

- 2 -

tung des Bürgen aus Verschulden bei Vertragschluß nicht der Umstand entgegen, daß der Vertrauensschaden dem Erfüllungsinteresse an der genehmigungsbedürftigen Bürgschaft entspricht.

c) Zum Mitverschulden in derartigen Fällen.

BGH, Urt. v. 10. Juni 1999 - IX ZR 409/97 - OLG Naumburg

LG Dessau

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 18. November 1997 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die W. GmbH (im folgenden: Schuldnerin) wandte sich an die klagende Bundesanstalt mit dem Antrag, Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen durch die Ausreichung zweier Darlehen in Höhe von jeweils 76.000 DM zu fördern. Da nach den internen Weisungen der Klägerin Darlehen an Private nur ausgereicht werden durften, wenn sie durch selbstschuldnerische Bürgschaften einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder eines Kreditinstituts abgesi-

- 4 -

chert waren, hatte sich die Schuldnerin bereits zuvor an den verklagten Landkreis mit der Bitte gewandt, die Darlehen durch zwei selbstschuldnerische Bürgschaften abzusichern. Am 24. Juli 1991 übersandte der Beklagte der Klägerin zwei selbstschuldnerische Bürgschaftserklärungen über jeweils 76.000 DM "für die Erfüllung der Verpflichtung" der Schuldnerin. Daraufhin erließ die Klägerin zu Gunsten der Schuldnerin zwei Anerkennungsbescheide über jeweils 76.000 DM. Auf die Anerkennungsbescheide zahlte sie an die Schuldnerin zwischen Juli 1992 und Juni 1993 in vier Teilbeträgen insgesamt 106.938 DM.

Nachdem über das Vermögen der Schuldnerin am 30. September 1994 die Gesamtvollstreckung eröffnet worden war, verlangte die Klägerin vergeblich von dem Beklagten die Rückzahlung der ausgereichten Darlehensbeträge aus den übernommenen Bürgschaften. Die entsprechende Klage blieb in den Vorinstanzen ohne Erfolg. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Berufungsgericht.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

I.

Bürgschaft

1. Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten übernommen Bürgschaften für unwirksam gehalten und dies mit der fehlenden Genehmigung der Aufsichtsbehörde begründet. Es hat dazu ausgeführt:

Die Bürgschaftserklärungen des Landrats des Beklagten hätten gemäß §§ 95, 45 Abs. 2 Satz 2 der Kommunalverfassung der ehemaligen DDR vom 17. Mai 1990 (GBl. I S. 255 - KomVerf) der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedurft, weil sie nicht im Rahmen der laufenden Verwaltung abgegeben worden seien. Ohne diese Genehmigung seien die Bürgschaften schwebend unwirksam.

2. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Nach § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf, der gemäß § 95 KomVerf auch für entsprechende Erklärungen des Landkreises galt, bedurften u.a. Bürgschaften "der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde, soweit sie nicht im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen" wurden. Die Vorschrift ist nach § 549 Abs. 1 ZPO revisibel, weil sie in mehr als einem Oberlandesgerichtsbezirk galt. An der zur Zeit der Abgabe der Bürgschaftserklärungen geltenden Rechtslage hat sich nach Inkrafttreten der Gemeindeordnung und der Landkreisordnung für das Land Sachsen-Anhalt vom 5. Oktober 1993 (GVBl. S. 568,

598) nichts geändert; auch danach unterliegen Bürgschaftserklärungen des Landkreises nach § 65 LkrO i.V.m. § 101 Abs. 2 GO der Genehmigungspflicht durch die Rechtsaufsichtsbehörde.

b) Die Revision nimmt hin, daß die Verbürgung für Darlehen zur Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen im Sinne von § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf einerseits noch der Erfüllung der Aufgaben des Kreises diene, aber andererseits nicht mehr zu den Geschäften der laufenden Verwaltung nach § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf zähle. Die Bürgschaftsverträge waren damit insgesamt sowohl genehmigungsbedürftig als auch genehmigungsfähig.

