

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die amtliche Sammlung!

Gesetz: Preussisches Feld- und Forstpolizeigesetz
§ 23 Nr 1

Rechtssatz: Zum Begriff des "Unrats" i.S. des § 23 Nr 1
des Preussischen Feld- und Forstpolizeige-
setzes

Aktenzeichen: III ZR 245/51

Urteil vom 22. Januar 1953

OLG Celle

Verkündet am
22. Januar 1953
Fieser, Just.Ang.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit
des Landwirts Georg N[REDACTED] in O[REDACTED], A[REDACTED],
Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] u. [REDACTED],

gegen

die Stadtgemeinde Osterode/Harz, vertreten durch den Rat
der Stadt, dieser vertreten durch den Bürgermeister H[REDACTED]-
[REDACTED] in Osterode,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1953 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Prof. Dr. Meiss, Dr. Pagendarm,
Dr. Geiger, Dr. Weber und Dr. Heilmann-Trosien für Recht
erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom
14. Juli 1951 aufgehoben.

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer einer Wiese am Ortsausgang von Osterode im Harz. An dem Grundstück führt ein Weg vorbei, auf dem bis 1933 und seit 1946 Osterfeuer abgebrannt wurden. Es handelte sich dabei um einen jahrhunderte alten Brauch. Der Holzstoss wurde von zur Entlassung gelangenden Schuljungen errichtet und angezündet; dabei versammelten sich regelmässig einige hundert Personen, die Fackeln an dem Feuer in Brand setzten. Dann schwärmten sie auf die umliegenden Grundstücke, darunter auch auf die Wiese des Klägers, aus und schwenkten die Fackeln um ihre Köpfe. Die Fackeln waren mit Draht umwickelt, der durchglühte und in einzelnen Teilen zu Boden fiel.

So geschah dies auch anlässlich des Osterfeuers am 17. April 1949. Der Kläger suchte nachträglich die Wiese sorgfältig nach Drahtstücken ab; einzelne davon wurden jedoch übersehen und gelangten mit dem geernteten Gras in das Viehfutter. Mitte Februar 1950 erkrankte eine Kuh des Klägers, die mit dem Heu von der fraglichen Wiese gefüttert war und musste notgeschlachtet werden. Wie der Tierarzt feststellte, hatte sie ein Drahtstück von etwa 10 cm Länge verschluckt.

Der Kläger macht die beklagte Stadtgemeinde für den Schaden verantwortlich. Er behauptet, dass er schon seit Jahren bei der Beklagten vorstellig geworden sei und gebeten habe, das Osterfeuer an eine andere Stelle zu verlegen, weil sein Vieh durch die Drahtenden gefährdet werde. Seine Ehefrau habe kurz vor Ostern 1949 nochmals Vorstellungen erhoben, und er selbst habe deswegen am 13. April 1949 an die Beklagte geschrieben.

[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Diese habe jedoch keine Massnahmen ergriffen. Erst ein Jahr später habe sie angeordnet, dass die Fackeln nicht mit Draht umwickelt werden dürften und, als diese Anordnung nicht befolgt worden sei, Osterh 1951 die Verlegung der Feuer an andere Plätze verfügt. Die Beklagte habe die Amtspflicht gehabt, schon 1949 in der gleichen Weise vorzugehen. Durch ihre pflichtwidrige Unterlassung habe sie den Tod der Kuh verschuldet; dadurch sei ihm ein Schaden von mindestens 600 DM entstanden. Er hat einen Teilbetrag von 300 DM eingeklagt.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie ist der Ansicht, dass sie für den Schaden nicht verantwortlich gemacht werden könne. Wenn überhaupt eine Verpflichtung zum Schutz des Klägers bestanden habe, dann wäre dafür die Sicherheitspolizei zuständig gewesen; diese sei von den Beschwerden des Klägers in Kenntnis gesetzt worden. Die Beklagte stellt ferner in Abrede, dass sich der Kläger schon in früheren Jahren wegen jener Vorfälle beklagt habe; nach Eintreffen des Briefes vom 13. April 1949 sei es zu spät gewesen, um noch wirksame Massnahmen ergreifen zu können. Im übrigen hätte der Kläger seine Wiese selbst schützen müssen, etwa durch eine Einfriedigung oder Verbotstafel. Er hätte auch die Festteilnehmer, welche die Wiese betraten, zur Verantwortung ziehen können. Schliesslich hat die Beklagte bestritten, dass das Drahtstück, welches die Kuh verschluckt habe, von einer Fackel abgefallen sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Beklagte hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und im zweiten Rechtszuge im Wege der Widerklage die Feststellung erbeten, dass dem Kläger kein Anspruch auf Zah-

