Im Blickpunkt

Die unwirksame Vertretung durch den Bürgermeister als Verteidigungsmittel im Zivilprozess

Rechtsanwalt Benno Ziegler und Xaver Finkenzeller*, Kanzlei Schönefelder, Ziegler, Lehners, München

Der folgende Beitrag beleuchtet den in den letzten Jahren bei Zivilprozessen zunehmend auftretenden Umstand, dass Gemeinden sich mit Erfolg auf eine unwirksame Vertretung des Bürgermeisters nach außen im Sinne des Art. 38 Abs. 1 GO berufen und die von ihm getätigten Rechtsgeschäfte sich somit als unwirksam erweisen.

Die jährlichen Gemeindeausgaben belaufen sich in Deutschland auf 182,2 Mrd. Euro. Nicht selten kommt es bei der Abwicklung von in diesem Zusammenhang eingegangenen Verpflichtungen zu erheblichen Streitigkeiten vor Gericht. Muss unsere Gemeinde zahlen? Steht ihr ein Rücktrittsrecht zu? Wäre eine Anfechtung sinnvoll? Wie kommen wir aus der Sache wieder raus? Das sind dabei häufige Fragen, die es zu klären gilt. Bevor man sich jedoch in Einzelheiten verliert, sollte zunächst einmal auf Grundlage der kommunalen Vertretungsregeln im konkreten Fall die Frage geprüft werden, ob die jeweilige Erklärung des Bürgermeisters für die Gemeinde wirksam war. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn der erste Bürgermeister nicht durch einen entsprechenden Gemeinderatsbeschluss legitimiert wurde, obwohl dieser aufgrund der Kompetenzregeln innerhalb der Kommune erforderlich gewesen wäre. Rechtsfolge hieraus wäre die fehlende Bindungswirkung des geschlossenen Vertrages bzw. der einseitigen Willenserklärung (wie dies z. B. bei einer Ausschreibung der Fall ist). Im Folgenden soll daher näher auf die mangelnde Legitimation des Gemeindevertreters als mögliches Verteidigungsmittel im Zivilprozess eingegangen werden. Dreh- und Angelpunkt, wie die ständige Rechtsprechung zeigt, ist in diesem Zusammenhang Art. 38 Abs. 1 GO, der bestimmt, dass der erste Bürgermeister die Gemeinde nach außen vertritt. So auch in dem von uns betreuten Fall (OLG München Beschluss v. 19.11.2010, Az.: 27 U 209/10):

Die Entscheidung des Gerichts

Nach europaweiter Ausschreibung und Durchführung eines Wettbewerbs hatte die Kommune einige Jahre später den Bau einer Grundschule nicht an den ersten Preisträger, sondern an ein Generalunternehmen vergeben. Auf Grund des somit entgangenen Honorars klagte der Architekt einen mittleren sechsstelligen Betrag ein und berief sich dabei auf die Bindewirkung der Ausschreibung und Auslobung. Die Kommune ihrerseits zog mit diversen Argumenten vor Gericht, führte zusätzlich auch noch den fehlenden Stadtratsbeschluss zur Auslobung als Verteidigungsmittel ins Feld: Zwar existierte ein Gremiumsbeschluss im Zusammenhang mit der Auslobung des Wettbewerbs, doch enthielt dieser die Beschränkung, dass eine Beauftragung des Architekten von einer erneuten Entscheidung seitens des Stadtrats abhängig gemacht werde. Der Bürgermeister habe bei der von ihm unterzeichneten uneingeschränkten Auslobung eines Wettbewerbs keine ausreichende Legitimation seines Gremiums gehabt. Mit diesem Einwand hatten die Vertreter der Beklagten Erfolg: Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Durchschlagendes Argument in der erstinstanzlichen Urteilsbegründung des Landgerichts Memmingen (Az.: 12 O 2180/08), bestätigt durch den Zurückweisungsbeschluss des Oberlandessgericht München (Az.: 27 U 209/10) war das – im vorliegenden Fall mangels entsprechender Legitimation durch das zuständige Gremium – fehlende – Außenvertretungsrecht des Bürgermeisters nach der Bayerischen Gemeindeordnung (Art. 38 Abs. 1 GO). Der Senat bestätigte die in Bayern geltende Rechtsauffassung, wonach Art. 38 Abs. 1 GO dem ersten Bürgermeister einer Gemeinde nur ein Vertretungsrecht nach

* Rechtsanwalt Benno Ziegler ist Partner der Kanzlei Schönefelder, Ziegler, Lehners; Xaver Finkenzeller ist Mitarbeitet der Kanzlei. Die Autoren danken Frau Rechtsdirektorin Friederike Kurtenbach von der Stadt Günzburg für die tatkräftige Unterstützung.

außen, nicht jedoch die materielle Vertretungsmacht, d. h. keine Befugnis zur Tätigung eines Geschäftes, einräumt. Andernfalls, so das Gericht, würde der von der Gemeindeordnung vorgesehene Schutz der Gemeinden hinsichtlich der Eingehung von Verpflichtungen ausgehöhlt werden. Um wirklich sicher zu gehen, hätte der Architekt von seiner Möglichkeit Gebrauch machen müssen, sich den Stadtratsbeschluss vorlegen zu lassen, um sich von der Vertretungsbefugnis zu überzeugen.

