



Gemeindeprüfungsanstalt
Baden-Württemberg

GPA-Mitteilung Bau 1/2018

Az.: 600.531

24.01.2018

Schriftlichkeit und Bevollmächtigung bei zivilrechtlichen Verträgen im Bauwesen ¹

Vorbemerkung

Aus zivilrechtlicher Sicht sind Bauverträge, Architekten-/Ingenieurverträge nicht formbedürftig, sie könnten also auch mündlich geschlossen werden. Ein Schriftformerfordernis ergibt sich aber kommunalrechtlich aus § 54 Abs. 1 GemO, weil diese Verträge schuldrechtliche Verpflichtungserklärungen darstellen.

Nur soweit die Verträge im - weniger häufigen - Einzelfall als ein „Geschäft der laufenden Verwaltung“ im Sinne von § 44 Abs. 2 GemO zu qualifizieren sind, sind sie nach § 54 Abs. 4 GemO auch kommunalrechtlich prinzipiell formfrei. **Ungeachtet dessen empfiehlt die GPA, aus Gründen der Rechtssicherheit und aus Transparenz- und Beweissicherungsgründen, Verträge im Bauwesen generell schriftlich abzufassen.**

¹ Die GPA-Mitteilung Bau 1/1996 ist überholt und wird durch diese Mitteilung ersetzt.

Geschäft der laufenden Verwaltung

- (1) Geschäfte der laufenden Verwaltung erledigt der Bürgermeister gem. § 44 Abs. 2 Satz 1 GemO in eigener Zuständigkeit. Bei dem Begriff „Geschäft der laufenden Verwaltung“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der durch eine allgemein anerkannte Umschreibung in der Rechtsprechung und Literatur zwar näher definiert, tatbestandsseitig aber gleichwohl noch auslegungsbedürftig ist.

- (2) VwV GemO zu § 44 (auszugsweise zitiert):

„Der Begriff der laufenden Verwaltung ist im Gesetz nicht näher definiert. Zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehören die Angelegenheiten, die für die Gemeinde weder nach der wirtschaftlichen noch nach der grundsätzlichen Seite von wesentlicher Bedeutung sind und die mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehren.“

Abgestellt wird ferner darauf, ob die Bedeutung der Angelegenheit über den Einzelfall hinausgeht und deshalb einer besonderen Beurteilung bedarf und ob die Angelegenheit nach feststehenden Verwaltungsregeln erledigt wird.

Die VwV weiter: *„Ob ein Geschäft in einer bestimmten Gemeinde danach zur laufenden Verwaltung gehört, muss je nach der Größe, der Struktur, der Finanzkraft und der Verwaltungsintensität der Gemeinde beurteilt werden.“*

- (3) Die **finanziellen Auswirkungen auf den Kommunalhaushalt** sind also weder abstrakt noch konkret-individuell alleiniger Maßstab für die Frage, ob ein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt. Regelungen in einer Hauptsatzung (sog. „Wertgrenzen“) können diesen Aspekt zwar konkretisieren (also definieren was finanziell von minderer Bedeutung für die Kommune ist), der Gemeinderat hat aber keine Kompetenz, per Hauptsatzung insgesamt zu definieren, was ein Geschäft der laufenden Verwaltung ist. Es ist also immer eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Bei Zweifeln, ob eine Angelegenheit ein Geschäft der laufenden Verwaltung ist, hat die zugunsten des Gemeinderats bestehende Zuständigkeitsvermutung Vorrang.

Die Mustersatzung des Gemeindetags und viele Hauptsatzungen vermeiden eine Festlegung dazu, was finanziell von geringer Bedeutung ist.

§ 11 Mustersatzung - Zuständigkeiten

(PdK Baden-Württemberg Gemeindeordnung für Baden-Württemberg BWMuster001 § 11 Zuständigkeiten, beck-online)

„(1) Der Bürgermeister/Oberbürgermeister leitet die Gemeinde-/Stadtverwaltung und vertritt die Gemeinde/Stadt. Er ist für die sachgemäße Erledigung der Aufgaben und den ordnungsgemäßen Gang der Verwaltung verantwortlich und regelt die innere Organisation der Gemeinde-/Stadtverwaltung. **Der Bürgermeister/Oberbürgermeister erledigt in eigener Zuständigkeit die Geschäfte der laufenden Verwaltung** und die ihm sonst durch Gesetz oder den Gemeinderat übertragenen Aufgaben.

