

Die Feststellung der organschaftlichen Vertretungsverhältnisse in den USA

Rudolph S. Houck, Partner at Eaton & Van Winkle LLP

► Bei Transaktionen in den Vereinigten Staaten sind europäische Geschäftsleute oft vom Konzept des „corporate secretary“ oder „secretary“ sowie von dem Umstand verwirrt, dass die Vertragsparteien auf diverse Beglaubigungen und „legal opinions“ der anderen Seite oder deren Anwälte beharren. Die Existenz all dieser Dokumente beruht darauf, dass europäische und U.S.-amerikanische Gesellschaften unterschiedliche Wege beschreiben, um die Vertretungsmacht derjenigen zu belegen, die in ihrem Auftrag handeln. Im Rahmen von Transaktionen in den USA, insbesondere mit Banken¹, können diese Unterschiede besonders in letzter Minute Schwierigkeiten verursachen, die bei Kenntnis dieser Unterschiede sehr einfach vermieden werden können².

1. Das Fehlen eines Handelsregisters

Das Hauptproblem ist, dass europäische Geschäftsleute in den USA oft ein von einer öffentlichen Stelle eingerichtetes Handelsregister erwarten, welches alle wichtigen Gesellschaftsangaben enthält; einschließlich der Angaben darüber, wer ermächtigt ist, für die Gesellschaft zu handeln. In Deutschland z.B. wird der Geschäftsführer nach seiner Bestellung in das Handelsregister eingetragen. Dieser und regelmäßig eine weitere als zeichnungsberechtigt eingetragene Person haben umfassende Vertretungsmacht für die Gesellschaft. Die dritte Partei kann Einsicht ins Handelsregister nehmen oder einen Auszug der entscheidenden Passagen einholen.

In den Vereinigten Staaten werden die innere Verbandsverfassung und die Befugnisse der Gesellschaftsorgane nicht durch den nationalen Gesetzgeber, sondern durch die einzelnen Bundesstaaten (und den District of Columbia) geregelt. In keinem der verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Kodifikationen der Bundesstaaten ist jedoch ein Gesellschaftsregister vorgesehen, in dem die für die Gesellschaft Zeichnungsberechtigten oder andere wichtige Informationen über die Gesellschaft verzeichnet wären. Darüber hinaus gibt in vielen Fällen selbst die Wahl zum „president“ oder „vice president“³ einer Gesellschaft Ersteren nicht ohne Weiteres die Befugnis, die Gesellschaft zu verpflichten: Obwohl grundsätzlich die „officers“ für das Tagesgeschäft zuständig sind, ist

es gleichwohl größtenteils so, dass bedeutende Transaktionen zunächst vom „board of directors“ als Kollegialorgan gebilligt werden müssen.

Angesichts dessen stellt sich die Frage: Wie kann eine Vertragspartei sicher sein, dass die Gegenpartei wirklich durch die Unterschriften derjenigen gebunden wird, die behaupten, mit ausreichender Vertretungsmacht für die Gesellschaft ausgestattet zu sein?

Zunächst kann die Gegenpartei Unterlagen beim „secretary of state“, einer Regierungsbehörde des Bundesstaates, in dem die Gesellschaft gegründet wurde, einholen, die zumindest belegen, dass die Gesellschaft auch tatsächlich besteht und die geplante Transaktion vom Gegenstand und Zweck der Gesellschaft umfasst wird⁴:

■ Der Dritte kann beim „secretary of state“ eine beglaubigte Kopie des Gesellschaftsvertrages („articles of incorporation“, in manchen Staaten auch „certificate of incorporation“ genannt) anfordern, da diese Gründungsurkunde regelmäßig Auskunft über die Lebensdauer der Gesellschaft, ihren Zweck und den Gegenstand des Unternehmens („scope of business“) gibt⁵. Alternativ kann der Dritte diese Unterlagen

* Autorenkontakt: Rudolph.Houck@Alston.com

Rudolph S. Houck ist Partner bei Alston & Bird LLP in New York.

