

VII. Management und Kontrolle: Grundstruktur der Corporation

1. Überblick

a) Grundmuster

- 609** Die Aufgaben des Managements und der Kontrolle sind in den corporation statutes praktisch aller Gliedstaaten nach dem gleichen Grundmuster unter den Hauptakteuren, das heißt den Gesellschaftern (shareholders), den leitenden Angestellten (executive officers) und dem board of directors, verteilt.¹ Man bezeichnet dieses Grundmuster als statutory scheme. Nach älterem common law waren Gesellschaftervereinbarungen, die vom statutory scheme abwichen, unvollstreckbar oder gegenüber Dritten gegenstandslos.² Seit einiger Zeit ist indes anerkannt, dass innerhalb eines gewissen Rahmens Modifikationen, die Dritte nicht benachteiligen, wirksam und vollstreckbar sind, solange gewisse Formvorschriften beachtet werden.³ Nach einer Entscheidung ist für die Wirksamkeit bedeutsam, ob die fragliche, vom gesetzlichen Schema abweichende Vereinbarung auch tatsächlich umgesetzt wurde.⁴
- 610** Nach dem statutory scheme liegen die wesentlichen Kontrollaufgaben bei den Gesellschaftern. Dazu gehören die Bestellung und Abberufung des board of directors und die Entscheidung in grundlegenden oder außergewöhnlichen Angelegenheiten. Dagegen obliegt dem board of directors das eigentliche Management, also die Geschäfts- und Unternehmenspolitik festzulegen sowie die leitenden Angestellten zu bestellen. Die leitenden Angestellten schließlich besorgen – unter der Aufsicht des board – vor allem das Tagesgeschäft.
- 611** Bei kleinen oder close corporations und bei besonders großen corporations wird aus Praktikabilitätsgründen von diesem Schema sehr häufig abgewichen.⁵ Bei der kleinen corporation etwa fallen Managementaufgaben in erheblichem Umfang den Gesellschaftern zu. Der board of directors ist in solchen corporations nicht selten ausschließlich mit Gesellschaftern besetzt. Die entsprechenden Gesellschafter werden als managing shareholders bezeichnet.⁶ Für close corporations haben viele

1 *Buxbaum*, The Internal Division of Powers in Corporate Governance, Cal.L.Rev. 73 (1985) 1671–1734; zur Rollenverteilung zwischen Board und Gesellschaftern in der public corporation mit Aktien im Streubesitz siehe *Bebchuk*, The Case for Increasing Shareholder Power, Harv.L.Rev. 118 (2005) 833–914.

2 *McQuade v. Stoneham and McGraw*, 189 N.E. 234 (N.Y.1934).

3 *Clark v. Dodge*, 199 N.E. 641 (N.Y.1936); *Galler v. Galler*, 203 N.E.2d 577 (Ill.1964).

4 *Triggs v. Triggs*, 385 N.E.2d 1254 (N.Y.1978).

5 Grundlegend zum Management von close corporations Committee on Corporate Laws, ABA Section of Business Law (Hrsg.), *Managing Closely Held Corporations: A Legal Guidebook*, Bus.Law. 58 (2003) 1073–1126.

6 *Graczykowski v. Rampen*, 477 N.Y.S.2d 454 (App.Div.1984).

Gliedstaaten inzwischen Sondervorschriften erlassen.⁷ Am anderen Ende der Skala, bei den großen public corporations, verlagern sich die Managementaufgaben in die andere Richtung, also auf die Angestellten auf den oberen Stufen der Organisationshierarchie (executive officers). Hier mag der board, der nur wenige Male im Jahr zusammentritt, als bloßer rubber stamp (wörtlich: Gummistempel) dienen, ein Ausdruck, der mit durchaus kritischer Konnotation den Fall beschreibt, wenn der board in diesen Unternehmen eine effektive Kontrolle über die leitenden Angestellten nicht mehr ausüben vermag, sondern im Wesentlichen eine „Unterschriftenmaschine“ ist.

Am deutlichsten wird die Notwendigkeit zur Anpassung des idealistischen statutory scheme an die Realität bei der close corporation. In manchen Gliedstaaten ist die Zahl der Mitglieder des board bei close corporations auf ein oder zwei reduzierbar. Auf die Besonderheiten der Struktur der close corporation wird nachfolgend in einem eigenen Abschnitt eingegangen. Zunächst soll das statutory scheme im Vordergrund stehen.

612

b) Gesellschafter

Nach dem statutory scheme bieten sich den Gesellschaftern im Wesentlichen vier Wege, um – in Ausübung der ihnen zustehenden mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte – die Unternehmensleitung zu beeinflussen:

613

- (i) Sie können die Mitglieder des board bestellen und abberufen;
- (ii) sie können Änderungen der articles of incorporation und der bylaws beschließen oder ablehnen und damit – nach Maßgabe des zwingenden Gesetzesrechts – über die innere Gesellschaftsstruktur bestimmen;⁸
- (iii) sie haben das Recht, über grundlegende und außergewöhnliche Angelegenheiten (Fusion, Veräußerung eines wesentlichen Teils des Gesellschaftsvermögens, Auflösung der corporation) zu entscheiden;⁹
- (iv) sie können durch Ratifikationsbeschluss (ratification) bestimmte Entscheidungen der directors und der officers vor der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit bewahren.

Im Mittelpunkt steht in der Praxis das Recht, Mitglieder des board of directors zu bestellen und abzuberufen. Besonders bedeutsam ist dieses Recht bereits deshalb,

614

⁷ Vgl. etwa das Model Statutory Close Corporation Supplement zum R.M.B.C.A. sowie die Regelungen in Delaware (§§ 342, 343, 347, 350, 351, 354 Del.Gen.Corp.L.) und Kalifornien (§§ 158, 186, 300, 418 Cal.Gen.Corp.L.).

⁸ § 10.20 R.M.B.C.A.; vgl. auch Somers v. AAA Temporary Services, Inc., 284 N.E.2d 462 (Ill.App.Ct.1972) (soweit die Befugnis zur Änderung der bylaws von den Gesellschaftern auf den board of directors übertragen wird, ist es möglich, dass die Gesellschafter diese Befugnis verlieren).

⁹ §§ 10.03, 11.03, 12.02, 14.02 R.M.B.C.A.; vgl. allerdings § 11.04 R.M.B.C.A., wonach es nicht immer zu einer Entscheidung der Gesellschafter kommt.

2. Teil VII. Management und Kontrolle: Grundstruktur der Corporation

weil es das einzige Verwaltungsrecht ist, das regelmäßig ausgeübt wird. Die Mitglieder des board werden üblicherweise auf der Jahresversammlung der Gesellschaft gewählt. Die Bestellung erfolgt normalerweise auf ein Jahr. Ein director kann unbegrenzt oft wiedergewählt werden.¹⁰ Eine wichtige Ausnahme vom Grundsatz der einjährigen Amtszeit ergibt sich aus der in den meisten Bundesstaaten zugelassenen Staffelung der Amtszeiten (staggered terms) der Mitglieder des board. Unter gewissen Voraussetzungen ist es möglich, die Mitglieder in zwei oder drei gleichgroße Gruppen (classes) einzuteilen. Gewählt wird jedes Jahr nur eine Gruppe. Die Mitglieder haben dann je nach der Anzahl der Gruppen eine zwei- oder dreijährige Amtszeit.¹¹ Der Effekt der Staffelung ist, dass es einem corporate raider, also einem profitgierigen Übernahminteressenten, erschwert wird, die Kontrolle über die Gesellschaft sozusagen auf einen Schlag zu übernehmen. Vakanzen im board of directors füllen entweder die Gesellschafter oder der board of directors selbst.

- 615** Die Abberufung (removal) von Mitgliedern des board of directors durch die Gesellschaft war im common law nur in begründeten Ausnahmefällen (removal for cause) zulässig.¹² Heute erlauben viele Gliedstaaten auch eine unbegründete Abberufung (removal without cause).¹³ Praktisch in allen Staaten ist es darüber hinaus zulässig, eine solche unbegründete Abberufung in den articles of incorporation ausdrücklich zu vereinbaren. Aber auch die begründete Abberufung durch gerichtliche Entscheidung ist in den corporate statutes großzügiger als nach common law geregelt.¹⁴ Die Möglichkeit der unbegründeten Abberufung erleichtert es dem corporate raider, nach Erlangung der Aktienmehrheit die Mitglieder des board auszutauschen. Daher ist es bei größeren public corporations im Rahmen der verbreiteten Takeover-Prophylaxe üblich geworden, in den articles of incorporation eine unbegründete Abberufung ausdrücklich auszuschließen.
- 616** Schließlich fällt auch die Genehmigung von Board-Beschlüssen (shareholder ratification) in die Zuständigkeit der Gesellschafter. Dabei unterscheidet die Rechtsprechung von Delaware jene Fälle, in denen die Genehmigung rechtlich erforderlich ist, damit der Board-Beschluss Wirksamkeit erlangt, von jenen Fällen, in denen es

10 § 8.05(b) R.M.B.C.A.; § 211(b) Del.Gen.Corp.L.

