

Rechtsprechung

Gesellschaftsrecht

Geschäftsführer: Kündigung eines schwerbehinderten Fremdgeschäftsführers ohne Zustimmung des Integrationsamtes

SGB IX § 85

Zur Anwendbarkeit des § 85 SGB IX und des AGG auf den GmbH-Geschäftsführer unter Berücksichtigung der Richtlinie 78/200/EG.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.10.2012 – I-6 U 47/12
(nicht rechtskräftig)

► Aus den Gründen:

I.

Der Kläger (Kl.) begehrt die Feststellung, dass das zwischen ihm und der Beklagten (Bekl.) im Jahre 2006 begründete Anstellungsverhältnis durch die seitens der Bekl. unter dem 1.12.2009 ausgesprochenen ordentlichen Kündigungen des Geschäftsführer-Dienstverhältnisses (...) oder eines etwaigen Arbeitsverhältnisses (...) nicht aufgelöst worden ist, sondern über den 31.3.2010 hinaus fortbesteht, die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses sowie hilfsweise Zahlung der für den Fall der fristgemäßen Kündigung durch die Bekl. vor Ablauf der Vertragslaufzeit vertraglich vereinbarten Abfindung.

Der am 30.12.1962 geborene Kl. ist mit Wirkung zum 1.1.2007 zum Geschäftsführer der Bekl. bestellt worden. Die im Jahre 2005 gegründete Bekl., die aufgrund des Beschlusses ihrer Gesellschafterversammlung v. 10.12.2010 nunmehr als A-GmbH firmiert (...), und ihre alleinige Gesellschafterin, die A-GmbH & Co. KG, gehören zur A-Gruppe. Unternehmensgegenstand der Bekl., die ca. 1.000 Mitarbeiter beschäftigt, ist der Vertrieb von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation in Shops bzw. Filialen. Die A-Gruppe vertreibt ihre Produkte und Dienstleistungen darüber hinaus unter Nutzung anderer Vertriebskanäle wie etwa Internet, Fachhandel, Telefonmarketing, Partnershops oder Discounter.

Der Verantwortungsbereich des Kl. umfasste nach § 1.1 des Geschäftsführer-Dienstvertrags v. 1.3.2009 (...), der den ursprünglich geschlossenen Anstellungsvertrag v. 26.4.2006 sowie zwei Ergänzungsvereinbarungen abgelöst hatte, „insbesondere die strategische, organisatorische und operative Ausrichtung der Gesellschaft“. Nach § 2.1 dieses Vertrags hatte der Kl. seine Aufgaben als Geschäftsführer „unter Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns in Übereinstimmung mit dem Gesetz, den Regelungen dieses Vertrags, der Satzung der Gesellschaft sowie den allgemeinen und besonderen Anweisungen und Anordnungen der Gesellschafterversammlung“ zu erfüllen.

Gemäß § 6 des Geschäftsführer-Dienstvertrags hatte der Kl. „direkt an den CEO des Gesellschafters oder einen von der Gesellschafterversammlung zu bestimmenden Vertreter der Gesellschafterversammlung“ zu berichten.

Zusätzlich zu seinem festen Jahresgehalt i.H.v. 193.333,34 € erhielt der Kl. einen variablen Vergütungsbe-

standteil, der von der Erreichung bestimmter Ziele abhängig war (Bonus), und in § 7.1 und 7.2 des Vertrags näher definiert worden ist. § 8 des Geschäftsführer-Dienstvertrags sah vor, dass die Bekl. zugunsten des Kl. eine Kranken-, eine Unfall- und eine Lebensversicherung abschließt. Nach § 9.1 des Geschäftsführer-Dienstvertrags konnte der Kl. „zusätzlich zu den Leistungen seiner Unfall- und Krankenversicherung für eine Zeit von sechs Monaten, jedoch nicht länger als für die Dauer dieses Vertrags, eine Summe beanspruchen, die zusammen mit der von Dritten zu beanspruchenden Summe dem letzten Nettobetrag seines festen monatlichen Bruttogrundgehalts entspricht“, falls er seine vertraglichen Verpflichtungen aufgrund einer Erkrankung, Arbeitsunfähigkeit oder aus anderen nicht von ihm verschuldeten Gründen nicht erfüllen kann.

Neben Leistungen der betrieblichen Altersversorgung (§ 9.3) sah der Vertrag unter § 9.2 im Falle des Todes des Kl. eine Weiterzahlung des monatlichen Bruttogehalts an die Ehefrau oder Kinder für die Dauer von drei Monaten, längstens jedoch bis zu dem in § 13.1 vorgesehenen Beendigungszeitpunkt vor.

§ 13 des Geschäftsführer-Dienstvertrags lautet (auszugsweise):

„13.1 Dieser befristete Vertrag tritt mit Unterzeichnung in Kraft und endet am 31.12.2012, ohne dass es einer Kündigung bedarf. ...

13.2 Dieser Vertrag kann auch während der Laufzeit durch beide Parteien mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. ...

13.4 Im Falle einer fristgemäßen Kündigung durch die Gesellschaft vor Ablauf der Vertragslaufzeit nach § 13.1 erhält der Geschäftsführer eine einmalige Abfindung in Höhe von einem festen Jahresbruttogehalt gemäß § 7.1 abzüglich der monatlichen Bruttogrundgehälter nach § 7.1 für den Zeitraum der Kündigungsfrist gemäß § 13.2. Die Abfindung wird als Einmalzahlung am letzten Tag des Dienstverhältnisses gezahlt.“ ...

Der Kl. hatte darüber hinaus die Inhalte der „Geschäftsordnung für die A-B-GmbH“ zu beachten, Nach deren § 2.1 hatte er gemeinsam mit dem weiteren Geschäftsführer der Bekl., C, die Verantwortung für die gesamte Geschäftsführung zu tragen und nach § 2.2 den ihm übertragenen Aufgabenbereich – im Falle des Kl. also den Bereich „Vertrieb“ – in eigener Verantwortung zu leiten. § 6.2 der Geschäftsordnung enthält eine umfangreiche, aber nicht abschließende Auflistung zustimmungsbedürftiger Maßnahmen wie etwa die Verabschiedung neuer oder die Änderung bestehender Vertriebswege oder andere Änderungen mit großen Auswirkungen für Umsatz und Kosten, Erwerb, Veräußerung oder Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten unabhängig vom Gegenstandswert sowie von sonstigen Gegenständen oder Rechten oder die Verpflichtung zu solchen Rechtsgeschäften, soweit diese einen Gegenstandswert von 20.000 € überschreiten, Abschluss, Änderung oder Beendigung bestimmter Verträge, wenn sie Aufwendungen von mehr als 50.000 € jährlich verursachen oder eine Laufzeit von mehr als drei Jahren haben sollen, bestimmte Kredit- und Sicherungsgeschäfte, Erhebung von Klagen sowie Prozesshandlungen bei Verfahren mit einem Streitwert von über 20.000 € sowie Abschluss, Änderung oder Beendigung von Verträgen mit Arbeitnehmern oder arbeitnehmerähnlichen Personen oder anderer personaldienstleistungsbezogener Verträge, sofern die jeweiligen Jahresbruttobezüge 50.000 € übersteigen bzw. übersteigen würden.