¹ In diesem Artikel werden mehrfach die besonders hohen Anforderungen der Banken erwähnt. Dies hat mehrere Gründe: Erstens wickeln Banken täglich Transaktionen ab und sind aus diesem Grund juristisch erfahren. Zweitens ist der Gegenstand dieser Transaktionen regelmäßig das Valutieren und die Rückzahlung von Krediten; und ob ein Kredit zurückgezahlt wird, kann von der Vertretungsmacht desjenigen abhängen, der für den Kreditnehmer zeichnet. Drittens werden die Abwicklungskosten üblicherweise vom Kreditnehmer getragen, so dass zusätzliche Formalitäten weitere, von der Bank zu tragende Kosten nicht entstehen lassen. Und vor allem stehen Bankanstellungen unter strenger Aufsicht von internen Prüfern und Revisoren. All dies führt dazu, dass Bankiers bezüglich juristischer Formalitäten umsichtiger sind.

² Es ist zu beachten, dass nur generelle Regeln beschrieben werden. Es muss jeweils überprüft werden, ob die hier beschriebenen Regeln auch unter dem Recht des jeweiligen Bundesstaates anwendbar sind.

³ „Secretary“ und „treasurer“ sind zwar „officers“, aber unterschreiben nur selten Verträge im Namen der Gesellschaft.

⁴ Zu beachten ist, dass eine Gesellschaft aus einem anderen US-Bundesstaat in den Vereinigten Staaten als eine „foreign“ oder „out-of-state“-Gesellschaft behandelt wird und sich somit in dem Bundesstaat, in dem sie ihre Geschäfte betreiben will, registrieren oder qualifizieren muss und dort auch steuerpflichtig wird. Somit wird, wie unten weiter ausgeführt, die Vertragspartei nicht nur nach einem „good standing certificate“ ihres Gründungsstaates gefragt werden, sondern auch aus allen Staaten, in denen sie als „foreign“-Gesellschaft registriert ist.

⁵ In Delaware und vielen anderen Bundesstaaten ist es zulässig, den Unternehmensgegenstand als jede legale und dauerhafte Tätigkeit festzulegen.

auch vom „corporate secretary“ der entsprechenden Gesellschaft selbst erhalten, obwohl diese Kopie der Unterlagen nicht offiziell ist.

- Der Dritte kann beim secretary of state auch ein gesellschaftsrechtliches Leumundszeugnis, das so genannte „good standing“ oder „subsistence certificate“ anfordern. Diese Dokumente bestätigen, dass die Gesellschaft tatsächlich ordnungsgemäß gegründet wurde und dass die Gesellschaft den vom Gründungsstaat aufgestellten Verpflichtungen einschließlich etwaiger Gebühren- und in manchen Bundesstaaten Steuerzahlungspflichten nachgekommen ist. Dieses „good standing certificate“ ist deshalb so wichtig, da Verstöße gegen diese Verpflichtungen zu einer Aufhebung der Satzung führen und damit die Existenz der Gesellschaft beenden können.

Zusätzlich fordert eine an einer bedeutenden Transaktion beteiligte Partei üblicherweise auch eine der folgenden Bescheinigungen vom „corporate secretary“ der Gesellschaft an:

- Kopien der Beschlüsse der Gesellschafter und des „board of directors“, welche die Transaktion billigen und die einzelnen „officers“ bevollmächtigen, die Gesellschaft in Bezug auf die jeweilige Transaktion zu repräsentieren und für sie zu zeichnen;
- Einen Nachweis des „corporate secretary“, dass die jeweiligen Beschlüsse ordnungsgemäß zustande gekommen sind und nicht wieder aufgehoben wurden;
- Einen Nachweis des „corporate secretary“, dass die handelnden „officers“ ordnungsgemäß gewählt wurden und weiterhin bestellt sind; und
- Einen Nachweis des „corporate secretary“ über die Echtheit der Unterschriften der für die Gesellschaft zeichnenden „officers“.

