

Anselm Christiansen

Die Anwendbarkeit des Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetzes auf
GmbH-Geschäftsführer



Nomos

Schriftenreihe zum deutschen und internationalen
Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von der Sozietät Gleiss Lutz

Band 64

Anselm Christiansen

Die Anwendbarkeit des Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetzes auf
GmbH-Geschäftsführer



Nomos

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

Zugl.: Tübingen, Eberhard Karls Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6107-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0225-6 (ePDF)

D21

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis November 2017 berücksichtigt.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Hermann Reichold für seine Anregungen und die Betreuung meiner Arbeit, beginnend bei der Themenfindung. Herrn Prof. Dr. Martin Gebauer danke ich herzlich für das rasch erstellte Zweitgutachten und die Anregungen zum Manuskript.

Der Sozietät Gleiss Lutz danke ich für die Förderung meines Promotionsvorhabens und die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Einer großen Zahl von Mitarbeitern möchte ich für ihre Unterstützung danken, sei es in organisatorischen Dingen oder für anregende Gespräche, aus denen ich wertvolle Gedanken für meine Dissertation mitgenommen habe.

Besonderer Dank gebührt meiner Frau Julia und meinen Eltern, Cornelia und Jan Christiansen, die mich über die gesamte Zeit meiner Ausbildung und während meines Promotionsvorhabens großzügig gefördert und bedingungslos unterstützt haben.

Stuttgart, im August 2019

Anselm Christiansen

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einleitung und Gang der Untersuchung	13
A. Problemstellung	13
B. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur	17
C. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz	19
D. Zahlen und Fakten	21
I. Zur GmbH	21
II. Zum AGG	23
E. Gang der Untersuchung	23
Kapitel 2: Grundgedanken zur Auslegung des AGG	27
A. AGG als Konflikt von Gleichheit und Freiheit	27
B. Primärrechtlicher Grundkonflikt	31
I. Eigentumsgarantie im Kontext von Antidiskriminierung	32
II. Unternehmerfreiheit im Kontext von Antidiskriminierung	33
III. Rechtfertigung	34
C. AGG als Gleichbehandlungsgebot für Private	36
Kapitel 3: Persönlicher Schutzbereich	41
A. Allgemein	42
B. Geschäftsführer als Arbeitnehmer	44
I. Geschäftsführer als Arbeitnehmer im deutschen Recht	45
1. Jüngere Entwicklungen des Arbeitnehmerbegriffs	45
2. Meinungsstand zu Geschäftsführern als Arbeitnehmer	46
a) Rechtsprechung des BGH	50
b) Rechtsprechung des BAG	51
c) Literatur	53
d) Fazit	55
II. Geschäftsführer und europäische Arbeitnehmerbegriffe	55
1. Maßgeblicher Arbeitnehmerbegriff	56
a) Systematik der Richtlinien	56
b) Rechtsprechung des EuGH	58
c) Diskriminierungsschutz und Freizügigkeit	62
d) Schlussfolgerung	63

2.	Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff	63
a)	Auslegungsgrundsätze	63
b)	Lawrie-Blum-Formel	66
aa)	Tätigkeitsbezogene Leistung:	67
bb)	Entgeltlichkeit	67
cc)	Weisungsgebundenheit	68
dd)	Fazit	69
c)	Ältere Rechtsprechung zu Geschäftsführern und Grundfreiheiten	70
d)	Rechtssache Danosa	71
aa)	Wesentlicher Sachverhalt	71
bb)	Entscheidung und Weiterentwicklung des Arbeitnehmerbegriffs	72
e)	Rechtssache Balkaya	75
aa)	Wesentlicher Sachverhalt	75
bb)	Entscheidung und Weiterentwicklung des Arbeitnehmerbegriffs	76
f)	Rechtssache Holterman Ferho Exploitiatie	78
aa)	Wesentlicher Sachverhalt	78
bb)	Entscheidung und Weiterentwicklung des Arbeitnehmerbegriffs	79
3.	Bestandsaufnahme	81
III.	Folgen für die Anwendbarkeit des AGG	82
1.	Beurteilungsmaßstab für eine Einstufung	82
a)	Formalistische Perspektive und tatsachenbasierte Perspektive	82
b)	Kriterium der freien Abberufbarkeit	85
c)	Gesellschaftsrechtliche und gestalterische Faktoren	89
aa)	Weisungsrecht	89
bb)	Aufsicht	91
cc)	Abberufung	94
dd)	Beendigung des Anstellungsvertrags	97
d)	Einfluss auf übergeordnete Organe	99
aa)	Einfluss	100
bb)	Rechtlicher und tatsächlicher Einfluss	101
cc)	Ausgestaltung rechtlichen Einflusses	103
dd)	Verschiedener Einfluss auf Organe	103
ee)	Vertraglicher Einfluss auf Willensbildung	107
ff)	Erheblichkeit	107

