

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 175/63

URTEIL

Verkündet am

22. Juni 1966
Hirth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt F [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
ihren Magistrat, dieser gesetzlich vertreten durch den
Oberbürgermeister,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Willy K [REDACTED] in F [REDACTED],
K [REDACTED] weg [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juni 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 11. Juli 1963 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber eines Erbbaurechts, das grundbuchlich mit 40 000 DM Teilgrundschuld der Beklagten belastet ist. Die Grundschuld war 1953, in ursprünglicher Höhe von 150 000 DM, vom Erbbaurechtsgänger K. des Klägers zugunsten eines Herrn P. bestellt, von P. in Teilhöhe von 50 000 DM an den Architekten K. und von diesem 1956 nach Aufteilung in zwei weitere Teilgrundschulden, die hier umstrittene von 40 000 DM und eine inzwischen gelöschte von 10 000 DM, an die Beklagte als Steuergläubigerin K. abgetreten worden. Der Kläger hat die Steuerschulden K. von 46 931,50 DM bis auf 1 931,50 DM in Raten an die Beklagte bezahlt.

Die Parteien stritten darüber, ob die Beklagte dem Kläger gegenüber zur Abtretung oder Umschreibung der Grundschuld von 40 000 DM auf ihn oder zu ihrer Löschung verpflichtet sei. Der Kläger bejaht eine solche Pflicht Zug um Zug gegen die bloße Tilgung jener restlichen Steuerschuld von 1 931,50 DM. Die Beklagte verneint sie vor Tilgung auch der angeblich über diese persönliche Schuld hinausgehenden "Valutierung" des dinglichen Rechts; sie bezifferte die Restvaluta zunächst mit rund 15 000 DM und zuletzt mit 17 315 DM. Der Streit hängt zusammen mit Meinungsverschiedenheiten der Parteien darüber, ob und in welchem Umfang Forderungen einmal zwischen der Beklagten und ihrem Zedenten K. und des weiteren zwischen Köster und dem Grundschuldbesteller Knierim bestanden und bestehen.

Zu einem Teilbetrag von 22 685 DM hat die Beklagte während des Rechtsstreits die Löschung der Grundschuld bewilligt.

Während Abtretungs- und Umschreibungsklage rechtskräftig abgewiesen wurden, hat das Berufungsgericht auf den zweitinstanzlichen Hilfsklagantrag die Beklagte verurteilt, Zug um Zug gegen Zahlung jener 1 931,50 DM die Löschung der Grundschuld über die bewilligten 22 685 DM hinaus zu bewilligen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung auch dieses Klagbegehrens weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.



Entscheidungsgründe:

Das Oberlandesgericht bejaht eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger, gegen Zahlung von seinerzeit restlich 9 431,50 DM, wovon inzwischen 7 500 DM bezahlt sind, unter Verzicht auf einen Teil der sich aus den Grundschulden von 40 000 DM und 10 000 DM für sie ergebenden Rechte, insbesondere auf die Grundschuldzinsen, eine Löschungsbewilligung im Sinn des zuerkannten Hilfsantrags zu erteilen. Es sieht diese Pflicht begründet im Schreiben des Magistrats - Rechnungs - Steuerverwaltung der Beklagten vom 24. Mai 1960 an den Rechtsbeistand des Klägers, Rechtsanwalt Dr. R., in Verbindung mit dem Antwortschreiben der Hausverwaltung des Klägers vom 31. Mai 1960 (Bl. 47, 48 der Korrespondenzsammlung des Klägers). Zwar sei Anstoß zu der vorprozessualen Korrespondenz die vom Kläger angeschnittene Frage gewesen, unter welchen Bedingungen die Beklagte der Aufhebung des damals hinsichtlich des Erbbaurechts anhängigen Zwangsverwaltungsverfahrens zustimmen werde. Aber das genannte Schreiben der Beklagten vom 24. Mai 1960 sei die Antwort auf eine Anfrage des Klägers vom 4. Mai 1960; dieses Schreiben befasse sich keineswegs mehr mit der Frage nach den Bedingungen des Einverständnisses der Beklagten zur Aufhebung des Zwangsverwaltungsverfahrens, sondern vielmehr mit der Frage der Ablösung der Grundschulden schlechthin; im Antwortschreiben der Beklagten vom 24. Mai 1960 heiße es wörtlich:

"Zur vollständigen Ablösung der Grundschulden sind noch Restzahlungen in Höhe von 9 431,50 DM erforderlich. Wenn uns Herr K. schriftlich bestätigt, daß er den noch offenen genannten Rest in weiteren Monatsraten von 2 500 DM ab-

abtragen wird, werden wir anschließend in die Löschung der Teilgrundschuld über 40 000 DM einwilligen und den entsprechenden Teilgrundschuldbrief herausgeben. Hinsichtlich der Teilgrundschuld von 10 000 DM wären wir dann außerdem mit einem Rangrücktritt hinter eine Grundschuld der H [REDACTED] L [REDACTED]-Bausparkasse H [REDACTED] einverstanden."

Die Beklagte habe nachträglich mit ihrem Schreiben vom 15. Juni 1960 von ihrem Angebot vom 24. Mai 1960 zwar abrücken wollen, aber wegen seiner zwischenzeitlichen Annahme nicht mehr abrücken können; ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum sei nicht dargetan. Jene Vereinbarung sei auch nicht durch nachträgliche anderweitige Abreden aufgehoben worden.

Die Revisionsangriffe hiergegen sind begründet.

I.

Mit Recht vermißt die Revision die Prüfung, ob der Unterzeichner des Schreibens vom 24. Mai 1960 zur Vertretung der Beklagten legitimiert war.

Rechtlich maßgebend ist § 71 Abs. 2 Satz 2 der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) in der Fassung vom 25. Februar 1952 (GVBl S. 11). Danach sind Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, in der Regel nur rechtsverbindlich, wenn sie von zwei Personen, nämlich dem Bürgermeister oder seinem allgemeinen Vertreter sowie von einem weiteren Mitglied des Magistrats handschriftlich unterzeichnet und mit dem Dienstsiegel versehen sind. Ausnahmsweise gilt das nicht für Geschäfte der laufenden Verwaltung,

die für die Gemeinde von nicht erheblicher Bedeutung sind, sowie für Erklärungen, die ein für das Geschäft oder für den Kreis von Geschäften ausdrücklich Beauftragter abgibt, wenn die Vollmacht in der oben genannten strengen Form erteilt wurde.

Tatsächlich trägt das Schreiben vom 24. Mai 1960 nur eine einzige Unterschrift, und zwar die des Obermagistratsrats F[REDACTED]; es ist auch nicht mit Siegel versehen. Daß Obermagistratsrat F[REDACTED] eine einschlägige Geschäftskreis- oder Einzelvollmacht in jener qualifizierten Form (zwei Unterschriften, darunter die des Bürgermeisters, und Siegel) erteilt worden wäre, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Das von der Revisionsantwort geltend gemachte Einverständnis des Stadtkämmerers Dr. K[REDACTED] konnte trotz seiner Eigenschaft als Beigeordneter und daher Magistratsmitglied (§§ 45, 65 HGO) jene formalisierte Vollmacht nicht ersetzen, abgesehen davon, daß ein solches Einverständnis gerade mit dem inhaltlich aus der allgemeinen Richtung der sonstigen Korrespondenz herausragenden Schreiben vom 24. Mai 1960 nicht ohne weiteres zu unterstellen ist. Das Schreiben konnte also nur dann eine Verbindlichkeit der Beklagten begründen, wenn es inhaltlich zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehörte, die für die beklagte Stadt von nicht erheblicher Bedeutung waren.

Ob diese Voraussetzung vorliegt, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Hierin liegt ein Rechtsverstoß, auf den die Revision auch angesichts der §§ 549, 562 ZPO deshalb gestützt werden kann, weil der Tatrichter die genannte Vorschrift des § 71 Abs. 2 HGO überhaupt nicht auf ihre Anwendbarkeit untersucht hat (vgl. Senatsurteil BGHZ 40, 197, 201; insoweit liegt der Fall anders als der in BGHZ 21, 214, 216/8 entschiedene).