Zentrale Bedeutung des Vertretungsrechts

Diese Entscheidung ist kein Einzelfall und wurde erst Anfang des Jahres 2012 erneut vom Oberlandesgericht München in einem Beschluss bekräftigt (OLG München Az.: 34 Wx 46/12 Beschluss v. 21.2.2012). Sie zeigt, wie wichtig es für eine Gemeinde sein kann, sich gerade in Zivilstreitigkeiten auf die kommunalrechtlichen Vertretungsregeln als Verteidigungsmittel zu besinnen. Ausgangspunkt in den vorliegenden Fällen ist Art. 38 Abs. 1 GO. Die damit eingeräumte Vertretungsbefugnis bezieht sich auf das gesamtgemeindliche Handeln. Die Vertretungsmacht nach außen beinhaltet das Recht des ersten Bürgermeisters alle, nicht nur im inneren Bereich der Gemeinde anzusiedelnden Maßnahmen zu treffen. Problematisch, aber gleichzeitig möglicher und hilfreicher Ansatzpunkt der Gemeinden für Rechtsstreitigkeiten ist die Außenvertretung in solchen Fällen, in denen der Bürgermeister einen Beschluss seitens des Gemeinderats gebraucht hätte, dieser jedoch fehlt oder bei genauer Betrachtung das Handeln des Bürgermeisters nicht in dieser Form und Umfang legitimiert hat.

Kompetenzumfang des Bürgermeisters

Ob für das Handeln des ersten Bürgermeisters überhaupt ein Einzelbeschluss des Gemeinderates notwendig ist, richtet sich danach, in welchem Kompetenzbereich er tätig wird: Handelt der Bürgermeister etwa im Rahmen seiner eigenen Zuständigkeit, oder auf Grund des Dringlichkeitsgebotes (Art. 37 GO), so bedarf es freilich keines zusätzlichen Gemeinderatsbeschlusses. Eine Divergenz zwischen interner Willensbildung im Gemeinderat und Erklärung nach Außen entsteht dabei nicht (vgl. Hölzl/Hien/Huber Gemeindeordnung Kommentar, Art. 38 GO, Erl.2). Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen erstem Bürgermeister und seinem Gemeinderat ist dabei die Beachtung der Geschäftsordnung nach Art. 45 GO ein zwingendes Erfordernis.

Bei Erklärungen von erheblicher Bedeutung bedarf das Handeln des Bürgermeisters regelmäßig der ausdrücklichen Ermächtigung durch den Gemeinderat. Der Bürgermeister vollzieht in diesen Fällen nur die Beschlüsse seines Gremiums (Art. 36 S.1 GO). Problematisch sind folglich jene Fälle, in denen der Bürgermeister trotz fehlenden Beschlusses Erklärungen abgibt, die vom zuständigen Gremium nicht legitimiert sind. In Bayern wird dabei, in Abweichung zu allen anderen übrigen Bundesländern, das Problem nach einer differenzierenden Ansicht gelöst. Sie betont sehr viel stärker die Bedeutung und Tragweite der oben gezeigten Zuständigkeitsverteilung für die Wirksamkeit des Handelns des Bürgermeisters und stellt den Gemeinden dabei einen starken Schutzpartner zur Seite.

