

2498 036 46

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: DGB § 839; Preussisches Polizeiverwaltungs-
gesetz (PVG) vom 1. Juni 1931, § 14.

Rechtssatz: Liegt ein gefährdender Zustand im Sinne des
§ 14 PVG vor, so ist die Polizei zwar zum Ein-
schreiten berechtigt, aber nicht in jedem Falle
auch zum Einschreiten verpflichtet. Auch wenn
man die Abgrenzung zwischen dem Recht und der
Pflicht zum Einschreiten als Rechtsfrage und
nicht als Ermessensfrage ansieht, liegt also
nicht schon in jedem Fall des Nichteinschreitens
eine Amtspflichtverletzung vor.

Aktenzeichen: III ZR 181/51

Urt. des DGH. v. 11. Juni 1952

OLG. Koblenz

46

III ZR 181/51

Verkündet am 11. Juni 1952
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Landes Rheinland-Pfalz, gesetzlich vertreten durch
den Minister des Innern,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma J. J. V [REDACTED], Bohn- und Auto-Möbeltransporte
in [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED]

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 21. Mai 1952 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Dr. Belbrück, Dr. Pagendarm, Dr. Bock, Rietschel
und Dr. Rotberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landes wird das Ur-
teil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz
vom 1. Juni 1951 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der
2. Zivilkammer des Landgerichts in Koblenz vom 7. Juli
1950 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelzuges fallen der Klä-
gerin zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der bei der Klägerin angestellte Kraftfahrer H fuhr am 22. November 1948 mit dem Möbelkraftwagen AH der Klägerin von aus über O nach H. Auf diesem Wege durchfuhr er in K an der Mosel die in Verlängerung der von Ka kommenden Strasse liegende Eisenbahnunterführung (Unterführung I). Vor dieser Unterführung, die unbeschildert war und deren Höhe an der Ortsseite 3,90 m, an der Moselseite 4 m beträgt, hielt H an. Er liess seinen Beifahrer aussteigen und von diesem während der langsamen und vorsichtigen Durchfahrt beobachten, ob die Höhe der Unterführung ausreichte, den Lastwagen mit seinem 3,30 m hohen Aufbau durchzulassen. H benutzte dann die unterhalb der Unterführung moselabwärts führende asphaltierte Landstrasse II. Ordnung Nr 9 nach H. In H liess er die Durchfahrt des Wagens durch die dortige Bahnunterführung in der gleichen Weise von seinem Beifahrer kontrollieren. Als eine zweite Unterführung in H sich als zu niedrig erwies, fuhr H nicht weiter, sondern liess die Möbel dort ausladen. Dann fuhr H mit dem leeren Wagen nach K zurück, um seine Fahrt nach T fortzusetzen. In K fuhr er, dem Zuge der ausgebauten Landstrasse Nr 9 folgend, an der im rechten Winkel abbiegenden, zur Unterführung I führenden Dorfstrasse, die er bei der Hinfahrt benutzt hatte, vorbei, ohne sie zu gewahren. Er befuhr die Landstrasse Nr 9 weiter, die nach kurzer Strecke rechts abbiegt und unter der Bahn durchführend in die Strasse Ka-Ko-T einmündet. An der nach dieser Bahnunterführung (Unterführung II) führenden Kurve stand ein gelber Wegweiser gemäss Bild Nr 42 der Anlage zur StVO mit der



Aufschrift: "T 106 km, Ko 12 km". Unter Zurückschalten von dem dritten in den zweiten Gang fuhr H in die Unterführung II ein, von der er annahm, es sei die gleiche Unterführung, die er auf der Hinfahrt nach Müden benutzt hatte. Mit seinem Beifahrer sprach H hierüber nicht. Die Höhe dieser Unterführung beträgt an der Mo-
selseite 3,40 und über 3,10 m an der Ortsseite. Als der Wagen fast an dem Ausgang der Unterführung angelangt war, stiess der Wagenaufbau an die hintere Trägerschiene der Unterführung an. Durch den Anprall gegen die Schiene wurde der Wagen der Klägerin beschädigt.

Vor dem Unfall der Klägerin waren an beiden Unterführungen in H keine Höhenbegrenzungsschilder vorhanden, sie sind erst später angebracht worden. Zur Zeit des Unfalles der Klägerin war die Landstrasse Nr 9 über H hinaus nur bis zur Fähre nach Bu befestigt.