gg) Ergebnis	111
2. Arbeitnehmer-Geschäftsführer und selbstständige Geschäftsführer	111
a) Fremdgeschäftsführer	112
b) Geschäftsführer in mitbestimmten Gesellschaften	112
aa) Drittelmitbestimmte Gesellschaften	112
bb) Paritätisch mitbestimmte Gesellschaften	114
c) Geschäftsführer in Gesellschaften mit fakultativen Organen	117
d) Geschäftsführer in abhängigen Konzerngesellschaften	118
aa) Faktischer GmbH-Konzern	119
bb) Vertragskonzern	119
e) Gesellschafter-Geschäftsführer	121
Kapitel 4: Sachlicher Schutzbereich	123
A. Zugang und Aufstieg bei Geschäftsführern	123
B. Schutzbereich bei Gesellschafter-Geschäftsführer	124
I. Stand der Diskussion	125
II. Analyse	127
1. Anwendung von § 19 Abs. 5 Satz 1 AGG	127
2. Zwischenergebnis	131
3. Sachlicher Schutzbereich bei Gesellschafter-Geschäftsführer	132
a) Gesellschafterstellung	132
aa) Streitstand	133
bb) Analyse	134
cc) Ergebnis	138
b) Geschäftsführerstellung	138
aa) Ausschluss der Anwendung des AGG	139
bb) Differenzierung anhand eines Anstellungsvertrags	139
cc) Berücksichtigung von Gesellschafter- stellung bei entsprechender Anwendung	141
dd) Uneingeschränkte Anwendung des AGG?	143
ee) Primärrechtskonforme Auslegung	144
ff) Rechtspositionen der Mitgesellschafter	145

Inhaltsverzeichnis

gg) Lösungsansatz	147
III. Ergebnis	149
C. Diskriminierungsschutz des Organverhältnisses	150
I. Klärung durch Danosa-Entscheidung?	152
II. Wortlaut	154
III. Teleologische Argumentation	155
IV. Ergebnis	160
D. Abberufung bei Arbeitnehmer-Geschäftsführer	161
E. Zweifelsfragen bezüglich des Schutzbereichs des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG	164
I. Kündigung als Zugangsbedingung?	164
II. Auslaufen befristeter Verträge	167
1. Positionierung des BGH und Streitstand	168
2. Analyse	170
3. Ergebnis	174
F. Verhältnis von § 6 Abs. 1 und Abs. 3 AGG	174
I. Problematik	174
II. Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung?	175
III. Ergebnis	179
G. Bedeutung der Entsprechensklausel	180
I. Streitstand	180
II. Analyse	182
III. Ergebnis	184
Kapitel 5: Sonderfragen zur Anwendbarkeit des AGG	187
A. Geltung des § 2 Abs. 4 AGG für Kündigung bei Arbeitnehmer-Geschäftsführern	187
I. Ausgangssituation	187
II. Analyse	191
III. Ergebnis	196
B. Anwendbarkeit von § 22 AGG	196
Kapitel 6: Schluss	199
A. Ergebnisse in Thesen	199
B. Fazit	203
Literaturverzeichnis	205

Kapitel 1: Einleitung und Gang der Untersuchung

A. Problemstellung

Die Frage nach dem Schutz der Mitglieder¹ von Gesellschaftsorganen durch soziale Schutznormen wird in der Rechtswissenschaft schon seit langem besprochen.² Der relevanteste Fall solcher Gesellschaftsorgane dürfte, bedingt schon durch die Häufigkeit der GmbH als Rechtsform der meisten Unternehmen³, der Geschäftsführer der GmbH sein.⁴ Um dessen Diskriminierungsschutz soll es in dieser Arbeit gehen.

Die Diskussion zur Gewährung von Schutz für Geschäftsführer entfaltet sich zumeist anhand der Frage, ob gewisse Arten von Geschäftsführern stets Arbeitnehmer sind, oder ob ihnen gewisse Normen des deutschen Arbeitsrechts in analoger Anwendung zugute kommen sollen. Der durch die Rechtsprechung geprägte Arbeitnehmerbegriff ist dabei auch heute der zentrale Ansatzpunkt für die Anwendbarkeit der Schutznormen des deutschen Arbeitsrechts.⁵ In § 6 AGG, der den persönlichen Anwendungsbereich des »arbeitsrechtlichen Teils« (gemeint ist mit dieser üblichen Bezeichnung der

