

Verkündet

2142 053

am 26. Juni 1961

■, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Filmkaufmanns Hans-Heinrich T ■, genannt
Frank C ■, B ■-W ■, K ■ Straße ■,
bei M ■,

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

g e g e n

B ■, vertreten durch den Senator für Finanzen, B ■-W ■,
N ■ Straße ■,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. Juni 1961 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der Bundesrichter
Dr. Arndt, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Gähtgens

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin-Charlotten-
burg vom 9. Februar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsrechtszuges werden dem
Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Um die Berliner Filmproduktion zu fördern und Arbeitsplätze für arbeitslose Filmschaffende zu bereiten, beschloß der Berliner Magistrat am 13. März 1950, Bürgschaften für Filmkredite bis zum Haftungsbetrage von 5 Millionen DM durch die Stadt Berlin zu übernehmen. Der Beschluß wurde in der Drucksache Nr. 713 des Abgeordnetenhauses vom 1. April 1950 bekanntgemacht. Am 15. April 1950 ergingen "Richtlinien zur Übernahme von Ausfallbürgschaften des Magistrats zur Förderung der Westberliner Filmwirtschaft", die - ohne Bürgschaftsbedingungen im einzelnen festzulegen - das Verfahren für Antrag und Bewilligung regelten und bestimmten, daß die Übernahme einer Ausfallbürgschaft durch den Magistrat nach Stellungnahme durch einen Kreditausschuß erfolge, der sich für seine Tätigkeit einer Treuhandstelle bediene.

Der Kläger ist Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer der C-[REDACTED]-Filmgesellschaft mbH in B-[REDACTED]-C-[REDACTED] (im folgenden C-Film genannt), die sich jetzt in Liquidation befindet. Die C-Film beabsichtigte im Jahre 1950 einen Film "Eva im Frack" mit einem Kostenaufwand von geschätzt 620.000,-- DM herzustellen, wofür sie einen Kredit der Berliner Bank AG in Anspruch nehmen wollte. Am 1. August 1950 reichte die C-Film einen Kreditantrag bei der Filmtreuhandstelle ein. Am 15. September 1950 übernahm der Kläger gegenüber der Berliner Bank die selbstschuldnerische Bürgschaft für einen Kredit der C-Film. Am 4. Oktober 1950 teilte die Filmtreuhandstelle der C-Film schriftlich mit, daß sie den Kredithilfeantrag befürwortend an den Kreditausschuß weitergeleitet, dieser den Kredit in seiner Sitzung am 15. September unter der Bedingung, daß auch eine

Bundesausfallbürgschaft erteilt werde, genehmigt habe und der Antrag an die zuständige Stelle des Bundes weitergeleitet worden sei.

Auf Grund des Kreditvertrages vom 4. Oktober 1950, 7. und 10. Dezember 1951 gewährte die Berliner Bank der C-Film ein Darlehen von 542.500,-- DM, das in Teilzahlungen während der Drehzeit und der nachfolgenden endgültigen Fertigstellung des Films ausbezahlt wurde. Die Aufnahmen begannen Anfang Oktober 1950 und endeten am 13. November 1950. Anfang Dezember 1950 war der Film endgültig fertiggestellt; er wurde am 12. Januar 1951 uraufgeführt.

Am 4. Dezember 1950 übernahm der Bund eine "Ausfallbürgschaft" für einen letztstolligen Teilbetrag von 201.366,20 DM, wobei der Bund - auf Grund seiner Richtlinien vom 28. Juni 1950 - sein Rückgriffsrecht gegen die Produzenten grundsätzlich auf die Einspielergebnisse beschränkte.

Durch Magistratsbeschluß vom 6. November 1950 erließ das beklagte Land "Richtlinien für die Übernahme von Bürgschaften oder sonstigen Gewährleistungen durch Berlin", die bestimmten, daß Berlin nur Ausfallbürgschaften übernehmen werde (I a) und daß die beteiligten Kreditinstitute sich von den Kreditnehmern auch für die von Berlin verbürgten Kredite nach Möglichkeit Sicherheiten geben lassen sollten, die vor Inanspruchnahme Berlins aus der Bürgschaft bestens verwertet werden sollten (IV). Am 3. August 1951 übernahm der Magistrat der Beklagten die Ausfallbürgschaft gegenüber der Berliner Bank für den nicht durch die Bundesbürgschaft gedeckten Teil des Kredites, d.h. höchstens bis zu 341.133,80 DM. Die Bürgschaftserklärung enthält u. a. die Bedingungen:



"Diese Bürgschaft dient zur Sicherung des Ausfalls, den die Bank nach Verwertung der für diesen Kredit gestellten Sicherheiten etwa erleiden sollte ...

Der hiernach vom Bürgen zu leistende Betrag ist als Sicherheitsleistung zunächst auf ein Sicherstellungskonto zu verbuchen; er darf erst dann mit der Hauptschuld verrechnet werden, wenn der Ausfall feststeht und der Bund auf Grund seiner Bürgschaft Zahlung geleistet hat".

Die Einspielergebnisse des Films "Eva im Frack" reichten zur Abdeckung des Kredits nicht aus. Die Berliner Bank nahm den Bund als Bürgen in Anspruch. Der Bund zahlte 201.366,20 DM.