Die Klägerin hat vorgetragen, der Unfall sei allein darauf zurückzuführen, dass die Unterführung II nicht durch ein Verbotsschild entsprechend dem Bild Nr 20 der Anlage 1 A I b 5, D II zur StVO gekennzeichnet gewesen sei. Da die Unterführung II die normale Höhe von 4 m nicht erreiche, habe nach § 3 Abs 3 StVO die Pflicht bestanden, sie mit einem entsprechenden Verkehrszeichen zu versehen. Ihr Fahrer habe ohne Verschulden annehmen können, dass es sich um die gleiche Unterführung gehandelt habe, die er bei der Hinfahrt benutzt hatte. Durch die Strassenführung und den Wegweiser sei Hild auf die Unterführung II hingewiesen worden. Es stelle deshalb kein Verschulden H dar, wenn er auf der Rückfahrt die Höhe der Unterführung II nicht habe untersuchen lassen. Da zudem die Unterführung II niedriger

als die Unterführung I sei, habe ein besonderer Grund zur Beschreibung vorgelegen.

An der Unterführung II seien auch schon früher verschiedene Unfälle vorgekommen. Trotz der Berichte des Gendarmeriebeamten F. [REDACTED] habe der Landrat in Ko. [REDACTED] es unterlassen, die Anbringung eines Höhenbegrenzungsschildes anzuordnen. Zu einer solchen Anordnung habe aber eine Pflicht bestanden. Da es der nach § 47 StVO hierfür zuständige Landrat in Ko. [REDACTED] unterlassen habe, eine Anordnung zu treffen, habe er damit eine Amtspflichtverletzung begangen. Hierfür hafte das beklagte Land.

Mit der Klage fordert die Klägerin Erstattung des durch den Unfall entstandenen Schadens, den sie auf 4844,73 DM beziffert.

Das beklagte Land bestreitet den Anspruch nach Grund und Höhe. Es ist der Ansicht, dass ein Warnzeichen im Sinne des § 5 a KrftzG nicht erforderlich gewesen sei, da die Strasse K. [REDACTED]-L. [REDACTED] nicht dem Durchgangsverkehr diene. Ob gemäss § 3 Abs 4 StVO Verkehrszeichen aufzustellen seien, stehe im Ermessen der Behörde. Eine richterliche Überprüfung dieses Ermessens sei nur im Falle von Willkür oder eines Unterlassens, das mit den Anforderungen an eine ordnungsgemässe Verwaltung unvereinbar sei, zulässig. Dies sei aber nicht der Fall. Für die Anbringung eines Verbotsschildes nach Bild Nr 20 der Anlage I zur StVO habe kein Bedürfnis bestanden, weil die Strasse K. [REDACTED]-K. [REDACTED] eine Landstrasse II. Ordnung sei, die nur dem Ortsverkehr diene und keine besondere Gefahrenquelle biete. Das Gefahrenmoment der Unterführung II sei für jeden Verkehrsteilnehmer ersichtlich und könne bei richtigem Verhalten vermieden werden.

Abgesehen davon mache die Bestimmung der Anlage 1 A III 3 zur StVO hinsichtlich geschlossener Ortsteile eine weitere Einschränkung. Warnzeichen seien danach nur an besonders gefährlichen Stellen, deren Gefährlichkeit nur schwer erkennbar sei, anzubringen. An einer besonderen Gefahrenstelle fehle es aber bei der Unterführung II.

Das Land meint weiter, für den Unfall sei die mangelnde Beschilderung überhaupt nicht ursächlich gewesen, der Fahrer H. habe vielmehr infolge seines Irrtums, es handle sich um die bereits von ihm schon einmal befahrene Unterführung I, eine Überprüfung der Höhe der Unterführung II unterlassen und so den Unfall allein herbeigeführt. Dieser wäre auch dann eingetreten, wenn ein Verkehrszeichen vorhanden gewesen wäre. Eine weitere Ursache für den Unfall bilde die Tatsache, dass H. zu schnell gefahren sei. Er habe aus diesem Grunde weder ein etwa vorhandenes Zeichen wahrnehmen, noch rechtzeitig reagieren können.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt das beklagte Land Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision musste Erfolg haben.

