

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 507

# Der Beschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers

Von

Lisa Staben



Duncker & Humblot · Berlin

LISA STABEN

Der Beschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 507

# Der Beschäftigungsanspruch des GmbH-Geschäftsführers

Von

Lisa Staben



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin  
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-15998-7 (Print)

ISBN 978-3-428-55998-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Gerichtliche Entscheidungen sowie Literatur sind bis Oktober 2018 umfassend berücksichtigt und wurden vereinzelt noch bis einschließlich Januar 2020 aufgenommen.

Mein herzlicher Dank für die Betreuung der Arbeit gilt Professor Dr. Lena Rudkowski. Sie stand mir bei Bedarf stets mit Rat und Tat zur Seite und ließ mir ansonsten bei der Ausarbeitung alle nötigen Freiräume. Professor Dr. Olaf Muthorst danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Die Anfertigung der Arbeit wurde unterstützt durch ein Elsa-Neumann-Promotionsstipendium des Landes Berlin, welches mir ermöglichte, mich zeitweise ausschließlich der Dissertation zu widmen. Der Druck dieser Arbeit wurde dankenswerterweise durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss der Ernst-Reuter-Gesellschaft der Freunde, Förderer & Ehemaligen der Freien Universität Berlin e. V. ermöglicht.

Bei meiner Familie und meinen Freunden bedanke ich mich sehr für die persönliche Anteilnahme und Begleitung in dieser Zeit. Mein größter Dank gilt meinem Mann Julian Staben für seine immerwährende Motivation und Unterstützung, nicht nur während dieses Projekts.

Hamburg, im April 2020

*Lisa Staben*



# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einleitung .....</b>	15
<b>§ 2 Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Grundlegungen und der Bedarf einer neuen Grundkonzeption .....</b>	20
A. Der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch im deutschen Recht .....	20
I. Anspruchs Inhalt .....	20
II. Historische Entwicklung .....	21
III. Herleitung und Begründung .....	24
1. Materiell-rechtliche Legitimation .....	24
a) Grundrechte des Arbeitnehmers .....	24
aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Menschenwürde .....	24
bb) Grundrechte als Grundsatznormen der gesamten Rechtsordnung .....	28
b) Alternative Legitimationsansätze .....	30
2. Besondere Interessenlage im Arbeitsverhältnis .....	31
a) Sozial-faktische Übermacht des Arbeitgebers .....	32
b) Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, Fürsorge- bzw. Treue- und Föderpflicht .....	32
IV. Systematische Einordnung .....	34
1. Tatsächliche Beschäftigung als Ziel eines vertraglichen Anspruchs des Arbeitnehmers .....	34
2. Anspruchsvoraussetzungen .....	34
a) Bestehendes Arbeitsverhältnis .....	34
b) Überwiegen des Beschäftigungsinteresses .....	35
3. Durchsetzung .....	36
V. Zwischenergebnis .....	36
B. Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers .....	37
I. Geteilte Rechtsstellung des Geschäftsführers .....	37
1. Die Organstellung .....	38
a) Bestellung .....	39
b) Organschaftliche Rechte und Pflichten .....	41
c) Abberufung .....	42
2. Das Anstellungsverhältnis .....	45
a) Abschluss und Rechtsnatur .....	45
b) Entbehrlichkeit eines Anstellungsvertrags .....	46
c) Kündigung des Anstellungsvertrags .....	47

