

Verkündet
am 27. April 1961
[REDACTED],
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 N [REDACTED] & Co. in B [REDACTED]-O [REDACTED],
H [REDACTED] str. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die Gesell-
schafter Kurt F [REDACTED], Reinhard F [REDACTED],
Helmut F [REDACTED] und Werner G [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den
Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und
Forsten,
2. die Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide-und Fut-
termittel in Fr [REDACTED], A [REDACTED] allee [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. April 1961 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr.Kreft, Dr.Arndt, Dr.Hußla, Gähtgens
und Kessler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts Frankfurt (Main) vom 3. Dezember 1959
aufgehoben und die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten des Revisionsverfahrens, an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die als Bundesoberbehörde errichtete Außenhandelsstelle für Erzeugnisse der Ernährung und Landwirtschaft (AHSt) gab im Bundesanzeiger vom 9. Oktober 1956 die Ausschreibung von Roggen aus der UdSSR im Einzelgenehmigungsverfahren bekannt. Danach waren Anträge auf Einfuhrbewilligung mit Festofferten ab 11. Oktober 1956 bis zur Erschöpfung der Wertgrenze, spätestens bis 6. Dezember 1956 einzureichen; die Ware sollte der Anbietungspflicht unterliegen. In derselben Nummer des Bundesanzeigers gab die mitbeklagte Einfuhr- und Vorratsstelle (EVSt) die Möglichkeit bekannt, mit ihr über die eingeführte Ware Übernahmeverträge gemäß § 8 des Getreidegesetzes abzuschließen; sie werde bei Vertragsschluß Auflagen machen, nach denen der Roggen für die Bundesreserve abzugeben sei, und wies im übrigen auf einen zu ihrer Bekanntmachung ergehenden Aushang in ihrem Dienstgebäude hin. Nach diesem waren den Angeboten u.a. folgende Bedingungen zugrundezulegen:

"Abladung: Okt./Nov./Dez. 1956 von Ostsee.

Frachtparität: Je zur Hälfte Cif Ostküste und Westküste von Schleswig-Holstein einschließlich Hamburg in Wahl der EVSt - G usw."

Ferner enthielt der Aushang noch die Auflage:

"Dem Antrag auf Erteilung eines Übernahmevertrages ist die Originalfestofferte eines russischen Verkäufers beizufügen."

Anträge auf Abschluß von Übernahmeverträgen waren nach der Bekanntmachung der EVSt gleichfalls ab 11. Oktober 1956 einzureichen.

Am 10. Oktober 1956 gab die EVSt durch Aushang in ihren Räumen bekannt, der Anfangstermin sei vom 11. auf den 12. Oktober verschoben worden. Die AHSt verlegte dagegen

- 3 -

den Anmeldezeitpunkt nicht und teilte am 12. Oktober 1956 im Bundesanzeiger mit, die Wertgrenze sei erschöpft, weitere Anträge könnten nicht mehr berücksichtigt werden. Am 11. Oktober 1956 hatte die Firma Ha [REDACTED] von der AHSt die Einfuhrbewilligung erhalten; der Übernahmevertrag wurde mit ihr zu 325,50 DM je to abgeschlossen.

Die Klägerin wollte an der Ausschreibung teilnehmen, stellte jedoch nach der Erschöpfung der Wertgrenze keine Anträge mehr. Sie wirft im Zusammenhang mit der Ausschreibung und ihrer Durchführung sowie einer unrichtigen Auskunft, die ihr der Angestellte L [REDACTED] der AHSt fernmündlich gegeben haben soll, den Bediensteten der AHSt und der EVSt vor, sie hätten in mehrfacher Hinsicht ihnen ihr als einer Interessentin an der Ausschreibung gegenüber obliegende Amtspflichten schuldhaft verletzt. So beanstandet die Klägerin u.a., daß der von der AHSt gesetzte Anmeldetermin nicht ebenfalls um einen Tag verschoben worden sei. Sie trägt weiter vor: Ohne diese Amtspflichtverletzungen hätte sie sich an der Ausschreibung beteiligt und wäre auf Grund ihres günstigeren Angebotes vor der Firma Ha [REDACTED] berücksichtigt worden; weil sie aber nicht zum Zuge gekommen sei, seien ihr mäßig gerechnet 108 400 DM Gewinn entgangen; diesen müßte ihr die beklagte Bundesrepublik als Dienstherrin der AHSt sowie die EVSt als Dienstherrin ihrer eigenen Bediensteten ersetzen.

