KSK 320 Sparkassenprozeß
Rechtsgutachten
Forsthoff

1958

Rechtsgutachten

in dem Rechtsstreit

Kreissparkasse Stormarn gegen Neue Sparkasse v.1864,Hamburg

für die

Kreissparkasse Stormarn

erstattet von

Dr.jur. Ernst Forsthoff
o.Professor der Rechte
Heidelberg

3

Um beurteilen zu können, welche Form-, Verfahrens- und sonstigen Vorschriften beim Abschluß des Vertrages vom 30.12.1944 auf Seiten der Beklagten zu beachten waren, wird es zunächst erforderlich sein, klarzustellen, welche Verpflichtungen der Sache nach im Vertrag für die Beklagte begründet werden sollten.

Gegenstand des Vertrages ist die Überführung von Zweigstellen der Beklagten auf die Klägerin und die Hamburger Sparcasse von 1827, wie in § 1 des Vertrages vorgesehen. Dieser Vorgang ist zunächst für den Rechtscharakter des Vertrages bestimmend. Alle weiteren Festlegungen des Vertrages stehen im Dienste dieses Vertragsziels, sie haben keine davon zu isolierende Eigenbedeutung. Der Vertrag stellt ein sinnkontingentes, einheitliches Ganzes dar, dessen Aufspaltung in eine Vielzahl selbständiger, also für sich bestehender Einzelverpflichtungen den Regeln vernünftiger Auslegung widersprechen würde.

Für die form- und verfahrensgerechte Verpflichtung der Kreissparkasse Stormarn auf den Vertrag konnte deshalb von vornherein nicht so vorgegangen werden, daß für jede einzelne Bestimmung des Vertrages die Form und Verfahrensart aus der Satzung ermittelt wird. Vielmehr ist zunächst zu prüfen, welche Vorschriften der Satzung für den Vertrag als Ganzes in Betracht kommen.

Dabei ergibt sich die Schwierigkeit, daß die Mustersatzung den vorliegenden Fall nicht, oder zumindest nicht ausdrücklich regelt. Sicherlich handelt es sich nicht um einen Bestandteil der laufenden Geschäfte, auf die sich § 11 Musa bezieht. Daß § 11 nur für die üblichen laufenden Geschäfte gilt, ergibt die Aufzählung der von § 11 erfaßten Geschäfte.

Dazu auch Perdelwitz - Fabricius - Kleiner,
Das preußische Sparkassenrecht, S. 230 f.

Auch die Vorschriften über die Auflösung der Sparkasse (§39 Musa) lassen sich nicht heranziehen. Das Merkmal der Auflösung ist die Beendigung der Sparkasse als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Deshalb ist es nicht

möglich, die Ausscheidung einzelner Zweigstellen der Sparkasse als eine Teilauflösung aufzufassen, weil angesichts des Fortbestehens der Sparkasse im übrigen das Entscheidende der Regelung des § 39 unanwendbar bleibt.

Dagegen wird man eine Rechtsähnlichkeit mit der in § 3 MuSa geregelten Errichtung von Nebenstellen annehmen können und müssen. Diese Ähnlichkeit würde allerdings fehlen, wenn die Ausscheidung von Zweigstellen rechtlich als bloße Schließung zu behandeln wäre. Das trifft jedoch nicht zu. In § 8 des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934 (RGBl. I S. 1203) ist die Schließung einer Zweigstelle als ein relativ einfacher Vorgang behandelt: sie bedarf nur der Anzeige, während die Errichtung der Nebenstelle die Genehmigung des Regierungspräsidenten nach Anhörung des Sparkassenverbandes erfordert. Der Sinn der unterschiedlichen Regelung ist klar: die Schließung einer Nebenstelle bedeutet nicht mehr als die Umlegung ihrer Geschäfte auf andere Institute der gleichen Sparkasse, während für die Errichtung von Zweigstellen wirtschaftspolitische Rücksichten (Perdelwitz, S.179: "unerwünschte Kräfteverschiebung zwischen den verschiedenen Gruppen des Kreditgewerbes", "Übersetzung des Kreditgewerbes und damit eine Schädigung seiner Rentabilität") eine Rolle spielen. Gerade das aber muß auch für die Ausgliederung von Nebenstellen unter Überführung auf ein anderes Kreditinstitut gelten. Hier tritt insbesondere die Frage auf, ob die Ausgliederung im Hinblick auf die finanzielle Kapazität und Rentabilität der Sparkasse gebilligt werden kann.

Falls die Zweigstellen in der Satzung im einzelnen genannt sind, würde sich aus der Satzungsänderung eine zusätzliche Genehmigungsbedürftigkeit ergeben.

Bei der Überführung von Zweigstellen von Sparkassen preußischen Rechts, für welche die Sparkassenverordnung von 1932 gilt, auf ein anderes Kreditinstitut gleich welcher Art müssen zwei Rechtsvorgänge rechtlich auseinandergehalten werden, wenn sie auch in der praktischen Durchführung

nicht klar geschieden sein mögen:

1. Die Statusveränderung in Ansehung der Zweigstelle. Damit ist Folgendes gemeint. Die Sparkasse ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. An dieser Qualität nehmen auch die Zweigstellen der Sparkasse teil. Damit haben sie einen bestimmten Status - wenn die Qualifizierung der Sparkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts mehr sein soll, als eine bloße Redensart. Wird eine Zweigstelle aus dem Verband der öffentlichen Körperschaft ausgeschieden, so verliert sie ihren bisherigen Status, um mit der Eingliederung in ein anderes Kreditinstitut einen neuen Status, sei es privaten, sei es öffentlichen Rechts zu gewinnen.

2. Der Vorgang der Überführung, der sich in zahlreiche Einzelvorgänge auflöst: Die Überführung des Personals, etwaigen Grundeigentums oder mietvertraglicher Rechte, der Konten, der geleisteten Sicherheiten usw.
Die Statusveränderung ist der primäre und wesentliche Vorgang, die Überführung ist als die Vollziehung der Statusveränderung anzusehen.
Beides, Statusveränderung und Vollziehung derselben, hängt praktisch gesehen, natürlich eng zusammen. So wird für den Beschluß der Statusänderung in aller Regel wesentlich sein, unter welchen Bedingungen sie vollzogen werden soll.
Aber diese Bedingungen sind nur ein Motiv für die Beschlußfassung, sie sind nicht ein Bestandteil der Statusänderung selbst. Wird das nicht scharf auseinandergehalten, dann ist eine zutreffende juristische Erfassung des Gesamtvorgangs von vornherein verschlossen. Es ist der Mangel der beiden in dieser Sache ergangenen Urteile, daß sie diese beiden juristischen Elemente nicht in ihrer juristischen Eigenbedeutung erkennen und sondern.
Damit ergeben sich zwei Folgerungen:

1. Die Verfahrens- und Formvorschriften, die zu beachten waren, sind für die Statusveränderung und für die Durchführung gesondert zu ermitteln.
2. Einzelvorgänge der Durchführung können nicht einen etwa

fehlenden Beschluß auf Statusänderung ersetzen, sie lassen einen de jure - Rückschluß auf einen solchen Beschluß nicht zu, sondern können nur eine de facto - Vermutung dahin begründen, daß der Beschluß auf Statusänderung rechtswirksam gefaßt worden ist. Es ist wohl zu beachten, daß zwischen dem Beschluß auf Statusänderung und den Rechtsakten der Durchführung keinesfalls ein gleiches Verhältnis obwaltet wie zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und den Erfüllungshandlungen nach bürgerlichem Recht. Während die Erfüllungshandlung nach bürgerlichem Recht im Zweifel als das Zugeständnis der Verpflichtung angesehen werden kann und muß, ist eine gleiche Folgerung hier nicht möglich, weil die Statusänderung kein Verpflichtungsgeschäft ist. Das von den Klägern als rechtswirksam zustande gekommen behauptete Verpflichtungsgeschäft darf mit dem Beschluß auf Statusänderung nicht verwechselt werden. Darauf wird im folgenden noch zurückzukommen sein.

Ist der juristisch zentrale Vorgang bei der Ausgliederung und Überführung von Sparkassenzweigstellen die Statusveränderung, so ist die Folgerung zwingend, daß die Verpflichtung zu einer solchen Statusveränderung nur von demjenigen Organ rechtswirksam eingegangen werden kann, welches auch für die Beschlußfassung über die Statusänderung zuständig ist. Das aber ist der Vorstand. Der Vorstand verwaltet die Sparkasse (§ 4 MuSa). Er vertritt sie gerichtlich und außergerichtlich (§ 5 Abs.1 MuSa). Andere Organe vermögen die Sparkasse nur zu verpflichten, soweit sie in der Satzung dazu ermächtigt werden. Eine solche Ermächtigung fehlt für den vorliegenden Fall. Infolgedessen mußte der Vertrag vom 30.Dezember 1944 , um die Beklagte wirksam zu verpflichten, entweder von dem Vorstand abgeschlossen oder von dem Vorstand förmlich gebilligt werden. Auf die Frage, ob der Vorstand seine alleinige Befugnis zum Vertragsabschluß auf die Unterzeichner des Vertrages übertragen konnte, komme ich später zurück. Vorwegnehmend sei hier nur festgestellt, daß eine solche Übertragung - sofern man sie überhaupt für zulässig

erachtet - eines Übertragungsaktes bedarf, an dem es, wie später dargelegt wird, fehlt. Offenbar sind die Vertreter der Beklagten, der Landrat des Gewährverbandes als Vorsitzender des Vorstandes und der Direktor der Sparkasse bei der Unterzeichnung des Vertrages nach § 11 der Satzung verfahren. Der Vertrag fällt jedoch nicht in den Bereich der in § 11 geregelten Geschäfte. Deshalb wurde durch die Unterzeichnung der Genannten die Beklagte nicht rechtswirksam verpflichtet.

Dazu Elleringmann, Die Außenvertretung der preußischen Sparkassen, 1940, S.18 ff., 28 ff.

Der rechtswirksamen Verpflichtung steht auch die Tatsache entgegen, daß die Urkunde insofern mit einem Formmangel behaftet ist, als die Beifügung des Dienstsiegels, die in § 11 ausdrücklich vorgeschrieben ist, unterblieben ist.

Obgleich es m.E., wie oben dargelegt, auf § 11 und die hier vorgeschriebene Form nicht ankommt, soll doch - in der Art eines Exkurses - zu der Formverletzung Stellung genommen werden, da sie im bisherigen Rechtsstreit Gegenstand eingehender Erörterungen geworden ist.
Besonders eingehend setzt sich das Gutachten des Herrn Ministerialrats Kleiner mit der Frage auseinander, welche Bedeutung der Tatsache beizumessen ist, daß die Beidrückung des Dienstsiegels unterblieben ist. Die Ausführungen des Gutachtens sind insofern bemerkenswert, als sie zu dem Ergebnis gelangen, daß ungeachtet des Wortlauts des § 11 MuSa ein Formmangel nicht vorliege, da die Beifügung des Dienstsiegels nicht mehr als zwingendes Erfordernis angesehen werden könne. Die Ausführungen des Gutachtens vermögen nicht zu überzeugen. Der Verfasser kommt zu seinem Ergebnis nur dadurch, daß er die Auslegungsregeln, welche bisher für Formvorschriften gegolten haben, als überholt zu erweisen sucht. Man ist bisher davon ausgegangen, daß die Formvorschriften ihre Logik und ihre Evidenz in sich tragen, so daß sie dem zeitlichen Wandel nicht unterworfen sind. Der Wechsel der Verhältnisse kann zwar den Zweifel wecken, ob eine Formvorschrift noch notwendig oder zweckmäßig ist, er kann aber ihren Inhalt nicht verändern. Vernünftigkeit

und Zweckmässigkeit unterstehen aber der alleinigen Beurteilung durch den Gesetzgeber. So kann man natürlich Zweifel hegen, ob es wirklich Gründe überlegter Zweckmässigkeit waren, welche den preussischen Gesetzgeber dazu veranlasst haben, das Formerfordernis der Siegelung in der Landgemeindeordnung für die östlichen Provinzen vorzusehen, in anderen Kommunalgesetzen jedoch nicht. Dieser Zweifel aber verdunkelt in keiner Weise die Evidenz der einschlägigen Bestimmungen, er ist also für deren Auslegung ohne jeden Belang.

Wenn Ministerialrat Dr. Kleiner dagegen geltend macht, diese streng formale Auslegung sei heute überholt, und darauf hinweist, dass die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte andere Auslegungsgrundsätze hervorgebracht hat und dass nach heute allgemeiner Meinung "eine derart abstrakt logische Argumentierung zur Begründung eines Urteils nicht ausreicht", so werden hier Dinge vermengt, die klar geschieden bleiben sollten. Es ist richtig, dass die moderne Rechtstheorie und Rechtspraxis sich vom Positivismus gelöst haben und dass der Rückgriff auf ungeschriebene Rechtsgrundsätze und die Anpassung der Normauslegung an dem Wandel der Verhältnisse als unentbehrliche Elemente der Rechtsfindung anerkannt sind. Selbstverständlich aber gelten diese neuen Methoden der Rechtsfindung nur in Ansehung solcher Normen die einen inhaltlichen Bezug auf normtranszendente Gehalte haben. Für Formvorschriften kommen sie nicht in Betracht und es hat auch bisher niemand ernsthaft versucht, sie auf diese auszudehnen.

Die Behauptung, dass eine gültig zustande gekommene und als zwingend gemeinte Formvorschrift diesen zwingenden Charakter nicht mehr habe, ist weder mit dem Hinweis auf ihre mangelnde Zweckmässigkeit (oder auf mangelnden vernünftigen Sinn) noch unter Berufung auf die gewandelten Methoden der Rechtsfindung glaubhaft gemacht, geschweige denn bewiesen. Sie ist schlechterdings unbeweisbar und damit unhaltbar. Das kann festgestellt werden, ohne auf die weitere Gedankenführung im einzelnen noch einzugehen.

Dem Verfasser des Gutachtens kann zugestanden werden, dass die moderne Rechtsentwicklung die Formstrenge in gewisser Weise gelockert hat. Das jedoch nicht so, dass sie zwingende Formvorschriften in nicht zwingende umgedeutet hätte (was in Wahrheit eine Negation der Formvorschrift bedeuten würde, womit also die Grenzen der Auslegung überschritten sein würden), sondern indem sie gegen die Berufung auf Formmängel die Einrede der Arglist in weiterem Umfange anerkannt hat.

Ob die Einrede der Arglist auch bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand zulässig ist, ist bestritten. Das Reichsgericht (RGZ 157,207) hat gegenüber der Berufung auf den Formmangel eines Rechtsgeschäfts der öffentlichen Hand die Einrede der Arglist für unzulässig erklärt. Der BGH ist dem Reichsgericht zunächst gefolgt (L.M § 30 DGO Nr.1) und deshalb von Nipperdey (JZ 1952, S.577) heftig angegriffen worden. In seinem mehr agressiven als in die Tiefe gehenden Aufsatz hat Nipperdey die Auffassung vertreten, dass zwischen den Rechtsgeschäften der Privaten einerseits und der öffentlichen Hand andererseits kein Unterschied mehr statthaben dürfe. Dem ist Beizke in abgewogenen und differenzierenden Ausführungen (MDR 1953, S.1 f) entgegengetreten, die zu dem Ergebnis gelangen, dass sich der bisherigen Rechtsprechung ein allgemeines Prinzip nicht entnehmen lasse, dass die Rechtsprechung sehr stark nuanciere und dass es deshalb in erster Linie auf die Umstände des jeweiligen Falles ankomme.

Dem ist beizutreten. Bei der Beurteilung des einzelnen Falles ist davon auszugehen, "dass die Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der Pflicht zur Beobachtung der Formvorschriften ergeben, vor dem Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben den Vorrang haben" (Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 6.Aufl. S.153). Das gilt nicht nur für die hoheitliche Verwaltung. Ihn auch auf rechtsgeschäftliche Akte des Privatrechts anzuwenden, ist schon deshalb geboten, weil heute viele Verwaltungsobliegenheiten in den Formen des Privatrechts erledigt werden und hier die gleichen Gesichtspunkte ge-

geben sind, welche es angezeigt erscheinen lassen, von einer Gleichstellung mit den Rechtsgeschäften Privater abzusehen. Lediglich für die fiskalische Betätigung lässt sich eine solche Gleichstellung allenfalls erwägen. Um eine solche handelt es sich jedoch im vorliegenden Falle nicht. Von einer weiteren Erörterung dieser Frage soll jedoch abgesehen werden, weil es auf sie für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht ankommt.

Ist nach den bisherigen Ausführungen mit der Unterzeichnung des Vertrages durch den Landrat und den Sparkassendirektor eine wirksame Verpflichtung der Beklagten nicht eingetreten, so könnte diese nachträglich dadurch herbeigeführt worden sein, dass der Vorstand der Beklagten den Vertrag angenommen hat. Das behauptet die Klägerin, indem sie darauf verweist, dass eine besondere Form für einen solchen Beschluss nirgendwo vorgeschrieben sei.

Wollte man der Klägerin darin folgen und wollte man weiter mit dem Urteil in zweiter Instanz annehmen, dass auch die aufsichtsbehördliche Genehmigung, da besondere Formvorschriften fehlen, aus den Umständen gefolgert werden kann, dann käme man zu dem Ergebnis, dass auch die Missachtung elementarster Anforderungen an das Verfahren rechtlich unschädlich sein würde. Die Tatsache aber, dass besondere Form- und Verfahrensvorschriften fehlen, bedeutet keinen Freibrief für beliebige Prozeduren.

Um den Vertrag vom 30.12.1944 als für die Beklagte verbindlich ansehen zu können, müssen drei Rechtstatsachen vorhanden sein:

1. Vorstandsbeschluss zur Statusänderung unter den Bedingungen des Vertrages (actus contrarius zu § 3 MuSa)
2. Genehmigung dieses Beschlusses durch die Aufsichtsbehörde
3. Unterzeichnung des Vertrages durch den Vorstand.

Es ist nunmehr zu prüfen, ob diese Rechtstatsachen vorliegen.

Zu 1. Der Vorstand der Sparkasse ist eine öffentliche Behörde (§ 5), und zwar eine Kollegialbehörde. Beschlüsse einer Kollegialbehörde werden grundsätzlich gemeinsam

unter gleichzeitiger Anwesenheit der Mitglieder der Kollegialbehörde gefaßt. Die Beschlußfassung kann, wenn besondere Vorschriften fehlen, schriftlich durch gemeinsame Unterzeichnung oder mündlich erfolgen. Im zweiten Falle ist es ein Ordnungserfordernis, daß die mündliche Beschlußfassung protokolliert wird. Ob die Protokollierung nur der Beweissicherung dient und ihre Unterlassung dann unschädlich ist, wenn der Beweis der Beschlußfassung auf andere Weise erbracht werden kann, ist mindestens zweifelhaft. Beschlüsse aber, die der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterliegen, bedürfen immer, auch wenn Formvorschriften nicht bestehen eines Minimums an urkundlicher Form. Beschlußfassung dieser Art und aufsichtsbehördliche Genehmigung sind kein möglicher Gegenstand formloser Gespräche. Auch ohne daß die Gesetze darüber ausdrücklich etwas besagen, setzen sie ein Minimum von Form als selbstverständlich voraus, weil sie davon ausgehen, daß sich die elementaren Vorbedingungen einer geordneten Verwaltung von selbst verstehen. Ein solcher Beschluß ist vom Vorstand nicht gefaßt worden. Auf die weitere Möglichkeit, daß der Beschluß nicht in gemeinsamer Entschließung, sondern im Wege einer schriftlichen Notierung der einzelnen Mitglieder des Vorstandes zustande gekommen sein könnte, braucht nicht eingegangen zu werden, weil eine solche Notierung nicht stattgefunden hat. Keinesfalls kann ein Beschluß schon dadurch zustande kommen, daß die Mitglieder eines Kollegiums mündlich ihre Meinung zu einer Sache aussprechen. Das gilt auch dann, wenn sie in dieser Meinung übereinstimmen. Solche Bekundungen sind juristisch irrelevant, wenn sie nicht, wie die Redensart zutreffend sagt, "zum Beschluß erhoben werden". Wollte man anders urteilen, so wäre das das Ende jeder geordneten Verwaltung.

Darüber besteht Einmütigkeit in allen Rechtskreisen.
Zum französischen Recht sei verwiesen auf Waline, Droit administratif, 7.Aufl.,1957, Nr. 503, wo es unter Berufung auf arrèt v.3.August 1907, Jeuffroy, heisst:" Même une majoritè de conseillers municipaux, agissant ut singuli, sont irrecevables àreprèsenter la commune en justice."
Vergl. auch Aubry, Revue de Jurisprudence administrative, in: Revue de Droit public, 1955, S. 761 (Anmerkung zu Arrèt v.4.Februar 1955, Vallet) und derselbe ebenda, 1956, S. 376.

Zum amerikanischen Recht vergl. American Jurisprudence, Bd. 37, Stichwort Municipal Corporations, § 54, wo es heisst: "Action af all the members of the council separately is not the action of the council and an agreement entered into separately by the members of the council outside a regular meeting is not binding". Eine gleiche Entscheidung des Supreme Court für boards und commissions findet sich ebenda, Bd. 42, Stichwort Public Administrative Law, § 54.

Daß der Vorsitzende eines Kollegiums nicht rechtswirksam an dessen Stelle handeln kann ist ausgesprochen: vom preuss. OVG im Urteil v. 19.September 1911, Bd. 60, S. 3ff, vom RArb.G. im Urteil v. 22.Januar 1929, JW 1929, S. 1303, vom BGH im Urteil v. 14.Juli 1956, BGHZ Bd.21, S. 294 (dazu die kritische Anm. v.Ule DVBl 1957, S. 24); ebenso Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S.208, Huber, Wirtschaftverwaltungsrecht, 2.Aufl., Bd.2, S. 727, anderer Auffassung ausser Ule Wolff, Verwaltungsrecht I, 2.Aufl., S. 246.

Den Vorstandsmitgliedern der Beklagten darf so viel Sinn für geordnete Verwaltung unterstellt werden, daß die Annahme gerechtfertigt ist: hätten sie einen solchen Entschluß fassen wollen, so hätten sie sich der gehörigen Formen auch bedient. Es ist deshalb davon auszugehen, daß ein solcher Beschluß nicht zustande gekommen ist.

Zu 2. Erst die Fassung eines solchen Beschlusses aber ist die Voraussetzung, unter der die Aufsichtsbehörde tätig werden kann. Normalerweise wird die Aufsichtsbehörde mit einer Angelegenheit erst befaßt, wenn ihr ein solcher Beschluß zur Genehmigung vorgelegt wird. Daß eine Aufsichtsbehörde sich bereits früher einschaltet und an den Vorgängen teilnimmt, welche hernach über ein Genehmigungsersuchen an sie herangetragen werden, ist natürlich möglich. Immerhin gibt der Tatbestand Veranlassung, folgendes klar herauszustellen: nicht der Vertrag vom 30.12.1944 war zu genehmigen, sondern der noch zu fassende Beschluß des Vorstandes der Beklagten. Ein Vertreter der Aufsichtsbehörde konnte deshalb im Zuge der Vertragsverhandlungen allenfalls erklären, daß ein auf Grund dieses Vertrages ergehender Beschluß des Vorstandes der Beklagten (analog § 3 MuSa) aufsichtsbehördlich genehmigt werden würde.
Er konnte nicht genehmigen, was noch nicht geschehen war, ganz abgesehen davon, daß das Reichswirtschaftsministerium, wie noch darzulegen sein wird, für die Erteilung der Genehmigung überhaupt nicht zuständig war.
Übrigens weiß jeder, der mit dem Dienstbetrieb einer Aufsichtsbehörde vertraut ist, daß Behördenvertreter, die zu Verhandlungen wie im vorliegenden Fall entsandt werden, in der Regel zur Abgabe bindender Erklärungen nicht befugt sind, weil die Entschließung der Behörde in Angelegenheiten von einiger Bedeutung die Billigung mindestens des Abteilungsleiters voraussetzt und nicht auf Referentenebene getroffen wird. Vor allem aber bedarf auch die aufsichtsbehördliche Genehmigung eines Minimums an Form, auch wenn besondere Formvorschriften nicht bestehen. Die bloße zustimmende Haltung eines Vertreters der Aufsichtsbehörde bei einem Vertragsabschluß genügt diesem Minimum an Form nicht. Dazu würde mindestens gehören, daß diese den Genehmigungswillen andeutende Haltung durch eine nachträgliche schriftliche Bekundung bestätigt wird.

Aber darauf kann es aus folgendem Grunde nicht ankommen. Es bedarf, insbesondere im Hinblick auf die einschlägigen

Ausführungen des zweitinstanzlichen Urteils folgendes der Klarstellung.

Der Vertrag vom 3o.12.1944 bedurfte der aufsichtsbehörlichen Genehmigung. Aufsichtsbehörde ist gem. § 28 Spark.VO. der Regierungspräsident. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Urteils ist davon auszugehen, daß weder ein Vertreter des Regierungspräsidenten an den Verhandlungen teilgenommen hat, noch eine Genehmigungserklärung des Regierungspräsidenten abgegeben worden ist. Teilgenommen hat an den Verhandlungen ein Vertreter des Reichswirtschaftsministeriums. Wenn das Urteil dieser Tatsache rechtliche Bedeutung beimißt, dann kann das nur so verstanden werden, daß das Gericht das Reichswirtschaftsministerium als eine Art oberster Aufsichtsbehörde ansieht, deren Beteiligung die Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörde wenn nicht entbehrlich macht, so doch vermuten läßt.

Diese Auffassung ist unhaltbar, weil sie die durchaus verschiedenartigen Aufsichtsbefugnisse des Reichswirtschaftsministeriums und des Regierungspräsidenten nicht unterscheidet. Die Beteiligung des Reichswirtschaftsministeriums an dem Vorgang beruhte auf Art. 1 der Ersten Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 9. Februar 1935 (RGBl. I, S. 2o5), die unter Buchst.e) die Übernahme einer Zweigstelle durch ein anderes Kreditinstitut an die Erlaubnis des Reichskommissars für das Kreditwesen, auf Grund des Änderungsgesetzes vom 15. September 1939 (RGBl. I S. 1953) des Reichswirtschaftsministers bindet. Diese Fachaufsicht schließt begrenzte Befugnisse ein, deren Wahrnehmung den kreditpolitischen öffentlichen Interessen dient.

> Dazu die Breslauer Dissertation von Günther Abicht, Der Aufgabenkreis der Sparkassenaufsichtsbehörden in Preußen, 1937; wenn auch in zeitpolitisch bedingter Einkleidung, werden hier S. 15 ff., 27 ff. die beiden Aufsichtsarten deutlich voneinander unterschieden.

Sie ist nicht etwa Ausfluß der allgemeinen Staatsaufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts. Daraus ergibt sich, daß sie neben diese Staatsaufsicht tritt, welche

umfassendere Aufgaben wahrzunehmen hat. Es besteht also für den in Rede stehenden Vorgang:

1.) Die Erlaubnispflichtigkeit nach dem Gesetz über das Kreditwesen (KWG). Diese bezieht sich auf die Übergabe wie die Übernahme der Zweigstellen, umfaßt also die Klägerin wie die Beklagte, woraus sich der Unterschied zur Aufsicht über öffentliche Körperschaften noch einmal klar ergibt.
2.) Die Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 3 (analog MuSa), § 28 SpVO für die Beklagte.

Gemäß § 49 KWG ist auch die Einwilligung zu 1) von der Staatsaufsichtsbehörde zu erteilen, die insoweit an Weisungen des Reichswirtschaftsministeriums gebunden ist.
Im vorliegenden Falle haben die Beteiligten keine gemeinsame Staatsaufsichtsbehörde. Daraus ergibt sich, daß beide Staatsaufsichtsbehörden einzuwilligen haben, für die Übernahme, die der Klägerin - für die Übergabe, die der Beklagten. Die gelegentlich vorgesehene Entscheidung der gemeinsamen Oberbehörde - in diesem Falle des Reichswirtschaftsministeriums - dürfte hier deshalb nicht in Betracht kommen, weil ohnehin beide Aufsichtsbehörden wegen der sonstigen Genehmigungsbedürftigkeit mit der Angelegenheit befaßt waren und eine abträgliche Meinungsverschiedenheit der Aufsichtsbehörden insoweit durch eine Weisung des Reichswirtschaftsministeriums abgeglichen werden konnte.