Um für eine bedeutende Transaktion die notwendigen Bescheinigungen zur Verfügung zu stellen, muss der corporate secretary

- zumindest die Grundzüge der Transaktion verstanden haben und
- die Gesellschaftsprotokolle überprüfen bezüglich...

...der Gründungsunterlagen (was auch Anfragen bei der Geschäftsstelle des „secretary of state“ beinhalten kann), um sicherzugehen, dass die Gesellschaft im rechtlichen Sinne besteht, dass in diesen Unterlagen keine Beschränkungen festgelegt wurden, die die Transaktion beeinflussen könnten und schließlich, um Feststellungen darüber zu treffen, ob die

beabsichtigte Transaktion lediglich vom „board of directors“ oder auch von der Gesellschafterversammlung beschlossen werden muss;

...der „by-laws“ einschließlich aller Satzungsänderungen; dies ebenfalls, um etwaige Zustimmungserfordernisse festzustellen, die Zusammensetzung des „board of directors“ nachzuvollziehen und zur Überprüfung, ob besondere Festsetzungen hinsichtlich der „by-laws“ des „board of directors“ oder der Gesellschafterversammlung (besondere Mehrheitserfordernisse, Anforderungen an eine Beschlussfassung per Telefon oder durch einstimmige schriftliche Zustimmung) bestehen;

...des Gesellschafterverzeichnisses, um festzustellen, wer die Gesellschafter sind⁶;

...die Protokolle der Gesellschafterversammlung, um die Ordnungsgemäßheit der Wahl des „board of directors“ durch die Gesellschafter und die Zusammensetzung des „board of directors“ festzustellen;

...und schließlich erneut die Protokolle der Gesellschafterversammlung, um die ordnungsgemäße Ernennung der „officers“ durch das „board of directors“ festzustellen; dies jedenfalls bezüglich derjenigen „officers“, die für die Gesellschaft zeichnen werden.

Der „corporate secretary“ wird die Protokolle auch deshalb einer genaueren Überprüfung unterziehen, um sicherzugehen, dass keine Maßnahmen vorgenommen wurden, die die übliche Arbeit des „board“ oder der „officers“ beeinträchtigen oder die eine zuvor erteilte Bewilligung der Transaktion rückgängig machen.

Allerdings beruht diese Methode der Feststellung der Vertretungsverhältnisse in gewisser Weise auf einem logischen Zirkelschluss: Wenn der „corporate secretary“ falsche Beglaubigungen ausgibt, versagt die Methode. Dieses Risiko verringert sich zwar, ist gleichwohl aber nicht ausgeschlossen, wenn der „corporate secretary“ ein Anwalt ist, der selbst nicht Angestellter der Gesellschaft ist.

Eine umsichtige Vertragspartei wird im Rahmen größerer Transaktionen auch folgende Dokumente verlangen:

- Eine beim „corporate secretary“ des betroffenen Unternehmens anzufordernde Abschrift der „by-laws“ dieser Gesellschaft (der „secretary of state“ stellt diese „by-laws“ nicht zur Verfügung und erhält diese auch gar nicht, er ist diesbezüglich nicht involviert).

⁶ Grundsätzlich kennt das US-Gesellschaftsrecht keine Inhaberaktien. Deshalb werden nur diejenigen Gesellschafter, deren Namen im Gesellschafterverzeichnis vermerkt sind, von der Gesellschaft als dividenden- und stimmberechtigt angesehen.

Wie bereits bemerkt, regeln die by-laws die innere Verbandsverfassung, insbesondere die Ladungsformalitäten für Gesellschafterversammlungen oder Board-sitzungen, alle besonderen Mehrheitserfordernisse für die Bewilligung bestimmter Geschäfte durch die Gesellschafter oder das „board“ und die Reichweite der Vertretungsmacht der jeweiligen „officers.“

- Ein Gutachten einer angesehenen externen Anwaltskanzlei, in dem diese die Richtigkeit der in der Abschrift der „by-laws“ aufgeführten Punkte bestätigt.

