

# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b>	41
<b>Erster Teil Das Anstellungsverhältnis im Allgemeinen</b>	46
§ 1 Abgrenzung zum Bestellungsverhältnis	46
A. Das Bestellungsverhältnis	46
B. Der Bestellungsvergang	47
I. Beschluss des Aufsichtsrats und Bekanntgabe	48
II. Zustimmung des Bestellten	48
III. Vertragsabschluss?	48
C. Befugnisse, Rechte und Pflichten aufgrund des Bestellungsverhältnisses	49
I. Befugnisse und Pflichten aus dem Amt	49
1. Vertretung und Geschäftsführung	49
a) Trennung von Vertretung und Geschäftsführung	49
b) Heutige einheitliche Sichtweise	49
aa) Handeln im Innen- und Außenverhältnis	50
bb) Die Regelung des § 27 Abs. 3 BGB	50
cc) Die Regelungen des Aktienrechts	51
(α) Die Regelung des § 84 Abs. 3 AktG	51
(β) Die Regelungen der §§ 76 ff. AktG	51
(γ) Die Regelung des § 93 AktG	53
(δ) Fazit	53
2. Allgemeine Verhaltenspflicht	53
3. Keine persönlichen Rechte des Vorstandsmitglieds	54
II. Recht und Pflicht zum Amt	55
III. Treuepflicht des Vorstandsmitglieds	55
IV. Fürsorgepflicht der Aktiengesellschaft	56
D. Einheits- und Trennungstheorie	58
I. Der Meinungsstand	58
1. Herrschende Trennungstheorie	58
2. Die alte Einheitstheorie	58
3. Die Auffassung <i>Baums'</i>	59
4. Auswirkungen des Theorienstreits	59
II. Stellungnahme	60
§ 2 Das Zustandekommen des Anstellungsvertrags	61
§ 3 Anstellungskompetenz	62
A. Zuständigkeit des Aufsichtsrats	62
I. Der Anwendungsbereich des § 84 Abs. 1 Satz 5 AktG	62
II. Der Anwendungsbereich des § 112 AktG	63

	1. Der Widerspruch der herrschenden Meinung . . . .	63
	2. Gründe für die Anwendung des § 112 AktG . . . .	64
	III. Konkurrenzverhältnis . . . . .	65
	B. Ausschließlichkeit der Anstellungskompetenz . . . . .	67
	C. Akzessorietät der Anstellungskompetenz . . . . .	67
§ 4	Inhalt des Anstellungsverhältnisses . . . . .	68
	A. Dienstleistungspflicht . . . . .	68
	I. Verpflichtung zum Amt . . . . .	68
	II. Tätigkeiten unterhalb der Vorstandsebene . . . . .	69
	B. Vergütung und sonstige Rechte und Pflichten . . . . .	70
	I. Vergütungsanspruch des Vorstandsmitglieds . . . . .	70
	II. Sonstige Rechte und Pflichten . . . . .	71
	III. Arbeitszeiten . . . . .	71
	IV. Treue- und Fürsorgepflichten . . . . .	72
	C. Dauer des Anstellungsverhältnisses . . . . .	73
	I. Befristung . . . . .	73
	1. Allgemeines . . . . .	73
	2. Teleologische Reduktion . . . . .	73
	II. Mindestlaufzeit . . . . .	74
	III. Anwendung des § 625 BGB . . . . .	74
	D. Keine Modifizierung des Bestellungsverhältnisses . . . . .	74
	I. Beispiele . . . . .	75
	II. Ausgangslage . . . . .	75
	III. Stellungnahme . . . . .	75
	1. Möglichkeit abweichender schuldrechtlicher Ver-	
	einbarungen . . . . .	75
	2. Keine Auswirkungen auf das Bestellungsverhältnis	
	. . . . .	76
	3. Zusammenfassung . . . . .	77
§ 5	Dogmatische Einordnung des Anstellungsverhältnisses . . . . .	78
	A. Der Anstellungsvertrag als Verpflichtungsgeschäft . . . . .	78
	B. Der Anstellungsvertrag als gegenseitiger Vertrag . . . . .	79
