



Moritz Muthmann

Vorstandsvertrag
und Vertragsfreiheit im Lichte
des VorstAG



PETER LANG

Europäische Hochschulschriften

Publications Universitaires Européennes

European University Studies

Reihe II Rechtswissenschaft

Série II Series II

Droit

Law

Bd./Vol. 5367



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Moritz Muthmann

Vorstandsvertrag und Vertragsfreiheit im Lichte des VorstAG

Eine Untersuchung über die Grenzen
der Vertragsfreiheit bei der Gestaltung
von Vorstandsverträgen
in der Aktiengesellschaft



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 2012

D 25

ISSN 0531-7312

ISBN 978-3-631-62464-7 (Print)

ISBN 978-3-653-02188-2 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02188-2

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2011 bei der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation eingereicht. Die Literaturhinweise befinden sich auf dem Stand von März 2012.

Mein besonderer Dank für die hervorragende Unterstützung gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Merkt, der mir im Verlauf der Arbeit stets für Ratschläge zur Verfügung stand.

Herrn Professor Dr. Weller danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Freunden Maren Patella, Thomas Flues und Erasmus Mayr danke ich herzlich für die sehr sorgfältige Durchsicht der Arbeit und die wertvollen Hinweise. Bei Adelheid Drotleff bedanke ich mich für die Kontrolle des Manuskripttextes.

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern und meiner Schwester, die mich stets in vielfältiger Weise unterstützt haben.

Freiburg im Juni 2012

Moritz Muthmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Problemstellung	18
B. Zielsetzung dieser Arbeit	19
C. Gang der Untersuchung	20
D. Der Vorstandsvertrag und die Novellierung durch das VorstAG	20
 Erster Teil: Vertragsfreiheit	 23
A. Begriff der Vertragsfreiheit	24
B. Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit	26
I. Institutsgarantie	27
II. Schutzzumfang der Institutsgarantie der Vertragsfreiheit	27
III. Rechtfertigung von Eingriffen in die Vertragsfreiheit	29
1. Traditionelle Auffassung	29
2. Wesensgehaltsschutz und Übermaßverbot	30
3. Optimierungsgebot und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	30
4. Rechtsprechung	30
a) Kernbereichslehre	31
b) Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG	31
IV. Verfassungsrechtliche Prüfung der Vorschriften	32
1. Prüfungsmaßstab für die Beschränkung der Vertragsfreiheit	32
2. Eingriff in die Vertragsfreiheit	33
3. Rechtfertigung des Eingriffs	33
C. Ökonomische Funktion der Vertragsfreiheit	35
I. Vorstandsvertrag und Preistheorie	35
II. Vertragsfreiheit und Wettbewerb beim Vorstandsvertrag	36
D. Geltungsgrund für den Vertragsinhalt	37
I. Die Beziehung von Parteiwille und Vertragsinhalt	37
1. Richtigkeitsgewähr aufgrund des Vertragsmechanismus	38
2. Selbstbestimmung als Geltungsgrund	39
3. Anwendung der Konzepte auf den Untersuchungsgegenstand	39
II. Alternative Ansätze	40
E. Fallgruppen zulässiger Einschränkungen der Vertragsfreiheit	40
I. Gestörte Vertragsparität durch ein Machtungleichgewicht	41
1. Allgemeine Beschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit	42

2. Beschränkungen bei besonderen Vertragstypen	43
3. Vergleich mit Vorstandsverträgen	44
II. Störung der Vertragsparität aufgrund eines situativen Ungleichgewichts	45
III. Schutz von Interessen Dritter	45
IV. Gestörter Vertragsmechanismus aufgrund fehlenden Wettbewerbs	46
1. Wettbewerbsbegriff	46
2. Wettbewerb und Vertragsmechanismus	47
3. Markt für Vorstände – ein Wettbewerbsmarkt?	47
4. Zusammenfassung	49
V. Störung des Vertragsmechanismus durch unzureichende Interessenwahrnehmung	50
1. Gesetzliche Ausgangslage	50
2. Das Vertretungsproblem	51
3. Kompensation des Vertretungsproblems durch die Aufsichtsratshaftung	52
a) Problem der Geltendmachung	52
b) Rechte der Anteilseigner	53
c) Anspruchsdurchsetzung im Haftungsprozess	54
d) Zusammenfassung	55
4. Einflussmöglichkeiten des Vorstandes auf den Aufsichtsrat	55
a) Gesetzliche Ausgangslage	56
b) Möglichkeiten informeller Einflussnahme	56
c) Zusammenfassung	57
5. Gefahr der Solidarisierung von Aufsichtsrat und Vorstand	58
a) Problem der Mehrfachmandate	58
b) Problem der Gruppensolidarität aufgrund beruflicher Verbundenheit	59
c) Zusammenfassung	60
6. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	60
7. Gefahren durch die nebenberufliche Natur des Aufsichtsratsmandats	61
a) Erkenntnisse über effiziente Aufsichtsratskontrolle	62
b) Folgen für den Vertragsmechanismus	62
VI. Zusammenfassung	63
1. Vertretungsproblem ist börsennotierten Aktiengesellschaften immanent	63
2. Gestörter Vertragsmechanismus rechtfertigt Eingriff in Vertragsfreiheit	64

F. Vertragsfreiheit im Aktienrecht	65
I. Grundsatz der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht	65
II. Zwingende Natur der relevanten aktienrechtlichen Normen	67
III. Zusammenfassung	68
Zweiter Teil: Grenzen der Vertragsfreiheit bei Vorstandsverträgen	69
A. Die geschichtliche Entwicklung	69
I. Die Anfänge der Aktiengesellschaft	69
II. Die Entwicklung im 19. Jahrhundert	70
III. Die weitere Entwicklung bis zum Aktiengesetz von 1937	72
IV. Die Nachkriegszeit	74
V. Entwicklung ab dem Jahr 2000 und das VorstAG	75
VI. Fazit	76
B. Schutzwürdige Interessen im Aktienrecht	77
I. Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse	78
1. Begriffsbestimmungen	78
2. Begriffsverwendung in dieser Arbeit	79
II. Aktionärsinteresse	80
1. Kontrollinteresse	81
2. Aktionärsinteresse an der Gestaltung des Vorstandsvertrages	82
III. Gläubigerinteresse	83
IV. Arbeitnehmerinteressen	84
V. Interessen der Vorstandsmitglieder	86
VI. Gemeinwohl- oder Allgemeininteresse	87
1. Gesamtwirtschaftliche Funktion	87
2. Gesetzeszweck	88
3. Kein Vorrang des Allgemeininteresses	89
4. Ordnungspolitische Begründung	89
5. Allgemeininteresse an der Gestaltung des Vorstandsvertrages	90
VII. Gewichtung der Interessen	91
1. Shareholder-Value-Konzept	91
2. Stakeholder-Konzept	92
3. Moderates Shareholder-Value-Konzept	93
4. Stellungnahme	94
a) Ablehnung des reinen Shareholder-Value-Konzepts	94
b) Ablehnung des moderaten Shareholder-Value-Konzepts	94
c) Eigener Ansatz	96

VIII. Zusammenfassung und Folgen für das Recht	
der Vorstandsverträge	97
C. Vertragsfreiheit im Lichte der Funktionen der Aktiengesellschaft	98
I. Funktion des Aktienrechts im Rechtssystem	99
1. Sinn und Zweck der Aktiengesellschaft	99
a) Funktion des Gesellschaftsrechts	100
b) Folgerungen für diese Arbeit	101
2. Auseinanderfallen von Aktienbesitz und	
Unternehmensherrschaft	101
a) Folgen für die Kontrollfunktion	102
b) Lösungsansatz der Prinzipal-Agent-Theorie	
(Agency-Theorie)	103
c) Verstärkung des Effekts durch Verflechtungen	
zwischen den Gesellschaften	104
d) Zwischenergebnis	104
II. Das Prinzip der Haftungsbeschränkung in	
der Aktiengesellschaft	105
1. Die Haftungsbeschränkung der Aktionäre	105
2. Forderung nach einer Erfolgshaftung des Vorstandes	108
a) Zweifel an der verhaltenssteuernden Wirkung	
der Vorstandshaftung	108
b) Zweck der Verschuldenshaftung	108
c) Verhaltenssteuernde Wirkung der Vorstandshaftung	110
d) Systematische Einwände gegen eine Erfolgshaftung	111
3. Haftungsmaßstab für die Vorstandshaftung	112
a) Keine vertragliche Gestaltungsmöglichkeit für	
die Vorstandshaftung	112
b) Umfang der Vorstandshaftung	113
c) Haftung bei unternehmerischen Entscheidungen	114
d) Die Tatbestandsvoraussetzungen	
des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	115
4. Aufhebung des Zwecks dieser Verschuldenshaftung	
durch Versicherung	117
a) Verminderte Sorgfalt aufgrund des Versicherungsschutzes	117
b) Positive verhaltenssteuernde Effekte der Versicherung	118
c) Bewertung	120
5. Folgen der Funktionen der Haftung für	
die Vertragsgestaltung	121
D. Zusammenfassung der in Teil 1 und 2 gewonnenen Erkenntnisse	122
I. Ursachen für die Beschränkung der Vertragsfreiheit	123

