

Nora Düwell | Inken Gallner
Karsten Haase | Martin Wolmerath (Hrsg.)

Auf dem Weg zu einem sozialen und inklusiven Rechtsstaat – Covid-19 als Herausforderung

Liber amicorum
Franz Josef Düwell



Nomos

Nora Düwell | Inken Gallner
Karsten Haase | Martin Wolmerath (Hrsg.)

Auf dem Weg zu einem sozialen und inklusiven Rechtsstaat – Covid-19 als Herausforderung

Liber amicorum
Franz Josef Düwell



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-8487-7276-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-1284-2 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.



Vorwort

Vor zehn Jahren trat Prof. Franz Josef Düwell als Vorsitzender Richter des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts in den Ruhestand. In dem Vorwort der anlässlich seines 65. Geburtstags veröffentlichten Festschrift wurde die Mutmaßung geäußert, er habe sicherlich zahlreiche Ideen für neue Projekte. Es erstaunt nicht, dass diese Annahme zutreffend war und ist. Bemerkenswert ist allerdings, in welchem Umfang der Jubilar weiterhin schreibt, kommentiert, lehrt, forscht und sich in vielerlei Hinsicht in die Gesellschaft einbringt. Eine bewundernswerte Mischung aus Disziplin, Konzentration, ein vielseitiges Interesse und vor allem eine stete Neugier, sich auch mit bislang unbekannten Materien zu befassen, ermöglichen ihm seine Schaffenskraft. Woher er die Kraft nimmt, allein den körperlich anstrengenden Teil seines Pensums zu bewältigen, ist nicht zu ergründen. Beispielhaft sei erwähnt, dass er an einem Dienstagvormittag mit dem Zug von Weimar nach Travemünde fährt, während der Zugfahrt arbeitet, in Travemünde bis Mittwochmittag referiert, anschließend mit dem Zug zurückfährt, um bereits am nächsten Morgen wieder in Jena eine Einigungsstelle zu leiten. Es steht zu vermuten, dass ihm die Freude an der Materie, der Austausch mit Menschen, das Ringen um das richtige Ergebnis – sei es die Lösung eines (Rechts-)Problems oder die Vermittlung von Wissen – Kräfte verleiht, die anderen nicht gegeben sind.

Vielleicht hat es auch mit seiner Herkunft und seinem Werdegang zu tun. Franz Josef Düwell wurde am 28. Oktober 1946 als erster von zwei Söhnen in Dortmund geboren. Sein Vater war Bäckermeister, seine Mutter arbeitete in der Bäckerei als Verkäuferin. Es waren finanziell schwere Zeiten, man lebte beengt, es wurde viel gearbeitet. Franz Josef half bereits als kleiner Junge im Betrieb mit und behielt dies auch noch während des Studiums und Referendariats bei. Ihm, der bereits als Grundschüler bis nachts mit der Taschenlampe unter der Decke Karl May las, war früh klar, dass er nicht Bäcker werden wollte. Zunächst schwebte ihm ein Studium der Archäologie vor. Dass dies ein steiniger Weg werden sollte, merkte er, als er von der Grundschule auf das Staatliche Altsprachliche Gymnasium zu Dortmund wechselte. Waren bisher Kinder aus der Nachbarschaft der Hoesch-Werke seine Klassenkameraden gewesen, war er nun in einer Klasse mit Jungen aus akademischen Familien. Das war nicht leicht für ihn. Aber mit Beharrlichkeit setzte er sich durch und nahm nach zwei Jahren Dienst in der Bundeswehr schließlich 1968 ein Studium der Rechts- und

Staatswissenschaften sowie der Geschichte an der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster auf. Während seiner bis 1974 in Münster währenden Zeit engagierte Franz Josef Düwell sich in der Fachschaft und im Allgemeinen Studentenausschuss (AStA), dessen Vorsitzender er von 1971 bis 1972 war. In Münster vertiefte er sein Interesse an Politik und Geschichte. Hier trat er 1970 in die SPD ein. Motiviert durch seinen akademischen Lehrer Prof. Dr. Erich Küchenhoff engagierte er sich in der Sozialdemokratie. Noch heute nimmt er Anteil an den Aktivitäten der Arbeitsgemeinschaft der sozialdemokratischen Juristinnen und Juristen (ASJ).

Nach dem Referendariat, das Franz Josef Düwell u. a. auch an der Verwaltungshochschule Speyer absolvierte, wurde er 1977 zum Richter auf Probe ernannt. Nach Stationen bei den Arbeitsgerichten Bochum, Bielefeld, Gelsenkirchen wurde er zum Arbeitsgericht Herne versetzt. Dort wurde er 1980 zum Richter auf Lebenszeit ernannt. Von 1985 bis 1989 war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundesarbeitsgericht abgeordnet, 1991 erfolgte die Ernennung zum Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Hamm. 1993 wurde Franz Josef Düwell zum Richter am Bundesarbeitsgericht gewählt. Er wurde als Beisitzer dem Fünften und dem Neunten Senat zugeteilt. Im Jahr 2001 erfolgte die Ernennung zum Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht. Durchgängig führte er im Neunten Senat den Vorsitz. Bis ins Jahr 2004 pendelte Franz Josef Düwell von Hamm, wo seine Ehefrau als Studienrätin arbeitete und seine Töchter zur Schule gingen, zunächst nach Kassel und ab 2000 nach Erfurt. Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang erneut seine Kräfte. Denn regelmäßiges Pendeln und zwei Wohnsitze zehren bekanntermaßen an den Kräften. Dennoch gelang es ihm, woher auch immer er diese Kraft nahm, trotz der Entfernung stets für seine Familie da zu sein. Egal, welches Problem bestand, er war erreichbar und kam, sollte es erforderlich sein, sofort nach Hause.

Der Stadt Hamm ist der Jubilar in besonderer Weise verbunden. Als er in der von dem Münsteraner Historiker Wilhelm Ribhegge verfassten Hammer Regionalgeschichte las, dass am Oberlandesgericht Hamm der in der Weimarer Republik prominente sozialdemokratische Schriftsteller Arnold Freymuth wirkte, suchte er den Kontakt zu dessen Biografen Otmar Jung und dem Verfasser der Hammer Regionalgeschichte. Mit beider Unterstützung und der reaktivierten Hammer ASJ gründete Franz Josef Düwell die „Arnold-Freymuth-Gesellschaft“. Die Gesellschaft erinnert an den von den Nazis in den Tod getriebenen Senatspräsidenten und widmet sich in ihren Veranstaltungen vor allem der Aufarbeitung der Justizgeschichte der Weimarer Republik und der nationalsozialistischen Gewalt Herrschaft. Als sich in Mölln, Solingen und Hoyerswerda 1992 Brandstif-

tungen und fremdenfeindliche Straftaten ereigneten, zeigte sich, wie sehr Wegsehen moralisches Versagen ist und welche zerstörerischen Folgen es hervorruft. Dies erkannten auch viele Hammer Bürgerinnen und Bürger. Sie verstanden die Vereinsgründung als Aufruf zum zivilgesellschaftlichen Tätigwerden.

Franz Josef Düwell nahm auch aktiv am politischen Leben der Hammer Bürgerschaft teil. Zusammen mit der ehemaligen Oberbürgermeisterin Sabine Zech und dem Pfarrer Hans Gerd Nowoczin startete er 2011 ein Bürgerbegehren für den Erhalt des kommunalen Besitzes an den Stadtwerken. Das erfolgreiche Bürgerbegehren wurde vom Rat der Stadt abgelehnt. Der Jubilar ließ sich nicht entmutigen. Er initiierte einen Bürgerentscheid. Am 24. Juni 2011 stimmten 37.144 Stimmberechtigte ab, davon 29.465 für den Erhalt des kommunalen Besitzes. Das war der erste erfolgreiche Bürgerentscheid in Nordrhein-Westfalen.

Auch seiner Wahlheimat Thüringen ist Franz Josef Düwell schon lange rechtspolitisch verbunden. Hier gründete er 2005 in Erfurt - am Standort des Bundesarbeitsgerichts - zusammen mit Prof. Dr. Joachim Weyand und Michael Schultheiß, dem Thüringer Niederlassungsleiter der Friedrich-Ebert-Stiftung, das Erfurter Forum für Arbeits- und Sozialrecht (EFAS). Das Forum wendet sich an alle Bänke des Arbeits- und Sozialrechts. Daneben sind interessierte Laien eingeladen, sich zu informieren und mitzudiskutieren. Die Plattform sucht den rechtspolitischen Austausch zwischen Politik, Wissenschaft und Praxis. Sie will Meinungs- und Willensbildung durch Information und Argument erreichen.

Die vielfältigen Interessen von Franz Josef Düwell beschränken sich auch geografisch nicht alleine auf Deutschland. So entwickelte er schon früh eine Affinität für die Rechtsvergleichung zwischen dem japanischen und dem deutschen Arbeitsrecht. Es verwundert daher nicht, dass er „als Mann der ersten Stunde“ 1997 aktiv an der Gründung der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht e. V. (DJGA) mitwirkte. 2007 wurde er in deren Vorstand gewählt und 2016 zum Vorsitzenden. Es war und ist für Franz Josef Düwell selbstverständlich, sein rechtsvergleichendes Engagement auch mit praktischem Leben zu füllen, sei es 2009 als Gastprofessor an der Chuo Universität in Tokyo, sei es als Referent auf zahlreichen Vortragsreisen nach Japan (zuletzt 2019) oder im Rahmen regelmäßiger Veranstaltungen der DJGA. Dabei zeichnet es den Menschen Franz Josef Düwell aus, dass er in all den Jahren des steten Austausches mit japanischen Rechtswissenschaftlern auch enge Freundschaften schließen konnte.

Das rechtspolitische Engagement des Jubilars beschränkt sich nicht auf die Tätigkeit in der Arnold-Freymuth-Gesellschaft und im Erfurter Forum für Arbeits- und Sozialrecht. Das erkannte auch die Politik. Seit 20 Jah-

ren laden der Deutsche Bundestag und Landtage den Jubilar als Sachverständigen zu Anhörungen ein. Auf diese Weise konnte der Jubilar seine arbeitsrechtliche Expertise u.a. zu Fragen der Arbeitnehmerüberlassung, des Mindestlohns und des Behindertenrechts in die Gesetzgebung einbringen. Ein weiteres Tätigkeitsfeld des Jubilars ist die Herbeiführung des Ausgleichs widerstreitender Interessen durch die Übernahme des Vorsitzes in betriebsverfassungsrechtlichen und personalvertretungsrechtlichen Einigungsstellen. Zusätzlich wird er als Schlichter u. a. bei Arbeitskämpfen in Anspruch genommen. In Anerkennung dieses gesellschaftlichen Wirkens wurde Franz Josef Düwell 2017 das Bundesverdienstkreuz am Bande verliehen.

Die wissenschaftlichen Verdienste um das Arbeitsrecht lassen sich wegen seiner ausgeprägten Schaffenskraft nur im Überblick würdigen. Er wirkt an einer erheblichen Zahl von arbeitsrechtlichen Kommentaren mit und gibt sie heraus. Seine Monografien und Beiträge in Festschriften und Fachzeitschriften lassen sich für die Herausgeber nicht zählen. Besondere Schwerpunkte seines wissenschaftlichen Wirkens sind das Schwerbehindertenrecht, das Betriebsverfassungsrecht, das Mindestlohnrecht und das arbeitsgerichtliche Verfahren. Franz Josef Düwell gibt u. a. einen Großkommentar für das gesamte Arbeitsrecht und Kommentare zum SGB IX, zum Betriebsverfassungsgesetz, zum Mindestlohngesetz und zum Arbeitsgerichtsgesetz mit heraus. Er ist Mitherausgeber des *juris Praxisreports Arbeitsrecht (jurisPR-ArbR)* mit wöchentlichen Anmerkungen zu den wichtigsten aktuellen Entscheidungen und gesetzlichen Neuerungen zum Arbeitsrecht.

Das wissenschaftliche Werk von Franz Josef Düwell beschränkt sich nicht auf die Forschung. Die Lehre und der Kontakt mit Studierenden sind ihm wichtige Anliegen. Er ist seit 2010 Honorarprofessor an der Universität Konstanz. Seine Lehrtätigkeit umfasst nicht nur das Arbeitsrecht, sondern auch das Datenschutzrecht.