Unter diesen Umständen muß die Anwesenheit des Vertreters des Reichswirtschaftsministeriums bei den Vertragsverhandlungen als rechtlich irrelevant angesehen werden. Der Reichswirtschaftsminister hatte in dieser Sache nichts zu erlauben. Er konnte nur die Aufsichtsbehörden anweisen, die Einwilligung zu erteilen. Aus der Tatsache, daß der Regierungspräsident als Aufsichtsbehörde der Beklagten in der Angelegenheit offenbar nichts veranlasst oder unternommen hat, ~~wird man den Schluß ziehen dürfen~~ ungefähr, daß ihm ein Ersuchen des Reichswirtschaftsministeriums nicht zugegangen ist. Sollte das auf einer Störung des Dienstbetriebs und der Dienstwege durch Kriegsereignisse beruhen, so wäre auch das für die rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung.

Erst recht verfehlt sind die Ausführungen, welche darauf hinauslaufen, die Genehmigungsbedürftigkeit in eine bloße Beanstandungsmöglichkeit umzudeuten. Ein Blick in die geltenden Kommunalgesetze läßt erkennen, daß diese (wie übrigens auch die vor 1945 geltende Deutsche Gemeindeordnung vom 3o. Januar 1935) zwischen der Genehmigung und der Beanstandung scharf, und zwar im Sinne einer Graduierung unterscheiden: Die Genehmigung ist das stärkere, die Beanstandung das schwächere Aufsichtsmittel. Es ist eine Überschreitung aller Zulässigkeitsgrenzen der Gesetzesauslegung, ein Genehmigungsrecht in ein Beanstandungsrecht umzudeuten. Selbst wenn der Regierungspräsident die in Rede stehenden Vorgänge genau gekannt und sie sogar gebilligt hat, ist das rechtlich so lange bedeutungslos, als er seine Genehmigung nicht erklärt hat.

Es gibt unter bestimmten Voraussetzungen ein Selbsteintrittsrecht der höheren Behörde mit verdrängender Wirkung für die niedere Behörde (Forthoff, a.a.O. S.2o6, 375 f.). Die Heranziehung dieses Gesichtspunkts mit der Folgerung, daß die Genehmigung des Regierungspräsidenten wegen der Beteiligung des Reichswirtschaftsministeriums als entbehrlich angesehen werden könnte, scheitert aus den schon angegebenen Gründen. Sie wäre nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn das Reichswirtschaftsministerium als obere Aufsichtsbehörde anzusehen wäre. Das ist aber, wie bereits dargelegt wurde, nicht der Fall. Deshalb kommt auch für das Reichswirtschaftsministerium die Befugnis zum Selbsteintritt nicht in Betracht.

Zusammenfassend ergibt sich also, daß weder die nach der VO vom 9.2.1935 erforderliche Einwilligung, noch die von der Satzung geforderte staatsaufsichtliche Genehmigung erteilt worden ist.

<u>Zu 3.</u> Daß der Vorstand den Vertrag nicht unterzeichnet hat, steht als unstreitig fest, Die Frage ist lediglich, ob die Beklagte sich so behandeln lassen muß, als ob die Unterzeichnung erfolgt wäre. Das wäre dann der Fall, wenn gegen sie, indem sie sich auf die mangelnde Unterzeichnung

beruft, die Einrede der Arglist erhoben werden könnte. Das ist nunmehr zu prüfen.

Für die rechtliche Würdigung wird zunächst zu ermitteln sein, welcher Mangel mit der fehlenden Unterzeichnung durch den Vorstand vorliegt, ob ein Formmangel oder ein Vertretungsmangel. Der Formmangel besteht darin, daß ein Rechtssubjekt (oder mehrere) zwar eine Willenserklärung abgegeben hat, diese Willenserklärung jedoch nicht die vorgeschriebene Form erhalten hat. Ein Vertretungsmangel liegt dann vor, wenn nicht das zuständige Rechtssubjekt, sondern ein anderes Rechtssubjekt eine Willenserklärung abgegeben hat.

Im vorliegenden Falle hat der nach der Satzung allein zuständige Vorstand eine Willenserklärung nicht abgegeben. Er war an den Verhandlungen, welche zu der Einigung am 30. Dezember 1944 führten, nicht beteiligt. Damit ist dieser Fall dem Tatbestand des Urteils BGHZ Bd. 21 S.59 nicht rechtsähnlich. Dort handelt es sich um die Verbindlichkeit eines Vertrages, der zwar der in § 37 Abs. 2 Satz 1 GO vorgeschriebenen Form ermangelte, bei dessen Aushandelung jedoch die zuständigen Organe der Gemeinde zustimmend beteiligt waren, so daß es lediglich daran fehlte, daß der mündlich dem anderen Vertragspartner bereits ausgesprochene Wille zum Abschluß dieses Vertrages in gehörige Form gebracht wurde.

Da der Vorstand der Beklagten einen Kollektivwillen in der Form eines Beschlusses, wie bereits dargelegt wurde, nicht gefaßt hat, auch nicht mündlich, der Ausdruck eines rechtsgeschäftlichen Willens der Klägerin gegenüber demgemäß fehlt, scheidet die Annahme eines bloßen Formmangels aus. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß anstelle des allein zuständigen Vorstandes zwei in dieser Sache nicht vertretungsberechtigte Organe der Beklagten gehandelt haben.

Anders wäre es möglicherweise dann, wenn angenommen werden könnte, daß die beiden Unterzeichner auf Grund einer ihnen vom Vorstand erteilten Vollmacht gehandelt haben. Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens wäre allerdings darum

zweifelhaft, weil, in Abweichung von den Normen des Gesellschaftsrechts, die Bestimmungen der Mustersatzung öffentlichen Rechts und demnach zwingend sind. Die Bevollmächtigung würde eine Norm zwingenden Rechts durchbrechen. Folgt man den Ausführungen Triepels (Delegation und Mandat, 1942, S.22 ff., 131 ff.), denen sich VGH Kassel v. 24.11.1950 (VRspr. Bd. 4 S.565) angeschlossen hat, so würde man die Zulässigkeit einer Mandatserteilung an sich bejahen können. Das würde aber die Unterzeichnung wie geschehen deshalb nicht rechtfertigen können, weil das Mandat nur im Namen des Mandanten wirksam ausgeübt werden kann. Es hätte deshalb bei der Unterzeichnung des Vertrages zum Ausdruck gebracht werden müssen, daß sie im Namen des Vorstandes erfolgt. Im übrigen sprechen alle Umstände dagegen, daß die Unterzeichner auch nur den nicht ausgesprochenen Willen gehabt haben sollten, für den Vorstand zu handeln.

Die Rechtsprechung macht in der Zulassung der Einrede der Arglist bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand einen Unterschied zwischen der Berufung auf Formmängel und der Berufung auf Mängel der Vertretungsmacht und des Verfahrens. Dagegen sind zwar gelegentlich Bedenken erhoben worden (Nipperdey, JZ 1952, S.577 ff.; Scholz, NJW 1953, S.961 ff.). Diese Bedenken sind jedoch nicht begründet. In der Tat sind die Formvorschriften und die Vorschriften über Vertretungsmacht und Verfahren von derart unterschiedlichem Gewicht, daß sie eine differenzierende Würdigung verlangen.

Zur Auswertung der umfangreichen Rechtsprechung in dieser Frage sei bemerkt, daß die Abgrenzung der Formmängel und der Mängel der Vertretungsmacht in der Judikatur des Reichsgerichts lange unter dem Aspekt einer besonderen Rechtsauffassung gestanden hat. Indem es nämlich davon ausging, daß landesrechtliche Formvorschriften für Rechtsgeschäfte der öffentlichen Hand im Hinblick auf Art. 55 EG BGB unzulässig seien, sah es sich genötigt, die Formvorschriften in Vorschriften über die Vertretungsmacht umzudeuten. Diese Auffassung ist heute als rechtsirrtümlich erkannt. Gut dazu Wild, NJW 1955, S.695 (rechts unten: "Die Formvorschriften für Verpflichtungser-

klärungen der öffentlichen Hand sind damit Ausdruck und Teil eines Organisationsaufbaues, nicht aber Formbestimmungen im Sinne des BGB."

Während die Rechtsprechung die Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf bloße Formmängel bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand im allgemeinen zuläßt, hält sie strikte daran fest, daß diese Einrede gegenüber Mängeln der Vertretungsmacht und gegenüber dem Mangel der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nicht zulässig ist.

Die aufsichtsbehördliche Genehmigungsbedürftigkeit stellt eine zwingende Verfahrensregelung dar, bei deren Nichtbeachtung die Einrede der Arglist aus einem einleuchtenden praktischen Grunde nicht durchschlagen kann. Wäre nämlich die Einrede zulässig, so könnte sich die beaufsichtigte Verwaltungsinstanz dem Erfordernis der Genehmigung leicht entziehen, indem sie die Genehmigung nicht nachsucht und sich auf den Standpunkt stellt, sie müsse erfüllen, weil sie sich sonst der Einrede der Arglist aussetze. Deshalb haben die Gerichte die Einrede der Arglist in diesem Falle nicht gelten lassen.

RGZ Bd.68, S.408, JW 1936 S.726, RGZ Bd.157 S.207; Bd.162 S.130, RVerwG. v. 22.Juli 1941, Bd.1 S.53; dazu Beitzke, MDR 1953, S.3: "Auch hier hat die Rechtsprechung die Berufung auf § 242 BGB gegenüber der fehlenden Genehmigung - soweit ersichtlich - nie zugelassen"; vgl. auch Wild, a.a.O. S.694 (unter 4).

Das gleiche gilt für Mängel in der Vertretungsmacht. Gegen ihre Geltendmachung haben die Gerichte in ständiger Rechtsprechung die Einrede der Arglist für unzulässig erklärt. Bei den einschlägigen Vorschriften haben die Interessen der öffentlichen Verwaltung so eindeutig den Vorrang, daß ihnen gegenüber die Berufung auf schutzwürdige Belange des anderen Teils notwendig versagen muß. Indem die Gerichte an dieser Auffassung ohne Schwanken festgehalten haben, haben sie nicht verkannt, daß sich daraus Erschwerungen im Rechtsverkehr für den Einzelnen ergeben müssen, dem damit die Pflicht aufgebürdet wird, sich über die Vertretungsmacht von Verwaltungsorganen zu verlässigen.

Vgl. RGZ Bd.157 S.207 (213),OLG München in MDR 1953, S.165 und die oben wiedergegebenen Hinweise.

Der Beklagten kann somit, wenn sie sich auf die oben im einzelnen dargelegten Mängel der Vertretungsmacht und des Verfahrens beruft, die Einrede der Arglist nicht entgegengehalten werden. Daran ändern auch die geschehenen Erfüllungshandlungen nichts. Denn diese Erfüllungshandlungen lassen den Mangel der aufsichtsbehördlichen Genehmigung schon deshalb unberührt, weil die Aufsichtsbehörde an ihnen nicht beteiligt war und deshalb ein konkludentes Handeln für sie nicht in Betracht kommt (wobei dahingestellt bleiben kann, ob ein solches Handeln überhaupt ausreichen würde). Da auch der Vorstand bei den Erfüllungshandlungen nicht mitgewirkt hat, gilt für ihn das gleiche.

Aus diesen Gründen komme ich zu dem Ergebnis:

1. Der Vertrag zwischen den Parteien vom 30. Dezember 1944 ist nicht rechtswirksam zustande gekommen.
2. Der Erfüllungsverweigerung kann die Einrede der Arglist nicht entgegengehalten werden.

Heidelberg, den 14. Februar 1958

gez. Professor Dr. Ernst Forsthoff

Material zum Gutachten im Prozeß Sparkasse Hamburg / Kreissparkasse Stormarn

Zur Frage der mangelnden Form:

BGH I ZR104/50 v. 22.5.51 in LM Nr.1 zu § 36 DGO:
Der Rechnungsführer einer Forstgenossenschaft schließt einen Kaufvertrag über Holz ab, obwohl er nicht Vertretungsberechtigt ist, und wahrt dabei nicht die vorgeschriebene Form. Der Vertrag wird zumindest teilweise erfüllt.
"an der Rspr des RG wird festgehalten, daß sich Gemeinden nur in der Form des §36 DGO verpflichten können. Die Bedeutung dieser Formvorschriften liegt nach der st. Rspr. des RG nicht darin, daß sie Formvorschriften für das Handeln der Körperschaften im rechtsgeschäftlichen Verkehr geben, als vielmehr darin, daß sie eine Sicherung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften gegen eine mißbräuchliche Vertretung durch zuständige Vertreter darstellen. (Es folgen Zitate der RG'Entscheidungen, von denen RG 104,225; 89,433; 83,396;73,200; 68/407 nicht die Frage behandeln, ob ein Formverstoß vorliegt und ob er durch die Berufung auf Treu & Glauben geheit werden kann. Sie sind für den vorliegenden Sachverhalt uninteressant.) Die Begündung, mit der das RG in Bd. 157,212 den Einwand des Verstoßes gegen Treu & Glauben zurückgewiesen hat, weil dieser Einwand gegen das öffentliche Interesse an einem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaft dagegen, daß sie durch unberechtigte Vertragsschlüsse in langwierige und kostspielige Rechtsstreitigkeiten verwickelt würden, zurücktreten müssen, trifft auch im vorliegenden Fall in vollem Umfang zu."... Der Vertrag wurde auch durch die Erfüllung nicht geheilt.

Die in LM Nr. 1 zu 9 36 DGO zitierten RG-Urteile:
RG67,269: "Der Gesetzgeber will die Gemeinden dagegen schützen, daß das zu ihrer Vertretung berufene Gemeindeorgan sie, weil er Vertreter nach außen ist, ohne weiteres mit Verbindlichkeiten belasten kann. Deshalb ist seine Vertretungsmacht in dieser Beziehung eingeschränkt und für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften, aus denen sich Verbindlichkeiten der Gemeinden ergeben, förmliche urkundliche Aufnahme unter Zuziehung einer 2. Person vorgeschrieben."

RG 82,7: Für die Formvorschrift der preuß.LandgemO "hat das RG in st. Rspr den Standpunkt vertreten, daß die Beobachtung der Form die Voraussetzung bilde, unter der das Willensorgan der Gemeinde für diese verbindliche Erklärungen abgeben könne, daß die dem § 88 nicht entsprechenden Erklärungen außerhalb des Rahmens der Vertretungsmacht des Gemeindevorstandes, die eben nur in der Form des Gesetzes ausgeübt werden könne, lägen und mithin als nicht abgegeben zu gelten hätten... Als Zweck (des § 88) wird insbesondere hervorgehoben, das zwingende Formerfordernis solle zum Ausdruck bringen, daß die Gemeindevertreter ihre Erklärung in amtlicher Eigenschaft abgegeben haben, daß also der Inhalt der Erklärung wirklich als Wille der Gemeinde gilt."

RG 115,311 wiederholt nur RG 64,413 und die obengenannten Urteile auf einen Sachverhalt, nach dem lediglich auf einem Wechselakzept die erforderliche Bezugnahme auf den zugrunde liegenden Kreistagsbeschluß fehlte. Keine neuen rechtlichen Gesichtspunkte.

RG 64,413: Einem Vertrag fehlte die nach §88 preußLandgemO vorgeschriebene Form: Die Art der Organisation der juristischen Person des öffentlichen Rechts ist den Landesgesetzen überlassen. Diese haben zu bestimmen, in welcher Weise die öffentlich-rechtl. juristischen Personen durch Willensorgane zu vertreten sind und in welcher Weise diese Organe mit verbindlicher Kraft für die von ihnen vertretene Körperschaft ihre Erklärungen abzugeben haben.

Fortsetzung von RG 64, 413:

Die darüber gegebenen landesgesetzlichen Vorschriften bilden den Rahmen der Vertretungsmacht. Erklärungen, die von gesetzlichen Vertretern in anderer Form abgegeben werden, als das Gesetz vorschreibt, liegen, weil außerhalb des Gesetzes außerhalb der dem Vertreter nur zustehenden Vertretungsmacht. Wie im Privatrecht der Vollmachtgeber mehreren Personen derart Vollmacht erteilen kann, daß sie nur gemeinschaftlich und nur unter Einhaltung bestimmter Formen Willenserklärungen für ihn abgeben dürfen, so kann naturgemäß auch der Gesetzgeber bezüglich der gesetzlichen Vertretung bestimmte dabei innezuhaltende Formen verordnen. In Frage steht dabei nur der Rahmen der Vertretungsmacht, und ob innerhalb desselben gehandelt ist oder nicht.

BGH 21, 59 (Urteil vom 14.7.56, II ZR 167/54):

Leitsatz: Haben beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts, das nicht zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehört, die nach § 37 II rev. DGO berufenen Vertreter der Gemeinde mitgewirkt, fehlt jedoch diesem Rechtsgeschäft die nach § 37 II 1 vorgeschriebene Schriftform, so kann die Berufung der Gemeinde auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen der fehlenden Schriftform unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unbeachtlich sein.

Sachverhalt: Eine Pumpenfabrik hatte mit dem Bürgermeister und dem Gemeinderat über den Kauf einer Wasserpumpe verhandelt. Im Anschluß an die Besprechung bestellte der Gemeindedirektor im Auftrage der Gemeinde schriftlich die Pumpe zu den in der Besprechung vereinbarten Bedingungen und Terminen. Später war wegen Sachmängel gewandelt worden, schließlich hatte sich die Gemeinde auf die Formnichtigkeit berufen. Der BGH versagte der Berufung auf die Formnichtigkeit die Rechtsfolgen.

"Da nämlich die vertretungsberechtigten Organe dem Abschluß des Vertrages zugestimmt haben, handelt es sich bei dem Einwand der Klägerin nicht darum, daß der Vertrag mit der Beklagten vom Gemeindedirektor, also von einer nicht bevollmächtigten Person, abgeschlossen ist, sondern lediglich darum, daß hierbei nicht die Schriftform unter Beifügung der Unterschriften der vertretungsberechtigten Organe der Gemeinde gewahrt worden ist. Eine Berufung auf diesen reinen Formmangel ist im vorliegenden Fall nach den in Rspr. auf dem Gebiet des Privatrechts entwickelten Rechtsgrundsätzen nicht möglich, da hierin ein grober Verstoß gegen Treu und Glauben liegen würde."

LG Lübeck v. 21.5.52 IS 97/52 in MDR 52,745:

Eine Gemeinde haftet auch dann aus Vertrag, wenn für eine Erklärung an sich Schriftlichkeit vorgesehen ist, die Berufung darauf aber arglistig ist.

(Zunächst wird dargelegt, daß der zur Vertretung der Stadt befugte Bürgermeister mündlich gegenüber der Klägerin die käuflichen Abnahme der Sache zugesagt habe. Nach der GemO für Schl.-Holt. i.V. mit der Hauptsatzung der Stadt M bedürfe eine derartige Erklärung des Bürgermeisters zu ihrer Rechtswiksamkeit an sich der Schriftform.)
Mit der Berufung auf die Nichteinhaltung der nach §50 III GemO vorgeschriebenen Form kann die Bekl. nicht gehört werden. Dieser Einwendung der Bekl. steht die Einrede der Arglist entgegen. Die Rspr hat den Grundsatz herausgearbeitet, ein Vertragsschließender könne dem anderen gegenüber nicht die Formnichtigkeit des Vertrages geltend machen, wenn dies mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten gegen die guten Sitten oder gegen Treu & Glauben verstoße; dies sei namentlich dann anzunehmen, wenn er den anderen Teil durch sein Verhalten, wenn auch ohne böse Absicht, in den Irrtum versetze, oder in dem Irrtum erhalten habe, der Vertrag sei formlos gültig. Das RG hat sogar in letzter Zeit ausgesprochen, die Berufung auf den Formmangel sei schon dann nach §242 BGB unzulässig, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu & Glauben widerspreche, den Vertragsanspruch an der Formnichtigkeit scheitern zu lassen (RG 157,207). Hier handelt es sich um eine Erklärung, die der Bürgermeister selbständig abgeben kann und die nach der Vorschrift keiner Genehmigung bedarf.

RG in JW 1936, 1820:

Leitsätze: Einrede unerlaubter Rechtsausübung bei wegen Formmangels nichtigen einseitigen Verpflichtungserklärungen, die öffentliche Behörden auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts in urkundlicher Form übernommen haben.

Sachverhalt: Für einen Landkreis waren durch ein Kreisausschußmitglied unterzeichnete Schuldurkunden ausgestellt. Auf die Anfrage bei dem Landratsamt wurde dem Empfänger erklärt, die Urkunden seien in dieser Form gültig. Daraufhin nahm er weitere Urkunden dieser Art entgegen. Später machte der Kreis Nichtigkeit wegen Formmangels geltend.

Begründung: Bei formbedürftigen Verträgen, namentlich über den Verkauf von Grundstücken, kann sich nach der ständigen Rspr. des RG der Teil auf die Form nicht berufen, der den Vertragsgegner über das Formerfordernis oder dessen Tragweite, wenn auch nur fahrlässig, irre geführt hat. Da aber allen Vertragsteilnehmern, insbesondere die Pflicht obliegt die in § 313 vorgeschriebene Form zu erfüllen, so bedarf die Behauptung der eine Teil sei durch den anderen in den Irrtum versetzt, die Form sei unnötig, besonderer Begründung.
Hier liegt eine einseitige Verpflichtungserklärung vor. Eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde kommt nicht in Frage. Außerdem war die Klägerin durch die ihr erteilte Auskunft gerade auch über den Umfang der Vertretungsmacht der Kreisorgane getäuscht worden. Unter diesen besonderen Umständen trägt der Senat keine Bedenken, die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung zuzulassen.

RG in JW 1938, 1023:

Leitsatz: Die Berufung einer Partei auf Formmängel stellt dann eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn die Lossagung vom Vertrage mit dem bisher von der betreffenden Partei getätigten Verhalten nach allgemeinem Rechtsempfinden unvereinbar ist. - Das die nicht beachtete Formvorschrift zum Schutze einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen ist, schließt den Einwand unzulässiger Rechtsausübung jedenfalls dann nicht aus, wenn die andere Vertragspartei ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist.

Sachverhalt: Die klagende Stadtgemeinde bestreitet die Haftung für eine Bürgschaftsforderung, mit der gegen ihre Forderung aufgerechnet werden soll, weil die Bürgschaft nicht formgerecht übernommen wurde.

Begründung: Zunächst ist zu bemerken, daß die Vertreter der Klägerin die Formerfordernisse einer Bürgschaftserklärung gemäß den Vorschriften ihrer Städteordnung besser kennen müßten als die Beklagte. Zudem haben die Parteien, auch die Klägerin, später zur Bürgschaft ganz positiv Stellung genommen. Die Beklagte, deren Rechtsvorgängerin das Darlehn nur unter dem besonderen Verlangen nach der Bürgschaft übernommen hatte, ist im Vertrauen auf die Bürgschaftssicherung später zur Haftungsentlassung der bisherigen Darlehensschuldnerin und zum Verzicht auf die gesellschaftsmäßige Haftung der Gemeinden, die Gesellschafter des bisherigen Darlehnsschuldnerin waren, veranlaßt worden. Darüberhinaus ist die Beklagte im Auftrag der Bürgen und unter ausdrücklichem Hinweis auf die Bürgschaft schließlich auch noch zum Verzicht auf die Teilnahme am Konkurs der neuen Darlehensschuldnerin bestimmt worden. Dann aber würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Klägerin, nachdem sie die Vorteile des Darlehns genossen hat, sich unter Berufung auf die Formnichtigkeit ihrer Bürgschaftserklärung von ihrer Haftung lossagt.

Elleringmann, Die Außenvertretung der preuß. Sparkassen, 1940

S29. §11 Abs.1 S.2 will die organschaftliche Vertretung der Sparkassen für die dort genannten Gegenstände ganz allgemein regeln, und zwar sowohl organ- als auch formbestimmend.
S.33 Wird durch einen unter §11 I 2 MuSa fallenden Rechtsakt der formbestimmende Inhalt dieser Norm verletzt, so kann nur Nichtigkeit die Folge sein. Der in §125 BGB niedergelegte allgemeine Rechtsgedanke - nicht diese Norm selbst - hat zur Anwendung zu gelangen. Zwar stellt §11 I 2 keine eigentliche Formvorschrift dar; doch muß der formbestimmende Inhalt dieser Norm hinsichtlich seiner Verletzung wie eine Formvorschrift behandelt werden. - Der Gedanke des §125 BGB tritt gegenüber §11 I 2 MuSa in verstärkter Kraft und größerer Endgültigkeit auf, einmal weil die zwingende Kraft öffentlich-rechtlicher Normen überhaupt unbedingter ist als diejenige bürgerlich-rechtlicher Vorschriften, dann aber auch, weil durch §11 I 2 ein höheres Rechtsgut geschützt werden soll, als es die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts im allgemeinen zu schützen haben. Bei der Durchsetzung der letzteren handelt es sich nämlich - abgesehen vom Schutz der Gesetzesautorität - in erster Linie um zu schützende Interessen einzelner Volksgenossen, bei der Durchsetzung der ersteren dagegen um den Schutz der einen oder anderen Rechtsform verkörperten Gemeinschaft. Deshalb kann hier die Anwendung des §242 BGB, wie bei der Rspr zu §125, nicht Platz greifen.

Staudinger, §125 Anm.34a a.E.:

Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz erlaubt es nicht, daß ein so wichtiges Prinzip wie das von Treu & Glauben für einen Teil der Teilnehmer am Privatrechtsverkehr ausgeschlossen wird. Es ist dies um so weniger möglich, als die Geltung dieses Prinzips im öffentlichen Recht selbst im Lauf der letzten Jahrzehnte anerkannt worden ist und diese Anerkennung als besonderer Fortschritt empfunden wurde.
Hinzu kommt, daß die öffentlich-rechtlichen Formvorschriften für den Kontrahenten der öffentlichen Verwaltung oft nicht erkennbar sind. Dieser muß sich vielmehr auf die Zusicherung des Beamten verlassen können. Die fiskalischen Interessen können durch die Geltendmachung der Regreßpflicht derjenigen Beamten gewahrt werden, welche ihre Dienstvorschriften hinsichtlich der Formwahrung verletzt haben.
Gegenüber diesen Gründen kann nicht geltend gemacht werden, daß es sich hier um eine Einschränkung der Verpflichtungsfähigkeit handele, der gegenüber die Berufung auf Treu & Glauben ausgeschlossen sei. Denn es handelt sich hier nur um die Verletzung der Formvorschrift, nicht um eine Verletzung der Vertretungsvorschriften. Es haben also die für die Vertretung der öffentlichen Körperschaft zuständigen Organe gehandelt, diese muß daher das Verhalten ihrer Organe sich zurechnen lassen.

Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Mainzer Diss. 1954, zit. nach Staudinger aaO., S.103:
Solange Sinn und Zweck der verwaltungsrechtlichen Beurkundungsvorschriften, die öffentlich-rechtliche Körperschaft gegen unbedachte und sie gefährdende Willenserklärungen der für sie handelnden Personen zu schützen, nicht genügt ist, kann die Körperschaft auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu & Glauben als durch diese Erklärung verpflichtet angesehen werden. Etwas anderes muß gelten, wenn der Schutzzweck der Formvorschriften nach den gesamten Umständen nicht verletzt ist und die zuständigen Organe die Erklärungen nur deshalb nicht formgerecht vollzogen haben, weil sie entweder die maßgebenden Vorschriften aus Fahrlässigkeit nicht kannten oder absichtlich eine endgültige Verpflichtung verhindern wollten. Mußte der Erklärungsgegner in einem solchen Falle nach dem ganzen Verhalten der für die Körperschaft handelnden Personen zu dem Schluß gelangen, das Rechtsgeschäft sei wirksam und gültig vollzogen, so ist er nach dem Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes so zu stellen, wie wenn die zuständigen Organe die Verpflichtungserklärung für die öffentlich-rechtliche Körperschaft in der vorgeschriebenen Form abgegeben hätten.

