

Sonderdruck aus:

Die Rechtsentwicklung an der Schwelle  
zum 21. Jahrhundert

Symposium zum Schweizerischen Privatrecht

Herausgegeben von Peter Gauch und Jörg Schmid

---

ROLF WATTER

Die Vertretung  
des Gemeinwesens  
im Privatrecht

---

Zürich 2001 Schulthess Juristische Medien AG

# Die Vertretung des Gemeinwesens im Privatrecht

ROLF WÄTTER

## Inhaltsübersicht

I. Einleitung	245
II. Gesetzliche Ausgangslage im Bundesprivatrecht	246
III. Öffentliches Recht am Beispiel Kanton Zürich und des Bundes	247
IV. Zwischenergebnis	248
V. Gerichtspraxis	249
1. ZR 90 Nr. 93, Obergericht des Kt. ZH, 20.2.1992	249
2. BGE 124 III 418 (Urteil vom 20.10.1998)	250
3. BGE 110 II 196 (Urteil vom 4.6.1984)	251
VI. Ergebnis de lege lata und Postulat de lege ferenda	251

## I. Einleitung

Der Staat tritt dem Einzelnen nicht nur hoheitlich gegenüber. Im Beschaffungswesen kauft er Güter und Dienstleistungen ein, wobei dieser Bereich trotz Privatisierungen immer noch wächst, im Finanzbereich begibt er Anleihen oder verkauft Gebäude (um sie eventuell wieder zurückzumieten), teilweise setzt er vertraglich Private ein, um seine eigenen Aufgaben zu erfüllen. In all diesen Handlungen schliesst das Gemeinwesen privatrechtliche Verträge mit Privaten ab – die nachfolgenden Ausführungen sollen untersuchen, ob ein solcher Vertrag für das Gemeinwesen verbindlich ist, obwohl seitens des Gemeinwesens Personen agieren, die nach der internen Kompetenzordnung entweder nicht verhandlungs- oder nicht abschlussberechtigt waren.

Die neuere Gerichtspraxis zeigt dabei, dass Gemeinwesen durchaus bereit sind, Verträge, die sich für sie als ungünstig erweisen, mit dem Verweis auf die mangelnde Vertretungsmacht der handelnden Personen für ungültig zu erklären. Andererseits belegen eigene Erfahrungen, dass die Behörden in Vertragsverhandlungen mit der Vertretungsproblematik wenig vertraut sind und handelnde Beamte oft wenig Verständnis zeigen, wenn verlangt wird, dass sie ihre Vertragsabschlusskompetenz belegen; Protokolle, die Klarheit schaffen könnten, sind oft nicht oder

nur schwer einsehbar. Es kommt hinzu, dass meist nur hierarchisch sehr hohe Stufen formelle Kompetenzen haben und damit rechtliche Sicherheit oft nur durch Unterschrift der höchsten Instanzen erwirkt werden kann. Endlich wird die Problematik durch den Umstand verstärkt, dass die Rechtslehre die Problematik kaum angegangen ist – einziges Standardwerk ist immer noch eine Dissertation aus dem Jahre 1974.<sup>1</sup>

## II. Gesetzliche Ausgangslage im Bundesprivatrecht

Im Bundesprivatrecht bestimmt Art. 33 I OR im Rahmen des bürgerlichen Stellvertretungsrechts Folgendes: «Soweit die Ermächtigung, im Namen eines anderen Rechtshandlungen vorzunehmen, aus den Verhältnissen des öffentlichen Rechts hervorgeht, ist sie nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts des Bundes und der Kantone zu beurteilen». Im Weiteren sind Art. 55 und 59 ZGB zu beachten, die im Wesentlichen aber auch bestätigen, dass die Zuständigkeitsordnung Teil des öffentlichen Rechts ist.<sup>2</sup>

Das Privatrecht verweist also für den Vertragsschluss im vorliegenden Bereich «zurück» auf das öffentliche Recht. Art. 33 I OR bezieht sich aber nur auf den «Umfang der Ermächtigung», die anderen Voraussetzungen und Wirkungen von Vertreterhandeln werden durch das OR geregelt,<sup>3</sup> so insbesondere die Voraussetzung des Handelns im fremden Namen, das Erlöschen der Vollmacht und die Wirkungen des vollmachtslosen Handelns (mit oder ohne Kundgabe). Damit obliegt aber die konkrete Ausgestaltung von Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht nach gegenwärtigem Recht dem Gemeinwesen.

