

Schriften zum Wirtschaftsrecht

---

Band 282

# Die Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern

Von

Benedikt Weinkamm



Duncker & Humblot · Berlin

BENEDIKT WEINKAMM

## Die Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 282

# Die Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern

Von

Benedikt Weinkamm



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Augsburg hat diese Arbeit  
im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-14872-1 (Print)

ISBN 978-3-428-54872-9 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84872-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis August 2015 berücksichtigt.

Allen voran danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Kort, für die Förderung dieser Arbeit sowie die rasche Erstellung des Erstgutachtens.

Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. M. J. Möllers.

Schließlich möchte ich meinen Eltern sowie meiner Schwester danken, die mich während des Studiums sowie der Anfertigung dieser Arbeit stets unterstützt haben.

Augsburg, im Oktober 2015

*Benedikt Weinkamm*



# 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 Geschäftsleitervertrags .....	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 organ-schaftlichen 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 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 Geschäftleitervertrags .....	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
(o) 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 Drittanstellungsvertrags .....	126
(a) Anstellungsvertraglicher Regelfall .....	127
(b) Sonderfall der Drittanstellung .....	128
(aa) Systematisierung der Nebenpflichten .....	128
(o) 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
(o) Hauptleistungspflicht .....	134
(β) Nebenpflicht .....	134
(dd) Offener Drittanstellungsvertrag .....	136
(o) 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 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
<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
<b>VI. Ex ante- oder ex post-Zustimmung des Aufsichtsrats .....</b>	<b>197</b>
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
<b>VII. Weitere Rechtsfolgen einer Drittanstellung .....</b>	<b>202</b>
1. Konkludenter Abschluss eines Anstellungsvertrags .....	203
2. Anspruch auf und Verpflichtung zum Abschluss eines Anstellungsvertrags .....	203
3. Fehlende Kondiktionsfestigkeit der Vorstandstätigkeit? .....	205
<b>VIII. Fazit .....</b>	<b>207</b>
<b>E. Zusammenfassung .....</b>	<b>208</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>209</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>225</b>

## A. Einleitung

Im Regelfall besteht ein Anstellungsvertrag zwischen dem jeweiligen Vorstandsmitglied und der Aktiengesellschaft, für die es bestellt worden ist (anstellungsvertraglicher Regelfall). Allerdings wird in der Praxis das „Dienstverhältnis“ teilweise mit einer anderen (juristischen oder natürlichen) Person abgeschlossen als derjenigen, für die das Vorstandsmitglied als Organ bestellt worden ist (Drittanstellung).<sup>1</sup> Was für die GmbH als weitgehend geklärt angesehen werden kann<sup>2</sup>, stellt bei der Aktiengesellschaft immer noch ein höchstrichterlich ungelöstes und daher wissenschaftlich umstrittenes Problem dar. Während die Zulässigkeit von Vorstandsdoppelmandaten als weitere Form der personellen Verflechtung durch den Bundesgerichtshof anerkannt wurde<sup>3</sup>, haben sich Gerichte mit der Fallgestaltung der Drittanstellung bisher nur sehr vereinzelt und am Rande beschäftigt<sup>4</sup>.

Es bleibt dementsprechend weiterhin der Wissenschaft überlassen, eine Klärung der für die Praxis bedeutenden Frage herbeizuführen. Umso schwerer wiegt es, dass

---

<sup>1</sup> Beiner/Braun, Der Vorstandsvertrag, Rn. 234.

<sup>2</sup> BGH, II ZR 219/78, NJW 1980, 595; BAG, 5AZB 41/96, NJW 1998, 260; BAG, 8 AZR 654/01, NJW 2003, 2473.

<sup>3</sup> BGH, II ZR 170/07, NZG 2009, 744, 745.

<sup>4</sup> BGH, II ZR 81/69, BB 1962, 109, 110: hierbei ist der Kläger sowohl als Vorstandsmitglied der Mutter- als auch der Tochtergesellschaft tätig, wobei lediglich ein Anstellungsvertrag mit der Tochtergesellschaft vorliegt. Da sich die Entscheidung allein mit der Wirksamkeit einer Kündigung beschäftigt, erfolgt keine Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit einer Drittanstellung;

*OLG Frankfurt a.M.*, 5 W 4/97, BB 1997, 2341, 2342: dieser Entscheidung liegt eine Drittanstellung im Konzernverhältnis zugrunde, wobei ein alleiniger Anstellungsvertrag mit der Konzernmutter geschlossen wurde. Da es darin letztlich lediglich um eine Beschwerde gegen eine durch das Landgericht abgelehnte Rechtswegzuständigkeit der ordentlichen Gerichte ging und der Kläger auf den Arbeitsrechtsweg verwiesen wurde, kann dieser Entscheidung keine Aussage zur Drittanstellung entnommen werden;

*LAG Köln*, 2 Sa 579/04, ZIP 2006, 1012: Drittanstellung im Konzernverhältnis; lässt die Entscheidung hinsichtlich der Zulässigkeit der Drittanstellung offen, hält aber ohne nähere Auseinandersetzung die Argumente, die für eine Zulässigkeit einer Drittanstellung sprechen, für überzeugender;

*KG*, 19 U 11/11, NZG 2011, 865 ff.: hat sich hingegen mangels Entscheidungsrelevanz zu keiner Aussage zur Zulässigkeit hinreißen lassen. Es hat lediglich die Zuständigkeit des Aufsichtsrats für den Abschluss des Anstellungsvertrags bekräftigt und angedeutet, dass infolge der Anerkennung von Vorstandsdoppelmandaten durch den BGH eine bestehende Pflichtenkollision einer Drittanstellung wohl nicht entgegenstehen würde.

*OLG Celle*, 9 W 115/04 (unveröffentlicht): der Frage der Zulässigkeit der Drittanstellung kam abermals keine Entscheidungsrelevanz zu, jedoch spricht sich das OLG Celle unter einem kurzen Verweis auf die Vorrangtheorie für die Zulässigkeit in Konzernverhältnissen aus.

in der Literatur kein einheitliches Meinungsbild<sup>5</sup> auszumachen ist, an dem sich die Praxis orientieren könnte. Je nach Abhandlung wird der Stempel der herrschenden Meinung teilweise für die Zulässigkeit der Drittanstellung<sup>6</sup>, teilweise für ihre Ablehnung<sup>7</sup> proklamiert. Von einigen Vertretern wird die Drittanstellung zwar als statthaft erachtet, allerdings von ihrer Praktizierung aufgrund der bestehenden Unsicherheiten abgeraten.<sup>8</sup> Andere wollen das Thema wegen der unproblematischen Zulässigkeit gar zu den Akten legen.<sup>9</sup> Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Materie der Drittanstellung, insbesondere im Hinblick auf ihre aktienrechtliche Vereinbarkeit erfolgt gleichwohl nur selten.<sup>10</sup> Ein Bedürfnis der Praxis für eine

<sup>5</sup> Für die Zulässigkeit: Beiner/Braun, Der Vorstandsvertrag, Rn. 235; Bürgers/Israel, in: Bürgers/Körber, AktG, § 84, Rn. 20 (zumindest des Konzernstellungsvertrags); Dauner-Lieb; in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 84, Rn. 19; Denzer, Konzerndimensionale Beendigung der Vorstands- und Geschäftsführerstellung, S. 239; Geßler, AktG, § 84, Rn. 12; Eckert, in: Wachter, AktG, § 84, Rn. 19; Joöß, Die Drittanstellung des Vorstandesmitglieds einer Aktiengesellschaft; ders., NZG 2011, 1130 ff.; Krieger, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, S. 186 ff.; Lutter/Krieger/Versle, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 438; Martens, in: FS Hilger/Stumpf, S. 437, 438, Fn. 3a; Molitor, in: FS Ehrenberg, S. 40, 48; Mutter/Frick, AG 2006, R32; Arnold/Günther, in: Marsch-Barner/Schäfer, Hdb. börsennotierte AG, § 20, Rn. 92; Reuter, A., AG 2011, 274 ff.; Seibt, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 84, Rn. 26; Vedder, in: Grigoleit, AktG, § 84, Rn. 21; Vetter, in: FS Hoffmann-Becking, S. 1297 ff.; (zumindest bei Beherrschungsvertrag und Eingliederung); Wiesner, in: MünchHdb AG, § 21, Rn. 3.

Gegen die Zulässigkeit: Baums, Der Geschäftsleitervertrag, S. 73 f.; Fonk, NZG 2010, 368, 370; ders., in: Semler/Schenck, Arbeitshdb. Aufsichtsratsmitglieder, § 10, Rn. 219 f.; Kann, Vorstand der AG, Rn. 89; Mertens/Cahn, in: KK AktG, 3. Aufl., § 84, Rn. 56; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rn. 46; Spindler, MünchKomm AktG, § 84, Rn. 76; Theobald, in: FS Raiser, S. 421 ff.; Thüsing, in: Fleischer, Hdb. des Vorstandsrechts, § 4, Rn. 67 f.; Traugott/Gruin, AG 2007, 761, 766; Weber, in: Hölters, AktG, § 84, Rn. 41.

Differenzierend: Kort, Großkommentar AktG, § 84, Rn. 324 ff.; Koch, in: Hüffer, AktG, § 84, Rn. 18; Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands, Rn. 180.

<sup>6</sup> OLG Celle, 9 W 115/04, S. 3 f. (unveröffentlicht); Denzer, Konzerndimensionale Beendigung der Vorstands- und Geschäftsführerstellung, S. 237; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84, Rn. 39; Koch, in: Hüffer, AktG, § 84, Rn. 17; Dauner-Lieb; in: Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 84, Rn. 19; Frodermann/Schäfer, in: Henn/Frodermann/Jannott, Hdb. Aktienrecht, § 7, Rn. 149; Oltmanns, in: Heidel, AktienR, § 84, Rn. 13; Krieger, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, S. 186; ders., in: FS Hoffmann-Becking, S. 711, 713; Lutter/Krieger/Versle, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 438; Martens, in: FS Hilger/Stumpf, S. 437, 438, Fn. 3a; Spindler, MünchKomm AktG, § 84, Rn. 76; Weber, in: Hölters, AktG, § 84, Rn. 41; Eckert, in: Wachter, AktG, § 84, Rn. 19.

<sup>7</sup> Lücke, in: Lücke/Schaub, Vorstand der AG, § 2, Rn. 101; Fonk, in: Semler/Schenck, Arbeitshdb. für Aufsichtsratsmitglieder, § 10, Rn. 219; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84, Rn. 39 (spricht von einer vordringenden Auffassung).

<sup>8</sup> Lücke, in: Lücke/Schaub, Vorstand der AG, § 2, Rn. 103; Koch, in: Hüffer, AktG, § 84, Rn. 18; Kort, Großkommentar AktG, § 84, Rn. 330; Lutter/Krieger/Versle, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 438; Wiesner, in: MünchHdb AG, § 21, Rn. 4; Vedder, in: Grigoleit, AktG, § 84, Rn. 21; Oltmanns, in: Heidel, AktienR, § 84, Rn. 13.

<sup>9</sup> Mutter/Frick, AG 2006, R32.

<sup>10</sup> Teilspekte behandeln: Vetter, in: FS Hoffmann-Becking, S. 1297 ff.; Theobald, in: FS Raiser, S. 421 ff.; Reuter, A., AG 2011, 274 ff.; Schackmann, Die Drittanstellung von Vor-

Klärung dieser Frage liegt somit auf der Hand. Aufgabe dieser Untersuchung soll es sein, die Frage der Zulässigkeit einer Drittanstellung einer umfassenden Würdigung zuzuführen und der Rechtspraxis eine Entscheidungshilfe hinsichtlich der aktienrechtlichen Zulässigkeit der Drittanstellung an die Hand zu geben.

Die Untersuchung konzentriert sich dabei auf die Beleuchtung der Drittanstellung im herkömmlichen Sinne, d. h. soweit der Vorstandsanstellungsvertrag *statt* mit der Bestellungskörperschaft mit einem beliebigen Dritten abgeschlossen wird. Anderweitige Gestaltungen wie einseitige Vergütungszusagen Dritter oder konzernweite Ruhegeldzusagen als einseitig verpflichtende Verträge werden hingegen nicht thematisiert.<sup>11</sup>

## I. Verbreitung, Arten und Motivation

Trotz der bestehenden rechtlichen Unsicherheit wird die Drittanstellung in der Praxis in verschiedenen Formen praktiziert. Der nur sehr geringe Niederschlag der Thematik in der Judikatur spricht nicht gegen ihre rechtstatsächliche Bedeutung, sondern ist vielmehr der aktienrechtlichen Materie des Vorstandsrechts geschuldet. Streitigkeiten in diesem Bereich werden in der Regel im Stillen innerhalb der Gesellschaft oder des Konzerns beispielsweise durch Aufhebungsverträge gelöst. Auch Schiedsvereinbarungen in Anstellungsverträgen sind keine Seltenheit.<sup>12</sup> Dies soll indes nicht über die bestehenden Anwendungsfälle der Drittanstellung hinwegtäuschen.

### 1. Konzernstrukturen als Hauptanwendungsfall

Vor allem in konzernrechtlichen Verhältnissen eröffnet sich ein vielfältiger Anwendungsbereich für Drittanstellungen (Konzernanstellungsverträge). Kommt es im Konzern zu einer Dopplung von Geschäftsleiterstellungen (Doppelmandat), besteht klassischer Weise für jede Tätigkeit ein gesonderter Anstellungsvertrag. Zwingend ist dies keinesfalls. Ein Rückgriff auf die Konstruktion der Drittanstellung drängt sich aus Gründen der Vereinfachung und Vereinheitlichung geradezu auf.<sup>13</sup> Insbesondere

---

standsmitgliedern im faktischen Aktienkonzern; ausführlicher *Jooß*, Die Drittanstellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu beispielsweise *Thüsing*, in: Fleischer, Hdb. des Vorstandsrechts, § 4, Rn. 68.

<sup>12</sup> *Beiner/Braun*, Der Vorstandsvertrag, Rn. 677 ff.; ausführlich zum Thema der Schiedsvereinbarungen *Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 ff.

<sup>13</sup> So beispielsweise die Sachverhaltskonstellation in *BGH*, II ZR 81/60, BB 1962, 109 ff; *Reuter*, A., AG 2011, 274, 275; *Arnold/Born*, AG 2005, R428; *Theobald*, in: FS Raiser, S. 421, 422; *Denzer*, Konzerndimensionale Beendigung der Vorstands- und Geschäftsführerstellung, S. 235; *Fonk*, in: *Semler/Schenck*, Arbeitshdb. für Aufsichtsratsmitglieder, § 10, Rn. 221; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 437; *Austmann*, ZGR 2009, 277, 288 (in Übernahmesituationen).