BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZR 266/14

vom

18. März 2016

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GO BY Art. 38 Abs. 1

Bei dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts wird angefragt, ob dieser daran festhält, dass eine bayerische Gemeinde durch ihren ersten Bürgermeister nur dann wirksam vertreten wird, wenn die nach der gemeindeinternen Kompetenzverteilung für die Rechtshandlung erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats erfolgt ist.

BGH, Beschluss vom 18. März 2016 - V ZR 266/14 - OLG Nürnberg
LG Ansbach

ECLI:DE:BGH:2016:180316BVZR266.14.0

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 2016 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Brückner, den Richter Dr. Göbel und die Richterin Haberkamp

beschlossen:

1. Bei dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts wird angefragt, ob dieser daran festhält, dass eine bayerische Gemeinde durch ihren ersten Bürgermeister nur dann wirksam vertreten wird, wenn die nach der gemeindeinternen Kompetenzverteilung für die Rechtshandlung erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats erfolgt ist.

2. Der Wert des Streitgegenstands wird für die Revisionsinstanz auf 25.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1 Die Klägerin ist eine Große Kreisstadt in Bayern. Im Zuge der Verlegung zweier Bundesstraßen erwarb die beklagte Bundesrepublik Deutschland von einem Dritten im Jahr 1986 ein Grundstück, an dem eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Gestalt eines Rohrleitungsrechts zugunsten der Klägerin bestand. Ausweislich der Bestellungsurkunde war die Klägerin verpflichtet, im

Falle einer Wegmessung nicht betroffener Grundstücksteile die Pfandfreigabe zu erklären.

2 Aus Neuvermessungen ging unter anderem ein Grundstück hervor, auf dem eine durch die Dienstbarkeit gesicherte Rohrleitungstrasse der Klägerin die Bundesstraße B 2 unterquert (Flurstück Nr. 2394/1). Am 30. April 1997 erklärte der damalige Oberbürgermeister der Klägerin als deren Vertreter gegenüber einem Notar unter anderem für dieses Grundstück die Pfandfreigabe. Daraufhin wurde das Rohrleitungsrecht im Grundbuch gelöscht. Als die Leitung im Jahr 2009 wegen Baumaßnahmen der Beklagten tiefer gelegt werden sollte, wurde die fehlende dingliche Sicherung der auf dem Flurstück Nr. 2394/1 verlaufenden Leitung bemerkt.

3 Die auf Wiedereintragung der Grunddienstbarkeit gerichtete Klage der Gemeinde hat das Landgericht abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht ihr stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

II.

4 Gemäß § 11 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG) i.d.F. vom 5. Dezember 2012 ist eine Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes nur zulässig, wenn der Senat, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, auf die zu begründende Anfrage des erkennenden Senats erklärt hat, dass er an seiner Rechtsauffassung festhält. In-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

folgedessen ist zunächst die aus dem Tenor ersichtliche Anfrage an den Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts zu richten.

5 1. Nach Ansicht des erkennenden Senats stützt das Berufungsgericht den Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB zu Unrecht darauf, dass die durch den Oberbürgermeister erklärte Pfandfreigabe die Klägerin in Ermangelung des hierfür erforderlichen Gemeinderatsbeschlusses nicht nach Art. 38 Abs. 1 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (BayGO) binde und das Rohrleitungsrecht infolgedessen fortbestehe. Daher möchte der Senat die Entscheidung aufheben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweisen.

6 2. Daran sieht er sich aber gehindert, weil er von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abwiche.

