

III ZR 193/61

2222 081

Verkündet
am 21. März 1963
Scheibl,
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 W [REDACTED] Z [REDACTED] u [REDACTED] Mc [REDACTED]-H [REDACTED]-
[REDACTED] mbH., F [REDACTED] a [REDACTED] M [REDACTED], Be [REDACTED]straße [REDACTED],
v [REDACTED] d [REDACTED] i [REDACTED] G [REDACTED] K. Erich E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die B [REDACTED] D [REDACTED], v [REDACTED] d [REDACTED] d [REDACTED] Bu [REDACTED]-
[REDACTED] f [REDACTED] Er [REDACTED], L [REDACTED] u [REDACTED] Fo [REDACTED],
di [REDACTED] v [REDACTED] d [REDACTED] d [REDACTED] A [REDACTED] f [REDACTED] Er [REDACTED]-
[REDACTED] d [REDACTED] Er [REDACTED] u [REDACTED] L [REDACTED], F [REDACTED] a [REDACTED] M [REDACTED],
Ad [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. März 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrich-
ter Dr. Arndt, Dr. Beyer, Gähtgens und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt
(Main) vom 8. Juni 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung - auch über die Kosten der Revision -
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Zuckerimportfirma begehrt von der B- wegen angeblich amtspflichtwidriger Ablehnung einer Einfuhrbewilligung Schadensersatz.

Die A- f- Erz- d- Er- u- I- veröffentlichte im Bundesanzeiger vom 11. Dezember 1956 in einer Verlautbarung Nr. 1129 knapp befristete Ausschreibungen über die Einfuhr von Rohr-Rohzucker, darunter auch aus Haiti. Den Anträgen auf Erteilung der Einfuhrbewilligung waren die Originalofferten der ausländischen Verkäufer beizufügen, und zwar mit einer Preisberechnung in amerikanischen Dollar je 1000 kg netto fas - "frei längsseits Seeschiff" - im Exporthafen. Die Verschiffung hatte über die Deutsche Frachten-Treuhand zu erfolgen.

Die Klägerin beantragte unter dem 18. Dezember 1956 eine Einfuhrbewilligung für 15.000 t Zucker aus Haiti; sie blieb die einzige Bewerberin für Haiti. Die beigefügte Offerte lautete auf 108,02 Dollar je metrische Tonne fas Haiti. Die Außenhandelsstelle lehnte noch am gleichen Tage den Antrag ab, weil der Preis zu hoch sei. Sie wies den Einspruch der Klägerin am 9. Januar 1957 mit folgenden Erläuterungen zurück: Sie habe dem preisgünstigsten Angebot den Vorzug gegeben, wobei sie alle Angebote mit der Notierung der New Yorker Kaffee- und Zuckerbörse für Kuba-Rohr-Rohzucker vom Vortage verglichen habe; diese Notierung habe bei 105,82 Dollar gelegen, also 2,20 Dollar niedriger als die Offerte der Klägerin.

Die Klägerin verlangt mit der Klage Ersatz ihres entgangenen Gewinns mit 179.700 DM nebst Zinsen und hat zur Begründung vorgetragen:

Die Ablehnung ihres Antrages enthalte eine schuld-
hafte Amtspflichtverletzung. Sie habe einen Rechtsanspruch
auf die Erteilung gehabt, weil das Devisengesetz der Mili-
tärregierung (MRG) 53, falls es überhaupt noch gelte, jetzt
nach dem Grundgesetz auszulegen sei. Die A [REDACTED]
[REDACTED] habe auch ihre für die Außenwirtschaft erlassenen Rund-
erlasse nicht beachtet. Danach hätte die Beklagte eine
Preisprüfung nicht vornehmen dürfen und keinesfalls ange-
sichts der deutschen Devisenlage prüfen dürfen, ob der
Preis angemessen oder marktgerecht sei. Seit 1954 habe die
Beklagte niemals geprüft, ob die Preise der vorgelegten
Offerten marktgerecht seien. Sie habe sich auch zweimal
im Sommer 1956 nicht an die Notierungen der New Yorker
Zuckerbörse bei Zuckerimporten gehalten. Die Beklagte ha-
be auch diesmal eine Preisprüfung gar nicht vorgenommen,
sondern das nur vorgeschoben. Außerdem habe die Beklagte
unsachlich und fehlerhaft geprüft. Sie habe überschen,
daß bei Verschiffung von Zucker aus Kuba höhere Nebenkosten
entständen; dadurch würde der Unterschied des Offertenprei-
ses der Klägerin zur Börsennotierung ausgeglichen. Das ver-
de im Handel bei dem Preis von Zucker aus Haiti berück-
sichtigt, der deshalb handelsüblich um 10 Punkte (2,20 Dol-
lar) höher gehandelt werde als Zucker aus Kuba. Außerdem
müßten bei einem Vergleich von Offerten aus verschiedenen
Ländern auf fas-Basis die unterschiedlichen Frachtkosten
berücksichtigt werden, um zu einem sinnvollen Ergebnis zu
kommen. Das alles hätten die Beamten der Beklagten wissen
und beachten müssen; sie hätten nur prüfen dürfen, wie der
Preis an der deutschen Grenze sei; dort hätten bei dem von
der Klägerin getätigten Kauf zwischen Zucker aus Kuba und
Haiti keine Preisunterschiede mehr bestanden.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und
ausgeführt:

Nach dem damals noch gültigen und anwendbaren MRG 53
und den dazu ergangenen Runderlassen habe die Erteilung



der Einfuhrbewilligung im Ermessen der Beklagten gestanden; jedenfalls hätten die Beamten davon ohne Verschulden ausgehen dürfen. Nach diesen Bestimmungen sei die A [REDACTED] zur Preisprüfung befugt gewesen. Ihre Prüfung sei auch sachgerecht gewesen. Bei einer Ausschreibung auf fas-Basis könnten der Prüfung keine cif-Preise zugrunde gelegt werden, wie die Klägerin das jetzt wolle. Die Beklagte habe stets eine Prüfung der Preise auf ihre Angemessenheit vorgenommen und seit 1950 bei Zuckerimporten die Notierungen der New Yorker Börse für Kuba-Zucker auf fas-Basis zugrunde gelegt; davon sei die Beklagte nur im Sommer 1956 ausnahmsweise aus wirtschaftspolitischen Notwendigkeiten abgewichen. Die Beklagte habe dabei in Kauf genommen, daß unter Berücksichtigung aller sonstigen Kosten der Zucker aus Kuba im deutschen Einfuhrhafen möglicherweise trotzdem teurer komme. Diese Nebenkosten könnten nicht immer sogleich ermittelt und verglichen werden. Am 18. Dezember 1956 wären Offerten zu Importen aus mehreren Ländern vorgelegt worden, von denen sie nur diejenigen ausgewählt habe, die unter der New Yorker Börsennotierung lagen. Keinesfalls hätten die Beamten bei diesen Erwägungen ihre Amtspflichten schuldhaft verletzt.

Die Klage ist in den beiden ersten Rechtszügen erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Klaganspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

Die Beklagte habe nach ihrem Ermessen über den Antrag der Klägerin entscheiden dürfen. Die Klägerin habe keine Umstände vorgetragen, daß die Behörde nicht sachgemäß, sondern willkürlich verfahren sei. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung liege nicht vor, weil die Beweisaufnahme ergeben habe, daß bis Dezember 1956 in solchen Fällen regelmäßig eine Preisprüfung stattgefunden habe. Nach dem Runderlaß 61/56 hätte die Behörde "nach Merkmalen zu entscheiden gehabt, die eine nach allgemein wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvolle Zuteilung ermöglichen". Danach hätten die Angebote auf den marktgerechten Preis überprüft werden dürfen. Selbst wenn man die Bestimmung anders auslege, würde es am Verschulden der Bediensteten fehlen, deshalb sei das Gericht nicht befugt zu prüfen, ob nach dem Runderlaß 61/56 eine Preisprüfung zugelassen sei und ob die Devisenlage eine Preisprüfung überflüssig mache. Es gehe nur darum, ob das Ergebnis in einer Form fehlerhaft sei, daß es ein sachlicher Beurteiler ohne weiteres erkennen könne. Das sei nicht der Fall. Die Ausschreibung sei auf fas-Basis erfolgt; das habe dem Ermessen der Behörde unterlegen. Dann hätte auch der Preisvergleich auf derselben Basis durchgeführt werden müssen. Deshalb habe die Behörde nicht zu prüfen brauchen, welchen Preis die Ware an der deutschen Grenze hatte. Der Sachverständige Di. [REDACTED] habe zwar festgestellt, daß die Preisprüfung lediglich anhand einer Börsennotierung problematisch sei und Haiti wegen der günstigeren Verladebedingungen einen höheren Preis gefordert habe; dieser Unterschied sei aber von einer Reihe von Faktoren abhängig, die nicht festständen. Zur Umgehung der Schwierigkeiten bei Feststellung des richtigen Weltmarktpreises sei es zulässig gewesen, einfach die fas-Preise als Vergleichsmaßstab zu nehmen. Mindestens müßte ein Verschulden der Beamten verneint werden, weil das Landgericht ihr Vorgehen als objektiv rechtmäßig gewertet habe. Durch

weitere Rechtsbehelfe hätte der Schaden nach Ablauf der Ausschreibungsfrist und nach Außerkrafttreten der Offerte des ausländischen Abbladers nicht mehr abgewendet werden können.

II.

Diese Entscheidung kann nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht einen falschen rechtlichen Ausgangspunkt gewählt und dadurch Vorbringen der Klägerin teils unzulänglich, teils fehlerhaft gewürdigt hat.

1. Zuzustimmen ist allerdings dem Berufungsgericht, daß die Beklagte hier für etwaige Pflichtverletzungen ihrer Bediensteten nach Amtshaftungsgrundsätzen einzustehen hat, weil die Beklagte sich bei der Marktordnung, Außenhandelswirtschaft und Devisenbewirtschaftung regelmäßig nicht im fiskalischen Bereich betätigt. Die Bediensteten der Beklagten wurden hier im Rahmen eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes tätig. Das ist ständige Rechtsprechung des Senats (BGH Urt. v. 10. Januar 1963 - III ZR 98/61 und Urt. v. 10. Januar 1963 - III ZR 124/61; weitere Nachweise bei Muhl, Wirtschaftsrecht und Bundesverwaltungsgericht im Juristenjahrbuch Band 3 S. 171 ff).