Neben all der fachlichen Kompetenz, die Franz Josef Düwell besitzt, zeichnet ihn aus, dass er in besonderem Maße begabt ist, Menschen zusammenzuführen. Er hat das Gespür, diejenigen zusammenzubringen, die gemeinsam einer Idee zur Umsetzung verhelfen. Er ist ehrlich in seinem Urteil, dabei stört es ihn auch nicht, wenn er bisweilen aneckt. Wenn man ihn etwas fragt, weiß man, dass die Antwort belastbar ist. Sein kritischer Geist macht ihn zu einer Bereicherung für jedes fachliche oder allgemeine Gespräch. Seine Warmherzigkeit und seine Empathie, die nicht nur seine Frau, seine zwei Töchter und seine Enkelkinder Paul, Sophie, Helene und „Fränzchen“ spüren, berühren.

Daher wünschen wir sowohl für das Arbeitsrecht und die Rechtspolitik als auch für die Familie und den Kreis seiner Freunde: „Ad multos annos, Franz Josef Düwell!“

Unser besonderer Dank gilt Dr. Martin Pohl, Werner Wirsing-Lücke, dem Seminarinstitut für Betriebsräte Qualitas, dem Institut für Weiterbildung Poko, Profis – Seminare für Betriebsräte, dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (IGZ) und der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht e.V., die das Erscheinen dieses Liber amicorum durch ihre Unterstützung ermöglicht haben.

Die Herausgeber

Inhalt

Covid-19 als Herausforderung

Recht der Beschäftigung versus Pandemiebekämpfung oder Der Corona-Virus kennt keinen Feierabend – Gleichzeitig ein Beitrag zum Rechtsstaatsprinzip in Japan – <i>Heinrich Menkhaus</i>	23
---	----

Absicherung der Beschäftigung und des Lebensunterhalts für Beschäftigte, die ihre Familie betreuen – Vereinbarkeit von Arbeit und Familie in der durch das neuartige Corona-Virus verursachten Krise in Japan, Deutschland und Südkorea – <i>Keiko Ogata</i>	45
---	----

Der Lohnanspruch in Zeiten von COVID-19 <i>Rolf Wank</i>	69
---	----

Covid-19 und das BetrVG oder: Wie ein Virus Online-Sitzungen von Betriebsräten möglich machte <i>Peter Wedde</i>	93
--	----

Die Gesellschaft im Wandel

Characteristics of and Differences between the Way of Working in Japan and Germany <i>Kohei Kiyono</i>	113
--	-----

Promotion of the Elderly's Employment in Japan: Kashiwa-Model and the Subsequent Amendment of Laws <i>Naoki Matsumoto</i>	127
---	-----

Inhalt

Public Private Partnership: Segen oder Fluch – Rückblick und Konsequenzen <i>Ernst Mönnich</i>	141
Lieferketten-Compliance Neue Herausforderung für das Arbeitsrecht <i>Michael Johannes Pils</i>	161
„Society 5.0“ – Standort eines japanischen Gesellschaftsentwurfs <i>Martin Pohl</i>	187
Arbeitsrecht und Ökonomie – eine ziemlich enge, aber steigerungsfähige Verbindung <i>Hartmut Seifert</i>	207
Strukturelle Veränderungen in der japanischen Gesellschaft und im Arbeitsrecht <i>Hajime Wada</i>	217
Recht als Motor gesellschaftlicher Prozesse und Entwicklungen <i>Heinrich Weber-Grellet</i>	237
Franz Josef Düwell herzlich zum 75. Geburtstag und weiterhin "Gut Pfad!" <i>Erhard Roy Wiehn</i>	249
Eine Milieustudie: Vom Dortmunder Arbeiterkind zum Unternehmer, und wie mir die Rechtswissenschaft dabei half <i>Werner Wirsing-Lüke</i>	257
<i>Digitalisierung der Arbeitswelt</i>	
Von der Telearbeit zum „digital workplace“ <i>Manfred Bobke-von Camen</i>	269

Die Auswirkungen von Digitalisierung und Globalisierung auf die Richtlinien 2002/14/EG (Informations- und Konsultation) und 2009/38/EG (Europäische Betriebsräte): 20 Thesen und rechtspolitische Forderungen	279
--	-----

Thomas Klebe

Digitalisierung der Arbeitswelt und arbeitsrechtliche Politik in Japan – Aktueller Stand und Herausforderungen	285
---	-----

Yota Yamamoto

Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz

Der allgemeine verfassungsrechtliche Gleichheitssatz als Prüfungsmaßstab für Tarifverträge?	305
---	-----

Tino Frieling und Matthias Jacobs

Der diskriminierungsrechtliche Kündigungsschutz des (schwer-) behinderten oder einem solchen gleichgestellten Geschäftsführers einer GmbH nach dem AGG und dem SGB IX im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, des BGH und des BAG	327
--	-----

Karsten Haase

Der Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Vergütung in der reformierten Entsenderichtlinie 96/71/EG und seine Umsetzung in das AEntG	357
---	-----

Wolfgang Hamann

Mobbing am Arbeitsplatz in Deutschland und in der Schweiz – Bedarf es einer gesetzlichen Regelung zum Schutz vor Mobbing? –	379
--	-----

Clemens Höpfner

Politische Diskriminierung und Privatrecht	409
--	-----

Christian Picker

Schwerbehinderung und Rehabilitation

Vom Arbeitskreis Automobil bis zum Bundesnetzwerk der Schwerbehindertenvertretungen. Ein Erfahrungsbericht <i>Alfons Adam</i>	439
Das Budget für Arbeit – Die Verkehrung von Regel und Ausnahme im SGB IX <i>Christoph Beyer</i>	449
Mitwirkungshandlungen im Disziplinarrecht bei schwerbehinderten Beamtinnen und Beamten <i>Nora Düwell</i>	457
Eingliederung von schwerbehinderten Menschen in der Polizei – Wie kann das gelingen? <i>Michael Karpf</i>	475
Stufenweise Wiedereingliederung zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht <i>Wolfhard Kohle</i>	493
Diskussionsstand zu angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen in Japan <i>Hirofumi Konishi</i>	507
Der Anspruch der Schwerbehindertenvertretung auf Unterrichtung in Angelegenheiten der Schwerbehinderten <i>Wilhelm Mestwerdt</i>	535
Die Schwerbehindertenvertretung als Motor der Inklusion <i>Ute Neumann</i>	547
Der erfolglose schwerbehinderte oder diesem gleichgestellte behinderte Bewerber und der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG <i>Anja Schlewing</i>	553

Arbeitszeit und Vergütung

Zum Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bei wirksamer Einführung von Kurzarbeit	595
--	-----

Winfried Boecken

Ecken und Kanten des Arbeitszeitrechts	609
--	-----

Inken Gallner

Betriebsrentenrecht und AGB-Recht	627
-----------------------------------	-----

Gerhard Reinecke

Der lange Weg zu einer kurzen Arbeitszeit – Schutzlücken im Teilzeitrecht und Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung –	639
--	-----

Jochen Sievers

Überstunden - trotz Arbeit kein Lohn?	659
---------------------------------------	-----

Arno Tautphäus

Aspekte der Arbeitnehmerüberlassung

„Die Berechnung der 18-Monats-Frist nach § 1 Abs. 1b AÜG“	679
---	-----

Burkhard Boemke

Entwicklungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Japan – Vom Inkrafttreten im Jahre 1985 bis zur Einführung des „equal-pay“-Grundsatzes im Jahre 2018 –	697
--	-----

Yoko Hashimoto

Arbeitnehmerüberlassung in Japan – Überblick und aktuelle Probleme	729
--	-----

Kenji Takahashi

Arbeitnehmerüberlassung im gemeinnützigen Bereich	741
---	-----

Gerhard Stiens

Qualitätssicherung von Arbeitnehmerüberlassung durch Ethik-Kodex sowie Kontakt- und Schlichtungsstelle <i>Werner Stolz</i>	749
---	-----

Kollektivrechtliche Fragestellungen

Tarifliche Schlichtung – Zu den Anforderungen an einen guten Schlichter am Beispiel Personalbemessung in Krankenhäusern <i>Nadine Absenger/Jens M. Schubert</i>	767
--	-----

Tarifpluralität im tarifdispositivem Recht? <i>Rudolf Buschmann</i>	793
--	-----

Zur Haftung des Betriebsrats <i>Hans Hanau</i>	817
---	-----

Betriebsratsarbeit auf Augenhöhe: Hinweise <i>de lege lata</i> , Vorschläge <i>de lege ferenda</i> <i>Gregor Thüsing</i>	833
--	-----

Es ist an der Zeit – Ansatzpunkte für eine Reform des Betriebsverfassungsgesetzes <i>Martin Wolmerath</i>	845
---	-----

Gerichte und ihre Akteure

Die Entwicklung der Fachanwaltsausbildung <i>Daniel von Bronevski</i>	865
--	-----

Bundesverfassungsgericht und Blindlings-Prinzip <i>Wulf Gravenhorst</i>	871
--	-----

Weimar, Weilheim, Wuppertal – Ein Lehrstück zur richterlichen Unabhängigkeit und Gesetzesbindung	877
<i>Hasso Lieber</i>	
Quo vadis, Arbeitsgerichtsbarkeit? Strukturfragen und anstehende Herausforderungen	907
<i>Holger Schrade</i>	
Der Vertrauensanwalt der Rechtsanwaltskammer Hamm	925
<i>Joachim Teubel</i>	
 <i>Politik und Gesetzgebung</i>	
Hass und Hetze im Internet. Das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“	933
<i>Volker Burgard</i>	
Arbeitsrecht in der 19. Legislaturperiode	941
<i>Anette Kramme</i>	
Auf dem Weg zu einer Aussöhnung mit Namibia	957
<i>Ruprecht Polenz</i>	
Der arbeitsrechtliche Konkurrenzschutz	965
<i>Torsten von Roetteken</i>	
Komplizierung durch Gesetzgebung im Arbeits- und Sozialrecht	981
<i>Raimund Waltermann</i>	
Arbeitsschutzkontrollgesetz – sachlich falsch und schwer zu rechtfertigen	999
<i>Roland Wolf</i>	

Inhalt

Deutschland und Europa

- Die Revidierte Europäische Sozialcharta und ihre Auswirkungen auf
das deutsche Arbeitsrecht – Fortschritt unter Vorbehalt 1021

Claudia Schubert

- Unionsrecht als Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts
nach den „Recht auf Vergessen“-Entscheidungen des Ersten Senats 1041

Eileen Deirdre Wolmerath

Die Zeit der Weimarer Republik

- Warum „Weimarer“ Republik? 1069

Klaus Bepler

- Die sozialen Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung 1095

Eberhard Eichenhofer

- Die Arnold-Freymuth-Gesellschaft 1113

Klaus Engels und Philip Seel

- Franz Kafka als Arbeits- und Sozialrechtler 1129

Ulrich Fischer

Zu guter Letzt

- „DER Düwell?“ 1145

Reinhard Junge

- Autorinnen und Autoren 1151

Der diskriminierungsrechtliche Kündigungsschutz des (schwer-) behinderten oder einem solchen gleichgestellten Geschäftsführers einer GmbH nach dem AGG und dem SGB IX im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, des BGH und des BAG

Karsten Haase

I. Einleitung

Die jahrzehntelange Diskussion um den rechtlichen Status des Geschäftsführers ist Legende. Sie wird seit jeher kontrovers in Rechtsprechung und Literatur geführt – im nationalen Recht und seit geraumer Zeit auch europarechtlich.¹ Eng mit dieser Diskussion ist die Frage verbunden, ob sich der Geschäftsführer auf Arbeitnehmerschutzvorschriften berufen kann. In diesem Zusammenhang wurde bislang eher ‚stiefmütterlich‘ erörtert, ob und inwieweit ein (schwer-) behinderter Geschäftsführer den diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutz eines (schwer-) behinderten Arbeitnehmers für sich in Anspruch nehmen kann.