c) Das Fehlen der erforderlichen Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde führt zur schwebenden Unwirksamkeit der Bürgschaftsverträge, also hier dazu, daß die Klägerin aus den Verträgen - unabhängig davon, ob eine Genehmigung noch erteilt werden könnte - derzeit keine Rechte herleiten kann. Die Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit ergibt sich auch ohne ausdrückliche Regelung in der Kommunalverfassung der ehemaligen DDR sowohl aus dem Wortlaut des § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf als auch aus Sinn und Zweck dieser Vorschrift; sie entspricht darüber hinaus einem allgemeinen Rechtsgedanken hinsichtlich des Wesens der Genehmigung.

aa) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß nach dem Wortlaut des § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf das Rechtsgeschäft selbst der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf. Dadurch wird deutlich, daß das Erfordernis der Genehmigung nicht ausschließlich das Innenverhältnis

zwischen kommunaler Gebietskörperschaft und Aufsichtsbehörde betrifft, sondern unmittelbaren Einfluß auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts selbst besitzt (in diesem Sinne bereits RGZ 98, 44, 47 f; BGH, Urt. v. 16. März 1951 - V ZR 78/50, LM § 242 (Cd) BGB Nr. 2; v. 20. Februar 1979 - VI ZR 256/77, NJW 1980, 115 unter I 2; OLG Dresden OLG-NL 1997, 125; vgl. BGH, Urt. v. 17. Mai 1974 - V ZR 158/72, insoweit nicht in MDR 1974, 918 abgedruckt; ferner Urt. v. 15. Februar 1995 - VIII ZR 93/94, WM 1995, 851, 853).

Hieran ändert die Einschränkung in § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf, daß Rechtsgeschäfte nur der Genehmigung bedürfen, "soweit sie nicht im Rahmend der laufenden Verwaltung abgeschlossen werden", nichts. Entgegen der Auffassung der Revision führt dies bei der privatrechtlichen Sanktion der schwebenden Unwirksamkeit nicht dazu, daß ein Rechtsgeschäft, das als Ganzes nicht zur laufenden Verwaltung zählt, hinsichtlich eines Teiles, der noch als laufende Verwaltung angesehen werden könnte, teilweise wirksam und darüber hinaus schwebend unwirksam wäre. Nur ein Rechtsgeschäft, das insgesamt zu den Geschäften der laufenden Verwaltung zählt, ist genehmigungsfrei; ein einheitliches Rechtsgeschäft, das nicht mehr zur laufenden Verwaltung zu rechnen ist, ist dagegen insgesamt genehmigungspflichtig und läßt sich nicht in einen genehmigungsfreien und einen genehmigungspflichtigen Teil aufspalten.

bb) Eine Auslegung nach Sinn und Zweck des in § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf normierten Genehmigungsvorbehalts führt zu demselben Ergebnis.

Aufsichtsbehördliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber Rechtsakten kommunaler Gebietskörperschaften sind ein Mittel vorbeugender Staatsaufsicht. Durch sie soll verhindert werden, daß Rechtsakte Geltungskraft erlangen, die insbesondere mit bestimmten gesetzlichen Vorgaben nicht in Einklang stehen; in dieser Art der Aufsicht liegt damit ein besonders starker Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung (so Waechter, Kommunalrecht 2. Aufl. 1995 Rz. 202 f). Es handelt sich um eine Form der staatlichen Mitentscheidung, die den Staat u.a. im Falle der Genehmigung von Bürgschaftsverträgen zur Überprüfung nicht nur der Rechtmäßigkeit, sondern auch der Zweckmäßigkeit des Rechtsgeschäfts ermächtigt (Schmidt-Aßmann in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, Kommunalrecht Rz. 49). Genehmigungsvorbehalte im kommunalen Bereich sind damit gesetzliche Regelungen, kraft deren besondere, von den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften in dieser Eigenschaft begründete Rechtsakte grundsätzlich erst wirksam werden, wenn das vom Gesetz bestimmte staatliche Exekutivorgan der Vornahme des Rechtsaktes gegenüber dem Selbstverwaltungsträger zustimmt (Humpert, Genehmigungsvorbehalte im Kommunalverfassungsrecht, S. 4, 6 und 188 m.w.N.).