Die Rechte und Pflichten der Bediensteten der B- bestimmten sich dabei in erster Linie nach dem MRG 53 und den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen. Im Gesetz der Alliierten Hohen Kommission Nr. 33 vom 2. August 1950 sind die Bundesminister der Finanzen und der Wirtschaft ermächtigt, Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsanweisungen zu erlassen. Die B- bedient sich dabei der A- f- Er- z- d- Er- u- L-, einer un-

selbständigen Bundesoberbehörde, als ausführendes Organ auf dem Gebiete der Ernährungswirtschaft sowie bei Lieferung und Bezug von Erz [REDACTED] d. Er [REDACTED] u. L [REDACTED] im Auslandsverkehr (Gesetz vom 17. Dezember 1951 - BGBl I 967).

2. Keine Bedenken bestehen gegen die - vom Berufsgericht ebenfalls bejahte - Fortgeltung des Devisengesetzes MRG 53 als Besatzungsrecht im Jahre 1956. Allerdings ist die B [REDACTED] bereits im Überleitungsvertrag von 1955 zur Abänderung ermächtigt worden. Sie hat dieses Rechtsgebiet aber erst im Jahre 1961 nach sorgfältigen Vorbereitungen durch ein deutsches Außenwirtschaftsgesetz (vom 28. April 1961 - BGBl I 481) geregelt. Es verstieß nicht gegen Bestimmungen des Grundgesetzes, daß die B [REDACTED] für eine Übergangszeit im Überleitungsvertrag dieses Gesetz noch als Besatzungsrecht hinnahm. Das hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich in einer Entscheidung vom 21. März 1961 (BVerfGE 12, 281; siehe auch BGHSt 13, 190) bestätigt. Es ist auch nicht richtig, daß das Gesetz Nr. 53 am Grundgesetz zu messen und nach dessen Vorschriften auszulegen gewesen wäre; denn das Gesetz Nr. 53 war, wie soeben ausgeführt, Besatzungsrecht geblieben, das nicht den Beschränkungen des Grundgesetzes unterliegt (vgl. dazu ebenfalls die angezogene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts).

Irrig ist deshalb die von der Klägerin wiederholt vertretene Auffassung, sie habe einen unbeschränkten Rechtsanspruch auf Erteilung der Einfuhrbewilligung gehabt. Denn das Devisengesetz MRG 53 hat die Devisenbewirtschaftung und damit den Außenhandel grundsätzlich so geregelt, daß alle Geschäfte zunächst verboten sind und nur im Einzelfall erlaubt werden können.

3. Die Revision meint nun im Anschluß an die erwähnten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 9. Juni 1959 (BGHSt 13, 190) und des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 1961 (BVerfGE 12, 281), daß der Vollzug des Gesetzes von der Tendenz der Liberalisierung beherrscht sei, so daß die Erlaubnis zur Regel und das Verbot zur Ausnahme geworden sei und ein Rechtsanspruch auf Erteilung dann angenommen werden müsse, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt seien.

Gewiß hat der Strafsenat in seinem Urteil bemerkt, daß infolge der zahlreichen allgemeinen Devisengenehmigungen von einer Behinderung der Vertrags- oder Berufsfreiheit im Außenhandel und in der Devisenbewirtschaftung keine Rede mehr sein könne, und weiter: "Soweit Befreiungen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sind, ist zwanglos die Auslegung möglich, daß bei Erfüllung der Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung besteht". Das Bundesverfassungsgericht hat den Satz wiederholt, daß ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung angenommen werden müsse, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt seien, und hat erläutern betont, daß die Praxis der Genehmigungsbehörden mit einer gleichbleibenden Tendenz zur vollen Liberalisierung eine feste Richtschnur bildet, von der sie ohne Verletzung des Gleichheitssatzes im Einzelfalle nicht abgehen dürften.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diesen Entscheidungen zuzustimmen ist, denn ein Fall, wie ihn die beiden Entscheidungen im Auge haben, liegt hier nicht vor. Nach der hier zugrunde liegenden Ausschreibung war kein Tatbestand gegeben, der eine Ausnahmegenehmigung bei bestimmten, fest umgrenzten Voraussetzungen durch Allgemeine Genehmigungen, Runderlasse oder ähnliche Anord-

nungen bereits vorsah oder in Aussicht stellte, sondern hier wurde eine der Menge nach unbegrenzte Ausschreibung veröffentlicht, bei der sich die Behörde die Zuteilung auf eine begrenzte Menge und die Auswahl unter den vorgelegten Bewerbungen nach Maßgabe des Bedürfnisses und ihrer allgemeinen Runderlasse vorbehalten hatte. Die Beklagte hatte zwar die Pflicht, sich an ihre Runderlasse, die Ausschreibung und ihre allgemeine Praxis zu halten sowie die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Begrenzungen behördlichen Verhaltens zu beachten, doch war die Beklagte bei der Art ihres Vorgehens, dem Inhalt der Ausschreibung und den maßgeblichen Runderlassen zur Erteilung einer "Ausnahmegenehmigung" nur nach Vorlage einer Bewerbung nicht verpflichtet.

