

## Expertentipp

### **Gemeine Gemeindeordnung-Schriftform als Vertretungsregelung**

Die öffentliche Hand ist in Deutschland der größte Auftraggeber im Bereich des Hoch- und Tiefbaus. Der Unternehmer wird bei privatrechtlichen Verträgen bspw. mit dem Land, den Kreisen, Städten oder Gemeinden jedoch oft vor besondere Herausforderungen gestellt. Insbesondere während der Bauphase stellt sich dem Unternehmer nicht selten die Schwierigkeit, dass ihm von Bauherrenseite kein vertretungsberechtigter und bevollmächtigter Ansprechpartner bekannt gegeben wird. Kommt es zu Streit darüber, ob und wer Anordnungen oder Beauftragungen gegenüber dem Unternehmer aussprechen durfte, lohnt der Blick in die entsprechende Gemeinde- oder Landkreisordnung.

### **Landesrechtliche Schriftform- und Vertretungsregelungen**

Nahezu alle Bundesländer haben über landesgesetzliche Regelungen Schriftform- und Vertretungsregelungen eingeführt, die sich in den jeweiligen Gemeinde- bzw. Kommunalordnungen wiederfinden<sup>1</sup>. Den Regelungen ist gemein, dass Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, der Schriftform bedürfen und vom Bürgermeister bzw. dem zuständigen Organ unterzeichnet werden müssen. Im Falle der Vertretung des Bürgermeisters müssen die Erklärungen durch dessen Stellvertreter, den vertretungsberechtigten Beigeordneten oder auch durch zwei vertretungsberechtigte Gemeindebedienstete unterzeichnet werden. Häufig ist dabei zusätzlich gefordert, dass der Unterschrift auch die Amtsbezeichnung und ein die Vertretung kennzeichnender Zusatz beigefügt werden müssen (vgl. bspw. § 54 Abs. 1 bis 3 GemO BaWü). Ausnahmen gibt es bei Erklärungen in Geschäften der laufenden Verwaltung oder auf Grund einer, die vorgenannte Form wahren, auf den Erklärenden ausgestellte Vollmacht (vgl. bspw. § 54 Abs. 4 GemO BaWü; § 64 Abs. 2 und 3 GO NRW).

#### Verpflichtungserklärung

---

<sup>1</sup>Bayern: Art 38 GO; Baden-Württemberg: § 54 GemO, Saarland: § 62 KSVG; Rheinland-Pfalz: § 49 GemO; Hessen: § 71 Abs. 2 HGO; Thüringen: § 31 Abs. 2 ThürKommO; Sachsen: § 60 SächsGemO; NRW: § 64 GO NRW; Sachsen-Anhalt: § 70 GO LSA i.V.m. § 156 Abs. 2 KVG LSA; Berlin: §§ 21 – 23 AZG Berlin; Brandenburg: § 57 Abs. 2 – 5 BgbKVerf; Niedersachsen: § 86 Abs. 2 – 4 NKomVG; Bremen: § 54 Abs. 2 VerfBrhv; Mecklenburg-Vorpommern: § 38 Abs. 6 KV-MV; Schleswig-Holstein §§ 56 Abs. 2 – 4, 64 Abs.2 GO SH.

Unter Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, sind dabei nicht nur öffentlich-rechtliche, sondern auch privatrechtliche Verpflichtungserklärungen zu verstehen, d.h. jede Erklärung, durch die die Gemeinde eine Leistungspflicht übernimmt. Geht bspw. eine Änderungsanordnung des Bausolls mit einem Mehrvergütungsanspruch des Unternehmers einher, wird durch die Änderungsanordnung eine Leistungspflicht zur Vergütung der Mehrkosten eingegangen. Bereits dann kann die Schriftform- und Vertretungsregelung greifen.

### **Rechtsfolgen - schwebende Unwirksamkeit**

Die Folgen der Nichteinhaltung der Formvorschrift und Vertretungsregelung führen in privatrechtlichen Verträgen – anders als bei öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen – nicht gemäß § 125 BGB per se zur Nichtigkeit. Denn nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG unterliegt das bürgerliche Recht der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes, von der der Bund gemäß Art. 55 EGBGB auch abschließend Gebrauch gemacht hat. Die landesrechtlichen Regelungen sind daher nicht als Formvorschrift im Sinne des § 125 BGB zu sehen. Die Regelungen werden vielmehr als Zuständigkeitsregelung aufgefasst, deren Beachtung Voraussetzung dafür ist, dass die Gemeindeorgane wirksam als Vertreter handeln können und ihre Verpflichtungserklärungen rechtsverbindlich sind (BGH, Urteil vom 16.11.1978 – III ZR 81/77). Die Verletzung der kommunalrechtlichen Formvorschriften führt daher zur Anwendung der §§ 177 ff BGB. Rechtsfolge ist zunächst die schwebende Unwirksamkeit der Verpflichtungserklärung oder des Vertrags, mit der Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung. Die Genehmigung muss jedoch von dem zuständigen Gemeindeorgan ausgesprochen werden, wobei sie zwar nicht der für das abzuschließende Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form bedarf (§ 182 Abs. 2 BGB), gleichwohl aber die Form der kommunalrechtlichen Regelung einhalten muss (s.o.). Wird die nachträgliche Genehmigung vom zuständigen Organ nicht erteilt, bleibt die Verpflichtungserklärung unwirksam.

