

# Fortgeschrittenenklausur: Gemeinde – Staat – Haftung?

Von Ass. iur. **Justin Friedrich Krahe**, LL.B. (UCL), Heidelberg\*

*Der überdurchschnittlich schwierige Fall greift mit der Haftung des Staates und seiner Bediensteten für zivilrechtliches Handeln eine in der Ausbildung häufig nicht hinreichend beachtete Querschnittsmaterie zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht auf. Zur Lösung sind solide Grundkenntnisse aus beiden Rechtsgebieten sowie über deren Verbindungen erforderlich, die spätestens für das Referendarexamen unverzichtbar sind. Daneben werden typische Probleme des Kommunalrechts aufgegriffen. Für eine gute Bewertung war insbesondere bedeutsam, die zahlreichen denkbaren Anspruchsgrundlagen sowie deren Verhältnis zueinander zu erkennen.*

*Staatshaftungsrecht – Kommunalrecht – Amtshaftung – Abgrenzung Privatrecht/Öffentliches Recht – Zurechnung im Staatshaftungsrecht*

## Sachverhalt

In der baden-württembergischen Gemeinde G betreibt der Unternehmer U eines der wenigen ortsansässigen Unternehmen. Um hierfür eine neue Maschine anzuschaffen, möchte dieser bei der Bank B – deren Rechtsfähigkeit und wirksame Vertretung unterstellt werden können – ein Darlehen über 100.000,00 EUR aufnehmen. B möchte für den Kredit Sicherheiten. Die Beteiligten überlegen, ob man die Gemeinde G dazu bewegen könnte, sich für die Verpflichtungen des U gegenüber B aus dem Darlehen zu verbürgen. U sichere ja schließlich Arbeitsplätze in der Gemeinde.

Die anschließenden Gespräche werden auf Seiten der Gemeinde vom Beamten D, der die Abteilung für Wirtschaftsförderung leitet, geführt, ohne dass dieser das sonstigen Mitarbeitern oder insbesondere der Verwaltungsspitze der Gemeinde mitteilt. D ist bewusst, dass er weder für diesen Einzelfall noch generell bevollmächtigt ist, für die Gemeinde Verpflichtungserklärungen abzugeben, und dass er generell keine Vertretung der Gemeinde nach außen wahrnehmen soll. Dennoch entschließt er sich, das Bürgschaftsformular der B, in dem die Gemeinde als Bürgin genannt ist, zu unterschreiben. Dabei fügt er ein Dienstsiegel der Gemeinde bei und setzt seiner Unterschrift handschriftlich „i. A. Der Bürgermeister“ hinzu. Daraufhin zahlt B das Guthaben an U aus.

Einige Wochen später kommen bei B Bedenken auf. Auf Nachfrage wird ihr mitgeteilt, dass es sich um die Unterschrift des D handelt.

Hat B Ansprüche gegen G oder D?

## Bearbeitungsvermerk

Soweit die Bearbeiter zu der Auffassung gelangen, dass eine Genehmigung für die Bürgschaft erforderlich ist, ist zu unterstellen, dass diese weder erfolgt ist noch erfolgen kann.

\* Der Verf. ist Doktorand bei Prof. Dr. Anne Peters, LL.M., Direktorin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg.

## Zusatzfrage

Unterstellt, B hätte einen staatshaftungsrechtlichen Anspruch gegen G – wo wäre dieser geltend zu machen?

## Lösungsvorschlag

B könnte sowohl gegen G (dazu A.) als auch gegen D (dazu B.) Ansprüche haben.

## A. Haftung der Gemeinde

Es könnten Ansprüche gegen G bestehen, die wegen der stärkeren Vermögenslage der Gemeinde für B attraktiver<sup>1</sup> sind als mögliche Ansprüche gegen D.

## I. Anspruch aus einem Bürgschaftsvertrag auf Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB

B könnte gegen G einen Anspruch aus einem Bürgschaftsvertrag gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB darauf haben, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des U auf Zins- und Darlehensrückzahlung einzustehen. Dieser Anspruch setzt einen wirksamen Bürgschaftsvertrag sowie – wegen der Akzessorietät der Bürgschaft – einen wirksamen Darlehensvertrag voraus.

### 1. Öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag?

Fraglich ist insofern zunächst, ob das Bürgerliche Gesetzbuch direkt oder mit den Abwandlungen der §§ 54 ff. BWVwVfG Anwendung findet (vgl. insoweit § 62 S. 2 BWVwVfG).

