

35. Sind die Grundsätze, welche über die Nichtbeachtung von Formmängeln in Willenserklärungen aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben aufgestellt sind, auch auf den Fall anwendbar, daß eine öffentlich-rechtliche Körperschaft den Vertragsgegner zu der irrigen Annahme verleitet, eine — tatsächlich vorgeschriebene — Genehmigung ihrer Willenserklärung durch die vorgeordnete Behörde sei nicht erforderlich?

BGB. §§ 242, 765.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 26. Februar 1938 i. S. Girokasse D. (Bekl.)  
w. Dstfelb. Spr.werke eingetr. Gen. m. b. H. in Liq. (Kl.). VI 236/37.

I. Landgericht Waizen.

II. Oberlandesgericht Dresden.

Die Firma K. u. N. hatte gegen die Firma L. H. aus Lieferungen sehr erhebliche Forderungen erworben, über welche Wechsel ausgestellt und die auch durch Bürgschaft und Grundbucheintragungen gesichert waren. Die Gemeinde D. stand als Inhaberin ihrer Girokasse gleichfalls mit der Firma L. H. in Geschäftsverbindung. Für ihre Forderungen hatte sie sich die wesentlichsten Teile des Vermögens der Firma übereignen lassen. Zweck Regelung ihrer Beziehungen zu dieser Firma schlossen die Firma K. u. N. und die Gemeinde am 10. April 1930 einen schriftlichen Vertrag, der für die Gemeinde von ihrem Bürgermeister U. unterzeichnet wurde. Darin wandelte die Firma K. u. N. ihre Forderungen in eine ganz allmählich zu tilgende, niedrig verzinsliche Darlehnsforderung um; sie verpflichtete sich, die Grundbucheintragungen auf die Gemeinde zu übertragen und die Wechsel aus dem Verkehr zu ziehen. Die von der Firma L. H. dem Bürgen bestellte Grundbuchsicherheit sollte auch auf die Gemeinde übertragen werden. Ferner war bestimmt: „Die Girozentrale der Gemeinde D. stellt die Bezahlung der fälligen Zins- und Tilgungsbeträge sicher und verpflichtet sich, diese Zins- und Tilgungsbeträge an K. u. N. zu zahlen“. Die nach der Sächsischen Gemeindeordnung zur Übernahme der Bürgschaft durch eine Gemeinde erforderliche Genehmigung der vorgeordneten Behörde ist weder nachgesucht noch erteilt worden. Nach der Behauptung der Klägerin hat der Bürgermeister den Vertretern von K. u. N. bei dem Abschluß des Vertrages erklärt, seine Unterschrift allein genüge zur Gültigkeit des Vertrages.

Die Firma R. u. N. hat, wie die Klägerin weiter behauptet, alle ihr nach dem Vertrage obliegenden Verpflichtungen, zum Teil in nachträglich vereinbarter etwas veränderter Form erfüllt. Die Gemeinde zahlte die bis zum 30. April 1931 fälligen Zins- und Tilgungsbeträge. Die weiteren Zahlungen verweigerte sie unter Hinweis — neben anderem — darauf, daß die vorgeschriebene Genehmigung fehle. Sämtliche Forderungen der Firma R. u. N. gegen die Gemeinde sind später auf die Klägerin übergegangen.

Diese fordert mit der vorliegenden Klage die seit dem 1. März 1932 fälligen Beträge in Höhe von 6000 RM. von der Beklagten, die auf Grund der Sächsischen Sparkassen- und Girokassenverordnung vom 12. Mai 1932 selbständige Rechtspersönlichkeit erlangt hat und auf die nach demselben Gesetz sämtliche aus Geschäften der alten Kasse entstandenen Verpflichtungen der Gemeinde übergegangen sind. Neben einer Reihe anderer Klagegründe hat sie geltend gemacht: die Gemeinde und damit jetzt die Beklagte hafte unmittelbar aus dem Vertrage; das Fehlen der Genehmigung dürfe sie nach Treu und Glauben nicht geltend machen, da der Bürgermeister U. die Vertreter von R. u. N. über die Erforderlichkeit der Genehmigung getäuscht habe. Die Beklagte hat Abweisung beantragt und unter anderem insbesondere ausgeführt, der Mangel der Genehmigung nehme der Erklärung der Gemeinde unter allen Umständen die Rechtswirksamkeit.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die von ihr im zweiten Rechtsgang erhobene Widerklage auf Feststellung, daß der Klägerin auch weitere Ansprüche in einem gewissen Teilbetrage nicht zuständen, abgewiesen. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