lung weiterer 300 DM zustehe. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und dem Antrag der Widerklage entsprochen. Hiergegen richtet sich die Revision, mit der die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Widerklage erstrebt werden. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Gegen die Zulässigkeit der Revision für die auf die Amtspflichtverletzung gestützte Klage bestehen ebenso wenig Bedenken wie für die negative Feststellungswiderklage, die in gleicher Weise einen Anspruch wegen behaupteter pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen betrifft (§ 547 Abs 1 Nr 2 ZPO; § 71 Abs 2 Nr 2 GVG).

II.

Der Kläger ist hinsichtlich des aus § 839 BGB hergeleiteten Anspruchs der Ansicht, dass der Beklagten eine Rechtspflicht zum Schutze seines Eigentums obgelegen habe, die sie schuldhaft verletzt habe. Die Beklagte hat demgegenüber den Standpunkt vertreten, dass es nicht ihre Sache gewesen sei, einzugreifen, sondern die der Sicherheitspolizei, die ihr nicht unterstehe.

Der Umfang der der Beklagten obliegenden Amtspflicht ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, aus § 14 PrPVG. Die Entwicklung, die das Polizeirecht in der britischen Zone seit Mai 1945 genommen hat, zwingt insoweit allerdings zu gewissen Ein-

schränkungen. Die ursprünglich einheitliche Organisation der Polizei ist durch die Anordnung der britischen Militärregierung vom 25. September 1945 (abgedruckt bei Pioch, Polizeirecht 2. Aufl S 193) aufgespalten worden. In Anlehnung an die englischen Verhältnisse sollte die Exekutivpolizei von den anderen Zweigen der Verwaltung getrennt und verselbständigt werden. Die Durchführung ist in den einzelnen Ländern der Zone nicht einheitlich verlaufen, nachdem ihnen die Militärregierung durch die am 1. Dezember 1946 in Kraft getretene Verordnung Nr 57 (ABl BrMilReg S 344) das Gesetzgebungsrecht auf diesem Gebiet wieder übertragen hatte. Den Abschluss bildete in Niedersachsen das Gesetz vom 21. März 1951 (GVBl Nds S 79), das die Trennung der Sicherheitspolizei (Polizeibehörden) von der Verwaltungspolizei (Verwaltungsbehörden) bestehen lässt.

Die Vorgänge, aus denen hier die Schadensersatzpflicht der Beklagten hergeleitet wird, liegen vor dem 17. April 1949. Damals fehlte es noch an einer gesetzlichen die Zuständigkeit abgrenzenden Regelung. In jedem Falle stand aber fest, dass die Sicherheitspolizei den Gemeinden seit dem 25. September 1945 nicht mehr untergeordnet war, so dass die Beklagte für die in den Aufgabenbereich der Exekutivpolizei fallenden Handlungen und Unterlassungen nicht verantwortlich gemacht werden kann. Dagegen verblieben ihr die Aufgaben der Verwaltungspolizei, also auch das Recht und die Pflicht, präventive Polizeiverordnungen zu erlassen (vgl das insoweit bei IM § 71 PrPVG unter Nr 1 nicht abgedruckte Urteil des Senats vom 7. Juni 1951 - III ZR 179/50 - S 27/28). Die Grundlage bildete insoweit nach wie vor das Preussische Polizeiverwaltungsgesetz, insbesondere dessen § 14 (BGH DVerwBl 1951, 736). In Niedersachsen

ist dieser Rechtszustand vor dem hier in Betracht kommenden Zeitpunkt durch den Erlass des Innenministers vom 15. Juli 1948 (ABl S 273) bestätigt worden.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beklagte nicht gehalten oder überhaupt berechtigt gewesen ist, unmittelbaren Zwang gegen Personen auszuüben, welche die Wiese des Klägers anlässlich des Osterfeuers betreten wollten. Dazu fehlten ihr das Recht und auch die erforderlichen Machtmittel; hierfür ist vielmehr allein die Sicherheitspolizei zuständig gewesen. Dagegen hat die Beklagte präventiv durch Polizeiverordnung eingreifen dürfen und müssen, soweit die Voraussetzungen des § 14 PrPVG gegeben gewesen sind. Nur in diesem Rahmen kann ihr also eine Amtspflichtverletzung zur Last gelegt werden.

III.

