

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| A. Einleitung | 15 |
| I. Verbreitung, Arten und Motivation | 17 |
| 1. Konzernstrukturen als Hauptanwendungsfall | 17 |
| 2. Sonstige Anwendungsbereiche | 20 |
| a) Kommunale Versorgungsunternehmen | 20 |
| b) AG & Co. KG | 21 |
| c) Die Aktiengesellschaft in wirtschaftlicher Schieflage | 21 |
| d) Fazit | 21 |
| II. Gestaltungsmöglichkeiten des Drittanstellungsvertrags | 22 |
| 1. Drittanstellungsvertrag für ein konkretes Vorstandsmandat | 22 |
| 2. Vorstandstätigkeit als unselbstständiger Teil des Anstellungsvertrags | 22 |
| a) Anstellungsvertrag in Form eines ausschließlichen Geschäftsleitervertrags | 22 |
| b) Anstellungsvertrag mit offener Gestaltung | 23 |
| III. Ausgangspunkt Privatautonomie | 23 |
| B. Grundsätze des Anstellungsverhältnisses | 25 |
| I. Rechtsverhältnisse zwischen Vorstandsmitglied und Bestellungskörperschaft | 25 |
| 1. Bestellungsverhältnis | 25 |
| 2. Anstellungsverhältnis | 25 |
| 3. Verhältnis zwischen Bestellung und Anstellung | 26 |
| a) Rechtliche Unabhängigkeit | 26 |
| b) Enger sachlicher und rechtlicher Zusammenhang | 27 |
| c) Schlussfolgerung für die Drittanstellung | 27 |
| 4. Ursprung der Rechte und Pflichten des Vorstandsmitglieds | 28 |
| a) Wirkungen der Bestellung | 28 |
| b) Bedeutung des Anstellungsvertrags | 29 |
| c) Schulrechtliche Rezeption der organschaftlichen Stellung | 31 |
| aa) Drittanstellungsvertrag für ein konkretes Vorstandsmandat | 32 |
| (1) Grundsatz der anstellungsvertraglichen Rezeption | 32 |
| (2) Vorrang des Parteiwillens | 33 |
| bb) Vorstandstätigkeit als unselbstständiger Teil des Anstellungsvertrags | 33 |
| cc) Fazit | 34 |

| | |
|--|-----------|
| d) Modifikation der organschaftlichen Rechte und Pflichten durch den Anstellungsvertrag? | 35 |
| aa) Grundsatz | 35 |
| bb) Einschränkung der Privatautonomie durch § 23 Abs. 5 AktG? | 35 |
| cc) Fazit | 37 |
| 5. Vorrang des Bestellungsverhältnisses vor dem Anstellungsverhältnis | 38 |
| a) Das Vorrangverhältnis in Rechtsprechung und Literatur | 38 |
| b) Stellungnahme | 40 |
| c) Fazit | 43 |
| 6. Auslegung von Anstellungsverträgen | 44 |
| 7. Zwang zum Anstellungsvertrag | 44 |
| a) Gesetzliche Ausgangslage | 45 |
| b) Der Anstellungsvertrag als schuldrechtliche Grundlage der Vorstandstätigkeit | 45 |
| II. Treuepflicht des Vorstandsmitglieds | 48 |
| 1. Ursprung und Inhalt der Treuepflicht | 48 |
| 2. Konkretisierungen der Treuepflicht des Vorstandsmitglieds | 49 |
| a) Vorrang des Unternehmensinteresses | 49 |
| b) Loyaler Einsatz für die Aktiengesellschaft | 49 |
| 3. Treuepflicht im Konzern | 50 |
| 4. Rechtsfolgen der Treuepflichtverletzung | 51 |
| C. Konflikt der Drittanstellung mit dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung nach § 76 Abs. 1 AktG | 53 |
| I. Ausgestaltung der Leitungsmacht | 53 |
| 1. Allgemeine Grundzüge der eigenverantwortlichen Leitungsmacht | 53 |
| 2. Unabdingbarkeit der Leitungsmacht des Vorstands | 55 |
