

~~Für das Nachschlagewerk~~

Für die Amtliche Sammlung! (Nur Rechtssätze zu 1 und 2)

1. Gesetz: ZPO §§ 244, 249 Abs 2

Rechtssatz: Wird der zweitinstanzliche Prozeßbevollmächtigte einer Partei nach Verkündung, aber vor Zustellung des Berufungsurteils in der Liste der Rechtsanwälte gelöscht, dann tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, auch wenn die Partei noch durch ihren Prozeßbevollmächtigten 1. Instanz vertreten ist. Während der Dauer der Unterbrechung kann eine wirksame Zustellung des Berufungsurteils nicht erfolgen.

2. Gesetz: ZPO §§ 244, 250, 295

Rechtssatz: Der Mangel der Zustellung der Anzeige gemäß § 244 Abs 1 gehört zu den "verzichtbaren" Verfahrensmängeln.

3. Gesetz: ~~BBG~~ § 839; Runderlaß Außenwirtschaft Nr 56/51 (BAnz Nr 244 vom 18.12.1951)

Rechtssatz: Grundsätze für die Erteilung von Einkaufsermächtigungen im Rahmen des Runderlasses Außenwirtschaft Nr 56/51 (BAnz Nr 244 vom 18.12.1951)

Aktenzeichen: III ZR 131/55 LG Frankfurt(Main)

Urteil des BGH vom 28. Januar 1957 OLG Frankfurt(Main)

III ZR 131/55

Verkündet
lt. Protokoll
am 28. Januar 1957
Vogt, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma S c h [REDACTED], G [REDACTED] & Co., H [REDACTED],
M [REDACTED] L [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den
Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und
Forsten.

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. Januar 1957 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der
Bundesrichter Dr. Weber, Dr. Kreft, Dr. Wolany und
Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Frankfurt (Main) vom 17. März 1955 wird zurück-
gewiesen.

Die Kosten der Revision hat die Klägerin
zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Mit einem Runderlaß des Bundesministers für Wirtschaft vom 15. Dezember 1951 (Runderlaß Außenwirtschaft Nr 56/51 - Bundesanzeiger Nr 244 vom 18. Dezember 1951 -) war die Einfuhr von Waren gegen Devisenzahlungen in das Gebiet der Bundesrepublik neu geregelt worden. Nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen dieses Erlasses hatte die dafür zuständige Außenhandelsstelle für Erzeugnisse der Ernährung und Landwirtschaft (Außenhandelsstelle), eine dem Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten nachgeordnete Bundesoberbehörde (§ 1 des Gesetzes über die Außenhandelsstelle für Erzeugnisse der Ernährung und Landwirtschaft vom 17. Dezember 1951 - BGBl I 967 -), durch die Verlautbarung Nr 1643 vom 10. September 1953 - Bundesanzeiger Nr 176 vom 12. September 1953 - die Möglichkeit der Einfuhr von Schweineschmalz über Portugal im Gesamtwert von 2 000 000 DM und das dabei anzuwendende Verfahren bekanntgegeben. Dabei waren als besondere Bedingungen u.a. vorgesehen:

- a) Verschiffungstermin: September/Okttober 1953;
- b) Anträge auf Erteilung von Einkaufsermächtigungen können nur in Höhe von 20% der ausgeschrieben Wertgrenze gestellt werden.

Auf Grund dieser Ausschreibung bewarben sich insgesamt 12 Firmen, darunter die Klägerin, um die Erteilung einer Einkaufsermächtigung. Die Klägerin gab mit zwei anderen Firmen ein gleichlautendes Angebot über je 250 to Schmalz, Verschiffung Oktober 1953, c + f Hamburg, zum Preise von 159,46 DM je 100 kg ab. Das Angebot einer Gruppe von vier anderen Firmen lautete auf 240 to und 30 to zur Promptlieferung zum Preise von 162 DM je 100 kg fob Port. Hafen. Eine dritte



Gruppe von fünf Firmen bot das Schmalz zu 173 DM je 100 kg frei deutsch-holländische Grenze an. Auf Fracht-Parität gebracht lautete das Angebot der Gruppe, zu der die Klägerin gehörte, auf 160,46 DM und das der beiden anderen Gruppen auf 168 DM und 173 DM je 100 kg Schmalz.

