

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 251/73

URTEIL

Verkündet am

14. Dezember 1976

W a l z ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt S[REDACTED], vertreten durch den Oberbürgermeister,
[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. K[REDACTED] -

gegen

Martha J [REDACTED], Inhaberin eines Abschleppunternehmens,
[REDACTED], G[REDACTED]str. 8,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. R[REDACTED] -

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Dunz, Scheffen, Dr. Kullmann und Dr. Deinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 26. Oktober 1973 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart - 17. Zivilkammer - vom 3. April 1973 wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung des Hauptantrags der Klage richtet.

Wegen des Hilfsantrags wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 11. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin betreibt seit dem Jahre 1967 in S. ein Abschlepp- und Mietwagenunternehmen. Ihr teilweise körperbehinderter Ehemann ist im Betrieb teils als Fahrer, teils im Innendienst tätig.



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Am 1. Juni 1972 ging gegen 22.56 Uhr bei der Notrufzentrale des Polizeipräsidiums S [REDACTED] (Ruf Nr. 110) folgender Anruf einer männlichen Person ein:

"Ich bin Heinz B [REDACTED], 24 Jahre alt, der Sprengstoff wurde bereits überführt."

Der Anruf sollte sich auf die für den 2. Juni 1972 in S [REDACTED] angekündigten Bombenanschläge beziehen; ein Heinz B [REDACTED] stand im Verdacht, der sog. Ba [REDACTED] -Bande anzugehören und wurde polizeilich gesucht. Als Urheber des Anrufs wurde alsbald der Ehemann der Klägerin festgestellt. Zu einem der ihn deshalb aufsuchenden Polizeibeamten sagte er: "Du mit Deinen langen Haaren, Du gehörst doch auch zu dieser Bande". Später behauptete er, volltrunken gewesen zu sein.

Die Funk- und Notrufzentrale (FNZ) des Polizeipräsidiums der Stadt S [REDACTED], der Beklagten, führte eine Liste, in die jene S [REDACTED] Abschleppunternehmen eingetragen waren, die sich bereit erklärt hatten, auf polizeiliche Anforderung Fahrzeuge abzuschleppen. Zu diesen Unternehmen gehörte seit 1967 auch die Klägerin und zwar für den Innenstadtbezirk, sowie später für zwei Außenstadtbezirke. Die FNZ erteilte bzw. vermittelte den in der Liste eingetragenen Abschleppunternehmen im Bedarfsfall Abschleppaufträge, und zwar im Innenstadtbereich nach dem sogenannten Rundumverfahren, in den Außenbezirken nach dem "Nächstenprinzip".

Mit Schreiben vom 6. Juni 1972 teilte das Polizeipräsidium der Klägerin mit, daß sie mit sofortiger

Wirkung von der Zuteilung von Abschleppaufträgen durch die FNZ ausgeschlossen werde, weil der Polizei eine weitere Zusammenarbeit mit ihr nach dem Telefonanruf ihres Ehemanns vom 1. Juni 1972 nicht zugemutet werden könne. Auf 1. Januar 1973 wurde die bis dahin kommunale S██████████ Polizei vom Land Baden-Württemberg übernommen. Dieses hat am 11. Januar 1973 die Klägerin wieder in die Liste der heranzuziehenden Abschleppunternehmer aufgenommen.

Mit ihrer ursprünglich mit teilweise anders gefaßten Anträgen zum Verwaltungsgericht erhobenen, von dort an das Landgericht verwiesenen Klage begehrt die Klägerin jetzt nur noch

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihr den durch die zeitweise Auftragsperre entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht hat diese Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben (das Berufungsurteil ist abgedruckt WuW 1974, 55 = WuW/E OLG 1421). Die (zugelassene) Revision der Klägerin erstrebt die Wiederherstellung des ersten Urteils.

Entscheidungsgründe

A.

Zutreffend geht das Berufungsgericht von der Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts für die Entscheidung des Rechtsstreits aus. Sie ergibt sich zwar nicht schon

aus § 17 Abs. 2 GVG, weil sich die Verweisung durch das Verwaltungsgericht auf einen anderen Antrag bezogen hat, also nicht dieselbe Sache betraf. Sie ergibt sich aber aus dem Inhalt des jetzigen Klagebegehrens, mit dem die Klägerin eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten aus unerlaubter Handlung festgestellt haben will. Das gälte selbst dann, wenn man das der Beklagten zur Last gelegte Verhalten der hoheitlichen Betätigung ihrer Bediensteten zurechnen wollte (Art. 34 S. 3 GG), was aber, wie noch auszuführen ist, nicht zutrifft.

B.