<sup>1</sup> RUDOLF SCHWAGER, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Freiburg 1974.

<sup>2</sup> RIEKER, Berner Kommentar, 1993, N 130 im Systematischen Teil ad Art. 52–59 ZGB; CLARE HUGUENIN JACOBS, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel 1996, N 11 ad Art. 59 ZGB.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu SCHWAGER, a.a.O., 94 ff.

## III. Öffentliches Recht am Beispiel Kanton Zürich und des Bundes

Der Verweis des Bundesprivatrechts auf das öffentliche Recht bedeutet im Wesentlichen, dass dieses den Umfang der Vertretungsbefugnis und einer allenfalls die Vertretungsbefugnis überschneidenden Vertretungsmacht<sup>4</sup> festlegen kann. Diese Regelungen sind für den Rechtsverkehr nicht einfach auffindbar und – wie noch zu zeigen sein wird – oft eher obskur abgefasst.

So gelten im Kanton Zürich für die Willensbildung u.a. das Gesetz betreffend die Organisation und Geschäftsordnung des Regierungsrates und seiner Direktoren vom 26. Februar 1899<sup>5</sup>, der gestützt auf dieses Gesetz erlassene Regierungsratsbeschluss über die Geschäftsverteilung unter den Direktionen vom 30.12.1980<sup>6</sup> und die ebenfalls gestützt auf das Gesetz erlassene Verordnung über die Delegation von Entscheidungsbefugnissen (Delegationsverordnung) vom 9. Dezember 1998 (GS 172.14). Über die Unterzeichnung von Verträgen äussern sich (mehr oder weniger deutlich) die § 51 I in Verbindung mit § 6 I des Gesetzes von 1899: Zuständig sind demnach lediglich kollektiv der Regierungsratspräsident und der Staatschreiber.<sup>7</sup>

Ein «modernes» Recht hat demgegenüber der Bund, der 1997 die Regelung im VwOG (die derjenigen des Kantons Zürich vergleichbar war) durch das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 ersetzte: es regelt in Art. 49 die «Unterschriftsberechtigung» (ohne genau zu sagen für welche Art von Rechtsakten<sup>8</sup>) und ist im Wesentlichen eine Kompetenznorm für Departe-

<sup>4</sup> Dies ist allerdings sehr selten, vgl. schon SCHWAGER, a.a.O., 297 ff.

<sup>5</sup> GS 172.1

<sup>6</sup> GS 172.11

<sup>7</sup> Generell lässt sich im gesamten Bereich des öffentlichen Rechts feststellen, dass die Regelung der internen Zuständigkeit als ungleich wichtiger angesehen wird, als die Kundgabe der Akte, dies unabhängig davon, dass wegen der Notwendigkeit der schriftlichen Eröffnung von Verfügungen das «Zeichnungsrecht» eigentlich zentral sein müsste (hierzu SCHWAGER, a.a.O., 21 f.); darüber hinaus ist die stufenförmige Behandlung des Zeichnungsrechtes auch deshalb erstaunlich, weil gerade bei Kollegialbehörden die Unterscheidung zwischen Willensbildung und Willenskundgabe von Wichtigkeit ist, vgl. SCHWAGER, 103 f.

<sup>8</sup> Allerdings spricht die Botschaft (vgl. BBl 1996 V 20) nur von der Unterzeichnung von Verfügungen und Beschwerden – die Möglichkeit, dass sich diese Norm auch auf den Abschluss privatrechtlicher Verträge beziehen würde, ist nicht erwähnt.

mentsvorsteher und Direktoren der Gruppen/Ämter<sup>9</sup> die Unterschriftsberechtigungen genauer zu regeln. Auch dieses Gesetz kennt keine «überschüssende» Vertretungsmacht.

Teilweise finden sich im öffentlichen Recht separate «Einkaufsregelungen»<sup>10</sup>, die allerdings in der Regel keine Angaben zum Zeichnungsrecht enthalten.