-
- 1 Die vorliegende Arbeit verwendet das generische Maskulinum (z. B. Geschäftsführer) zur sprachlichen Vereinfachung und leichteren Lesbarkeit. Die maskuline Form impliziert gleichermaßen die weibliche Form (z. B. Geschäftsführerin), soweit im Text nicht explizit auf geschlechterspezifische Bedeutungen hingewiesen wird.
 - 2 Umfassend und auch mit Bezug zu europäischem Arbeitsrecht und AGG *Preis/Sagan*, ZGR 2013, S. 26 ff.; *Wank*, in: FS Wiedemann, S. 587 ff. und *Goette*, in: FS Wiedemann, S. 873 ff.; monographisch *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, S. 43 ff.; *Kamanabrou*, DB 2002, S. 146 f.
 - 3 Vgl. zu den Rechtstatsachen MüKo-GmbHG/*Fleischer*, Einleitung Rn. 198 ff.
 - 4 In der Arbeit soll weiter, ohne ausdrücklichen Verweis auf die GmbH (oder die Unternehmersgesellschaft, was im Rahmen dieser Untersuchung keinen Unterschied macht), nur vom »Geschäftsführer« gesprochen werden. Der Begriff ist i. S. d. GmbHG und als Abgrenzung zu den geschäftsführenden Organen der Personenhandelsgesellschaften und der anderen Körperschaften zu verstehen.
 - 5 *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 34; MüHdb-ArbR/*Richardi*, § 1 Rn. 1 ff.; *Hromadka*, NZA 1997, S. 569; *Uffmann*, NZA-Beilage 2016, S. 5; zu neueren Entwicklungen des Arbeitnehmerbegriffs und verwandter Termini *Forst*, RdA 2014, S. 157 ff.

zweite Abschnitt des AGG) festlegt, bedient sich das Gesetz ebenfalls dieses Begriffs (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG).

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang weiter, dass sich der Gesetzgeber – allerdings vor dem Hintergrund des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen – zu einer Einfügung der Rechtsprechung des BAG zum Arbeitnehmerbegriff in § 611a BGB veranlasst sah.⁶ Fragen der Arbeitnehmereigenschaft und daran anknüpfende Anwendbarkeitsfragen haben also, obwohl sie schon im Zusammenhang mit den Entwürfen des BGB diskutiert worden sind, nichts an Aktualität verloren.⁷ So schließen in manchen Gesetzen Schutzbereichsnormen den Geschäftsführer explizit in den persönlichen Anwendungsbereich ein (z. B. § 6 Abs. 3 AGG) oder sie schließen ihn explizit aus (z. B. § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG).⁸ Schon das lässt deutlich erkennen, dass der deutsche Gesetzgeber die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft bei Geschäftsführern nicht als geklärt voraussetzt.

Ein zentraler Faktor dafür ist die sogenannte »Doppelstellung« vieler Geschäftsführer. Heute ist praktisch unumstritten, dass der Geschäftsführer, soweit er einen separaten Vertrag über seine Anstellung mit der Gesellschaft abschließt, in zwei Rechtsverhältnissen zur Gesellschaft steht: zum einen dem Bestellungsverhältnis, zum anderen dem Anstellungsverhältnis.⁹

Die Bestellung zum Geschäftsführer geschieht im Regelfall (d. h. soweit die Satzung keinen anderen Weg vorsieht oder die Gesellschaft einem der relevanten Mitbestimmungsgesetze unterliegt) durch Beschluss der Gesellschafterversammlung und muss vom Geschäftsführer angenommen werden.¹⁰ Durch die wirksame Bestellung wird der Geschäftsführer ein solcher

6 Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9232.

7 Vgl. *Richardi*, NZA 2016, S. 36 f.; zu möglichen Auswirkungen auf den Arbeitnehmerbegriff (noch zum Diskussionsentwurf) auch *Lunk*, NZA 2015, S. 1480 f.

8 Überblick bei MüKo-BGB/*Müller-Glöge*, § 611 Rn. 146; *Goette*, in: FS Wiedemann, S. 876 f.

9 Ulmer/Habersack/Löbbecke/*Paefgen*, § 35 Rn. 32; Baumbach/Hueck/*Noack/Zöllner*, § 35 GmbHG Rn. 16; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner/Gruber*, § 35 GmbHG Rn. 69; MüKo-GmbHG/*Stephan/Tieves*, § 35 GmbHG Rn. 39 f.