7 a) Nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 8. Dezember 1959 (3 AZR 348/56, juris Rn. 25) kann aus Art. 38 Abs. 1 BayGO nicht geschlossen werden, dass dem ersten Bürgermeister - der in einer Großen Kreisstadt wie der Klägerin gemäß Art. 34 Abs. 1 Satz 2 BayGO die Amtsbezeichnung Oberbürgermeister führt - unabhängig von seiner Zuständigkeit im internen Bereich eine die Gemeinde bindende Vertretungsmacht nach außen eingeräumt wird. Daher binde eine durch den ersten Bürgermeister erklärte Kündigung eines leitenden Angestellten die Gemeinde nur dann, wenn der erste Bürgermeister auf Grund eines Gemeinderatsbeschlusses, eines Beschlusses eines sonst zuständigen Ausschusses oder im Rahmen seiner eigenen Zuständigkeit gehandelt habe. Dagegen hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsfrage für das bayerische Kommunalrecht bislang offen gelassen (Urteil vom 20. Februar 1979 - VI ZR 256/77, NJW 1980, 115; Beschluss vom 25. April 2006 - 1 StR 539/05,

wistra 2006, 306; Urteil vom 11. Juni 1992 - VII ZR 110/91, NJW-RR 1992, 1435 f. zu Art. 35 Abs. 1 BayLKrO).

8 b) Eine entstehende Divergenz gäbe Anlass zu einer Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Die Vorlagepflicht erstreckt sich nämlich auf Entscheidungen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes am 1. Juli 1968 ergangen (GmSOGB, BVerwGE 39, 355, 360; Pietzner in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Anh. zu § 11 Rn. 10 [Stand Oktober 2015]; MüKoZPO/Zimmermann, 4. Aufl., Vorbem. zu §§ 123 ff. GVG Rn. 6; aA BFHE 165, 569, 576) und nicht als überholt anzusehen sind (vgl. dazu BVerwGE 66, 359, 360).

9 c) Die vorgeschaltete Anfrage ist gemäß § 11 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 RsprEinhG an den Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts zu richten. Denn die Entscheidung des Dritten Senats, von der abgewichen werden soll (BAG, Urteil vom 8. Dezember 1959 - 3 AZR 348/56, juris), betraf im Schwerpunkt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Chefarztes als leitendem Angestellten. Hierfür wäre nunmehr der Zweite Senat zuständig (Ziff. B. 2.1 des GVP 2016). Zudem ist der Zweite Senat der Rechtsauffassung des Dritten Senats hinsichtlich der gleichlautenden Bestimmung des Art. 35 Abs. 1 der Landkreisordnung für den Freistaat Bayern beigetreten (Urteil vom 18. Oktober 1990 - 2 AZR 157/90, juris Rn. 24 - obiter dictum).

10 3. Die Rechtsfrage ist entscheidungserheblich.

11 a) Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass der Oberbürgermeister der Klägerin nach der gemeindeinternen Zuständigkeitsverteilung nicht befugt war, die Pfandfreigabe zu erklären.

12 aa) Die Befugnis ergibt sich nicht aus Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO.

13 (1) Nach dieser Bestimmung erledigt der erste Bürgermeister in eigener Zuständigkeit die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung erfasst dies nur solche Geschäfte der laufenden Verwaltung, die in mehr oder weniger gleichmäßiger Wiederkehr vorkommen und nach Größe, Umfang der Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der beteiligten Gemeinde von sachlich weniger erheblicher Bedeutung sind (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 2008 - II ZR 158/06, BGHZ 178, 192 Rn. 32; BGH, Urteil vom 4. Dezember 2003 - III ZR 30/02, BGHZ 157, 168, 174; BGH, Urteil vom 20. September 1984 - III ZR 47/83, BGHZ 92, 164, 173; BGH, Urteil vom 16. November 1978 - III ZR 81/77, NJW 1980, 117).

14 (2) Hiernach ist die Pfandfreigabe keine laufende Angelegenheit. Bezogen auf das Flurstück 2394/1 bestand keine Verpflichtung zur Aufgabe des Rohrleitungsrechts, das die gemeindliche Wasserversorgung absicherte und aus diesem Grund erhebliche finanzielle Bedeutung hatte. Infolgedessen fehlt es schon an der „mehr oder weniger gleichmäßigen Wiederkehr“ oder - mit anderen Worten - dem Routinecharakter der Angelegenheit. Dass der Oberbürgermeister irrtümlich davon ausging, die Leitung verlaufe nicht auf dem Flurstück 2394/1, begründet seine Zuständigkeit nicht.