4. Die Revision hat aber Erfolg, soweit sie sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, die Behörde habe nach Ermessen über den Antrag entscheiden dürfen und dabei nicht willkürlich gehandelt. Die Auffassung, die Beamten hätten nach Ermessen über die Anträge befinden können, weil sie zur Erteilung der Einfuhrbewilligung nicht schlechthin verpflichtet gewesen seien, ist dabei entscheidender Ausgangspunkt und tragender Gesichtspunkt der Betrachtung des Berufungsgerichts. Diese Auffassung ist unrichtig, weil die Freiheit der Entscheidung der Bediensteten der Beklagten wesentlich eingeschränkt war, wie sich aus folgenden Überlegungen über die hier zu beachtenden Amtspflichten ergibt:

Alle Amtsträger, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts haben bei Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben die Gesetze und alle weiteren Rechtsvorschriften zu beachten. Dabei haben die Amtsträger sich insbesondere an die allgemeinen Verwaltungsvorschriften

zu halten, die für den betreffenden Geschäftsbereich erlassen sind. Derartige Verwaltungsvorschriften wollen durch zusammenfassende Erläuterungen oder Richtlinien den Beamten die Amtsausübung erleichtern, eine gleichmäßige und gerechte Behandlung gewährleisten, durch eine Veröffentlichung die beteiligten Interessentenkreise unterrichten und dadurch wiederum eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen Behörde und Bürger sichern. Es ist Amtspflicht aller Bediensteten der öffentlichen Verwaltung, derartige Runderlasse und Ausführungsvorschriften genau zu beachten, soweit sie sich im Rahmen der Gesetze halten. Zu diesen in erster Linie von den Bediensteten der Beklagten zu beachtenden allgemeinen Verwaltungsvorschriften gehörten die vom Bundesminister für Wirtschaft erlassenen "Runderlasse Außenwirtschaft" (RA).

Daneben hatten die Bediensteten kraft ihrer allgemeinen Amtspflichten ihr Amt sachlich, gerecht, unparteiisch und gewissenhaft auszuüben, etwaige Ermessensentscheidungen sachgerecht und unparteiisch zu treffen sowie die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze zu beachten, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den Grundsatz der Gleichbehandlung und die Pflicht der Verwaltung zum konsequenten und rücksichtsvollen Verhalten zu wahren (siehe dazu BGH Urt. vom 10. Januar 1963 - III ZR 124/61).

Bei Beachtung dieser Grundsätze hatten die Bediensteten der Beklagten über den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Einfuhrbewilligung gemäß der Ausschreibung in erster Linie nach dem damals geltenden Runderlaß Außenwirtschaft (RA) 61/56 vom 24. August 1956 (BAnz Nr. 177) zu entscheiden. Der Abschnitt 12 b dieses Runderlasses Außenwirtschaft 61/56 besagte folgendes:

"Über die Anträge ist entsprechend der eröffneten Einfuhrmöglichkeit nach Merkmalen zu entscheiden, die eine nach allgemein-wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvolle Zuteilung ermöglichen, wobei die besonderen Erfordernisse der jeweiligen Wareneinfuhr zu berücksichtigen sind. Die Entscheidungsmerkmale sind im Rahmen einer Einfuhrmöglichkeit auf alle Anträge, für die die gleichen Voraussetzungen vorliegen, gleichmäßig anzuwenden.

Es kann insbesondere nach folgenden Merkmalen zugeteilt werden:

- aa) nach den günstigsten Antragsbedingungen
- Preis, Lieferfristen, gegebenenfalls Qualität der Ware usw.,
- bb) nach der zeitlichen Reihenfolge des Antrags-
einganges,
- cc) nach dem Verhältnis zwischen dem Betrag der
jeweiligen Einfuhrmöglichkeit und dem Gesamtbetrag der Anträge.

Anträge auf Genehmigung von Einfuhrgeschäften, an deren Durchführung ein dringendes öffentliches Interesse besteht (z.B. solche zur Beseitigung von Notständen), können bevorzugt berücksichtigt werden."

Die Beklagte hatte also in erster Linie nach Merkmalen zu entscheiden, die auf alle einschlägigen Anträge gleichmäßig angewandt wurden und eine nach allgemein-wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvolle Zuteilung ermöglichten. Schon dadurch war ihre Entscheidungsbefugnis stark eingeschränkt.

Die Beklagte hat nach ihrem Vortrag ein im Rund-erlaß ausdrücklich vorgesehenes Unterscheidungsmerkmal gewählt, nämlich nach den "günstigsten Antragsbedingungen" zugeteilt und dabei wieder auf den Preis abgestellt. Das war zulässig. Der Senat hat sich zu ähnlichen Begriffen und Bestimmungen mehrfach geäußert, insbesondere zu dem Begriff des "günstigsten Angebots"

im früheren Runderlaß 56/51 in einem Urteil vom 28. Januar 1957 (III ZR 131/55, insoweit BGHZ 23, 172 nicht veröffentlicht) sowie zu dem Merkmal des "vorteilhaftesten Angebots" in einer Entscheidung vom 27. Oktober 1960 (III ZR 84/59). In dieser letzten Entscheidung hat der Senat seine Erwägungen nochmals wie folgt zusammengefaßt:

"Diese Bestimmungen konnten nur dahin verstanden worden, daß die zur Prüfung der Angebote und zur Entscheidung über den Zuschlag berufene Stelle grundsätzlich gehalten war, auf die "vorteilhaftesten Angebote" den Zuschlag zu erteilen, und daß sie, falls sie andere als die vorteilhaftesten Angebote zum Zuge kommen ließ, gegen die ihr obliegenden Amtspflichten verstieß. Was als "vorteilhaftestes Angebot" anzusehen war, mußte jeweils nach Lage des Einzelfalles entschieden werden, wobei Qualitäten, Preise, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, Risiken besonderer Art u.a. zu berücksichtigen waren. Das bedeutet aber keineswegs, daß die Frage nach dem vorteilhaftesten Angebot von den Mitgliedern des Prüfungsausschusses im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens zu beantworten gewesen wäre, wie das Berufungsgericht meint. Vielmehr handelt es sich bei dem "vorteilhaftesten Angebot" um einen sogenannten unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Elemente im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegen und bei dessen Erfassung es entscheidend um eine Wertung und Würdigung konkreter Gegebenheiten geht. Für die Ausübung eines Ermessens ist insoweit überhaupt kein Raum. Der Umstand, daß die Frage, welches Angebot jeweils das vorteilhafteste darstellte, in der Regel nicht allein unter einem einzigen Gesichtspunkt (z.B. den des Preises oder der Qualität) beurteilt werden konnte, konnte dahin führen, daß gewisse Differenzen in den einzelnen Angeboten bei einer sachlichen Gesamtbewertung ausgeglichen werden mußten, so daß ein Angebot, das in bestimmten Einzelheiten ungünstig von einem Konkurrenzangebot abwich, unter anderen Gesichtspunkten möglicherweise als günstiger beurteilt werden mußte mit der Folge, daß es in seiner Gesamtheit als ebenso günstig oder gar günstiger als das Konkurrenzangebot zu beachten war. Bei einem derart wertenden Vergleich der einzelnen Angebote mußten jedoch als Bewertungsgrundlagen und -maßstäbe solche Umstände ausscheiden, denen nach der Formulierung der Ausschreibung für die Bewertung des Angebotes eine Bedeutung nicht zukam."

Dasselbe gilt für das hier von der Beklagten bei der Zuteilung angewandte Merkmal der "günstigsten Antragsbedingungen". Die Beamten der Beklagten durften nicht einfach nach ihrem Ermessen entscheiden, sondern mußten in der oben beschriebenen Art feststellen, welches Angebot die günstigsten Antragsbedingungen enthielt. Dazu hatten die Beamten die einzelnen Anträge miteinander zu vergleichen und das günstigste Angebot zu ermitteln. Damit hatten sie einen unbestimmten Rechtsbegriff anzuwenden, aber kein Ermessen auszuüben.

Das Berufungsgericht hat diese Rechtslage verkannt, obwohl es die erwähnten Urteile kennen mußte, die beide Frankfurter Fälle betrafen. Dieser Fehler nötigt zur Aufhebung des Urteils, weil es die hiernach entscheidenden und erheblichen Feststellungen und Würdigungen nicht enthält. Denn es prüft das Verhalten der Beamten nur darauf, ob sie willkürlich gehandelt haben; das ist unzulänglich, weil eine Amtspflichtverletzung nach den vorangegangenen Ausführungen schon aus ganz anderen Gründen vorliegen kann. Dazu mußte das Berufungsgericht zunächst feststellen, welche Angebote vorlagen, ob sie frist- und formgerecht eingereicht waren, welche Prüfung die Beamten vorgenommen haben, aus welchen Gründen sie sich für die Ablehnung des Angebots der Klägerin entschlossen hatten und ob ihre bei dieser Auswahl angewandten Merkmale der Ausschreibung, dem Runderlaß 61/56 und ihren allgemeinen Amtspflichten entsprachen. Das Berufungsgericht hat nicht einmal den Vortrag der Klägerin geklärt, die Beklagte habe überhaupt keine Prüfung vorgenommen, sondern diese Behauptung nur vorgeschoben.

III.

Dabei wird für die weitere Bearbeitung der Sache noch folgendes bemerkt:

1. Die Ausschreibung hatte Offerten verlangt, deren Preise auf fas-Basis abgestellt waren. Das war zulässig gewesen, doch entstand dadurch keine Bindung für die Behörde, bei der weiteren Prüfung und der Auswahl nun lediglich die fas-Preise miteinander zu vergleichen. Denn die Beklagte mußte nach dem Runderlaß 61/56 entsprechend der Ausschreibung nach Merkmalen auswählen, die eine nach allgemein-wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvolle Zuteilung ermöglichten, diese Merkmale auf alle Anträge mit gleichen Voraussetzungen gleichmäßig anwenden und dann prüfen, welches Angebot das günstigere war.

2. Unrichtig ist dabei der Vortrag der Klägerin, die Beklagte hätte keine Preisprüfung vornehmen dürfen. Denn Abschnitt 12 b des RA 61/56 gestattete die Heranziehung aller Antragsbedingungen und erwähnt ausdrücklich den Preis als Zuteilungsmerkmal. Auch ohne eine derartige Bestimmung und trotz einer Abweichung dieses Runderlasses von der Fassung früherer Erlasse, die teilweise eine Preisprüfung ausdrücklich erwähnten, ist der Beklagten von der Natur der Sache her gestattet, bei ihren Entscheidungen über eine Einfuhrbewilligung und die Zuteilung von Devisen zu berücksichtigen, welche Ware zu welchem Preis eingeführt werden soll. Die Einfuhrbewilligung ist Teil der Marktordnung und der Devisenbewirtschaftung, und die Beklagte darf trotz günstigster Devisenlage im Einzelfall teure oder gar Luxusartikel von der Einfuhr zurückhalten oder aus handelspolitischen Erwägungen bestimmte Waren oder Länder bevorzugen.

3. Irrig ist der Vortrag der Revision, die Beklagte habe nur eine beschränkte Prüfungsmöglichkeit gehabt, weil die Klägerin die einzige Firma gewesen sei, die eine Einfuhrbewilligung für Zucker aus Haiti beantragt hatte.