Obwohl die Klägerin, wie sie erklärt hat, auch in der Revisionsinstanz ihre Ansprüche hilfsweise auf die Vorschriften des Kartellgesetzes (GWB) stützen will, ist der erkennende allgemeine Zivilsenat an seiner Entscheidung des Rechtsstreits nicht durch die gesetzliche Zuständigkeit des Kartellsenats beim Bundesgerichtshof (§ 95 GWB) gehindert. Er sieht sich dazu jedenfalls durch die Stellungnahme des Kartellsenats in dessen in dieser Sache ergangenem Beschluß vom 4. April 1975 (abgedruckt BGHZ 64, 342 = GRUR 1975, 610 m.abl.Ann. von Kroitzsch)ermächtigt. Den Parteien war dabei, was wesentlich sein mag, auch dem Kartellsenat gegenüber Gelegenheit zum rechtlichen Gehör gegeben.

Der Sache nach besteht, was nach Auffassung des Kartellsenats für die Zuständigkeit entscheidend ist, für den erkennenden Senat kein Zweifel daran, daß sich der Klageanspruch nicht aus §§ 35, 26 Abs. 2 GWB herleiten läßt. Denn wenn man eine Anwendung dieser Vorschriften

auf den gegebenen Sachverhalt überhaupt für möglich halten will, die Polizei der beklagten Stadt also einem Unternehmen gleichzusetzen gewesen wäre, so kam ihr doch nach den insoweit übereinstimmenden tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen im Stuttgarter Abschleppgewerbe keine marktbeherrschende Stellung zu. Dagegen hat die Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung substantiiert nichts erinnert.

Damit hat das angefochtene Urteil, soweit es Ansprüche der Klägerin aus dem Kartellgesetz verneint, auch sachlich Bestand.

C.

Aber auch aus nicht in die Zuständigkeit der Kartellgerichtsbarkeit fallenden Rechtsgründen ist der Hauptantrag der Klage entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht begründet. Die Revision der Beklagten muß insoweit Erfolg haben.

I. Freilich kann die Revision nicht mit ihrer Meinung durchdringen, das Berufungsgericht habe § 87 Abs. 1 des Baden-Württembergischen Polizeigesetzes i.d.F. vom 16.1.1968 (GBl. 1968, 61 ff) verletzt, wonach das Land vermögensrechtlich in die Rechte und Pflichten der Gemeinden eintritt, soweit deren Aufgaben aufgrund des Polizeigesetzes auf das Land übergehen.

1. Die Übernahme der kommunalen S. [REDACTED] Polizei durch das Land Baden-Württemberg am 1. Januar 1973 hat die Passivlegitimation der Beklagten für Verbindlichkeiten aus der Zeit bis zum 31.12.1972 nicht beseitigt.

§ 87 Polizeigesetz (§ 89 des Entwurfs, Verhandlungen des Landtages Baden-Württemberg 1. Wahlperiode Bd. 3 Beil. 1360 S. 1897) regelt in Anlehnung an die Art. 12 - 14 des Württembergischen Polizeiverwaltungs-gesetzes vom 16.12.1921 (RegBl. 1922 S. 15) die bei der Neuorganisation notwendigen vermögensrechtlichen Ver-änderungen (Begründung S. 1919). Die Art. 12 - 14 des Württembergischen Polizeigesetzes betrafen ledig-lich entsprechend § 87 Abs. 2 u. 3 Polizeigesetz den Eigentumsübergang von beweglichen Sachen und die Über-lassung unbeweglicher Sachen an den Staat; ein allge-meiner Schuldübergang war nicht vorgesehen. Daß das Land nicht in alle Verbindlichkeiten der Gemeinde, deren Polizei übernommen wurde, eintreten wollte, läßt sich z.B. aus der Regelung des § 85 Polizeigesetz ent-nehmen, wonach die Versorgung ehemaliger kommunaler Po-lizeibeamter ausdrücklich vom Land übernommen ist. Ähn-liche Regelungen finden sich in anderen Landespolizeigesetzen (vgl. S. 85 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, §§ 65 ff Niedersächsisches SOG, § 47 Nordrhein-Westfälisches Polizeigesetz; Art. 51 Bayerisches Organisationsgesetz behandelt nur den Eigen-tumsübergang von Sachen auf den Staat).

Allerdings "darf unter normalen friedlichen Ver-hältnissen eine staatsrechtliche Veränderung innerhalb eines fortbestehenden Staates, sei sie Gebietsänderung oder Funktionsverschiebung, niemals zum Untergang be-stehender Verbindlichkeiten führen" (Scheuner, Die Funktionsnachfolge und das Problem der staatsrechtlichen Kontinuität, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky 1956 S. 9 ff, 34; vgl. auch Kaja, Die Funktions-

nachfolge 1963 S. 109, 110). Dieser Grundsatz nötigt aber nicht dazu, auch in den Fällen in denen der frühere Aufgabenträger fortbesteht, ohne ausdrückliche Regelung eine Haftung des Übernehmers für alte Verbindlichkeiten anzunehmen, denn dann bleibt dem Gläubiger der Schuldner im vollen Umfang erhalten. Demgemäß hat schon BGHZ 2, 209, 211 entschieden, daß die Haftung eines Gemeindeverbandes für Pflichtverletzung der in seinem Dienst stehenden Polizeibeamten durch den Übergang der Polizeigewalt auf die "Polizeiausschüsse" (so in der damaligen Britischen Zone) nicht berührt wird (vgl. dazu auch BGHZ 7, 75, 88; RGRK-BGB 11. Aufl. § 839 Anm. 16; Staudinger/Schäfer 10./11. Aufl. § 839 Rdz. 200).