Im Juni 1953 nahm die Berliner Bank auch die Beklagte aus ihrer Bürgschaft in Anspruch. Die Beklagte vertrat jedoch die Ansicht, daß die Voraussetzungen ihrer Inanspruchnahme nicht gegeben seien, solange die Berliner Bank noch nicht alle sonstigen Sicherheiten für den Kredit, einschließlich der selbstschuldnerischen Bürgschaft des Klägers, verwertet habe. Am 31. Juli 1953 zahlte jedoch die Beklagte 154.297,83 DM auf ein Bürgschaftssicherstellungskonto bei der Berliner Bank und bestimmte hierzu:

"Ich bitte, die überwiesenen Beträge nicht mit den laufenden Konten zu verrechnen, sondern auf einem Bürgschaftssicherstellungskonto zu verbuchen. Über die weitere Entwicklung bitte ich mich vierteljährlich zu unterrichten".

Die Berliner Bank klagte nunmehr gegen die C-Film, den Kläger und einen weiteren Bürgen einen Teilbetrag von 97.350,63 DM ein (Beiakten 17 O 86/57). Diese wurden vom Landgericht unter Berücksichtigung von Teilzahlungen zur Zahlung von 94.150,63 DM nebst Zinsen verurteilt. Ihre Berufung wurde vom Kammergericht am 12. Dezember 1959 zurückgewiesen.

Der Kläger, dem die C-Film ihre etwaigen Ansprüche gegen die Beklagte abgetreten hat, ist der Meinung, die Beklagte sei verpflichtet, die bei der Überweisung auf das Bürgschaftssicherstellungskonto getroffene Bestimmung dahin zu ändern, daß die Berliner Bank über das Geld zur Deckung der Darlehensschuld der C-Film frei verfügen könne. Er leitet diesen Anspruch aus einem Vertrage her, der durch den Kreditantrag der C-Film vom 1. August 1950 und die Antwort der Film-treuhandstolle vom 4. Oktober 1950 oder die Beschlußfassung des Kreditausschusses geschlossen worden sei, und zwar als Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Hilfsweise fordert er Schadensersatz aus unerlaubter Handlung. Im einzelnen hat der Kläger vorgetragen: Nachdem der Bund in seinen Richtlinien vom 28. Juni 1950 bei den Bundesausfallbürgschaften auf eine Inanspruchnahme der Kreditnehmer über die Einspielergebnisse hinaus verzichtet habe und andere Länder (z.B. Hamburg, Niedersachsen, Bayern und Hessen) diesem Beispiel gefolgt seien, habe der Begriff "Ausfallbürgschaft" für die Filmwirtschaft seine ganz bestimmte Prägung erhalten. Die C-Film habe deshalb nicht damit rechnen können und auch nicht damit gerechnet, daß die Beklagte aus ihrer Bürgschaft nicht schon nach Erschöpfung der Einspielergebnisse, sondern erst nach Inanspruchnahme aller Schuldner und Mitbürgen

habe eintreten wollen. Das Vorstandsmitglied der Berliner Bank, Direktor R■■■■, habe sowohl ihm, dem Kläger, als auch allen Berliner Filmproduzenten bei den Kreditverhandlungen ständig erklärt, die Ausstellung der selbstschuldnersichen Bürgschaften der Anteilseigner habe rein formellen Charakter, weil stets die Beklagte für einen etwaigen Ausfall bürgschaftsmäßig einzutreten habe. Die interessierten Filmproduzenten, so auch die C-Film, hätten die Beklagte wiederholt um Bekanntgabe der Bürgschaftsbedingungen gebeten. Sie seien jedoch bewußt im unklaren gelassen und es sei ihnen sogar erklärt worden, es bestünden zwar gewisse Richtlinien, diese würden jedoch nicht bekanntgegeben, weil die Handhabung im Interesse der Filmproduzenten elastisch bleiben solle. Ihre Richtlinien vom 15. April und vom 6. November 1950 habe die Beklagte den Filmproduzenten verschwiegen. Die Richtlinien vom 15. April 1950 seien erst nach langem Drängen am 29. Oktober 1952 bekanntgegeben worden. Am 16. November 1950, als die Richtlinien vom 6. November 1950 bereits 10 Tage in Kraft gewesen seien, habe anlässlich einer Besprechung der Filmproduzenten im Hause der Abteilung Wirtschaft des Magistrats dessen Vertreter Dr. S■■■■ erklärt, die Bedingungen für die Bürgschaften seien noch nicht bekannt. Bei dieser Zusammenkunft sei dann der in der Wirtschaftsabteilung tätige Dr. H■■■■ beauftragt worden, im kleinen Kreis die Bürgschaftsbedingungen festzulegen, um sie in einem Merkblatt den Interessenten bekannt zu machen. Dies sei jedoch nicht geschehen. Der Kläger habe von der Bürgschaftserklärung der Beklagten erst in dem Rechtsstreit 17 O 86/57 und von der Ausgestaltung des Rückgriffsrechts überhaupt erst im vorliegenden Rechtsstreit Kenntnis erhalten. Daraufhin habe er seine selbst-