15 bb) Auch eine Eigenentscheidungsbefugnis, die sich aus § 10 Abs. 2 Unterabs. 5 der Geschäftsordnung des Stadtrats der Klägerin ableitet, verneint das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler. Danach „fallen unter die laufenden Angelegenheiten die Entscheidung über den Erwerb, Veräußerung oder Verpfändung von Vermögensgegenständen (insbesondere von Grundstücken) bis zu einem Wert von 30.000 DM (...)". Eine „Veräußerung" in diesem Sinne umfasst lediglich entgeltliche Verträge und deren Vollzug, nicht aber die Aufgabe eines dinglichen Rechts in vermeintlicher Erfüllung einer tatsächlich nicht bestehenden Rechtspflicht.

16 b) Die Pfandfreigabe ist nicht gemäß § 134 BGB nichtig. Zwar stellt Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO, wonach die Gemeinde Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern darf, ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB dar (vgl. Senat, Urteil vom 12. Juli 2013 - V ZR 122/12, NJW 2013, 3779 Rn. 15). Die Pfandfreigabe ist aber - wie ausgeführt - keine Veräußerung. Die Nichtigkeit ergibt sich auch nicht aus dem in Art. 75 Abs. 3 Satz 1 BayGO enthaltenen Verbot, wonach die Verschenkung und die unentgeltliche Überlassung von Gemeindevermögen unzulässig sind. Eine Schenkung liegt schon deshalb nicht vor, weil es an der hierfür gemäß § 516 Abs. 1 BGB erforderlichen Einigung über eine unentgeltliche Zuwendung fehlt. Aber auch die unentgeltliche Überlassung von Gemeindevermögen, zu der unter anderem einseitige Rechtsakte zählen sollen (BayObLGZ 1983, 85, 89 f.), setzt voraus, dass sich die Gemeinde der Unentgeltlichkeit bewusst ist (vgl. BayObLGZ 1995, 225, 226 f.). Irrtumsfälle wie der vorliegende werden nicht erfasst, sondern können nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts sowie Bereicherungsansprüche zur Folge haben.

17 c) Mit der Frage, ob die von der Klägerin am 6. Mai 2010 erklärte Anfechtung der Pfandfreigabe einen Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB begründet, hat sich das Berufungsgericht bislang nicht befasst und insbesondere keine Feststellungen zu der von dem Landgericht verneinten Einhaltung der Frist des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB getroffen. Da die Anfechtung jedenfalls nicht durch Zeitablauf ausgeschlossen war (Art. 229 § 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 4 EGBGB, § 121 Abs. 2 a.F., § 121 Abs. 2 n.F. BGB), wäre dies nachzuholen.

III.

18 Nach Auffassung des erkennenden Senats wird dem ersten Bürgermeister durch Art. 38 Abs. 1 BayGO eine umfassende Vertretungsmacht im Außenverhältnis eingeräumt.

19 1. Für das Kommunalrecht anderer Bundesländer entspricht es ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die organschaftliche Vertretungsmacht des Bürgermeisters (bzw. des Landrats) im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt ist. Die Gemeinde wird durch seine Erklärungen grundsätzlich auch dann verpflichtet, wenn es an einem erforderlichen Beschluss der Gemeindevertretung fehlt (Senat, Urteil vom 20. April 1966 - V ZR 50/65, MDR 1966, 669: Baden-Württemberg; BGH, Urteil vom 16. November 1978 - III ZR 81/77, NJW 1980, 117, 118: Rheinland-Pfalz; BGH, Urteil vom 20. September 1984 - III ZR 47/83, BGHZ 92, 164, 169 f.: Nordrhein-Westfalen; BGH, Urteil vom 6. März 1986 - VII ZR 235/94, BGHZ 97, 224, 226: Saarland; BGH, Urteil vom 17. April 1997 - III ZR 98/96, VersR 1998, 118; BGH, Urteil vom 4. November 1997 - VI ZR 348/96, BGHZ 137, 89, 93 f.: DDR-Kommunalverfassung). Dies orientiert sich an der im Kommunalrecht anerkann-