Die Klägerin übersieht dabei, daß die Ausschreibung Nr. 33502 über eine Einfuhr von Zucker aus Haiti zu der Gesamtverlautbarung Nr. 1129 gehörte und damit nur ein Teil einer "weltoffenen" Ausschreibung war. Denn am gleichen Tage waren gleichlautende Ausschreibungen für Zuckereinfuhren aus den 8 Ländern Brasilien, China, Dominikanische Republik, Haiti, Kolumbien, Kuba, Peru und Venezuela veröffentlicht worden. Nach dem weiteren Vortrag der Beklagten waren auf diese Ausschreibungen am 18. Dezember 1956 form- und fristgerecht Anträge auf Bewilligung von Zuckerimporten aus den Ländern Kolumbien, Peru, Brasilien, Haiti und Venezuela vorgelegt worden. Die Außenhandelsstelle hat nach dem Vortrag der Beklagten über alle diese Anträge gemeinsam entschieden und will nur die Anträge für Einfuhren aus den beiden ersten Ländern als preisgünstigste genehmigt und die übrigen Anträge dieses Tages abgelehnt haben. Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Vortrag nicht auseinandergesetzt. Falls er sich als richtig erweist, wäre das Vorgehen der Beklagten jedenfalls insoweit, als alle an diesem Tage vorliegenden Anträge untereinander im Blick auf die "Preisgünstigkeit" verglichen worden sind, nicht zu beanstanden, da nach der erkennbaren Art der Ausschreibung alle diese Anträge sachlich zusammengehörten, so daß die Beklagte nicht nur das Angebot der Klägerin als einzigen Antrag (weil er allein ein Angebot aus Haiti betraf) zu behandeln und ihn nur für sich allein darauf zu prüfen hatte, ob er der Ausschreibung entsprach und marktgerecht war.

4. Die Art der Auswahl zwischen mehreren zusammengehörigen Anträgen mußte gemäß dem Runderlaß 61/56 nach gleichmäßig angewandten Merkmalen erfolgen, die eine nach allgemein-wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvolle Zuteilung ermöglichten.

Die A [REDACTED] hat nach ihrem Vortrag dabei entscheidend auf den Offertenpreis abgestellt und diejenigen Anträge genehmigt, die am weitesten unter der Notierung der New Yorker Börse für Kubazucker lagen. Der Revision ist zuzugeben, daß die Beklagte dabei möglicherweise verkannt hat, daß die in den Offerten enthaltenen Preise auf fas-Basis der verschiedenen Exporthäfen für sich allein keine sinnvolle Vergleichsmöglichkeit darstellten. Denn die Beamten durften nach dem Runderlaß nur solche Auswahlmerkmale anwenden, die sich gleichmäßig auswirkten und nach allgemein-wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvolle Zuteilungen ergaben.

Allerdings wird dabei das sogenannte Punktesystem der südamerikanischen Zuckererzeuger im Verhältnis zum Kubazucker möglicherweise außer Betracht bleiben können. Nach dem bisherigen Streitstand entstanden damals in Kuba beim Transport des Zuckers bis zum Seeschiff höhere Nebenkosten, die die übrigen südamerikanischen Länder nicht hatten; diese Nebenkosten erschienen angeblich bei dem Kubazucker nicht in der Börsennotierung. Die Länder mit billigeren Verladebedingungen könnten dann einen höheren Zuckerpreis fordern und könnten dann trotzdem neben dem Kubazucker konkurrenzfähig bleiben. Dabei soll sich für die südamerikanischen Länder ein Punktesystem gebildet haben, nach dem Haiti im Vergleich zu Kuba 10 Punkte mit 2,20 Dollar aufschlag. Für einen sinnvollen Vergleich der Preise aus verschiedenen Ländern auf fas-Basis mußten daher bei Kubazucker diese notwendigen Nebenkosten bis zum Transport längsseits des Seeschiffes zugeschlagen werden. Falls jedoch der Vortrag der Beklagten richtig ist, daß am 18. Dezember 1956 nur unter Offerten aus anderen Ländern ohne Kuba gewählt wurde, trat Kubazucker in diesem Falle nicht in Konkurrenz, so daß die bei Kubazucker notwendig hinzu-

tretenden Nebenkosten diesmal nicht berücksichtigt zu worden brauchten. Denn diese Nebenkosten mußten sich nun für alle anderen Bewerber gleichmäßig auswirken, so daß sie an diesem Tage wieder die gleichen Wettbewerbschancen hatten. Trotz des Vergleichs mit der Börsennotierung mit Kubazucker wirkte sich dann die Auswahl so aus, als ob die Beklagte nur diejenigen Bewerber berücksichtigte, die rein ziffernmäßig einen bestimmten Preis nicht überschritten. Eine solche Unterscheidung konnte bei sonst gleichen Antragsbedingungen (falls solche nach allgemein-wirtschaftlichen Gesichtspunkten wirklich vorlagen) eine sachgerechte Wahlmethode bilden, ebenso wie eine Verlosung unter völlig gleichen Anträgen. Der Abteilungsleiter Ar[REDACTED] hat bei seiner Zeugenvernehmung dazu bereits erklärt, er habe dieses Punktesystem gekannt, aber nicht berücksichtigt, weil es hier keine Rolle gespielt habe; auch damit wird sich jetzt das Berufungsgericht auseinanderzusetzen haben.