Ob sich der i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehinderte oder i.S.d. § 2 Abs. 3 SGB IX einem solchen gleichgestellte Geschäftsführer auf den besonderen schwerbehindertenrechtlichen Kündigungsschutz nach §§ 168, 174, 170 SGB IX berufen kann, wurde bis zum Milkova-Judikat² des EuGH im Jahr 2017 nahezu ausnahmslos in Rechtsprechung und Literatur verneint. Der EuGH bejahte in diesem Judikat, dass sich eine bulgarische Beamtin auf den besonderen Kündigungsschutz bulgarischer Arbeitnehmer, der mit dem nach §§ 168, 174, 170 SGB IX vergleichbar ist, aufgrund des

1 *Preis/Sagan*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26, 27 ff.; *Junker*, Die Einflüsse des europäischen Rechts auf die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes – Der Arbeitnehmerbegriff in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, EuZA 2016, 184 ff.; *Boemke*, Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA, 2018, 1 ff.

2 EuGH, Urt. v. 9.3.2017, Milkova, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198.

Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 20, 21, 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh³ i.V.m. Art. 27 Abs. 1 UN-BRK⁴ berufen könne. Seit dem Milkova-Judikat mehrten sich nun Stimmen in der Literatur, dass dies auch für den i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehinderten oder den i.S.d. § 2 Abs. 3 SGB IX einem solchen gleichgestellten Geschäftsführer gelten müsse, jedenfalls sofern es sich bei ihm um einen unionsrechtlichen Arbeitnehmer in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH handele.⁵ Urteile der nationalen Gerichte oder des EuGH sind hierzu – soweit ersichtlich – bislang (noch) nicht ergangen.

Dies soll zum Anlass genommen werden, um der Frage nachzugehen, ob sich der (schwer-) behinderte Geschäftsführer im Falle der Kündigung seines Anstellungsverhältnisses wegen seiner (Schwer-) Behinderung auch auf den diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG bzw. § 134 BGB i.V.m. § 164 Abs. 2 SGB IX berufen kann.

Ausgangspunkt hierfür soll das im Jahr 2019 ergangene vielbeachtete Urteil des BGH zum diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutz eines Fremdgeschäftsführers sein, der eine ihn wegen seines Alters i.S.d. § 1 AGG diskriminierende Kündigung seines Anstellungsverhältnisses erhalten hatte. Der BGH bewertete in diesem Urteil einen Fremdgeschäftsführer in teilweiser Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung zum ersten Mal als unionsrechtlichen Arbeitnehmer i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG, jedenfalls insoweit, wie bei einer Kündigung seines Anstellungsverhältnisses der sachliche Anwendungsbereich des AGG über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet sei.

3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 1 ff.

4 Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 13.12.2006, Resolution 61/106 der Generalversammlung der UN.

5 Vgl. hierzu zuletzt *Lampe*, in: Großmann/Schimanski/Spiolek (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen (GK-SGB IX)*, Köln, § 168 SGB IX, Rn. 42 (Ergänzungslieferung Nr. 114 April 2021); *Gutzeit*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht*, München, § 168 SGB IX, Rn. 12 (60. Edition, Stand: 1.3.2021); *Düwell*, in: Dau/Düwell/Jousen/Luik (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch IX*, 6. Aufl., Baden-Baden 2021, § 168 SGB IX, Rn. 86; *Lunk*, Unionsrechtlicher Kündigungsschutz für Organe, *ArbRB* 2020, 90, 91 f.; ausführlich und bejahend *Haase*, Der besondere Kündigungsschutz eines schwerbehinderten Geschäftsführers einer GmbH i.S.d. §§ 168, 174 Abs. 1 SGB IX, *GmbHR* 2019, 980, 985 ff.

Ob zugunsten des (schwer-) behinderten Geschäftsführers ein solcher diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz besteht, hängt – wie auch beim schwerbehindertenrechtlichen Kündigungsschutz nach §§ 168, 174 SGB IX – maßgeblich von der Frage nach seinem rechtlichen Status ab.⁶

II. Rechtlicher Status des Geschäftsführers

Was den rechtlichen Status des Geschäftsführers und somit auch die Rechtsnatur seines Anstellungsverhältnisses anbelangt, so ist zwischen dem nationalen und dem europäischen Recht zu unterscheiden.

1. Rechtlicher Status des Geschäftsführers nach nationalem Recht

Der Streit darüber, ob das Anstellungsverhältnis eines Geschäftsführers einer GmbH als Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611 a BGB oder als Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgungscharakter i.S.d. §§ 611, 675 BGB zu bewerten ist, ist im deutschen Recht seit Jahrzehnten Gegenstand kontroverser Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Literatur.⁷

a) Meinungsstand in der Literatur

Eine arbeitsrechtliche geprägte Mindermeinung geht mit unterschiedlichen Begründungen davon aus, dass das Anstellungsverhältnis eines Fremdgeschäftsführers bzw. das eines Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführers ohne bestimmenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung ein Arbeitsverhältnis darstellt. Im Kern wird dahingehend argumentiert, dass solche Geschäftsführer aufgrund § 37 Abs. 1 GmbHG einem Arbeitnehmer vergleichbar den Weisungen der GmbH unterlägen, zumal sie ähnlich einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig seien.⁸

⁶ Haase, GmbHR 2019 (Fn. 5), 981 ff.

⁷ Vgl. den Überblick bei Preis/Sagan, ZGR 2013 (Fn. 1), 27 ff.; Boemke, RdA 2018 (Fn. 1), 1 ff.; Haase, GmbHR 2019 (Fn. 5), 981 f.

⁸ Vgl. die Hinweise bei Wank/Maties, Arbeitnehmer oder Gesellschaftsorgan oder Vereinsmitglied?, NZA 2007, 353, 354 m.w.N. in Fn. 9; Preis/Sagan, ZGR 2013 (Fn. 1), 27 m.w.N. in Fn. 1.

Ansonsten haben sich, was den rechtlichen Status des Geschäftsführers anbelangt, in den zurückliegenden Jahrzehnten in der Literatur zwei ‚Grundströmungen‘ herausgearbeitet:

Die Stimmen einer eher gesellschaftsrechtlich geprägten Sichtweise argumentieren, dass das Anstellungsverhältnis eines jeden Geschäftsführers ausnahmslos ein freies Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgungscharakter nach §§ 611, 675 BGB darstelle. Der Geschäftsführer sei nach § 35 Abs. 1 GmbHG das Vertretungsorgan der GmbH. Aufgrund dieser Organanstellung komme ihm die oberste arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis innerhalb der GmbH zu, weshalb er auch sämtliche Pflichten der GmbH als Arbeitgeber i.S.d. Arbeits- und Sozialrechts für die GmbH wahrnehme. Dies schließe einen Status als Arbeitnehmer aus, der den Geschäftsführer ansonsten zum Adressaten arbeitsrechtlicher Weisungen werden ließe. Weisungen der GmbH nach § 37 Abs. 1 GmbHG konkretisierten lediglich seine Pflichten als deren Vertretungsorgan, ohne dass hierdurch ein Wechsel vom Status des Organvertreters hin zu dem eines Arbeitnehmers eintreten könne.⁹

Eine differenzierende Ansicht orientiert sich an der Rechtsprechung des BAG.¹⁰ Grundsätzlich sei das Anstellungsverhältnis eines Geschäftsführers kein Arbeitsverhältnis und er somit kein Arbeitnehmer der GmbH. Sie gesteht dem Geschäftsführer jedoch in extremen Ausnahmefällen bei starker Weisungsgebundenheit i.S.d. § 106 GewO und einer daraus folgenden persönlichen Abhängigkeit den Status eines Arbeitnehmers zu.¹¹

9 Jaeger/Steinbrück, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München 2019, § 35 GmbHG, Rn. 278 f.; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 20. Aufl., Köln 2020, Anh zu § 6 GmbHG, Rn. 3 a; Lenz, in: Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Aufl., München 2017, § 35 GmbHG, Rn. 120; Beurskens, in: Baumbach/Hueck, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Aufl., München 2019, § 37 GmbHG, Rn. 101 f.; Oetker, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2021, § 35 GmbHG, Rn. 103; Altmeyden, in: Altmeyden, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 10. Aufl., München 2021, § 6 GmbHG, Rn. 78, 81; jedenfalls im Regelfall Hohenstatt, in: Scholz, GmbH-Gesetz, 12. Aufl., Köln 2021, § 35 GmbHG, Rn. 264.

10 Vgl. II. 1. b).

11 Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021, § 611 a BGB, Rn. 88; Oetker, in: Henssler/Strohn (Hrsg.) (Fn. 9), Rn. 104; Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 5; Schrader/Schubert, Der Geschäftsführer als Arbeitnehmer, DB 2005, 1457, 1459.

b) Meinungsstand in der Rechtsprechung

Der BGH stimmt in ständiger Rechtsprechung mit der gesellschaftsrechtlich geprägten Sichtweise in der Literatur überein, dass das Anstellungsverhältnis eines jeden Geschäftsführers ausnahmslos als freies Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgungscharakter i.S.d. §§ 611, 675 BGB zu charakterisieren sei.¹²

Das BAG – ebenfalls in ständiger Rechtsprechung – differenziert: In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH geht das BAG davon aus, dass der Anstellungsvertrag eines jeden Geschäftsführers regelmäßig ein freies Dienstverhältnis mit Geschäftsbesorgungscharakter nach §§ 611, 675 BGB begründe.¹³ Der Geschäftsführer könne aber gleichwohl in extremen Ausnahmefällen Arbeitnehmer der GmbH sein,¹⁴ wenn die GmbH ihm gegenüber eine über ihr gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht hinausgehende Weisungsbefugnis auch bzgl. der Umstände habe, unter denen der Geschäftsführer seine Leistung zu erbringen habe, und durch arbeitsbegleitende und verfahrensorientierte Weisungen – wie im Fall des § 106 GewO – die konkreten Modalitäten der Leistungserbringung bestimmen könne.¹⁵

12 BGH, Urt. v. 9.11.1967 - II ZR 64/67, BGHZ 49, 30, 31 f.; Urt. v. 29.1.1981 - II ZR 92/80, BGHZ 79, 291, 292 f.; Urt. v. 26.3.1984 - II ZR 220/82, BGHZ 91, 1, 3; Urt. v. 10.5.2010 - II ZR 70/09, Rn. 7; Urt. v. 26.3.2019 - II ZR 244/17, Rn. 27; s. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.10.2012 - I-6 U 47/12, GmbHR 2012, 1347, 1349 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 26.4.2007 - 27 U 7/07, GmbHR 2007, 820, 821 m. Komm. Haase.

13 BAG, Urt. v. 26.5.1999 - 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987, 989; Urt. v. 24.11.2005 - 2 AZR 614/04, NZA 2006, 366 Rn. 18; Beschl. v. 21.1.2019 - 9 AZB 23/18, Rn. 24 = (LS) BB 2019, 1683 m. Komm. Haase; OLG München, Urt. v. 16.5.2007 - 14 U 399/04, NZA-RR 2007, 579, 580.

14 BAG, Urt. v. 24.11.2005 - 2 AZR 614/04, Rn. 18 = GmbHR 2006, 592 m. Komm. Haase; Beschl. v. 21.1.2019 - 9 AZB 23/18, Rn. 24 = (LS) BB 2019, 1683 m. Komm. Haase.

15 BAG, Urt. v. 26.5.1999 - 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987, 989; Urt. v. 24.11.2005 - 2 AZR 614/04, Rn. 18 = GmbHR 2006, 592 m. Komm. Haase; Beschl. v. 21.1.2019 - 9 AZB 23/18, Rn. 24 = (LS) BB 2019, 1683 m. Komm. Haase; vgl. auch OLG München, Urt. v. 16.5.2007 - 14 U 399/04, NZA - RR 2007, 579, 580.

2. Rechtlicher Status des Geschäftsführers nach europäischem Recht

Die Diskussion um den rechtlichen Status des Geschäftsführers einer GmbH hat seit den Danosa-, Balkaya- und Holterman-Judikaten des EuGH¹⁶ eine neue und bis dahin ungeahnte Dynamik erhalten.¹⁷ Hat der EuGH in diesen Entscheidungen doch konstatiert, dass Geschäftsführer als unionsrechtliche Arbeitnehmer der GmbH qualifiziert werden können.

a) Primärrechtlicher Arbeitnehmerbegriff i.S.d. Art. 45 AEUV

Der unionsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers ist weder im Primär- noch im Sekundärrecht der Europäischen Union definiert.¹⁸ Für die Beantwortung der Frage, ob ein Geschäftsführer Arbeitnehmer der GmbH sein kann, rekurriert der EuGH regelmäßig auf den Arbeitnehmerbegriff im Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV¹⁹, den er seit seinem richtungsweisenden Lawrie-Blum-Judikat²⁰ in ständiger Rechtsprechung geprägt hat. Bei diesem Arbeitnehmerbegriff handele es sich um einen autonomen Begriff des Unionsrechts, der für alle Normbereiche, die mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit einhergehen, einer einheitlichen unionsrechtlichen Auslegung unterliege.²¹ Er sei weit auszulegen und anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses bestehe darin, „dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung

16 EuGH, Urt. v. 11.11.2010, Danosa, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674; Urt. v. 9.7.2015, Balkaya, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Holterman, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574.