	C. Der Anstellungsvertrag als nachrangiges Rechtsverhältnis . .	80
	I. Kein formaler Vorrang des Bestellungsverhältnisses . .	81
	1. Grundsätzliches . . . . .	81
	2. Die Verbandsverfassung als Verbotsgesetz(e) im	
	Sinne des § 134 BGB? . . . . .	81
	3. Unmöglichkeit der Erfüllung anstellungsvertragli-	
	cher Pflichten . . . . .	82
	4. Fazit . . . . .	82
	II. Bedeutungsvorrang des Bestellungsverhältnisses . . . .	82
	III. Tatsächliches Übergewicht des Bestellungsverhält-	
	nisses . . . . .	83
	IV. Ergebnis . . . . .	83

D.	Der Anstellungsvertrag als „Vertrag der selbstständig Tätigen“	83
I.	Der Meinungsstand	84
II.	Die gesetzlichen Regelungen	86
III.	Der Arbeitnehmerbegriff	86
IV.	Organschaftliche Stellung der Vorstandsmitglieder	88
	1. Eigenverantwortlichkeit des Vorstands	88
	2. Sonderfall Beherrschung und Eingliederung	89
	3. Fazit	90
V.	Weisungsrechte im Anstellungsvertrag	91
	1. Die dogmatische Ausgangslage	91
	2. Der tatsächliche Befund	93
VI.	Abgrenzung von der Mindermeinung	94
VII.	Der Sonderfall des innerbetrieblichen Aufstiegs	95
	1. Die Meinungen vor Inkrafttreten des § 623 BGB	95
	2. Die Meinungen nach Inkrafttreten des § 623 BGB	95
	3. Stellungnahme	96
	a) Parteiwille	96
	aa) Kein zusätzliches Rechtsverhältnis	96
	bb) Keine Notwendigkeit einer Vertragsänderung	97
	cc) In der Regel aber konkludente Vertragsänderung	98
	b) Formerfordernis des Änderungsvertrags	99
	aa) Keine Aufhebung des Rechtsverhältnisses	99
	bb) Keine Anwendung auf Vertragsänderungen	99
	cc) Keine unmittelbare Anwendung bei Änderung der Rechtsnatur	100
	dd) Keine analoge Anwendung bei Änderung der Rechtsnatur	100
	c) Formerfordernis einer Aufhebungsvereinbarung	102
	d) Zwischenergebnis	102
	4. Formerfordernis nach § 14 Abs. 4 TzBfG	102
	5. Ergebnis	104
VIII.	Status nach Beendigung der Organstellung	104
IX.	(Analoge) Anwendung von Arbeitsrecht	104
	1. Kündigungsfrist	105
	2. Betriebsrentengesetz	105
	3. §§ 74 ff. HGB	106
	4. Prozessrecht	106
	5. Gleichbehandlung und betriebliche Übung	106
	a) Gleichbehandlung	106

	aa) Gleichbehandlung der Vorstandsmitglieder untereinander . . . . .	106
	bb) Gleichbehandlung mit leitenden Angestellten . . . . .	107
	cc) Keine konzernweite Gleichbehandlung . . . . .	108
	b) Betriebliche Übung . . . . .	108
	c) Ausnahmen . . . . .	109
	6. Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung . . . . .	109
§ 6	Wechselwirkungen zwischen Bestellungen- und Angestelltenverhältnis . . . . .	110
	A. Tatsächliche Wechselwirkungen . . . . .	111
	B. Rechtliche Wechselwirkungen . . . . .	111
	C. Vertraglich vereinbarte Wechselwirkungen . . . . .	112
	I. Koppelungsklauseln . . . . .	112
	II. Vereinbarung außerordentlicher Kündigungsgründe . . . . .	113
§ 7	Zusammenfassung der Ergebnisse des ersten Teils . . . . .	113
	<b>Zweiter Teil Wirksamkeit des Drittanstellungsvertrags</b> . . . . .	115
§ 8	Vertragsfreiheit . . . . .	115
	A. Abschluss- und Gestaltungsfreiheit . . . . .	115
	B. Grenzen der Vertragsfreiheit . . . . .	116