Gemeinde im privatrechtlichen Handeln

Im Bereich des öffentlichen Handelns und insbesondere bei Verwaltungsakten können die anfangs rechtswidrigen Verwaltungsakte jederzeit durch einen nachträglichen Beschluss des Gemeinderats geheilt werden (Art. 45 Abs. 1 Nr. 4 BayVwVfG). Im Bereich des Handelns der Gemeinde im Privatrecht sind die Verträge schwebend unwirksam (§ 177 BGB), einseitige Rechtsgeschäfte sogar nichtig (§ 180 BGB). Während in anderen Bundesländern in solchen Situationen dem Vertragspartner der Gemeinde (Dritter) eine mit Art. 38 GO vergleichbare Regelung mit der Annahme zur Hilfe eilt, dass das Fehlen der Mitwirkung des beschließenden Organs nicht auch die Vertretungsmacht des Bürgermeisters, sondern nur dessen interne Verpflichtungsbindung berührt, geht der Vertragspartner in Bayern meist leer aus. Grund dafür ist die in Bayern herrschende Ansicht, Art. 38 Abs. 1 GO räume dem Bürgermeister zwar ein Vertretungsrecht, nicht jedoch eine Vertretungsmacht nach Außen ein (vgl. OLG München Urt. v. 18.6.2010, Az.: 34 Wx 065/10). Diese Einschränkung folgt aus dem Zusammenspiel des Art. 38 GO mit der Frage nach der ausschließlichen Zuständigkeit des Bürgermeisters (s. o. Art. 37 GO), die auch Dritten gegenüber Geltung beanspruchen kann (BayOLG in DÖV 1986, 931).

Kurz und gut: Handelt der Bürgermeister gegenüber Dritten ohne einen gültigen Gemeinderatsbeschluss, obwohl er diesen kraft fehlender Kompetenz braucht, so handelt er ohne Vertretungsmacht gegenüber dem Vertragspartner und der Vertrag ist schwebend unwirksam bzw. nichtig. Freilich besteht für die Gemeinde im Nachhinein die Möglichkeit per Beschluss ihre Genehmigung noch zu erteilen (§ 177 Abs. 1 BGB).

Und genau hierauf empfiehlt es sich nun in Rechtsstreitigkeiten ein Augenmerk zu richten: Ist es mir als Gemeinde in Zivilprozessen möglich, fernab anderer, meist hochkomplexer Fragen, mich auf die fehlende Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters zu berufen und damit einen unwirksamen Vertrag bzw. ein nichtiges Geschäft herbeizuführen, um sich der drohenden Haftung zu entziehen?

Handeln der Gemeindemitarbeiter

Dabei darf nicht vergessen werden, dass es in der Praxis häufig nicht der Bürgermeister allein ist, der die Verträge mit Privaten abschließt. Oft sind es seine Mitarbeiter, welche die Verträge eigenständig unterzeichnen. Zu erwähnen sei an dieser Stelle nur beispielhaft der Kämmerer. Dabei ist der Grundsatz zu beherzigen: Was für den Bürgermeister gilt, gilt selbstverständlich ebenfalls für die kommunalen Mitarbeiter, welche ihre Handlungskompetenz von den Befugnissen des Bürgermeisters ableiten. Schließen sie Verträge ab, für die es keinen (wirksamen) Gemeinderatsbe-

schluss gibt (soweit dieser nach der jeweiligen Geschäftsordnung notwendig ist), sind auch diese Verträge im Sinne des § 177 BGB zunächst schwebend unwirksam bzw. nichtig.

Folgeansprüche gegen Gemeinde

Nicht außer Betracht gelassen werden dürfen dabei natürlich etwaige Folgeansprüche gegen die Gemeinde. Eine klare, auf alle Fälle anwendbare Lösung gibt es freilich nicht, die Literatur dazu, ebenso wie die Rechtsprechung, ist vielseitig und nicht immer einstimmig, so dass sich die Autoren auf einen groben Überblick über Grundsätze der Folgeansprüche beschränken müssen:

Zwar kennt das Zivilrecht durchaus die Vertretungsmacht durch die sog. Anscheins- und Duldungsvollmacht an, d. h. eine Vertretungsmacht des Bürgermeisters durch wissentliche Duldung wäre denkbar, allerdings würde dies dem Interesse des Schutzes der öffentlich-rechtlichen Körperschaften jede Wirkung nehmen und deshalb sind diese Grundsätze daher nicht anwendbar (Vgl. Widtmann/Grasser/Glaser, BayGO-Kommentar, Art. 38 Rdnr. 5).

Schadensersatzansprüche aus einer vorvertraglichen Pflichtverletzung mit der Begründung, die Vertragspartei habe auf die Vertretungsmacht vertraut bzw. auf eine fehlende Bindewirkung der Vertretung seitens des Bürgermeisters sei nicht hingewiesen worden, sind für die jeweilige Partei meist wenig ergiebig: Selbst wenn man den Anspruch als gegeben ansehen würde, so wäre als Schadensersatz nur der Ausgleich des negativen Interesses geschuldet, d. h. die Partei könnte nur verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn sie auf die fehlende Vertretungsmacht hingewiesen worden wäre. Insbesonders Ansprüche aus entgangenem Gewinn o. ä. sind darüber somit nicht ersatzfähig (vgl. LG Memmingen Az.: 12 O 2180/08 v. 2.3.2010).

