



SCHRIFTEN ZUM DEUTSCHEN UND
EUROPÄISCHEN ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Herausgegeben von Ulrich Preis

Band 34

Tobias Siefer

Der Schutz von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern gegen Diskriminierungen

Ein Beitrag zur Rechtsstellung von Organmitgliedern
nach der *Danosa*-Entscheidung
des Europäischen Gerichtshofs

Einleitung

A. Problemaufriss

§ 14 Abs. 1 KSchG nimmt den Geschäftsleiter einer Gesellschaft als Organmitglied vom allgemeinen Kündigungsschutz aus. Dies hat für ihn eine kündigungsschutzrechtlich schwache Position zur Folge, unabhängig davon, ob er im Einzelfall als Arbeitnehmer anzusehen ist oder nicht. Einer Abberufung und Kündigung seines Anstellungsvertrages ist er, wurde vertraglich keine Vorsorge getroffen, weitgehend schutzlos ausgeliefert. Dies brachte dem GmbH-Geschäftsführer schon die Bezeichnung „kündigungsrechtliches Freiwild“¹ ein.

Rechtssetzungsakte auf europäischer und deutscher Ebene und damit korrespondierende Entscheidungen des EuGH auf der einen, die Rechtsprechung des BGH auf der anderen Seite lassen jedoch den Schluss zu, dass sich das Schutzniveau zugunsten des Geschäftsleiters unabhängig von der fehlenden Anwendbarkeit des KSchG geändert hat. Von besonderer Bedeutung ist dabei der Diskriminierungsschutz. Noch lange nach Einführung des AGG im Jahre 2006 wurde dem Diskriminierungsschutz im Hinblick auf Gesellschaftsorgane wenig Aufmerksamkeit gewidmet. Spätestens durch zwei Gerichtsentscheidungen jüngerer Datums hat sich dies geändert.

Dies ist zum einen die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Danosa* auf dem Gebiet des Mutterschutzrechts.² Einer schwangeren Geschäftsführerin sprach der EuGH den Schutz durch die MuSchRL zu. Dies dürfte nicht nur das lettische Instanz- und Berufungsgericht überrascht haben, die Frau *Danosa* noch den Mutterschutz versagten. Vielmehr wird auch in Deutschland Mutterschutz nur Arbeitnehmerinnen gewährt, worunter Leitungsorganwalter grundsätzlich nicht gezählt werden. Die Entscheidung des EuGH hat vor dem Hintergrund des Befundes, dass der Anteil von Frauen in den Leitungsorganen wächst,³

1 *Bauer/Diller GmbH* 1998, 609.

2 EuGH 11.11.2010 – Rs. C-232/09 (*Danosa*), NJW 2011, 2343.

3 So die Ergebnisse einer Untersuchung des *Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung* (DIW), s. *Holst/Schimeta* DIW Wochenbericht 3/2013, S. 3 ff. Es wurden u.a. Angaben über die Zusammensetzung der Geschäftsleitungsorgane der, nach Umsatz, 200 größten Unternehmen (ohne Finanzsektor) ausgewertet. Demnach ist seit 2006 die Zahl der Gesellschaften mit Frauen im Geschäftsleitungsorgan von 4,6% auf 16,5% angestiegen, auch wenn die Gesamtzahl der weiblichen Mitglieder im selben Zeitraum nur geringfügig von 1,2% auf 4% anstieg. Besonders auffällig ist die Entwicklung in

schon allein im Hinblick auf das Mutterschutzrecht große Bedeutung. Aber viel weitergehend wurde die *Danosa*-Entscheidung in Deutschland bereits als ein möglicher „Paradigmenwechsel hinsichtlich der Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern“ bezeichnet,⁴ ein „Abschied von der arbeitsrechtlichen Sonderstellung“ des GmbH-Geschäftsführers sei eingeläutet.⁵ Die *Danosa*-Entscheidung könnte der Anlass sein, den Arbeitnehmerbegriff neu zu bestimmen und auch Leitungsorganwalter unter gewissen Umständen einzubeziehen. Eine Entscheidung des EuGH könnte sich einmal mehr als Initialzündler erweisen, hergebrachte nationalrechtliche Grundsätze zu überdenken.

Die andere diskriminierungsrechtliche Entscheidung von Tragweite stellt das Urteil des BGH vom 23. April 2012⁶ dar, das einen GmbH-Geschäftsführer erstmals umfassend dem Schutz des AGG unterstellte. Konkret wurde dessen altersbedingte Abberufung für unwirksam gehalten, was mit Blick auf die in § 6 Abs. 3 AGG enthaltene Beschränkung für Überraschung sorgte. Hält man mit dem BGH auch die Abberufung von Geschäftsführern vom AGG umfasst, stellt sich die Frage, wann Höchstaltersgrenzen diskriminierungsrechtlich noch zulässig sein können. Solche Altersgrenzen hat die weit überwiegende Zahl börsennotierter Gesellschaften kodexkonform in ihren Satzungen vorgesehen,⁷ was den Befund bestätigt, dass der BGH eine Entscheidung getroffen hat, deren „praktisch[e] Folgen ... kaum überschätzt werden“⁸ können. Aber auch unabhängig von Altersgrenzen wirft die Entscheidung eine Reihe von Problemen auf, etwa welche Bedeutung einer verbotenen Benachteiligung für die Wirksamkeit des gesellschaftsrechtlichen Abberufungsakts zukommt.