Wild, Treu & Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand

NJW 55,693 ff. : (keine wörtliche Wiedergabe)
Unter I 2 Das Beidrücken von Gemeindesiegel oder Stempel ist Bestimmung formeller Natur. (vgl. RG 73,205 (208) : "Das Siegel dient nicht dazu, den Urkunden im Rechtsverkehr die Vermutung der Echtheit zu geben, sondern bezweckt lediglich, für die im Namen der Gemeinde abgegebene Erklärung eine gewisse Gewähr dafür zu bieten, daß dieselbe auch wirklich im Namen der Gemeinde abgegeben wird." S.210 "... Gemeindesiegel, dessen Erfordernis nur als Formvorschrift angesehen werden kann.")
Unter I 5"Das RG hat bis 1935, bei wenigen Ausnahmen, eine unterschiedliche Behandlung von Formvorschriften und sachlichen Zuständigkeitsregelungen nicht vorgenommen. Es war die Zeit, in der es wegen seiner Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der gemeindlichen Formvorschriften im Hinblick auf Art.55 EGBGB in allen Formvorschriften eine materielle Regelung der Vertretungsmacht erblickte." Trotzdem habe es, wo in der Sache nur eine Formvorschrift verletzt war,eine Berufung auf §242 BGB zugelassen, bei der Überschreitung einer Vertretungsmacht nie.

Fortsetzung Wild, NJW 55,693:

Unter II Die Grundformen der Formvorschriften seien von verschiedenem Gewicht und verfolgten verschiedene Zwecke. Die Schriftform solle die öffentliche Hand vor unbedachten und übereilten Erklärungen ihrer Vertreter schützen, die Zuständigkeitsordnung dagegen für die Wirksamkeit bestimmter Geschäfte unabdingbare Voraussetzungen schaffen, deren Nichtbeachtung die Haftung der Körperschaft ausschliesse

Der zwingende Charakter der Formvorschriften beruhe nicht auf einer höheren Werteinschätzung der öffentlichen Hand.

Der Zweck der Formvorschriften sei dem des § 313 BGB ähnlich. Eine unterschiedliche Behandlung von Formvorschriften und Zuständigkeitsordnungen ergäbe sich aus dem gesetzgeberischen Zweck, der bei der Schriftform in ihrer vorbeugenden, keineswegs absolut wirksamen Natur bei der Zuständigkeitsregelung aber in ihrer Ausschliesslichkeit und zwingenden Schutzwirkung zu suchen sei. Wesentlich erscheine auch das Ergebnis: Soweit es sich um Geschäfte handele, die dem absoluten Schutz von Zuständigkeitsregelungen unterlägen, seien es solche von grösserer Bedeutung und Wichtigkeit. Eine Berufung auf Formmängel dürfe hier bei der weitaus grösseren Effektivität der Zuständigkeitsregelung kaum in Frage kommen. Ein Bedürfnis, die eigentliche Form ebenfalls mit absoluter Wirkung auszustatten, bestehe nicht. Diese Tendenz zeige auch der BGH in LM § 36 DGO Nr.1

Die öffentlich-rechtlichen Formvorschriften seien eine Organisationsregelung. Der Versuch, den das RG angedeutet und das OLG Celle (am 30.11.54 4 U 256/53 in NJW 55,714) ihm folgend durchgeführt habe, die Anwendbarkeit des § 242 BGB danach zu bestimmen, ob das Rechtsgeschäft mehr in öffentlichem oder in privatem Interesse liege, sei falsch. Nicht weil Vermögen und Rechtsperson der öffentlichen Hand wertvoller seien als das anderer Rechtssubjekte oder weil ihre Tätigkeit mehr öffentlichem als privatem Interesse diene, sei die Wirksamkeit ihres Handelns an bestimmte Formen gebunden, sondern nur deshalb, weil es Zweck des Gemeindeverfassungsrechtes sei, demokratische Selbstverwaltung zu gewährleisten und zu sichern. Die Formvorschriften für Verpflichtungserklärungen seien Teil eines Organisationsaufbaues und nicht Formbestimmung im Sinne des § 313 BGB.

Der entscheidende Maßstab für die Anwendbarkeit des § 242 sei nur aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung abzuleiten. § 242 könne ohne weiteres angewandt werden, wenn die Formbestimmung bloße Formvorschrift sei. Liege in ihr aber eine Zuständigkeitsregelung, so sei Vorsicht geboten. Der zwingende Charakter einer Vorschrift könne nicht mit § 242 durchbrochen werden.

Zur Frage des fehlenden Vorstandsbeschlusses: Konnte die Kreissparkasse bei dem vorliegenden Rechtsgeschäft durch den Vorsitzenden des Vorstandes und den Sparkassenleiter vertreten werden ?

Rudolf Elleringmann, Die Aussenvertretung der preussischen Sparkassen

Seite 18: Die Vertretungsmacht des Sparkassenvorstandes ist allumfassend. Sie hat totalen Charakter. Soweit keine Vertretung für einzelne Rechtsakte durch besondere Sparkassenorgane in Frage kommt, besteht sie allein; soweit besondere Organe das Recht der Aussenvertretung haben - wie z.B. der Sparkassenleiter (§ 8 I Halbsatz 1 MuSA), die beiden vom Vorstand bestellten Beamten oder Angestellten (§ 11 I Satz 1) -, besteht sie daneben. Die Vertretungsmacht der Sonderorgane hat also keinen den Sparkassenvorstand ausschliessenden Charakter.

Seite 20: Bei den in § 11 I Satz 2 MuSA besonders aufgezählten Rechtsgeschäften der Sparkasse haben, wie erwähnt, Vorsitzender und Sparkassenleiter (oder ihre Vertreter) den Vorstand zu vertreten. Die Untervertretung durch diese zwei ist rechtstheoretisch nicht Regel, sondern Ausnahme. Sie reicht infolgedessen nur so weit, wie sie ausdrücklich bestimmt ist. Mit anderen Worten: Die Geschäftsaufzählung in § 11 I Satz 2 hat keinen beispielmässigen, sondern ausschliessenden Charakter.

Seite 28: § 11 I Satz 2 MuSA ist in seinem Grundcharakter keine formbestimmende Vorschrift, sondern eine Norm über die organschaftliche Vertretung der Sparkasse. Dass diese nicht nur durch Bestimmung des Vertretungsorgans, sondern auch der Vertretungsformen geregelt wird, ändert hieran nichts.

Seite 30: Nach dem Vorbild von § 36 II DGO ist deshalb die Vorschrift in § 11 I Satz 2 MuSA so zu verstehen, als ob sie folgendermassen lautete:"Erklärungen, welche folgende Gegenstände betreffen: 1.Verpflichtungserklärungen mit Ausnahme der in § 11 I Satz 1 der MuSA bezeichneten, 2. ..... bedürfen der Schriftform. Sie sind unter der Bezeichnung " Der Vorstand der ..... Sparkasse zu ....." handschriftlich vom Vorsitzenden des Vorstandes oder seinem Stellvertreter und vom Leiter der Sparkasse oder von seinem Stellvertreter unter Beifügung des Siegels oder Stempels der Sparkasse zu unterzeichnen."

Seite 32: Das organschaftlich fehlerhafte Handeln bewirkt also nicht nur die - schwebende - Unwirksamkeit des in Frage stehenden Rechtsaktes, die - etwa in Anwendung des Rechtsgedankens des § 177 BGB - durch Genehmigung beseitigt und mit rückwirkender Kraft in Vollwirksamkeit umgewandelt werden könnte. Der Rechtsakt ist nichtig.

Perdelwitz-Fabrizius-Kleiner, Das preussische Sparkassenrecht.

Seite 233 (A 2 a zu § 11 MuSA): Allgemeines Vertretungsorgan der Sparkasse ist nach § 5 I 2 der Vorstand. Seine Vertretungsmacht ist nur insofern beschränkt, als die Satzung der Sparkasse gewisse Geschäfte ganz verbietet und andere Geschäfte wieder von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig macht. Nur in den seltensten Fällen wird der Vorstand in seiner Gesamtheit eine Rechtshandlung unmittelbar vornehmen; ihre Vornahme liegt vielmehr in der Regel beim Vorsitzenden und Sparkassenleiter. Aus dem Verhalten des Vorstandes kann aber u.U. geschlossen werden, dass er eine von unzuständiger Seite namens der Sparkasse abgegebene Erklärung genehmigt (§ 177).

Seite 184 (A 1 zu § 4 MuSA): Die Zuständigkeit des Vorstandes ist mithin umfassend: alle die Sparkasse betreffenden Entscheidungen sind grundsätzlich von ihm zu fällen. Nur soweit die MuSA für bestimmte Massnahmen ausdrücklich andere Stellen als zuständig bezeichnet, ist die Zuständigkeit des Vorstandes entsprechend eingeschränkt (§ 5 II).

Seite 185 (A 1 zu § 4 MuSA): Hiernach hat der Sparkassenvorstand, soweit es sich um seine verwaltende bzw. vertretende Tätigkeit handelt, nach der MuSA insbesondere zu beschliessen über ..... die Errichtung oder Schliessung von Zweigstellen gemäss § 3.

KG in JFG 7, 262 (265): = Sparkasse 1930, S. 324

§ 11 I 1 (ab 1932 § 11 I Satz 2 MuSA!) enthält die Einsetzung eines besonderen, aus dem Vorsitzenden des Vorstandes und dem Sparkassenleiter bestehenden Vertretungsorgans der Sparkasse, dem die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde unter den gleichen Voraussetzungen zukommt wie dem Sparkassenvorstande.

Sachverhalt unwesentlich.

Begründung: Die Bestimmung des § 11 I 1 MuSA bringt dadurch, dass sie für die dort bezeichneten Angelegenheiten die Unterschrift der dort genannten Personen genügen lässt, zum Ausdruck, dass die in Abs.I genannten Vertreter unbeschadet der Zuständigkeit des Vorstandes zur Wahrnehmung auch dieser Angelegenheiten kraft seiner allgemeinen Vertretungsbefugnis zur Wahrnehmung der ihnen in Abs.I Satz 1 übertragenen Angelegenheiten bestellt sind und dass der Kreisverband in Angelegenheiten der Sparkasse durch die gemäss § 11 I 1 gemeinschaftlich abgegebenen urkundlichen Erklärungen der dort bezeichneten Personen in gleicher Weise verpflichtet wird wie durch Erklärungen des Vorstandes. Der § 11 II spricht dies noch ausdrücklich aus. In Abs.I Satz 1 sind also satzungsgemäss von vornherein zwei zu dem Sparkassenbetrieb in bestimmter Beziehung stehenden Personen bezeichnet, die in ihrer Verbindung als Gesamtvertreter handelnd dazu berufen sind, für die Sparkasse an Stelle des Vorstandes, wenn auch unbeschadet der eigenen Vertretungsbefugnis des letzteren, mit der gleichen Wirkung wie dieser im Rechtsverkehr aufzutreten. Die in der Zusammensetzung des § 11 I 1 handelnden Personen können also, da sie eine Wahrnehmung auch dieser Angelegenheiten durch den Vorstand als das allgemeine Vertretungsorgan nicht ausschließen, nicht ihrerseits als Vertreter des Vorstandes behandelt werden, sei es auf Grund einer satzungsmässigen Vollmacht,

Fortsetzung von KG JFG 7, 262 (265):

sei es als sogenannter engerer Vorstand. Das letztere verbietet sich schon deshalb, weil der Sparkassenleiter nicht Mitglied des Vorstandes ist, sondern an dessen Sitzungen nur mit beratender Stimme teilnimmt. Die in § 11 I 1 genannten Personen bilden vielmehr in dem beschränkten Zuständigkeitsbereich des § 11 ein neben den Vorstand tretendes besonderes, nur zum gemeinschaftlichen Handeln befugtes Vertretungsorgan, ähnlich wie es § 30 BGB für rechtsfähige Vereine vorsieht.

Diesen Argumenten folgt Bormann, Die rechtliche Stellung des Leiters der Sparkasse 1930, S. 100.

Kann die Berufung der Kreissparkasse auf den Mangel in der Vertretung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unzulässig sein?

BGH 5, 205 (212/213):

Sachverhalt: Ohne Berücksichtigung des § 37 Reichskassenordnung und der darin aufgestellten Zuständigkeitsregelung war 1945 von einer Amtskasse der Kriegsmarine ohne schriftliche Anweisung der zuständigen Verwaltungsstelle eine Zahlung geleistet worden.

Die Begründung des Urteils folgt der Argumentation von RGZ 162,129.

BGH LM Nr. 1 zu § 36 DGO:

Sachverhalt lt. Anm.: In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Falle hatte ein nach der Satzung nicht dazu berufener Vertreter einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft für diese einen Vertrag abgeschlossen, der auch erfüllt worden war.

Die Begründung des Urteils folgt RGZ 157,212. Das öffentliche Interesse verlange einen Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaft vor unberechtigten Vertragsabschlüssen. Zurückweisung des Einwandes des Verstosses gegen Treu und Glauben.

OGH Z 2, 319:

Beruft sich auf RGZ 157, 207 und RGZ 162, 129. Deckt sich mit BGH LM Nr. 1 zu § 36 DGO.

RG 162, 129:

Sachverhalt: Ein Oberpostrat hatte in amtlicher Eigenschaft Verpflichtungserklärungen für die Deutsche Reichspost abgegeben (selbstschuldnerische Bürgschaft) und damit seine Zuständigkeit überschritten.

Seite 148/149: Dazu kommt, daß die in der Rspr. des RG entwickelten Grundsätze über die vermutete Vollmacht nur für den Verkehr mit Kaufleuten oder wirtschaftlichen Betrieben aufgestellt sind, die - ohne gerade handelsrechtlich zu den kaufmännischen zu zählen - in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung von solchen nicht verschieden sind. Die Reichspost gehört nicht hierzu. Sie hat auch durch das Reichspostfinanzgesetz nicht die Rechtsnatur eines bürgerlich-rechtlichen Wirtschafts- und Erwerbsunternehmens erlangt. Die hier vertretene Auffassung folgt der ständigen Rspr. des RG, in der stets die Ausschließlichkeit derjenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und Satzungen anerkannt ist, welche die Vertretung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, insbesondere der gemeindlichen Sparkassen, auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet regeln, und zwar mit der Folge, daß eine Vertretungsmacht aus anderweitigen Tatbeständen nicht zur Entstehung gelangt. RG 127, 226; 146, 42; 157, 207. Eine ähnliche Wirkung kann den für die Reichs- und Staatsverwaltung erlassenen Anordnungen dieser Art nicht abgesprochen werden. Soweit dem Verkehr hierdurch Erschwerungen in der Nachprüfung der Vertretungsmacht entstehen, ist stets betont worden, daß diese in Kauf zu nehmen sind und die Rspr. daran nichts ändern kann.

RG 157,207:

Sachverhalt: Übernahme einer Bürgschaft mittels schriftlichen Vertrages durch Bürgermeister einer Gemeinde. Die nach der Sächs. GemO zur Bürgschaftsübernahme durch eine Gemeinde erforderliche Genehmigung der vorgesetzten Behörde war weder nachgesucht noch erteilt worden. Die Verpflichtungen waren auf Grund der Sächs. Spar- und GirokassenVO vom 12.V.32 auf die Girokasse mit inzwischen selbständiger Rechtspersönlichkeit übergegangen. Die Klägerin forderte, daß die Girokasse das Fehlen der Genehmigung nach Treu und Glauben nicht geltend machen dürfe.

Es ist der Revison im Ergebnis darin beizutreten, daß grundsätzlich eine Gemeinde aus einer Willenserklärung, die der behördlichen Genehmigung bedarf, bei deren Fehlen auch dann nicht in Anspruch genommen werden darf, wenn an sich sonst nach den Umständen dem Gegner gegenüber die Ablehnung der Erfüllung gegen Treu und Glauben verstieße. Die Revision stellt die Frage insofern etwas schief, als sie ausführt, dem Bürgermeister habe überhaupt die Vertretungsmacht gefehlt. So ist es nicht. Gemäß §§ 90,91 Sächs.GemO vertritt der Bürgermeister die Gemeinde und verpflichtet sie durch seine Erklärungen. Der Mitunterzeichnung eines anderen bedurfte es nicht, Wohl aber war die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Vor deren Entscheidung war die Erklärung des Bürgermeisters schwebend unwirksam.

.....Dagegen lag der weitere vom Senat am 21.II.35 entschiedene Fall - VI 456/34 - wie hier; es fehlte die vorgeschriebene Genehmigung. Dort hat der Senat ausdrücklich ausgeführt, daß die Grundsätze, die über die Zulässigkeit der Arglisteinrede gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Verträgen aufgestellt sind, dann nicht angewendet werden konnten, wenn es sich nicht um die Formnichtigkeit, sondern um die sachliche Unverbindlichkeit handele, die sich aus dem Fehlen der erforderlichen Genehmigung ergibt..... Denn die Nachprüfung der besonders bezeichneten Willenserklärungen einer staatlichen oder gemeindlichen Körperschaft und ihrer Mitglieder gegen unbedachte und sie gefährdende Willenserklärungen ihrer Organe vorgeschrieben worden. Diese Willenserklärungen sollen in ihrer Rechtswirksamkeit von der Zustimmung der Aufsichtsbehörde abhängig gemacht werden, um einen unbedingt wirksamen Schutz gegen Schädigungen aus ihnen zu geben. Diesem entscheidenden Gesichtspunkt gegenüber - Schutz eines öffentlich-rechtlichen Gebildes und seiner Mitglieder im öffentlichen Interesse - muß auch der sonst, vor allem im Privatrecht, grundlegende Gedanke der Wahrung von Treu und Glauben in den Beziehungen von Vertragsteilnehmern zurückstehen.

RG 146, 42 (49):

Die Entscheidung bringt keinen neuen rechtlichen Gesichtspunkt. Sie besagt nur, daß Satzungsbestimmungen einer Sparkasse eine Schranke für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht bilden, die zum Schutz der Sparkasse gegeben ist.

Ebenso RG 127,226:

Die älteren Entscheidungen des RG sind wohl für den vorliegenden Problemkreis als teilweise überholt zu betrachten, da - worauf Staudinger A 10 zu § 177 BGB (Seite 998) hinweist - der Ausbau der Lehre von der Anscheinsvollmacht/Treu und Glauben erst später erfolgte.

Staudinger-Coing.A 10 c zu § 177 (Seite 1000):

..... daß das Problem in den hier erörterten Fällen allein darin besteht, ob dem Schutz des Vermögens der öffentlichen Hand oder der Wahrung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr der Vorrang gegeben werden soll. Denn die Beschränkung der Vertretungsmacht durch Formvorschriften, Zuständigkeitsregelungen oder das Erfordernis von Genehmigungen bezweckt den Schutz der öffentlichen Hand, insbesondere ihres Vermögens. Die Hinweise auf ähnliche Regelungen im BGB zu Gunsten der Geschäftsbeschränkten führen nicht weiter. Denn die Frage ist ja gerade, ob der, wie allgemein anerkannt, exorvitante und in modernen Gesetzgebungen, wie der italienischen, daher auch abgemilderte Schutz der Minderjährigen, Geisteskranken usw. auf die öffentliche Hand zu übertragen ist. Dafür besagt die bloße Einordnung unserer Fälle unter den Begriff der beschränkten Geschäftsfähigkeit noch nichts. Zur Interessenlage muß man sich klarmachen, daß bei den juristischen Personen des Privatrechts sorgfältigdurchdachte Maßnahmen für die Publizität der Vertretungsverhältnisse getroffen sind. Trotzdem hat m.W. niemand hier die Anwendung der Grundsätze der Vollmacht kraft Rechtsscheins von vornherein abgelehnt. Bei der öffentlichen Hand ist die Regelung der Vertretung im allgemeinen höchst undurchsichtig. Maßnahmen zur Publizität fehlen; das Bedürfnis nach Schutz erweckten Vertrauens ist also wesentlich höher. Ausserdem nehmen gerade Behörden besonderes Vertrauen im Rechtsverkehr in Anspruch und genießen es tatsächlich auch weithin.

Daher muß der Grundsatz von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit der öffentlichen Hand prävalieren.

Die von der Rspr gegebenen Begründungen sind übrigens auch in sich insofern unlogisch, als sie einerseits die Haftung kraft Rechtsscheins ablehnen, weil die Zuständigkeitsregelungen für den Abschluß von Rechtsgeschäften zwingend sei, andererseits aber in den gleichen Fällen die Haftung aus culpa in contrahendo zulassen will, weil sie nicht rechtsgeschäftlicher Natur sei. Hierbei wird übersehen, daß ja auch die Haftung kraft Rechtsscheins, wie sie sich heute darstellt, keine rechtsgeschäftliche Haftung mehr ist. Im Ergebnis ist daher festzustellen, die Grundsätze der Vollmacht kraft Rechtsscheins sind auch auf den privatrechtsgeschäftlichen Verkehr mit der öffentlichen Hand anzuwenden.

A 10 d zu § 177 (Seite 1000/1001):

Heranziehung der Grundsätze, die für die deliktische Haftung nach §§ 89, 31 entwickelt sind. Auf das Verhalten des nächsten, dem Handelnden vorgeordneten Beamten mit selbständiger Entscheidungsgewalt ist abzustellen. Werden auf Grund einer Vollmacht kraft Rechtsscheins dauernde Rechtsgeschäfte abgeschlossen, so wird die Aufdeckung der Tatsache, daß die erforderliche Genehmigung fehlte, ein Grund zur Auflösung des Verhältnisses ex nunc sein.

Nipperdey, Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben.

JZ 1952, 577; Teil II des Aufsatzes:

Die von einigen für diese Fälle aufgestellte These von der Unzulässigkeit der Berufung auf Treu und Glauben gegenüber der öffentlichen Hand trifft nicht zu.

Fortsetzung von Nipperdey, JZ 52, 577:

1. Begibt sich die öffentliche Hand in die Arena des Privatrechts, schliesst sie vermögensrechtliche privatrechtliche Rechtsgeschäfte mit Bürgern ab ..., so muss sie sich im Rahmen dieser Verträge so behandeln lassen, wie die Bürger behandelt werden. Was sie Rechtsornung im Hinblick auf Art 3 I GG aber unter allen Umständen durchsetzen muss, ist die Gleichheit der Rechtsanwendung, also auch die Anwendung des § 242 auf alle am Rechtsverkehr beteiligten Rechtssubjekte.
2. Die Geltung von Treu und Glauben im gesamten Rechtsverkehr ist ein so überragender, dem Naturrecht und als integrierender Bestandteil des freiheitlichen und sozialen Rechtsstaates (Art. 18, 20, 21, 28 GG) dem Verfassungsrecht angehörender Rechtssatz, dass die an das Recht gebundenen Gerichte (Art 20 III GG) verfassungswidrig handeln, wenn sie den nach ihren eigenen Feststellungen anzuwendenden § 242 deshalb nicht Platz greifen lassen, weil es der "Schutz eines öffentlichen Gebildes und seiner Mitglieder im öffentlichen Interesse " (so RG 157, 212) erfordere.
3. Die Gegenüberstellung, die der VI ZS in RG 157, 212 vorgenommen hat, die Bewertung und die Entscheidung für den angeblich höherwertigen Gesichtspunkt des Schutzes der öffentlichen Hand sind von Grund auf verfehlt. Diese Gesichtspunkte kommen auf die unheilvolle Formel hinaus: Recht ist, was dem Volke nützt. Es wird verkannt, dass es sich auf Seiten der öffentlichen Hand um fiskalische, also um materielle Interessen, vielleicht auch einmal solche der Steuerzahler, allenfalls um Interessen der geordneten Verwaltung handelt, während es auf das Ganze gesehen um höchste i d e e l l e W e r t e , nämlich Treu und Glauben, Gleichheit und rechtsstaatl. Prinzip geht. Bereits Scholz hat mit Recht darauf hingewiesen, dass behördlich und gerichtlich gebilligtes Handeln wider Treu und Glauben "Schaden bringen muss, und zwar tausendfältigen, da das Vertrauen in die Verwaltungsbehörden und namentlich in die Gerichte auf dem Spiel steht." Auch für den Staat und seine Organe gilt M a t t h.16,26
4. Wie steht es überhaupt mit dem behaupteten öffentlichen Interesse, das sogar gegen Treu und Glauben durchgesetzt werden soll. In den Fällen, in denen Treu und Glauben die Berufung auf die Unwirksamkeit nach richtiger Ansicht ausschliessen, liegt regelmässig irgendein Versagen innerhalb des Apparates der öffentlichen Hand vor. Man treffe organisatorische Massnahmen, die die Abschlussmängel bei Rechtsgeschäften auf ein Mindestmass reduzieren; man mache gegebenenfalls in Verträgen ausdrückliche Vorbehalte; man mache mit dem Regress gegen die saumseligen Beamten Ernst, wobei andererseits auf deren Deckung durch Haftpflichtversicherung Bedacht genommen werden sollte. Dann wird das öffentliche Interesse der Körperschaften und ihrer steuerzahlenden Mitglieder besser gewahrt, als wenn die Fehler im Amtsbereich der öffentlichen Hand auf dem Rücken des Vertragspartners ausgetragen werden. Und die Rechtsidee wird nicht verletzt.
5. Das Gesagte bedeutet natürlich keineswegs, dass jede Berufung der öffentlichen Hand auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Formfehler, Vertretungsmangels oder fehlender Genehmigung gegen Treu und Glauben verstösst. Abwägung im Einzelfalle, ob das Interesse an der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts oder das Vertrauen des Partners auf die Gültigkeit das höherwertige Interesse ist. Es ist entspr. dem Grundgedanken des § 242 BGB zu fragen, ob es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen des Falles Treu und Glauben widersprechen würde, die Vertragsansprüche an dem Mangel scheitern zu lassen. Hier kann insbesondere der Gedanke der Rechtssicherheit u.U. dazu führen, auf manchen Gebieten eine unzulässige Rechtsausübung nur beim Vorliegen besonders strenger Voraussetzungen zu bejahen. Es mag auch angängig sein, solch strengere Voraussetzungen an den Schutz des Vertrauens auf Vertretungsbefugnisse von Beamten und bei Formvorschriften und Genehmigungserfordernissen

Fortsetzung von Nipperdey, JZ 52, 577:

zu stellen, die im allgemeinen Interesse für den rechtsgeschäftlichen Verkehr der öffentlichen Hand aufgestellt sind. Aber stets muss der Einzelfall entscheiden.
6. Sicherlich ist zu beachten, dass auch, wenn der Verwirkungseinwand gegeben ist, das nicht genehmigte Geschäft sich nicht notwendig ohne weiteres in ein voll wirksames Geschäft verwandelt. Bei der Verwirkung bestimmen sich nämlich nicht nur die Voraussetzungen, sondern auch der Umfang der Wirkungen des Einwandes nach § 242. Das darf aber nicht zu der Annahme verführen, dass die fehlende Genehmigung zwar nicht für die Vergangenheit, wohl aber immer für die Zukunft geltend gemacht werden könnte. Es kommt hier durchaus auf die Umstände des einzelnen Falles an. Aus Treu und Glauben kann sich ergeben, dass eine Berufung der öffentlichen Körperschaften auf Nichtigkeit auch und - so bei Dauerverträgen - gerade für die Zukunft unzulässig ist.

