

1 Dr. Hans-Peter Löw, Rechtsanwalt, Frankfurt  
2 a. M.\*

## 3 4 **AGG-Schutz für Geschäftsführer?**

5  
6 Das *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*  
7 („AGG“) ist im August 2006 in Kraft getreten.  
8 Es dient der Umsetzung einer Reihe von EU-  
9 Richtlinien. Ziel des Gesetzes ist es,  
10 Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder  
11 wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts,  
12 der Religion oder Weltanschauung, einer  
13 Behinderung, des Alters oder der sexuellen  
14 Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Die  
15 mit Abstand größten Auswirkungen hat das  
16 Gesetz im Arbeitsleben. In einer aktuellen  
17 Entscheidung des OLG Köln v. 29.7.2010 -- 18  
18 U 196/09, DB 2010, 1878, wurde erstmals der  
19 Fall eines GmbH-Geschäftsführers aus dem  
20 Blickwinkel des AGG beurteilt. Das gibt Anlass,  
21 den Diskriminierungsschutz für GmbH-  
22 Geschäftsführer näher zu beleuchten und  
23 gleichzeitig die Entscheidung des OLG Köln  
24 einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

### 25 26 **Der Fall**

27 Der Kläger war medizinischer Geschäftsführer  
28 einer gemeinnützigen GmbH, die mehrere  
29 kommunale Krankenhäuser betrieb.  
30 Alleingesellschafterin ist die Stadt L. Der  
31 Dienstvertrag des Klägers war auf fünf Jahre  
32 befristet. Der Aufsichtsrat der Beklagten lehnte  
33 eine Verlängerung des Dienstvertrags mit der  
34 Begründung ab, der Kläger sei mit 62 Jahren zu  
35 alt. Die „Umbruchsituation im  
36 Gesundheitsmarkt“ und die „Herausforderungen  
37 im Gesundheitswesen“ verlangten eine  
38 Kontinuität in der Geschäftsführung über das 65.  
39 Lebensjahr des Klägers hinaus. Das OLG Köln  
40 sah darin eine nicht gerechtfertigte  
41 Benachteiligung wegen des Alters und verurteilte  
42 die Gesellschaft zum Ersatz aller materiellen  
43 Schäden aus der Nichtbestellung und zu einer  
44 Entschädigung in Höhe von 36.000 €

### 45 46 **Anwendungsbereich des AGG**

47 Zu vorderst stellt sich die Frage, ob und in  
48 welchem Umfang das AGG überhaupt auf  
49 GmbH-Geschäftsführer anwendbar ist. Die  
50 arbeitsrechtlichen Regeln des AGG gelten für  
51 Beschäftigte. Dies sind nach der Legaldefinition  
52 in § 6 Abs. 1 AGG Arbeitnehmerinnen und  
53 Arbeitnehmer, zu ihrer Berufsbildung  
54 Beschäftigte sowie Bewerberinnen und  
55 Bewerber. Für GmbH-Geschäftsführer enthält  
56 § 6 Abs. 3 AGG eine Sonderregelung (dazu

57 schon *Horstmeier*, GmbHR 2007, 125 ff.).  
58 Danach gilt: Soweit es die Bedingungen für den  
59 Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den  
60 beruflichen Aufstieg betrifft, gelten die  
61 Vorschriften dieses Abschnitts für Selbständige  
62 und Organmitglieder, insbesondere  
63 Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen und  
64 Vorstände, entsprechend. Nach dem  
65 Gesetzeswortlaut haben daher GmbH-  
66 Geschäftsführer Schutz vor Benachteiligungen  
67 nur bei der Bewerbung und der Beförderung,  
68 nicht jedoch bei der Entlassung. In der Literatur  
69 wird allerdings in Frage gestellt, ob diese  
70 Differenzierung mit den zugrunde liegenden EU-  
71 Richtlinien vereinbar ist. Danach muss nämlich  
72 der -- vollständige -- Diskriminierungsschutz  
73 allen unselbständig Beschäftigten zugute  
74 kommen. Die unselbständige Beschäftigung ist  
75 durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die  
76 selbständige Erwerbstätigkeit einschließlich der  
77 „Leitung von Unternehmen“ durch die  
78 Niederlassungsfreiheit geschützt. In diesem  
79 Zusammenhang hat der Generalanwalt beim  
80 EuGH als Mitglied der Unternehmensleitung  
81 angesehen, wer „nach der gesetzlichen oder  
82 satzungsmäßigen Verteilung der Befugnisse der  
83 juristischen Person der Weisung keiner anderen  
84 Person oder keines anderen Organs, das er nicht  
85 selbst kontrolliert, unterliegt“. Nach dieser  
86 Definition wäre der Fremdgeschäftsführer einer  
87 GmbH, der den Weisungen der  
88 Gesellschafterversammlung unterliegt,  
89 unselbständig beschäftigt. Folgt man dieser  
90 Abgrenzung, so wäre das AGG wohl  
91 richtlinienkonform so auszulegen, dass der  
92 Fremdgeschäftsführer Beschäftigter i.S.d. § 6  
93 Abs. 1 AGG ist. Das hätte zur Folge, dass auch  
94 die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen  
95 einschließlich Arbeitsentgelt und  
96 Entlassungsbedingungen i.S.d. § 2 Abs. 1 Ziff. 1  
97 AGG diskriminierungsfrei sein müssten.

98 Für den Anwendungsbereich des AGG ist die  
99 Frage noch nicht entschieden.

100 Das Ergebnis der Diskussion ist völlig offen. Es  
101 bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung  
102 entwickelt. Bedauerlicherweise hat das OLG  
103 Köln hierzu mit keinem Wort Stellung  
104 genommen. Es hätte sich möglicherweise die  
105 nicht immer stringente Argumentation zu der  
106 Frage ersparen können, ob die Nichtverlängerung  
107 des Vertrags nun eine Anstellungs- oder  
108 Entlassungsbedingung betrifft.