Gesellschaftsrecht

Mit Feststellungsbescheid der Freien und Hansestadt Hamburg vom 16.1.2003 ... ist beim Kl. wegen einer „Hauterkrankung in Heilungsbewahrung“ – der Kl. hatte Hautkrebs – ein Grad der Behinderung von 50 festgestellt worden. ...

Das LG hat die Bekl. dazu verurteilt, dem Kl. ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen und die Feststellungsklagen sowie die hilfswise erhobene Zahlungsklage abgewiesen [LG Düsseldorf v. 14.2.2212 – 35 O 121/09]. ...

II. ... III.

Die Berufung ist ... nur teilweise begründet. Das LG hat die beiden Feststellungsanträge im Ergebnis zu Recht als zulässig, aber unbegründet angesehen (dazu unter A.). Hinsichtlich des Zahlungsanspruchs hat die Berufung des Kl. Erfolg. Dem Kl. steht gegen die Bekl. ein Anspruch auf Zahlung der vertraglich vereinbarten Abfindung i.H.v. 145.000,01 € zu, § 13.4 des Geschäftsführer-Dienstvertrags v. 1.3.2009 (dazu unter B.). Zur Einholung einer Vorlageentscheidung des EuGH gemäß Art. 267 AEUV besteht kein Anlass (dazu unter C.).

A. Wirksamkeit der Kündigung des Anstellungsverhältnisses v. 1.12.2009

Das LG hat mit Recht festgestellt, dass bereits die Kündigung des Anstellungsverhältnisses v. 1.12.2009 (...) wirksam war und zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses der Parteien zum 31.3.2010 geführt hat.

Die Kündigung v. 1.12.2009 ist nicht gemäß § 85 SGB IX i.V.m. § 134 BGB nichtig. Sie hat der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes nicht bedurft. Eine Unwirksamkeit der Kündigung v. 1.12.2009 ergibt sich auch nicht aus § 7 i.V.m. § 1 AGG i.V.m. § 134 oder i.V.m. §§ 138, 242 BGB. Dass der Kl. aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe benachteiligt worden ist, lässt sich nicht feststellen.

1. Keine Verfristung

Die Klage ist nicht bereits als verfristet anzusehen, weil sie dem Aufsichtsrat der Bekl. als dem hier zuständigen Vertretungsorgan erst am 9.2.2011 und somit nicht in der Frist des § 4 Abs. 1 KSchG zugestellt worden ist. Der Kl. ist als Mitglied des zur gesetzlichen Vertretung der Bekl. berufenen Organs vom Kündigungsschutz nach Maßgabe der §§ 1 ff. KSchG ausgenommen, sodass seine Klage nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 Abs. 1 KSchG einzureichen war. Ob dies unter Umständen dann anders zu beurteilen wäre, wenn das Rechtsverhältnis der Parteien als Arbeitsverhältnis anzusehen wäre, bedarf keiner Entscheidung durch den Senat. Auch auf die in diesem Zusammenhang zwischen den Parteien strittigen Fragen kommt es demnach nicht entscheidungserheblich an.

2. Feststellungsinteresse

Der Kl. hat, wie das LG zutreffend ausgeführt hat, ein rechtliches Interesse an der Feststellung, dass das Anstellungsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung(en) v. 1.12.2009 nicht zum 31.3.2010 aufgelöst worden ist, sondern fortbesteht (§ 256 ZPO).

3. Ordnungsgemäße Beschlussfassung

Gegen die formell ordnungsgemäße Beschlussfassung durch die Alleingesellschafterin der Bekl. wird vom Kl.

mit der Berufung nichts erinnert. Durchgreifende Bedenken bestehen hiergegen nach Lage der Akten nicht. Auf die zutreffenden Ausführungen des LG unter I.2.a) des angefochtenen Urteils wird verwiesen.

4. Unschädlichkeit der Nichtanhörung des Integrationsamtes mangels Arbeitsverhältnis

Der Wirksamkeit der Kündigung v. 1.12.2009 steht nicht entgegen, dass das Integrationsamt vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört worden ist (§ 85 SGB IX). Die Zustimmung des Integrationsamtes ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung dieser Kündigung gewesen, weil der Kl. sich auf den besonderen Kündigungsschutz des § 85 SGB IX nicht berufen kann. Er ist zwar im maßgeblichen Zeitpunkt Schwerbehinderter i.S. dieser Vorschrift gewesen [dazu unter a)]; die Heranziehung der Schutznorm scheidet aber daran, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 85 SGB IX bestanden hat [dazu unter b)].

a) Der Kl. hat durch Vorlage des Bescheids der Stadt Essen v. 2.12.2010 (...) seine Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch i.S.d. § 90 Abs. 2a) SGB IX bei Zugang der Kündigung v. 1.12.2009 nachgewiesen. [wird ausgeführt]

b) Die Zustimmung des Integrationsamtes war jedoch ungeachtet der nachgewiesenen Schwerbehinderteneigenschaft des Kl. nicht erforderlich. Es fehlt an dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses i.S.v. § 85 SGB IX.

Die Vorschrift enthält selbst keine Definition des Begriffs, so dass auf die allgemeine arbeitsrechtliche Definition zurückzugreifen ist. Ihrem persönlichen Geltungsbereich unterliegt nach – soweit ersichtlich – allgemeinem Verständnis (statt aller *Griebeling* in Hauck/Noftz, SGB IX, GK, § 85 Rz. 3) nur, wer Arbeitnehmer ist. Hierunter fällt der Kl. nicht. Der – weite – Arbeitnehmerbegriff, den der EuGH in der „Danosa- Entscheidung“ entwickelt hat, ist nicht heranzuziehen. Eine unionsrechtliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs in § 85 SGB IX ist nicht geboten [dazu unter aa)]. Dass der Kl. Arbeitnehmer ist, lässt sich bei Beurteilung des Sachverhalts anhand des deutschen Rechts nicht feststellen und zwar unabhängig davon, welcher nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde gelegt wird [dazu unter bb)].

aa) Dem Kl. ist allerdings zuzugeben, dass er bei Heranziehung des in der neueren Rspr. des EuGH entwickelten Begriffs möglicherweise als Arbeitnehmer der Bekl. anzusehen wäre [(dazu unter (1))]. Dies bedarf indessen keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat. Denn die Voraussetzungen, unter denen eine richtlinienkonforme Auslegung des § 85 SGB IX im Sinne des Kl. zu erfolgen hätte, sind nicht erfüllt. Die Ziele der Richtlinie 2000/78/EG gebieten eine Auslegung i.S. dieses Arbeitnehmerbegriffs nicht, der Anwendungsbereich dieser Richtlinie ist nicht berührt [dazu unter (2)].