<u>Beitzke, Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand.</u>
MDR 1953, 1 ff:

Seite 3: Die DGO "sieht in der Schriftform einfach eine dem Schutz der Vertragsschliessenden dienende Geschäftsform, bei deren Übergehung sich die Rechtsfolgen aus § 125 BGB ergeben. Bei solcher Gestaltung könnte es naheliegen, ähnlich wie im Fall des § 313 BGB die Berufung auf § 242 zuzulassen. Hat doch das RG gleiches sogar schon für das ältere Kommunalrecht gestattet. Gleichwohl besteht m.E. ein wichtiger Unterschied. Die Formvorschrift ist hier nicht im Hinblick auf den Charakter bestimmter Geschäfte aufgestellt, sondern wegen der Körperschaft selbst; sie steht daher einer persönlichen Beschränkung der Verpflichtungsfähigkeit näher als einem Formerfordernis. Auch ist eine Heilung durch Erfüllung nicht vorgesehen. Ich glaube darum, dass die neuere Rspr auf dem richtigen Wege ist, wenn sie bei mangelnder Form das Rechtsgeschäft auch nicht über § 242 wirksam sein lässt. Auch bei Erfüllung durch die öffentliche Körperschaft möchte ich das annehmen; denn es ist nicht gewährleistet, dass die Erfüllung durch diejenigen Stellen bewirkt oder kontrolliert wird, welche für die ordnungsgemässe Eingehung der Verpflichtung zuständig gewesen wären; die Erfüllung kann ohne deren Zustimmung erfolgt sein."
Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist im öffentlichen Interesse vorgeschrieben. Fehlt sie, so ist das Geschäft unwirksam. Eine Berufung auf § 242 würde zu einer Umgehung der Genehmigungspflicht führen.

s. auch Scholz, NJW 53, 693

Zur Frage der Genehmigung des Vertrages durch den Regierungspräsidenten als Aufsichtsbehörde.

Grundlage der Aufsichtsbefugnis des Regierungspräsidenten ist § 28 I und II der preußischen Sparkassenverordnung vom 4.8.1932 in der Fassung vom 14.3.1933.

Sprengel,
in "Sparkasse" 1950, 30:

Diese Mitwirkung (ergänze: der Aufsichtsbehörde) ist eine Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit ..... des betreffenden Geschäfts der Sparkasse, und zwar auch in bürgerlich-rechtlicher Beziehung... Das staatliche Mitwirkungsrecht unterscheidet sich vom Aufsichtsrecht im Sinne einer bloßen Überwachung dadurch, daß bei der Handhabung des Mitwirkungsrechtes nicht nur die Gesetzmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit der von der Sparkasse zu treffenden Maßnahme überprüft wird. Die Ausübung des Mitwirkungsrechts unterliegt ausschließlich dem pflichtgemäßen Ermessen der Staatsaufsichtsbehörde, sie kann aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen eine Genehmigung versagen,

Collofong, in "Sparkasse" 1950, 113:

1932 wurden die Sparkassen unter die Oberaufsicht des preußischen Wirtschaftsministeriums gestellt, während sie vorher unter Aufsicht der Kommunalverbände standen. "Ebensowenig wurde die Rechtsnatur der Aufsicht modifiziert durch die spätere Übertragung der Sparkassenaufsicht auf die Regierungspräsidenten. Das Reichswirtschaftsministerium war nicht unmittelbare Aufsichtsbehörde über die außerpreußischen Sparkassen, die Sparkassenaufsicht blieb Länderaufsicht. Der RWM war jedoch nach damaligem Recht befugt, Weisungen an die Landesaufsichtsbehörden als Ressortminister zu geben.

Seite 114: "Auf dem Gebiet des Sparkassenrechts ist dieses Mitwirkungsrecht der Aufsicht eingeräumt, bald für gewisse Genehmigungen... Hierher gehört sachlich auch die Zulassung von Geschäften, die den Rahmen der Satzung überschreiten.... Es besteht einhellig die Rechtsauffassung, daß bei fehlender Genehmigung Rechtsgeschäfte auch privatrechtlich nach außen wie nach innen schwebend unwirksam sind.

Hierzu wäre auch noch hinzuweisen auf Art. 5 I der 3. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 6. Oktober 1931, V. Teil Kapitel 1, in der Fassung der Gesetze vom 13.12.1934 (RGBl I, Seite 1242) und 22.12.1936 (RGBl I, Seite 1126), wonach die Länderministerien befugt waren, zwangsweise eine Neuordnung des Sparkassenwesens durchzuführen. Für Preußen wäre das Reichs- und Preußische Wirtschaftsministerium zuständig gewesen. Allerdings war die Ermächtigung in der Fassung des Gesetzes vom 22.12.1936 bis zum 31.12.1937 befristet.

Verlängert durch VO über Maßnahmen auf dem Gebiet des Bank- und Sparkassenwesens v. 5.12.39 (RGBl I, 2413) (31.12.40 (RGBl 1941 I 19): Ermächtigung des Reichswirtschaftsministers, auf dem Gebiet des Kreditwesens die zu einer zweckmäßigen Gestaltung der Organisation erforderlichen Maßnahmen zu treffen(Schlegelsberger-Hoche, Recht der Neuzeit 19.Auf.1944)

Schneider, Zum Selbsteintritt der höheren Behörde.
DVBl 1950, 704:

Für die gesetzlich oder durch Verordnung festgelegten Kompetenzen führen folgende Erwägungen zum Ausschluß eines allgemeinen Selbsteintrittsrechts einer höheren Behörde:
Der Rechtsmittelzug wird zu Lasten der Betroffenen verschoben, die übersichtliche Geschäftsverteilung gestört und außerdem das Gefühl für Selbstverantwortlichkeit bei den unteren Behörden durch übermäßige Bevormundung gestört. Daher ist ein Selbsteintritt nur ausnahmsweise zugelassen in § 12 I PVG und § 27 II thüring. LVO. Dem entspricht die ständige Rspr. des preußischen OVG.

Jellinek, Verwaltungsrecht. 3. Auflage.

Seite 291: "Auch steht es den Behörden nicht frei, eine zur Zuständigkeit der nachgeordneten Stellen gehörige Angelegenheit im vollen Umfang an sich zu ziehen."

Pr. OVG 53, 323:

"Die Rspr hat stets an dem Grundsatz festgehalten, daß die höhere Instanz, die polizeiliche Aufsichtsinstanz, nicht befugt ist, die Obliegenheiten der an sich zuständigen niederen polizeilichen Instanz an sich zu ziehen, und daß eine Ausnahme von dieser Regel nur dann gestattet ist, wenn ohne ein solches Eingreifen der höheren Instanz die Zwecke der durch das Gesetz geordneten Aufsicht nicht erfüllt werden können."

ähnlich die übrigen Urteile des pr. OVG.

Hess. VGH, Urteil vom 25.2.1948 - VGH O Nr. 67/47, in VwRspr 1, 90:

"Es ist ein im Verwaltungsrecht allgemein anerkannter Grundsatz, daß nicht nur im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, sondern auch im sonstigen Verwaltungsverfahren die höhere Instanz grundsätzlich nicht befugt ist, die Aufgaben der an sich gesetzlich zuständigen nachgeordneten Instanzen selbst zu übernehmen. Der von einem Verwaltungsakt Betroffene hat ein Recht auf Einhaltung des vorgeschriebenen Instanzenzuges, wollte man die übergeordnete Instanz für befugt halten zu entscheiden, so würde man dem Betroffenen nicht nur zwei Instanzen des Verwaltungsweges abschneiden, sondern auch eine verwaltungsgerichtliche Instanz, da gegen Entscheidungen einer Ministerialinstanz nach § 50 VGG nur eine Klage vor dem VGH zulässig ist. "

OVG Münster in VwRspr. 4, 765 (Urteil 9.11.1951 - V A 479/51):

Seite 769: "Der Satz, daß der Regierungspräsident nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen in der Lage sei, die einzelne Sache (sc. von der untergeordneten Behörde) an sich zu ziehen, können in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Er entfällt zumindest dort, wo der Regierungspräsident formelle Beschwerdeinstanz über die örtliche Behörde ist; denn dann würde das Heraufziehen der Sache durch die höhere Behörde dem vom Verwaltungsakt Betroffenen eine Instanz rauben. Das pr.OVG hat denn auch in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß die polizeiliche Aufsichtsinstanz nicht befugt ist, die Obliegenheiten der an sich gesetzlich zuständigen

Fortsetzung zu OVG Münster VwRspr. 4, 765:

niederen polizeilichen Instanz an sich zu ziehen, und Ausnahmen von diesem Satz nur gestattet, wenn ohne ein solches Eingreifen der höheren Instanz die Zwecke der durch das Gesetz geforderten Aufsicht nicht erfüllt werden können."

Bayer. VGH in VwRspr. 1, 26 (Urteil 8.4.1948 - Nr. 19 II/47):

Seite 28: " Allen Behörden des Staates und der Selbstverwaltungskörper dürfen jeweils nur innerhalb des Rahmens ihrer Zuständigkeit tätig werden. Die gesamte staatliche Organisation und der gesamte Staatsbetrieb ist auf diesem Grundsatz aufgebaut mit dem Ziel, dem geordneten Ablauf des staatlichen Lebens und die ordnungsmäßige Arbeit des gesamten Verwaltungsapparats zu sichern und damit auch dem Rechtsschutz des einzelnen Staatsbürgers und Bewohners des Staatsgebietes zu dienen. Ein Verzicht auf diesen Grundsatz müßte zur völligen Verwaltungsanarchie führen..... Für jedes Gebiet der behördlichen Tätigkeit ist die Zuständigkeit geregelt, und aus der positiven Regelung der Zuständigkeit folgt, sofern sie überhaupt sinnvoll sein soll, zwingend die Verneinung jeder Zuständigkeit außerhalb der Zuständigkeitsnormen den einzelnen Behörden zugewiesenen Tätigkeitskreises. Dies gilt auch für den Instanzenzug."

A b s c h r i f t

von

Auszugsweise Abschrift aus dem Protokoll der Vorstandssitzung vom 10.8.1959

21.)

Gutachten in Sachen Hamburger Sparkassenprozeß

Der Vorstand hat früher bereits sein Einverständnis zur Einholung von Rechtsgutachten bei den Professoren F o r s t - h o f f , B l o m e y e r und B e t t e r m a n n erteilt. Die Kosten für diese Gutachten belaufen sich

bei Prof. Forsthoff ..... auf 6.500.-- DM,
bei den Professoren Blomeyer und Bettermann .....auf je 1.200.-- DM.

Der Vorstand stimmt der Zahlung dieser Honorare ausdrücklich zu.

40

Herrn
Prof.F o r s t h o f f

Heidelberg-Schlierbach
Wolfsbrunnenweg 13

Vor./Jü. 16.Mai 1958

Betr.: Hamburger Sparkassen-Prozeß.

Sehr geehrter Herr Professor !

Im Nachgang zu unserem Schreiben vom 12.4.1958 übersenden wir Ihnen je eine Abschrift der beiden ergangenen Urteile des Bundesgerichtshofes in der obigen Angelegenheit zu Ihrer gefl. Kenntnisnahme.

Hochachtungsvoll
KREISSPARKASSE STORMARN

4

12.April 1958

Herrn
Professor F o r s t h o f f
Heidelberg-Schlierbach
Wolfsbrunnenweg 13

Betr.: Hamburger Sparkassen-Prozeß.

Sehr geehrter Herr Professor !

Wir geben Ihnen davon Kenntnis, dass der Bundesgerichtshof am 10.März 1958 in der obigen Angelegenheit eine Entscheidung dahingehend getroffen hat, dass der von uns eingelegten Revision nicht stattgegeben worden ist. Das Urteil mit Urteilsgründen liegt uns noch nicht vor.

Wir nehmen bestimmt an, dass auch Sie an der Urteilsbegründung interessiert sein werden und werden Ihnen zu gegebener Zeit eine Abschrift des Urteils nebst Urteilsbegründung zusenden.

Wir benutzen diese Gelegenheit, Ihnen nochmals für Ihre Bemühungen in dieser Angelegenheit unseren verbindlichsten Dank auszusprechen und verbleiben

mit vorzüglicher Hochachtung
KREISSPARKASSE STORMARN

5. März 8

Vor/We

Hamburger Sparkassenprozeß
- Prof. Dr. E. F o r s t h o f f , Heidelberg-Schlierbach -

030/231 12 Gerichtskostenvorschüsse 6.500,-- DM

zu überweisen an an die
Deutsche Bank, Heidelberg,
Konto Nr. 3787 - Frau Ursula Forsthoff,
Heidelberg-Schlierbach,
Wolfsbrunnenweg 13 6.500,-- DM

Herr Prof. F o r s t h o f f hat für uns in der Hamburg-Prozeß-Angelegenheit ein Gutachten erstattet, welches sich insbesondere mit den verwaltungsrechtlichen Fragen befaßt. Er hat uns auch zusätzlich eine umfangreiche Sammlung von entsprechenden Urteilen zu dem Prozeßstoff übermittelt. Das vereinbarte Honorar hierfür beträgt 6.500,-- DM und soll auf seinen Wunsch an Frau Ursula F o r s t h o f f - wie oben angegeben - überwiesen werden.

Anweisung erfolgt wie oben angegeben.

-5. März 1958

Professor Dr. E. Forsthoff

Heidelberg-Schlierbach
15.Februar 1958

43

An den Vorstand der
Kreissparkasse Stormarn
Bad Oldesloe

Sehr geehrte Herren!

Hiermit übermittle ich Ihnen das Rechtsgutachten im Original mit zwei Durchschlägen. Ich darf dazu folgendes bemerken. Bevor ich an die Auaarbeitung heranging, habe ich mir eine wie ich glaube vollständige Übersicht über Literatur und Judikatur verschafft und ich glaube nicht, daß mit eine Stelle entgangen ist, die irgendwie auf den Fall Bezug haben könnte. Ich habe dann eine engere Auswahl zusammengestellt von solchen Stellen von denen ich annahm, daß man sie möglicherweise verwerten könnte. Ich füge sie bei, da sie für Sie vielleicht nützlich ist.

Ich habe, wie Sie bemerken werden, nur einen Teil dieses Materials zitiert. Je länger je mehr wurde ich mir nämlich darüber klar, daß sich entscheidend Neues zu dem, was schon herangezogen wurde, nicht auftreiben läßt und daß die Aufgabe des Gutachtens viel mehr darin bestehen muß, die juristischen Vorgänge, um die es sich handelt, scharf herauszupräparieren und deutlich zu machen, daß die mit Rechtsvermutungen arbeitende Argumentationsweise des OLG - Urteils nun aber schlechterdings unhaltbar ist. Darum habe ich mich bemüht und wie ich hoffe nicht ganz ohne Erfolg. Es ist meine Überzeugung, daß nur an dieser Stelle der Hebel mit Erfolg angesetzt werden kann. Und was insoweit bisher vorgetragen worden ist, konnte mich nicht befriedigen. Es würde mich freuen, wenn diese Anlegung des Gutachtens Ihre Zustimmung finden würde.

Sie boten mir damals ein Honorar von 6.000.- bis 7.000.- DM an. Darf ich, die Spanne halbierend, 6.500.-DM vorschlagen? Bejahendenfalls bitte ich um Überweisung auf das Konto Nr. 3787, Frau Ursula Forsthoff, bei der hiesigen Deutschen Bank.

Mit freundlichen Empfehlungen
Ihr sehr ergebener

Forsthoff

P.S. Die Durchschläge folgen Anfang der nächsten Woche.

Herrn
Professor F o r s t h o f f
Heidelberg-Schlierbach
Wolfsbrunnenweg 13

Vor./Jü. 28.Januar 1958

Sehr geehrter Herr Professor !

Wir bestätigen dankend den Eingang Ihres gefl. Schreibens vom 25.Januar 1958 und übersenden Ihnen wunschgemäss - in besonderem Eilpaket - die Jahrgänge 1930, 1950, 1951 und 1952.

Der Aufsatz von Herrn Amts- und Landgerichtsrat Strickstrack, Berlin,

"Die Zeichnung von Urkunden durch öffentliche Sparkassen"

befindet sich auf S. 393, 416, 456 und 487.

Wir haben nicht überprüft, ob sich noch ein weiterer Aufsatz von dem genannten Verfasser in den Jahrgängen 1950, 1951 und 1952 befindet, haben Ihnen aber vorsorgehalber die drei Jahrgänge ebenfalls mitgesandt.

Sollten Sie noch irgendwelches weitere Material benötigen, welches wir Ihnen als Sparkasse evtl. schneller besorgen könnten, erbitten wir Ihre schriftliche Mitteilung bzw. Ihren telefonischen Anruf.

Ihren weiteren gefl. Mitteilungen entgegensehend, verbleiben wir

mit vorzüglicher Hochachtung
KREISSPARKASSE STORMARN

Heidelberg, 25/1 58

45

Sehr geehrter Herr Kerr!

Bei der Zusammenstellung des Materials für das Rechtsgutachten, die so gut wie abgeschlossen ist, hat sich eine Lücke ergeben, die hier nicht zu schließen ist. Es fehlt mir von der Zeitschrift „Die Sprechsaal" der Jahrgang 1930, ferner der Jahrgang 1950 oder auch 51 bezw. 52, in dem ein einseitiger Aufsatz von Strickstrack enthalten sein muß. Denn ich auch nicht glaube, daß diese Zeitschrift etwas besonders wesentliches enthalten, würde ich für das Gelingen der Gesamtarbeit sehr wichtig und es unerwartet wohl. Die Beschaffung im Bibliotheks-Leihverkehr kann lange dauern und kann zu spät. Deshalb wäre ich Ihnen für eine Leihweise Überlassung dankbar, falls Sie sie hätten.

Ich werde in den nächsten Tagen mit der Niederschrift beginnen können, sodaß das Gutachten spätestens in zwei Wochen fertig sein wird.

Mit freundlichen Empfehlungen
Ihr sehr ergebener
Dorsch

Herrn Verlaber
V. 28/1

1.) V e r m e r k

Betr.: Hamburger Sparkassenprozeß

Heute morgen ist von beiden Rechtsanwälten die Mitteilung eingegangen, daß der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof am

10. März 1958, 10,30 Uhr,

ansteht.

Ich habe mich fernmündlich mit Herrn Prof. F o r s t h o f f in Verbindung gesetzt und bei ihm erfragt, ob er bereits zu übersehen vermag, wann er mit dem Gutachten fertig wird. Herr Prof. Forsthoff teilte mir mit, daß er damit rechnet, am 10. Februar 1958 mit dieser Angelegenheit fertig zu sein (ich hatte Herrn Prof. Forsthoff in dem Gespräch vorher schon darauf hingewiesen, daß am 10. März Termin ansteht). Prof. Forsthoff meint auf Grund seiner Erfahrungen, daß dieser vorweg von ihm festgesetzte Termin - 10. Februar - ausreichend sei, um das Gutachten auch noch beim Bundesgerichtshof zu verwerten, da der Termin zur mündlichen Verhandlung am 10. März ds. Jrs. ansteht.

Ich habe Herrn Prof. F o r s t h o f f ferner noch einmal fernmündlich zu verstehen gegeben, daß wir jederzeit zu einer mündlichen Besprechung in Heidelberg oder nach seinem Wunsche auch in Hamburg bereit sind. Soweit er irgendwelche Angaben benötigt, die uns vielleicht aus der örtlichen Kenntnis heraus besser bekannt sein könnten, möchte er sich doch ruhig telefonisch an uns um entsprechende Auskunftserteilung alsdann wenden.

2.) Herrn Landrat Dr. H a a r m a n n

mit der Bitte um gefl. Kenntnisnahme.

3.) Herrn Kreissyndikus K i e s l e r

mit der Bitte um gefl. Kenntnisnahme.

4.) Herrn Direktor S a n d e r

vorzulegen.

Bad Oldesloe, dem 13. Januar 1958
Vor/We

weiterhin „trotzalledem"
gute Erholung
Ihr Haarmann

Herrn
Kreissyndikus K i e s l e r

Bad Oldesloe

Vor./Af. 9. Jan. 1958

Betr.: Hamburger Sparkassenprozeß

Sehr geehrter Herr Kiesler!

Anliegend übersende ich Ihnen eine Kopie des an Herrn Prof. F o r s t h o f f, Heidelberg, in Sachen "Hamburger Sparkassenprozeß" ~~geführten~~ wiederholten Schreibens mit der höflichen Bitte um gefl. Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr

Ein-
lieferungs-
schein

V 013

Bitte sorgfältig aufbewahren

BAD OLDESLOE
-9.7.58.12-1N

Postgewicht bei vers. Werpaket: 2 kg 420 g
Freigebühr: 2,10 DM
Wert (in Ziffern) 1000 DM
Empfänger: Herrn Prof. Friedrich
in Heidkrug Schlosser
Postanahme:

Herrn
Prof. F o r s t h o f f

Heidelberg - Schlierbach
Wolfbrunnenweg 13

Vor./Af. 9. Jan. 1958

Betr.: Hamburger Sparkassenprozeß

Sehr geehrter Herr Professor!

Wir kommen zurück auf die mit Ihnen in Ihrem Hause geführte Unterredung, in welcher Sie sich freundlicherweise bereit erklärten, für uns in obiger Prozeßangelegenheit ein Gutachten zu erstatten, das unserer Prozeßführung förderlich und dienlich sein kann.

Wir übersenden Ihnen - mit besonderer Post als Wertpaket - vereinbarungsgemäß den Prozeßstoff "Neue Sparcasse von 1864 gegen Kreissparkasse Stormarn" wobei wir darauf hinweisen, daß der Prozeßstoff in Sachen "Hamburger Sparcasse von 1827 gegen Kreissparkasse Stormarn" in der Sache selbst der gleiche ist. Es besteht nur insoweit eine Abweichung, als laut gemeinsamen Vertrag mit den beiden Hamburger Sparkassen an die Hamburger Sparcasse von 1827 irgendein Grundstück nicht zu übergeben war.

Der Vollständigkeit halber senden wir Ihnen ferner - in besonderem Aktenstück - unsere Revisionsbegründung vom 3.5.1956 im Parallelprozeß (Hamburger Sparcasse von 1827) und die uns zugegangene Revisionsbeantwortungsschrift des Gegners vom 23.4. 1957 zu Ihrer gefl. Kenntnisnahme.

Zur gefälligen Beachtung!
Die Angaben des Absenders auf dem Einlieferungschein sind nur dann rechtsverbindlich, wenn sie mit den Angaben auf dem Hauptteil der Fäkekarte übereinstimmen.

Kurze Mitteilungen für den Empfänger, z. B. Hinweise auf das Auftragsschreiben, die Beach.-Nr., die Gesamtzahl der gleichzeitig eingelieferten Pakete usw., können in etwa 4 cm Breite am linken Rande der Paketanschrift angebracht werden. Die Deutlichkeit der Paketanschrift darf durch diese Mitteilungen nicht beeinträchtigt werden.

Herrn Prof. F o r s t h o f f , Heidelberg-Schlierbach,
Wolfbrunnenweg 13

Zu der rein formellen Anordnung des Ihnen übersandten Prozeßstoffes machen wir noch folgende Ausführungen:

1.) Der Akte liegt vorgeheftet auf weißem Papier eine datumsmäßige Reihenfolge sämtlicher Schriftsätze und Urteile.

2.) Der Akte liegt ferner vorgeheftet auf gelbem Papier eine zeitlich geordnete Übersicht über unsere Schriftsätze, wobei wir die ergangenen Beschlüsse pp., Zwischenurteil und Urteile der I. und II. Instanz hier mit aufgeführt haben.

3.) Der Akte liegt ferner vorgeheftet auf blauem Papier eine Übersicht der gegnerischen Schriftsätze.

Vor jedem Schriftsatz liegt jeweils ein Zwischenblatt mit Datumsangabe, und zwar auf gelbem Papier, soweit es sich um unsere Schriftsätze handelt, auf blauem Papier, soweit es sich um gegnerische Schriftsätze handelt.

Wir hoffen, Ihnen mit dieser aktenmäßigen Behandlung die Arbeit zu erleichtern. Selbstverständlich überlassen wir es Ihnen, die Zwischenblätter mit Arbeitsnotizen zu versehen.

Hinsichtlich des Inhaltes und des Umfanges des zu erstellenden Gutachtens wiederholen wir unsere Ausführungen in der mündlichen Besprechung dahingehend, daß Sie zu der Frage

des fehlenden Siegels
und
der fehlenden aufsichtsbehördlichen Genehmigung

insbesondere Stellung nehmen. Darüber hinaus bitten wir Sie aber, nach Durchsicht des Prozeßstoffes auch die von Ihnen schon in der mündlichen Besprechung angeschnittene Frage von Treu und Glauben im öffentlichen Recht zu prüfen und ebenso weitere Punkte, die nach Ihrer Meinung für unseren Rechtsstandpunkt

Herrn Prof. F o r s t h o f f , Heidelberg-Schlierbach,
Wolfbrunnenweg 13

günstig sein könnten, zu untersuchen.

Eine Terminbestimmung ist bislang noch nicht erfolgt; doch ist immerhin damit zu rechnen, daß diese u.U. bald erfolgen kann und uns alsdann nur noch ein oder zwei Monate Zeit verbleiben.

Wir würden es daher außerordentlich begrüßen, wenn Sie diese Arbeit baldigst in Angriff nehmen könnten. Darüber hinaus wäre es uns erwünscht, von Ihnen vorab zu erfahren, wann Sie uns etwa Ihre vorläufige mündliche Stellungnahme geben könnten. Wie wir bereits damals in Heidelberg zum Ausdruck gebracht haben, sind wir jederzeit - auch zwischenzeitlich - bereit, diese Erörterung bei Ihnen in Heidelberg zu führen. Wir sind aber auch durchaus damit einverstanden, daß diese Besprechung in Hamburg bzw. hier in Bad Oldesloe stattfindet, wobei es selbstverständlich ist, daß die Ihnen entstehenden Kosten von uns übernommen werden.

Wir dürfen unter Bezugnahme auf die bereits mit Ihnen mündlich angeschnittene Frage Ihres Honorars nochmals betonen, daß wir im Hinblick auf die Bedeutung des Prozesses für unser Institut an einer sehr eingehenden Untersuchung des Prozeßstoffes interessiert und auch durchaus damit einverstanden sind, daß Sie einen oder mehrere Ihrer Herren Assistenten zur Mitarbeit heranziehen. Für die Beschlußfassung im Verwaltungsrat unserer Sparkasse wären wir Ihnen dankbar, wenn Sie uns nach Durchsicht des Prozeßstoffes die voraussichtliche Höhe Ihrer Honorarforderung noch mitteilen würden.

Indem wir Sie, sehr geehrter Herr Professor, bitten, sich dieser Angelegenheit doch baldigst annehmen zu wollen, verbleiben wir

mit vorzüglicher Hochachtung
KREISSPARKASSE STORMARN

52

Inhaltsverzeichnis

Prozeß

I. Instanz

Neuspa 64 / Stospa

Klägerin / Beklagte

Neuspa 64	Stospa	
21. 2.51		Klage - Anlage 1 -
	15. 3.51	Schriftsatz
24. 4.51		Schriftsatz - Anlagen 2 und 3
	28. 4.51	Schriftsatz - fehlt
15. 5.51		Schriftsatz
	22. 5.51	Schriftsatz
	28. 5.51	Schriftsatz
	10. 8.51	Schriftsatz
	31. 8.51	Zwischenurteil
24.10.51		Schriftsatz
	17.11.51	Schriftsatz
18.12.51		Schriftsatz
	20.12.51	Schriftsatz
21. 1.52		Schriftsatz - Anlage I
	13. 2.52	Schriftsatz
	18. 2.52	Schriftsatz
	12. 8.52	Schriftsatz
4.10.52		Schriftsatz
	9.10.52	Schriftsatz
9.10.52		Schriftsatz
	14.10.52	Gerichtl. Vergl. Vorschl.
22.11.52		Schriftsatz
	8.12.52	Schriftsatz
20.12.52		Schriftsatz
31.12.52		Schriftsatz
	6. 1.53	Schriftsatz
	6.10.53	Schriftsatz
10.10.53		Schriftsatz
	9.11.53	Schriftsatz
14.11.53		Schriftsatz
17.11.53		Antrag
7.12.53		Schriftsatz
	8.12.53	Erneuter gerichtl.Vergl. Vorschl.