| a) Allgemeine Stellung des Vorstands im Kontext unternehmerischer Entscheidungen | 55 |
| b) Reichweite der Weisungsfreiheit des einzelnen Vorstandsmitglieds | 57 |
| aa) Umfang der Unabhängigkeit des Vorstandsmitglieds | 59 |
| bb) § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG als Indiz eines Weisungsrechts? | 60 |
| cc) Persönliche Unabhängigkeit als unabdingbare Voraussetzung der Eigenverantwortlichkeit | 62 |
| dd) Weisungsunabhängigkeit im Verhältnis zu Aktionären und Dritten | 63 |
| ee) Fazit | 66 |
| 3. Leitungsmacht im Unternehmensverbund | 66 |
| a) Vertragskonzern | 66 |
| aa) Inhaber des Weisungsrechts | 67 |
| bb) Umfang und Grenzen des Weisungsrechts | 67 |
| (1) Grenzen des Weisungsrechts nach § 308 AktG | 68 |

| | |
|---|-----------|
| (2) Arbeitsbezogene Weisungen im Vertragskonzern | 70 |
| (3) Zusammenfassung | 71 |
| (4) Fazit | 72 |
| (5) Stellung des Vorstands in der herrschenden Gesellschaft | 72 |
| b) Betriebspacht-, Betriebüberlassungs- und Betriebsführungsvertrag | 73 |
| c) Eingliederung | 73 |
| d) Faktischer Konzern | 74 |
| 4. Zusammenfassung | 75 |
| 5. Exkurs: Stellung des GmbH-Geschäftsführers | 76 |
| II. Weisungsunabhängigkeit als Teil der Eigenverantwortlichkeit des Vorstandsmitglieds | 77 |
| 1. Anstellungsvertragliche Situation | 77 |
| a) Anstellungsvertragliches Weisungsrecht | 78 |
| aa) Anstellungsvertraglicher Regelfall | 78 |
| (1) Inhaltliche Gestaltung der Musterverträge | 78 |
| (a) Unternehmensbezogenes Weisungsrecht | 78 |
| (b) Weisungsrecht in örtlicher Hinsicht | 78 |
| (c) Weisungsrecht in zeitlicher Hinsicht | 79 |
| (d) Weisungsrecht hinsichtlich der Art und Weise der Tätigkeit | 80 |
| (e) Exkurs: Wirksamkeit der Übernahmeverpflichtung | 82 |
| (f) Zwischenergebnis | 82 |
| (2) Weisungsrecht aus der Natur des Vertrags | 82 |
| (a) Schuldrechtliche Rezeption des organschaftlichen Leitbilds des Vorstands | 83 |
| (b) Sonderfall unternehmensinterner Aufstieg | 84 |
| (3) Fazit | 85 |
| bb) Sonderfall der Drittanstellung | 86 |
| (1) Drittanstellungsvertrag für ein konkretes Vorstandsmandat | 86 |
| (2) Organfunktion als unselbstständiger Teil des Drittanstellungsvertrags | 87 |
| (a) Drittanstellungsvertrag mit offener Gestaltung | 87 |
| (aa) Zusätzlicher Anstellungsvertrag? | 88 |
| (bb) Fortbestand des Weisungsrechts? | 89 |
| (cc) Keine einvernehmliche Vertragsänderung | 90 |
| (dd) Widersprüchliches Verhalten? | 91 |
| (ee) Fazit | 92 |
| (b) Drittanstellungsvertrag in Form eines ausschließlichen Geschäftsleitervertrags | 92 |
| b) Ergebnis | 94 |
| 2. Konflikt zwischen organschaftlicher und anstellungsvertraglicher Lage | 94 |
| a) Auswirkungen der Vorrangtheorie | 95 |

| | |
|---|-----|
| b) Weisungsrecht aus der Natur des Vertrags | 96 |
| aa) Unwirksamkeit nach § 134 BGB | 96 |
| (1) § 76 Abs. 1 AktG als Verbotsnorm | 96 |
| (a) Zwingender Charakter | 96 |
| (b) Zwischenfazit | 99 |
| (c) § 117 AktG als Argument gegen den Charakter als Verbots- gesetz von § 76 AktG? | 99 |
