



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

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	1
A. Problemaufriss .....	1
B. Zielsetzung.....	2
C. Gang der Untersuchung.....	3
<b>Kapitel 1. Der Arbeitnehmerstatus des Geschäftsleiters</b> .....	5
A. Rechtsprechung vor der Danosa-Entscheidung .....	6
I. Deutsche Rechtsprechung bis 2010 .....	6
1. Rechtsprechung des BGH.....	6
2. Rechtsprechung des BAG .....	7
a. Selbstanstellung .....	8
aa. GmbH .....	8
bb. AG.....	10
cc. Personenhandelsgesellschaft .....	11
b. Fremdanstellung .....	12
c. Insbesondere: „Beförderung“ zum Geschäftsleiter .....	13
II. Rechtsprechung des EuGH bis 2010.....	14
1. Primärrechtlicher Arbeitnehmerbegriff .....	14
2. Sekundärrechtlicher Arbeitnehmerbegriff .....	18
3. Zusammenfassung.....	19
III. Schlussfolgerungen .....	20
B. Die Danosa-Entscheidung des EuGH.....	20
I. Sachverhalt und Hintergrund der Vorlage.....	20
II. Analyse der Entscheidung.....	21
1. Grundsätze zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft .....	21
2. Kriterien zur Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft.....	22
a. Vorbemerkung: Relevanz der Schlussanträge des Generalanwalts.....	23

b.	Eingliederung in die Gesellschaft.....	24
c.	Entgeltliche Leistungserbringung.....	25
d.	Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses.....	25
aa.	Inhalt: Weisungsunterworfenheit und Aufsicht.....	26
bb.	Bestand: Bestellung und Abberufung .....	27
e.	Mindestbedingungen für die Arbeitnehmereigenschaft?.....	28
3.	Kritik an der Entscheidung .....	30
a.	Meinungen in der Literatur .....	30
b.	Eigene Kritik am Ansatz des EuGH .....	32
c.	Notwendige Ergänzung des Kriterienkatalogs .....	36
d.	Abschließende Bewertung und Ausblick.....	37
C.	Übertragung der Danosa-Entscheidung auf das deutsche Recht .....	38
I.	Bedürfnis für eine Anpassung des deutschen Rechts.....	38
II.	Anpassung des deutschen Arbeitnehmerbegriffs .....	40
1.	Erfordernis einer grundlegenden Revision .....	40
a.	In der Literatur vertretene Auffassungen .....	40
b.	Bisherige Rechtsprechung .....	42
c.	Stellungnahme .....	42
2.	Partielle Neujustierung .....	44
a.	Keine unmittelbare Richtlinienanwendung .....	44
b.	Richtlinienkonforme Auslegung.....	45
aa.	Europarechtliche Vorgaben .....	46
bb.	Auslegungsoffenheit des Arbeitnehmerbegriffs .....	49
3.	Ergebnis .....	50
III.	Arbeitnehmereigenschaft des deutschen Geschäftsleiters .....	51
1.	Rechtsformübergreifende Kriterien .....	51
a.	Eingliederung in die Gesellschaft.....	51
b.	Entgeltliche Leistungserbringung.....	52
c.	Relevanz des Organinnenverhältnisses .....	53
2.	Gesellschaftsformspezifische Kriterien.....	54

a.	GmbH .....	55
aa.	Weisungen und Aufsicht.....	56
bb.	Bestellung und Abberufung .....	60
cc.	Zwischenbewertung .....	63
dd.	Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten .....	64
ee.	Mitbestimmte GmbH.....	69
ff.	Gesellschafterstellung als Negativkriterium? .....	74
gg.	Zusammenfassung.....	81
b.	AG.....	81
aa.	Weisungen und Aufsicht.....	83
bb.	Bestellung und Abberufung .....	93
cc.	Aktionärsstellung als Negativkriterium? .....	99
dd.	Schlussbewertung .....	103
c.	Personenhandelsgesellschaften.....	104
aa.	Strukturunterschiede als Negativmerkmale?.....	105
bb.	Weisungen und Aufsicht.....	107
cc.	Bestellung und Abberufung .....	110
dd.	Bewertung.....	112
ee.	Statutarische Gestaltungsmöglichkeiten .....	113
d.	Deutsche SE.....	115
aa.	Dualistische Organisationsverfassung.....	115
bb.	Monistische Organisationsverfassung.....	115
3.	Zusammenfassung.....	117

**Kapitel 2. Mutterschutz** ..... 119

A.	Einführung .....	119
I.	Mutterschutz als Diskriminierungsschutz .....	119
II.	Relevanz der MuSchRL für den Mutterschutz .....	121
B.	Persönlicher Anwendungsbereich des MuSchG.....	122
I.	Europarechtlicher Hintergrund .....	122
II.	Anwendbarkeit auf Geschäftsleiterinnen.....	125

1.	Früheres Meinungsbild .....	125
2.	Heutiges Meinungsbild .....	127
3.	Stellungnahme.....	129
a.	Möglichkeit 1: Mutterschutz durch KSchG und AGG....	130
b.	Möglichkeit 2: Mutterschutz durch MuSchG .....	131
c.	Ergebnis .....	134
C.	Rechtsfolgen des Mutterschutzrechts.....	134
I.	Kündigungsverbot.....	135
1.	Schutzforderung der MuSchRL .....	135
2.	Reduktion des MuSchG.....	138
3.	Ergebnis .....	140
II.	Abberufungsverbot .....	140
1.	Literaturauffassungen.....	141
2.	Stellungnahme.....	145
a.	Notwendigkeit einer Einschränkung der Abberufungsfreiheit .....	145
b.	Kein uneingeschränktes Abberufungsverbot.....	148
c.	Kein Abberufungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.....	149
aa.	Keine systematisch überzeugende Begründung.....	149
bb.	Verlust effektiver Abberufungsmöglichkeit .....	151
cc.	Ergebnis .....	160
d.	Lösung: Relatives Abberufungsverbot .....	160
e.	Insbesondere: Problem der Koppelungsklauseln .....	164
f.	Ergebnis .....	168
III.	Beschäftigungsverbote.....	169
1.	Schutzforderung der MuSchRL .....	169
2.	Reduktion des MuSchG.....	171
3.	Sachgerechter Mutterschutz neben MuSchG.....	174
4.	Ergebnis .....	176
IV.	Entgeltenschutz.....	177
V.	Fragerecht im Bewerbungsverfahren.....	177
VI.	Ergebnis .....	178