#### IV. Zwischenergebnis

Das Gesetz trifft in Art. 33 I OR die Lösung, die für alle (bürgerlichen) Vertretungsverhältnisse gilt: die Vertretungsbefugnis richtet sich grundsätzlich nach dem internen Verhältnis Vertretener-Vertretender – eine Vertretungswirkung tritt dann mit bei Überschreitung der internen Zuständigkeitskompetenz grundsätzlich nicht ein.<sup>11</sup> Andererseits ist das Handeln des Gemeinwesens eher mit demjenigen eines Kaufmannes oder einer juristischen Person zu vergleichen, wo Vertreter je nach Position (vermutungsweise) eine weitgehende Vollmacht im Aufgabenbereich haben (Art. 459, 462, 718a OR), auf die sich gutgläubige Dritte berufen können. Da diese Regelung aus Gründen des Verkehrsschutzes eingeführt wurden, ist damit davon auszugehen, dass der Verkehrsschutz vom Gesetzgeber dann klein geschrieben wird, wenn der Vertretene das Gemeinwesen ist.

Dies ist umso schwerwiegender, weil (wie schon aufgeführt) die internen Regeln öffentlicher Einrichtungen für Dritte schwer zugänglich und teilweise kaum verständlich sind und Aufschluss oft nur die oberste Behörde eines Gemeinwesens geben könnte (die in aller Regel mit einem Zeichnungsrecht ausgestattet ist), was aber die mit einem konkreten Geschäft befassten Personen (auf Seiten des Gemeinwesens wie auch des Vertragspartners) meist nicht in Anspruch nehmen wollen. Es kommt hinzu, dass – wenigstens soweit ersichtlich – das Gemeinwesen im öffentlichen Recht keine überschüssende Vertretungsmacht anerkennt.

Gemeinwesen sind damit «komplizierte» Vertragspartner, was ökonomisch bedeutet, dass Handeln mit ihnen mit höheren Transaktionskosten verbunden und

<sup>9</sup> Vgl. auch Art. 29 der Registrierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998.

<sup>10</sup> Verordnung über das Einkaufswesen des Bundes (AS 1970, 980); Art. 84–86 der Verordnung über die Verwaltung der Armee (VVA; SR 510.301).

<sup>11</sup> Vgl. generell zu den Ausnahmen durch Kundgabe SCHWAGER, 351 ff.

damit teuer ist. Diese höheren Kosten zahlt aber – wenn nicht ganz – zumindest teilweise der Staat und damit der Steuerzahler. Dieser Nachteil wird auch durch den (zweifelhaften) Vorteil, dass sich das Gemeinwesen unwirtschaftliches oder ungetreues Handeln allenfalls nicht zurechnen lassen muss, weil es behaupten kann, dem Handelnden habe die Vertragsabschlusskompetenz gefehlt, nicht weitgemacht.<sup>12</sup>

#### V. Gerichtspraxis

##### 1. ZR 90 Nr. 93, Obergericht des Kt. ZH, 20.2.1992

Diesem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Verwaltungsdirektor des Zürcher Universitätsospitals mietete eine sehr teure medizinische Anlage, der Kanton wollte den Vertrag nicht gelten lassen.

Das Gericht analysierte die Rechtslage folgendermassen: der Verwaltungsdirektor des Zürcher Universitätsospitals ist kein Organ des Kantons; er ist für Einkauf zuständig, aber nur im Rahmen der Kredite und der ihm zustehenden Kompetenzen. Das Gericht führt dann aus, dass zwischen Willensbildung und Willenskundgabe zu unterscheiden sei, da verschiedene Zuständigkeiten gegeben sein können und bemerkt, dass der Beweis, ob das zuständige (willensbildende) Organ einen Beschluss fasste, dem Vertragspartner obliege, womit das Gericht eine weitere Hürde für den (vermeintlichen) Vertragspartner schafft.