| (d) Fazit | 100 |
| (2) Unterscheidung nach Fallkonstellationen | 101 |
| (a) Unwirksamkeit des Weisungsrechts | 101 |
| (aa) Ursprüngliches Weisungsrecht | 101 |
| (bb) Neu begründetes Weisungsrecht | 101 |
| (b) Anstellungsvertraglicher Regelfall | 102 |
| (c) Drittanstellung | 102 |
| (aa) Drittanstellung außerhalb konzernrechtlicher Verhält- nisse | 102 |
| (bb) Drittanstellung in konzernrechtlichen Verhältnissen .. | 103 |
| (a) Obergesellschaft als anstellender Dritter | 103 |
| (aa) Vertragskonzern | 104 |
| (ββ) Eingliederung | 106 |
| (γγ) Fazit und Konfliktlösung | 106 |
| (β) Abhängige Gesellschaft als anstellender Dritter .. | 107 |
| (d) Zwischenergebnis | 107 |
| (bb) Überschreitung des billigen Ermessens | 108 |
| c) Ausdrücklich vereinbartes Weisungsrecht | 109 |
| aa) Ausübungskontrolle | 109 |
| bb) Versetzungsklauseln | 109 |
| 3. Weisungen ohne rechtliche Grundlage | 110 |
| a) Problem des faktischen Zwangs | 110 |
| b) Zuordnung des Problems des faktischen Zwangs | 111 |
| c) Faktischer Zwang im Aktienrecht | 111 |
| 4. Fazit | 113 |
| II. Leitungsermessen als Teil der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands | 114 |
| 1. Unterscheidung Pflichtenkollision und Interessenkonflikt | 114 |
| 2. Potentielle Auswirkungen einer Pflichtenkollision auf die Unabhängigkeit des Vorstandsmitglieds | 115 |
| 3. Pflichtenlage und Pflichtenkollision | 116 |
| a) Organschaftliche Pflichtenlage | 116 |
| aa) Pflichtenlage in der unabhängigen Aktiengesellschaft | 116 |

| | |
|---|-----|
| bb) Pflichtenlage im Konzernverhältnis | 118 |
| (1) Beherrschungsvertrag | 118 |
| (a) Situation bei Drittanstellung eines Vorstandsmitglieds der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft | 118 |
| (b) Situation bei Drittanstellung eines Vorstandsmitglieds der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft | 121 |
| (2) Eingliederung | 122 |
| (a) Situation bei Drittanstellung eines Vorstandsmitglieds der abhängigen Gesellschaft durch die Hauptgesellschaft | 122 |
| (b) Situation bei Drittanstellung eines Vorstandsmitglieds der Hauptgesellschaft durch die abhängige Gesellschaft | 123 |
| (3) Faktischer Konzern | 123 |
| (a) Situation bei Drittanstellung eines Vorstandsmitglieds der abhängigen Gesellschaft durch die herrschende Gesellschaft | 123 |
| (b) Situation bei Drittanstellung eines Vorstandsmitglieds der herrschenden Gesellschaft durch die abhängige Gesellschaft | 124 |
| (4) Fazit | 124 |
| cc) Ergebnis | 125 |
| b) Anstellungsvertragliche Pflichtenlage | 125 |
| aa) Bestehende Vertragsmuster als Ausgangspunkt | 125 |
| bb) Abstrakte Bestimmung | 126 |
| (1) Ausdrückliche Verpflichtung auf das Interesse des Dritten | 126 |
| (2) Vertragliche Treuepflicht aus dem Inhalt des Drittanstellungsvertrags | 126 |
| (a) Anstellungsvertraglicher Regelfall | 127 |
| (b) Sonderfall der Drittanstellung | 128 |
| (aa) Systematisierung der Nebenpflichten | 128 |
| (α) Schutzpflichten | 128 |