2. Auch soweit die Klägerin noch für die Zeit nach Übernahme der Polizeiverwaltung durch das Land (1. bis 12. Januar 1973) von Abschleppaufträgen ausgeschlossen blieb, war dies mindestens auf die durch die Polizeiverwaltung der beklagten Stadt verfügte Ausschließung zurückzuführen, während es fraglich erscheint, ob dem Land eine noch frühere Revision dieser Entschließung hätte zugemutet werden können.

Indessen bedarf all dies keiner Vertiefung, weil - wie sogleich auszuführen ist - die zeitweilige Ausschließung der Klägerin den Vertretern und Bediensteten der Beklagten nach den Umständen nicht zum Vorwurf gemacht werden kann.

II. 1. Das Berufungsgericht geht, insoweit auf sein erstes, im vorausgegangenen Verfahren der einstweiligen Verfügung erlassenes Berufungsurteil (vom 29. Dezember 1972

- 2 U 123/72) bezugnehmend, davon aus, daß der Klageanspruch nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist. Das ist zutreffend. Die Polizei der Beklagten mochte eine öffentliche Aufgabe zwar nicht nur insoweit erfüllen, als sie zur Ortsveränderung verkehrswidrig geparkter oder zur Sicherstellung verlassener oder verdächtiger Fahrzeuge selbst Abschleppaufträge erteilte; auch soweit sie im erteilten, unterstellten oder erwarteten Auftrag von Haltern nicht mehr fahrbereiter Unfallfahrzeuge Abschleppaufträge erteilte oder vermittelte, erfüllte sie ihre Amtspflicht, eine rasche Räumung des Verkehrsraums zu sichern und möglicherweise auch Eigentumsdelikten vorzubeugen. Daher mag ihre Tätigkeit den Haltern gegenüber regelmäßig hoheitlichen Charakter gehabt haben. Das ändert aber nichts daran, daß sie mit der Klägerin zu diesem Zweck jeweils Geschäfte auf privatrechtlicher Grundlage abschloß bzw. vermittelte. Es handelte sich insoweit um die kommerzielle Beschaffung sachlicher und persönlicher Mittel (Dienstleistungen), die erst der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe dienen sollten. Solche Beschaffungsgeschäfte unterstehen nach fast einhelliger Meinung ausschließlich den Regeln des Privatrechts (BGHZ 36, 91, 96, - Gummistrümpfe -; Senatsurteil vom 6. Juni 1967 - VI ZR 214/65 - LM GVG § 13 Nr. 106 - NJW 1967, 1911 - VersR 1967, 878 - Hausverbot -; BVerwGE 5, 235 - NJW 1958, 394 - Auftragssperre; vgl. ferner Daumann DAR 1969, 317 ff; Steckert DVBl 1971, 243, 246).

Nichts anderes aber kann dann gelten, wenn Ansprüche daraus hergeleitet werden, daß die Vorenthaltung solcher gewerblicher Aufträge (trotz Fehlens einer vertraglichen

Bindung) rechtswidrig gewesen sein soll (unrichtig OVG Münster DVBl 1971, 115 mit abl.Anm. von Bettermann). Die Liste, aus der die Klägerin gestrichen worden ist, war für die Polizei nur ein Hilfsmittel für die jeweiligen Entscheidungen über privatrechtliche Abschleppaufträge, daher kann auch die Streichung aus der Liste nicht anders beurteilt werden (so BVerwG DÖV 1973, 244 auf Revision gegen OVG Münster aaO; das schon erwähnte Senatsurteil vom 6. Juni 1967). Wenn der Polizeipräsident angeordnet hatte, die Erteilung von Abschleppaufträgen nicht willkürlich, sondern nach dem "Rundumverfahren" bzw. nach dem "Nächstenprinzip" vorzunehmen, so trug er damit nur dem Grundsatz Rechnung, daß die öffentliche Hand auch bei fiskalischem Handeln mehr als ein Privatmann an den Gleichheitssatz des Art. 3 GG gebunden bleibt (BGHZ 52, 325, 328 mit Nachw.; vgl. auch Soergel/Glaser BGB 10. Aufl. § 839 Rdnr. 113; BVerwG aaO; Ob. Senatsurteil vom 6. Juni 1967; BGHZ 36, 91, 96).

All dies stellen die Parteien auch im Revisionsverfahren nicht in Frage.