B. Zielsetzung

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob dem Geschäftsleiter zukünftig ein umfassender diskriminierungsrechtlicher Schutz zukommt und seine Position damit stärker geworden ist. Gegenstand der Untersuchung sind der

den – besonders im Licht der Öffentlichkeit stehenden – Unternehmen des DAX 30: Von Ende 2011 bis Ende 2012 ist die Zahl der weiblichen Vorstandsmitglieder von 7 auf 15 gestiegen.

4 *Junker* NZA 2011, 950 (958).

5 *Lunk/Rodenbusch* GmbHR 2012, 188 (188, 195).

6 BGH 23.4.2012 – II ZR 163/10, NJW 2012, 2346.

7 *Von Werder/Bartz* DB 2013, 885 (889): Umsetzung der entsprechenden Kodexempfehlung erfolgte 2013 von 88,9% der im DAX notierten Gesellschaften und insgesamt von 73,9% der an der Frankfurter Wertpapierbörse notierten Gesellschaften.

8 *Maschmann* LMK 2012, 337958.

GmbH-Geschäftsführer, die geschäftsführenden Gesellschafter von Personengesellschaften, Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften sowie Direktoren Europäischer Aktiengesellschaften. Sie alle werden in der vorliegenden Untersuchung unter dem Begriff des Geschäftsleiters zusammengefasst.

Mit dieser Arbeit soll die Rechtsstellung der Mitglieder eines gesellschaftlichen Leitungsorgans hinsichtlich der Reichweite des ihnen zukommenden Diskriminierungsschutzes analysiert werden, wobei der Schwerpunkt auf der Begründung und Beendigung ihrer Stellung liegen soll. Die Arbeit soll damit einen Beitrag zu der Frage leisten, welche Stellung der Geschäftsleiter im Spannungsverhältnis zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht hat. Dabei werden vor allem auch all jene Fragen eine Rolle spielen, die EuGH und BGH bislang nicht beantwortet haben oder die ihre Entscheidungen neu aufgeworfen haben. Namentlich wird es etwa darum gehen, ob der Arbeitnehmerbegriff neu zu fassen ist, unter welchen Umständen ein Geschäftsleiter in den Genuss des Arbeitnehmerschutzrechts kommen kann, welche Bedeutung verbotene Benachteiligungen für den Bestand des Organverhältnisses haben und welche Höchstaltersgrenzen noch diskriminierungsrechtlich zulässig sein können.

C. Gang der Untersuchung

Zunächst wird nach Art eines allgemeinen Teils die Rechtsstellung des Geschäftsleiters untersucht. Dafür wird in der gebotenen Kürze die frühere deutsche Rechtsprechung dargestellt, ehe ausführlich die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Danosa* analysiert wird. Zentral wird die Frage sein, wie diese Entscheidung in das deutsche Recht einzufügen ist. Dazu wird untersucht, ob und inwieweit sie eine Neubestimmung des deutschen Arbeitnehmerbegriffs erforderlich macht und wann deutsche Geschäftsleiter den Kriterien entsprechen, die der EuGH in der *Danosa*-Entscheidung herangezogen hat. Auf diese Weise soll die Frage beantwortet werden, wie sich die Rechtsstellung des Geschäftsleiters durch die *Danosa*-Entscheidung verändert hat.

Sonach werden die spezifisch diskriminierungsrechtlichen Folgen der *Danosa*-Entscheidung und weiterer Entscheidungen dargestellt. Da Gegenstand der *Danosa*-Entscheidung die Kündigung einer Schwangeren war und der EuGH in weiten Teilen auf die Mutterschutz-Richtlinie abstellt, wird mit dem Mutterschutzrecht begonnen. Nachdem der persönliche Anwendungsbereich des MuSchG bestimmt ist, wird der Frage nachgegangen, ob als Folge der *Danosa*-Entscheidung insbesondere auch ein Verbot von diskriminierenden Abberufungen anzunehmen ist. Damit wird beantwortet, ob der Schutz des Geschäftsleiters sich sowohl auf das vertragliche Anstellungsverhältnis als auch auf

das korporationsrechtliche Bestellungsverhältnis erstreckt. Im Anschluss wird im Zusammenhang mit den mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten untersucht, wie weit der Schutz des Geschäftsleiters angesichts seiner korporationsrechtlichen Stellung gehen kann. Im sich daran anschließenden Kapitel wird geprüft, wie das AGG im Lichte der *Danosa*-Entscheidung und einer Entscheidung des BGH anzuwenden ist. Nachdem der persönliche und sachliche Anwendungsbereich mit Blick auf den Geschäftsleiter untersucht wurde, werden die besonderen Fragen beantwortet, die sich im Zusammenhang mit der Benachteiligung und deren Rechtfertigung stellen. Anschließend widmet sich die Arbeit der Frage, welche Rechtsfolgen aus einer Diskriminierung folgen, sowohl für das Anstellungs- als auch das Bestellungsverhältnis.

In einer Schlussbetrachtung wird die Frage zusammenfassend beantwortet, welche Rechtsstellung der Geschäftsleiter im Lichte der Rechtsprechungsentwicklung innehat und welche Schlussfolgerungen aus der vorliegenden Untersuchung für die Europarechtskonformität des deutschen Rechts zu ziehen sind.