt, ohnehin, daß dies verboten war, und eine Behelfsschranke hätte ihn gleichfalls nicht daran gehindert, den Kieß, wie beabsichtigt, noch am Abend abzuladen. Danach würde es an der Ursächlichkeit solcher Unterlassung für den Schaden des Klägers fehlen. Das Verlangen einer besonderen Bewachung der Baustelle nach Schluß der Arbeiten, die das Berufungsgericht in Erwägung zieht, etwa durch die Schrankenwärterin R., würde eine Überspannung der an die Sorgfaltspflicht der Beklagten zu stellenden Anforderungen bedeuten.

Die nach Meinung des Berufungsgerichts den Klageanspruch rechtfertigenden Gründe können demnach das Urteil nicht tragen. Es muß deshalb auf die vorher erörterten, vom Berufungsgericht zurückgestellten Klagegründe eingegangen werden. Die gegebenenfalls notwendig werdende Schadensausgleichung zwischen den Parteien ist unten zu C. noch zu erörtern.

B. Zur Widerklage.

Das Berufungsgericht hat den Widerklageanspruch nur an Hand der Bestimmung des § 7 RFG. beurteilt, den Haftungsgrund aus §§ 823 flg., § 831 BGB. dabei aber außer Betracht gelassen, weil der unter Berücksichtigung des Schadensausgleichs zu ersetzende Schaden der Beklagten sich im Rahmen des im § 12 Abs. 1 Nr. 3 RFG. auf 5000 RM. begrenzten Betrags halte. Dagegen wendet sich die Revision mit dem Hinweise darauf, der Kläger sei aus §§ 823 flg., § 831 BGB. für den Schaden der Beklagten in Anspruch genommen worden, er hafte insofern unbeschränkt und der Schaden übersteige den Betrag von 5000 RM.

Von dem mit der Widerklage geltend gemachten Schaden hat das Berufungsgericht der Beklagten den entgangenen Gewinn aberkannt, den sie dadurch erlitten haben will, daß die beiden beschädigten Lokomotiven während der Dauer ihrer Wiederinstandsetzung nicht hätten verwendet werden können. Es hat erwogen, die Beklagte habe während jener Zeit Reservelokomotiven als Ersatz für die beiden ausgefallenen Lokomotiven eingestellt, die im anderen Fall unverwendet in Bereitschaft gehalten worden wären. Die Beklagte habe auch nicht behaupten können oder behauptet, daß infolge des Ausfalls der Lokomotiven weniger Züge befördert worden seien oder daß die Reservelokomotiven wegen ihrer Verwendung als Ersatz anderweitig nicht hätten eingesetzt werden können, so daß sie dadurch einen Ausfall an Einnahmen erlitten habe. Nur wenn das der Fall gewesen wäre, hätte die Beklagte insoweit einen Schaden erlitten.

Die Revision wendet gegenüber diesen Ausführungen ein, sie beruhten auf falschen Voraussetzungen. In Zeiten wirtschaftlichen Aufstiegs, wie im Jahre 1938, widerspreche es der Erfahrung und stehe es nicht mit den für den Reichsbahnbetrieb maßgebenden Grundsätzen der Wirtschaftsführung im Einklang, Reservelokomotiven unverwendet in Bereitschaft zu halten; das sei auch zur Zeit des Unfalls beim Betriebswerk in F. nicht geschehen. Schon im Jahre 1938 habe — auch infolge der Eingliederung der Ostmark in das Altreich und der dadurch gesteigerten Anforderungen an die Reichsbahn — ein starker Mangel an Lokomotiven geherrscht, der zu einer unerwünschten Drosselung des Sonderzugverkehrs geführt habe. Daher habe der Ausfall einer Lokomotive zwangsläufig den Sonderzugverkehr und damit die Einnahmen der Reichsbahn vermindern müssen,

und der Ausfall jener beiden Lokomotiven habe in der Tat den zur Durchführung des Sonderzugverkehrs dringend notwendigen Bestand an Bereitschaftsmaschinen verringert und die bereits bestehende Minderung des Sonderzugverkehrs und der Einnahmen daraus verschärft. Diese Tatsachen, die jedem mit den Verhältnissen vertrauten und im Betriebe stehenden Eisenbahner bekannt seien, seien auch durch die im angefochtenen Urteil unberücksichtigt gebliebene Aussage des Zeugen S. bestätigt worden. Die Revision rügt die Übergehung dieser Aussage (§ 286 ZPO.) und die Unterlassung der Ausübung des Fragerechts (§ 139 ZPO.), wenn das Gericht Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen gehabt oder die Ausführungen der Beklagten über ihren Schaden aus Verdienstentgang für nicht genügend und der Ergänzung oder weiteren Beweises bedürftig gehalten habe.