(1) Nach der sog. „Danosa-Entscheidung“ des EuGH v. 11.11.2010 – Rs. C-232/09, NJW 2011, 2343 ff. kann ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft die Voraussetzungen erfüllen, um als Arbeitnehmer i.S. der Rspr. des Gerichtshofs zu gelten, wenn das Mitglied der Unternehmensleitung, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und wenn das Mitglied der Unter-

Gesellschaftsrecht

nehmensleitung jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann.

Ausschlaggebend für das Vorliegen des nach seiner Rspr. erforderlichen Unterordnungsverhältnisses sind dabei die Bedingungen, unter denen das Mitglied der Unternehmensleitung bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, der Umfang der Befugnisse des Betroffenen und die Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden kann. In der „Danosa-Entscheidung“ hat der EuGH den Umstand für entscheidend gehalten, dass die Kl. in Danosa einem anderen Organ der Gesellschaft gegenüber Rechenschaft über ihre Geschäftsführung abzulegen und mit diesem zusammen zu arbeiten hatte (EuGH v. 11.11.2010 – Rs. C-232/09, NJW 2011, 2343, Rz. 51), ihre Tätigkeit somit nach der Weisung oder unter der Aufsicht dieses anderen Organs auszuüben hatte (EuGH, aaO, Rz. 56).

Der Kl., der – zuletzt aufgrund des Geschäftsführer-Dienstvertrags v. 1.3.2009 – gegen Zahlung des vereinbarten Entgelts Leistungen gegenüber der Bekl. zu erbringen gehabt hat, ist nach insoweit übereinstimmendem Vortrag der Parteien nicht nur in die Organisations- und Unternehmensstruktur der Bekl., sondern auch in diejenige der gesamten A-Gruppe eingegliedert. Auch ist der Kl. – soweit ersichtlich – von dem kraft Gesetzes und laut Satzung zuständigen Organ der Bekl., der Gesellschafterversammlung, zum Geschäftsführer bestellt worden (§§ 46 Nr. 5, 6 Abs. 3 GmbHG) und kann jederzeit ohne Einschränkung von diesem Amt wieder abberufen werden (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Von der Möglichkeit des § 38 Abs. 2 GmbHG, die freie Widerrufbarkeit einzuschränken, ist im Gesellschaftsvertrag der Bekl. (...) kein Gebrauch gemacht worden.

Der Annahme des Vorliegens des nach dem in der „Danosa-Entscheidung“ entwickelten unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff erforderlichen Unterordnungsverhältnisses steht auch nicht entgegen, dass der Kl. nach den Regelungen in dem Geschäftsführer-Dienstvertrag und in der Geschäftsordnung einen Ermessensspielraum bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben besaß. Dies war auch bei der Kl. in des genannten Verfahrens der Fall. Frau Danosa verfügte als einzige Geschäftsführerin des beklagten lettischen Unternehmens („LKB“) nach den Feststellungen in ... EuGH v. 11.11.2010 – Rs. C-232/09, NJW 2011, 2343 ff., Rz. 49 über einen Ermessensspielraum bei der Ausführung der Aufgaben, die sie nach der Satzung jener Gesellschaft sowie der Geschäftsordnung, welche Frau Danosa sogar selbst erstellt hatte (EuGH, aaO, Rz. 43), zu erfüllen gehabt hat.

Folglich spricht – wie eingangs unter aa) erwähnt – unter Berücksichtigung der den Gesellschaftern untergeordneten Stellung des Geschäftsführers einer GmbH sowie der Vorgaben insbesondere in § 6 der Geschäftsordnung der Bekl. und den Berichtspflichten des Kl. nicht wenig dafür, dass der Kl. zumindest bei dem weiten Verständnis der „Danosa-Entscheidung“ als Arbeitnehmer der Bekl. anzusehen sein könnte.

Dies gilt umso mehr als auch in den zahlreichen Veröffentlichungen, die sich mit der „Danosa-Entscheidung“, insbesondere aber mit ihren Auswirkungen auf das deutsche Gesellschafts- und Arbeitsrecht beschäftigen, überwiegend vertreten wird, dass der am Stammkapital nicht beteiligte

Geschäftsführer wohl regelmäßig und möglicherweise auch der nicht bestimmend beteiligte Gesellschafter-Geschäftsführer unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Maßstäbe als Arbeitnehmer anzusehen sein könnten (vgl. etwa *Oberthür*, NZA 2011, 253 ff.; *Fischer*, NJW 2011, 2329 ff.; *Junker*, NZA 2011, 950; *Lunk/Rodenbusch*, GmbHR 2012, 188 ff.; *von Alvensleben/Haug*, BB 2012, 774 ff.; *Forst*, GmbHR 2012, 821 ff.).

(2) Letztlich kann die Frage aber offen bleiben, weil für die Bestimmung des Arbeitnehmers i.S.v. § 85 SGB IX nur der nationale Begriff zugrunde zu legen ist. Dabei übersieht der Senat nicht, dass die nationalen Gerichte aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 AEUV verpflichtet sind, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Dabei kann der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung es auch erfordern, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden (so zuletzt BVerfG v. 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06, 469/07, WM 2012, 1179 ff.; BGH v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, WM 2012, 1143 ff.). Diese Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung besteht aber nur dann, wenn das nationale Recht unionsrechtlich determiniert ist, insbesondere weil es sich um ein Umsetzungsgesetz zu einem unionalen Rechtsakt handelt, oder wenn die Ziele der Richtlinie beziehungsweise das europäische Primärrecht dies gebieten.