Am 15. September 1953 fand die Ausschußsitzung der Außenhandelsstelle statt, in der die Zuschläge (Einkaufsermächtigungen) auf die eingegangenen Angebote erteilt wurden. Zu dieser Sitzung waren zur Beratung Sachverständige aus den Kreisen der Wirtschaft zugezogen, unter denen sich auch je ein Angehöriger zweier Firmen befand, die selbst Angebote abgegeben hatten. Nach Beratung des Ausschusses entschied der zuständige Referent der Außenhandelsstelle, daß alle eingegangenen Angebote, die insgesamt ungefähr das Doppelte der ausgeschriebenen Menge ausmachten, berücksichtigt und deshalb alle Angebote prozentual gleichmäßig gekürzt werden sollten. Auf alle Angebote erfolgte dementsprechend nur eine Zuteilung von 48,29%, so daß der Klägerin statt der angebotenen Menge im Werte von rund 399 000 DM, die der in der Ausschreibung vorgesehenen Begrenzung auf 20% der Gesamtmenge entsprach, nur eine Menge im Werte von rund 193 000 DM zugewiesen wurde.

Die Klägerin macht geltend, daß sie durch das von der Außenhandelsstelle geübte Verfahren bei der Erteilung der Einkaufsermächtigungen benachteiligt worden sei, und nimmt die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch. Im einzelnen hat sie dazu vorgetragen: Vertreter von Firmen, die sich selbst an der Ausschreibung mit Angeboten beteiligt hätten, hätten als beratende Sachverständige nicht zugezogen, und ihr Urteil hätte bei der Entscheidung nicht berücksichtigt

werden dürfen. Ihr, der Klägerin, Angebot und das der beiden anderen Firmen ihrer Gruppe sei das günstigste gewesen und hätte deshalb angesichts der Bestimmungen unter Ziff 10 a) des Runderlasses vom 15. Dezember 1951 im Rahmen der von vornherein auf 20% der Gesamtmenge beschränkten Zuteilungsmöglichkeit voll berücksichtigt werden müssen. Bei voller Berücksichtigung ihres Angebots würde sie einen Mehrverdienst von über 30 000 DM erzielt haben.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Zahlung von 6 500 DM als Teilbetrag ihres angeblichen Gesamtschadens.

Das Landgericht hat die Klage dem Antrag der Beklagten entsprechend abgewiesen und das Oberlandesgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter. Die Beklagte bittet in erster Linie um Verwerfung, hilfsweise um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die von der Beklagten gegen die Zulässigkeit der Revision erhobenen Bedenken sind im Ergebnis unbegründet. Es handelt sich dabei um folgendes:

Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin in der Berufungsinstanz, Rechtsanwalt Lü[REDACTED], wurde am 29. April 1955 in der Liste der Rechtsanwälte gelöscht. Zu diesem Zeitpunkt war das am 17. März 1955 verkündete Berufungsurteil noch nicht zugestellt. Am 18.

Juni 1955 legte die Klägerin Revision gegen das Berufungsurteil ein. Die Beklagte hält die Revision für unzulässig, da das Berufungsurteil bereits am 12. Mai 1955 dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin, Rechtsanwalt Dr. He [REDACTED] in F [REDACTED] zugestellt worden, die Revisionsfrist mithin nicht gewahrt sei. Demgegenüber macht die Klägerin geltend, daß es sich am 12. Mai 1955 lediglich um einen rechtlich bedeutungslosen "Versuch" einer Zustellung gehandelt habe und eine wirksame Zustellung an Rechtsanwalt Dr. He [REDACTED] erst am 14. Juni 1955 erfolgt sei. In Wirklichkeit jedoch ist eine wirksame Zustellung des Berufungsurteils vor Eingang der Revisionschrift bei Gericht überhaupt nicht erfolgt.

Durch Löschung des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin für die Berufungsinstanz in der Anwaltsliste trat, da die Berufungsinstanz in diesem Zeitpunkt mangels Zustellung des Berufungsurteils noch nicht beendet war, gemäß § 244 Abs 1 ZPO eine Unterbrechung des Verfahrens ein. Die Tatsache, daß die Klägerin noch durch ihren Prozeßbevollmächtigten 1. Instanz vertreten war, änderte nichts daran (RGZ 71, 155, [159]; Stein-Jonas-Schönke 17. Aufl Anm I 2 zu § 244 ZPO). Während der Unterbrechung des Verfahrens konnte das Berufungsurteil an den Prozeßbevollmächtigten 1. Instanz nicht wirksam zugestellt werden. Zur Begründung der gegenteiligen Auffassung kann auch nichts Entscheidendes aus der von der Beklagten angeführten Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 103, 334 ff entnommen werden. In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht ausgesprochen und eingehend begründet, daß ein in der Berufungsinstanz gegen eine Partei nach Wegfall ihres zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten ergangenes Versäumnisurteil nicht an die Partei selbst, sondern an ihren erstinstanz-