...

(2) Dem Bürgermeister/Oberbürgermeister werden folgende Aufgaben zur Erledigung dauernd übertragen, **soweit es sich nicht bereits um Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt:**“ Es folgt die Aufzählung der Aufgaben, i.d.R. mit Betragsobergrenzen.

Beispiel aus einer Hauptsatzung einer großen Kreisstadt um 50.000 Einwohner:

„Zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehören alle Angelegenheiten, die mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehren, soweit sie weder nach der wirtschaftlichen noch nach der grundsätzlichen Seite von wesentlicher Bedeutung sind. Dem Oberbürgermeister werden folgende Aufgaben zur Erledigung dauernd übertragen, soweit es sich nicht bereits um Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt:

- a) Vollzug des Haushaltsplans einschl. Vergabe von Arbeiten und Lieferungen bis zur Höhe von 100.000 EUR im Einzelfall.
- b) Bewilligung von überplanmäßigen und außerplanmäßigen Ausgaben bis zu 30.000 EUR im Einzelfall.“

Eine solche Regelung definiert den vom Gemeinderat „**übertragenen Aufgabenbereich**“ gem. § 44 Abs. 2 Sätze 1, 2 GemO, der begriffslogisch die bereits per Gesetz dem Bürgermeister zugewiesenen Aufgaben der laufenden Verwaltung nicht erfassen kann (sondern sozusagen erst danach anfängt) und nach oben durch die Zuständigkeit des Gemeinderats und seiner Ausschüsse begrenzt ist. Die hier genannten „Wertgrenzen“ haben also für die finanzielle Dimension eines Geschäfts der laufenden Verwaltung keine unmittelbare Relevanz. Immerhin wird aber deutlich, dass man sich bei den o.g. Beträgen bereits weit jenseits der für die Stadt finanziellen Relevanz eines Geschäfts der laufenden Verwaltung bewegt.

- (4) Angelegenheiten, die - auch und insbesondere vor dem Hintergrund der Größe und Struktur einer Kommune - **von der Sache her für die Kommune von wesentlicher Bedeutung** sind, sind kein Geschäft der laufenden Verwaltung. Auch die Verwaltungsintensität bzw. die Verwaltungskraft einer Kommune spielt insoweit eine Rolle, wie auch die Tatsache, ob Geschäfte nach feststehenden Tarifen und Ordnungen der Kommune abgeschlossen werden müssen.
- (5) Das Kriterium „**wiederkehrende Häufigkeit**“ darf nicht zu streng angewandt werden; es genügt „eine mehr oder weniger häufige“ Wiederkehr des Geschäftstyps. Dies gilt für alle im täglichen Geschäftsverkehr abzuschließenden Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk- und Dienstverträge.
- (6) **Beispiele / Rechtsprechung**

(6.1) **Architekten-/Ingenieurverträge**

OLG Braunschweig, Urteil vom 30.06.2016, 8 U 97/15: In ibr-online wird dieses Urteil u.a. wie folgt zusammengefasst: „1. Die Erteilung eines Planungsauftrags mit einem Auftragsvolumen von über 16.000 EUR ist bei einer Gemeinde mit ca. 50.000 Einwohnern kein (formfreies) Geschäft der laufenden Verwaltung.“

Das Gericht stellt in seiner Entscheidung allerdings nur zum Teil auf den reinen Eurobetrag ab, sondern auch auf das Projekt als solches bzw. seine Risiken. Dies sei kein Betrag - so das OLG - für ein mehr oder weniger regelmäßig wiederkehrendes Rechtsgeschäft. Außerdem sei ein möglicher Schaden zu berücksichtigen, der sich aus statischen Fehlberechnungen ergeben könnte.

LG Stuttgart, Urteil v. 27.05.1981, 15 O 11/81, NVwZ 1982, 57: Der Entscheidung liegt ein mündlicher Auftrag des Oberbürgermeisters zur Erstellung eines (weiteren) Bebauungsplanentwurfs zugrunde, zum Pauschalbetrag von 12.500 DM. Die Stadt hatte knapp mehr als 20.000 Einwohner.

