

Dr. Dietmar CZERNICH, LL.M. (NYU), Rechtsanwalt, Innsbruck

## Der US Notary Public und das österreichische Gesellschaftsrecht

**Möchten US-amerikanische Gesellschaften<sup>1)</sup> in Österreich Anteile an Gesellschaften erwerben, so stellen sich regelmäßig zwei Probleme: Zum Ersten muss die US-Gesellschaft ihre rechtliche Existenz nachweisen, und zum Zweiten muss die handelnde Person bestätigen, dass sie für die erwerbende Gesellschaft vertretungsbefugt ist.**

**In der Praxis wenden die Firmenbuchgerichte hinsichtlich des Nachweises dieser Tatsachen § 89a NO<sup>2)</sup> analog an und verlangen eine Bestätigung eines US Notary Public. Darin hat der US Notary Public zu bestätigen, dass die erwerbende Gesellschaft rechtlich existent und die jeweilige handelnde Person vertretungsbefugt ist.**

**Diese Vorgangsweise ist methodisch höchst fragwürdig, weil die Analogie zu § 89a NO die funktionale Identität eines österreichischen Notars mit einem US Notary Public voraussetzt. Diese ist indes nicht gegeben.**

### I. Charakter eines „Notary Public“

Die Regelung der Tätigkeit eines Notary Public obliegt den einzelnen US-Bundesstaaten, sodass darüber keine einheitliche Aussage für die gesamten USA getroffen werden kann. In allen Bundesstaaten handelt es sich beim Notary Public jedoch um einen Gewerbetreibenden, der sein Notariatsamt nebenberuflich ausübt und allenfalls zufällig eine juristische Ausbildung hat.<sup>3)</sup>

Voraussetzung für die Aufnahme des Amtes eines Notary Public ist nur das aktive Wahlrecht und die erfolgreiche Absolvierung einer Prüfung. Eine juristische Ausbildung oder gar langjährige Praxis sind keine Voraussetzungen für die Ausübung des Gewerbes eines Notary Public. Diesem Anforderungsprofil entsprechend ist der Tätigkeitsbereich eines US-Notars im Vergleich zu einem österreichischen Notar wesentlich eingeschränkt. Er liegt im Kern in der Beglaubigung von Unterschriften sowie der Echtheit von Kopien und der Entgegennahme von Wechselprotesten. Keinesfalls nimmt der Notary Public jedoch zum Inhalt der von ihm beglaubigten Dokumente Stellung.

Wenn man somit schon eine österreichische Rechtsfigur dem Notary Public gegenüberstellen möchte, so kann allenfalls eine Parallele zum Legalisator, wie er in Tirol<sup>4)</sup> und Vorarlberg<sup>5)</sup> noch existiert, gezogen werden.

### II. Bestätigung der rechtlichen Existenz einer Gesellschaft

Es liegt somit auf der Hand, dass eine Bestätigung eines Notary Public über die rechtliche Existenz einer Gesellschaft und ihre Vertretungsverhältnisse nicht geeignet ist, Grundlage einer Firmenbucheintragung zu sein, weil derartige Bestätigungen gar nicht zu seinem Aufgabenbereich gehören.<sup>6)</sup> Notary Publics stellen zwar auf Verlangen derartige Bestätigungen aus, jedoch haben sie keinen erhöhten Beweiswert, weil der Notary Public nur eine Tatsache bestätigt, von der er sich nicht selbst oder kraft Amtes überzeugt hat. Vielmehr handelt es sich bei der Bestätigung eines Notary Public über die rechtliche Existenz einer Gesellschaft um eine Bestätigung, wie sie von jedermann abgege-

ben werden kann. Von einer notariellen Urkunde im österreichischen Sinn kann nicht einmal im Ansatz die Rede sein.

Nun ist eine Bestätigung für die rechtliche Existenz einer Corporation, die ihrerseits Gesellschafterin einer österreichischen Gesellschaft werden möchte, unabdingbar.<sup>7)</sup> Diese werden in den USA jedoch nicht von Notary Publics, sondern von den Gesellschaftsregistern ausgestellt. Die Gesellschaftsregister werden in den USA nicht von den Gerichten geführt, sondern von dem jeweiligen Secretary of State<sup>8)</sup> des Bundesstaates, in dem sich der Sitz der Corporation befindet.<sup>9)</sup> Diese Behörden stellen auf Antrag ein „Certificate of good Standing and Legal Existence“ aus, mit dem die ordnungsgemäße Gründung der Gesellschaft nachgewiesen wird, sowie, dass ihre Tätigkeit keinen behördlichen Auflagen oder Beschränkungen unterliegt und dass sie solvent ist.<sup>10)</sup> Somit ergeben sich aus dem „Certificate of good Standing and Legal Existence“ jene rechtlich relevanten Tatsachen, die das Firmenbuchgericht zur Eintragung einer US-Gesellschaft als Gesellschafterin einer österreichi-

<sup>1)</sup> Das Gesellschaftsrecht ist in den Vereinigten Staaten von Amerika Sache der Bundesstaaten. Insofern stellt der Begriff „US-amerikanische Gesellschaften“ eine Vereinfachung dar, die für die vorliegenden Zwecke jedoch zulässig ist.

<sup>2)</sup> Vgl dazu *Wagner*, Notariatsordnung<sup>4</sup>, Rz 1 zu § 89a NO.

<sup>3)</sup> *Rothmann*, Notary Public, 9 ff.

<sup>4)</sup> Art X TirGARG, Gesetz vom 17.3.1887, RGBI 77.