2. Dem Berufungsgericht kann aber nicht gefolgt werden, soweit es auf dieser Grundlage eine Haftung der beklagten Stadt für das Verhalten ihres Polizeidirektors oder sonstiger Bediensteter, deren Tun ihr zuzurechnen ist (§ 823 mit §§ 89, 31 bzw. 831 BGB), bejaht.

a) Insoweit führt das Berufungsgericht aus:

In der verhängten Auftragssperre liege ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin. Dieser Betrieb sei durch die

Notwendigkeit, den damals angestellten Fahrer zu entlassen und ein Mietfahrzeug zu verkaufen, in seinem Bestand gefährdet worden.

Der Eingriff sei auch rechtswidrig gewesen. Dies begründet das Berufungsgericht wie folgt:

Die verfassungsrechtliche Wertordnung wirke auch auf das Privatrecht ein. Der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) binde die öffentliche Verwaltung auch bei "fiskalischen Hilfsgeschäften". Die Polizeibehörde habe sich der Abschleppunternehmen zur Erfüllung der ihr obliegenden Verwaltungsaufgaben bedient (vgl. oben zu I). Daher sei sie nach der Fallgestaltung an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden gewesen ohne Rücksicht darauf, ob die in BGHZ 29, 76 entwickelten Grundsätze zuträfen. Sie habe, soweit ersichtlich, alle Abschleppunternehmen, die einen entsprechenden Antrag gestellt und die sachlichen Voraussetzungen erfüllt hätten, in ihre Liste aufgenommen. Die Klägerin habe nach rund 5 Jahren annehmen dürfen, daß sie von der Polizei nicht ohne sachlichen Grund von Abschleppaufträgen ausgeschlossen werde, zumal sie ihr Unternehmen mit erheblichem finanziellen Aufwand auf solche Aufträge ausgerichtet habe.

Immerhin habe die Beklagte eine starke Marktposition innegehabt. Deshalb sei ihre Stellung nicht die gewesen, die der öffentlichen Verwaltung sonst bei den der Beschaffung dienenden fiskalischen Hilfsgeschäften zukomme. Soweit solche Hilfsgeschäfte auf einem bestimmten Markt oder für bestimmte Unternehmen von großer wirtschaftlicher Bedeutung seien, dürfe die öffentliche Verwaltung nicht willkürlich vorgehen. Gegen die daraus entspringende Pflicht

zur Gleichbehandlung habe die Beklagte verstoßen; bei Abwägung der beiderseitigen Interessen sei die Auftragsperre sachlich nicht geboten und gerechtfertigt gewesen.

In diesem Zusammenhang wertet das Berufungsgericht die für die Zeit vor dem 1. Juni 1972 von der Beklagten vorgetragene Beanstandungen des Betriebs und gelangt dabei zu dem Ergebnis, daß ihnen weder einzeln noch insgesamt besonderes Gewicht zukomme. Keinen dieser Vorfälle habe denn auch die Beklagte zum Anlaß einer Streichung aus der Liste genommen. Auch bei anderen eingetragenen Abschleppunternehmen "werde" es gelegentlich "Pannen" geben. Daß die Klägerin nachlässiger oder unzuverlässiger als die anderen gearbeitet habe, sei nicht festzustellen. Der "ausschlaggebende" Grund für das Vorgehen der Beklagten sei der Vorfall vom 1. Juni 1972 gewesen. Dieser sei aber für die Klägerin selbst nicht voraussehbar und nicht von ihr verschuldet gewesen. Seine Wiederholung sei nach der Sachlage nicht zu befürchten. Die Beklagte stelle auch nicht darauf ab, daß die künftige, technisch-organisatorische Abwicklung von Aufträgen gefährdet sei, sondern meine, aufgrund des Vorfalls fehle die Vertrauensgrundlage für eine künftige Zusammenarbeit der Polizei mit der Klägerin.

Das erscheint dem Berufungsgericht jedoch nicht durchschlagend. Es erwägt die schwierige wirtschaftliche Lage der Klägerin, deren Ehemann infolge einer Erkrankung an Kinderlähmung berufsunfähig ist, und die mit der Auftragsentziehung zu gewärtigende Gefährdung ihrer Existenz. Es meint, es widerspräche der Rechtsordnung, im Sinne einer "Sippenhaft" jemanden für die Straftaten seiner

Angehörigen verantwortlich zu machen. Daher erblickt es in dem Vorgehen der Beklagten eine mit Art. 6 und 20 GG unvereinbare "Sanktion"; es widerspräche auch dem Grundsatz, daß die Ahndung von Straftaten Sache des Strafverfahrens sei. Gerade die Träger der öffentlichen Verwaltung müßten dem Fehlverhalten eines Straftäters mit Nachsicht begegnen und dürften seine Wiedereingliederung nicht gefährden.