II.	Trennungsprinzip und sogenannter „Vorrang der Abberufungsfreiheit“ . . . . .	48
1.	Aussagen des Trennungsprinzips . . . . .	48
2.	Berührungspunkte von Anstellungs- und Organverhältnis . . . . .	50
3.	Vorrang des Organverhältnisses . . . . .	51
4.	Anstellungsverhältnis nicht <i>causa</i> der Bestellung . . . . .	52
III.	Grundzüge des Rechtsschutzes gegen die Abberufung . . . . .	55
1.	Differenzierung nach Art des Beschlussmangels . . . . .	55
2.	Rechtsschutz mit und ohne förmlich festgestelltes Beschlussergebnis . . . . .	57
3.	Anspruch auf Wiederbestellung bei Satzungsrecht? . . . . .	59
4.	Bestand der Organstellung während eines Rechtsstreits („Schwebezeit“) . . . . .	61
5.	Zwischenergebnis . . . . .	63
C.	Die EuGH-Rechtsprechung zum Fortbestand des Organverhältnisses . . . . .	64
I.	Das „ <i>Danosa</i> “-Urteil des EuGH . . . . .	64
1.	Aussagen des Urteils . . . . .	65
2.	Übertragbarkeit des Urteils auf die Anwendung deutscher Umsetzungskäte . . . . .	69
II.	Weitere Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung . . . . .	71
1.	Weites Verständnis der Mutterschutz-Richtlinie . . . . .	71
2.	Einbeziehung von Geschäftsführern in den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff . . . . .	71
III.	Weitere Rezeption durch die deutsche Literatur und Rechtsprechung . . . . .	73
1.	Anwendung des Mutterschutzgesetzes nur im Rahmen des Anstellungsverhältnisses . . . . .	73
2.	Ausweitung auf das Organverhältnis . . . . .	77
a)	Rechtsgrundlage . . . . .	77
b)	Abberufungsverbot . . . . .	80
c)	Schicksal der Organpflichten . . . . .	81
3.	Fortentwicklung in anderen Anwendungsfeldern des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs . . . . .	84
a)	Arbeitsschutzrecht und Elternurlaub . . . . .	84
b)	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz . . . . .	85
aa)	Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich für Organwalter . . . . .	85
bb)	Wirkungen im Organverhältnis . . . . .	88
D.	Bedürfnis für ein neues Gesamtkonzept des Beschäftigungsanspruchs des Geschäftsführers . . . . .	90
I.	Systematische Bedenken gegen die Ausweitung von Arbeitnehmerschutzgesetzen auf die Organstellung . . . . .	91
1.	Zuschnitt der Richtlinievorgaben . . . . .	91
2.	Infiniter Zirkel von Tatbestand und Rechtsfolge . . . . .	92

	Inhaltsverzeichnis	9
3. Rechtsgebietskonkurrenz .....	93	
II. Gesellschaftsrechtliche Organisationsbedenken .....	93	
III. Art und Weise der Rechtsdurchsetzung ungeklärt .....	95	
IV. Einordnung in den Gesamtzusammenhang der Beschäftigungsproblematik .....	95	
1. Abstraktion von europarechtlich determinierten Schutzgesetzen .....	95	
2. Beschäftigungsinteresse als Kern des Rechtskonflikts .....	96	
3. Notwendigkeit des Ausgleichs verfassungsmäßig geschützter Rechte .....	97	
4. Anlehnung an den arbeitsrechtlichen Beschäftigungsanspruch .....	99	
<b>§ 3 Grundrechtliche Analyse des Konflikts zwischen Geschäftsführer und Gesellschaftern .....</b>	<b>101</b>	
A. Die Beschäftigung des Geschäftsführers als Verwirklichung von Freiheitsgrundrechten .....	101	
I. Das Organverhältnis als Beschäftigungsverhältnis .....	101	
II. Unterscheidung von materiellem und ideellem Beschäftigungsinteresse .....	103	
B. Relevanz von Beschäftigung aus soziologischer und psychologischer Perspektive .....	105	
I. Begriffsabgrenzungen .....	105	
II. Beschäftigung aus individueller und gesellschaftlicher Perspektive .....	106	
1. Bewertung von Beschäftigung für die eigene Persönlichkeit durch den Einzelnen .....	106	
2. Bewertung von Beschäftigung durch die Gesellschaft .....	109	
III. Fazit: Geltungsanspruch für alle Arten von Beschäftigung .....	110	
C. Betroffene Grundrechte des Geschäftsführers .....	110	
I. Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) .....	110	
1. Begriff der Persönlichkeit .....	110	
2. Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	112	
a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht als ein Teilrecht der Entfaltungsdimension des Art. 2 Abs. 1 GG .....	112	
b) Selbstbestimmung der eigenen Identität durch Selbst-Wahl und Selbstreflexivität .....	113	
c) Konzentration auf Voraussetzungsschutz .....	115	
d) Innere und äußere Voraussetzungen der konstituierenden Persönlichkeitsentfaltung .....	117	
3. Beschäftigungsinteresse des GmbH-Geschäftsführers als geschütztes Rechtsgut .....	118	
a) Persönlichkeitsentfaltung durch Beschäftigung als Geschäftsführer .....	118	
b) Fremdnützigkeit der Organtätigkeit .....	120	
c) Abgrenzung zum Interesse an der Berufsausübung .....	120	