1. Das Berufungsgericht hat eine die Haftung des beklagten Landes nach § 839 BGB in Verbindung mit Art 128 der Verfassung des Landes Rheinland-Pfalz begründende Amtspflichtverletzung darin erblickt, dass der zuständige, im Dienste des beklagten Landes stehende Beamte der staatlichen Abteilung des Landratsamts in Ko. kein Verkehrszeichen an der nur

3,10 m - 3,40 m hohen Unterführung II in K[REDACTED] hat anbringen lassen, obwohl die Kreispolizeibehörde in Ko[REDACTED] nach § 14 des Preussischen Polizeiverwaltungsgesetzes (PVG) vom 1. Juni 1931 (GS S 77) dazu verpflichtet gewesen sei. Diese Vorschrift sei auch auf dem Gebiet der Verkehrsbeschilderung die Rechtsgrundlage für ein Tätigwerden der Polizei. Die Vorschrift des § 5 a KrftzG sei nicht anwendbar, da die Strasse II-K[REDACTED] nicht dem Durchgangsverkehr diene; es handle sich um eine Landstrasse II. Ordnung, die zur Zeit des Unfalls noch nicht über Müden hinaus ausgebaut gewesen sei. Die Vorschrift des § 3 Abs 4 StVO begründe in Verbindung mit § 47 StVO lediglich eine sachliche und örtliche Zuständigkeit in der Weise, dass in den ehemals preussischen Gebieten die Kreispolizeibehörden die erforderlichen Massnahmen zu treffen hätten. In welchen Fällen dies zu geschehen habe, regule die Strassenverkehrsordnung nicht. Hierfür müssten die allgemeinen, sich aus § 14 PVG ergebenden Grundsätze gelten.

2. Demgegenüber vertritt die Revision die Ansicht, dass bei der Aufstellung von Verkehrszeichen und bei der Anordnung von Verkehrsbeschränkungen für die Anwendung von Landesrecht und für eine Ermessensbetätigung der Polizei auf Grund des § 14 PVG überhaupt kein Raum mehr sei. Die Strassenverkehrsordnung vom 13. November 1937 (StVO; RGBl I, 1179) enthalte zusammen mit der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 13. November 1937 (RGBl I, 1215) nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 45 Abs 2 StVO "die ausschliessliche Regelung des Strassenverkehrs". Damit sei auf diesem Gebiet das Landesrecht schlechthin ausgeschaltet. Es sei nicht richtig, dass § 3 Abs 4 StVO in Verbindung mit § 47 StVO nur eine Zuständigkeitsregelung enthalte; eine solche sei

lediglich durch § 47 StVO erfolgt. Durch § 3 Abs 4 und § 4 StVO in Verbindung mit der Anlage zur StVO sei eine ausreichende und umfassende Rechtsgrundlage für das verkehrspolizeiliche Ermessen bei Aufstellung von Verkehrszeichen und bei Anordnung von Verkehrsbeschränkungen gegeben, so dass darüber hinaus für den Strassenverkehr keine weiteren Verpflichtungen der Polizei aus § 14 PVG begründet werden könnten.

3.. Der Revision kann nicht beigetreten werden, soweit sie meint, dass eine Anwendung des § 14 PVG auf den Gebiet des Strassenverkehrs schlechthin ausgeschlossen sei. Nach dieser Vorschrift hat die Polizeibehörde im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmässigen Ermessen notwendigen Massnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwenden, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird. Hierzu gehört auch die Gefahrenabwehr im Strassenverkehr. Da sich die Polizeibehörde stets "im Rahmen der geltenden Gesetze" halten muss, hat sie bei Massnahmen zur Sicherung des Strassenverkehrs selbstverständlich auch die Vorschriften der Strassenverkehrsordnung zu beachten. Soweit nach der hier getroffenen Sonderregelung ein Einschreiten unzulässig ist, kann also die Polizei nicht unter Berufung auf § 14 PVG eingreifen; sie kann insbesondere auch keine Massnahmen treffen, die von der nach der Strassenverkehrsordnung vorgesehenen Verkehrszeichenregelung abweichen würden, und insbesondere keine dort nicht vorgesehenen Verbote aussprechen.