§ 9	Die Drittanstellung im Lichte von Einheits- und Trennungstheorie . . . . .	116
	A. Trennungstheorie . . . . .	116
	B. Die Einheitstheorie <i>Baums'</i> . . . . .	117
	C. Die alte Einheitstheorie . . . . .	117
	D. Nutzen der dogmatischen Ausgangslage . . . . .	117
§ 10	Rückschlüsse aus dem Inhalt des Anstellungsvertrags . . . . .	117
§ 11	Gesetzliche Zuständigkeitsregelung . . . . .	118
	A. Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats . . . . .	118
	I. Rechtslage nach § 112 AktG . . . . .	119
	II. Rechtslage nach § 84 Abs. 1 AktG . . . . .	119
	B. Keine Einschränkung der Personalkompetenz der Aktiengesellschaft . . . . .	120
	I. Allgemeines . . . . .	120
	II. Mitbestimmte Aktiengesellschaften . . . . .	121
	III. Akzessorietät der Anstellungskompetenz . . . . .	121
	1. (Kein) Einfluss durch Abschluss des Drittanstellungsvertrags . . . . .	122
	2. (Kein) Einfluss durch Kündigung des Drittanstellungsvertrags . . . . .	122
§ 12	Eigenverantwortung und Interessenbindung des Vorstands . . . . .	123

A.	Die Stellung des Vorstands in der Aktiengesellschaft . . . .	124
I.	Die Eigenverantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG . . . . .	124
1.	Weisungsunabhängigkeit . . . . .	124
a)	Verhältnis zur Hauptversammlung . . . . .	124
b)	Verhältnis zum Aufsichtsrat . . . . .	126
c)	Verhältnis zu Aktionären und Dritten . . . . .	126
2.	Leitungsermessen . . . . .	127
a)	Unternehmensinteressen . . . . .	127
b)	Sonstige zu berücksichtigende Interessen . . . .	127
II.	Besonderheiten im Konzernverhältnis . . . . .	127
1.	Vertragskonzern . . . . .	128
a)	Weisungsunterworfenheit . . . . .	128
aa)	Allgemeines . . . . .	128
bb)	Gegenstand der Weisung . . . . .	130
cc)	Folgepflicht . . . . .	130
b)	Interessenbindung . . . . .	131
2.	Eingliederungskonzern . . . . .	131
3.	Faktischer Konzern . . . . .	132
4.	Gleichordnungskonzern . . . . .	133
B.	Widersprechende Vereinbarungen im Drittanstellungsvertrag	134
I.	Pflichtenkollisionen . . . . .	134
1.	Mögliche kollidierende Vereinbarungen . . . . .	134
a)	Weisungsrechte . . . . .	134
b)	Interessenbindung . . . . .	135
c)	Fazit . . . . .	135
2.	Auslegungsgrundsätze . . . . .	135
a)	Weisungsrecht . . . . .	135
aa)	Bild des weisungsfreien Geschäftsleiters . .	135
bb)	Reichweite des Weisungsrechts . . . . .	136
b)	Interessenbindung . . . . .	137
c)	Fazit . . . . .	138
II.	Interessenkollisionen . . . . .	138
C.	Zulässigkeit der Drittanstellung . . . . .	139
I.	Vertrags- und Eingliederungskonzern . . . . .	139
1.	Fachliches Weisungsrecht . . . . .	139
2.	Verpflichtung auf die Interessen der Obergesellschaft . . . . .	140
3.	Grenzen des Weisungsrechts . . . . .	140
a)	Gesetz . . . . .	140
b)	Satzung . . . . .	140
c)	Konzernbelange . . . . .	141
d)	Existenzgefährdung . . . . .	141

II.	Faktischer Konzern und Abhängigkeitsverhältnis . . . . .	141
1.	Relativität der Rechtsverhältnisse . . . . .	141
2.	§ 76 Abs. 1 AktG als zwingendes Gesetz? . . . . .	142
3.	§ 76 Abs. 1 AktG als Verbotsgesetz? . . . . .	144