ten strikten Unterscheidung zwischen interner Willensbildung und externer Vertretungsbefugnis (BGH, Urteil vom 17. April 1997 - III ZR 98/96, VersR 1998, 118 mwN) und an der herrschenden Meinung für die Vertretung juristischer Personen des Zivilrechts durch ihre Organe (BGH, Urteil vom 20. Februar 1979 - VI ZR 256/77, NJW 1980, 115). Von einer unbeschränkten Vertretungsmacht des Bürgermeisters geht auch das Bundesarbeitsgericht für die Länder Baden-Württemberg (BAGE 47, 179, 184 f.) und Sachsen (NJW 2002, 1287, 1289) aus.

20 2. Ob diese Erwägungen auf das bayerische Kommunalrecht übertragbar sind, ist umstritten.

21 a) In ständiger Rechtsprechung verneinen die bayerischen Gerichte - wie das Berufungsgericht - eine unbeschränkte Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters (vgl. BayObLGZ 1952, 271 ff.; 1971, 252, 256; 1974, 81, 84; 1974, 374, 376; 1986, 112; 1997, 37, 41; BayObLG, BayVBl. 1973, 131, 313; 1974, 706; 1998, 122; BayVerfGH 25, 27, 43; BayVGH, BayVBl. 2012, 177 Rn. 30; 2012, 341; OLG München, MittBayNot 2009, 222 f.; 2012, 248 ff.; Beschluss vom 18. Juni 2010 - 34 Wx 65/10, juris Rn. 7; Beschluss vom 28. Januar 2013 - 34 Wx 390/12, juris Rn. 9; offen gelassen durch BayObLG, BayVBl. 1999, 473). Art. 38 Abs. 1 BayGO begründe lediglich dessen Vertretungsrecht, nicht aber seine Vertretungsmacht. Letztere ergebe sich aus Art. 37 BayGO, sofern das Rechtsgeschäft unter den dort genannten Voraussetzungen in seinen eigenen Zuständigkeitsbereich falle. Soweit dagegen der Gemeinderat als willensbildendes Organ der Gemeinde zu entscheiden habe (Art. 29 BayGO), werde die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters erst durch einen entsprechenden Gemeinderats- oder Ausschussbeschluss begründet (vgl. nur BayObLGZ 1974, 81, 84; BayObLG, BayVBl. 1974, 706). Insoweit sei der erste

Bürgermeister bloßes Vollzugsorgan (Art. 36 Abs. 1 BayGO). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu anderen Bundesländern sei wegen der Eigenständigkeit des jeweiligen Gemeinderechts nicht auf Bayern zu übertragen. Die jahrzehntelang dauernde tatsächliche Übung und in Bayern herrschende Meinung könne sich nicht nur auf das Gesetz, sondern auch auf die Gesetzesmaterialien und das Herkommen stützen (vgl. nur BayObLGZ 1986, 112, 114 f.; 1997, 37, 41). Entgegen dieser internen Zuständigkeitsverteilung vorgenommene zivilrechtliche Rechtsgeschäfte seien nach §§ 177 ff. BGB schwebend unwirksam (BayVGH, BayVBl. 2012, 177 Rn. 30 mwN.).

22 Dieser Ansicht folgen Teile der Rechtsliteratur (Masson, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Art. 38 BayGO Anm. 2; Steiner in Berg/Knemeyer/Papier/Steiner, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl., S. 137, 145; Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 29 BayGO Rn. 25 [Stand Dezember 2014] und Art. 38 BayGO Rn. 3 [Stand November 2013]; Demharter, GBO, 29. Aufl., § 19 Rn. 85; Schaub in Bauer/v. Oefele, GBO, 3. Aufl., AT VII Rn. 327 ff.; Wachsmuth in Schulz/Wachsmuth/Zwick, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Art. 38 BayGO Anm. 2.2 [Stand Juni 2013], anders allerdings Art. 36 BayGO Anm. 3.5 [Stand Mai 2015]; Boley, BayBgm 1953, 244 f. und 267; Wegmann, BayKommP 1997, 313, 316).