Neuspa 64	Stospa		
5. 1.54		Schriftsatz	
	6. 1.54		Schriftsatz
	12. 1.54		Schriftsatz
	2. 3.54		Urteil der I. Instanz

II. Instanz

Neuspa 64 / Klägerin und Berufungsbeklagte	Stospa / Beklagte und Berufungsklägerin		
Neuspa 64	Stospa		
	30. 4.54		Berufung
	29. 6.54		Berufungsbegründung
23.11.54		Schriftsatz - Anlagen 1 - 13	
7.12.54		Schriftsatz	
	20.12.54		Schriftsatz
	20.12.54		Schriftsatz - Anl. 1 - 3
	20.12.54		Schriftsatz
	4. 1.55		Schriftsatz - Anl. 4 - 7
	27. 1.55		Schriftsatz
31. 1.55		Schriftsatz	
	11. 3.55		Schriftsatz
	21. 3.55		Beweisaufnahme
	2. 4.55		Schriftsatz
	5. 5.55		Berichtigung (Beweisaufn. 21.3.55)
	16. 5.55		Schriftsatz
	19. 7.55		Beweisaufnahme
	5.10.55		Schriftsatz
7.10.55		Schriftsatz	
	15.10.55		Schriftsatz
	11.11.55		Urteil der II. Instanz
	27.12.55		Schriftsatz
28.12.55		Schriftsatz	
	6. 2.56		1. Beschluß OLG
	6. 2.56		2. Beschluß OLG

54

Neuspa 64	Stospa		
	17. 2.56		Sitzungsprotokoll OLG
	17. 2.56		Schriftsatz
17. 2.56		Schriftsatz	
23. 2.56		Schriftsatz	
	24. 2.56		Beschluß OLG

III. Instanz

Neuspa 64 / Klägerin und Berufungsbeklagte u.Revisionsbeklagte	Stospa / Beklagte und Berufungsklägerin u.Revisionsklägerin
15. 3. 56	Revisionsbegründung

Stospa . /. Neuspa 64

I. Instanz

15. 3.51	- XX	Schriftsatz
28. 4.51	-	Schriftsatz - fehlt -
22. 5.51	- XX	Schriftsatz - Zuständigkeit
28. 5.51	- X	Schriftsatz
10. 8.51	-	Schriftsatz - Zuständigkeit
31. 8.51	- XX	Zwischenurteil
17.11.51	- XX	Schriftsatz
20.12.51	-	Schriftsatz
13. 2.52	- XX	Schriftsatz
18. 2.52	- XX	Schriftsatz
12. 8.52	-	Schriftsatz
9.10.52	- XX	Schriftsatz
14.10.52	- XX	Gerichtl. Vergleichsvorschlag
8.12.52	-	Schriftsatz
6. 1.53	-	Schriftsatz
6.10.53	-	Schriftsatz
9.11.53	- XX	Schriftsatz
8.12.53	- XX	Erneuter gerichtl. Vergleichsvorschlag
6. 1.54	- XX	Schriftsatz
12. 1.54	- XX	Schriftsatz
2. 3.54	- XX	Urteil der I. Instanz

II. Instanz

30. 4.54	-	Berufung
29. 6.54	- XX	Berufungsbegründung
20.12.54	- XX	Schriftsatz - Grundstück Hellbrook
20.12.54	- XX	Schriftsatz - Anlage 1 - 3
20.12.54	-	Schriftsatz
4. 1.55	- XX	Schriftsatz - Anlage 4 - 7
27. 1.55	-	Schriftsatz
11. 3.55	-	Schriftsatz
21. 3.55	- XX	Beweisaufnahme
2. 4.55	-	Schriftsatz
5. 5.55	-	Berichtigung (Beweisaufnahme 21.3.55)

56

16. 5.55	-		Schriftsatz
19. 7.55	-	XX	Beweisaufnahme
5.10.55	-	XX	Schriftsatz - Beweiswürdigung
15.10.55	-	XX	Schriftsatz - Beweiswürdigung
11.11.55	-	XX	Urteil der II. Instanz
27.12.55	-	XX	Schriftsatz - Tatbestandsberichtigung
6. 2.56	-	X	1. Beschluß OLG
6. 2.56	-	X	2. Beschluß OLG - Berichtigungs-Urteil
17. 2.56	-	X	Sitzungsprotokoll OLG
17. 2.56	-	XX	Schriftsatz - Tatbestandsberichtigung
24. 2.56	-	XX	Beschluß OLG - Tatbestandsberichtigung

III. Instanz

15. 3.56	-	Revisionsbegründung

Neuspa 64 / Stospa

I. Instanz

21. 2. 51	-	XX	Klage	- Anlage 1 -
24. 4. 51	-	XX	Schriftsatz	- Anlagen 2 und 3 -
15. 5. 51	-		Schriftsatz	- Zuständigkeit -
24. 10. 51	-		Schriftsatz	
18. 12. 51	-		Schriftsatz	
21. 1. 52	-	XX	Schriftsatz	- Anlage I -
4. 10. 52	-		Schriftsatz	
9. 10. 52	-		Schriftsatz	- Rendsburger Protokoll -
22. 11. 52	-		Schriftsatz	
20. 12. 52	-		Schriftsatz	
31. 12. 52	-		Schriftsatz	
10. 10. 53	-	X	Schriftsatz	- Klagformulierung -
14. 11. 53	-		Schriftsatz	
17. 11. 53	-	X	Antrag	
7. 12. 53	-		Schriftsatz	
5. 1. 54	-	X	Schriftsatz	- Klagformulierung -

II. Instanz

23. 11. 54	-	XX	Schriftsatz	- Anlagen 1 - 13 -
7. 12. 54	-	XX	Schriftsatz	
31. 1. 55	-		Schriftsatz	
7. 10. 55	-	XX	Schriftsatz	
28. 12. 55	-	XX	Schriftsatz	- Tatbestandsberichtigung -
17. 2. 56	-	X	Schriftsatz	- Tatbestandsberichtigung -
23. 2. 56	-	X	Schriftsatz	- Tatbestandsberichtigung -

Für Vollständigkeit halber senden wir Ihnen ferner – in besonderem Aktenstück – unsere Revisionsbegründung vom 3.5.56 im Parallelprozess (Hamburger Sparkasse von 1864) und die uns zugegangene Revisionsbeantwortungsschrift des Gegners vom 13.4.57 zu Ihrer gefl. Kenntnisnahme.

E n t w u r f !

Herrn
Prof. F o r s t h o f f

Heidelberg - Schlierbach
Wolfbrunnenweg 13

Betr.: Hamburger Sparkassenprozeß

Sehr geehrter Herr Professor!

Wir kommen zurück auf die mit Ihnen in Ihrem Hause geführte Unterredung, in welcher Sie sich freundlicherweise bereit erklärten, für uns in obiger Prozeßangelegenheit ein Gutachten zu erstatten, daß unserer Prozeßführung förderlich und dienlich sein kann.

Wir übersenden Ihnen - mit besonderer Post als Wertpaket - vereinbarungsgemäß den Prozeßstoff "Neue Sparcasse von 1864 gegen Kreissparkasse Stormarn" wobei wir darauf hinweisen, daß der Prozeßstoff in Sachen "Hamburger Sparcasse von 1827 gegen Kreissparkasse Stormarn" in der Sache selbst der gleiche ist. Es besteht nur insoweit eine Abweichung, als laut gemeinsamen Vertrag mit den beiden Hamburger Sparkassen an die Hamburger Sparcasse von 1827 irgendein Grundstück nicht zu übergeben war.

Zu der rein formellen Anordnung des Ihnen übersandten Prozeßstoffes machen wir noch folgende Ausführungen:

1.) Der Akte liegt vorgeheftet auf weißem Papier eine datumsmäßige Reihenfolge sämtlicher Schriftsätze und Urteile,

2.) Der Akte liegt ferner vorgeheftet auf gelbem Papier eine zeitlich geordnete Übersicht über unsere Schriftsätze, wobei wir die ergangenen Beschlüsse pp., Zwischenurteil und Urteile der I. und II. Instanz hier mit aufgeführt haben.

3.) Der Akte liegt ferner vorgeheftet auf blauem Papier eine Übersicht der gegnerischen Schriftsätze.

Vor jedem Schriftsatz liegt jeweils ein Zwischenblatt mit Datumsangabe, und zwar auf gelbem Papier, soweit es sich um unsere Schriftsätze handelt, auf blauem Papier, soweit es sich um gegnerische Schriftsätze handelt.

Wir hoffen, Ihnen mit dieser aktenmäßigen Behandlung die Arbeit zu erleichtern. Selbstverständlich überlassen wir es Ihnen, die Zwischenblätter mit Arbeitsnotizen zu versehen.

Hinsichtlich des Inhaltes und des Umfanges des zu erstellenden Gutachtens wiederholen wir unsere Ausführungen in der mündlichen Besprechend dahingehend, daß Sie zu der Frage

des fehlenden Siegels

und

der fehlenden aufsichtsbehördlichen Genehmigung

insbesondere Stellung nehmen. Darüber hinaus bitten wir Sie aber, nach Durchsicht des Prozeßstoffes auch die von Ihnen schon in der mündlichen Besprechung angeschnittene Frage von Treu und Glauben im öffentlichen Recht zu prüfen und ebenso weitere Punkte, die nach Ihrer Meinung für unseren Rechtsstandpunkt günstig sein könnten, zu untersuchen.

Eine Terminbestimmung ist bislang noch nicht erfolgt; doch ist immerhin damit zu rechnen, daß diese u.U. bald erfolgen kann und uns alsdann nur noch ein oder zwei Monate Zeit verbleiben.

Wir würden es daher außerordentlich begrüßen, wenn Sie diese Arbeit baldigst in Angriff nehmen könnten. Darüber hinaus wäre es uns erwünscht, von Ihnen vorab zu erfahren, wann Sie uns etwa Ihre vorläufige mündliche Stellungnahme geben könnten. Wie wir bereits damals in Heidelberg zum Ausdruck gebracht haben, sind wir jederzeit - auch zwischenzeitlich - bereit, diese Erörterung bei Ihnen in Heidelberg zu führen. Wir sind aber auch durchaus damit einverstanden, daß diese Besprechung in Hamburg bzw. hier in Bad Oldesloe stattfindet, wobei es selbstverständlich ist, daß die Ihnen entstehenden Kosten von uns übernommen werden.

Wir dürfen unter Bezugnahme auf die bereits mit Ihnen mündlich angeschnittene Frage Ihres Honorars nochmals betonen, daß wir im Hinblick auf die Bedeutung des Prozesses für unser Institut an einer sehr eingehenden Untersuchung des Prozeßstoffes ~~sehr~~ interessiert und auch durchaus damit einverstanden sind, daß Sie einen oder mehrere Ihrer Herren Assistenten zur Mitarbeit heranziehen. Für die Beschlußfassung im Verwaltungsrat unserer Sparkasse wären wir Ihnen dankbar, wenn Sie uns nach Durchsicht des Prozeßstoffes die voraussichtliche Höhe Ihrer Honorarforderung noch mitteilen würden.

Indem wir Sie, sehr geehrter Herr Professor, bitten, sich dieser Angelegenheit doch baldigst annehmen zu wollen, verbleiben wir

mit vorzüglicher Hochachtung
KREISSPARKASSE STORMARN

Kenntnisnahme 8/1.58 Vaeth

62

KREIS STORMARN
Der Landrat
von der Groeben

G.-Z. .....

(24b) Bad Oldesloe, den 24. Juli 1957

Fernruf: Sammel-Nr. 2151
Bank-Konto: Nr. 1025 bei der Kreissparkasse
Postscheck-Konto: Hamburg 13
Sprechstunden:
Montags, mittwochs und freitags von 8-12 Uhr

Einschreiben

Herrn
Professor Dr. Forsthoff
in Heidelberg - Schlierbach

Wolfsbrunnenweg 13

Herrn Hempe
Wenn bitte, sind es erster Linie die Ausführungen I. Urteil S. 20 f. zur Aufsichtsbehördl. Genehmigung.
Fr
Zurück mit Aktenmaterial 24/II.58

Sehr verehrter Herr Professor !

Sie werden sich vielleicht an unser Beisammensein gelegentlich einer Tagung des "Bielefelder Kreises" 1956 erinnern. Sie erzählten damals von Ihren schleswig-holsteinischen Eindrücken und von Land und Leuten hier, die Sie in gutem Andenken hatten.

Darf ich Sie wohl heute in Anknüpfung an jenes Gespräch fragen, ob Sie unter Umständen bereit wären, uns hier im Kreise Stormarn, den ich gerade damals übernahm, mit einem Rechtsgutachten zu helfen? Es handelt sich um folgendes:

Auf Grund einer am 30.12.1944 geschlossenen privatschriftlichen Vereinbarung verlangen die Hamburger Sparcasse von 1827 und die Neue Sparcasse von 1864 die Überführung der nach dem Gross-Hamburg Gesetz jetzt auf Hamburger Gebiet liegenden Zweigstellen der Kreissparkasse. Das Landgericht, sowie das Oberlandesgericht Hamburg haben die Kreissparkasse für verpflichtet erklärt, die Zweigstellen zu überführen. Hiergegen läuft die von der Kreissparkasse eingelegte Revision. Ich füge zu Ihrer Orientierung das Urteil des Oberlandesgerichts in Sachen der Neuen Sparcasse in der Anlage bei; das Urteil in Sachen der Hamburger Sparcasse von 1827 ist im wesentlichen gleichlautend.

Nach unserer Auffassung hat das OLG die allgemeinen Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertrages, <u>insbesondere aber die Frage der fehlenden Genehmigung</u> des Vertrages durch den Regierungspräsidenten als Sparkassenaufsicht unrichtig beurteilt.

63

Bei der im Verwaltungsrecht doch wohl einhelligen und auch in Ihrem Kommentar eindeutig vertretenen Auffassung, dass die Zuständigkeit einer unteren Behörde nicht durch selbständiges Handeln der vorgesetzten Behörde ausgeschaltet werden kann, zeigen die knappen Sätze auf Seite 21 und 22 des Urteils, dass das OLG auch dies Problem kaum richtig erkannt haben dürfte.

Wenn wir auch die Hoffnung hegen, dass der Bundesgerichtshof gründlicher in diese Materie eindringen wird, fragen wir uns angesichts der besonderen Bedeutung dieses Prozesses doch, ob wir nicht durch ein dem Gericht vorzulegendes Gutachten eines anerkannten Verwaltungsrechtslehrers unseren Standpunkt noch wesentlich untermauern könnten.

Ich kann es mir wohl heute ersparen, Näheres auszuführen, bevor ich weiss, ob Sie überhaupt bereit und in der Lage wären, unserem Wunsche zu entsprechen, bzw. ob Sie unserem Gedankengange zustimmen. Das könnte dann in einer mündlichen Besprechung geschehen, zu der wir uns (bezw. unsere Herren sich) bei Ihnen einfinden würden. Ich muss allerdings darauf hinweisen, dass die Einreichung eines Gutachtens beim BGH wohl bald erfolgen müsste, da dort die Anberaumung eines Termins bisher nur deswegen unterblieben ist, weil der Berichterstatter in unserem Prozeß plötzlich verstorben ist.

Ich darf Sie daher freundlichst um eine möglichst baldige Antwort und gegebenenfalls auch um die Mitteilung eines Besprechungstermines bitten.

Mit sehr verbindlichen Empfehlungen
Ihr ganz ergebener

Joachim

Abschrift

Kreis Stormarn
Der Landrat
von der Groeben

Bad Oldesloe, den 24. Juli 1957

Herrn
Professor Dr. Forsthoff
in Heidelberg - Schlierbach

Wolfsbrunnenweg 13

Sehr verehrter Herr Professor !

Sie werden sich vielleicht an unser Beisammensein gelegentlich einer Tagung des "Bielefelder Kreises" 1956 erinnern. Sie erzählten damals von Ihren schleswig-holsteinischen Eindrücken und von Land und Leuten hier, die Sie in gutem Andenken hatten.

Darf ich Sie wohl heute in Anknüpfung an jenes Gespräch fragen, ob Sie unter Umständen bereit wären, uns hier im Kreise Stormarn, den ich gerade damals übernahm, mit einem Rechtsgutachten zu helfen? Es handelt sich um folgendes:

Auf Grund einer am 30.12.1944 geschlossenen privatschriftlichen Vereinbarung verlangen die Hamburger Sparcasse von 1827 und die Neue Sparcasse von 1864 die Überführung der nach dem Gross-Hamburg Gesetz jetzt auf Hamburger Gebiet liegenden Zweigstellen der Kreissparkasse. Das Landgericht, sowie das Oberlandesgericht Hamburg haben die Kreissparkasse für verpflichtet erklärt, die Zweigstellen zu überführen. Hiergegen läuft die von der Kreissparkasse eingelegte Revision. Ich füge zu Ihrer Orientierung das Urteil des Oberlandesgerichts in Sachen der Neuen Sparcasse in der Anlage bei; das Urteil in Sachen der Hamburger Sparcasse von 1827 ist im wesentlichen gleichlautend.

Nach unserer Auffassung hat das OLG die allgemeinen Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertrages, insbesondere aber die Frage der fehlenden Genehmigung des Vertrages durch den Regierungspräsidenten als Sparkassenaufsicht unrichtig beurteilt. Bei der im Verwaltungsrecht doch wohl einhelligen und auch in Ihrem Kommentar eindeutig vertretenen Auffassung, dass die Zuständigkeit einer unteren Behörde nicht durch selbständiges Handeln der vorgesetzten Behörde ausgeschaltet werden kann, zeigen die knappen Sätze auf Seite 21 und 22 des Urteils, dass das OLG auch dies Problem kaum richtig erkannt haben dürfte.

Wenn wir auch die Hoffnung hegen, dass der Bundesgerichtshof gründlicher in diese Materie eindringen wird, fragen wir uns angesichts der besonderen Bedeutung dieses Prozesses doch, ob wir nicht durch ein dem Gericht vorzulegendes Gutachten eines anerkannten Verwaltungsrechtslehrers unseren Standpunkt noch wesentlich untermauern könnten.

b.w.

Ich kann es mir wohl heute ersparen, Näheres auszuführen, bevor ich weiss, ob Sie überhaupt bereit und in der Lage wären, unserem Wunsche zu entsprechen, bzw. ob Sie unserem Gedankengange zustimmen. Das könnte dann in einer mündlichen Besprechung geschehen, zu der wir uns (bezw. unsere Herren sich) bei Ihnen einfinden würden. Ich muss allerdings darauf hinweisen, dass die Einreichung eines Gutachtens beim BGH wohl bald erfolgen müsste, da dort die Anberaumung eines Termins bisher nur deswegen unterblieben ist, weil der Berichterstatter in unserem Prozeß plötzlich verstorben ist.

Ich darf Sie daher freundlichst um eine möglichst baldige Antwort und gegebenenfalls auch um die Mitteilung eines Besprechungstermines bitten.

Mit sehr verbindlichen Empfehlungen
Ihr ganz ergebener

gez. von der Groeben

- - - - - - - - - - - - -

Bad Oldesloe, den 27. Juli 1957

Herrn Sparkassendirektor S a n d e r
mit der Bitte um gefällige Kenntnisnahme.

29/7 57

Vinsler

Herrn Vorsteher
z. Verg.
29/7.

65

Endgültige Fassung

Rechtsgutachten

in dem Rechtsstreit

Kreissparkasse Stormarn gegen Neue Sparcasse v. 1864, Hamburg

für die

Kreissparkasse Stormarn

erstattet von

Dr.jur. Ernst Forsthoff
o. Professor der Rechte
Heidelberg

Um beurteilen zu können, welche Form-, Verfahrens- und sonstigen Vorschriften beim Abschluß des Vertrages vom 30.12.1944 auf Seiten der Beklagten zu beachten waren, wird es zunächst erforderlich sein, klarzustellen, welche Verpflichtungen der Sache nach im Vertrag für die Beklagte begründet werden sollten.

Gegenstand des Vertrages ist die Überführung von Zweigstellen der Beklagten auf die Klägerin und die Hamburger Sparcasse von 1827, wie in § 1 des Vertrages vorgesehen. Dieser Vorgang ist zunächst für den Rechtscharakter des Vertrages bestimmend. Alle weiteren Festlegungen des Vertrages stehen im Dienste dieses Vertragsziels, sie haben keine davon zu isolierende Eigenbedeutung. Der Vertrag stellt ein sinnkontingentes, einheitliches Ganzes dar, dessen Aufspaltung in eine Vielzahl selbständiger, also für sich bestehender Einzelverpflichtungen den Regeln vernünftiger Auslegung widersprechen würde.

Für die form- und verfahrensgerechte Verpflichtung der Kreissparkasse Stormarn auf den Vertrag konnte deshalb von vornherein nicht so vorgegangen werden, daß für jede einzelne Bestimmung des Vertrages die Form und Verfahrensart aus der Satzung ermittelt wird. Vielmehr ist zunächst zu prüfen, welche Vorschriften der Satzung für den Vertrag als Ganzes in Betracht kommen.

Dabei ergibt sich die Schwierigkeit, daß die Mustersatzung den vorliegenden Fall nicht, oder zumindest nicht ausdrücklich regelt. Sicherlich handelt es sich nicht um einen Bestandteil der laufenden Geschäfte, auf die sich § 11 Musa bezieht. Daß § 11 nur für die üblichen laufenden Geschäfte gilt, ergibt die Aufzählung der von § 11 erfaßten Geschäfte.

Dazu auch Perdelwitz - Fabricius - Kleiner, Das preussische Sparkassenrecht, S. 230 f.

Die Abtretung von Zweigstellen ist der Auflösung der Sparkasse (MuSa § 39) unbeschadet der Tatsache des Fortbestandes der abtretenden Kasse insofern rechtsähnlich, als die Abtretung des überwiegenden Volumens im Ergebnis einer Auflösung nahe-

kommen kann, wenn der verbleibende Bestand eine geordnete Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben der Sparkasse nicht mehr zuläßt. Ist das aber so, dann kann es auf den Umfang der Abtretung nicht ankommen.

Im übrigen ist die Genehmigungsbedürftigkeit aus folgendem allgemeinem Gesichtspunkte gegeben. Die Mustersatzung legt Umfang und Art der zulässigen Sparkassengeschäfte zwingend fest. Will man nicht aus Gründen der Rechtsähnlichkeit die Abtretung von Zweigstellen der Auflösung (§ 39 MuSa) zuordnen, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß sie, weil in der Mustersatzung nicht vorgesehen, an sich unzulässig wäre. Diese Unzulässigkeit ist jedoch keine absolute. Wenn nach dem Begleiterlaß des Preussischen Ministers des Innern usw. vom 26. Aug. 1932 (MinBliV. S. 853) zur Mustersatzung die Genehmigung von Abweichungen von der Mustersatzung vorgesehen ist, muß auch die Abweichung von der Mustersatzung im Einzelfalle (Durchbrechung) als zulässig erachtet werden. Sie bedarf jedoch der aufsichtsbehördlichen Genehmigung.

Bei der Überführung von Zweigstellen von Sparkassen preußischen Rechts, für welche die Sparkassenverordnung von 1932 gilt, auf ein anderes Kreditinstitut gleich welcher Art müssen zwei Rechtsvorgänge rechtlich auseinandergehalten werden, wenn sie auch in der praktischen Durchführung nicht klar geschieden sein mögen:

1. Die Statusveränderung in Ansehung der Zweigstelle. Damit ist Folgendes gemeint. Die Sparkasse ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. An dieser Qualität nehmen auch die Zweigstellen der Sparkasse teil. Damit haben sie einen bestimmten Status - wenn die Qualifizierung der Sparkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts mehr sein soll, als eine bloße Redensart. Wird eine Zweigstelle aus dem Verband der öffentlichen Körperschaft ausgeschieden, so verliert sie ihren bisherigen Status, um mit der Eingliederung in ein anderes Kreditinstitut einen neuen Status, sei es privaten, sei es öffentlichen Rechts zu gewinnen.

2. Der Vorgang der Überführung, der sich in zahlreiche Einzelvorgänge auflöst: Die Überführung des Personals, etwaigen Grundeigentums oder mietvertraglicher Rechte, der Konten, der geleisteten Sicherheiten usw.
Die Statusveränderung ist der primäre und wesentliche Vorgang, die Überführung ist als die Vollziehung der Statusveränderung anzusehen.
Beides, Statusveränderung und Vollziehung derselben, hängt praktisch gesehen natürlich eng zusammen. So wird für den Beschluss der Statusänderung in aller Regel wesentlich sein, unter welchen Bedingungen sie vollzogen werden soll.
Aber diese Bedingungen sind nur ein Motiv für die Beschlußfassung, sie sind nicht ein Bestandteil der Statusänderung selbst. Wird das nicht scharf auseinandergehalten, dann ist eine zutreffende juristische Erfassung des Gesamtvorgangs von vornherein verschlossen. Es ist der Mangel der beiden in dieser Sache ergangenen Urteile, daß sie diese beiden juristischen Elemente nicht in ihrer juristischen Eigenbedeutung erkennen und sondern.
Damit ergeben sich zwei Folgerungen:
1. Die Verfahrens- und Formvorschriften, die zu beachten waren, sind für die Statusveränderung und für die Durchführung gesondert zu ermitteln.
2. Einzelvorgänge der Durchführung können nicht einen etwa fehlenden Beschluß auf Statusänderung ersetzen, sie lassen einen de jure - Rückschluß auf einen solchen Beschluß nicht zu, sondern können nur eine de facto - Vermutung dahin begründen, dass der Beschluß auf Statusänderung rechtswirksam gefasst worden ist. Es ist wohl zu beachten, daß zwischen dem Beschluß auf Statusänderung und den Rechtsakten der Durchführung keinesfalls ein gleiches Verhältnis obwaltet wie zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und den Erfüllungshandlungen nach bürgerlichem Recht. Während die Erfüllungshandlung nach bürgerlichem Recht im Zweifel als das Zugeständnis der Verpflichtung angesehen werden kann und muß, ist eine gleiche Folgerung hier nicht möglich, weil die Statusänderung kein Ver-

pflichtungsgeschäft ist. Das von den Klägern als rechtswirksam zustande gekommen behauptete Verpflichtungsgeschäft darf mit dem Beschluß auf Statusänderung nicht verwechselt werden. Darauf wird im folgenden noch zurückzukommen sein.

Ist der juristisch zentrale Vorgang bei der Ausgliederung und Überführung von Sparkassenzweigstellen die Statusveränderung, so ist die Folgerung zwingend, daß die Verpflichtung zu einer solchen Statusveränderung nur von demjenigen Organ rechtswirksam eingegangen werden kann, welches auch für die Beschlußfassung über die Statusänderung zuständig ist. Das aber ist der Vorstand. Der Vorstand verwaltet die Sparkasse (§ 47 MuSa). Er vertritt sie gerichtlich und außergerichtlich (§ 5 Abs.1 MuSa). Andere Organe vermögen die Sparkasse nur zu verpflichten, soweit sie in der Satzung dazu ermächtigt werden. Eine solche Ermächtigung fehlt für den vorliegenden Fall. Infolgedessen mußte der Vertrag vom 30.Dezember 1944, um die Beklagte wirksam zu verpflichten, entweder von dem Vorstand abgeschlossen oder von dem Vorstand förmlich gebilligt werden. Auf die Frage, ob der Vorstand seine alleinige Befugnis zum Vertragsabschluß auf die Unterzeichner des Vertrages übertragen konnte, komme ich später zurück. Vorwegnehmend sei hier nur festgestellt, daß eine solche Übertragung - sofern man sie überhaupt für zulässig erachtet - eines Übertragungsaktes bedarf, an dem es wie später dargelegt wird, fehlt. Offenbar sind die Vertreter der Beklagten, der Landrat des Gewährverbandes als Vorsitzender des Vorstandes und der Direktor der Sparkasse bei der Unterzeichnung des Vertrages nach § 11 der Satzung verfahren. Der Vertrag fällt jedoch nicht in den Bereich der in § 11 geregelten Geschäfte. Deshalb wurde durch die Unterzeichnung der Genannten die Beklagte nicht rechtswirksam verpflichtet.