Die Vorinstanzen haben die zunächst auf 6 500 DM nebst Zinsen gerichtete, im Berufungsrechtszug auf 108 400 DM erweiterte Leistungsklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat angenommen: Weder nach einer besonderen Bestimmung noch nach der Natur der Sache, wohl aber auf Grund einer dahingehenden ständigen Verwaltungsübung seien die Beklagten gehalten gewesen, für die in Rede stehende Ausschreibung übereinstimmende Anmeldefristen zu bestimmen. Die Bediensteten der Beklagten hätten daher, wenn im vorliegenden Fall die Anmeldefrist allein bei der EVSt um einen Tag verschoben worden sei, ihre Amtspflichten verletzt, und zwar ihnen gegenüber der Klägerin als Importfirma, die sich auf die ständige Übung habe verlassen dürfen, obliegende Pflichten; für einen der Klägerin hierdurch entstandenen Schaden müßten die Beklagten nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG eintreten. Die Klägerin sei aber in Wirklichkeit nicht geschädigt worden; denn eine von ihr auf die Ausschreibung eingebrachte Bewerbung wäre - wenn man davon ausginge, die Behörden hätten den Antrag sachgemäß bearbeitet - abgelehnt worden. Zwar sei es unschädlich, daß die Klägerin entgegen den anders lautenden Ausschreibungen nicht die Original-Festofferte ihres russischen Verkäufers beigelegt habe; die Beklagten sähen nämlich üblicherweise von der Vorlage einer solchen Offerte ab und hätten daher, wenn sie nicht ermessensmißbräuchlich handelten, von ihrer Verwaltungspraxis nicht ohne - hier fehlende - sachliche Gründe abweichen dürfen. Die Klägerin habe aber, weil die Offerte ihres russischen Verkäufers auf "Abladung Ostsee und/oder Schwarzes Meer-Häfen in Verkäufers Wahl" gelautet habe, die Ausschreibungsbedingung "Abladung Ostsee" nicht erfüllt. In diesem Zusammenhang läßt sich das angefochtene Urteil ausführlich darüber aus, daß die Ausschreibungsbedingung zulässig und berechtigt gewesen sei. Die Beklagten hatten - unter Bestreiten seitens der Klägerin - vorgetragen, die Bestimmung eines Ostseehafens als Abladehafen habe mit Rücksicht auf die Höhe

der Frachtkosten, die Beschaffenheit des Getreides, den Zeitpunkt der Ankunft der Ware und die Einlagerung in Schleswig-Holstein eine wesentliche Bedeutung gehabt. Das angefochtene Urteil sieht die Bedeutung der Klausel "Abladung Ostsee" darin: Unbeschadet der in den Ausschreibungsbedingungen geforderten Cif-Klausel trage der Käufer die Gefahr ab Abladehafen; Käufer sei zwar die Klägerin, der EVSt sei aber, wenn sie das Getreide übernehmen wolle, daran gelegen, die Gefahren des Untergangs, der Verschlechterung durch eine Seereise und der Verzögerung usw durch die ungleich kürzere Schiffsroute von russischen Ostseehäfen als vom Schwarzen Meer nach Schleswig-Holstein auf ein Minimum zu beschränken; ferner müsse die EVSt, wenn das Getreide wie hier für die Bundesreserve vorgesehen sei, an einem möglichst niedrigen Abgabepreis interessiert sein und damit an einer möglichst schnellen und kurzen Seereise der Ware.

Ob und inwieweit diese Ausführungen zutreffen, die die Revision insoweit angreift, als sie die Bedingungen der Ausschreibungen seitens der Klägerin für nicht voll erfüllt erachten, braucht gegenwärtig nicht abschließend entschieden zu werden. Das Berufungsgericht ist nämlich, wie die Revision mit Recht rügt, dem Vortrag der Klägerin in der nachstehenden Beziehung nicht gerecht geworden, und dieser Vortrag würde, träfe er zu, sowohl dem Grund der Haftung als auch dem ausgelösten Schadensbild ein besonderes, sich gegen die Beklagten wendendes Gesicht geben.

Das angefochtene Urteil spricht gegen Schluß seines Tatbestandes und unter Ziffer V der Entscheidungsgründe davon, die Klägerin habe in der Schlußverhandlung unter Antritt von Zeugenbeweis behauptet, die Ausschreibung sei absichtlich so gestaltet worden, daß nur die Firma Hazebrouk habe zum Zuge kommen können. Hierzu erwägt das