10 Vgl. Baumbach/Hueck/*Noack/Zöllner*, § 35 GmbHG Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner/Gruber*, § 35 GmbHG Rn. 68; Ensthaler/Füller/Schmidt/*Schmidt*, § 35 GmbHG Rn. 4.

im Sinne des GmbHG. Er wird Organ und übernimmt die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers der Gesellschaft.¹¹

Davon unabhängig können Gesellschaft und Geschäftsführer einen vom Bestellungsverhältnis getrennten Vertrag über Bedingungen der Tätigkeit des Geschäftsführers für die Gesellschaft abschließen.¹² Der übliche, wesentliche Inhalt derartiger Anstellungsverträge entspricht in weiten Teilen denen eines Arbeitsvertrages: Stellenbeschreibung, Vergütung, sonstige Leistungen, Arbeitszeit, Urlaub, Laufzeit und Kündigungsfristen.

Besonders über die Klassifikation dieses Anstellungsverhältnisses als Arbeits- oder Dienstverhältnis streiten Literatur und Rechtsprechung.¹³ Grund dürfte sein, dass es eine klar umrissene, für alle Unternehmen einheitliche Vorstellung von der Tätigkeit von Geschäftsführern und ihrer Stellung gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern nicht gibt. Die Praxis zeigt schnell, dass große Unterschiede hinsichtlich der rechtlichen Stellung, der wirtschaftlichen Situation und der tatsächlichen Machtposition von Geschäftsführern in verschiedenen Unternehmen existieren.¹⁴ Dazu einige der Praxis entlehnte Beispiele:

Beispiel 1 – Der Gesellschafter-Geschäftsführer: A, einziger Erbe seines Vaters, hat dessen mittelständisches Unternehmen geerbt und seine Nachfolge als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer angetreten. A entscheidet dementsprechend operative Fragen als Geschäftsführer und grundlegende Fragen als Gesellschafter allein.

Beispiel 2 – Der »starke« Fremdgeschäftsführer: B, ein guter Freund und Vertrauter des verstorbenen Unternehmensgründers, ist Geschäftsführer einer GmbH. Diese wird zu gleichen Teilen von vier in Beteiligungsgesellschaften organisierten Familienstämmen gehalten. Keiner der Erben der Familienstämme wurde für tauglich erachtet, das operative Geschäft zu verantworten. Neben B ist noch ein weiterer Fremdgeschäftsführer bestellt, doch nur B ist alleinvertretungsberechtigt. B verfügt über einen Geschäftsführeranstellungsvertrag, der nur aus wichtigem Grund kündbar ist. Er kann auch nur aus wichtigem Grund als Geschäftsführer abberufen

11 Vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, § 35 GmbHG Rn. 69; Ensthaler/Füller/Schmidt/Schmidt, § 35 GmbHG Rn. 4.

12 Ulmer/Habersack/Löbbe/Paeffgen, § 35 Rn. 34; Ensthaler/Füller/Schmidt/Schmidt, § 35 GmbHG Rn. 6; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, § 35 GmbHG Rn. 68, 78 ff.

13 Vgl. Reichold/Heinrich, in: FS H.P. Westermann, S. 1316; Diller, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, S. 43 ff.; Kamanabrou, DB 2002, S. 146 f.

14 Vgl. Diller, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, S. 31.

werden. Bevor er in der Satzung der GmbH bestimmte Grundlagenschäfte vornimmt, muss B die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen.

Beispiel 3 – Der »schwache« Fremdgeschäftsführer: C ist Geschäftsführer einer GmbH, die allein dem ausländischen X-Konzern gehört. Neben C sind zwei weitere Geschäftsführer bestellt. Die Geschäftsführer sind sämtlich nur gemeinschaftlich mit einem anderen Geschäftsführer vertretungsberechtigt. C verfügt über einen unbefristeten Geschäftsführeranstellungsvertrag, der mit einer Frist von vier Wochen zum Monatsende gekündigt werden kann. Er kann jederzeit als Geschäftsführer abberufen werden. Laut einer für die Geschäftsführer erlassenen Geschäftsordnung muss C monatlich bei einem Vertreter des X-Konzerns zum Geschäftsbetrieb berichten. Die Geschäftsordnung enthält einen umfangreichen Katalog an Geschäftsleitungsmaßnahmen, die der vorigen Zustimmung der Gesellschafterin bedürfen.

Beispiel 4 – Der »Partner«: D hat mit zwei Partnern ein Unternehmen aufgebaut. Jeder der Partner ist als Geschäftsführer bestellt und hält ein Drittel der Geschäftsanteile. Das Verhältnis der Partner untereinander ist in einer umfangreichen Gesellschaftervereinbarung geregelt, deren Bestimmungen mit der Satzung verwoben sind. Im üblichen Geschäftsbetrieb können Entscheidungen mit einfacher Mehrheit der Partner getroffen werden. In wichtigeren Fragen, auch der Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, hat jeder Gesellschafter allein ein Veto-Recht. Blockiert D dauerhaft und gegen die beiden anderen Partner Entscheidungen, so ist ein Schlichtungsverfahren zwischen den Partnern durchzuführen. Verläuft dieses erfolglos, so muss D seine Anteile an die beiden anderen Partner zu einem vorbestimmten Preis verkaufen und als Geschäftsführer ausscheiden.