Dazu Elleringmann, Die Außenvertretung der preußischen Sparkassen, 1940, S.18 ff., 28 ff.

Der rechtswirksamen Verpflichtung steht auch die Tatsache entgegen, daß die Urkunde insofern mit einem Formmangel behaftet ist, als die Beifügung des Dienstsiegels, die in § 11 ausdrücklich vorgeschrieben ist, unterblieben ist.

Obgleich es m.E., wie oben dargelegt, auf § 11 und die hier vorgeschriebene Form nicht ankommt, soll doch - in der Art eines Exkurses - zu der Formverletzung Stellung genommen werden, da sie im bisherigen Rechtsstreit Gegenstand eingehender Erörterungen geworden ist.
Besonders eingehend setzt sich das Gutachten des Herrn Ministerialrats Kleiner mit der Frage auseinander, welche Bedeutung der Tatsache beizumessen ist, daß die Beidrückung des Dienstsiegels unterblieben ist. Die Ausführungen des Gutachtens sind insofern bemerkenswert, als sie zu dem Ergebnis gelangen, daß ungeachtet des Wortlauts des § 11 MuSa ein Formmangel nicht vorliege, da die Beifügung des Dienstsiegels nicht mehr als zwingendes Erfordernis angesehen werden könne. Die Ausführungen des Gutachtens vermögen nicht zu überzeugen. Der Verfasser kommt zu seinem Ergebnis nur dadurch, daß er die Auslegungsregeln, welche bisher für Formvorschriften gegolten haben, als überholt zu erweisen sucht. Man ist bisher davon ausgegangen, daß die Formvorschriften ihre Logik und ihre Evidenz in sich tragen, so daß sie dem zeitlichen Wandel nicht unterworfen sind. Der Wechsel der Verhältnisse kann zwar den Zweifel wecken, ob eine Formvorschrift noch notwendig oder zweckmäßig ist, er kann aber ihren Inhalt nicht verändern. Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit unterstehen aber der alleinigen Beurteilung durch den Gesetzgeber. So kann man natürlich Zweifel hegen, ob es wirklich Gründe überlegter Zweckmäßigkeit waren, welche den preußischen Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, das Formerfordernis der Siegelung in der Landgemeindeordnung für die östlichen Provinzen vorzusehen, in anderen Kommunalgesetzen jedoch nicht. Dieser Zweifel aber verdunkelt in keiner Weise die Evidenz der einschlägigen Bestimmungen, er ist also für deren Auslegung ohne jeden Belang.

Wenn Ministerialrat Dr. Kleiner dagegen geltend macht, diese streng formale Auslegung sei heute überholt, und darauf hinweist, daß die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte andere Auslegungsgrundsätze hervorgebracht hat und daß nach heute allgemeiner Meinung "eine derart abstrakt logische Argumentierung zur Begründung eines Urteils

nicht ausreicht", so werden hier Dinge vermengt, die klar geschieden bleiben sollten. Es ist richtig, daß die moderne Rechtstheorie und Rechtspraxis sich vom Positivismus gelöst haben und daß der Rückgriff auf ungeschriebene Rechtsgrundsätze und die Anpassung der Normauslegung an dem Wandel der Verhältnisse als unentbehrliche Elemente der Rechtsfindung anerkannt sind. Selbstverständlich aber gelten diese neuen Methoden der Rechtsfindung nur in Ansehung solcher Normen die einen inhaltlichen Bezug auf normtranszendente Gehalte haben. Für Formvorschriften kommen sie nicht in Betracht und es hat auch bisher niemand ernsthaft versucht, sie auf diese auszudehnen.

Die Behauptung, daß eine gültig zustande gekommene und als zwingend gemeinte Formvorschrift diesen zwingenden Charakter nicht mehr habe, ist weder mit dem Hinweis auf ihre mangelnde Zweckmäßigkeit (oder auf mangelnden vernünftigen Sinn) noch unter Berufung auf die gewandelten Methoden der Rechtsfindung glaubhaft gemacht, geschweige denn bewiesen. Sie ist schlechterdings unbeweisbar und damit unhaltbar. Das kann festgestellt werden, ohne auf die weitere Gedankenführung im einzelnen noch einzugehen. Dem Verfasser des Gutachtens kann zugestanden werden, daß die moderne Rechtsentwicklung die Formstrenge in gewisser Weise gelockert hat. Das jedoch nicht so, daß sie zwingende Formvorschriften in nicht zwingende umgedeutet hätte (was in Wahrheit eine Negation der Formvorschrift bedeuten würde, womit also die Grenzen der Auslegung überschritten sein würden), sondern indem sie gegen die Berufung auf Formmängel die Einrede der Arglist in weiterem Umfange anerkannt hat.

Ob die Einrede der Arglist auch bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand zulässig ist, ist bestritten. Das Reichsgericht (RGZ 157,207) hat gegenüber der Berufung auf den Formmangel eines Rechtsgeschäfts der öffentlichen Hand die Einrede der Arglist für unzulässig erklärt. Der BGH ist dem Reichsgericht zunächst gefolgt (L.M § 30 DGO Nr. 1) und deshalb von Nipperdey (JZ 1952, S. 577) heftig angegriffen worden. In seinem mehr agressiven als in die Tiefe gehenden Aufsatz hat Nipperdey die Auffassung vertreten,

daß zwischen den Rechtsgeschäften der Privaten einerseits und der öffentlichen Hand andererseits kein Unterschied mehr statthaben dürfe. Dem ist Beizke in abgewogenen und differenzierenden Ausführungen (MDR 1953, S.1f) entgegengetreten, die zu dem Ergebnis gelangen, daß sich der bisherigen Rechtsprechung ein allgemeines Prinzip nicht entnehmen lasse, daß die Rechtsprechung sehr stark nuanciere und daß es deshalb in erster Linie auf die Umstände des jeweiligen Falles ankomme.

Dem ist beizutreten. Bei der Beurteilung des einzelnen Falles ist davon auszugehen, "daß die Anforderungen, die sich aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der Pflicht zur Beobachtung der Formvorschriften ergeben, vor dem Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben den Vorrang haben" (Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 6.Aufl. S.153). Das gilt nicht nur für die hoheitliche Verwaltung. Ihn auch auf rechtsgeschäftliche Akte des Privatrechts anzuwenden, ist schon deshalb geboten, weil heute viele Verwaltungsobliegenheiten in den Formen des Privatrechts erledigt werden und hier die gleichen Gesichtspunkte gegeben sind, welche es angezeigt erscheinen lassen, von einer Gleichstellung mit den Rechtsgeschäften Privater abzusehen. Lediglich für die fiskalische Betätigung läßt sich eine solche Gleichstellung allenfalls erwägen. Um eine solche handelt es sich jedoch im vorliegenden Falle nicht. Von einer weiteren Erörterung dieser Frage soll jedoch abgesehen werden, weil es auf sie für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht ankommt.

Ist nach den bisherigen Ausführungen mit der Unterzeichnung des Vertrages durch den Landrat und den Sparkassendirektor eine wirksame Verpflichtung der Beklagten nicht eingetreten, so könnte diese nachträglich dadurch herbeigeführt worden sein, daß der Vorstand der Beklagten den Vertrag angenommen hat. Das behauptet die Klägerin, indem sie darauf verweist, daß eine besondere Form für einen solchen Beschluß nirgendwo vorgeschrieben sei.

Wollte man der Klägerin darin folgen und wollte man weiter mit dem Urteil in zweiter Instanz annehmen, daß auch

die aufsichtsbehördliche Genehmigung, da besondere Formvorschriften fehlen, aus den Umständen gefolgert werden kann, dann käme man zu dem Ergebnis, daß auch die Mißachtung elementarster Anforderungen an das Verfahren rechtlich unschädlich sein würde. Die Tatsache aber, daß besondere Form- und Verfahrensvorschriften fehlen, bedeutet keinen Freibrief für beliebige Prozeduren.

Um den Vertrag vom 30.12.1944 als für die Beklagte verbindlich ansehen zu können, müssen drei Rechtstatsachen vorhanden sein:

1. Vorstandsbeschluß zur Statusänderung unter den Bedingungen des Vertrages
2. Genehmigung dieses Beschlusses durch die Aufsichtsbehörde
3. Unterzeichnung des Vertrages durch den Vorstand.

Es ist nunmehr zu prüfen, ob diese Rechtstatsachen vorliegen.

Zu 1. Der Vorstand der Sparkasse ist eine öffentliche Behörde (§ 5), und zwar eine Kollegialbehörde. Beschlüsse einer Kollegialbehörde werden grundsätzlich gemeinsam unter gleichzeitiger Anwesenheit der Mitglieder der Kollegialbehörde gefasst. Die Beschlussfassung kann, wenn besondere Vorschriften fehlen, schriftlich durch gemeinsame Unterzeichnung oder mündlich erfolgen. Im zweiten Falle ist es ein Ordnungserforderlich, daß die mündliche Beschlussfassung protokolliert wird. Ob die Protokollierung nur der Beweissicherung dient und ihre Unterlassung dann unschädlich ist, wenn der Beweis der Beschlussfassung auf andere Weise erbracht werden kann, ist mindestens zweifelhaft. Beschlüsse aber, die der aufsichtsbehördlichen Genehmigung unterliegen, bedürfen immer, auch wenn Formvorschriften nicht bestehen, eines Minimums an urkundlicher Form. Beschlussfassung dieser Art und aufsichtsbehördliche Genehmigung sind kein möglicher Gegenstand formloser Gespräche. Auch ohne dass die Gesetze darüber ausdrücklich etwas besagen, setzen sie ein Minimum von Form als selbstverständlich voraus, weil sie davon ausgehen, dass sich die elementaren Vorbedingungen einer

geordneten Verwaltung von selbst verstehen. Ein solcher Beschluß ist vom Vorstand nicht gefaßt worden. Auf die weitere Möglichkeit, daß der Beschluß nicht in gemeinsamer Entschließung, sondern im Wege einer schriftlichen Notierung der einzelnen Mitglieder des Vorstandes zustande gekommen sein könnte, braucht nicht eingegangen zu werden, weil eine solche Notierung nicht stattgefunden hat. Keinesfalls kann ein Beschluß schon dadurch zustande kommen, daß die Mitglieder eines Kollegiums mündlich ihre Meinung zu einer Sache aussprechen. Das gilt auch dann, wenn sie in dieser Meinung übereinstimmen. Solche Bekundungen sind juristisch irrelevant, wenn sie nicht, wie die Redensart zutreffend sagt, "zum Beschluß erhoben werden". Wollte man anders urteilen, so wäre das das Ende jeder geordneten Verwaltung.

Darüber besteht Einmütigkeit in allen Rechtskreisen. Zum französischen Recht sei verwiesen auf Waline, Droit administratif, 7. Aufl., 1957, Nr. 503, wo es unter Berufung auf arrêt v. 3. August 1907, Jeuffroy, heißt: "Même une majorité de conseillers municipaux, agissant ut singuli, sont irrecevables à représenter la commune en justice". Vergl. auch Aubry, Revue de Jurisprudence administrative, in: Revue de Droit public, 1955, S. 761 (Anmerkung zu Arrêt v. 4. Februar 1955, Vallet) und derselbe, ebenda, 1956, S. 376.

Zum amerikanischen Recht vergl. American Jurisprudence, Bd. 37, Stichwort Municipal Corporations, § 54, wo es heißt: Action af all the members of the council separately is not the action of the council and an agreement entered into separately by the members of the council outside a regular meeting is not binding". Eine gleiche Entscheidung des Supreme Court für boards und commissions findet sich ebenda, Bd. 42, Stichwort Public Administrative Law, § 54.

Daß der Vorsitzende eines Kollegiums nicht rechtswirksam an dessen Stelle handeln kann ist ausgesprochen: vom preuss. OVG im Urteil v. 19. September 1911, Bd. 60, S. 3ff, vom RArb.G. im Urteil v. 22. Januar 1929, JW 1929, S. 1303,

vom BGH im Urteil v. 14. Juli 1956, BGHZ Bd. 21, S. 294 (dazu die kritische Anm. v. Ule DVBl 1957, S.24); ebenso Forsthoff, Verwaltungsrecht I. S. 208, Huber, Wirtschaftverwaltungsrecht, 2. Aufl. Bd 2, S. 727, anderer Auffassung außer Ule Wolff, Verwaltungsrecht I, 2. Aufl., S. 246.

Zu 2. Erst die Fassung eines solchen Beschlusses aber ist die Voraussetzung, unter der die Aufsichtsbehörde tätig werden kann. Normalerweise wird die Aufsichtsbehörde mit einer Angelegenheit erst befaßt, wenn ihr ein solcher Beschluß zur Genehmigung vorgelegt wird. Daß eine Aufsichtsbehörde sich bereits früher einschaltet und an den Vorgängen teilnimmt, welche hernach über ein Genehmigungsersuchen an sie herangetragen werden, ist natürlich möglich. Immerhin gibt der Tatbestand Veranlassung, folgendes klar herauszustellen: nicht der Vertrag vom 30.12.1944 war zu genehmigen, sondern der noch zu fassende Beschluß des Vorstandes der Beklagten. Ein Vertreter der Aufsichtsbehörde konnte deshalb im Zuge der Vertragsverhandlungen allenfalls erklären, daß ein auf Grund dieses Vertrages ergehender Beschluß des Vorstandes der Beklagten (analog § 3 MuSa) aufsichtsbehördlich genehmigt werden würde.
Er konnte nicht genehmigen, was noch nicht geschehen war, ganz abgesehen davon, daß das Reichswirtschaftsministerium, wie noch darzulegen sein wird, für die Erteilung der Genehmigung überhaupt nicht zuständig war.
Übrigens weiß jeder, der mit dem Dienstbetrieb einer Aufsichtsbehörde vertraut ist, daß Behördenvertreter, die zu Verhandlungen wie im vorliegenden Fall entsandt werden, in der Regel zur Abgabe bindender Erklärungen nicht befugt sind, weil die Entschließung der Behörde in Angelegenheiten von einiger Bedeutung die Billigung mindestens des Abteilungsleiters voraussetzt und nicht auf Referentenebene getroffen wird. Vor allem aber bedarf auch die aufsichtsbehördliche Genehmigung eines Minimums an Form, auch wenn besondere Formvorschriften nicht bestehen. Die bloße zustimmende Haltung eines Vertreters der Aufsichtsbehörde bei einem Vertragsabschluß genügt diesem Minimum an Form nicht. Dazu würde mindestens gehören, daß diese

den Genehmigungswillen andeutende Haltung durch eine nachträgliche schriftliche Bekundung bestätigt wird.

Aber darauf kann es aus folgendem Grunde nicht ankommen. Es bedarf, insbesondere im Hinblick auf die einschlägigen Ausführungen des zweitinstanzlichen Urteils folgendes der Klarstellung.
Der Vertrag vom 3o.12.1944 bedurfte der aufsichtsbehördlichen Genehmigung. Aufsichtsbehörde ist gem. § 28 Spark.VO. der Regierungspräsident. Teilgenommen hat an den Verhandlungen ein Vertreter des Reichswirtschaftsministeriums. Wenn das Urteil dieser Tatsache rechtliche Bedeutung beimißt, dann kann das nur so verstanden werden, daß das Gericht das Reichswirtschaftsministerium als eine Art oberster Aufsichtsbehörde ansieht, deren Beteiligung die Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörde wenn nicht entbehrlich macht, so doch vermuten lässt.

Diese Auffassung ist unhaltbar, weil sie die durchaus verschiedenartigen Aufsichtsbefugnisse des Reichswirtschaftsministeriums und des Regierungspräsidenten nicht unterscheidet. Die Beteiligung des Reichswirtschaftsministeriums an dem Vorgang beruhte auf Art. 1 der Ersten Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 9. Februar 1935 (RGBl. I, S. 2o5), die unter Buchst. e) die Übernahme einer Zweigstelle durch ein anderes Kreditinstitut an die Erlaubnis des Reichskommissars für das Kreditwesen, auf Grund des Änderungsgesetzes vom 15. September 1939 (RGBl. I S. 1953) des Reichswirtschaftsministers bindet. Diese Fachaufsicht schließt begrenzte Befugnisse ein, deren Wahrnehmung den kreditpolitischen öffentlichen Interessen dient.

> Dazu die Breslauer Dissertation von Günther Abicht. Der Aufgabenkreis der Sparkassenaufsichtsbehörden in Preußen 1937; wenn auch in zeitpolitisch bedingter Einkleidung, werden hier S. 15 ff., 27 ff. die beiden Aufsichtsarten deutlich voneinander unterschieden.

Sie ist nicht etwa Ausfluß der allgemeinen Staatsaufsicht über Körperschaften des öffentlichen Rechts. Daraus ergibt sich, daß sie neben diese Staatsaufsicht tritt, welche

umfassendere Aufgaben wahrzunehmen hat. Es besteht also für den in Rede stehenden Vorgang:

1. Die Erlaubnispflichtigkeit nach dem Gesetz über das Kreditwesen (KWG). Diese bezieht sich auf die Übergabe wie die Übernahme der Zweigstellen, umfaßt also die Klägerin wie die Beklagte, woraus sich der Unterschied zur Aufsicht über öffentliche Körperschaften noch einmal klar ergibt.
2. Die Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 3 (analog MuSa), § 28 SpVO für die Beklagte.

Gemäß § 49 KWG ist auch die Einwilligung zu 1) von der Staatsaufsichtsbehörde zu erteilen, die insoweit an Weisungen des Reichswirtschaftsministeriums gebunden ist. Im vorliegenden Falle haben die Beteiligten keine gemeinsame Staatsaufsichtsbehörde. Daraus ergibt sich, daß beide Staatsaufsichtsbehörden einzuwilligen haben, für die Übernahme, die der Klägerin - für die Übergabe, die der Beklagten. Die gelegentlich vorgesehene Entscheidung der gemeinsamen Oberbehörde - in diesem Falle des Reichswirtschaftsministeriums - dürfte hier deshalb nicht in Betracht kommen, weil ohnehin beide Aufsichtsbehörden wegen der sonstigen Genehmigungsbedürftigkeit mit der Angelegenheit befaßt waren und eine abträgliche Meinungsverschiedenheit der Aufsichtsbehörden insoweit durch eine Weisung des Reichswirtschaftsministeriums abgeglichen werden konnte.

Unter diesen Umständen muss die Anwesenheit des Vertreters des Reichswirtschaftsministeriums bei den Vertragsverhandlungen als rechtlich irrelevant angesehen werden. Der Reichswirtschaftsminister hatte in dieser Sache nichts zu erlauben. Er konnte nur die Aufsichtsbehörden anweisen, die Einwilligung zu erteilen. Aus der Tatsache, daß der Regierungspräsident als Aufsichtsbehörde der Beklagten in der Angelegenheit offenbar nichts veranlasst oder unternommen hat, ergibt sich, daß ihm ein Ersuchen des Reichswirtschaftsministeriums nicht zugegangen ist. Sollte das auf einer Störung des Dienstbetriebs und der Dienstwege durch Kriegsereignisse beruhen, so wäre auch das für die rechtliche Beurteilung ohne Bedeutung.

Erst recht verfehlt sind die Ausführungen, welche darauf hinauslaufen, die Genehmigungsbedürftigkeit in eine bloße Beanstandungsmöglichkeit umzudeuten. Ein Blick in die geltenden Kommunalgesetze läßt erkennen, daß diese (wie übrigens auch die vor 1945 geltende Deutsche Gemeindeordnung vom 30.Januar 1935) zwischen der Genehmigung und der Beanstandung scharf, und zwar im Sinne einer Graduierung unterscheiden: Die Genehmigung ist das stärkere, die Beanstandung das schwächere Aufsichtsmittel. Es ist eine Überschreitung aller Zulässigkeitsgrenzen der Gesetzesauslegung, ein Genehmigungsrecht in ein Beanstandungsrecht umzudeuten. Selbst wenn der Regierungspräsident die in Rede stehenden Vorgänge genau gekannt und sie sogar gebilligt hat, ist das rechtlich so lange bedeutungslos, als er seine Genehmigung nicht erklärt hat.

Es gibt unter bestimmten Voraussetzungen ein Selbsteintrittsrecht der höheren Behörde mit verdrängender Wirkung für die niedere Behörde (Forsthoff, a.a.O. S.206, 375 f.). Die Heranziehung dieses Gesichtspunkts mit der Folgerung, daß die Genehmigung des Regierungspräsidenten wegen der Beteiligung des Reichswirtschaftsministeriums als entbehrlich angesehen werden könnte, scheitert aus den schon angegebenen Gründen. Sie wäre nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn das Reichswirtschaftsministerium als obere Aufsichtsbehörde anzusehen wäre. Das ist aber, wie bereits dargelegt wurde, nicht der Fall. Deshalb kommt auch für das Reichswirtschaftsministerium die Befugnis zum Selbsteintritt nicht in Betracht.

Zusammenfassend ergibt sich also, daß weder die nach der VO vom 9.2.1935 erforderliche Einwilligung, noch die von der Satzung geforderte staatsaufsichtliche Genehmigung erteilt worden ist.

<u>Zu 3.</u> Daß der Vorstand den Vertrag nicht unterzeichnet hat, steht als unstreitig fest. Die Frage ist lediglich, ob die Beklagte sich so behandeln lassen muß, als ob die Unterzeichnung erfolgt wäre. Das wäre dann der Fall, wenn gegen sie, indem sie sich auf die mangelnde Unterzeichnung

beruft, die Einrede der Arglist erhoben werden könnte. Das ist nunmehr zu prüfen.

Für die rechtliche Würdigung wird zunächst zu ermitteln sein, welcher Mangel mit der fehlenden Unterzeichnung durch den Vorstand vorliegt, ob ein Formmangel oder ein Vertretungsmangel. Der Formmangel besteht darin, daß ein Rechtssubjekt (oder mehrere) zwar eine Willenserklärung abgegeben hat, diese Willenserklärung jedoch nicht die vorgeschriebene Form erhalten hat. Ein Vertretungsmangel liegt dann vor, wenn nicht das zuständige Rechtssubjekt, sondern ein anderes Rechtssubjekt eine Willenserklärung abgegeben hat.

Im vorliegenden Falle hat der nach der Satzung allein zuständige Vorstand eine Willenserklärung nicht abgegeben. Er war an den Verhandlungen, welche zu der Einigung am 30. Dezember 1944 führten, nicht beteiligt. Damit ist dieser Fall dem Tatbestand des Urteils BGHZ Bd. 21 S.59 nicht rechtsähnlich. Dort handelt es sich um die Verbindlichkeit eines Vertrages, der zwar der in § 37 Abs. 2 Satz 1 GO vorgeschriebenen Form ermangelte, bei dessen Aushandelung jedoch die zuständigen Organe der Gemeinde zustimmend beteiligt waren, so daß es lediglich daran fehlte, daß der mündlich dem anderen Vertragspartner bereits ausgesprochene Wille zum Abschluß dieses Vertrages in gehörige Form gebracht wurde.

Da der Vorstand der Beklagten einen Kollektivwillen in der Form eines Beschlusses, wie bereits dargelegt wurde, nicht gefaßt hat, auch nicht mündlich, der Ausdruck eines rechtsgeschäftlichen Willens der Klägerin gegenüber demgemäß fehlt, scheidet die Annahme eines bloßen Formmangels aus. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß anstelle des allein zuständigen Vorstandes zwei in dieser Sache nicht vertretungsberechtigte Organe der Beklagten gehandelt haben.

Anders wäre es möglicherweise dann, wenn angenommen werden könnte, daß die beiden Unterzeichner auf Grund einer ihnen vom Vorstand erteilten Vollmacht gehandelt haben. Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens wäre allerdings darum

zweifelhaft, weil, in Abweichung von den Normen des Gesellschaftsrechts, die Bestimmungen der Mustersatzung öffentlichen Rechts und demnach zwingend sind. Die Bevollmächtigung würde eine Norm zwingenden Rechts durchbrechen. Folgt man den Ausführungen Triepels (Delegation und Mandat, 1942, S.22 ff., 131 ff.), denen sich VGH Kassel v. 24.11.1950 (VRspr. Bd. 4 S.565) angeschlossen hat, so würde man die Zulässigkeit einer Mandatserteilung an sich bejahen können. Das würde aber die Unterzeichnung wie geschehen deshalb nicht rechtfertigen können, weil das Mandat nur im Namen des Mandanten wirksam ausgeübt werden kann. Es hätte deshalb bei der Unterzeichnung des Vertrages zum Ausdruck gebracht werden müssen, daß sie im Namen des Vorstandes erfolgt. Im übrigen sprechen alle Umstände dagegen, daß die Unterzeichner auch nur den nicht ausgesprochenen Willen gehabt haben sollten, für den Vorstand zu handeln.

Die Rechtsprechung macht in der Zulassung der Einrede der Arglist bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand einen Unterschied zwischen der Berufung auf Formmängel und der Berufung auf Mängel der Vertretungsmacht und des Verfahrens. Dagegen sind zwar gelegentlich Bedenken erhoben worden (Nipperdey, JZ 1952, S.577 ff.; Scholz, NJW 1953, S.961 ff.). Diese Bedenken sind jedoch nicht begründet. In der Tat sind die Formvorschriften und die Vorschriften über Vertretungsmacht und Verfahren von derart unterschiedlichem Gewicht, daß sie eine differenzierende Würdigung verlangen.

Zur Auswertung der umfangreichen Rechtsprechung in dieser Frage sei bemerkt, daß die Abgrenzung der Formmängel und der Mängel der Vertretungsmacht in der Judikatur des Reichsgerichts lange unter dem Aspekt einer besonderen Rechtsauffassung gestanden hat. Indem es nämlich davon ausging, daß landesrechtliche Formvorschriften für Rechtsgeschäfte der öffentlichen Hand im Hinblick auf Art.55 EG BGB unzulässig seien, sah es sich genötigt, die Formvorschriften in Vorschriften über die Vertretungsmacht umzudeuten. Diese Auffassung ist heute als rechtsirrtümlich erkannt. Gut dazu Wild, NJW 1955, S.695(rechts unten: "Die Formvorschriften für Verpflichtungser-

klärungen der öffentlichen Hand sind damit Ausdruck und Teil eines Organisationsaufbaues, nicht aber Formbestimmungen im Sinne des BGB."

Während die Rechtsprechung die Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf bloße Formmängel bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand im allgemeinen zuläßt, hält sie strikte daran fest, daß diese Einrede gegenüber Mängeln der Vertretungsmacht und gegenüber dem Mangel der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nicht zulässig ist.

Die aufsichtsbehördliche Genehmigungsbedürftigkeit stellt eine zwingende Verfahrensregelung dar, bei deren Nichtbeachtung die Einrede der Arglist aus einem einleuchtenden praktischen Grunde nicht durchschlagen kann. Wäre nämlich die Einrede zulässig, so könnte sich die beaufsichtigte Verwaltungsinstanz dem Erfordernis der Genehmigung leicht entziehen, indem sie die Genehmigung nicht nachsucht und sich auf den Standpunkt stellt, sie müsse erfüllen, weil sie sich sonst der Einrede der Arglist aussetze. Deshalb haben die Gerichte die Einrede der Arglist in diesem Falle nicht gelten lassen.

RGZ Bd.68 S.408, JW 1936 S.726, RGZ Bd.157 S.207; Bd.162 S.130, RVerwG. v. 22.Juli 1941, Bd.1 S.53; dazu Beitzke, MDR 1953 S.3: "Auch hier hat die Rechtsprechung die Berufung auf § 242 BGB gegenüber der fehlenden Genehmigung - soweit ersichtlich - nie zugelassen"; vgl. auch Wild, a.a.O. S.694 (unter 4).