2. Die Rechtsgutachten

Bei wichtigen Transaktionen verlangen die Parteien eine bessere Absicherung als bloße Beglaubigungen des corporate secretary, vielmehr verlangen sie von der Anwaltskanzlei der Gegenpartei Gutachten zu vielfältigen Fragen. Da den Anwalt bei unrichtigen Auskünften auch eine persönliche Haftung treffen kann, kann von ihm auch größte Sorgfalt erwartet werden.

Die Bereitstellung dieser Gutachten kann sogar zu einem Streitpunkt werden, insbesondere dann, wenn die geforderten Gutachten über die oben genannten Punkte hinausgehen. Man könnte annehmen, der Anwalt müsste lediglich den Schriftsatz entwerfen und unterzeichnen. Angesichts der Tatsache, dass diese Gutachten aber eine Haftung der Anwaltskanzlei begründen, falls sie fehlerhaft sein sollten, muss der Anwalt zur Erstellung des Gutachtens Dokumente und Beglaubigungen – deren Entstehungszeitpunkt lange zurückliegen kann – zusammensuchen, auf die er sich in seinem Gutachten stützt. Die Sammlung der Dokumente und Beglaubigungen kann dabei einige Tage oder länger in Anspruch nehmen. Wenn das Gutachten über die oben genannten grundsätzlichen Punkte hinausgehende Aspekte behandelt, kann eine äußerst umfangreiche Untersuchung der vorhandenen Unterlagen und der rechtlichen Situation notwendig werden. Üblicherweise basiert das Gutachten einerseits auf einer eidesstattlichen Versicherung des Mandanten, in der dieser bekräftigt, dass er keine Kenntnis davon habe, dass die Umstände, auf denen der Anwalt das Gutachten erstellt, unrichtig seien. Diese eidesstattliche Versicherung muss von einem leitenden Angestellten des Mandanten (normalerweise vom „president“) ausgestellt und unterzeichnet werden, der die hierfür notwendigen Kenntnisse und Vertretungsmacht besitzt. Die Bereitstellung solcher Gutachten ist deshalb so konfliktbeladen, weil sie einen Teil des Risikos auf die das Gutachten erstattende Kanzlei verlagert. Die Verhandlungen verlagern sich oftmals in letzter Minute weg von der Geschäftsebene hin zur Ebene der an der Transaktion beteiligten Kanzleien. Der Mandant wird in einem gewissen Maße zum Gegenspieler des Anwalts, der ihn unter Druck setzt, damit dieser der Gegenseite die Gutachten und Beglaubigungen ausstellt, die diese verlangt⁷. Oft hat die Kanzlei als Gegengewicht ein

„opinion committee“, das alle „opinions“ prüft. Auch das Durchlaufen dieses Verfahrens kann einige Zeit in Anspruch nehmen.

Die Beglaubigung von Beschlüssen durch den corporate secretary oder die Ausstellung eines „incumbency certificate“ (die Bestätigung, dass ein bestimmter „officer“ weiterhin bestellt ist und über Vertretungsmacht verfügt) ist an sich sehr einfach, setzt aber voraus, dass die Protokolle der Gesellschaft ordentlich geführt und die entsprechenden Beschlüsse gefasst wurden. Sollte dies nicht der Fall sein, ist für die angemessene Dokumentation in letzter Sekunde eine umgehende Kooperation des „board of directors“ und manchmal sogar der Gesellschafter notwendig. Wenn diese nicht erreicht werden können oder die große Bedeutung ihres Handelns nicht verstehen, muss die Transaktion unter Umständen verschoben werden.