Entscheidend dafür ist, ob es sich um einen öffentlich-rechtlichen oder einen privatrechtlichen Vertrag handelt. Bei der Bürgschaft ist insofern nicht maßgeblich, ob die Hauptforderung öffentlich-rechtlich ist. Die Rechtsnatur des Bürgschaftsvertrages ist vielmehr gesondert zu betrachten.<sup>2</sup> Ob diese öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, richtet sich danach, ob Gegenstand und Zweck des Bürgschaftsvertrages fiskalischer Natur oder aber spezifisch öffentlich-rechtlich sind.<sup>3</sup> Für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag müssen die mit der Vereinbarung angestrebten Rechtsfolgen nach objektiven Kriterien dem öffentlichen Recht zuzurechnen sein,

<sup>1</sup> Im Hintergrund stehen hier u.a. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO und § 45 BWAGGVG, die die Studierenden nicht kennen müssen. Nach diesen Normen ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen von Körperschaften des öffentlichen Rechts – also auch über das von Gemeinden, vgl. § 1 Abs. 4 BWGemO – nicht zulässig. In insolvenzrechtlicher Hinsicht ist bezüglich D jedoch unter Umständen auch zu berücksichtigen, dass gem. § 302 Nr. 1 InsO Verbindlichkeiten aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung im Insolvenzverfahren nicht von der Erteilung der Restschuldbefreiung berührt werden.

<sup>2</sup> BVerwGE 161, 255.

<sup>3</sup> *Tegethoff*, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 19. Aufl. 2018, § 54 Rn. 27.

sodass die Rechtsverhältnisse, auf deren Begründung der Vertrag gerichtet ist, dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.<sup>4</sup> Wenn der Vertragsgegenstand gesetzlich nicht zugeordnet ist, ist der Vertrag öffentlich-rechtlich, „wenn er nach seinem Zweck in enger, unlösbarer Beziehung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben steht“.<sup>5</sup> Angesichts dessen, dass öffentliche Aufgaben häufig auch in Privatrechtsform erfüllt werden können, reichen der bloße Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder das bloße Handeln im öffentlichen Interesse nicht aus.<sup>6</sup> Ein Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts liegt daher insbesondere vor, wenn nicht ein Vorgang, der im öffentlichen Recht angesiedelt ist, ausgestaltet, sondern ein privatrechtliches Rechtsgeschäft zwischen einem Träger des öffentlichen Rechts und einer Privatperson abgeschlossen wird.<sup>7</sup>

Hier ging es beim Abschluss des Bürgschaftsvertrages um eine Kreditsicherung im Rahmen der Wirtschaftsförderung. Den Bürgschaftsvertrag hätte auch jeder beliebige Private abschließen können. Für die B kam es nur darauf an, dass sie einen solventen Sicherungsgeber erhalten sollte. Dafür war es unerheblich, dass die Gemeinde Körperschaft des öffentlichen Rechts und nicht etwa eine private Körperschaft mit ähnlich vertrauenswürdiger finanzieller Lage war. Zudem handelte es sich nicht um einen Vorgang, der spezifisch öffentlich-rechtlich und schon daher im öffentlichen Recht angesiedelt ist. Die Wirtschaftsförderung kann zwar durchaus eine staatliche Aufgabe darstellen; allein das begründet aber keine öffentlich-rechtliche Natur des Bürgschaftsvertrages.<sup>8</sup> Im vorliegenden Fall bestand keine enge, unlösbare Beziehung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Gegenstand und Zweck des Vertrages waren vielmehr allein auf das Sicherungsinteresse der B gerichtet und daher privatrechtlich, sodass es sich um einen privatrechtlichen Vertrag handelt.

## 2. Zwischenergebnis

Das Bürgerliche Gesetzbuch findet direkte Anwendung auf den Vertrag.

## 3. Wirksamer Vertragsschluss

Ein Anspruch gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB setzt voraus, dass sich B und G über einen entsprechenden Bürgschaftsvertrag geeinigt haben. Dazu müssten B und G zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot (vgl. § 145 BGB) und Annahme (vgl. § 147 BGB), abgegeben haben. Als juristische Personen können weder B noch G selbst Willenserklärungen abgeben. Sie müssen sich vielmehr vertreten lassen, was sich grundsätzlich nach den §§ 164 ff. BGB richtet. Hier könnte die Willenserklärung des D gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB unmittelbar für und gegen G wirken.

### a) Vertretung der Gemeinde gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB

Dazu müsste D diese Willenserklärung innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen der G abgegeben haben.

Das setzt zunächst voraus, dass D zum Ausdruck gebracht hat, dass er im Namen der G handelte, vgl. § 164 Abs. 2 BGB. D hat seiner Unterschrift den Zusatz „i. A. Der Bürgermeister“ und das Dienstsiegel der Gemeinde beigefügt. Zudem war in der Bürgschaftserklärung G als Bürgerin genannt. Hinweise auf D selbst als Privatperson finden sich dagegen nicht. Damit trat erkennbar hervor, dass D nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der G handeln wollte, sodass D seine Willenserklärung im Namen der G abgegeben hat.

Gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB hätte D diese Willenserklärung auch innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgeben müssen. D war jedoch weder für diesen Einzelfall noch generell bevollmächtigt, für G Verpflichtungserklärungen abzugeben, und sollte generell keine Vertretung der G nach außen wahrnehmen. Eine Vertretungsmacht stand ihm nicht zu, sodass er die Willenserklärung nicht im Sinne des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgegeben hat.