Diese Rechtsfolge kann nach der Rechtsprechung auch nicht durch die Anwendung der Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht vermieden werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.08.2008, - I 23 U 57/08; 23 U 57/08; Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung Gemeindehaushaltsordnung BaWü, Aufl. 2013, § 54 Rn. 6). Die Grundsätze finden zwar auch gegenüber Gemeinden Anwendung, die kommunalrechtlichen Regelungen gehen jedoch jeweils von einer bestehenden Vertretungsberechtigung aus, wobei die Vertretungsmacht jedoch von der Einhaltung bestimmter Formvorschriften abhängt. Bei einer grundsätzlich bestehenden Vertretungsberechtigung, bei der es zusätzlich um die Beachtung

bestimmter Formvorschriften geht, sollen die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht daher keine Anwendung finden.

Für die Vergütungsansprüche des Unternehmers kann diese Rechtsfolge daher durchschlagende Konsequenzen haben. Im schlimmsten Fall kann sogar der Bauvertrag schwebend unwirksam und schließlich wegen der verweigerten Genehmigung endgültig unwirksam sein. Die Berufung auf den Formmangel hängt dabei auch nicht davon ab, ob der Vertreter der Gemeinde die Bestimmungen über die Vertretungsregelungen bewusst oder unbewusst außer Acht gelassen hat (BGH, Urteil vom 02.03.1972, VII ZR 143/70). Der Umstand, dass die Gemeinde die Regelungen besser als ihr Vertragspartner hätte kennen müssen, hindert sie ebenfalls nicht, sich auf den Formmangel zu berufen. Auch nach längerer Zeit, in der die Vertragspartner den Vertrag als rechtsgültig angesehen und behandelt haben, ist es der Gemeinde nicht verwehrt, sich auf den Formmangel zu berufen. Auch dann nicht, wenn der Vertragspartner im Vertrauen auf die Gültigkeit finanzielle Aufwendungen erbracht hat (BGH, Urteil vom 16.11.1978, a.a.O).

### **Widerrufsmöglichkeit**

Allerdings können die „gemeinen“ Regelungen auch für den Unternehmer streiten. Solang das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft noch nicht genehmigt ist, darf es nämlich auch jederzeit vom Vertragspartner der Gemeinde widerrufen werden (§ 178 BGB). In Situationen, in denen dem Unternehmer eine Haftung aus dem Vertragsverhältnis mit der Gemeinde droht, kann daher die Widerrufsmöglichkeit eine Notbremse für den Unternehmer darstellen. Dazu folgendes Beispiel:

Die Gemeinde nimmt nach mehr als acht Jahren den Objektüberwacher auf Schadenersatz wegen Überwachungsfehlern in sechsstelliger Höhe in Anspruch und beruft sich darauf, dass der Architekt zunächst mit den Leistungsphasen 2 bis 8 und später auch mit der Leistungsphase 9 beauftragt worden sei. Es sei bislang auch noch keine Verjährung der Schadenersatzansprüche eingetreten, da die Leistungen der Leistungsphase 9 noch nicht abgeschlossen und die Gewährleistungsfrist daher noch nicht abgelaufen sei. Es stellt sich heraus, dass die zuständige Amtsleiterin nach Fertigstellung und (konkludenter) Abnahme der Leistungen gemäß Leistungsphase 2 bis 8 tatsächlich mit dem Wunsch an den Architekten herangetreten war, er möge auch die Leistungsphase 9 noch mitübernehmen. Diesem Wunsch hat sich der Architekt nicht verschlossen. Unstreitig erfolgte die Beauftragung jedoch lediglich mündlich. Wegen Verstoßes gegen die Formvorschrift der Gemeindeordnung war der gesonderte Auftrag schwebend unwirksam, so dass der Vertrag vom Architekten auch noch nach dieser langen Zeit widerrufen werden konnte.

Auf Grund des Widerrufs ist eine Beauftragung mit der Leistungsphase 9, aus der die Gemeinde die längere Gewährleistungsfrist herleiten will, nicht wirksam erfolgt. Die Schadenersatzansprüche der Gemeinde sind verjährt.

### **Ausnahme für Geschäfte der laufenden Verwaltung**

Auch die Ausnahme von der Formvorschrift und den Zuständigkeitsregelungen für Geschäfte der laufenden Verwaltung hilft der Gemeinde in obigem Fall nicht. Da ein Geschäft der laufenden Verwaltung dann nicht angenommen werden kann, wenn es für die Kommune von wesentlicher sachlicher und kommunalpolitischer Bedeutung ist oder die Maßnahme und ihre vertragliche Umsetzung singulären Charakter haben, d.h. ein Geschäft darstellen, das sich in der Kommune nicht mehr oder weniger häufig wiederholt. Bei Bauvorhaben mit Auftragsvolumina in Millionenhöhe und damit entsprechend korrespondierender Auftragsvolumina für die Architektenleistungen kann insbesondere für kleinere oder mittlere Kommunen nur selten über die Ausnahme von der Formvorschrift agiert werden (BGH, Urteil vom 02.03.1972, a.a.O.- verneint die Ausnahme für eine kleine Gemeinde schon ab einer Auftragssumme vom 6.000 DM).

Dem Unternehmer, der Verträge mit der öffentlichen Hand schließt, ist gleichwohl dringend zu empfehlen, sich die beim Bauherren vertretungsberechtigten Personen ausdrücklich benennen zu lassen und die Vorlage einer entsprechenden Vollmacht zu fordern. Nur so kann er sicherstellen, dass Erklärungen, die auch für den Bauherrn Verpflichtungscharakter haben, wirksam und rechtsverbindlich abgegeben werden. Ist nicht klar, ob die Bauherrenvertreter entsprechend bevollmächtigt sind, empfiehlt es sich das zuständige Gemeinde- bzw. Vertretungsorgan stets direkt anzuschreiben und die Erklärung von diesem zu verlangen.

Jennifer Essig  
Rechtsanwältin, Karlsruhe  
Mitglied der ARGE Baurecht und Gründungsmitglied des Ausschusses junger Baurechtler