Die Rüge ist begründet. Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt und ein für die Beurteilung wesentliches Beweismittel nicht verwertet. Dieser Mangel muß daher zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache auch insoweit führen, als darin über die Widerklage erkannt ist. Bei der neuen Prüfung wird, wenn sich ein höherer Schaden der Beklagten als der in § 12 Abs. 1 Nr. 3 RFG. festgesetzte Höchstbetrag von 5000 RM. ergeben sollte, auch die Haftung des Klägers für den Schaden aus § 823 und § 831 BGB. zu berücksichtigen sein.

Eine Haftung auf Grund des § 823 BGB. könnte im Vorhandensein eines Fehlers am Lastkraftwagen begründet sein, auf den es zurückzuführen wäre, daß beim Versuch E., den eingesunkenen Wagen wieder in Gang zu bringen, die Saugluftleitung abriß und der Wagen bewegungslos wurde. Das Berufungsgericht nimmt bei seiner Prüfung unter dem Gesichtspunkte der Haftung aus § 7 RFG. einen solchen Fehler an. Bei dem Haftungsgrunde des § 823 BGB. wäre aber noch zu prüfen, ob dem Kläger die Unkenntnis dieses Fehlers und damit die Benutzung des schadhafte Wagens als Verschulden anzurechnen sei.

Bei der Haftung des Klägers aus § 831 BGB. für seinen Kraftfahrer E., der die nach dieser Bestimmung vorausgesetzte, an sich rechtswidrige Schadenszufügung dadurch verursacht hat, daß er den Wagen durch die Art seines Fahrens in eine den Eisenbahnverkehr störende Lage gebracht und dadurch die Ursache für den Zusammenstoß

gesetzt hat, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu dem vom Kläger angetretenen Entlastungsbeweise nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. Stellung zu nehmen haben.

Bei Erörterung der Haftung des Klägers aus § 7 RFG. geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß der Zusammenstoß zwischen dem Zug und dem Lastkraftwagen beim Betriebe des Wagens im Sinne des § 7 RFG. stattgefunden hat. Zwar konnte der Wagen zur Zeit des Zusammenstoßes nach dem Abreißen der Saugluftleitung mit eigener Kraft nicht mehr bewegt werden; aber er war von E. bis zur Unfallstelle gefahren worden, wo er dergestalt einsank, daß er mit dem rückwärtigen linken Aufbau in den Eisenbahnkörper hineintragte. Damit war beim Betriebe des Wagens die fortwirkende Ursache zum Zusammenstoß gesetzt worden. Solchenfalls ist der Unfall als beim Betriebe des Kraftfahrzeuges geschehen anzusehen. Daß noch im Augenblick des schädigenden Ereignisses die Antriebskraft auf die Bewegung des Wagens wirken kann, ist bei dieser Sachlage nicht erforderlich. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den in RGZ. Bd. 122 S. 270 und Bd. 132 S. 262 behandelten insofern, als hier die Schadensursache durch den Kraftwagen gesetzt wurde, als er noch seiner Antriebskraft unterstand. Aus jenen beiden Urteilen ist daher gegen die hier vertretene Auffassung nichts zu entnehmen.

Den Entlastungsbeweis aus § 7 Abs. 2 RFG. erklärt das Berufungsgericht für nicht erbringbar, weil E. das Baugelände unbefugterweise nach Schluß der Arbeitszeit befahren und durch die Art der Rückwärtssteuerung des Wagens den Zusammenstoß schuldhaft herbeigeführt habe und weil der Wagen mit einem Fehler behaftet gewesen sei. Es begegnet keinem Rechtsbedenken, schon darin ein Verschulden E.s zu sehen, daß er, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, bewußt verbotswidrig die Baustelle nach Beendigung der Arbeitszeit, wenn auch zum Abladen des Kieses, befahren hat. Er verstieß damit gegen das in § 78 EBBW. aufgestellte Verbot, die Bahnanlagen der freien Strecke zu betreten. Ohne Rechtsirrtum verlangt das Berufungsgericht weiter, daß E., wenn er ungeachtet dessen den Wagen rückwärts zur Baustelle hin bewegte, dabei besondere Vorsicht anzuwenden hatte, zumal weil er wegen des Schrankenbaues mit einer Veränderung des Baugeländes und so auch des Weges rechnen mußte. Es erscheint nach den Umständen nicht als eine Überspannung der Anforderungen an seine Sorgfalt, wenn verlangt wird, daß er sich, bevor er den