Beispiel 5 – Der »Start-up-Gründer«: E hat ein Start-up in der Form einer GmbH gegründet und ist deren einziger Geschäftsführer. Er bezieht ein fixes Gehalt auf Grundlage eines unbefristeten Geschäftsführeranstellungsvertrages. Das Unternehmen schreibt seit seiner Gründung nur Verluste. E hat daher im Laufe der Zeit in mehreren Runden Kapitalgeber als Gesellschafter aufgenommen: zunächst Freunde und Verwandte, später zwei institutionelle Risikokapital-Fonds und zuletzt den Risikokapital-Arm eines großen Unternehmens. Zudem verfügen wichtige Mitarbeiter des Start-ups über Optionen auf den Erwerb von Gesellschaftsanteilen. Im Laufe der Finanzierungsrunden fiel der Anteil des E am Stammkapital der Gesellschaft auf rund zwanzig Prozent. Insgesamt verfügt die GmbH über zwölf Gesellschafter in unterschiedlichen Beteiligungshöhen (zwischen drei und dreißig Prozent). In operativen Fragen hat E viel Freiraum, da sich die Mitgesellschafter als eher »stille« Kapitalgeber verstehen. Nur in wichtigen Fragen muss E aufgrund der Satzung einen Beirat konsultieren, der mit Gesellschafter-Vertretern besetzt ist. Dieser Beirat entscheidet mit einer Mehrheit von zwei Dritteln über die Kündigung des Geschäftsführervertrages des E und über die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern.

Beispiel 6 – Der Geschäftsführer mit Geschäftsanteil als »Incentive«: F war leitender Angestellter in einem Familienunternehmen, das vom ausländischen X-Konzern erworben wurde. Im Zuge des Erwerbs schied der ehemalige Gesellschafter

B. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur

und Geschäftsführer aus. Vor Vollzug des Erwerbs einigten sich der X-Konzern und F über dessen zukünftige Tätigkeit als Geschäftsführer. F verfügt nun über einen auf drei Jahre befristeten Geschäftsführeranstellungsvertrag und kann jederzeit abberufen werden. Nach den konzerninternen Richtlinien des X-Konzerns muss der F für genau bestimmte operative Entscheidungen die Zustimmung von Verantwortlichen in der Konzernzentrale einholen. Zur Einhaltung dieser Richtlinien ist F durch den Geschäftsführervertrag verpflichtet. Da der X-Konzern meint, den F mindestens für eine Übergangszeit nach dem Erwerb des Unternehmens unbedingt im Unternehmen halten und motivieren zu müssen, wurde F ein Anreizprogramm (»Incentive«) gewährt. Als Teil dieses Programms wurde F ein Anteil am Stammkapital der GmbH von zehn Prozent übertragen, der im Wesentlichen für eine prozentuale Gewinnbeteiligung des F sorgen soll und ihm erlaubt, bei einer späteren Veräußerung an einer Steigerung des Unternehmenswerts zu partizipieren. Die Gesellschafterrechte des F sind, neben der prozentualen Beteiligung am Jahresüberschuss, im Gesellschaftsvertrag auf ein nach dem GmbHG unabdingbares Mindestmaß reduziert. F ist außerdem verpflichtet, seine Geschäftsanteile unter bestimmten Voraussetzungen an den X-Konzern zurück zu übertragen. Dies gilt unter anderem für den Fall, dass er als Geschäftsführer abberufen wurde, sein Geschäftsführervertrag gekündigt wurde oder dieser ausläuft.

Diese Beispiele illustrieren, wie verschieden die Umstände der Beschäftigung von Geschäftsführern sein können, und lassen erahnen, dass eine schematische Lösung für alle vorstehenden Beispielfälle schwerlich in gerechter Weise erfolgen kann. Die rechtlichen Konsequenzen derartiger Gestaltungsvarianten für die Anwendbarkeit des Diskriminierungsschutzes nach dem AGG sollen in dieser Arbeit ergründet werden.