3. Ein typisches Problem

Bei hundertprozentigen Töchtern europäischer Unternehmen⁸ tritt oft folgendes Problem auf: Die Geschäftsleitung entscheidet unmittelbar vor Torschluss, eine Geschäftsmaßnahme unter Beteiligung einer dritten Partei (oftmals eine Bank) vorzunehmen und dass sie zur Durchführung des Geschäfts keinen Anwalt benötigt oder letzteren jedenfalls zu spät beteiligt. Der Dritte (wiederum oft eine Bank) übergibt dem Geschäftsmann ein Formular, das durch den „corporate secretary“ unterzeichnet werden soll. Wie oben schon festgestellt, kann es sein, dass der Geschäftsmann sich nicht im Klaren darüber ist, welche Formalitäten vor Unterzeichnung dieses Formulars erfüllt sein müssen. Tatsächlich jedoch besagt dieses durch den „corporate secretary“ zu unterzeichnende Dokument, dass das „board“ eine ganze Reihe von Beschlüssen gefasst hat; ist dies in Wirklichkeit nicht der Fall, ist die Beglaubigung falsch.

Relativ häufig deckt die Überprüfung der Gesellschaftsprotokolle Lücken auf, die gefüllt werden müssen, bevor der „corporate secretary“ seine Beglaubigung abgeben darf, wobei dies in der Kürze der Zeit äußerst schwierig sein kann. Normalerweise sind dazu nur Handlungen des „board of directors“ notwendig, aber schon das kann Frustrationen und Komplikationen verursachen, insbesondere wenn dies unter Zeitdruck geschieht.

Es gibt dabei verschiedene Möglichkeiten, wie das „board“ schnell handeln kann:

7 Anders ist es bei einer Transaktion mit einem sehr starken Steueraspekt. Dann spielen die Steuerexperten bereits vom ersten Tag an eine wichtige Rolle und überprüfen jeden Aspekt des Verfahrens. Das Untergehen der Großkanzlei Jenkins & Gilchrist ist eine Folge solcher Steuergutachten.
8 Für börsennotierte Aktiengesellschaften gelten andere als die hier aufgeführten Regeln.

Die übliche Vorgehensweise in einem Unternehmen mit einem Gesellschafter und mit wenigen „directors“ ist, die Beschlüsse durch einstimmige schriftliche Zustimmung zu fassen. Grundsätzlich lässt sich sagen, dass die „directors“ nicht alle auf demselben Dokument unterzeichnen müssen und dass auch gefaxte oder als PDF-Dateien gesehene Unterschriften ausreichend sind. Es ist allerdings zu beachten, dass eine Kombination aus schriftlicher Zustimmung und einer Versammlung nicht zulässig ist, sich bspw. nicht zwei Mitglieder eines fünfköpfigen boards treffen können (da in der Regel ein Quorum in Höhe der Mehrzahl der Mitglieder besteht) und die anderen directors daraufhin ihre schriftliche Zustimmung erteilen.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, eine Sitzung des „board“ einzuberufen und dieses vom Anwalt der Gesellschaft vorbereitete Beschlüsse fassen zu lassen. Der „corporate secretary“ oder eine zum Schriftführer dieser Sitzung ernannte Person unterzeichnet dann das Sitzungsprotokoll. Falls nicht alle Boardmitglieder körperlich anwesend sein können, können sie üblicherweise auch per Telefon teilnehmen, solange sichergestellt ist, dass alle Teilnehmenden sich gegenseitig hören können.

Problematisch an der Einladung zu einer Boardsitzung ist die Einhaltung einer im „by-laws“ vorgesehenen Ladungsfrist gegenüber den „board members“, was zu Verzögerungen führen kann. Dieses Problem kann umgangen werden, indem die „directors“ ihren Verzicht auf die Einhaltung der Ladungsfrist erklären. Wenn einer oder mehrere „directors“ sich jedoch entscheiden, sich der Mehrheit entgegenzustellen, werden diese natürlich auch diesen Verzicht nicht erklären.