Das Gericht führt weiter aus, die Willenskundgabe obliege im Kanton Zürich kollektiv dem Regierungspräsidenten und dem Staatsschreiber; wer auf unterer Stufe welche Vertretungsmacht hat, ergebe sich aus dem Zusammenhang des gesamten Organisationsrechts. Nachdem diese Amtspersonen nicht tätig wurden, fragt das Gericht weiter, ob eine Anscheins- oder eine Duldungsvollmacht<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Vgl. hierzu auch SCHWAGER, a.a.O., 354 f. zur Frage, ob die Verletzung des zwingenden öffentlichen Zuständigkeitsrechts dem Gemeinwesen die Rechtfertigung geben sollte, Verträge nicht gegen sich gelten zu lassen.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu SCHWAGER, a.a.O., 351 ff., insbesondere auch die Erwägungen zum Spannungsverhältnis zwischen Sachverhalten, die zu einer Vertretungswirkung ohne interne Zuständigkeit führen auf der einen und der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts auf der anderen Seite auf S. 355 f.

vorliege, und führt aus, dass in Anbetracht der grossen Unterschiede von einem Gemeinwesen zum anderen nicht generell angenommen werden könne, mit einem gewissen Amt sei eine gewisse rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verbunden. Vorliegend sei aber denkbar, dass der Regierungsrat hätte einschreiten müssen.<sup>14</sup>

Das Gericht verwirft dann eine Haftung des Gemeinwesens für den falsus procurator, jedenfalls soweit aus Art. 55 oder 101 OR hergeleitet und will allenfalls eine Haftung aus culpa in contrahendo erwägen. Die konkrete Lösung des Gerichtes ist aus dem publizierten Teil des Entscheides nicht ersichtlich, aus dem Bundesgerichtsurtel vom 11. Juli 1995<sup>15</sup> folgt aber, dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde und diese u.a. ein Beweisverfahren betreffend die Vertretungsmacht des Verwaltungsdirektors anordnete und schlüssig urteilte, dass ein Vertrag abgeschlossen wurde, wobei sich das Urteil auf Art. 33 Abs. 3 OR stützte. Dieses zweite Urteil des Bezirksgerichtes wurde vom Kanton bis an das Bundesgericht gezogen, welches die Berufung abwies.

Im Ergebnis wurde also zwar verneint, dass der Verwaltungsdirektor Vollmacht hatte, eine Verpflichtung des Kantons aber dennoch gestützt auf Art. 33 Abs. 3 OR bejaht.

## 2. BGE 124 III 418 (Urteil vom 20.10.1998)

Diesem Fall lag folgender (hier vereinfachter) Sachverhalt zugrunde: B, Leiter einer Verwaltungsabteilung der Gemeinde Lausanne, die sich mit einem Projekt für eine Wärmefernheizung befasste, erteilte einem Ingenieur verschiedene Aufträge im Zusammenhang mit diesem Projekt. Die Gemeinde bestätigte diverse dieser Aufträge. Der Ingenieur erhielt aber auch Aufträge, die über diesen Rahmen hinausgingen. Die Gemeinde wusste davon nichts, immerhin unterzeichnete ein Mitglied der Exekutive (der auch Vorgesetzter von B war) diverse Eingaben, die der Ingenieur vorbereitet hatte. Die Gemeinde wollte die nicht formell korrekt in Auftrag gegebenen Arbeiten nicht honorieren.

<sup>14</sup> Dieses «Einschreitenmüssen», das rechtstechnisch der Grund der Annahme einer Duldungsvollmacht ist, dürfte in der Praxis relativ grosse Bedeutung haben, indem der Vertragspartner beispielsweise den Regierungsrat informieren kann, er gehe davon aus, dass der Beamte X Abschlusskompetenz habe. Der konkrete, dem Gericht vorliegende Fall wurde dann ja auch unter Zuhilfenahme von Art. 33 Abs. 3 OR gelöst.

<sup>15</sup> BGE in Pra 1996, 420 ff. (in amtlicher Sammlung nicht veröffentlicht).

Das Bundesgerichte analysiert den Fall folgendermassen: Die Gemeinde kann durch Art. 55 II ZGB verpflichtet werden, z.B. im Bereich der Wissenszurechnung. In concreto hatten die für die Gemeinde Handelnden Organqualität im Sinne von Art. 55 ZGB. Für die von der Gemeinde nicht «abgesegneten» Leistungen tritt hingegen im Grundsatz keine Vertretungswirkung ein. Art. 33 III OR gilt aber auch für das Gemeinwesen. Vorliegend wusste hingegen der Ingenieur, dass noch eine Genehmigung der Gemeinde nötig war, wenn er auch davon ausging, dass diese erteilt würde. Unter diesen Umständen kann er sich nicht auf Art. 33 III OR berufen, da er wusste, dass eine Vertretungsbefugnis fehlte.

