



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 111/99

Verkündet am:
10. Mai 2001
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB §§ 179, 839 A; BadWürttGO § 54 Abs. 1

- a) Ist eine im Privatrechtsverkehr namens der Gemeinde abgegebene Verpflichtungserklärung des Bürgermeisters für die Gemeinde nur deshalb nicht bindend, weil sie der Bürgermeister entgegen der kommunalrechtlichen Bestimmung (hier: § 54 Abs. 1 Gemeindeordnung von Baden-Württemberg) nicht unterzeichnet hat, kann er von dem betroffenen Adressaten der Verpflichtungserklärung nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB auf Erfüllung oder Schadensersatz in Anspruch genommen werden.
- b) Zur Anwendung des § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB bei Vertragsverhandlungen mit dem Bürgermeister einer Gemeinde.

- c) Zur persönlichen Haftung des Bürgermeisters nach § 839 BGB und zum Inhalt seiner Schadensersatzpflicht in einem solchen Fall.

BGH, Urteil vom 10. Mai 2001 - III ZR 111/99 - OLG Karlsruhe

LG Heidelberg

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Mai 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Dr. Kapsa, Dörr und Galke

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 3. März 1999 wird zurückgewiesen.

Die Kläger haben die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger nehmen den Beklagten, den ehemaligen Bürgermeister einer baden-württembergischen Gemeinde, auf Schadensersatz aus einem Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Anspruch. Sie waren aufgrund eines im Jahr 1989 geschlossenen Vertrages Jagdpächter eines Eigenjagdbezirks dieser Gemeinde. Im Jagdpachtvertrag war vorgesehen, daß der Pächter für den entstehenden Wild- und Jagdschaden entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen Ersatz zu leisten habe. Vom Wildschaden im Stadtwald sollten der

Verpächter 25 % und der Pächter den Rest tragen. Der Verpächter sollte den Anspruch auf Ersatz von Wildschaden nur geltend machen dürfen, wenn der Pächter den Abschlußplan in zwei aufeinanderfolgenden Jahren bei weiblichem Wild nicht erfüllte. Nachdem die Kläger dieser Pflicht in der Zeit von April 1991 bis April 1993 nicht vollständig nachgekommen waren, fand am 6. Oktober 1993 im Rathaus eine Besprechung statt, die sich mit dem Anstieg der Schäl-schäden und der Geltendmachung von Wildschadensersatz befaßte. Um eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Ersatzpflicht der Pächter zu vermei-den, nahmen die Parteien den Vorschlag eines Mitarbeiters des Staatlichen Forstamts an, die Jagdpächter sollten den Abschluß beim weiblichen Rotwild im laufenden Pachtjahr um zwei Stück erhöhen, was die Kläger in der Folgezeit auch taten. Über das Ergebnis der Besprechung wurde ein den Klägern Ende Oktober 1993 zugeleitetes Protokoll gefertigt, das ein bei der Gemeinde tätiger Forstoberinspektor unterzeichnet hatte. Der Gemeinderat beschloß ungeachtet dieses Vorgangs im März 1994, die Schäl-schäden den Pächtern in Rechnung zu stellen.

In einem Vorprozeß, in dem die Pächter dem Beklagten den Streit ver-kündet hatten, wurden diese verurteilt, an die Gemeinde 46.303,66 DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Landgericht vertrat die Auffassung, der Anspruch der Gemeinde sei nicht durch die Vereinbarung vom 6. Oktober 1993 erloschen, da der Bürgermeister diese Erklärung entgegen der Vorschrift des § 54 Abs. 1 der Gemeindeordnung von Baden-Württemberg (im folgenden: BWGO) nicht handschriftlich unterzeichnet und ein Geschäft der laufenden Verwaltung nicht vorgelegen habe.