Das Gericht führt aus: „Der Kreis der Geschäfte der laufenden Verwaltung ... lässt sich nicht ein für allemal zahlen- und katalogmäßig umschreiben. Mehr oder weniger erhebliche Abweichungen ergeben sich zwangsläufig aus der Natur der Sache nicht nur nach der Größe

und Bedeutung der beteiligten Gemeinde, sondern auch aus dem Wechsel der Zeitumstände.“

Im Weiteren erwähnt das Gericht zwar, dass die Beauftragung mit nicht unerheblichen Kosten verbunden war, begründet aber dann die Tatsache, dass kein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliege, maßgeblich mit der Bedeutung und Singularität der Sache: „Die Beauftragung des Kl. mit der Erstellung eines alternativen Bebauungsplanentwurfs ... kann von der Häufigkeit her nicht als zu den normalerweise anfallenden Geschäften einer Gemeinde in der Größe und Struktur der Bekl. gerechnet werden. Die Vergabe eines Auftrags zur Erstellung eines weiteren Bebauungsplanentwurfs noch vor Erledigung des ersten Auftrags muss als ein außergewöhnliches, selten vorkommendes Geschäft gewertet werden. Auch die sachliche Bedeutung des Geschäfts, nämlich die kommunalpolitische, planerische Ausrichtung, stehen der Eingruppierung in ein Geschäft der laufenden Verwaltung entgegen.“ Für das Gericht ist dabei von besonderer Bedeutung, dass der erste Auftrag an den Planer vom Technischen Ausschuss des Gemeinderats beschlossen wurde, also offensichtlich nicht als Geschäft der laufenden Verwaltung angesehen wurde. Das müsse dann auch für den weiteren Auftrag zum selben Gegenstand gelten.

Interessant ist aber auch der Hinweis auf den **Wechsel der Zeitumstände**. Bei älteren Entscheidungen (das Urteil des LG Stuttgart ist immerhin über 35 Jahre alt) kann man die damals in Rede stehenden Kosten heute nicht ohne die allgemeine Preissteigerung und die zurückliegenden Baukostensteigerungen betrachten. Der damalige Betrag entspricht heute mindestens einem Eurobetrag in derselben Größenordnung.

Stadt Goslar (rd. 40.000 EW) ¹: Festlegung des Bereichs der Geschäfte der laufenden Verwaltung gemäß Ratsbeschluss vom 26.02.2002 und 1. Änderung vom 02.11.2010

„Zu den Geschäften der laufenden Verwaltung zählen solche, die nicht von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung sind und deshalb eine besondere Beurteilung erfordern, sondern mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehren, nach feststehenden Verwaltungsregeln erledigt werden und für die Gemeinde sachlich und finanziell nicht von erheblicher Bedeutung sind. Dazu gehören insbesondere: ...

¹ https://www.goslar.de/images/pdf/satzungen/2010-11-02_festlegung_des_bereichs_der_geschaefte.pdf

Rechtsgeschäfte, bei denen im Einzelfall folgende Wertgrenzen nicht überschritten werden:

...

9.2 Wertgrenze 25.000,00 €

9.2.1 Vergabe von Baubetreuungs-, Architekten-, Ingenieur- und Gutachterleistungen;“

Aus der **Hauptsatzung eines Landkreises** in Baden-Württemberg (März 2007)

Zuständigkeiten des Landrats

(1) ...

(2) Der Landrat erledigt in eigener Zuständigkeit die Geschäfte der laufenden Verwaltung, die Weisungsaufgaben, die ihm sonst durch Gesetz sowie vom Kreistag übertragenen Aufgaben, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. ...

(4) Geschäfte der laufenden Verwaltung sind insbesondere ¹

...

4. die Entscheidung über die Ausführung von Bauvorhaben und die Genehmigung der Bauunterlagen sowie die Anerkennung der Schlussabrechnung, wenn die Gesamtkosten 75.000 € im Einzelfall nicht übersteigen,

5. der Vollzug des Haushaltsplanes einschließlich der Vergabe von Aufträgen, bei Aufträgen an Architekten und Ingenieure bis zu honorarfähigen Baukosten von 75.000 € im Einzelfall, und bei Aufträgen bis zu einer Vergabesumme von 75.000 € im Einzelfall. Die Wertgrenze bezieht sich auf den einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang.

