

Zweiter Teil

Wirksamkeit des Drittanstellungsvertrags

Weil der Drittanstellungsvertrag im Gesetz weder geregelt noch angedeutet ist, verwundert die Meinungsvielfalt zu diesem Thema nicht. Zwischen einer generell ablehnenden und einer generell befürwortenden Auffassung stehen jene, welche die Drittanstellung nur im Vertrags- oder Eingliederungskonzern zulassen wollen³⁶⁵.

Die Zulässigkeit der Drittanstellung soll im Folgenden anhand allgemeiner Grundsätze des Zivil- und Gesellschaftsrechts untersucht werden. Hierbei helfen insbesondere die im ersten Teil erarbeiteten Grundsätze.

§ 8 Vertragsfreiheit

Der Anstellungsvertrag ist ein schuldrechtlicher Austauschvertrag. Es ist deshalb das allgemeine Schuldrecht des Bürgerlichen Rechts anwendbar.

A. Abschluss- und Gestaltungsfreiheit

In Deutschland herrscht, durch Art. 2 Abs. 1 GG garantiert, Vertragsfreiheit. Jeder kann seine privaten Lebensverhältnisse autonom durch Verträge gestalten³⁶⁶.

Jedem steht es frei, ob und mit wem er einen Vertrag schließt (Abschlussfreiheit). Von diesem Grundsatz ausgehend, kann man dem Vorstandsmitglied nicht verwehren, mit einem Dritten einen (Anstellungs-)Vertrag zu schließen.

Die Vertragspartner sind weiterhin in der inhaltlichen Gestaltung ihrer Verträge frei (Gestaltungsfreiheit). Die Dienstleistung im Unternehmen eines Dritten kann somit zum Inhalt eines Schuldverhältnisses gemacht werden. Auch dieser Aspekt der Vertragsfreiheit spricht für den Drittanstellungsvertrag.

Es verwundert deshalb nicht, wenn der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 26. 10. 1964 die Zulässigkeit der Drittanstellung für den GmbH-Geschäftsführer nicht ernstlich in Zweifel gezogen hat³⁶⁷.

365 Vgl. oben Fn. 1, 8 und 9.

366 Vgl. zum Ganzen BVerfGE 8, 274 (328); 95, 267 (303); Heinrichs, in: Palandt, BGB, 66. Aufl., vor § 145 Rn. 7 ff.; Medicus, Schuldrecht I, 16. Aufl., § 10.

367 WM 1964, S. 1320 (1321).

B. Grenzen der Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit findet ihre Grenzen nur in den Gesetzen. Bei der Frage nach der Unwirksamkeit des Drittanstellungsvertrags muss folglich nach rechtlichen Hindernissen gesucht werden. Allenfalls zwingende Gesetze, rechtliche Verbote oder sittenwidrige Vereinbarungen führen zur Unwirksamkeit. Dagegen machen nur praktische Schwierigkeiten den Drittanstellungsvertrag nicht richtig.

Bürgerliches Recht und Aktienrecht werden daher im Anschluss nach zwingenden Vorgaben oder allgemeinen Wertungen und Grundsätzen untersucht, die dem Drittanstellungsvertrag entgegenstehen könnten. Insbesondere müssen Verbote im Sinne des § 134 BGB im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet sein, sondern können sich durch Auslegung aus dem Gesamtzusammenhang ergeben³⁶⁸.

Indem die Rechtssubjekte schuldrechtliche Bindungen eingehen, begrenzen sie ihre Vertragsfreiheit darüber hinaus mitunter selbst. Das führt allerdings nicht zu Wirksamkeitshindernissen hinsichtlich des zeitlich nachfolgenden Vertrags, sondern allenfalls zur Pflichtverletzung gegenüber dem Vertragspartner (relative Rechtswidrigkeit). Durch den Abschluss des Drittanstellungsvertrags verstößen die Vertragspartner möglicherweise gegen bestehende schuldrechtliche Pflichten aus dem Bestellungsverhältnis. Auch das wird zu untersuchen sein.

§ 9 Die Drittanstellung im Lichte von Einheits- und Trennungstheorie

A. Trennungstheorie

Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung begründen Bestellung und Anstellung verschiedene Rechtsverhältnisse, die sich nicht wechselseitig bedingen, sondern ein unterschiedliches Schicksal haben können (Trennungstheorie). Daraus schlussfolgern viele, der Drittanstellungsvertrag sei zulässig.

Weil beide Rechtsverhältnisse rechtlich völlig getrennt sind, spricht das in der Tat für die Drittanstellung. Entsprechend argumentiert auch der Bundesgerichtshof. In seiner Entscheidung zum GmbH-Geschäftsführer stellte er schlicht fest, dass sich Be- und Anstellung nicht bedingen und ein Dritter sich deshalb dem Geschäftsführer gegenüber zu Gehalt und Pension verpflichten könne³⁶⁹.

368 BGHZ 51, 255 (262); Heinrichs, in: Palandt, BGB, 66. Aufl., § 134 Rn. 2; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., § 40 Rn. 6.

369 BGH, WM 1964, S. 1320 (1321).

B. Die Einheitstheorie Baums'

Freilich bestreitet auch *Baums*, als einziger Vertreter einer Einheitstheorie, nicht die Möglichkeit der Drittanstellung³⁷⁰. Weil er, von Ausnahmen abgesehen, nicht den Abschluss eines Anstellungsvertrags neben dem Bestellungsvertrag bestreitet, erkennt er die Drittanstellung an. Für diesen Fall weicht er sogar von seinem grundsätzlichen Standpunkt ab, der Anstellungsvertrag begründe kein gesondertes Rechtsverhältnis, sondern modifizierte lediglich das Bestellungsverhältnis³⁷¹. Zur herrschenden Trennungstheorie bestehen im Fall der Drittanstellung daher keine Unterschiede.

C. Die alte Einheitstheorie

Vertreter der alten Einheitstheorie stritten den Abschluss eines gesonderten Anstellungsvertrags ab. Nach ihrer Auffassung schließen die Parteien einen umfassenden Bestellungsvertrag, der sämtliche Rechte und Pflichten regelt. Dabei handelte es sich aber eher um einen tatsächlichen Befund als um einen dogmatischen Ansatz³⁷². Die rechtliche Zulässigkeit eines ergänzenden Vertrags wollte man nicht bestreiten. So wurde die Einheitstheorie für die Aktiengesellschaft wegen des Gesetzeswortlauts auch relativiert³⁷³ und der Abschluss eines Ergänzungsvertrags ausdrücklich für möglich gehalten³⁷⁴. Auch nach der alten Einheitstheorie stehen der Drittanstellung demnach keine rechtlichen Hindernisse entgegen³⁷⁵.

D. Nutzen der dogmatischen Ausgangslage

Der erste Anschein täuschte, wonach die Trennungstheorie entscheidendes und notwendiges Argument für die Zulässigkeit der Drittanstellung ist. Auch die Vertreter der Einheitstheorie erkennen die Möglichkeit einer Drittanstellung an.

§ 10 Rückschlüsse aus dem Inhalt des Anstellungsvertrags

Die organschaftlichen Befugnisse und Pflichten der Vorstandsmitglieder werden umfassend durch das Bestellungsverhältnis geregelt. Der Anstellungsvertrag erzeugt und ändert keine Organpflichten³⁷⁶. Er ist lediglich der Ort für ergänzende schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen dem

370 *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, S. 59 ff.

371 Vgl. oben § 1 D. I. 3.

372 Vgl. oben § 1 D. I. 2.

373 *Schilling*, in: Hachenburg, GmbHG, 6. Aufl., § 40 Anm. 40.

374 *Ritter/Ritter*, AktG 1937, 2. Aufl., § 75 Anm. 2h.

375 Anders *Theobald*, Festschrift Raiser (2005), S. 421 (424): „Nur wegen der Trennungstheorie stellt sich überhaupt die Problematik von Drittanstellungsverhältnissen“.

376 Vgl. oben § 4 D. III. 2.

Vorstandsmitglied und der Aktiengesellschaft. Insbesondere ist er Rechtsgrund für die Vergütung des Vorstandsmitglieds. Anstellungsvertrag und Bestellungsverhältnis haben demzufolge unterschiedliche Regelungsgegenstände, was für die Zulässigkeit der Drittanstellung spricht.

Auf den Abschluss eines Anstellungsvertrags kann überhaupt verzichtet werden (Abschlussfreiheit)³⁷⁷. Das Vorstandsmitglied muss keinen Anstellungsvertrag mit der bestellenden Aktiengesellschaft schließen. Es kann gänzlich ohne Anstellungsverhältnis tätig werden – oder aber ein Anstellungsverhältnis mit einem Dritten eingehen.

Das wäre anders, beruhte die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandsmitglieds nicht auf dem Bestellungsverhältnis, sondern auf dem Anstellungsvertrag. Eine Drittanstellung unter dieser Prämisse setzte voraus, dass ein Dritter die Geschäftsführungsbefugnis verleihen kann. Die Fähigkeit zur Verleihung organschaftlicher Kompetenzen muss man Dritten indes absprechen. Es handelt sich hierbei um eine interne Angelegenheit der Aktiengesellschaft selbst³⁷⁸.

Weil aber nachgewiesen wurde, dass sowohl die organschaftliche Befugnis als auch die organschaftliche Pflicht zur Geschäftsführung durch die Bestellung begründet werden³⁷⁹, stehen einer Drittanstellung insoweit weder dogmatische noch praktische Gesichtspunkte entgegen. In diese Richtung geht auch die Begründung des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung zum GmbH-Geschäftsführer³⁸⁰. Er führt aus, dass zum Abschluss des Anstellungsvertrags keine Berechtigung aus dem GmbH-Recht erforderlich sei, weil der Anstellungsvertrag nur schuldrechtliche Beziehungen schaffe.

§ 11 Gesetzliche Zuständigkeitsregelung

A. Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats

Überwiegend wird die Drittanstellung mit der Begründung abgelehnt, sie verstöße gegen die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrats zum Abschluss des Anstellungsvertrags³⁸¹. Diese Autoren gehen insoweit von

377 K. Schmidt, GesR, 4. Aufl., S. 416; M. Schäfer, Die Organstellung, Anstellungsverhältnisse und Haftung der Mitglieder des Vorstands und der Geschäftsführung abhängiger Gesellschaften, S. 83 und 118; Wolff, Theorie der Vertretung, S. 233; a. A., soweit ersichtlich, nur Schuster-Bonnott, Festschrift Kastner (1972), S. 421 (425f. und 438f.) für die Rechtslage in Österreich.

378 Vgl. oben § 4 D. III. 2 und Fn. 386; vgl. auch die Argumentation Winters, GmbHR 1965, S. 195 (196).

379 Vgl. oben § 1 C. I. 1.

380 WM 1964, S. 1320 (1321).

381 Fonk, in: Semler/v. Schenck, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 9 Rn. 198; Hefermehl/Spindler, in: MünchKomm, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 54; Mertens, in: Köl-

einer eingeschränkten Gestaltungsmacht³⁸² aus: Sie verweigern Dritten die Fähigkeit, Anstellungsverträge mit Vorstandsmitgliedern zu schließen.

In diese Richtung tendieren auch jene, welche die Wirksamkeit der Drittanstellungsverträge von der Zustimmung des Aufsichtsrats der bestellenden Gesellschaft abhängig machen³⁸³.

Die Argumentation ist nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen. § 84 Abs. 1 AktG meint zweifellos den Aufsichtsrat der bestellenden Gesellschaft. Er schließt andere Organe der Aktiengesellschaft und erst recht, so könnte man meinen, außenstehende Dritte aus.

I. Rechtslage nach § 112 AktG

Zuständigkeitsnorm für den Abschluss des Anstellungsvertrags ist jedoch nicht § 84 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. Satz 1 AktG, sondern § 112 AktG³⁸⁴. Zwar spricht auch § 112 AktG nur den Aufsichtsrat der bestellenden Gesellschaft an. Genauso offensichtlich ist jedoch, dass § 112 AktG nur für Verträge des Vorstandsmitglieds mit der Bestellungskörperschaft gilt und nicht die Gestaltungsmacht des Vorstandsmitglieds oder Dritter einschränkt³⁸⁵. Dem Vorstandsmitglied steht es demnach frei, Verträge, auch Anstellungsverträge, mit Dritten zu schließen.

II. Rechtslage nach § 84 Abs. 1 AktG

Selbst auf der Grundlage des § 84 Abs. 1 AktG ist die Unzulässigkeit der Drittanstellung nicht zwingend. In den §§ 76 ff. regelt das Aktiengesetz die Verfassung der Aktiengesellschaft (vgl. die gesetzliche Überschrift des vierten Teils), also das Innenrecht des Verbands. Insbesondere werden die Kompetenzen der einzelnen Organe gegeneinander abgegrenzt. Wenn den einzelnen Organen Kompetenzen zugewiesen werden, setzt das voraus, dass die Aktiengesellschaft selbst betroffen und „zuständig“ ist. Über Kompetenzkonflikte zwischen verschiedenen Rechtssubjekten im Außenverhältnis kann und soll die Verbandsverfassung nicht entscheiden. Aus die-

ner Kommentar, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 51; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., § 14 Rn. 47; *Theobald*, Festschrift Raiser (2005), S. 421 (432 ff.); zweifelnd auch *Erdmann*, NZG 2002, S. 503 (511); *Fleck*, ZHR 149 (1985), S. 387 (389) für die mitbestimmte GmbH.

382 Vgl. dazu *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB, 66. Aufl., § 134 Rn. 5.

383 *Beiner*, Der Vorstandsvertrag, Rn. 178; *Hessler*, RdA 1992, S. 289 (302); *Wiesner*, in: *MünchHdb*, GesR, Bd. 4, 3. Aufl., § 21 Rn. 3; vgl. für die GmbH *Hommelhoff/Kleiniek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., Anh. § 6 Rn. 9; *Koppensteiner*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 35 Rn. 79 a. E.; *Lenz*, in: *Michalski*, GmbHG, § 35 Rn. 116. Freilich wird nicht immer klar, ob es sich tatsächlich um ein *Wirksamkeitshindernis* handeln soll.

384 Vgl. oben § 3 A.

385 Vgl. *Sack*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2003, § 134 Rn. 33.

sen Gründen muss man auch § 84 Abs. 1 AktG keinen darüber hinausgehenden Regelungsgehalt beimessen.

§ 84 Abs. 1 AktG würde nach dieser Auffassung die Kompetenz zum Abschluss des Anstellungsvertrags nur intern dem Aufsichtsrat zuweisen, nicht aber die ausschließliche Gestaltungsmacht der Bestellungskörperschaft regeln³⁸⁶.

Im Übrigen hatte der Gesetzgeber die Drittanstellung nicht bedacht³⁸⁷. Der Wille, durch § 84 Abs. 1 AktG Dritte vom Abschluss des Anstellungsvertrags auszuschließen, lag folglich nicht vor.

B. Keine Einschränkung der Personalkompetenz der Aktiengesellschaft

I. Allgemeines

Durch die Drittanstellung wird die Personalkompetenz der Aktiengesellschaft nicht beschnitten. Die Kompetenz des Aufsichtsrats zur Entscheidung über die Leitung der Gesellschaft bleibt mit der Bestellungskompetenz uneingeschränkt bei ihm. Diese Kompetenz kann auf Dritte nicht übertragen werden³⁸⁸. Der Anstellungsvertrag hat nur Ergänzungsfunktion und ist weder dazu geeignet noch dazu bestimmt, über die Besetzung der Vorstandssämter zu entscheiden.

³⁸⁶ Ähnlich *Denzer*, Konzerndimensionale Beendigung der Vorstands- und Geschäftsführerstellung, S. 238; *Krauss*, Status und Kündigungsschutz von arbeitnehmerähnlichen Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft, S. 164; *Schackmann*, Die Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern im faktischen Aktienkonzern, S. 47f. Klargestellt sei kurz, dass das Ausgeführt nicht für die Bestellung gilt. Eine Drittbestellung ist nicht möglich. Das ergibt sich jedoch nicht aus der Zuständigkeit des Aufsichtsrats, sondern der Personalkompetenz der Aktiengesellschaft selbst (intern wird die Kompetenz dem Aufsichtsrat zugewiesen). Nur die juristische Person selbst kann einen Amtsträger in die eigene Organisation eingliedern (vgl. oben § 4 D. III. 2). Für die GmbH wird eine Drittbestellung zwar als zulässig erachtet (*Lenz*, in: *Michalski*, GmbHG, § 35 Rn. 13; kritisch *M. Schäfer*, Die Organstellung, Anstellungsverhältnisse und Haftung der Mitglieder des Vorstands und der Geschäftsführung abhängiger Gesellschaften, S. 27f.). Hierzu bedarf es aber einer Ermächtigung durch die Gesellschaft. Durch die Ermächtigung wird der Dritte nach überwiegender Auffassung zum Organ der Gesellschaft (vgl. *G. Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., § 6 Rn. 20; *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 46 Rn. 11; a. A. *M. Schäfer*, Die Organstellung, Anstellungsverhältnisse und Haftung der Mitglieder des Vorstands und der Geschäftsführung abhängiger Gesellschaften, S. 27). Eine solche Möglichkeit besteht in der Aktiengesellschaft nicht. Auch hier können zwar zusätzliche Gremien eingerichtet werden. Diesen dürfen aber keine Kompetenzen zulasten der drei obligatorischen Organe eingeräumt werden (§ 23 Abs. 5 AktG; vgl. *Hoffmann-Becking*, in: *MünchHdb*, GesR, Bd. 4, 3. Aufl., § 29 Rn. 19a; *Kort*, in: *Großkommentar*, AktG, 4. Aufl., vor § 76 Rn. 17).

³⁸⁷ Vgl. die Gesetzesbegründungen, in: *Klausing*, AktG 1937, S. 61f. und *Kropff*, AktG, S. 105 ff.

³⁸⁸ Vgl. Fn. 386.

II. Mitbestimmte Aktiengesellschaften

Für die mitbestimmte Aktiengesellschaft gilt das Ausgeführte entsprechend. Der Drittanstellungsvertrag beschneidet die Mitbestimmung bei Personalentscheidungen nicht. Die Personalkompetenz verwirklicht auch der mitbestimmte Aufsichtsrat ausschließlich durch die Bestellung der Vorstandsmitglieder.

Wie darüber hinaus Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgesetzes eine zwingende Zuständigkeit des Aufsichtsrats auch für die Anstellung verlangen und deshalb der Drittanstellung im Wege stehen soll³⁸⁹, ist nicht ersichtlich³⁹⁰. Offenbleiben kann, ob es Sinn und Zweck des Mitbestimmungsgesetzes ist, die Arbeitnehmervertreter über die Vergütung der Vorstandsmitglieder mitentscheiden zu lassen, wenn die bestellende Gesellschaft Vertragspartner ist. Ansprüche des Vorstandsmitglieds gegen Dritte sind vom Zweck des Mitbestimmungsgesetzes jedenfalls nicht erfasst.

III. Akzessorietät der Anstellungskompetenz

Die Personalkompetenz der bestellenden Aktiengesellschaft und des Aufsichtsrats wird zusätzlich durch den Akzessorietätsgrundsatz geprägt. Durch Abschluss oder Kündigung des Anstellungsvertrags darf nicht faktisch in die Bestellungskompetenz des Aufsichtsrats eingegriffen werden³⁹¹.

Die Drittanstellung wahrt den Akzessorietätsgrundsatz angeblich nicht. Durch verfrühten Abschluss des Anstellungsvertrags könne der Dritte auf die Bestellungsentscheidung Einfluss nehmen. Kündigt der Dritte den Anstellungsvertrag, würde er das Vorstandsmitglied zur Amtsniederlegung drängen³⁹².

Diese Argumente überzeugen allenfalls auf den ersten Blick. Der Drittanstellungsvertrag mit einem (designierten) Vorstandsmitglied begründet keinen Einfluss auf den Aufsichtsrat der Bestellungskörperschaft. Die Einflussnahme des Dritten kann nur aufgrund anderer Umstände erfolgreich sein.

389 So Mertens, in: Kölner Kommentar, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 51; ähnlich Fleck, ZHR 149 (1985), S. 387 (389).

390 G.L.A. Denzer, Konzerndimensionale Beendigung der Vorstands- und Geschäftsführerstellung, S. 239.

391 Vgl. oben § 3 C.

392 So oder ähnlich Baums, Der Geschäftsleitervertrag, S. 73f.; Beiner, Der Vorstandsvertrag, Rn. 177. Krieger, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, S. 186f., will diese Bedenken mit der Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter zerstreuen. Aus § 328 Abs. 2 BGB folge, dass zur Kündigung des Anstellungsvertrags die Zustimmung der bestellenden Gesellschaft erforderlich sei. Zur Drittanstellung als Vertrag zugunsten Dritter, vgl. unten § 19.

1. (Kein) Einfluss durch Abschluss des Drittanstellungsvertrags

Verpflichtet sich ein Dritter zur Vergütung des (designierten) Vorstandsmitglieds, kann das die bestellende Aktiengesellschaft unbeeindruckt lassen. Eine Verpflichtung ihrerseits ergibt sich daraus nicht. Es entsteht insbesondere nicht ohne Weiteres ein Anspruch des Dritten auf Aufwendungsersatz gegen die Aktiengesellschaft. Der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag setzt nach § 683 Satz 1 BGB voraus, dass die Drittanstellung dem Interesse und dem wirklichen oder ggf. mutmaßlichen Willen der Aktiengesellschaft entspricht³⁹³.

Wie soll also ein Vertrag zwischen Außenstehenden (einem Dritten und dem von ihm favorisierten Vorstandskandidaten) auf die Aktiengesellschaft einwirken? Zwar mag der Anstellungsvertrag die Gefahr der Einflussnahmeversuche durch den Dritten erhöhen. Ob diese Beeinflussung erfolgreich ist, entscheidet sich aber nicht anhand des Verhältnisses zwischen dem Dritten und dem (designierten) Vorstandsmitglied, sondern zwischen dem Dritten und der Aktiengesellschaft.

Ist der Dritte etwa ein Mehrheitsaktionär, ggf. sogar Konzernmutter, wird eine Veranlassung aufgrund des beherrschenden Einflusses erfolgreich sein. Das herrschende Unternehmen kann genauso gut, und tut es in der Regel, ohne Abschluss eines Drittanstellungsvertrags Einfluss auf die Personalpolitik der Aktiengesellschaft nehmen. Hat der Dritte dagegen keinen Einfluss auf den Aufsichtsrat, gewinnt er ihn auch nicht durch den Abschluss eines Drittanstellungsvertrags mit dem von ihm ausgesuchten Kandidaten.

2. (Kein) Einfluss durch Kündigung des Drittanstellungsvertrags

Auch mit der Kündigung des Drittanstellungsvertrags beeinflusst der Dritte nicht die Personalkompetenz der Aktiengesellschaft. Die früher vertretene Auffassung, wonach das Bestellungsverhältnis automatisch mit der Kündigung des Anstellungsverhältnisses ende, ist zu Recht überwunden³⁹⁴. Das Bestellungsverhältnis bleibt rechtlich unbeeinflusst von der Kündigung des Drittanstellungsvertrags (Trennungstheorie).

Auch mittelbar oder faktisch wird das Bestellungsverhältnis nicht berührt. Das Vorstandsmitglied hat weder sofort und ohne Weiteres das Recht, sein Amt niederzulegen, noch wird es dazu faktisch gedrängt. Die Sach- und Rechtslage ist vielmehr dieselbe wie in Fällen, in denen die Bestellung des Vorstandsmitglieds schon vor Abschluss des Anstellungsvertrags erfolgt. Es liegt dann in der Hand der Aktiengesellschaft und des Vorstandsmitglieds, Anstellungsvereinbarungen auszuhandeln und einen Vertrag abzuschließen. Aus dem organ-schaftlichen Treueverhältnis ergibt sich die

393 Vgl. unten § 26 B. II.

394 Vgl. oben Fn. 354.

Pflicht beider, Vertragsverhandlungen zu führen³⁹⁵. Legt das Vorstandsmitglied sein Amt nieder, bevor es ernsthaft über den Abschluss eines Anstellungsvertrags mit der Aktiengesellschaft verhandelt hat, verletzt es seine Treuepflicht.

Erst wenn die Verhandlungen scheitern, kann das Vorstandsmitglied sein Amt niederlegen, weil ihm die Amtsführung ohne Gegenleistung in der Regel nicht zumutbar ist.

§ 12 Eigenverantwortung und Interessenbindung des Vorstands

Als weiteres Argument gegen die Zulässigkeit der Drittanstellung wird § 76 Abs. 1 AktG angeführt. Das Vorstandsmitglied habe die Gesellschaft eigenverantwortlich und allein in deren Interesse zu leiten. Es könne nicht „Dienner zweier Herren“ sein, was sich aber aufgrund der schuldrechtlichen Pflichten aus dem Anstellungsvertrag zwangsläufig ergebe³⁹⁶.

Ausnahmen werden nur für Vertrags- und Eingliederungskonzerne zugelassen³⁹⁷. Aufgrund des Weisungsrechts der Muttergesellschaft bzw. der Hauptgesellschaft aus den §§ 308 Abs. 1 Satz 1 bzw. 323 Abs. 1 Satz 1 AktG widerspreche ein anstellungsvertragliches Weisungsrecht nicht der organschaftlichen Stellung des Vorstandsmitglieds. Aber selbst das wird für den Fall des Beherrschungsvertrags vereinzelt bestritten, weil das Vorstandsmitglied trotz § 308 Abs. 2 AktG existenzbedrohende und rechtswidrige Weisungen abwehren müsse³⁹⁸.

An dieser Stelle soll deshalb vorab die organschaftliche Stellung des Vorstands und dessen Mitglieder in der Aktiengesellschaft im Lichte des § 76 Abs. 1 AktG untersucht werden. Im Anschluss daran kann die Frage beantwortet werden, ob ein Drittanstellungsvertrag dieser Stellung des Vorstandsmitglieds im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft widerspricht und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

395 Vgl. oben § 1 C. III und IV.

396 *Hefermehl/Spindler*, in: MünchKomm, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 54; v. *Kann*, Vorstand der AG, Rn. 70; ähnlich *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, S. 74; *Beiner*, Der Vorstandsvertrag, Rn. 177 a. E.; *Henssler*, RdA 1992, S. 289 (301, Fn. 163); *Mertens*, in: Kölner Kommentar, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 51.

397 *Henssler*, RdA 1992, S. 289 (301, Fn. 163); *Wiesner*, in: MünchHdb, GesR, Bd. 4, 3. Aufl., § 21 Rn. 3; vgl. auch *Fonk*, in: *Semler/v. Schenck*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2. Aufl., § 9 Rn. 198; *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., § 84 Rn. 14.

398 *Hefermehl/Spindler*, in: MünchKomm, AktG, 2. Aufl., § 84 Rn. 54.

A. Die Stellung des Vorstands in der Aktiengesellschaft

I. Die Eigenverantwortung des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG

Nach § 76 Abs. 1 AktG leitet der Vorstand die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“. Das ist zwingendes Aktienrecht, die Satzung kann davon nicht abweichen (§ 23 Abs. 5 Satz 1 AktG). § 76 Abs. 1 AktG wendet sich zwar an das Gesamtorgan, strahlt jedoch auf die einzelnen Mitglieder aus. Diese sind es, die das Unternehmen unter eigener, wenn auch gemeinsamer, Verantwortung leiten³⁹⁹.

Die Leitungsmacht in der Aktiengesellschaft wurde dem Vorstand erstmals durch § 70 Abs. 1 AktG 1937 eingeräumt. Seine Leitungsmacht war nach damaliger Rechtslage sogar noch stärker ausgeprägt als heute. Man sprach vom „Führerprinzip“⁴⁰⁰. Mag dieser Begriff auch ideologisch verbrämt gewesen sein, so kam darin doch die Spitzenstellung des Vorstands in der Organisation der Aktiengesellschaft zum Ausdruck. An dieser Stellung des Vorstands an der Spitze des Unternehmens hat sich bis heute wenig geändert. Seine Kompetenzen wurden im Aktiengesetz 1965 zwar zugunsten der anderen Organe beschränkt, man hielt aber am Gedanken des weisungsfreien Vorstands fest⁴⁰¹.

Obwohl dem Vorstand demnach eine herausragende Rolle zufällt, ist die Organstruktur der Aktiengesellschaft nicht hierarchisch geordnet, sondern zielt auf Machtbalance ab. Weder ist der Vorstand den anderen Organen übergeordnet noch umgekehrt. Sämtliche Organe (Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung) sind gleichrangig⁴⁰². Ihnen stehen eigene aber begrenzte Kompetenzen zu, die sie eigenverantwortlich wahrnehmen.

1. Weisungsunabhängigkeit

§ 76 Abs. 1 AktG legt die Unternehmensleitung in die exklusive Zuständigkeit des Vorstands und schließt damit Aufsichtsrat und Hauptversammlung von ihr aus. Aufsichtsrat und Hauptversammlung können sich weder selbst Leitungsaufgaben anmaßen noch durch Weisungen auf Entscheidungen des Vorstands Einfluss nehmen⁴⁰³.

a) Verhältnis zur Hauptversammlung

Unter der Geltung des Aktienrechts des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs 1897 war die Generalversamm-

399 Vgl. *Dose*, Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, S. 34 f.

400 Vgl. *Kort*, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl., vor § 76 Rn. 6; *Raisch*, Unternehmensrecht 2, S. 34; *Wiethölter*, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, S. 46.

401 *Kort*, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl., vor § 76 Rn. 8 a. E.

402 Vgl. *Hefermehl/Spindler*, in: *MünchKomm*, AktG, 2. Aufl., vor § 76 Rn. 53; *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., § 76 Rn. 4 a. E.; *Semler*, in: *MünchKomm*, AktG, 2. Aufl., § 111 Rn. 49.

403 *Fleischer*, ZIP 2003, S. 1 (1); *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., § 76 Rn. 2.

lung oberstes Organ der Aktiengesellschaft und dem Vorstand gegenüber weisungsbefugt⁴⁰⁴. Sie konnte auch die Geschäftsführung an sich reißen⁴⁰⁵.

Das änderte sich mit Einführung des Aktiengesetzes 1937. Seitdem ist die Zuständigkeit der Hauptversammlung begrenzt (vgl. § 119 AktG). Die Hauptversammlung ist nicht (mehr) oberstes Organ der Aktiengesellschaft, sondern „Basisorgan“⁴⁰⁶. Aufgrund ihrer Satzungsgewalt entscheidet die Hauptversammlung über die rechtlichen Grundlagen und die Struktur der Aktiengesellschaft (Unternehmensgegenstand, Kapitalausstattung usw.). Darüber hinaus ist sie für alle sonstigen grundlegenden Strukturentscheidungen zuständig (§ 119 Abs. 1 AktG)⁴⁰⁷.

Zurückgehend auf die „Holzmüller“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴⁰⁸ werden der Hauptversammlung zwar noch weitere, ungeschriebene Mitwirkungskompetenzen in Grundlagengeschäften eingeräumt und die Leitungsmacht des Vorstands entsprechend beschränkt. Das erschüttert aber nicht die Unabhängigkeit des Vorstands. Es geht hierbei nicht um eine Über- und Unterordnung, sondern um die Sicherung der gleichrangigen Stellung der Hauptversammlung. Die Hauptversammlung erhält ein Mitspracherecht aber kein Weisungsrecht. Im Übrigen betreffen diese Fälle nur strukturrelevante Entscheidungen der Gesellschaft, mit denen schwerwiegende Eingriffe in die Mitgliedschaftsrechte und Vermögensinteressen der Aktionäre verbunden sind.

Im Kompetenzbereich des Vorstands kann die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG nur entscheiden, wenn es der Vorstand verlangt. Sie entscheidet dann zwar bindend und kann den Vorstand entsprechend anweisen. Weil das aber das vorherige Verlangen des Vorstands voraussetzt, berührt es nicht die grundsätzliche Weisungsunabhängigkeit des Vorstands.

Auch § 83 AktG erschüttert die Weisungsfreiheit des Vorstands nicht⁴⁰⁹, obwohl der Vorstand verpflichtet ist, Maßnahmen der Hauptversammlung vorzubereiten (Abs. 1) und auszuführen (Abs. 2). § 83 AktG betrifft zum einen nur vorbereitungs- bzw. ausführungsbedürftige Beschlüsse. Die Regelung ist notwendig, weil die Hauptversammlung angesichts ihrer Schwerfälligkeit zur Vorbereitung und Ausführung ihrer Beschlüsse nicht in der

404 Horn, in Horn/Kocka, Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert, S. 123 und 140f.; Kort, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl., vor § 76 Rn. 5.

405 Hefermehl/Spindler, in: MünchKomm, AktG, 2. Aufl., vor § 76 Rn. 11.

406 Kort, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl., vor § 76 Rn. 13; v. Rechenberg, Die Hauptversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft, S. 158 ff.; nur hinsichtlich der Begrifflichkeit, nicht aber in der Sache a. A. Müllert, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl., vor § 118 Rn. 43.

407 Kort, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl., vor § 76 Rn. 15.

408 BGHZ 83, 122; vgl. dazu Lutter, Festschrift Barz (1974), S. 199; Henze, BB 2000, S. 209 (211f); Kessler, AG 1995, S. 61 (69ff.); Kort, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl., § 76 Rn. 79ff.

409 Hüffer, AktG, 7. Aufl., § 76 Rn. 11; Kort, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl., § 76 Rn. 44.