II.	Auslegungskriterien für die betreffenden Normen	124
Dritter Teil: Gesetzliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit		125
A.	Die relevanten Normen	125
I.	Rechtsnatur und Inhalt des Vorstandsvertrages	126
II.	Aktiengesetz	127
III.	Arbeitsrecht	127
	1. Gesetzlicher Ausschluss	128
	2. Kündigungsschutzbestimmungen	129
	3. §§ 620 ff. BGB	129
	a) Beendigungsmöglichkeiten	130
	b) Beschränkung der Gestaltungsfreiheit durch § 84 Abs. 1 AktG	131
	c) Kopplungsklauseln und Trennungsgebot	133
	d) § 626 BGB	134
	e) Anwendbarkeit von § 622 Abs. 2 bis 6 BGB?	135
	f) Stellungnahme	136
	4. Arbeitsrechtliche Grundsätze und Diskriminierungsverbote	138
	5. Arbeitsschutzbestimmungen	140
	6. Wettbewerbsverbot	141
	7. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	141
	a) Nichtanwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB	141
	b) Keine partielle entsprechende Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB	142
	c) Umfassende Verbindlichkeit der vertraglichen Gestaltung	143
	d) Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten	144
	8. Haftung	144
	9. BetrAVG	145
IV.	AGB-Kontrolle	145
V.	Allgemeine zivilrechtliche Grenzen	147
VI.	Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)	147
	1. Inhaltliche Vorgaben des Kodex für die Gestaltung des Vorstandsvertrages	149
	2. Rechtswirkungen des Kodex	149
	a) Kodex als Handelsbrauch oder Gewohnheitsrecht	150
	b) Indizwirkung des Kodex für pflichtgemäßes Verhalten	150
	c) Keinerlei rechtliche Beschränkung durch den Kodex	151
	d) Standpunkt der Rechtsprechung	152

e) Berücksichtigung der ökonomischen Funktion der Vertragsfreiheit	153
f) Stellungnahme	154
g) Eigener Ansatz	156
3. Verfassungsmäßigkeit des Kodex	156
4. Zusammenfassung	157
VII. Regelungen für Unternehmen des Finanzsektors	158
VIII. Europarecht	159
B. Beschränkung der Vertragsfreiheit durch § 87 Abs. 1 AktG	160
I. Vorgängernormen und dogmatische Einordnung	161
II. Gesetzeszweck des § 87 AktG	162
III. Auslegungsmaßstab für das Angemessenheitsgebot	163
1. Heranziehung steuerrechtlicher Rechtsprechung	163
2. Relative Orientierungsgrößen und Verteilung der Begründungslast	163
3. Verstoß gegen § 87 Abs. 1 AktG nur bei grober Unangemessenheit	164
4. Rechtsprechung	165
5. Fazit	165
IV. § 87 Abs. 1 AktG und das Unternehmensinteresse	166
1. Prüfung des Unternehmensinteresses	166
2. § 87 Abs. 1 AktG als ausschließlichen Maßstab	167
3. Stellungnahme	168
4. Integration des § 87 Abs. 1 AktG in die Business Judgment Rule	169
V. Nachträgliche Anerkennungsprämien ohne vertragliche Grundlage	170
1. Generelle Ablehnung	171
2. Unternehmensinteresse nur bei Existenzgefährdung verletzt	172
3. Alleiniger Maßstab des § 87 Abs. 1 AktG	172
4. Zukünftiger Leistungsanreiz als Voraussetzung	175
5. Stellungnahme	176
VI. Anforderungen an die Aufsichtsratsentscheidung nach § 87 Abs. 1 AktG	177
VII. Die Tatbestandsmerkmale des § 87 Abs. 1 AktG	179
1. § 87 Abs. 1 S. 1 AktG	179
a) Gesamtbezüge	179
b) Aufgabenbezug	181
c) Leistungsbezug	182
aa) Leistungskriterium und persönliche Verhältnisse	182

bb) Anknüpfungspunkt für die Leistung	183
cc) Festvergütung	184
d) Gesellschaftslage	185
e) Üblichkeitskriterium	187
aa) Üblichkeit auf das Unternehmen bezogen	188
bb) Unübliche Vergütung aus besonderen Gründen	189
cc) Horizontale Vergleichbarkeit	190
dd) Internationale Vergleichbarkeit	191
ee) Konzept der vertikalen Vergleichbarkeit	192
ff) Anwendung des Kriteriums der vertikalen Vergleichbarkeit	194
gg) Verhältnis der Kriterien untereinander	195
2. Sonderregeln für börsennotierte Gesellschaften	196
a) Nachhaltigkeitsgebot	197
aa) Verfolgte Ziele des Gesetzgebers	197
bb) Verständnis des Merkmals der Vergütungsstruktur	199
cc) Merkmal der nachhaltigen Unternehmensentwicklung ...	199
dd) Keine Festlegung auf bestimmte Unternehmensstrategie	201
b) Prüfungsmaßstab des § 87 Abs. 1 S. 2 AktG	202
3. Variable Vergütungsbestandteile	203
a) Allgemeine Anforderungen an die variable Vergütung	204
b) § 87 Abs. 1 S. 3 Hs. 1 AktG	205
aa) Mehrjährige Bemessungsgrundlage	205
bb) Bestelldauer als Höchstgrenze	206
cc) Verhältnis von kurz- und langfristig ausgerichteten Vergütungsbestandteilen	206
dd) Prospektive oder retrospektive Bestimmung der Bemessungsgrundlage	207
ee) Retrospektive Bemessungsgrundlage bei Laufzeitende ...	208
ff) Prospektive Bemessungsgrundlage bei Laufzeitende	209
gg) Verbindlichkeit der Vorgaben	210
c) Begrenzungsmöglichkeit bei außerordentlichen Entwicklungen	210
aa) Auslegung des Merkmals der außerordentlichen Entwicklungen	211
bb) Auslegung des Merkmals Begrenzungsmöglichkeit	212
cc) Ausgestaltung und Ausübung der Begrenzungsmöglichkeit	213
dd) Rechtsnatur der Begrenzungsklausel	214
4. Einzelne Vergütungsformen	215

a) Jahresbonus	215
b) Ermessenstantieme	216
aa) Ermessenstantieme ohne bestehenden Anspruch des Vorstandes	216
bb) Ermessenstantieme aufgrund einer vertraglichen Regelung	216
cc) Inhaltliche Anforderungen an die Tantieme bzw. Tantiemeklausel	217
c) Aktienbasierte Vergütungsprogramme	218
aa) Zielsetzung von Aktienoptionen	219
bb) Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei Aktienoptionen	220
aaa) Besondere gesetzliche Vorgaben	220
bbb) Grenzen des § 87 Abs. 1 AktG	221
d) Abfindungen und Change-of-Control-Klauseln	222
aa) Ziffer 4.2.3 DCGK	223
bb) Zwingende Anforderungen an Abfindungsregelungen	225
cc) Change-of-Control-Klauseln	226
dd) Abfindung bei Nichtverlängerung des Vorstands- vertrages	228
VIII. Zivilrechtliche Rechtsfolgen eines Verstoßes	
gegen § 87 Abs. 1 AktG	229
1. Rechtsnatur der Vorschrift	229
2. Vorstandshaftung bei einem Verstoß	
gegen § 87 Abs. 1 AktG	230
a) Haftung des Vorstandes	230
b) Grundsätzlich ausschließliche Haftung des Aufsichtsrats	230
aa) Gesetzeswortlaut und -zweck	231
bb) Verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung	231
3. Rechtsfolgen bei missbräuchlichem Verhalten	
des Vorstandes	232
a) Haftung des Vorstandes aus rechtsmissbräuchlichem Verhalten	232
b) Missbrauchseinwand der Gesellschaft	233
c) Subjektive Anforderungen an den Missbrauchseinwand	234
4. Zusammenfassung	235
C. Beschränkung der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Vorstandshaftung	235
I. Vertragliche Regelung von Einzelpflichten	236
II. Klauseln hinsichtlich der D&O-Versicherung	236
1. Rahmenbedingungen der D&O-Versicherung in Deutschland	237
2. Dilemma der deutschen D&O-Versicherungspraxis	238