11 Die Verringerung der Zahl der Board-Sitze führt nicht automatisch zu einer Verkürzung der Amtszeit der Board-Mitglieder, Crown EMAK Partners, LLC v. Kurz, 992 A.2d 377 (Del. 2010); das Vorziehen der jährlichen Gesellschafterversammlung um mehrere Monate führt nicht zu einer Verkürzung der gestaffelten dreijährigen Amtszeit der directors, Airgas, Inc. v. Air Products and Chemicals, Inc., 8 A.3d 1182 (Del. 2010).

12 Auer v. Dressel, 118 N.E.2d 590 (N.Y.1954); Campbell v. Loew's, Inc., 134 A.2d 852 (Del.Ch.1957).

13 § 8.08(a) R.M.B.C.A.; §141(k) Del.Gen.Corp.L.; Scott County Tobacco Warehouse, Inc. v. Harris, 201 S.E.2d 780 (Va.1974).

14 § 8.09(a) R.M.B.C.A. und dazu der Official Comment; vgl. auch § 706(d) N.Y.Bus.-Corp.L.

zwar zur rechtlichen Wirksamkeit keiner Genehmigung durch die Gesellschafter bedarf, in denen sich der board aber gleichwohl der Rückendeckung durch die Gesellschafter versichern möchte.¹⁵ Allerdings ist die ratification nur dann wirksam, wenn die shareholder ausdrücklich zur Genehmigung aufgefordert werden.¹⁶ Im Übrigen kann im Wege der shareholder ratification lediglich der Mangel der fehlenden Board-Zuständigkeit geheilt werden. Hingegen können Fälle des betrügerischen Verhaltens (fraud), der Verschwendung von Gesellschaftsvermögen (waste of corporate assets) und des Board-Handelns ultra vires nicht durch bloße ratification (mit Mehrheit der Stimmen der Gesellschafter), sondern nur durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter geheilt werden.¹⁷

c) *Board of Directors*

Der board of directors erledigt nach dem statutory scheme das Management in eigener Verantwortung.¹⁸ Er ist nicht bloßer Vertreter der Gesellschafter, sondern unabhängiges Gesellschaftsorgan.¹⁹ Daraus folgt, dass er an Weisungen der Gesellschafterversammlung nicht gebunden ist.²⁰ Sind die Gesellschafter mit der Arbeit des board unzufrieden, so können sie diesem Zustand in erster Linie dadurch abhelfen, dass sie einen anderen board wählen.²¹ Der board, nicht die Gesellschafterversammlung, formuliert die Unternehmenspolitik.²² Allerdings erkennen zahlreiche moderne corporation statutes an, dass die Geschäftspolitik in den großen public corporations heute nicht mehr vom board, sondern von den executive officers – freilich unter der Aufsicht des board of directors – formuliert und implementiert wird.²³ Wesentliche Aufgaben des board sind neben der Kontrolle der executive of-

617

15 Gantler v. Stephens, 965 A.2d 695 (Del. 2009); *Eisenberg/Cox, Corporations* (2011 mit 2013 Supp.) 708; *Bauman, Corporations, Law and Policy* (2010 mit 2013 Supp.) 576.

16 Gantler v. Stephens, 965 A.2d 695 (Del. 2009).

17 Gantler v. Stephens, 965 A.2d 695 (Del. 2009).

18 Für viele praktische Hinweise zum board of directors siehe American Bar Association, Section of Business Law, Committee on Corporate Laws (Hrsg.), *Corporate Director's Guidebook*, Bus.Law. 59 (2004) 1057–1119. In den letzten Jahren ist eine Verkleinerung der Zahl der Mitglieder des board großer corporations zu beobachten: Lag die durchschnittliche Größe im Jahre 1992 noch bei 15 directors, waren es im Jahre 2002 nur noch 10,9 directors.

19 *Eisenberg, Corporations and Other Business Organizations* (2000) 203.

20 Allerdings haben die Gesellschafter ein Recht, sich mit Vorschlägen und Empfehlungen (shareholder resolutions) an den board zu wenden, vgl. Auer v. Dressel, 118 N.E.2d 590 (N.Y.1954).

21 In diesem Kontext wird auch heute noch hingewiesen auf die englische Leitentscheidung in Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co., Ltd. v. Cuninghame, [1904] 2 Ch.App. 34, C.A.

22 *Charlestown Boot & Shoe Co. v. Dunsmore*, 60 N.H. 85 (1880).

23 § 8.01(b) R.M.B.C.A.; § 141(a) Del.Gen.Corp.L.; § 701 N.Y.Bus.Corp.L.; § 300(a) Cal.-Gen.Corp.L.; noch einen Schritt weiter geht das American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1994) § 3.01., und dazu der Comment sowie die Reporter's Note.

2. Teil VII. Management und Kontrolle: Grundstruktur der Corporation

ficers die mittel- und langfristige Bestimmung der großen Leitlinien der Geschäfts- und Unternehmenspolitik, die Bestellung und Abberufung der executive officers, die Schaffung oder Beseitigung von Personalstellen, die Zustimmung zum Abschluss bedeutsamer Verträge der Gesellschaft mit Dritten und der Beschluss über die Verteilung einer Dividende. Darüber hinaus gehen die Initiativen zu grundlegenden Änderungen in Struktur und Organisation der Gesellschaft üblicherweise vom board aus, obgleich die Entscheidung darüber bei den Gesellschaftern liegt.

- 618** Der Rücktritt (resignation) von Mitgliedern des board ist in den meisten corporate statutes nicht ausdrücklich geregelt. Nach dem R.M.B.C.A. kann ein Rücktritt mit sofortiger Wirkung oder mit Wirkung ab einem bestimmten Datum in der Zukunft erklärt werden.²⁴ Der zweite Weg erlaubt es dem ausscheidenden director, an der Wahl seines Nachfolgers teilzunehmen, sofern nicht die Gesellschafter den neuen director direkt wählen. Die shareholders haben das Recht zur Abberufung der directors (removal for cause), selbst wenn die articles oder die bylaws keine entsprechende Regelung enthalten.²⁵ Und auch wenn in einer Gesellschaftervereinbarung eine bestimmte Amtszeit vorgesehen ist, kann der director von der dafür erforderlichen Gesellschaftermehrheit vorzeitig abberufen werden, weil jede solche Vereinbarung unter dem ungeschriebenen Vorbehalt der Erfüllung der Amtspflichten unter Beachtung der Treuepflichten (fiduciary duties) steht.²⁶ Die „indirekte“ Abberufung (indirect removal), etwa durch Verringerung der Zahl der Board-Sitze oder durch Vorziehen der Board-Wahlen um mehrere Monate, wird regelmäßig als unzulässig angesehen.²⁷ Hingegen steht dem board selbst nicht die Befugnis zu, einen director abzuberufen, es sei denn, die articles of incorporation oder die bylaws sehen dies vor.²⁸

d) Executive Officers

- 619** Weit weniger selbstständig als der board sind nach dem statutory scheme die executive officers. In den meisten corporate statutes werden sie als Vertreter des board of directors behandelt. Nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen haben sie im Rahmen des ihnen übertragenen Aufgabenbereichs Vertretungsmacht.

Im Folgenden sollen die einzelnen Organe näher betrachtet werden.

24 § 8.10(a) R.M.B.C.A.; § 223 Del.Gen.Corp.L.

25 *Pardue v. Citizens Bank & Trust Co.*, 247 So.2d 368 (Ala. 1971); *Grave v. Grace Inst.*, 226 N.E.2d 531 (N.Y. 1967); *In re Burkin*, 136 N.E.2d 862 (N.Y. 1956); *In re Koch*, 178 N.E. 545 (N.Y. 1931); *Eckhaus v. Ma*, 635 F.Supp. 873 (S.D.N.Y. 1986); Aufsatzliteratur bei *Cox/Hazen*, *Treatise on the Law of Corporations* (2010 mit 2013 Supp.) § 9:14 Fn. 1.

26 *Springut v. Don & Bob Restaurants of Am., Inc.*, 394 N.Y.S.2d 971 (1977).

27 *Crown EMAK Partners, LLC v. Kurz*, 992 A.2d 377 (Del. 2010); *Airgas, Inc. v. Air Products and Chemicals, Inc.*, 8 A.3d 1182 (Del. 2010).

28 *Dillon v. Berg*, 326 F.Supp. 1214 (D.Del.), *aff'd per curiam on other grounds*, 453 F.2d 876 (3d Cir. 1971); *Bruch v. National Guar. Credit Corp.*, 116 A. 738 (Del.Ch. 1922); *Nevins v. Bryan*, 885 A.2d 233 (Del.Ch. 2005).