Das Berufungsgericht hält das Vorgehen der Polizeidirektion der Beklagten für fahrlässig. Diese habe sich auf keine vergleichbare Entscheidung oder Rechtsmeinung im Schrifttum berufen können. Es habe sich um komplexe Rechtsfragen gehandelt, die praktisch erst in letzter Instanz endgültig hätten entschieden werden können. Das Risiko einer solchen zweifelhaften Rechtslage dürfe, so führt es aus, der Schuldner nicht dem Gläubiger zuschieben. Auch die Tatsache, daß im Verfahren der einstweiligen Verfügung das Landgericht im ersten Rechtszuge zugunsten der Beklagten entschieden hat, will das Berufungsgericht nicht als Anhalt für die Vertretbarkeit der Rechtsmeinung der Polizeidirektion anerkennen. Bei unklarer Rechtslage müsse das Risiko der tragen, der "in Rechte Dritter eingreife".

b) Diese Ausführungen beruhen in mehrfacher Hinsicht auf einer Verkenntung der Sach- und Rechtslage.

aa) Zwar mag davon ausgegangen werden, daß das Vorgehen der städtischen Polizei an sich den "offenen Tatbestand" des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin erfüllen und deshalb im Falle seiner - nicht indizierten - Rechtswidrigkeit

und bei schuldhaftem Handeln eine Haftung gem. § 823 Abs. 1 BGB i.V. mit §§ 89, 31 bzw. 831 BGB hätte begründen können. Eine Haftung nach § 839 BGB scheidet hier ohnehin aus (RGZ 155, 257, 266; BGH MDR 1952, 674, 676). Das Berufungsgericht verkennt aber schon, daß die öffentliche Hand im fiskalischen Bereich, insbesondere bei sogenannten Beschaffungsgeschäften nach bürgerlichem Recht, grundsätzlich ebenso wie ein Privater das Recht der freien Auswahl des Geschäftspartners genießt (BGHZ 36, 91, 97). Dies wird vor allem daraus deutlich, daß es in diesem Zusammenhang die Entscheidung BGHZ 29, 71 und 52, 328 heranzieht. In beiden Fällen ging es nämlich gerade darum, daß sich die öffentliche Hand zur unmittelbaren Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben (im ersten Falle: Beschaffung von Siedlungsland; im zweiten Falle: Bereitstellung von öffentlichen Verkehrsmitteln) privatrechtlicher Mittel bediente. Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Soweit die Polizei für eigene oder fremde Rechnung Abschleppunternehmen heranzieht, erfüllt sie zwar, wie bemerkt, meist in anderer Richtung öffentliche Aufgaben; diese Aufgaben obliegen ihr aber nicht gegenüber dem Abschleppunternehmen, die von ihr zu Beschaffungszwecken nicht nur formell, sondern auch der Sache nach im Wege des kommerziellen Rechtsverkehrs in Anspruch genommen werden (vgl. auch Senatsurteil vom 15. Mai 1973 - VI ZR 160/71 - VersR 1973, 818, 819).

Ein Unterschied zwischen Beschaffungsgeschäften der öffentlichen Hand einerseits und solchen eines Privatmanns andererseits mag freilich darin bestehen, daß dem Privatmann bei der Wahl seiner Geschäftspartner (von den Schranken des Kartellgesetzes abgesehen) im Zweifel nicht verboten ist, auch willkürlich zu verfahren und an sich sachfremde Tendenzen zu verfolgen. Demgegenüber

sind für die öffentliche Hand auch im fiskalischen Bereich gewisse Bindungen und Schranken zu beachten, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten (Senatsurteil vom 6. Juni 1967 - VI ZR 214/65 - NJW 67, 1911 - Hausverbot - m.w.Nachw.; Soergel/Glaser § 839 Rdnr. 92; Staudinger/Schäfer § 839 Rdnr. 334; Leisner, Grundrechte und Privatrecht 1960 S. 198 ff; Bender JuS 1962, 181; Zuleeg NJW 1962, 2234; a.A. Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber 1963 S. 10 ff; Maunz/Dürig Art. 1 Abs. III Rdnr. 134 ff, 138). Können sich demnach für die öffentliche Hand auch insoweit Anforderungen ergeben, die über diejenigen des Kartellrechts hinausgehen, dann können doch jedenfalls nur willkürliche, d.h. mit dem Zweck der Beschaffung nicht zusammenhängende Beweggründe für die Ausschließung eines Bewerbers unstatthaft sein und daher einen rechtswidrigen Eingriff in dessen Gewerbebetrieb darstellen.

bb) Hier zieht das Berufungsgericht aber vor allem nicht erkennbar in Betracht, daß im vorliegenden Fall - der Heranziehung von Abschleppunternehmen durch die Polizei - ein strenger Auswahlmaßstab von der Sache her notwendig ist und daher auch rechtlich zulässig sein muß (insofern richtig auch OVG Münster aaO).