schuldnerische Bürgschaft gegenüber der Berliner Bank wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. Wenn die Beklagte eine derartige, von der des Bundes und anderer Bundesländer abweichende Regelung des Rückgriffs beabsichtigt habe, sei sie verpflichtet gewesen, dies der C-Film vor deren Kreditinanspruchnahme bekannt zu geben. Dann hätte die C-Film den Film "Eva im Frack" nicht in Berlin, sondern in einem anderen Lande hergestellt und dort einen Kredit unter günstigeren, der Bundesbürgschaft angeglichenen Bürgschaftsbedingungen aufgenommen. Die Beklagte habe eine derartige Aufklärung nur unterlassen, weil ihr daran gelegen habe, die damals große Zahl der arbeitslosen Filmschaffenden in ein Beschäftigungsverhältnis zu bringen. Die Beklagte habe aber nicht nur die gebotene Aufklärung über die beabsichtigte andere Ausgestaltung ihrer Ausfallbürgschaften unterlassen, sondern darüber hinaus bei verschiedenen Gelegenheiten zum Ausdruck gebracht, daß ihre Ausfallbürgschaften auf die des Bundes abgestimmt werden würden.

Unter Beschränkung der Klage auf einen Teilbetrag hat der Kläger - nach seinem im Berufungsrechtszug geänderten Antrage - beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, einzuwilligen, daß die Berliner Bank AG Berlin-Charlottenburg über einen Teilbetrag von 10.000,-- DM des durch die Zahlung des Senators für Finanzen vom 31. Juli 1953 ... über 154.297,83 DM entstandenen Bürgschaftssicherstellungskontos zur Deckung ihrer Darlehensforderung gegen die C-[REDACTED]-Film GmbH aus dem zur Herstellung des Films "Eva im Frack" an die C-[REDACTED]-Film GmbH gegebenen Kredit frei verfügen dürfe.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat einen Vertragsschluß mit der C-Film in Abrede gestellt und den Klagevortrag bestritten. Weiter hat sie vorgetragen: Mit ihren Ausfallbürgschaften habe sie lediglich das Geldgeberrisiko der kreditgewährenden Bank gedeckt, während der Bund durch seine Ausfallbürgschaften das Produktionsrisiko gedeckt habe. Diese Ausgestaltung ihrer Ausfallbürgschaften als einer Kredithilfe für die Filmwirtschaft durch die Deckung des Geldgeber-
risikos der kreditgewährenden Bank sei von Anfang an sowohl den Banken wie auch den Filmproduzenten, insbesondere auch der C-Film aus den Besprechungen mit der Berliner Bank bekannt gewesen, die C-Film habe nicht damit rechnen können, daß sie, die Beklagte, dieselben Richtlinien wie der Bund für ihre Ausfallbürgschaften aufstellen und bereits dann für den Ausfall des Kredits eintreten werde, wenn die Einspielergebnisse eines Films erschöpft seien. Sie, die Beklagte, habe weder der C-Film noch den anderen Filmproduzenten gegenüber jemals zum Ausdruck gebracht, die - vor dem 6. November 1950 noch gar nicht feststehenden - Richtlinien für die Übernahme von Ausfallbürgschaften würden denen des Bundes entsprechen. Die Richtlinien seien bei der Besprechung vom 16. November 1959 ihrem Vertreter Dr. S. nicht bekannt gewesen. Die C-Film habe voreilig gehandelt, wenn sie die Dreharbeiten fast beendet habe, bevor die Richtlinien erlassen worden seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist vom Kammergericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen früheren Antrag weiter. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger leitet seinen Anspruch sowohl aus eigenem Recht als auch aus der von ihm behaupteten, von der Beklagten nicht bestrittenen Abtretung der etwaigen Ansprüche der C-Film her. Er hat in der Klageschrift zusammenfassend erklärt, er fordere von der Beklagten die Einhaltung der durch Gesetz und die Richtlinien vorgeschriebenen Bestimmungen über die Übernahme von Bürgschaften für die Filmproduktion, d.h. eine echte Förderung derselben, wie dies öffentlich zugesagt worden sei, durch vollgültige Auszahlung der Bürgschaftsbeträge an die Banken. Rechtlich hat er seine Forderung als einen vertraglichen Anspruch aus einem Auftragsverhältnis auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gekennzeichnet; vorsorglich hat er Schadensersatz aus unerlaubter Handlung - und zwar zunächst aus § 826 BGB - gefordert und stützt diesen Anspruch nunmehr auf § 839 BGB, nachdem das Berufungsgericht den Anspruch unter dem Gesichtspunkt einer Amtspflichtverletzung geprüft hat.

Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtsweges ergeben sich nicht. Der Klageanspruch ist jedoch aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründet.

I.

Einen Vertragsschluß zwischen der Beklagten und der C-Film, aus dem er kraft Abtretung (§ 398 BGB) die Leistung fordert, sieht der Kläger in dem Antrag der C-Film an die Filmtreuhandstelle vom 1. August 1950, den er als einen Vertragsantrag (§ 145 BGB), und in der Entscheidung des Kreditausschusses sowie deren Mitteilung durch die Filmtreuhandstelle vom 4. Oktober 1950, die er als Übermittlung der Annahmeerklärung der Beklag-

ten bezeichnet. Das Berufungsgericht hat diese Auffassung, an der die Revision festhält, mit Recht als tatsächlich und rechtlich verfehlt angesehen.