Die Strassenverkehrsordnung ist an die Stelle der Reichs-Strassenverkehrs-Ordnung vom 28. Mai 1934 (RStVO 1934; RGBl I, 455) getreten, die erstmalig eine umfassende Regelung der Gestaltung und Handhabung der Verkehrszeichen

brachte (§ 28 Abs 5 RStVO 1934 mit Ausführungsanweisung vom 29. September 1934, RGBl I, 869), und gibt im wesentlichen nur zusammenfassend wieder, was in den Verkehrsregeln der Reichs-Strassenverkehrs-Ordnung enthalten war (vgl Müller, Strassenverkehrsrecht 16. Aufl S 589). Den §§ 28 Abs 5, 34 RStVO 1934 mit den dazugehörigen Vorschriften der Ausführungsanweisung vom 29. September 1934 entsprechen die §§ 3 Abs 4, 4 StVO mit der in Anlage 1 getroffenen Regelung der Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen. Abweichend von der Ausführungsanweisung vom 29. September 1934, die nur ein Verkehrsverbot für Fahrzeuge über eine bestimmte Breite kannte (zu § 28 Abs 5 RStVO unter A IIe), hat die Anlage 1 zur Strassenverkehrsordnung unter A Ib 5, D II Bild 20 auch für Fahrzeuge, deren Höhe einschliesslich Ladung eine bestimmte Grenze überschreitet, ein besonderes Verkehrsverbot eingeführt. Zu den in § 4 StVO aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs vorgesehenen polizeilichen Verkehrsbeschränkungen gehört auch die Beschränkung auf einzelne Verkehrsarten, also auch das vorbezeichnete Verkehrsverbot für Fahrzeuge, deren Höhe eine bestimmte Grenze überschreitet (Müller aaO StVO § 4 Anm 10 S 647). Abgesehen von der für die Aufstellung von Warnzeichen nach § 5a KrFzG und A III 3 der Anlage 1 zur StVO geltenden Besonderheiten sind die der Polizei nach §§ 3 Abs 4, 4 StVO zugewiesenen Anordnungen, insbesondere auch der Ausspruch von Verboten, hinsichtlich ihrer Notwendigkeit nach der allgemeinen Regel des § 14 PVG zu beurteilen. Die der Verkehrspolizei hiernach obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben haben hoheitlichen Charakter. Sie schaffen nicht nur ein Recht für die Polizei, sondernbürden ihr auch die entsprechenden Pflichten und Verantwortlichkeiten auf (Wussow DR 1943, 996; vgl auch OLG Celle in HRR 1939 Nr 835).

4. Das Reichsgericht hat in den vom Berufungsgericht angeführten Entscheidungen vom 8. November 1938 (JW 1939, 240) und vom 15. Dezember 1939 (RGZ 162, 273) Verletzungen von Pflichten für gegeben erachtet, die die Polizei bei Gefährdungen des Strassenverkehrs nach § 14 PVG zu erfüllen hat. Die Begründungen dieser beiden Entscheidungen weichen insofern von einander ab, als das Reichsgericht in der Entscheidung JW 1939, 240 die Massnahme, deren Unterlassung als pflichtwidrig angesehen wird, zu den Ermessensentscheidungen zählt, während in der Entscheidung RGZ 162, 273 [275] ausgeführt wird, dass "gegenüber unzweifelhaft verkehrsgefährdenden Zuständen" ein verwaltungsmässiges Ermassen der Polizeibehörde nicht bestehe.

Unter Hinweis auf die letztere Entscheidung hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass die Polizei angesichts der besonderen Gefährlichkeit der Unterführung nach § 14 PVG die Pflicht gehabt hätte, ein Verkehrszeichen anbringen zu lassen; es sei nicht in ihr Ermassen gestellt gewesen, ob sie eine Massnahme hätte ergreifen wollen oder nicht; für ein verwaltungsmässiges Ermessen wäre allenfalls bei Auswahl der zur Beseitigung der Gefährdung in Frage kommenden Massnahmen Raum gewesen.

Die Revision meint hierzu, das Berufungsgericht habe "aus dem Wortlaut des § 14 PVG die überraschende Folgerung gezogen, dass sich aus der Bestimmung, nach der die Polizei die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen habe, eine Ausschaltung jeglichen Ermessens für die von der Polizei vorzunehmenden Massnahmen ergäbe". Soweit das Berufungsgericht wirklich für die Frage, ob nach § 14 PVG eine polizeiliche Massnahme erforderlich ist, jedes Ermessen hätte ausschalten wollen, könnte diese Ansicht allerdings nicht