Das Berufungsgericht erblickt in dem Nichteinschreiten der Beklagten keine Verletzung der ihr obliegenden Amtspflichten. Es sei zwar Aufgabe der Polizei, strafbare Handlungen zu verhindern; im Gegensatz zu der Ansicht des Landgerichts komme aber eine Übertretung des § 368 Nr 9 StGB nicht in Betracht. Die Wiese sei weder mit einer Einfriedigung noch mit Tafeln versehen gewesen, die das Betreten verboten hätten. Zwar sei auch das Betreten vor beendeter Ernte untersagt; das Gras sei aber im Gebiet von Osterode Mitte April noch nicht so weit gediehen, dass sein Wachstum in einem die Ernte beeinträchtigenden Maße gefährdet worden sei.

Dem Kläger stehe möglicherweise gegen die Personen, welche die Drähte auf seine Wiese geworfen hätten,

ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs 1 BGB zu. Auch derartige Handlungen stellten eine Missachtung der Rechtsordnung dar und bedrohten infolgedessen die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Jedoch sei es regelmässig nicht Sache der Polizei oder der Ordnungsämter, hier einzuschreiten; die Regelung obliege insoweit dem ordentlichen Gericht. Nur im Falle eines nicht zu beseitigenden Notstandes könne die Polizei gegen die Störer vorgehen; es erschiene sehr fraglich, ob ein derartiger Notstand vorgelegen habe. Das könne aber dahingestellt bleiben, denn es unterliege dem pflichtgemässen Ermessen der Polizei, ob sie Massnahmen für erforderlich erachte und evtl. welche. Die Nachprüfung dieses Ermessens sei den ordentlichen Gerichten versagt, es sei denn, dass es missbräuchlich ausgeübt oder in so hohem Maße fehlsam gehandhabt worden sei, dass das Verhalten der Beamten mit den an eine ordnungsmässige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar sei. Etwas derartiges komme hier nicht in Betracht.

1.) Die Revision rügt, dass das Oberlandesgericht den Tatbestand des § 368 Nr 9 StGB verkannt habe. Auch vor der Entfaltung der Vegetation werde das Wachsen des Grasses durch das mit dem Darübergehen verbundene Festtreten des Bodens beeinträchtigt. Die Besucher des Osterfeuers hätten sich also einer Übertretung aus § 368 Nr 9 StGB schuldig gemacht, deren Verhinderung Sache der Beklagten gewesen sei.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Rüge berechtigt ist ; denn die Revision weist mit Recht darauf hin, dass das Verhalten der Teilnehmer in jedem Fall

gemäss § 23 Nr 1 des Preussischen Feld- und Forstpolizeigesetzes vom 1. April 1880. (PrGS 230) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Januar 1926 (PrGS 83) und des Gesetzes vom 29. März 1933 (PrGS 251) strafbar gewesen ist.

Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer, abgesehen von den Fällen des § 366 Nr 7 StGB, unbefugt Steine, Scherben, Schutt oder Unrat auf Grundstücke wirft oder in dieselben bringt. Unter dem Begriff des Unrats sind Abfälle aller Art zu verstehen, die zur Verunreinigung geeignet sind (vgl RGSt 21, 317). Dazu gehören auch die Drahtenden, die von den Fackeln abgefallen sind. Für den Tatbestand des § 23 Nr 1 des Preussischen Feld- und Forstpolizeigesetzes ist es unerheblich, ob die Gegenstände ohne weiteres sichtbar gewesen sind. Schutzobjekt ist hier, ebenso wie im Falle des § 368 Nr 9 StGB (Olshausen 11. Aufl § 368 Nr 9 Anm a mit weiteren Nachweisen) das Eigentum, nicht das - evtl. nur ästhetische - Interesse der Öffentlichkeit. Von dem Eigentümer soll jede ihm ernsthaft lästig werdende Beeinträchtigung seines Grundstücks ferngehalten werden. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Drahtenden zu einer derartigen Beeinträchtigung geführt haben. Unstreitig ist nach den Osterfeuern jeweils ein sorgfältiges Absuchen der Wiese notwendig geworden, und nach der Behauptung des Klägers mussten sogar Bündel und Körbe voll Draht beseitigt werden.

2.) Die Verhinderung von Handlungen, die objektiv den Tatbestand einer Straftat erfüllen, gehört zur Aufgabe der Polizei; die dahingehende Amtspflicht ist ihr nicht nur zum Schutz der Allgemeinheit, sondern auch dem des

einzelnen auferlegt (RGZ 147, 144). Diese Grundsätze haben auch für die vorliegend in Betracht kommenden Taten zu gelten. Die Beklagte hat im Rahmen des ihr verbliebenen Aufgabenkreises die Möglichkeit des Einschreitens durch Polizeiverordnung gehabt.