Soweit die Polizei für die Halter oder Fahrer von bewegungsunfähigen oder derzeit unbemannten Fahrzeugen Abschleppunternehmen beauftragt oder vermittelt, mag ihre Rechtsstellung jenen gegenüber im einzelnen zweifelhaft sein (vgl. etwa Steckert DVB1 1971, 317), eben weil insoweit eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird; sicher ist aber - und nur darauf kommt es im

16

jetzigen Zusammenhang an -, daß ihre Sorgfaltspflicht gegenüber den Fahrzeugberechtigten jedenfalls nicht geringer sein kann als diejenige eines zivilrechtlichen Beauftragten. In diesem Falle schuldet sie dem Geschäftsherrn die sorgfältige Auswahl eines geeigneten Abschleppunternehmens. Das bedeutet, daß sie von der Berücksichtigung eines Bewerbers auch schon dann Abstand nehmen muß, wenn ihr bekannte Umstände zu Bedenken gegenüber seiner Zuverlässigkeit immerhin Anlaß geben können, während ähnliche Bedenken bei einem Mitbewerber nicht ersichtlich sind. Sie hätte anderenfalls möglicherweise Schadensersatzansprüche des Geschäftsherrn zu gewärtigen; solche um des Gleichheitsgrundsatzes willen in Kauf zu nehmen kann der Polizeibehörde keinesfalls zugemutet werden.

Nicht anders ist es, wo die Polizei das Abschleppunternehmen zunächst im eigenen Namen als Gehilfe bei hoheitlichen Eingriffen heranzieht. Hier kommt vor allem das gewaltsame Öffnen und Entfernen von Fahrzeugen in Abwesenheit des Berechtigten in Frage, wobei aus diesen Wagen häufig Ladung und Gebrauchsgegenstände des Berechtigten nicht zuvor entfernt worden sind. Daraus wird besonders deutlich, daß die Polizeibehörde die Pflicht hat, für solche Tätigkeiten nur Unternehmer heranzuziehen, deren Betrieb integer und vertrauenswürdig erscheint.

c) Insgesamt scheint das Berufungsgericht von der unrichtigen (vgl. oben zu a) Meinung auszugehen, daß der Klägerin aus der Eintragung in die Liste eine Rechtsposition erwachsen sei, die ihr erst hätte entzogen werden müssen. In Wirklichkeit konnte sich ein

rechtswidriger Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin überhaupt erst daraus ergeben, daß sie böswillig oder wenigstens willkürlich übergangen wurde, wobei dieser Tatbestand von ihr zu beweisen wäre. Denn soweit es um die Haftung für einen Eingriff in den Gewerbebetrieb geht, ist es nicht Sache des Handelnden, einen besonderen Rechtfertigungsgrund darzutun (vgl. BGHZ 45, 296, 307). Von Willkür kann aber nicht gesprochen werden, wenn der Übergehung auch nur der nicht offensichtlich unbegründete Verdacht zugrunde liegt, daß der Unternehmer oder das von ihm eingesetzte Personal in fachlicher und charakterlicher Hinsicht nicht allen Anforderungen entspreche. Dabei ist es unerheblich, daß die Störung der Zusammenarbeit nicht von der Klägerin ausging, sondern von ihrem Ehemann, der einen wesentlichen Einfluß auf den Betrieb der Klägerin ausübt. Dies ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts, das aus ihnen aber nicht die nach Lage des Falles gebotenen Schlüsse gezogen hat. Kann oder will die Klägerin seine Einflußnahme auf die Führung des Betriebs nicht ausschalten, muß sie selbst sich im Rechtssinne als unzuverlässig behandeln lassen (BVerwGE 9, 222). Da entgegen der Meinung des Berufungsgerichts weder die Entziehung eines Rechts noch eine "Sanktion" in Frage steht, kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob die den Verdacht der Unzuverlässigkeit begründenden Umstände von dem betroffenen Unternehmer verschuldet sind. Es kommt auch nicht darauf an, ob diese Umstände von dem Unternehmer selbst oder von seinen Bediensteten ausgehen. Dabei kann von einer "Sippenhaft" keine Rede sein. Die Klägerin kann sich auch, da sie ersichtlich auf die Weiterarbeit ihres Ehemanns angewiesen ist, nicht auf das Urteil des Bundes-

gerichtshofs vom 13. Juli 1972 (II ZR 55/71 - NJW 1972, 1892) berufen. Schließlich ist unerheblich, ob der Unternehmer durch die Vorenthaltung der Aufträge mehr oder weniger betroffen wird, denn der Polizei kann nicht erlaubt sein, aus sozialen Erwägungen die Fahrzeughalter, denen ihre amtliche Sorgfaltspflicht gilt, mit einem Risiko zu belasten, das sie vermeiden kann.

Das angefochtene Urteil kann aus all diesen Gründen keinen Bestand haben.

III. Aufgrund des feststehenden Sachverhalts vermag das Revisionsgericht die anderweite Entscheidung, soweit sie sich auf den Hauptantrag der Klage bezieht, selbst zu treffen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Dabei erweist sich die Klage deshalb als unbegründet, weil ein fehlsames Verhalten weder den verfassungsmäßig berufenen Vertretern der Beklagten (§ 89 Abs. 1 BGB) noch anderen Bediensteten (§ 831 BGB) vorgeworfen werden kann.