Angesichts dessen, dass D als Vertreter auftrat, könnte man erwägen, ob er nicht eine Anscheinsvollmacht hatte. Eine Anscheinsvollmacht setzt voraus, dass jemand wiederholt und über einen längeren Zeitraum als Vertreter aufgetreten ist und der Vertretene das Verhalten nicht kannte, bei der Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt aber hätte erkennen müssen und verhindern können.<sup>9</sup> Hier ist nicht ersichtlich, dass D wiederholt und über einen längeren Zeitraum als Vertreter aufgetreten wäre. Damit hatte er auch keine Anscheinsvollmacht.

### b) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB liegen nicht vor, sodass die Willenserklärung des D nicht unmittelbar für und gegen G wirkt.

### c) Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB

Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag ab, so hängt gem. § 177 Abs. 1 BGB die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen grundsätzlich von dessen Genehmigung ab. Fraglich ist hier aber, ob die §§ 177 ff. BGB überhaupt anwendbar sind. Ist das Vertretergeschäft nämlich ohnehin aus anderen Gründen unwirksam oder nichtig, dann sind die Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht anwendbar.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> *Kämmerer*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 48. Ed., Stand: 1.4.2020, § 54 Rn. 41.

<sup>5</sup> BVerwGE 161, 255.

<sup>6</sup> *Kämmerer* (Fn. 4), § 54 Rn. 45.

<sup>7</sup> BGHZ 90, 187.

<sup>8</sup> *Kämmerer* (Fn. 4), § 54 Rn. 119.

<sup>9</sup> *Schubert*, in: Säcker u.a., Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 111.

<sup>10</sup> *Dörner*, in: Schulze u.a., BGB Handkommentar, 10. Aufl. 2019, § 177 Rn. 2; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 177 Rn. 1.

Fraglich ist daher, ob das Rechtsgeschäft gem. § 117 Abs. 1 Hs. 1 BWGemO<sup>11</sup> unwirksam ist. Nach dieser Vorschrift sind Geschäfte des bürgerlichen Rechtsverkehrs bis zur Erteilung der nach den Vorschriften der §§ 77–117 BWGemO erforderlichen Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde unwirksam.

Dann müsste nach den Vorschriften der §§ 77–117 BWGemO für den Bürgschaftsvertrag eine Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde erforderlich gewesen sein. In Betracht kommt insoweit § 88 Abs. 2 S. 2 BWGemO.<sup>12</sup> Nach dieser Vorschrift bedürfen Bürgschaften der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde, wenn sie nicht im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen werden.

Maßgeblich ist daher, ob der Bürgschaftsvertrag im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen wurde. Der Begriff der laufenden Verwaltung umfasst nur Geschäfte, 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.<sup>13</sup> Hier ist schon nicht ersichtlich, dass diese Geschäfte regelmäßig wiederkehrten. Der Bürgschaftsvertrag gehört daher nicht zur laufenden Verwaltung.

*Hinweis:* Insoweit kam es darauf an, zu erkennen, dass der Begriff der „laufenden Verwaltung“ auch zur Abgrenzung von Kompetenzen zwischen Bürgermeister und Gemeinderat verwendet wird, etwa in § 44 Abs. 2 S. 1 BWGemO. Die Kenntnis der maßgeblichen Abgrenzungskriterien gehört zum kommunalrechtlichen Grundwissen.

*Hinweis:* Grundsätzlich kann auch die Wirtschaftsförderung eine gemeindliche Aufgabe sein. In diesem Bereich unterliegt die Gemeinde aber dann den engen Grenzen sowohl des Kommunalrechts, die eine wirtschaftliche Überlastung der Gemeinde verhindern wollen,<sup>14</sup> als auch des Wettbewerbsrechts, das vor Wettbewerbsverzerrungen durch staatlichen Einfluss schützen soll.<sup>15</sup>

Damit bedurfte die Bürgschaft gem. § 88 Abs. 2 S. 2 BWGemO der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde. Diese wurde aber nicht erteilt (und könnte im Übrigen auch nicht erteilt werden, vgl. Bearbeitervermerk).

<sup>11</sup> Art. 117 Abs. 2 BayGO; § 111 Abs. 1 BbgKVerf; § 143 Abs. 1 S. 2 HGO; § 176 Abs. 1 S. 1 NKomVG; § 119 Abs. 2 RIPGemO; § 125 Abs. 1 SaarlKSVG; § 120 Abs. 1 Hs. 1 SächsGemO; § 150 Abs. 1 S. 1 KVG LSA; § 118 Abs. 1 GO SH; § 123 Abs. 2 Hs. 1 ThürKO.

<sup>12</sup> Art. 72 Abs. 2 S. 2 BayGO; § 75 Abs. 2 S. 2 BbgKVerf; § 104 Abs. 2 S. 2 HGO; § 57 Abs. 3 S. 1 KV M-V; § 121 Abs. 2 S. 2 NKomVG; § 104 Abs. 2 S. 2 RIPGemO; § 93 Abs. 2 S. 2 SaarlKSVG; § 83 Abs. 2 S. 2 SächsGemO; § 109 Abs. 2 S. 2 KVG LSA; § 86 Abs. 2 GO SH; § 64 Abs. 2 S. 2 ThürKO.