Das Berufungsgericht meint, dass es in dem Ermessen der Behörde liege, ob sie einschreiten wolle, und dass das ordentliche Gericht dieses Ermessen nur nach den von der Rechtsprechung zu § 839 BGB herausgearbeiteten Grundsätzen nachprüfen könne.

Der Senat hat in dem Urteil vom 11. Juni 1952 - III ZR 181/51 - (DVerwBl 1952, 702) ausgesprochen, dass die Polizei nicht bei jedem Gefahrenzustand, der sie nach § 14 PrPVG zum Einschreiten berechtige, auch zum Einschreiten verpflichtet sei; ihr müsse ein gewisser Spielraum für ihre Betätigung eingeräumt werden. Dieses der Polizei zustehende Ermessen finde seine Grenze aber dort, wo eine besondere Gefahrenlage in Betracht komme.

Das Urteil lässt unentschieden, ob die Abgrenzung zwischen dem Recht und der Pflicht zum Einschreiten als Rechts- oder als Ermessensfrage anzusehen ist. In dem erstgenannten Falle wäre das ordentliche Gericht uneingeschränkt zur Nachprüfung befugt (so u.a. RGZ 162, 273), in dem anderen wäre sie ihm versagt, es sei denn, dass es sich um einen Ermessensmissbrauch oder ein so fehlerhaftes Verhalten handelte, dass es mit den an eine ordnungsmässige Verwaltung zu stellenden Aufgaben schlechterdings unvereinbar wäre (so RG JW 1939 S 240).

Die Frage braucht auch hier nicht entschieden zu werden, denn die Entscheidung des Berufungsgerichts ist

selbst dann nicht haltbar, wenn man mit ihm annimmt, dass es sich lediglich um eine Ermessensfrage handelt.

Einmal ist das Berufungsgericht irrtümlich davon ausgegangen, dass in dem Verhalten der Festteilnehmer keine strafbare Handlung zu erblicken sei. Es liegt nahe, dem Ermessen der Polizei einen weiteren Spielraum einzuräumen, wenn es sich um die Notwendigkeit eines Eingreifens zwecks Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse handelt, als wenn die Verhinderung von Straftaten notwendig wird. Nur mit den ersteren hat sich das Oberlandesgericht befasst; seine Erörterungen können nicht ohne weiteres auf den Fall zahlreicher, sicher in Aussicht stehender Übertretungen des § 23 Nr 1 des Preussischen Feld- und Forstpolizeigesetzes übertragen werden.

Abgesehen hiervon rügt die Revision aber auch mit Recht, dass das Oberlandesgericht den Sachverhalt unvollständig gewürdigt und damit gegen § 286 ZPO verstossen habe. Nach Ansicht des Vorderrichters hätten die Beamten der Beklagten berücksichtigen müssen, dass ein Einschreiten mit behördlichen Mitteln gegen einen seit Jahrhunderten bestehenden Volksbrauch in der Bevölkerung erhebliche Unruhe und Erregung hätte auslösen müssen.

Hierbei wird wesentliches Vorbringen des Klägers übergangen. Ein Einschreiten gegen den Volksbrauch als solchen, also etwa die Untersagung des Feuers, hat er nicht verlangt; vielmehr hat er zu seinem Schutz nur eine Verlegung auf einen anderen Platz durch Polizeiverordnung erbeten (Schriftsatz vom 11. April 1951 S 5 und 13). Weiter hat er vorgetragen und unter Beweis ge-

stellt, dass für eine derartige Anordnung ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden habe, denn er habe schon lange vor dem 13. April 1949 mehrfach auf die von den Drahtenden drohende Gefahr hingewiesen und um Schutzmassnahmen ersucht (Klageschrift S 1, Schriftsatz vom 11. April 1951 S 10 und 11); erst nachdem die Kuh eingegangen und der Prozess anhängig geworden sei, habe die Beklagte die Verlegung angeordnet und durchgesetzt (Schriftsatz vom 11. April 1951 S 4).

Hiermit hätte sich das Oberlandesgericht auseinandersetzen müssen. Wenn die Behauptungen des Beklagten erwiesen werden, würde nämlich den Erwägungen des Oberlandesgerichts der Boden entzogen.