II.	Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) . . . . .	121
1.	Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Beschäftigungskontext . . . . .	121
2.	Gewährleistungsgehalt der Berufsausübungsfreiheit . . . . .	122
3.	Beschäftigungsinteresse des GmbH-Geschäftsführers als geschütztes Rechtsgut . . . . .	123
III.	Ergebnis . . . . .	124
D.	Dem Beschäftigungsinteresse widerstrebende Grundrechte der Gesellschafter . . . . .	124
I.	Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) . . . . .	124
II.	Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) . . . . .	125
1.	Gewährleistungsgehalt . . . . .	125
2.	Keine verminderte Schutzintensität für sogenannte „mittelbare Verfügungsbefugnisse“ . . . . .	127
3.	Keine verminderte Schutzintensität wegen mangelnder „personaler Funktion“ des Anteilseigentums . . . . .	129
III.	Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) . . . . .	131
IV.	Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) . . . . .	131
V.	Ergebnis . . . . .	132
E.	Der Umgang mit Grundrechtskonflikten im Privatrecht . . . . .	132
I.	Wirkung der Grundrechte im Privatrecht . . . . .	132
1.	Grundrechte als klassische Abwehrrechte gegen staatliche Handlungen . . . . .	132
2.	Grundrechte als objektive Werteordnung . . . . .	133
3.	Grundrechte als Gegenstand staatlicher Schutzpflichten . . . . .	135
II.	Die Umsetzung von Grundrechtsschutz mittels der Schutzpflichtdimension . . . . .	137
1.	Voraussetzungen einer Schutzpflicht . . . . .	137
a)	Einschlägigkeit eines Grundrechts . . . . .	137
b)	Bestehen eines Schutzbedürfnisses . . . . .	138
2.	Funktionell-rechtliche Zuordnung von Schutzpflichten im Privatrecht und ihre Umsetzung . . . . .	141
a)	Zuständigkeit des Gesetzgebers . . . . .	141
b)	Zuständigkeit der Rechtsprechung . . . . .	142
3.	Inhalt einer Schutzpflicht . . . . .	145
a)	Allenfalls Schutzminimum definierbar . . . . .	145
b)	Ausgleich von Grundrechtskonflikten zwischen Privaten . . . . .	146
c)	Entgegenstehende öffentliche Interessen und objektives Verfassungsrecht . . . . .	148
<b>§ 4 Auflösung des Grundrechtskonflikts zwischen Geschäftsführer und Gesellschaftern</b>	149	
A.	Auflösung des Grundrechtskonflikts im geltenden Recht: Vorrang der Gesellschafterinteressen nach § 38 GmbHG . . . . .	149