Dabei spielt es keine Rolle, daß die Beklagte in den Tatsacheninstanzen auf Legitimationsbedenken nur in unbestimmter Art und in Bezug auf andere in den Verhandlungen mit dem Kläger tätig gewordene Bedienstete abgehoben hat; denn die Vertretungsmacht des für eine juristische Person Handelnden gehört zur rechtsbegründenden Norm und daher im vorliegenden Fall zur Behauptungs- und Beweislast des Klägers, nicht der Beklagten.

Ob ein Geschäft der laufenden Verwaltung von nicht erheblicher Bedeutung vorliegt, kann auch nicht im derzeitigen Revisionsrechtszug entschieden werden. Denn die Antwort auf diese Frage ist im wesentlichen tatrichterlicher Natur. Sie hängt ab von der jeweiligen Geschäftslage der Gemeinde, von Größe, Art und Häufigkeit des Geschäfts (vgl. dazu Muntzke/Schlempp, Kommentar zur HGO mit Handbuch des Gemeinderechts, Band 1 S. 779 ff), wobei das gleiche Geschäft bei der einen Gemeinde noch zur laufenden Verwaltung im genannten Sinn gehören kann, bei einer anderen dagegen nicht mehr (vgl. zur Vorkaufsrechtsausübung die Senatsurteile BGHZ 32, 375 sowie vom 25. Oktober 1961, V ZR 61/60). Die Begründung der Pflicht, eine noch in irgend einem Umfang valutierte Grundschuld aufzugeben, liegt bei einer Stadt von der Größe und Bedeutung der Beklagten zwar keineswegs von vornherein außerhalb des Kreises der laufenden Geschäfte von nicht erheblicher Bedeutung. Ob sie aber im Einzelfall noch dazu gehört, hängt von den jeweiligen tatsächlichen Umständen (Häufigkeit, Valutierungshöhe u.a.) ab. Hierüber bedarf es gegebenenfalls (vgl. unten II) tatrichterlicher Feststellungen.

Diese erübrigen sich entgegen der Meinung der Revisionsantwort auch nicht deshalb, weil die Bemängelung der Unterzeichner-Legitimation arglistig wäre (§ 242 BGB). Daß der Stadtkämmerer den Schriftwechsel mit dem Kläger überwiegend selbst geführt hat, spricht eher gegen als für die Annahme, daß er die Beantwortung des vorangegangenen Schreibens mit dem umstrittenen Schreiben des Obermagistratsrats F. vom 24. Mai 1960, jedenfalls im Sinn der Übernahme einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung (unten II), billigte oder daß der Kläger doch wenigstens hierauf vertrauen durfte. Dagegen könnte auch sprechen, daß der Stadtkämmerer in dem darauf folgenden, von ihm selbst unterzeichneten Schreiben der Beklagten vom 15. Juni 1960 (Sammlung aaO Bl. 50) vom Inhalt des Schreibens vom 24. Mai 1960 deutlich abgerückt ist.

II.

Hiernach war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zu weiterer tatrichterlicher Prüfung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Kommt der Tatrichter zur Bejahung der Legitimation des Obermagistratsrats Fisch für das genannte Schreiben, so wird er einerseits die sonstigen von der Beklagten gegen das damalige Zustandekommen einer Lösungsvereinbarung oder ihre Fortdauer vorgebrachten Bedenken erneut zu prüfen haben (rechtsgeschäftlicher Wille der Beklagten zum Vertragsangebot im damaligen Zeitpunkt, Vorbehaltlosigkeit der Angebotsannahme durch den Kläger; spätere Aufhebungsvereinbarung). Andererseits bleibt dann, wenn für den damaligen Zeitpunkt (Sommer 1960) eine wirksam gewordene und gebliebene Lösungsvereinbarung verneint wird, die ganz andere Frage zu prüfen, ob eine rechtsgeschäftliche Löschungspflicht im noch rechts-