Das gleiche gilt für Mängel in der Vertretungsmacht. Gegen ihre Geltendmachung haben die Gerichte in ständiger Rechtsprechung die Einrede der Arglist für unzulässig erklärt. Bei den einschlägigen Vorschriften haben die Interessen der öffentlichen Verwaltung so eindeutig den Vorrang, daß ihnen gegenüber die Berufung auf schutzwürdige Belange des anderen Teils notwendig versagen muß. Indem die Gerichte an dieser Auffassung ohne Schwanken festgehalten haben, haben sie nicht verkannt, daß sich daraus Erschwerungen im Rechtsverkehr für den Einzelnen ergeben müssen, dem damit die Pflicht aufgebürdet wird, sich über die Vertretungsmacht von Verwaltungsorganen zu verlässigen.

Vgl. RGZ Bd.157 S.207 (213), OLG München in MDR 1953 S.165 und die oben wiedergegebenen Hinweise.

Der Beklagten kann somit, wenn sie sich auf die oben im einzelnen dargelegten Mängel der Vertretungsmacht und des Verfahrens beruft, die Einrede der Arglist nicht entgegengehalten werden. Daran ändern auch die geschehenen Erfüllungshandlungen nichts. Denn diese Erfüllungshandlungen lassen den Mangel der aufsichtsbehördlichen Genehmigung schon deshalb unberührt, weil die Aufsichtsbehörde an ihnen nicht beteiligt war und deshalb ein konkludentes Handeln für sie nicht in Betracht kommt (wobei dahingestellt bleiben kann, ob ein solches Handeln überhaupt ausreichen würde). Da auch der Vorstand bei den Erfüllungshandlungen nicht mitgewirkt hat, gilt für ihn das gleiche.

Aus diesen Gründen komme ich zu dem Ergebnis:

1. Der Vertrag zwischen den Parteien vom 30. Dezember 1944 ist nicht rechtswirksam zustande gekommen.
2. Der Erfüllungsverweigerung kann die Einrede der Arglist nicht entgegengehalten werden.

Heidelberg, den 14. Februar 1958

gez. Professor Dr. Ernst Forsthoff

83

Material zum Gutachten im Prozeß Sparkasse Hamburg / Kreissparkasse Stormarn

Zur Frage der mangelnden Form:

BGH I ZR104/50 v. 22.5.51 in LM Nr.1 zu § 36 DGO:
Der Rechnungsführer einer Forstgenossenschaft schließt einen Kaufvertrag über Holz ab, obwohl er nicht Vertretungsberechtigt ist, und wahrt dabei nicht die vorgeschriebene Form. Der Vertrag wird zumindest teilweise erfüllt.
"an der Rspr des RG wird festgehalten, daß sich Gemeinden nur in der Form des §36 DGO verpflichten können. Die Bedeutung dieser Formvorschriften liegt nach der st. Rspr. des RG nicht darin, daß sie Formvorschriften für das Handeln der Körperschaften im rechtsgeschäftlichen Verkehr geben, als vielmehr darin, daß sie eine Sicherung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften gegen eine mißbräuchliche Vertretung durch zuständige Vertreter darstellen. (Es folgen Zitate der RG'Entscheidungen, von denen RG 104,225; 89,433; 83,396;73,200; 68/407 nicht die Frage behandeln, ob ein Formverstoß vorliegt und ob er durch die Berufung auf Treu & Glauben geheit werden kann. Sie sind für den vorliegenden Sachverhalt uninteressant.) Die Begündung, mit der das RG in Bd. 157,212 den Einwand des Verstoßes gegen Treu & Glauben zurückgewiesen hat, weil dieser Einwand gegen das öffentliche Interesse an einem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaft dagegen, daß sie durch unberechtigte Vertragsschlüsse in langwierige und kostspielige Rechtsstreitigkeiten verwickelt würden, zurücktreten müssen, trifft auch im vorliegenden Fall in vollem Umfang zu."... Der Vertrag wurde auch durch die Erfüllung nicht geheilt.

Die in LM Nr. 1 zu 9 36 DGO zitierten RG-Urteile:
RG67,269: "Der Gesetzgeber will die Gemeinden dagegen schützen, daß das zu ihrer Vertretung berufene Gemeindeorgan sie, weil er Vertreter nach außen ist, ohne weiteres mit Verbindlichkeiten belasten kann. Deshalb ist seine Vertretungsmacht in dieser Beziehung eingeschränkt und für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften, aus denen sich Verbindlichkeiten der Gemeinden ergeben, förmliche urkundliche Aufnahme unter Zuziehung einer 2. Person vorgeschrieben."

RG 82,7: Für die Formvorschrift der preuß.LandgemO "hat das RG in st. Rspr den Standpunkt vertreten, daß die Beobachtung der Form die Voraussetzung bilde, unter der das Willensorgan der Gemeinde für diese verbindliche Erklärungen abgeben könne, daß die dem § 88 nicht entsprechenden Erklärungen außerhalb des Rahmens der Vertretungsmacht des Gemeindevorstandes, die eben nur in der Form des Gesetzes ausgeübt werden könne, lägen und mithin als nicht abgegeben zu gelten hätten... Als Zweck (des § 88) wird insbesondere hervorgehoben, das zwingende Formerfordernis solle zum Ausdruck bringen, daß die Gemeindevertreter ihre Erklärung in amtlicher Eigenschaft abgegeben haben, daß also der Inhalt der Erklärung wirklich als Wille der Gemeinde gilt."

RG 115,311 wiederholt nur RG 64,413 und die obengenannten Urteile auf einen Sachverhalt, nach dem lediglich auf einem Wechselakzept die erforderliche Bezugnahme auf den zugrunde liegenden Kreistagsbeschluß fehlte. Keine neuen rechtlichen Gesichtspunkte.

RG 64,413: Einem Vertrag fehlte die nach §88 preußLandgemO vorgeschriebene Form: Die Art der Organisation der juristischen Person des öffentlichen Rechts ist den Landesgesetzen überlassen. Diese haben zu bestimmen, in welcher Weise die öffentlich-rechtl. juristischen Personen durch Willensorgane zu vertreten sind und in welcher Weise diese Organe mit verbindlicher Kraft für die von ihnen vertretene Körperschaft ihre Erklärungen abzugeben haben.

Fortsetzung von RG 64, 413:

Die darüber gegebenen landesgesetzlichen Vorschriften bilden den Rahmen der Vertretungsmacht. Erklärungen, die von gesetzlichen Vertretern in anderer Form abgegeben werden, als das Gesetz vorschreibt, liegen, weil außerhalb des Gesetzes außerhalb der dem Vertreter nur zustehenden Vertretungsmacht. Wie im Privatrecht der Vollmachtgeber mehreren Personen derart Vollmacht erteilen kann, daß sie nur gemeinschaftlich und nur unter Einhaltung bestimmter Formen Willenserklärungen für ihn abgeben dürfen, so kann naturgemäß auch der Gesetzgeber bezüglich der gesetzlichen Vertretung bestimmte dabei innezuhaltende Formen verordnen. In Frage steht dabei nur der Rahmen der Vertretungsmacht, und ob innerhalb desselben gehandelt ist oder nicht.

BGH 21, 59 (Urteil vom 14.7.56, II ZR 167/54):

Leitsatz: Haben beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts, das nicht zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehört, die nach § 37 II rev. DGO berufenen Vertreter der Gemeinde mitgewirkt, fehlt jedoch diesem Rechtsgeschäft die nach § 37 II 1 vorgeschriebene Schriftform, so kann die Berufung der Gemeinde auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen der fehlenden Schriftform unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unbeachtlich sein.

Sachverhalt: Eine Pumpenfabrik hatte mit dem Bürgermeister und dem Gemeinderat über den Kauf einer Wasserpumpe verhandelt. Im Anschluß an die Besprechung bestellte der Gemeindedirektor im Auftrage der Gemeinde schriftlich die Pumpe zu den in der Besprechung vereinbarten Bedingungen und Terminen. Später war wegen Sachmängel gewandelt worden, schließlich hatte sich die Gemeinde auf die Formnichtigkeit berufen. Der BGH versagte der Berufung auf die Formnichtigkeit die Rechtsfolgen.

"Da nämlich die vertretungsberechtigten Organe dem Abschluß des Vertrages zugestimmt haben, handelt es sich bei dem Einwand der Klägerin nicht darum, daß der Vertrag mit der Beklagten vom Gemeindedirektor, also von einer nicht bevollmächtigten Person, abgeschlossen ist, sondern lediglich darum, daß hierbei nicht die Schriftform unter Beifügung der Unterschriften der vertretungsberechtigten Organe der Gemeinde gewahrt worden ist. Eine Berufung auf diesen reinen Formmangel ist im vorliegenden Fall nach den in Rspr. auf dem Gebiet des Privatrechts entwickelten Rechtsgrundsätzen nicht möglich, da hierin ein grober Verstoß gegen Treu und Glauben liegen würde."

LG Lübeck v. 21.5.52 IS 97/52 in MDR 52,745:

Eine Gemeinde haftet auch dann aus Vertrag, wenn für eine Erklärung an sich Schriftlichkeit vorgesehen ist, die Berufung darauf aber arglistig ist.

(Zunächst wird dargelegt, daß der zur Vertretung der Stadt befugte Bürgermeister mündlich gegenüber der Klägerin die käuflichen Abnahme der Sache zugesagt habe. Nach der GemO für Schl.-Holt. i.V. mit der Hauptsatzung der Stadt M bedürfe eine derartige Erklärung des Bürgermeisters zu ihrer Rechtswiksamkeit an sich der Schriftform.)
Mit der Berufung auf die Nichteinhaltung der nach §50 III GemO vorgeschriebenen Form kann die Bekl. nicht gehört werden. Dieser Einwendung der Bekl. steht die Einrede der Arglist entgegen. Die Rspr hat den Grundsatz herausgearbeitet, ein Vertragsschließender könne dem anderen gegenüber nicht die Formnichtigkeit des Vertrages geltend machen, wenn dies mit Rücksicht auf sein früheres Verhalten gegen die guten Sitten oder gegen Treu & Glauben verstoße; dies sei namentlich dann anzunehmen, wenn er den anderen Teil durch sein Verhalten, wenn auch ohne böse Absicht, in den Irrtum versetze, oder in dem Irrtum erhalten habe, der Vertrag sei formlos gültig. Das RG hat sogar in letzter Zeit ausgesprochen, die Berufung auf den Formmangel sei schon dann nach §242 BGB unzulässig, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu & Glauben widerspreche, den Vertragsanspruch an der Formnichtigkeit scheitern zu lassen (RG 157,207). Hier handelt es sich um eine Erklärung, die der Bürgermeister selbständig abgeben kann und die nach der Vorschrift keiner Genehmigung bedarf.

RG in JW 1936, 1820:

Leitsätze: Einrede unerlaubter Rechtsausübung bei wegen Formmangels nichtigen einseitigen Verpflichtungserklärungen, die öffentliche Behörden auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts in urkundlicher Form übernommen haben.

Sachverhalt: Für einen Landkreis waren durch ein Kreisausschußmitglied unterzeichnete Schuldurkunden ausgestellt. Auf die Anfrage bei dem Landratsamt wurde dem Empfänger erklärt, die Urkunden seien in dieser Form gültig. Daraufhin nahm er weitere Urkunden dieser Art entgegen. Später machte der Kreis Nichtigkeit wegen Formmangels geltend.

Begründung: Bei formbedürftigen Verträgen, namentlich über den Verkauf von Grundstücken, kann sich nach der ständigen Rspr. des RG der Teil auf die Form nicht berufen, der den Vertragsgegner über das Formerfordernis oder dessen Tragweite, wenn auch nur fahrlässig, irre geführt hat. Da aber allen Vertragsteilnehmern, insbesondere die Pflicht obliegt die in § 313 vorgeschriebene Form zu erfüllen, so bedarf die Behauptung der eine Teil sei durch den anderen in den Irrtum versetzt, die Form sei unnötig, besonderer Begründung.
Hier liegt eine einseitige Verpflichtungserklärung vor. Eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde kommt nicht in Frage. Außerdem war die Klägerin durch die ihr erteilte Auskunft gerade auch über den Umfang der Vertretungsmacht der Kreisorgane getäuscht worden. Unter diesen besonderen Umständen trägt der Senat keine Bedenken, die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung zuzulassen.

RG in JW 1938, 1023:

Leitsatz: Die Berufung einer Partei auf Formmängel stellt dann eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn die Lossagung vom Vertrage mit dem bisher von der betreffenden Partei getätigten Verhalten nach allgemeinem Rechtsempfinden unvereinbar ist. - Das die nicht beachtete Formvorschrift zum Schutze einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlassen ist, schließt den Einwand unzulässiger Rechtsausübung jedenfalls dann nicht aus, wenn die andere Vertragspartei ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist.

Sachverhalt: Die klagende Stadtgemeinde bestreitet die Haftung für eine Bürgschaftsforderung, mit der gegen ihre Forderung aufgerechnet werden soll, weil die Bürgschaft nicht formgerecht übernommen wurde.

Begründung: Zunächst ist zu bemerken, daß die Vertreter der Klägerin die Formerfordernisse einer Bürgschaftserklärung gemäß den Vorschriften ihrer Städteordnung besser kennen müßten als die Beklagte. Zudem haben die Parteien, auch die Klägerin, später zur Bürgschaft ganz positiv Stellung genommen. Die Beklagte, deren Rechtsvorgängerin das Darlehn nur unter dem besonderen Verlangen nach der Bürgschaft übernommen hatte, ist im Vertrauen auf die Bürgschaftssicherung später zur Haftungsentlassung der bisherigen Darlehensschuldnerin und zum Verzicht auf die gesellschaftsmäßige Haftung der Gemeinden, die Gesellschafter des bisherigen Darlehnsschuldnerin waren, veranlaßt worden. Darüberhinaus ist die Beklagte im Auftrag der Bürgen und unter ausdrücklichem Hinweis auf die Bürgschaft schließlich auch noch zum Verzicht auf die Teilnahme am Konkurs der neuen Darlehensschuldnerin bestimmt worden. Dann aber würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Klägerin, nachdem sie die Vorteile des Darlehns genossen hat, sich unter Berufung auf die Formnichtigkeit ihrer Bürgschaftserklärung von ihrer Haftung lossagt.

Elleringmann, Die Außenvertretung der preuß. Sparkassen, 1940

S29. §11 Abs.1 S.2 will die organschaftliche Vertretung der Sparkassen für die dort genannten Gegenstände ganz allgemein regeln, und zwar sowohl organ- als auch formbestimmend.
S.33 Wird durch einen unter §11 I 2 MuSa fallenden Rechtsakt der formbestimmende Inhalt dieser Norm verletzt, so kann nur Nichtigkeit die Folge sein. Der in §125 BGB niedergelegte allgemeine Rechtsgedanke - nicht diese Norm selbst - hat zur Anwendung zu gelangen. Zwar stellt §11 I 2 keine eigentliche Formvorschrift dar; doch muß der formbestimmende Inhalt dieser Norm hinsichtlich seiner Verletzung wie eine Formvorschrift behandelt werden. - Der Gedanke des §125 BGB tritt gegenüber §11 I 2 MuSa in verstärkter Kraft und größerer Endgültigkeit auf, einmal weil die zwingende Kraft öffentlich-rechtlicher Normen überhaupt unbedingter ist als diejenige bürgerlich-rechtlicher Vorschriften, dann aber auch, weil durch §11 I 2 ein höheres Rechtsgut geschützt werden soll, als es die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts im allgemeinen zu schützen haben. Bei der Durchsetzung der letzteren handelt es sich nämlich - abgesehen vom Schutz der Gesetzesautorität - in erster Linie um zu schützende Interessen einzelner Volksgenossen, bei der Durchsetzung der ersteren dagegen um den Schutz der einen oder anderen Rechtsform verkörperten Gemeinschaft. Deshalb kann hier die Anwendung des §242 BGB, wie bei der Rspr zu §125, nicht Platz greifen.

Staudinger, §125 Anm.34a a.E.:

Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz erlaubt es nicht, daß ein so wichtiges Prinzip wie das von Treu & Glauben für einen Teil der Teilnehmer am Privatrechtsverkehr ausgeschlossen wird. Es ist dies um so weniger möglich, als die Geltung dieses Prinzips im öffentlichen Recht selbst im Lauf der letzten Jahrzehnte anerkannt worden ist und diese Anerkennung als besonderer Fortschritt empfunden wurde.
Hinzu kommt, daß die öffentlich-rechtlichen Formvorschriften für den Kontrahenten der öffentlichen Verwaltung oft nicht erkennbar sind. Dieser muß sich vielmehr auf die Zusicherung des Beamten verlassen können. Die fiskalischen Interessen können durch die Geltendmachung der Regreßpflicht derjenigen Beamten gewahrt werden, welche ihre Dienstvorschriften hinsichtlich der Formwahrung verletzt haben.
Gegenüber diesen Gründen kann nicht geltend gemacht werden, daß es sich hier um eine Einschränkung der Verpflichtungsfähigkeit handele, der gegenüber die Berufung auf Treu & Glauben ausgeschlossen sei. Denn es handelt sich hier nur um die Verletzung der Formvorschrift, nicht um eine Verletzung der Vertretungsvorschriften. Es haben also die für die Vertretung der öffentlichen Körperschaft zuständigen Organe gehandelt, diese muß daher das Verhalten ihrer Organe sich zurechnen lassen.

Stich, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Mainzer Diss. 1954, zit. nach Staudinger aaO., S.103:
Solange Sinn und Zweck der verwaltungsrechtlichen Beurkundungsvorschriften, die öffentlich-rechtliche Körperschaft gegen unbedachte und sie gefährdende Willenserklärungen der für sie handelnden Personen zu schützen, nicht genügt ist, kann die Körperschaft auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu & Glauben als durch diese Erklärung verpflichtet angesehen werden. Etwas anderes muß gelten, wenn der Schutzzweck der Formvorschriften nach den gesamten Umständen nicht verletzt ist und die zuständigen Organe die Erklärungen nur deshalb nicht formgerecht vollzogen haben, weil sie entweder die maßgebenden Vorschriften aus Fahrlässigkeit nicht kannten oder absichtlich eine endgültige Verpflichtung verhindern wollten. Mußte der Erklärungsgegner in einem solchen Falle nach dem ganzen Verhalten der für die Körperschaft handelnden Personen zu dem Schluß gelangen, das Rechtsgeschäft sei wirksam und gültig vollzogen, so ist er nach dem Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes so zu stellen, wie wenn die zuständigen Organe die Verpflichtungserklärung für die öffentlich-rechtliche Körperschaft in der vorgeschriebenen Form abgegeben hätten.

Wild, Treu & Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand

NJW 55,693 ff. : (keine wörtliche Wiedergabe)
Unter I 2 Das Beidrücken von Gemeindesiegel oder Stempel ist Bestimmung formeller Natur. (vgl. RG 73,205 (208) : "Das Siegel dient nicht dazu, den Urkunden im Rechtsverkehr die Vermutung der Echtheit zu geben, sondern bezweckt lediglich, für die im Namen der Gemeinde abgegebene Erklärung eine gewisse Gewähr dafür zu bieten, daß dieselbe auch wirklich im Namen der Gemeinde abgegeben wird." S.210 "... Gemeindesiegel, dessen Erfordernis nur als Formvorschrift angesehen werden kann.")
Unter I 5"Das RG hat bis 1935, bei wenigen Ausnahmen, eine unterschiedliche Behandlung von Formvorschriften und sachlichen Zuständigkeitsregelungen nicht vorgenommen. Es war die Zeit, in der es wegen seiner Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der gemeindlichen Formvorschriften im Hinblick auf Art.55 EGBGB in allen Formvorschriften eine materielle Regelung der Vertretungsmacht erblickte." Trotzdem habe es, wo in der Sache nur eine Formvorschrift verletzt war,eine Berufung auf §242 BGB zugelassen, bei der Überschreitung einer Vertretungsmacht nie.

Fortsetzung Wild, NJW 55,693:

Unter II Die Grundformen der Formvorschriften seien von verschiedenem Gewicht und verfolgten verschiedene Zwecke. Die Schriftform solle die öffentliche Hand vor unbedachten und übereilten Erklärungen ihrer Vertreter schützen, die Zuständigkeitsordnung dagegen für die Wirksamkeit bestimmter Geschäfte unabdingbare Voraussetzungen schaffen, deren Nichtbeachtung die Haftung der Körperschaft ausschliesse

Der zwingende Charakter der Formvorschriften beruhe nicht auf einer höheren Werteinschätzung der öffentlichen Hand.

Der Zweck der Formvorschriften sei dem des § 313 BGB ähnlich. Eine unterschiedliche Behandlung von Formvorschriften und Zuständigkeitsordnungen ergäbe sich aus dem gesetzgeberischen Zweck, der bei der Schriftform in ihrer vorbeugenden, keineswegs absolut wirksamen Natur bei der Zuständigkeitsregelung aber in ihrer Ausschliesslichkeit und zwingenden Schutzwirkung zu suchen sei. Wesentlich erscheine auch das Ergebnis: Soweit es sich um Geschäfte handele, die dem absoluten Schutz von Zuständigkeitsregelungen unterlägen, seien es solche von grösserer Bedeutung und Wichtigkeit. Eine Berufung auf Formmängel dürfe hier bei der weitaus grösseren Effektivität der Zuständigkeitsregelung kaum in Frage kommen. Ein Bedürfnis, die eigentliche Form ebenfalls mit absoluter Wirkung auszustatten, bestehe nicht. Diese Tendenz zeige auch der BGH in LM § 36 DGO Nr.1

Die öffentlich-rechtlichen Formvorschriften seien eine Organisationsregelung. Der Versuch, den das RG angedeutet und das OLG Celle (am 30.11.54 4 U 256/53 in NJW 55,714) ihm folgend durchgeführt habe, die Anwendbarkeit des § 242 BGB danach zu bestimmen, ob das Rechtsgeschäft mehr in öffentlichem oder in privatem Interesse liege, sei falsch. Nicht weil Vermögen und Rechtsperson der öffentlichen Hand wertvoller seien als das anderer Rechtssubjekte oder weil ihre Tätigkeit mehr öffentlichem als privatem Interesse diene, sei die Wirksamkeit ihres Handelns an bestimmte Formen gebunden, sondern nur deshalb, weil es Zweck des Gemeindeverfassungsrechtes sei, demokratische Selbstverwaltung zu gewährleisten und zu sichern. Die Formvorschriften für Verpflichtungserklärungen seien Teil eines Organisationsaufbaues und nicht Formbestimmung im Sinne des § 313 BGB.

Der entscheidende Maßstab für die Anwendbarkeit des § 242 sei nur aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung abzuleiten. § 242 könne ohne weiteres angewandt werden, wenn die Formbestimmung bloße Formvorschrift sei. Liege in ihr aber eine Zuständigkeitsregelung, so sei Vorsicht geboten. Der zwingende Charakter einer Vorschrift könne nicht mit § 242 durchbrochen werden.

Zur Frage des fehlenden Vorstandsbeschlusses: Konnte die Kreissparkasse bei dem vorliegenden Rechtsgeschäft durch den Vorsitzenden des Vorstandes und den Sparkassenleiter vertreten werden ?

Rudolf Ellerringmann, Die Aussenvertretung der preussischen Sparkassen

Seite 18: Die Vertretungsmacht des Sparkassenvorstandes ist allumfassend. Sie hat totalen Charakter. Soweit keine Vertretung für einzelne Rechtsakte durch besondere Sparkassenorgane in Frage kommt, besteht sie allein; soweit besondere Organe das Recht der Aussenvertretung haben - wie z.B. der Sparkassenleiter (§ 8 I Halbsatz 1 MuSA), die beiden vom Vorstand bestellten Beamten oder Angestellten (§ 11 I Satz 1) -, besteht sie daneben. Die Vertretungsmacht der Sonderorgane hat also keinen den Sparkassenvorstand ausschliessenden Charakter.

Seite 20: Bei den in § 11 I Satz 2 MuSA besonders aufgezählten Rechtsgeschäften der Sparkasse haben, wie erwähnt, Vorsitzender und Sparkassenleiter (oder ihre Vertreter) den Vorstand zu vertreten. Die Untervertretung durch diese zwei ist rechtstheoretisch nicht Regel, sondern Ausnahme. Sie reicht infolgedessen nur so weit, wie sie ausdrücklich bestimmt ist. Mit anderen Worten: Die Geschäftsaufzählung in § 11 I Satz 2 hat keinen beispielmässigen, sondern ausschliessenden Charakter.

Seite 28: § 11 I Satz 2 MuSA ist in seinem Grundcharakter keine formbestimmende Vorschrift, sondern eine Norm über die organschaftliche Vertretung der Sparkasse. Dass diese nicht nur durch Bestimmung des Vertretungsorgans, sondern auch der Vertretungsformen geregelt wird, ändert hieran nichts.

Seite 30: Nach dem Vorbild von § 36 II DGO ist deshalb die Vorschrift in § 11 I Satz 2 MuSA so zu verstehen, als ob sie folgendermassen lautete:"Erklärungen, welche folgende Gegenstände betreffen: 1.Verpflichtungserklärungen mit Ausnahme der in § 11 I Satz 1 der MuSA bezeichneten, 2. ..... bedürfen der Schriftform. Sie sind unter der Bezeichnung " Der Vorstand der ..... Sparkasse zu ....." handschriftlich vom Vorsitzenden des Vorstandes oder seinem Stellvertreter und vom Leiter der Sparkasse oder von seinem Stellvertreter unter Beifügung des Siegels oder Stempels der Sparkasse zu unterzeichnen."

Seite 32: Das organschaftlich fehlerhafte Handeln bewirkt also nicht nur die - schwebende - Unwirksamkeit des in Frage stehenden Rechtsaktes, die - etwa in Anwendung des Rechtsgedankens des § 177 BGB - durch Genehmigung beseitigt und mit rückwirkender Kraft in Vollwirksamkeit umgewandelt werden könnte. Der Rechtsakt ist nichtig.

Perdelwitz-Fabrizius-Kleiner, Das preussische Sparkassenrecht.

Seite 233 (A 2 a zu § 11 MuSA): Allgemeines Vertretungsorgan der Sparkasse ist nach § 5 I 2 der Vorstand. Seine Vertretungsmacht ist nur insofern beschränkt, als die Satzung der Sparkasse gewisse Geschäfte ganz verbietet und andere Geschäfte wieder von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig macht. Nur in den seltensten Fällen wird der Vorstand in seiner Gesamtheit eine Rechtshandlung unmittelbar vornehmen; ihre Vornahme liegt vielmehr in der Regel beim Vorsitzenden und Sparkassenleiter. Aus dem Verhalten des Vorstandes kann aber u.U. geschlossen werden, dass er eine von unzuständiger Seite namens der Sparkasse abgegebene Erklärung genehmigt (§ 177).

Seite 184 (A 1 zu § 4 MuSA): Die Zuständigkeit des Vorstandes ist mithin umfassend: alle die Sparkasse betreffenden Entscheidungen sind grundsätzlich von ihm zu fällen. Nur soweit die MuSA für bestimmte Massnahmen ausdrücklich andere Stellen als zuständig bezeichnet, ist die Zuständigkeit des Vorstandes entsprechend eingeschränkt (§ 5 II).

Seite 185 (A 1 zu § 4 MuSA): Hiernach hat der Sparkassenvorstand, soweit es sich um seine verwaltende bzw. vertretende Tätigkeit handelt, nach der MuSA insbesondere zu beschliessen über ..... die Errichtung oder Schliessung von Zweigstellen gemäss § 3.