Die Bürgschaft (§ 765 BGB) beruht auf einem Vertrage zwischen dem Bürgen (Beklagte) und dem Gläubiger (Berliner Bank). Dieser Vertrag, an dem der Hauptschuldner (C-Film) regelmäßig nicht beteiligt ist (RGZ 71, 219, 220) und im vorliegenden Fall - wie der Kläger selbst betont - nicht beteiligt war, kann allerdings kraft Gesetzes unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner auslösen (vgl. §§ 774, 775 BGB); darum aber geht es im vorliegenden Fall nicht. Vielmehr steht hier die ursprüngliche Rechtsbeziehung zwischen dem Bürgen (Beklagte) und dem Hauptschuldner (C-Film) in Rede, also das Grundverhältnis, in dem Anlaß und Grund für die Bürgschaft zu finden ist und aus dem der Kläger hier den Anspruch ableitet, der Bürge (Beklagte) müsse die Bürgschaft in weiterem Umfange übernehmen als geschehen. Dieses Grundverhältnis kann - je nach der Beziehung, die zur Übernahme der Bürgschaft geführt hat, - verschieden sein. So ist in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen ein entgeltliches oder unentgeltliches sein kann (BGB-RGRK 11. Aufl. vor § 765 Anm. 7), es kann eine Schenkung, ein Auftrag, eine Geschäftsbesorgung (LM zu BGB § 516 Nr. 2), ein Dienst- oder Werkvertrag (Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Bearbeitung S. 786), ein Versicherungsvertrag oder ein Gesellschaftsverhältnis (Staudinger-Brändl BGB 11. Aufl. zu § 765 Anm. 3) zu Grunde liegen. Alles dies sind nur Beispiele aus der Vielfalt der denkbaren Möglichkeiten. Die Bürgschaftsübernahme kann durch familienrechtliche Rücksichten veranlaßt sein (vgl. LM zu BGB § 767 Nr. 2),

es sind Fälle denkbar, in denen sie nicht durch das Interesse des Hauptschuldners, sondern gerade durch die ursprüngliche Beziehung des Bürgen zum Gläubiger veranlaßt wird, und es ist schließlich möglich, daß der Grund für die Bürgschaftsübernahme überhaupt nicht im Privatrecht, sondern im öffentlichen Recht zu finden ist. Ein solcher Fall liegt hier vor.

Die Parteien stimmen darin überein, daß die durch den Magistratsbeschluß Nr. 1177 vom 13. März 1950 eingeleiteten Maßnahmen darauf abzielten, die Berliner Filmproduktion zu fördern und den arbeitslosen Filmschaffenden Arbeitsmöglichkeiten zu geben. Das öffentliche Interesse an der Stützung eines notleidenden Wirtschaftszweiges, zu dem ein kulturpolitisches Interesse trat, war der Ausgangspunkt der Maßnahmen (Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956 S. 33; vgl. auch Ipsen DVBl 1956, 461 ff, 498 ff, 602 ff). Es handelt sich mithin um ein Gebiet, auf dem der Staat im öffentlichen Interesse und zum Wohl der Allgemeinheit tätig wird, ohne die ihm eigentümlichen Machtmittel einzusetzen, also um die sogenannte schlichte Hoheitsverwaltung (Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S. 21 ff) oder die öffentliche Daseinsvorsorge (Forsthoff, Verwaltungsrecht, 8. Aufl. Vorbem. vor § 19 S. 320). Nach einhelliger Ansicht kann die öffentliche Verwaltung auf diesem Gebiet bestimmen, ob sie ihr Verwaltungsziel mit den Mitteln des öffentlichen oder des Privatrechts erreichen will. Insofern ist der Gedankengang des Klägers, zwischen der Beklagten und der C-Film sei ein Vertrag geschlossen worden, in dem die Beklagte sich zur Verbürgung für die Schuld der C-Film verpflichtet habe, rechtlich möglich. Gleichwohl hat das Berufungsgericht den Abschluß eines solchen Vertrages mit Recht verneint.

Das Berufungsgericht hat seine Ansicht einmal damit begründet, daß die Aufgabe des Kreditausschusses sich darin erschöpft habe, zu den von der Treuhandstelle vorbereiteten Kreditanträgen Stellung zu nehmen, beide Stellen seien nicht befugt gewesen, abschließend über den Antrag zu befinden oder die Beklagte rechtsgeschäftlich zu vertreten; deshalb könne weder der Antrag vom 1. August 1950 als ein Vertragsangebot, noch die Mitteilung vom 4. Oktober 1950 als Annahme eines solchen Angebots gewürdigt werden. Die Revision greift dies mit der Rüge an, das Berufungsgericht habe die Aufgaben beider Stellen innerhalb der Organisation verkannt und überdies die vom Kläger hierfür benannten drei Zeugen verfahrenswidrig nicht gehört. Diese Rügen können auf sich beruhen. Das Berufungsgericht hat - was die Revision außer acht läßt - seiner Entscheidung noch eine weitere Begründung gegeben, daß nämlich der Klagevortrag insoweit bei Berücksichtigung der Ordnung des Bürgschaftsverfahrens nicht schlüssig sei, weil der Kreditantrag kein Vertragsangebot an die Beklagte und die Bewilligung einer Bürgschaft keine Vertragsannahme durch die Beklagte sei. Diese rechtliche Würdigung der Vorgänge durch das Berufungsgericht bindet das Revisionsgericht nicht und enthebt es nicht der eigenen Prüfung (BGHZ 28,34;32,76, 84); ihr ist jedoch zuzustimmen.