gebilligt werden. Sie würde auch keine ausreichende Stütze in der Entscheidung RGZ 162, 273 finden, die nur bei "unzweifelhaft" verkehrsgefährdenden Zuständen ein verwaltungsmässiges Ermessen der Polizei, ob sie überhaupt einschreiten will oder nicht, verneint. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass die Polizei bei jedem Gefahrenzustand, der sie nach § 14 PVG zum Einschreiten befugt, auch zum Einschreiten verpflichtet ist. Aus der Fassung des § 14 PVG und den hierzu erlassenen Ausführungsbestimmungen des Ministers des Innern vom 1. Oktober 1931 (MinBliv 1931, 923; ebenso die von der Regierung während der Ausschussberatungen abgegebene Erklärung, abgedruckt bei Schäfer-Wichards-Wille, Polizeiverwaltungsgesetz, S 33 und 50 unter Ziff 3) lässt sich kein "Legalitätsprinzip" in dem Sinne herleiten, dass die Polizei stets dann, wenn die Voraussetzungen des § 14 PVG vorliegen, nicht nur einschreiten dürfe, sondern auch einschreiten müsse und dass insoweit für ein verwaltungsmässiges Ermessen überhaupt kein Raum mehr sei. Mit der herrschenden Meinung ist davon auszugehen, dass nicht nur bei Auswahl der Mittel, sondern auch schon bei der Entscheidung, ob die Polizei überhaupt einschreiten will, "grundsätzlich" das "Opportunitätsprinzip" gilt (Drews, Preussisches Polizeirecht, 1. Bd, Allgemeiner Teil, 5. Aufl 1936 S 44 f, 132 ff; Drews-Lassar in von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preussen, 2. Bd, 1. Halbbd 1932, PVG § 14 Anm 13 S 27; Stier-Somlo, PVG § 14 Anm 19 D; Scheer, PVG Lehrbuch 1932 S 48; Trubel, PVG 1950 S 37; Jellinek in PrVerwBl 46 (1925) S 490; derselbe Verwaltungsrecht 1950 S 36, 432 f; Forsthoef, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Bd 1950 S 72; Peters, Lehrbuch der Verwaltung 1949 S 378 f; nach Friedrichs, PVG § 14, Erl 35 S 102 "darf, kann, soll

und muss die Polizei tätig werden, wenn sie eine Gefahr erkennt"; im übrigen lässt Friedrichs offen, ob die Rechtsprechung die "Notwendigkeit" als Rechts- oder Ermessensfrage auffassen wird).

Die grundsätzliche Anerkennung des Opportunitätsprinzips, das der Polizei das Recht einräumt, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 PVG "nach pflichtmässigem Ermessen" einzugreifen, bedeutet selbstverständlich nicht, dass jede "Pflicht" der Polizei schlechthin zu verneinen sei. Auch Drews, der das Opportunitätsprinzip am stärksten vertritt, macht von vornherein eine gewisse Einschränkung, wenn er ausführt, dass die Polizei nach § 14 PVG "zwar berechtigt, aber nicht ohne weiteres verpflichtet sei, in jedem einzelnen Gefahrenfall einzugreifen" (aaO S 44). An anderer Stelle weist Drews darauf hin, dass das "pflichtmässige Ermessen" der Polizei nicht etwa völlig freie Hand lasse und nicht in ihr unbeschränktes Belieben stelle, ob sie bei einer zu ihrer Kenntnis gelangenden polizeilichen Gefahr eingreifen wolle oder nicht, sondern von ihr in jedem Fall ernste sachliche Prüfung und sachliche Polizeigründe für ihre Entschliessung fordere (aaO S 47; vgl hierzu auch KGZ 138, 259 [262]). Alle Vertreter des Opportunitätsprinzips erkennen - wenn auch mit verschiedener Formulierung - an, dass es Gefahrenfälle gibt, in denen die Polizei einschreiten muss, ohne dass sie sich für ein Untätigbleiben auf ihr verwaltungsmässiges Ermessen berufen könnte. Man mag insoweit von einem "beschränkten Opportunitätsprinzip" sprechen. Franzen, (Lehrkommentar zum PVG 1932 S 128) will keinem "strengen Legalitätsprinzip" das Wort reden, aber doch den ordentlichen Gerichten schlechthin die Möglichkeit der Nachprüfung zuerkennen, "ob nach allgemeiner Verwaltungserfahrung ein