| (β) Nebenleistungspflichten | 131 |
| (γ) Existenz einer umfassenden, schuldrechtlichen Treuepflicht? | 132 |
| (δ) Fazit | 132 |
| (bb) Hauptleistungspflicht und § 242 BGB | 133 |
| (cc) Drittanstellung für ein konkretes Vorstandsmandat | 133 |
| (α) Hauptleistungspflicht | 134 |
| (β) Nebenpflicht | 134 |
| (dd) Offener Drittanstellungsvertrag | 136 |
| (α) Situative Konkretisierung der Schutzpflicht | 137 |
| (β) Zumutbarkeitswägung | 138 |
| (γ) Zwischenfazit | 138 |
| (δ) Zusätzliche Tätigkeit für den Dienstherrn | 138 |

| | |
|--|-----|
| (ee) Fazit | 139 |
| c) Konfliktverhältnis | 139 |
| aa) Rückschlüsse aus der Rechtslage der Vorstandsdoppelmandate | 140 |
| (1) Vorstandsdoppelmandate – Grundsatz der Isolierbarkeit der Pflichten | 140 |
| (2) Drittanstellung – Unmöglichkeit einer Isolierung der Pflichten | 141 |
| bb) Pflichtenkollision als Scheinproblem? | 142 |
| cc) Lösungsmöglichkeiten einer Pflichtenkollision | 144 |
| (1) Wirksamkeit einer schuldrechtlichen Interessenwahrungspflicht | 144 |
| (2) Kein abstrakter Vorrang einer Pflichtenbindung | 144 |
| (3) Grundsätze bei Doppelmandaten | 145 |
| (a) Stimmverbot | 146 |
| (b) Befugnis zur Stimmenthaltung und Unmöglichkeitsrecht | 146 |
| (4) Fazit | 148 |
| dd) Ergebnis | 149 |
| 4. Interessenlage | 149 |
| a) Konflikttoleranz des AktG | 150 |
| aa) Rückschlüsse aus der Rechtslage bei Vorstandsdoppelmandaten | 150 |
| bb) Konflikttoleranz im Übrigen | 150 |
| b) Drittvergütung und § 76 Abs. 1 AktG | 152 |
| IV. Gefahr der Haftungsmaximierung – Fehlende Anwendbarkeit der Business Judgment Rule? | 153 |
| 1. Interessenkonflikte und § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG | 153 |
| 2. Keine ausufernde Haftungsgefahr | 154 |
| 3. Verdopplung der Haftungsgläubiger | 156 |
| 4. Fazit | 157 |
| V. Ergebnis | 157 |
| | |
| D. Die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats für den Anstellungsvertrag | 158 |
| I. Problemaufriss | 158 |
| 1. Mögliche normative Verankerungen der Anstellungskompetenz im AktG | 159 |
| 2. Zweifel an der Herleitung der anstellungsvertraglichen Kompetenz des Aufsichtsrats aus § 84 Abs. 1 AktG | 160 |
| II. Anstellungskompetenz nach § 84 Abs. 1 Satz 5 AktG i.V.m. Abs. 1 Satz 1 AktG? | 162 |
| 1. Wortlaut von § 84 Abs. 1 Satz 5 AktG | 163 |
| 2. Systematik | 163 |
| 3. Historische Auslegung zu § 84 Abs. 1 Satz 5 AktG | 164 |

| | |
|--|-----|
| 4. Telos des § 84 Abs. 1 AktG – enger Zusammenhang zwischen Bestellung und Anstellung | 167 |
| a) Untrennbarer Zusammenhang von Bestellung und Anstellung | 167 |
| aa) Anstellungsbedingungen als elementarer Teil der Personalentscheidung | 167 |
| bb) Aushöhlung der Personalentscheidung durch Beendigung des Anstellungsvertrags | 169 |
| cc) Störungen des Bestellungsverhältnisses bei Ausscheiden der Tochtergesellschaft aus dem Konzernverbund | 171 |
| b) Schlussfolgerung | 171 |
| 5. Zwischenergebnis | 172 |
| 6. Konzernrechtliche Verhältnisse | 172 |
| III. Verhältnis zu § 112 Satz 1 AktG | 173 |