a) Interessenskonflikte bei der D&O-Versicherung	238
b) Gestaltung behindert verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung	240
3. Versicherungsprämien als Vergütungsbestandteil und Abschlusskompetenz	240
4. Auslegung des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG	242
a) Schaden	242
aa) Innen- und Außenhaftung	242
bb) Abwehrkosten	243
cc) Vergleichsschluss	245
b) Jährliche Festvergütung	245
c) Bezugsjahr	245
d) Rechtswirkung	246
5. Selbstbehaltsversicherung des Vorstandes	247
6. Eigenschadensversicherung der Gesellschaft über den Selbstbehalt	249
7. Gestaltungsvorschläge	249
III. Verfassungsmäßigkeit des § 93 Abs. 2 S. 3 AktG	251
D. Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Verfahrensrecht	251
I. Maßgebliche Vorschriften	252
II. Wählbarkeitsvorschrift des § 100 Abs. 2 AktG	252
III. Beschlussverfahren des Aufsichtsrats	253
1. Entscheidung hinsichtlich der Personalauswahl	254
2. Entscheidung hinsichtlich des Vorstandsvertrages	254
IV. Vergütungsberater	256
1. Anforderungen an die Unabhängigkeit der Vergütungsberater ...	257
2. Probleme bei großen Unternehmensberatungsgesellschaften	258
3. Zuständigkeit für die Beauftragung der Vergütungsberater	259
V. Billigungsrecht der Hauptversammlung gemäß § 120 Abs. 4 AktG	260
1. Die Tatbestandsmerkmale des § 120 Abs. 4 S. 1 AktG	261
2. Auswirkungen der Norm	263
3. Votum als Bedingung des Vorstandsvertrages	264
4. Auswirkungen auf das Verhältnis von Vorstandsvertrag und Vertragsfreiheit	264
VI. Zulässigkeit von Vergütungsvorgaben durch die Hauptversammlung	265
1. Generelle Unzulässigkeit von Hauptversammlungsangaben	266
2. Generelle Zulässigkeit von Hauptversammlungsangaben	266
3. Zulässigkeit von Angemessenheitsvorgaben	267

4. Stellungnahme	267
E. Einfluss von Transparenzvorschriften auf die Vertragsfreiheit	268
I. Regelungsinhalt und Ziel	269
II. Tatsächliche Wirkung auf die Vertragsgestaltung	269
III. Auswirkung auf die Vertragsfreiheit bei der Aushandlung von Vorstandsverträgen	270
F. Fazit: Die Vertragsfreiheit bei der Aushandlung von Vorstandsverträgen	271
I. Vorgaben zur Vergütung	271
1. § 87 Abs. 1 S. 1 AktG	272
2. § 87 Abs. 1 S. 2 AktG	272
3. § 87 Abs. 1 S. 3 AktG	272
II. Einführung des zwingenden Selbstbehaltes in § 93 Abs. 2 S. 3 AktG	273
III. Verfahren und sonstige Beschränkungen	274
IV. Zusammenfassende Bewertung	275
Vierter Teil: Gestaltungsmöglichkeiten und Reformvorschläge	277
A. Gesetzliche Gehaltsobergrenzen	277
I. Rechtspolitische Vorbehalte	277
II. Verfassungsrechtliche Bedenken	278
B. Verbot der Eigenversicherung des Selbstbehaltes bei der D&O-Versicherung	279
I. Rechtspolitische Stellungnahme	279
II. Verfassungsrechtliche Erörterung	280
C. Verbot der Mitversicherung des Vorstandes in der D&O-Police	280
D. Praktische Verschärfung des Haftungsrisikos	281
E. Weitere Stärkung der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats	282
Schlussbemerkung	285
Literaturverzeichnis	287
Materialien zum VorstAG	329

Einleitung

Im Zuge der Finanzmarktkrise im Jahr 2008 und der darauf folgenden Wirtschaftskrise sah sich die Politik in vielen Ländern¹ veranlasst, den privaten Unternehmen Beschränkungen bei der Vergütung ihrer angestellten Manager und Vorstände aufzuerlegen. Denn die in der bisherigen Vergütungspraxis verbreiteten Anreizsysteme wurden als eine wesentliche Ursache für wirtschaftliche Fehlentwicklungen ausgemacht.² In Deutschland wurde die Diskussion über die Vorstandsvergütung schon seit Längerem geführt und durch einige vielbeachtete Prozesse befeuert, wobei insbesondere das Mannesmann-Verfahren³ zu nennen ist. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Diskussion frühzeitig aufgegriffen und durch Vorschriften zur Vergütungstransparenz sowie Initiierung einer Corporate-Governance-Kommission versucht, insbesondere auf die Vergütungsgestaltung mäßigend einzuwirken. Die Finanzkrise führte dann zu weiteren Regelungen. Nachdem zuvor schon im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG)⁴ vom 17.10.2008 Sonderregelungen für Vorstände und Manager von Banken getroffen wurden, änderte der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 05.08.2009 einige Normen des für alle Aktiengesellschaften geltenden Aktiengesetzes. Die Veränderungen betreffen u. a. die Struktur der Vorstandsvergütung, die Altersversorgung der Vorstände sowie die Haftung der Vorstände und des Aufsichtsrats. Ferner wurde versucht, mithilfe verschiedener Instrumente Einfluss auf das Verfahren zur Verhandlung des Vorstandsvertrages zu nehmen.

1 Vgl. Fleischer, NZG 2009, S. 801, Fn. 8–11; Hopt, ZHR 2011, S. 462 ff.; siehe auch: Thüsing, AG 2009, S. 517, der u. a. auf die Diskussion in den USA und Bebchuk/ Fried, Pay without Performance, verweist.

2 Vgl. Pressemitteilung BMJ vom 18.06.2009; Bauer/Arnold, AG 2009, S. 717; Dauner-Lieb/v. Preen/ Simon, DB 2010, S. 377 ff.; Hopt, ZHR 2011, S. 462; van Kann, NZG 2009, S. 1010.

3 BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04; BGH NJW 2005, S. 522 ff.; LG Düsseldorf, NJW 2004, S. 3275 ff.

4 Soweit nicht angegeben werden die gängigen Abkürzungen aus Kirchners Abkürzungsverzeichnis verwendet.

A. Problemstellung

Die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung kommt gut in einem Zitat der ehemaligen Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries* zum Ausdruck. Diese äußerte im Zuge des Bundestagsbeschlusses zum VorstAG: „Es enthält klare Vorgaben an den Aufsichtsrat zur Festsetzung der Vorstandsvergütung. Es geht aber nicht um die Festsetzung einer konkreten Vergütungshöhe. Das ist nicht Sache des Staates, sondern der Vertragsparteien.“⁵ Der letzte Satz wirft nämlich die Frage auf, warum es überhaupt zwingende gesetzliche Vorgaben für die Gestaltung der Vorstandsverträge in privaten Aktiengesellschaften gibt bzw. in welchem Verhältnis das allgemeine Prinzip der Vertragsfreiheit zu diesen gesetzlichen Vorgaben steht.