Einschreiten geboten war"; er spricht insoweit von einem "Prinzip gerichtlich nachprüfbareren Ermessens". Schäfer-Richards-Wille (aaO S 50 f) kommen auf Grund der bereits erwähnten Regierungserklärung, die sie als "authentische Interpretation" ansehen, zu dem Ergebnis, dass das Opportunitätsprinzip grundsätzlich nicht für die Frage gelte, ob die Polizei einschreiten solle - sie müsse einschreiten, wenn die Voraussetzungen des § 14 gegeben seien -, sondern dass nur die Wahl der Mittel in ihr pflichtmässiges Ermessen gestellt werde; indem die Polizei "die nach pflichtmässigen Ermessen notwendigen Massnahmen" zu treffen habe, werde freilich auch die Frage, "ob Massnahmen notwendig seien, in ihr pflichtmässiges Ermessen gestellt", es sei denn, "dass in einem Gesetz oder einer Instruktion beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein "Einschreiten vorgeschrieben sei"; jedoch schliesse § 14 klar die Möglichkeit aus, dass die Polizei bei einem Gefahrenzustand etwa die Auffassung vertreten könnte, nach ihrem pflichtmässigen Ermessen sei von einem Einschreiten "aus Zweckmässigkeitserwägungen" abzu-
sehen.

Wenn aber die Entscheidung der Frage, ob Massnahmen notwendig sind, dem pflichtgemässen Ermessen der Polizei unterliegt, so wird der Polizei stets ein gewisser Spielraum für ihre Betätigung eingeräumt. Wie Jellinek (aaO S 36) zutreffend ausführt, liegt die Begründung für eine derartige Entschliessungsfreiheit darin, dass die "Gefahr" im Sinne des § 14 PVG zu den "unbestimmten" Begriffen gehört und dass sie - innerhalb gewisser Schranken - nach "freiem" (gleichbedeutend mit "pflichtmässigem") Ermessen näher abgegrenzt werden kann. Jellinek bezeichnet diese Schranken des Ermessens als die Gefahrenpunkte der "Schädlichkeit" und des "Übermasses". Ausser-

halb dieser Schranken ist für die Betätigung des Ermessens insofern kein Raum mehr, als die Polizei jenseits des Gefahrenpunktes der "Schädlichkeit" einschreiten muss, während sie jenseits des Gefahrenpunktes des "Übermaßes" nicht mehr einschreiten darf. Fängt die Untätigkeit der Polizei an, so schädlich zu werden, dass das Recht ein Einschreiten fordert (Jellinek aaO S 432), so kann sie sich eben nicht mehr auf ihr "Ermessen" berufen. Wenn das Reichsgericht in der Entscheidung RGZ 162, 273 für eine Ermessensbetätigung der Polizei bei "unzweifelhaft verkehrsgefährdenden Zuständen" keinen Raum mehr sieht, so handelt es sich hierbei im Sinne Jellineks um ausserhalb der Ermessensgrenze der "Schädlichkeit" liegende Gefahrenzustände, bei denen die Polizei also nicht nur einschreiten darf, sondern auch einschreiten muss. Schreitet sie in einem solchen Falle nicht ein, so verletzt sie eine dem zu schützenden Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, die, sofern die Unterlassung des Einschreitens auf einem Verschulden des Beamten beruht, eine Amtshaftung nach § 839 BGB in Verbindung mit Art 131 WeinVerf, jetzt Art 34 GrundG, begründen kann.

5. Zweifelhaft kann sein, ob die Feststellung der Grenze der "Schädlichkeit" oder des "unzweifelhaft verkehrsgefährdenden Zustandes", wie das Reichsgericht aaO anscheinend meint, im Einzelfall als reine Rechtsfrage zu behandeln und "nach sachlichen Gesichtspunkten" durch das Gericht vorzunehmen ist oder ob es sich hierbei um eine von der zuständigen Behörde zu entscheidende "reine Ermessensfrage" handelt. Im ersteren Falle würde die Frage, ob ein polizeiliches Einschreiten wegen Vorliegens eines "unzweifelhaften" Gefahrenzustandes erforderlich ist, entsprechend der Entscheidung RGZ 162, 273 uneingeschränkt der richter-

lichen Nachprüfung unterliegen, während sie im letzteren Falle entsprechend der ebenfalls vom Berufungsgericht angeführten Entscheidung RG JW 1939, 240 im allgemeinen der richterlichen Nachprüfung entzogen wäre.

