

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 Tritsch 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

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 Schiefelage	21
d) Fazit	21
II. Gestaltungsmöglichkeiten des Drittstellungsvertrags	22
1. Drittstellungsvertrag 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) Schuldrechtliche Rezeption der organschaftlichen Stellung	31
aa) Drittstellungsvertrag 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) Loyalereinsatz 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-, 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 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-	99
gesetz von § 76 AktG?	
(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-	102
nisse	
(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	115
des Vorstandsmitglieds	
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 Vorstands Doppelmandate ...	140
(1) Vorstands Doppelmandate – 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 Vorstands Doppelmandaten ...	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 Drittstellungsvertrag	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
E. Zusammenfassung	208
Literaturverzeichnis	209
Stichwortverzeichnis	225

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).¹ Was für die GmbH als weitgehend geklärt angesehen werden kann², 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 wurde³, haben sich Gerichte mit der Fallgestaltung der Drittanstellung bisher nur sehr vereinzelt und am Rande beschäftigt⁴.

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

¹ *Beiner/Braun*, Der Vorstandsvertrag, Rn. 234.

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

³ *BGH*, II ZR 170/07, NZG 2009, 744, 745.

⁴ *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 Meinungsbild⁵ auszumachen ist, an dem sich die Praxis orientieren könnte. Je nach Abhandlung wird der Stempel der herrschenden Meinung teilweise für die Zulässigkeit der Drittanstellung⁶, teilweise für ihre Ablehnung⁷ proklamiert. Von einigen Vertretern wird die Drittanstellung zwar als statthaft erachtet, allerdings von ihrer Praktizierung aufgrund der bestehenden Unsicherheiten abgeraten.⁸ Andere wollen das Thema wegen der unproblematischen Zulässigkeit gar zu den Akten legen.⁹ Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Materie der Drittanstellung, insbesondere im Hinblick auf ihre aktienrechtliche Vereinbarkeit erfolgt gleichwohl nur selten.¹⁰ Ein Bedürfnis der Praxis für eine

⁵ Für die Zulässigkeit: *Beiner/Braun*, Der Vorstandsvertrag, Rn. 235; *Bürgers/Israel*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, § 84, Rn. 20 (zumindest des Konzernanstellungsvertrags); *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 84, Rn. 19; *Denzer*, Konzerndimensionale Beendigung der Vorstands- und Geschäftsführerstellung, S. 239; *Gefler*, AktG, § 84, Rn. 12; *Eckert*, in: *Wachter*, AktG, § 84, Rn. 19; *Joß*, Die Drittanstellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft; *ders.*, NZG 2011, 1130 ff.; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, S. 186 ff.; *Lutter/Krieger/Verse*, 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/Grün*, 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.

⁶ *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: *Henssler/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/Verse*, 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.

⁷ *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).

⁸ *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/Verse*, 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.

⁹ *Mutter/Frick*, AG 2006, R32.

¹⁰ Teilaspekte 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.¹¹

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.¹² 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.¹³ Insbesondere

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

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

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

¹³ 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; *Lutler/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Rn. 437; *Austmann*, ZGR 2009, 277, 288 (in Übernahmesituationen).