Der Vollständigkeit halber wäre selbstverständlich an die Haftung der Gemeinde aus dem Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag zu denken, doch wird dieser Anspruch meist daran scheitern, dass das in Rechnung stehende Projekt eben gerade nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Gemeinde entspricht. Zudem würde die Berufung auf dieses Rechtsinstitut wohl eine Umgehung des strikt zu beachtenden Art. 38 Abs. 1 GO darstellen (so kürzlich: BayVGH Az.: 8 ZB 11/549 v. 31.8.2011).

Haftung des Bürgermeisters

Nicht völlig außer Acht zu lassen sind natürlich auch die eventuellen Haftungsansprüche, welchen sich der Bürgermeister ausgesetzt sieht. Auch hier sei erneut darauf hingewiesen, dass diese Frage von Fall zu Fall unterschiedlich zu beurteilen ist.

Eine Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB) wird allerdings von der Rechtsprechung weitgehend abgelehnt, schließlich würde dies zu einer Ungleichbehandlung des Vertreters, hier des Bürgermeisters, führen (vgl. BGH Urt. v. 10.5.2001, Az.: III ZR 111/99 m.w. Nachw.). In der Literatur wird dies jedoch teilweise anders gesehen (Hölzl/Hien/Huber GO-Kommentar, Art. 38, 2.1). Richtiger Anknüpfungspunkt dürfte insofern § 179 Abs. 3 BGB darstellen, wonach der Bürgermeister dann nicht haftet, wenn der andere Vertragsteil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder hätte kennen müssen. Diese Vorschrift ist erneut unter dem Lichte des Art. 38 Abs. 1 GO genauer zu betrachten und zu interpretieren. Folgt man dabei der herrschenden Ansicht der bayerischen obersten Gerichte, dass die Wertung des Art. 38 GO auch in zivilrechtlichen Ansprüchen zu beachten ist und der Bürgermeister nicht einseitig belastet werden darf, ist unter Bezugnahme dieser Wertung davon auszugehen, dass der Vertragspartner eben diesen Mangel hätte kennen müssen und eine Haftung aus § 179 Abs. 1 BGB ebenfalls ausscheidet (vgl. vgl. BGH Urt. v. 10.5.2001 s. o.).

Auch eine Schadensersatzpflicht im Rahmen der Amtshaftung (§ 839 BGB) seitens des Bürgermeisters erweist sich als nicht zielführend: Der Kläger könnte im Rahmen dieses Anspruchs nur solche Schadenspositionen geltend machen, die darauf beruhen, dass er auf die Wirksamkeit der mit dem Bürgermeister getroffenen Vereinbarung vertraut hat (BGH NJW 2001, 2626). Ferner müsste dem Bürgermeister ein Verschulden, d. h. vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln, im konkreten Fall vorzuwerfen sein. Die Beweislast liegt dabei nicht bei der Gemeinde.

Spätere Zustimmung

Eine spätere Zustimmung seitens des Gemeinderats zum jeweiligen Projekt ist selbstverständlich möglich, schließlich ist der Vertrag „nur" schwebend unwirksam. Zu beachten ist, dass von der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang (vgl. OLG Nürnberg Az.: 2 U 776/08v. 26.1.2009) auch eine spätere, konkludente Billigung des Gemeinderats unter Auslegung der jeweiligen Beschlüsse (gem. §§ 133, 157 BGB) möglich ist, wenn der Gemeinderat in Kenntnis aller Umstände durch sein Handeln – wobei schlüssiges Handeln ausreicht – die konkrete Maßnahme bekräftigt.

Beschlussfassung als Grundlage

Für die Gemeinde gilt es also, auch in hoch komplexen Zivilstreitigkeiten, den ersten Blick zunächst auf die eigene Beschlussgrundlage zu richten und zu ermitteln, ob überhaupt ein wirksamer Beschluss (soweit notwendig) für den Bürgermeister und sein Handeln vorlag. Liegt eine dem Handeln des Bürgermeisters oder seiner Mitarbeiter korrespondierende Beschlussfassung nicht vor, so haftet die Gemeinde nicht. Dies hat das Oberlandesgericht München erneut in seinem Urteil bekräftigt und bestärkt damit die in Bayern vorherrschende Ansicht, den Gemeinden einen maximalen Schutz vor der fehlerhaften Vertretung des Bürgermeisters zuzusprechen.

Die Unwirksamkeit eines Gemeinderatsbeschlusses erweist sich somit in vielen Fällen als hoch effektives Verteidigungsmittel nicht nur bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, sondern gerade eben auch im Zivilprozess.