<sup>13</sup> BGHZ 178, 192.

<sup>14</sup> BGH VIZ 2001, 221 (222).

<sup>15</sup> Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 107 Rn. 1.

Gem. § 117 Abs. 1 Hs. 1 BGB ist die Bürgschaftsbestellung daher auch unabhängig von der fehlenden Vertretungsmacht unwirksam.

*d) Zwischenergebnis*

Somit ist das Vertretergeschäft auch aus anderen Gründen als der Vertretung ohne Vertretungsmacht unwirksam. Angesichts der fehlenden Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde wäre die Bürgschaftsbestellung selbst bei Genehmigung der Vertretung durch den Bürgermeister nicht wirksam. §§ 177 ff. BGB sind daher nicht anwendbar, sodass auch § 177 Abs. 1 BGB nicht zur Anwendung gelangt. Mangels einer Willenserklärung, die für und gegen G wirkt, haben B und G keinen wirksamen Bürgschaftsvertrag geschlossen.

B hat gegen G daher keinen Anspruch aus einem Bürgschaftsvertrag gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB.

**II. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB**

B könnte gegen G einen Anspruch auf Schadensersatz aus einem vorvertraglichen (ebenfalls privatrechtlichen) Schuldverhältnis gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB haben.

Dazu müsste ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen G und B entstanden sein, wofür nach § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen genügt.

*1. Zurechnung des Handelns des D analog § 31 BGB*

G selbst hat mit B keine Vertragsverhandlungen aufgenommen. Möglicherweise ist ihr jedoch zuzurechnen, dass D mit B verhandelt hat. Insoweit wäre das Handeln des D der G in analoger Anwendung des § 31 BGB zuzurechnen, wenn D als deren verfassungsmäßig berufener Vertreter anzusehen ist. Da für eine Analogie die Interessenlage in der nicht geregelten Situation mit der in § 31 BGB geregelten Situation vergleichbar sein muss, setzt das voraus, dass D bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der G zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, sodass er G auf diese Weise „repräsentiert“.<sup>16</sup> D sollte jedoch nach der Aufgabenzuweisung G nicht nach außen vertreten. Er sollte G gerade nicht repräsentieren. Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 31 BGB liegen daher nicht vor, sodass das Handeln des D der G nicht analog § 31 BGB zugerechnet werden kann.

*2. Unmittelbare Anwendung des § 311 Abs. 2 BGB*

Die Anwendung des § 311 Abs. 2 BGB zulasten der G käme aber auch dann in Betracht, wenn sie sich bei den Verhandlungen mit B des D bedient hätte. Für eine solche Zurechnung bleibt allerdings das Verhalten solcher Personen außer Betracht, die ohne Wissen des Geschäftsherren oder gegen dessen Willen handeln.<sup>17</sup> G hatte keine Kenntnis von entspre-

<sup>16</sup> Ellenberger (Fn. 10), § 31 Rn. 3.

<sup>17</sup> Emmerich, in: Säcker u.a., Münchener Kommentar zum BGB Bd. 3, 8. Aufl. 2019, § 311 Rn. 184.

chenden Verhandlungen über eine Bürgschaft (oder sonstige Absicherung) zwischen D und B. D handelte vielmehr ohne Wissen der G. Damit fehlt es an der Grundlage für eine Zurechnung zu G als Geschäftsherrin. § 311 Abs. 2 BGB kann nicht zu Lasten der G angewendet werden.

### 3. Zwischenergebnis

B hat gegen G keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

### III. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 S. 1 GG

Möglicherweise hat B gegen G einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG.

Das würde voraussetzen, dass D in Ausübung eines ihm anvertrauten, öffentlichen Amtes handelte. Voraussetzung ist daher ein öffentlich-rechtliches Handeln.<sup>18</sup> Hier steht allerdings – s.o. – rein privatrechtliches Handeln in Rede. Art. 34 S. 1 GG findet daher keine Anwendung. Eine Haftungsüberleitung auf G ist daher ausgeschlossen.

Ein Anspruch der B gegen G aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit Art. 34 S. 1 GG besteht nicht.

### IV. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 823 Abs. 1, 31 BGB

In Betracht käme ferner ein Anspruch gegen G aus §§ 823 Abs. 1, 31 BGB. Das setzt allerdings voraus, dass D im Sinne des § 31 BGB Repräsentant der G ist, was bereits abgelehnt worden ist. Selbst wenn man dies bejahen würde, müsste für einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ein absolutes Recht verletzt worden sein. Das bloße Vermögen der B stellt jedoch kein von § 823 Abs. 1 BGB geschütztes absolutes Recht dar. Damit hat B gegen G keinen Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 31 BGB.