23 b) In weiten Teilen der Rechtsliteratur wird die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters dagegen im Grundsatz als unbeschränkt angesehen (Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 38 BayGO Erl. 2.1 [Stand Oktober 2013]; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 38 GO Anm. 1.1 [Stand März 2015]; Bauer/Böhle/Ecker,

Bayerische Kommunalgesetze, Art. 38 BayGO Rn. 3 [Stand Juli 2015]; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, Rn. 257 Fn. 86; Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl., Rn. 369 und 433; Lange, Kommunalrecht, 2013, Kap. 8 Rn. 166 ff.; Lissack, Bayerisches Kommunalrecht, 3. Aufl., § 4 Rn. 36; Becker in: Becker/Heckmann/Kempen/Mansen, Öffentliches Recht in Bayern, 6. Aufl., Rn. 166; Burgi, Kommunalrecht, 3. Aufl., S. 173 f.; Schoch/Röhl, Kommunalrecht in: Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Rn. 147 Fn. 448; Berroth, Die Vertretung der Gemeinde nach außen, 1964, S. 71 f.; Fritz, Vertrauensschutz im Privatrechtsverkehr mit Gemeinden, 1983, S. 63 f.; Karstendiek, Vertretungsmängel bei öffentlichen Auftraggebern, 1990, S. 63 ff.; Habermehl, DÖV 1987, 144, 147 Fn. 23; Reuter, DtZ 1997, 15, 16; Brötel, NJW 1998, 1676, 1679 ff.).

24 3. Nach Ansicht des Senats sprechen die besseren Argumente für die zweite Auffassung. Richtig ist zwar, dass durch Auslegung der die Vertretung regelnden Normen zu ermitteln ist, ob Beschränkungen Außenwirkung haben. Die Regelungen der bayerischen Gemeindeordnung weisen aber keine Besonderheiten auf, die eine von der Rechtslage in den anderen Bundesländern abweichende Reichweite der Vertretungsmacht des Bürgermeisters rechtfertigen könnten.

25 a) Unter der Überschrift „Verpflichtungsgeschäfte; Vertretung der Gemeinde nach außen“ regelt Art. 38 Abs. 1 BayGO, dass der erste Bürgermeister die Gemeinde nach außen vertritt. Nur dieser (und nicht der Gemeinderat) kann für die Gemeinde nach außen handeln. Aus dem Wortlaut der Norm ergeben sich keine Einschränkungen der Vertretungsbefugnis. Danach begründet sie im Zweifel nicht nur ein formelles Vertretungsrecht, sondern eine unbeschränkte organschaftliche Vertretungsmacht (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1977

- II ZR 236/75, MDR 1978, 388 f.) oder - mit anderen Worten - die materielle Befugnis zur Betätigung des betreffenden Geschäfts im Außenverhältnis.

26 b) Die systematische Auslegung ergibt nichts Gegenteiliges. Die Vorschriften der bayerischen Gemeindeordnung, die die Zuständigkeit von Gemeinderat und erstem Bürgermeister abgrenzen (Art. 29, 30 Abs. 2, Art. 36, 37 BayGO), regeln lediglich die gemeindeinterne Kompetenzverteilung. Insbesondere trifft Art. 36 Satz 1 BayGO, wonach der erste Bürgermeister die Beschlüsse des Gemeinderats vollzieht, keine Aussage über die in Art. 38 Abs. 1 BayGO eigenständig geregelte Vertretung der Gemeinde nach außen. Der Bestimmung lässt sich auch nicht entnehmen, dass der erste Bürgermeister „bloßes Vollzugsorgan“ ist. In Art. 29 BayGO wird er wie der Gemeinderat ausdrücklich als Hauptorgan bezeichnet. Als grundsätzlich gleichgewichtiges Hauptorgan neben dem Gemeinderat hat er einen eigenen, in Art. 37 BayGO positiv definierten Aufgabenbereich (Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 38 BayGO Erl. 2.1 [Stand Mai 2006]; Bauer/Böhle/Ecker, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 29 BayGO Rn. 1 [Stand Juli 2015]; Gönnenwein, Gemeinderecht, 1963, S. 320 f.; ähnlich Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 29 BayGO Rn. 21 [Stand Dezember 2014]).