<sup>5)</sup> Art IV VlbGV, Gesetz vom 24.2.1905, RGBI 33.

<sup>6)</sup> So auch *Kau/Wiehe*, Registrierung einer California Corporation als Gesellschafterin einer deutschen GmbH, RIW 1991, 32, 33.

<sup>7)</sup> Vgl § 107 Abs 3 GmbHG für Niederlassungen ausländischer Kapitalgesellschaften.

<sup>8)</sup> Das „Department of State“ der Bundesstaaten ist nicht mit dem US State Department (Außenministerium) zu verwechseln. Das Department of State hat eher den Charakter eines Staatsnotariats, bei dem Vorgänge von öffentlicher Bedeutung registriert werden.

<sup>9)</sup> In folgenden Bundesstaaten führt eine andere Behörde das Company Register: Alabama (County probate judge); Arizona (Company Commission); District of Columbia (Commissioners of Companies); Hawaii (Director of Department of Commerce and Consumer Affairs); Maryland (Commerce Department); Michigan (Company Administrator); Utah (Division of Corporations and Commercial Code);

<sup>10)</sup> *Kau/Wiehe*, Registrierung einer California Corporation als Gesellschafterin einer deutschen GmbH, RIW 1991, 32, 34.



schen Gesellschaft benötigt. Richtigerweise sollten die Firmenbuchgerichte daher die Vorlage dieses Dokuments verlangen und nicht eine Bescheinigung eines Notary Public, die in dieser Form in den USA völlig unbekannt ist.

Damit das „Certificate of good Standing and Legal Existence“ den Beweiswert einer öffentlichen Urkunde aufweist, muss es von der zuständigen US-Behörde beglaubigt („certified“) ausgestellt und mit einer Apostille versehen sein. Diese Urkunde muss sodann beglaubigt ins Deutsche übersetzt werden.

### III. Nachweis der Vertretungsmacht

Die Vertretungsverhältnisse werden in den USA aufgrund einer anderen Konzeption der organschaftlichen Vertretung nicht registriert. Grundsätzlich kommt die Vertretungsmacht einer Corporation dem Board of Directors (Vorstand) als Kollektiv zu. Da in den USA die ultra vires-Lehre gilt, besteht die Vertretungsmacht jedoch nur innerhalb des Gesellschaftszwecks. Neben dem Board of Directors haben auch Angestellte (officers) unterschiedlich weit reichende Vertretungsmacht für die Gesellschaft, die ihnen in internen Ermächtigungen erteilt wird.<sup>11)</sup>

Ob nun ein bestimmter officer Vertretungsmacht hat, für die von ihm vertretene Corporation Beteiligungen an österreichischen Gesellschaften einzugehen, richtet sich nach den inneren Vorschriften der Corporation. Diese können aus den „Articles of Incorporation“ oder den „By-Laws“ erschlossen werden.

In Zweifelsfällen – insbesondere wenn das Firmenbuchgericht nicht restlos von der Existenz und der Vertretungsbefugnis der US-Gesellschaft überzeugt ist – sollte die Opinion eines US-Anwalts eingeholt werden. In dieser Opinion – etwa einer offiziösen Rechtsmeinung gleichzuhalten – kann der Anwalt genau jene Tatsachen bestätigen, die das österreichische Firmenbuchgericht interessieren. Da der Anwalt für die Richtigkeit seiner Opinion haftet, hat sie die Gewähr der Richtigkeit für sich.<sup>12)</sup>

### IV. Ergebnis

Im Ergebnis stellen die Bestätigungen von Notary Publics, wie sie die Firmenbuchgerichte gegenwärtig fordern, nichts anderes als Opinions dar, freilich mit dem Unterschied, dass sie von Nichtjuristen ohne entsprechenden Haftungsfonds abgegeben werden. Richtigerweise ist dem Firmenbuch ein überbeglaubigtes „Certificate of good Standing and Legal Existence“ vorzulegen, das die rechtliche Existenz der Gesellschaft zweifelsfrei nachweist. Die Existenz der Vertretungsmacht ist am besten durch eine „Opinion“ eines US-Anwalts nachzuweisen.

Es bleibt daher zu hoffen, dass die Firmenbuchgerichte ihre Praxis anpassen werden, um die Rechtssicherheit im transatlantischen Rechtsverkehr zu erhöhen.

<sup>11)</sup> Bungert, Gesellschaftsrecht in den USA (1994), 26.

<sup>12)</sup> Kau/Wiehe, Registrierung einer California Corporation als Gesellschafterin einer deutschen GmbH, RIW 1991, 32, 35.



Walter Schwarzinger / Werner Wiesner

## Umgründungssteuer-Leitfaden Umgründungsrechtssammlung (URS)

Entscheidungen und Erlässe chronologisch und inhaltlich geordnet in Datei- und Volltextform

Band 3 enthält alle für das Umgründungssteuerrecht relevante Judikatur und Erlässe zusammengefasst in einem Band.

**NEU!**

### Bestellschein:

- Ex. Schwarzinger / Wiesner  
Band III, 2002, 1296 Seiten, geb. € 169,-  
ISBN 3-7073-0209-1
- Ex. Band I, II und III, geb.,  
zum Sonderpreis € 329,-

Kundennummer: .....

Firma/Name: .....

PLZ: ..... Adresse: .....

Datum: ..... Unterschrift: .....

**Telefon: (01) 278 05 26 • Fax: (01) 278 05 26-23 • www.lindeverlag.at**

Linde Verlag Wien · Scheydgasse 24 · 1210 Wien