a)	Auslegung des § 76 Abs. 1 AktG . . . . .	144
b)	Hinnahme faktischer Einflussnahmen im Abhängigkeitsverhältnis . . . . .	146
c)	Regelung sonstiger Interessenkonflikte . . . . .	147
aa)	Vorstands-Doppelmandate . . . . .	147
bb)	Aufsichtsrats-Doppelmandate . . . . .	148
cc)	Sonstige Konflikte von Aufsichtsratsmitglie- dern . . . . .	149
dd)	Rechtslage zum qualifizierten faktischen Konzern . . . . .	151
ee)	Sonstige Interessenkollisionen . . . . .	153
ff)	Fazit . . . . .	153
4.	Verbot durch § 117 AktG? . . . . .	154
5.	Das Wettbewerbsverbot des § 88 AktG . . . . .	155
6.	Kein Verbot durch § 87 Abs. 1 AktG . . . . .	155
7.	Deutscher Corporate Governance Kodex . . . . .	156
8.	Sittenwidrige Vereinbarungen . . . . .	156
a)	Allgemeines . . . . .	156
b)	Drittanstellung . . . . .	157
9.	Strafrechtlich relevantes Verhalten . . . . .	159
a)	Bestechlichkeit und Bestechung . . . . .	159
b)	Betrug und Untreue . . . . .	159
10.	Vergleich mit GmbH-Geschäftsführer . . . . .	159
III.	Sonstige Fälle . . . . .	160
IV.	Zwischenergebnis . . . . .	161
§ 13	Die Drittanstellung als Verstoß gegen korporationsrechtliche Pflichten . . . . .	162
A.	Verstoß des Vorstandsmitglieds gegen seine organschaftliche Treuepflicht . . . . .	162
I.	Allgemeines . . . . .	162
II.	Einschränkungen im Konzern? . . . . .	163
III.	Rechtsfolgen eines Verstoßes . . . . .	163
B.	Verstoß des Dritten gegen seine mitgliedschaftliche Treuepflicht . . . . .	164
I.	Allgemeines . . . . .	164
1.	Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft . . . . .	164
2.	Treuepflicht gegenüber den Aktionären . . . . .	165
3.	Dogmatische Begründung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht . . . . .	165

4. Schutzwirkung der Treuepflicht	165
II. Anwendung auf die Drittanstellung	166
1. Treueverstoß	166
2. Einschränkungen zugunsten des herrschenden Aktionärs	167
3. Rechtsfolgen	168
C. Beidseitiger Verstoß gegen korporationsrechtliche Treuepflichten	168
§ 14 (Keine) Rechtswidrigkeit der Drittanstellung „von unten nach oben“	169
A. Nachteilige Einflussnahmen im faktischen Konzern	169
B. Verbot der Schädigung nach § 117 AktG	169
C. Kapitalerhaltung	170
I. Allgemeines zur Kapitalerhaltung in der Aktiengesellschaft	170
1. Der Anwendungsbereich der §§ 57 ff. AktG	170
2. Das Verbot der Einlagenrückgewähr	171
3. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes	172
II. Anwendung auf die Drittanstellung	173
1. Subsumtion unter § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG	173
2. Rechtsfolgen eines Verstoßes	173
§ 15 (Kein) Zustimmungsvorbehalt der Bestellungskörperschaft	174
A. Keine Grundlage im Aktienrecht	174
I. Zuständigkeit des Aufsichtsrats	174
II. Unabhängigkeit des Vorstands	175
III. Wettbewerbsverbot	175
IV. Deutscher Corporate Governance Kodex	175
B. Zustimmungsvorbehalt aufgrund der Treuepflicht	176
§ 16 Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Teils	177
<b>Dritter Teil Allgemeine Aussagen zur Drittanstellung</b>	179