In der öffentlichen Debatte wird die Notwendigkeit eines gesetzlichen Eingriffs zumeist mit den erheblichen Steigerungen der Vorstandsvergütungen in den letzten beiden Jahrzehnten begründet, die jedes Maß verloren hätten. Hierbei wird darauf verwiesen, dass solche Praktiken früher undenkbar gewesen seien, und danach gefragt, ob es sich schließlich nur um eine Frage des „Anstandes“ und nicht auch um rechtlich zu sanktionierende Verhaltensweisen handele.⁶ Empirische Untersuchungen belegen in der Tat ganz erhebliche Vergütungsanstiege bei Vorstandsmitgliedern. So sind die Pro-Kopf-Vorstandsbezüge bei DAX-30-Unternehmen im Zeitraum von 1987 bis 2005 um 445 % gestiegen und im Jahr 2008 hat ein Vorstandsmitglied eines solchen Unternehmens durchschnittlich das 49-Fache eines Mitarbeiters verdient, während es 1988 noch das 14-Fache war.⁷

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Tatsache der Vergütungssteigerung als solche für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Vertragsfreiheit ausreichen kann. Auch in anderen Berufszweigen verdienen einzelne Personen sehr viel Geld und dies wird jenseits des Steuerrechts weder berücksichtigt noch beschränkt. Das Problem scheint also nicht in der Gehaltshöhe als solcher, sondern eher darin zu liegen, dass die Gründe für diese Gehaltssteigerungen nicht gesehen bzw. nicht als legitim akzeptiert werden.⁸

Mithin ist zu hinterfragen, warum dem Aufsichtsrat bei der Verhandlung des Vorstandsvertrages spezielle, über seine allgemeine Sorgfaltspflicht hinausgehende bzw. sehr weitgehende, konkretisierende Vorgaben gemacht werden. Denn

5 Vgl. Brigitte Zypries, zitiert in: Pressemitteilung BMJ vom 18.06.2009.

6 Vgl. Semler, FS Hopt, S. 1391 ff.

7 Vgl. Ehren/Gros, Der Konzern 2010, S. 417 m. w. N. zu empirischen Untersuchungen; zur dt. und int. Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte: Schmidt/Schwalbach, ZfB-Special Issue 1/2007, S. 114 ff.

8 Vgl. i. d. S. auch der Verhaltensökonom *Ernst Fehr*, zitiert bei: Homann/ Wolff, ZGR 2010, S. 976.

die Verhandlung über die Gestaltung des Vorstandsvertrages gehört zu seinen zentralen Aufgaben, weil sie im engen Zusammenhang mit seiner Verpflichtung steht, für die Gesellschaft einen möglichst kompetenten Vorstand einzustellen.⁹

B. Zielsetzung dieser Arbeit

In dieser Arbeit wird deshalb das Verhältnis von Vorstandsvertrag und Vertragsfreiheit analysiert und der Frage nachgegangen, inwieweit in diesem Bereich das für unsere Zivilrechtsordnung grundlegende Prinzip der Vertragsfreiheit gilt. Es geht also weniger um die konkrete inhaltliche Gestaltung von Vorstandsverträgen, sondern vielmehr um die Herausarbeitung der Grenzen der Gestaltungsfreiheit.

Aufbauend auf der zuvor skizzierten Fragestellung wird vor allem untersucht, welche tiefer liegenden Begründungen es für die Eingriffe des Gesetzgebers gibt und welche Interessen dadurch geschützt werden, um diese bei der Auslegung der betreffenden Normen berücksichtigen zu können. Abschließend wird hinterfragt, ob der Gesetzgeber auf Basis seiner politischen Wertungsentscheidungen bei der Normgestaltung den richtigen Weg eingeschlagen hat oder ob durch andere Lösungen diese Ziele effektiver erreicht werden könnten.

Es wird in dieser Arbeit nicht nur auf die vieldiskutierte Vorstandsvergütung als solche, sondern auf den gesamten Vorstandsvertrag eingegangen, weil er sich nur in seiner Gesamtheit sachgerecht bewerten lässt. So ist beispielsweise für die Frage einer angemessenen Vergütungshöhe relevant, welche Haftungsrisiken das Vorstandsmitglied zur Erzielung einer unter Umständen sehr hohen Vergütung eingehen muss und wie gesichert seine Vorstandsstellung z. B. hinsichtlich ihrer Dauer ist.

Um sich ganz auf diese Problematik konzentrieren zu können, geht die Darstellung vom Grundtypus des zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ausgehandelten Vorstandsvertrages bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft mit weitgehend zersplitterter Aktionärsstruktur aus. Die mannigfaltigen Gestaltungsalternativen werden allenfalls zur Verdeutlichung bestimmter Probleme exemplarisch erörtert. Auf die Darstellung und Berücksichtigung der besonderen Interessenlage von Familiengesellschaften oder durch einen Großaktionär dominierten Aktiengesellschaften wird verzichtet. Auch die sich aus § 87 Abs. 2 AktG ergebenden Möglichkeiten der Parteien zur nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts werden nicht behandelt. Ebenso unterbleibt eine Beschäftigung mit konzern-

9 Vgl. Dauner-Lieb, Der Konzern 2009, S. 583 ff.

rechtlichen Sachverhalten und es erfolgt nur ein kurzer Überblick über die speziellen Regelungen für Vorstandsverträge bei Banken und Versicherungen.

C. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit wird das Institut der Vertragsfreiheit vor dem Hintergrund des Vorstandsvertrages dargestellt. Hierfür ist zunächst auf das Begriffsverständnis der Vertragsfreiheit und ihre verfassungsrechtliche Bedeutung einzugehen. Sodann werden vor allem der Geltungsgrund sowie die eigentlichen Aufgaben und Funktionsvoraussetzungen dieses Prinzips in unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung herausgearbeitet und geprüft, inwieweit die Funktionsvoraussetzungen im Bereich der Vorstandsverträge erfüllt sind.

Auf Basis dieser Erkenntnisse werden im zweiten Teil die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit für den Bereich der Vorstandsverträge bestimmt und daraufhin untersucht, inwieweit sich vor allem aus Sicht des Gesetzgebers Gründe für konkrete Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit beim Abschluss von Vorstandsverträgen ergeben. Dafür sind auch die bei der Aushandlung von Vorstandsverträgen zu berücksichtigenden Interessen im System der börsennotierten Aktiengesellschaft unter Einbeziehung der historischen Entwicklung umfassend zu erörtern.

Im Anschluss werden im dritten Teil der Arbeit diejenigen Normen ausführlich analysiert, welche die Vertragsfreiheit im Bereich der Vorstandsverträge einschränken; insbesondere auf die durch das VorstAG eingeführten oder geänderten Regelungen wird eingegangen. Sowohl die in den beiden ersten Teilen gefundenen Begründungen für die Begrenzung der Vertragsfreiheit als auch die in diesem Rahmen zu berücksichtigenden Interessen werden für die Auslegung der Vorschriften herangezogen.

Abschließend werden im vierten Teil diese Normen zusammenhängend daraufhin untersucht, ob sie im Lichte der herausgearbeiteten Gründe für die Beschränkung der Vertragsfreiheit zu einer sach- und interessengerechten Lösung der Probleme beitragen oder welche Regelungsgestaltung sachgerechter wäre.

D. Der Vorstandsvertrag und die Novellierung durch das VorstAG

Einleitend werden zum besseren Verständnis die Grundkonstellation des Abschlusses von Vorstandsverträgen und die wesentlichen Änderungen durch

das VorstAG in ihren Grundzügen erläutert, damit bei der Behandlung der Vertragsfreiheit der Bezug zum Gegenstand dieser Arbeit erkennbar bleibt.

Ein Vorstandsvertrag ist ein Anstellungsvertrag i. S. d. §§ 611, 675 BGB (Dienst- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag)¹⁰, der zwischen dem einzelnen Vorstandsmitglied und der Aktiengesellschaft geschlossen wird. Darin werden die Leistungspflichten des Vorstandsmitglieds auf der einen und die der Aktiengesellschaft auf der anderen Seite geregelt. Kernpunkte sind die Bestimmung der geschuldeten Tätigkeit des Vorstandsmitglieds, seine Vergütung, seine Haftung und die Vertragslaufzeit. Aus § 87 Abs. 1 S. 1 AktG ergibt sich die Zuständigkeit des Aufsichtsrats für die Vereinbarung der inhaltlichen Gestaltung des Anstellungsvertrages mit dem Vorstandsmitglied, so dass er die Aktiengesellschaft als Organ in diesem besonderen Fall auch nach außen vertritt. Nach § 87 Abs. 1 S. 1 AktG a. F. musste der Aufsichtsrat Bezüge aushandeln, die in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft standen.