Die Notwendigkeit ihrer Mitwirkung an Transaktionen, die auch im Rahmen einer GmbH oder AG nicht nötig wäre, wird von europäischen „directors“ einer U.S.-amerikanischen Gesellschaft nicht immer eingesehen. Von dieser Seite (oder von demjenigen, der die „directors“ zu dem Beschluss bringen soll) wird oft vorgeschlagen, einen pauschalen Beschluss zur Abdeckung aller solcher Transaktionen zu verabschieden. Dies ist jedoch im U.S.-Recht grundsätzlich nicht zulässig und wird insbesondere auch einer kritischen Überprüfung durch den gegnerischen Anwalt nicht standhalten. Geschäftsleute, die mit der britischen Rechtspraxis vertraut sind, könnten vorschlagen, dass sie an der Boardsitzung teilnehmen, indem sie einen ihrer Kollegen zu ihrem Vertreter bestellen. Auch dies ist unter U.S.-amerikanischem Gesellschaftsrecht unzulässig, da jeder „director“ nach

U.S.-Recht persönlich für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Pflichten als „director“ verantwortlich ist⁹.

4. Sonderausschuss des Board

Ein vergleichsweise einfacher Weg, um die logistischen Schwierigkeiten der Versammlung einer Mehrheit des „board“ oder der Beschaffung aller Unterschriften zu vermeiden, ist die Einrichtung eines Sonderausschusses („executive committee“) innerhalb des „board“. Dieser Ausschuss kann durch einfachen Beschluss des „board“ ins Leben gerufen werden und hat im Wesentlichen alle Kompetenzen des „board“, auch wenn das Gesellschaftsrecht der meisten Bundesstaaten vorsieht, dass bestimmte Sondermaßnahmen nicht durch einen Ausschuss vorgenommen oder genehmigt werden können. Natürlich können die Befugnisse des „executive committee“ auch durch die „by-laws“ beschränkt sein. Das „executive committee“ kann auch lediglich ein einziges Mitglied haben. Somit kann beispielsweise „director“ B für den Fall, dass „director“ A, der Mitglied des Ausschusses ist, aber im Urlaub oder unerreichbar ist, ermächtigt werden, für diesen zu handeln. Wenn das „board“ beispielsweise aus fünf Mitgliedern, den „directors“ A bis E, besteht und A und B Mitglieder des Ausschusses sind, können C, D und E als Stellvertreter jeweils für A und B benannt werden. Dieser Mechanismus gewährleistet einen Mittelweg zwischen Flexibilität und Kontrolle und erfüllt trotzdem die formalen Anforderungen der U.S.-amerikanischen Bestimmungen. Zudem kommt diese Modalität einer Vertretung durch Vollmacht so nahe, wie sie das U.S.-amerikanische Rechtssystem nur zulässt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der sichere Weg durch die formalen Anforderungen des U.S.-amerikanischen Rechts darin besteht, die Notwendigkeit ihrer Erfüllung zu erkennen, eine ausreichende Vorbereitungszeit sicherzustellen, die Gesellschaftsprotokolle in Ordnung zu halten und die Arbeitsabläufe so einzurichten, dass diese Voraussetzungen erfüllt werden. ■

⁹ Europäische Vertragsparteien schlagen regelmäßig vor, dass die US-Gesellschaft durch einen Bevollmächtigten handeln solle. Obwohl dies rechtlich zulässig ist, handeln US-Gesellschaften trotzdem fast immer durch einen ihrer „officers“, und da der „officer“ durch das „board“ zur Durchführung einer bestimmten Transaktion ermächtigt ist, bedarf es keiner weiteren Bevollmächtigung. Wenn die europäische Seite auf einer Bevollmächtigung besteht, sollte sie dies früh in den Verhandlungen deutlich machen, um der Gegenseite die notwendige Zeit zu geben, um die rechtlichen Voraussetzungen der Bevollmächtigung im jeweiligen Bundesstaat zu klären. Und auch in diesem Fall bedarf die Ausstellung einer Vollmacht höchstwahrscheinlich einer Bestätigung durch das „board of directors“ und muss vom „corporate secretary“ – ebenso wie der Beschluss, welcher die Transaktion bewilligt, selbst – ausgestellt werden.