Die auf Erstattung des Verurteilungsbetrags im Vorprozeß und auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten und der Kosten des Vorprozesses gerichtete Klage über insgesamt 77.200,46 DM nebst Zinsen hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

1. Aufgrund der Interventionswirkung des landgerichtlichen Urteils im Vorprozeß zwischen der Gemeinde und den Jagdpächtern (§§ 68, 74 ZPO) ist im vorliegenden Verfahren zu Lasten des Beklagten davon auszugehen, daß die im Protokoll über die Besprechung vom 6. Oktober 1993 wiedergegebene Einigung, von der Geltendmachung der entstandenen Schältschäden abzusehen, wenn die Kläger im laufenden Pachtjahr - wie dann auch geschehen - den Abschluß beim weiblichen Rotwild erhöhten, die Gemeinde rechtlich nicht gebunden hat. Die Bindungswirkung der Streitverkündung bezieht sich auch auf die rechtliche Begründung der Entscheidung im Vorprozeß (vgl. BGHZ 116, 95, 102), die dahin geht, der Beklagte habe diese Erklärung nicht - wie nach § 54 Abs. 1 BWGO geboten - schriftlich abgefaßt und handschriftlich unterzeichnet, und es habe sich nicht um eine Erklärung in einem Geschäft der laufenden Verwaltung gehandelt, für das diese Formvorschrift unbeachtlich gewesen wäre (§ 54 Abs. 4 BWGO).

Auch wenn die Gemeindeordnung in diesem Zusammenhang von "Formvorschriften" spricht, geht es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insoweit nicht um Bestimmungen, deren Nichteinhaltung zur Nichtigkeit nach § 125 BGB führt. Denn mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind entsprechende privatrechtliche Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten (Art. 55 EGBGB), und zur Einführung solcher Vorschriften fehlt dem Landesgesetzgeber die Kompetenz (Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG). Vielmehr handelt es sich um materielle Vorschriften über die Beschränkung der Vertretungsmacht, die dem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und ihrer Mitglieder dienen (vgl. BGHZ 32, 375, 380 f zu § 68 Abs. 1 NdsGO; Senatsurteile vom 16. November 1978 - III ZR 81/77 - NJW 1980, 117, 118 zu § 56 Abs. 1 RhPfGO; vom 13. Oktober 1983 - III ZR 158/82 - NJW 1984, 606 zu § 56 Abs. 1 NRWGO; BGH, Urteil vom 20. Januar 1994 - VII ZR 174/92 - NJW 1994, 1528 zu § 71 Abs. 2 HessGO; Beschluß vom 24. Februar 1997 - II ZR 9/96 - DtZ 1997, 222, 223 zu § 60 Abs. 1 SächsGO); die Landesgesetzgeber machen insoweit von ihrer Befugnis Gebrauch, die dem öffentlichen Recht zugehörige Organisation dieser juristischen Personen zu regeln und dabei zu bestimmen, in welcher Weise diese durch ihre Organe vertreten werden (vgl. schon RGZ 64, 408, 413).

2. Von diesem rechtlichen Ausgangspunkt her zieht das Berufungsgericht in Betracht, daß der Beklagte den Klägern wegen eines Mangels seiner Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 1 BGB zu Schadensersatz verpflichtet sein könnte. Es verneint jedoch einen Anspruch der Kläger, weil sie den Mangel der Vertretungsmacht hätten kennen müssen (§ 179 Abs. 3 Satz 1 BGB). Dabei könne offenbleiben, ob eine generelle Verpflichtung zu verneinen sei, sich über die Vertretungsverhältnisse einer juristischen Person zu informieren. Hier seien

die Kläger durch die in dem Jagdpachtvertrag vereinbarte Schriftform hinreichend darauf hingewiesen worden, daß sich die öffentliche Hand aufgrund ihrer Vertretungsregelungen grundsätzlich nur durch schriftliche Verträge binden könne. Anlässlich des Ausscheidens eines weiteren Mitpächters im Jahre 1993 hätten sich die Kläger darüber im klaren sein müssen, daß die vereinbarte Schriftform für die verpachtende Gemeinde von wesentlicher Bedeutung sei. Sie hätten angesichts der Größenordnung des vom Beklagten ausgesprochenen Verzichts auch nicht von einem Geschäft der laufenden Verwaltung ausgehen dürfen.