27 c) Der Entstehungsgeschichte der bayerischen Gemeindeordnung lässt sich ein auf eine Beschränkung der Vertretungsmacht gerichteter Wille des Gesetzgebers nicht entnehmen.

28 aa) Eine ausdrückliche Stellungnahme hierzu findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht. Soweit in dem Regierungsentwurf zu Art. 39 Abs. 1 (entspricht Art. 38 Abs. 1 BayGO) ausgeführt wird, die Vertretung der Gemeinde im

Rechtsverkehr sei herkömmlich Sache des ersten Bürgermeisters, der allerdings den betreffenden Gemeinderats- oder Ausschussbeschluss dem Vertragspartner der Gemeinde oder dem beurkundenden Notar auf Verlangen nachzuweisen habe (Regierungsentwurf, Landtagsdrucksachen 1951/152 Beilage 1140, S. 35), ist dies unergiebig (aA BayObLGZ 1952, 271, 274). Denn der Entwurf erfuhr im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens noch umfangreiche Änderungen, durch die die Stellung des ersten Bürgermeisters gegenüber dem Gemeinderat deutlich gestärkt wurde. So wird der erste Bürgermeister in allen Gemeinden vom Volk gewählt (Art. 17 BayGO), während der Regierungsentwurf eine direkte Wahl nur in Gemeinden bis zu 20.000 Einwohnern und für größere Gemeinden die Wahl durch den Gemeinderat vorgesehen hatte (Art. 17 Abs. 1, Art. 35 Abs. 1 Satz 2). Art. 29 BayGO, wonach der Gemeinderat die Gemeinde verwaltet, soweit nicht der erste Bürgermeister selbständig entscheidet, erhielt die Überschrift „Hauptorgane“ (vgl. Sitzungsprotokoll der 60. Sitzung des Landtags vom 19. Dezember 1951, S. 1083, 1085). In Art. 30 Abs. 2 BayGO wurde die Passage eingefügt, wonach der Gemeinderat (nur) „im Rahmen des Art. 29“ über alle Angelegenheiten bestimmt, für die nicht beratende Ausschüsse bestellt sind (Sitzungsprotokoll der 60. Sitzung des Landtags vom 19. Dezember 1951, S. 1085). Dieser Einschub nimmt die in Art. 37 BayGO festgelegten selbständigen Befugnisse des ersten Bürgermeisters ausdrücklich vom Aufgabenbereich des Gemeinderates aus (Masson, aaO, Art. 30 BayGO Anm. 3; Hölzl/Rollwagen, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Art. 30 Anm. 2). Schließlich wurde dem Gemeinderat auf Einwendung des Bayerischen Senats die ursprünglich in Art. 38 Abs. 2 Sätzen 2 und 3 des Entwurfs vorgesehene Möglichkeit genommen, den von dem ersten Bürgermeister getätigten dringlichen Anordnungen und unaufschiebbaren Geschäften vorbehaltlich entstandener Rechte Dritter die Genehmigung zu versagen (vgl. Protokoll der Plenarsitzung des Bayerischen Senats vom 11. Januar 1952, Anlage 5, S. 7

und Sitzungsprotokoll der 66. Sitzung des Landtags vom 18. Januar 1952, S. 1305 f., 1310).