KG in JFG 7, 262 (265): = Sparkasse 1930, S. 324

§ 11 I 1 (ab 1932 § 11 I Satz 2 MuSA!) enthält die Einsetzung eines besonderen, aus dem Vorsitzenden des Vorstandes und dem Sparkassenleiter bestehenden Vertretungsorgans der Sparkasse, dem die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde unter den gleichen Voraussetzungen zukommt wie dem Sparkassenvorstande.

Sachverhalt unwesentlich.

Begründung: Die Bestimmung des § 11 I 1 MuSA bringt dadurch, dass sie für die dort bezeichneten Angelegenheiten die Unterschrift der dort genannten Personen genügen lässt, zum Ausdruck, dass die in Abs.I genannten Vertreter unbeschadet der Zuständigkeit des Vorstandes zur Wahrnehmung auch dieser Angelegenheiten kraft seiner allgemeinen Vertretungsbefugnis zur Wahrnehmung der ihnen in Abs.I Satz 1 übertragenen Angelegenheiten bestellt sind und dass der Kreisverband in Angelegenheiten der Sparkasse durch die gemäss § 11 I 1 gemeinschaftlich abgegebenen urkundlichen Erklärungen der dort bezeichneten Personen in gleicher Weise verpflichtet wird wie durch Erklärungen des Vorstandes. Der § 11 II spricht dies noch ausdrücklich aus. In Abs.I Satz 1 sind also satzungsgemäss von vornherein zwei zu dem Sparkassenbetrieb in bestimmter Beziehung stehenden Personen bezeichnet, die in ihrer Verbindung als Gesamtvertreter handelnd dazu berufen sind, für die Sparkasse an Stelle des Vorstandes, wenn auch unbeschadet der eigenen Vertretungsbefugnis des letzteren, mit der gleichen Wirkung wie dieser im Rechtsverkehr aufzutreten. Die in der Zusammensetzung des § 11 I 1 handelnden Personen können also, da sie eine Wahrnehmung auch dieser Angelegenheiten durch den Vorstand als das allgemeine Vertretungsorgan nicht ausschließen, nicht ihrerseits als Vertreter des Vorstandes behandelt werden, sei es auf Grund einer satzungsmässigen Vollmacht,

Fortsetzung von KG JFG 7, 262 (265):

sei es als sogenannter engerer Vorstand. Das letztere verbietet sich schon deshalb, weil der Sparkassenleiter nicht Mitglied des Vorstandes ist, sondern an dessen Sitzungen nur mit beratender Stimme teilnimmt. Die in § 11 I 1 genannten Personen bilden vielmehr in dem beschränkten Zuständigkeitsbereich des § 11 ein neben den Vorstand tretendes besonderes, nur zum gemeinschaftlichen Handeln befugtes Vertretungsorgan, ähnlich wie es § 30 BGB für rechtsfähige Vereine vorsieht.

Diesen Argumenten folgt Bormann, Die rechtliche Stellung des Leiters der Sparkasse 1930, S. 100.

Kann die Berufung der Kreissparkasse auf den Mangel in der Vertretung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unzulässig sein?

BGH 5, 205 (212/213):

Sachverhalt: Ohne Berücksichtigung des § 37 Reichskassenordnung und der darin aufgestellten Zuständigkeitsregelung war 1945 von einer Amtskasse der Kriegsmarine ohne schriftliche Anweisung der zuständigen Verwaltungsstelle eine Zahlung geleistet worden.

Die Begründung des Urteils folgt der Argumentation von RGZ 162,129.

BGH LM Nr. 1 zu § 36 DGO:

Sachverhalt lt. Anm.: In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Falle hatte ein nach der Satzung nicht dazu berufener Vertreter einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft für diese einen Vertrag abgeschlossen, der auch erfüllt worden war.

Die Begründung des Urteils folgt RGZ 157,212. Das öffentliche Interesse verlange einen Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaft vor unberechtigten Vertragsabschlüssen. Zurückweisung des Einwandes des Verstosses gegen Treu und Glauben.

OGH Z 2, 319:

Beruft sich auf RGZ 157, 207 und RGZ 162, 129. Deckt sich mit BGH LM Nr. 1 zu § 36 DGO.

RG 162, 129:

Sachverhalt: Ein Oberpostrat hatte in amtlicher Eigenschaft Verpflichtungserklärungen für die Deutsche Reichspost abgegeben (selbstschuldnerische Bürgschaft) und damit seine Zuständigkeit überschritten.

Seite 148/149: Dazu kommt, daß die in der Rspr. des RG entwickelten Grundsätze über die vermutete Vollmacht nur für den Verkehr mit Kaufleuten oder wirtschaftlichen Betrieben aufgestellt sind, die - ohne gerade handelsrechtlich zu den kaufmännischen zu zählen - in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung von solchen nicht verschieden sind. Die Reichspost gehört nicht hierzu. Sie hat auch durch das Reichspostfinanzgesetz nicht die Rechtsnatur eines bürgerlich-rechtlichen Wirtschafts- und Erwerbsunternehmens erlangt. Die hier vertretene Auffassung folgt der ständigen Rspr. des RG, in der stets die Ausschließlichkeit derjenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und Satzungen anerkannt ist, welche die Vertretung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, insbesondere der gemeindlichen Sparkassen, auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet regeln, und zwar mit der Folge, daß eine Vertretungsmacht aus anderweitigen Tatbeständen nicht zur Entstehung gelangt. RG 127, 226; 146, 42; 157, 207. Eine ähnliche Wirkung kann den für die Reichs- und Staatsverwaltung erlassenen Anordnungen dieser Art nicht abgesprochen werden. Soweit dem Verkehr hierdurch Erschwerungen in der Nachprüfung der Vertretungsmacht entstehen, ist stets betont worden, daß diese in Kauf zu nehmen sind und die Rspr. daran nichts ändern kann.

RG 157,207:

Sachverhalt: Übernahme einer Bürgschaft mittels schriftlichen Vertrages durch Bürgermeister einer Gemeinde. Die nach der Sächs. GemO zur Bürgschaftsübernahme durch eine Gemeinde erforderliche Genehmigung der vorgesetzten Behörde war weder nachgesucht noch erteilt worden. Die Verpflichtungen waren auf Grund der Sächs. Spar- und GirokassenVO vom 12.V.32 auf die Girokasse mit inzwischen selbständiger Rechtspersönlichkeit übergegangen. Die Klägerin forderte, daß die Girokasse das Fehlen der Genehmigung nach Treu und Glauben nicht geltend machen dürfe.

Es ist der Revison im Ergebnis darin beizutreten, daß grundsätzlich eine Gemeinde aus einer Willenserklärung, die der behördlichen Genehmigung bedarf, bei deren Fehlen auch dann nicht in Anspruch genommen werden darf, wenn an sich sonst nach den Umständen dem Gegner gegenüber die Ablehnung der Erfüllung gegen Treu und Glauben verstieße. Die Revision stellt die Frage insofern etwas schief, als sie ausführt, dem Bürgermeister habe überhaupt die Vertretungsmacht gefehlt. So ist es nicht. Gemäß §§ 90,91 Sächs.GemO vertritt der Bürgermeister die Gemeinde und verpflichtet sie durch seine Erklärungen. Der Mitunterzeichnung eines anderen bedurfte es nicht, Wohl aber war die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich. Vor deren Entscheidung war die Erklärung des Bürgermeisters schwebend unwirksam.

.....Dagegen lag der weitere vom Senat am 21.II.35 entschiedene Fall - VI 456/34 - wie hier; es fehlte die vorgeschriebene Genehmigung. Dort hat der Senat ausdrücklich ausgeführt, daß die Grundsätze, die über die Zulässigkeit der Arglisteinrede gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Verträgen aufgestellt sind, dann nicht angewendet werden konnten, wenn es sich nicht um die Formnichtigkeit, sondern um die sachliche Unverbindlichkeit handele, die sich aus dem Fehlen der erforderlichen Genehmigung ergibt..... Denn die Nachprüfung der besonders bezeichneten Willenserklärungen einer staatlichen oder gemeindlichen Körperschaft und ihrer Mitglieder gegen unbedachte und sie gefährdende Willenserklärungen ihrer Organe vorgeschrieben worden. Diese Willenserklärungen sollen in ihrer Rechtswirksamkeit von der Zustimmung der Aufsichtsbehörde abhängig gemacht werden, um einen unbedingt wirksamen Schutz gegen Schädigungen aus ihnen zu geben. Diesem entscheidenden Gesichtspunkt gegenüber - Schutz eines öffentlich-rechtlichen Gebildes und seiner Mitglieder im öffentlichen Interesse - muß auch der sonst, vor allem im Privatrecht, grundlegende Gedanke der Wahrung von Treu und Glauben in den Beziehungen von Vertragsteilnehmern zurückstehen.

RG 146, 42 (49):

Die Entscheidung bringt keinen neuen rechtlichen Gesichtspunkt. Sie besagt nur, daß Satzungsbestimmungen einer Sparkasse eine Schranke für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht bilden, die zum Schutz der Sparkasse gegeben ist.

Ebenso RG 127,226:

Die älteren Entscheidungen des RG sind wohl für den vorliegenden Problemkreis als teilweise überholt zu betrachten, da - worauf Staudinger A 10 zu § 177 BGB (Seite 998) hinweist - der Ausbau der Lehre von der Anscheinsvollmacht/Treu und Glauben erst später erfolgte.

Staudinger-Coing. A 10 c zu § 177 (Seite 1000):

..... daß das Problem in den hier erörterten Fällen allein darin besteht, ob dem Schutz des Vermögens der öffentlichen Hand oder der Wahrung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr der Vorrang gegeben werden soll. Denn die Beschränkung der Vertretungsmacht durch Formvorschriften, Zuständigkeitsregelungen oder das Erfordernis von Genehmigungen bezweckt den Schutz der öffentlichen Hand, insbesondere ihres Vermögens. Die Hinweise auf ähnliche Regelungen im BGB zu Gunsten der Geschäftsbeschränkten führen nicht weiter. Denn die Frage ist ja gerade, ob der, wie allgemein anerkannt, exorvitante und in modernen Gesetzgebungen, wie der italienischen, daher auch abgemilderte Schutz der Minderjährigen, Geisteskranken usw. auf die öffentliche Hand zu übertragen ist. Dafür besagt die bloße Einordnung unserer Fälle unter den Begriff der beschränkten Geschäftsfähigkeit noch nichts. Zur Interessenlage muß man sich klarmachen, daß bei den juristischen Personen des Privatrechts sorgfältigdurchdachte Maßnahmen für die Publizität der Vertretungsverhältnisse getroffen sind. Trotzdem hat m.W. niemand hier die Anwendung der Grundsätze der Vollmacht kraft Rechtsscheins von vornherein abgelehnt. Bei der öffentlichen Hand ist die Regelung der Vertretung im allgemeinen höchst undurchsichtig. Maßnahmen zur Publizität fehlen; das Bedürfnis nach Schutz erweckten Vertrauens ist also wesentlich höher. Ausserdem nehmen gerade Behörden besonderes Vertrauen im Rechtsverkehr in Anspruch und genießen es tatsächlich auch weithin.

Daher muß der Grundsatz von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit der öffentlichen Hand prävalieren.

Die von der Rspr gegebenen Begründungen sind übrigens auch in sich insofern unlogisch, als sie einerseits die Haftung kraft Rechtsscheins ablehnen, weil die Zuständigkeitsregelungen für den Abschluß von Rechtsgeschäften zwingend sei, andererseits aber in den gleichen Fällen die Haftung aus culpa in contrahendo zulassen will, weil sie nicht rechtsgeschäftlicher Natur sei. Hierbei wird übersehen, daß ja auch die Haftung kraft Rechtsscheins, wie sie sich heute darstellt, keine rechtsgeschäftliche Haftung mehr ist. Im Ergebnis ist daher festzustellen, die Grundsätze der Vollmacht kraft Rechtsscheins sind auch auf den privatrechtsgeschäftlichen Verkehr mit der öffentlichen Hand anzuwenden.

A 10 d zu § 177 (Seite 1000/1001):

Heranziehung der Grundsätze, die für die deliktische Haftung nach §§ 89, 31 entwickelt sind. Auf das Verhalten des nächsten, dem Handelnden vorgeordneten Beamten mit selbständiger Entscheidungsgewalt ist abzustellen. Werden auf Grund einer Vollmacht kraft Rechtsscheins dauernde Rechtsgeschäfte abgeschlossen, so wird die Aufdeckung der Tatsache, daß die erforderliche Genehmigung fehlte, ein Grund zur Auflösung des Verhältnisses ex nunc sein.

Nipperdey, Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand und Treu und Glauben.

JZ 1952, 577; Teil II des Aufsatzes:

Die von einigen für diese Fälle aufgestellte These von der Unzulässigkeit der Berufung auf Treu und Glauben gegenüber der öffentlichen Hand trifft nicht zu.

Fortsetzung von Nipperdey, JZ 52, 577:

1. Begibt sich die öffentliche Hand in die Arena des Privatrechts, schliesst sie vermögensrechtliche privatrechtliche Rechtsgeschäfte mit Bürgern ab ..., so muss sie sich im Rahmen dieser Verträge so behandeln lassen, wie die Bürger behandelt werden. Was sie Rechtsordnung im Hinblick auf Art 3 I GG aber unter allen Umständen durchsetzen muss, ist die Gleichheit der Rechtsanwendung, also auch die Anwendung des § 242 auf alle am Rechtsverkehr beteiligten Rechtssubjekte.
2. Die Geltung von Treu und Glauben im gesamten Rechtsverkehr ist ein so überragender, dem Naturrecht und als integrierender Bestandteil des freiheitlichen und sozialen Rechtsstaates (Art. 18, 20, 21, 28 GG) dem Verfassungsrecht angehörender Rechtssatz, dass die an das Recht gebundenen Gerichte (Art 20 III GG) verfassungswidrig handeln, wenn sie den nach ihren eigenen Feststellungen anzuwendenden § 242 deshalb nicht Platz greifen lassen, weil es der "Schutz eines öffentlichen Gebildes und seiner Mitglieder im öffentlichen Interesse " (so RG 157, 212) erfordere.
3. Die Gegenüberstellung, die der VI ZS in RG 157, 212 vorgenommen hat, die Bewertung und die Entscheidung für den angeblich höherwertigen Gesichtspunkt des Schutzes der öffentlichen Hand sind von Grund auf verfehlt. Diese Gesichtspunkte kommen auf die unheilvolle Formel hinaus: Recht ist, was dem Volke nützt. Es wird verkannt, dass es sich auf Seiten der öffentlichen Hand um fiskalische, also um materielle Interessen, vielleicht auch einmal solche der Steuerzahler, allenfalls um Interessen der geordneten Verwaltung handelt, während es auf das Ganze gesehen um höchste i d e e l l e W e r t e , nämlich Treu und Glauben, Gleichheit und rechtsstaatl. Prinzip geht. Bereits Scholz hat mit Recht darauf hingewiesen, dass behördlich und gerichtlich gebilligtes Handeln wider Treu und Glauben "Schaden bringen muss, und zwar tausendfältigen, da das Vertrauen in die Verwaltungsbehörden und namentlich in die Gerichte auf dem Spiel steht." Auch für den Staat und seine Organe gilt M a t t h.16,26
4. Wie steht es überhaupt mit dem behaupteten öffentlichen Interesse, das sogar gegen Treu und Glauben durchgesetzt werden soll. In den Fällen, in denen Treu und Glauben die Berufung auf die Unwirksamkeit nach richtiger Ansicht ausschliessen, liegt regelmässig irgendein Versagen innerhalb des Apparates der öffentlichen Hand vor. Man treffe organisatorische Massnahmen, die die Abschlussmängel bei Rechtsgeschäften auf ein Mindestmass reduzieren; man mache gegebenenfalls in Verträgen ausdrückliche Vorbehalte; man mache mit dem Regress gegen die saumseligen Beamten Ernst, wobei andererseits auf deren Deckung durch Haftpflichtversicherung Bedacht genommen werden sollte. Dann wird das öffentliche Interesse der Körperschaften und ihrer steuerzahlenden Mitglieder besser gewahrt, als wenn die Fehler im Amtsbereich der öffentlichen Hand auf dem Rücken des Vertragspartners ausgetragen werden. Und die Rechtsidee wird nicht verletzt.
5. Das Gesagte bedeutet natürlich keineswegs, dass jede Berufung der öffentlichen Hand auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Formfehler, Vertretungsmangels oder fehlender Genehmigung gegen Treu und Glauben verstösst. Abwägung im Einzelfalle, ob das Interesse an der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts oder das Vertrauen des Partners auf die Gültigkeit das höherwertige Interesse ist. Es ist entspr. dem Grundgedanken des § 242 BGB zu fragen, ob es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen des Falles Treu und Glauben widersprechen würde, die Vertragsansprüche an dem Mangel scheitern zu lassen. Hier kann insbesondere der Gedanke der Rechtssicherheit u.U. dazu führen, auf manchen Gebieten eine unzulässige Rechtsausübung nur beim Vorliegen besonders strenger Voraussetzungen zu bejahen. Es mag auch angängig sein, solch strengere Voraussetzungen an den Schutz des Vertrauens auf Vertretungsbefugnisse von Beamten und bei Formvorschriften und Genehmigungserfordernissen

Fortsetzung von Nipperdey, JZ 52, 577:

zu stellen, die im allgemeinen Interesse für den rechtsgeschäftlichen Verkehr der öffentlichen Hand aufgestellt sind. Aber stets muss der Einzelfall entscheiden.
6. Sicherlich ist zu beachten, dass auch, wenn der Verwirkungseinwand gegeben ist, das nicht genehmigte Geschäft sich nicht notwendig ohne weiteres in ein voll wirksames Geschäft verwandelt. Bei der Verwirkung bestimmen sich nämlich nicht nur die Voraussetzungen, sondern auch der Umfang der Wirkungen des Einwandes nach § 242. Das darf aber nicht zu der Annahme verführen, dass die fehlende Genehmigung zwar nicht für die Vergangenheit, wohl aber immer für die Zukunft geltend gemacht werden könnte. Es kommt hier durchaus auf die Umstände des einzelnen Falles an. Aus Treu und Glauben kann sich ergeben, dass eine Berufung der öffentlichen Körperschaften auf Nichtigkeit auch und - so bei Dauerverträgen - gerade für die Zukunft unzulässig ist.

<u>Beitzke, Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand.</u>
MDR 1953, 1 ff:

Seite 3: Die DGO "sieht in der Schriftform einfach eine dem Schutz der Vertragsschliessenden dienende Geschäftsform, bei deren Übergehung sich die Rechtsfolgen aus § 125 BGB ergeben. Bei solcher Gestaltung könnte es naheliegen, ähnlich wie im Fall des § 313 BGB die Berufung auf § 242 zuzulassen. Hat doch das RG gleiches sogar schon für das ältere Kommunalrecht gestattet. Gleichwohl besteht m.E. ein wichtiger Unterschied. Die Formvorschrift ist hier nicht im Hinblick auf den Charakter bestimmter Geschäfte aufgestellt, sondern wegen der Körperschaft selbst; sie steht daher einer persönlichen Beschränkung der Verpflichtungsfähigkeit näher als einem Formerfordernis. Auch ist eine Heilung durch Erfüllung nicht vorgesehen. Ich glaube darum, dass die neuere Rspr auf dem richtigen Wege ist, wenn sie bei mangelnder Form das Rechtsgeschäft auch nicht über § 242 wirksam sein lässt. Auch bei Erfüllung durch die öffentliche Körperschaft möchte ich das annehmen; denn es ist nicht gewährleistet, dass die Erfüllung durch diejenigen Stellen bewirkt oder kontrolliert wird, welche für die ordnungsgemässe Eingehung der Verpflichtung zuständig gewesen wären; die Erfüllung kann ohne deren Zustimmung erfolgt sein."
Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist im öffentlichen Interesse vorgeschrieben. Fehlt sie, so ist das Geschäft unwirksam. Eine Berufung auf § 242 würde zu einer Umgehung der Genehmigungspflicht führen.

s. auch Scholz, NJW 53, 693

Zur Frage der Genehmigung des Vertrages durch den Regierungspräsidenten als Aufsichtsbehörde.

Grundlage der Aufsichtsbefugnis des Regierungspräsidenten ist § 28 I und II der preußischen Sparkassenverordnung vom 4.8.1932 in der Fassung vom 14.3.1933.

Sprengel,
in "Sparkasse" 1950, 30:

Diese Mitwirkung (ergänze: der Aufsichtsbehörde) ist eine Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit ..... des betreffenden Geschäfts der Sparkasse, und zwar auch in bürgerlich-rechtlicher Beziehung... Das staatliche Mitwirkungsrecht unterscheidet sich vom Aufsichtsrecht im Sinne einer bloßen Überwachung dadurch, daß bei der Handhabung des Mitwirkungsrechtes nicht nur die Gesetzmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit der von der Sparkasse zu treffenden Maßnahme überprüft wird. Die Ausübung des Mitwirkungsrechts unterliegt ausschließlich dem pflichtgemäßen Ermessen der Staatsaufsichtsbehörde, sie kann aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen eine Genehmigung versagen,

Collofong, in "Sparkasse" 1950, 113:

1932 wurden die Sparkassen unter die Oberaufsicht des preußischen Wirtschaftsministeriums gestellt, während sie vorher unter Aufsicht der Kommunalverbände standen. "Ebensowenig wurde die Rechtsnatur der Aufsicht modifiziert durch die spätere Übertragung der Sparkassenaufsicht auf die Regierungspräsidenten. Das Reichswirtschaftsministerium war nicht unmittelbare Aufsichtsbehörde über die außerpreußischen Sparkassen, die Sparkassenaufsicht blieb Länderaufsicht. Der RWM war jedoch nach damaligem Recht befugt, Weisungen an die Landesaufsichtsbehörden als Ressortminister zu geben.

Seite 114: "Auf dem Gebiet des Sparkassenrechts ist dieses Mitwirkungsrecht der Aufsicht eingeräumt, bald für gewisse Genehmigungen... Hierher gehört sachlich auch die Zulassung von Geschäften, die den Rahmen der Satzung überschreiten.... Es besteht einhellig die Rechtsauffassung, daß bei fehlender Genehmigung Rechtsgeschäfte auch privatrechtlich nach außen wie nach innen schwebend unwirksam sind.

Hierzu wäre auch noch hinzuweisen auf Art. 5 I der 3. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 6. Oktober 1931, V. Teil Kapitel 1, in der Fassung der Gesetze vom 13.12.1934 (RGBl I, Seite 1242) und 22.12.1936 (RGBl I, Seite 1126), wonach die Länderministerien befugt waren, zwangsweise eine Neuordnung des Sparkassenwesens durchzuführen. Für Preußen wäre das Reichs- und Preußische Wirtschaftsministerium zuständig gewesen. Allerdings war die Ermächtigung in der Fassung des Gesetzes vom 22.12.1936 bis zum 31.12.1937 befristet.

Verlängert durch VO über Maßnahmen auf dem Gebiet des Bank- und Sparkassenwesens v. 5.12.39 (RGBl I, 2413) (31.12.40 (RGBl 1941 I 19): Ermächtigung des Reichswirtschaftsministers, auf dem Gebiet des Kreditwesens die zu einer zweckmäßigen Gestaltung der Organisation erforderlichen Maßnahmen zu treffen(Schlegelsberger-Hoche, Recht der Neuzeit 19.Auf.1944)

Schneider, Zum Selbsteintritt der höheren Behörde.
DVBl 1950, 704:

Für die gesetzlich oder durch Verordnung festgelegten Kompetenzen führen folgende Erwägungen zum Ausschluß eines allgemeinen Selbsteintrittsrechts einer höheren Behörde:
Der Rechtsmittelzug wird zu Lasten der Betroffenen verschoben, die übersichtliche Geschäftsverteilung gestört und außerdem das Gefühl für Selbstverantwortlichkeit bei den unteren Behörden durch übermäßige Bevormundung gestört. Daher ist ein Selbsteintritt nur ausnahmsweise zugelassen in § 12 I PVG und § 27 II thüring. LVO. Dem entspricht die ständige Rspr. des preußischen OVG.

Jellinek, Verwaltungsrecht. 3. Auflage.

Seite 291: "Auch steht es den Behörden nicht frei, eine zur Zuständigkeit der nachgeordneten Stellen gehörige Angelegenheit im vollen Umfang an sich zu ziehen."

Pr. OVG 53, 323:

"Die Rspr hat stets an dem Grundsatz festgehalten, daß die höhere Instanz, die polizeiliche Aufsichtsinstanz, nicht befugt ist, die Obliegenheiten der an sich zuständigen niederen polizeilichen Instanz an sich zu ziehen, und daß eine Ausnahme von dieser Regel nur dann gestattet ist, wenn ohne ein solches Eingreifen der höheren Instanz die Zwecke der durch das Gesetz geordneten Aufsicht nicht erfüllt werden können."

ähnlich die übrigen Urteile des pr. OVG.

Hess. VGH, Urteil vom 25.2.1948 - VGH O Nr. 67/47, in VwRspr 1, 90:

"Es ist ein im Verwaltungsrecht allgemein anerkannter Grundsatz, daß nicht nur im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, sondern auch im sonstigen Verwaltungsverfahren die höhere Instanz grundsätzlich nicht befugt ist, die Aufgaben der an sich gesetzlich zuständigen nachgeordneten Instanzen selbst zu übernehmen. Der von einem Verwaltungsakt Betroffene hat ein Recht auf Einhaltung des vorgeschriebenen Instanzenzuges, wollte man die übergeordnete Instanz für befugt halten zu entscheiden, so würde man dem Betroffenen nicht nur zwei Instanzen des Verwaltungsweges abschneiden, sondern auch eine verwaltungsgerichtliche Instanz, da gegen Entscheidungen einer Ministerialinstanz nach § 50 VGG nur eine Klage vor dem VGH zulässig ist. "

OVG Münster in VwRspr. 4, 765 (Urteil 9.11.1951 - V A 479/51):

Seite 769: "Der Satz, daß der Regierungspräsident nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen in der Lage sei, die einzelne Sache (sc. von der untergeordneten Behörde) an sich zu ziehen, können in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Er entfällt zumindest dort, wo der Regierungspräsident formelle Beschwerdeinstanz über die örtliche Behörde ist; denn dann würde das Heraufziehen der Sache durch die höhere Behörde dem vom Verwaltungsakt Betroffenen eine Instanz rauben. Das pr.OVG hat denn auch in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß die polizeiliche Aufsichtsinstanz nicht befugt ist, die Obliegenheiten der an sich gesetzlich zuständigen

Fortsetzung zu OVG Münster VwRspr. 4, 765:

niederen polizeilichen Instanz an sich zu ziehen, und Ausnahmen von diesem Satz nur gestattet, wenn ohne ein solches Eingreifen der höheren Instanz die Zwecke der durch das Gesetz geforderten Aufsicht nicht erfüllt werden können."

Bayer. VGH in VwRspr. 1, 26 (Urteil 8.4.1948 - Nr. 19 II/47):

Seite 28: " Allen Behörden des Staates und der Selbstverwaltungskörper dürfen jeweils nur innerhalb des Rahmens ihrer Zuständigkeit tätig werden. Die gesamte staatliche Organisation und der gesamte Staatsbetrieb ist auf diesem Grundsatz aufgebaut mit dem Ziel, dem geordneten Ablauf des staatlichen Lebens und die ordnungsmäßige Arbeit des gesamten Verwaltungsapparats zu sichern und damit auch dem Rechtsschutz des einzelnen Staatsbürgers und Bewohners des Staatsgebietes zu dienen. Ein Verzicht auf diesen Grundsatz müßte zur völligen Verwaltungsanarchie führen..... Für jedes Gebiet der behördlichen Tätigkeit ist die Zuständigkeit geregelt, und aus der positiven Regelung der Zuständigkeit folgt, sofern sie überhaupt sinnvoll sein soll, zwingend die Verneinung jeder Zuständigkeit außerhalb der Zuständigkeitsnormen den einzelnen Behörden zugewiesenen Tätigkeitskreises. Dies gilt auch für den Instanzenzug."