Im Rahmen des VorstAG wurden die in § 87 Abs. 1 S. 1 AktG geregelten bisherigen Anforderungen an eine angemessene Vergütung des Vorstandes konkretisiert: Dem Gesetz zufolge muss sie nun auch in einem angemessenen Verhältnis zur Leistung des Vorstandes stehen und darf die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen. Mit den neu eingefügten Sätzen 2 und 3 in § 87 Abs. 1 AktG wurden erstmals konkrete Regeln für die Vergütungsstruktur bei börsennotierten Gesellschaften eingeführt. Sie muss sich an einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung ausrichten, die Bemessungsgrundlage der variablen Vergütungsbestandteile soll mehrjährig und für außerordentliche Entwicklungen nach oben begrenzt sein. Der neue § 93 Abs. 2 S. 3 AktG sieht einen zwingenden Selbstbehalt i. H. v. 10 % des Schadens für jedes Vorstandsmitglied vor, wenn die Aktiengesellschaft für das Vorstandsmitglied eine Managerhaftpflichtversicherung abschließt. Ferner wurden in den §§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 107 Abs. 3 S. 3, 116 S. 3 AktG diverse Vorgaben geändert, in denen es u. a. um den Wechsel vom Vorstand in den Aufsichtsrat, dessen Beschlussfassung über die Vorstandsvergütung und Sorgfaltspflichten geht. Außerdem wurde in § 120 Abs. 4 AktG ein Billigungsrecht der Hauptversammlung bezüglich des in der Aktiengesellschaft praktizierten Systems der Vorstandsvergütung eingeführt.

10 Vgl. zur Rechtsnatur und Abgrenzung zur Organstellung: Teil 3 A I.

Erster Teil: Vertragsfreiheit

Zunächst ist die Vertragsfreiheit im Kontext des Vorstandsvertrages genauer zu verorten.

Die Begrenzung der Gestaltungsfreiheit des Aufsichtsrats bei der Vereinbarung des Vorstandsvertrages könnte man entweder als eine Beschränkung der Vertragsfreiheit der Aktiengesellschaft selbst oder lediglich als eine Einschränkung der organschaftlichen Vertretungsmacht des Aufsichtsrats ansehen. Die Ausübung der Vertragsfreiheit setzt nämlich grundsätzlich die Fähigkeit zur Bildung eines natürlichen Willens voraus. Dass eine juristische Person zu einer solchen natürlichen Willensbildung selbst nicht in der Lage ist, war schon bei dem bis in das 19. Jahrhundert zurückgehenden dogmatischen Konflikt zwischen Organtheorie und Vertretertheorie unstreitig.¹¹ Nach der Organtheorie bildet eine juristische Person ihren Willen mittels ihrer Organe als Willens- und Handlungsträger, während der Vertretertheorie zufolge der juristischen Person das Wollen und Handeln ihrer Vertreter lediglich zugerechnet wird.¹² Die Diskussion dieser Ansätze muss hier nicht vertieft werden. Zum einen wird der Vertretertheorie heute nicht mehr gefolgt, da sich die Organtheorie insbesondere wegen § 31 BGB wesentlich besser mit den gesetzlichen Regelungen zur juristischen Person vereinbaren lässt.¹³ Zum anderen wären wohl selbst die Anhänger der Vertretertheorie in der vorliegenden Konstellation davon ausgegangen, dass der Aufsichtsrat als Vertreter der Aktiengesellschaft den Gestaltungsspielraum bei der Aushandlung von Vorstandsverträgen ausfüllt, der ihr aus der Vertragsfreiheit zukommt. Zumindest im Ergebnis beeinträchtigt dann die Einschränkung der organschaftlichen Vertretungsmacht auch die Vertragsfreiheit der Aktiengesellschaft, weil auch juristischen Personen die Ausübung der Vertragsfreiheit ermöglicht werden muss. Demzufolge wird hier die Vertragsfreiheit des einzelnen Vorstandsmitglieds und der durch den Aufsichtsrat handelnden Gesellschaft untersucht.

11 Vgl. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 10, I, Ziff. 2 c) m. w. N. zum Streit zwischen v. Savigny und v. Gierke.

12 Vgl. zum ganzen: Hübner, BGB AT, Rn. 197; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 10, I, Ziff. 2a) m. w. N.

13 Vgl. Enneccerus/ Nipperdey I, § 103, IV, 2; Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 10 I b).

A. Begriff der Vertragsfreiheit

Das Institut der Vertragsfreiheit ist Teil der umfassenden Privatautonomie, die es den Bürgern erlaubt, ihre privaten Angelegenheiten untereinander nach ihrem Willen zu regeln.¹⁴ Das Wort „Autonomie“ lässt sich in etwa mit „Selbstgesetzgebung“ übersetzen. Die Privatautonomie steht also nicht für schrankenlose Freiheit auf dem Gebiet des Privatrechts, sondern bedeutet lediglich die Freiheit der Privatrechtssubjekte, den Umfang ihrer untereinander geltenden Rechte und Pflichten zu regeln.¹⁵ Die Vertragsfreiheit ist die Erscheinungsform der Privatautonomie auf dem Gebiet des Vertragsrechts.¹⁶ Teil der Vertragsfreiheit ist wiederum die Satzungsautonomie, welche die Gesellschafter in privatrechtlichen Gesellschaften berechtigt, deren inneren Verhältnisse frei zu gestalten. In den Satzungen der Aktiengesellschaft finden sich jedoch gewöhnlich keine Vorgaben zur Gestaltung der Vorstandsverträge, weil es sich hierbei nicht um eine gesellschaftsinterne Regelung, sondern um einen zweiseitigen Vertrag zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied handelt.

Hauptelemente der Vertragsfreiheit sind die Rechte des Individuums zu entscheiden, ob und mit wem ein Vertrag geschlossen wird (Abschlussfreiheit), sowie die Rechte der Parteien, diesen inhaltlich nach ihrem Willen zu gestalten (Inhaltsfreiheit).¹⁷ Diese Elemente umfassen auch die negative Gewährleistung, mit einem bestimmten Verhandlungspartner nicht zu kontrahieren oder einer bestimmten inhaltlichen Vertragsgestaltung nicht zuzustimmen.¹⁸ Das deutsche Zivilrecht mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch als Kernkodifikation ist geprägt von der Philosophie des Liberalismus, weshalb der Wille des Einzelnen zu respektieren ist und eine Missachtung des Willens durch staatliche Eingriffe eine Missachtung der Person darstellt.¹⁹ Es wird somit von der Fähigkeit der einzelnen Bürger ausgegangen, ihre privaten Angelegenheiten untereinander selbst –

14 Vgl. Flume, AT II, § 1, 1 ff.; Ders., FS Deutscher Juristentag, S. 136 u. 141; Kiethe, BB 2003, S. 1575; Merz, Vertrag, S. 48 ff.

15 Vgl. Schapp, Grundfragen, S. 51

16 Vgl. Medicus/ Lorenz, SchR I, § 10, Rn. 63; Larenz/ Wolf, § 34, Rn. 22; Köhler, BGB AT, § 5, Rn. 1; Bork, BGB AT, § 2, Rn. 100; Palandt/ Ellenberger, Überbl. v. § 104, Rn. 1 u. Einf. v. § 145, Rn. 7; Drexl, Selbstbestimmung, S. 294; Merz, Vertrag, S. 48; Raiser, JZ 1958, S. 1; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 19; Richter, AcP 2006, S. 3.

17 Vgl. Köhler, BGB AT, § 5, Rn. 1; Merz, Vertrag, S. 48; Bork, BGB AT, § 2, Rn. 99; Larenz/ Wolf, § 34, Rn. 24 ff. u. 45 ff.; Hönn, Kompensation, S. 134 ff..

18 Vgl. Hönn, Kompensation, S. 135 ff.

19 Vgl. Schwab/ Löhnig, Einführung ins Zivilrecht, Rn. 59 ff; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 479 ff; Bork, BGB AT, § 2, Rn. 43 ff. u. 99 ff; Hübner, BGB AT, § 5, Rn. 80; Fischer, DRiZ 1974, S. 210.

ohne Eingriffe des Staates – zu regeln.²⁰ Das Institut der Vertragsfreiheit entfaltet für sämtliche Vertragsparteien Wirkung und schützt die Willensfreiheit beider Seiten, weil es sich auf den übereinstimmenden Willen der unmittelbar beteiligten Parteien stützt.

Ferner wird zwischen formeller und materieller Vertragsfreiheit unterschieden. Formelle Vertragsfreiheit bedeutet die rechtliche Möglichkeit der Vertragsparteien, sich autonom über Vertragsschluss und -inhalt zu einigen. Materielle Vertragsfreiheit bezeichnet hingegen die effektive Möglichkeit für beide Vertragsparteien, die formelle Autonomie auch tatsächlich in der Wirklichkeit umzusetzen.²¹ Ihr wesentlicher Aspekt ist also die Sicherung der Selbstbestimmung des Menschen. Weil die privatautonome Gestaltung eines Vertrages zumeist auch die Begründung von Pflichten des Einzelnen enthält, kann sie auch zu einer Einschränkung der Möglichkeit zur freien Gestaltung der Lebensverhältnisse führen.²² Deshalb setzt die materielle Vertragsfreiheit immer auch eine effektive Autonomie beider Parteien zur freien Entscheidung über die mit dem Vertragsschluss einhergehenden Pflichten voraus.