Diese Funktion des Genehmigungsvorbehalts als Mittel der präventiven Kontrolle von Rechtshandlungen kommunaler Gebietskörperschaften ist nur dann gewährleistet, wenn die Wirksamkeit des zu kontrollierenden Rechtsaktes von der Erteilung der Genehmigung abhängt. Anderenfalls bliebe die Verletzung des Genehmigungsvorbehalts ohne Folgen, weil die Mittel der repressiven Verwaltungskontrolle im Falle privatrechtlicher Verträge nicht wirksam ein-

greifen: Das Beanstandungs- und Aufhebungsrecht nach §§ 98, 66 KomVerf bezieht sich nur auf "Beschlüsse und Anordnungen", nicht aber auf rechtsgeschäftliche Erklärungen. Das Anordnungsrecht und die Möglichkeit der Ersatzvornahme nach §§ 98, 67, 68 KomVerf sind schon ihrer Natur nach nicht geeignet, die privatrechtlichen Bindungswirkungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen zu beseitigen.

Hinge die privatrechtliche Wirksamkeit des genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts nicht von der Genehmigung ab, käme das Genehmigungserfordernis einer bloßen Anzeigepflicht gleich. Diese hat der Gesetzgeber hier gerade nicht für ausreichend gehalten. Gegen eine Auslegung in dem Sinne, daß die aufsichtsbehördliche Genehmigung keine unmittelbare Bedeutung für das zu genehmigende Rechtsgeschäft besitzt, spricht, daß nicht nur der Gesetzgeber der Kommunalverfassung der ehemaligen DDR (vgl. § 51 Satz 2), sondern auch die jeweiligen späteren Landesgesetzgeber bei Erlaß der Kommunalverfassungen streng zwischen Genehmigungsvorbehalt und Anzeigepflicht als Mittel aufsichtsbehördlicher Kontrolle unterschieden haben.

cc) Entgegen der Auffassung der Revision besitzt die Tatsache, daß die Kommunalverfassung der ehemaligen DDR keine besonderen Form- und Vertretungsregeln für Verpflichtungsgeschäfte vorsah, für die Auslegung des § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf keine unmittelbare Bedeutung. Die Rechtslage ist insoweit nicht vergleichbar mit derjenigen der Vertretung einer Gemeinde allein durch den Bürgermeister in Fällen, in denen dieser es unterlassen hat, die nötige Zustimmung des Gemeinderats einzuholen (vgl. hierzu BGH, Urt. v.

17. April 1997 - III ZR 98/96, DtZ 1997, 358 f; v. 4. November 1997 - VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 379, z.V.b. in BGHZ 137, 89; v. 18. Dezember 1997 - VII ZR 155/96, VIZ 1998, 280; v. 15. April 1998 - VIII ZR 129/97, NJW 1998, 3058, 3059; v. 24. Juli 1998 - V ZR 140/97, NJW 1998, 3056, 3057). Dort geht es allein um die Abgrenzung des Aufgabenbereichs von Bürgermeister und Gemeindevertretung im Innenverhältnis. Die im vorliegenden Fall vorzunehmende Auslegung des Genehmigungsvorbehalts in § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf betrifft dagegen Fragen der Rechtswirkung der Genehmigung. Die unbeschränkte gesetzliche Vertretungsmacht des Landrates, die sich daraus ergibt, daß Vorschriften über die Wahrung bestimmter Förmlichkeiten bei Verpflichtungserklärungen des Landkreises in der Kommunalverfassung fehlten, wird dadurch nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt. Das Fehlen solcher Förmlichkeiten besagt noch nichts darüber, ob ein den Landkreis rechtsgeschäftlich verpflichtender Vertrag zu seiner Wirksamkeit noch der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde bedarf.

dd) Auch wenn das Genehmigungserfordernis primär das Verhältnis zwischen der kommunalen Gebietskörperschaft und der Rechtsaufsichtsbehörde betrifft, an der der Dritte nicht unmittelbar beteiligt ist, so kann daraus nicht gefolgert werden, dem Genehmigungserfordernis komme lediglich verwaltungsinterne Bedeutung zu.