2. Board of Directors*a) Wahl***(1) Straight Voting**

Zu unterscheiden sind zwei Formen der Abstimmung: das straight voting und das cumulative voting. Beim straight voting wird jeder stimmberechtigte Anteil je Kandidat einmal gezählt. Die einfache Mehrheit der Stimmen entscheidet. Ein Beispiel illustriert dies: Drei directors sind zu wählen. A und B sind die einzigen wahlberechtigten Gesellschafter. A hat 51 Anteile, B hat 49 Anteile. A nominiert die Kandidaten A1, A2 und A3. B nominiert B1, B2 und B3. Für die erste Position wird A seine 51 Stimmen für A1 und B seine 49 Stimmen für B1 abgeben. A1 ist gewählt. Das gleiche wiederholt sich für die zweite und dritte Position. Beim straight voting werden also alle Kandidaten von A und kein Kandidat von B gewählt, obgleich B fast die Hälfte aller stimmberechtigenden Anteile hält.

620**(2) Cumulative Voting**

Um die mit dem straight voting verbundenen Unausgewogenheiten zu mildern, hat man das cumulative voting eingeführt.²⁹ Wie der Name bereits indiziert, erlaubt dieses Abstimmungsverfahren, dass Minderheitsgesellschafter ihre Stimmen auf einen Kandidaten kumulieren, um sich wenigstens ein gewisses Maß an Repräsentanz im board sichern zu können. Im obigen Beispiel würde sich cumulative voting folgendermaßen gestalten: B kann pro Kandidat nicht bloß 49 Stimmen abgeben, sondern 49 mal die Zahl der zu besetzenden Positionen, also 49 mal 3 = 147 Stimmen. Gibt B seine 147 Stimmen für B1 ab, dann ist es A rechnerisch nicht möglich, seine 153 Stimmen so zu verteilen, dass seine drei Kandidaten gewählt werden. Beim cumulative voting ist also die Wahl eines der Kandidaten des Minderheitsaktionärs sicher. Nach folgender Formel lässt sich nun feststellen, wieviele Stimmen ein Minderheitsgesellschafter haben muss, um einen Kandidaten seiner Wahl gegen die Mehrheit durchsetzen zu können:

621

$$\frac{S}{D + 1} + 1 = \text{erforderliche Stimmzahl}$$

Dabei ist S die Zahl aller Stimmen, die auf die stimmberechtigten Anteile entfallen, und D die Zahl der zu besetzenden Board-Positionen. Nach dieser Formel ergibt sich für den Beispielsfall, dass B im Fall des cumulative voting einen seiner Kandidaten bereits dann gegen A durchsetzen könnte, wenn er lediglich 26 Stimmen hätte

²⁹ Zur Geschichte des cumulative voting, seinen Vorteilen und Nachteilen sowie dessen Zukunftsaussichten siehe *Gordon*, Institutions as Relational Investors: A New Look at Cumulative Voting, Colum.L.Rev. 94 (1994) 124–180.

2. Teil VII. Management und Kontrolle: Grundstruktur der Corporation

(100 : [3 + 1] = 25, also 25 + 1 = 26). Will ein Minderheitsgesellschafter mehrere Kandidaten durchsetzen, sieht die Formel wie folgt aus:

$$\frac{nS}{D + 1} + 1 = \text{erforderliche Stimmzahl}$$

Dabei bezeichnet n die Zahl der Kandidaten, die der Minderheitsgesellschafter durchsetzen will. Auf das Beispiel angewendet, ergibt sich, dass Minderheitsgesellschafter B für die Durchsetzung zweier Kandidaten 51 Stimmen und für alle drei Kandidaten 76 Stimmen benötigt. Sollte es für die letzte Position zu einer Stimmengleichheit kommen, so wird in der Praxis für diese Position gesondert und nach den Regeln des straight voting abgestimmt.

- 622** Der Vorteil des cumulative voting liegt darin, dass es der Minderheit eine gewisse Repräsentanz sichert und die Bereitschaft des board of directors stärkt, seine Kontrollaufgabe wahrzunehmen. Andererseits kann das cumulative voting die Funktionsfähigkeit des board beeinträchtigen und in extremen Fällen sogar vollständig paralisieren.³⁰ In sechs Gliedstaaten ist cumulative voting zwingend vorgeschrieben.³¹ In diesen Staaten ist eine entgegenstehende Regelung in den articles of incorporation wirkungslos. In der Mehrheit der Gliedstaaten hingegen gilt cumulative voting nur dann, wenn es in den articles nicht ausgeschlossen wurde (opt-out election).³² Schließlich gilt cumulative voting in einigen Staaten nur, wenn es in den articles of incorporation ausdrücklich vorgesehen ist (opt-in election). Verheerend kann es sich auswirken, wenn, was in der Praxis durchaus vorkommt, manche Gesellschafter nicht wissen, dass cumulative voting erlaubt ist und die übrigen Gesellschafter es anwenden. Deshalb verlangen einige Gliedstaaten von einem Gesellschafter, der seine Stimmen im Wege des cumulative voting abgeben will, dies gegenüber den übrigen Gesellschaftern anzukündigen.³³ Um Unbilligkeiten zu verhindern, gilt darüber hinaus in den meisten Staaten, dass die Stimmabgabe nach dem Bekanntwerden des Ergebnisses korrigiert werden kann, bis der Vorsitzende der Gesellschafterversammlung das Wahlergebnis offiziell bekanntgegeben hat. Damit der positive Effekt des cumulative voting durch die Befugnis der einfachen

30 Vgl. *Klein/Coffee*, Business Organization and Finance (2004) 129.

31 Arizona, Kentucky, Nebraska, North und South Dakota sowie West Virginia, vgl. *Klein/Coffee*, Organization and Finance (2004) 130 Fn. 20; siehe auch *Gordon*, Institutions as Relational Investors: A New Look at Cumulative Voting, Colum.L.Rev. 94 (1994) 124–192, 145.

32 So die Regelung in Delaware, vgl. *Maddock v. Vorclone, Corp.*, 147 A. 255 (Del.1929).

33 So etwa Hawaii, Kalifornien, Minnesota, Maine, Nevada, North Dakota, Ohio, South Carolina und Texas, näher dazu M.B.C.A. Ann. (1984) § 7.28, Statutory Comparison No. 4. § 7.28(d) R.M.B.C.A. lässt es alternativ genügen, dass in der Mitteilung zur Gesellschafterversammlung angegeben wird, dass cumulative voting erlaubt ist; diesem Ansatz folgen Alabama, Arkansas, Connecticut, Georgia, Indiana, New Hampshire, Tennessee, Vermont, Virginia, Wisconsin und Wyoming, vgl. M.B.C.A. Ann. (1984) § 7.28, Statutory Comparison No. 4.

Gesellschaftermehrheit zur Abberufung der Mitglieder des board nicht neutralisiert wird,³⁴ gilt in manchen Staaten, dass Gesellschafter ein im Wege des cumulative voting gewähltes Mitglied nur dann abberufen können, wenn die Zahl der Stimmen, die gegen die Abberufung abgegeben werden, nicht ausreichen würde, um das Mitglied im Fall einer Wahl im Wege des cumulative voting zu wählen.³⁵

Die Wirksamkeit des cumulative voting kann dadurch beeinträchtigt werden, dass die Zahl der zu wählenden Board-Mitglieder vermindert wird. Dies muss nicht bedeuten, dass die Zahl der Board-Mitglieder verringert wird. Denn zulässig ist nach dem Recht vieler Gliedstaaten die bereits erwähnte Staffelung der Amtszeit der Mitglieder des board (staggering oder classification of terms). Dabei wird der board in zwei oder drei Gruppen von directors eingeteilt, deren Amtszeit zwei oder drei Jahre beträgt. Durch versetzten Anfang der Amtszeiten wird erreicht, dass jedes Jahr nur die Hälfte oder ein Drittel der Mitglieder neu zu wählen ist. Man kann dies mit der Notwendigkeit einer gewissen Kontinuität der Arbeit des board of directors begründen. Tatsächlich setzt jedoch die Mehrheit der Mitglieder die Staffelung durch, um ihren Einfluss zu erhöhen, ohne zugleich das cumulative voting zu beseitigen. Zulässig ist die Staffelung allerdings üblicherweise nur dort, wo der board mindestens neun Mitglieder umfasst.³⁶ Obgleich die Staffelung den positiven Effekt des cumulative voting in vielen Fällen nicht unerheblich mindert, steht die Rechtsprechung jener Staaten, die cumulative voting zwingend vorschreiben, auf dem Standpunkt, dass beides durchaus vereinbar ist.³⁷

623

(3) Mitgliederzahl und Zusammensetzung des Board; Independent Directors

Vorschriften hinsichtlich der Anzahl der Mitglieder des board sind heute in den meisten Gliedstaaten abgeschafft. Erlaubt ist freilich beispielsweise in Kalifornien ein board mit weniger als drei Mitgliedern nur, wenn die Zahl der Board-Mitglieder der Zahl der Gesellschafter entspricht.³⁸ In anderen Gliedstaaten, darunter Delaware, und ebenso im R.M.B.C.A. wurden auch solche Beschränkungen beseitigt. Die Zahl der Mitglieder wird entweder in den articles of incorporation oder in den by-laws festgelegt, wobei es in den meisten Gliedstaaten den Gründern oder Gesellschaftern überlassen bleibt, welchen Weg sie bevorzugen.³⁹ Zu beachten ist, dass normalerweise den Gesellschaftern vorbehalten ist, die articles zu ändern, wohinge-

624

34 Eine einfache Mehrheit der stimmberechtigten Anteile genügt, vgl. etwa § 8.08(a) R.M.B.C.A.; § 141(k) Del.Gen.Corp.L.

35 § 8.08(c) R.M.B.C.A.; § 141(k)(2) Del.Gen.Corp.L.