Wagen rückwärts zur Baustelle lenkte, über die Beschaffenheit des Weges und die Fahrmöglichkeit unterrichtete. Daß bei dieser Bewegung des Wagens ein Beifahrer habe zugezogen werden müssen, nimmt das Berufungsgericht nicht an. Es vertritt nur die Auffassung, daß die Zeugen Gnz. und L. jedenfalls einen sachverständigen Beifahrer nicht hätten ersetzen und ihre Heranziehung den E. in seiner eigenen Sorgfaltspflicht nicht hätte entlasten können. Von seiner Verantwortlichkeit kann sich dieser auch nicht durch den Hinweis darauf befreien, er habe auf Weisung der Firma F. W. den Kies noch am Abend an der Baustelle abladen müssen.

Ungeachtet des Abreißen der Saugluftleitung nimmt das Berufungsgericht in tattrichterlicher Würdigung einen Fehler in der Beschaffenheit des Lastkraftwagens oder zum mindesten ein Versagen seiner Vorrichtungen an. Die Anschlussrevision erhebt das Bedenken, daß durch das Einsinken des Lastkraftwagens und die dadurch verursachte Verdrehung des Fahrgestells eine Beschädigung der Saugluftleitung hervorgerufen worden sein könne, was der Sachverständige nicht beachtet habe. Sie vermißt eine Klärung sowohl dieser Frage als auch der weiteren, ob der Wagen wegen Aufstehens des Differentials auf dem Boden nach dem Einsinken überhaupt noch mit eigener Kraft aus der Vertiefung hätte herausgebracht werden können, auch wenn die Saugluftleitung nicht abgerissen wäre. Diese Fragen, deren Beantwortung wegen der Ursächlichkeit des Fehlers des Wagens für den Unfall und wegen des Schadens der Beklagten von Bedeutung wäre, mögen gegebenenfalls in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht geklärt werden.

C. Zur Schadensausgleichung.

Sofern auch nach der neuen Prüfung des Klageanspruchs unter den bezeichneten Gesichtspunkten die Haftung der Beklagten für den Schaden des Klägers aus dem Zusammenstoß zu bejahen wäre, hätte zwischen den Parteien, die dann beide für den Schaden verantwortlich wären, eine Schadensausgleichung stattzufinden. Für diese ist § 17 RRG. anzuwenden (RGZ. Bd. 90 S. 290 [294], Bd. 142 S. 356 [360]; JW. 1933 S. 832 Nr. 7). Sie hat sich in erster Reihe nach dem Maße der Verursachung zu richten. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die zur Entstehung oder Vergrößerung des Schadens beigetragen haben. Dazu gehört auch das etwaige schuldhafte Verhalten der einen oder anderen Partei oder der Personen, die bei der Herbei-

führung des Schadensfalles für sie gehandelt haben (RGZ. Bd. 140 S. 386 [392], Bd. 142 S. 356 [368]; JW. 1931 S. 3306 Nr. 1). Danach kommt für die Schadensausgleichung in Betracht: auf seiten der Beklagten die vom Zug ausgehende Betriebsgefahr, ein etwaiges Verschulden der Organe der Beklagten, das in einer unzureichenden Unterrichtung der K. über ihre Dienstpflichten als Schrankenwärterin zu sehen wäre, gegebenenfalls ein schuldhaftes Verhalten der K. und des M. bei ihrer Tätigkeit; auf seiten des Klägers die vom Kraftwagen ausgehende Betriebsgefahr, ein etwaiges Verschulden des Klägers bei der Verwendung eines mit einem Fehler behafteten Wagens und schuldhaftes Verhalten des E. Diese Ausgleichung vorzunehmen, ist Aufgabe des Tatsachentrichters. Dabei ist noch darauf hinzuweisen, daß die Abwägung erst nach Klärung aller in Betracht kommenden Umstände stattfinden kann und daß dabei Unterstellungen hinsichtlich des Verschuldens einer Partei oder ihrer Verrichtungsgehilfen, wie sie das angefochtene Urteil enthält, nicht zulässig sind (RGZ. Bd. 131 S. 119 [125] mit Anführungen).