17 Vgl. nur Preis/Sagan, ZGR 2013 (Fn. 1), 26 ff.; Junker, EuZA 2016 (Fn. 1), 184 ff.; Boemke, RdA 2018 (Fn. 1), 1 ff.

18 Schneider/Wunderlich, in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 45 AEUV, Rn. 10.

19 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon v. 13.12.2007, ABl. EU Nr. C 306 v. 17.12.2007, S. 1 ff.

20 EuGH, Urt. v. 3.7.1986, Lawrie-Blum, C-66/85; ECLI:EU:C:1986:284; vgl. hierzu Junker, EuZA 2016 (Fn. 1), 188 ff.

21 Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Wien 2014, 55 ff.; Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 11), Rn. 18; Steinmeyer, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020, Art. 45 AEUV, Rn. 10.

Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“²² Immer dann, wenn ein Unionsrechtsakt in Bezug auf den Arbeitnehmerbegriff selbst keinen Verweis auf nationales Recht oder keine eigenständige Begriffsbestimmung aufweise, soll dieser unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff i.S.d. Art. 45 AEUV zur Anwendung gelangen.²³

b) Rechtsprechung des EuGH zum unionsrechtlichen Status des Geschäftsführers

Der EuGH entschied in seinem Danosa-Judikat²⁴ zum autonom zu bestimmenden Arbeitnehmerbegriff²⁵ der RL 92/85/EWG²⁶, dass eine schwangere Geschäftsführerin eine Arbeitnehmerin i.S.d. RL 92/85/EWG sein und den besonderen Kündigungsschutz nach Art. 10 RL 92/85/EWG für sich in Anspruch nehmen könne. Er führte aus, „(...) dass für die Zwecke der Richtlinie 92/85/EWG die Arbeitnehmereigenschaft eines Mitglieds der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das dieser gegenüber Leistungen erbringt und in sie eingegliedert ist, zu bejahen ist, wenn es seine Tätigkeit für eine bestimmte Zeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und als Gegenleistung für die Tätigkeit ein Entgelt erhält.“²⁷ Der EuGH knüpfte dabei an seinen Arbeitnehmerbegriff i.S.d. Art. 45 AEUV an, wobei die Voraussetzung „für einen anderen nach dessen Weisung“ durch „nach der Weisung

22 EuGH, Urt. v. 3.7.1986, Lawrie-Blum, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 16 f.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 13.1.2004, Allonby, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, Rn. 67; Urt. v. 20.9.2007, Kiiski, C-116/06, ECLI:EU:C:2007:536, Rn. 25; *Schneider/Wunderlich*, in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze (Hrsg.) (Fn. 18), Rn. 10; *Steinmeyer*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.) (Fn. 21), Rn. 10; *Epiney*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 45 AEUV, Rn. 10; *Fuchs/Marhold* (Fn. 21), 55, 57.

23 EuGH, Urt. v. 3.7.1986, Lawrie-Blum, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 16 f.; Urt. v. 23.3.2004, Collins, C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172, Rn. 26; Urt. v. 7.9.2004, Trojani, C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488, Rn. 15; *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 11), Rn. 18; *Hohenstatt*, in: Scholz, (Fn. 9), Rn. 286 ff.

24 EuGH, Urt. v. 11.11.2000, Danosa, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674; vgl. *Junker*, EuZA 2016 (Fn. 1), 198 f.; *Preis/Sagan*, ZGR 2013 (Fn. 1), 33 ff.; Schubert, Arbeitnehmerschutz für GmbH-Geschäftsführer, ZESAR 2013, 5, 7 ff.

25 EuGH, Urt. v. 11.11.2000, Danosa, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 39.

26 Richtlinie 92/85/EWG des Rates v. 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. Nr. L 348, 28.11.1992, 1 ff.

27 EuGH, Urt. v. 11.11.2000, Danosa, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 39, 56.

oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft“ ausgetauscht wurde. Für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts sei es ohne Bedeutung, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis ‚sui generis‘ sei. Sofern eine Person die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs i.S.d. Art. 45 AEUV erfülle, sei die Art der Rechtsbeziehung ohne Bedeutung. Auch die formale Einstufung als Selbständiger nach nationalem Recht schließe es nicht aus, dass eine Person als Arbeitnehmer i.S.d. RL 92/85/EWG einzustufen sei, wenn ihre Selbständigkeit nur fiktiv sei und damit ein Arbeitsverhältnis verschleierte.²⁸ So könne auch die Eigenschaft als Mitglied einer Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft nicht ausschließen, dass sich dieses in einem Unterordnungsverhältnis und somit in einem Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft befinde.²⁹

Im Hinblick auf die RL 1998/59/EG³⁰ entschied der EuGH in seinem *Balkaya*-Judikat³¹ zum autonom zu bestimmenden Arbeitnehmerbegriff der RL 1998/59/EG, den er anhand des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs i.S.d. Art. 45 AEUV auslegte,³² dass auch ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH Arbeitnehmer i.S.d. RL 1998/59/EG sein könne und demzufolge bei der Berechnung der dort genannten Schwellenwerte zu berücksichtigen sei.³³ Er schloss sich dabei den Kernaussagen seiner *Danosa*-Entscheidung an.³⁴ Dass der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers nach deutscher Rechtsprechung kein Arbeitsvertrag sei, sei unbeachtlich. Denn die Natur des Beschäftigungsverhältnisses nach nationalem Recht sei für die Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. Unionsrechts ohne Bedeutung.³⁵ Ob ein für die Einordnung als unionsrechtlicher Arbeitnehmer essentielles

28 EuGH, Urt. v. 11.11.2000, *Danosa*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 39 ff.

29 EuGH, Urt. v. 11.11.2000, *Danosa*, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674, Rn. 47.

30 Richtlinie 98/59/EG des Rates v. 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen, Abl. Nr. L 225 v. 12.8.1998, 16 ff.

31 EuGH, Urt. v. 9.7.2015, *Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; vgl. *Junker*, EuZA 2016 (Fn. 1), 199 f.; *Hohenstatt/Naber*, Organmitglieder und Massenentlassungen – Die *Balkaya*-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, EuZA 2016, 22 ff.; *Naber/Sittard*, in: *Preis/Sagan* (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Köln 2019, § 14, Rn. 14.20 ff.

32 EuGH, Urt. v. 9.7.2015, *Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, Rn. 33.

33 EuGH, Urt. v. 9.7.2015, *Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, Rn. 43.

34 EuGH, Urt. v. 9.7.2015, *Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, Rn. 34 ff.

35 EuGH, Urt. v. 9.7.2015, *Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, Rn. 35.

Unterordnungsverhältnis bestehe, sei anhand aller Umstände des Einzelfalls zu bewerten.³⁶

Zur VO (EG) Nr. 44/2001³⁷ entschied der EuGH in seinem Holterman-Judikat³⁸, dass auch ein Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne beherrschenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung unionsrechtlicher Arbeitnehmer sein könne. Um die volle Wirksamkeit dieser Verordnung zu gewährleisten, seien die darin enthaltenen Rechtsbegriffe in autonomer Weise auszulegen.³⁹ Auch hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs dieser Verordnung knüpft der EuGH an den Arbeitnehmerbegriff i.S.d. Art. 45 AEUV an.⁴⁰ Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Geschäftsführers sei zu prüfen, inwieweit diese den Geschäftsführer in die Lage versetze, auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Sei diese Einflussmöglichkeit „nicht unerheblich“, so „läge kein weisungsgebundenes Unterordnungsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Arbeitnehmerbegriff vor“.⁴¹

Aufgrund dessen kann mittlerweile von einer gefestigten Rechtsprechung des EuGH ausgegangen werden, dass der Fremdgeschäftsführer mangels Beteiligung an der GmbH und somit mangels bestimmenden Einflusses auf die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung i.S.d. Art. 45 AEUV unionsrechtlicher Arbeitnehmer in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH ist. Nichts anderes gilt für den Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne bestimmenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung. Da seine Einflussmöglichkeit auf die GmbH nicht erheblich ist, ist auch er im Sinne der Rechtsprechung des EuGH nach Art. 45 AEUV unionsrechtlicher Arbeitnehmer in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH.⁴²

Wenn im Nachfolgenden von dem Geschäftsführer als unionsrechtlichem Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV die Rede ist, der in einem weisungsgebundenem Unterordnungsverhältnis zur GmbH steht, so ist damit

36 EuGH, Urt. v. 9.7.2015, Balkaya, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455, Rn. 37.

37 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates v. 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl. Nr. L 12 v. 16.1.2001, 1 ff.

38 EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Holterman, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574; vgl. *Junker*, EuZA 2016 (Fn. 1), 200.

39 EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Holterman, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 37.

40 EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Holterman, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 41 f.

41 EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Holterman, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 47.

42 EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Holterman, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 47.

sowohl der Fremdgeschäftsführer als auch der Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne bestimmenden bzw. beherrschenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und deren Willensbildung gemeint.

III. Diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz des behinderten Geschäftsführers nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG

Spätestens seit den Danosa-, Balkaya- und Holtermann-Judikaten des EUGH kann nicht mehr ernstlich in Zweifel gezogen werden, dass der i.S.d. § 1 AGG behinderte, aber nicht nach § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehinderte oder nach § 2 Abs. 3 SGB IX einem Schwerbehinderten gleichgestellte Geschäftsführer dem diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unterfällt. Jedenfalls dann, wenn ihm wegen seiner Behinderung sein Anstellungsverhältnis gekündigt wird und es sich bei ihm um einen unionsrechtlichen Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH handelt.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein solcher Geschäftsführer als unionsrechtlicher Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV schutzlos ist, wenn er nach § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehindert oder nach § 2 Abs. 3 SGB IX einem Schwerbehinderten gleichgestellt ist. Denn in diesem Fall kann er sich, was eingehend unter Ziffer IV. dargestellt wird, auf den diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 164 Abs. 2 SGB IX berufen.

1. Vorbemerkung

Das AGG dient der Umsetzung von vier EU-Richtlinien in nationales Recht, die es den Mitgliedstaaten der Europäischen Union auferlegen, den Schutz vor Diskriminierung im Bereich der Beschäftigung und Beruf hinsichtlich der in § 1 AGG genannten Merkmale zu gewährleisten. Bei diesen

43 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22 ff.

vier EU-Richtlinien handelt es sich um die RL 2000/43/EG,⁴³ die RL 2000/78/EG,⁴⁴ die RL 2002/73/EG⁴⁵ und die RL 2004/113/EG.⁴⁶

Europarechtlich determiniert sind die Bestimmungen des AGG daher unionsrechtskonform auszulegen und anzuwenden.⁴⁷ Bei der Auslegung nationaler Regelungen, die der Umsetzung von EU-Richtlinien dienen, ist stets diejenige Auslegung zu wählen, die die Ziele der jeweiligen Richtlinie am besten verwirklicht (*effet utile*).⁴⁸ Dies gilt auch für Regelungen des AGG.⁴⁹

2. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des AGG

Ob sich der Geschäftsführer auf den diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 3, 1 AGG berufen kann, hängt entscheidend davon ab, ob für ihn sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist.

a) Persönlicher Anwendungsbereich nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 AGG

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG unterfallen Arbeitnehmer dem persönlichen Schutzbereich des AGG mit der Konsequenz, dass für diese der volle Geltungs- und Schutzbereich des AGG eröffnet ist. Gemäß § 6 Abs. 3 AGG

44 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16 ff.

45 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. L 269 v. 5.10.2002, S. 15 ff.

46 Richtlinie 2004/113/EG des Rates v. 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EU Nr. L 373 v. 21.12.2004, S. 37 ff.