36 § 8.06 R.M.B.C.A.; § 141(d) Del.Gen.Corp.L.

37 Bohann v. Corporation Commission, 313 P.2d 379 (Ariz.1957); die einzige entgegengesetzte Entscheidung ist – soweit bekannt – Wolfson v. Avery, 126 N.E.2d 701 (Ill.1955).

38 § 212(a) Cal.Gen.Corp.L.

39 § 8.03(a) R.M.B.C.A.; § 141(b) Del.Gen.Corp.L.

2. Teil VII. Management und Kontrolle: Grundstruktur der Corporation

gen die bylaws auch der board ändern darf. Letzterenfalls ist damit der board autorisiert, über seine Mitgliederzahl selbst zu entscheiden.⁴⁰

625 Bislang konnten corporations über die personelle Zusammensetzung ihres board frei entscheiden. Sie konnten also den board nur mit inside directors besetzen, das heißt directors, die zugleich als executive officers oder in sonstiger Weise in den Diensten der corporation stehen, oder auch andere Personen (independent directors, outside directors)⁴¹ als Mitglieder aufnehmen. Allerdings bürgen independent directors nach verbreiteter Auffassung für eine bessere Überwachung des Managements.⁴² Die Freiheit in der personellen Besetzung des board of directors besteht daher für corporations, deren Anteile am New York Stock Exchange oder über die NASDAQ gehandelt werden, seit dem Jahre 2004 grundsätzlich nicht mehr. Die New Yorker Börse und die NASDAQ verlangen nunmehr die mehrheitliche Besetzung mit independent directors,⁴³ es sei denn, ein einzelner Aktionär, eine Gruppe oder eine andere corporation halten über 50% der Stimmrechte an der Gesellschaft.⁴⁴ Nach den Regeln des New York Stock Exchange sind dies solche directors, die in keiner wesentlichen Beziehung zur corporation stehen („no material relationship with the listed company“). Diese Voraussetzung ist weit zu verstehen. So dürfen independent directors weder officers noch sonstige Angestellte der corporation sein. Und sie oder ihre unmittelbaren Familienmitglieder dürfen auch nicht mehr als 100.000 US-Dollar als jährliche direkte Vergütung von der corporation erhalten.⁴⁵

(4) Vorsitzender

626 Den Vorsitzenden des board of directors bezeichnet man als chairman, seinen Vertreter als vice chairman. Die corporate statutes knüpfen allerdings keine besonderen Funktionen an diese Posten. Etwas anderes gilt nur, wenn der chairman des board

40 § 8.03(b) R.M.B.C.A. und dazu der Official Comment; § 141(b) Del.Gen.Corp.L.

41 Zur Unterscheidung zwischen independent, outside und disinterested director *Clarke*, Three Concepts of the Independent Director, Del.J.Corp.L. 32 (2007) 73.

42 *Gordon*, The Rise of Independent Directors in the United States, 1950–2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices, Stan.L.Rev. 59 (2007) 1465; *Clarke*, Three Concepts of the Independent Director, Del.J.Corp.L. 32 (2007) 73.

43 Grundsätzlich daran zweifelnd, dass ein director überhaupt independent sein kann *Elson*, Director Compensation, SMU L.Rev. 50 (2006) 127, 161 f.

44 §§ 303A.01, 303A.00 New York Stock Exchange Listed Company Manual (2004); NASDAQ Stock Market Rule 4350f(c)(1); zur möglichen neuen Rolle der Rechtsberater für independent directors *Hazard/Rock*, A New Player in the Boardroom: The Emergence of the Independent Directors' Counsel, Bus.Law 59 (2004) 1389–1412; *Veasey*, Separate and Continuing Counsel for Independent Directors: An Idea Whose Time Has Not Come as General Practice, Bus.Law. 59 (2004) 1413–1418.

45 § 303A.02 New York Stock Exchange Listed Company Manual (2004); zu praktischen Vorschlägen für die Auswahl der Mitglieder des board unter Beachtung der neuen Vorschriften siehe *Olson/Adams*, Composing a Balanced and Effective Board to Meet New Governance Mandates, Bus.Law. 59 (2004) 421–452.

zugleich die Position des chief executive officer (CEO) innehat. Auf die Kompetenzen, die sich aus dieser Position ergeben, ist im folgenden Abschnitt näher einzugehen. Es kann jedenfalls nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der chairman kraft seiner formell hervorgehobenen Stellung umfassende, etwa der Prokura vergleichbare Generalvollmachten besäße.⁴⁶

(5) Ersatzmitglieder

Vakanzen im board of directors werden, soweit die articles nichts anderes vorsehen, entweder von den Gesellschaftern oder vom board selbst gefüllt.⁴⁷ Ob das Ersatzmitglied lediglich bis zur nächsten ordentlichen Gesellschafterversammlung oder für die verbleibende Amtszeit des ausgeschiedenen director berufen wird, ist in den Gliedstaaten unterschiedlich geregelt.⁴⁸ Soweit jede Aktiengattung ein bestimmtes Kontingent an Board-Positionen besetzen darf, ist das Füllen einer Vakanz ausschließlich Sache dieser Gattung.⁴⁹ In praktisch allen Gliedstaaten gilt, dass ein Mitglied des board nicht lediglich bis zum Ablauf seiner Amtszeit, sondern bis zum Amtsbeginn seines Nachfolgers berufen ist. Zwischen Ablauf der Amtszeit und Amtsbeginn des Nachfolgers bezeichnet man das Mitglied als einen holdover director.⁵⁰

627

b) Sitzungen

(1) Arten und Einberufung

Bei den Sitzungen (meetings) des board of directors sind ordentliche (regular) von außerordentlichen (special) Sitzungen zu unterscheiden. In welchen Abständen die ordentlichen Sitzungen stattfinden, ist in den bylaws geregelt. Üblich sind monatliche, vierteljährliche oder jährliche Zusammenkünfte. Im Unterschied zur ordentlichen Sitzung ist die außerordentliche Sitzung jedem Mitglied des board mehrere Tage im Voraus anzukündigen.⁵¹ Auf das Erfordernis der Ankündigung kann jeder einzelne director verzichten. Die rügelose Teilnahme an einer außerordentlichen Sitzung gilt als Verzichtserklärung.⁵² Allerdings erfüllt das bloße informelle Zusammentreffen der Board-Mitglieder nicht die Voraussetzungen eines Board-Meetings.⁵³ Eine Tagesordnung muss den Mitgliedern bei Einberufung der außerordent-

628

46 Vgl. zum chairman *Eisenberg*, Corporations and Other Business Organizations (2000) 212.

47 § 8.10(a) R.M.B.C.A.; § 223 Del.Gen.Corp.L.

48 Vgl. § 8.05(d) R.M.B.C.A. (nur bis zur nächsten ordentlichen Gesellschafterversammlung) und § 141(b) Del.Gen.Corp.L. (bis zum Amtsantritt des Nachfolgers).

49 Auer v. Dressel, 118 N.E.2d 590 (N.Y.1954); § 8.10(b) R.M.B.C.A.; § 223(a) Del.Gen.-Corp.L.

50 Gearing v. Kelly, 182 N.E.2d 991 (N.Y.1962).

51 § 8.22(b) R.M.B.C.A. (mindestens zwei Tage im Voraus).

52 § 8.23(b) R.M.B.C.A.; § 229 Del.Gen.Corp.L.

53 Fogel v. U.S. Energy Systems, Inc., 2007 WL 4438978 (Del.Ch. 2007); *Allen/Kraakman/Subramanian*, Law of Business Organizations (2012) 108f.; *Cox/Hazen*, Treatise on the Law of Corporations (2010 mit 2013 Supp.) § 9:6, Text bei Fn. 22.

lichen Sitzung nicht mitgeteilt werden. Darin liegt ein Unterschied zur außerordentlichen Gesellschafterversammlung.