| 1. Zutreffendes Verständnis von § 112 AktG | 173 |
| 2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur mitbestimmten GmbH | 174 |
| IV. Ausschließlichkeit der Anstellungskompetenz aus § 84 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. | |
| Abs. 1 Satz 1 AktG | 175 |
| 1. Keine abweichende Regelungsmöglichkeit der Anstellungskompetenz | 175 |
| 2. Drittanstellung als Verstoß gegen die Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats | 176 |
| a) Bedeutung der Anstellungskompetenz im aktienrechtlichen Gefüge | 177 |
| aa) Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats als Teil der Verbandsverfassung | 177 |
| bb) Die mögliche Zuständigkeit des Personalausschusses für Anstellungsfragen als Entwertung der ausschließlichen Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats? | 179 |
| cc) Möglichkeit einer Untervertretung | 180 |
| dd) Verpflichtung zur persönlichen Wahrnehmung | 182 |
| ee) Anforderungen an die Beschlussfähigkeit | 184 |
| b) Fehlen vertraglicher Verpflichtungen der Bestellungskörperschaft | 184 |
| c) Wahrung der Personalkompetenz des Aufsichtsrats trotz Drittanstellung? | 185 |
| aa) Vorrang des Bestellungsverhältnisses vor dem Anstellungsverhältnis | 185 |
| bb) Vertrag zugunsten Dritter | 186 |
| d) Vergleich mit der bei der GmbH geltenden Rechtslage | 187 |
| e) Zwischenergebnis | 189 |
| f) Die Erscheinung des Interimsmanagers im Lichte aktueller Rechtsprechung | 190 |
| g) Anerkennung der Drittanstellung durch den DCGK? | 192 |
| h) Mitbestimmte Aktiengesellschaft | 193 |
| V. Rechtsfolgen eines Kompetenzverstoßes | 193 |
| 1. Fehlende Gestaltungsmacht Dritter | 194 |
| a) § 112 AktG | 194 |

| | |
|--|------------|
| b) § 84 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. Satz 1 AktG | 194 |
| 2. Rechtsfolge fehlender Gestaltungsmacht | 195 |
| 3. Fazit | 197 |
| VI. Ex ante- oder ex post-Zustimmung des Aufsichtsrats | 197 |
| 1. Vorbemerkung | 198 |
| 2. Zustimmung in Form der Einwilligung | 198 |
| 3. Zustimmung in Form der Genehmigung | 199 |
| a) Genehmigungen im Kontext von § 112 AktG | 199 |
| b) Ausreichende Verwirklichung der Personalkompetenz bei einer Genehmigung durch den Aufsichtsrat? | 200 |
| 4. Grundlegende Argumente gegen einen Drittanstellungsvertrag | 200 |
| a) Aushöhlung der Bestellungsentscheidung durch Gestaltung der Anstellungsbedingungen | 201 |
| b) Entziehung der schuldrechtlichen Grundlage der Vorstandstätigkeit | 201 |
| c) Präventivfunktion der Vorstandshaftung | 201 |
| d) Möglichkeit von Vertragsänderungen | 202 |
| 5. Zwischenergebnis | 202 |
| VII. Weitere Rechtsfolgen einer Drittanstellung | 202 |
| 1. Konkludenter Abschluss eines Anstellungsvertrags | 203 |
| 2. Anspruch auf und Verpflichtung zum Abschluss eines Anstellungsvertrags | 203 |
| 3. Fehlende Kondiktionsfestigkeit der Vorstandstätigkeit? | 205 |
| VIII. Fazit | 207 |
| E. Zusammenfassung | 208 |
| Literaturverzeichnis | 209 |
| Stichwortverzeichnis | 225 |