B. Behandlung in Rechtsprechung und Literatur

Das BAG trägt den aufgezeigten Unterschieden in der Stellung von Geschäftsführern dadurch Rechnung, dass in Einzelfällen ein Arbeitsverhältnis von Geschäftsführern anerkannt wird.¹⁵ Der BGH dagegen sieht den Geschäftsführer als Vertretungsorgan der Gesellschaft, also grundsätzlich als Arbeitgeber und schließt damit eine Arbeitnehmerstellung in ständiger

15 Ständige Rechtsprechung, beispielhaft BAG, Urt. v. 26.05.1999 – 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987.

Rechtsprechung aus.¹⁶ In der Literatur finden beide Gerichte Zustimmung, zudem wird eine Vielzahl von Nuancierungen vertreten. Eine klare herrschende Meinung in die eine oder andere Richtung wird man nicht feststellen können.¹⁷ Ausgangspunkt ist traditionell jeweils die vom BAG und *Alfred Hueck* geprägte Definition, wonach Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist¹⁸, heute § 611a BGB.

Zur Gemengelage dieser schon länger in Deutschland geführten Diskussion trägt in den letzten Jahrzehnten auch das Europarecht bei. In einer Zeit, in der europäisches Recht viele Aspekte des Arbeitsrechts prägt, insbesondere auch als nationales Recht zur Umsetzung europäischer Richtlinien, verwundert das nicht.¹⁹ Während über viele Jahre die Entscheidungen des EuGH zu Arbeitnehmereigenschaft und Geschäftsführungsorganen lediglich Probleme der Arbeitnehmerfreizügigkeit betrafen oder die Frage der Arbeitnehmereigenschaft sogar ganz ausklammerten, äußerte sich der EuGH mit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Danosa* direkt zum Problem der Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers.²⁰ Die Frage nach dem europäischen Arbeitnehmerbegriff ist deswegen auch für das AGG zentral, da § 6 Abs. 3 AGG nur eine beschränkte Anwendbarkeit des AGG für »Selbstständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen und Vorstände« vorsieht. Ist ein Geschäftsführer jedoch »Arbeitnehmer« im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG, so ist er auch »Beschäftigter« und genießt nach dem Wortlaut des Gesetzes den vollen Schutz des zweiten Abschnitts des AGG.

In der genannten Entscheidung sprach der EuGH *Dita Danosa*, der Geschäftsführerin einer Gesellschaft nach dem Recht Lettlands, die

16 BGH, Beschl. v. 15.06.1978 – II ZR 120/77, NJW 1978, 2202; BGH, Urt. v. 29.01.1981 – II ZR 92/80, BGHZ 79, 291; *Kania*, in: Küttner, Geschäftsführer, Rn. 17.

17 *Reichold/Heinrich*, in: FS H.P. Westermann, S. 1316 ff.

18 Beispielsweise BAG, Urt. v. 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht I, S. 34 ff.

19 Vgl. *Schliemann*, in: EU-Arbeitsrecht, Einführung, S. XIII ff.; Überblick über relevante EU-Verordnungen und Richtlinien bei *Sagan*, in: Preis/Sagan, § 1 Europäisches Arbeitsrecht, Rn. 75.

20 EuGH, Urt. v. 11.11.2010 – C-232/09, Slg. 2010, I-11405 (*Danosa*); *Hildebrand*, Arbeitnehmerschutz, S. 41 f.

Eigenschaft einer »schwangeren Arbeitnehmerin« im Sinne der Mutterschutz-Richtlinie²¹ zu, nachdem diese gegen ihre Abberufung während der Schwangerschaft zuvor erfolglos vor den lettischen Gerichten geklagt hatte. Der EuGH geht in der Rechtssache *Danosa* nach der wohl herrschenden Ansicht unter den Kommentatoren von einem eigenständigen, d. h. von nationalen Bestimmungen unabhängigen, unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff aus.²² Das führte in Deutschland zu der Frage, ob für sämtliche Fremdgeschäftsführer richtlinienkonform auszulegendes Arbeitsrecht anwendbar ist und weckte Bedenken, ob zukünftig – über den Umweg einer vermeintlich notwendigen richtlinienkonformen Auslegung – versucht werden könnte, das gesamte deutsche Arbeitsrecht auf Fremdgeschäftsführer zu erstrecken.²³ In den auf die Rechtssache *Danosa* folgenden Entscheidungen *Balkaya*²⁴ und *Holterman Ferho Exploitatie*²⁵ bestätigte der EuGH denn auch seine Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff aus der *Danosa*-Entscheidung für weiteres sekundäres Unionsrecht.²⁶

Spätestens damit ist der Frage nach dem Arbeitnehmerstatus von Geschäftsführern im europäischen und im richtlinienkonform auszulegenden deutschen Recht, wie weiten Teilen des AGG, nicht mehr auszuweichen.

C. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Das Ziel des AGG ist es (§ 1 AGG), »Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder

21 Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. EG Nr. L 348 vom 28.11.1992.