#### Gründe:

(Das Urteil legt zunächst dar, daß für die Gemeinde, abgesehen von der Frage der Genehmigung, eine selbstschuldnerische Bürgschaft ordnungsmäßig übernommen worden sei, und fährt dann fort:) Der Berufungsrichter hat die Haftung der Beklagten aus ihrer Bürgschaft lediglich dahin begründet: Nach den besonderen Umständen und den Grundsätzen von Treu und Glauben dürfe die

Beklagte — auf die als neues selbständiges Gebilde nach seinen Feststellungen gemäß späterer landesgesetzlicher Regelung alle Schuldverbindlichkeiten der Gemeinde als Inhaberin der Kasse übergegangen sind — die Rechtsunwirksamkeit der Bürgschaft nicht geltend machen, müsse sich vielmehr so behandeln lassen, als ob die Genehmigung erteilt sei. Er stützt sich dabei auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts über den Einwand unzulässiger Rechtsausübung, wenn eine Partei, sei es auch unabsichtlich, die andere zum Absehen vom erforderlichen Abschluß eines formgültigen Vertrages veranlaßt hat, indem diese daraufhin annahm, formlose Vereinbarungen genügen. Man hat das besonders in letzter Zeit — so z. B. RGZ. Bd. 153 S. 59, auch RGKomm. zu § 242 BGB. Anm. 4 — u. a. damit begründet, daß das Verhalten der Partei im Rechtsstreit nicht in einer Treu und Glauben verletzenden Weise ihrem früheren Verhalten widersprechen dürfe. Jedoch ist die Frage nicht auf diesen einen Gesichtspunkt zu beschränken, vielmehr ist entsprechend dem Grundgedanken des § 242 BGB. zu fragen, ob es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu und Glauben widersprechen würde, die Vertragsansprüche an dem Formmangel scheitern zu lassen.

Daß es sich vorliegend nicht um einen reinen Formmangel handelt, sondern um Willenserklärungen, die noch nicht voll wirksam sind, kann nicht zweifelhaft sein. Abgesehen von dieser Frage würden hier die vom Berufungsgericht festgestellten Umstände genügen, um die von der Rechtsprechung gestellten besonderen Anforderungen an die Nichtbeachtung der Formungültigkeit zu erfüllen. Danach hat der Bürgermeister der Gemeinde D., vielleicht absichtlich, jedenfalls aber grob fahrlässig die Frage, ob seine Unterschrift allein genüge, bejaht, obwohl er allermindestens die größten Zweifel haben mußte, ob nicht Genehmigung erforderlich sei, und auch erkannte, daß der Vertreter der Firma wissen wollte, ob schon mit dieser Unterschrift allein der Vertrag rechtswirksam werde. Der Vertreter der Firma hätte bei richtiger Auskunft den Vertrag nicht vor der Genehmigung unterzeichnet, jedenfalls nicht vorher die Sicherheiten aufgegeben. So aber hat die Firma alle Vertragsverpflichtungen, wenn auch teilweise auf Grund weiterer Vereinbarung in etwas veränderter Form, erfüllt. Statt leicht durchzusehender, alsbald fälliger Wechselorderungen hatte sie nun eine ganz mäßig zu verzinsende, in langer

Zeit allmählich abzuzahlende Darlehnsforderung. Alle Sicherheiten, mit Ausnahme der wertlosen Hypotheken von 75000 RM. auf dem Mühlengrundstück, hatte sie aufgegeben. Alles nur im Vertrauen auf die Bürgschaft der Gemeinde, die, falls sie wirklich bestand, ihr unbedingte Sicherheit bot. Die Gemeinde hatte also alles, was sie wollte, wenigstens soweit es in der Hand der Firma lag, erreicht, auf ihre Verpflichtungen aber fast nichts geleistet. Wenn unter solchen Umständen das Berufungsgericht annimmt, die Gemeinde müsse sich so behandeln lassen, als wenn die Bürgschaft rechtsgültig sei, so würde das an sich nicht rechtsirrig sein. Daß den Vertreter der Firma kein Verschulden bei dem Vertragschluß treffe, und auch nicht, wenn das überhaupt von Bedeutung ist, den von ihm zugezogenen Rechtsanwalt aus G., ist im wesentlichen tatsächlich begründet und rechtlich nicht zu beanstanden.