Die Revision meint in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf § 44 Abs. 3 Nr. 4 VwVfG, verwaltungsrechtlich habe sich die Auffassung durchgesetzt, das Genehmigungserfordernis sei ein reines Verwaltungsinternum und

führe nicht zur Nichtigkeit eines genehmigungspflichtigen Verwaltungsaktes (so Kopp VwVfG 6. Aufl. § 44 Rz. 19, 59; ähnlich Waechter aaO Rz. 204). Diese Auffassung ist bereits für den Bereich des öffentlichen Rechts nicht unumstritten (vgl. Humpert, aaO S. 188 m.w.N.). Jedenfalls kommt dem Meinungsstreit im vorliegenden Zusammenhang keine wesentliche Bedeutung zu, weil nicht die Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes, sondern eines privatrechtlichen Vertrages in Frage steht. Selbst wenn man im Anwendungsbereich von § 44 VwVfG der Ansicht folgte, die fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigung führe nicht zur Nichtigkeit des zu genehmigenden Verwaltungsaktes, kann daraus nicht gefolgert werden, ein genehmigungsbedürftiges privatrechtliches Rechtsgeschäft sei ohne eine an sich erforderliche Genehmigung in vollem Umfang wirksam. Dabei blieben folgende wesentliche systematische Unterschiede zwischen dem Verwaltungsakt als einseitig hoheitlicher Maßnahme und einem Rechtsgeschäft außer acht:

Liegen die rechtlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Verwaltungsaktes nicht vor, so ist er ohne weiteres nichtig, wenn es sich entweder um einen offenkundigen, "besonders schwerwiegenden Fehler" im Sinne von § 44 Abs. 1 VwVfG (vgl. hierzu auch BGHZ 114, 315, 326 f) oder um einen der in § 44 Abs. 2 VwVfG ausdrücklich aufgeführten Fehler handelt. Alle anderen Mängel, insbesondere die in § 44 Abs. 3 VwVfG genannten, führen lediglich zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, der dann zwar zunächst wirksam ist, aber nach § 48 VwVfG von der Verwaltungsbehörde einseitig wieder aufgehoben oder nach § 42 VwGO mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann. Selbst wenn daher das Fehlen der erforderlichen Genehmigung nicht

zwangsläufig die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes bewirkt, so ist er aufgrund dieses Mangels doch jedenfalls rechtswidrig und kann nach § 48 VwVfG sogar noch nach Eintritt der Bestandskraft und - wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen - mit rückwirkender Kraft aufgehoben werden. Der Mangel der fehlenden Genehmigung eines Verwaltungsakts bleibt so auch dann nicht folgenlos, wenn dieser Fehler nicht zur Nichtigkeit führt. Aufgrund dieser Differenzierung zwischen Nichtigkeit bei besonders schwerwiegenden Fehlern und bloßer Rechtswidrigkeit, verbunden mit der Möglichkeit der Aufhebung bei sonstigen Mängeln, lassen sich die Rechtsfolgen einer fehlenden Genehmigung bei Verwaltungsakten nicht auf genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte übertragen.

Bei privatrechtlichen Rechtsgeschäften gibt es eine solche Wirksamkeit verbunden mit der Möglichkeit der Aufhebung durch eine Seite - unter Umständen nach einer entsprechenden Anordnung durch die Aufsichtsbehörde - nicht. Die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten, die ohne die erforderliche Genehmigung ergangen sind, legt es vielmehr nahe, auch im Bereich des Privatrechts das Fehlen erforderlicher öffentlich-rechtlicher Genehmigungen nicht ohne rechtliche Folgen für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bleiben zu lassen. Der Möglichkeit der nachträglichen Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte im Bereich des öffentlichen Rechts entspricht dann privatrechtlich die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bis zur endgültigen Entscheidung darüber, ob die Genehmigung erteilt wird oder nicht.

ee) Der Tatsache, daß die Kommunalverfassungen sämtlicher Bundesländer ausdrückliche Regelungen darüber enthalten, daß Geschäfte des bürgerlichen Rechts, soweit sie der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen, erst mit deren Erteilung wirksam werden (z.B. für Baden-Württemberg § 117 Abs. 1 GemO i.V.m. § 48 KrO; für Bayern Art. 117 Abs. 2 GemO und Art. 103 Abs. 2, 66 Abs. 2 LkrO), in der Kommunalverfassung der ehemaligen DDR dagegen eine solche ausdrückliche Regelung fehlte, kommt im Rahmen der Auslegung des § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf keine entscheidende Bedeutung zu. Daraus läßt sich entgegen der Auffassung der Revision nicht folgern, der Gesetzgeber der Kommunalverfassung habe bewußt entschieden, das Fehlen der Genehmigung solle ohne Einfluß auf die privatrechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts bleiben. Da deren Fehlen schon aufgrund der Entscheidung des Reichsgerichts vom 17. Januar 1920 (RGZ 98, 44, 47 f) auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach sich zieht und dies danach in den eingangs zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mehrfach bestätigt worden ist, spricht mehr für den Schluß, die schwebende Unwirksamkeit sei Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens und den Regelungen in den Kommunalverfassungen der Länder komme insoweit nur deklaratorische Bedeutung zu (in diesem Sinne auch Humpert aaO S. 188).

