

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 279

Drittanstellung und Drittvergütung bei Vorstandsdoublemandaten

Von

Andreas Wöller



Duncker & Humblot · Berlin

ANDREAS WÖLLER

Drittanstellung und Drittvergütung
bei Vorstandsdoublemandaten

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 279

Drittanstellung und Drittvergütung bei Vorstandsdoublemandaten

Von

Andreas Wöller



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln 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 978-3-428-14836-3 (Print)
ISBN 978-3-428-54836-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84836-2 (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 Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde die Rechtsprechung und Literatur bis September 2015 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald. Sie hat diese Arbeit von der ersten Themenbesprechung bis zu ihrem Abschluss in jeder Hinsicht begleitet und gefördert und mir gleichzeitig alle Freiheiten bei ihrer Erstellung eingeräumt. Frau Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Sehr verbunden bin ich auch Herrn Dr. Christian Eichner, der mit seinen Anregungen den thematischen Anstoß für diese Arbeit gegeben hat.

Sehr herzlich möchte ich meinen Eltern Hildegard und Dr. Wolfgang Wöller danken. Sie haben mich nicht nur bei dieser Arbeit unterstützt, sondern meine gesamte Ausbildung ermöglicht und gefördert. Ihnen und meinem Bruder, Dr. Burkhard Wöller, gebührt auch ein besonderer Dank für die Hilfe bei der Korrektur des Manuskripts. Schließlich möchte ich Hannah für ihre Unterstützung, ihre Geduld und ihr Verständnis während der Erstellung dieser Arbeit danken.

Düsseldorf, im September 2015

Andreas Wöller

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
-------------------------	----

1. Teil

Das Vorstandsdoppelmandat im Konzern	21
§ 1 Motive und Zulässigkeit	21
A. Erscheinungsformen	21
B. Beweggründe für Vorstandsdoppelmandate	23
C. Zulässigkeit von Vorstandsdoppelmandaten	25
§ 2 Die Leitungsverantwortung des Doppelmandatsträgers	28
A. Pflichten- und Handlungsmaximen des Doppelmandatsträgers	29
I. Die Bindung an das Gesellschafts- und Unternehmensinteresse	29
1. Meinungsstand	31
2. Stellungnahme	33
II. Auswirkungen der Konzernierung auf die Leitungsverantwortung	35
1. Bestehen eines Konzerninteresses?	36
2. Konzernleitungspflicht	37
3. Vorstandsmandat in der Tochtergesellschaft	39
a) Faktischer Konzern	40
b) Vertragskonzern	41
B. Die Auflösung von Pflichtenkollisionen	42
I. Kein allgemeines Stimmverbot	43
II. Vermeidung von Interessenkonflikten	45
1. Offenlegung potenzieller Interessenkonflikte	45
2. Stimmenthaltung	46
3. Teilnahme an Vorbereitung und Beratung	47
4. Amtsniederlegung oder Abberufung	48
§ 3 Fazit des ersten Teils	49

2. Teil

Die Drittanstellung des Doppelmandatsträgers	51
§ 4 Das Vorstandsstellungsverhältnis im Allgemeinen	52
A. Verhältnis von Organ- und Stellungsverhältnis	53
I. Grundsatz der Trennungstheorie	53
II. Der Vorrang des Organverhältnisses und dessen Rechtsfolgen	54
1. Vorrang des Organverhältnisses	55
2. Rechtsfolgen für das Stellungsverhältnis	55
a) § 76 AktG als Verbotsgesetz	56
b) § 84 AktG als Verbotsgesetz	57
B. Rechtsnatur des Stellungsverhältnisses	58
C. Zustandekommen des Stellungsvertrages	60
I. Anstellungskompetenz des Aufsichtsrates	60
1. Gesetzliche Grundlage	60
2. Ausschließlichkeit der Anstellungskompetenz	62
3. Umfang der Anstellungskompetenz	62
a) Wirtschaftliche Identität	63
b) Anstellungsvertragliche Grundlage	65
II. Konkludenter Vertragsschluss durch Bestellung?	67
III. Anspruch auf Abschluss eines Stellungsvertrages?	68
D. Inhalt des Stellungsverhältnisses	70
I. Ausübung des Vorstandsamtes	70
II. Originäre Rechte und Pflichten aus dem Stellungsvertrag	71
E. Beendigung des Stellungsvertrages	72
I. Zuständigkeit des Aufsichtsrates	72
II. Kündigung nach den allgemeinen Vorschriften	73
1. Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB	73
2. Ordentliche Kündigung	75
3. Sonderkündigungsrecht des Vorstandsmitgliedes gemäß § 87 Abs. 2 Satz 4 AktG	76
III. Auswirkungen der Mandatsbeendigung auf das Stellungsverhältnis	76
1. Widerruf der Bestellung durch den Aufsichtsrat	77
2. Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied	78
IV. Auswirkungen der Kündigung des Stellungsvertrages auf das Organverhältnis	81
§ 5 Aktienrechtliches Verbot eines Drittanstellungsvertrages?	82
A. Die Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung nach § 76 Abs. 1 AktG	84
I. Beeinträchtigung der Eigenverantwortlichkeit	85
1. Vorrangige Auslegung des Stellungsvertrages	85

2. Vorrang des Organverhältnisses	87
3. Vergleich mit dem GmbH-Recht	88
II. Interessenkonflikte	90
III. Auswirkung von Beherrschungsvertrag oder Eingliederung	92
B. Eingriff in die aktienrechtliche Kompetenzordnung	93
I. Ausschließliche Anstellungskompetenz des Aufsichtsrates	93
II. Umgehung des § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG?	96
III. Eingriff in die Bestellungskompetenz des Aufsichtsrates	96
C. Mitbestimmte Beteiligungsgesellschaften, § 31 MitbestG	99
§ 6 Mitwirkung des Aufsichtsrates der bestellenden Gesellschaft	101
A. Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates der bestellenden Gesellschaft	101
I. Keine Zustimmungspflicht aus aktienrechtlicher Kompetenzordnung	102
II. Keine Zustimmungspflicht aus § 88 AktG	103
B. Pflicht zur Festsetzung einer angemessenen Vergütung, § 87 AktG	103
I. Schutzzweck des § 87 AktG	104
II. Auswirkungen der Vergütungsentscheidung auf den Drittanstellungsvertrag	106
III. Festsetzung der Vergütung bei der Drittanstellung	107
§ 7 Besonderheiten des Drittanstellungsvertrages	108
A. Rechtsnatur des Drittanstellungsvertrages	110
I. Dienstvertraglicher Charakter des Drittanstellungsvertrages	110
II. Drittanstellungsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter	112
III. Drittanstellungsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	113
B. Abschluss und Inhalt des Drittanstellungsvertrages	116
I. Anstellungskompetenz des Aufsichtsrates der anstellenden Gesellschaft	116
II. Erfüllung der Obliegenheit zum Abschluss eines Anstellungsvertrages	117
C. Laufzeit des Drittanstellungsvertrages	118
D. Kündigung des Drittanstellungsvertrages	120
I. Kündigung durch die anstellende Gesellschaft	121
1. Kündigung aus wichtigem Grund	122
2. Ordentliche Kündigung	124
3. Kündigungsrecht bei Veräußerung der bestellenden Gesellschaft	125
II. Kündigung durch den Doppelmandatsträger	127
1. Kündigung aus wichtigem Grund	127
2. Ordentliche Kündigung	129
3. Sonderkündigungsrecht gemäß § 87 Abs. 2 Satz 4 AktG	129
E. Haftung des drittangestellten Doppelmandatsträgers	130
I. Haftung gegenüber der bestellenden Gesellschaft	130
II. Haftung gegenüber der anstellenden Gesellschaft	132

III. Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	133
1. Beschränkung der Haftung gegenüber der bestellenden Gesellschaft	134
2. Beschränkung der Haftung gegenüber der anstellenden Gesellschaft	136
F. Versetzungsbefugnis der drittanstellenden Gesellschaft	137
I. Eingriff in die Personalkompetenz des Aufsichtsrates	137
II. Schadensersatzpflicht des Vorstandes	140
§ 8 Fazit des zweiten Teils	142

3. Teil

Die Drittvergütung des Doppelmandatsträgers	145
§ 9 Angemessenheit der Vergütung im Allgemeinen	147
A. Allgemeines	147
I. Konkretisierung des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabes und das Unternehmensinteresse	147
II. Unbestimmtheit und Prognosecharakter	150
B. Gesamtbezüge als Beurteilungsgrundlage	152
I. Erfasste Vergütungsbestandteile	152
II. Verhältnis der einzelnen Vergütungsbestandteile und Vergütungsstruktur ...	154
C. Kriterien der Angemessenheit	155
I. Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitgliedes	155
1. Aufgaben	155
2. Leistungen	156
II. Lage der Gesellschaft	158
III. Weitere Kriterien	159
D. Üblichkeit der Vergütung	160
E. Nachhaltige Vergütungsstruktur	163
I. Nachhaltigkeit	163
II. Mehrjährige Bemessungsgrundlage	166
III. Steuerungsfunktion der Vergütung	167
IV. Geltung für nichtbörsennotierte Gesellschaften	168
§ 10 Zulässigkeit und Ausgestaltung der Drittvergütung des Doppelmandatsträgers	169
A. Zulässigkeit der Drittvergütung	169
B. Festsetzung der angemessenen Drittvergütung	171
I. Vergütungsentscheidung der anstellenden Gesellschaft	172
II. Vergütungsentscheidung der bestellenden Gesellschaft	173

C. Einzelne Vergütungsgestaltungen	175
I. Variable Vergütung des Doppelmandatsträgers	176
1. Gestaltungsformen	176
a) Tantiemen	176
b) Aktienoptionsprogramme	177
c) Virtuelle Vergütungsprogramme	178
2. Anknüpfung der variablen Vergütung an den Erfolg der anstellenden Gesellschaft	179
a) Vertragskonzern	180
b) Faktischer Konzern	181
c) Leitlinien für die Vertragsgestaltung	187
d) Besonderheiten des Vorstandsdoublemandates	189
II. Abfindungen	193
1. Abfindungsvereinbarung	193
2. Change of Control	195
III. D&O-Versicherung	196
§ 11 Überprüfung der Angemessenheit	198
A. Gesetzliche Pflicht zur Offenlegung der Vorstandsbezüge	199
B. Anspruch gegenüber der Muttergesellschaft	201
I. Auskunftsanspruch aus § 294 Abs. 3 HGB	201
II. Konzernrechtliche Informationsansprüche	202
III. Treuepflicht der anstellenden Gesellschaft	204
C. Pflicht des Vorstandsmitgliedes zur Offenlegung	205
I. Informationspflicht gemäß § 90 AktG	205
II. Verantwortlichkeit für den Jahresabschluss	206
III. Treuepflicht des Doppelmandatsträgers	206
D. Vertragliche Absicherung der Offenlegung	208
§ 12 Erstattungsvereinbarung	208
A. Zuständigkeit für den Vertragsabschluss	209
B. Inhaltliche Ausgestaltung der Erstattungsvereinbarung	211
I. Laufzeit und Beendigung der Erstattungsvereinbarung	212
1. Laufzeit der Erstattungsvereinbarung	212
2. Kündigung der Erstattungsvereinbarung	212
II. Angemessenheit der Erstattungsleistung	213
1. Prüfungsumfang der Aufsichtsrates	213
2. Herabsetzung der Erstattungsleistung	214
C. Auswirkungen der Erstattungsvereinbarung auf den D&O-Selbstbehalt	216

§ 13 Rechtsfolgen unzulässiger Drittvergütung	217
A. Wirksamkeit der vertraglichen Abreden	217
I. Auswirkungen auf den Drittstellungsvertrag	218
1. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB	218
2. Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB	219
3. Missbrauch der Vertretungsmacht	219
II. Auswirkungen auf die Erstattungsvereinbarung	221
1. Nichtigkeit aufgrund verbotener Einlagenrückgewähr?	222
2. Grenzen der Vertretungsmacht	223
B. Rechtsfolgen für die Organmitglieder	224
I. Rückforderung von Vorstandsbezügen	225
II. Schadensersatzhaftung	228
1. Haftung des Aufsichtsrates der anstellenden Gesellschaft	228
2. Haftung des Aufsichtsrates der bestellenden Gesellschaft	230
3. Haftung des Doppelmandatsträgers	231
a) Pflicht des Vorstandes im Hinblick auf seine Vergütung	231
b) Auswirkungen auf die <i>Business Judgment Rule</i>	233
III. Anfechtung der Entlastungsbeschlüsse	235
IV. Strafbarkeit gemäß § 266 StGB	236
C. Rechtsfolgen für die anstellende Gesellschaft	237
I. Rückforderung von Erstattungsleistungen	237
1. Haftung aus verbotener Einlagenrückgewähr	237
2. Bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch	238
II. Konzernrechtliche Haftung	239
1. Drittvergütung als nachteilige Maßnahme	239
2. Drittvergütung als Veranlassung zu einer nachteiligen Maßnahme	241
§ 14 Fazit des dritten Teils	242
Zusammenfassendes Fazit und Thesen	244
A. Das Vorstandsdoppelmandat im Konzern	244
B. Die Drittanstellung des Doppelmandatsträgers	245
C. Die Drittvergütung des Doppelmandatsträgers	247
Literaturverzeichnis	249
Stichwortverzeichnis	267

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Anwaltshdb	Anwaltshandbuch
Arbeitsbdb	Arbeitshandbuch
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer, Begründung
Beschl.	Beschluss
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
D&O	Directors and Officers
dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DStR	Deutsches Steuerrecht

DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBIT	Earnings before Interest and Tax
EBITD	Earnings before Interest, Tax and Depreciation
EBITDA	Earnings before Interest, Tax, Depreciation and Ammortization
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
f., ff.	folgende
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FrakE	Fraktionsentwurf
FS	Festschrift
GesE	Gesetzesentwurf
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
Großkomm	Großkommentar
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hdb	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KK	Kölner Kommentar
Komm	Kommentar
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. 4. 1998, BGBI. I, S. 786
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
Leits.	Leitsatz
LG	Landgericht
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz)
MüKo	Münchener Kommentar
MünchHdb	Münchener Handbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit – Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts

RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
ROCE	Return on Capital Employed
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
sog.	sogenannte/r/s/n
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz) vom 19. 7. 2002, BGBl. I 2002, S. 2681
u. a.	und andere
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005, BGBl. I 2005, S. 2802
Urt.	Urteil
v.	von, vom
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. 7. 2009, BGBl. I 2009, S. 2509
VorstKoG	Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Kontrolle der Vorstandsvergütung und zur Änderung weiterer aktienrechtlicher Vorschriften
VorstOG	Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen (Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz – VorstOG) vom 3. 8. 2005, BGBl. I 2005, S. 2267
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz)
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
zfo	Zeitschrift Führung + Organisation
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung

Einleitung

Vorstandsdoppelmandate dienen in erster Linie dem Zweck, die Konzernpolitik in den Tochtergesellschaften aufgrund der Personenidentität leichter durchsetzen und harmonisieren zu können. Der in beiden Vorständen vertretene Doppelmandatsträger fungiert als Bindeglied und nimmt somit eine Vermittlerrolle zwischen den Interessen und Zielen der jeweiligen Unternehmen ein. Darüber hinaus erleichtern Vorstandsdoppelmandate insbesondere im faktischen Konzern den Informationsfluss und verhindern Verselbstständigungsprozesse. Vor diesem Hintergrund werden Vorstandsdoppelmandate insbesondere zur Gewährleistung einer konzernweiten Compliance empfohlen.¹ Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Vorstandsdoppelmandaten ist mittlerweile höchstrichterlich anerkannt.²

Gerade dann, wenn ein Vorstandsmitglied mehrere Vorstandsmandate im Konzern wahrnimmt, besteht ein Bedürfnis, die anstellungsvertraglichen Bedingungen des Vorstandsdoppelmandates auf der Ebene der Konzernmuttergesellschaft zu regeln. Auf diese Weise lässt sich eine einheitliche Struktur der Anstellungsbedingungen für die höheren Führungsebenen im Konzern implementieren. Die jeweiligen Tochtergesellschaften, in denen das Vorstandsmitglied ebenfalls zum Vorstand bestellt ist, schließen in diesem Fall keinen eigenen Anstellungsvertrag mit ihrem Vorstandsmitglied. Aus ihrer Sicht kommt es somit zu einer Drittanstellung ihres Vorstandsmitgliedes. Ob eine solche Drittanstellung aktienrechtlich zulässig ist, ist in der Literatur weiterhin umstritten und bislang von der Rechtsprechung nur am Rande berührt worden.³ Aufgrund der weiterhin bestehenden Unsicherheit rät eine beachtliche Zahl an Stimmen in der Literatur der Praxis von einer Drittanstellung ab.⁴ Diese Konsequenz kann aufgrund des erheblichen praktischen Bedürfnisses hingegen nicht befriedigen. Ein Ziel dieser Arbeit soll daher sein, die gegen die Dritt-

¹ *Bürkle*, in: Hauschka, Corporate Compliance, § 8 Rn. 67.

² *BGH*, Urt. v. 9.3.2009 – II ZR 170/07, BGHZ 180, 105 (110).

³ Vgl. *BGH*, Urt. v. 28.4.2015 – II ZR 63/14, ZIP 2015, 1220; *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 5.6.1997 – 5 W 4/97, AG 1997, 521; *OLG Celle*, Urt. v. 10.2.2010 – 4 U 68/09, AG 2012, 41; *KG*, Urt. v. 28.6.2011 – 19 U 11/11, NZG 2011, 865.

⁴ *Fonk*, in: Semler/Peltzer/Kubis, Arbeitsshdb Vorstandsmitglieder, § 14 Rn. 118; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 84 Rn. 14; *Kort*, in: Großkomm, AktG, § 84 Rn. 330; *Lücke*, in: Lücke/Schaub, Vorstand AG, § 2 Rn. 103; *Moll/Eckhoff*, in: Münchener Anwaltsdb Arbeitsrecht, § 81 Rn. 22; *Pusch*, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Arbeitsrecht, § 84 AktG Rn. 38; *Reufels*, in: Hümmerich/Reufels, Gestaltung von Arbeitsverträgen, § 3 Rn. 179; *Weber*, in: Hölters, AktG, § 84 Rn. 41; *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, Rn. 238 (für Drittanstellung außerhalb von Vertragskonzernen); *Niewiarra*, BB 1998, 1961 (1961 f.).

anstellung vorgebrachten Argumente einer kritischen Überprüfung zu unterziehen und auf diese Weise die noch bestehende rechtliche Unsicherheit aufzulösen.

Darüber hinaus hat der Abschluss eines umfassenden Anstellungsvertrages auf der Ebene der Konzernmuttergesellschaft einen weiteren, entscheidenden Vorteil: Der Aufsichtsrat, der gemäß §§ 84 Abs. 1 Satz 5, 112 AktG zum Abschluss des Anstellungsvertrages mit dem Vorstandsmitglied berufen ist, sichert sich die Verhandlungshoheit über die konzernweite Vergütung seines Vorstandes. Dieser Umstand ist angesichts der Aufmerksamkeit, die Managergehälter in der öffentlichen Wahrnehmung erfahren, von herausragender Bedeutung. Eindringliches Beispiel ist der in der Beratung deutscher Aufsichtsräte in Vergütungsfragen auch etwa 10 Jahre später nach wie vor präsenste Mannesmann-Prozess um nachträgliche Anerkennungsprämien an die Vorstände der Mannesmann AG im Zuge der Übernahme durch Vodafone.⁵ Bereits im Dezember 2007 warnte zudem Bundeskanzlerin Merkel vor „Maßlosigkeit“ bei der Höhe von Managergehältern.⁶ Im Nachgang zur weltweiten Finanzkrise wurde sodann insbesondere die Vergütung von Managern als eine der Ursachen ausgemacht. Auch in jüngeren Jahren reißt die öffentliche Diskussion um Vorstandsvergütungen nicht ab. Beispielhaft seien hier nur die Schweizer Volksentscheide im Jahr 2013⁷ genannt, die auch in Deutschland für Aufmerksamkeit gesorgt haben.

Mit dem öffentlichen Interesse geht zwangsläufig ein verstärkter Fokus des Gesetzgebers auf Vergütungsfragen einher. So wurden bereits im Jahr 2005 mit dem VorstOG die Offenlegungspflichten in Bezug auf die Vorstandsvergütung ausgeweitet, um den Aktionären die Feststellung zu erleichtern, ob die Vergütung den Anforderungen des § 87 Abs. 1 AktG gerecht wird.⁸ Eine wesentliche materiellrechtliche Verschärfung der Anforderungen an die Vergütung erfolgte durch das VorstAG, welches allgemein als Reaktion auf die weltweite Finanzkrise angesehen wird. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, „die Anreize in der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken“.⁹ In der Literatur findet sich bisweilen die Aussage, mit Inkrafttreten des VorstAG sei die Zulässigkeit von Drittstellungsverträgen (zumindest bei börsennotierten Gesellschaften) mehr denn je zweifelhaft.¹⁰ Schließlich beabsichtigte der Gesetzgeber im Jahr 2013 mit dem

⁵ *BGH*, Urt. v. 21. 12. 2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522; Vorinstanz *LG Düsseldorf*, Urt. v. 22. 7. 2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275.

⁶ *Manager Magazin* v. 3. 12. 2007, abrufbar unter <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/a-521084.html>.

⁷ Die erfolgreiche Volksabstimmung vom 3. 3. 2013 sprach sich vor allem für stärkere Aktionärsrechte und ein Verbot von bestimmten Abfindungsleistungen aus. Die gescheiterte Volksabstimmung vom 24. 11. 2013 sah eine Begrenzung der Vergütungshöhe auf das 12fache des geringsten Arbeitnehmerverdienstes vor.

⁸ Begr. *GesE*, BT-Drucks. 15/5577, S. 5.

⁹ Begr. *GesE*, BT-Drucks. 16/12278, S. 1.

¹⁰ *Ihrig/Wandt/Wittgens*, ZIP 2012, Beilage Heft 40, 17.

VorstKoG eine zwingende Billigung des Vergütungssystems durch die Hauptversammlung. Dieser Gesetzesentwurf scheiterte nach Anrufung des Vermittlungsausschusses zwar wegen des Grundsatzes der Diskontinuität, eine entsprechende Absichtserklärung findet sich jedoch erneut im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 27. November 2013.¹¹ Eine ähnliche Entwicklung zeigt sich auf europäischer Ebene, wo nach einem Vorschlag der Europäischen Kommission zur Änderung der Aktionärsrechte-Richtlinie¹² ein verbindliches „say on pay“ der Hauptversammlung eingeführt werden soll.

Auch die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex befasst sich in immer größerem Ausmaß mit der Vorstandsvergütung. Dabei werden nicht nur die gesetzgeberischen Änderungen nachgezeichnet, sondern darüber hinaus auch zusätzliche Empfehlungen ausgesprochen. Jüngstes Beispiel ist die Einführung von Mustertabellen für den im Geschäftsbericht zu erstattenden Vergütungsbericht, welche die Vergleichbarkeit der Vergütung mit anderen Unternehmen gewährleisten sollen.¹³

Die Beschreibung des § 87 AktG als „*dead letter law*“¹⁴ trifft angesichts der vielfachen Auswirkungen, die Gesetzgebung und Rechtsprechung auf die Rechtspraxis haben, schon lange nicht mehr zu. Vor diesem Hintergrund ist es für Unternehmen von besonderer Bedeutung, in jedem Bereich der Vergütung auf die Wahrung der gesetzgeberischen Vorgaben zu achten. Dabei hat der Aufsichtsrat der Konzernmuttergesellschaft sämtliche Bezüge im Konzern in den Blick zu nehmen, also insbesondere auch eine Vergütung, welche das Vorstandsmitglied für Mandate in Tochtergesellschaften des Konzerns erhält. Zahlt jede der Konzerngesellschaften dem Doppelmandatsträger eine eigene Vergütung, wird regelmäßig versucht, die Angemessenheit der Gesamtvergütung sicherzustellen, indem die für Tochtermandate gewährten Vergütungen auf der Ebene der Konzernmuttergesellschaft angerechnet werden. Die einheitliche Regelung der Anstellungsbedingungen auf der Ebene der Konzernmuttergesellschaft im Wege einer Drittanstellung und -vergütung bietet hier eine Möglichkeit, komplizierte Anrechnungsmechanismen zu vermeiden und dem Aufsichtsrat der Konzernmuttergesellschaft die unmittelbare Kontrolle über die konzernweite Vorstandsvergütung einzuräumen.

Vorstandsdoublemandate treten vornehmlich innerhalb von Konzernstrukturen auf. Das Grundmodell, dessen Untersuchung Gegenstand der vorliegenden Arbeit

¹¹ Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 14.

¹² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der Richtlinie 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung vom 9. 4. 2014, COM(2014) 213; s. auch den Kompromissvorschlag der italienischen Ratspräsidentenschaft vom 10. 11. 2014, Presidency compromise text, 13758/14.

¹³ Erläuterungen der Änderungsvorschläge der Kodexkommission aus den Plenarsitzungen vom 9. und 31. Januar 2013, S. 6.

¹⁴ *Thüsing*, DB 2003, 1612 (1612).