

Gericht: Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt 2. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 26.11.2018
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: 2 U 38/18
ECLI: ECLI:DE:OLGNAUM:2018:1126.2U38.18.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle:



Normen: § 70 Abs 1 GemO ST, § 70 Abs 4 GemO ST, § 18 VOB A 2012
Zitiervorschlag: Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26. November 2018 - 2 U 38/18 -, juris

Zuschlagserteilung und Werkvertrag bei fehlendem Dienstsiegel des Bürgermeisters unwirksam

Leitsatz

1. Nach § 70 Abs. 1 GO LSA a.F. sind Willenserklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, nur rechtsverbindlich, wenn sie handschriftlich vom Bürgermeister unterzeichnet und mit dem Dienstsiegel versehen sind. Fehlt das Dienstsiegel auf dem Zuschlagsschreiben, so ist der Bauvertrag im Vergabeverfahren nicht wirksam geschlossen worden. Zwar bedarf die Zuschlagserteilung nach § 18 VOB/A 2012 keiner besonderen Form; die Vorschriften der Gemeindeordnung regeln aber die Vertretungsmacht des Bürgermeisters und sind keine Bestimmung über die einzuhaltende Form. (Rn.29)

2. Die in § 70 Abs. 4 GO LSA a.F. normierte Ausnahme vom Erfordernis des Absatzes 1, eine Erklärung im Geschäft der laufenden Verwaltung, ist nicht gegeben bei einem Bauauftrag, der integraler Bestandteil einer umfangreichen und aufwändigen Sanierung einer Kindertagesstätte ist. (Rn.34)

Orientierungssatz

Hinweis der Dokumentationsstelle des Bundesgerichtshofs: Das Gericht teilt mit, dass die Berufung nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen worden ist.

Verfahrensgang

vorgehend LG Halle (Saale), 15. März 2018, 4 O 114/14
nachgehend Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, 20. Dezember 2018, 2 U 38/18, Beschwerderücknahme

Tenor

I. Der Termin zur mündlichen Verhandlung am 05.12.2018 wird **aufgehoben**.

II. Die Klägerin wird darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen.

III. Der Klägerin wird Gelegenheit gegeben, zu den Hinweisen des Senats **bis zum 19.12.2018** Stellung zu nehmen.

Gründe

A.

- 1 Die Klägerin ist Eigentümerin des in H. gelegenen Grundstücks mit Gebäude, in dem sich die Kindertagesstätte „S. " (im Folgenden: Kita) befindet. Die Klägerin veranlasste zwecks Sanierung und Umbaus der Kita eine Ausschreibung. Die Projektierung übertrug sie der Projektierungs GmbH F. & W. (im Folgenden: Projektierungs GmbH). Das Los 11 betraf Fassadenarbeiten, bei denen das vorhandene Fugenmaterial überklebt werden sollte. Die Klägerin übersandte dem Beklagten, der unter dem 28.09.2012 sein Angebot unterbreitet hatte (Anlage A 1), als günstigsten Anbieter ein Auftragsschreiben vom 12.10.2012, das eine - hinsichtlich der Urheberschaft zwischen den Parteien streitige - Unterschrift, jedoch kein Dienstsiegel der Klägerin aufweist; der Beklagte unterzeichnete das Auftragsschreiben (Anlage A 2). Die ursprünglich für den Zeitraum vom 18.03. bis zum 03.05.2013 vorgesehene Arbeitsausführung wurde durch die Bauleitung der Klägerin verschoben.
- 2 Trotz Einladung erschien der Beklagte nicht zu einer Bauablaufberatung, sondern meldete im April 2013 unter Bezugnahme auf eine vom Farbenhersteller nach Ortsbesichtigung erstellte Stellungnahme (Anlage B 1) Bedenken betreffend die Fugenabdichtung und den Fassadenzustand an; zu zahlreichen weiteren Punkten erhob er eine Behinderungsanzeige (Schreiben vom 19.04.2013, Anlage A 3). Mit Schreiben vom 24.04.2013 (Anlage A 5) wies die Projektierungs GmbH die Bedenkenanzeige unter Hinweis darauf, dass die angezeigten Behinderungen ganz überwiegend nicht vorlägen und die tatsächlich gegebenen fünf Behinderungen bis zum Beginn der Arbeiten des Beklagten beseitigt werden würden, zurück; zugleich lehnte sie ein Nachtragsangebot des Beklagten ab.
- 3 Die Klägerin forderte den Beklagten zum Beginn der Ausführung der Leistungen betreffend den Fassadenschutz und die Fassadenreinigung (Pos. 30.1 und 30.9. des Leistungsverzeichnisses) zum 06.05.2013 auf. Diese Aufforderung wiederholte sie am 06.05.2013. In diesem Zeitpunkt befand sich das Gebäude in einem entkernten Zustand. Der Beklagte nahm die Arbeiten nicht auf, sondern verwies mit Schreiben vom 07.05.2013 auf seine Bedenken und fortbestehende Baubehinderungen. Hierauf verlangte die Klägerin eine Arbeitsaufnahme spätestens am 13.05.2013. Nachdem die Klägerin eine Kündigung im Falle der Nichtaufnahme der Arbeiten bis zum 21.04.2013 angedroht hatte, erklärte sie mit Schreiben vom 22.05.2013 aus diesem Grund die Kündigung des Werkvertrags. Der Beklagte wies die Kündigung wegen fehlender Baufreiheit zurück und erklärte selbst die Kündigung des Werkvertrags wegen Verzugs der Klägerin mit von ihr zu erbringenden Vorleistungen.