Nicht erörtert hat das Berufungsgericht, ob die behördliche Genehmigung erteilt worden wäre, wenn man sie nachgefragt hätte. Die Revision meint, nur unter dieser Voraussetzung könnte die Beklagte an dem Vertrage festgehalten werden, das Berufungsgericht hätte daher diese Frage prüfen müssen. Auch dieses Bedenken erscheint nach Lage der Umstände nicht gerechtfertigt. Es braucht aber darauf nicht näher eingegangen zu werden, da schon aus einem anderen von der Revision geltend gemachten Grunde der Klägerin versagt werden muß, Rechte aus dem Bürgschaftsvertrage herzuleiten.

Es ist der Revision nämlich im Ergebnis darin beizutreten, daß grundsätzlich eine Gemeinde aus einer Willenserklärung, die der behördlichen Genehmigung bedarf, bei deren Fehlen auch dann nicht in Anspruch genommen werden darf, wenn an sich sonst nach den Umständen dem Gegner gegenüber die Ablehnung der Erfüllung gegen Treu und Glauben verstieße. Die Revision stellt die Frage insofern etwas schief, als sie ausführt, dem Bürgermeister habe überhaupt die Vertretungsmacht gefehlt. So ist es nicht. Gemäß §§ 90, 91 der Sächsischen Gemeindeordnung vertritt der Bürgermeister die Gemeinde und verpflichtet sie durch seine Erklärungen. Der Mitunterzeichnung eines anderen bedurfte es, wie bereits oben erwähnt, nicht. Wohl aber war die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Vor deren Erteilung war die Erklärung des Bürgermeisters nicht, wie die Revision anzunehmen scheint, ein Nichts. Vielmehr war sie nur schwebend unwirksam. Das ergibt sich aus der

Wahl des Wortes „Genehmigung“ und der entsprechenden Anwendung der §§ 182ffg. BGB. Es ist nirgends ersichtlich, daß die Sächsische Gemeindeordnung etwas anderes bestimmen will. Insbesondere erfordert sie nicht, wie das preussische Recht (Städte-, Landgemeinde-, Kreisordnung), die Bezugnahme auf die Genehmigung in der Urkunde oder die Anführung eines der Genehmigung bedürftigen Gemeindebeschlusses — s. dazu jetzt auch die Bestimmung des § 104 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 und die Entscheidung des II. Zivilsenats in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1938 S. 97/98 —. Die Gemeinde war also hier durch die Unterzeichnung an den Vertrag zunächst gebunden, und ihre Pflicht wäre es gewesen, die Genehmigung herbeizuführen. Das hat sie offenbar gar nicht versucht. Daß die Genehmigung nach der Versteigerung des Mühlengrundstücks noch zu erreichen wäre, erscheint ausgeschlossen. Aber auch von dieser Grundlage aus kann der Beklagten nicht verwehrt werden, sich auf Rechtsunwirksamkeit zu berufen. Soweit ersichtlich, ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bisher nur von dem erkennenden Senat diese entscheidende Frage erörtert worden, ob eine Gemeinde oder sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaft, für deren Willenserklärungen besondere gesetzliche Anforderungen aufgestellt sind, sich bei deren Nichteinhaltung auf die Rechtsunwirksamkeit der Erklärung auch dann berufen dürfe, wenn an sich Treu und Glauben nach den besonderen Umständen ihr Festhalten an der Erklärung erfordern. In den Entscheidungen vom 27. Februar 1936 — VI 393/35, veröffentlicht in *JWB.* 1936 S. 1826 Nr. 3 — und vom 22. Januar 1938 — VI 226/37 — ist die Frage nach den Umständen verneint worden. Aber die Fälle lagen anders als der vorliegende. In der ersten Entscheidung handelte es sich um eine einseitige Verpflichtungserklärung und wesentlich um die formelle Fassung und Unterzeichnung; eine Genehmigung war dazu nicht erforderlich. Und ebensowenig fehlte eine solche Genehmigung in dem zweiten Fall. Sie war dort erteilt, aber nicht dem Gegner mitgeteilt, auch war sonst die Verpflichtung nicht formgerecht übernommen. Dagegen lag der weitere, vom Senat am 21. Februar 1935 entschiedene Fall — VI 456/34 — wie hier; es fehlte die vorgeschriebene Genehmigung. Dort hat der Senat ausdrücklich ausgeführt, daß die Grundsätze, die über die Zulässigkeit der Arglistrede gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit

von Verträgen aufgestellt sind, dann nicht angewendet werden könnten, wenn es sich nicht um die Formnichtigkeit, sondern um die sachliche Unverbindlichkeit handle, die sich aus dem Fehlen der erforderlichen Genehmigung ergibt. Dieser Fall unterscheidet sich also von den anderen, wie in der Entscheidung vom 27. Februar 1936 auch hervorgehoben ist, gerade dadurch, daß in ihm die Zustimmung der Aufsichtsbehörde fehlte. Gerade das aber bedeutet einen grundlegenden Unterschied, ob eine solche Genehmigung überhaupt nicht erteilt war oder ob sie entweder gar nicht erforderlich oder doch nur trotz Erteilung nicht den Vorschriften entsprechend in der Urkunde angezogen war. In dem letzten Falle liegt zwar nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht nur ein Formmangel, sondern auch ein solcher in der Vertretungsmacht vor. Für die vorliegende Frage muß aber ein wesentlicher Unterschied gemacht werden, ob die Genehmigung gar nicht erteilt ist oder ob sie nur nicht ordnungsmäßig in der Urkunde in Bezug genommen worden ist. Denn die Nachprüfung der besonders bezeichneten Willenserklärungen einer staatlichen oder gemeindlichen Körperschaft durch die Aufsichtsbehörde und deren Genehmigung ist im öffentlichen Interesse zum Schutze dieser Körperschaften und ihrer Mitglieder gegen unbedachte und sie gefährdende Willenserklärungen ihrer Organe vorgeschrieben worden. Diese Willenserklärungen sollen in ihrer Rechtswirksamkeit von der Zustimmung der Aufsichtsbehörde abhängig gemacht werden, um einen unbedingt wirksamen Schutz gegen Schädigungen aus ihnen zu geben. Diesem entscheidenden Gesichtspunkt gegenüber — Schutz eines öffentlich-rechtlichen Gebildes und seiner Mitglieder im öffentlichen Interesse — muß auch der sonst, vor allem im Privatrecht, grundlegende Gedanke der Wahrung von Treu und Glauben in den Beziehungen von Vertragsteilnehmern zurüdtreten. Ordnet das Gesetz ausdrücklich aus obigen Gründen an, daß die Bürgerschaft einer Gemeinde mangels Genehmigung rechtsunwirksam ist, weil das Gegenteil dem öffentlichen Interesse widerspricht, dann kann man zu dem vom Gesetzgeber mißbilligten Ergebnis auch nicht unter Umständen kommen, die sonst bei wesentlich formellen Mängeln die Nichtbeachtung einer vom Gesetz vorgeschriebenen Nichtigkeit rechtfertigen würden. Ob diese Grundsätze auch dann Platz zu greifen haben, wenn es sich nicht um die Willenserklärungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, sondern um solche von Einzelpersonen oder

Gesellschaften handelt, die einer Genehmigung, insbesondere etwa der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, bedürfen, kann hier unerörtert bleiben. Für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, bei denen die Genehmigung der Aufsichtsbehörde im öffentlichen Interesse vorgeschrieben ist, müssen sie jedenfalls gelten, und zwar auch für die Geschäfte, die sie als Inhaber von Kassen und Banken irgendwelcher Art betreiben. Treten dabei durch das Erfordernis der Genehmigung Schwierigkeiten für gewisse Geschäfte auf, wie das Verfassungsgericht das hervorhebt, so müssen diese hingenommen werden, so lange der Gesetzgeber sie nicht zum Anlaß nimmt, insoweit Ausnahmen von der Genehmigungspflicht vorzuschreiben. Keinesfalls aber kann das dazu führen, auch in besonderen Fällen, wie dem vorliegenden, ein Ergebnis anzuerkennen, das der im öffentlichen Interesse gegebenen Vorschrift widerspricht, und zwar selbst dann nicht, wenn deshalb gewisse Geschäfte im Bankbetriebe nicht durchzuführen wären.

Rechtfertigt also hiernach die vom Verfassungsgericht gegebene Begründung den Klageanspruch nicht, so mußte das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden, damit das Verfassungsgericht die weiteren selbständigen Klagegründe prüfe.