(6.2) **Bauverträge**

ibr-online 1994, 183, Praxishinweis RA Dr. Reineke, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht: Geschäfte der laufenden Verwaltung unterliegen nicht den ... Formvorschriften; **größere** Bauaufträge fallen nicht darunter.

ibr-online Kommentar Bauvertragsrecht, Kniffka zu § 631: „Ob Bauaufträge und Nachträge für ... Bauvorhaben ... zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehören, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass **gewöhnliche kleinere Bauaufträge** zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehören.“

¹ Diese Regelung ersetzt - wie unter Nr. (3) dargestellt - nicht die Einzelfallbetrachtung, sondern definiert die finanzielle Seite der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Frage, ob ein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt.

Das ist jedoch anders, wenn sie den Gemeindehaushalt besonders belasten oder sonst eine grundsätzliche Bedeutung haben. ... Auch Nachträge, die gemessen am Gemeindehaushalt herausragende Bedeutung haben, können deshalb im Einzelfall nicht mehr laufende Geschäfte der Verwaltung sein, wie z.B. ein Nachtrag wegen unvorhergesehener Bodenverhältnisse ... über 50.000 Euro durch den Bürgermeister einer 5.000-Seelen Gemeinde.“

BGH, Urteil v. 11.06.1992, VII ZR 110/91, IBRRS 1992, 0003

Die kommunalrechtlichen Formvorschriften gelten auch für die Annahme von Nachtragsangeboten. Ausgangslage in dem entschiedenen Fall war ein Baubeschluss eines Kreistags zum Ausbau einer Kreisstraße für rund 2,6 Mio. DM. Die Nachtragsangebote hatten einen Umfang von rund 65.000 DM. Der Bundesgerichtshof hat den Begriff „laufende Verwaltung“ unter Hinweis auf den (finanziellen) Umfang als offensichtlich nicht gegeben betrachtet und hierbei auf die Geschäftsordnung des Landkreises abgestellt, die für den Landrat eine Zuständigkeits-Wertgrenze von 15.000 DM für Vertragsangelegenheiten vorgesehen hat.

Aus einer aktuellen Hauptsatzung eines Landkreises in Baden-Württemberg stammt folgender Ausschnitt:

„Die Entscheidung über die Ausführung von Bauvorhaben und die Genehmigung der Bauunterlagen bei voraussichtlichen Gesamtkosten im Einzelfall

- a) bis 500.000 EUR - Landrat -
- b) bis 2.000.000 EUR - Ausschuss“

Diese Satzungsregelung beinhaltet selbstverständlich den übertragenen Aufgabenbereich, d.h. dass der Betrag, bei dem von „finanziell minderer Bedeutung“ gesprochen werden kann, deutlich unter 500.000 EUR liegen wird. Er dürfte heute aber auch in dem bayerischen Landkreis, zu dem die o.g. Gerichtsentscheidung erging, deutlich höher liegen, als dies 1992 mit 15.000 DM der Fall war.

(7) **Fazit**

Der Abschluss eines Architekten-/Ingenieurvertrags oder der eines Bauvertrags ist nur dann ein Geschäft der laufenden Verwaltung, wenn die eingegangenen Verpflichtungen in ihren finanziellen / wirtschaftlichen Auswirkungen für die Kommune von nicht wesentlicher Bedeutung sind. Sofern in Hauptsatzungen hierzu Wertgrenzen definiert werden, geben sie eine

Orientierung dafür, was in der jeweiligen Kommune / dem Landkreis als finanziell von untergeordneter Bedeutung angesehen werden kann.

Auch bei geringen Beträgen liegt aber gleichwohl kein Geschäft der laufenden Verwaltung vor, wenn die Projektierung oder Ausführung eines Bauvorhabens für die Kommune von wesentlicher sachlicher (kommunalpolitischer) Bedeutung ist oder die Maßnahme und ihre vertragliche Umsetzung singulären Charakter hat, d.h. ein Geschäft darstellt, das sich nicht mehr oder weniger häufig wiederholt. Damit ist letztlich immer - auch dann, wenn Wertgrenzen bestimmt sein sollten - eine auf die jeweilige Kommune bezogene Einzelfallentscheidung zu treffen.

Bei entsprechender finanzieller Leistungsfähigkeit und Verwaltungskraft einer Kommune kann nach Auffassung der GPA auch die Größenordnung (bzw. Unterschreitung) des jeweils unteren Tafelwerts der HOAI ein Indikator für ein Geschäft der laufenden Verwaltung sein. In sachlicher Hinsicht dürfte es sich bei den Geschäften der laufenden Verwaltung häufig um kleinere, einzelne Unterhaltungsmaßnahmen handeln.