Es bestehen verschiedene rechtstechnische Möglichkeiten, die Vertragsfreiheit einzuschränken. Zum einen kann der Gesetzgeber entsprechende Verträge bzw. bestimmte Gestaltungen ausdrücklich verbieten, wodurch diese dann gemäß § 134 BGB unwirksam sind. Zum anderen kann er mittelbar in die Vertragsfreiheit eingreifen, indem er zumindest für eine Seite negative Rechtsfolgen an den Vertragsschluss knüpft, der Vertrag als solcher aber wirksam bleibt. Dies kann etwa dadurch erreicht werden, dass der Vertragsschluss für eine Seite als eine Pflichtverletzung gegenüber Dritten angesehen wird, die Schadensersatzansprüche auslösen kann (z. B. § 113 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 HGB). Diese drohenden Schadensfolgen sollen den Handelnden von vornherein von dem entsprechenden Verhalten abhalten. Auch hierdurch wird die Gestaltungsfreiheit der Parteien zumindest faktisch eingeschränkt, weil an ihren Vertragsschluss durch die Schadensersatzpflicht eine Rechtsfolge geknüpft wird, die nicht von ihrem Willen gedeckt ist und die sie allenfalls billigend in Kauf nehmen.

20 Vgl. Bydlinski, System, S. 147; Bork, BGB AT, § 2, Rn. 101.

21 Vgl. hierzu auch: Singer, Selbstbestimmung, S. 33 ff.; Kramer, „Krise“ d. lib. Vertragsdenkens, S. 20.

22 Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 45 ff.

B. Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit

Weder die Privatautonomie noch die Vertragsfreiheit sind im Grundgesetz ausdrücklich geregelt. Nach der Verfassung des Freistaates Bayern (Art. 151 Abs. 2) sowie den Verfassungen der Bundesländer Rheinland-Pfalz (Art. 52 Abs. 1) und Saarland (Art. 44) wird hingegen die Vertragsfreiheit im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Auch Art. 152 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung garantierte das zivilrechtliche Institut der Vertragsfreiheit.²³ Es wird nach heutigem Verfassungsverständnis aus der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleitet, weil die Möglichkeit, Verträge zu schließen, das juristische Mittel ist, mit dem der Einzelne seine Persönlichkeit entfalten und seinen Lebensbereich nach seinem Willen gestalten kann.²⁴ Dabei ist zu beachten, dass die Vertragsfreiheit als solche schon lange vor ihrer verfassungsrechtlichen Fundierung anerkannt war und der historische Gesetzgeber deshalb bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes von ihrem Bestehen schlicht ausging.²⁵ Zudem setzen auch einige spezielle Grundrechte das Bestehen der Vertragsfreiheit voraus. So gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG auch eine berufsbezogene Vertragsfreiheit zum Abschluss und zu der inhaltlichen Gestaltung von Arbeitsverträgen, und die in Art. 14 GG enthaltene freie Verfügungsbefugnis über das Eigentum ist ohne das grundsätzliche Bestehen von Vertragsfreiheit ebenso undenkbar.²⁶ Die in Art. 9 GG geschützte Vereinigungsfreiheit erfasst die gesellschaftsrechtliche Vertragsfreiheit, soweit es um Vereinbarungen geht, die die Vereinigung begründen oder in ihrem Bestand berühren.²⁷ Ferner lässt sich aus der Normierung des Eigentumsrechts in Art. 14 GG auf ein Bekenntnis des Verfassungsgebers zu den Grundlagen der marktwirtschaftlichen Ordnung schließen, für deren Bestehen die Vertragsfreiheit zwingende Voraussetzung ist.²⁸ Auch wenn die Privatauto-

23 Vgl. Stoll, in: Nipperdey, Reichsverfassung, Bd. 3, Art. 152, S. 175 ff.; Mager, Einrichtungsgarantien, S. 224 ff.; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 4 u. 32 ff.; z. Institutsgarantien d. WRV: Mainzer, Einrichtungsgarantie, S. 57 ff.

24 Vgl. BVerfGE 8, 274 (327 ff.); BVerfGE 65, 196 (210); BVerfGE 70, 115 (123); BVerfGE 95, 267 (303); BVerfG, NJW 1994, S. 2750; BVerfG, NJW 2001, S. 1709; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rz. 101; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 18; Kiethe, BB 2003, S. 1574; Mager, Einrichtungsgarantie, S. 224; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 35, Rn. 2; Badura, in: HGR II, § 29, Rn. 16; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 26.

25 Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 5 m. w. N.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band., S. 661.

26 Vgl. BVerfGE 116, 202 (221); Rüfner, in: HStR V, § 117, Rn. 68; Epping, Grundrechte, Rn. 553.

27 Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 17 m. w. N.

28 Vgl. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 17, Rn. 14; Epping, Grundrechte, Rn. 553.

nomie ihre eigentliche Wirkung im privatrechtlichen Verhältnis zwischen den Bürgern untereinander und nicht im öffentlich-rechtlichen Verhältnis von Bürger und Staat entfaltet, sind der Zivilgesetzgeber und die Zivilrechtsprechung über Art. 1 Abs. 3 GG bei der Ausübung ihrer hoheitlichen Tätigkeit zur Beachtung der Privatautonomie verpflichtet.²⁹

I. Institutsgarantie

Die Vertragsfreiheit kann vom Grundrechtsträger nur ausgeübt werden, sofern der Gesetzgeber überhaupt die rechtlichen Möglichkeiten zum Abschluss von Verträgen bereitstellt, weil die Parteien sonst nur Verabredungen ohne rechtliche Bindungskraft treffen könnten. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit soll also dem Einzelnen die zivilrechtliche Möglichkeit garantieren, mit rechtsverbindlicher Wirkung private Abmachungen zu treffen.³⁰ Deshalb spricht man bei der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Vertragsfreiheit von einem normgeprägten Grundrecht, welches der Gesetzgeber erst ausgestalten muss.

Die Vertragsfreiheit wird in der Grundrechtsdogmatik in Anknüpfung an Art. 152 der Weimarer Reichsverfassung als Institutsgarantie angesehen, wobei in diesem Zusammenhang zum Teil auch heute noch der Begriff der Einrichtungsgarantie verwendet wird.³¹ Hiervon zu unterscheiden ist der verfassungsrechtliche Begriff der institutionellen Garantie, der sich i. d. R. nur auf öffentlich-rechtliche Einrichtungen bezieht.³²

II. Schutzzumfang der Institutsgarantie der Vertragsfreiheit

Grundsätzlich haben solche Institutsgarantien – anders als die „klassischen“ Freiheitsgrundrechte – keinen fest umrissenen Schutzbereich, sondern garantieren lediglich einen Normmindestbestand, der die typischen und hergebrachten

29 Vgl. Di Fabio, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 2, Rz. 106.

30 Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 29 m. w. N.

31 Vgl. Badura, in: HGR II, § 29, Rn. 16; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 25 ff.; Epping, Grundrechte, Rn. 554.

32 Vgl. Stern, Staatsrecht III/1, S. 776 ff.; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 25; abw.: Canaris, JZ 1987, S. 995.