1. Der Ehemann der Klägerin spielte wie bereits bemerkt, in ihrem Betrieb eine erhebliche Rolle. Die Behauptung, er sei nur in untergeordnetem Umfang und mehr aus therapeutischen Erwägungen beschäftigt worden, wird durch die unstreitigen Umstände widerlegt. Er hat die Klägerin nicht nur, wie sie einräumt, bei wesentlichen geschäftlichen Entscheidungen beraten. Er hat auch, wie aktenkundig ist, im wesentlichen Umfang für sie schriftliche und mündliche Verhandlungen mit Behörden geführt. Vor allem war der Ablauf des Betriebs insgesamt ohne seine Tätigkeit im Innen- und Außendienst nicht möglich. Im Betrieb war jeweils höchstens ein angestellter Fahrer tätig. Dabei war in einem Vorort

noch eine "Zweigstelle" eröffnet worden, um über sie auch an im Außenbezirk anfallenden Abschleppaufträgen beteiligt zu werden.

2. Bei der Entscheidung über den Ausschluß der Klägerin von weiteren Aufträgen ergab sich aus den bei der Polizei geführten Akten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht waren, folgendes:

Schon bei Aufnahme der Klägerin in die Liste hatte sich aus der Persönlichkeit des erheblich vorbestraften Ehemanns Bedenken ergeben. Diese Vorstrafen, von denen die letzten zwei (wegen fahrlässiger Tötung im Verkehr und verbotenen Schußwaffengebrauchs) damals noch keine 3 Jahre zurücklagen, bezogen sich, obwohl die Strafen als solche - teilweise wegen Anwendung des Jugendstrafrechts - mäßig waren, auf verschiedenartige, meist vorsätzliche Straftaten. Schon im Jahre 1968 wurde der Ehemann wegen unerlaubten Betriebs einer Funkanlage angezeigt, was zu seiner Verurteilung führte. Aus Anlaß der Anzeige wurde die Klägerin bereits damals vorübergehend von Aufträgen ausgeschlossen. Bei der Wiedenzulassung wurde sie unter Hinweis auf die dies allein rechtfertigenden sozialen Erwägungen verwarnet. In der Folgezeit wurden verschiedentlich sachliche Beanstandungen der Tätigkeit des Unternehmens der Klägerin aktenkundig gemacht. Noch im Februar 1972 hatten handgreifliche Auseinandersetzungen des Ehemanns mit Angehörigen eines benachbarten Konkurrenzbetriebs zu polizeilichen Ermittlungen und zu einer erneuten Verwarnung auch der Klägerin geführt.

Unter Hinzuziehung dieser Vorgeschichte mußte die Polizeidirektion der Beklagten darüber befinden, ob sie

die Heranziehung der Klägerin zu Abschleppaufträgen auch noch nach dem Vorfall vom 1. Juni 1972 verantworten konnte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die aktenkundigen Beanstandungen im einzelnen übertrieben waren, wie dies das Berufungsgericht für möglich hält. Es konnte nämlich der Polizeidirektion jedenfalls nicht vorgeworfen werden, wenn sie diese aktenkundige Vorgeschichte bei ihrer Entscheidung ohne Nachforschungen im Einzelnen bewertete. Daß sie das tat, wird durch die Feststellung des Berufungsgerichts nicht berührt, daß die Straftat vom 1. Juni 1972 der "ausschlaggebende" Grund gewesen sei.

Bei dieser Sachlage konnte die Polizeidirektion pflichtgemäß zu dem Ergebnis kommen, daß die neue Straftat die Persönlichkeit des Ehemanns als unzuverlässig kennzeichne und damit eine weitere Zusammenarbeit der Polizei mit dem Unternehmen der Klägerin untunlich mache. Dann aber erscheint die Meinung des Berufungsgerichts, daß darin eine schuldhafte Fehlbeurteilung liege, rechtlich nicht haltbar. Es konnte auch durchaus in Betracht gezogen werden, daß sich die verantwortungslose Straftat des Ehemanns gerade gegen die Polizei richtete. Abgesehen davon, daß eine gestörte Zusammenarbeit mit der Polizei sich nachteilig auf die sachliche Erledigung fernerer Aufträge auswirken konnte, handelt auch die öffentliche Hand, wenigstens soweit sie in der Wahl ihrer Geschäftspartner im Grundsatz frei ist, nicht unsachlich, wenn sie die Verbindung mit Unternehmen meidet, von deren Bediensteten sie Anfeindungen zu gewärtigen hat, die über erlaubte Meinungsäußerungen hinausgehen (vgl. auch OVG Münster aaO). Es kommt angesichts dessen nicht mehr

darauf an, ob das Berufungsgericht zu Recht der mit der Auffassung der Beklagten rechtlich übereinstimmenden erstinstanzlichen Entscheidung der Zivilkammer (also eines Kollegialgerichts) im Verfahren der einstweiligen Verfügung eine Hinweiskwirkung für die Schuldlosigkeit der Beklagten (vgl. BGH Urt. v. 21. Dezember 1961 - III ZR 56/66 - NJW 62, 793; vom 8. Juli 1968 - III ZR 56/66 - NJW 1968, 2144) abgesprochen hat.