47 BAG, Urt. v. 29.9.2020 – 9 AZR 364/19, Rn. 63.

48 EuGH, Urt. v. 19.4.2016, Dansk Industri, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Rn. 42; Urt. v. 19.1.2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 48; Urt. v. 17.9.2002, Munoz, C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 28; BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 29.

49 *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021, Vorbemerkung AGG, Rn. 3.

hingegen gelten für Selbständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer, die Vorschriften des zweiten Abschnitts des AGG nur soweit entsprechend, wie es die Bedingungen für ihren Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie ihren beruflichen Aufstieg betrifft. Ob das AGG auf den Geschäftsführer nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG oder nach § 6 Abs. 3 AGG zur Anwendung gelangt, hängt maßgeblich davon ab, über welchen rechtlichen Status er verfügt. Die Rechtslage ist insbesondere aufgrund des Spannungsverhältnisses zwischen § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG und § 6 Abs. 3 AGG weitgehend uneinheitlich:

Für den Geschäftsführer, der bereits nach nationalem Recht Arbeitnehmer der GmbH ist, ist der persönliche Anwendungsbereich des AGG gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG eröffnet.⁵⁰ Dies betrifft zum einen den Geschäftsführer, der für das BAG und den ihm folgenden Teil der Literatur in extremen Ausnahmesituationen nach nationalem Recht Arbeitnehmer sein kann.⁵¹ Angesichts dessen, dass dies – wenn überhaupt – nur in extremen Ausnahmesituationen der Fall sein dürfte, handelt es sich hierbei wohl eher um eine theoretische Möglichkeit. Auch für die Stimmen der Mindermeinung in der Literatur, die einen Fremdgeschäftsführer bzw. einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne bestimmenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung regelmäßig als Arbeitnehmer der GmbH im Sinne des nationalen Rechts bewerten,⁵² ist ein solcher vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG umfasst. Dies bedeutet jedoch lediglich einen theoretischen Schutz, mangels Akzeptanz dieser Mindermeinung in der Rechtsprechung jedoch keinen praktischen. Lediglich in den extremen Ausnahmefällen, in denen ein solcher Geschäftsführer auch nach der Rechtsprechung des BAG und der ihm folgenden Literatur ein Arbeitnehmer i.S.d. nationalen Rechts sein kann, wäre der Weg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet.⁵³

50 *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Aufl., München 2021, § 6 AGG, Rn. 6; *Treber*, in: *KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 12. Aufl., Köln 2019, § 6 AGG, Rn. 3.

51 Vgl. II. 1. a) und b).

52 Vgl. II. 1. a).

53 Dies setzt jedoch prozessrechtlich voraus, dass für solche Geschäftsführer die Sperrwirkung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG entfällt und gemäß der sic-non-Rechtsprechung des BAG die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen im Urteilsverfahren nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG eröffnet ist, vgl. BAG, Beschl. v. 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, Rn. 11 ff. = (LS) BB 2019, 1683 m. Komm. *Haase*.

Für Vertreter der Literaturmeinung, die den Geschäftsführer regelmäßig nicht als Arbeitnehmer i.S.d. nationalen Rechts bewerten,⁵⁴ ist der Geschäftsführer konsequenterweise auch kein Arbeitnehmer i.S.d. § 6 Abs. Satz 1 Nr. 1 AGG nach nationalem Recht, da Organmitglieder von Kapitalgesellschaften typischerweise keine Arbeitnehmer seien.⁵⁵ Selbst unter Berücksichtigung des Danosa-Judikats des EuGH könne auch nicht von einem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausgegangen werden, weshalb eine Anwendung von auf Unionsrecht beruhender arbeitsrechtlicher Schutzgesetze – und hierzu zähle auch das AGG – zugunsten von Fremdgeschäftsführern oder minderheitlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern ausscheide. Aus der RL 2000/78/EG ließen sich zudem keine Anhaltspunkte dafür herleiten, dass Benachteiligungsverbote hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen auch für Fremdgeschäftsführer und minderheitlich beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer gelten sollen. So verbleibe es für Geschäftsführer lediglich bei der Geltung des AGG in dem vom nationalen Gesetzgeber durch § 6 Abs. 3 AGG bestimmten Umfang eines Diskriminierungsschutzes beim Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie beim beruflichen Aufstieg.⁵⁶

Wiederum andere Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass sich der persönliche Anwendungsbereich des AGG für den Geschäftsführer als Organmitglied über eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 6 Abs. 3 AGG eröffne. Das Tatbestandsmerkmal des Zugangs zur Erwerbstätigkeit i.S.d. § 6 Abs. 3 AGG meine beim Organmitglied auch den fortgesetzten Zugang zur Erwerbstätigkeit und damit auch die Kündigung des Anstellungsverhältnisses. Ansonsten müsse einem Bewerber, der sich auf die Position eines Geschäftsführers bewirbt, zwar ein nach dem AGG diskriminierungsfreier Zugang zur Erwerbstätigkeit als solcher gewährt werden. Nach einem solchen erfolgten Zugang zur Erwerbstätigkeit könne er dann aber gleich auch wieder ohne Diskriminierungsschutz entlassen werden, da Entlassungsbedingungen, also auch die Kündigung, gemäß dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 AGG von seinem Tatbestand nicht erfasst seien.⁵⁷ In der Literatur wird hier von einem ‚Drehtüreffekt‘ gesprochen, der sich nicht

54 Vgl. II 1. a).

55 *Altmeppen*, in: *Altmeppen* (Fn. 9), Rn. 62; *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 9), 25; *Jaeger/Steinbrück*, in: *Fleischer/Goette* (Hrsg.) (Fn. 9), Rn. 263 c m.w.N.; *Mohr*, Die Auswirkungen des arbeitsrechtlichen Verbots von Altersdiskriminierungen auf Gesellschaftsorgane, *ZHR* 178 (2014), 326, 340.

56 *Jaeger/Steinbrück*, in: *Fleischer/Goette* (Hrsg.) (Fn. 9), Rn. 263 c m.w.N.

57 *Thüsing*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., München 2018, § 2 AGG, Rn. 7.

nur auf den schuldrechtlichen Anstellungsvertrag auswirke, sondern auch auf die Bestellung zum Organ: Die Abberufung und die Kündigung des Anstellungsvertrages des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung seien zwar kontrollfrei, nicht aber die nachfolgende Entscheidung der Gesellschafterversammlung, ihn nicht neu anzustellen und als Organ zu berufen.⁵⁸

Die h. M. in der Literatur geht hingegen zu Recht davon aus, dass im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG unter Berücksichtigung der Danosa-, Balkaya- und Holtermann-Judikate des EuGH der Geschäftsführer, der unionsrechtlicher Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV sei und in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH stehe, als solcher unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG falle. Hierbei handele es sich um den Fremdgeschäftsführer und den Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne bestimmenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung mit der Konsequenz, dass das AGG auf diesen umfassend mit seinem vollen Geltungs- und Schutzbereich anwendbar sei.⁵⁹ Dies gelte jedoch nicht für den Gesellschafter-Geschäftsführer, dem ein beherrschender Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und deren

58 Vgl. *Mohr/Bourazeri*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des AGG, NZA 2019, 870, 872.

59 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.) (Fn. 9), Rn. 46; *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbH-Gesetz, 20. Aufl., Köln 2020, § 6 GmbHG, Rn. 34; *Hohenstatt*, in: Scholz (Fn. 9), Rn. 343; *Oetker*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.) (Fn. 9), Rn. 101; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 50), Rn. 6; *Roloff*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Mießing/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, München, § 6 AGG, Rn. 9 (60. Edition, Stand 1.6.2021); *Horcher*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, München, § 6 AGG, Rn. 10, 32 (58. Edition, Stand: 1.5.2021); *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, München, 3. Aufl., München 2020, Art. 3 RL 2000/78/EG, Rn. 9; *Kort*, Sind GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder diskriminierungsschutzrechtlich Arbeitnehmer?, NZG 2013, 601, 607; *Commandeur/Kleinebrink*, Der Status des Geschäftsführers als Arbeitnehmer – Geschäftsführer als Subjekt unionsrechtlicher Schutzvorschriften, NZA-RR 2017, 449, 461; *Hohenstatt/Naber*, Diskriminierungsschutz für Organmitglieder – Konsequenzen für die Vertragsgestaltung, ZIP 2012, 1989, 1989 f.; *Lunk*, Der EuGH und die deutschen GmbH-Fremdgeschäftsführer – Auf dem Weg zum Arbeitnehmerstatus?, NZA, 2015, 917, 920; *Schubert*, ZESAR 2013 (Fn. 24), 12; *dies.*, Der Diskriminierungsschutz der Organvertreter und die Kapitalverkehrsfreiheit der Investoren im Konflikt, ZIP 2013, 289, 290 ff.; *Junker*, Auswirkungen der neueren EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, 950, 951; *Preis/Sagan*, ZGR 2013 (Fn. 1), 60 f.; für den Fremdgeschäftsführer *Treber*, in: KR (Fn. 50), Rn. 4.

Willensbildung zukomme; dieser unterfalle dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG lediglich nach § 6 Abs. 3 AGG, also beschränkt auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg.⁶⁰

Der BGH hat die Frage, ob Geschäftsführer im Wege einer europarechtskonformen Auslegung von § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG als Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden können, bis zu seiner Entscheidung vom 26.3.2019 – II ZR 244/17⁶¹ ausdrücklich offengelassen.⁶²

b) Sachlicher Anwendungsbereich nach § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 AGG

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sind Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund nach Maßgabe des AGG unzulässig in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen. § 2 Abs. 4 AGG hingegen schreibt vor, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten.

aa) Behinderung nach § 1 AGG

Der Begriff der Behinderung i.S.d. § 1 AGG wird unionsrechtlich nicht definiert.⁶³ Er ist daher unionsrechtsautonom unter Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention⁶⁴ und gemäß

60 Kort, NZG 2013, 607 (Fn. 59).

61 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 17 ff.

62 BGH, Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, Rn. 17.

63 EuGH, Urt. v. 11.4.2013, HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:222, Rn. 36; Chacon Navas Rn. 43; Grünberger/Husemann, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019, § 5 Rn. 5.91.

64 Übereinkommen der Vereinten Nationen v. 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Gesetz vom 21.12.2008, BGBl. II 2008, 1419, für Deutschland in Kraft seit dem 26.3.2009, BGBl. II 2009, 812.

der Rechtsprechung des EuGH⁶⁵ auszulegen.⁶⁶ Da im Rahmen dieser Auslegung die nationale Rechtsprechung und Literatur – methodisch ‚unsauber‘⁶⁷ – auf § 2 Abs. 1 SGB IX und § 3 BGG abstellen, ist nach wie vor nicht vollkommen geklärt, was unter einer ‚Behinderung‘ i.S.d. § 1 AGG zu verstehen ist.⁶⁸

Ungeachtet dessen besteht doch wenigstens dahingehend Einigkeit, dass vom AGG jedenfalls nicht nur schwerbehinderte Personen i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB IX oder diesen gleichgestellte Personen i.S.d. § 2 Abs. 3 SGB IX geschützt werden, sondern alle behinderten Personen.⁶⁹ Diese Ausweitung sei durch das unionsrechtliche Begriffsverständnis gefordert, da der RL 2000/78/EG zufolge eine so hohe Erheblichkeitsschwelle wie die der Schwerbehinderung nicht akzeptabel wäre.⁷⁰ So fordert auch der EuGH zu

65 Der EuGH versteht unter dem Begriff der Behinderung i.S.d. der RL 2000/78/EG, dass er eine Einschränkung erfasse, die u. a. auf langfristige physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sei, die den betreffenden in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, vgl. EuGH, Urt. v. 11.4.2013, HK Danmark, C-335/11, ECLI:EU:C:2013:22, Rn. 40 ff.; Urt. v. 1.12.2016, Daouidi, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917, Rn. 42; Urt. v. 9.3.2017, Milkova, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198, Rn. 36; vgl. auch BAG, Urt. v. 29.9.2020 – 9 AZR 364/19, Rn. 66.

66 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, Rn. 39 ff.; BAG, Urt. v. 29.9.2020 – 9 AZR 364/19, Rn. 66; Urt. v. 27.1.2011 – 8 AZR 580/09, Rn. 36; *Roloff*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meißling/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, München, § 1 AGG, Rn. 7 (60. Edition, Stand: 1.6.2021); *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021, § 1, Rn. 11; *Grünberger/Husemann*, in: Preis/Sagan (Hrsg.) (Fn. 63), Rn. 5. 91 ff., 5.99.