29 bb) Demgegenüber spricht der Vergleich mit den in dem Regierungsentwurf nicht erwähnten Vorgängerregelungen in den Gemeindeordnungen vom 17. Oktober 1927 (GVBl. S. 293) und vom 18. Dezember 1945 (GVBl. 1946 S. 225) eher für eine nunmehr unbeschränkte Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters im Außenverhältnis (Fritz, Vertrauensschutz im Privatrechtsverkehr mit Gemeinden, 1983, S. 64; aA BayObLGZ 1952, 271, 274). In diesen Vorgängerregelungen kam die außerhalb der Eigenentscheidungsbefugnis bestehende Abhängigkeit der Vertretungsmacht von der internen Willensbildung im Gesetzeswortlaut nämlich noch deutlich zum Ausdruck. Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 3 BayGO 1927 vollzog der erste Bürgermeister die Beschlüsse des Gemeinderats und vertrat „hierbei" den Gemeinderat (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 BayGO 1945: die Gemeinde) nach außen. Deshalb wurde ein solcher Beschluss als Voraussetzung der Vertretungsmacht angesehen (vgl. Stöhsel/Stenger, Die neue bayerische Gemeindegesetzgebung, 1929, Art. 17 BayGO Anm. 5; Woerner, Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung vom 17. Oktober 1927, 1931, Art. 17 BayGO Anm. 11). Diese Einschränkung findet sich in der nunmehr geltenden Fassung des Art. 38 Abs. 1 BayGO gerade nicht mehr.

30 d) Signifikante Unterschiede zu dem Kommunalrecht der anderen Bundesländer, die nur in Bayern die Annahme einer beschränkten Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters im Außenverhältnis erlauben könnten, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil entspricht die dualistische Struktur der bayerischen Kommunalverfassung derjenigen der baden-württembergischen Gemeindeordnung. Dieses Konzept der süddeutschen Kommunalverfassung ist in Abwandlungen inzwischen in den meisten Bundesländern übernommen worden

(näher Wolff/Bachhof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., § 97 Rn. 7; Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 12. Aufl., Rn. 292). Auch der baden-württembergische Gemeinderat ist gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 GO BW Hauptorgan der Gemeinde. Gleichwohl ist die Vertretungsmacht des Bürgermeisters gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 GO BW unbeschränkt (vgl. Senat, Urteil vom 20. April 1966 - V ZR 50/65, MDR 1966, 669 sowie BAGE 47, 179 ff. zu § 37 Abs. 1 Satz 2 LKrO BW). Selbst für das frühere nordrhein-westfälische Kommunalverfassungsrecht, das eine Allzuständigkeit des Gemeinderats (§ 28 GO NRW a.F.) und eine entsprechend schwächere Stellung des Gemeindedirektors vorsah, war die umfassende Außenvertretungsmacht des Gemeindedirektors anerkannt (eingehend OLG Köln, DVBl. 1960, 816, 817 f. mit Anm. Roemer; BGH, Urteil vom 20. September 1984 - III ZR 47/83, BGHZ 92, 164, 169 zu §§ 28, 55 GO NRW i.d.F. von 1969).

31 e) Entscheidend für die Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BayGO als Einräumung einer umfassenden Vertretungsmacht im Außenverhältnis spricht - wie in den anderen Bundesländern auch - das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und angemessenem Verkehrsschutz (vgl. BGH, Urteil vom 17. April 1997 - III ZR 98/96, VersR 1998, 118; U. Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 207: sinnvolles Ordnungsprinzip).

32 aa) Der Erklärungsempfänger - in der Regel der Bürger - muss sich auf die Vertretungsbefugnis des für die Gemeinde nach außen handelnden Organs verlassen können. Demgegenüber bleibt es der Gemeinde unbenommen, gegen ihr pflichtwidrig handelndes Organ beamtenrechtliche Sanktionen zu verhängen bzw. Schadensersatzforderungen geltend zu machen. Es erscheint unangemessen, das Risiko fehlerhaften Organhandelns dem Erklärungsempfänger aufzubürden, der die Vorgänge bei der internen Willensbildung als außen-