Hieran fehlt es.

aa) Nach der Auffassung des Senats ist § 85 SGB IX nicht als Maßnahme der Umsetzung der Richtlinie 78/2000/EG anzusehen. Zwar dürfte die Überlegung zu kurz greifen, dass dies schon aus rein zeitlichen Gründen ausscheidet, da § 85 SGB IX per 1.7.2001 die Vorschrift des seit 1986 unverändert existierenden § 15 SchwBG inhaltsgleich übernommen hat, also lange vor der erst 2006 erfolgten Umsetzung der Richtlinie 78/2000/EG durch Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in Kraft getreten ist. Denn die Richtlinie ist – worauf der Kl. mit Recht hinweist – nicht ausschließlich durch das AGG umgesetzt worden. So diene z.B. § 81 Abs. 2 SGB IX a.F., durch welchen ebenfalls per 1.7.2001 der inhaltsgleiche § 14 SchwBG übertragen worden ist, auch schon der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, wie dem Entwurf des SGB IX entnommen werden kann (BT-Drucks. 14/5074, S. 113 zu § 81). Dort heißt es zur Erläuterung der Regelung in Abs. 2, diese solle Benachteiligungen schwerbehinderter Menschen im Arbeitsverhältnis verhindern und diene insoweit „auch der Umsetzung der Richtlinie des Rates der Europäischen Union zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000).“ Vor diesem Hintergrund könnte auch § 85 SGB IX bei seiner Einführung eine entsprechende Funktion gehabt haben. Das ist jedoch nicht der Fall. Bei der Begründung zu § 85 SGB IX fehlt in dem Entwurf ein solcher Hinweis wie zu § 81 SGB IX. Vielmehr heißt es dort nur, es werde die Regelung des § 15 SchwBG – die ihrerseits auf § 12 SchwBG 1974 zurückgeht und mit der das Erfordernis der vorherigen Zustimmung eingeführt worden war – übertragen (BT-Drucks. 14/5074, S. 113).

Gesellschaftsrecht

Anlässlich des Inkrafttretens des „Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung“ v. 14.8.2006 ist neben einer Vielzahl anderer gesetzlicher Vorschriften auch § 81 SGB IX erneut geändert worden und lautet seitdem: „Im Einzelnen gelten hierzu die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes“. Auch in diesem Zusammenhang fehlt ein Hinweis auf § 85 SGB IX (BT-Drucks. 16/1780 bzw. BGBl. I 2006, 1897 ff., 1909).

Dass der deutsche Gesetzgeber bei Erfüllung seiner unionsrechtlichen Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG gleich zweimal innerhalb weniger Jahre die zentrale Kündigungsschutzvorschrift übersehen hat, nimmt der Senat nicht an.

bb) Auch Sinn und Zweck der Richtlinie 2000/78/EG gebieten es nicht, dem Kl. den Sonderkündigungsschutz des § 85 SGB IX auf dem Weg richtlinienkonformer Auslegung zukommen zu lassen.

Eine § 85 SGB IX entsprechende oder wenigstens vergleichbare Regelung enthält die Richtlinie 2000/78/EG nicht. Da sie nach Art. 3 (1) lit. c) aber auch für die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen gilt, stellt dies ein gewichtiges Argument gegen die Annahme dar, Sinn und Zweck der Richtlinie zielten auf eine Beschränkung von Kündigungen behinderter Menschen ab.

Dieser Befund wird bestätigt dadurch, dass die Richtlinie 2000/78/EG in ihrem Art. 5 lediglich vorsieht, es seien angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten. Den nationalen Gesetzgebern wird also ein weiter Spielraum zugebilligt. In Art. 5 (2) RL wird sodann erläutert, dass die Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen haben, um Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen. Auch hier findet sich kein Hinweis darauf, dass es auch um die Beschränkung der Kündigung geht. Vielmehr ergibt sich, dass die Richtlinie 2000/78/EG vorrangig darauf abzielt, behinderten Menschen den Zugang zu einer Beschäftigung und die Ausübung eines Berufs unter ihren jeweiligen Einschränkungen gerecht werdenden Bedingungen zu ermöglichen. Dementsprechend finden sich auch in § 81 Abs. 1 SGB IX, der – wie erwähnt – der Umsetzung dieser Richtlinie dient, ausführliche Regelungen dazu, wie behinderten Menschen der Zugang zu einer Beschäftigung erleichtert werden soll und in § 73 SGB IX Regelungen dazu, wie ihre Arbeitsplätze ihren Bedürfnissen anzupassen sind. Schließlich regelt Art. 7 (1) der Richtlinie 2000/78/EG, dass die Mitgliedstaaten nicht gehindert sind, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden. Dass die Richtliniengeber insofern auch eine Beschränkung von Kündigungsmöglichkeiten im Blick hatten, liegt nach Art. 7 (2) RL aber nicht nahe, da es auch dort nur um einerseits den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz sowie andererseits die Eingliederung behinderter Menschen in die Arbeitswelt geht.

Auch den Erwägungsgründen der Richtlinie 2000/78/EG lässt sich nichts dafür entnehmen, dass Benachteiligungen

behinderter Menschen auch durch eine Beschränkung von Kündigungsmöglichkeiten – insbesondere solchen, die mit der deutschen Regelung in § 85 SGB IX vergleichbar wären – verhindert werden sollen. Die Richtlinie soll nach den Erwägungsgründen vielmehr sicherstellen, dass den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung am Arbeitsplatz Rechnung getragen wird, da dies (Erwägungsgrund zu 16.) eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung spielt. In die gleiche Richtung zielt der Erwägungsgrund zu 20., wonach es für wünschenswert gehalten wird, durch wirksame und praktikable Maßnahmen den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten.

cc) Eine Anwendung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs auf den vorliegenden Fall ist schließlich auch nicht durch richtlinienkonforme Auslegung der §§ 2 Abs. 4 AGG, 85 SGB IX geboten. Ob der Kl. unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots als Beschäftigter i.S.d. § 6 Abs. 1 AGG anzusehen wäre, hat der Senat mangels Erheblichkeit nicht zu entscheiden. Bereits der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG – und des AGG – ist nicht eröffnet, weil es an der schlüssigen Darlegung einer Benachteiligung wegen seiner Behinderung fehlt.

aaa) Das AGG setzt u.a. die Richtlinie 78/2000/EG um, deren Anwendungsbereich nach Art. 3 (1) auch die Entlassungsbedingungen umfasst. § 2 Abs. 4 AGG regelt, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Die Vorschrift dient der Klarstellung und soll verdeutlichen, dass Rechtsstreitigkeiten bei Kündigungen auch in Zukunft vorwiegend nach dem Kündigungsschutzgesetz zu entscheiden sein werden (BT-Drucks. 16/1780, zu § 2 Abs. 4 S. 32). Die Bedeutung der Anordnung in § 2 Abs. 4 AGG ist jedoch nach wie vor nicht abschließend geklärt (vgl. zum Meinungsstand BAG v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361; v. 28.4.2011 – 8 AZR 515/10, NJW 2011, 2458 – 2461). § 85 SGB IX ist aber in jedem Fall als eine der Bestimmungen des besonderen Kündigungsschutzes anzusehen, auf die der deutsche Gesetzgeber in § 2 Abs. 4 AGG zumindest im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes, dem der Kl. allerdings nicht unterfällt, verwiesen hat.