### V. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 823 Abs. 2, 31 BGB

Denkbar wäre ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB. Auch dieser setzt aber voraus, dass D Repräsentant der G ist, was zuvor abgelehnt worden ist. Zudem müsste § 88 Abs. 2 S. 2 BWGemO eine Schutznorm im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sein. Dann müsste § 88 Abs. 2 S. 2 BWGemO seinem Zweck nach jedenfalls auch dazu dienen, Vertragspartner der Gemeinde gegen die Verletzung ihrer Vermögensinteressen zu schützen.<sup>19</sup> Ein Indiz dafür ist insbesondere, ob die Norm das geschädigte Rechtsgut als Verletzungsobjekt oder als Objekt konkreter Gefährdung nennt.<sup>20</sup> Die Vermögensinteressen Dritter sind aber in § 88 Abs. 2 BWGemO nicht genannt. Für diese Interessen spielen auch die in § 88 Abs. 2 BWGemO genannten Kriterien – also die Fragen der Zugehörigkeit zum Aufgabenkreis der Gemeinde bzw. zur laufenden Verwaltung

– keine Rolle. Daraus ergibt sich, dass § 88 Abs. 2 S. 2 BWGemO nicht dem Schutz möglicher Vertragspartner, sondern ausschließlich der Gemeinde selbst (nämlich vor finanzieller Überlastung) dient. Damit stellt diese Norm kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar,<sup>21</sup> sodass auch kein Anspruch der B gegen G auf Schadensersatz aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB besteht.

### VI. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 Abs. 1 BGB

B könnte gegen G aber einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 831 Abs. 1 BGB haben.

Das würde zunächst voraussetzen, dass diese Anspruchsgrundlage überhaupt anwendbar ist. Für Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes, also öffentlich-rechtliches Handeln, ist insofern § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG spezieller, sodass in diesen Fällen § 831 BGB bei Handeln von Mitgliedern der Gemeindeverwaltung, insbesondere von Beamten, nicht eingreift.<sup>22</sup> Hier ging es allerdings um privatrechtliches Handeln der Gemeinde. Damit ist § 831 Abs. 1 BGB grundsätzlich anwendbar.

Überdies müsste D als Verrichtungsgehilfe in Ausführung einer Verrichtung gehandelt haben. Verrichtungsgehilfe ist derjenige, der mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn weisungsabhängig in dessen Interessenkreis tätig wird.<sup>23</sup> Maßgeblich ist dafür, dass der Geschäftsherr in der Lage ist, die Tätigkeit dem Handelnden jederzeit zu entziehen, sie zu beschränken oder nach Zeit und Umfang zu regeln.<sup>24</sup> Die Gemeinde als Dienstherrin hat gegenüber dem D als Beamten jedenfalls eine Direktionsbefugnis. Damit ist D Verrichtungsgehilfe der Gemeinde.

Zudem müsste das Handeln jedoch „in Ausführung der Verrichtung“ geschehen sein. Bei einer vorsätzlichen Verletzung handelt ein Verrichtungsgehilfe nur dann „in Ausführung der Verrichtung“, wenn die Fürsorge für das verletzte Rechtsgut gerade das Wesen der Verrichtung prägt.<sup>25</sup> Anders als im Strafrecht muss sich der Vorsatz im Zivilrecht nur auf die Pflichtverletzung und nicht auf einen Schaden beziehen.<sup>26</sup> D wusste, dass er zur Abgabe von Bürgschaftserklärungen gegenüber B nicht ermächtigt war, erteilte aber dennoch die Bürgschaftserklärung. Damit hat er vorsätzlich gehandelt; seine Tätigkeit war aber nicht von der Fürsorge für das Vermögen der B geprägt, sodass er nicht „in Ausführung der Verrichtung“ handelte.

B hat gegen G daher keinen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 831 Abs. 1 BGB.

<sup>21</sup> Siehe zu einer vergleichbaren Argumentation BGHZ 150, 343.

<sup>22</sup> *Sprau*, in: Palandt (Fn. 10), § 831 Rn. 5.

<sup>23</sup> *Staudinger*, in: Schulze (Fn. 10), § 831 Rn. 7.

<sup>24</sup> *Wagner*, in: Säcker u.a. (Fn. 18), § 831 Rn. 14.

<sup>25</sup> *Teichmann* (Fn. 19), § 831 Rn. 8; *Förster*, in: Hau/Poseck, Beck'scher-Online Kommentar zum BGB, Stand: 1.8.2020, § 831 Rn. 32; BGH NJW-RR 1998, 250 (252).

<sup>26</sup> Statt aller: BGH NJW 1965, 962.

<sup>18</sup> *Papier/Shirvani*, in: Säcker u.a., Münchener Kommentar zum BGB Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 839 Rn. 195.

<sup>19</sup> *Teichmann*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl. 2018, § 823 Rn. 44.

<sup>20</sup> BGHZ 100, 13.

**VII. Zwischenergebnis zu den Ansprüchen gegen G**

Als Zwischenergebnis lässt sich zusammenfassen, dass eine Haftung der G – gleich ob aus Vertrag, vorvertraglichem Schuldverhältnis oder Gesetz – ausscheidet. B hat gegen G keine Ansprüche.

**B. Haftung des D**

Möglicherweise bestehen aber Ansprüche der B gegen D.