(2) Beschlussfassung

- 629** Der board ist beschlussfähig, wenn das erforderliche quorum vorhanden ist.⁵⁴ Besteht der board aus einer festen Anzahl von Mitgliedern, dann bildet die einfache Mehrheit dieser Mitglieder das erforderliche quorum. Dabei spielt es keine Rolle, ob Positionen vakant sind. Besteht er aus einer variablen Zahl von Mitgliedern, dann bildet das quorum die Zahl der Mitglieder, die unmittelbar vor Beginn der Sitzung im Amt (in office) sind. Nur in einer Minderheit von Bundesstaaten ist es zulässig, in den articles of incorporation oder in den bylaws eine Zahl unterhalb der Mehrheit als quorum zu bestimmen. So ist es etwa in Delaware und nach dem R.M.B.C.A. erlaubt, eine Zahl von mindestens einem Drittel der Mitglieder als quorum festzusetzen.⁵⁵ Dagegen erlauben alle Staaten den umgekehrten Fall, nämlich eine qualifizierte Mehrheit in den articles of incorporation oder den bylaws zu bestimmen.⁵⁶ Das erforderliche quorum muss im Zeitpunkt der Beschlussfassung anwesend sein. Auf den Zeitpunkt des Sitzungsbeginns kommt es nicht an. Auch hierin unterscheidet sich das Board-Meeting von der Gesellschafterversammlung.⁵⁷ Nicht berücksichtigt werden bei der Bestimmung des quorum und der Auszählung der Stimmen solche Mitglieder, die unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften oder Regelungen in den articles oder bylaws bestellt wurden.⁵⁸ Gleiches gilt für Mitglieder, die wegen persönlicher Interessen als befangen zu gelten haben (interested directors), es sei denn, die articles sehen ausdrücklich etwas anderes vor.⁵⁹
- 630** Der board handelt grundsätzlich als Organ, nicht durch einzelne Mitglieder. Um tätig zu werden, bedarf es im Normalfall eines mit Mehrheit gefassten Beschlusses.⁶⁰ Für besondere Fälle kann in den articles of incorporation oder in den bylaws eine qualifizierte Mehrheit verlangt werden.⁶¹ Unzulässig sind Stimmbindungsvereinbarungen unter den Mitgliedern des board oder zwischen ihnen und Gesellschaftern. Ebenso ist es den Mitgliedern versagt, die Ausübung ihres Stimmrechts auf einzelne Mitglieder zu übertragen (sogenanntes proxy voting).⁶²

54 Eine Ausnahme gilt, wenn eine Vakanz zu füllen ist; hier muss das Quorum-Erfordernis nicht beachtet werden, vgl. § 8.10(a)(3) R.M.B.C.A. sowie *Jacobson v. Moskowitz*, 261 N.E.2d 613 (N.Y.1970) und *Gearing v. Kelly*, 182 N.E.2d 391 (N.Y.1962).

55 § 8.24(b) R.M.B.C.A.; § 141(b) Del.Gen.Corp.L.

56 Siehe etwa § 8.24(a) R.M.B.C.A.

57 Für den board vgl. § 8.24(c) R.M.B.C.A.; für die Gesellschafterversammlung vgl. § 7.25(b) R.M.B.C.A.

58 *Dillon v. Scotten, Dillon Co.*, 335 F.Supp. 566 (D.Del.1971).

59 *Sterling v. Mayflower Hotel Corp.*, 93 A.2d 107 (Del.1952); *Sutherland v. Sutherland*, 2009 WL 857468 (Del.Ch. 2009).

60 § 8.24(c) R.M.B.C.A.; § 141(b) Del.Gen.Corp.L.

61 § 8.24(c) R.M.B.C.A.; § 141(b) Del.Gen.Corp.L.

62 *Clark, Corporate Law* (1986) 109 f.

Ein Board-Beschluss kann nach common law grundsätzlich nur im Rahmen einer ordnungsgemäß einberufenen und abgehaltenen Sitzung gefasst werden. Es ist daher nach common law unzulässig, dass ein einzelner director/shareholder außerhalb einer Sitzung des board im Namen der Gesellschaft einen Vertrag mit einem Dritten abschließt und erst anschließend von jedem Mitglied einzeln eine Zustimmung einholt.⁶³ Denn dadurch wird ein Meinungsbildungsprozess unter den Mitgliedern des board verhindert.⁶⁴ Ebenso wenig ist es möglich, im Rahmen einer Zusammenkunft der Board-Mitglieder außerhalb eines Board-Meetings einen wirksamen board-Beschluss zu fassen.⁶⁵ Diese strikte Regelung wird besonders für close corporations, in denen üblicherweise sämtliche Gesellschafter aktiv an der Geschäftsführung teilnehmen, als schwerfällig und wenig sachgerecht empfunden. Bedenklich ist überdies, dass sie der Gesellschaft in vielen Fällen gestattet, Entscheidungen und Beschlüsse aufgrund der Nichtbeachtung von Form- und Verfahrensvorschriften dann rückgängig zu machen, wenn sich später herausstellt, dass sie unvorteilhaft sind.⁶⁶ Besonders im Verhältnis zu Dritten, etwa im Fall eines Vertragsschlusses, kann das zu Unbilligkeiten führen. Denn Außenstehende können in aller Regel nicht die Form- oder Verfahrenswidrigkeit gesellschaftsinterner Vorgänge erkennen.

Es kann daher kaum überraschen, dass der starre Common-law-Grundsatz im Laufe der Zeit durch weitreichende Ausnahmeregelungen durchbrochen wurde. Die wichtigsten Ausnahmen sind der estoppel, die ratification und die acquiescence. In allen Fällen geht es im Wesentlichen um das Gleiche: Die Gesellschaft kann sich nachträglich nicht auf die mangelnde Beachtung von Form- oder Verfahrensvorschriften berufen, wenn sie in Kenntnis des fraglichen Vorgangs durch ihr Verhalten (Tun oder Unterlassen) gegenüber Dritten den Eindruck erweckt, sich insoweit gebunden zu betrachten. In den einschlägigen Fällen geht die Rechtsprechung bisweilen davon aus, der betreffende director habe mit einer konkludenten Vollmacht (implied authorization) des board gehandelt.⁶⁷ Allerdings wäre es verfehlt, aus dieser Judikatur zu schließen, die dargestellte Common-law-Regel hätte ihre Gültigkeit vollständig verloren. Sie wird mit einiger Wahrscheinlichkeit unverändert namentlich dann anwendbar sein, wenn die Gesellschaft aus dem fraglichen Geschäft keinen Vorteil erlangt hat.⁶⁸

63 *Liberis v. Europa Cruises Corp.*, C.A. (Del.Ch. 8. Februar 1996): “Polling board members does not constitute a valid meeting or effective corporate action.”

64 *Baldwin v. Canfield*, 1 N.W. 261 (N.Y.1879).

65 *Fogel v. U.S. Energy Systems, Inc.*, 2007 WL 4438978 (Del.Ch. 2007); *Allen/Kraakman/Subramanian*, *Law of Business Organizations* (2012) 108f.; *Cox/Hazen*, *Treatise on the Law of Corporations* (2010 mit 2013 Supp.) § 9:7, 53.

66 Vgl. den Sachverhalt in *Mosell Realty Corp. v. Schofield*, 33 S.E.2d 774 (Va.1945).

67 *Sherman v. Fitch*, 98 Mass. 59 (1897); *Phillips Petroleum Co. v. Rock Creek Mining Co.*, 449 F.2d 664 (9th Cir.1971); *Michshaw v. Coca Cola Bottling Co.*, 70 A.2d 467 (Pa.Super.Ct.1950).

68 *Hurley v. Ornsteen*, 42 N.E.2d 273 (Mass.1942); *Mosell Realty Corp. v. Schofield*, 33 S.E. 774 (Va.1945).