Daß die Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit bei Fehlen der erforderlichen behördlichen Genehmigung Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist, wird dadurch verdeutlicht, daß über den Bereich des Kommunalrechts hinaus diese Wirkungen auch dort anerkannt sind, wo es an

einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt (BGHZ 14, 1, 2; 23, 342, 344 und 37, 233, 235 jeweils für eine Genehmigung nach dem Wohnsiedlungsgesetz vom 22. September 1933, RGBl. I 659, in der Fassung vom 27. September 1938, RGBl. I 1246; BGH, Urt. v. 11. Februar 1972 - V ZR 186/70 - JZ 1972, 368 f für eine devisenrechtliche Genehmigung; v. 15. Oktober 1992 - IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 650 f m.w.N. für eine Genehmigung nach § 2 GrdstVG).

ff) Das Fehlen der nach § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf erforderlichen Genehmigung führte zunächst zur schwebenden Unwirksamkeit der Bürgschaftsverträge bis zu einer bestandskräftigen Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung. Wenn die Bürgschaftsverträge mittlerweile nicht mehr genehmigungsfähig sein sollten, weil der Bürgschaftsfall durch den Konkurs der Schuldnerin eingetreten ist und damit die Übernahme der Bürgschaft nicht mehr der Erfüllung von Aufgaben der Beklagten dient (§ 45 Abs. 2 Satz 1 KomVerf), wären die Verträge dadurch endgültig unwirksam geworden.

Belange des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit werden durch diese Rechtsfolge nicht in unzulässiger Weise berührt, weil sich die Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäftes hinreichend deutlich aus dem Gesetz ergibt. Ein Verstoß gegen den dem Recht der Stellvertretung zugrundeliegenden Abstraktionsgrundsatz ist darin ebenfalls nicht zu sehen. Dieser besagt für den Bereich der organschaftlichen Vertretung lediglich, daß der Umfang der Vertretungsmacht nicht davon abhängt, ob und inwieweit das Vertretungsorgan intern an die Willensbildung eines anderen Organs gebunden ist (BGH, Urt. v. 17. April 1997 - III ZR 98/96, DtZ 1997, 358). Um eine solche Bindung an die

interne Willensbildung geht es aber vorliegend nicht; die Vertretungsmacht des Landrats im Verhältnis zum Landkreis wird durch das Genehmigungserfordernis nicht beschränkt. Auch die Geschäftsfähigkeit des Landkreises wird durch das Genehmigungserfordernis nicht eingeschränkt; lediglich die Wirksamkeit eines bestimmten Rechtsgeschäftes hängt im öffentlichen Interesse - der Landkreis hat auch bei Abschluß von Bürgschaftsverträgen Belange des Allgemeinwohls zu beachten - von der Mitwirkung eines Dritten ab. Die Mitwirkung eines Dritten als Wirksamkeitsvoraussetzung eines Rechtsgeschäftes ist ein Umstand, der auch sonst dem Zivilrecht nicht fremd ist, wie dies der Regulationsgegenstand der §§ 182 bis 185 BGB verdeutlicht.

II.

Verschulden bei Vertragsverhandlungen

1. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt: Auf ein Verschulden des Beklagten bei Vertragsverhandlungen könne hier nur ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens, nicht aber ein solcher auf Erstattung des Erfüllungsinteresses gestützt werden. Anderenfalls werde auf einem solchen "Umweg" das gesetzliche Regelungsziel, die öffentlich-rechtliche Körperschaft vor einer ungenehmigten Verpflichtung zu schützen, vereitelt. Im vorliegenden Fall entspreche der Vertrauensschaden, dessen Ersatz die Klägerin verlange, ihrem Erfüllungsinteresse; ein solcher Anspruch sei ausgeschlossen.