3. Falls eine Haftung des Beklagten nach § 179 BGB wegen der Nichteinhaltung der gemeindlichen Formvorschrift in Betracht käme, rügt die Revision die Annahme des Berufungsgerichts zu Recht als fehlerhaft, die Kläger hätten den Mangel der Vertretungsmacht kennen, also wissen müssen, daß der Beklagte die Gemeinde nur durch handschriftliche Unterzeichnung einer Erklärung, wie sie dem Protokoll durch Auslegung zu entnehmen war, verpflichten konnte.

a) Für das "Kennenmüssen" im Sinne des § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB kommt es darauf an, ob die Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht (vgl. § 122 Abs. 2 BGB). Danach führt zwar nach § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB jede Fahrlässigkeit zum Ausschluß der Haftung. Eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt liegt aber nur vor, wenn die Umstände des Falles den Vertragspartner veranlassen müssen, sich danach zu erkundigen, ob der Vertreter die zumindest stillschweigend behauptete Vertretungsmacht tatsächlich hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 1989 - II ZR 16/89 - NJW 1990, 387, 388). Weil im Interesse der Verkehrssicherheit in § 179 Abs. 1 BGB eine gesetzliche

Garantenhaftung vorgesehen ist, darf der Vertragsgegner grundsätzlich auf die behauptete Vertretungsmacht vertrauen, ohne zu Nachforschungen über deren Bestand und Umfang verpflichtet zu sein. Nur wenn er Anhaltspunkte für eine fehlende Vertretungsmacht hat und diesen Bedenken nicht nachgeht, ist er nicht schutzwürdig (vgl. BGHZ 105, 283, 285 f; Urteil vom 2. Februar 2000 - VIII ZR 12/99 - NJW 2000, 1407, 1408).

b) Gemessen hieran durften die Kläger davon ausgehen, daß der Beklagte an der im Protokoll festgehaltenen Einigung über die Behandlung von Wildschadensersatzansprüchen mit Bindungswirkung für die Gemeinde mitwirkte. Der Umstand, daß der Pachtvertrag in § 16 Abs. 4 Satz 2 vorsah, daß "sämtliche Erklärungen, Genehmigungen usw., die innerhalb des Pachtverhältnisses abgegeben oder erteilt werden, zu ihrer Gültigkeit der Schriftform" bedürfen, wies keinen unmittelbaren Bezug zu dem in der Gemeindeordnung geregelten Formerfordernis auf. Letzteres richtet sich lediglich an den Bürgermeister und ist unabdingbar, während die angeführte Schriftformklausel im Pachtvertrag beide Vertragsparteien betraf und - wie das Berufungsgericht an anderer Stelle zutreffend ausführt - stillschweigend aufgehoben werden konnte, wenn die Beteiligten die Maßgeblichkeit der mündlichen Absprache übereinstimmend wollten. Es kommt hinzu, daß die Gemeinden in Baden-Württemberg - anders als das Berufungsgericht meint und es der von ihm zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Juni 1992 (VII ZR 110/91 - NJW-RR 1992, 1435, 1436) zu Art. 35 BayLKrO in der damals geltenden Fassung zugrunde lag - auch durch mündliche Erklärungen ihres Vertretungsorgans verpflichtet werden können, wenn es sich um Geschäfte der laufenden Verwaltung oder um Vertretergeschäfte handelt, sofern nur der Vertreter formgerecht ermächtigt ist (§ 54 Abs. 4 BWGO). Das Ausscheiden eines Mitpächters im Jahr

1993, das Gegenstand eines schriftlichen Änderungsvertrags gewesen ist, mochte zwar belegen, daß Änderungen des Pachtvertrags, wie in dessen § 16 Abs. 4 Satz 1 vorgesehen, der Schriftform unterlagen (vgl. auch § 11 Abs. 4 Satz 1 BJagdG; Senatsbeschluß vom 24. März 1994 - III ZR 65/93 - NJW-RR 1994, 778, 779). Aber auch insoweit besteht kein Bezug zu § 54 Abs. 1 BWGO, zumal die hier in Rede stehende Vereinbarung, mit der auf einen nach dem Vertrag bereits entstandenen Anspruch verzichtet wurde, den Jagdpachtvertrag selbst unberührt ließ.