633 Aus praktischer Notwendigkeit heraus erlauben die meisten Gliedstaaten inzwischen Board-Sitzungen in Gestalt von Telefonkonferenzen.⁶⁹ Außerdem ist den Form- und Verfahrensvorschriften auch dann Genüge getan, wenn ein Mitglied des board tätig wird, nachdem sämtliche Mitglieder schriftlich zugestimmt haben.⁷⁰ In diesem Fall haben die schriftlichen Zustimmungserklärungen die gleiche Bedeutung wie der Beschluss im Rahmen einer Board-Sitzung. Fehlt ein schriftlicher Nachweis, so ist die Maßnahme ungültig.⁷¹

(3) Widerspruch und Haftung

634 Soweit ein Mitglied des board of directors sich nicht in der Lage sieht, die Entscheidung des board mitzutragen, etwa weil sie ihm sachlich unrichtig, zu riskant oder einfach unzulässig erscheint, so ist zu differenzieren: Zum einen kann das betreffende Mitglied unter bestimmten Voraussetzungen einer eventuellen Haftung dadurch entgehen, dass es einen schriftlichen Widerspruch (dissent) niederlegt. Der Widerspruch ist nur dann wirksam, wenn er im Sitzungsprotokoll (minutes) erscheint. Andernfalls wird vermutet, das betreffende Mitglied habe stillschweigend zugestimmt.⁷² Wird der Widerspruch nicht protokolliert, so kann das Mitglied einer Haftung gleichwohl dadurch entgehen, dass es einen schriftlichen Widerspruch in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des maßgeblichen corporate statute einreicht. Typischerweise verlangen die Gesetze, dass der Widerspruch dem Protokollführer der betreffenden Sitzung (secretary of the meeting) oder dem secretary of the corporation zugeschickt wird.⁷³

635 In einigen Gliedstaaten wird ein Board-Mitglied darüber hinaus von der Haftung für einen Beschluss des board of directors frei, wenn es gutgläubig auf das Urteil anderer vertraut hat.⁷⁴ Dies gilt allerdings nur, soweit der betreffende director weder über eigene Kenntnis in der Angelegenheit noch über entsprechendes eigenes Fachwissen verfügt.⁷⁵ Je nach Gliedstaat kann auf folgende Informationen vertraut werden: (i) Schriftliche Gutachten von Rechtsberatern der Gesellschaft; (ii) Berichte der Buchhalter oder Abschlussprüfer zur finanziellen Lage der Gesellschaft; (iii) Berichte von Angestellten der Gesellschaft über Vorgänge in ihrem Aufgaben- und Verantwortungsbereich; (iv) Berichte von Board-Ausschüssen, denen das betreffende Mitglied nicht angehört.

69 § 8.20(b) R.M.B.C.A.; § 141(i) Del.Gen.Corp.L.

70 § 8.21 R.M.B.C.A.; so auch die frühere Rechtslage in Delaware; seit 1967 hingegen ist es nicht mehr erforderlich, dass die Zustimmung im Vorhinein erteilt wird, vgl. § 141(f) Del.-Gen.Corp.L. und dazu *Folk*, Del.Gen.Corp.L.Comm. (1999) § 141.13.

71 *Village of Brown Deer v. Milwaukee*, 114 N.W.2d 493 (Wis.1962).

72 § 8.24(d) R.M.B.C.A.

73 § 8.24(d) R.M.B.C.A.

74 § 8.30(e) R.M.B.C.A.; § 141(e) Del.Gen.Corp.L.

75 § 8.30(c) R.M.B.C.A.; § 141(e) Del.Gen.Corp.L.

(4) Testamentary Directions

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang schließlich testamentarische Verfügungen, mit denen Mehrheitsgesellschafter versuchen, über ihren Tod hinaus Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft zu nehmen (testamentary directions). Solche Verfügungen können deshalb unvollstreckbar sein, weil sie in unzulässiger Weise den Entscheidungsspielraum der Mitglieder des board einzuengen suchen.⁷⁶ **636**

c) Zuständigkeiten: Vertretungsmacht und Geschäftsführung

Der board ist der Vertreter (agent) der corporation. Innerhalb der dem board durch die Gründung verliehenen Vertretungsmacht (authority to represent) kommt ihm die volle Befugnis zu, die Angelegenheiten der corporation nach ihrem besten Wissen zu regeln sowie vertragliche Bindungen für die corporation einzugehen, soweit die corporation solche Verträge zulässigerweise abschließen darf.⁷⁷ Der board ist das gewählte Vertretungsorgan und ist im Verhältnis zu Dritten mit der corporation gleichbedeutend. Was der board innerhalb seiner Befugnis tut, das tut die corporation.⁷⁸ **637**

Der board ist rechtlich gesehen das oberste Organ der corporation in Fragen der täglichen Geschäftsführung, die vielfach nicht klar und eindeutig von der Vertretungsmacht des board unterschieden wird. Die directors in ihrer Gesamtheit als board verfügen über die Macht und die Pflicht, die gewöhnlichen Geschäfte der corporation zu führen und zu überwachen. Alle Macht, die den directors unmittelbar oder implizit durch das Gesetz übertragen ist, ist von ihnen auszuüben. Für die Geschäftsführungszuständigkeit des board of directors sehen die meisten einzelstaatlichen corporation statutes einen Katalog von Einzelkompetenzen vor, der etwa folgende Punkte umfasst:⁷⁹ **638**

- (i) Steuerung der Geschäftspolitik der corporation durch Bestimmung der grundlegenden Ziele und Aufgaben der corporation sowie der Unternehmensphilosophie;
- (ii) Auswahl des CEO und der leitenden Manager sowie Sicherung geeigneten Management-Nachwuchses;
- (iii) Festlegung der Vergütung des Managements, der Pensionsleistungen und der Grundsätze für das altersbedingte Ausscheiden;
- (iv) Übertragung von Verwaltungskompetenzen auf CEO und nachgeordnetes Management;

76 In re Estate of Hirshon, 233 N.Y.S.2d 1018 (App.Div.1962), modified, 192 N.E.2d 174 (N.Y.1963).

77 Beveridge v. New York Elec. Ry., 19 N.E. 489, 494 (N.Y. 1889); Star Corp. v. General Screw Prod., Co., 501 S.W.2d 374, 380 (Tex.Civ.App. 1973).

78 Maynard v. Fireman's Fund Ins. Co., 34 Cal. 48 (1867); Signal Oil & Gas Co. v. Ashland Oil & Refining Co., 322 P.2d 1, 10 (Cal. 1958).

79 Cox/Hazen, Treatise on the Law of Corporations (2010 mit 2013 Supp.) § 9:5.

2. Teil VII. Management und Kontrolle: Grundstruktur der Corporation

- (v) Beratung und Unterstützung des Managements;
- (vi) Festlegung von Grundsätzen zur Preisgestaltung, Arbeitsbedingungen, Unternehmenswachstum und Einführung neuer Produkte;
- (vii) Bestimmung von Grundsätzen zur Ausschüttungspolitik, zur Unternehmensfinanzierung und zu Änderungen der Kapitalstruktur;
- (viii) Überwachung der Entwicklung der corporation, Sicherstellung und Förderung ihres Wohlergehens;
- (ix) Formulierung von Vorschlägen für die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung;
- (x) Einrichtung eines angemessenen Apparats zur Erfüllung der Aufgaben des board.

Darüber hinaus hat der board die Macht, im Rahmen der Geschäftsführung über die Verwendung von Gesellschaftsvermögen zu entscheiden⁸⁰ sowie im Rahmen der üblichen Geschäfte einzelne Vermögensbestandteile (einschließlich Immobilien)⁸¹ zu veräußern.⁸² Er kann mit dem Gesellschaftsvermögen Verbindlichkeiten der corporation begleichen und deren Schuldnern Zahlungsziel gewähren.⁸³ Er kann das gesamte Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung von Gläubigern der corporation verwenden.⁸⁴ Er kann einen Insolvenzantrag stellen⁸⁵ und er entscheidet darüber, ob die corporation wegen Schadensersatz Klage erhebt.⁸⁶ Der board und nicht die Gesellschafter schließt für die Gesellschaft Verträge.⁸⁷

Die Macht des board ist grundsätzlich auf die gewöhnliche Geschäftsführung beschränkt. Ohne die Zustimmung der Gesellschafterversammlung kann der board keine grundlegenden Änderungen der Organisation oder der Struktur der corporation vornehmen oder die corporation auflösen. Denn solche Entscheidungen gehören nicht zur gewöhnlichen Geschäftsführung.⁸⁸

80 *Continental Sec. Co. v. Belmont*, 99 N.E. 138 (N.Y. 1912).

81 *Jeppi v. Brockman Holding Co.*, 206 P.2d 847 (Cal. 1949); *Lucey v. Hero Int'l Corp.*, 281 N.E.2d 266 (Mass. 1972).

82 *Hayes v. Johnson*, 299 S.2d 566 (La.Ct.App. 1974); *Greenbaum v. American Metal Climax, Inc.*, 278 N.Y.S.2d 123 (App.Div. 1967).

83 *Puma v. Marriott*, 283 A.2d 693 (Del.Ch. 1971); *Rocket Mining Corp. v. Gill*, 483 P.2d 897 (Utah 1971).

84 *Cox/Hazen*, *Treatise on the Law of Corporations* (2010 mit 2013 Supp.) § 9:5, 46.

85 *Royal Indem Co. v. American Bond & Mortg. Co.*, 289 U.S. 165 (1933); *In re DeCamp Glass Casket Co.*, 272 F. 558 (6th Cir. 1921).

86 *Burks v. Lasker*, 441 U.S. 471 (1979); *Nussbacher v. Continental Ill. Nat'l Bank & Trust Co.*, 518 F.2d 873 (7th Cir. 1975), rev'g 61 F.R.D. 399, 402 (N.D.Ill. 1973), cert. denied, 424 U.S. 928 (1976).

87 *Cox/Hazen*, *Treatise on the Law of Corporations* (2010 mit 2013 Supp.) § 9:5, 46.

88 *Chicago City Ry. v. Allerton*, 85 U.S. (18 Wall.) 233 (1874); *Gimbel v. Signal Companies, Inc.*, 316 A.2d 599 (Del.Ch.), aff'd per curiam, 316 A.2d 619 (Del. 1974).