lichen Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden müsse. Es kommt hier jedoch entscheidend auf den Unterschied zwischen dem vorliegenden und dem der reichsgerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt an. In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall war das durch Wegfall des zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten zunächst unterbrochene Verfahren wieder aufgenommen worden, genauer gesagt galt es nach fruchtlosem Ablauf der in einer gemäß § 244 Abs 2 Satz 1 ZPO zugestellten Aufforderung bestimmten Frist gemäß Satz 2 aaO als aufgenommen. Für diesen Fall ist dem Reichsgericht darin beizupflichten, daß die in dem aufgenommenen Verfahren zu bewirkenden Zustellungen, so lange ein neuer Prozeßbevollmächtigter für die höhere Instanz nicht bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz erfolgen können und müssen. In dem vorliegenden Fall aber dauerte in dem Zeitpunkt, der für die Frage einer wirksamen Zustellung an Rechtsanwalt Dr. He [REDACTED] allein interessiert, die Unterbrechung des Verfahrens noch an. So lange aber das Verfahren noch unterbrochen war, konnte - mit Rücksicht darauf, daß während der Dauer der Unterbrechung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommene Prozeßhandlungen, somit auch Zustellungen, der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Bedeutung sind (§ 249 Abs 2 ZPO) - eine Zustellung des Berufungsurteils seitens der Beklagten an die Klägerin - sei es an sie persönlich, sei es an den noch vorhandenen Prozeßbevollmächtigten 1. Instanz - überhaupt nicht wirksam erfolgen.

Bei Eingang der Revisionsschrift der Klägerin am 18. Juni 1955 war mithin die Revisionsfrist mangels wirksamer Zustellung des Berufungsurteils überhaupt noch nicht in Lauf gesetzt. Fraglich kann nur sein, ob daraus begründete Bedenken herzuleiten sind, daß

vor Eingang der Revisionsschrift noch keine "Anzeige" gemäß § 244 Abs 1 ZPO erfolgt war.

Nach in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschender Auffassung muß die Anzeige des bestellten neuen Anwalts über seine Bestellung gemäß § 244 Abs 1 ZPO ebenso wie die Erklärung über die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens dann, wenn die Unterbrechung vor Einlegung eines Rechtsmittels eingetreten ist, bei dem unteren Gericht erfolgen und kann sie nicht mit der Einlegung des Rechtsmittels verbunden werden (RGZ 66, 399; 68, 247 [255]; 78, 343; JW 1911, 769, 32; Stein-Jonas-Schönke Anm I 2 zu § 250 ZPO). Diese Auffassung wird mit der Erwägung begründet, daß der die Anzeige oder Aufnahmeerklärung enthaltende und bei Gericht einzureichende Schriftsatz zu seiner Wirksamkeit gemäß § 250 ZPO zugestellt werden müsse, während die Einlegung des Rechtsmittels bereits mit Eingang der Rechtsmittelschrift wirksam werde (§§ 518 Abs 1, 553 Abs 1 ZPO), daß mithin die wirksame Einlegung des Rechtsmittels zur Voraussetzung habe, daß die Anzeige oder Aufnahme des Verfahrens vorausgegangen sei. Ob an dieser Auffassung festzuhalten ist, kann dahinstehen. Jedenfalls handelt es sich, wenn es an der Zustellung eines die Anzeige oder Aufnahmeerklärung enthaltenden Schriftsatzes fehlt, lediglich um einen verzichtbaren Verfahrensmangel. Hier hat die Beklagte ausdrücklich erklärt, daß sie - falls die Revision entgegen ihrer Auffassung nicht angesichts der am 12. Mai 1955 erfolgten Zustellung des Berufungsurteils an Rechtsanwalt Dr. He[REDACTED] als verspätet eingelegt zu erachten sei - keine Rüge dagegen erhebe, daß die Revision ohne vorherige Zustellung einer Anzeige eingelegt sei.

Hier ist mithin mit der am 18. Juni 1955 erfolgten Einreichung der Revisionsschrift - die eindeutig die Bestellung eines neuen Anwalts und den Willen der Klägerin, das Verfahren fortzusetzen, zum Ausdruck brachte - wirksam Revision eingelegt worden (RGZ 66, 399 4017; Stein-Jonas-Schönke Anm I 2 zu § 250 ZPO; Baumbach-Lauterbach 24. Aufl Anm 1 zu § 250 ZPO).