Berufungsgericht, es sei nicht einzusehen, warum nicht ebenso wie diese Firma auch die Klägerin die Ausschreibungsbedingung hinsichtlich der Abladung Ostsee hätte erfüllen können, wenn sie sich in gleicher Weise um die Offerte bemüht hätte. Die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerin ist jedoch dahin gegangen, wie die Klägerin gesprächsweise von dem bei der EVSt tätigen Abteilungsleiter Holste erfahren habe, sei die Ausschreibung absichtlich so ausgestaltet und durchgeführt worden, daß nur die Konkurrenzfirma habe zum Zuge kommen können. Die Behauptung ist in einem Schriftstücke enthalten, das der Sitzungsniederschrift vom 12. November 1959 beigelegt ist. Ob das Schriftstück im Hinblick auf § 160 Abs. 3 ZPO als Protokollanlage gewertet werden kann oder ob es als einfacher vorbereitender Schriftsatz anzusprechen ist, mag dahinstehen. Im ersteren Fall würde durch die Anlage ausgewiesen, daß die in dem Schriftstück enthaltene Behauptung von dem Berufungsanwalt in der mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist (§ 164, 314 ZPO). Im zweiten Fall ist das Gewicht darauf zu legen, daß es an einem inneren sachlichen Grund für die Annahme fehlt, das Berufungsgericht, das hinsichtlich des Parteivortrages im einzelnen auf die vorbereitenden Schriftsätze verweist, habe mit der unvollständigen Wiedergabe der Behauptung zum Ausdruck bringen wollen, die Behauptung sei in der mündlichen Verhandlung nur teilweise vorgetragen worden.

Im ganzen gesehen ist aber die wiedergegebene Behauptung der Klägerin dahin gegangen, das Ausschreibungsverfahren einschließlich der Verlegung des einen Termins unter Belassung des anderen und seiner Behandlung als allein maßgeblich sei von den Beklagten nach der Äußerung eines ihrer eigenen Bediensteten geflissentlich zum Vorteil eines bestimmten Importeurs und zur Ausschaltung der Konkurrenz so wie geschehen gehandhabt worden. Nimmt man als auffallenden Umstand hinzu, daß die AHSt dem An-

trag der Firma Ha [REDACTED] sofort entsprochen hat, anscheinend ohne vorher sich zu vergewissern, ob die EVSt ein Angebot dieser Firma annehmen werde, so kann die unter Beweis gestellte Klagebehauptung nicht damit abgetan werden, es handele sich nur um ein haltloses und als solches nicht beweisbedürftiges Vorbringen.

Träfe die Behauptung der Klägerin zu, so läge eine nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu beurteilende Verletzung der den Beklagten gegenüber der Klägerin obliegenden Pflicht, sich bei Ausschreibungen jeglicher Bevorzugung eines einzelnen und Benachteiligung eines anderen ernsthaften Interessenten zu enthalten (vgl. auch Urteil vom 26. September 1960 III ZR 125/59 in WM 1960, 1304 = MDR 1961, 34 und die nachstehenden Ausführungen), offen zutage; auch ließe sich eine Schädigung der Klägerin nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneinen.

Die Sache muß daher zur weiteren Klärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Ihm ist auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, die von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Wegweisend, nämlich für den Fall, daß sich die erwähnte Behauptung der Klägerin nicht bewahrheitet, sei noch folgendes bemerkt:

Auch dann könnte eine Haftung der Beklagten, und zwar als Folge fahrlässiger Pflichtverletzungen eintreten. Zwischen den die Wirtschaft lenkenden Stellen einerseits und den beteiligten Wirtschaftskreisen andererseits bestehen nämlich im Rahmen wirtschaftlicher Lenkungsmaßnahmen Verpflichtungen zu gegenseitiger Rücksichtnahme (s. das

bereits erwähnte Urteil vom 26. September 1960 sowie das insoweit in NJW 1959, 1429 nicht veröffentlichte Urteil vom 30. April 1959 III ZR 24/58). Bei einer Ausschreibung wie der vorliegenden, die die in Betracht kommenden Wirtschaftskreise zu Anträgen und Angeboten auffordern und ihnen Gelegenheit zur Ausübung ihrer Berufstätigkeit geben soll, ist eine Rücksichtnahme auch auf ernsthafte Interessenten geboten; ihre Belange werden durch die Ausschreibung nach deren besonderen Natur angesprochen. Ernsthafte Interessenten können daher insoweit Dritte im Sinne des § 839 BGB sein, denen gegenüber den Beklagten eine Pflicht zur Rücksicht obliegt. Mit diesen Pflichten wäre es in objektiver Hinsicht nicht zu vereinbaren, wenn im gegenwärtigen Fall im Gegensatz zu der sonst geübten einheitlichen Handhabung der Anmeldefristen einerseits die EVSt den Beginn ihrer Anmeldefrist einseitig auf einen späteren Tag verlegt, andererseits aber die AHSt weiterhin von der ursprünglich übereinstimmenden Terminierung ausgeht und wenn dadurch so wie geschehen ein Interessent, der sich nach der von der EVSt bestimmten Regelung des Termins richtet oder richten will, von vornherein zum Vorteil eines anderen Interessenten verhindert wird, zum Zuge zu kommen.