§ 17 Anwendbare Normen des Aktienrechts	179
A. Grundsätzlich keine Anwendung des Aktienrechts	179
B. Ausnahmen	180
I. Erstattungsvereinbarung und sonstige Ausgleichspflicht	180
II. Bestellung auch beim Dritten	181
§ 18 Arbeitnehmereigenschaft drittangestellter Vorstandsmitglieder	181
A. Meinungsstand	181
B. Differenzierende Betrachtung	182
I. Verhältnis zur Bestellungskörperschaft	182

II.	Verhältnis zum Anstellenden	183
1.	Die dogmatische Ausgangslage	183
2.	Der tatsächliche Befund	183
C.	Der Sonderfall der Entsendung eines Arbeitnehmers	184
I.	Organtätigkeit auf Grundlage des bisherigen Arbeitsverhältnisses	184
II.	Organtätigkeit auf neuer vertraglicher Grundlage	185
D.	(Analoge) Anwendung von Arbeitsrecht	186
I.	Kündigungsfrist	186
II.	Befristung	186
III.	Mitbestimmung	187
1.	Betriebliche Mitbestimmung	187
a)	Betriebszugehörigkeit	187
aa)	Allgemeines	187
bb)	Vergleichbare Fälle	188
cc)	Drittanstellung	189
b)	Leitende Angestellte	190
2.	Unternehmerische Mitbestimmung	191
a)	Aktives Wahlrecht	191
b)	Passives Wahlrecht	192
3.	Ergebnis und Praxisrelevanz	194
IV.	Arbeitnehmerüberlassung	194
V.	Gleichbehandlung	195
VI.	Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung	196
§ 19	Vertrag zugunsten Dritter	196
A.	Keine Notwendigkeit eines (echten) Vertrags zugunsten Dritter	196
B.	Möglichkeit eines (echten) Vertrags zugunsten Dritter	197
I.	Auslegung	197
II.	Rechtsfolgen	198
§ 20	Zusammenfassung der Ergebnisse des dritten Teils	198
<b>Vierter Teil Ausgewählte Probleme der Drittanstellung</b>		<b>200</b>
§ 21	Pflichten gegenüber der Bestellungskörperschaft	200
A.	Allgemeines	200
B.	Insbesondere (Un-)Verbindlichkeit der Weisungen des Dritten	200
I.	Allgemeines	200
II.	Keine Ermessensreduzierung	201
§ 22	Wirksamkeit der Weisungen des Dritten	202
A.	Unwirksamkeit nach § 117 AktG	202
I.	§ 117 AktG als Verbotsgesetz	202
1.	Verbotsanordnung	202



2. Nichtigkeitsfolge . . . . .	203
II. Verstoß gegen § 117 Abs. 1 AktG . . . . .	204
III. Ergebnis . . . . .	206
IV. Ausnahmen . . . . .	206
1. Vertrags- und Eingliederungskonzerne . . . . .	206
2. Abhängigkeitsverhältnis . . . . .	206
B. Unwirksamkeit nach § 311 AktG . . . . .	207
1. Rechtswidrige Weisungen . . . . .	207
2. Verbotene Weisungen . . . . .	207
C. Sittenwidrige Weisungen . . . . .	208
D. Strafrechtliche Tatbestände . . . . .	208
E. Unmöglichkeit . . . . .	208
F. Billiges Ermessen . . . . .	209
G. Rechtsfolgen unwirksamer Weisungen . . . . .	209
§ 23 Pflichtenkollisionen und Interessenkonflikte . . . . .	210
A. Pflichtenkollisionen . . . . .	210
I. Vergleichbare Fälle von Pflichtenkollisionen . . . . .	210
II. Anwendung auf die Drittanstellung . . . . .	210
B. Interessenkollisionen . . . . .	211
C. Stimmverbote? . . . . .	212
I. Stimmverbote für Aufsichtsratsmitglieder . . . . .	212
II. Stimmverbote für Doppelvorgstände . . . . .	212
III. Stimmverbote für drittangestellte Vorstandsmitglieder? . . . . .	213
D. Pflicht zur Amtsniederlegung? . . . . .	214