Da es mithin keine besonderen Umstände gab, die den Klägern zu Zweifeln Anlaß boten, kommt es auch nicht darauf an, ob sie die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der von ihnen angenommenen Vertretungsmacht in jeder Hinsicht richtig beurteilten (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 1989 - II ZR 16/89 - NJW 1990, 387, 388). Das gilt namentlich für ihre Einschätzung der rechtsgeschäftlichen Bedeutung des über die Besprechung vom 9. Oktober 1993 gefertigten Protokolls und für ihre Beurteilung der Frage, ob ein Geschäft laufender Verwaltung vorliegen könne. Selbst wenn die Kläger Einsicht in die maßgeblichen Vorschriften der Gemeindeordnung genommen hätten, wozu sie aber keinen Anlaß hatten (vgl. RGZ 104, 191, 194 f), hätten sie sich wegen der im Einzelfall schwierigen Abgrenzung, ob ein Geschäft laufender Verwaltung vorliege, im Anwendungsbereich des § 179 BGB, also im Verhältnis zu dem Vertreter, darauf verlassen dürfen, daß der Beklagte die Grenzen seiner Vertretungsbefugnis beachtete (vgl. Senatsurteile BGHZ 92, 164, 175; vom 26. Oktober 2000 - III ZR 53/99 - WM 2001, 147, 149 im Zusammenhang mit hoheitlicher Tätigkeit des Vertretungsorgans). Dies steht in Einklang damit, daß den Bürger, der mit der Gemeinde in Kontakt tritt, grundsätzlich keine Prüfungs- und Erkundigungspflicht trifft, ob sich das Vertretungsorgan an die ihn

intern bindenden Beschlüsse des Gemeinderats gehalten hat (vgl. Senatsurteil vom 17. April 1997 - III ZR 98/96 - WM 1997, 2410, 2412).

4. Die Versagung eines Anspruchs nach § 179 Abs. 1 BGB erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig, weil diese Norm dann nicht anwendbar ist, wenn eine gemeindliche Formvorschrift durch ein Organ nicht beachtet wird.

a) Allerdings steht nicht in Frage, daß § 179 Abs. 1 BGB nicht nur im Bereich rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht gilt, sondern auch in Fällen anzuwenden ist, in denen Organe die ihnen gesetzten Vertretungsbefugnisse überschreiten (vgl. BGHZ 6, 330, 333; BGHZ 32, 375, 381).

b) Entsprechend dem vertretungsrechtlichen Verständnis kommunalrechtlicher Formvorschriften finden sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung verschiedentlich Aussagen zur Anwendung des § 179 BGB.

aa) Das Reichsgericht hielt in einem Verfahren gegen den Gemeindevorsteher einer schlesischen Landgemeinde § 179 BGB für anwendbar. Der Gemeindevorsteher hatte einen Kaufvertrag geschlossen, der für die Gemeinde - wie das Reichsgericht befand - wegen Formmangels unwirksam war (RGZ 104, 191, 192 f); insoweit war § 88 Abs. 4 Nr. 7 Abs. 2 der Preußischen Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 nicht beachtet, wonach "Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, ... unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses und der dazu etwa erforderlichen Genehmigung oder Entschließung der zuständigen Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde von dem Gemeindevorsteher und einem der Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindegel versehen sein" mußten. Dem

Leitsatz und dem Inhalt der angeführten Entscheidung läßt sich allerdings nicht entnehmen, ob es nur an den in dieser Vorschrift genannten Förmlichkeiten fehlte, die Gemeinde zu binden, oder auch an den materiellen Voraussetzungen für ein alleiniges Auftreten des für die Gemeinde Handelnden.