**I. Anspruch aus einem Bürgschaftsvertrag gem. §§ 765 Abs. 1, 488 Abs. 1 S. 2 BGB**

B könnte gegen D einen Anspruch aus einem Bürgschaftsvertrag gem. § 765 Abs. 1 BGB darauf haben, dass D für die Erfüllung der Verbindlichkeit des U aus dem Darlehensvertrag gem. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB einsteht. Das würde allerdings voraussetzen, dass D eine Willenserklärung zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages im eigenen Namen abgegeben hat. Wie bereits angesprochen ergab sein Handeln bei verständiger Würdigung nach dem objektiven Empfängerhorizont jedoch, dass er nicht sich, sondern G verpflichten wollte.

B hat gegen D keinen Anspruch aus einem Bürgschaftsvertrag.

**II. Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB**

Möglicherweise ist D der B aber gem. § 179 Abs. 1 BGB nach deren Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet.

Auch hier gilt jedoch, dass – vgl. oben unter Ziffer A. I. 2. b) – die Regelungen des § 177 ff. BGB nur dann zur Anwendung gelangen, wenn der Vertrag – hätte eine ordnungsgemäße Bevollmächtigung vorgelegen – wirksam gewesen wäre.<sup>27</sup> B soll nicht deswegen besser stehen, weil bei einem ohnehin unwirksamen Geschäft D außerdem auch noch außerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt hat, denn dann würde sie im Ergebnis besser stehen, als sie stehen würde, wenn die Vertretungsmacht vorgelegen hätte. Wie gesehen wäre der Vertrag auch bei ordnungsgemäßer Bevollmächtigung gem. § 117 Abs. 1 BWGemO unwirksam gewesen. Damit ist § 179 Abs. 1 BGB nicht anwendbar.

Ein Anspruch der B gegen D aus § 179 Abs. 1 BGB besteht nicht.

**III. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB**

B könnte gegen D einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB haben.

Zwischen B und D müsste dazu zunächst ein Schuldverhältnis bestehen. In Betracht kommt auch hier zunächst ein Bürgschaftsvertrag nach § 765 Abs. 1 S. 1 BGB. Mangels Einigung ist ein solcher jedoch nicht zustande gekommen. Zwischen B und D könnte aber ein vorvertragliches Schuldverhältnis entstanden sein. Ein solches entsteht gem. § 311

Abs. 2 Nr. 2 BGB schon durch die Anbahnung eines Vertrags. Ebenso wie § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB, ähnliche geschäftliche Kontakte, setzt dies aber voraus, dass ein potenzieller Vertrag gerade zwischen den Parteien geschlossen werden soll.<sup>28</sup> Nach den Vorstellungen der Parteien sollte D aber nicht selbst Vertragspartner werden. Damit besteht kein Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 BGB zwischen B und D.

B hat daher gegen D keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.

**IV. Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB**

Ein Anspruch der B gegen D auf Schadensersatz könnte sich aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB ergeben.

Nach § 311 Abs. 3 S. 1 BGB kann ein Schuldverhältnis auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Für eine solche Eigenhaftung eines Vertreters ist erforderlich, dass der Verhandelnnde besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt und durch eine von ihm persönlich ausgehende „Gewähr“ für die Erfüllung des Geschäfts eintreten wollte.<sup>29</sup> Typischerweise sind dafür „Erklärungen im Vorfeld einer Garantiezusage“ erforderlich.<sup>30</sup> Mangels konkreter Aussagen des D oder einer besonders herausgehobenen Stellung innerhalb der Gemeinde ist nicht ersichtlich, dass D ein solchermaßen gesteigertes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hätte. Zwischen B und D ist daher auch nicht aus § 311 Abs. 3 BGB ein Schuldverhältnis entstanden. Damit besteht kein Schuldverhältnis zwischen B und D, kraft dessen dieser gem. § 280 Abs. 1 BGB zu Schadensersatz verpflichtet wäre.

**V. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB**

In Betracht kommt allerdings eine Haftung des D aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach dieser Norm ist ein Beamter, der vorsätzlich oder fahrlässig eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, zum Schadensersatz verpflichtet.

Dabei ist zu beachten, dass – s.o. – die gesetzlich angeordnete Haftungsübernahme des Art. 34 S. 1 GG nicht eingreift, wenn es sich um eine Amtspflichtverletzung handelt, die in Wahrnehmung privatrechtlicher Belange des Dienstherrn begangen wurde.<sup>31</sup> Das ist hier der Fall, sodass sich der Anspruch gegen D persönlich richtet.

*1. Beamter*

Zunächst müsste D also Beamter sein. Während es im Rahmen von Ansprüchen aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG wegen der grundgesetzlichen Formulierung „jemand“ einen eigenen, sog. staatshaftungsrechtlichen Beamtenbegriff gibt, ist im Rahmen eines Anspruchs aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB getreu dem Wortlaut der Norm eine status-

<sup>28</sup> Stadler, in: Jauernig (Fn. 19), § 311 Rn. 35.

<sup>29</sup> Emmerich (Fn. 17), § 311 Rn. 173.

<sup>30</sup> BGHZ 126, 181.