Das Verfahren zur Übernahme von Ausfallbürgschaften war durch die Richtlinien vom 15. April 1950 und 6. November 1950 öffentlich-rechtlich (Art. 75 der Verfassung von Berlin) geregelt worden; Durch den Antrag des Bewerbers wurde ein Verwaltungsverfahren in Gang gesetzt, in dem der Antrag von der Filmtreuhandstelle und einem Kreditausschuß geprüft und behandelt wurde; dieser Abschnitt schloß mit der Bewilligung oder Ablehnung des Antrages ab. Als zweite Stufe folgte

im Falle der Bewilligung die Übernahme der Ausfallbürgschaft durch den Magistrat, d.h. der Abschluß eines Bürgschaftsvertrages zwischen der Beklagten und der kreditgewährenden Bank. Das Berufungsgericht hat diese Zweiteilung des Gesamtvorgangs richtig erkannt. Damit entsprach das Berliner Verfahren in seinem Aufbau und seiner Regelung den Grundsätzen, die für die Gewährung von Finanzhilfen durch die öffentliche Hand auf verschiedenen Gebieten üblich geworden und rechtlich entwickelt worden sind. Als Lenkungsmittel zur Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben gehört die Finanzhilfe grundsätzlich zur Hoheitsverwaltung, nicht zur fiskalischen Verwaltung. Die Entschliebung der Verwaltung zum Antrag des Bewerbers bedeutet und beschließt den ersten Verfahrensabschnitt; sein positiver Ausgang eröffnet den Weg in den zweiten Vollzugsabschnitt, innerhalb dessen die eigentliche Finanzhilfe flüssig wird (vgl. Ipsen aaO S. 62 ff). Dieser organisatorischen Teilung, die sich aus der Natur der Sache ergibt und entwickelt hat, entspricht die rechtliche Einordnung. Die Entscheidung über den Antrag, d. h. die Bewilligung oder Ablehnung der Finanzhilfe, ist eine hoheitliche Entscheidung, ein Verwaltungsakt, nicht eine Willenserklärung des bürgerlichen Rechts. Ist die hoheitliche Entscheidung in positivem Sinne gefallen, schließt sich als Vollzug und Erfüllungsgeschäft (so Ipsen aaO S. 66) die der Form nach gebotene zivilrechtliche Abwicklung an, also das notwendig bürgerlichrechtliche Handeln beim Abschluß eines Darlehens- oder Bürgschaftsvertrages (vgl. BVerwGE 1, 308 = DÖV 1955, 506; Forsthoff aaO § 5 S. 88 und § 7 S. 113; Soergel-Siebert BGB 9. Aufl. Einleitung Anm. 84).

Objektiv gesehen war hiernach der Antrag der C-Film - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt

hat - nichts anderes als die Bewerbung um eine nach den Richtlinien mögliche Kredithilfe, der Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsaktes. Selbst wenn die C-Film sich einen Vertragsschluß vorgestellt haben sollte, wofür weder der vorliegende Antrag noch das Vorbringen des Klägers einen tatsächlichen Anhalt bieten, wäre der Antrag nach seinem objektiven Erklärungsgehalt zu werten. Auf Seiten der Beklagten fehlt es vollends an jedem Anhalt für ein bürgerlichrechtliches Element im Bewilligungsverfahren, das nach den gegebenen öffentlich-rechtlichen Richtlinien geführt wurde. Dafür hat auch der Kläger nichts vorbringen können. Wenn die Revision meint, der Kläger habe stets den Verpflichtungswillen der Beklagten hervorgehoben, so ist daran nur soviel richtig, daß der Kläger im Rechtsstreit stets rechtsirrig die Bewilligung der Bürgschaft als Annahme eines Vertragsangebots bezeichnet hat. Greifbare tatsächliche Behauptungen, die für eine solche Beurteilung sprechen könnten, sind nie aufgestellt worden, sie fehlen auch in der Revisionsschrift.

Die der Bürgschaft zugrunde liegende Rechtsbeziehung zwischen der C-Film und der Beklagten liegt hiernach ausschließlich im öffentlichen Recht: Ein Vertrag, durch den sich die Beklagte der C-Film gegenüber zur Übernahme einer Bürgschaft verpflichtet hätte, insbesondere - worauf die Klage im wesentlichen aufbaut - dazu, andere Bedingungen einzuhalten, als geschehen, ist zwischen ihnen nicht geschlossen worden. Als Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines solchen Vertrages läßt sich die Klageforderung daher nicht begründen.

II.

1. Soweit der Kläger seinen Anspruch aus einer unerlaubten Handlung herleitet, ist das Berufungsge-

richt mit Recht davon ausgegangen, daß als Klagegrundlage nur § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG in Betracht kommt. Denn es steht nur ein Handeln der Bediensteten der Beklagten in deren öffentlich-rechtlichem Rechtskreis, also nur eine etwaige Verletzung von Amtspflichten, in Rede. § 839 BGB umfaßt die Verletzung aller Amtspflichten eines Beamten und schließt die Anwendung anderer Bestimmungen aus dem Recht der unerlaubten Handlungen - auch des § 826 BGB, auf den sich der Kläger zunächst bezogen hatte, - aus (BGB-RGRK zu § 839 Anm. 1).