- 4 In der Folgezeit vergab die Klägerin die Fassadenarbeiten an ein anderes Unternehmen (im Folgenden: Drittfirma). Wegen der Fehlstellen der Fassade und dem Herausstehen von Steinen aus dieser wurde mit der Drittfirma eine Reinigung der Fassade im Wege eines Abwaschens statt durch Einsatz eines Druckwasserstrahlers vereinbart.
- 5 Die Klägerin forderte den Beklagten fruchtlos zur Zahlung kündigungsbedingter Mehrkosten auf. Am 09.05.2014 hat sie Klage erhoben.
- 6 Die Klägerin hat vorgetragen, dass das Auftragsschreiben durch ihren Bürgermeister unterzeichnet worden sei. Ferner habe ab dem 06.05.2013 für den Beklagten Baufreiheit zumindest zum Beginn der Arbeiten in einigen Teilbereichen der Fassade bestanden. Die von der Projektierungs GmbH im Schreiben vom 24.04.2013 benannten fünf Vorarbeiten seien ausgeführt gewesen. Der Beklagte habe den Vertrag allein deshalb nicht ausführen wollen, weil er sich bei seinem Angebot verkalkuliert habe. Nach erneuter Ausschreibung desselben Loses 11 habe die Drittfirma - bis auf die Änderung hinsichtlich der Reinigung der Fassade - die ursprünglich an den Beklagten vergebenen Leistungen erbracht. Hierbei seien jedoch Mehrkosten für die Drittausführung i.H.v. 8.346,53 €, für die - wegen der Zurückstellung der Fassadenarbeiten - notwendige erneute Gerüststellung i.H.v. 3.978,35 € und für die beauftragte Bauleitung i.H.v. 2.467,76 € entstanden.
- 7 Die Klägerin hat beantragt,
- 8 1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 14.792,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2014 zu zahlen;
- 9 2. den Beklagten zu verurteilen, an sie vorgerichtliche außergerichtliche Kosten i.H.v. 1.196,43 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.01.2014 zu zahlen.
- 10 Der Beklagte hat beantragt,
- 11 die Klage abzuweisen.
- 12 Der Beklagte hat vorgetragen, dass die Ausschreibung den Zustand der Fassade nicht ausreichend beschrieben habe. Die Arbeiten hätten wegen der in seinen Schreiben vom 19.04.2013 und 07.05.2013 aufgezeigten Hindernisse nicht begonnen bzw. ausgeführt werden können.
- 13 Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen F. W. , M. F. und R. M. sowie die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens und die Anhörung der Sachverständigen. Wegen des Beweisergebnisses wird auf das Gutachten der Dipl.-Bauing. (FH) S. H. vom 18.01.2017 (hintere Aktentasche, Bd. II) und die Sitzungsprotokolle vom 12.03.2015 (Bl. 93 - 110, I), 31.03.2016 (Bl. 8 - 14, II) und 21.09.2017 (Bl. 87 - 96, II) Bezug genommen.

- 14 Mit am 15.03.2018 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Wegen der Gründe wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen (Bl. 151 - 154, II).
- 15 Hiergegen hat die Klägerin Berufung eingelegt.
- 16 Die Klägerin beantragt,
- 17 unter Abänderung des am 15.03.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Halle
- 18 1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 14.792,64 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2014 zu zahlen;
- 19 2. den Beklagten ferner zu verurteilen, an sie vorgerichtliche außergerichtliche Kosten i.H.v. 1.196,43 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2014 zu zahlen;
- 20 hilfsweise, unter Aufhebung des am 15.03.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Halle die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Halle zurückzuverweisen.
- 21 Der Beklagte beantragt,
- 22 die Berufung zurückzuweisen.
- 23 Auf das Vorbringen der Parteien in II. Instanz wird verwiesen.

B.