Bei der - im Grundsätzlichen nach § 287 ZPO zu beurteilenden-Frage, ob die Klägerin durch das aufgezeigte Verhalten pflichtwidrig geschädigt worden ist, entscheidet, welchen Verlauf die Dinge genommen hätten, wenn die betreffenden Beamten nicht pflichtwidrig, sondern pflichtgemäß gehandelt hätten. In diesem Falle hätte die Klägerin nach ihrer Behauptung an der Ausschreibung teilgenommen, und kommt es darauf an, ob sie mit ihrer Bewerbung vor anderen Bewerbern Erfolg gehabt hätte. Bei der Prüfung, ob letzteres eingetreten wäre, ist aber zu bedenken: Die Beklagten hatten Ausschreibungsbedingungen herausgegeben

und waren im Rahmen der eine Behörde treffenden Pflicht zu konsequentem Verhalten grundsätzlich gehalten, sich nicht zu ihrem früheren Verhalten unter Verstoß gegen die Interessen der Beteiligten in Widerspruch zu setzen (vgl.hierzu das wiederholt erwähnte Urteil vom 26.September 1960). Nach dieser Richtung geht auch die Einlassung der Beklagten gemäß Schriftsatz vom 21. September 1959 Bl.9. Die Klägerin hatte freilich behauptet und in das Zeugnis des bei der EVSt tätigen Abteilungsleiters Ho[REDACTED] gestellt, dieser würde das Angebot der Klägerin auch mit der Klausel "Abladung Ostsee oder Schwarzes Meer" berücksichtigt haben, da die Klausel der Ausschreibung rechtswidrig sei und die EVSt in ständiger Übung über einen derartigen Fehler in der Ausschreibung hinweggehe. Die Behauptung, die zu ihrer Schlüssigkeit noch voraussetzt, daß Abteilungsleiter Ho[REDACTED] die nach Meinung der Beklagten gegebene Rechtswidrigkeit der Bedingung erkannt hätte, ist aber noch gänzlich ungeklärt und braucht bei dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens nicht abgehandelt zu werden. Ebenso wenig braucht gegenwärtig der Rüge der Revision nachgegangen zu werden, die den Vortrag der Klägerin aufgreift, Abteilungsleiter Ho[REDACTED] habe am 12.Oktober 1956 bei einem Ferngespräch die ihm vorgelesene Offerte dem Prokurist L[REDACTED] der Klägerin gegenüber als textlich ausreichend erklärt. Wenn keine besonderen Umstände eingreifen, wäre demnach bei der Prüfung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden zu fragen, ob die EVSt bei Zugrundelegung ihrer Ausschreibungsbedingungen das Angebot der Klägerin angenommen hätte.

Das aber führt zu Ungunsten der Klägerin zu der Erkenntnis: Es geht nicht an, bei der Frage, ob die Klägerin statt der Firma Ha[REDACTED] zum Zuge gekommen wäre, Ausschreibungsbedingungen, die die Klägerin nicht erfüllt haben sollte, schon mit der Begründung als nicht im Wege

stehend zu erklären, daß die Bedingungen von der Behörde rechtsfehlerhaft aufgestellt worden seien. Vielmehr kann die Klägerin insoweit aus einem solchen etwaigen Fehler nur dann etwas für sich herleiten, wenn bereits die Setzung der Bedingung - und möglicherweise ihre Aufrechterhaltung - den Tatbestand einer schuldhaften Pflichtverletzung ihr gegenüber erfüllte. Dies wird namentlich für die Angriffe bedeutsam, die die Klägerin gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs.5 des Getreidegesetzes und mit dem Ziel einer Einengung der in dieser Bestimmung enthaltenen Auflagenbefugnis der EVSt geführt hat. Das ist auch von Bedeutung insofern, als es um eine Sachfremdheit der Auflagen geht. Zwar muß jeder Beamte wissen, daß sachfremde Erwägungen/^{un}zulässig sind; etwas anderes ist es aber, ob er seine Erwägungen als sachfremd - falls sie es wirklich sind - erkennen konnte und mußte.

Auf der Linie des Gesagten liegt es im übrigen, wenn die Klägerin bereits vor dem Erstgericht ausweislich des Tatbestandes seines Urteils als Amtspflichtverletzung beanstandet hat, daß die EVSt in ihrer Ausschreibung "Abladung Ostsee" vorgeschrieben habe.

Zu dem vorstehend nicht behandelten Vortrag der Revision braucht gegenwärtig nicht Stellung genommen zu werden. Die Zurückverweisung der Sache gibt der Klägerin ohnehin Gelegenheit, in der neuen Tatsachenverhandlung noch das vorzutragen, was sie nach den meist auf verfahrensrechtlichem Gebiet liegenden Rügen der Revision noch hätte vorbringen wollen oder auf entsprechenden Hinweis seitens des Tatrichters noch hätte vorbringen können.

Dr. Kreft

Gähtgens

Dr. Arndt

Keßler

Dr. Hußla