

Entscheidungsanmerkung

Geltung der Sitztheorie für Schweizer Aktiengesellschaft

1. Eine außerhalb der EU und des EWR gegründete (hier: schweizerische) Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland ist ohne Neugründung nach deutschem Recht nicht als solche anzuerkennen, sondern lediglich als rechtsfähige Personengesellschaft.

2. Für eine nach §§ 5, 6 ErbbauRG erforderliche Zustimmung der Stadt zum Erwerb eines Erbbaurechts bedarf es der Erklärungen der nach § 64 GemO NRW gesamtvertretungsberechtigten Personen. Eine umfassende und einer Alleinvertretung gleichkommende Einzelvollmacht, die dem die Zustimmung erklärenden Stadtkämmerer erteilt wurde, genügt nicht für die wirksame Vertretung der Stadt, weil sie den durch § 64 GemO NRW bezweckten Schutz der Stadt unterlaufen würde. (Redaktionelle Leitsätze)

Internationales Gesellschaftsrecht; ErbbauRG §§ 5, 6; GemO NRW § 64

BGH, Urt. v. 27.10.2008 – II ZR 290/07 (OLG Hamm) – („Trabrennbahn“)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Einleitung

Das Urteil betrifft vor allem das internationale Privatrecht der Gesellschaften, ferner das Recht der Gebietskörperschaften (hier: der Städte) und ihrer Vertretung im Rechtsverkehr. Der BGH behandelt in einem ersten Teil die Frage, ob eine Schweizer Aktiengesellschaft, die ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat, nach deutschem internationalem Privatrecht als rechtsfähig und parteifähig zu behandeln ist. Während nach der Gründungstheorie auf das Personalstatut einer Gesellschaft (d. h. ihre Innen- und Außenbeziehungen) das Recht des Staates anzuwenden ist, in dem die Gesellschaft gegründet wurde, ist es nach der Sitztheorie das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz hat. Der BGH musste entscheiden, ob die für Auslandsgesellschaften aus einem Mitgliedstaat der EU nach den berühmten Entscheidungen des EuGH in den Sachen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ geltende Gründungstheorie² auch auf Auslandsgesellschaften aus einem Drittstaat Anwendung findet oder ob für diese die Sitztheorie gilt. Im zweiten Teil des Urteils setzt sich der BGH mit der Frage auseinander, ob die für die Einräumung eines Erbbaurechts an die Schweizer Aktiengesellschaft gemäß §§ 5, 6 ErbbauRG erforderliche Zustimmung der Stadt als Grundstückseigentümerin wirksam erteilt wurde. In diesem Zusammenhang stellte sich das Problem, ob die Stadt von ihrem Stadtkämmerer wirksam vertre-

ten wurde und ob eine Ausnahme von der gesetzlich aufgrund der Gemeindeordnung geltenden Gesamtvertretung zu machen war.

2. Sachverhalt

Im Streitfall klagte eine Aktiengesellschaft, die nach Schweizer Recht gegründet worden ist, ihren Verwaltungssitz aber in Deutschland hat, auf Zahlung von Mietzins. Die Berechtigung hierzu knüpfte sich an die Frage, ob die Schweizer Aktiengesellschaft nach deutschem Recht rechts- und parteifähig ist und ob sie vom Insolvenzverwalter über das Vermögen des erbbauberechtigten Trabrennvereins dessen Erbbaurecht wirksam erworben hatte. Der Trabrennverein hatte sein Erbbaurecht über die betreffenden Teile eines größeren Geländes von der Stadt erworben mit der Maßgabe, dass jede Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung der Stadt bedurfte. Die Zustimmung der Stadt zum Erwerb des Erbbaurechts durch die Schweizer Aktiengesellschaft hatte der Stadtkämmerer der Stadt aufgrund einer Einzelvollmacht erteilt, die ihn berechtigen sollte, die Stadt in allen Grundstücksangelegenheiten zu vertreten. § 64 Abs. 1 GemO NRW ordnet eine Gesamtvertretung an, wonach Erklärungen, welche die Gemeinde verpflichten, grundsätzlich schriftlich vom Bürgermeister oder seinem Stellvertreter einerseits und zusätzlich von einem vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten andererseits abzugeben seien. Ausnahmen gelten gemäß § 64 Abs. 2, 3 GemO NRW für Geschäfte der laufenden Verwaltung oder wenn ein für bestimmte Geschäfte oder einen Kreis von Geschäften ausdrücklich Bevollmächtigter die Willenserklärung im Namen der Stadt abgibt.