109

#### 110 **Benachteiligung wegen des Alters**

111 Dass der Kläger im konkreten Fall wegen seines  
112 Alters benachteiligt wurde, hat das OLG zu  
113 Recht und mit zutreffender Begründung  
114 festgestellt. Es hat dann weiter geprüft, ob die  
115 unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

116 nach § 10 AGG gerechtfertigt ist. Voraussetzung  
117 dafür ist, dass die unterschiedliche Behandlung  
118 objektiv und angemessen und durch ein legitimes  
119 Ziel gerechtfertigt ist. Als legitimes Ziel nennt  
120 das Gesetz u.a. eine Vereinbarung, die die  
121 Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses  
122 ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu  
123 dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen  
124 Alters beanspruchen kann. Dieser  
125 Rechtfertigungsgrund ist europarechtskonform  
126 so auszulegen, dass es sich ausschließlich um die  
127 gesetzliche Regelaltersgrenze von zurzeit 65  
128 Jahren handeln kann. Das OLG erörtert im  
129 vorliegenden Fall, ob aufgrund der besonderen  
130 Stellung des GmbH-Geschäftsführers  
131 möglicherweise eine frühere Altersgrenze in  
132 Betracht kommt, wie dies teilweise in der  
133 Literatur vertreten wird und auch von der  
134 Vorinstanz angenommen wurde, lehnt dies im  
135 Ergebnis aber ab.

136 Von besonderem Interesse und leider in der  
137 Entscheidung viel zu kurz behandelt ist die  
138 Frage, ob es sich bei der Nichtverlängerung eines  
139 befristeten Geschäftsführeranstellungsvertrags  
140 tatsächlich um den Zugang zur Erwerbstätigkeit  
141 handelt oder ob es nicht vielmehr eine  
142 Entlassungsbedingung darstellt. Ob die generelle  
143 Aussage in der Literatur, der Zugang zur  
144 Erwerbstätigkeit erfasse nicht nur die erstmalige  
145 Aufnahme, sondern auch die Aufrechterhaltung  
146 einer Betätigung, gerade im Rahmen des § 6  
147 Abs. 3 AGG angemessen ist, erscheint  
148 zweifelhaft. Das sei an zwei Beispielen  
149 verdeutlicht:

150 Wird ein 56-jähriger Geschäftsführer unbefristet  
151 bestellt und enthält der Anstellungsvertrag eine  
152 Befristung auf das Alter 60, so endet der  
153 Anstellungsvertrag mit dem 60. Lebensjahr.  
154 Dabei handelt es sich um eine  
155 Entlassungsbedingung, die für den  
156 Geschäftsführer nicht dem Geltungsbereich des  
157 AGG unterfällt. Endet im Vergleichsfall die  
158 Bestelldauer eines Geschäftsführers  
159 turnusgemäß zu einem Zeitpunkt, zu dem der  
160 Geschäftsführer 60 Jahre alt ist und lehnt die  
161 Gesellschafterversammlung eine  
162 Wiederbestellung mit Hinweis auf die  
163 Altersgrenze 60 ab, so soll es sich dabei dann um  
164 den Zugang zur Erwerbstätigkeit handeln mit der  
165 Folge, dass der Anwendungsbereich des AGG  
166 eröffnet wäre. Das Ergebnis ist absurd.

167

#### 168 **Unzulässigkeit der Klage**

169 Richtigerweise hätte das OLG übrigens die  
170 Klage, die gegen die Gesellschaft -- vertreten  
171 durch die Geschäftsführung -- gerichtet war, als  
172 unzulässig abweisen müssen. Da die Gesellschaft  
173 einen fakultativen Aufsichtsrat hatte, war -- über  
174 § 52 GmbHG -- § 112 AktG anzuwenden,

175 wonach die Gesellschaft gegenüber Mitgliedern  
176 des Leitungsorgans durch den Aufsichtsrat  
177 vertreten wird. Nach ständiger Rechtsprechung  
178 des BGH gilt dies auch gegenüber  
179 ausgedienten Vorstandsmitgliedern, und zwar  
180 unabhängig davon, ob ein Interessenkonflikt mit  
181 den übrigen Mitgliedern des Leitungsgremiums  
182 droht. Die gegenteilige Aussage in der  
183 Entscheidung des OLG ist schlichtweg falsch  
184 (vgl. zuletzt BGH v. 16.2.2009 -- II ZR 282/07,  
185 GmbHR 2009, 653, mit zahlreichen Nachw.).

186

187

### **Ausblick**

188 Der Antidiskriminierungsschutz wird auch die  
189 Anstellungsverhältnisse von GmbH-  
190 Geschäftsführern ergreifen. In welchem Umfang  
191 dies der Fall sein wird, wird davon abhängen,  
192 wie die Rechtsprechung den Beschäftigtenbegriff  
193 im europarechtlichen Sinne definiert.

194 Altersgrenzen für GmbH-Geschäftsführer  
195 unterhalb der gesetzlichen Regelaltersgrenze  
196 werden von der Rechtsprechung möglicherweise  
197 nicht anerkannt werden.

198 Der Beklagten in dem konkreten Fall wäre, wie  
199 übrigens bisweilen manchen stadtnahen  
200 Gesellschaften, mehr Professionalität bei der  
201 Behandlung von Personalfragen zu wünschen:  
202 Bei der Einstellungsdiskriminierung droht in der  
203 Regel nur dann Ungemach, wenn die Beteiligten  
204 elementare Regeln außer Acht lassen.

205

206

207

208 \* Partner der Sozietät Hogan Lovells International  
209 LLP.

210