2. Das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Auch wenn die Klägerin aus den beiden schwebend unwirksamen Bürgschaftsverträgen gegen die Beklagte derzeit keine vertraglichen Ansprüche herzuleiten vermag, kann sie doch dem Grunde nach die Zahlung von Schadenersatz verlangen, weil ihr von der Beklagten hervorgerufenen Vertrauen in die Wirksamkeit der Bürgschaftsverpflichtungen enttäuscht worden ist.

a) Das Berufungsgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, daß eine Haftung des beklagten Landkreises wegen eines Verschuldens bei Vertragsschluß dem Grunde nach in Betracht kommt. Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften unterliegen einer solchen Haftung für ein Fehlverhalten ihrer Organe (BGHZ 6, 330, 332 ff; BGH, Urt. v. 22. September 1960 - II ZR 40/59, WM 1960, 1210, 1212; v. 17. Mai 1974 - V ZR 158/72, MDR 1974, 918; BGHZ 92, 164, 175). Der Beklagte muß für das Fehlverhalten verhandlungsberechtigter Personen einstehen und kann auf Ersatz des Vertrauensinteresses in Anspruch genommen werden.

b) Die tatsächlichen Voraussetzungen für einen solchen Schadenersatzanspruch sind hier gegeben.

Der Beklagte, der die für ihn geltenden Beschränkungen im Privatrechtsverkehr mit Dritten besser kennen mußte als die Klägerin (so schon BGHZ 92, 164, 175 m.w.N. für die kommunalen Vertretungs- und Zuständigkeitsvorschriften), hat durch das Übersenden der unterzeichneten Bürgschaftserklärungen ohne ergänzenden Hinweis auf die noch fehlende Geneh-

migung bei der Klägerin das Vertrauen in eine wirksame Sicherung der von der Schuldnerin beantragten Darlehen geweckt. Obwohl ihm bekannt sein mußte, daß Bürgschaftsverträge nicht mehr als Geschäfte der laufenden Verwaltung anzusehen sind und deshalb dem Genehmigungsvorbehalt des § 45 Abs. 2 Satz 2 KomVerf unterfallen, hat er die Klägerin weder bei Übersendung der Bürgschaftsurkunden noch in der Folgezeit vor der Bewilligung und Ausreichung der Darlehen auf das weitere Erfordernis einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung hingewiesen. Dem Beklagten war aufgrund der auf der Rückseite der Bürgschaftserklärungen abgedruckten internen Anordnung des Verwaltungsrats der Klägerin bekannt, daß diese nach § 12 Abs. 2 der Anweisungen Darlehen zur Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen an Private nur dann gewähren darf, wenn sie durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder eines Kreditinstituts gesichert sind.

Der Beklagte hat bei der Klägerin zurechenbar das Vertrauen hervorgerufen, daß er sich wirksam für die von der Schuldnerin beantragten Darlehen verbürgt hat, ohne sie auf die noch fehlende Genehmigung hinzuweisen.

Da die Klägerin nach ihren internen, für sie bindenden Anordnungen Förderdarlehen an Private nur dann gewähren durfte, wenn diese durch eine Bürgschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder eines Kreditinstituts gesichert waren, hätte sie die Förderanträge der Schuldnerin nicht bewilligt, wenn sie gewußt hätte, daß eine wirksame Bürgschaft des Beklagten nicht vorlag; jedenfalls wäre es nicht zur Auszahlung der Darlehensvaluta ohne

entsprechende Besicherung gekommen. Der Beklagte hätte den Schaden auch noch dadurch verhindern können, daß er nach Übersendung der Bürgschaftsverträge die Klägerin auf das Fehlen der Genehmigung hingewiesen hätte; denn die Darlehensbeträge wurden erst mit ein- bis zweijähriger Verzögerung - zwischen dem 1. Juli 1992 und dem 9. Juni 1993 - an die Schuldnerin ausbezahlt.

c) Dem Anspruch der Klägerin auf Ersatz ihres erlittenen Vertrauensschadens steht nicht entgegen, daß dessen Höhe hier dem - nicht ersatzfähigen - positiven Interesse entspricht.

aa) Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage von dem Beklagten den Ersatz der Beträge, die sie an die Schuldnerin als Darlehen ausgezahlt hat und von dieser infolge der mittlerweile eingetretenen Zahlungsunfähigkeit nicht zurückerlangen kann. Dies stellt einerseits der Höhe nach das positive Interesse der Klägerin dar, weil der Beklagte im Falle einer wirksamen Verbürgung für die Darlehensverbindlichkeiten gerade zu einer solchen Zahlung verpflichtet gewesen wäre.