Auch der Annahme des Oberlandesgerichts, dass eine Schädigung des Klägers nicht wahrscheinlich gewesen sei, zumal man das Feuer seit Jahren in der Nähe seiner Wiese abgebrannt habe, ohne dass etwas passiert wäre, ist nicht haltbar. Es ist, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, ein allgemein bekannter Erfahrungssatz, dass derartige Fremdkörper im Viehfutter eine grosse Gefahr darstellen und häufig zu Verlusten führen. Ebenso ist der Hinweis auf die mehrjährigen Erfahrungen unrichtig. Der Brauch wurde nach den getroffenen Feststellungen erst seit 1946 wieder ausgeübt, also seit drei Jahren. Über die Verhältnisse vor 1933 hat das Oberlandesgericht keine Feststellungen getroffen, weder darüber, ob damals die Fackeln auch mit Draht umwickelt waren, noch ob die Wiese des Klägers benutzt wurde, noch ob damals tatsächlich keine Viehverluste eingetreten sind.

Sollte das Oberlandesgericht aber der Ansicht gewesen sein, dass die Beklagte im Rahmen des ihr zu-

stehenden Ermessens berechtigt gewesen sei, die mögliche Schädigung des Klägers hinzunehmen, nur um eine Verlegung auf einen anderen Platz zu vermeiden, so erschiene dies bedenklich. Es mag Fälle geben, in denen ein derartiger Volksbrauch aus besonderen Gründen an einen bestimmten Platz gebunden ist. Dafür ist hier nichts dargetan. Abgesehen hiervon muss sich aber auch eine altgewohnte Übung den jeweiligen Forderungen des Gemeinschaftslebens einordnen.

3.) Die Revision rügt die Verletzung des § 75 EinlALR (Art 14 GrundG). Sie macht unter Hinweis auf die Entscheidung des Grossen Senats für Zivilsachen vom 10. Juni 1952 - BGHZ 6, 270 [280] geltend, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer Enteignungsschädigung gegeben seien, wenn man wie das Oberlandesgericht davon ausgehe, dass der Kläger die Schädigung im Interesse der Allgemeinheit hinzunehmen habe. Diese Rüge kann nicht nachgeprüft werden, da die Revisionssumme nicht erreicht ist und die Voraussetzungen des § 547 Abs 1 Nr 2 ZPO insoweit nicht gegeben sind.

IV.

Der Kläger hat in der Klageschrift erklärt, dass sein Schaden, für den die Beklagte haftbar gemacht werde, mindestens 600 DM betrage; davon verlange er zunächst einen Teilbetrag von 300 DM. In der Berufungsinanz hat die Beklagte die Feststellung erbeten, dass dem Kläger gegen sie ein Anspruch auf weitere 300 DM nicht zustehe. Der Kläger hat sich gegen die Zulassung der Widerklage gewandt (Schriftsatz vom 11. April 1951). Darauf hat die Beklagte eine Erklärung des Klägers darüber verlangt, ob er auf weitere Ansprüche verzichten wolle

(Schriftsatz vom 7. Mai 1951). Diese Erklärung hat der Kläger abgelehnt (Schriftsatz vom 11. Juni 1951).

Das Oberlandesgericht hat die Widerklage zugelassen, da die Geltendmachung des mit ihr verfolgten Anspruchs in dem anhängigen Verfahren sachdienlich sei und nach ihrem Antrag erkannt.

Die Revision ist der Ansicht, dass sich der Kläger keines anderen Anspruchs mehr berührt habe, deswegen bestehe kein rechtliches Interesse an der Feststellung. Die Rüge ist unbegründet. Der Kläger hat zunächst ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Beklagte für den gesamten Schaden in Höhe von 600 DM verantwortlich gemacht werde. Das rechtliche Interesse an der Feststellung, dass der Anspruch auch in Höhe des nicht eingeklagten Betrages nicht bestehe, war also gegeben. Es ist später nicht weggefallen. Aus der Erklärung des Klägers, er lehne eine Äusserung darüber ab, ob er die Mehrforderung noch geltend machen wolle, ist ein Verzicht nicht zu entnehmen.

Die Entscheidung zur Widerklage ist aber aus den oben erwähnten sachlichen Gründen ebenfalls aufzuheben.

V.

Da es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen des Berufungsgerichts, insbesondere auch der Prüfung eines etwaigen mitwirkenden Verschuldens des Klägers

bedarf, war die Sache zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Meiss Dr. Pagendarm Dr. Geiger Dr. Weber
 Dr. Heimann-Trosien