Der Abruf von Bedarfspositionen und der Abschluss von Nachtragsvereinbarungen sind ein im Zusammenhang mit der eigentlichen Maßnahme stehender Vorgang und damit hinsichtlich ihrer finanziellen Dimension im Gesamtzusammenhang mit der Baumaßnahme zu sehen. Sie bilden in aller Regel kein eigenständiges Geschäft der laufenden Verwaltung.

Honorarvereinbarung

§ 7 Abs. 1 HOAI 2013:

„Das Honorar richtet sich nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen.“

Die (gesonderte) Vereinbarung eines Honorars und der Abschluss des Architektenvertrages (im Übrigen) werden rechtlich unterschieden. Die Honorarvereinbarung ist ein rechtlich selbständiger Teil der Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Eine wirksame Honorarvereinbarung setzt immer voraus, dass überhaupt ein Architektenvertrag zustande gekommen

ist und dass die Honorarvereinbarung schriftlich und bei Auftragserteilung getroffen wurde, unabhängig davon, ob der Architektenvertrag ein Geschäft der laufenden Verwaltung darstellt oder nicht. Mit dem Wort "Auftragserteilung" ist der eigentliche Abschluss des (mündlichen oder schriftlichen) Architektenvertrages gemeint (übereinstimmende Willenserklärung).

ibr-online Kommentar HOAI 2009, Steeger/Fahrenbruch zu § 7:

Die Vereinbarung ist spätestens zu dem Zeitpunkt schriftlich niederzulegen, zu dem im Übrigen Einigkeit über alle weiteren Vertragspflichten aus dem Architektenvertrag erzielt wurde. Eine später getroffene Honorarvereinbarung kann keine Wirksamkeit mehr erlangen (es ist nach Mindestsätzen abzurechnen).

Es gilt die Schriftform nach § 126 BGB. Ausreichend ist, wenn der Architektenvertrag schriftlich (nach § 126 BGB) abgeschlossen wird und die Honorarvereinbarung in dem Architektenvertrag enthalten ist.

§ 126 BGB Schriftform

„(1) Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.

(2) Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

(3) Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

(4) Die schriftliche Form wird durch die notarielle Beurkundung ersetzt.“

Die Formvorschrift des § 7 Abs. 1 HOAI 2013 ist eine gesetzliche Formvorschrift, die nicht rückwirkend geheilt werden kann. Fehlt es also an einem schriftlichen Architektenvertrag nach § 54 GemO und an einer schriftlichen Honorarvereinbarung, kann nur der Architektenvertrag durch nachträgliche Genehmigung des zuständigen Organs geheilt werden (s. dazu später), die Honorarvereinbarung nicht. Diese lag damit - rückwirkend betrachtet - nicht bei Auftragserteilung vor (s. Steeger/Fahrenbruch a.a.O.).

§ 7 Abs. 5 HOAI 2013:

„Sofern nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist, wird unwiderleglich vermutet, dass die jeweiligen Mindestsätze gemäß Absatz 1 vereinbart sind.“

Diese Bestimmung der HOAI ist insbesondere dann von Relevanz, wenn keine wirksame Honorarvereinbarung vorliegt (auch solche, die ggf. zu spät erstellt worden sind). Diese gesetzliche Fiktion erstreckt sich auf die Grundleistungen (§ 1 HOAI). Bei besonderen Leistungen gilt die „Übliche Vergütung“ (§ 632 BGB).

Kommunalrechtliches Schriftformerfordernis bei Verpflichtungserklärungen des Bürgermeisters

Der Bürgermeister vertritt gem. § 42 Abs. 1 Satz 2 GemO die Gemeinde im Außenverhältnis. Er tut dies kraft Gesetzes umfassend und wirksam, unabhängig davon, ob er im Innenverhältnis (zum Gemeinderat) dazu befugt war. Rechtsgeschäftliche Erklärungen des Bürgermeisters sind daher auch dann für die Gemeinde verbindlich, wenn sie der kommunalverfassungsrechtlichen, internen Aufgabenverteilung (in einer Hauptsatzung) oder der internen Willensbildung (GR-Beschlüsse) widersprechen (Aker, Hafner, Notheis GemO Kommentar, Rdnr. 9 zu § 42, Rdnr. 20 zu § 44; Brandenburgisches OLG, Urteil v. 23.06.2011, 12 U 22/11; BGH, Beschluss vom 18.03.2016, V ZR 266/14).