II.

Das Berufungsgericht hat bereits im einzelnen dargelegt, daß die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche aus Vertrag oder einem vertragsähnlichen Rechtsverhältnis nicht hergeleitet werden können. Dem ist zuzustimmen. Die Revision ist hierauf auch nicht mehr zurückgekommen.

III.

Als Anspruchsgrundlage kommen mithin allein die Bestimmungen des § 839 BGB in Verbindung mit Art 34 GrundG über die Amtshaftung in Betracht.

1.) Wenn es auch nicht gebilligt werden kann, daß die Außenhandelsstelle zur Beratung auch Angehörige zweier an der Ausschreibung beteiligter Firmen zugezogen hat, so kann die Klägerin daraus doch nichts Entscheidendes zu ihren Gunsten herleiten. Das Berufungsgericht hat nämlich nicht feststellen können, daß die Mitwirkung dieser Sachverständigen bei der Beratung zu einer unsachgemäßen und die Klägerin zu Unrecht benachteiligenden Entscheidung geführt habe. Dies könne auch, so meint das Berufungsgericht, nicht ohne weiteres nach dem Beweis des ersten Anscheins unterstellt werden. Demgegenüber vertritt die Revision

zu Unrecht die Auffassung, es sei in dem hier gegebenen Fall von der Beklagten darzulegen, daß die Beteiligung der interessierten Sachverständigen an der Beratung für die Entscheidung ohne maßgeblichen Einfluß geblieben sei.

Daß das Berufungsgericht in dem hier interessierenden Zusammenhang nicht zugunsten der Klägerin auf den sog. Anscheinsbeweis abgestellt hat, kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Der Beweis des ersten Anscheins (prima-facie-Beweis) hat nach feststehender Rechtsprechung (u.a. BGH in NJW 1951, 360; RGZ 134, 237 /241/242/ und 163, 21 /27/ mit weiteren Nachweisen) zur Voraussetzung, daß ein Tatbestand vorliegt, der nach der Regel des Lebens auf eine bestimmte Ursache hinweist oder der nach allgemeiner Erfahrung in einer ganz bestimmten Richtung zu verlaufen pflegt. Die Anwendung der Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins bedeutet mithin die Berücksichtigung von Erfahrungssätzen und kann dementsprechend nur bei regelmäßigen typischen Geschehensabläufen in Betracht kommen, die nicht nur einen mehr oder minder hohen Grad von Wahrscheinlichkeit, sondern die volle richterliche Überzeugung zu begründen vermögen. Der Beweis des ersten Anscheins gehört sonach dem Gebiet der richterlichen Beweiswürdigung an. Wenn hier das Berufungsgericht den Anscheinsbeweis nicht in der Richtung hat eingreifen lassen, daß nach dessen Grundsätzen davon ausgegangen werden müsse, die Mitwirkung von Angehörigen beteiligter Firmen an der Beratung habe zu einer unsachgemäßen und anderen Bewerber zu Unrecht benachteiligenden Entscheidung der Außenhandelsstelle geführt, so läßt sich nicht sagen, daß das Berufungsgericht damit in einer einen Rechtsverstoß darstellenden Weise allgemeine Erfahrungssätze

zu Ungunsten der Klägerin unberücksichtigt gelassen habe.

2.) Nach den unter Ziff 10 a des Runderlasses vom 15. Dezember 1951 getroffenen Bestimmungen hat die Entscheidung über die Anträge auf Erteilung von Einkaufsermächtigungen zu erfolgen "unter Berücksichtigung der besonderen Erfordernisse der einzelnen Warenggebiete nach Entscheidungsmerkmalen, die für alle im Rahmen der Ausschreibung vorliegenden Anträge gleichmäßig angewandt werden." Dabei können "außer einer Auswahl der Anträge nach den günstigsten Bedingungen" auch noch "besondere Entscheidungsmerkmale vorgesehen werden, wie z.B. Einführen für vorrangige Zwecke". Diese Bestimmungen können nur dahin verstanden werden, daß die zur Erteilung der Einkaufsermächtigungen zuständige Bundesstelle grundsätzlich gehalten sein soll, das günstigste Angebot zu akzeptieren. Was als günstigstes Angebot anzusehen ist, muß jeweils nach Lage des Einzelfalles entschieden werden, wobei - wie bereits teilweise in dem Rund-erlaß erwähnt - die Preise, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, Qualitäten, Risiken irgendwelcher Art u.a.m. zu berücksichtigen sind. Es handelt sich bei der Frage nach dem günstigsten Angebot nicht um die Subsumierung eines Sachverhalts unter einen Rechtsbegriff, sondern um eine tatsächliche Wertung und Würdigung konkreter Gegebenheiten. Die Fragestellung "Ermessensspielraum" oder "unbestimmter Rechtsbegriff", unter der die Parteien in den Vorinstanzen die Frage nach dem günstigsten Angebot behandelt haben, ist in ihrem Ausgangspunkt nicht richtig und paßt hier, wo es in Wirklichkeit um die tatsächliche Wertung eines konkreten Sachverhalts geht, nicht.