Bei der danach weiter erforderlichen Prüfung, ob nach allgemein-wirtschaftlichen Gesichtspunkten in der Tat gleiche Antragsbedingungen vorlagen, ist dagegen der Vortrag der Revision erheblich, daß bei einem Angebot aus verschiedenen Ländern der Vergleich der Preise auf fas-Basis kein sinnvolles Ergebnis erbringen könne. Denn es mußte immer erwogen werden, daß zu dem Preis auf fas-Basis stets die Kosten für die Seefracht nach Europa hinzukommen. Diese Frachten sind von der Länge des Seeweges abhängig, können also für die verschiedenen Länder unterschiedlich sein. Zur Auswahl nach allgemein-wirtschaftlichen Gesichtspunkten gehörte auch irgendwie die Erwägung, was der importierte Zucker schließlich in der B[REDACTED] kostete. Ein Vergleich der Preise auf fas-Basis mußte, worüber sich beide Parteien jetzt

einig sind, in bestimmten Fällen jedenfalls zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen. Bei einem Vergleich etwa zwischen Angeboten von Zuckerimporten aus Kuba oder Haiti mit solchen aus Formosa oder China auf fas-Basis würde immer der Zucker aus Kuba und Haiti ungünstiger liegen müssen, weil die fernen Länder die den europäischen Käufern entstehenden höheren Frachten bei ihrer Preiskalkulation berücksichtigen. Eine derartige Praxis würde immer Einfuhren aus den entferntesten und damit frachtungsünstigsten Ländern fördern. Das wäre eine Zuteilung nach Merkmalen, die kein sinnvolles Ergebnis erzielen, also eine gegen den Runderlaß 61/56 verstoßende Zuteilung und nicht nur - wie das Berufungsgericht meint - eine unzweckmäßige Maßnahme. Allerdings kommt es auch hier immer auf die Besonderheiten des Einzelfalles an. Außerdem darf die Behörde bei ihrer Auswahlmethode grobe Maßstäbe zur Vereinfachung, allgemeine Erfahrungssätze und Pauschalierungen anwenden. Sie braucht nicht in jedem Einzelfall auf den Pfennig genau auszurechnen, was die Ware in der B [REDACTED] kostet. Das ist vielfach der A [REDACTED] [REDACTED] gar nicht möglich, weil ihr der Transportweg und die Transportmittel nicht bekannt sind und weil sich auf das kostenmäßige Endergebnis die geschäftlichen Beziehungen des Importeurs und sein kaufmännisches Geschick auswirken. Die Behörde darf also beispielsweise bei der Wahl zwischen Importen aus Ländern, die ungefähr in gleicher Entfernung von Europa liegen, die Frachten außer Betracht lassen, wenn sie bei den zu vergleichenden Importen ungefähr gleich hoch liegen. Allerdings standen am 18. Dezember 1956 nach dem Vortrag der Beklagten auch Importe aus Kolumbien und Peru zur Wahl, die ganz oder teilweise an der Westküste von Südamerika liegen und wahrscheinlich erheblich höhere Frachten als Importe aus Kuba und Haiti erforderten. Andererseits durfte die A [REDACTED] wiederum berücksichtigen, ob die Frachten durch deutsche

Schiffe ohne Inanspruchnahme von Devisen ausgeführt wurden, so daß unter dem Gesichtspunkt der Devisenbewirtschaftung doch wieder die entfernter liegenden Länder mit geringerem Zuckerpreis günstiger erschienen. Schließlich konnten im Einzelfall auch handelspolitische Erwägungen allgemeiner Art dazu führen, Importe aus bestimmten Ländern trotz höherer Preise zu fördern oder Einfuhren aus anderen Ländern mit geringeren Preisen abzulehnen. Das alles kann hier nicht abstrakt und theoretisch abschließend behandelt werden, sondern das Berufungsgericht muß die Parteien insoweit zu weiterem Sachvortrag veranlassen und alsdann prüfen, welche Erwägungen die A [REDACTED] in diesem Einzelfall angestellt hat und ob diese Erwägungen sowie die Entscheidung nach den oben angegebenen Maßstäben sachgerecht oder pflichtwidrig waren.

5. Die Entscheidung der Beklagten konnte weiter dann pflichtwidrig sein, wenn die Beamten gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen hätten. Allerdings ist dieser Gleichbehandlungsgrundsatz nur dann verletzt, wenn die abweichende Behandlung gleicher Fälle als willkürlich bezeichnet werden muß, wenn ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die Differenzierung nicht vorliegt (BGH DRiZ 1962, 129 mit weiteren Nachweisen).

Der Abteilungsleiter der A [REDACTED], A [REDACTED], hat als Zeuge dazu bestätigt, daß seine Behörde im Juli 1956 einmal eine Einfuhrbewilligung für Zucker aus San Domingo zu einem Preis erteilt habe, der über der Börsennotierung für Kubazucker lag. Er hatte als Begründung angegeben, in diesem Falle habe man zur Beseitigung drohender Versorgungsschwierigkeiten eiligst größere Mengen Zucker hereinlassen müssen, auch hätten handelspolitische Erwägungen eine Rolle gespielt, weil gerade über den Abschluß eines Handelsvertrages mit der Republik San Domingo

verhandelt worden sei. Das Berufungsgericht hat sich auch mit dieser Aussage nicht auseinandergesetzt. Falls es dem Zeugen glaubt, würde diese Abweichung der Behörde in keiner Weise zu beanstanden sein, weil die Verwaltung auch von einer gefestigten Übung aus derartigen sachlichen Gründen abweichen darf.