Für die Annahme, dass der deutsche Gesetzgeber mit § 2 Abs. 4 AGG darüber hinaus einen Kündigungsschutzbestand für Organmitglieder einführen wollte, ist angesichts der klaren Anordnung in § 6 Abs. 3 AGG kein Raum. Ob er hierzu nach Sinn und Zweck der Richtlinie 2000/78/EG verpflichtet gewesen wäre, der Ausschluss von Organmitgliedern also womöglich europarechtswidrig wäre, was u.a. in den weiter oben zitierten Veröffentlichungen diskutiert und überwiegend bejaht wird, kann – wie erwähnt – jedoch offen bleiben.

bbb) Vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG wäre die Kündigung des Kl. nämlich nur dann umfasst, wenn sie als Benachteiligung wegen eines unzulässigen Merkmals qualifiziert werden könnte. Dies lässt sich anhand seines Vortrags jedoch nicht feststellen.

Eine Benachteiligung wegen einer Behinderung ist nicht bereits dadurch schlüssig vorgetragen, dass geltend gemacht wird, es liege eines der Diskriminierungsmerkmale (allein) in der Person des Gekündigten vor. Zwar ist kein zu

Gesellschaftsrecht

strenger Maßstab anzulegen, insbesondere hätte der Kl. nicht i.S.v. § 286 ZPO zur vollen Überzeugung des Gerichts nachzuweisen, dass die Schwerbehinderung zumindest mitursächlich für seine Benachteiligung war. Erforderlich ist aber die Darlegung solcher Tatsachen oder Umstände, die einen solchen Zusammenhang zumindest plausibel oder aber überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen (BGH v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, WM 2012, 1143 ff.; BAG v. 24.4.2008 – 8 AZR 257/07, NJW 2008, 3658 – 3661; v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383 – 387). Die Voraussetzungen für eine solche „Vermutung“ sind dann erfüllt, wenn nach der Überzeugung des Gerichts aus der Sicht einer objektiv verständigen Person im Einzelfall nach allgemeiner Lebenserfahrung die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Behinderung und Nachteil besteht. Hierfür kann es genügen, dass der Kl. zu bestimmten Äußerungen des Arbeitgebers etwa in Vorstellungsgesprächen oder gegenüber der betrieblichen Interessenvertretung Behinderter vorträgt. Ein Indiz kann desweiteren ganz generell die Nichteinhaltung der Vorgaben des § 81 Abs. 1 SGB IX sein (*Knittel*, SGB IX, 4. Aufl. 2010, § 81 Rz. 91 ff., m.w.N.; *Trenk-Hinterberger* in Lachwitz/Schellhorn/Welti, SGB IX, § 81 Rz. 52, m.w.N.) oder aber, dass der Arbeitgeber seiner Pflicht zur diskriminierungsfreien Stellenausschreibung nicht nachkommt (*Trenk-Hinterberger*, aaO).

Vortrag des Kl. zu solchen aussagekräftigen Indizien fehlt indes auch in der Berufungsbegründung, obgleich das LG sein erstinstanzliches Vorbringen für unzureichend erachtet hat. Der Kl. macht lediglich geltend, seine Leistungen hätten aus seiner Sicht keinen Grund für den Ausspruch der Kündigung geboten, und verweist darauf, weder der Mitgeschäftsführer C noch ein anderer Mitarbeiter auf der Managementebene „Vertriebsleitung“ sei wie er anerkannt schwerbehindert. Dies lässt ohne weitere Anhaltspunkte – wie etwa bestimmte Äußerungen des Arbeitgebers (BGH v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, WM 2012, 1143 ff.; BAG v. 24.4.2008 – 8 AZR 257/07, NJW 2008, 3658 – 3661; v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383 – 387) – eine Kündigung wegen der Behinderung aber auch aus der Sicht des Senats nicht einmal plausibel erscheinen. Bei dieser Argumentation wäre jede Kündigung des einzigen Mannes respektive der einzigen Frau in einem Leitungsgremium dem Verdacht einer Diskriminierung wegen des Geschlechts ausgesetzt, was offenkundig nicht richtig sein kann.

Hinzu kommt, dass sich anhand des Vortrags des Kl. nicht einmal feststellen lässt, dass das zuständige Organ der Bekl. – die Gesellschafterversammlung – im Zeitpunkt der Kündigung Kenntnis von der Behinderung des Kl. gehabt hat. Unkenntnis von der Behinderung ist aber gerade ein Indiz für eine „behinderungsfreie“ Motivation des Arbeitgebers (so *Trenk-Hinterberger* in Lachwitz/Schellhorn/Welti, SGB IX, § 81 Rz. 56, m.w.N.). Der Kl. stützt seine Behauptung der Kenntnis allein darauf, dass sein Mitgeschäftsführer C ebenso wie sein – ein halbes Jahr vor Ausspruch der Kündigung ausgeschiedener – vormaliger „Vorgesetzter“ Dr. D bei Gelegenheit von Incentive-Reisen in den Jahren 2008 und 2009 – nähere zeitliche Angaben fehlen – Kenntnis von der Hautkrebserkrankung erlangt hätten. Sie hätten ihn auf deutlich sichtbare Narben am Oberkörper angesprochen, woraufhin er ihre Fragen wahrheitsgemäß dahin beantwortet habe, Hautkrebs (gehabt) zu haben. Diese Kenntnis stellt die Bekl. nicht in Abrede. Sie weist aber zu Recht darauf hin, hieraus könne

nicht gefolgert werden, dass C und Dr. D deshalb auch Kenntnis von der Schwerbehinderung gehabt hätten.

Voraussetzung einer solchermaßen erlangten Kenntnis wäre es, dass Hautkrebserkrankungen generell zu einer Schwerbehinderung führen. Dies wird jedoch vom Kl. selbst nicht behauptet und erscheint dem Senat vor dem unter 4.a) bb) dargestellten Hintergrund unwahrscheinlich. Ein Erfahrungssatz des Inhalts, Personen, die in der Position der Herren C und Dr. D tätig sind, sei bekannt, dass bestimmte Krebserkrankungen zu Schwerbehinderungen führen, ist dem Senat nicht bekannt. Anhaltspunkte dafür, dass die beiden Personen aus seiner Information den Schluss gezogen haben, er sei schwerbehindert, trägt der Kl. ebenso wenig vor wie, dass er sie über diesen Umstand in Kenntnis gesetzt hat. Sehr zweifelhaft erscheint dem Senat auch die weitere Annahme des Kl., C und Dr. D hätten die Vertreter der Alleingesellschafterin der Bekl. von dem Hautkrebs des Kl. in Kenntnis gesetzt.

Letztlich bedarf all dies jedoch keiner weiteren Aufklärung. Denn dass die Bekl. die Kündigung in engem zeitlichem Zusammenhang mit der angeblichen Kenntniserlangung von seiner Schwerbehinderung ausgesprochen hat, was unter Umständen ein Indiz für eine Benachteiligung darstellen kann (BAG v. 24.4.2008 – 8 AZR 257/07, NJW 2008, 3658 – 3661; v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383 – 387), wird vom Kl. schon nicht geltend gemacht. Abgesehen davon würde aber auch die Kenntnis des für die Abberufung und Kündigung zuständigen Organs der Bekl. von der Behinderung eine Benachteiligung wegen dieser Behinderung allein auch noch nicht vermuten lassen (so BAG v. 24.4.2008 – 8 AZR 257/07, NJW 2008, 3658 – 3661 für den Fall der Schwangerschaft).