22 Vgl. *Fischer*, NJW 2011, S. 2330 f.; *Oberthür*, NZA 2011, S. 253 f.; *Bauer/Krieger*, AGG, § 35 Rn. 35 f.

23 In Anbetracht der klägerischen Ausführungen in den folgenden Verfahren war diese Sorge nicht völlig unberechtigt: ArbG Stuttgart, Urt. v. 21.12.2016 – 26 Ca 735/16, NZA-RR 2017, 69; LAG Hamm, Beschl. v. 02.08.2016 – 7 TaBV 11/16, ZIP 2016, 1991 mit Anmerkung von *Kliemt/Weth*, BB 2016, S. 2944.

24 EuGH, Urt. v. 09.07.2015 – C-229/14, NJW 2015, 2481 (*Balkaya*).

25 EuGH, Urt. v. 10.09.2015 – C-47/14, NZA 2016, 183 (*Holterman Ferho Exploitatie*).

26 In der Sache *Balkaya* für die Massenentlassungsrichtlinie (Richtlinie 2003/88/EG) und in der Sache *Holterman Ferho Exploitatie* für die EuGVVO.

Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen«.

Der Gedanke des Schutzes vor ungerechtfertigter Diskriminierung ist dem deutschen Recht nicht neu und er wurde auch nicht durch das AGG eingeführt.²⁷ Der Diskriminierungsschutz ist letztlich als Ausprägung des Gleichheitssatzes ausgestaltet, die eine individuell schützende Wirkung beabsichtigt, und daher auch nichts umstürzend Neues.²⁸ Allerdings war vor dem Inkrafttreten des AGG kein derart umfassender Rechtsakt vorhanden, mit dem auch Einflüsse der progressiveren Kultur des anglo-amerikanischen Antidiskriminierungsrechts Einzug in das deutsche Recht fanden.²⁹

In Kraft trat das AGG als zentrales Gesetz zur Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien am 18. August 2006. Dem ging ein langwieriger Gesetzgebungsprozess voraus, der prompt zur Überschreitung der Umsetzungsfristen der Richtlinien 2000/43/EG (sog. »Antirassismus-Richtlinie«) und 2000/78/EG (sog. »Rahmenrichtlinie«) führte und entsprechende Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland vor dem EuGH nach sich zog.³⁰

Für die Absicht der Kodifizierung des Schutzes vor Ungleichbehandlungen wie auch für seine juristisch-handwerkliche Qualität war das AGG schon vor seiner Einführung heftig kritisiert worden.³¹ Von einer neuen »Tugendrepublik der Jakobiner«³² und dem Läuten der »Totenglocke des Privatrechts«³³ war die Rede. Ein Politikum, wenn auch ein etwas weniger emotional diskutiertes und in der Rechtspraxis angekommenes, ist es auch in den letzten Jahren geblieben.³⁴

27 Zur Gesetzgebungshistorie siehe *Reichold*, ZESAR 2006, S. 386 ff.

28 Vgl. *Mohr*, RdA 2017, S. 36 f.; *Schubert*, ZIP 2013, S. 290.

29 Vgl. *Bauer/Thüsing/Schunder*, NZA 2006, S. 777 f.; *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, S. 2583; *Hoentzsch*, Anwendung des AGG, S. 1.

30 EuGH, Urt. v. 28.04.2005 – C-329/04, EuZW 2005, 444 (*Kommission/Deutschland*); EuGH, Urt. v. 23.02.2006 – C-43/05, EuZW 2006, 216 (*Kommission/Deutschland*); *Reichold*, ZESAR 2006, S. 388.

31 Vgl. die Nachweise bei *Bauer/Krieger*, AGG, Vorwort zur 1. Auflage, S. VII; *Däubler/Bertzbach/Däubler*, AGG, Einleitung Rn. 1 ff.

32 *Säcker*, ZRP 2002, S. 286.

33 *Reppen*, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 9 ff.

34 Eine Resümee zum zehnten Geburtstag des Gesetzes findet sich bei *Thüsing et al.*, ZfA 2017, S. 407 ff.

Die Problematik des Schutzes der (oft besserverdienenden) Geschäftsführer wird allerdings nicht als soziales und öffentlich diskutiertes Problem wahrgenommen.³⁵ Aus juristischer Perspektive aber sind wichtige Fragen an der Schnittstelle von Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht, Europarecht und deutschem Recht nicht ausreichend geklärt. Diese sollen den Gegenstand dieser Untersuchung bilden.