Das Oberlandesgericht hat infolge der Zurückverweisung auch Gelegenheit, sich mit der weiteren Behauptung der Klägerin auseinanderzusetzen, der Zeuge A. [REDACTED] habe bei seiner Vernehmung noch eine weitere Abweichung aus jener Zeit für einen Zuckerimport aus Martinique zugegeben, ohne daß dieser Teil der Aussage protokolliert worden sei. Falls die A. [REDACTED] auch in diesem Falle aus den Gründen, wie sie soeben bei dem Import aus San Domingo erörtert worden sind, von ihrer sonstigen Praxis abgewichen wäre, läge insoweit ebenfalls Willkür nicht vor. Die Abweichung von einer jahrelangen Praxis in zwei Einzelfällen zur Beseitigung einer drohenden Versorgungskrise würde nicht die Annahme rechtfertigen, daß die Verwaltung damit gegen ihre Pflicht zum konsequenten Verhalten oder zur Gleichbehandlung aller Wettbewerber verstoßen habe. Eine Abweichung in dieser Art ergäbe auch noch keinen Wandel der allgemeinen Praxis, auf die sich nun die Klägerin wieder berufen könnte.

6. Falls das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis kommt, daß die Bediensteten der Beklagten bei der Versagung der beantragten Einfuhrbewilligung ihre der Klägerin gegenüber bestehenden Amtspflichten verletzt haben, kann ein Verschulden schwerlich mit der bisherigen Begründung verneint werden, ein Kollegialgericht hätte das Verhalten der Beamten inzwischen als rechtmäßig gebilligt. Denn nach den vorstehenden Ausführungen sind sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht bei ihrer Würdigung nicht von der zutreffenden Rechtslage

(keine Ermessensentscheidung) ausgegangen, so daß sie deshalb ihrer Bewertung nicht den entscheidenden Sachverhalt vollständig zugrunde gelegt haben. Für solche Fälle gilt nicht der Grundsatz, daß bei einer Billigung des Verhaltens durch ein Kollegialgericht ein Schuldvorwurf in der Regel entfalle. Soweit aber die Beklagte sich etwa darauf glaubt berufen zu können, auch sie sei davon ausgegangen, sie dürfe nach freiem Ermessen entscheiden, kann sie das Verschulden ihrer Beamten nicht durch Hinweis auf den insoweit vorgekommenen Rechtsirrtum der Tatsachengerichte entschuldigen. Als Beamte einer Sonderbehörde mußte von ihnen eine bessere Rechtskenntnis verlangt werden, als von Richtern, die nur gelegentlich mit Rechtsfragen aus diesem Sondergebiet befaßt werden. Im übrigen hätte, wie oben bereits erwähnt, mindestens dem Berufungsgericht nach Vorliegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dieser Rechtsfehler bei erschöpfender Prüfung der Rechtsfrage nicht unterlaufen dürfen; auf derart zustande gekommene Urteile eines Kollegialgerichts können die tätig gewordenen Beamten sich zur Rechtfertigung niemals berufen.

Bei der dann weiter zu entscheidenden Frage, ob die Klägerin durch die Pflichtverletzung einen Schaden erlitten hat, muß das Berufungsgericht feststellen, wie die A [REDACTED] bei richtiger rechtlicher Behandlung der Sache hätte entscheiden müssen (vgl. BGB-RGRK 71. Aufl. § 839 Anm. 50). Die Klägerin kann also die Erstattung eines entgangenen Gewinns nur dann verlangen, wenn sie den Nachweis erbringt, daß ihr bei richtiger, fehlerfreier Auswahl die beantragte Einfuhrerlaubnis hätte erteilt werden müssen. Gewiß hat der Tatrichter diese Frage nach § 287 ZPO zu entscheiden, doch darf die ihm dabei gewährte Freiheit nicht in der Luft schweben; er darf nicht "ins Blaue hinein schätzen". Die Klägerin hat insoweit bisher wenig vorgetragen, weil sie anscheinend übersehen

hat, daß sie zwar in verwaltungsgerichtlichen Verfahren regelmäßig die Aufhebung eines Verwaltungsaktes schon bei Nachweis eines beliebigen Verfahrens- oder Rechtsfehlers der Behörde erreichen wird, daß sie aber im Amtshaftungsprozeß entgangenen Gewinn wegen einer fehlerhaften Amtshandlung nur dann erreichen kann, wenn sie nachweist, daß ohne die Pflichtverletzung sie den Gewinn auch wirklich erzielt hätte. Wenn beispielsweise die Beklagte bei sonst gleichen Bedingungen zwischen allen Bewerbern gelost oder aus handelspolitischen Erwägungen immer Importe aus Haiti erst an letzter Stelle berücksichtigt hätte, hätte die jetzige falsche Auswahl im Ergebnis keinen Schaden verursacht, weil die Klägerin nicht nachweisen könnte, daß sie bei richtiger Behandlung die Einfuhrbewilligung auch neben den übrigen Bewerbern erhalten hätte (vgl. dazu BGH Urt. v. 10. Januar 1963 III ZR 77/61).

Dr. Pagendarm

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Die Bundesrichter Gähtgens und Dr. Reinhardt sind beurlaubt und ortsabwesend; sie sind an der Leistung der Unterschrift verhindert.

Dr. Pagendarm