Soweit es sich nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt, ist auch die kommunalrechtliche Formvorschrift in § 54 Abs. 1 GemO eine weitere Vorgabe zur rechtswirksamen Vertretung der Kommune. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (z.B. BGH, Urteil v. 20.01.1994 – VII ZR 174/92) handelt es sich bei den kommunalrechtlichen Formvorschriften um materielle Einschränkungen der Vertretungsmacht.

Dem trägt auch die (alte) VwV zu § 54 GemO Rechnung:

„Bei privatrechtlichen Rechtsgeschäften hat § 54 aus Gründen der Kompetenzen des Landesgesetzgebers ... nur die Bedeutung von Regelungen über die Vertretungsmacht zur rechtswirksamen Vertretung der Gemeinde, so dass Verstöße gegen § 54 Abs. 1 ... nicht nach § 125 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben; vielmehr finden in diesem Fall die Vorschriften der §§ 177 ff BGB über die Vertretung ohne Vertretungsmacht Anwendung.“

Dies bedeutet, dass ein vom Bürgermeister mündlich geschlossener Vertrag bzw. ein mündlicher Auftrag im übertragenen Aufgabenbereich bzw. im Aufgabenbereich des Gemeinderats oder eines beschließenden Ausschusses **schwebend unwirksam** ist. Die Gemeinde ist an solche Verträge im Regelfall nicht gebunden.

Allerdings besteht zum Einen (1) die Möglichkeit zur nachträglichen Heilung des Formmangels und zum Anderen, unter bestimmten Voraussetzungen, (2) die Möglichkeit des Vertragspartners, sich auf die Vorschriften über eine unzulässige Rechtsausübung zu berufen (§ 242 BGB).

- (1) Der Formmangel kann durch die nachträgliche Genehmigung des zuständigen Gemeindeorgans (Ausschuss oder Gemeinderat) rückwirkend geheilt werden (§ 184 Abs. 1 BGB). Der Vertrag (aber nicht eine damit im Zusammenhang stehende mündliche Honorarvereinbarung, s.o.) wird damit so behandelt, wie wenn er von Anfang an rechtswirksam gewesen wäre. Wird die nachträgliche Genehmigung nicht erteilt, bleibt die Verpflichtungserklärung unwirksam (nichtig). Die zivilrechtlichen Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht greifen hier nicht (Aker, Hafner, Notheis GemO Kommentar, Rdnr. 5, 6 zu § 54).
- (2) Im Hinblick auf die Schutzfunktion, die § 54 GemO für die öffentlich-rechtliche Körperschaft entfaltet, kann sich ein Vertragspartner nur unter besonderen Umständen darauf berufen, dass es gegen Treu und Glauben verstoße, wenn sich die Kommune wegen des Formmangels auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung berufe.

§ 242 Leistung nach Treu und Glauben

„Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

Diese Schutzwürdigkeit ist nach dem o.g. Urteil des Bundesgerichtshofs dann nicht mehr gegeben („der mit der Formvorschrift bezweckte Schutz ist bedeutungslos“), wenn der Gemeinderat den Abschluss des Vertrags vor der Erteilung des Auftrags gebilligt (beschlossen) hat.

Vertretung des Bürgermeisters

Wird der Bürgermeister bei dem Rechtsgeschäft (im Außenverhältnis) durch jemand anders vertreten, muss weiter differenziert werden.

- (1) Handelt im Verhinderungsfall der **ehrenamtliche Stellvertreter** des Bürgermeisters (§ 48 Abs. 1 GemO), gelten dieselben Bestimmungen, wie wenn der Bürgermeister selbst handelt, weil die Vertretungsbefugnis in diesem Fall kraft Gesetzes besteht.
- (2) Die Vertretungsbefugnis des **Ersten Beigeordneten** ist in dem ihm übertragenen Geschäftsbereich ständig und darüber hinaus allgemeiner Art (§ 49 Abs. 3 GemO). Sie greift damit auch, bezogen auf den gesamten Geschäftsbereich des Bürgermeisters / Oberbürgermeisters, wenn dieser nicht verhindert ist.