Strukturen des Rechtsinstituts sicherstellt.³³ Es handelt sich also um eine subjektiv-rechtliche Grundrechtsgewährleistung, die auf eine zivilrechtlich ausgestaltete Ausübungshilfe angewiesen ist.³⁴ Die Garantie umfasst nur die Wesensmerkmale und nicht den Status Quo des Rechtsinstituts zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes, da sonst ganze Rechtsgebiete der Gestaltung durch den einfachen Gesetzgeber entzogen wären.³⁵ Neben dem Schutz dieses Grundbestandes durch eine Institutsgarantie soll nämlich auch die Anpassungsfähigkeit des betroffenen Regelungsbereiches bewahrt werden.³⁶ Außerhalb dieses die Wesensmerkmale erfassenden Kernbereichs des verfassungsrechtlich garantierten Instituts ist der einfache Gesetzgeber deshalb in seiner Gestaltung relativ frei.³⁷

Für die Bestimmung des unantastbaren Kernbereichs, dessen Unabänderlichkeit der Verfassungsgeber sicherstellen wollte, müssen die struktur- und typusprägenden Eigenschaften eines Rechtsinstituts herausgearbeitet werden. Ausgangspunkt sind hierbei die historische Gestalt sowie der erklärte Sinn des garantierten Rechtsinstituts, da vor allem erstere der Vorstellung des Verfassungsgebers zugrunde lag.³⁸ Sodann ist zu prüfen, inwiefern sich die gesellschaftlichen, politischen und sozialen Anschauungen und Verhältnisse seitdem geändert haben und inwieweit sich deshalb auch der verfassungsrechtliche Gehalt der Institutsgarantie gewandelt hat.³⁹

Für die Bestimmung der Grenze der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit sind die mit der jeweiligen Institutsgarantie verbundenen Grundrechte zu beachten.⁴⁰ Weil die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird und insbesondere zur Ausübung der in Art. 9, 12 und 14 niedergelegten Grundrechte erforderlich ist, muss der Kernbereich der Vertragsfreiheit im Lichte dieser Grundrechte bestimmt werden. Der Gesetzgeber ist mithin aus der Institutsgarantie der Vertragsfreiheit mindestens zu Schaffung eines Vertragsrechts verpflichtet, dass die Ausübung der Grundrechte aus den Art. 2, 9, 12, 14 GG

33 Vgl. Schmidt-Jortzig, Einrichtungsgarantien, S. 33; Kloepfer, in: HGR II, § 43, Rn. 31; Epping, Grundrechte, Rn. 416.

34 Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 28; Weller, NZG 2010, S. 9.

35 Vgl. Kloepfer, in: HGR II, § 43, Rn. 31; Epping, Grundrechte, Rn. 416.

36 Vgl. C. Schmitt, in: Hdb. d. deutschen Staatsrechts Bd. II, S. 596; Kloepfer, in: HGR II, § 43, Rn. 31; Schmidt-Jortzig, Einrichtungsgarantien, S. 37.

37 Vgl. Mainzer, Einrichtungsgarantie, S. 122; im Randbereich eine zumindest leitbildverwirklichende Rechtsetzung fördernd: Mager, Einrichtungsgarantien, S. 432; Schmidt-Jortzig, Einrichtungsgarantien, S. 33.

38 Vgl. BVerfGE 17, 172 (182); BVerfGE 22, 180 (205); BVerfGE 23, 353 (366); BVerfGE 26, 172 (180); BVerfGE 26, 228 (238); Kloepfer, in: HGR II, § 43, Rn. 34; Schmidt-Jortzig, Einrichtungsgarantien, S. 41 ff.

39 Vgl. BVerfGE 34, 269 (288 ff.); Kloepfer, in: HGR II, § 43, Rn. 35.

40 Vgl. Mager, Einrichtungsgarantie, S. 436.

ermöglicht.⁴¹ Folglich ist es dem einfachen Gesetzgeber jedenfalls untersagt, die Rechtswirksamkeit privater Abmachungen umfassend außer Kraft zu setzen oder durch eine Reihe gesetzgeberischer Einzelmaßnahmen die wirtschaftliche Entschließungsfreiheit der Individuen bezüglich des Abschlusses und des Inhaltes von Verträgen faktisch aufzuheben.⁴² Die Privatrechtsordnung muss also dem Einzelnen einen angemessenen Entfaltungsraum zu selbstbestimmtem Handeln eröffnen.⁴³

In der hier untersuchten Konstellation der Vorstandsverträge ist also zu fragen, ob es bei deren Aushandlung einen Freiheitsbereich gibt, den der Gesetzgeber keinesfalls antasten darf, oder unter welchen Voraussetzungen Einschränkungen außerhalb dieses Kernbereichs möglich sind. Der Freiheitsrahmen wird seinerseits nach dem oben skizzierten Ansatz aus den hierbei betroffenen Grundrechten entwickelt.

III. Rechtfertigung von Eingriffen in die Vertragsfreiheit

Im Laufe der Jahre wurden in Rechtsprechung und Literatur zahlreiche Ansätze entwickelt, nach welchen Maßstäben ein gesetzgeberischer Eingriff in die Vertragsfreiheit zu rechtfertigen ist.

1. Traditionelle Auffassung

Gemäß der traditionellen, in erster Linie von der Zivilrechtswissenschaft vertretenen Auffassung sei nur der absolute Kernbereich der Vertragsfreiheit geschützt, weil es sich hierbei nur um eine Institutsgarantie handle. Ein verfassungswidriger Eingriff in das Institut der Vertragsfreiheit liege erst vor, wenn der Gesetzgeber die Anerkennung der Selbstbestimmung des Einzelnen im zivilen Rechtsleben schlechterdings aufhebe. Weil die Vertragsfreiheit nur nach Maßgabe der Rechtsordnung bestehe, ergebe sich aus der Gewährleistung der Vertragsfreiheit im Grundgesetz keine konkrete Vorgabe für den Gesetzgeber, sondern nur die Grundentscheidung der Verfassung zugunsten einer Privatrechtsordnung. Solange der Gesetzgeber nicht die Möglichkeit der Bürger zur selbstständigen Gestaltung ihrer privaten Rechtsverhältnisse gänzlich aufhebe, sei er in der Regelung der Rechtsfolgen privatrechtlicher Willenserklärungen frei.⁴⁴

41 Vgl. Epping, Grundrechte, Rn. 555; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 13 u. 27.

42 Vgl. so schon zur WRV: Stoll, in: Nipperdey, Reichsverfassung, Bd. 3, Art. 152, S. 185.

43 Vgl. Badura, in: HGR II, § 29, Rn. 17.

44 Vgl. Schmidt-Salzer, NJW 1970, S. 15; Flume, AT II, § 1, 10.

2. Wesensgehaltsschutz und Übermaßverbot

Kurt Biedenkopf schließt aus der Verortung der Vertragsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG, dass diese grundsätzlich einschränkungsfähig sei, soweit nicht der Wesensgehalt der Privatautonomie angetastet werde.⁴⁵ Nach *Claus-Wilhelm Canaris* unterliegt der Gesetzgeber bei Einschränkungen der Privatautonomie sowohl dem Willkür- als auch dem Übermaßverbot, so dass solche Normen an den Grundsätzen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gemessen werden müssten.⁴⁶

3. Optimierungsgebot und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Wolfram Höfling zufolge unterliegt der Gesetzgeber in Bezug auf die Vertragsfreiheit einem Optimierungsgebot. Jede Beschränkung der Vertragsfreiheit brauche einen rechtfertigenden „Gegengrund“. Je stärker der Eingriff in die Vertragsfreiheit sei, desto gewichtiger müsse auch im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der „Gegengrund“ sein. Diese „Gegengründe“ seien aber bisher noch nicht umfassend bestimmt worden.⁴⁷ Jedenfalls müssten sie den Eingriffsvoraussetzungen bestimmter Grundrechtsnormen wie z. B. Art. 6, 9, 12 und 14 GG genügen. Denn wenn die Vertragsfreiheit im konkreten Fall der Ausübung eines bestimmten Grundrechts diene, seien diese speziellen Grundrechte gegenüber dem Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG vorrangig zu prüfen.⁴⁸

Höfling nennt zum einen rechtstechnisch-formale Schranken der Vertragsfreiheit, die im Interesse an einer funktionierenden Gegenseitigkeitsordnung im Vertragsrecht erlassen werden, und bezieht sich hierbei z. B. auf Form- und Publizitätsvorschriften. Ferner würden inhaltlich-materielle Schranken der Vertragsfreiheit im Interesse eines „gerechten“ und „richtigen“ Vertragsrechts erlassen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn in bestimmten Vertragskonstellationen die materielle Vertragsfreiheit nicht gewährleistet sei, weil es an einer beiderseitigen freien Selbstbestimmung fehle.⁴⁹

4. Rechtsprechung

Das BVerfG nimmt bei der Prüfung der Vertragsfreiheit üblicherweise auf die zum Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG entwi-

45 Vgl. Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 144 ff. (insbes. S. 151).

46 Vgl. Canaris, JZ 1987, S. 995.

47 Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 38 ff.

48 Vgl. Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rz. 103.

49 Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 46 ff.

ckelten Grundsätze Bezug, sofern nicht ein spezielleres Grundrecht einschlägig ist. Demnach seien Eingriffe in die Vertragsfreiheit grundsätzlich verfassungsgemäß, wenn sie den Anforderungen des einfachen Gesetzesvorbehaltes des Art. 2 Abs. 1 GG genügen.⁵⁰

a) Kernbereichslehre

Ein Eingriff in die Vertragsfreiheit ist auch nach der Rechtsprechung nur dann nicht zu rechtfertigen, wenn er in den Kernbereich der geschützten Gewährleistung eingreift und damit ihr Wesensgehalt tangiert wird. Das BVerfG definiert diesen Kernbereich der Vertragsfreiheit aber sehr eng, um dem Zivilgesetzgeber einen großen Gestaltungsspielraum zu lassen. So hat es beispielsweise eine staatliche Preisfestsetzung bei bestimmten Waren für verfassungsrechtlich zulässig erklärt, wenn nicht so viele wichtige Güter betroffen sind, dass die wirtschaftliche Freiheit und Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen aufgehoben wird.⁵¹ Bisher hat das BVerfG noch in keiner Entscheidung eine gesetzliche Regelung für verfassungswidrig erklärt, weil sie in den Kernbereich der Vertragsfreiheit eingreift.

b) Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG

Wird die Vertragsfreiheit nicht in diesem Kernbereich eingeschränkt, so wendet das BVerfG die allgemeine Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG an. Die Vertragsfreiheit lasse sich also insoweit durch gesetzgeberische Gemeinwohlvorstellungen verdrängen und einschränken, solange das einschränkende Gesetz u. a. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des Willkürverbotes genüge. Die Sozialstaatsentscheidung des Grundgesetzes in Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG erlaube z. B. einen Eingriff in die Vertragsfreiheit zur sozialen Störungsabwehr, d. h. dass Eingriffe zulässig seien, wenn dies aus „gesamtwirtschaftlichen und sozialen Gründen [...] zum Nutzen des allgemeinen Wohls geboten“ sei.⁵²

Darüber hinaus hat das BVerfG besonders die materielle Vertragsfreiheit im Blick. Denn Eingriffe in die Vertragsfreiheit dienen oft auch dem Schutz der Grundrechtspositionen eines schwächeren Vertragspartners, damit die Vertragsfreiheit nicht zu einem Mittel der Fremdbestimmung des einen über den anderen

50 Vgl. BVerfGE 65, 196 (210); BVerfGE 70, 1 (25); BVerfGE 70, 115 (123); BVerfGE 74, 129 (151 ff.); BVerfGE 77, 370 (379); BVerfGE 88, 384 (403); BVerfG NJW 2001, S. 1709 (1711); BVerfGE 116, 202 (221); so auch Kiethe, BB 2003, S. 1574 ff.

51 Vgl. BVerfGE 8, 328; BVerfGE 70, 1 (25).

52 Vgl. di Fabio, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 2, Rz. 102; BVerfGE 8, 329; BVerfGE 70, 1 (26); BVerfG, NJW 2001, S. 1711; ähnlich: H. P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 28 ff.

Vertragsteil wird.⁵³ Dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung obliege es im Fall der gestörten Vertragsparität, die Ungleichgewichtslage durch Eingriffe in die Vertragsfreiheit zu kompensieren, wobei ihnen aber ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zustehe und sie nur ganz offensichtliche Fehlentwicklungen nicht ignorieren dürften.⁵⁴ Allerdings weist das BVerfG darauf hin, dass jeder Eingriff in die Vertragsfreiheit zum Schutz einer Partei zugleich ein Eingriff in die jeweilige Grundrechtsposition des anderen Vertragsteils sei, weshalb der Gesetzgeber die konkurrierenden Grundrechtspositionen abwägen müsse.⁵⁵

IV. Verfassungsrechtliche Prüfung der Vorschriften

Die Auffassung des BVerfG ist restriktiver als die traditionelle und deckt sich weitgehend mit den anderen Literaturansichten. Nunmehr wird der konkrete verfassungsrechtlich geschützte Rahmen bei der Gestaltung von Vorstandsverträgen erörtert, kurz auf die Rechtfertigung von Eingriffen in diesen Schutzbereich durch die insbesondere im Zuge des VorstAG geänderten Normen eingegangen und deren Verfassungsmäßigkeit untersucht.

1. Prüfungsmaßstab für die Beschränkung der Vertragsfreiheit

In der hier zu behandelnden Konstellation der Anstellungsverträge von Vorstandsmitgliedern sind Einschränkungen der Vertragsfreiheit in erster Linie als Eingriffe in die Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG auf Seiten des Vorstandes bzw. in die durch Art. 19 Abs. 3 i. V. m. Art. 12, 14 GG geschützte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit auf Seiten der Aktiengesellschaft zu qualifizieren. Das BVerfG sieht nämlich in der Einschränkung der Zulässigkeit von Vertragsklauseln in Anstellungsverträgen eine Restriktion der freien Berufsausübung, weshalb die Grundrechtsbeschränkung an Art. 12 Abs. 1 GG und nicht an der subsidiären allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG zu messen sei.⁵⁶ An dieser Stelle kann trotzdem auf die Rechtsprechung zur allgemeinen Vertragsfreiheit im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden, weil die Maßstäbe zur Rechtfertigung eines Eingriffs absolut vergleichbar sind. Denn Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung können nach gefes-

53 Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); BVerfGE 89, 214 (232); BVerfG, NJW 1994, S. 2750; BVerfG NJW 2001, S. 958.

54 Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); BVerfGE 89, 214 (232); BVerfGE 103, 89 (100); Di Fabio, in: Maunz/ Dürig, GG, Art. 2, Rz. 108.

55 Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); Höfling, Vertragsfreiheit, S. 58.

56 Vgl. BVerfGE 116, 202 (221).

tigter Rechtsprechung des BVerfG durch jede vernünftige Gemeinwohlerwägung begründet werden, solange der Eingriff verhältnismäßig ist.⁵⁷ Das BVerfG hat einen Eingriff in die Vertragsfreiheit bei Arbeitsverträgen z.B. durch wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitische Belange gerechtfertigt und hierbei nochmals den weiten Prognose- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers betont.⁵⁸ Der Prüfungsmaßstab entspricht deshalb inhaltlich dem zu Eingriffen in die allgemeine Vertragsfreiheit entwickelten, solange der Eingriff in die Berufsausübung nicht eine solche Intensität erreicht, dass er im Ergebnis die Berufswahl der Grundrechtsträger einschränkt.

2. Eingriff in die Vertragsfreiheit

Durch die in §§ 87, 93 AktG getroffenen Regelungen greift der Gesetzgeber in die berufsbezogene Vertragsfreiheit des Vorstandes und unternehmerische Handlungsfreiheit der Aktiengesellschaft ein, weil sie bei der Gestaltung des Vorstandsvertrages, insbesondere hinsichtlich der Vergütung, Haftung und Manager-Haftpflichtversicherung (D&O-Versicherung), nicht mehr frei sind. Die Vorgaben des § 87 AktG lassen den Vertragsparteien aber einen relativ weiten Spielraum und geben nur gewisse Kriterien für die Vergütungsgestaltung vor. Zudem handelt es sich teilweise um Sollvorschriften, von denen die Parteien im Einzelfall abweichen können, und es finden sich z.B. auch keine absoluten Schranken wie etwa Gehaltsobergrenzen. Deshalb wird mit der Regelung jedenfalls nicht die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Parteien aufgehoben und es liegt kein Eingriff in den Kernbereich der Vertragsfreiheit vor. Vielmehr handelt es sich also um Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art 12 GG, die durch vernünftige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden können.

3. Rechtfertigung des Eingriffs

Bei der Determination der Gemeinwohlbelange ist der Gesetzgeber relativ frei und kann vor allem Ziele aus den Bereichen der Arbeits-, Sozial- oder Wirtschaftspolitik verfolgen, solange er hierbei das Verhältnismäßigkeitsgebot beachtet.⁵⁹ So ist z.B. auch der soziale Friede über das in Art. 20 GG normierte Sozialstaatsprinzip als Gemeinwohlbelang i. S. d. Grundgesetzes anerkannt.⁶⁰ Außerdem

57 Vgl. Wieland in: Dreier, GG, Art. 12, Rn. 118 m. w. N.; Epping, Grundrechte, Rn. 405; Pieroth/Schlink, Grundrechte, § 21, Rn. 855.

58 Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); 116, 202 (222 ff.).

59 Vgl. Kiethe, BB 2003, S. 1575; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12, Rn. 119 ff.

60 Vgl. BVerfGE 22, 204; Gröschner, in: Dreier, GG, Art. 20, Rn. 52.