- 24 Der Senat beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, weil sie offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung durch Urteil erfordert und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.
- 25 Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen der Mehrkosten hinsichtlich der Fassadenarbeiten an der Kita i.H.v. 14.792,64 €. Auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen. Das Vorbringen der Klägerin im Berufungsverfahren rechtfertigt keine andere Bewertung der Sach- und Rechtslage.
- 26 Lediglich ergänzend ist auf Folgendes hinzuweisen:

- 27 I. Der streitgegenständliche Werkvertrag ist nichtig. Selbst wenn man ihn für genehmigungsfähig erachtete, wäre der Eintritt der Wirksamkeit infolge Genehmigung erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, als ein für eine klägerische Schadensersatzforderung voraussetzender Verzug des Beklagten aufgrund der von der Klägerin erklärten Kündigung des Werkvertrags nicht mehr eintreten konnte.
- 28 1. Der zwischen den Parteien auf der Grundlage des Angebots des Beklagten vom 28.09.2012 und der Annahme - des Zuschlags - der Klägerin gemäß Auftragschreiben vom 12.10.2012 zustande gekommene Werkvertrag ist jedenfalls aufgrund der fehlenden Anbringung des Dienstsiegels der Klägerin auf dem Auftragschreiben nichtig.
- 29 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt sowohl das Fehlen der nach einer Gemeindeordnung für die Wirksamkeit von die Gemeinde verpflichtenden Erklärungen voraussetzenden Unterschrift des Bürgermeisters als auch des Dienstsiegels zur Nichtigkeit (Unwirksamkeit) des abgeschlossenen Vertrages (Urteile vom 16.11.1978, III ZR 81/77, NJW 1980, 117, und vom 07.03.2002, III ZR 137/01, WM 2002, 2107).
- 30 b) Nach § 70 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt (GO LSA) in der vorliegend maßgeblichen, bis zum 30.06.2014 gültigen Fassung bedurften Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, der Schriftform; sie sind nur rechtsverbindlich, wenn sie handschriftlich vom Bürgermeister unterzeichnet und mit dem Dienstsiegel versehen sind.
- 31 aa) Die nach allgemeinen Beweislastregeln beweisbelastete Klägerin ist schon hinsichtlich der von ihr behaupteten - und vom Beklagten bestrittenen - Tatsache, dass es sich bei der auf dem Auftragschreiben auf Auftraggeberseite geleisteten Unterschrift um die des Bürgermeisters der Klägerin - oder eines Vertreters gemäß § 70 Abs. 2 GO LSA a.F. - handelt, beweisfällig geblieben. Insoweit liegt bereits kein geeignetes Beweisangebot der Klägerin vor.
- 32 bb) Darüber hinaus befindet sich auf dem Auftragschreiben unstreitig kein Dienstsiegel der Klägerin.
- 33 cc) Die diesbezüglichen Bewertungen des Landgerichts hat die Klägerin mit der Berufung nicht angegriffen.
- 34 c) Die in § 70 Abs. 4 GO LSA a.F. normierte Ausnahme vom Erfordernis des Abs. 1 ist nicht gegeben, da es sich vorliegend nicht um eine Erklärung im Geschäft der laufenden Verwaltung handelt. Hiergegen spricht bereits das Auftragsvolumen des in Rede stehenden Werkvertrages und der Umstand, dass das diesen Werkvertrag betreffende Los 11 integraler Bestandteil einer umfangreichen und aufwändigen Sanierung der Kita gewesen ist. Auch hinsichtlich dieser Bewertung des Landgerichts hat die Klägerin im Berufungsverfahren keinen Einwand vorgebracht.

