

III ZR 84/59

Verkündet
am 27. Oktober 1960
Scheibl,
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2108 069

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Fischimport Friedrich B [REDACTED], H [REDACTED]
S [REDACTED],

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

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, dieser im Rechtsstreit vertreten durch die Außenhandelsstelle für Erzeugnisse der Ernährung und Landwirtschaft, Frankfurt a.M.,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 1960 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Beyer und Dr. Hußla

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 26. März 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Außenhandelsstelle für Erzeugnisse der Ernährung und Landwirtschaft (Außenhandelsstelle) der beklagten Bundesrepublik führte im Jahre 1949 Ausschreibungen von Lebensmittelimporten durch. Eine dieser Ausschreibungen, die als "Verlautbarung Nr. 148 des gemischten Einfuhrausschusses" im Öffentlichen Anzeiger für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet Nr. 73 vom 20. August 1949 "unter Bezugnahme auf die Verlautbarung Nr. 3 des Gemischten Einfuhr-Ausschusses vom 7. März 1949 auf Grund der JEIA-Anweisung Nr. 29" veröffentlicht wurde, betraf u.a. die Einfuhr von Fischkonserven aus Norwegen. In dieser Ausschreibung heißt es u.a.:

"JAC Nr. 3185

Fischkonserven

.....
Herkunftsländer:

Wertgrenzen:

Norwegen

\$ 300.000

.....

Mindestangebot: \$ 3.000

Bei jedem Angebot müssen 2 Qualitätsmuster mit eingereicht werden.

Preis: c.u.f. deutschen Hafen oder frei deutsche Grenze oder fob. Es muß angegeben werden, ob im Preis eine Provision (Prozentsatz) für den deutschen Vertreter enthalten ist. Die Preis- und Bewirtschaftungsbestimmungen sind zu beachten.

Festofferten gültig bis 20.9.1949, 18 Uhr, sind unter Vorlage der Muster bis zum 17.9.1949, 13 Uhr, bei der Außenhandelsstelle einzureichen".

Die Klägerin, die den Import von Fischkonserven betreibt, reichte fristgerecht folgende hier interessierende Offerten ein:

5000 Kisten 1/4 dingley Sild in Öl, einlagig, Marke
"Fjord-Sild" zum Preise v. # 12 fob,
5000 Kisten 1/4 dingley Sild in Öl, zweilagig, Marke "Fjord-
Sild", zum Preise von # 12,50 fob.

Die Prüfung der bei der Außenhandelsstelle eingegangenen Angebote stieß jedoch insofern auf Schwierigkeiten, als am 20.9.1949 die Länder des Sterling-Blocks und die ihm angeschlossenen Länder ihre Kursverhältnisse zum Dollar zu ändern beabsichtigten. Es fand daher am 19. September 1949, d.h. nach Ablauf der Ausschreibungsfrist, bei der Außenhandelsstelle eine Sitzung statt, in der unter Zuziehung von Sachverständigen die Frage erörtert wurde, ob mit Rücksicht auf die bevorstehende Abwertung der norwegischen Krone wegen der alsdann überschüssigen Beträge eine Neuausschreibung vorgenommen, oder ob die alte Ausschreibung aufrecht erhalten, die zuzuschlagenden Angebote aber gegebenenfalls aufgestockt und den Importeuren hierauf eine Optionsfrist eingeräumt werden sollte. Die Außenhandelsstelle entschloß sich schließlich für diese zweite Möglichkeit.

Danach fand am 20. September 1949 zwecks Prüfung der eingegangenen Angebote eine weitere Sitzung der Außenhandelsstelle statt. In dieser Sitzung wurden zunächst alle Angebote ausgeschieden, die auf fob gestellt waren, und der Zuschlag alsdann für Konkurrenzfirmen der Klägerin erteilt, während diese selbst unberücksichtigt blieb.