Dass die Bekl. das Vorliegen einer Behinderung des Kl. auch nur angenommen haben könnte, lässt sich daher, wie bereits das LG unter 2.e) des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, anhand des Vortrags des Kl. nicht feststellen. Unstreitig hat zudem die Bekl. von dem Feststellungsbescheid des Versorgungsamtes in Hamburg (...) erst nach Ausspruch der Kündigung Kenntnis erlangt. Der Kl. schenkt i.Ü. dem Umstand zu wenig Beachtung, dass ganz entscheidend gegen einen Ausspruch der Kündigung wegen der Behinderung spricht, dass seinem eigenen Vortrag nach die Kenntnis des C und des zum 31.3.2009 aus der Geschäftsführung der Gesellschafterin der Bekl. ausgeschiedenen Dr. D schon vor Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrags v. 1.3.2009 erlangt worden sein muss. Hat die Bekl. – den Vortrag des Kl. als zutreffend unterstellt – von dem Mitgeschäftsführer C oder Dr. D von der Hautkrebserkrankung – oder sogar einer darauf beruhenden Behinderung – erfahren und gleichwohl am 1.3.2009 den neuen Geschäftsführer-Dienstvertrag mit ihm abgeschlossen, spricht aus der Sicht des Senats nichts dafür, dass die Gründe für die Beendigung des Anstellungsverhältnisses in der Behinderung des Kl. zu suchen sind.

Schon vor diesem Hintergrund kommt dem Schweigen der Bekl. zu den Kündigungsgründen keine entscheidende Bedeutung zu. Zwar kann die Nichtmitteilung der Gründe für die Kündigung ein Anhaltspunkt für eine verbotene Benachteiligung sein (so auch *Knittel*, SGB IX, 4. Aufl. 2010, § 81 Rz. 92, m.w.N.). Allerdings kann nach den hier gegebenen Umständen allein darauf nicht die Vermutung gestützt werden, es bestehe ein kausaler Zusammenhang zwischen der Behinderung und der Kündigung.

Gesellschaftsrecht

In diesem Sinne hat i.Ü. auch ... LAG Mainz v. 25.3.2011 – 9 Sa 678/10, ..., auf dessen Ausführungen der Kl. sich u.a. bezogen hat, nicht entschieden. Die dortige Kl.in hatte vielmehr ausweislich der Urteilsgründe „eine Reihe von Indiztatsachen vorgetragen“, also gerade nicht – wie der Kl. – maßgeblich auf die Nichtangabe von Gründen für die Kündigung verwiesen.

Die Bekl. hat dem Kl. auch keine Auskunft über die Kündigungsgründe zu erteilen. Ob ein (vertraglicher) Auskunftsanspruch angenommen werden könnte, wenn der Kl. ausreichende Indizien für eine Benachteiligung vorgetragen hätte, mag dahinstehen. Zu verneinen ist ein Auskunftsanspruch aber vor allem wegen der freien Abberufungsmöglichkeit gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG jedenfalls dann, wenn eine Benachteiligung lediglich pauschal behauptet wird.

Für diese Sichtweise dürfte auch sprechen, dass die von ... BAG v. 20.5.2010 – 8 AZR 287/08, NZA 2010, 1006 vorgelegte Frage nach dem Bestehen eines Auskunftsanspruchs von ... EuGH v. 19.4.2012 – Rs. C-145/10, NZA 2012, 493 – 495 dahingehend beantwortet wurde, dass – Betonung durch den Senat: nicht einmal – ein Arbeitnehmer, der schlüssig darlegt, dass er die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt, und dessen Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, einen Anspruch auf Auskunft darüber hat, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat (EuGH v. 19.4.2012 – Rs. C-145/10, NZA 2012, 493 – 495, juris Rz. 46). Zudem hat der EuGH in dieser Entscheidung lediglich ausgeführt, es gehöre zu den als Indiz in Betracht zu ziehenden Umständen, dass jeder Zugang zu Informationen verweigert worden sei, nicht aber, dass die Verweigerung jeglicher Information als alleiniges oder wenigstens als entscheidendes Indiz anzusehen ist. Da der EuGH darüber hinaus auch betont hat, dass es um die Sicherstellung der Ziele der Richtlinie gehe, eine Verweigerung von Informationen also nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien verfolgten Ziele beeinträchtigen darf, ergibt sich für den vorliegenden Fall, wie die Bekl. mit Recht meint, auch aus der Sicht des Senats nichts Erhebliches. Auch der EuGH geht ersichtlich davon aus, dass es zunächst an der die Benachteiligung behauptenden Partei ist, Tatsachen vorzutragen, die eine Diskriminierung wahrscheinlich erscheinen lassen.

(b) Eine Anwendung des in der „Danosa-Entscheidung“ des EuGH v. 11.11.2010 entwickelten Arbeitnehmerbegriffs ergibt sich auch nicht aufgrund anderer rechtlicher Erfordernisse.

(aa) Der vom Kl. angenommene, einheitliche unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, den es in dieser Ausprägung gar nicht gibt, ist im primären oder sekundären Gemeinschaftsrecht nicht definiert. Allerdings ist eine Definition des Begriffs vom EuGH – jeweils ausgehend von konkreten primär- oder sekundärrechtlichen Regelungen – als autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts anhand objektiver Kriterien entwickelt worden, die wiederum das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen sollen. Aufgrund der Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts, aber auch wegen des Zusammenspiels von unionsrechtlichem und nationalem Recht ist insoweit aber zu beachten, dass der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne der einen Vorschrift nicht automatisch und zwingend dem Begriff des Arbeitnehmers im Sinne einer anderen Vorschrift mit gänzlich anderem Regelungsgehalt entspricht. Ein Vorrang des nationalen

Rechts der Mitgliedstaaten würde der Anwendbarkeit des „unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs“ vorliegend allerdings nicht entgegen stehen. Die „Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichberechtigung in Beschäftigung und Beruf“ (im folgenden RL 2000(78/EG) enthält keine Anwendungs- oder Verweigerungsvorschriften, basiert also nicht auf einem einzelstaatlichen Arbeitnehmerbegriff, dieser wird vielmehr vorausgesetzt. Zudem bezweckt die Richtlinie ein einheitliches Schutzniveau (für die Anwendbarkeit deshalb etwa *Lunk/Rodenbusch*, GmbH 2012, 188 [192 – 193], m.w.N.).