bb) In einem Fall, in dem der Gemeindevorsteher die Vorschrift des § 102 der Landgemeindeordnung für die Rheinprovinz vom 23. Juli 1845 nicht beachtet hatte, wonach die Gemeinde nur durch einen schriftlichen vom Gemeindevorsteher und Bürgermeister unterzeichneten Vertrag verpflichtet werden konnte, hat das Reichsgericht eine Haftung nach § 179 BGB verneint, weil der Gemeindevorsteher vom Gemeinderat eine Vollmacht erhalten hatte (vgl. RG Warn. 1926 Nr. 152). Das Reichsgericht hielt zwar eine entsprechende Anwendung des § 179 BGB auf rechtsähnliche Fälle für möglich, sah aber - wohl mit Rücksicht auf die erteilte Vollmacht - in der Nichtbeachtung der Vertretungsregelung des § 102 RheinLGO keinen Mangel der Vertretungsmacht im eigentlichen Sinne.

cc) In weiteren Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs wird eine mögliche Haftung des gemeindlichen Vertretungsorgans nach § 179 BGB nur beiläufig erwähnt (vgl. RG SeuffArch. 82 Nr. 57; RG HRR 1928 Nr. 1396; BGHZ 6, 330, 333); denn in den diesen Entscheidungen zugrundeliegenden Verfahren wurde nicht das Vertretungsorgan, sondern die Gebietskörperschaft in Anspruch genommen.

dd) Soweit es um die Inanspruchnahme der Gemeinde selbst geht, führen Mängel der kommunalrechtlichen Erfordernisse für die Abgabe von Verpflichtungserklärungen grundsätzlich zur Unverbindlichkeit für die Gemeinde.

Abgesehen von den Fällen, in denen die Gemeinde aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens ihres Vertreters bei Vertragsschluß Ersatz für einen etwa eingetretenen Vertrauensschaden zu leisten hat (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 2000 - XI ZR 235/99 - WM 2000, 1840 m.w.N.), kommt eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse nur ausnahmsweise in Betracht. Trotz des vertretungsrechtlichen Ansatzes hat der Bundesgerichtshof wiederholt offengelassen, ob auf eine unvollkommen abgegebene Verpflichtungserklärung § 177 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar ist (vgl. BGHZ 32, 375, 382; Senatsurteil vom 16. November 1978 - III ZR 81/77 - NJW 1980, 117, 118). Soweit es um Förmlichkeiten wie die handschriftliche Unterzeichnung und die Beidrückung eines Amtssiegels geht, ist eine "Genehmigung" nach § 177 Abs. 1 BGB zur Beseitigung des Mangels auch schwerlich vorstellbar. In besonderem Maße gilt dies, wenn - wie nach § 42 Abs. 1 Satz 2 BWGO - der Bürgermeister das einzige Vertretungsorgan der Gemeinde ist. Eine wirkliche Beseitigung des Mangels ist unter solchen Umständen, wie dies auch bei einer nach § 125 BGB formnichtigen Erklärung der Fall ist, nur durch Neuvernahme unter Einhaltung der Förmlichkeiten vorstellbar. Dem entspricht es, daß der Bundesgerichtshof für die Frage, ob die Gemeinde trotz der Verletzung einer gemeindlichen Formvorschrift auf Vertragserfüllung in Anspruch genommen werden kann, wegen der gleichartigen Interessenlage, wie sie bei der Mißachtung von Formvorschriften besteht, prüft, ob der Grundsatz von Treu und Glauben einer Berufung auf den Formmangel entgegensteht. Dabei hat er betont, daß dies nur in Betracht kommt, wenn die Nichtigkeitsfolge für den anderen Vertragsteil schlechthin untragbar ist (vgl. Senatsurteile vom 16. November 1978 - III ZR 81/77 - NJW 1980, 117, 118; vom 13. Oktober 1983 - III ZR 158/82 - NJW 1984, 606, 607), als wesentlichen Ausnahmefall aber auch angesehen, wenn das für die Willensbildung der Gemeinde maßgebliche Beschlußorgan den Abschluß des