67 *Grünberger/Husemann*, in: Preis/Sagan (Hrsg.) (Fn. 63), Rn. 5.92.

68 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190712, Rn. 57 ff.; *Treber*, in: KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl., Köln 2019, § 1 AGG, Rn. 29 ff.; *Bauer/Krieger/Günther*, Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl., München 2018, § 1 AGG, Rn. 38 ff.; *Däubler*, in: Däubler/Bertzach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 1 AGG, Rn. 82 ff.; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 50), Rn. 9 ff.; *Thüsing*, in: Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2018, § 1 AGG, Rn. 44 ff.

69 BAG, Urt. v. 27.01.2011 – 8 AZR 580/09, Rn. 36; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 66), Rn. 11; *Rupp*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020, § 1 AGG Rn. 9; *Thüsing*, in: Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.) (Fn. 68), Rn. 41 ff.; *Grünberger/Husemann*, in: Preis/Sagan (Hrsg.) (Fn. 63), Rn. 5.99.

70 *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 66), Rn. 11.

Recht eine unionsrechtsautonome und einheitlich geltende Auslegung des Behinderungsbegriffs, der eine Schwelle wie die der Schwerbehinderung nicht vorsehe.⁷¹ Nach Auffassung des EuGH sei es für die Frage, ob der unionsrechtliche Begriff der Behinderung erfüllt sei, unmaßgeblich, ob der betroffene Mensch als Mensch mit Behinderung i.S.d. nationalen Rechts anerkannt sei.⁷² Auf einen Grad der Behinderung i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB IX könne es daher ebenfalls nicht ankommen, sodass der Begriff der Behinderung i.S.d. § 1 AGG auch vollkommen geringfügige Behinderungen erfasse.⁷³ Mit *Düwell* ist daher festzustellen, dass der Begriff der ‚Behinderung‘ i.S.d. § 1 AGG weiter als der Begriff der ‚Schwerbehinderung‘ i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB IX ist.⁷⁴

bb) Entlassungsbedingungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sind – Art. 3 Abs. 1 lit. c) RL 2000/78/EG folgend – Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund nach Maßgabe des AGG in Bezug auf Entlassungsbedingungen unzulässig. Nahezu unstreitig ist es, dass zu diesen Entlassungsbedingungen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG alle Formen der Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses zu zählen seien, also auch die Kündigung.⁷⁵ Vom sachlichen An-

71 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, Rn. 39 ff.; Urt. v. 18.1.2018, Ruiz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17, Rn. 32; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Fn. 66), Rn. 11; Treber (Fn. 68), Rn. 30.

72 EuGH, Urt. v. 18.1.2018, Ruiz Conejero, C-270/16, ECLI:EU:C:2018:17, Rn. 32; *Horcher*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, München, § 1 AGG, Rn. 55 (58. Edition, Stand: 01.05.2021).

73 *Bauer/Krieger/Günther* (Fn. 68), Rn. 39; *Rupp*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.) (Fn. 69), Rn. 9; *Thüsing*, Sackner/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.) (Fn. 68), Rn. 43.

74 *Düwell*, Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen der Behinderung im AGG, BB 2006, 1741, 1742; vgl. auch *Treber* (Fn. 68), Rn. 30; *Bauer/Krieger/Günther* (Fn. 69), Rn. 39; *Thüsing/Wege*, Behinderung und Krankheit bei Einstellung und Entlassung, NZA 2006, 136, 136 f.

75 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, Rn. 37; BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 15; BAG, Urt. v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, Rn. 36; Urt. v. 6.4.2011 – 7 AZR 524/09, Rn. 14; Urt. v. 17.3.2016 – 8 AZR 677/14, Rn. 26; *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 72; *Nägele*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2021, § 2 AGG, Rn. 4; *Treber*, in: KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl., Köln 2019, § 2 AGG, Rn. 3; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021, § 2 AGG, Rn. 9;

wendungsbereich des AGG seien daher nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG auch Kündigungen erfasst, die aufgrund eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligen, also auch Kündigungen, die an das verpönte Benachteiligungsmerkmal der Behinderung anknüpfen.⁷⁶ *Düwell* konstatiert daher zu Recht, dass nach dem Chacón Navas – Judikat des EuGH⁷⁷ der Geltungsbereich der RL 2000/78/EG so klar bestimmt sei, „dass kein vernünftiger Zweifel mehr an der Erfassung von Kündigungen bestehen kann, die an ein verpöntes Unterscheidungsmerkmal anknüpfen“.⁷⁸

cc) ‚Bereichsausnahme‘ nach § 2 Abs. 4 AGG

Während § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG den sachlichen Anwendungsbereich des AGG auch für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses als eine Form der in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG geregelten Entlassungsbedingungen eröffnet und somit Art. 3 Abs. 1 lit. c) RL 2000/78/EG umsetzt, schränkt der europarechtlich nicht determinierte § 2 Abs. 4 AGG als Stück der nationalen Gesetzgebung seinem ausdrücklichen Wortlaut nach dies zugleich auch wieder ein. Denn nach § 2 Abs. 4 AGG⁷⁹ gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Dieser Widerspruch hat in Rechtsprechung und Literatur „höchste Wellen der Kritik geschlagen“.^{80, 81}

Die aktuelle ‚Spannbreite‘ der nach wie vor kontrovers geführten Diskussion reicht von einer kategorischen Ablehnung des § 2 Abs. 4 AGG als

Roloff, in: Beck'scher Online-Kommentar, München, § 2 AGG, Rn. 7 (59. Edition, Stand: 1.3.2021); vgl. zu Art. 3 Abs. 1 lit. c) RL 2000/78/EG *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.) (Fn. 59), Rn. 20 f.; nur auf § 2 Abs. 4 AGG abstellend allerdings *Rupp* in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020, § 2 AGG, Rn. 6.

76 Vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, Rn. 37; *Horcher*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, München, § 2 AGG Rn. 37 (57. Edition, Stand: 1.2.2021).

77 EuGH, Urt. v. 11.7.2006, Chacón Navas, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456, Rn. 37.

78 *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 72.

79 Vgl. zur Genese von § 2 Abs. 4 AGG *Treber* (Fn. 75), Rn. 4 f. m.w.N.; *Thüsing*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Fn. 57), Rn. 14 ff. m.w.N.; *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 2 AGG, Rn. 288 ff.

80 *Mayer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2021, § 1 KSchG Rn. 146.

81 Vgl. hierzu die Darstellungen bei *Mayer*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele (Hrsg.) (Fn. 80), Rn. 146 ff. m.w.N.; *Treber* (Fn. 75) Rn. 6 ff.

,evident'⁸² europarechtswidrig, der aufgrund seines ausdrücklichen Wortlauts unionsrechtlich nicht auslegbar und daher außer Acht zu lassen sei,⁸³ bis hin zu einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG gemäß der Rechtsprechung des BAG, dem sich mittlerweile gewichtige Stimmen der Literatur angeschlossen haben.⁸⁴

Das BAG wählt den Weg einer richtlinienkonformen Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG: Bei der Prüfung von Kündigungen, die dem allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG unterfallen, seien die Diskriminierungsverbote des AGG und die in ihm vorgesehenen Rechtfertigungen für unterschiedliche Behandlungen bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des KSchG als Teil des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Weise zu beachten, dass sie Konkretisierungen des unbestimmten Rechtsbegriffs der Sozialwidrigkeit darstellten,⁸⁵ was von *Düwell* als „elegante Lösung“⁸⁶ bezeichnet wird. Für die Kündigungen hingegen, die dem allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG (noch) nicht unterfallen, weil z. B. die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG (noch) nicht erfüllt ist oder der betriebliche Geltungsbereich nach § 23 Abs. 1 KSchG (noch) nicht gegeben ist, sei mangels eines dann existierenden allgemeinen Kündigungsschutzes, das AGG mit der Konsequenz anzuwenden, dass wegen eines der Gründe i.S.d. § 1 AGG diskriminierende Kündigungen nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG, 1, 3 KSchG nichtig seien.⁸⁷ Unter dem Terminus ‚allgemeiner Kündigungsschutz‘ i.S.d. § 2 Abs. 4 AGG sei der Kündigungsschutz gemäß

82 *Nägele*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele (Hrsg.) (Fn. 75), Rn. 4.

83 *Däubler*, in: Däubler/Bertzach (Hrsg.) /Fn. 79), Rn. 292 ff.; *Nägele*, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele (Hrsg.) (Fn. 75), Rn. 6; *Sagan*, Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, 1257, 1259 f.; vgl. auch *Thüsing* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.) (Fn. 57), Rn. 17.

84 Vgl. *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 72 f.; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 75), Rn. 17 f.; *Rupp*, in: Henssler/Willemssen/Kalb (Hrsg.) (Fn. 75), Rn. 12 f.; *Rachor* in: KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl., Köln 2019, § 1 KSchG Rn. 27; vgl. aber nach wie vor die Kritik an § 2 Abs. 4 AGG, z. B. dezidiert bei *Preis*, in: Linck/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Aufl., München 2021, J. Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, Rn. 71 ff.

85 BAG, v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, 28 ff., 34 ff.; Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, Rn. 16; Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13, Rn. 57; *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 72.

86 *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 72.

87 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, Rn. 14, 22 ff.; Urt. v. 26.3.2015 – 2 AZR 237/14, Rn. 32; Urt. v. 23.7.2015 – 6 AZR 457/14, Rn. 23.

dem Ersten Abschnitt des KSchG zu verstehen. Unter ‚Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes‘ i.S.d § 2 Abs. 4 AGG seien nur solche zu verstehen, die speziell auf Kündigungen zugeschnitten seien. Auf die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB treffe dies nicht zu, da es sich bei diesen nicht um ‚Bestimmungen zum allgemeinen Kündigungsschutz‘ i.S.d § 2 Abs. 4 AGG handle.⁸⁸

3. *Diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG und die Entscheidung des BGH vom 26.3.2019 – II ZR 244/17*

Unter dem ‚Druck‘ der Danosa-, Balkaya- und Holterman-Judikate des EuGH hat der BGH in seiner Entscheidung vom 26.3.2019 – II ZR 244/17 seine bisherige Position zum rechtlichen Status des Geschäftsführers⁸⁹ teilweise aufgegeben und zum ersten Mal im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG unter Berücksichtigung des Grundsatzes des ‚effet utile‘ konstatiert, dass zumindest ein Fremdgeschäftsführer insoweit unionsrechtlich Arbeitnehmer i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG sein kann, wie der sachliche Anwendungsbereich des AGG nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet ist.⁹⁰

a) *BGH, Urteil vom 26.3.2019 – II ZR 244/17*

In dem befristet abgeschlossenen Anstellungsvertrag eines Fremdgeschäftsführers wurde vereinbart, dass jede Partei des Anstellungsvertrages das Recht habe, das Anstellungsverhältnis mit dem Eintritt des Fremdgeschäftsführers in sein 61. Lebensjahr durch eine einseitige Erklärung mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Jahres zu beenden. Eine solche Beendigung des Anstellungsverhältnisses gelte als Übergang in den Ruhestand und löse Leistungen nach den Versorgungszusagen aus. Nach mehrfacher Verlängerung seines Anstellungsvertrages wurde dem Fremdgeschäftsführer letztlich sein Anstellungsverhältnis nach Eintritt in sein 61. Lebensjahr fristgemäß gekündigt. Gegen diese Kündigung erhob der Fremdgeschäftsführer Klage. Nach seiner Ansicht knüpfe die Kündigungs-

88 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, Rn. 34.

89 Vgl. II. 1. b).

90 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17 Rn. 17 ff.

regelung in seinem Dienstvertrag an eine starre Altersgrenze und somit an das Benachteiligungsmerkmal des Alters i.S.d. § 1 AGG an, weshalb er durch die Kündigung wegen seines Alters benachteiligt worden sei. Rechtfertigungsgründe seien nicht gegeben.⁹¹ Die Klage blieb in den Vorinstanzen erfolglos.