Die **weiteren Beigeordneten** sind in ihrem jeweiligen Geschäftsbereich ständige Vertreter (§ 49 Abs. 2 GemO).

Die Vertretungsbefugnisse der Beigeordneten sind nach außen prinzipiell unbeschränkt und nicht einschränkbar (Aker, Hafner, Notheis GemO Kommentar, Rdnr. 10 zu § 54, Rdnr. 8 zu § 49). Überschreiten die Beigeordneten in ihrem Geschäftsbereich ihre internen Befugnisse (Hauptsatzung, Weisung des Bürgermeisters) kann dies disziplinarrechtliche Folgen haben oder Ersatzansprüche gegen sie auslösen. Im Außenverhältnis sind ihre Erklärungen wirksam.

Vertreten die Beigeordneten die Gemeinde in Angelegenheiten, die nicht zu ihrem Aufgabenbereich gehören und liegt keine Verhinderungsververtretung vor, gelten die Regeln über die Vertretung ohne Vertretungsmacht. Die abgeschlossenen Verträge sind schwebend unwirksam.

Gem. § 54 Abs. 2 GemO müssen - wenn kein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt - die schriftlichen Verpflichtungserklärungen vom Stellvertreter bzw. vom vertretungsberechtigten Beigeordneten unterzeichnet werden. Gem. § 54 Abs. 3 GemO sollen den Unterschriften die Amtsbezeichnung und ein das Vertretungsverhältnis kennzeichnender Zusatz beigefügt werden („i.V.“; „i.A.“).

- (3) Schließlich kann sich der Bürgermeister auch durch **Gemeindebedienstete** vertreten lassen (z.B. den Leiter / die Leiterin des Bauamts). Gem. § 53 Abs. 1 GemO kann er das im Wege der öffentlich-rechtlichen Beauftragung bestimmen oder gem. § 53 Abs. 2 GemO im Wege der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung. Die Befugnis zur Beauftragung / Bevollmächtigung kann der Bürgermeister auch seinen Beigeordneten übertragen, aber nur für ihren jeweiligen Geschäftskreis.

Beide möglichen Formen eine Vertretung zu bestimmen, die Beauftragung und die Bevollmächtigung, sind für sich gesehen auch ohne schriftliche Fixierung wirksam, sie sind aber gleichwohl nicht formlos möglich. Die bloße Aufzählung bestimmter Aufgaben in einer gemeindeinternen Geschäftsverteilungs- und Zuständigkeitsregelung reicht für eine wirksame Vertretung z.B. nicht aus. Beide Formen der Vertretung des Bürgermeisters müssen ausdrücklich (zumindest mündlich) erklärt werden.

Bei Bau-, Architekten- und Ingenieurverträgen spielt in der Verwaltungspraxis die **rechtsgeschäftliche Vollmacht (§ 53 Abs. 2 GemO)** eine Rolle. Sie wird als Einzelvollmacht (für ein einzelnes Rechtsgeschäft) oder ggf. als Gattungsvollmacht (für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften) erteilt. Auf die Vollmacht finden die zivilrechtlichen Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB Anwendung. Dies bedeutet u.a., dass die Vollmachterteilung aus zivilrechtlicher Sicht prinzipiell formungebunden (also auch mündlich) erfolgen kann.

In kommunalrechtlicher Hinsicht können Gemeindebedienstete wirksame Verpflichtungserklärungen aber nur abgeben, wenn sie hierzu vertretungsbefugt sind und die Erklärung im Vieraugenprinzip durch (mindestens) **zwei Bedienstete schriftlich** (durch eigenhändige Unterschrift) erfolgt (§ 54 Abs. 2 GemO). Wird das nicht beachtet, ist das Geschäft wiederum schwebend unwirksam und hängt von der (nachträglichen) Genehmigung des Berechtigten bzw. des berechtigten Organs ab.