stehender Dritter in aller Regel nicht erkennen kann. Insbesondere wird ein ausreichender Schutz nicht dadurch gewährleistet, dass er von der für die Gemeinde handelnden Person den Nachweis ihrer Befugnis zur Vornahme des betreffenden Geschäfts verlangen kann (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1977 - II ZR 236/75, MDR 1978, 388; aA BayObLGZ 1952, 271, 274; 1974, 374, 376; 1986, 112, 115 mwN.). Dabei verbleiben nämlich erhebliche Ungewissheiten. Wird dem Erklärungsempfänger die Ausfertigung eines Gemeinderatsbeschlusses vorgelegt (vgl. Art. 54 BayGO), müsste er überprüfen, ob dieser wirksam ist und das konkrete Rechtsgeschäft umfasst. Hat der Gemeinderat keinen Beschluss gefasst, kann eine schwierige Abgrenzung der gemeindeinternen Zuständigkeiten erforderlich sein, insbesondere im Hinblick auf die oft zweifelhafte Einordnung einer Rechtshandlung als Geschäft der laufenden Verwaltung (vgl. hierzu etwa BayObLGZ 1974, 374, 377). Dies ist umso problematischer, als sich die Gemeinde im Falle einer Fehleinschätzung unter Umständen noch Jahrzehnte später auf eine fehlende Vertretungsbefugnis des für sie handelnden Bürgermeisters berufen kann (vgl. z.B. BayObLG, MittBayNot 1997, 120 ff.).

33 bb) Vor denselben praktischen Schwierigkeiten und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit stehen nach der bislang in Bayern herrschenden Meinung die dortigen Grundbuchämter. Sie dürfen Eintragungen in das Grundbuch nur dann vornehmen, wenn die Vertretungsbefugnis des ersten Bürgermeisters in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Dementsprechend betrifft ein großer Teil der oben unter III. 2 a) zitierten Entscheidungen der bayerischen Gerichte die Frage, ob dieser Nachweis als erbracht anzusehen ist oder nicht (vgl. nur aus jüngerer Zeit OLG München, MittBayNot 2009, 222 f.; 2012, 248 ff.; Beschluss vom 18. Juni 2010 - 34 Wx 65/10, juris; Beschluss vom 28. Januar 2013 - 34 Wx 390/12, juris). Den Grundbuchämtern wird in diesem

Zusammenhang ggf. die Auslegung von Gemeinderatsbeschlüssen abverlangt (vgl. z.B. OLG München, MittBayNot 2012, 248 ff.); sie haben strenge Anforderungen an die Beweisführung zu stellen und die Eintragung im Zweifel abzulehnen (BayObIGZ 1974, 374, 376 ff.). Nach der von dem Senat befürworteten Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BayGO ist dieser Nachweis entbehrlich; es ist nicht Aufgabe der Grundbuchämter, die Einhaltung der gemeindlichen Zuständigkeitsordnung zu überwachen.

34 f) Schließlich kann den Überlegungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts, wonach die von den bayerischen Gerichten seit 1952 vorgenommene Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BayGO zu der Entstehung von Gewohnheitsrecht geführt haben könnte (BayObLGZ 1986, 112, 115), nicht beigetreten werden. Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird (vgl. nur Senat, Urteil vom 21. November 2008 - V ZR 35/08, NJW-RR 2009, 311 Rn. 12; BVerfGE 122, 248, 269). Diese Voraussetzungen liegen schon deshalb nicht vor, weil der Bundesgerichtshof die Frage bereits 1966 für die sehr ähnlich gelagerte baden-württembergische Gemeindeordnung anders entschieden und dies im Jahr 1979 für Bayern ausdrücklich offen gelassen hat; zudem wurden in der Rechts-

35 literatur schon frühzeitig Bedenken im Hinblick auf den Verkehrsschutz erhoben (vgl. z.B. Walz in Peters, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 1. Aufl. [1956] Bd. I, S. 235, 266 f.).

Stresemann Schmidt-Räntsch Brückner

Göbel Haberkamp

Vorinstanzen:

LG Ansbach, Entscheidung vom 16.08.2013 - 2 O 1474/11 Öff -
OLG Nürnberg, Entscheidung vom 28.10.2014 - 4 U 1900/13 -