Verpflichtungsgeschäfts gebilligt hat (vgl. Urteile vom 8. Juni 1973 - V ZR 72/72 - NJW 1973, 1494, 1495; vom 20. Januar 1994 - VII ZR 174/92 - NJW 1994, 1528; Beschluß vom 24. Februar 1997 - II ZR 9/96 - DtZ 1997, 222, 223; Senatsurteile vom 22. Juni 1989 - III ZR 100/87 - NVwZ 1990, 403, 405, soweit wenigstens die formgerechte Erklärung eines von zwei Gesamtvertretern vorlag; vom 6. Juli 1995 - III ZR 176/94 - NJW 1995, 3389, 3390).

c) Während daher Vorschriften über die Vertretungsmacht der zur Vertretung berufenen Organe, soweit sie etwa eine Gesamtvertretung anordnen, im Ergebnis nicht durch den Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben außer Kraft gesetzt werden können - insoweit kommt lediglich eine Haftung der Gemeinde auf Ersatz des Vertrauensschadens aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß in Betracht -, unterliegen die Bestimmungen über reine Förmlichkeiten wie Schriftform, Angabe der Dienstbezeichnung und Beifügung des Amtssiegels im wesentlichen einer rechtlichen Behandlung, wie sie für die Verletzung von Formvorschriften auch im übrigen gilt (vgl. zur Abgrenzung Senatsurteil BGHZ 92, 164, 174). Auch der Zweck des § 54 Abs. 1 BWGO, der dahin geht, im Interesse einer klaren Verantwortung des Bürgermeisters gegenüber dem Gemeinderat und einer einwandfreien Rechnungslegung zu vermeiden, daß nachträglich Zweifel am Verpflichtungswillen des Bürgermeisters oder Streit über Inhalt und Zeitpunkt der eingegangenen Verpflichtung entstehen (vgl. Sixt, in: Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 4. Aufl., § 54 Rn. 1), fügt sich in die Zwecke privatrechtlicher Formvorschriften ein, indem das Vertretungsorgan von der Eingehung übereilter und unüberlegter Verpflichtungen, die den Gemeindeinteressen zuwiderlaufen, abgehalten (vgl. Senatsurteil vom 22. Juni 1989 - III ZR 100/87 - NVwZ 1990, 403, 404, allerdings in einem Fall zusätzlich angeordneter Ge-

samtvertretung; BGH, Urteil vom 11. Juni 1992 - VII ZR 110/91 - NJW-RR 1992, 1435, 1436) und zugleich der Klarstellungs- und Beweisfunktion Rechnung getragen wird. Demgegenüber bezieht sich die Regelung des § 179 BGB, die einen im Interesse der Verkehrssicherheit eingeführten Fall der Vertrauenshaftung darstellt (vgl. RGZ 106, 68, 70; BGHZ 39, 45, 51; BGH, Urteil vom 2. Februar 2000 - VIII ZR 12/99 - NJW 2000, 1407, 1408), im Kern auf das Vertrauen, daß der Vertreter für den Vertretenen bindend handeln kann, nicht aber darauf, daß der Vertreter die in welchen Vorschriften auch immer angeordneten Förmlichkeiten zutreffend beachtet. Dementsprechend trägt selbst der Vertreter ohne Vertretungsmacht grundsätzlich nicht das Risiko sonstiger Mängel des Vertretergeschäfts (vgl. RGZ 106, 68, 70 f).