<sup>31</sup> Siehe oben sowie Teichmann (Fn. 19), § 839 Rn. 31.

<sup>27</sup> Dörner (Fn. 10), § 177 Rn. 2; Ellenberger (Fn. 10), § 177 Rn. 1.

rechtliche Betrachtung nach dem Beamtenrecht maßgeblich.<sup>32</sup> D ist Beamter, sodass diese Voraussetzung des § 839 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt ist.

### 2. Verletzung einer drittschützenden Amtspflicht

D müsste sodann eine ihm obliegende Amtspflicht verletzt haben. Zu den Amtspflichten eines Beamten gehört grundsätzlich auch die Amtspflicht zur Wahrung der eigenen Zuständigkeitsgrenzen.<sup>33</sup> Für die Unterzeichnung einer Bürgschaftserklärung, mit der die Gemeinde verpflichtet werden sollte, war D nicht zuständig. Damit hat er diese Amtspflicht verletzt.

Diese Amtspflicht müsste D auch gegenüber einem Dritten – hier der B – obliegen haben, sie müsste also drittschützend sein. Dafür ist erforderlich, dass mit der Amtspflicht gerade die Belange eines bestimmten Personenkreises geschützt und gefördert werden sollen,<sup>34</sup> sodass in qualifizierter und individualisierbarer Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen war.<sup>35</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verletzt ein Beamter, der seine amtlichen Befugnisse überschreitet und Amtshandlungen vornimmt, für die er nicht zuständig ist, eine ihm gegenüber jedem dadurch geschädigten Dritten obliegende Amtspflicht, wenn eine innere Beziehung zwischen der unter Zuständigkeitsüberschreitung vorgenommenen, schädigenden Amtshandlung und den durch die zuständige Stelle zu schützenden Belangen des Dritten besteht, d.h. wenn dessen Interessen dadurch konkret berührt werden.<sup>36</sup> Zuständigkeitsregelungen wie diejenigen der Gemeindeordnung haben daher grundsätzlich drittschützende Bedeutung.<sup>37</sup> Die von D verletzte Amtspflicht bezweckte daher gerade auch den Schutz der B.

### 3. Verschulden des D

Dabei müsste D auch mindestens fahrlässig gehandelt haben. D wusste, dass er zur Abgabe von Bürgschaftserklärungen gegenüber B nicht ermächtigt war, erteilte aber dennoch die Bürgschaftserklärung. Er wusste daher, dass er seine Pflichten verletzte, und nahm dies billigend in Kauf, sodass im Hinblick auf die Pflichtverletzung sowohl ein kognitives („Wissen“) als auch ein voluntatives („Wollen“) Element vorhanden waren. Damit hat er seine Amtspflicht sogar – s.o. – vorsätzlich verletzt.

*Hinweis:* Während sich die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit an vielen anderen Stellen im

Zivilrecht nicht auf die Rechtsfolgen auswirkt,<sup>38</sup> ist dies im Rahmen des § 839 Abs. 1 BGB anders. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Das bedeutet – grob gesagt und mit einer Reihe von Modifikationen durch die Rechtsprechung –,<sup>39</sup> dass in den Fällen, in denen auf Seiten der Geschädigten noch ein Anspruch beispielsweise gegen den Dienstherrn besteht, der Beamte bei bloßer Fahrlässigkeit letztlich nicht persönlich in Anspruch genommen werden kann. In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber auch auf § 75 BBG, § 48 BeamtStG hinzuweisen, nach denen bei vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen eines Beamten, die zu einem Schaden beim Dienstherrn führen, eine Rückgriffmöglichkeit gegen den Beamten besteht.

### 4. Schadensentstehung

Fraglich ist aber, ob B ein Schaden entstanden ist. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Geschädigte.<sup>40</sup> Bei Amtshaftungsansprüchen ist dabei regelmäßig zu fragen, wie der Dritte stünde, wenn der Amtsträger rechtmäßig gehandelt hätte. Der Schädiger kann sich dabei – wenn die Auslegung der verletzten Amtspflicht kein gegenteiliges Ergebnis gebietet – auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten berufen. Wenn bei dieser hypothetischen Betrachtung der Dritte auch bei rechtmäßigem Handeln nicht besser stünde, ist dem Dritten bei normativer Betrachtung dann auch kein Schaden entstanden.<sup>41</sup>

Bei ordnungsgemäßem Verhalten hätte D den Abschluss des Bürgschaftsvertrages mangels Zuständigkeit verweigern müssen und an den Bürgermeister oder dessen Stellvertreter verweisen müssen. Der dafür zuständige Bürgermeister hätte gem. § 88 Abs. 2 S. 2 BWGemO die Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde einholen müssen, die aber nicht hätte erteilt werden können. Daraus ergibt sich, dass auch bei amtspflichtgemäßem Verhalten des D kein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen wäre. Auch bei rechtmäßigem Handeln des D hätte B daher keine Bürgschaft erlangt.