2. Ansprüche des Klägers aus eigenem Recht hat das Berufungsgericht verneint, weil eine ihm gegenüber obliegende Amtspflicht nicht verletzt worden sei. Ohne Erfolg hält die Revision dem entgegen, der Kläger habe als Filmproduzent an den Besprechungen und dem Schriftwechsel teilgenommen, die von den Bediensteten der Beklagten dienstlich geführt worden seien. Filmproduzent war der Kläger, weil er Gesellschafter und Geschäftsführer der C-Film war; in dieser Eigenschaft nahm er für die C-Film an den Besprechungen und an dem Schriftwechsel teil. Der Umstand, daß er sich für den Kredit der C-Film verbürgt hatte oder verbürgen wollte, begründete als solcher keine Amtspflichten ihm persönlich gegenüber (BGB-RGRK zu § 839 Anm. 41). Das könnte allerdings der Fall sein, wenn er im Hinblick auf die beabsichtigte Verpflichtung um eine dienstliche Auskunft gebeten oder den Bediensteten der Beklagten zu erkennen gegeben hätte, daß er die Bürgschaft nur im Vertrauen darauf übernehmen wolle, die Berliner Bürgschaft werde der Bundesbürgschaft inhaltlich entsprechen. Etwas derartiges hat der Kläger nicht behauptet. Die Erklärung, seine Bürgschaft sei nur eine Formsache, sollen nach seiner Behauptung Bedienstete der Berliner Bank, nicht der Beklagten abgegeben haben.

3. Auch aus dem Recht der C-Film, der als Bewerberin gegenüber allerdings Amtspflichten der Bediensteten der Beklagten bestanden, steht dem Kläger ein Schadensersatzanspruch nicht zu.

Das Berufungsgericht stellt zunächst fest, der Magistratsbeschuß vom 13. März 1950 habe nur allgemein festgelegt, daß der Berliner Filmwirtschaft eine Kredithilfe durch Ausfallbürgschaften bis zur Höhe einer Gesamthaftung von 5 Millionen DM-West gegeben werden solle; Einzelheiten über die Ausgestaltung der Bürgschaften habe der Beschluß nicht enthalten, er habe den ausführenden Organen Freiheit in der Gestaltung gelassen. Der Kläger dürfe - so führt das Berufungsurteil weiter aus - nicht rügen, daß die Bediensteten der Beklagten hierbei ihr Ermessen in einer der C-Film oder ihm nachteiligen Weise ausgeübt hätten. Denn bei Ermessensentscheidungen komme eine Amtspflichtverletzung nur im Falle des Ermessensmißbrauchs in Betracht, dann also, wenn die Organe der Beklagten schikanös oder in so hohem Maße fehlerhaft vorgegangen wären, daß sich die Ausgestaltung der Richtlinien oder die Behandlung der einzelnen Gesuche schlechterdings nicht mit den an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen vereinbaren lasse. Insoweit folgt das Urteil der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Frage der Nachprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen (BGHZ 21, 256, 260; 22, 258, 263; BGB-RGRK zu § 839 Anm. 35). Einen solchen Ermessensmißbrauch verneint das Berufungsgericht. Hierzu liegt eine Revisionsrüge nicht vor und ist ein Rechtsirrtum nicht ersichtlich.

Die Revision stellt vielmehr auf ein täuschendes Verhalten seitens der Bediensteten der Beklagten ab,

das teils in einem Verschweigen, teils in irreführenden oder unrichtigen Auskünften und sonstigen Erklärungen bestanden habe. Das habe das Berufungsgericht - so rügt die Revision - verkannt, weil es vorgetragenen Prozeßstoff außer Betracht gelassen habe. Nachdem die Richtlinien der Bundesbürgschaft seit Juni 1950 in der Filmwirtschaft allgemein bekannt geworden seien und nachdem die Länder Hamburg, Niedersachsen, Bayern und Hessen Ausfallbürgschaften - ebenso wie der Bund - in der Weise übernommen hätten, daß die Filmproduzenten nur mit dem Einspielergebnis hafteten, habe der Begriff "Ausfallbürgschaft" in Bezug auf Filmfinanzierungen einen bestimmten, fest umrissenen Sinngehalt im Sinne der Regelung des Bundes erhalten. Weder in dem Magistratsbeschuß vom 13. März 1950, noch in den Richtlinien vom 15. April 1950 oder in der Besprechung am 16. November 1950 sei erwähnt worden, daß die beabsichtigte Berliner Senatsbürgschaft - trotz gleicher Bezeichnung - hiervon abweichen werde. Im Gegenteil sei die Notwendigkeit einer Abstimmung der Berliner Bürgschaft mit der Bundesbürgschaft betont worden. Daraus hätten die Berliner Filmproduzenten entnehmen müssen und entnommen, daß die Berliner Bürgschaft der Bundesbürgschaft entsprechen werde. Die Beklagte habe sie in diesem Glauben gelassen.