Andererseits benützte die Gemeinde die Resultate der Arbeit; unter diesen Umständen sei von einem faktischen Vertragsverhältnis auszugehen, weshalb eine Entschädigung «dans une mesure convenable» angebracht sei. Gestützt auf diese Abwägung schützte es die Klage des Ingenieurs zu 50%.

## 3. BGE 110 II 196 (Urteil vom 4.6.1984)

In diesem Fall hob das Bundesgericht einen Generalversammlungsbeschluss in einer AG (mit 34 Gemeinden als Aktionären) auf, weil Vertreter von Gemeinden nicht nach Art. 33 I OR bevollmächtigt waren. Die Frage des «Verkehrsschutzes» wird zumindest im publizierten Teil nicht angeschnitten.

## VI. Ergebnis de lege lata und Postulate de lege ferenda

Die Gerichtspraxis bestätigt das oben aufgeführte Zwischenergebnis: der Verkehrsschutz ist wenig ausgeprägt, wobei sich die Gerichte aber bemühen, dennoch adäquate Lösungen zum Schutz der Vertragspartner zu finden, beispielsweise durch Anwendung von Art. 33 III OR, durch Anerkennung eines faktischen Vertragsverhältnisses, durch Annahme einer culpa in contrahendo, und allenfalls auch mittels Wissenszurechnung über Art. 55 ZGB. Dieser einzelfallbezogene Lösungsansatz kann aber nicht überzeugen. Eine weitere Rechtsfolge dieser Recht-

ROLF WÄTTER

sprechung ist der schlechte Schutz des handelnden Beamten, der nach der Regelung in Art. 39 OR haftbar werden könnte.<sup>16</sup>

Praktische Folge der gesetzlichen Lage sind höhere Transaktionskosten beim Handeln mit dem Gemeinwesen, da einzelfallbezogene Lösungen durch die Gerichtspraxis für den Rechtsverkehr ein Risiko darstellen (im schlimmsten Fall, keinen gültigen Vertrag zu schliessen, im besseren, den Vertrag erst gerichtlich durchsetzen zu müssen), das Dritte in ihre Kostenkalkulation einrechnen müssen. Diese Situation ruft nach einer Korrektur.

Anzustreben wäre nach dem Ausgeführten als Mindestlösung eine Angleichung von Art. 33 I an Art. 462 OR, wonach sich die Vertretungsbefugnis eines Beamten auf alle Rechshandlungen erstreckt, die sein Amt gewöhnlich mit sich bringt.<sup>17</sup>

Noch besser wäre es, wenn Gemeinwesen und ihre Abteilung Behördenkompetenzen generell im Handelsregister offen legen könnten<sup>18</sup>, eventuell (und im Gegensatz zu «normalen» Handelsgesellschaften) mit Kompetenzgrenzen, was für das Gemeinwesen von Vorteil wäre. Nach dieser Idee könnte etwa angegeben werden, dass ein Spitaldirektor rechsgültig (und eventuell kollektiv mit einer anderen Person) Verträge bis zum Gegenwert von X abschliessen könnte. Vorteil dieser Lösung wäre, dass das Gemeinwesen die Registerträge nur bei Organisationsänderungen, nicht dagegen bei jedem Stellenwechsel ändern müsste. Als noch weitergehende Lösung wäre zu erwägen, dass «volle» Handelsregistereinträge erfolgen wie bei juristischen Personen mit Nennung aller Vertretungsberechtigten Beamten.

<sup>16</sup> Vorbehalten bleiben natürlich Regeln des Verantwortlichkeitsrechtes, bzw. der jeweilig anwendbaren Verantwortlichkeitsgesetze; vgl. zu diesem Aspekt (zurückhaltend) SCHWAGER, a.a.O., 370 ff.

<sup>17</sup> Ähnlich SCHWAGER, a.a.O., 298 f. und generell zu Verbesserungsvorschlägen 328 ff.

<sup>18</sup> Vgl. auch Art. 10 lit. k HRV: «selbständige Gewerbe des öffentlichen Rechts»? Vgl. ferner SCHWAGER, a.a.O., 320 ff. zur Möglichkeit der freiwilligen Offenlegung, z.B. von Prokuristen.