Die Klägerin hat dazu vorgetragen: Die von ihr eingereichten Angebote für Sild in Öl einlagig und zweilagig seien die günstigsten gewesen und hätten bei einer sachgerechten Entscheidung der Außenhandelsstelle Berücksichtigung finden müssen. Es sei offensichtlich, daß es der Prüfungskommission der Außenhandelsstelle darum zu tun gewesen sei, anderen Importeuren durch Berücksichtigung ihrer günstigeren Angebote einen sachlich nicht gerechtfertigten wirtschaftlichen Vorteil zukommen zu las-



sen. Im einzelnen gehen die Vorwürfe, die die Klägerin gegen die Prüfungskommission der Außenhandelsstelle erhoben hat, in folgende Richtung: An der Sitzung der Außenhandelsstelle vom 20. September 1949 habe unbefugterweise der Inhaber einer zum Zuge gekommenen Konkurrenzfirma teilgenommen und aus eigensüchtigen Gründen die Entscheidung der Prüfungskommission maßgeblich beeinflusst. Ferner sei die Anonymität der eingereichten Offerten nicht gewahrt gewesen. Auch habe man bei den Firmen, die einen Zuschlag erhalten hätten, eine durch die Kursänderung notwendig gewordene nachträgliche Änderung der Offertenpreise berücksichtigt, während man ihre, der Klägerin, geänderte Offerte unberücksichtigt gelassen habe. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt gewesen, die in der Ausschreibung ausdrücklich zugelassenen fob-Offerten von vornherein vom Zuschlag auszuschließen. Jedenfalls aber sei es unzulässig gewesen, bei dem Vergleich der Preise der einzelnen Offerten die Provision bei den mit einer solchen belasteten Offerten abzuziehen und unberücksichtigt zu lassen.

Nach der Behauptung der Klägerin ist ihr durch die Nichtberücksichtigung ihrer Offerten ein Schaden von 80.000,-- DM entstanden. Mit der vorliegenden Klage verlangt sie einen Teilbetrag ihres angeblichen Schadens ersetzt und hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 6.100,-- DM zu verurteilen.

Die Beklagte ist dem Vorbringen der Klägerin im einzelnen entgegengetreten und hat um Abweisung der Klage gebeten.

Das Landgericht hat durch Zeugenvernehmung Beweis erhoben und alsdann die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat nach weiterer Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Ansprüche aus vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehungen zwischen den Parteien hat das Berufungsgericht mit Recht verneint. Die Revision hat in dieser Hinsicht auch keine Bedenken erhoben. Als Anspruchsgrundlage kommt mithin allein § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG in Betracht. Dazu hat das Berufungsgericht bereits zutreffend ausgeführt, daß an der Beamteneigenschaft (im Sinne des § 839 BGB) der Mitglieder des Prüfungsausschusses sowie daran, daß sie ausschließlich "in Ausübung öffentlicher Gewalt" tätig geworden sind, kein Zweifel bestehen und daß ferner unbedenklich angenommen werden kann, daß die Klägerin als "Dritte" im Sinne der genannten Bestimmung anzusehen ist.

2) Die von der Beklagten in der mündlichen Revisionsverhandlung vertretene Auffassung, die Revision müsse schon daran scheitern, daß das Berufungsgericht als Kollegialgericht das Verhalten der verantwortlichen Beamten der Beklagten als rechtmäßig erachtet habe und deswegen zumindest ein Verschulden auf ihrer Seite verneint werden müsse, ist unrichtig. Zwar geht die ständige Rechtsprechung des erkennenden Senates dahin, daß in der Regel ein Verschulden eines Beamten nicht angenommen werden kann, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht sein Verhalten als objektiv gerechtfertigt gebilligt hat. Dieser Satz gilt aber, wie der Senat ebenfalls wiederholt betont hat, nicht allgemein und es handelt sich insoweit nur um eine allgemeine Richtlinie für die rechtliche Beurteilung des im Einzelfall gegebenen Sachverhalts. In vorliegendem Fall kann diese Regel - ganz abgesehen davon, daß das Berufungsgericht keineswegs das Verhalten der Beamten

der Beklagten schlechthin als objektiv richtig bezeichnet hat - schon deswegen nicht Platz greifen, weil das Berufungsgericht, wie in folgendem darzulegen ist, das Verhalten der Beamten im Blick auf eine Amtspflichtverletzung entscheidend nicht unter zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt hat (vgl. dazu BGB-RGRK 11. Aufl. § 839 Anm. 148).

3) Die bei der Prüfung der eingereichten Offerten und der Entscheidung über den Zuschlag maßgebenden Gesichtspunkte ergaben sich aus den Verlautbarungen Nr. 1 und 3 zur JEIA-Anweisung Nr. 29, in denen es u.a. hieß: Es müsse "eine gerechte Zuteilung unter den wesentlichen Verbrauchern und Importeuren bzw. anderen Einfuhrinteressenten" erfolgen, und die Durchführung der Einfuhren in einer Weise geschehen, die "geringste Kosten und größtmögliche Mengen in kürzester Frist und mit geringsten Kosten für die deutsche Wirtschaft sicherstellt" (Verlautbarung Nr. 1 zu B 1 b und c); die Außenhandelsstelle erteile die Devisenzuteilungsbestätigungen "für die vorteilhaftesten Angebote unter besonderer Berücksichtigung der Qualitäten, Preise und Liefertermine" (Verlautbarung Nr. 3 zu 7). Diese Bestimmungen konnten nur dahin verstanden werden, 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. dem des Preises oder der Qualität) beurteilt werden konnte, konnte dahinführen, 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 erachten 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 Angebots eine Bedeutung nicht zukam. In seiner den Runderlaß Außenwirtschaft Nr. 56/61 (BundesAnz Nr. 244 vom 18. Dezember 1951) betreffenden Entscheidung vom 28. Januar 1957 III ZR 131/55 (insoweit in BGHZ 23, 172 und NJW 1957, 713 nicht abgedruckt) hat der Senat bereits entsprechende Grundsätze aufgestellt. Wenn die Formulierungen in dieser Entscheidung den vorstehenden auch nicht voll entsprechen, so sollte doch damit nichts anderes gesagt werden.

4) Bei der Ermittlung des "vorteilhaftesten Angebots" mußten deshalb zunächst alle für diese Frage im Einzelfall maßgeblichen tatsächlichen Faktoren festgestellt und es mußte alsdann unter Berücksichtigung dieser Faktoren ein wertender Vergleich der einzelnen Angebote angestellt werden. Ebenso

ist zu verfahren, wenn die Entscheidung der Prüfungskommission unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung nachgeprüft werden muß. Dabei wird von einer Amtspflichtverletzung erst gesprochen werden können, wenn auch unter Berücksichtigung dessen, daß bei einem wertenden Vergleich von in den Einzelheiten teils nach der einen, teils nach der anderen Seite voneinander abweichenden Angeboten für die Frage nach dem vorteilhafteren Angebot ein gewisser Beurteilungsspielraum bleibt, das zum Zuge gekommene Angebot nicht als das vorteilhafteste anerkannt und die getroffene Entscheidung mit sachgerechten Erwägungen nicht begründet werden kann.

5) Das Berufungsgericht hat von der Auffassung aus, daß es sich bei der Entscheidung der Prüfungskommission um eine Ermessensentscheidung gehandelt habe, die den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden Vorgänge entscheidend unter dem Gesichtspunkt der Ermessensüberschreitung und des Ermessensmißbrauchs gewürdigt und demzufolge auch tatsächliche Feststellungen nicht in dem Umfang getroffen, wie es nach dem zuvor Gesagten für die Entscheidung notwendig gewesen wäre. Schon aus diesem Grunde reichen daher die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht seine Entscheidung in erster Linie begründet hat, nicht aus, um die Abweisung der Klage zu rechtfertigen. Es hätten vielmehr nach dem oben Ausgeführten die objektiv vorteilhaftesten Angebote ermittelt und es hätte dann, wenn die zum Zuge gekommenen Angebote nicht die vorteilhaftesten waren, eine - objektive - Amtspflichtverletzung bejaht werden müssen. Es wäre in diesem Falle dann nur noch zu prüfen gewesen, ob insoweit den Kommissionsmitgliedern auch ein Verschulden vorzuwerfen ist und die Amtspflichtverletzung einen Schaden der Klägerin verursacht hat.

Im einzelnen sei in diesem Zusammenhang noch bemerkt:

a) Zur Berücksichtigung der Provision hat das Berufungsgericht ausgeführt: Es sei zwischen den Parteien nunmehr unstrittig, daß in den berücksichtigten Offerten die Provisionen nicht etwa zugunsten einer Mehrmenge abgezogen worden seien. Das Abziehen der Provision bedeute zwar, sofern diese nicht zugunsten einer entsprechenden Mehrmenge erfolgt sei, an sich einen Verstoß gegen das in der Verlautbarung Nr. 1 aufgestellte Erfordernis der "größtmöglichen Menge". Die Beklagte habe aber, ohne daß dem die Klägerin entgegengetreten wäre, darauf hingewiesen, daß bei der von der Außenhandelsstelle getroffenen Entscheidung die Erwägung mit einer entscheidenden Rolle gespielt habe, daß bei einer Nichtberücksichtigung der mit Provisionen belasteten Offerten gerade diejenigen Angebote ausgeschlossen wären, bei denen erfahrungsgemäß mit einer besonders hochwertigen Qualität hätte gerechnet werden können. Sei das aber der Fall, dann erscheine es durchaus vertretbar, eine geringere als die absolut erreichbare Menge als die größtmögliche im Sinne der Verlautbarung Nr. 1 zu bezeichnen. Jedenfalls sei eine derartige Erwägung keineswegs willkürlich gewesen, zumal sie einer bereits allgemein üblichen Praxis entsprochen habe, die dann auch durch Änderung der Ziff. 7 der Verlautbarung Nr. 3 am 10. Dezember 1949 (BundesAnz. Nr. 34) ihre nachträgliche förmliche Bestätigung gefunden habe.

Bei der Ermittlung des vorteilhaftesten Angebotes gewinnt die Provisionsfrage Bedeutung sowohl unter dem Gesichtspunkt der "größtmöglichen Menge" als auch unter dem des Preises. Es kann kein Zweifel daran sein, daß unter beiden Gesichtspunkten ein Angebot, das einschließlich der Provision preislich über einem nicht mit einer Provision belasteten Angebot liegt, als das unvorteilhaftere anzusehen ist.

Daß die einschließlich der Provision preislich über dem ohne Provision abgegebenen Angebot liegende Offerte für die Einfuhr derselben Warenmenge einen höheren Devisenaufwand erforderte, war zudem ein Gesichtspunkt, dem deswegen besondere Bedeutung zukommen mußte, weil nach dem eigenen Sachvortrag der Beklagten (S. 4/5 des Schriftsatzes vom 1. Dezember 1953) damals "die rein devisenwirtschaftlichen Gesichtspunkte absolut im Vordergrund standen", und "eine Verpflichtung zur sparsamsten Verwendung der Devisen" bestand. Zwar konnte der unter den genannten Gesichtspunkten sich ergebende Vorteil der nicht mit einer Provision belasteten Offerte durch andere Vorteile des eine Provision einschließenden Angebotes ausgeglichen werden, wenn etwa Qualitätsunterschiede oder Unterschiede in den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen vorlagen. Auch konnte bei einem wertenden Vergleich der Angebote dem von der Beklagten wiederholt hervorgehobenen Gesichtspunkt des Schutzes und der Hilfe für Agenten und Makler Bedeutung zukommen. Ob hier bei der Entscheidung über den Zuschlag Qualitätsunterschiede in den einzelnen Angeboten eine Rolle gespielt haben, ist nicht aufgeklärt. Die Beklagte hatte dazu vorgetragen (u.a. S. 4 des Schriftsatzes vom 7. Februar 1956, auch S. 4 des Schriftsatzes vom 31. Oktober 1956), daß "überwiegend Erzeugnisse altbekannter Packerfirmen, denen bezüglich der Qualität ein guter Ruf vorausging", angeboten gewesen seien und deshalb die Prüfung der Qualität im Verhältnis zum Preis "keine besonderen Schwierigkeiten" geboten habe. Demgegenüber hatte die Klägerin unter Beweisantritt behauptet (S. 7 des Schriftsatzes vom 23. Februar 1956 und S. 4 des Schriftsatzes vom 11. Dezember 1956), daß eine Qualitätsprüfung überhaupt nicht stattgefunden habe. Unterschiede in den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen haben nach dem beiderseitigen Vortrag der Parteien auch keine Bedeutung gehabt. Der Gesichtspunkt des Schutzes der Agenten und Makler würde hier nicht entscheidend zur Rechtfertigung des Abzuges der Provision für die Preisvergleiche herangezogen werden

können, wenn die Behauptung der Klägerin (u.a. S. 4 ff des Schriftsatzes vom 5. November 1958 Bl. 583 ff) richtig sein sollte, daß bei den zum Zuge gekommenen Angeboten die Provisionen überhaupt nicht an einen Makler oder Agenten zu zahlen waren, sondern einem der beteiligten Importeure zufließ.

b) Die Frage, ob der Prüfungsausschuß nicht schlechthin sämtliche fob-Offerten hätte unberücksichtigt lassen dürfen, hat das Berufungsgericht dahinstehen lassen und dazu ausgeführt: Auch wenn die Prüfungskommission anders als tatsächlich geschehen, hätte vorgehen müssen, könne ihr daraus, daß sie den Angeboten der Klägerin den Zuschlag versagt habe, der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens nicht gemacht werden, da jedenfalls nach dem Angebot Nr. 170 die von der Prüfungskommission berücksichtigten Angebote als die preisgünstigsten Offerten anzusehen gewesen seien. Zur Begründung dafür hat das Berufungsgericht ebenfalls lediglich auf das Gutachten des Sachverständigen verwiesen. Die einfache Verweisung auf dieses Gutachten aber kann, wie unten noch im einzelnen auszuführen, als ausreichende Begründung nicht anerkannt werden. Hier sei zum Ausschluß der sämtlichen fob-Offerten nur auf folgendes hingewiesen: Wie das Berufungsgericht bereits mit Recht hervorgehoben hat, waren in der Ausschreibung fob- und c.u.f.-Offerten gleichwertig nebeneinandergestellt. Sie mußten deshalb auch von der Prüfungskommission als gleichwertig behandelt werden und den c.u.f.-Angeboten durfte nur dann, wenn sie aus besonderen und nicht in der Art des Angebotes selbst liegenden Gründen vorteilhafter als die fob-Angebote waren, der Vorzug vor diesen gegeben werden.

II.

Die Hilfsbegründung, die das Berufungsgericht seiner Entscheidung gegeben hat, geht dahin, daß jedenfalls der Klägerin

kein Schaden entstanden sei, da dann, wenn die tatsächlich berücksichtigten Firmen nicht zum Zuge gekommen wären, auf andere Offerten als die der Klägerin der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Zur Begründung dafür hat das Berufungsgericht ohne eigene sachliche Ausführungen lediglich bemerkt, daß der Sachverständige dies "überzeugend ausführt". Die Klägerin hatte jedoch insoweit das Gutachten des Sachverständigen mit eingehenden Darlegungen angegriffen, vor allem im Schriftsatz vom 14. Dezember 1957. Zu der von dem Sachverständigen als günstigstes Angebot bezeichneten Offerte Nr. 170 hatte die Klägerin behauptet, daß dem Sachverständigen Irrtümer im Tatsächlichen unterlaufen seien, und auch zu den anderen von dem Sachverständigen als günstiger bezeichneten Offerten hatte die Klägerin ins Einzelne gehende Ausführungen gemacht (S. 13 ff des genannten Schriftsatzes). Dementsprechend hat das Berufungsgericht auch selbst durch Beschluß vom 8. Mai 1958 dem Sachverständigen u.a. aufgegeben, "im einzelnen ziffernmäßig die notwendigen Devisenbeträge bezüglich der von der Klägerin gemachten Offerten sowie derjenigen Offerten anzugeben, die nach Meinung des Sachverständigen preisgünstiger als die der Klägerin waren". Der Sachverständige hat jedoch in seinem Nachtragsgutachten vom 27. August 1958 erklärt, sich zeitlich nicht in der Lage zu sehen, diese Angaben zu machen. Unter diesen Umständen aber konnte das Berufungsgericht, wenn es seiner Verpflichtung zu selbständiger und vollständiger Würdigung des Parteivorbringens und des Ergebnisses seiner erfolgten Beweisaufnahme gerecht werden wollte, nicht einfach das Resultat des ersten Gutachtens in der hier interessierenden Richtung übernehmen, ohne zu den eingehenden Angriffen, die die Klägerin gegen die Richtigkeit des Gutachtens erhoben hatte, Stellung zu nehmen. Insoweit sind die Rügen der Revision begründet. Der erkennende Senat ist mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen nicht in der Lage, die Frage schon jetzt zu beantworten, ob dann, wenn die tatsächlich zum

Zuge gekommenen Angebote nicht berücksichtigt worden wären, das Angebot der Klägerin den Zuschlag hätte erhalten müssen oder ob andere, und zwar so viele andere Angebote als vorteilhafter hätten erachtet werden müssen, daß die Klägerin mit ihrem Angebot hätte ausfallen müssen. Auf Grund des bisher festgestellten Sachverhalts kann die Abweisung der Klage so- nach auch mit der hier in Rede stehenden Hilferwägung des Berufungsgerichts noch nicht ausreichend begründet werden.

III.

Da bereits nach dem bisher Ausgeführten das Berufungsurteil mit der ihm gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben kann, bedarf es eines Eingehens auf die weiteren - verfahrens- rechtlichen - Rügen der Revision nicht mehr. Die Abweisung der Klage kann auf Grund der bis jetzt getroffenen Feststel- lungen auch nicht mit anderer Begründung gehalten werden. Da andererseits die Sache auch noch nicht zu einer abschließenden Entscheidung im Sinne der Klage reif ist, muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Für die erneute Verhandlung vor dem Berufungsgericht sei noch auf folgendes hingewiesen:

Unstreitig haben an der Sitzung der Prüfungskommission außer den eigentlichen Kommissionsmitgliedern auch dritte Personen teilgenommen, und zwar solche, deren Firmen sich mit Angeboten an der Ausschreibung beteiligt hatten. Ein sol- ches Verfahren muß als schlechthin unzulässig bezeichnet wer- den. Soweit die Mitwirkung von sachkundigen Personen für die Entscheidung über die Angebote zweckmäßig und geboten erschei- nen konnte und mußte, war dem dadurch Rechnung getragen, daß gemäß der Verlautbarung Nr. 3 jeweils drei Sachverständige

zur Beratung aus den Kreisen der Wirtschaft zugezogen wurden. Dabei mochte sich zwar nicht immer umgehen lassen, daß zu der Prüfungskommission auch solche Personen als Sachverständige berufen wurden, die selbst an der Ausschreibung interessiert waren. Die Teilnahme weiterer - und zwar besonders an der Ausschreibung interessierter - Personen an den Sitzungen kann jedoch sachlich nicht gerechtfertigt werden. Die Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens hängt nicht erst davon ab, ob dem betreffenden Teilnehmer in der Sitzung ein unmittelbarer Einfluß eingeräumt worden ist oder nicht; vielmehr war die Anwesenheit dritter interessierter Personen schlechthin unzulässig, da schon die bloße Anwesenheit solcher Personen geeignet war, die Entschließungsfreiheit der Kommissionsmitglieder zu beeinflussen. Die Zulassung dritter interessierter Personen in der entscheidenden Sitzung stellt auch eine Amtspflichtverletzung gegenüber den anderen Bewerbern dar, die nicht an der Sitzung beteiligt waren. Die Klägerin kann daraus allenfalls dann etwas für sich herleiten, wenn ein Ursachenzusammenhang zwischen dieser Amtspflichtverletzung und der für sie ungünstigen Entscheidung der Prüfungskommission besteht. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, daß es die Klägerin insoweit an einem hinreichend substantiierten Vorbringen habe fehlen lassen. Ob die dagegen erhobenen Rügen der Revision, das Berufungsgericht habe wesentliche Beweisanerbieten übersehen, begründet sind, kann dahinstehen, da die Klägerin ohnehin Gelegenheit hat, ihr Vorbringen in dieser Richtung noch zu ergänzen. Im übrigen wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß nicht nur die Frage der Höhe des durch eine Amtspflichtverletzung verursachten Schadens, sondern auch die des Ursachenzusammenhangs zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden der richterlichen Würdigung nach § 287 ZPO unterliegt (vgl. BGB-RGRK aaO Anm. 111). Abgesehen davon aber wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, ob hier nicht eine tatsächliche Vermutung zugunsten der Klägerin eingreift. Denn wenn dritte, an der Entscheidung in-

teressierte, aber nicht zur Prüfungskommission gehörende Personen an der entscheidenden Sitzung teilgenommen haben und deren Angebote voll zum Zuge gekommen sind, der weitaus überwiegende Teil der sonstigen Offerten jedoch völlig unberücksichtigt geblieben ist, dann liegt die Annahme nahe, daß die - unzulässige - Sitzungsteilnahme für die Zuschlagserteilung von Bedeutung gewesen ist.

Dr. Geiger

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Dr. Hußla