Der Senat verkennt nicht, daß sich im vorliegenden Fall die Gesichtspunkte der Vertretungsberechtigung und der vom Vertretungsorgan zu beachtenden Form in einer Weise verschränken, daß man über die unterschiedliche gesetzgeberische Wertung für die Vertrauenshaftung des Vertreters nach § 179 BGB und die Folgen eines nicht formgerecht zustande gekommenen Vertrages zu keinem zweifelsfreien Ergebnis gelangt. Einerseits ist der Bürgermeister nach § 42 Abs. 1 Satz 2 BWGO das einzige Vertretungsorgan der Gemeinde; er bindet diese auch dann, wenn er sich über Beschlüsse des Gemeinderats hinwegsetzt oder ganz davon absieht, ihn in einer dafür vorgesehenen Angelegenheit zu beteiligen, vorausgesetzt, er hält die in § 54 Abs. 1 BWGO bestimmte Form ein. Andererseits könnte man in bezug auf die einzuhaltende Form erwägen, der Bürgermeister solle hierdurch gerade auch an seine dem Gemeinderat gegenüber bestehenden Bindungen erinnert werden.

Bei der danach gebotenen wertenden Betrachtung gewinnen Gesichtspunkte die Oberhand, die letztlich gegen die Anwendbarkeit des § 179 Abs. 1 BGB auf die hier vorliegende Fallkonstellation sprechen: Der Schutz der Gemeinde vor übereilten und unüberlegten Verpflichtungserklärungen des Bürgermeisters kann, weil dem Landesgesetzgeber insoweit die Gesetzgebungskompetenz fehlt, nicht unmittelbar durch Einführung einer Formvorschrift erreicht werden; er wird vielmehr durch Verknüpfung des Formerfordernisses mit der Vertretungsregelung bewirkt. Das würde im Falle der Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB bei Nichtbeachtung der Form zur persönlichen Haftung des Bürgermeisters führen, während sonst im rechtsgeschäftlichen Verkehr der Vertreter einer natürlichen Person oder einer juristischen Person des Privatrechts beim Abschluß eines formfehlerhaften Geschäfts nicht nach der genannten Vorschrift haftet. Damit würde der Kompetenzmangel, der die Einbeziehung einer für notwendig erachteten Formvorschrift in die Vertretungsregelung veranlaßt, zum Auslöser einer Ungleichbehandlung, die unter dem von der Sache her allein maßgeblichen Gesichtspunkt des haftungsrechtlichen Vertrauensschutzes der inneren Rechtfertigung entbehrt. Der Senat hält deshalb dafür, daß die angesprochene Verletzung des § 54 Abs. 1 BWGO die scharfe, am Erfüllungsinteresse orientierte Vertrauenshaftung des grundsätzlich allein vertretungsberechtigten Organs nach § 179 Abs. 1 BGB nicht rechtfertigt und daß kein Anlaß besteht, den Vertragsgegner besser zu stellen, als sei dem rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertreter einer natürlichen Person oder einer juristischen Person des Privatrechts ein die Wirksamkeit des Geschäfts beeinträchtigender Formfehler unterlaufen.

5. Die Kläger werden durch eine solche Lösung nicht rechtlos gestellt.

a) Dem Beklagten oblag als Bürgermeister auch bei seinem Handeln für die Gemeinde im privatrechtlichen Bereich die Amtspflicht, die Bestimmungen der Gemeindeordnung einzuhalten und Sorge dafür zu tragen, daß den Klägern als Vertragspartnern der Gemeinde aus seinem Verhalten keine Schäden entstehen konnten. Mögen die in § 54 Abs. 1 BWGO enthaltenen Bestimmungen, die die Vertretungsberechtigung des Bürgermeisters für die Abgabe von Verpflichtungserklärungen ausgestalten, im wesentlichen Pflichten umreißen, die er im Interesse der Allgemeinheit wahrzunehmen hat, so läßt sich doch nicht leugnen, daß der Beklagte im Rahmen der bestehenden Vertragsbeziehung verpflichtet war, sich auch in bezug auf die Kläger darüber zu vergewissern, ob er im Rahmen eines Geschäfts der laufenden Verwaltung formlos eine Vereinbarung schließen konnte oder ob er die Förmlichkeiten des § 54 Abs. 1 BWGO zu beachten hatte.