Der EuGH hat außerdem festgestellt, dass es für die Arbeitnehmereneigenschaft ohne Bedeutung ist, dass das Beschäftigungsverhältnis nach nationalem Recht ein Rechtsverhältnis sui generis ist, da die Art der Rechtsbeziehung zwischen der Person und der anderen Partei des Arbeitsverhältnisses ohne Bedeutung (für die Anwendung der Richtlinie 92/85/EWG) sei, sofern sie die angeführten Voraussetzungen erfülle (EuGH v. 11.11.2010 – Rs. C-232/09, NJW 2011, 2343 ff.).

Die Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs setzt aber, wovon i.Ü. auch der Kl. ausgeht, voraus, dass die Auslegung des jeweiligen Sekundärrechts oder aber der konkreten Vorschrift des nationalen Rechts ausgehend von dem jeweiligen Regelungszusammenhang der betroffenen Richtlinie und deren Schutzzweck dessen Anwendung gebieten, was – wie dargestellt – nicht der Fall ist.

(bb) Der anhand der Richtlinie 92/85/EWG entwickelte Arbeitnehmerbegriff ist auf den Kl. schließlich auch ersichtlich nicht direkt anwendbar. Der EuGH (EuGH v. 11.11.2010 – Rs. C-232/09, NJW 2011, 2343 ff., Rz. 56) hat die ihm gestellten Vorlagefragen nämlich nur für die Zwecke der „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“ beantwortet. Der Anwendungsbereich dieser Richtlinie ist offenkundig nicht berührt.

(bb) Bei Anwendung der im deutschen Recht entwickelten Arbeitnehmerbegriffe lässt sich nicht feststellen, dass der Kl. den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX genießt.

(1) Das folgt allerdings nicht schon daraus, dass Mitglieder von Vertretungsorganen juristischer Personen generell keinen Sonderkündigungsschutz nach dieser Vorschrift genießen (so wohl *Rolfs* in Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht (EK), 12. Aufl. 2012, § 85 SGB IX Rz. 4 sowie u.a. *Neumann* in *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, 11. Aufl. 2005, § 85 Rz. 26 ebenso auch – allerdings nach damaligem Rechtsstand – BGH v. 9.2.1978 – II ZR 189/76, DB 1978, 878 = GmbH 1978, 85, zu §§ 12, 18 SchwbG). Ob sich Mitglieder gesetzlicher Vertretungsorgane auf den besonderen Kündigungsschutz des § 85 SGB IX berufen können, wenn ihr Anstellungsvertrag ein Arbeitsverhältnis ist (so etwa OLG München v. 16.5.2007 – 14 U 399/04, NZA-RR 2007, 579 – 581; *Griebeling* in *Hauck/Noftz*, SGB IX GK, § 85 Rz. 4a, m.w.N.; *Knittel*, SGB IX, 4. Aufl. 2010, § 85 Rz. 7e, m.w.N. und *Trenk-Hinterberger* in *Lachwitz/Schellhorn/Welti*, SGB IX, 3. Aufl. 2010, § 85 Rz. 7) und/oder dann, wenn sie aus-

Gesellschaftsrecht

nahmsweise besonders schutzbedürftig sind (so wohl OLG Hamm v. 26.4.2007 – 27 U 7/07, GmbHR 2007, 820 – 821 m. Komm. *Haase* sowie *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rz. 172 m.w.N.) bedarf keiner abschließenden Entscheidung des Senats. Anhand des Vortrags des Kl. lässt sich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nicht nachweisen. Auch eine besondere Schutzbedürftigkeit des Kl. vermag der Senat nicht zu erkennen.

(2) Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien lässt sich, anders als der Kl. meint, jedoch auch keinem „sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff“ entnehmen. Auch einen solchen, d.h. einheitlichen sozialversicherungsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers gibt es in der von ihm zugrunde gelegten Ausprägung nicht, worauf auch die Bekl. zutreffend hingewiesen hat. Anerkannt ist etwa, dass ein (nicht am Kapital beteiligtes) Organmitglied Beschäftigter i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV, also sozialversicherungspflichtig sein kann. Ob das hier der Fall ist, lässt sich mangels diesbezüglichen Vorbringens nicht einmal feststellen, liegt aber nach den zur Akte gereichten Gehaltsabrechnungen nahe. Ohne Hinzutreten weiterer Umstände lässt sich daraus aber nicht herleiten, dass das der Tätigkeit des Kl. zugrunde liegende Anstellungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis i.S. anderer Vorschriften des SGB, insbesondere des § 85 SGB IX wäre, da der Beschäftigungsbegriff des § 7 Abs. 1 SGB IV ausgehend von Sinn und Zweck des Sozialversicherungssystems ein gänzlich anderer ist als derjenige des § 85 SGB IX.

(3) Bei Anstellungsverträgen von Organmitgliedern juristischer Personen kann vielmehr nach der Rspr. des BGH stets, nach derjenigen des BAG hingegen nur regelmäßig davon ausgegangen werden, dass sie aufgrund eines Dienstverhältnisses und nicht eines Arbeitsverhältnisses tätig werden.

(a) Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH ist nach der st. Rspr. des BGH kein Arbeitsvertrag, sondern ein auf die Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramtes gerichteter freier Dienstvertrag, der nachrangig zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft regelt, welche nicht bereits durch die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers vorgegeben sind (so zuletzt BGH v. 10.5.2010 – II ZR 70/09, WM 2010, 1321 = GmbHR 2010, 808 m. Komm. *Ulrich* unter Hinweis auf BGH v. 10.1.2000 – II ZR 251/98, ZIP 2000, 508 ff. u.a. sowie aus der Kommentarliteratur *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rz. 172 m.N.). Dies schließt es allerdings nicht aus, dass die Parteien die entsprechende Geltung arbeitsrechtlicher Normen – etwa des Kündigungsschutzrechts – vereinbaren und auf diese Weise deren Regelungsgehalt zum Vertragsinhalt machen (BGH v. 10.1.2000 – II ZR 251/98, ZIP 2000, 508 ff.), was vorliegend jedoch nicht geschehen ist.

Die demgegenüber vom BAG in Betracht gezogene Möglichkeit, ein Anstellungsverhältnis zwischen einem GmbH-Geschäftsführer und der GmbH „bei starker interner Weisungsabhängigkeit“ als Arbeitsverhältnis anzusehen (vgl. etwa BAG v. 20.8.2003 – 5 AZB 79/02, BAGE 107, 165 = GmbHR 2003, 1208), ist – soweit ersichtlich – von der höchstgerichtlichen gesellschaftsrechtlichen Rspr. und Literatur bisher nicht aufgegriffen worden, überwiegend wird sie offen abgelehnt (vgl. zum Meinungsstand

Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rz. 172 bzw. Fn. 503).