I.	§ 38 GmbHG als Ausdruck grundsätzlicher Eigentumsfreiheit der Gesellschafter . . . . .	149
II.	Verfassungsmäßigkeit der Regelung im Hinblick auf die Schutzpflicht zugunsten des Geschäftsführers . . . . .	150
1.	Voraussetzungen der Aktivierung einer Schutzpflicht grundsätzlich vorliegend . . . . .	150
2.	Der Schutzpflicht entgegenstehende Grundrechtspositionen der Gesellschafter . . . . .	152
3.	Der Schutzpflicht entgegenstehende öffentliche Interessen . . . . .	154
4.	Abwägung . . . . .	154
5.	Zwischenergebnis: Keine Unterschreitung des Minimalschutzgebots . . . . .	155
III.	Ergebnis . . . . .	157
B.	Auflösung des Grundrechtskonflikts bei unbilligen Abberufungs-motiven . . . . .	157
I.	Relevanz der Motive der Abberufung . . . . .	157
II.	Schutzpflichtenaktivierung durch Hinzutreten weiterer Grund-rechte . . . . .	158
1.	Schutz vor Diskriminierung . . . . .	158
a)	Persönlichkeitsintendierter, grundrechtsobligatorischer Diskriminierungsschutz . . . . .	158
b)	Relevanz der Qualifikation der Diskriminierung . . . . .	160
c)	Qualifikation aufgrund des Rechtscharakters der Abberufung . . . . .	162
2.	Mutterschutz . . . . .	164
a)	Inhalt des Schutzauftrags von Art. 6 Abs. 4 GG . . . . .	164
b)	Differenzierung als Anwendungsfall von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG . . . . .	164
3.	Sonstige Motive . . . . .	164
III.	Überwiegen des Beschäftigungsinteresses aufgrund einer Kumula-tion der Schutzpflichten . . . . .	165
1.	Schutzpflichten-Kumulation . . . . .	165
2.	Bedeutung der Privatautonomie . . . . .	166
IV.	Keine Umsetzung der Schutzpflicht im geltenden spezialgesetz-lichen Recht . . . . .	167
1.	Unwirksamkeit wegen offenbar unsachlicher Gründe für die Abberufung (§§ 226, 826 BGB) . . . . .	167
2.	Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) . . . . .	168
3.	Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsgründe beim Abberufungs-beschluß nach geltendem Beschlussmängelrecht . . . . .	169
a)	Unvereinbarkeit mit dem Wesen der Gesellschaft gem. § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG analog . . . . .	169
b)	Verstoß gegen im öffentlichen Interesse bestehende Vor-schriften gem. § 241 Nr. 3 Alt. 3 AktG analog . . . . .	170

c)	Verstoß gegen die guten Sitten (§ 241 Nr. 4 AktG analog) . . . . .	171
d)	Amtslöschung nach § 398 FamFG . . . . .	171
e)	Nichtigerklärung durch Anfechtungsurteil gem. § 241 Nr. 5 AktG analog . . . . .	172
f)	Unwirksamkeit bei satzungsmäßig zugesichertem Recht auf Geschäftsführung . . . . .	174
V.	Ergebnis . . . . .	175
<b>§ 5 Vorschlag für die Umsetzung der Schutzpflichten durch Zuerkennung eines Beschäftigungsanspruchs des Geschäftsführers</b>		176
A.	Vertragsrechtliche Konstruktion des Beschäftigungsanspruchs . . . . .	176
I.	Normanknüpfung in § 242 BGB . . . . .	177
II.	Skizzierung des Inhalts eines Beschäftigungsanspruchs des Geschäftsführers . . . . .	178
III.	Schuldrechtliche Anknüpfung des Anspruchs . . . . .	179
1.	Vorrang der Anknüpfung an eine Sonderverbindung . . . . .	179
2.	Geschäftsführer-Anstellungsvertrag als Rechtsgrundlage . . . . .	180
3.	(Vermeintlich) fehlender Anstellungsvertrag . . . . .	184
4.	Zwischenergebnis . . . . .	185
IV.	Entbehrlichkeit ergänzender Erwägungen . . . . .	185
1.	Die positive Förderungspflicht im Rahmen des arbeitsrecht- lichen Beschäftigungsanspruchs . . . . .	185
2.	Entbehrlichkeit der Figur der Förderungspflicht . . . . .	186
V.	Vorteile einer schuldrechtlichen Lösung . . . . .	188
B.	Anspruchsgegner . . . . .	189
C.	Anspruchsinhalt . . . . .	192
I.	Anspruch auf (Wieder-)Bestellung in die Organposition . . . . .	192
II.	Anspruch auf Erstbestellung und Wiederbestellung nach Befris- tung . . . . .	194
III.	Auslegungsergebnis innerhalb geltenden Rechts . . . . .	195
IV.	Rückausnahme: Aktualisierte Interessenabwägung im Einzelfall .	196
1.	Entgegenstehende schützenswerte Interessen . . . . .	197
2.	Besonders zu berücksichtigende Interessen des Geschäftsfüh- fers? . . . . .	198
D.	Anspruchsinhalt bei treuwidriger Umgehung des Beschäftigungsan- spruchs . . . . .	198
I.	Möglichkeiten der Umgehung des Beschäftigungsanspruchs . . .	198
II.	Umwandlung des Beschäftigungsanspruchs . . . . .	199
E.	Prozessuale Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs . . . . .	200
I.	Klageart . . . . .	200
II.	Verteilung der Darlegungs- und Beweislast . . . . .	201
III.	Einstweiliger Rechtsschutz . . . . .	203
IV.	Kein „Weiterbeschäftigungsanspruch“ des Geschäftsführers . . .	204