Der BGH hält sowohl den sachlichen als auch den persönlichen Anwendungsbereich des AGG für gegeben. Die Möglichkeit, das Dienstverhältnis mit Eintritt in das 61. Lebensjahr durch eine einseitige Erklärung mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Jahres beenden zu können, sei eine Entlassungsbedingung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Die Bereichsausnahme nach § 2 Abs. 4 AGG gelange nicht zur Anwendung, da für den Fremdgeschäftsführer der allgemeine Kündigungsschutz des KSchG nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG keine Anwendung finde.⁹² Was den persönlichen Anwendungsbereich anbelangt, so konstatiert der BGH zunächst, dass dieser nicht bereits nach § 6 Abs. 3 AGG eröffnet sei, auch nicht im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung, dass unter ‚Zugang zur Erwerbstätigkeit‘ auch die Kündigung zu verstehen sei. § 6 Abs. 3 AGG regle lediglich den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg für Selbständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer und Vorstände, nicht aber Entlassungsbedingungen.⁹³ Der Fremdgeschäftsführer sei bei unionsrechtskonformer Auslegung jedenfalls insoweit als Arbeitnehmer i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wie bei einer Kündigung seines Anstellungsvertrages der sachliche Anwendungsbereich des AGG nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet sei.⁹⁴ Bei der Auslegung nationaler Regelungen, die der Umsetzung von EU-Richtlinien dienen, sei stets diejenige Auslegung zu wählen, die die Ziele der Richtlinie am besten verwirkliche (‘effet utile’).⁹⁵ Da Art. 3 Abs. 1 lit. c) RL 2000/78/EG den Arbeitnehmer vor diskriminierenden Entlassungsbedingungen als Teil der Arbeitsbedingungen schützen wolle, das AGG die RL 2000/78/EG insoweit inhaltsgleich umgesetzt habe und sie nicht auf den Arbeitnehmerbegriff des nationalen Rechts verweise, sei der Begriff des Arbeitnehmers in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG unter Berücksichtigung der Danosa-, Balkaya- und

91 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 1 ff.

92 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 15 f.

93 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 18 ff.

94 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 22 ff.

95 EuGH, Urt. v. 19.4.2016, Dansk Industri, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Rn. 42; Urt. v. 19.1.2010, Küçükdeveci, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 48; Urt. 17.9.2002, Munoz, C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497, Rn. 28; BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 29.

Holterman-Judikate des EuGH auszulegen.⁹⁶ Eine solche Auslegung sei im Lichte dieser Judikate in einer Weise geklärt, die keinen vernünftigen Zweifel offenlasse (*‘acte éclairé’*).⁹⁷ Dies ändere jedoch nichts daran, dass dann, wenn der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff nicht zur Anwendung gelange, es beim nationalen Arbeitnehmerbegriff verbleibe, nach dem ein Geschäftsführer regelmäßig kein Arbeitnehmer der GmbH sei.⁹⁸

b) Eigener Ansatz

Wird einem i.S.d. § 1 AGG behinderten Geschäftsführer sein Anstellungsverhältnis wegen seiner Behinderung gekündigt, so kann er sich auf den diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG berufen, jedenfalls dann, wenn es sich bei ihm um einen unionsrechtlichen Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV handelt, der in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH steht.

aa) Persönlicher Anwendungsbereich des AGG nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG

Mit der h. M. in der Literatur⁹⁹ und unter Berücksichtigung der Danosa-, Balkaya- und Holterman-Judikate des EuGH ist festzuhalten: Bei unionsrechtskonformer Auslegung des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG nach dem Grundsatz des *‘effet utile’* sind Geschäftsführer dann als Arbeitnehmer vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG umfasst, wenn sie unionsrechtliche Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV sind und sich in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH befinden. Sind sie das aber, so gelangen sie in den Genuss des vollen Geltungs- und Schutzbereichs des AGG, also auch hinsichtlich eines diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutzes.

Dies findet seine Grenze erst dann, wenn es sich bei dem Geschäftsführer um einen Gesellschafter mit bestimmendem bzw. beherrschendem Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung han-

96 BGH, Urt. v. 26.3.2029 – II ZR 244/17, Rn. 25.

97 BGH, Urt. v. 26.3.2029 – II ZR 244/17, Rn. 24.

98 BGH, Urt. v. 26.3.2029 – II ZR 244/17, Rn. 27; vgl. II. 1. b).

99 Vgl. III. 2. a), Fn. 59 f.

delt. Dies sind in der Regel Mehrheitsgesellschafter¹⁰⁰ oder aber Minderheitsgesellschafter mit einer entsprechenden Sperrminorität. Denn ist in solchen Fällen die Einflussmöglichkeit auf die Gesellschafterversammlung nicht unerheblich, liegt kein Unterordnungsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff vor,¹⁰¹ sodass solche Gesellschafter-Geschäftsführer auch über keinen Status eines unionsrechtlichen Arbeitnehmers verfügen. Diesen Status benötigen sie auch nicht, da sie gegen ihren Willen weder abberufen noch ihre Anstellungsverhältnisse gekündigt werden können.¹⁰²

Der BGH hat sich zumindest für den Fremdgeschäftsführer dieser h. M. in der Literatur angeschlossen. Er geht zutreffend davon aus, dass § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG europarechtlich determiniert ist und der Umsetzung von 2000/78/EG dient, die keinen Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff enthalte.¹⁰³ Unter Berücksichtigung des Grundsatzes des ‚effet utile‘ legt der BGH § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG unionsrechtlich dahingehend aus, dass unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff zumindest der Fremdgeschäftsführer insoweit unionsrechtlicher Arbeitnehmer i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG ist, wie der sachliche Anwendungsbereich des AGG über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet ist.¹⁰⁴ Es ist zu begrüßen, dass der BGH wenigstens in dieser Hinsicht Klarheit geschaffen hat. Angesichts dessen kann die in der Literatur vertretene Mindermeinung, dass der Geschäftsführer typischerweise kein Arbeitnehmer sei und auch unter Berücksichtigung des Danosa-Judikats des EuGH nicht von einem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ausgegangen werden könne, zumindest für den Fremdgeschäftsführer keinerlei Bestand mehr haben: Die Vertreter dieser Meinung¹⁰⁵ stehen immer mehr auf ‚verlorenem Posten‘.

Ansonsten konnte sich der BGH zu ‚mehr‘ nicht durchringen, also auch nicht dazu, ob der persönliche Anwendungsbereich des AGG nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG auch für einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne bestimmenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung eröffnet ist, oder ob über den sachlichen Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG hinaus auch der volle Geltungs- und Schutzbereich des AGG auf den Geschäftsführer zur Anwen-

100 BAG, Urt. v. 17.1.2017 – 9 AZR 76/16, Rn. 22.

101 EuGH, Urt. v. 10.9.2015, Holtermann, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574, Rn. 47.

102 Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.) (Fn. 59) Rn. 9.

103 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 25 ff.

104 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 30 ff.

105 Vgl. III. 2. a).

dung gelangen soll. Zugegeben: Der BGH musste dies auch nicht entscheiden, da der seiner Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt hierfür keine Veranlassung bot. Der BGH hat sich nur soweit ‚vorgewagt‘, wie es für die Entscheidung unbedingt notwendig gewesen ist. Im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit wäre jedoch ein entsprechendes obiter dictum oder eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV zu begrüßen gewesen, wie sie von Stimmen in der Literatur zu Recht verlangt wird.¹⁰⁶ Ob, wie der BGH es formuliert, die Voraussetzungen eines ‚acte éclairé‘ gegeben sind,¹⁰⁷ darf in Ermangelung eines einschlägigen Judikats des EuGH zum Recht gegen Diskriminierungen im Allgemeinen und zur RL 2000/78/EG im Besonderen bezweifelt werden.¹⁰⁸

Einer Klärung, ob der persönliche Anwendungsbereich des AGG ggf. (auch) über § 6 Abs. 3 AGG eröffnet sein könnte, bedarf es daher nicht mehr. So ist auch die – ansonsten zutreffende – methodische Argumentation des BGH zur Unanwendbarkeit von § 6 Abs. 3 AGG aufgrund der Unzulässigkeit einer Gesetzesauslegung gegen seinen Wortlaut und gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers entbehrlich.¹⁰⁹ Denn soweit Geschäftsführer unionsrechtliche Arbeitnehmer in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH sind, werden sie ohnehin vom persönlichen Anwendungsbereich des AGG nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG mit der Konsequenz erfasst, dass der volle Geltungs- und Schutzbereich des AGG auf diese zur Anwendung gelangt. Sind sie dies als die Gesellschafterversammlung und deren Willensbildung beherrschende Gesellschafter hingegen nicht, so liegt bereits keine arbeitsrechtliche Streitigkeit vor.¹¹⁰ Für diese verbleibt es beim persönlichen Anwendungsbereich des AGG nach § 6 Abs. 3 AGG.

So kommt es auch nicht auf den ‚Drehtüreffekt‘ an, der von einem Teil der Literatur als Argument für die Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs des AGG auf Geschäftsführer über § 6 Abs. 3 AGG ins Feld geführt wird.¹¹¹ Zum einen kommt dieser ‚Drehtüreffekt‘ für die Ge-

106 *Mohr/Bourazeri* (Fn. 58), 875.

107 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 24.

108 *Mohr/Bourazeri*, (Fn. 58), 875 (zu den Voraussetzungen eines ‚acte éclairé‘ vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.1982, C.I.L.F.I.T., C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 13 f.). So verweigen, um von einem Fall eines ‚acte clair‘ auszugehen, war der BGH jedenfalls nicht (zu den Voraussetzungen eines ‚acte clair‘ vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.1982, C.I.L.F.I.T., C-283/81, ECLI:EU:C:1981:335, Rn. 16).

109 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 20 f.

110 *Roloff* in: Rolf/Giesen/Kreikebohm/Mießling/Udsching (Hrsg.) (Fn. 59), Rn. 7.

111 *Thüsing*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.) (Fn. 57), Rn. 7.

schäftsführer nicht in Betracht, die als unionsrechtliche Arbeitnehmer in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH stehen. Denn auf sie ist der persönliche Anwendungsbereich des AGG und damit sein voller Geltungs- und Schutzbereich bereits über § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG eröffnet. Zum anderen bleiben für den ‚Drehtüreffekt‘ dann nur noch die Geschäftsführer ‚übrig‘, die keine unionsrechtlichen Arbeitnehmer in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis sind, also die die Gesellschafterversammlung und deren Willensbildung beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer. Diese befinden sich aber ebenfalls nicht in der befürchteten ‚Drehtür‘. Für diese ist der persönliche Anwendungsbereich des AGG nur in dem von § 6 Abs. 3 AGG geregelten Umfang eröffnet, also u. a. für den Zugang zur Erwerbstätigkeit. Dies ist durchaus auch nachvollziehbar, da diese im Zeitpunkt des Zugangs zur Erwerbstätigkeit, also im Zeitpunkt ihrer Bewerbung (vgl. für den Arbeitnehmer § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG), ansonsten diskriminierungsrechtlich schutzlos wären. Ist der Zugang aber geglückt, so dreht sich die ‚Drehtür‘ für sie – gegen ihren Willen – nicht weiter. Sind sie erst einmal als ein die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung beherrschender bzw. bestimmender Gesellschafter-Geschäftsführer ‚drin‘, so sind sie aufgrund ihrer die Gesellschafterversammlung beherrschenden Position keine diskriminierungsrechtlich zu schützenden unionsrechtlichen Arbeitnehmer in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH. Denn gegen ihren Willen können sie weder abberufen noch kann ihr Anstellungsverhältnis gekündigt werden.¹¹²

bb) Sachlicher Anwendungsbereich des AGG nach § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 AGG

Für den behinderten Geschäftsführer, der als unionsrechtlicher Arbeitnehmer in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH steht, ist im Falle der diskriminierenden Kündigung seines Anstellungsverhältnisses wegen der Behinderung der sachliche Anwendungsbereich des AGG nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet. Auf die kontroverse Diskussion um § 2 Abs. 4 AGG und seine Unionsrechtskonformität kommt es nicht an. Denn ein diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG steht ihm auch bei Anwendbarkeit von § 2 Abs. 4 AGG zu.

112 Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Art. 3 RL 2000/78/EG, Rn. 9.