<b>Kapitel 3. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz .....</b>	<b>181</b>
A. Einführung .....	181
I. Richtlinienvorgaben.....	181
II. BGH vom 23. April 2012.....	183
1. Sachverhalt.....	183
2. Verfahrensgang .....	184
B. Anwendungsbereich.....	184
I. Persönlicher Anwendungsbereich .....	184
1. Abhängiger Geschäftsleiter.....	186
a. Meinungsbild .....	187
b. Stellungnahme .....	189
c. Ergebnis .....	190
2. Selbständiger Geschäftsleiter.....	191
a. Meinungsbild .....	191
b. Stellungnahme .....	193
c. Ergebnis .....	196
3. Gesellschafter-Geschäftsführer .....	196
4. Einschränkung wegen Vertrauensstellung .....	198
5. Ergebnis .....	199
II. Sachlicher Anwendungsbereich .....	199
1. Anstellungs- und Bestellungsverhältnis .....	199
2. Erst- und Wiederbesetzung des Geschäftsleiteramtes .....	202
3. Kündigung und Abberufung.....	204
a. Kündigung und Abberufung von § 6 Abs. 3 AGG erfasst .....	204
b. Beschränkter Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 4 AGG .....	205
aa. Meinungsbild .....	205
bb. Stellungnahme .....	207
c. Ergebnis .....	207
4. Automatische Beendigung.....	208
5. Andere Vereinbarungen.....	210

C.	Benachteiligungen und deren Rechtfertigung.....	210
I.	Allgemeines.....	210
1.	Benachteiligungsverbot.....	210
a.	Adressaten .....	210
b.	Benachteiligung und Begünstigung .....	211
2.	Kausalität .....	212
a.	Motivbündel.....	212
b.	Gremienentscheidung.....	214
aa.	Meinungsbild .....	215
bb.	Stellungnahme .....	217
c.	Ergebnis .....	218
3.	Vermutung aus § 22 AGG.....	218
a.	Anwendbarkeit.....	219
b.	Problemfälle .....	220
aa.	Öffentliche Äußerungen .....	221
bb.	Äußerungen in der Gremiensitzung.....	225
cc.	Nichtgewährung von Informationen .....	226
4.	Maßstab der Rechtfertigung.....	230
a.	Meinungsbild .....	231
b.	Stellungnahme .....	233
c.	Ergebnis .....	235
II.	Behindertendiskriminierung.....	235
1.	Krankheit als Behinderung .....	236
2.	Rechtfertigung.....	237
III.	Altersdiskriminierung .....	239
1.	Benachteiligung .....	239
2.	Allgemeines zur Rechtfertigung nach § 10 AGG .....	240
a.	Regelungstechnik.....	240
b.	Rechtmäßige Ziele von Ungleichbehandlungen.....	241
aa.	Rechtsprechung des EuGH .....	241

bb.	Rezeption der EuGH-Rechtsprechung in Deutschland.....	244
cc.	Stellungnahme .....	245
3.	Mindestalter .....	248
a.	Altersgrenzen .....	249
b.	Berufserfahrung.....	251
4.	Höchstaltersgrenzen.....	253
a.	Benachteiligung .....	253
b.	Exkurs: Anwendbarkeit des TzBfG.....	254
c.	Rechtfertigung .....	255
aa.	Höchstaltersgrenzen beim Eintritt.....	255
bb.	Höchstaltersgrenzen bei der Wiederbestellung.....	267
cc.	Höchstaltersgrenzen hinsichtlich Beendigung .....	268
dd.	Ergebnis .....	277
IV.	Geschlechterdiskriminierung.....	278
D.	Rechtsfolgen eines Verstoßes.....	278
I.	Anspruch auf erstmalige Begründung .....	278
II.	Befristung.....	279
1.	Anstellungsvertrag.....	279
2.	Organverhältnis .....	282
III.	Anspruch auf Verlängerung.....	283
1.	Anstellungsvertrag.....	283
2.	Organverhältnis .....	285
IV.	Beendigung .....	286
1.	Anstellungsvertrag.....	286
2.	Organverhältnis .....	288
a.	Meinungsbild .....	288
b.	Stellungnahme .....	290
3.	§ 15 Abs. 6 AGG.....	292
V.	Berufung eines anderen Bewerbers .....	293
VI.	Ergebnis.....	293



<b>Kapitel 4. Schlussbetrachtung</b> .....	295
A. Die Rechtsstellung des Geschäftsleiters.....	295
B. Ausblick: Die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns .....	296
<b>Ergebnisse</b> .....	299
A. Zum Arbeitnehmerstatus des Geschäftsleiters .....	299
B. Zum Mutterschutz der Geschäftsleiterin.....	301
C. Zur Anwendung des AGG auf den Geschäftsleiter .....	303
D. Zusammenfassend zur Rechtsstellung des Geschäftsleiters und Ausblick.....	307
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	309