3. Angesichts dessen war mindestens zunächst die alsbaldige Sperrung von Aufträgen für die Beklagte naheliegend und keinesfalls vorwerfbar.

a) Es kann damit nur noch fraglich sein, ob die Beklagte gehalten gewesen wäre, die Klägerin früher wieder zu Abschleppaufträgen heranzuziehen. Insoweit ist aber zunächst die unstreitige Tatsache zu würdigen, daß der Ehemann der Klägerin nur zwei Wochen später wieder auffällig geworden ist: er rief in betrunkenem Zustand die Polizei zu Hilfe wegen eines Ehestreits, in dessen Verlauf mit einer Schußwaffe hantiert worden war. Auch aus diesem Vorfall konnte die Beklagte sehr wohl folgern, daß die Straftat vom 1. Juli 1972 keine einmalige Entgleisung des Ehemanns, sondern Ausdruck seiner charakterlichen Unzuverlässigkeit war; er wird übrigens von der Klägerin selbst als psychisch gestört bezeichnet.

b) Damit bleibt nur die Frage, ob die Beklagte auf das Angebot der Klägerin hin, ihren Mann gänzlich von der Tätigkeit im Betrieb auszuschalten, gehalten gewesen wäre, sie alsbald wieder zu Aufträgen heranzuziehen. Auch das konnte sie indessen ablehnen, ohne

12

daß ihr deshalb jedenfalls ein schuldhafter Rechtsirrtum zur Last fiele. Vordringlich war für sie die Amtspflicht der Polizei gegenüber den Fahrzeughaltern, die es gebot, nur zuverlässige Abschleppunternehmen heranzuziehen oder zu vermitteln, und von der Heranziehung solcher Unternehmer Abstand zu nehmen, auf die auch ein Privatmann in Kenntnis der der Beklagten ersichtlichen Umstände vorsichtshalber zu verzichten Anlaß haben konnte. Dabei unterlag die Polizei der Klägerin gegenüber nur dem Willkürverbot, das Ansprüche erst im Falle einer w i l l k ü r l i c h e n Übergehung auslösen konnte. Diese Rechtslage verkennt das Berufungsgericht, wenn es der Beklagten vorwirft, sie hätte vor einer endgültigen Klärung der Rechtslage nicht in das Rechtsgut der Klägerin (den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) "eingreifen" dürfen. Es war daher mindestens vertretbar, wenn es die Beklagte für richtig hielt, zunächst weiterhin von einer Inanspruchnahme der Klägerin abzusehen, weil deren Betrieb derzeit wegen des Einflusses ihres Ehemannes nicht die erforderliche Zuverlässigkeit aufwies. Zu einer Vorleistung gegenüber der Klägerin brauchte sie keinen Anlaß zu sehen - ganz abgesehen davon - daß dessen Angebot mit Rücksicht auf die betrieblichen Gegebenheiten nur schwer durchführbar gewesen sein dürfte.

4. Nach alledem muß der Hauptantrag der Klage abgewiesen werden, weil der Polizeidirektion der Beklagten jedenfalls kein Verschulden zur Last fällt. Es kann dahinstehen, ob ihr Verhalten nicht auch aus nachträglicher Sicht richtig erscheint, mindestens weil es den in solchen Fällen zwangsläufig weit zu steckenden Ermessens-

rahmen (vgl. BGH Urt. v. 8. Juli 1968 - III ZR 56/66
- NJW 1968, 2144) nicht sprengt.

IV. Mit der Abweisung des Hauptantrags bleibt der vom
Berufungsgericht bisher nicht erörterte Hilfsantrag zu
bescheiden.

Daß dieser Antrag aus den bisher erörterten Erwägungen
unbegründet wäre, läßt sich derzeit nicht schon sagen. Denn
soweit die Halter der abzuschleppenden Wagen selbst die
Dienste der Klägerin gewünscht haben sollten, hatte die
Beklagte - jedenfalls vorbehaltlich einer gebotenen
Warnung - keinen berechtigten Anlaß, sich dem zu wider-
setzen. Es mag daher darauf ankommen, inwieweit - über
den unstreitigen Fall der Steuerbevollmächtigten Gröber
(vgl. hierzu die Akten 17 O 319/73 des LG Stuttgart wegen
einstweiliger Verfügung) hinaus - die Polizeibeamten der
Beklagten solche Vermittlung abgelehnt haben, ob dies
ohne sachlichen Grund (etwa organisatorische Schwierig-
keiten) geschah und wer daran die Schuld trägt.

Da für diese Entscheidung weitere tatsächliche Feststellungen in Betracht kommen können, ist insoweit die Zurückverweisung der Sache geboten, wobei dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorbehalten bleibt.

Dr. Weber

Dunz

Scheffen

Dr. Kullmann

Dr. Deinhardt