Der Umstand, daß die Frage, welches Angebot jeweils das günstigste darstellt, in der Regel nicht allein unter einem einzigen Gesichtspunkt (z.B. dem Preis) beurteilt werden kann, kann dahin führen, daß gewisse Differenzen in den einzelnen Angeboten bei einer - sachlichen - Gesamtbewertung ausgeglichen werden, so daß ein Angebot, das in bestimmten Einzelheiten ungünstig von einem Konkurrenzangebot abweicht, unter anderen Gesichtspunkten möglicherweise als günstiger beurteilt werden muß mit der Folge, daß es in seiner Gesamtheit als ebenso günstig oder gar günstiger als das Konkurrenzangebot zu erachten ist. Bei dem wertenden Vergleich der einzelnen Angebote müssen jedoch als Bewertungsgrundlagen und -maßstäbe solche Umstände ausscheiden, denen nach der Formulierung der Ausschreibung für die Bewertung des Angebots keine Bedeutung zukommt. So kann beispielsweise, was hier interessiert, im Blick auf den Lieferungstermin ein Angebot mit Promptlieferung nicht günstiger als ein anderes Angebot beurteilt werden, wenn auch dieses andere Angebot hinsichtlich des Liefertermins der Ausschreibung entspricht und diese nicht erkennen läßt, daß Angebote mit Promptlieferung gegenüber denen mit späterer Lieferung bevorzugt sein sollen.

Im vorliegenden Fall kann die Frage, ob an den vorstehenden Grundsätzen gemessen das Angebot der Klägerin (und das der beiden anderen Firmen ihrer Gruppe) - objektiv gesehen - günstiger als die Konkurrenzangebote war oder ob die preislich differierenden Angebote unter Berücksichtigung aller Umstände doch noch als gleich günstig anzusehen waren, dahinstehen. Da es hier nach langer Zeit um die ersten Schmalzimporte aus Portugal ging und es insoweit an besonderen Erfahrungen fehlte, konnte dieser Schmalzimport - insbesondere auch im Blick auf die Qualität der Ware -

als mit einem mehr oder weniger großen Risiko behaftet erscheinen. Angesichts dieser Unsicherheitsfaktoren, die in dem hier interessierenden Importgeschäft lagen oder zumindest darin gesehen werden konnten, fehlt es an ausreichenden Grundlagen, die es rechtfertigen könnten, den für die Entscheidung über die Erteilung der Einkaufsermächtigungen zuständigen Beamten der Außenhandelsstelle den Vorwurf schuldhaft pflichtwidrigen Handelns zu machen, wenn sie davon ausgegangen sind, alle vorliegenden Angebote gleichmäßig berücksichtigen zu können, ohne damit gegen die Verpflichtung, grundsätzlich den günstigsten Angeboten den Vorzug zu geben, zu verstoßen. Zu einer solchen Handhabung konnten sich die Beamten umso mehr für berechtigt halten, als alle Angebote preislich unter dem Weltmarktpreis lagen. Hiervon war jedenfalls im Prozeß auszugehen, nachdem die Klägerin in der Klageschrift erklärt hatte, die dahingehende Behauptung der Beklagten möge als richtig unterstellt werden.

Daß entgegen der von der Klägerin in den Vorinstanzen vorgetragenen Auffassung auch die auf

Promptlieferung lautenden Angebote angesichts dessen, daß diese Angebote nach dem 10. September 1953 erfolgten, der in der Ausschreibung hinsichtlich des Verschiffungstermins enthaltenen Bedingung (September/Okttober 1953) entsprachen und aus diesem Grunde nicht von der Berücksichtigung auszuschließen waren, hat das Berufungsgericht schon zutreffend dargelegt.

Nach alledem erweist sich die Revision als unbegründet. Die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels hat die Klägerin gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Geiger

BR Dr. Weber ist beurlaubt Dr. Kreft
und verhindert, zu unter-
schreiben.

Dr. Geiger

Wolany

Dr. Beyer