II. Kernaussagen des Urteils

1. Beibehaltung der Sitztheorie für Drittstaatengesellschaften

Nach Auffassung des BGH ist die Schweizer Aktiengesellschaft nicht als solche in Deutschland rechts- und parteifähig. Für Gesellschaften, die nach dem Recht eines nicht zu den EU-Mitgliedstaaten oder den EWR-Vertragstaaten zählenden Drittstaates gegründet worden sind, gelte nicht die Gründungstheorie, sondern nach den allgemeinen Regeln des deutschen internationalen Privatrechts die Sitztheorie. Hiernach beurteile sich die Rechts- und Parteifähigkeit einer ausländischen Gesellschaft nach dem Recht des Ortes, wo die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz habe. Das gelte auch für eine Schweizer Aktiengesellschaft, wenngleich die Schweiz ihre Rechtsordnung dem Recht der EU-Mitgliedstaaten angeglichen habe. Es müsse respektiert werden, dass die Schweiz nicht Mitglied der EU ist und auch das EWR-Abkommen nicht ratifiziert hat. Die aufgrund der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit vom EuGH in seinen Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ entwickelte Gründungstheorie gelte daher nicht für Schweizer Gesellschaften. Weder das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), das nur die Vertragsstaaten binde, noch die EMRK, welche keine Kollisionsregeln aufstelle, geböten einen Abschied von der Sitztheorie. Ein Referentenentwurf, der bereits eine allgemeine Kodifika-

¹ BGH, NJW 2009, 289. Das Urteil kann außerdem unter www.bundesgerichtshof.de oder unter www.juris.de abgerufen werden (beide abrufbar am 19.1.2009).

² Vgl. im Einzelnen EuGH NJW 1999, 2027 (Centros); NJW 2002, 3614 (Überseering); NJW 2003, 3331 (Inspire Art).

tion der Gründungstheorie in Art. 10 EGBGB-E vorsehe, sei noch nicht Gesetz geworden und werde kontrovers diskutiert.

2. Transposition in eine inländische Personengesellschaft

Weil die klagende Schweizer Aktiengesellschaft ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat, wendet der BGH daher auf die Frage ihrer Rechts- und Parteifähigkeit deutsches Recht an. Hiernach sei die Gesellschaft mangels Eintragung im Handelsregister nicht Aktiengesellschaft. Doch sei sie als rechtsfähige Personengesellschaft (OHG oder GbR) zu behandeln und könne daher – vertreten durch ihren nach der Satzung alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter – Rechte begründen und diese im Weg der Klage durchsetzen.

3. Fehlende Vertretungsmacht des Stadtkämmerers

Allerdings verwehrt der BGH der Klage der Schweizer Aktiengesellschaft im Ergebnis den Erfolg, weil die für den Erwerb des Erbbaurechts erforderliche Zustimmung der Stadt nicht wirksam erteilt worden sei. Nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG war als Inhalt des Erbbaurechts bei der Einräumung vereinbart worden, dass es nur mit Zustimmung der Stadt veräußert werden dürfe. Allein durfte der Stadtkämmerer die Stadt bei der Erteilung der Zustimmung nicht vertreten, weil es sich nicht um ein (regelmäßig wiederkehrendes) Geschäft der laufenden Verwaltung handelte und weil die Einzelvollmacht zu umfassend formuliert war („in allen Grundstücksangelegenheiten“). Die Einzelvollmacht hätte für einen wichtigen Geschäftsbereich zu einer Umgehung der nach § 64 Abs. 1 GemO NRW erforderlichen Gesamtvertretung geführt und war deshalb unwirksam. Der Stadtkämmerer handelte mithin ohne Vertretungsmacht. Eine Genehmigung oder Neuvornahme der Zustimmung war nicht erklärt worden.