Der geltend gemachte Schaden entspricht im konkreten Fall gleichzeitig aber auch dem negativen Interesse, also dem Interesse der Klägerin daran, so gestellt zu werden, wie wenn sie nicht auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hätte.

bb) Allerdings ist die Haftung kommunaler Gebietskörperschaften durch den Rechtssatz begrenzt, daß die Kompetenzvorschriften öffentlich-rechtlicher Körperschaften Schutz vor rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen gewähren und vor den Bindungswirkungen unbedachter oder übereilter Verpflichtungserklärungen bewahren sollen. Rechtsgeschäftliche Bindungen aus Erklärungen eines nicht (allein)vertretungsberechtigten Organs lassen sich mit Hilfe der §§ 31, 89 BGB weder aus § 179 BGB noch aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß begründen (BGH, Urt. v. 22. September 1960 - II ZR 40/59, WM 1960, 1210, 1212; v. 22. Juni 1989 - III ZR 100/87, NVwZ 1990, 403, 406; v. 11. Juni 1992 - VII ZR 110/91, NJW-RR 1992, 1435, 1436). Darum geht es im vorliegenden Fall nicht.

Kompetenzregelungen vermögen die Körperschaft aber dann nicht von der Haftung zu befreien, wenn Organe bei rechtsgeschäftlicher Betätigung dem Geschäftspartner Schaden zufügen, wenn es also nicht gerade um die rechtsgeschäftliche Bindung an die Erklärung geht, sondern um einen Verstoß gegen die vorvertragliche Verhaltensordnung. Insoweit gilt für juristische Personen des öffentlichen Rechts nichts anderes als für solche des Privatrechts mit entsprechenden Beschränkungen der Befugnisse ihrer Organe; auch sie können sich der Haftung nicht durch Berufung auf Kompetenzvorschriften entziehen, wenn ihre Organe das Vertrauen, das zu ihrer Bestellung geführt hat, mißbrauchen. Deshalb stehen Zuständigkeitsbeschränkungen nicht der Geltendmachung von Schäden entgegen, die das Organ in amtlicher Eigenschaft unter Verletzung von Sorgfaltspflichten aus Sonderrechtsbeziehungen, wie etwa Verschulden bei Vertragsschluß, dem Geschäftspartner zufügt (vgl. für Be-

trugshandlungen BGH, Urt. v. 20. Februar 1979 - VI ZR 256/77, NJW 1980, 115, 116; v. 8. Juli 1986 - VI ZR 18/85, NJW 1986, 2939, 2940).

Der aufsichtsbehördliche Genehmigungsvorbehalt, der hier dem Wirksamwerden der Bürgschaft entgegensteht, dient nicht in erster Linie dem Schutz der sich verpflichtenden Körperschaft selbst, sondern vorrangig der vorbeugenden Staatsaufsicht (s. o. I 2 c bb). Dieser Zweck wirkt zwar auf die Rechtsgültigkeit des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts ein, kann und soll aber nicht die der Aufsicht unterstehende Körperschaft vor Haftungsfolgen bewahren, die sich aus pflichtwidrigen Handlungen ihrer Organe ergeben. Ein so weitgehender Eingriff in schutzwürdiges Vertrauen der Geschäftspartner wäre nicht zu rechtfertigen; auch die Sonderstellung juristischer Personen des öffentlichen Rechts trägt ihn nicht.

cc) Die Klägerin begehrt im Ergebnis den Ersatz des Vertrauensschadens, der ihr aus der Verletzung von Sorgfaltspflichten des Klägers im Rahmen der zwischen beiden Parteien bestehenden Sonderrechtsbeziehungen entstanden ist. Der Umstand, daß die Höhe des erlittenen Vertrauensschadens im Einzelfall dem Erfüllungsinteresse der Klägerin entspricht, rechtfertigt es für sich allein nicht, den Beklagten von einer Haftung völlig freizustellen. Entscheidend ist, daß der Grund für das Entstehenmüssen nicht die Bindung des Beklagten an seine rechtsgeschäftliche Erklärung ist, sondern die Verletzung von Sorgfaltspflichten aus der Sonderrechtsbeziehung mit der Klägerin: Unabhängig von einer vertraglichen Bindung wäre der Schaden vermieden worden, wenn auf den Genehmigungsvorbehalt der Aufsichtsbehörde hingewiesen wor-

den wäre. Der Schaden der Klägerin trat nicht durch den - schwebend unwirksamen - Abschluß der Bürgschaftsverträge, sondern erst mit der späteren Auszahlung der Darlehensbeträge ein.