D. Zahlen und Fakten

I. Zur GmbH

Empirische Datenerhebungen zur GmbH sind leider rar und beruhen meist auf regional begrenzten Stichproben bei Notaren und Registergerichten, die keinen ganz verlässlichen Eindruck der tatsächlichen, aktuellen Verhältnisse in ganz Deutschland vermitteln können.³⁶

Für die Jahre 2011/2012 wird von einer Gesamtzahl der GmbH von über einer Million ausgegangen³⁷, für das Jahr 2017 schon von rund 1,22 Millionen GmbHs.³⁸ Diese Zahlen berücksichtigen jedoch nicht die erhebliche Zahl an nicht werbenden Gesellschaften (z. B. sog. Vorratsgesellschaften und sonstigen inaktiven Gesellschaften) und Konzerngesellschaften, die lediglich aus steuerlichen, historischen oder organisatorischen Gründen als GmbH inkorporiert sind, in denen jedoch weder auf Gesellschafter- noch auch Geschäftsführungsebene eine eigene Willensbildung stattfindet und die aus ökonomischer Sicht keine selbstständige wirtschaftliche Einheit

35 Vgl. beispielsweise die im Übrigen recht umfassende Große Anfrage der FDP-Fraktion zur Praxistauglichkeit des AGG vom 29.11.2006, BT-Drs. 16/3725. Auch die Grünen-Fraktion mag kein Problem mit der Behandlung von Geschäftsführern erkennen, vgl. den Antrag vom 06.07.2016, BT-Drs. 18/9055.

36 Ausführliche Untersuchung bei *Wedemann*, *Gesellschafterkonflikte*, S. 11 ff.; vgl. auch *MüKo-GmbHG/Fleischer*, Einleitung Rn. 198.

37 *Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer*, Einleitung Rn. A 102; *MüKo-GmbHG/Fleischer*, Einleitung Rn. 201.

38 Inklusive der Unternehmergesellschaften, vgl. *Kornblum*, *GmbHR* 2017, S 740 und S. 746.

bilden.³⁹ Das ändert aber nichts daran, dass die GmbH unter den unternehmerischen Körperschaften unangefochten die Spitzenposition einnimmt.⁴⁰

Anfällig für potentielle Diskriminierungen der Geschäftsführer dürften hauptsächlich solche Gesellschaften sein, bei denen der Geschäftsführer nicht (direkt oder indirekt durch Beteiligungsgesellschaften) der einzige oder ein herrschender Gesellschafter ist.⁴¹ In diesem Zusammenhang ist interessant, dass laut einer von *Wedemann* durchgeführten Studie bei mehr als zwei Dritteln aller GmbH die Gesellschafter auch Geschäftsführer sind.⁴² Frühere Studien unterstützen die Plausibilität dieses Ergebnisses.⁴³ Keine der Studien qualifiziert allerdings diese Ergebnisse nach der Größe oder der Art ihres Geschäftsbetriebes. So erscheint es wahrscheinlich, dass eine erhebliche Zahl der Gesellschaften mit Identität zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer kleine und Kleinstunternehmen sind, die nach dem Leitbild des historischen Gesetzgebers ihr Geschäft als Einzelkaufleute oder in Personengesellschaften organisieren sollten, allerdings vom Privileg der beschränkten Haftung (§ 13 Abs. 2 GmbHG) profitieren wollen. In Konzernkonstellationen und bei von ausländischen Unternehmen gehaltenen Gesellschaften beispielsweise ist ein der Selbstorganschaft ähnliches Konzept quasi immer ausgeschlossen.⁴⁴ Die Zahl der für Diskriminierung anfälligen Konstellationen dürfte also im Zuge der Internationalisierung der Wirtschaftslandschaft zunehmen. Auch im Zuge des Verkaufs von Unternehmen aus Gründergenerationen oder Familien und bei von der öffentlichen Hand gehaltenen Gesellschaften wird die Zahl der Fremdgeschäftsführer und damit die Relevanz von Fragen des Diskriminierungsschutzes von Geschäftsführern steigen.

39 Vgl. auch *Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer*, Einleitung Rn. A 119 ff.

40 Vgl. die eindeutigen Vergleichszahlen bei *Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer*, Einleitung Rn. A 102; *Kornblum*, GmbHR 2017, S. 739 ff.

41 Man bedenke dazu nochmals die Beispiele oben bei 0.

42 *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 17 f.

43 *Kornblum/Hampf/Naß*, GmbHR 2000, S. 1245; Übersicht über frühere Erhebungen auch bei *MüKo-GmbHG/Fleischer*, Einleitung Rn. 201 und *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 18.

44 Einen Trend zur Drittanstellung von Geschäftsführern sieht auch *Kuhn*, Abgestuftes Arbeitsrecht, S. 1.