Inhaltsverzeichnis	13
<b>§ 6 Zusammenfassung und Ausblick</b> . . . . .	206
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen . . . . .	206
B. Ausblick . . . . .	210
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	212
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	228

### **Abkürzungen**

Für verwendete Abkürzungen wird verwiesen auf *Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 8. Aufl., Berlin 2015.



## § 1 Einleitung

Im Jahr 1954 stellte der Bundesgerichtshof fest, „das durch die Art. 1 und 2 GG geschützte Recht auf Achtung der Würde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit sei auch ein bürgerl.-rechtl., von jedermann im Privatrechtsverkehr zu achtendes Recht“<sup>1</sup>. Zur selben Zeit entwickelte das Bundesarbeitsgericht den allgemeinen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, welcher damals wie heute im Kern aus dem grundgesetzlich verbürgten allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet wird.<sup>2</sup> Der aus der mangelnden Beschäftigung unter Entgeltfortzahlung folgende Zwang zum Nichtstun sei dem Bild des Arbeitnehmers als vollwertiges Glied der Berufsgemeinschaft und der Gesellschaft abträglich.<sup>3</sup> Es werde allgemein für „verächtlich“ gehalten, „Lohn in Empfang zu nehmen, der nicht durch entsprechende Leistungen verdient ist“.<sup>4</sup> Zugleich werde der Arbeitnehmer gehindert, seine beruflichen Fähigkeiten durch stetige Tätigkeit zu erhalten und fortzubilden – kurz: seine Persönlichkeit zu entfalten.<sup>5</sup> Dass jeder Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber grundsätzlich einen schuldrechtlichen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung in der vertraglich vereinbarten Position hat, wird heute nicht mehr bezweifelt.

Ein Beschäftigungsanspruch von Organmitgliedern, vor allem des GmbH-Geschäftsführers, wird hingegen nicht ernsthaft diskutiert, da im deutschen Recht der Geschäftsführeranstellung das Trennungsprinzip gilt. Demnach sind die Organstellung des Geschäftsführers und sein Anstellungsverhältnis zu trennen und voneinander rechtlich unabhängig.<sup>6</sup> Das in der Regel neben der Organstellungstellung noch bestehende Anstellungsverhältnis könne schon keinen Beschäftigungsanspruch beinhalten, da der Geschäftsführer nach geltendem GmbHG jederzeit durch die Gesellschafter aus der Organ-

---

<sup>1</sup> BGH 25.5.1954, BGHZ 13, 334 (337); so wiedergegeben durch BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34, 269 (271 f.).