III. Würdigung

1. Zur Sitztheorie

Nach herrschender Ansicht, der auch der BGH gefolgt ist, wird die „Anerkennung“ einer ausländischen Gesellschaft als rechts- und parteifähig nicht getrennt von den übrigen Fragen des Innen- und Außenverhältnisses einer Gesellschaft angeknüpft.³ Das Urteil des BGH hat daher Bedeutung für das gesamte Personalstatut einer ausländischen Gesellschaft. Es befremdet auf den ersten Blick, weshalb die räumlich nahe Schweiz ein Drittstaat sein soll, auf den die europarechtliche Gründungstheorie nicht anwendbar ist. Allein eine gewisse Angleichung des Schweizer Rechts an das Recht vieler EU-Mitgliedstaaten macht die Schweiz gewiss noch nicht zum Mitglied der EU oder zu einem Vertragstaat des EWR. Dennoch hätte der BGH die Frage, ob für die Schweiz der Gründungs- oder der Sitztheorie zu folgen ist, hier offen lassen können. Denn die betreffende Schweizer Aktiengesellschaft war nach deutschem Recht im Wege der Transposition jedenfalls als Personengesellschaft einzuordnen, die in Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze nach BGHZ 146, 341 (Weis-

ses Ross I) auch rechts- und parteifähig ist. Dass der BGH sein Urteil dennoch ausführlich mit der Sitztheorie begründet, zeigt seine Entschlossenheit, sich nur einer gesetzgeberischen Entscheidung für die generelle Anwendung der Gründungstheorie beugen zu wollen. Doch ließe sich das Urteil als Ansporn deuten, um für eine künftige gesetzliche Regelung noch überzeugendere Lösungen für die Probleme der Gründungstheorie zu finden, insbesondere um einer möglichen Umgehung der nationalen Vorschriften zum Schutz des Rechtsverkehrs, der Minderheitsgesellschafter und der Arbeitnehmermitbestimmung durch so genannte Scheinauslandsgesellschaften noch wirksamer Einhalt gebieten zu können. Anhaltspunkte für eine derartige Umgehung bot der dem Urteil zugrundeliegende Fall freilich nicht.

2. Zum Umgehungsschutz von Gesamtvertretungsregelungen

Im zweiten Teil seiner Entscheidung kommt der BGH zu dem Ergebnis, der wirksamen Veräußerung des Erbbaurechts stehe gemäß § 6 Abs. 1 ErbbauRG die fehlende Zustimmung der Stadt als Grundstückseigentümerin entgegen. Es entspricht allgemeinen körperschaftsrechtlichen Grundsätzen, dass eine gesetzlich angeordnete Gesamtvertretung nicht durch eine weitgehende Einzelvertretungsmacht ausgehöhlt werden darf. Ähnliche Beschränkungen wie § 64 Abs. 3 GemO NRW enthalten zum Beispiel §§ 78 Abs. 4 S. 1 AktG, 25 Abs. 3 S. 1 GenG („bestimmte Geschäfte“ oder bestimmte Arten von Geschäften“). Auch diese Vorschriften werden derart ausgelegt, dass die grundsätzliche gesetzgeberische Entscheidung für eine Gesamtvertretung und der damit einhergehende Schutz der Körperschaft nicht in unzulässiger Weise untergraben werden darf.⁴ Dies auf eine Gebietskörperschaft anzuwenden, ist konsequent. Allerdings hätte der BGH erwägen können, ob in dem Vertrag zwischen dem Insolvenzverwalter über das Vermögen des Trabrennvereins und der Schweizer Aktiengesellschaft nicht wenigstens eine Vorausabtretung der Mietzinsforderungen aus den Mietverträgen mit dem Beklagten vereinbart worden war.

Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz

³ Vgl. z.B. BGHZ 78, 318 (334); BGH NZG 2004, 1001; ausführlich *Kindler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 297 ff.

⁴ Vgl. z.B. BGHZ 13, 61 (65); 34, 27 (30); BGH WM 1986, 315 (316).