- 35 d) aa) Allein die Nichtbeachtung der durch § 70 Abs. 1 GO LSA a.F. für Verpflichtungserklärungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten führt bereits zur Unwirksamkeit des Werkvertrags, wobei diese allerdings nicht aus § 125 BGB, sondern daraus folgt, dass die zur Vertretung berufenen Organe nicht innerhalb ihrer durch § 70 Abs. 1 GO LSA a. F. näher ausgestalteten Vertretungsmacht gehandelt haben und ihre Verpflichtungserklärung damit für die Gemeinde nicht rechtsverbindlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 16.11.1978, a.a.O., Rn. 26).
- 36 bb) Zwar bedurfte die Zuschlagserteilung nach § 18 VOB/A in der Fassung vom 26.06.2012 grundsätzlich keiner besonderen Form. Das ändert jedoch nichts an der Geltung der zwingenden gesetzlichen Vorschriften der Gemeindeordnung, und zwar schon deshalb nicht, weil diese Vorschriften die Vertretungsmacht des zuständigen Gemeindeorgans regeln bzw. beschränken und keine Bestimmungen über die einzuhaltende zivilrechtliche Form enthalten (Ingenstau/Korbion) von Wietersheim, VOB, 19. Aufl., § 18 VOB/A, Rn. 27; Kapellmann/Messerschmidt/Stickler, VOB, 5. Aufl., § 18 VOB/A, Rdn. 25; Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Kus, VOB/A, 2. Aufl., § 18 Rn. 9; vgl. auch BGH, Urteil vom 20.01.1994, VII ZR 174/92, NJW 1994, 1528).
- 37 cc) Der Beachtung der Erfordernisse des § 70 Abs. 1 GO LSA a.F. kommt - entgegen der Auffassung der Klägerin (Seite 4 der Berufungsbegründung: „Behördenintern ist für diesen Zuschlag die Schriftform zwingend.“) - nicht lediglich Bedeutung für das Innenverhältnis zu. Angesichts der dieser Vorschrift beizumessenden Warnfunktion, wonach die Gemeinden vor den nachteiligen Folgen unbedachter und übereilt abgegebener Verpflichtungserklärungen geschützt werden sollen, kann der Bürgermeister die Gemeinde nur unter Beachtung der normierten Förmlichkeiten vertreten, so dass jeder Verstoß hiergegen eine ggf. zunächst zur schwebenden Unwirksamkeit und im Falle der Unmöglichkeit der Heilung zur Unwirksamkeit führende Überschreitung seiner Vertretungsmacht darstellt (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 27).
- 38 2. Eine zum Eintritt der Wirksamkeit des Werkvertrags führende Genehmigung ihrer auf den Abschluss dieses Vertrags gerichteten Willenserklärung gemäß §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB entsprechend hat die Klägerin erst zu einem Zeitpunkt erklärt, als ein Verzug des Beklagten nicht (mehr) gegeben gewesen ist.
- 39 a) In diesem Zusammenhang kann unterstellt werden, dass eine Heilung des Mangels der Förmlichkeiten des § 70 Abs. 1 GO LSA a.F. überhaupt in Betracht kommt (vom BGH offen gelassen: vgl. Urteil vom 16.11.1978, a.a.O., Rn. 28).
- 40 b) aa) Zutreffend hat das Vordergericht entschieden, dass in der Vollmachtserteilung des klägerischen Verfahrensbevollmächtigten vom 03.05.2013 - und dessen späterer anwaltlicher Tätigkeit - allein deshalb keine wirksame Genehmigung gesehen werden kann, weil die Vollmachtsurkunde selbst kein Dienstsiegel enthält und darüber hinaus auch bei dieser Urkunde nicht festgestellt werden kann, dass die dort aufgebrachte Unterschrift vom Bürgermeister der Klägerin geleistet worden ist.

- 41 bb) (1) Das gilt auch für die Erhebung der Klage, sollte man diese als eine konkludente Genehmigung der werkvertraglichen Willenserklärung der Klägerin auslegen. Selbst wenn man die Genehmigung als wirksam erachtete, vermochte diese einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht zu begründen. Zwar wäre einer solchen Genehmigung grundsätzlich eine rückwirkende Bedeutung, mithin bezogen auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags, beizumessen (§ 184 Abs. 1 BGB entsprechend). Dies würde jedoch nicht mit Blick auf den Verzug des Schuldners gelten, da ein solcher Verzug im Falle des Vorliegens eines schwebend unwirksamen Vertrages erst ab dem Zeitpunkt der Genehmigung - ex nunc - eintreten könnte (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 184, Rn. 2).
- 42 (2) Im Zeitpunkt der Genehmigung, nämlich bei Zustellung der Klage am 16.05.2014 (§ 182 Abs. 1 BGB entsprechend) - aber auch bei Anhängigwerden der Klage am 09.05.2014 - konnte ein Verzug des Beklagten jedoch nicht vorliegen, da die Klägerin den Vertrag bereits zuvor mit Schreiben vom 22.05.2013 gekündigt hatte.
- 43 3. Schließlich ist es dem Beklagten nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages zu berufen. Denn die Nichteinhaltung der Förmlichkeiten ist nicht aufgrund einer Nachlässigkeit des Beklagten, sondern einer solchen auf Klägerseite entstanden. Ferner ist der Vertrag nicht ausgeführt worden, da beide Vertragsparteien die im Vertrag vereinbarten Leistungen nicht erbracht haben. Schließlich folgt eine Treuwidrigkeit nicht daraus, dass der Beklagte den Werkvertrag, wie etwa seine Bedenkenanzeigen belegen, zunächst als wirksam erachtet und behandelt hat (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 32; vgl. auch Seite 5 der Berufungsbeurteilung).
- 44 Dr. Engel Wiedemann Manshausen