Von diesem Vieraugenprinzip des § 54 Abs. 2 GemO gibt es **zwei Ausnahmen**:

- Es liegt ein **Geschäft der laufenden Verwaltung** vor:
Bei Geschäften der laufenden Verwaltung geht die Gemeindeordnung davon aus, dass sie von so geringer Relevanz für die Kommune sind, dass die Kontroll- und Warnfunktion des § 54 GemO entbehrlich ist. Sofern also keine zivilrechtlichen Formvorgaben existieren (wie z.B. im Grundstücksverkehr), können diese Geschäfte letztlich mündlich abgeschlossen

sen werden und dies auch von mündlich Bevollmächtigten (einzelnen Bediensteten). Ungeachtet dessen **empfiehlt die GPA** allerdings – wie eingangs im Hinblick auf die Verpflichtungserklärungen (Verträge im Bauwesen) schon vertreten - aus Gründen der Rechtssicherheit und aus Beweissicherungsgründen **auch die Erteilung von rechtsgeschäftlichen Vollmachten generell schriftlich abzufassen.**

- Es liegt eine **schriftliche**, vom Bürgermeister unterzeichnete **Bevollmächtigung** vor: Für Verpflichtungserklärungen, die kein Geschäft der laufenden Verwaltung betreffen (im übertragenen Bereich und in der Zuständigkeit des Gemeinderats bzw. seiner Ausschüsse), bestimmt § 54 Abs. 4 GemO, um den Schutzzweck des § 54 Abs. 1, Abs. 2 GemO nicht zu gefährden, ein kommunalrechtliches Schriftformerfordernis für die Vollmacht an sich, sofern die Verpflichtungserklärung formfrei (mündlich) abgegeben werden soll. Aus den vorgenannten Gründen (Rechtssicherheit, Transparenz, Nachweis) sollte von dieser Ausnahme zurückhaltend Gebrauch gemacht und auf eine schriftliche Verpflichtungsvereinbarung Wert gelegt werden.

(4) Umfang und Überschreitung der Vollmacht

Das eigentliche Wesen der Vollmacht ist die Einzelvollmacht für ein bestimmtes Rechtsgeschäft („in einzelnen Angelegenheiten“). Anerkannt ist aber auch die sog. Gattungsvollmacht für einen bestimmten Kreis bzw. eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften (z.B. Vertretung der Gemeinde bei Grundstückskäufen in einem bestimmten Siedlungsgebiet, regelmäßig wiederkehrende Geschäfte, wie z.B. Inkassovorgänge). Generalvollmachten, wie sie im Grundstücksverkehr vorkommen (im Bauwesen also z.B. für alle Baumaßnahmen einer Kommune), sind bislang nicht bekannt und würden der generellen Verantwortung des Bürgermeisters zur Vertretung der Gemeinde und seinem Pflichtenkreis (§ 42 Abs. 1 GemO) so grundsätzlich widersprechen, dass sie nichtig wären.

Im Übrigen ergibt sich der Umfang der Bevollmächtigung aus der Vollmacht selbst. Wird die Vollmacht überschritten (beispielsweise im Hinblick auf die vorgesehene Bausumme oder Honorarhöhe) handelt der Vertreter ohne Vertretungsmacht, so dass die Wirksamkeit des Geschäfts von dessen nachträglicher Genehmigung durch den Berechtigten abhängt.

Die internen Zuständigkeiten zur Sachentscheidung („über den Vertrag“), insbesondere zwischen Gemeinderat und Bürgermeister, sind dagegen im Außenverhältnis für die wirksame

Vertretung durch einen Bevollmächtigten ohne Belang. Einzelvollmachten, die der Bürgermeister erteilt, sind daher im Außenverhältnis wirksam, auch wenn er im Innenverhältnis für die Planungs- oder Baumaßnahme einen Beschluss des Gemeinderats gebraucht hätte, den er nicht eingeholt hat.

(5) **Fazit**

Der Bürgermeister kann sich beim Abschluss von Bau-, Architekten- und Ingenieurverträgen vertreten lassen. Erteilt er Bediensteten der Verwaltung hierfür die rechtsgeschäftliche Vollmacht, kann dies für Geschäfte der laufenden Verwaltung in rechtlicher Hinsicht formlos (mündlich) erfolgen. In diesen Fällen greift auch das Vieraugenprinzip des § 54 Abs. 2 GemO nicht. Die GPA empfiehlt jedoch, auch in diesen Fällen die Schriftform zu wählen.

Liegt kein Geschäft der laufenden Verwaltung vor, müssen zwei vertretungsbefugte Bedienstete die Erklärung unterzeichnen, es sei denn, bereits die Vollmachterteilung durch den Bürgermeister erfolgte schriftlich (gegenüber beiden Bediensteten). Auch in diesem Fall empfiehlt die GPA jedoch, aus Transparenz- und Beweissicherungsgründen, auf die Schriftform nicht zu verzichten.