Für den vorliegenden Fall kann jedoch unentschieden bleiben, ob die Feststellung eines das polizeiliche Einschreiten erforderlich machenden Gefahrenzustandes eine Rechtsfrage oder eine Ermessensfrage ist; denn die rechtliche Würdigung des Sachverhalts kann hier in keinem Falle zur Feststellung einer Amtspflichtverletzung der Beamten der zuständigen Verkehrspolizeibehörde führen.

a) Das Berufungsgericht hat die "besondere Gefährlichkeit" der Unterführung II mit folgenden Feststellungen und Erwägungen begründet: Die unterschiedliche Höhe der Ein- und Ausfahrt (3,10 m bzw. 3,40 m), sei gerade für ein fahrendes Fahrzeug nur sehr schwer zu erkennen. Die Unterführung II liege in unmittelbarer Nähe der Unterführung I, die, obwohl sie nur im Zuge einer Ortsstrasse liege, höher sei. Daher sei für einen rtsunkundigen Verkehrsteilnehmer eine Verwechslungsgefahr gegeben. Wenn auch auf der Strasse M-K zur Zeit des Unfalls kein Durchgangsverkehr im Sinne des § 5 a KrfzG angenommen werden könne, so sei der Verkehr auf dieser Strasse doch nicht so unerheblich, dass verkehrspolizeiliche Massnahmen als überflüssig angesehen werden könnten. Auf den Umfang des Verkehrs deute vor allem auch die Aufstellung eines Wegweisers nach Bild 42 der Anlage 1 zur StVO mit der Aufschrift "T 106 km, Ko 12 km". Wäre der Verkehr an dieser Stelle völlig unbedeutend gewesen, so hätte für die Aufstellung eines solchen Wegweisers kein Bedürfnis bestanden.

Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt kann aber ein "unzweifelhaft verkehrsgefährdender Zustand" im Sinne der Entscheidung RGZ 162, 275 nicht für vorliegend erachtet werden.

Das Landgericht hat bereits mit zutreffender Begründung die besondere Gefährlichkeit der Unterführung verneint, indem es ausgeführt hat, dass bei der Beurteilung des Grades der Gefährlichkeit von einem Kraftfahrer auszugehen sei, der sich entsprechend den Vorschriften der Straßenverkehrsordnung verhalte. Wer, wie der Fahrer der Klägerin, ein über 3 m hohes Fahrzeug fährt, muss bei einer nicht mit einer bestimmten Höhe gekennzeichneten niedrigen Eisenbahnunterführung durch Aussteigen und Anwendung äußerster Sorgfalt feststellen, ob die Unterführungshöhe für den Wagonaufbau ausreicht. Er muss also in jedem Falle den Wagon mit aller Vorsicht durch eine solche Unterführung "hindurchdirigieren". Eine solche Vorsicht kann in Moseldörfern an Unterführungen, die, wie im vorliegenden Fall, nicht dem Durchgangsverkehr dienen, von jedem pflichtbewussten Fahrer erwartet werden. Bei Anwendung dieser nach §§ 1, 9 Abs 2 StVO ohne weiteres gebotenen vorsichtigen Fahrweise kann auch der Umstand, dass die Unterführung an der Moselseite etwa 30 cm höher als an der Ortsseite ist, nicht als ernstliche Verkehrsgefährdung angesehen werden. Schon mit Rücksicht darauf, dass die aus dem Ort nach der Mosel führenden Strassen zum Teil stark abschüssig sind, muss jeder Fahrer mit einem Höhenunterschied und auch mit sonstigen Unebenheiten bei Unterführungen rechnen und beim Durchfahren die hiernach gebotene Sorgfalt beobachten. Der Fahrer darf sich nicht ohne weiteres darauf verlassen, dass die Unterführung, sofern sie gerade noch zur Einfahrt aus-