Allerdings hätte sie in diesem Falle die Möglichkeit gehabt, vom Abschluss des – ungesicherten – Darlehensvertrages mit U Abstand zu nehmen. Fraglich ist daher, ob in dem Abschluss des Darlehensvertrages ohne eine wirksame Sicherung ein Schaden liegt. Dabei ist nach der allgemeinen sog. Differenzhypothese die Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögenszustand ohne das schädigende Ereignis und dem realen Zustand des tatsächlich gegebenen Vermögens zu vergleichen.<sup>42</sup> Bei der Bürgschaft ist insoweit zu beachten, dass deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit wegen § 771 S. 1 BGB für B nur dann von Bedeutung ist, wenn der Siche-

<sup>32</sup> *Papier/Shirvani* (Fn. 18), § 839 Rn. 182; *Staudinger* (Fn. 23), § 839 Rn. 49; *Teichmann* (Fn. 19), § 839 Rn. 32.

<sup>33</sup> *Teichmann* (Fn. 19), § 839 Rn. 9.

<sup>34</sup> BGHZ 212, 303.

<sup>35</sup> *Teichmann* (Fn. 19), § 839 Rn. 12 – hier liegen in der Rechtsprechung regelmäßig Probleme.

<sup>36</sup> BGH NJW 1992, 3229 (3230).

<sup>37</sup> *Papier/Shirvani* (Fn. 18), § 839 Rn. 294.

<sup>38</sup> *Grundmann*, in: Säcker u.a., Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 276 Rn. 150.

<sup>39</sup> Vgl. dazu etwa *Papier/Shirvani* (Fn. 18), § 839 Rn. 365 ff.

<sup>40</sup> BGHZ 129, 226.

<sup>41</sup> BGHZ 143, 362.

<sup>42</sup> *Oetker*, in: Säcker u.a. (Fn. 38), § 249 Rn. 18.

rungsfall auch tatsächlich eintritt. Das ist hier noch nicht geschehen, sodass bisher noch kein Schaden eingetreten ist.<sup>43</sup> Es ist auch noch nicht absehbar, ob es dazu je kommen wird. Solche künftigen Schäden sind nach allgemeinen Grundsätzen aber nur dann zu ersetzen, wenn deren Eintritt sicher ist.<sup>44</sup> Damit würde in dem bloßen Abschluss des Darlehensvertrages ohne eine wirksame Sicherung noch kein Schaden liegen.

Gegen dieses Ergebnis spricht jedoch, dass bei banküblichen Bewertungsansätzen ungesicherte Darlehensforderungen geringer bewertet werden als gesicherte Darlehensforderungen.<sup>45</sup> In wirtschaftlicher Hinsicht ist ein ungesichertes Darlehen weniger wert als ein gesichertes, weil das Risiko, dass der Gläubiger die Forderung später nicht realisieren kann, höher ist. Angesichts dieses geringeren Wertes könnte man argumentieren, dass schon der Abschluss des Darlehensvertrages ohne Sicherung einen Schaden darstellt.

Hiergegen wiederum könnte man aber auf Basis des schadensrechtlichen Bereicherungsverbot, das sich aus dem Normzweck der §§ 249 ff. BGB ergibt,<sup>46</sup> argumentieren. Nach dem Grundsatz des § 249 Abs. 1 BGB hat der zum Schadensersatz verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wenn es aber nur darum geht, diesen Zustand herzustellen, dann bedeutet das zugleich, dass ein Schadensersatzanspruch nicht dazu führen soll, dass der Geschädigte hinterher (noch) besser steht, als wenn das schädigende Ereignis niemals eingetreten wäre. Daher darf auch ein möglicher Schadensersatzanspruch gegen D nicht dazu führen, dass B am Ende wirtschaftlich mehr erhält als die nach dem Darlehensvertrag geschuldeten Leistungen. Wenn der Sicherungsfall nicht eintritt, würde B durch einen Schadensersatzanspruch, der sich jedenfalls über § 250 S. 2 BGB in einen Anspruch auf Ersatz in Geld verwandeln kann, bessergestellt, als sie ohne das schadenstiftende Ereignis stehen würde. Das spricht dafür, die bloße Tatsache, dass die Darlehensforderung der B ungesichert ist, nicht als Schaden einzustufen. B ist damit kein Schaden entstanden, solange nicht feststeht, dass der Sicherungsfall eintreten wird.

### C. Ergebnis

Ein Anspruch gegen G scheidet danach aus. Ein Anspruch gegen D besteht (zum gegenwärtigen Zeitpunkt) ebenfalls nicht.

### D. Zusatzfrage

Prozessual sind Staatshaftungsansprüche gem. Art. 34 S. 3 GG, § 40 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 VwGO, § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG erstinstanzlich vor den Landgerichten geltend zu machen.

<sup>43</sup> So wohl auch BGHZ 142, 51; BGH NVwZ 2001, 116 (118).

<sup>44</sup> Dörner (Fn. 10), § 249 Rn. 4.

<sup>45</sup> Vgl. dazu aus strafrechtlicher Sicht etwa BGH NStZ 2019, 144.

<sup>46</sup> Oetker (Fn. 42), § 249 Rn. 20.