

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b>	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 Geschäftsleitungsvertrags	22
b) Anstellungsvertrag mit offener Gestaltung	23
III. Ausgangspunkt Privatautonomie	23
<b>B. Grundsätze des Anstellungsverhältnisses</b>	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) Schuldrechtliche 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
<b>C. Konflikt der Drittanstellung mit dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Leitung nach § 76 Abs. 1 AktG .....</b>	<b>53</b>
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-, Betriebsüberlassungs- 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 Vorstands-	
mitglieds .....	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 Drittanstellungs-	
vertrags .....	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 Ge-	
schäftsleitervertrags .....	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
(α) Obergesellschaft als anstellender Dritter .....	103
(αα) 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
III. 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 Drittanstellungs- vertrags .....	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) Zumutbarkeitserwägung .....	138
(γ) Zwischenfazit .....	138
(δ) Zusätzliche Tätigkeit für den Dienstherrn .....	138

(ee) Fazit .....	139
c) Konfliktverhältnis .....	139
aa) Rückschlüsse aus der Rechtslage der Vorstandsdoublemandate ....	140
(1) Vorstandsdoublemandate – Grundsatz der Isolierbarkeit der Pflichten .....	140
(2) Drittstellung – 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 Doublemandaten .....	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 Vorstandsdoublemandaten ....	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
<b>D. Die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats für den Anstellungsvertrag</b> .....	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 Beststellungsentscheidung 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
<b>E. Zusammenfassung .....</b>	<b>208</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>209</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>225</b>