Besondere Grundsätze gelten für die bylaws der corporation. Die Zuständigkeit zur Schaffung und zur Änderung der bylaws liegt – als Ausfluss ihrer Eigentümerstellung – grundsätzlich bei der Gesellschafterversammlung.⁸⁹ Allerdings verleihen nahezu sämtliche einzelstaatlichen corporate statutes dem board die Befugnis, bylaws zu beschließen, zu ändern und aufzuheben. Verschiedentlich ist auch nur vorgesehen, dass dem board in geeigneter Weise, etwa durch entsprechende Bestimmung in den articles of incorporation, eine solche Befugnis übertragen wird.⁹⁰ Bylaws, die vom board beschlossen wurden, kann die Gesellschafterversammlung ändern oder aufheben.⁹¹

d) Ausschüsse (Board Committees)

(1) Überblick

Die Bildung von Board-Ausschüssen (board committees) ist in sämtlichen Gliedstaaten zulässig. Der R.M.B.C.A. gestattet sie, soweit articles oder bylaws nicht entgegenstehen.⁹² Ihre Bildung wird allgemein empfohlen.⁹³ Unternehmen, deren Anteile am New York Stock Exchange oder der NASDAQ gehandelt werden, sind in der Regel seit dem Jahre 2004 sogar verpflichtet, bestimmte Ausschüsse einzurichten.⁹⁴

639

In der Praxis wird jedem Ausschuss ein besonderes Aufgabengebiet zugewiesen. Eingerichtet werden kann ein Ausschuss regelmäßig nur auf Beschluss der Mehrheit der Mitglieder des board of directors.⁹⁵ Die ansonsten ausreichende Mehrheit des quorum genügt also nicht. Die Mindestzahl der Mitglieder eines Ausschusses beträgt zwei. Mitglieder können nur die directors sein. Verbreitet sind Ausschüsse, die für die allgemeine Unternehmensleitung in den Zeiten zwischen den Board-Sitzungen und für die Vorbereitung von Sitzungen des board zuständig sind (executive committees), Kontroll- oder Prüfungsausschüsse (audit committees), Nominierungsausschüsse (nominating committees) und Vergütungsausschüsse (compensa-

640

89 Rogers v. Hill, 289 U.S. 582, 588 f. (1933); North Milwaukee Town-Site Co., No. 2 v. Bishop, 79 N.W. 785 (Wis. 1899).

90 § 109 Del.Gen.Corp.L.; N.J.Stat. Ann. § 14A:2–9; Art. 2.23(B) Tex.Bus.Corp.Act.

91 §§ 22.06, 10.20 M.B.C.A.

92 § 8.25(a) R.M.B.C.A.; ähnlich die Regelungen in Delaware, Kalifornien und New York, vgl. § 141(c) Del.Gen.Corp.L.; §§ 307(c), 311 Cal.Gen.Corp.L.; §§ 708(b), 708(c), 712 N.Y.Bus.Corp.L.

93 *Knepper/Bailey*, Liability of Corporate Officers and Directors (2002) § 1.04; American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994) § 3A.02–3A.05; American Bar Association, Section of Business Law, Committee on Corporate Laws (Hrsg.), Corporate Director's Guidebook, Bus.Law. 59 (2004) 1057–1119, 1085.

94 § 303A.00 New York Stock Exchange Listed Company Manual (2004); NASDAQ Stock Market Rule 4350.

95 § 8.25(b) R.M.B.C.A.; § 141(c)(1) Del.Gen.Corp.L.; beachte aber die neue Regelung in § 141(c)(2) Del.Gen.Corp.L.

2. Teil VII. Management und Kontrolle: Grundstruktur der Corporation

tion committees). Die drei letzten committees werden auch unter dem Oberbegriff overview committees zusammengefasst.⁹⁶ Daneben finden sich bei größeren public corporations häufig sogenannte public policy committees, die sich mit dem sozialen und karitativen Engagement befassen, das für US-amerikanische Gesellschaften traditionell eine wichtige Rolle spielt.⁹⁷ Schließlich können auch Ad-hoc-Ausschüsse (special committees) gebildet werden.⁹⁸

- 641** Grundsätzlich gilt, dass der Ausschuss in dem ihm zugewiesenen Aufgabenbereich die Funktionen des board of directors erfüllt.⁹⁹ Einige grundlegende Aufgaben sind allerdings nicht auf Ausschüsse übertragbar. Dazu zählen das Füllen von Vakanzen im board, die Änderung der articles oder bylaws, das Unterbreiten von Beschlussvorlagen, wenn der Beschluss der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf, die Genehmigung der Emission oder des Rückerwerbs von Anteilen sowie die Schaffung von Aktiegattungen und -serien.¹⁰⁰ Denn hier werden in der Regel mit sofortiger Wirkung vollendete Tatsachen geschaffen, weshalb der gesamte board eingeschaltet werden soll. Andere Aufgaben von erheblicher Bedeutung sind hingegen auf Ausschüsse übertragbar.¹⁰¹ Dazu zählen die Aufnahme langfristiger Anleihen, die Investition von Unternehmenskapital, die Festlegung des Nennwerts von Anteilen (soweit der board die Emission genehmigt hat) sowie die Einstellung und Kündigung leitender Angestellter.¹⁰²
- 642** Die Tätigkeit von Ausschüssen unterliegt grundsätzlich der Aufsicht des board. Unvereinbar mit diesem Prinzip ist die Einrichtung eines Ausschusses, der vollständig der Aufsicht durch den board entzogen ist.¹⁰³ Soweit sich aus den articles oder bylaws oder aber aus der besonderen Natur des Ausschusses nichts anderes ergibt, sind die Form- und Verfahrensvorschriften für den board of directors sinngemäß anwendbar.¹⁰⁴
- 643** Die Ausschüsse, die in der Unternehmenspraxis besonders verbreitet sind, seien nachfolgend näher betrachtet. Sie und andere Ausschüsse mit eigener Entscheidungsbefugnis sind im Übrigen von rein beratenden Ausschüssen zu unterscheiden,

96 American Bar Association, Section of Corporation, Banking and Business Law (Hrsg.), The Overview Committees of the Board of Directors, Bus.Law. 35 (1980) 1335–1365.

97 Committee on Corporate Laws (Hrsg.), The Public Policy Committee of the Board of Directors, Bus.Law. 38 (1982) 211–215.

98 *Simpson*, The Emerging Role of the Special Committee – Ensuring Business Judgment Rule Protection in the Context of Management Leveraged Buyouts and Other Corporate Transactions Involving Conflicts of Interest, Bus.Law. 43 (1988) 665–690.

99 *Genzer v. Cunningham*, 498 F.Supp. 682 (E.D.Mich.1980); § 8.25(d) R.M.B.C.A.; § 141(c) Del.Gen.Corp.L.; dazu auch *Knepper/Bailey*, Liability of Corporate Officers and Directors (2002) § 1.04.

100 § 8.25(e) R.M.B.C.A.; § 141(c) Del.Gen.Corp.L.

101 § 141(c) Del.Gen.Corp.L.

102 Vgl. den Official Comment zu § 8.25 R.M.B.C.A.

103 *Baker v. Henry Glass & Co.*, 531 N.Y.S.2d 746 (N.Y.Sup.Ct.1988).

104 *American Center for Education v. Cavnar*, 145 Cal.Rep. 736 (1978).

die im Unterschied zu den erstgenannten auch mit Personen besetzt werden können, die nicht zugleich Mitglieder des board of directors sind. Auf die sogenannten litigation committees, die in erster Linie mit der Behandlung von Aktionärsklagen befasst sind, wird im Zusammenhang mit der shareholders' derivative suit eingegangen.

(2) Executive Committee

Früher vertrat das executive committee den board of directors lediglich in der Zeit zwischen den Board-Sitzungen. Die heutige Praxis vieler corporations sieht hingegen anders aus. Danach kommt dem executive committee zusätzlich die Aufgabe zu, Sitzungen des board vorzubereiten, indem es praktisch alle Angelegenheiten prüft und bespricht, über die der board entscheiden muss, einschließlich bedeutender unternehmenspolitischer Entscheidungen und langfristiger Planungen. Fast immer kontrolliert eine kleine Zahl von inside directors, das heißt directors, die zugleich als executive officers oder in sonstiger Weise in den Diensten der corporation stehen, das executive committee. Ein typischer Ausschuss mag etwa bestehen aus dem chief executive officer, einem oder zwei inside directors sowie einem outside director.¹⁰⁵ In einer Reihe von Gliedstaaten ist das executive committee gesetzlich geregelt.¹⁰⁶ Seine Einrichtung setzt in aller Regel eine ausdrückliche Ermächtigung in den articles of incorporation voraus. Vor allem in älteren corporation statutes werden den Befugnissen des executive committee enge Grenzen gezogen, um der Gefahr sogenannter run-away committees vorzubeugen. Die Übertragung von Befugnissen auf das executive committee führt grundsätzlich nicht dazu, dass die Haftung der Mitglieder des board of directors beschränkt oder aufgehoben wird.¹⁰⁷

644

(3) Audit Committee

Das audit committee ist nicht erst seit den Bilanzierungsskandalen um Unternehmen wie Enron, WorldCom oder Tyco ein, wenn nicht der zentrale Ausschuss vieler corporations.¹⁰⁸ Vor allem große public corporations verfügen seit langem neben dem executive committee über ein audit committee. Dessen Aufgabe ist primär, die Geschäftsführung durch die executive officers zu kontrollieren und zu prüfen.¹⁰⁹ Im Gegensatz zu den executive committees sind sie mehrheitlich, wenn nicht ausschließlich, mit outside directors besetzt. Das sind solche Board-Mitglieder, die

645

¹⁰⁵ *Cox/Hazen, Corporations* (2003) 172.