<sup>2</sup> BAG 10.11.1955, BAGE 2, 221; GS 27.2.1985, BAGE 48, 122; wobei bereits hier darauf hinzuweisen ist, dass die im zitierten Urteil des BGH (Fn. 1) und auch in der Rechtsprechung des BAG noch anklingende sogenannte unmittelbare Drittwirkung inzwischen der Grundrechtsdogmatik der Vergangenheit angehört.

<sup>3</sup> BAG 10.11.1955, BAGE 2, 221 (225).

<sup>4</sup> BAG 10.11.1955, BAGE 2, 221 (225).

<sup>5</sup> BAG 10.11.1955, BAGE 2, 221 (225).

<sup>6</sup> BGH 9.2.1978, NJW 1978, 1435; 26.6.1995, NJW 1995, 2850; 10.5.2010, NJW 2010, 2343.

stellung abberufbar sei.<sup>7</sup> Der Anstellungsvertrag sei auch ganz grundsätzlich nicht als *causa* der Bestellung zum Geschäftsführer anzusehen, so dass ein „Anspruch“ auf das Geschäftsführeramt nicht denkbar sei.<sup>8</sup>

Die Beschäftigung eines Geschäftsführers in der Organstellung, trotz einer vorherigen Abberufungsentscheidung der Gesellschafter, erstmals (implizit) vorgesehen hat der EuGH in seiner *Danosa*-Entscheidung<sup>9</sup>. Mit dieser Entscheidung wurde das Kündigungsverbot aus Art. 10 der Mutterschutz-Richtlinie 92/85/EWG auf Geschäftsführerinnen, welche unionsrechtlich als Arbeitnehmerinnen anzusehen sind, für anwendbar erklärt. In diesem Zuge postulierte der EuGH, dass die nach nationalen Vorschriften ohne Einschränkungen mögliche Abberufung einer schwangeren Geschäftsführerin, welche Arbeitnehmerin im Sinne des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs sei, aus der Organstellung gegen das Kündigungsverbot des Art. 10 der Richtlinie verstöße. Im Ergebnis war sie weiter als Geschäftsführerin in der Organstellung zu beschäftigen. Mit dem *Danosa*-Urteil hat der EuGH einen partiellen Diskriminierungsschutz – nur für schwangere Frauen – anerkannt, welcher sich auf deren tatsächliches Tätigwerden in der Organstellung erstrecken soll. Er hat aber bisher keine grundlegenden Aussagen für einen etwaigen weitergehenden Persönlichkeitsschutz von Organwaltern mit Blick auf das Organverhältnis getroffen.

Bislang ist immer noch weitgehend anerkannt, dass ein Geschäftsführer im Grundsatz aus völlig beliebigen Gründen aus seiner Organstellung abberufen werden kann. Dieses Dogma hat der EuGH mit seiner Entscheidung in Frage gestellt und damit eine Diskussion darüber angestoßen, ob die Verletzung höherrangiger individueller Rechte der freien Abberufbarkeit entgegenstehen könnte. Seine Begründung für das „Fortbestehen“ der Organstellung hat jedoch einen Großteil der deutschen Literatur nicht überzeugt und führt im deutschen Recht zu ernst zu nehmenden Verwerfungen.<sup>10</sup> Auch die Rechtswissenschaft vermochte bislang nicht, den Ansatz des EuGH in ein sinnvolles übergreifendes Konzept des „Fortbestehens des Organverhältnisses“ zu überführen. In den an die *Danosa*-Entscheidung anknüpfenden jüngeren Veröffentlichungen wird verstärkt die Meinung vertreten, einzelne unionsrechtlich determinierte Arbeitnehmerschutzrechte seien auf das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers (zumindest so er denn im Einzelfall dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff unterfällt) anwend-

<sup>7</sup> BGH 28.10.2002, NZG 2003, 84; dazu Anm. Goette, DStR 2002, 2182; BGH 11.10.2010, NZG 2011, 112.