b) Danach kommt grundsätzlich eine persönliche Haftung des Beklagten nach § 839 BGB in Betracht, die nicht nach Art. 34 Satz 1 GG auf die Gemeinde überzuleiten ist, weil es sich um keine hoheitliche Tätigkeit handelte. Unter Zugrundelegung des objektivierten Sorgfaltsmaßstabs, der im Rahmen des § 839 Abs. 1 BGB gilt und nach dem es für die Beurteilung des Verschuldens auf Kenntnisse und Fähigkeiten ankommt, die für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind (vgl. Senatsurteile BGHZ 134, 268, 274; vom 26. Oktober 2000 - III ZR 53/99 - WM 2001, 147, 149), ist ein Verschulden des Beklagten nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu liegenden Sachverhalt nicht zu verneinen.

c) Allerdings erfaßt der mögliche Anspruchsinhalt nicht, wie die Kläger begehren, die Freistellung von dem der Gemeinde zugesprochenen Wildscha-

denersatz. Denn die Kläger können im Rahmen eines Anspruchs nach § 839 BGB lediglich verlangen, so gestellt zu werden, als hätte sich der Beklagte amtspflichtgemäß verhalten. Dann aber hätte der Beklagte davon absehen müssen, vor einer entsprechenden Beschlußfassung im Gemeinderat auf die entstandenen Ansprüche zu verzichten. Da der Gemeinderat, wie der weitere Fortgang gezeigt hat, zu einem entsprechenden Verzicht nicht bereit war, hätten sich die Kläger damit abfinden müssen, daß die Ansprüche nach Maßgabe des Pachtvertrages geltend gemacht und geklärt werden. Im Schutzbereich des § 839 BGB liegen hier daher nur solche Schadenspositionen, die darauf beruhen, daß die Kläger auf die Wirksamkeit der mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung vertraut haben. Hierzu gehören etwa Aufwendungen, die die Kläger im Hinblick auf die Erhöhung der Abschlußzahlen tätigten. Solche werden indes im laufenden Verfahren nicht geltend gemacht.

Darüber hinaus kommt in Betracht, daß die Kläger bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Gemeinde die Wirksamkeit der mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung unter Bezugnahme auf die Vorschrift des § 54 Abs. 1 BWGO leugnete, vom rechtlichen Bestand dieser Vereinbarung ausgehen durften. Sie waren auch danach nicht ohne weiteres verpflichtet, dem erhobenen Anspruch der Gemeinde Folge zu leisten. Vielmehr waren sie im Hinblick auf die geschlossene Vereinbarung berechtigt, sich über deren Wirksamkeit anwaltlichen Rat einzuholen.

d) Der Senat muß im gegenwärtigen Verfahrensstadium nicht abschließend entscheiden, ob die Sach- und Rechtslage es rechtfertigte, daß die Kläger neben der vorgerichtlichen Zuziehung eines Rechtsanwalts zwei gerichtliche Instanzen zur Klärung der Frage in Anspruch nahmen, ob es sich hier um

ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelte, das die Gemeinde an den erklärten Verzicht band. Auch wenn man dies unterstellt, besteht derzeit gegen den Beklagten ein Anspruch nicht, weil dieser die Kläger nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit verweisen darf, die in der Haftung der Gemeinde nach §§ 31, 89 BGB für das Verhalten ihres verfassungsmäßig berufenen Vertreters besteht. Zwar haben die Kläger im Vorprozeß bereits Gegenansprüche gegen die Gemeinde geltend gemacht, denen das Landgericht nicht entsprochen hat. Sie betrafen jedoch im Kern Freistellungsansprüche in bezug auf den Wildschadensersatz und Bereicherungsansprüche aus dem Umstand, daß die Kläger den Abschuß weiblichen Rotwilds erhöht hatten. Die vorstehend umrissenen Ansprüche wegen Kosten anwaltlicher Beratung und des Vorprozesses sind jedoch bislang nicht geltend gemacht worden. Daß im Vorprozeß zu Lasten der Kläger eine Kostenentscheidung ergangen ist, steht einem möglichen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch als Schadensersatzanspruch auf der Grundlage der §§ 31, 89, 839 BGB nicht entgegen.

Rinne

Wurm

Kapsa

Dörr

Galke