¹⁰⁶ Anders § 8.25 R.M.B.C.A. und § 141(c) Del.Gen.Corp.L.

¹⁰⁷ *Kolb, Delegation of Authority to Committees of the Board of Directors*, U.Balt.L.Rev. 9 (1980) 189–216.

¹⁰⁸ Zu den Gründen *Coffee, What Caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s*, Cornell L.Rev. 89 (2004) 269–309.

¹⁰⁹ Vgl. American Bar Association, Section on Corporation, Banking and Business Law (Hrsg.), *The Overview Committees of the Board of Directors*, Bus.Law. 35 (1980) 1335–1364, 1351 ff.

2. Teil VII. Management und Kontrolle: Grundstruktur der Corporation

nicht zugleich executive officers oder Angestellte der Gesellschaft sind.¹¹⁰ Audit committees schlagen unter anderem die Abschlussprüfer (auditors) vor oder wählen diese sogar aus, überwachen die Bilanzpolitik, sorgen für interne Kontrollmechanismen nicht nur hinsichtlich der Rechnungslegung und führen bei Verdacht von Pflichtverletzungen des Managements Untersuchungen durch.¹¹¹ Das audit committee berichtet dem board auf dessen Sitzung über die wesentlichen Vorgänge und Entwicklungen seit der letzten Board-Sitzung.

- 646 In haftungsrechtlicher Sicht gelten zunächst die bereits angesprochenen allgemeinen Grundsätze zur Verantwortlichkeit des board für die Tätigkeit der Ausschüsse. Ein gutgläubiges Board-Mitglied haftet nicht für die Fahrlässigkeit der Mitglieder des audit committee, solange das Board-Mitglied bei der Überwachung des committee die gebotene Sorgfalt walten lässt. Der board hat das Recht, nicht jedoch die Pflicht, die outside directors im audit committee zu kontrollieren. Im Ergebnis vermindert die Einrichtung des audit committee die Haftung der Board-Mitglieder. Zu beachten ist, dass das audit committee seinerseits dazu verpflichtet ist, die Berichte und Angaben von Buchhaltung und Abschlussprüfern zu überprüfen, bevor es diese Unterlagen dem board vorlegt. Daraus folgt, dass die Verminderung der Haftung der Board-Mitglieder einhergeht mit einer Verlagerung der Haftungsverantwortlichkeit auf die Mitglieder des audit committee.¹¹²
- 647 Die starke Zunahme der audit committees ist keineswegs auf den Einfluss der einzelstaatlichen Gesetzgeber zurückzuführen. Immerhin verlangt – soweit ersichtlich – bisher allein Connecticut ein audit committee.¹¹³ Verantwortlich für die wachsende Verbreitung der audit committees war vielmehr einerseits die Securities and Exchange Commission, die diese committees als ein kapitalmarktrechtlich vorgeschriebenes Kontrollsystem bei public corporations anerkannt hat.¹¹⁴ Von Bedeutung ist andererseits, dass der New York Stock Exchange seit längerer Zeit die Einrichtung eines audit committee für die Börsenzulassung voraussetzt.¹¹⁵ Das American Law Institute hat sich diesem Trend in seinen Principles of Corporate Governance aus dem Jahre 1994 angeschlossen und empfiehlt die Einrichtung eines audit committee, das den board of directors bei seiner monitoring function (Überwachungsfunktion) unterstützen soll.¹¹⁶ Darüber hinaus, so das American Law In-

110 Näher *Reinstein/Callaghan/Braiotta*, Corporate Audit Committees: Reducing Directors' Legal Liabilities, U.Detroit J.Urban L. 61 (1984) 375–400; umfassend *Braiotta*, The Audit Director's Guide – How to Serve Effectively on the Corporate Audit Committee (1981).

111 *Bows*, The Role of Corporate Audit Committees, J.Account. 164 (1987) 152(3); *Note*, Profile of 50 Audit Committees, Dir.Boards 9 (1984) 41–44.

112 *Reinstein/Callaghan/Braiotta*, Corporate Audit Committees: Reducing Directors' Legal Liabilities, U.Detroit J.Urban L. 61 (1984) 375–400, 399 f.

113 §§ 33–753(c) ab 100 Gesellschaftern.

114 § 13(b)(2)(B) Securities Exchange Act.

115 §§ 303.01, 303A.06 New York Stock Exchange Listed Company Manual (2004).

116 American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994) § 3.05.

stitute, werde die Position der Abschlussprüfer gestärkt, wenn ein vom Management unabhängiges Gremium mit ihrer Auswahl und Überwachung betraut werde und den Abschlussbericht prüfe. Großen Einfluss hatte auch der Bericht des Blue Ribbon Committee aus dem Jahre 1999, in dem sich umfangreiche Vorschläge für den Ausbau von audit committees zu wirksamen Überwachungsinstrumenten für eine qualitativ hohe Finanzberichterstattung finden.¹¹⁷ Entscheidend ist schließlich, dass der Sarbanes-Oxley Act und die dazu erlassenen SEC Rules seit dem Jahre 2004 alle corporations, deren Anteile am New York Stock Exchange oder über die NASDAQ gehandelt werden, dazu verpflichten, ein audit committee zu schaffen.¹¹⁸ Diese Regelungen bestimmen außerdem, dass die Mitglieder eines solchen Ausschusses zwar dem board of directors angehören, aber im Übrigen unabhängig (independent) von der corporation sein sollen. Des Weiteren ist das audit committee unmittelbar dafür verantwortlich, den Wirtschaftsprüfer der Gesellschaft auszuwählen, zu überwachen und zu vergüten. Sodann erweitert der Sarbanes-Oxley Act die Rolle des audit committee von einer reinen Beobachtungsinstanz für die Bilanzierung zu einer echten Überwachungsinstanz (watchdog). So müssen audit committees Verfahrensregeln für die Behandlung von Beschwerden über Bilanzierungs- und Prüfungsfragen schaffen sowie regeln, wie Angestellte anonym Bedenken über „fragliche Bilanzierungs- oder Prüfungsfragen“ einreichen können (whistleblowers).¹¹⁹

(4) Nominating Committee

Die Aufgabe des nominating committee besteht darin, Kandidaten für den board und das leitende Management ausfindig zu machen, auf ihre Qualifikationen zu prüfen und gegebenenfalls dem board zur Berufung oder Einstellung vorzuschlagen.¹²⁰ Eine weitere wichtige Aufgabe besteht darin, die amtierenden Mitglieder des board und die executive officers zu beurteilen. In der Praxis wurden nominating committees früher überwiegend mit inside directors besetzt. Dies wurde damit erklärt, dass die personelle Besetzung der Unternehmensspitze in enger Zusammenarbeit mit den executive officers erfolgen sollte, um Dissonanzen und Konflikte zu

648

117 Blue Ribbon Committee on Improving the Effectiveness of Corporate Audit Committees, Report and Recommendations (1999).

118 § 301 Sarbanes-Oxley Act, der § 10A(m) Securities Exchange Act eingefügt hat. Die Securities and Exchange Commission ist ihrer Verpflichtung aus dem Sarbanes-Oxley Act nachgekommen und hat mit SEC Rule 10A-3 Regeln für audit committees geschaffen; siehe dazu SEC Release Nos. 33-8220, 34-47654 und IC-26001 (2003). Die maßgeblichen Bestimmungen des New York Stock Exchange und der NASDAQ sind §§ 303A.06, 303A.07 New York Stock Exchange Listed Company Manual (2004) und NASDAQ Stock Market Rule 4350(d).

119 Zu den Aufgaben des audit committee nach dem Sarbanes-Oxley Act siehe *Beecher-Monas*, Corporate Governance in the Wake of Enron: An Examination of the Audit Committee Solution to Corporate Fraud, Admin.L.Rev. 55 (2003) 357-397.

120 Grundlegend *Bacon*, Corporate Directorship Practices: The Nominating Committee and the Director Selection Process (1981).