E. Pflicht zur Offenlegung? . . . . .	216
§ 24 Beendigung des Drittanstellungsverhältnisses . . . . .	216
A. Vertragslaufzeit und Kündigung . . . . .	216
B. Koppelungsklauseln . . . . .	217
§ 25 Haftung . . . . .	217
A. Haftung des Vorstandsmitglieds . . . . .	217
I. Haftung gegenüber der Bestellungskörperschaft . . . . .	217
II. Haftung gegenüber dem Dritten . . . . .	218
B. Haftung des Dritten . . . . .	219
§ 26 Rechtsverhältnis zwischen der Bestellungskörperschaft und dem Dritten . . . . .	219
A. Ausgleichspflicht des Dritten für nachteilige Maßnahmen . . . . .	219
I. Anwendungsbereich der §§ 311 ff. AktG . . . . .	220
II. Veranlassung . . . . .	220
III. Veranlassungsvermutung . . . . .	221
1. Widerlegbare Veranlassungsvermutung . . . . .	221
2. Unwiderlegbare Veranlassungsvermutung . . . . .	221
a) Vorstands-Doppelmandate . . . . .	221
b) Drittanstellung . . . . .	222

IV.	Nachteilige Maßnahme . . . . .	223
V.	Ausgleich . . . . .	223
VI.	Fazit . . . . .	223
B.	Ausgleichspflicht der Bestellungskörperschaft . . . . .	224
I.	Erstattungsvereinbarung . . . . .	224
II.	Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	224
III.	Insbesondere Ausgleichspflicht bei Entsendung „von unten nach oben“ . . . . .	225
1.	Ausgleichspflicht nach § 311 AktG . . . . .	225
a)	Nachteilige Maßnahme . . . . .	225
b)	Ausgleich . . . . .	226
2.	Einlagenrückgewähr nach § 62 AktG . . . . .	226
§ 27	Zusammenfassung der Ergebnisse des vierten Teils . . . . .	226
<b>Fünfter Teil Sonstige Drittverträge des Vorstandsmitglieds . . . . .</b>		<b>228</b>
§ 28	Grundsätzliche Zulässigkeit ergänzender Drittverträge . . . . .	228
§ 29	Anerkannte Vereinbarungen . . . . .	228
§ 30	Variable (Zusatz-)Vergütungen . . . . .	229
A.	Variable Vergütungsbestandteile abhängig vom Ergebnis der Mutter . . . . .	229
I.	Beherrschungsvertrag und Eingliederung . . . . .	231
1.	Grundsätzliche Zulässigkeit . . . . .	231
2.	Einschränkungen aufgrund der Grenzen des Weisungsrechts? . . . . .	231
II.	Faktischer Konzern und Abhängigkeitsverhältnis . . . . .	232
1.	Keine Unwirksamkeit nach § 76 Abs. 1 AktG . . . . .	232
2.	Die Regelung des § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG . . . . .	233
3.	Keine Unzulässigkeit nach den §§ 311 ff. AktG . . . . .	233
4.	Nichtigkeit nach den §§ 134, 138 BGB . . . . .	233
5.	Verstoß gegen korporationsrechtliche Treuepflichten . . . . .	233
B.	Variable Vergütungsbestandteile abhängig vom Ergebnis der Tochter . . . . .	234
I.	Aktioptionen der Muttergesellschaft . . . . .	234
II.	Aktioptionen der Tochtergesellschaft . . . . .	234
§ 31	Kumulierung verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten . . . . .	235
§ 32	Ersatzansprüche der Bestellungskörperschaft für nachteilige Maßnahmen . . . . .	236
A.	Vertrags- und Eingliederungskonzern . . . . .	237
B.	Faktischer Konzern . . . . .	237
§ 33	Zusammenfassung der Ergebnisse des fünften Teils . . . . .	238
<b>Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (Thesen) . . . . .</b>		<b>239</b>