(1) Der Geschäftsführer und der allgemeine Kündigungsschutz nach dem KSchG

Die Anwendung des AGG und damit des diskriminierungsrechtlichen Kündigungsschutzes auf eine den Geschäftsführer aus Gründen des § 1 AGG diskriminierende Kündigung wird, was den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG anbelangt, durch § 2 Abs. 4 AGG nicht ausgeschlossen.¹¹³ Denn nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG gelten die Vorschriften des ‚Ersten Abschnitts‘ des KSchG, die dem ‚Allgemeinen Kündigungsschutz‘ dienen, nicht für Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung juristischer Personen berufen ist. Der im ‚Ersten Abschnitt‘ des KSchG geregelte ‚Allgemeine Kündigungsschutz‘ ist europarechtlich nicht determiniert. Dieser Ausschluss vom ‚Allgemeinen Kündigungsschutz‘ alleine aufgrund der Organstellung und unabhängig davon, ob das zugrundeliegende Anstellungsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist, verstößt daher nicht gegen europäisches Recht und auch nicht gegen Verfassungsrecht.¹¹⁴ Dies gilt mithin auch für den Geschäftsführer, der nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die GmbH gerichtlich und außergerichtlich vertritt.¹¹⁵

(2) Der nach § 1 AGG behinderte, aber nicht schwerbehinderte oder einem solchen gleichgestellte Geschäftsführer

Wird dem i.S.d. § 1 AGG behinderten, aber nicht nach § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehinderten oder einem solchen nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellten Geschäftsführer sein Anstellungsverhältnis diskriminierend wegen der Behinderung gekündigt, so findet § 2 Abs. 4 AGG mangels eines besonderen Kündigungsschutzes ebenfalls keine Anwendung. Auch in diesem

113 BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 16.

114 BAG, Urt. v. 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, Rn. 11 ff., 24; BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 16; *Kiel*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München, 21. Aufl., 2021, § 14 KSchG Rn. 2; *Biebl*, in: Linck/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Aufl., 2021, § 14 KSchG Rn. 5; *Hergenröder*, in: Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 8. Aufl., 2020, § 14 KSchG Rn. 5.

115 BAG, Urt. v. 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, Rn. 11 ff.; BGH, Urt. v. 26.3.2019 – II ZR 244/17, Rn. 16; *Kiel*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 114), Rn. 3; *Biebl*, in: Linck/Preis/Schmidt (Hrsg.) (Fn. 114), Rn. 5; *Hergenröder*, in: Sacker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.) (Fn. 114), Rn. 6.

Fall verbleibt es bei der Anwendung des AGG und somit beim Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG. Denn eine solche Behinderung unterfällt nicht dem besonderen Kündigungsschutz des SGB IX.¹¹⁶

cc) Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung nach § 7 Abs. 1 AGG, §§ 1, 3 AGG

§ 7 Abs. 1 AGG ist zentrale Verbotsvorschrift des AGG wegen sämtlicher verpönte Benachteiligungsmerkmale i.S.d. § 1 AGG.¹¹⁷ Wird gegen § 7 Abs. 1 AGG als der zentralen Verbotsnorm des AGG verstoßen, so ist die Rechtsfolge nach § 134 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.¹¹⁸ Erhält mithin ein behinderter Geschäftsführer die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses und wird er aufgrund dessen wegen seiner Behinderung benachteiligt, so verstößt diese Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft gegen das Verbotsgesetz nach § 7 Abs. 1 AGG und ist damit nach § 134 BGB nichtig. So hat das BAG erkannt, dass eine Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das KSchG (noch) keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe, also auch wegen der Behinderung, diskriminiert, nach § 134 BGB i.V.m. §§ 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG nichtig ist. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen. Für den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG und außerhalb des § 168 SGB IX ist die Diskussion um die ‚Bereichsausnahme‘ nach § 2 Abs. 4 AGG daher durch das BAG gelöst.¹¹⁹

116 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, Rn. 14 für die Kündigung eines i.S.d. § 1 AGG behinderten, aber nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG.

117 Treber, in: KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl., Köln 2019, § 7 AGG, Rn. 1; Schlachter, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021, § 7 AGG, Rn. 1; Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020, § 7 AGG, Rn. 1; Thüsing, in: Sackner/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2018, § 7 AGG, Rn. 1.

118 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, Rn. 14; Treber (Fn. 117), Rn. 4; Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020, § 7 AGG, Rn. 1.

119 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, Rn. 14; vgl. auch Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 73, 81.

IV. Diskriminierungsrechtlicher Kündigungsschutz des schwerbehinderten oder einem solchen gleichgestellten Geschäftsführers nach § 134 BGB i.V.m. § 164 Abs. 2 SGB IX

Es ist ein Verdienst von *Düwell*, schon früh herausgearbeitet zu haben, dass neben dem Diskriminierungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG für behinderte Arbeitnehmer zusätzlich als *lex specialis* für schwerbehinderte Beschäftigte auch noch das Diskriminierungsverbot nach § 164 Abs. 2 SGB IX existiert.¹²⁰ Nach § 151 Abs. 1 SGB IX gilt dieses auch für Gleichgestellte i.S.d. § 2 Abs. 3 SGB IX. Der persönliche Anwendungsbereich des § 164 Abs. 2 SGB IX ist jedoch nur für diesen Personenkreis eröffnet, nicht aber auch für behinderte Menschen nach § 2 Abs. 1 SGB IX.¹²¹ Für Letztere verbleibt es bei § 7 AGG.

Nach § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX dürfen Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung, also ihrer Schwerbehinderung benachteiligen. § 164 Abs. 2 Satz 2 SGB IX bestimmt, dass im Einzelnen hierzu die Regelungen des AGG gelten. Wird wegen der Schwerbehinderung diskriminierend gekündigt, so ist diese nach § 134 BGB i.V.m. § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nichtig.¹²² *Düwell* hält die Unterscheidung zwischen § 7 Abs. 1 AGG und § 164 Abs. 2 SGB IX zu Recht auch nicht „für graue Theorie“. ¹²³ Exemplarisch stellt er diesbezüglich diskriminierende Kündigungen von schwerbehinderten Arbeitnehmern heraus, die aus zusätzliche Kosten auslösenden Gründen erfolgen, so z. B. wegen Ansprüchen auf einen behinderungsgerechten Arbeitsplatz nach § 164 Abs. 4 SGB IX oder auf Zusatzurlaub nach § 208 SGB IX.¹²⁴ Durch die Einführung des AGG ist § 164 Abs. 2 SGB IX auch nicht obsolet geworden. Vielmehr wurde § 164 Abs. 2 SGB IX ausdrücklich beibehalten, um spezifisch behindertenrechtliche Regelungen, wie z. B. für die Verbandsklage nach

120 *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 82; *ders.*, Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, 1741, 1741; *ders.*, Das AGG – ein neuer Versuch der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien in das Arbeitsrecht, jurisPR-ArbR 28/2006 Anm. 7.

121 *Spiolek*, in: Großmann/Schimanski/Spiolek (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen (GK-SGB IX), Köln, § 164 SGB IX, Rn. 16, 209 (Ergänzungslieferung Nr. 94 Mai 2018); *Düwell* (Fn. 120), 1741.

122 *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 82; *Spiolek*, in: Großmann/Schimanski/Spiolek (Hrsg.) (Fn. 121), Rn. 212.

123 *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 82.

124 *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 82.

§ 85 SGB IX, auch in Diskriminierungsfällen zur Anwendung gelangen zu lassen.¹²⁵

Mit der gleichen Begründung wie für die Anwendbarkeit der §§ 168, 174 SGB IX auf den schwerbehinderten oder einem solchen gleichgestellten Geschäftsführer¹²⁶ lässt sich ebenso auch die Anwendbarkeit von § 164 Abs. 2 SGB IX auf diesen begründen, jedenfalls sofern er ein unionsrechtlicher Arbeitnehmer nach Art. 45 AEUV ist, der in einem weisungsgebundenen Unterordnungsverhältnis zur GmbH steht. Als unionsrechtlicher Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV ist er einem schwerbehinderten Arbeitnehmer i.S.d. nationalen Rechts vergleichbar, weshalb nach Art. 20, 21, 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh i.V.m. Art. 27 Abs. 1 UN-BRK auch ein solcher Geschäftsführer unter den Schutz des § 164 Abs. 2 SGB IX fällt.

Ist die Behinderung eines solchen Geschäftsführers eine Schwerbehinderung nach § 2 Abs. 2 SGB IX oder ist er nach § 2 Abs. 3 SGB IX einem Schwerbehinderten gleichgestellt, so gilt:

Wird dem Geschäftsführer sein Anstellungsverhältnis ‚wegen seiner Behinderung als solcher‘, nicht aber ‚wegen seiner Schwerbehinderung‘ oder ‚wegen seiner Gleichstellung‘ diskriminierend gekündigt, so verbleibt es dabei, dass § 2 Abs. 4 AGG keine Anwendung findet und die diskriminierende Kündigung nach Maßgabe des AGG zu bewerten ist.¹²⁷ Sie wäre dann nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG nichtig.

Wird dem Geschäftsführer sein Anstellungsverhältnis hingegen ‚wegen seiner Schwerbehinderung‘ oder ‚wegen seiner Gleichstellung‘ diskriminierend gekündigt, so kommt nicht § 7 Abs. 1 AGG als Benachteiligungsverbot in Betracht, sondern § 164 Abs. 2 SGB IX, wonach schwerbehinderte Geschäftsführer wegen ihrer Schwerbehinderung nicht benachteiligt werden dürfen, ihre Anstellungsverhältnisse also auch nicht diskriminierend gekündigt werden dürfen. Eine solche Kündigung wäre nach § 134 BGB i.V.m. § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nichtig, ohne dass es auf § 2 Abs. 4 AGG ankäme. Ein Nachteil entsteht dem Geschäftsführer hierdurch nicht, da § 164 Abs. 2 Satz 2 SGB IX auf die Regelungen des AGG verweist, so z. B. auch auf § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG sowie § 22 AGG.

125 *Kohte*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl., München 2019, § 164 SGB IX, Rn. 28; *Greiner*, in: Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, 14. Aufl., München 2020, § 164 SGB IX, Rn. 30; *Düwell* (Fn. 120), 1745.

126 *Hasse* (Fn. 5), 986 f.

127 Vgl. für schwerbehinderte oder solchen gleichgestellte Arbeitnehmer *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen/Luik (Hrsg.) (Fn. 5), Rn. 82.

V. Ergebnis

Was den rechtlichen Status des Geschäftsführers und die von ihm abhängenden Arbeitnehmerschutzvorschriften anbelangt, haben in den zurückliegenden Jahrzehnten der EuGH, der BGH, das BAG und Stimmen aus der Literatur zusammen als ‚Sparringspartner‘ im Rahmen einer intensiv und kontrovers geführten Diskussion versucht, sukzessive Klarheit zu schaffen. Die Diskussion dauert an. Einiges ist geschafft. Vieles ist noch zu schaffen.

Dieser Beitrag will einen weiteren Teil zu dieser Diskussion beitragen. Sein Ergebnis lässt sich mit folgender These zusammenfassen: Der (schwer-) behinderte Geschäftsführer, der aufgrund fehlender oder nur zu geringer Beteiligung an der GmbH keinen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschafterversammlung und ihre Willensbildung hat, ist im Fall einer diskriminierenden Kündigung seines Anstellungsverhältnisses wegen seiner (Schwer-) Behinderung nicht schutzlos. Ist er i.S.d. § 1 AGG behindert, aber nicht nach § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehindert oder nach § 2 Abs. 3 SGB IX einem Schwerbehinderten gleichgestellt, so richtet sich der diskriminierungsrechtliche Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG. Gleiches gilt für den Fall, dass er zwar schwerbehindert oder einem Schwerbehinderten gleichgestellt ist, ihm jedoch die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses nicht ‚wegen seiner Schwerbehinderung‘ oder ‚wegen seiner Gleichstellung‘ erklärt wird. Ist er hingegen schwerbehindert oder einem Schwerbehinderten gleichgestellt und wird sein Anstellungsverhältnis ‚wegen seiner Schwerbehinderung‘ oder ‚wegen seiner Gleichstellung‘ gekündigt, so richtet sich der diskriminierungsrechtliche Kündigungsschutz nach § 134 BGB i.V.m. § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.

Aufgrund der europarechtlichen Determinierung des AGG wird auch hier jedoch letztlich nur der EuGH im Rahmen (sicherlich nicht nur) einer Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV verbindlich Klarheit schaffen können.