reicht, auch eine ungefährdete Durchfahrt gestattet. Aus der Tatsache allein, dass die Eisenbahnunterführung niedriger als 4 m ist, ergibt sich daher noch nicht, dass "eine Verkehrsgefährdung vorlag, die polizeiliches Einschreiten erforderlich machte". Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich damals jedenfalls noch nicht um eine dem Durchgangsverkehr dienende Landstrasse handelte. Auch nach Art und Umfang des Verkehrs konnte mit der Benutzung der Unterführung II noch keine "unzweifelhafte" Gefährdung als gegeben angesehen werden. Nach der Feststellung des Landgerichts hat sich an dieser Unterführung vor dem hier streitigen Unfall nur ein einziger Unfall im Jahre 1946 ereignet, der aber nicht entscheidend auf die unter 4 m liegende Höhe der Unterführung zurückzuführen war. Das Berufungsgericht hat diesen Unfall auch nicht zur Begründung der angenommenen "besonderen Gefährlichkeit" herangezogen. Der Fahrer der Klägerin hat bei der Unterführung I in K. und den beiden Unterführungen in L. auch gezeigt, dass er derartigen Schwierigkeiten durchaus Rechnung getragen hat. Bei dem vom Berufungsgericht festgestellten vorsichtigen und umsichtigen Verhalten des Fahrers K. wäre auch nicht zu befürchten gewesen, dass es bei der Unterführung II zu einem Unfall und einer Beschädigung des Kraftwagens hätte kommen können. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat er eine Prüfung bei der Unterführung II nur deshalb nicht für nötig gehalten, weil er irrigerweise annahm, dass er diese Unterführung bereits auf der Hinfahrt nach K. passiert habe. Der Unfall ist hier in Wirklichkeit nur darauf zurückzuführen, dass K. die beiden Unterführungen in K. miteinander verwechselt hat. Dieser Irrtum ist auf ganz besondere Umstände zurückzuführen,

die nicht als eine für die Unterführung II irgendwie typische Verkehrsgefährdung angesehen werden können. Mit einer solchen Verwechslung, die auf einer durchaus ungewöhnlichen Verknüpfung von Umständen beruhte, brauchte die Polizei bei Beurteilung der Frage, ob eine Verbotsanordnung und eine dieser entsprechende Verkehrsbeschilderung geboten war, nicht zu rechnen. Bei dieser Sachlage lässt sich also die Feststellung eines "unzweifelhaft verkehrsgefährdenden Zustandes" im Sinne der Entscheidung FGZ 162, 273 [215] nicht rechtfertigen. Soweit die verhältnismässig niedrige Höhe der Unterführung für den Verkehr eine gewisse Gefährdung bedeutete, war die Polizei im Rahmen des § 14 PVE allenfalls befugt, aber nicht schlechthin verpflichtet, ein Verkehrsverbot für alle eine bestimmte Höhe überschreitenden Fahrzeuge auszusprechen.

b) Sieht man die Frage, ob eine polizeiliches Einschreiten erforderlich machende Verkehrswidrigkeit vorliegt, nicht als eine "reine Rechtsfrage", sondern als eine "Ermessensentscheidung" der Polizei an, so folgt hieraus noch nicht, dass das Verhalten der Polizei der richterlichen Nachprüfung schlechthin entzogen sei. Auch Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden sind unter bestimmten Voraussetzungen in gewissem Umfange der richterlichen Nachprüfung unterworfen (FGZ 121, 225 [233]). Eine Antspflichtverletzung nach § 839 BGB liegt nicht nur bei einer als "Willkür" zu kennzeichnenden Ermessensbetätigung, sondern auch dann vor, wenn das Verhalten des Beamten in so hohem Maße fehlsam ist, dass es mit den an

eine ordnungsmässige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings - d.h. jedem sachlichen Beurteiler ohne weiteres einleuchtend - unvereinbar ist. Soweit jedoch die Verwaltungsentscheidung im Rahmen des Ermessens auf Grund sachlicher Abwägung von Gründen und Gegengründen getroffen worden ist, scheidet eine Amtspflichtverletzung auch dann aus, wenn dem Richter die getroffene Entscheidung unrichtig oder unzweckmässig erscheint (RGZ 138, 259 /262 f/; 147, 179 /183/). Dass im vorliegenden Fall von einer als Amtspflichtverletzung zu wertenden "fehlerhaften Ermessensbetätigung" keine Rede sein kann, ergibt sich ohne weiteres aus den Darlegungen zu Ziff 5 a.

Da hiernach der festgestellte Sachverhalt schon in objektiver Hinsicht keine Amtspflichtverletzung ergibt, bedurfte es keiner weiteren Nachprüfung, ob das Fehlen des Lebenbegrenzungsschildes für den Unfall ursächlich war und ob die zuständigen Beamten "schuldhaft" gehandelt haben. Unter Anwendung der §§ 564 Abs 1, 565 Abs 3 Ziff 1 ZPO war unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.

Dr. Delbrück

Dr. Pagendarm

Dr. Bock

Rietschel.

Dr. Rotberg