Zwar hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem Urteil vom 20. Juni 1952 (BGHZ 6, 330, 333) beiläufig bemerkt, ein Ausschluß der Haftung einer Gemeinde beim Vertragsschluß sei insoweit gerechtfertigt, als der Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse für eine nicht in der vorgeschriebenen Form übernommene Verpflichtung gerichtet sei, "selbst wenn es in das Gewand des Vertragsschadens gekleidet ist (beispielsweise Erfüllung einer Bürgschaftsverpflichtung)". Jenes Urteil beruhte aber nicht auf der abgrenzenden Erläuterung, sondern sprach dem geschädigten Geschäftspartner im Ergebnis den Vertrauensschaden zu. Zudem verstieß die zum Ersatz verpflichtende Handlung der Gemeinde in jenem Fall gerade gegen die zu ihrer wirksamen Verpflichtung vorgeschriebene Form selbst, nicht aber - wie im vorliegenden Fall - gegen einen aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalt. Eine Abweichung im Sinne des § 132 Abs. 2 GVG liegt deshalb nicht vor.

3. Obwohl damit ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte dem Grunde nach feststeht, kann der Senat nicht in der Sache selbst entscheiden, weil zur Ermittlung der Höhe des der Klägerin zustehenden Anspruches noch weitere Feststellungen erforderlich sind. Das Berufungsgericht hatte - aus seiner Sicht zu Recht - keine Veranlassung, auf ein mögliches Mitverschulden der Klägerin im Rahmen des § 254 Abs. 1 BGB einzugehen.

Bei der Abwägung eines Mitverschuldensanteils der Klägerin wird einerseits zu bedenken sein, daß es primär Sache des Beklagten ist, die für ihn geltenden Kompetenzvorschriften und Genehmigungsvorbehalte zu kennen und zu beachten. Er ist als alleiniger Adressat der Genehmigung aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Genehmigung gefährden oder vereiteln könnte. Die Klägerin konnte auch grundsätzlich darauf vertrauen, daß sich der Beklagte rechtmäßig verhielt und Mitwirkungsrechte der für ihn zuständigen Aufsichtsbehörde nicht übergang.

Jedoch kann andererseits nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Klägerin nach ihren eigenen internen Anweisungen Darlehensanträge von Privatpersonen nur dann positiv beschieden werden durften, wenn eine wirksame Bürgschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (oder eines Kreditinstituts) vorlag. Wer selbst die Bewilligung von Darlehen von solchen Bürgschaften abhängig macht, ist im eigenen Interesse gehalten, sich mit den rechtlichen Voraussetzungen, unter denen die Körperschaften des öffentlichen Rechts Bürgschaften für Private übernehmen können, vertraut zu machen und deren Einhaltung im Einzelfall zu kontrollieren. In diesem Zusammenhang gewinnt auch der Umstand an Bedeutung, daß die Klägerin zwar nicht formell von Amts wegen am Genehmigungsverfahren beteiligt war, weil Adressatin der Genehmigung allein der Beklagte war und der Klägerin ein subjektives Recht auf Erteilung gegen die Genehmigungsbehörde nicht zustand; sie hätte aber auf ihren Antrag hin nach § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG - der nach Art. 8 des Einigungsvertrages mit Anlage I Kapitel II Sachgebiet B Abschnitt III Nr. 1 Buchst a (BGBl. II S. 889) bis zum 31. Dezember 1992 in Sachsen-Anhalt unmittelbar

galt - an dem Verfahren beteiligt werden können, weil dessen Ausgang für sie rechtsgestaltende Wirkung hatte. Auf diese Weise hätte die Klägerin vom Ausgang eines Genehmigungsverfahrens Kenntnis erlangen können.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer