

Prof. Dr. Gerald Spindler
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Multimedia- und Telekommunikationsrecht
Rechtsvergleichung
Institut für Wirtschaftsrecht



Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Spindler, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen

Tel.: (0551) 39 - 7374
Fax: (0551) 39 - 4633
E-Mail: info@gerald-spindler.de

26. April 2010

**Gutachten zur Frage der Zulässigkeit
von Drittanstellungsverträgen und drittbezogenen Vergütungen,
insbesondere im Konzern**

im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung

Inhalt

I.	Einleitung	3
II.	Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen	3
A.	Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen	3
1.	Drittanstellungsverträge in der unabhängigen AG	4
2.	Drittanstellungsverträge im Konzern.....	7
B.	Drittanstellungsverträge bei der GmbH	13
III.	Vergütungsstrukturen mit Bezug zu Dritten	15
A.	Zahlungen und Vergütungen durch Dritte in der unabhängigen AG ohne Pflicht zur Gegenleistung.....	15
B.	Konzernbezogene Ausgestaltung des Anstellungsvertrages	20
1.	Faktischer Konzern.....	20
2.	Vertragskonzern.....	29
3.	Einpersonen-AG	30
4.	Mehrstufiger Konzern.....	30
C.	Geschäftsführergehalt der abhängigen GmbH	32
IV.	Zusammenfassung.....	32

I. Einleitung

Vorstände und Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften sind verpflichtet, das Interesse „ihrer“ Gesellschaft wahrzunehmen, sowohl aufgrund ihrer organschaftlichen als auch ihrer dienstvertraglichen Pflichten. Trotz dieses anscheinend selbstverständlichen Grundsatzes ist es in der Praxis keineswegs unüblich, dass Vorstände und Geschäftsführer neben ihren Dienstverträgen mit der Gesellschaft (AG und GmbH) nebenher Anstellungsverträge mit anderen Gesellschaften, insbesondere Konzernober- oder –schwestergesellschaften schließen. Teilweise handelt es sich dabei um Entsendungen bzw. Personalunionen von Konzernobergesellschaften mit anderen beherrschten Gesellschaften, die mit dem Wunsch nach möglichst integrierter Führung einhergehen.

Gesellschaftsrechtlich werfen solche Drittanstellungsverträge aber erhebliche Rechtsfragen auf: So ist nach § 76 AktG der Vorstand einer AG verpflichtet, diese unabhängig im Interesse der Gesellschaft zu führen; eine Weisungsabhängigkeit sieht § 76 AktG im Gegensatz zum GmbHG gerade nicht vor. Selbst in der GmbH, in der der Geschäftsführer prinzipiell den Weisungen der Gesellschafter folgen muss, ist fraglich, ob deren Weisungsrecht nicht Grenzen unterliegt. Bedenkt man, dass Anstellungsverträge mit anderen Gesellschaften dazu führen, dass die Schuldner (Geschäftsführer, Vorstände) die Interessen des Gläubigers wahrzunehmen haben, liegt der Konflikt mit den gesellschaftsrechtlichen bzw. organschaftlichen Pflichten auf der Hand. Daher gilt es zu untersuchen, in welchen Konstellationen Drittanstellungsverträge zulässig sind, und zwar:

- für den faktischen AG-Konzern (abhängige AG)
- für den Vertragskonzern (AG)
- für die abhängige GmbH
- für den mehrstufigen Konzern
- für Anstellungsverträge zwischen Schwesergesellschaften

II. Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen

A. Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen

Für die rechtliche Analyse der Zulässigkeit von Drittanstellungsverträgen ist zunächst zwischen der unabhängigen und der konzernierten AG zu unterscheiden:

1. **Drittanstellungsverträge in der unabhängigen AG**

Ausgangspunkt der Überlegungen müssen die Rechtsstellung des Vorstandes und die ihm obliegenden Pflichten sein. Der Vorstand ist nach §§ 76, 93 AktG verpflichtet, die AG in deren Gesellschaftsinteresse zu leiten; seine Leitungsfunktion und seine Unabhängigkeit wird in § 76 AktG ausdrücklich hervorgehoben – was ihn wesentlich von dem weisungsabhängigen Geschäftsführer einer GmbH unterscheidet und eine der wesentlichen Reformen des AktG 1937 darstellt, die später im AktG 1965 und den anschließenden Novellierungen fortgeführt wurde.

a) *Unabhängigkeit des Vorstandes, Anstellungsvertrag und Wettbewerbsverbot*

Er kann nicht Diener zweier Herren sein, was sich aber bei einem Drittanstellungsvertrag aufgrund seiner schuldrechtlichen Pflichten aus dem Anstellungsvertrag unweigerlich ergäbe.¹ Gerade der Umstand, dass der Vorstand sich von den Interessen auch des Dritten leiten lassen müsste, würde dazu führen, dass es unter Umständen an der nötigen Unabhängigkeit und der Konzentration auf die Interessen der Gesellschaft mit allen seinen Kräften mangeln würde.

Ausdruck dieser zunächst unbedingten Konzentration auf die AG als Dienstherrin – sowohl aufgrund der organschaftlichen Stellung als auch der dienstvertraglichen Pflichten – ist auch das in § 88 AktG niedergelegte Wettbewerbsverbot. Schon die Kodifizierung des Wettbewerbsverbotes belegt die besondere Bedeutung, die der Gesetzgeber der Flankierung und Sicherung der Unabhängigkeit des Vorstandes beimisst, vergleichbar den Wettbewerbsverboten, wie sie etwa im HGB für die (typischerweise geschäftsführenden) Gesellschafter statuiert sind, § 112 HGB. Anders als im allgemeinen Dienstvertragsrecht betont der Gesetzgeber damit die aus der organschaftlichen, erheblichen Treuebindungen unterliegenden Stellung fließenden Pflichten des Vorstandes. Das Wettbewerbsverbot ist damit Ausdruck der einem Vorstandsmitglied gegenüber seiner Gesellschaft obliegenden Treuepflicht,² die es ihm gebietet, die Interessen der Gesellschaft zu wahren und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt. Denn in Anbetracht der Wichtigkeit seines Amtes muss ein Vorstandsmitglied seine Arbeitskraft in vollem Umfang der Gesellschaft zur Verfügung stellen. Dementsprechend unterstellt § 88 AktG schon den Betrieb eines Handelsgewerbes dem Verbot, ohne jede Rücksicht auf den Geschäftszweig, also auch

¹ Ebenso *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 84 Rn. 56; *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2006, § 84 Rn. 319; *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 73 f.; *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 1. Aufl. 2006, § 4 Rn. 68 ff.; für nicht Konzern verbundene Gesellschaften ebenso *Henssler*, RdA 1992, 289, 301; offen *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 14, der der Praxis rät, davon abzusehen; ähnlich *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, 5. Aufl. 2008, Rn. 431; unentschieden *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 1. Aufl. 2007, § 84 AktG Rn. 39; für Zulässigkeit dagegen *Wiesner* in *MünchHdb. AG*, 3. Aufl. 2007, § 21 Rn. 2 ff.; *Martens*, FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437, 442; *Seibt* in *K. Schmidt/Lutter*, 1. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 26; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, S. 186 f.

² Vgl. auch OLG Frankfurt AG 2000, 518, 519; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 88 AktG Rn. 1; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 1. Aufl. 2007, § 88 AktG Rn. 2.

dann, wenn es sich nicht um ein Konkurrenzunternehmen handelt.³ Aus dem Zweck des Verbots – insbesondere der Erhaltung der Arbeitskraft des Vorstandes für die Gesellschaft – folgt ferner, dass dieses sich nicht nur auf den Betrieb eines im eigenen Namen geführten eigenen Handelsgeschäfts bezieht und dass es auch nicht auf die formale Stellung des Vorstandes in der anderen Gesellschaft ankommt.⁴

Da das Wettbewerbsverbot des § 88 AktG nur einen Aspekt der Treuepflicht des Vorstandsmitglieds regelt, kommt ihm keine abschließende Bedeutung zu. Selbst außerhalb des Anwendungsbereichs des § 88 AktG ist durch Ziff. 4.3.5. des Deutschen Corporate Governance Kodex eine Nebentätigkeit, insbesondere Aufsichtsratsmandate in nicht konzernzugehörigen Gesellschaften, nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats möglich, sofern sich die Gesellschaft dem Kodex unterworfen hat – eine Regelung, die sich in der Praxis bereits in zahlreichen Anstellungsverträgen findet.⁵ Selbst wenn daher die dienstvertraglich dem Dritten versprochene Tätigkeit nicht dem Geschäftszweig der AG unterfällt, ergibt sich schon aus der allgemeinen Treuepflicht des Vorstandes heraus, dass er diese Tätigkeiten nicht ohne weiteres annehmen kann.

b) Befreiung vom Wettbewerbsverbot

Aus dem Umstand, dass der Aufsichtsrat den Vorstand auch von seinem Wettbewerbsverbot befreien kann, § 88 Abs. 1 AktG, könnte allerdings gefolgert werden, dass ein Drittstellungsvertrag zumindest parallel zu dem Anstellungsvertrag der Gesellschaft möglich sein müsste, sofern eine solche Einwilligung des Aufsichtsrats vorläge. Doch würde damit unterstellt, dass eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot jederzeit und für alle Konstellationen zulässig wäre. Eine solche völlig ungebundene Befreiung würde allerdings voraussetzen, dass der Aufsichtsrat selbst keinerlei Pflichten bei der Erteilung der Befreiung unterläge – was dem AktG indes fremd ist. Vielmehr ist der Aufsichtsrat bei seinen Entscheidungen stets – selbstverständlich - an die Interessen der Gesellschaft im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens gebunden, §§ 93, 116 AktG.⁶ In diesem Zusammenhang hat der Aufsichtsrat die vom Vorstandsmitglied zu übernehmende Funktion, Dauer und Intensität der anderweitigen Tätigkeit sowie die Auswirkungen auf die Tätigkeit des Vorstandsmitglieds für die AG, insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Beanspruchung, zu berücksichtigen. In jedem Fall wäre eine Befreiung vom Wettbewerbsverbot, die

³ Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 88 AktG Rn. 3; Fleischer in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 88 AktG Rn. 16; Armbrüster, ZIP 1997, 1269, 1269 f.

⁴ Armbrüster, ZIP 1997, 1269, 1270; soweit das Geschäft zum Geschäftszweig der AG gehört Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 88 AktG Rn. 3.

⁵ Vgl. Ringleb in Ringleb/Kremer/Lutter/v.Werder, DCGK, 3. Aufl. 2008, Ziff. 4.3.5 Rn. 838 f.

⁶ Spindler in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 88 Rn. 25; Mertens/Cahn in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 88 Rn. 8; so auch Hohaus/Weber, DStR 2008, 104, 108 die eine Einwilligung nur dann als wirksam erachten, wenn dieser Entscheidung die unabdingbare organschaftliche Treuepflicht nicht entgegensteht.

zu einer Beeinflussung der Unabhängigkeit des Vorstandes und seiner Wahrung der Interessen der Gesellschaft führen würde, unzulässig und pflichtwidrig.⁷ Demgemäß kann aus der Tatsache, dass der Vorstand vom Wettbewerbsverbot befreit werden kann, nicht von vornherein darauf geschlossen werden, dass der Aufsichtsrat den Vorstand praktisch von § 76 AktG dispensieren könnte – ein solcher Dispens, der aus dem Wettbewerbsverbot hergeleitet würde, verträge sich auch kaum mit den vom AktG vorgesehenen zwingenden Organkompetenzen und –pflichten. Allenfalls für konzernrechtliche Konstellationen und Doppelmandaten mag dies angesichts der konzernrechtlichen Schutzmechanismen anders zu gewichten sein.

c) *Zuständigkeit zur Befreiung*

Fraglich ist schließlich, wem innerhalb des Organs Aufsichtsrat die Kompetenz zukommt, über eine Befreiung zu entscheiden: das Plenum oder ein Ausschuss. Nach § 107 Abs. 3 S. 3 AktG sind nur die dort aufgeführten Aufgaben zwingend dem Plenum zugewiesen, so dass auf den ersten Blick ohne weiteres eine Befreiung nach § 88 AktG einem Ausschuss zugewiesen werden kann.⁸

Zweifel an der möglichen Überweisung der Befreiung an einen Ausschuss resultieren jedoch aus der durch das VorstAG eingeführten zwingenden Zuständigkeit des Plenums für Vergütungsentscheidungen. Eine Delegation auf Ausschüsse, die nicht nur vorbereitend tätig werden, sondern auch anstelle des Plenums Beschlüsse fassen können, wie dies nach bisherigem Recht möglich war,⁹ ist damit unzulässig. Dies schließt eine vorbereitende Tätigkeit nicht aus,¹⁰ doch hat das letzte Wort nunmehr zwingend das Plenum, um eine größere Transparenz herzustellen. Eine vorgeschlagene Beschränkung auf das Vergütungssystem hat der Gesetzgeber nicht aufgenommen.¹¹ Damit fallen jegliche Details, auch „appreciation awards“¹² als nachträgliche Bonizahlungen in die Zuständigkeit des Plenums. Wenn aber schon die Vergütungselemente des Vertrages dem Plenum vorbehalten bleiben, wäre schwer einzusehen, warum die mindestens genauso gewichtige Frage, ob der Vorstand sich schuldrechtlich den Weisungen (und Zahlun-

⁷ *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 88 Rn. 2, 8; *Hohaus/Weber*, DStR 2008, 104, 108; ähnlich: *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 88 AktG Rn. 1 ff.; § 88 AktG konkretisiert die Treuebindung der Vorstandsmitglieder zur AG; *Oltmanns* in Heidel, 2. Aufl. 2007, § 88 AktG Rn. 6: Einwilligung des Aufsichtsrats findet ihre Grenze in der unabdingbaren Pflicht des Vorstandsmitglieds zur gewissenhaften Geschäftsführung.

⁸ S. für „normale“ Wettbewerbsverbote *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 88 Rn. 23

⁹ *Habersack* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 107 Rn. 106; *Spindler* in *Spindler/Stilz* AktG, 1. Aufl. 2007, § 107 Rn. 117 je m. w. Nachw.

¹⁰ *Fleischer*, NZG 2009, 801, 804; *Thüsing*, AG 2009, 517, 524; *van Kann/Keiluweit*, DStR 2009, 1587, 1590.

¹¹ Vgl. Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses DAV, NZG 2009, 612, 615 Tz. 22 ff. in Anlehnung an Ziff. 4.2.2 des Corporate Governance Kodex; dem Gesetzgeber zust. *Wagner/Wittgens*, BB 2009, 906, 909; krit. dagegen *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1355; *Nikolay*, NJW 2009, 2640, 2644.

¹² Hierzu näher *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008 § 87 Rn. 67 ff.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 87 AktG Rn. 4; *Brauer*, NZG 2004, 502.

gen) eines Dritten unterwerfen kann, einem Ausschuss zugewiesen werden könnte. Inhaltlich spräche daher einiges dafür, dem Plenum auch hier eine zwingende Kompetenz zuzuweisen.

Doch bestehen erhebliche Bedenken gegen die Annahme einer solchen „ungeschriebenen“ Plenumskompetenz: Das Gesetz sieht nach wie vor nur eine beschränkte zwingende Zuständigkeit des Plenums vor, der Katalog des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG ist abschließend. Zwar wäre eine Analogie denkbar, indem man eine planwidrige Regelungslücke annehmen könnte, da die Vergütungsentscheidungen ein „Minus“ gegenüber Verträgen mit einem Dritten sind. Doch spricht dagegen, dass der Gesetzgeber auch das generelle Wettbewerbsverbot nicht in den Katalog des § 107 Abs. 3 S. 3 AktG aufgenommen hat, zudem noch nicht einmal dem Plenum eine generelle zwingende Kompetenz für den gesamten Anstellungsvertrag zugewiesen hat, sondern sich nur auf den Verweis auf § 87 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 und 2 AktG beschränkt hat. Daher kann etwa nach wie vor ein Personalausschuss anstelle des Plenums den Anstellungsvertrag abschließen,¹³ so dass sich eine unübersichtliche Gemengelage ergibt. Dann wäre aber eine planwidrige Regelungslücke als Grundlage für eine Analogie nur schwer begründbar, so dass es bei der möglichen Zuweisung einer solchen Befreiung an einen Ausschuss bleibt.

d) Zwischenergebnis

Fasst man die obigen Überlegungen zusammen, kommt eine Drittanstellung eines Vorstandsmitglieds in einer unabhängigen AG nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, zudem nur mit Einwilligung des Aufsichtsrats – und zwar selbst dann, wenn es sich nicht um denselben Geschäftszweig der Gesellschaft handelt. Der Aufsichtsrat selbst kann diese Einwilligung nur erteilen, wenn keinerlei Beeinträchtigung der Verfolgung der Gesellschaftsinteressen aufgrund der anderweitigen Tätigkeit zu befürchten ist.

2. Drittanstellungsverträge im Konzern

Anders könnte sich die Rechtslage gestalten, wenn man die Konzernierung einer AG in Betracht zieht: Denn hier kann die Unabhängigkeit des Vorstandes nach § 76 AktG nicht mehr die gleiche Geltung beanspruchen wie bei der nicht-konzernierten AG, da ansonsten die Konzernierung letztlich unmöglich wäre, was der Gesetzgeber aber mit der Normierung der §§ 15 ff. AktG ebenso wie §§ 291 ff. AktG logisch voraussetzt. Die alle Probleme wie ein roter Faden durchziehende Fragestellung lautet daher danach, inwieweit die §§ 76 und 95 ff. AktG durch die Konzernierung modifiziert werden. So stellt sich etwa die Frage, ob der Vorstand auch mit einer ande-

¹³ Zur möglichen Delegation der Aushandlung und des Abschlusses des Anstellungsvertrages auf einen Ausschuss s. *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, 1. Aufl. 2007, § 84 AktG Rn. 34 ff.; *Spindler* in *MünchKomm. AktG*, 3. Aufl. 2008, § 84 Rn. 60; *Thüsing* in *Fleischer*, Hdb. Vorstandsrecht, 1. Aufl. 2006, § 4 Rn. 64 ff.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 12; *Habersack* in *MünchKomm. AktG*, 3. Aufl. 2008, §107 Rn.140.

ren Konzerngesellschaft, meist der Konzernmuttergesellschaft, aber auch einer anderen Konzerngesellschaft, z.B. einer (europäischen) Zwischenholding, den Anstellungsvertrag als von der eigentlichen Bestellung gesondert schließen kann.

In diesem Zusammenhang gilt es zunächst vor allem einen wichtigen Unterschied gegenüber der Vergütungsfrage hervorzuheben: Ein unmittelbarer Anstellungsvertrag mit einer Konzerngesellschaft, insbesondere einer Muttergesellschaft, erzeugt rechtliche Pflichten des Vorstandsmitglieds, und sei es auch nur im Bereich von Nebenpflichten, etwa hinsichtlich der Wahrnehmung der Interessen des Vertragspartners (hier der Konzernmuttergesellschaft). Zwar kann ein Dienstvertrag auch so ausgestaltet werden, dass er praktisch weisungsfrei ist, wie dies etwa aus dem Arztbereich bei Chefärzten bekannt ist, die fachlich keinen Weisungen unterliegen (können); doch ändert dies nichts daran, dass der Vertrag zumindest die allgemeinen Pflichten des gebundenen Vorstandsmitglieds zur Wahrnehmung und Berücksichtigung der Interessen der Vertragspartnerin umfasst. Diese grundsätzliche Pflichtenbindung kann auch nicht dadurch geleugnet werden, dass von vornherein die vertraglichen Pflichten auf das Maß reduziert würden, was gesellschaftsrechtlich gegenüber der AG zulässig wäre¹⁴ – was letztlich ein Zirkelschluss ist und die Pflichtenkollision ignoriert, ebenso wie die schon rein faktisch eintretende Bindungswirkung.

Von diesem unmittelbar rechtliche Pflichten beider Vertragsparteien erzeugenden Dienstvertrag ist die Situation zu unterscheiden, dass ein Vertrag nur zwischen dem Vorstandsmitglied und „seiner“ AG besteht, Zahlungen aber durch den Dritten vorgenommen werden. Nochmals davon abzuschichten ist schließlich die Situation, in der der Anstellungsvertrag wiederum nur zwischen der AG und dem Vorstandsmitglied besteht, die Vergütung sich aber an Kriterien orientiert, die nicht an die AG gekoppelt sind, sondern an den wirtschaftlichen Erfolg (oder andere Kriterien) eines Dritten, insbesondere der Konzernmuttergesellschaft.

In diesem Rahmen ist zwischen den verschiedenen Konzernierungsarten zu unterscheiden, faktischer und vertraglicher Konzern:

a) Faktischer Konzern

Ausgangspunkt für die Frage der Drittanstellungsverträge im faktischen Konzern muss das Verhältnis von § 76 AktG zu § 311 AktG sein: Der Gesetzgeber hat einerseits die Ausübung der einheitlichen Leitung offensichtlich zugelassen, indem er in § 311 AktG die Einflussnahme auf die abhängige AG erlaubt, sofern diese vorteilhaft für die abhängige AG ist oder die entstehenden Nachteile ausgeglichen werden. Andererseits hat er § 76 AktG nicht ausdrücklich in der fak-

¹⁴ So aber der Ansatz von *Jooß*, Die Drittstellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft, 2010, S. 137 f.

tisch abhängigen AG eingeschränkt, so dass es grundsätzlich bei der unabhängigen Stellung des Vorstandes bleibt. Rechtsprechung und Wissenschaft müssen daher einen Ausgleich zwischen beiden Normkomplexen finden. Grundsätzlich bleibt es dabei, dass unter den Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 AktG die Ausübung der einheitlichen Leitung auch im faktischen Konzern zulässig ist.¹⁵ Indes ist damit nichts über das Ausmaß und die Intensität der zulässigen Einflussnahme gesagt; denn es ist genauso weithin anerkannt, dass die §§ 311 ff. AktG im Wesentlichen nur dezentrale Konzernstrukturen ermöglichen, da es stets darauf ankommt, dass der Nachteil ausgeglichen werden kann¹⁶ und die abhängige Gesellschaft nicht vollständig ihre Eigenständigkeit verliert.¹⁷ Es ist zwar richtig, dass der Vorstand der abhängigen AG das Konzerninteresse berücksichtigen kann und Maßnahmen ergreifen darf, die durch die Obergesellschaft veranlasst wurden;¹⁸ doch ist genauso anerkannt, dass die Zulässigkeit solcher Maßnahmen entsprechend dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes (§ 311 Abs. 2 AktG) davon abhängt, ob die Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 AktG eingehalten werden.¹⁹ Entscheidend für die Zulässigkeit des faktischen Konzerns ist damit die Funktionsfähigkeit des Ausgleichssystems des § 311 Abs. 2 AktG – was wiederum in den Händen des Vorstands der abhängigen AG liegt.

Mit der damit begründeten Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes der abhängigen AG ist es daher unvereinbar, dass dieser schuldrechtlich fremden Weisungen oder mindestens einer Pflichtenbindung zur Rücksichtnahme auf Interessen der Obergesellschaft unterliegen würde²⁰. Denn anders als im Vertragskonzern ist der Vorstand der faktisch konzernierten AG gerade nicht dem Konzerninteresse verpflichtet, er muss nicht die Weisungen der herrschenden Gesellschaft befolgen. Vielmehr ist er gerade umgekehrt gehalten, stets die Nachteiligkeit einer Einflussnahme zu

¹⁵ *Altmeyen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, Vor § 311 Rn. 4, § 311 AktG Rn. 29; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vor § 311 Rn. 6, § 311 AktG Rn. 103; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 8; alle m. w. Nachw.

¹⁶ *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 7; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 9; *Altmeyen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 1.

¹⁷ *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 8: „§ 76 AktG wird durch § 311 AktG nicht außer Kraft gesetzt“; *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 113 f.; *Altmeyen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 403; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 132 ff.; *Koppensteiner* in Köln Komm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vorb. § 311 Rn. 6 ff.; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 78; *Bälz*, AG 1992, S. 277, 292 ff.

¹⁸ *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 10, 78; *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 7.

¹⁹ *Kropff* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 302; *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 72.

²⁰ Ebenso *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 84 Rn. 56; *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2006, § 84 Rn. 319; *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, 1987, S. 73 f.; *Thüsing* in Fleischer, Hdb. Vorstandsrecht, 1. Aufl. 2006, § 4 Rn. 68 ff.; offen *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 14, der der Praxis rät, davon abzusehen; ähnlich *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, 5. Aufl. 2008, Rn. 431; unentschieden *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 84 AktG Rn. 39; für Zulässigkeit dagegen *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 21 Rn. 2 f.; *Martens*, FS Hilger/Stumpf, 1983, S. 437, 442; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 26; *Krieger*, Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, 1981, S. 186 f.

prüfen und gegebenenfalls auf einen Nachteilsausgleich zu dringen²¹. Der Abschluss eines den Vorstand gegenüber der Konzernobergesellschaft bindenden Vertrages würde aber eine den §§ 311 ff. AktG widersprechende unmittelbare Einflussnahmemöglichkeit bedingen, zumindest den Vorstand einer potentiellen Schadensersatzpflicht aussetzen, so dass es zu möglichen ständigen Interessenkollisionen käme.

Schließlich darf nicht verkannt werden, dass auch in der faktisch konzernierten Gesellschaft allein der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft die Kompetenz inne hat, den Anstellungsvertrag mit dessen Vorstand abzuschließen und nicht ein Dritter, auch nicht eine andere Konzerngesellschaft.²² Die Kompetenzordnung zur Anstellung wird weder im Vertrags- noch (erst recht) im faktischen Konzern der Obergesellschaft übertragen. Der Aufsichtsrat kann nach § 112 AktG auch nur seine Gesellschaft beim Abschluss des Anstellungsvertrages vertreten, nicht eine andere Konzerngesellschaft. Die zwingende Kompetenzzuordnung der Vertretung ist letztlich Ausfluss der Aufgabe des Aufsichtsrats, über die Anstellung des Vorstandes und der Bedingungen des Vertrages die Wahrung der Interessen der AG sicherzustellen; würde ein Dritter bzw. eine Konzernobergesellschaft den Vertrag anstelle des Aufsichtsrats abschließen können, wäre nicht mehr gewährleistet, dass der Aufsichtsrat die entsprechende Hoheit über die tatsächlich vereinbarten Anstellungskonditionen hätte.

Allerdings ist hier danach zu differenzieren, ob es sich um einen zusätzlichen Anstellungsvertrag mit der Konzernobergesellschaft handelt sowie welchen Inhalt dieser Vertrag hat oder ob dieser Vertrag anstelle des eigentlich mit der Gesellschaft zu schließenden Vertrag treten soll. Sofern sich der Vertrag mit der Konzernober- (oder schwester-) gesellschaft auf die Leitung der abhängigen AG bezieht, würde dieser in Konflikt mit den Kompetenzen des Aufsichtsrats der abhängigen AG treten; ein solcher Vertrag stünde ebenso wie der Vertrag mit einem Dritten stets unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrats analog zu § 88 Abs. 1 AktG.

Dies gilt erst recht, wenn nur noch ein Anstellungsvertrag zwischen dem Vorstand der abhängigen AG und der Konzernobergesellschaft geschlossen würde, ohne dass noch ein Vertrag zwischen der abhängigen AG und ihrem Vorstand bestünde; hier ist schon fraglich, ob der Aufsichtsrat der abhängigen AG noch seine Pflichten erfüllt, da er sich seiner Kompetenzen begibt und der Anstellungsvertrag ein Instrument ist, um die Wahrung der Eigeninteressen der abhängigen AG mit Hilfe insbesondere vergütungsrechtlicher Instrumente zu sichern.

²¹ BGHZ 179, 71 Tz. 14 – MPS, bezogen auf die kontinuierliche Prüfung von konzernintern vergebenen Darlehen.

²² S. dazu *Fonk* in Semler/v. Schenck, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 219.

b) *Vertragskonzern*

Anders als im faktischen Konzern trifft den Vorstand einer vertraglich konzernierten AG eine Pflicht zur Befolgung von Weisungen der Obergesellschaft, § 308 Abs. 2 AktG. Demnach wäre hier eine schuldrechtlich begründete Pflicht über einen Anstellungsvertrag mit der Konzernobergesellschaft weit eher denkbar als im faktischen Konzern, da das im Anstellungsvertrag verankerte Weisungsrecht nur das konzernrechtlich bestehende Weisungsrecht flankieren und unterstützen würde. Gleiches gilt für die aus dem Anstellungsvertrag folgende Nebenpflicht, die Konzerninteressen zu berücksichtigen.

Zweifel hinsichtlich der Zulässigkeit solcher Verträge mit einer anderen Konzerngesellschaft könnten allerdings daraus resultieren, dass trotz § 308 Abs. 2 AktG der Vorstand existenzbedrohende oder rechtswidrige Weisungen abwehren muss²³ und er in diesen Fällen wiederum in Konflikt mit seinen Pflichten aus dem Anstellungsvertrag geraten könnte. Dem steht jedoch entgegen, dass das Vorstandsmitglied von vornherein auch aus dem Anstellungsvertrag heraus nicht verpflichtet wäre, rechtswidrige Weisungen zu befolgen.²⁴ Von Relevanz könnten daher nur solche Weisungen sein, die einen für die abhängige AG existenzbedrohenden Charakter haben oder offensichtlich nicht im Konzerninteresse liegen (§ 308 Abs. 2 AktG). Sofern der Anstellungsvertrag mit der Konzernobergesellschaft diese Grenzen aber einhält, ist ein neben dem Anstellungsvertrag mit der abhängigen AG tretender Dienstvertrag zulässig. Damit der Aufsichtsrat der abhängigen AG die Risiken des zusätzlichen Vertrages des Vorstandes für die AG einschätzen kann, insbesondere ob die Grenzen des § 308 Abs. 2 AktG eingehalten werden und dadurch von vornherein eine mögliche Interessenkollision des Vorstandes²⁵ ausgeschlossen wird, ist analog zu § 88 AktG die Zustimmung des Aufsichtsrats zu fordern.

Fraglich ist schließlich, ob die Personalkompetenz des Aufsichtsrats der abhängigen AG nach §§ 84, 116 AktG durch einen Dienstvertrag des Vorstandes mit der Konzernobergesellschaft unterlaufen würde. Entscheidend ist wiederum, inwieweit der Aufsichtsrat noch in der Lage ist, die Wahrung der Interessen der abhängigen AG durch entsprechende Anreize für den Vorstand zu

²³ Ausführlich *Altmeyen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 308 Rn. 140 ff.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 308 AktG Rn. 20; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, § 308 Rn. 70; *Krieger* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 70 Rn. 147 f., 156; *Langenbacher* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 308 AktG Rn. 37, 39 f.; *Emmerich* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 308 AktG Rn. 52, 53, 66.

²⁴ S. auch *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 84 AktG Rn. 14; ebenso für den Arbeitnehmer *Weidenkaff* in Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 611 Rn. 47; *Wank* in Tettinger/Wank, GewO, 7. Aufl. 2004, § 106 Rn. 14; *Neumann* in Landmann/Rohmer, GewO, 55. EL 2009, § 106 Rz. 8; sowie für den Beauftragten *Martinek* in Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2006, § 665 Rn. 6; H. *Ehmann* in Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 665 Rn. 7.

²⁵ Theoretisch denkbar und für die Interessenwahrnehmung für die abhängige AG gefährlich wären etwa Freistellungsklauseln seitens der Konzernobergesellschaft für Haftungsrisiken des Vorstandes der abhängigen AG im Falle der Befolgung von existenzbedrohenden Weisungen.

sichern. Handelt es sich um einen zusätzlichen Dienstvertrag mit der Konzernobergesellschaft, hat es der Aufsichtsrat der abhängigen AG weiterhin in der Hand, durch Vergütungsvereinbarungen in dem parallel dazu bestehenden Anstellungsvertrag mit „seiner“ abhängigen AG, etwa durch die Ausrichtung auf deren Entwicklung, für entsprechende Anreize zu sorgen.

Eine vollständige Aufgabe der Anstellungskompetenz, aber auch Pflicht zur Anstellung und Vereinbarung der Anstellungskonditionen kommt dagegen selbst im Vertragskonzern nicht in Betracht. Denn selbst in der schärfsten Form der vertraglichen Konzernierung, der Eingliederung, bleibt es bei den grundsätzlichen Kompetenzen des Aufsichtsrats der Bestellung und Anstellung – und damit auch bei seinen Pflichten. Die vertragliche Konzernierung führt nicht dazu, dass der Aufsichtsrat der abhängigen AG auf die Wahrnehmung seiner Personalkompetenz zugunsten eines alleinigen Dienstvertrages mit der Obergesellschaft verzichten könnte.

c) Sonderkonstellation: Doppelmandate

Für eine unbeschränkte Zulässigkeit von Dienstverträgen mit der Konzernobergesellschaft scheint jedoch die besondere Konstellation der Doppelmandate zu sprechen. Der Gesetzgeber hat derartige Doppelmandate zugelassen, indem das AktG etwa in § 100 AktG, aber auch in anderen Vorschriften keinerlei besondere Schranken hinsichtlich der Wahrnehmung von zwei Mandaten als Vorstandsmitglied kennt; vielmehr zeigt § 88 Abs. 1 S. 2 AktG, dass der Gesetzgeber gerade solche Doppelmandate für zulässig hielt. Dementsprechend hat auch die höchstrichterliche Rechtsprechung jüngst Doppelmandate für zulässig erachtet²⁶.

Hieraus den Rückschluss zu ziehen, dass Dienstverträge eines Vorstandsmitglieds einer abhängigen AG mit der Konzernobergesellschaft stets zulässig seien, wäre jedoch voreilig: Denn der Dienstvertrag des Doppelmandatars unterscheidet sich von der hier zu untersuchenden Konstellation. Bei einem Doppelmandatsträger bestehen zwei Dienstverträge, die sich aber auf die Leitung der jeweiligen AG beziehen, zum einen die Konzernobergesellschaft hinsichtlich der dort bestehenden Leitungspflicht, zum anderen auf der Ebene der abhängigen AG bezüglich der dortigen Vorstandspflichten. Demgegenüber zeichnet sich der Dienstvertrag des abhängigen Vorstandsmitglieds mit der Konzernobergesellschaft jedoch durch dessen Pflichten bezogen auf die Leitung der abhängigen AG aus. Daher ist die Wahrnehmung zweier Mandate auf Vorstandsebene von der Rechtslage zu unterscheiden, bei der das Vorstandsmitglied der abhängigen AG unmittelbar den Pflichten aus dem Vertrag mit der Konzernobergesellschaft unterworfen ist. Zwar ist auch der Doppelmandatsträger gehalten, jeweils die Pflichten „seiner“ AG zu

²⁶ BGHZ 180, 105 Tz. 14 unter Verweis auf *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 574; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 93; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 22, § 88 Rn. 4, § 76 Rn. 21.

berücksichtigen²⁷, so dass es zu Interessenkollisionen kommen kann, die unter Umständen zu einer Pflicht zur Mandatsniederlegung führen können. Doch handelt es sich hier um reflexartige Pflichtenkollisionen, die aus der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht und gegebenenfalls der Pflicht zur Konzernleitung insgesamt resultieren, nicht jedoch aus der primären Leistungspflicht des Vorstandsmitglieds, wenn es sich um einen Dienstvertrag handeln würde, der unmittelbar die Leitung der abhängigen AG zum Gegenstand hätte.

B. Drittanstellungsverträge bei der GmbH

Für den GmbH-Geschäftsführer wird infolge dessen Weisungsgebundenheit ein solcher Vertrag mit einem Dritten überwiegend und in ständiger Rechtsprechung für zulässig gehalten. Zwar beziehen sich die einschlägigen Entscheidungen im wesentlichen auf die Rechtslage bei der GmbH & Co. KG und Verträgen des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit der KG, ohne die Zulässigkeit noch näher zu begründen.²⁸ Doch muss man infolge der Folgepflicht des Geschäftsführers gegenüber Weisungen der Gesellschafter davon ausgehen, dass keine grundsätzlichen Bedenken gegen den Abschluss eines Drittanstellungsvertrages des Geschäftsführers bestehen. Denn die Gesellschafter haben es jederzeit in der Hand, den Geschäftsführer anzuweisen und damit gegenteiligen schuldrechtlichen Bindungen des Geschäftsführers zu begegnen. Anders als der Vorstand der abhängigen AG hat der Geschäftsführer der GmbH nicht die gleiche unabhängige Stellung, so dass für die Gesellschafter aufgrund ihrer Rechte nicht die gleichen Risiken wie in der AG entstehen können. Zwar hat der Geschäftsführer auch darauf zu achten, dass die Eigeninteressen der GmbH gewahrt werden; doch werden die Gläubiger durch andere Rechtsinstitute wie der Haftung der Gesellschafter aus § 826 BGB oder den jeweiligen Kapitalerhaltungsvorschriften geschützt.

Allerdings gilt dies alles zunächst nur für die nicht mitbestimmte GmbH; denn in der mitbestimmten GmbH nach MitbestG 1976 (sowie MontanMitbestG) fällt nach § 31 MitbestG dem zwingend einzurichtenden Aufsichtsrat die Kompetenz der Bestellung sowie der Anstellung des Geschäftsführers zu, ohne dass die Satzung hieran etwas ändern könnte. Demgegenüber fällt die Kompetenz für Bestellung und Anstellung der Gesellschafterversammlung zu, wenn die Gesellschaft nach dem DrittelbG mitbestimmt ist: Hier umfasst die Verweisung des § 1 Abs. 1 Nr. 3

²⁷ So explizit BGHZ 180, 105 Tz. 16.

²⁸ BGHZ 75, 209, 210 Tz. 8 – allerdings ohne nähere Begründung (für den Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG bei gleichzeitigem Vertrag mit der KG und nur unter Verweisung auf BGH WM 1970, 249, das wiederum auf BGH WM 1964, 1320 Bezug nimmt); BAG NJW 1998, 260, 261; BAG AP BGB § 611 Nr. 2 Gemischter Vertrag = BB 1973, 91; BAG ZIP 2003, 1010, 1014 (Tz. 49, 51), allerdings ebenfalls nur unter Hinweis auf die Privatautonomie und ohne Berücksichtigung der Problematik; *Fleck*, ZHR 145 (1985), S. 387, 388 f.; *U. H. Schneider*, GmbHR 1993, 10, 13 f.; *ders.* in Scholz, 10. Aufl. 2007, § 35 GmbHG Rn. 191; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, 1. Aufl. 2006, § 35 GmbHG Rn. 168; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 35 GmbHG Rn. 165.

DrittelbG nicht die Berufung der Geschäftsführer, so dass es bei der Kompetenz der Gesellschafterversammlung bleibt.²⁹

Fraglich kann daher für die nach dem MitbestG 1976 mitbestimmte GmbH sein, ob die Anstellungskompetenz des Aufsichtsrats durch eine Drittanstellung des Geschäftsführers unterlaufen werden könnte: Angesichts der auch in der mitbestimmten GmbH nach wie vor bestehenden Weisungsgebundenheit müssen hier vergleichbare Überlegungen wie für die vertraglich konzerntierte AG eingreifen. Demnach ist zwar ein Dienstvertrag mit der Konzernobergesellschaft möglich, auch hinsichtlich der Leitungspflichten des Geschäftsführers in der abhängigen GmbH; doch kann dieser nicht anstelle des Dienstvertrages der GmbH mit ihrem Geschäftsführer treten, da die Personalkompetenz des Aufsichtsrats der mitbestimmten GmbH unangetastet bleiben muss. Hinzu kommt, dass auch bei der mitbestimmten GmbH der Aufsichtsrat diesem zusätzlichen Dienstvertrag zustimmen muss, da der Aufsichtsrat weiterhin verpflichtet ist, den Geschäftsführer zu überwachen. Ähnlich wie bei Weisungen der Gesellschafter, die der Geschäftsführer ausführen muss, bleibt auch hier der Aufsichtsrat in der Pflicht, die Art und Weise der Ausführung zu überwachen; seine diesbezüglichen Pflichten werden nicht durch eine Weisung aufgehoben, auch wenn der Aufsichtsrat nicht befugt ist, die Gesellschafterversammlung hinsichtlich der von ihr gefassten Weisungsbeschlüsse zu überwachen.³⁰ Wenn daher die Überwachungspflicht auch bei Weisungen fortbesteht, muss dies auch für entsprechende Verträge gelten, mit denen ein Dritter bzw. die Konzernobergesellschaft unmittelbar Weisungen an den Geschäftsführer erteilen kann. Auch muss der Aufsichtsrat weiterhin die Möglichkeit zur Beurteilung haben, ob der Geschäftsführer noch über ausreichende Kapazitäten verfügt, um seinen Aufgaben und Pflichten nach dem Anstellungsvertrag mit der GmbH nachzukommen. Eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrats zum Vertrag kann allerdings mit Hilfe einer Weisung durch die Gesellschafterversammlung an den Geschäftsführer zum Abschluss des Vertrages überspielt werden, womit der Aufsichtsrat hinsichtlich seiner Pflichten zur Wahrung der Interessen der GmbH entlastet wird; hier kann nichts anderes als bei Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 AktG im Rahmen der GmbH gelten.³¹

²⁹ U. H. Schneider in Scholz, 10. Aufl. 2007, § 52 GmbHG Rn. 166; Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl. 2009, § 52 GmbHG Rn. 61; für die Genossenschaft BGH Beschl. v. 6.3.1997 - II ZB 4/69, BGHZ 135, 48.

³⁰ Ebenso Raiser/Heermann in Ulmer/Habersack/Winter, 1. Aufl. 2006, § 52 GmbHG Rn. 86, 232; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, 19. Aufl. 2010, § 52 GmbHG Rn. 100, 242; U. H. Schneider in Scholz, 10. Aufl. 2007, § 52 GmbHG Rn. 88; Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl. 2009, § 52 GmbHG Rn. 17.

³¹ Näher Spindler in MünchKomm. GmbHG, § 52 Rn. 324 (erscheint demnächst) m. w. Nachw.

III. Vergütungsstrukturen mit Bezug zu Dritten

Die Zulässigkeit von Anstellungsverträgen ist von der Frage der Vergütungsstrukturen zu trennen: Ein Dienstvertrag kann zwar mit der „eigenen“ Gesellschaft geschlossen sein, die Vergütung kann dennoch von einem Dritten, insbesondere einer Konzerngesellschaft geschuldet werden. Auch wenn die Vergütung durch die eigene Gesellschaft gezahlt wird, sind ferner Vergütungselemente denkbar, die auf einem Index beruhen, der sich an den Leistungsindikatoren einer anderen Konzerngesellschaft orientieren – und nicht an denjenigen der „eigenen“ Gesellschaft. Mit derartigen Vergütungsstrukturen würden die Vorstände ebenso wie Geschäftsführer aber Anreize erhalten, sich an den Interessen anderer Gesellschaften auszurichten; denn nur wenn sie das Vermögen oder den Erfolg der anderen Gesellschaft mehren, erhalten sie auch mehr Gehalt. Zunächst ist die Rechtslage in der unabhängigen AG zu beleuchten:

A. Zahlungen und Vergütungen durch Dritte in der unabhängigen AG ohne Pflicht zur Gegenleistung

Während bei einem Drittanstellungsvertrag sich unmittelbar schuldrechtliche Pflichten des Vorstandsmitglieds gegenüber dem Dritten ergeben, könnte dies für reine Zahlungen, Vergütungen oder Prämien durch Dritte ohne eine solche Pflicht, insbesondere Weisungsfolgepflicht, anders zu beurteilen sein.³² Andererseits liegt es auf der Hand, dass die Geschäftsleiter sich tendenziell durch solche Zahlungen von dem Interesse des Dritten bzw. zahlenden Aktionärs leiten lassen und an der gesellschaftlichen Verfassung vorbei dessen Interesse dem Gesellschaftsinteresse überordnen. Mit den z.B. bei Private-Equity-Transaktionen oftmals vorgesehenen Beteiligungen des Managements der Zielgesellschaft an den Akquisitionsgesellschaften wird aber gerade ein Effekt erreicht, der an die bis vor einigen Jahren gängigen variablen Vergütungsmodelle, der Aktienoptionspläne bezogen auf Aktien der Muttergesellschaft, erinnert. Während bei den Aktienoptionsplänen allerdings dem Vorstandsmitglied immerhin noch die Option eingeräumt wird, die Aktie dann tatsächlich zu beziehen oder nicht, wird bei den geschilderten Transaktionen von vornherein das Management an den wirtschaftlichen Erfolg etwa der Akquisitionsgesellschaft gebunden. Die damit einhergehende Ausrichtung der Interessen des Vorstands der AG auf die Interessen des Dritten wird damit mehr als deutlich – und ist auch gerade erwünscht.³³

Wendet man sich in diesem Zusammenhang den Private-Equity-Transaktionen zu, die über eine Special-Purpose-Vehicle Gesellschaft die Zielgesellschaft akquirieren, ändert sich die Sachlage nochmals: Denn diese Gesellschaften sind oftmals allein zu dem Zweck gegründet worden, um

³² So im Ansatz Traugott/Grün, AG 2007, 761, 766.

³³ Vgl. Traugott/Grün, AG 2007, 761, 762 f.

die AG (bzw. GmbH) als Zielgesellschaft zu übernehmen. Sie haben in der Regel keine weiteren Beteiligungen – auch wenn dem ersten Anschein nach gerade das Gegenteil der Fall ist, da die Private-Equity-Gesellschaften zahlreiche Unternehmen aufkaufen, restrukturieren und wieder veräußern. Tatsächlich „beteiligen“ sich die Private-Equity-Gesellschaften jedoch nur als Management und „Berater“ an den SPVs, selten jedoch als dauerhafte Eigenkapitalgeber, das nötige Eigenkapital wird über Fonds und Anlagen bereitgestellt.³⁴ Dementsprechend können die konzernrechtlichen Vorschriften mangels anderweitiger unternehmerischer Tätigkeit (§§ 15, 17 AktG) oftmals nicht auf die SPVs angewandt werden, es handelt sich „nur“ um beherrschende Aktionäre bzw. Gesellschafter.³⁵

Ob dem Vorstand erlaubt ist, Zahlungen von Dritten, insbesondere bestimmten Aktionären entgegen zu nehmen, ist jedoch höchst zweifelhaft. Der Vorstand ist zwar berechtigt, die Aktionärsinteressen im Sinne eines „shareholder value“ zu verfolgen;³⁶ er darf aber nicht die Partikularinteressen eines einzelnen Aktionärs gegenüber den anderen Aktionären bevorzugen, selbst wenn dieser Großaktionär ist – dies gebietet schon der Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 53a AktG, aber auch die Unabhängigkeit des Vorstandes nach § 76 AktG. Der Vorstand soll gerade die AG im Interesse aller Aktionäre führen, die Sicherung der Unabhängigkeit dient dazu, dass der Vorstand sich von einer einseitigen Ausrichtung auf einen Großaktionär (oder einen Dritten) emanzipiert. Deutlicher Ausdruck dieses Gedankens ist für die unabhängige AG das Verbot der schädigenden Einflussnahme in § 117 AktG,³⁷ das sowohl für Aktionäre aber auch für Dritte gilt, da die Norm nur darauf abstellt, dass der Einfluss auf den Vorstand benutzt wird, um die Gesellschaft zu schädigen.

Der Gedanke der Loyalität gegenüber der eigenen Gesellschaft und der Vermeidung von Interessenkonflikten schlägt sich schließlich auch in den Ziff. 4.3.2. f. des Deutschen Corporate Governance Kodex nieder, ebenso in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. So untersagt Ziff. 4.3.2. Vorstandsmitgliedern im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit weder für sich noch für andere Personen von Dritten Zuwendungen oder sonstige Vorteile zu fordern oder anzunehmen bzw. Dritten ungerechtfertigte Vorteile zu gewähren. Zwar kann diese Empfehlung nur im Lichte des § 299 StGB gesehen werden; doch rekuriert sie auch auf die allgemeine Treuepflicht des Vorstandes und hat so einen weiteren Anwendungskreis als das engere Verbot des § 299 StGB. Zudem statu-

³⁴ Näher dazu *Schmidt/Spindler*, Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive, 2008, Kap. A. III Rn. 35 ff.

³⁵ *Schmidt/Spindler*, Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive, 2008, Kap. D. I Rn. 65 f.

³⁶ Dazu (und zur Diskussion) *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 76 ff.; jüngst wieder *Mülbert*, AG 2009, 766 zur corporate social responsibility.

³⁷ S. oben S. 2 ff.

ieren Ziff. 4.3.3 sowie 4.3.4., dass Vorstandsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und Interessenskonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber unverzüglich offenzulegen haben. Auch für § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist im Rahmen der Business Judgement Rule anerkannt, dass der Vorstand keinen Interessenkonflikten unterliegen darf – was letztlich auch durch das Wettbewerbsverbot nach § 88 Abs. 1 AktG zum Ausdruck kommt.³⁸ Unternehmerische Entscheidungen, die durch einen Interessenkonflikt beeinflusst werden, können nicht mehr in den Genuss der Haftungsprivilegierung der Sorgfaltspflichten kommen, da gerade die nur auf das Unternehmen ausgerichtete Entscheidungsfindung eine der wesentlichen Voraussetzungen für die von § 93 AktG geforderte Sorgfalt ist. Gerade diese „Neutralität“ und Unvoreingenommenheit wird durch eine – wenn auch nur mittelbare, durch finanzielle Anreize bewirkte – Ausrichtung („Incentivierung“) auf die Interessen eines bestimmten Gesellschafters durchbrochen.

Zwar wird eingewandt, dass die Drittvergütung keineswegs zur einseitigen Bevorzugung der Interessen des Dritten führen müsse, da die Vergütung so ausgestaltet werden könne, dass sie allein an dem Interesse der AG oder deren wirtschaftlichen Erfolg anknüpfe, etwa den Börsenkurs. Gerade auf diesen könne aber der Vorstand zulässigerweise verpflichtet werden.³⁹ Damit wird allerdings ein entscheidender Aspekt ausgeblendet, die Frage nämlich, wer für die Festlegung der Vergütungskriterien und für die Operationalisierung des Unternehmensinteresses zuständig ist. Primär obliegt diese Aufgabe dem Aufsichtsrat. Er hat im Rahmen der Festlegung des Vergütungssystems nach § 87 AktG, auf die langfristige Rentabilität des Unternehmens hinzuwirken und durch die Vorgabe entsprechender Parameter möglichst sicherzustellen. Wollte man es Dritten überlassen, im Rahmen ihrer Zahlungsverprechen eigenständig Bemessungsgrundsätze zu formulieren, bedeutet dies letztlich nichts anderes, als den Einfluss des Aufsichtsrats und seine Entscheidungsfreiheit im Rahmen des von § 87 AktG gewährten Korridors an Zielvorgaben erheblich einzuschränken. Dies bedeutet nicht, dass der Vorstand nicht auch auf den „shareholder value“ ausgerichtet werden dürfe – sofern dies nicht nach der Reform des § 87 AktG rein kurzfristig erfolgt. Entscheidend ist aber, wem die Kompetenz zur Festlegung der Ziele zukommt – und diese liegt allein beim Aufsichtsrat, und nicht bei einem Dritten.⁴⁰ Dem kann auch nicht dadurch begegnet werden, dass der Aufsichtsrat die Vergütung durch den Dritten ebenfalls beschließen würde; denn es ändert nichts daran, dass allein der Dritte die rechtliche Macht hat, die Bedingungen der Vergütung zu ändern und festzulegen. Nur dann, wenn man dem

³⁸ Zum Ganzen s. *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 54 ff. m. w. Nachw.

³⁹ So im Wesentlichen *Traugott/Grün*, AG 2007, 761, 767.

⁴⁰ Daher für eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats zu Drittvergütungen *Bauer/Arnold* DB 2006, 260, 265; noch kritischer *Schüppen*, FS Tiedemann, 2008, S. 749, 754, 755; gegen eine grundsätzliche Unzulässigkeit hingegen *Hohaus/Weber*, DStR 2008, 104, 105.

Aufsichtsrat jederzeit das Recht zugestehen würde, durch sein Veto die Drittvergütung zu Fall zu bringen, wäre es möglich den nötigen Einfluss auf die Formulierung der Vergütungsziele sicherstellen. Auch kann nicht allein auf die Verantwortung des Aufsichtsrats abgestellt werden, der den Vorstand im Unternehmensinteresse zu überwachen habe, oder auf die Haftung des Vorstandes⁴¹ – mit dieser Begründung wäre (überspitzt formuliert) auch die Verpflichtung des Vorstands auf ein rechtswidriges Handeln durch einen Dritten zulässig, es bliebe ja dem Aufsichtsrat unbenommen, den Vorstand ordnungsgemäß zu überwachen und ihn gegebenenfalls abzurufen. Anders gewendet geht es um den nötigen institutionellen Schutz der Unabhängigkeit und der Kompetenzordnung in der AG.

Hinzu kommt, dass der Vorstand gerade aufgrund des breit gefassten Unternehmensinteresses über einen gewissen Konkretisierungsspielraum nach der Konzeption des deutschen AktG verfügt⁴² – dieser würde ihm genommen, wenn er von vornherein durch Vergütungssysteme von Dritten bestimmten Interessenvorgaben unterworfen wäre. Wie schon oben erwähnt, wäre es kaum einsichtig, warum es dem Satzungsgeber verwehrt ist (und der Hauptversammlung), selbst Grundelemente des Vergütungssystems festzulegen,⁴³ dies aber Dritten außerhalb jeder Kompetenzordnung ohne weiteres möglich sein sollte. Ob dies rechtspolitisch sinnvoll ist, den Gesellschaftern diese Entscheidungsoptionen zu nehmen, steht auf einem anderen Blatt und hängt mit der generellen Debatte über die Satzungsfreiheit in der Aktiengesellschaft zusammen.⁴⁴

Schließlich soll aus dem Vorstandsvergütungsoffenlegungsgesetz und den neu eingeführten §§ 285 Satz 1 Nr. 9a) und 314 Abs. 1 Nr. 6a) HGB, die vorsehen, dass Leistungen, die dem einzelnen Vorstandsmitglied von einem Dritten im Hinblick auf seine Tätigkeit zugesagt oder gewährt wurden, im Anhang des Jahresabschlusses bzw. Konzernabschlusses anzugeben sind, folgen, dass auch der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgegangen sei, dass Drittvergütungen, insbesondere von Aktionären der Gesellschaft, zulässig seien.⁴⁵ Allerdings hatte der Gesetzgeber damit keineswegs eine grundsätzliche Aussage zur Zulässigkeit von Drittvergütungen verbunden; vielmehr stand die mit der Veröffentlichung der Leistungen einhergehende Transparenz im Vordergrund.⁴⁶ Das Streben nach einer größtmöglichen Transparenz besagt noch nichts darüber, ob

⁴¹ So aber *Traugott/Grün*, AG 2007, 761, 768.

⁴² S. dazu *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 69 ff.; zu dem Begriff des Unternehmensinteresses auch *Schüppen*, FS Tiedemann, 2008, S. 749, 756.

⁴³ Dazu jüngst (zum Say-to-pay im neuen § 120 IV AktG) *Vetter*, ZIP 2009, 2136, 2143; *Fleischer/Bedkowski*, AG 2009, 677.

⁴⁴ S. dazu *Spindler*, AG 1998, 53.

⁴⁵ So argumentierend auch *Hohaus/Weber*, DStR 2008, 104,105; *Bauer/Arnold*, DB 2006, 260, 265 f.; zust. *Traugott/Grün*, AG 2007, 761, 768; *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2292.

⁴⁶ Vergleiche hierzu die Begründung in dem Gesetzesentwurf zum Vorstandsvergütungs- Offenlegungsgesetz vom 31.5.2005, BT-Drucks. 15/5577, S. 6 und S. 7; wie hier deutlich *Schüppen*, FS Tiedemann, 2008, S. 749, 755; zu dem Vorstandsvergü-

derartige Zahlungen überhaupt zulässig seien – zumal der Gesetzgeber sich ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien mit dieser Frage überhaupt nicht näher auseinandergesetzt hat. Weder Referenten- noch Regierungsentwurf oder Ausschussunterlagen lassen erkennen, dass die Frage der Drittvergütungen thematisiert wurde. So enthielt der Referentenentwurf ebenso wenig wie der Regierungsentwurf des VorstOG einen Hinweis auf Vergütungszusagen Dritter.⁴⁷ Erst in den Beratungen des Rechtsausschusses wurde dieser Passus eingefügt; zur Begründung wird angeführt⁴⁸:

„Die Einfügung des neuen Satzes 8 dient dazu, die Offenlegungspflicht auf Leistungen zu erstrecken, die einem Vorstandsmitglied im Hinblick auf seine Vorstandstätigkeit von einem Dritten zugesagt oder gewährt worden sind. Hierdurch sollen mögliche Interessenkonflikte deutlich gemacht werden. „Dritter“ ist grundsätzlich jede Person oder jedes andere als das den betreffenden Jahresabschluss aufstellende Unternehmen. Die Organe haben dafür Sorge zu tragen, dass sich die einzelnen Organmitglieder intern verpflichten, Drittzahlungen zu melden. Hinzuweisen ist ferner auf bereits bestehende Vorschriften des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG). In § 11 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 und § 33 Abs. 3 WpÜG werden bestimmte Fälle genannt, in denen solche Drittleistungen geregelt werden.“

Die Begründung erhellt deutlich, dass der Gesetzgeber die Gefahr der Interessenkollision sah, aber diese nicht von vornherein akzeptieren wollte; vielmehr wird zusätzlich auf § 33 Abs. 3 WpÜG (a.F.) verwiesen, der aber gerade Drittzahlungen dann untersagt, wenn damit nicht die Interessen der Gesellschaft verfolgt werden. Aus dem VorstOG kann daher keine Aussage zu einer generellen Zulässigkeit von Drittvergütungen abgeleitet werden.⁴⁹

Damit bestehen nicht nur gegenüber Drittanstellungsverträgen, sondern auch gegenüber Drittvergütungen und –zahlungen erhebliche Bedenken.

tungs-Offenlegungsgesetz im Allgemeinen vgl. *Spindler*, NZG 2005, 689; *Fleischer*, DB 2005, 1611; *Thüsing*, ZIP 2005, 1389; *Leuring/Simon*, NZG 2005, 945; zuvor *Baums*, ZIP 2004, 1877.

⁴⁷ RegE BR-Drucks. 398/05 vom 27.5.2005, abrufbar über http://www.dnoti.de/DOC/2005/BR_398_05.pdf; RefE VorstOG vom 31.3.2005, abrufbar über http://www.jura.uni-augs-burg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/vorstog_geschichte/vorstog_pdfs/01_refe_vorstog_2005_03_31.pdf

⁴⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 15/5860, S. 10.

⁴⁹ Ebenso *Tröger*, ZGR 2009, 447, 459 f.

B. Konzernbezogene Ausgestaltung des Anstellungsvertrages

Eher denkbar als der direkte Anstellungsvertrag mit einer anderen Konzerngesellschaft sind Klauseln in Anstellungsverträgen des Vorstandsmitglieds mit „seiner“ abhängigen AG, die der Konzerneinbindung der Gesellschaft Rechnung tragen. Gerade für die Ausgestaltung der Vorstandsbezüge hat sich die Diskussion daran entzündet, ob das Gehalt des Vorstands der abhängigen Gesellschaft an dem wirtschaftlichen Erfolg der Obergesellschaft ausgerichtet werden kann. Vor allem durch variable Vergütungsmodelle, insbesondere Aktienoptionspläne, die auf Aktien der Muttergesellschaft bezogen sind oder Vergütungen in Abhängigkeit von Indizes, die auf den wirtschaftlichen Erfolg einer Konzerngesellschaft abstellen, wird die Frage aufgeworfen, ob die damit einher gehende Ausrichtung der Interessen des Vorstands der abhängigen Gesellschaft auf die Interessen der Obergesellschaft ein unzulässiges Maß erreicht. Hier steht die Frage im Vordergrund, inwiefern entsprechende Klauseln dazu führen können, die Interessen des Vorstandsmitglieds derart an andere Konzerngesellschaften zu binden, dass das Interesse der eigenen Gesellschaft unverhältnismäßig zurückgedrängt wird.

Dabei ergibt sich ein entscheidender Unterschied gegenüber der unmittelbaren Vergütung durch einen Dritten bzw. einer Konzerngesellschaft: Während hier die Zahlung bzw. Vergütung allein von dem Dritten oder dem Schicksal der Beteiligung abhängt, bleibt es bei der „nur“ konzernorientierten Vergütung dabei, dass die Gesellschaft die Zahlung vorzunehmen hat – obwohl der „Erfolg“ des Vorstands nicht der Gesellschaft selbst, sondern einem Dritten zu Gute kommt. Daraus folgt unmittelbar, dass die Kompetenzen des Aufsichtsrats der AG nicht – anders als zuvor – unterminiert werden, da er es ist, der diese Parameter für die Vergütung festzulegt; ein unmittelbarer Einfluss des Dritten bzw. einer Konzerngesellschaft scheidet von vornherein aus.

1. Faktischer Konzern

a) Ausrichtung auf „verbundene Unternehmen“, § 192 Abs. 2 AktG

Sedes materiae für die Zulässigkeit von konzernbezogenen Vergütungsregelungen ist § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG: Der mit dem KonTraG neugefasste § 192 Abs. 2 AktG sieht vor, dass eine bedingte Kapitalerhöhung „zur Gewährung von Bezugsrechten an Arbeitnehmer und Mitglieder der Geschäftsführung der Gesellschaft oder eines verbundenen Unternehmens“ beschlossen werden kann. Vom Wortlaut der Norm steht daher offenbar nichts im Wege, auch den Vorstandsmitgliedern einer Tochter-AG Bezugsrechte auf Aktien der Muttergesellschaft einzuräumen. Denn das Gesetz spricht neutral hier nur von „verbundenen Unternehmen“, ohne dass sich Einschränkungen hinsichtlich deren Rechtsform oder der gewählten Konzernierung ergäben. Daher ist es nicht verwunderlich, dass sich Befürworter einer völligen Freizügigkeit bei der Ausgestaltung der

Vorstandsbezüge im Verhältnis zur Obergesellschaft im Ausgangspunkt auf den Wortlaut der Norm berufen.⁵⁰ Wenn das Gesetz Aktienoptionen bezogen auf die Muttergesellschaft oder andere verbundene Unternehmen für zulässig erklären sollte, wäre zudem die Tür für andere konzernbezogene Vergütungskriterien offen, etwa Phantom Stock Options oder konzerngewinnabhängige Prämien für den Vorstand der abhängigen AG.

Die Gesetzgebungsgeschichte ist ambivalent und lässt mehrere Deutungen zu: So spricht die Begründung zum RegE nur davon, dass

„Doppelbezüge von Vorständen, die zugleich gesetzliche Vertreter in Töchter sind, tunlichst zu meiden sind...“.

Ferner:

„Bei Tochtergesellschaften, die sich nicht im hundertprozentigen Besitz der Gesellschaft befinden, wird mit Blick auf die außenstehenden Eigentümer sorgfältig zu prüfen sein, ob eine einseitige Motivation von deren Organen und Führungskräften auf die Wertentwicklung bei der Mutter zu rechtfertigen ist. Unproblematisch ist die Einbeziehung im Vertragskonzern.“⁵¹

Im Vorfeld des KonTraG wurde indes namentlich von *Baums* Kritik an dem Referentenentwurf im Rahmen einer Anhörung geübt, der noch ohne jede Einschränkung die Einräumung von Stock Options an die Geschäftsführung bei verbundenen Unternehmen vorsah,⁵² und die sich im Wesentlichen an der Anreizwirkung entzündete, die mit Stock Options bezogen auf Aktien der Muttergesellschaft für die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft verbunden ist. Das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG allein genüge nicht, um die damit verbundene dauerhafte Interessenausrichtung auf die Obergesellschaft auszugleichen.⁵³ Da der Gesetzgeber sich indes darauf beschränkt hat, lediglich in der Begründung eine besondere sorgfältige Prüfung zu verlangen, aber nicht im Wortlaut der Norm entsprechende Beschränkungen aufgenommen, wird namentlich von *Habersack* gefolgert, dass derartige Gestaltungen keineswegs unzulässig sind. Lediglich im Einzelfall sei ihre Vereinbarkeit mit den §§ 311 ff. AktG zu überprüfen.⁵⁴

⁵⁰ So (aber nicht nur) *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 118 f.; *Martens*, FS Ulmer, 2003, S. 399, 416 f.; dies aufnehmend *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2292.

⁵¹ Begr RegE BT-Drucks. 13/9712, S. 23 f.

⁵² RefE abgedruckt in ZIP 1996, 2129, 2193.

⁵³ *Baums*, AG-Sonderheft 1997, S. 26, 35; *ders.*, FS Claussen, 1997, S. 3, 12; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; *Zitzewitz*, NZG 1999, 698, 700 f.; *Zitzewitz*, Stock Options, 2003, S. 157 f.; *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 23.

⁵⁴ *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 119; s. auch schon *Martens*, FS Ulmer, 2003, S. 399, 416 f.; zust. *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 180 f.; aA *Friederichsen*, Aktienoptionsprogramme, 2000, S. 207 ff.

Auf den ersten Blick scheint gegen diese Auslegung nichts einzuwenden sein; doch verkennt auch diese Auffassung nicht, dass die einschränkenden Bemerkungen des Gesetzgebers mit dem sehr weiten Wortlaut der Norm schlecht in Einklang zu bringen sind. Dies gilt erst recht für die Einschränkungen hinsichtlich der Optionsprogramme für Vorstände der Obergesellschaft bezogen auf Aktien von Tochtergesellschaften: Obwohl der Gesetzgeber eindeutig derartige Fallgestaltungen ausgeschlossen sehen wollte, findet sich auch hier nichts im Wortlaut.⁵⁵

Diese Ambivalenz zwischen dem (zu) weit geratenen Wortlaut und der Gesetzesbegründung reflektiert letztlich den nicht gelösten Grundkonflikt zwischen dem Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG einerseits und den sich auf die Konzernstruktur auswirkenden aktienrechtlichen Normen andererseits.⁵⁶ Ausgangspunkt muss - insoweit mit der Gegenauffassung - sein, dass der faktische Konzern vom Gesetzgeber zugelassen worden ist, insbesondere einzelne Normen des allgemeinen Aktienrechts zumindest relativiert werden, auch wenn das Ausmaß nach wie vor umstritten ist, etwa im Bereich der Kapitalerhaltung.⁵⁷ Wie oben bereits dargelegt,⁵⁸ bleibt es zwar dabei, dass unter den Voraussetzungen des § 311 Abs. 2 AktG die Ausübung der einheitlichen Leitung auch im faktischen Konzern zulässig ist.⁵⁹ Doch ist es genauso weithin anerkannt, dass die §§ 311 ff. AktG im Wesentlichen nur dezentrale Konzernstrukturen ermöglichen, da es stets darauf ankommt, dass der durch die Einflussnahme entstandene Nachteil ausgeglichen werden kann⁶⁰ und die abhängige Gesellschaft nicht vollständig ihre Eigenständigkeit verliert.⁶¹ Entscheidend für die Zulässigkeit des faktischen Konzerns ist damit die Funktionsfähigkeit des Ausgleichssystems des § 311 Abs. 2 AktG – was wiederum in den Händen des Vorstands der abhängigen AG liegt. Nun liegt es auf der Hand, dass eine strukturelle Anreizwirkung durch Vorstandsbezüge, die im Wesentlichen auf das Interesse der Obergesellschaft abstellen, sich dahingehend auswirkt, dass der Vorstand verleitet werden kann, das Eigeninteresse der abhängigen AG hintan zu stellen, da es negative Auswirkungen auf seine eigene Position haben könnte. Die

⁵⁵ Insoweit auch *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 120, der allerdings den genau gegenteiligen Schluss daraus zieht; wie hier zu Recht *Tröger*, ZGR 2009, 447, 458 f.

⁵⁶ Ebenso *Tröger*, ZGR 2009, 447, 455 ff.

⁵⁷ Eingehend *Cahn*, Kapitalerhaltung im Konzern, 1998, S 64 ff.; *Spindler*, ZHR 171 (2007), S.245, 264 m. w. Nachw.

⁵⁸ S. oben S. 6 ff.

⁵⁹ *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, Vor § 311 Rn. 4, § 311 Rn. 29; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vor § 311 Rn. 6, § 311 Rn. 103; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 8; alle m. w. Nachw.

⁶⁰ *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 7; *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 9; *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 1.

⁶¹ *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 8: „§ 76 AktG wird durch § 311 AktG nicht außer Kraft gesetzt“; *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 113 f.; *Altmeppen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 403; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 132 ff.; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vorb. § 311 Rn. 6 ff.; *Habersack* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 78; *Bälz*, AG 1992, S. 277, 292 ff.

Waagschale bei der Entscheidung, ob einer Einflussnahme der Obergesellschaft nachgegeben wird, senkt sich dann im Zweifel zugunsten der konzernleitenden Maßnahme.

Dem gegenüber lässt sich zwar einwenden, dass der Vorstand der abhängigen AG sowieso ständig unter dem Damoklesschwert der Abberufung durch den Aufsichtsrat stünde, der im faktischen Konzern zumindest mehrheitlich mit Vertretern der Obergesellschaft besetzt ist. Somit würde der Vorstand aufgrund dieser Abhängigkeitssituation stets die Interessen der Obergesellschaft im Blick haben, so dass es keinen Unterschied mache, ob er noch zusätzlich Anreize durch das Vergütungssystem erhalte, die Interessen der Obergesellschaft stärker zu gewichten.⁶²

Doch wird damit die entscheidende Frage überdeckt: Soll der Vorstand noch *zusätzlich* und über das schon bestehende Abhängigkeitsverhältnis *hinaus* Anreize erhalten, die Eigeninteressen der abhängigen AG hintanzustellen? Das Schutzsystem der §§ 311 ff. AktG, dessen Funktionsfähigkeit sowieso generell schon bemängelt wird, was etwa die Kompensationsfähigkeit von Nachteilen betrifft,⁶³ wäre noch weiter untergraben, wenn der Vorstand der abhängigen AG entsprechende Anreize hätte, die Eigeninteressen der abhängigen AG nicht mehr in den Vordergrund zu stellen. Gerade das anlassbezogene Schutzkonzept der §§ 311 ff. AktG würde durch eine kontinuierliche *Verstärkung* der Ausrichtung an den Interessen der Obergesellschaft empfindlich tangiert⁶⁴. Oder mit den Worten des OLG München, bezogen auf § 87 AktG⁶⁵:

„Ebenso muss eine Festsetzung der Vergütung, durch die auch nur der Anreiz geschaffen werden könnte, dass der Vorstand gegen die Interessen der Gesellschaft handelt oder die Belange der Gesellschaft gesellschaftsfremden Interessen unterordnet, grundsätzlich als unzulässig angesehen werden. Eine Vergütungsregelung, die prinzipiell geeignet ist, Entscheidungen zu honorieren, die den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen, wird in der Regel die Lage der Gesellschaft nicht wie von § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG gefordert angemessen berücksichtigen.“

⁶² So deutlich *Martens*, FS Ulmer, 2003, S. 399, 416 f.; *Friedrichsen*, Aktienoptionsprogramme für Führungskräfte, 2000, S. 209 f.; ähnlich *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 123 f.; *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2292 f.

⁶³ Zur generellen Kritik an den §§ 311 AktG: *Großfeldt*, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968, S. 218 f.; *Kronstein*, FS Geßler, 1979, S. 219, 222; *Koppensteiner*, ZGR 1973, S. 1, 11 f.; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vorb. § 311 Rn. 21.

⁶⁴ Wie hier: *Tröger*, ZGR 2009, 447, 466 ff.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; *Kallmeyer*, AG 1999, 97, 102; *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 23; *Thüsing* in Fleischer, Hdb. Vorstandsrechts, 1. Aufl. 2006, § 6 Rn. 51; *Wagner* in Heidel, 2. Aufl. 2007, § 193 AktG Rn. 14; *Frey* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2001, § 19 Rn. 101; *Zitzewitz*, NZG 1999, 698, 700; *Ziemons* in Hdb. AG, Loseblatt, Teil I Rn. 8329; *Schül!er*, Vorstandsvergütung, 2002, S. 142; *Hoffmann-Becking*, NZG 1999, 799, 803; vor der Neufassung des § 192: *Baums*, AG-Sonderheft 1997, 26, 35 f.; *Baums*, FS Claussen, 1997, S. 3, 12; *Semler*, FS Budde, 1995, S. 599, 604;

⁶⁵ OLG München ZIP 2008, 1237 Tz. 42 – RWE; der Nichtannahmebeschluss des BGH ZIP 2009, 2436 bezieht sich lediglich darauf, dass angesichts der unsicheren Rechtslage kein Anfechtungsgrund vorliege.

Damit geht keineswegs ein Paradigmenwechsel hin zu einem anlassunabhängigen Schutzkonzept einher;⁶⁶ denn für die Frage der Zulässigkeit der auf die Obergesellschaft bezogenen Vergütung ist nur ausschlaggebend, ob die von § 311 Abs. 2 AktG vorgesehene Balance, die gerade eben auf die einzelfallbezogene Beeinflussung⁶⁷ und deren Kompensation abstellt, durch eine kontinuierliche erheblich *verstärkte* Ausrichtung auf das Konzerninteresse gestört werden kann.⁶⁸

b) Vorstandsbezüge und Doppelmandat

Eng damit im Zusammenhang steht die Frage, wie mit Doppelmandaten umzugehen ist. Auch hier ergibt sich auf den ersten Blick ein schlagendes Argument für die Zulässigkeit der Orientierung der Vorstandsbezüge an der Obergesellschaft, insbesondere durch Stock Options bezogen auf Aktien der Obergesellschaft. Denn § 88 Abs. 1 S. 2 AktG enthält gerade die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, Doppelmandate im Konzern zuzulassen.⁶⁹ Dies hat auch die höchstrichterliche Rechtsprechung erst kürzlich ausdrücklich anerkannt.⁷⁰

Daraus leitet sich offenbar ohne weiteres ab, dass auch Vorstandsbezüge ausgerichtet auf die Obergesellschaft zulässig sein müssten; andernfalls läge der Schluss nahe, dass Doppelmandate im Prinzip nicht möglich wären, da der Doppelmandatsträger notwendigerweise auch Bezüge der Obergesellschaft erhält – was indes gerade von § 88 Abs. 1 S. 2 AktG erlaubt wird.⁷¹

Daran ist richtig, dass das Gesetz grundsätzlich doppelte Vergütungsstrukturen zulässt, die notwendigerweise mit dem Doppelmandat verbunden sind; doch ist damit nichts darüber ausgesagt, wie die ebenfalls nicht zu leugnenden Pflichtenkollisionen beim Doppelmandatsträger aufzulösen sind. Wie schon der Gesetzgeber des KonTraG festhielt, sind „Doppelbezüge von Vorständen, die zugleich gesetzliche Vertreter in Töchter sind, tunlichst zu meiden“.⁷² Schon allein diese Feststellung zeigt, dass mit der Anerkennung von Doppelmandaten keineswegs per se auch eine Anerkennung von auf die Obergesellschaft bezogenen Vergütungen von Doppelmandatsträgern verbunden ist und dem Gesetz auch nicht generell eine solche Tendenz unterstellt werden kann.

⁶⁶ So aber *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 124.

⁶⁷ *Vetter* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 1; *Habersack* in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 9; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 311 AktG Rn. 1.

⁶⁸ Ebenso *Tröger*, ZGR 2009, 447, 466 ff.

⁶⁹ Allg.M., vgl. OLG Köln ZIP 1993, 110, 114; LG Köln AG 1992, 238, 240; *Aschenbeck*, NZG 2000, 1015, 1018, 1024; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), S. 570, 574; *Semler*, FS Stiefel, 1987, S. 719, 734; *Dreher*, FS E. Lorenz, 1994, S. 175, 183 ff.; *Anders*, Vorstandsdoppelmandate – Zulässigkeit und Pflichtenkollision, 2006, S. 110 f.; *Decher*, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, 1990, S. 132 f.; *Passarge*, NZG 2007, 441; *Mertens/Cahn* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 76 Rn. 70; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 76 AktG Rn. 21, § 88 AktG Rn. 4; *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2003, § 76 Rn. 178; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 93, § 88 AktG Rn. 25.

⁷⁰ BGHZ 180, 105 Tz. 14 ff.

⁷¹ Darauf stellt vor allem *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 123 ff. ab.

⁷² Begr. RegE BT-Drucks. 13/9712, S. 23 f.

Die Anerkennung von Doppelmandaten besagt eben noch nichts über die Ausgestaltung der jeweiligen Vorstandsbezüge, wobei man noch nicht so weit gehen muss wie die Gesetzesbegründung zum KonTraG, die offenbar nur eine einzige Quelle der Vorstandsbezüge (bzw. Gesellschaft) für den Doppelmandatar vorsehen möchte. Anders gewendet: Es geht um die *zusätzliche* Ausrichtung des Vorstands der abhängigen AG an den Ergebnissen der Obergesellschaft *im Rahmen der Vergütung*, die die *abhängige* AG an den Vorstand zahlt – nicht um die Vergütung, die der Doppelmandatsträger im Rahmen seines Vertrages mit der Obergesellschaft bereits (erfolgsbezogen) erhält. Die Ausrichtung der Vergütung auch in der abhängigen AG an den Kriterien der Obergesellschaft würde quasi zu einer Verdoppelung (Vervielfältigung) der ohnehin schon bestehenden Anreize führen, die Interessen der Obergesellschaft als vorrangig zu behandeln.

Hilfreich ist hier ein Blick auf die Frage, wie die mit Vorstandsdoppelmandaten einhergehenden Interessenkollisionen⁷³ gelöst werden können, wobei die Grundsätze zu den Interessenkonflikten von Aufsichtsratsmitgliedern in nicht verbundenen Unternehmen herangezogen werden können.⁷⁴ Danach hat sich das konfliktbefangene Aufsichtsratsmitglied bei seinen Entscheidungen ausschließlich von den Interessen desjenigen Pflichtenkreises leiten zu lassen, in dem es gerade tätig wird.⁷⁵ Interessen des anderen Pflichtenkreises dürfen dabei nur insoweit berücksichtigt werden, als sie mit diesem nicht konfliktieren.⁷⁶ Auch das Vorstandsmitglied in der abhängigen Gesellschaft hat daher in vollem Umfang deren Interessen zu wahren⁷⁷ – die Befolgung von Veranlassungen der Konzernspitze steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen,⁷⁸ so dass es auch der Haftung nach § 93 AktG unterliegt, wenn es für die abhängige AG nachteilige Geschäfte durchführt, wie der BGH unlängst in einem Fall der Vergabe konzerninterner Darlehen bestätigt hat.⁷⁹ Bei Interessenkollisionen kann das Vorstandsmitglied nicht einseitig den Interessen einer

⁷³ Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 574 ff.; Säcker, ZHR 157 (1987), 59 ff.; Semler, FS Stiefel, 1987, S. 719, 734; zusammenfassend Kort, ZIP 2008, 717, 719 m. w. Nachw.

⁷⁴ Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 577; Aschenbeck, NZG 2000, 1015, 1021; Semler/Stengel, NZG 2003, 1 ff. m. w. Nachw.; Streyl, Zur konzernrechtlichen Problematik von Vorstands-Doppelmandaten, 1992, S. 179; anders aber Decher, Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern, 1990, S. 135 ff., 147 ff., der dem Mandatsträger ein Ermessen einräumen will, welchem Interesse er den Vorrang gewähren will.

⁷⁵ BGHZ 36, 296, 306 f.; BGH NJW 1980, 1629, 1630; Semler/Stengel, NZG 2003, 1, 2; Lutter, ZHR 145 (1981), 224, 239; Singhof, AG 1998, 318, 323; Fleischer in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 94 und § 116 AktG Rn. 76; Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 116 AktG Rn. 5; Drygala in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 116 AktG Rn. 15 ff.; Habersack in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 100 AktG Rn. 51.

⁷⁶ Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986) 570, 578 f.; Aschenbeck, NZG 2000, 1015, 1021; Kort, ZIP 2008, 717, 719; Streyl, Zur konzernrechtlichen Problematik von Vorstands-Doppelmandaten, 1992, S. 173; Krieger in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 69 Rn. 29; Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S. 68 ff.; Fleischer in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 116 AktG Rn. 76; Drygala in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 116 AktG Rn. 15 ff.

⁷⁷ So explizit BGHZ 180, 105 Tz. 16.

⁷⁸ Aschenbeck, NZG 2000, 1015, 1018; Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 579.

⁷⁹ BGHZ 179, 71 Tz. 14 – MPS.

anderen Gesellschaft den Vorzug geben.⁸⁰ Daher ist auch der Auffassung,⁸¹ die Interessenkollisionen dadurch vermeiden will, dass der Doppelvorsand bei Entscheidungen über konzernleitende Maßnahmen bei der Muttergesellschaft analog § 34 BGB einem gesetzlichen Stimmverbot unterworfen wird, mit Skepsis zu begegnen.⁸² Ein partieller Stimmrechtsausschluss wird in der Regel nicht genügen, da eine Einflussnahme des Vorstandsmitglieds auf die Geschicke der Gesellschaft nicht auszuschließen sein wird.⁸³ Bedenken bestehen auch wegen der Gesamtverantwortung der Vorstandsmitglieder,⁸⁴ zumal der Interessenkonflikt nicht nur bei Rechtsgeschäften zwischen Mutter und Tochter, sondern generell besteht, je intensiver die Konzerngesellschaft miteinander durch Transaktionen wirtschaftlich miteinander verflochten sind.⁸⁵ Ist demnach der Bereich schon recht schmal, in dem Vorstandsdoppelmandate ohne Beeinträchtigung der §§ 311 ff. AktG wahrgenommen werden können, indem zumindest in Einzelfällen das Vorstandsmitglied sich jeglicher Einflussnahme zu enthalten hat, wird er bei andauernder Pflichtenkollision nur schwerlich um eine Amtsniederlegung herumkommen.⁸⁶

Würde nunmehr auch noch generell die Ausrichtung auf die Interessen der Obergesellschaft als ständig wirkender Anreiz für das Vorstandsmitglied durch entsprechende Bezüge, insbesondere konzernerfolgsbezogene Kriterien verstärkt, zementiert sich quasi eine permanente Pflichtenkollision.⁸⁷ Dies gilt erst recht bei vollständiger Personalunion zwischen Gesellschaften, also wenn sämtliche Vorstandsmitglieder identisch mit denjenigen der Obergesellschaft wären. Allenfalls wäre denkbar, dass wenigstens ein unabhängiges Vorstandsmitglied der abhängigen AG vorhanden sein muss, um das Schutzsystem und den Nachteilsausgleich nach § 311 Abs. 2 AktG zu gewährleisten.

⁸⁰ BGH NJW 1980, 1629, 1629 f.; *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 579 ff.; *Krieger* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 69 Rn. 29; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 56; *Kort*, ZIP 2008, 717, 719.

⁸¹ *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 579 ff.; *Semler*, FS Stiefel, 1987, S. 757; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 76 AktG Rn. 18; diff. *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2003, § 76 AktG Rn. 183 ff., 187, der §§ 136 AktG, 47 Abs. 4 GmbHG analog anwenden will; wohl auch *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 96: „erwägenswert“.

⁸² *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 77 AktG Rn. 8; *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 20 Rn. 11; *Anders*, Vorstandsdoppelmandate – Zulässigkeit und Pflichtenkollision, 2006, S. 120 ff.

⁸³ S. auch *Aschenbeck*, NZG 2000, 1015, 1021 ff.

⁸⁴ *Wiesner* in MünchHdb. AG, 3. Aufl. 2007, § 19 Rn. 29; *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2003, § 76 AktG Rn. 186.

⁸⁵ *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 70.

⁸⁶ *Hoffmann-Becking*, ZHR 150 (1986), 570, 577; *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2003, § 76 Rn. 189; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 76 AktG Rn. 97; *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 76 Rn. 58; *Seibt* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 76 AktG Rn. 18; im Ergebnis ähnlich *Zitzewitz*, Stock Options, 2003, S. 175.

⁸⁷ Ähnlich *Tröger*, ZGR 2009, 447, 470 f.; anders *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2293 f., die sogar Vorteile erblicken, die der Aufsichtsrat in seiner Entscheidung über ein Vergütungssystem zugunsten der Berücksichtigung der Interessen der Konzernobergesellschaft einfließen lassen müsse.

c) *Angemessene Vergütung nach § 87 AktG*

Zudem ergibt sich ein fundamentaler Konflikt mit § 87 AktG (der Angemessenheit der Vergütung), erst recht nach dessen Neufassung durch das VorstAG, der die Vereinbarkeit solcher Vergütungsstrukturen zweifelhaft erscheinen lässt. Denn nunmehr betont § 87 AktG noch mehr als dies schon zuvor unter der alten Rechtslage der Fall war⁸⁸ die Ausrichtung des Vergütungssystems auf eine langfristige Rentabilität des Unternehmens, oder in den Worten des Gesetzgebers: auf eine „nachhaltige Unternehmensentwicklung“ – allerdings beschränkt auf börsennotierte Gesellschaften. Vor allem hinsichtlich der variablen Vergütungsbestandteile muss der Aufsichtsrat die nachhaltige Unternehmensentwicklung als Leitbild des Systems und der Anreize berücksichtigen; reine Fixvergütungen werden damit nicht untersagt.⁸⁹ Das Gesetz erfasst aber auch andere Vergütungsformen, die nicht von vornherein in einer festen Geldsumme fixiert sind, etwa stock options, Gewinnbeteiligungen oder sonstige von Indikatoren abhängige Vergütungen. Die Vergütung kann auch aus einer Mischung kurz- und langfristiger Anreize bestehen, solange die langfristige Komponente überwiegt.⁹⁰

Zwar ist auch hier angesichts der erheblichen Probleme, die nachhaltige Unternehmensentwicklung zu operationalisieren,⁹¹ der Aufsichtsrat relativ frei, im Rahmen des – allerdings ebenfalls diffusen Unternehmensinteresses – Prioritäten zu setzen.⁹² Ob dem Aufsichtsrat hier ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich des unbestimmten Rechtsbegriffs eingeräumt werden kann (in Analogie zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG), ist bislang wenig diskutiert, aber anzunehmen.⁹³

Doch sind alle Kriterien und Parameter für die Angemessenheit einer Vergütung auf die Entwicklung des Unternehmens bzw. der AG ausgerichtet – und nicht auf die „Performance“ eines Dritten. Der Vorstand soll über die Vergütung Anreize erhalten, den Wert und die Überlebensfähigkeit

⁸⁸ Zur vorherigen Rechtslage und Ausrichtung auf die längerfristige Rentabilität des Unternehmens im Rahmen des Vergütungssystems s. *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 38, 41; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 87 AktG Rn. 16, 18 f.; *Kort* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2006, § 87 Rn. 93, 197; LG Düsseldorf Ur. v. 22.7.2004 – XIV 5/03, NJW 2004, 3275, 3278 f.; *Ringleb* in Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder, DCGK, 3. Aufl. 2008, Ziff. 4.2.3 Rn. 725 f., 732 ff.; *Hohaus/Weber*, DB 2009, 1515, 1517; *Thüsing*, AG 2009, 517, 519 f. hält dies allerdings für eine Verstärkung.

⁸⁹ *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1350; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803; *Thüsing*, AG 2009, 517, 519; s. schon die Kritik in der Stellungnahme des DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2009, 612, 613 Tz. 7 zum FrakE.

⁹⁰ Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/13433, S. 16, der damit der Kritik der Praxis Rechnung trägt; Stellungnahme des DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2009, 612, 613 Tz. 5, 8; im Ergebnis auch *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1351; *Fleischer*, NZG 2009, 801, 803; *Hohaus/Weber*, DB 2009, 1515, 1517; *van Kann/Keiluweit*, DStR 2009, 1587, 1588; *Lingemann*, BB 2009, 1918, 1919 nennt ein Verhältnis von 40% fix, 20% variabel langfristig und 20% variabel kurzfristig, 20% aktienbasierte Vergütung für nicht zu beanstanden.

⁹¹ S. dazu *Spindler*, NJOZ 2009, 3282, 3284 f.

⁹² Zutr. *Thüsing*, AG 2009, 517, 520. Allerdings entsteht hier ein bislang kaum wahrgenommener Konflikt zwischen der gemeinhin dem Vorstand eingeräumten Priorität bei der Definition des Unternehmensinteresses und dem Aufsichtsrat.

⁹³ *Spindler* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2008, § 87 Rn. 20; *Fleischer* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 87 AktG Rn. 15; allgemein dazu *Spindler*, FS Canaris, 2007, S. 403; im Ergebnis ähnlich *Hohenstatt*, ZIP 2009, 1349, 1354 f.; *van Kann/Keiluweit*, DStR 2009, 1587, 1588; *Nikolay*, NJW 2009, 2640, 2642.

higkeit der AG zu steigern und zu bewahren, was sich letztlich auch in § 91 Abs. 2 AktG niederschlägt – nicht aber den Wert des Unternehmens eines Dritten zu steigern. Allenfalls dann, wenn der Index oder der Parameter im Vergütungssystem, der auf Daten eines Dritten zurückgreift, die Leistung des Vorstands gegenüber seiner eigenen AG reflektiert, könnte darüber nachgedacht werden, diese Indizes als zulässig zu erachten. Selbst in diesen Fällen ergibt sich jedoch sofort die Frage, warum nicht unmittelbar an den Erfolg des eigenen Unternehmens geknüpfte Parameter gewählt werden. Dies schließt nicht aus, etwa den Börsenkurs der AG als Basis für eine Vergütung zu wählen, sofern eine mehrjährige Komponente gewählt wird. Eine Vergütung, die überwiegend auf die Interessen einer anderen Konzerngesellschaft, insbesondere einer Muttergesellschaft abstellt, ist daher erheblichen Bedenken ausgesetzt, ob sie noch nach § 87 AktG als zulässige Vergütungsstruktur angesehen werden kann.⁹⁴

d) Gesamtabwägung

Eine Beeinträchtigung der Interessen der Tochtergesellschaft tritt indes nur ein, wenn die Vergütungsbestandteile zugunsten einer anderen Konzern(ober)gesellschaft die Vergütungselemente, die auf die Tochtergesellschaft bezogen sind, überwiegen. Nur dann, wenn das Vorstandsmitglied durch die Vergütungsausgestaltung deutliche Anreize erhält, das Interesse der Konzern(ober)gesellschaft über dasjenige „seiner“ Tochtergesellschaft zu stellen, kommt es zu Fehlsteuerungen. Daher können konzernbezogene Vergütungen Bestandteil der Gesamtvergütung sein, sofern sie kein besonderes Gewicht hinsichtlich möglicher Entscheidungen des Vorstandsmitglieds bei Einflussnahmen seitens der Konzern(ober)gesellschaft erhalten. Überwiegen etwa die fixen und variablen Vergütungsbestandteile, die auf die Situation der Tochtergesellschaft abstellen, deutlich diejenigen, die auf die Muttergesellschaft bezogen sind, erheben sich keine Bedenken. Dabei können unterschiedliche Gestaltungen zum Tragen kommen, wobei stets der jeweilige wirtschaftliche Wert der jeweiligen Vergütungsform zu berücksichtigen ist, etwa der Zeit- bzw. Barwert bei zukunftsbezogenen Optionsformen (z.B. phantom stock options)⁹⁵. Es obliegt dem Aufsichtsrat, sich stets über die Gewichtung der Vergütungsbestandteile zu vergewissern, insbesondere ob dem Interesse der Tochtergesellschaft noch genügend Gewicht verliehen wird;⁹⁶ im Zweifel wird er dem Interesse der Tochtergesellschaft den Vorzug geben müssen. Auch im Rahmen des Anstellungsvertrages müsste dann der laufenden Kontrolle und Nachjustierung Rechnung getragen werden.⁹⁷

⁹⁴ OLG München ZIP 2008, 1237 Tz. 42 – RWE.

⁹⁵ Insofern zutr. *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 183 f.; s. auch *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2294 f.

⁹⁶ Von gesteigerten Überwachungspflichten gehen auch *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2295 aus.

⁹⁷ *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 184: „Gegenmaßnahmen“.

Darüber hinaus könnte daran gedacht werden, stets im Einzelfall zu überprüfen, ob der Vorstand der abhängigen AG überhaupt einen Einfluss auf die Wertentwicklung der Konzernobergesellschaft hat; würde es daran fehlen, etwa bei einer Orientierung am Börsenkurs der Obergesellschaft und relativ geringem Gewicht der Tochtergesellschaft im Konzernverbund, könnte man geneigt sein, eine Fehlsteuerung bzw. eine Anreizwirkung zu negieren.⁹⁸ Eine solche Betrachtungsweise erscheint jedoch aus mehreren Gründen lebensfremd: Zunächst liegt die Frage auf der Hand, warum dann überhaupt der Vorstand einer Tochtergesellschaft konzernbezogene Vergütungsbestandteile erhalten sollte, wenn diese keine verhaltenssteuernde Wirkung entfalten sollen.⁹⁹ Zudem dürfte selbst bei einem geringen Einfluss des Vorstandes der abhängigen AG auf den Kurs der Obergesellschaft der Effekt einer Rückkoppelung an die Interessen der Obergesellschaft auf der Ebene der Tochtergesellschaft spürbar sein, da durchaus fraglich erscheint, ob ein Vorstandsmitglied tatsächlich eine nüchterne ökonomische Kalkulation seiner Einflussmöglichkeiten auf den Börsenkurs durchführt und sich nur auf die Interessen der Tochtergesellschaft konzentrieren würde; anders formuliert kann eine Rückkoppelung an das Interesse der Obergesellschaft – auch wenn sie noch so klein ausfallen sollte – das Zünglein an der Waage spielen, sofern nicht die Vergütung durch die Tochtergesellschaft absolut überwiegt. Eine Vergütung, die z.B. zu 90% an die Börsenkursentwicklung der Obergesellschaft gekoppelt wäre, bliebe unzulässig, selbst wenn der Vorstand der Tochtergesellschaft kaum Einfluss auf die Geschicke der Obergesellschaft nehmen kann. Schließlich dürfte sich das Ausmaß der Verkoppelung von Vorstandshandeln in der Tochtergesellschaft und den wirtschaftlichen Ergebnisindikatoren einer Obergesellschaft oftmals nur ex post feststellen lassen.

2. Vertragskonzern

Anders ist die Rechtslage im Vertragskonzern: Da der Vorstand der vertraglich konzernierten abhängigen AG verpflichtet ist, dass Konzerninteresse zu beachten, § 308 Abs. 2 AktG, kann gegen eine entsprechende Ausrichtung der Bezüge nichts vorgebracht werden.¹⁰⁰ Dabei kommt es nur darauf an, dass dem Eigeninteresse der abhängigen AG noch genüge getan wird – was durch die Schutzregelungen der § 302 AktG (Verlustübernahme) und § 303 AktG (Gläubigerschutz) gewährleistet wird. Eine Ausrichtung des Vorstandes der abhängigen AG am Interesse anderer Konzerngesellschaften steht daher wenig im Wege, so dass auch Stock Options bezogen

⁹⁸ So *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 184; *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2294 f.

⁹⁹ Skeptisch auch *Tröger*, ZGR 2009, 447, 473.

¹⁰⁰ *Begr. RegE BT-Drucks. 13/9712*, S. 23 f.; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; *Kort* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 2006, § 87 AktG Rn. 151; *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 185; *Hohenstatt/Seibt/Wagner*, ZIP 2008, 2289, 2289 f.; *Zitzewitz*, *Stock Options*, 2003, S. 154 f.; *Friedrichsen*, *Aktionsoptionsprogramme für Führungskräfte*, 2000, S. 206 f.

auf die Obergesellschaft für den Vorstand der abhängigen AG zulässig sind¹⁰¹ - wie der Gesetzgeber deutlich festgehalten hat. In Fällen der existenzgefährdenden Weisungen bleibt es indes bei der Pflicht des Vorstandes der abhängigen AG deren Interessen zu wahren.

3. Einpersonen-AG

Eine weitere Ausnahme gegenüber den grundsätzlichen Bedenken gegenüber konzernbezogenen Vergütungsprogrammen ist anscheinend für die Einpersonen-AG zu machen, fehlt es doch hier an Minderheitsaktionären, auf die die Eigeninteressen der AG bezogen werden könnten.¹⁰² Damit würde indes das System der §§ 311 ff. AktG auf den Schutz der Minderheitsaktionäre reduziert – was nicht dem Ansatz der §§ 311 ff. AktG entspricht, die gleichermaßen dem Gläubigerschutz dienen, indem das Eigeninteresse der abhängigen AG gewahrt wird.¹⁰³ Demgemäß differenziert das Gesetz in den §§ 311 ff. AktG nicht danach, ob es sich um eine Einpersonen-AG oder eine solche mit Minderheitsaktionären handelt.¹⁰⁴ Selbst die Gegenauffassung muss konzedieren, dass die Leitlinie für den Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft, der über die konzernbezogene Vergütung zu entscheiden hat, immer noch das Unternehmensinteresse der Tochtergesellschaft – und nicht das Konzerninteresse – bleibt¹⁰⁵. Die Bedenken, die gegenüber einer Ausgestaltung von Vorstandsbezügen der Tochter-AG bezogen auf die Wertentwicklung der Obergesellschaft dargelegt wurden, bleiben daher auch bei einer Einpersonen-AG bestehen.¹⁰⁶

4. Mehrstufiger Konzern

Wenig erörtert, gleichwohl aber relevant, wie es das Verfahren vor dem LG München I bzw. dem OLG München eindrucksvoll belegt,¹⁰⁷ sind Fallgestaltungen in mehrstufigen Konzernen, etwa indem Vergütungen eines Vorstandes der Enkel-AG abhängig gemacht werden vom Konzerngewinn der Muttergesellschaft. Unproblematisch ist von vornherein ein mehrfach gestufter, aber auf jeder Stufe mit einem Beherrschungsvertrag versehener Vertragskonzern. Denn hier ist

¹⁰¹ *Veil* in K. Schmidt/Lutter, 1. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 18; *Frey* in Großkomm. AktG 4. Aufl. 2001, § 192 Rn. 101; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; *Zitzewitz*, Stock Options, 2003, S.154 f.; *Zitzewitz*, NZG 1999, 698, 700.

¹⁰² In diesem Sinne *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 192 AktG Rn. 20; ähnlich *Waldhausen/Schüller* AG 2009, 179, 186.

¹⁰³ Wie hier auch *Tröger*, ZGR 2009, 447, 468 f.; *Altmeyen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 311 Rn. 10; *Koppensteiner* in KölnKomm. AktG, 3. Aufl. 2004, Vorb. § 311 Rn. 6 jew. m. w. N.

¹⁰⁴ So auch *Altmeyen* in MünchKomm. AktG, 3. Aufl. 2010, § 312 Rn. 27; *Habersack* in Emmerich/Habersack, 6. Aufl. 2010, § 311 AktG Rn. 13, § 312 AktG Rn. 6; *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 126 f.; kritisch zu dieser fehlenden Differenzierung *Götz*, AG 2000, S. 498 ff., der den nach § 312 AktG erforderlichen Abhängigkeitsbericht bei einer 100%igen Tochtergesellschaft als unnötig und ohne Nutzen ansieht; gegen diese Kritik *Bachmann*, NZG 2001, 961, 970, der den Abhängigkeitsbericht sowohl für den Insolvenzfall als auch zur Prophylaxe (Drohmittel der Aufnahme in den Abhängigkeitsbericht) für wichtig hält und der zur Vermeidung der Erstellungspflicht das Ausweichen auf die Rechtsform der GmbH anregt.

¹⁰⁵ *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 186.

¹⁰⁶ Anders wohl Begr. RegE BT-Drucks 13/9712, S. 24; umgekehrte Schlussfolgerung auch bei *Habersack*, FS Raiser, 2005, S. 111, 126 f.; *Waldhausen/Schüller*, AG 2009, 179, 186.

¹⁰⁷ OLG München ZIP 2008, 1237 – RWE.

jeder Vorstand gehalten, die Interessen des Konzerns zu beachten, die Muttergesellschaft kann über die Tochtergesellschaft (gegebenenfalls auch bei einem unmittelbaren Beherrschungsvertrag mit der Enkelgesellschaft direkt) Weisungen erteilen. Dann aber sind auch Anreizstrukturen zulässig, die sich auf die Wertentwicklung der Obergesellschaft beziehen.

Bei mehrfach gestufter faktischer Beherrschung kommen Optionen auf Aktien oder andere variable Vergütungen bezogen auf die Wert- oder Erfolgsentwicklung einer anderen Gesellschaft als der jeweiligen Tochter- bzw. Enkelgesellschaft nicht in Betracht. Hier gilt wiederum das oben Ausgeführte, dass der Vorstand das Eigeninteresse der abhängigen (Enkel-) AG zu wahren hat, einerlei von wem die Einflussnahme ausgeht, ob von Ober- oder Tochtergesellschaft. Optionen oder andere Vergütungselemente, die sich auf eine andere Gesellschaft als der eigenen beziehen, sind daher im Grundsatz nicht möglich.

Komplexer sind Mischformen aus faktischem und vertraglichen Konzern: So kann etwa das Gehalt eines Vorstandes einer Enkelgesellschaft Aktienoptionen bezogen auf die Muttergesellschaft enthalten, wobei die Enkelgesellschaft vertraglich konzerniert ist gegenüber der Tochtergesellschaft, diese aber nur faktisch von der Muttergesellschaft beherrscht wird, etwa bei einer deutschen Holding-Gesellschaft, die Tochtergesellschaft gegenüber einer US-amerikanischen Muttergesellschaft ist. Während der Vorstand der Enkelgesellschaft aufgrund der vertraglichen Konzernierung ohne weiteres die Interessen der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen hat, gilt dies nicht ohne weiteres gegenüber der Muttergesellschaft, da diese die Enkelgesellschaft nicht unmittelbar vertraglich beherrscht.¹⁰⁸ So wenig wie die Tochtergesellschaft ihre eigenen Interessen im Rahmen des § 311 Abs. 2 AktG vernachlässigen darf, so wenig ist es der Enkelgesellschaft erlaubt, nur die Interessen der Obergesellschaft gegebenenfalls zu Lasten der Tochtergesellschaft zu berücksichtigen. Nur wenn ein unmittelbarer Beherrschungsvertrag zwischen der Mutter- und der Enkelgesellschaft bestünde, wäre die Sachlage anders. Denn wenn die Enkelgesellschaft nur unselbständiger Teil der Tochtergesellschaft wäre, kämen alle oben dargelegten Einschränkungen im Rahmen des faktischen AG-Konzerns zum Tragen.

Ist die Tochtergesellschaft dagegen vertraglich konzerniert, die Enkelgesellschaft indes nur faktisch beherrscht, kann der Vorstand der Enkelgesellschaft weder an die Interessen der Tochtergesellschaft noch an diejenige der Muttergesellschaft durch entsprechende Optionen oder Bezüge angebunden werden, da er auch hier die Interessen der eigenen Enkelgesellschaft im Rahmen des § 311 Abs. 2 AktG zu vertreten hat.

¹⁰⁸ Statt vieler *Veil* in Spindler/Stilz, 1. Aufl. 2007, § 308 AktG Rn. 10.

C. Geschäftsführergehalt der abhängigen GmbH

Wieder anders stellt sich die Situation in der abhängigen GmbH dar: Aufgrund der Pflicht des Geschäftsführer der GmbH, Weisungen der Gesellschafter zu befolgen, entsteht eine ähnliche Situation wie im Vertragskonzern, allerdings ohne dessen rigide Ausgleichsmechanismen. Wie schon oben festgehalten, ist bereits ein unmittelbarer Vertrag mit dem Geschäftsführer zulässig, so dass erst recht entsprechende Vergütungen an ihn im Konzern möglich sind, ebenso konzern-erfolgsbezogene Ausgestaltungen. Selbst wenn man einen unmittelbaren Dienstvertrag mit der Konzernobergesellschaft ablehnen sollte, bliebe es bei der Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers, so dass die Rechtslage gleichgelagert mit derjenigen des Vertragskonzerns bleibt.

Ohne hier die umfangreiche Diskussion zum GmbH-Konzern aufgreifen zu können¹⁰⁹, ist jedoch festzuhalten, dass das Eigeninteresse der GmbH nur hinsichtlich der Existenzgefährdung geschützt ist¹¹⁰, so dass ähnlich wie im Vertragskonzern variable Vergütungen, die sich an der wirtschaftlichen Entwicklung der Obergesellschaft orientieren, weitgehend zulässig sind.¹¹¹ Dies gilt auch in der nach dem MitbestG 1976 mitbestimmten GmbH, da die Mitbestimmung nichts an der Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers ändert.

IV. Zusammenfassung

Anstellungsverträge von Vorstandsmitgliedern mit Dritten sind nur im Vertragskonzern zulässig, selbst hier nur dann, wenn sie der herrschenden Gesellschaft keine Rechtsmacht einräumen, Weisungen zu erteilen, die existenzbedrohend für die abhängige AG sein können oder außerhalb des Konzerninteresses liegen. Zudem bedürfen die Verträge der Genehmigung durch den Aufsichtsrat. Die Zustimmung des Aufsichtsrats kann auf einen Ausschuss übertragen werden. Verträge mit Dritten oder im faktischen Konzern sind dagegen weitgehend unzulässig. Im GmbH-Konzern können dagegen Drittanstellungsverträge vereinbart werden, bei einer mitbestimmten GmbH allerdings nur, sofern hier der Aufsichtsrat zustimmt – was durch die Gesellschafterversammlung aber überstimmt werden kann.

¹⁰⁹ Eingehende Darstellungen zu Konzernrecht der GmbH bei *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, 2006; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, 19. Aufl. 2010, SchlAnhKonzernR, je m. w. Nachw.

¹¹⁰ Zum Streit um das Bestandsschutzinteresse in der Einpersonen-GmbH *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, 2004, S. 201; *Ulmer* in *Hachenburg*, 8. Aufl. 1997, Anh. § 77 GmbHG Rn. 75, 87; *Habersack* in *Emmerich/Habersack*, 6. Aufl. 2010, Anh. § 318 AktG Rn. 34; *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff*, 17. Aufl. 2009, Anh. § 13 GmbHG Rn. 34 ff.

¹¹¹ *Zitzewitz*, Stock Options, 2003, S. 159 f.; *ders.*, NZG 1999, 698, 701; *Friedrichsen*, Aktienoptionsprogramme für Führungskräfte, 2000, S. 210 f.

Vergütungen für Vorstandsmitglieder, die sich am Erfolg anderer Konzerngesellschaften orientieren, insbesondere der Konzernobergesellschaft, sind nur im Vertragskonzern zulässig. Im faktischen Konzern führen derartige Vergütungen zu einer unzulässigen Verstärkung des Einflusses der beherrschenden Gesellschaft. Im GmbH-Konzern sind derartige Vergütungen ohne weiteres zulässig, auch bei der mitbestimmten GmbH.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G. Spindler', written in a cursive style.

Prof.Dr.Gerald Spindler