hängigen Umfang nicht schon in einem Zeitpunkt vor dem Mai 1960 durch die Gesamtheit des vorangegangenen Schriftwechsels begründet worden ist, sowie ob gegenüber einer solchen grundlegenden Vereinbarung das Herüber und Hinüber des nachfolgenden Schriftwechsels nur die Erörterung der technischen Durchführung und keine Aufhebung jener Grundvereinbarung darstellt: War im Zeitpunkt des Grundschulderwerbs der Beklagten von Köster (1956) eine Zahlung auf die Grundschuld(en) noch nicht erfolgt, so ist die Beklagte damals im Außenverhältnis zum Kläger Gläubigerin der beiden Grundschulden nebst Zinsen in voller Höhe geworden und konnte daher die Grundschulden aufheben ("löschen", §§ 1183, 1192 BGB) und sich dazu verpflichten ohne Rücksicht darauf, ob dies im Einklang stand mit etwaigen Verpflichtungen, die sie aus ihrem Innenverhältnis gegenüber Köster haben mochte. Ein Motiv für eine teilweise Aufhebung konnte sein, daß die Beklagte im Kläger einen zahlungsfähigen Schuldner bekam. Ein wesentliches Interesse des Klägers ging für die Beklagte erkennbar von vornherein über die Aufhebung der Zwangsverwaltung hinaus auch dahin, den Umfang seiner Geldleistungen überhaupt zu begrenzen, so daß er weitere Zahlungen weder an die Beklagte noch an ihren Zedenten K[REDACTED] würde erbringen müssen.

Unter diesen Gesichtspunkten kann sich fragen, ob dem im Schreiben der Beklagten vom 24. Januar 1958 aufgestellten Erfordernis der "selbstschuldnerischen Haftung" des Klägers dadurch genügt worden ist, daß der Kläger in der Folgezeit diese Zahlungen zum größten Teil durchgeführt hat; erwägbare dazu, daß in der Aufnahme der Zahlungen eine stillschweigende Bürgschaftserklärung im geforderten Umfang gesehen werden könnte, die dann, wenn sie auf seiten des Klägers ein Handelsgeschäft gewesen sein sollte, formlos möglich war (§ 350 in Verb. mit § 343 HGB) und andernfalls ihre Formnichtigkeit (§ 766 Satz 1

BGB) durch Erfüllung in einem solch überwiegenden Umfang verloren hat (§ 766 Satz 2 BGB), daß eine Berufung auf den noch ausstehenden Rest (rund 2 000 von rund 47 000 DM) gegen Treu und Glauben verstoßen könnte (§ 242 BGB). Sollte hier- nach eine Grundschuldauhebungspflicht der Beklagten gegen- über dem Kläger zustandegekommen sein, so wurde sie durch spätere Vereinbarungen der Beklagten mit K. ("Voll-an- die-Hand-geben" Anfang 1961) nicht beseitigt. Voraussetzung für das Zustandekommen einer solchen Verpflichtung der Be- klagten ist allerdings auch hier, daß die für die Beklagte handelnde Person zu ihrer Vertretung legitimiert war; das ist im Hinblick auf § 71 Abs. 2 HGO auch dann nicht von vornherein ohne weiteres zu bejahen, wenn dies, wie bei der Korrespondenz der Anfangszeit regelmäßig, der Stadtkämmerer selbst war (vgl. BGH Urteil vom 4. April 1966, VIII ZR 102/64, WM 1966, 621); sollte es auch hier am Charakter eines nicht bedeutenden Geschäfts der laufenden Verwaltung oder an einer einschlägigen formalisierten Vollmacht fehlen, so käme aller- dings bei der Person des Stadtkämmerers eine Haftung der Beklagten kraft Duldungsvollmacht in Betracht (BGH Urteil vom 21. April 1950, II ZR 328/53, JZ 1955, 452), sowie unter

Umständen der Arglisteinwand aus § 242 BGB dann, wenn das materielle Einverständnis des zuständigen Gemeindeorgans (Gemeindevertretung) vorgelegen und es nur an der Vollmachtsform gefehlt haben sollte (BGHZ 21, 59, 64/66).

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Dr. Grell