<sup>8</sup> BGH 28.10.2002, NZG 2003, 84; 11.10.2010, NZG 2011, 112.

<sup>9</sup> EuGH 11.11.2010, Rs. C-232/09, Slg. 2010, I-11405 – Dita Danosa/LKB Līzings SIA.

<sup>10</sup> Siehe näher unter § 2 C. III. 1. und § 2 D.

bar.<sup>11</sup> Das Organverhältnis findet regelmäßig insoweit Berücksichtigung als eine „Erstreckung“ des Anwendungsbereichs bestimmter Arbeitnehmerschutzgesetze auf die Organstellung untersucht wird.<sup>12</sup> Dieser Ansatz wird vor allem von der gesellschaftsrechtlichen Literatur scharf kritisiert und gibt Anlass zu kritischer Prüfung, ob derartige Überlegungen der Dichotomie von Anstellung und Bestellung zwischen Vertrags- und Gesellschaftsrecht wirklich gerecht werden können.

Einen gedanklichen Ansatzpunkt für eine Abstraktion von einzelnen Arbeitnehmerschutzgesetzen kann die Konzeption des arbeitsrechtlichen Beschäftigungsanspruchs mit der Berücksichtigung einander widerstreitender Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber bieten. Bislang ist angenommen worden, dass die Interessen des Geschäftsführers in einer Abberufungssituation gegenüber den Interessen der Gesellschafter beziehungsweise der Gesellschaft regelmäßig zurückzutreten hätten. Mit einem schlichten Verweis auf die Organisationsfreiheit der Gesellschafter wurde das Organverhältnis grundsätzlich außen vor gelassen<sup>13</sup> und der Geschäftsführer auf die materielle Absicherung durch das fortbestehende Dienstverhältnis verwiesen.<sup>14</sup> Die ideellen Interessen des Geschäftsführers fanden hingegen kaum Eingang in die Diskussion. Insoweit steht eine ernsthaft betriebene Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Gesellschafterinteressen einerseits und Geschäftsführerinteressen andererseits im Wesentlichen noch aus.<sup>15</sup>

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als maßgeblicher Begründungsansatz für die Anerkennung eines arbeitsrechtlichen Beschäftigungsanspruchs begründet – über den Vorstoß des EuGH hinausgehend – Anlass zu prüfen, ob ein Beschäftigungsinteresse nicht auch bei Dienstnehmern wie Geschäftsführern berücksichtigt werden muss. Dabei geht es im Grundsatz nicht um rein europarechtliche (Umsetzungs-)Fragen, sondern um eine grundlegendere Problematik, nämlich diejenige der Berücksichtigung individueller Grundrechtspositionen. Der BGH erkennt immerhin neuerdings an, dass etwa die Nichtbestellung zum Geschäftsführer aus diskriminierenden Gründen eine

---

<sup>11</sup> Siehe noch näher unter § 2 C. III. Der in diesem Zuge mittlerweile erschöpfend behandelte unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff und dessen Reichweite brauchen nicht mehr Gegenstand dieser Arbeit sein.

<sup>12</sup> Siehe etwa *Oberthür*, NZA 2011, 253 (257); *Reiserer*, DB 2011, 2262 (2266); *Hoentzsch*, Die Anwendung der Benachteiligungsverbote des AGG auf Organmitglieder (2011), S. 33 f.; *Schubert*, ZIP 2013, 289 (293); *Loy*, Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht (2014), S. 92 f.; *Siefer*, Der Schutz von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern gegen Diskriminierungen (2016), S. 200 ff.

<sup>13</sup> So nämlich u. a. *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326 (343 f.); *Giesen*, ZfA 2016, 47 (59).

<sup>14</sup> Ebenfalls *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326 (343).

<sup>15</sup> Es finden sich jedoch Ansätze hierfür bei *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326 (355 ff., 359) und *Schubert*, ZIP 2013, 289 (295 ff.).