Dazu ist zu sagen: Entgegen der Rüge der Revision hat das Berufungsgericht - teils allerdings in anderem Zusammenhang - sich mit diesem Klagevorbringen auseinandergesetzt. Das Berufungsgericht hat aus den vom Kläger selbst vorgetragenen Bemühungen der Filmwirtschaft, näheres über die Berliner Richtlinien zu erfahren, und aus der ebenfalls vom Kläger behaupteten Mitteilung, es bestünden zwar gewisse Richtlinien, die man jedoch

nicht bekannt geben wolle, um bei einer elastischen Handhabung bleiben zu können, geschlossen, der Filmwirtschaft sei durchaus erkennbar gewesen, daß die Ausgestaltung der Berliner Bürgschaften noch nicht endgültig festgestanden habe. Das ist revisionsmäßig nicht angreifbar. Wenn die Berliner Verwaltung zunächst von festen Richtlinien absah, um jeden Fall für sich elastisch, d.h. seiner Eigenart entsprechend, behandeln zu können, war dies kein Amtsfehler. Eine Pflicht der Beamten zur Aufklärung oder zur Warnung vor übereilten Schlüssen konnte erst entstehen, wenn sie wußten, daß die Berliner Bürgschaft in dem wesentlichen Punkt des Eintritts des Bürgschaftsfalles von der Bundesbürgschaft abweichen werde, und erkennen konnten, daß die Filmwirtschaft sich hierüber falsche Vorstellungen mache.

Diese Voraussetzungen verneint das Berufungsgericht auf Grund der Feststellung, daß bis zum 6. November 1950 weder feste Richtlinien noch bestimmte Anweisungen für die Ausgestaltung der Bürgschaften vorgelegen hätten. Diese Feststellung hält den Angriffen der Revision stand. Es ist zwar richtig, daß die Beklagte selbst in ihrem Schriftsatz vom 3. Februar 1958 hat vortragen lassen, die Bundesregelung habe sich "von vornherein" in mehreren Punkten von der Berliner Regelung unterschieden. Die Revision begeht jedoch den Fehler, einen Satz aus seinem Zusammenhang zu lösen. Denn in dem genannten Schriftsatz führt die Beklagte aus, daß nach dem Erlass der Bundesrichtlinien vom 28. Juni 1950 noch monatelang Verhandlungen über das Verhältnis der Bundesbürgschaft zur Landesbürgschaft geführt worden seien. Im Zusammenhang gelesen, ergibt der Schriftsatz nichts gegen die Feststellung, daß die Ausgestaltung damals noch im Fluß gewesen sei. Das gleiche gilt hinsichtlich des von der Revision weiter angeführten Schreibens des Senators

Busack vom 29. Dezember 1951. Diesem Schreiben, das die Frage der Zahlung von 2 1/2 % in den Risikofonds behandelt, läßt sich nur entnehmen, daß im Frühjahr 1950 die hier nicht interessierende Frage der Risikobeteiligung zwischen der Beklagten und den Berliner Banken besprochen war, er besagt aber nichts darüber, daß damals schon sachliche Richtlinien für die Bürgschaftsbewilligung bestanden hätten. Im Gegenteil führt das Schreiben später aus, daß von der Fixierung bestimmter Voraussetzungen und Richtlinien im Interesse einer elastischen Gestaltung abgesehen worden sei.

Ist hiernach mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß einerseits bis zum 6. November 1950 feste Richtlinien nicht bestanden, andererseits die Bediensteten der Beklagten - mit Rücksicht auf das Drängen der Filmindustrie nach Mitteilung oder Aufstellung fester Richtlinien noch in der Verhandlung am 16. November 1950 nicht annehmen konnten, daß in der Filmwirtschaft feste Vorstellungen über den Umfang der Bürgschaften bestanden, dann ergab sich für sie weder die Möglichkeit noch die Pflicht, aufklärend zu wirken.

Die Behauptung und die Beweisangebote des Klägers, der inzwischen verstorbene Herr Sc[REDACTED] und Direktor R[REDACTED] hätten wiederholt betont, daß die Bürgschaft des Klägers nur eine Formsache sei, weil aus der Bundes- und Landesbürgschaft gehaftet werde, wenn die Einspielergebnisse nicht ausreichen sollten, waren unerheblich. Denn Sc[REDACTED] und R[REDACTED] waren Bedienstete der Berliner Bank, nicht der Beklagten. Auch die Beweisangebote des Klägers dafür, daß die Berliner Abgeordneten, die Filmproduzenten sowie die Mitglieder der Ausschüsse mit einer

Übereinstimmung der Berliner Bürgschaft und der Bundesbürgschaft gerechnet hätten, sind unerheblich gegenüber der Feststellung des Berufungsgerichts, die Bediensteten der Beklagten hätten nicht erkennen können, daß die Filmproduzenten auf einen bestimmten Inhalt der Bürgschaft vertrauten.

Wenn die Revision weiter hervorhebt, die Bediensteten der Beklagten hätten einen Irrtum bei den Filmproduzenten dadurch befördert oder hervorgerufen, daß sie verschiedentlich von der Notwendigkeit einer Abstimmung zwischen der Berliner Bürgschaft und der Bundesbürgschaft gesprochen hätten, so verkennt sie, daß eine Abstimmung nicht die Angleichung aller Bedingungen voraussetzte. Eine Abstimmung war allein schon zu der Frage erforderlich, für welchen Anteil der Bund und für welchen Anteil Berlin die Ausfallbürgschaft übernehmen sollte, wie gerade das Beispiel der C-Film zeigt.

4. Ob eine Amtspflichtverletzung darin liegt, daß die Richtlinien vom 6. November 1950 in der Sitzung am 16. November 1950 den Vertretern der C-Film und der übrigen Filmwirtschaft nicht bekannt gegeben wurden, oder - falls sie den damals verhandelnden Bediensteten der Beklagten nicht bekannt waren - ob eine Amtspflichtverletzung darin liegt, daß sie nicht unterrichtet worden waren oder sich nicht unterrichtet hatten, hat das Berufungsgericht dahinstehen lassen, weil ein etwaiges Amtsversehen nicht ursächlich für den angeblichen Schaden sei. Zu dieser Zeit sei der Kredit fast völlig ausgezahlt, die Dreharbeiten seien beendet gewesen. Selbst wenn am 16. November 1950 genaue Bedingungen bekanntgegeben worden wären, hätte die C-Film ihren Entschluß, den Film in Westberlin mit Kredit der Berliner Bank zu drehen, für den

sich der Kläger schon zwei Monate vorher verbürgt hatte, nicht mehr rückgängig machen können.

Auch insoweit hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision stand. Bei ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe außer Betracht gelassen, daß die Vertreter der Beklagten bei der Verhandlung am 16. November 1950 gerade die Experten in Filmsachen gewesen seien, denen die Richtlinien vom 6. November keinesfalls unbekannt gewesen sein könnten, übersieht die Revision, daß die Richtlinien vom 6. November 1950 nicht spezielle für die Filmwirtschaft, sondern allgemeine für jede Bürgschaft von Berlin waren. Für diese Richtlinien war nicht das Filmdezernat der Abteilung Wirtschaft, sondern die Finanzabteilung zuständig (Magistratsbeschluß Nr. 1499 vom 12. Juni 1950 - Dienstblatt S. 61 -). Im übrigen ist das Vorbringen unerheblich. Denn die Revision vermag den Mangel der Ursächlichkeit nicht auszuräumen. Insoweit hält sie dem Berufungsurteil nur entgegen, die Richtlinien hätten schon im Frühjahr 1950 festgelegt; das aber ist bereits als unzutreffend erkannt worden.

III.

Ohne Erfolg rügt die Revision endlich, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 286 ZPO unberücksichtigt gelassen, daß der Kläger seine eigene Bürgschaftserklärung wegen Irrtums, evtl. auch wegen arglistiger Täuschung gegenüber der Berliner Bank und gemäß § 123 Abs. 2 Satz 2 BGB auch gegenüber der Beklagten angefochten habe. Der Schriftsatz vom 5. März 1958 enthält weder an der von der Revision mitgeteilten Stelle, noch auf den folgenden, die Anfechtung behandelnden Seiten eine Anfechtungserklärung gegen-

über der Beklagten. Er führt vielmehr nur die Behauptung des Klägers ein, daß dieser gegenüber der Berliner Bank angefochten habe, und belegt dies durch die beigelegte Abschrift des an den Prozeßbevollmächtigten der Berliner Bank gerichteten Anfechtungsschreibens vom 22. Februar 1958. Diesen Vortrag des Klägers hat das Berufungsgericht nicht übersehen, sondern ihn im Tatbestand des Berufungsurteils ausdrücklich gebracht. Wenn es ihn in den Entscheidungsgründen nicht behandelt hat, so ist dies offensichtlich deshalb geschehen, weil das Berufungsgericht ihn mit Recht für nicht entscheidungserheblich gehalten hat. Darin liegt kein Verfahrensverstoß (BGHZ 3, 162). Ob die Bürgschaft des Klägers gegenüber der Berliner Bank anfechtbar war und angefochten worden ist, berührt unmittelbar nur das Rechtsverhältnis zwischen der Berliner Bank und dem Kläger. Rechte gegenüber der Beklagten könnte der Kläger hieraus nur herleiten, wenn ihre Vertreter oder Bediensteten die Täuschung verübt oder erkannt hätten. Daß etwas derartiges nicht zutrifft, ergibt sich aus den vorangegangenen Erörterungen. Es mag durchaus sein, daß die Filmproduzenten und auch der Kläger sich gewisse Erwartungen gemacht haben. Diese Erwartungen waren aber nicht durch die Bediensteten der Beklagten hervorgerufen worden, denn deren Verhalten und Verlautbarungen ließen sich nicht in einem bestimmten Sinne verstehen, sondern brachten vielmehr zum Ausdruck, daß noch nichts Endgültiges vorliege. Was die Beklagte der Filmwirtschaft geben wollte, war - selbst wenn es weniger als die Bundesbürgschaft bot - immer noch von wirtschaftlichem Interesse. Die Bediensteten der Beklagten hatten keinen Anhalt dafür, daß die Filmproduzenten Erwartungen hegten, die über den Inhalt der Verlautbarungen hinausgingen; sie hatten daher keine Veranlassung, aufklärend zu wirken, und

können einen Irrtum, von dem sie nichts wußten, weder hervorgerufen noch unterhalten haben.

IV.

Hiernach erweist sich die Revision als unbegründet und muß, da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Klägers erkennen läßt, zurückgewiesen werden. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels treffen gemäß § 97 ZPO den Kläger.

Dr. Geiger

Dr. Arndt

Dr. Beyer

BR Dr. Hußla ist beurlaubt
und deshalb verhindert, zu
unterschreiben.

Dr. Geiger

Gähtgens