Das OLG München hat allerdings in seinem ebenfalls zu § 85 SGB IX ergangenen Ur. v. 16.5.2007 – 14 U 399/04, NZA-RR 2007, 579-581 zu erkennen gegeben, dass es die Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen GmbH-Geschäftsführer und GmbH als durch persönliche Abhängigkeit geprägtes Arbeitsverhältnis bei entsprechend konkreter Ausgestaltung prinzipiell für möglich, im konkreten Fall jedoch nicht für gegeben hält. Demgegenüber hat ... OLG Hamm v. 26.4.2007 – 27 U 7/07, GmbHR 2007, 596 – 597 m. Komm. *Haase* eine deutlich engere und stärker an gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten angelehnte Auffassung vertreten und gemeint, die „Weisungsabhängigkeit“ des Geschäftsführers von der Gesellschafterversammlung sei stets gegeben und könne daher kein Kriterium für die Einordnung sein (OLG Hamm, aaO, juris Rz. 11). Andererseits hat aber auch das OLG Hamm zu erkennen gegeben, dass es die analoge Anwendung einzelner sozialschützender Bestimmungen des Arbeitsrechts zumindest auf solche Fremdgeschäftsführer, die nicht wesentlich am Unternehmensergebnis beteiligt sind, zumindest für möglich hält, das Vorliegen eines gesteigerten Sozialschutzes im konkreten Fall aber verneint.

(b) Arbeitnehmer ist nach deutschem Recht nur, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags (oder eines diesem gleichgestellten Rechtsverhältnisses) über entgeltliche Dienste für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit tätig ist. Für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft werden zahlreiche Einzelmerkmale verwendet, die zur Feststellung der persönlichen Abhängigkeit herangezogen werden, in der nach der Rspr. des BAG das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses gesehen wird (so zuletzt etwa LAG Rheinland-Pfalz v. 27.2.2012 – 5 Sa 607/11, GWR 2012, 308, juris Rz. 39, m.w.N.). Maßgeblich ist in materieller Hinsicht darauf abzustellen, inwieweit durch Fremdbestimmung der Arbeit in fachlicher, zeitlicher, örtlicher und organisatorischer Hinsicht eine persönliche Abhängigkeit des Dienstleistenden gegeben ist. Entscheidend ist, wie die Vertragsbeziehung nach ihrem Inhalt und ihrer praktischen Durchführung objektiv einzuordnen ist, wobei dann, wenn zwischen schriftlichem Vertragsinhalt und praktischer Durchführung Differenzen bestehen, der wahre Wille der Parteien primär anhand der tatsächlichen Vertragsdurchführung zu ermitteln ist. Ist dies nicht möglich, ist wieder auf den Willen abzustellen, der der Vertragsurkunde zu entnehmen ist (so etwa LAG Rheinland-Pfalz, aaO, m.w.N.).

Der Kl. hat schon nicht überzeugend darzutun vermocht, dass ein für die hier zu treffende Entscheidung erheblicher Widerspruch zwischen den seine Tätigkeit für die Bekl. bestimmenden schriftlichen Regelungen und deren praktischer Handhabung existiert hat.

aa) Nach dem Inhalt des Geschäftsführer-Dienstvertrags v. 1.3.2009, aber auch nach den Regelungen in der Geschäftsordnung der Bekl., kann unter Berücksichtigung der gesetzlichen Normen im GmbHG das Vorliegen eines freien Dienstvertrags nicht zweifelhaft sein. Nach § 1.1 der Geschäftsordnung hatte der Kl. die Geschäfte der Bekl. zu führen, was dem gesetzlichen Leitbild des § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG entspricht. Nach § 1.1 des Geschäftsführer-Dienstvertrags umfasste sein Verantwortungsbereich insbesondere die strategische, organisatorische und operative Ausrichtung der Bekl. Die Beschränkungen, denen der Kl.

Gesellschaftsrecht

gemäß § 6 der Geschäftsordnung unterlag, gehen – wie das LG zutreffend ausgeführt hat – nicht über das hinaus, was in Gesellschaftsverträgen mit Blick auf zustimmungspflichtige Geschäfte üblicherweise geregelt wird.

Letztlich beurteilt der Kl. dies ebenso, da er in erster Linie geltend macht, die schriftlichen Abreden seien nicht „gelebt“ worden und behauptet, tatsächlich habe er in viel stärkerem Maße Weisungen der Gesellschafterin unterlegen.

bb) Dass dies der Fall gewesen ist, lässt sich anhand des Vorbringens des Kl. jedoch nicht feststellen. Dass der Kl. wegen „starker interner Weisungsabhängigkeit“ tatsächlich einem leitenden Angestellten vergleichbar tätig gewesen ist und derart starken Beschränkungen unterworfen war, dass von einer Führung der Geschäfte der Bekl. i.S.d. § 35 GmbHG nicht mehr gesprochen werden kann, nimmt der Senat – wie schon das LG – nicht an. Zunächst nimmt der Senat auf die diesbezüglichen Ausführungen in dem angefochtenen Urteil Bezug und macht sich diese zu Eigen. Ergänzend ist lediglich das Folgende anzumerken:

(1) Daraus, dass er nicht alleiniger Geschäftsführer gewesen ist, kann der Kl. schon wegen § 35 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG nichts Entscheidendes herleiten. Gleiches gilt für die Regelungen zu seiner Vertretungsbefugnis in § 2.2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags. Die gemeinschaftliche Vertretung der Gesellschaft durch alle Geschäftsführer ist die Regel (§ 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG).

(2) Berichtspflichten gegenüber anderen Entscheidungsgremien des Konzerns sind zum einen bereits durch die Funktion und die Aufgaben des Geschäftsführers eines Tochterunternehmens bedingt. Zum anderen sind sie der internen Struktur der GmbH geschuldet und ergeben sich schon aus dem Gesetz, so etwa aus § 51a GmbHG. Berichtspflichten gegenüber der Gesellschafterversammlung treffen i.Ü. auch den Aufsichtsrat (vgl. dazu die Kommentierung zu § 52 GmbHG). Abgesehen davon sind nach der Erfahrung des Senats derartige Berichtspflichten gerade in Konzernen unerlässlich und absolut üblich. Zutreffend hat das LG auch darauf verwiesen, dass sich die Unabhängigkeit des Kl. auch darin zeigte, ausschließlich und direkt dem „CEO des Gesellschafter“ berichten zu müssen.

(3) Dass die Alleingesellschafterin über grobe Zielvorgaben hinaus dem Kl. konkrete Weisungen erteilt hätte, vermag der Senat nicht festzustellen. Derartige Vorgaben benennt der Kl. auch nicht. Die von ihm genannten Beispiele betreffen vielmehr ganz überwiegend die Strategie und Organisation der gesamten A-Gruppe und geben schon deshalb für die Annahme, dem Kl. habe jede eigene Entscheidungskompetenz gefehlt, nichts her. So betreffen die ... zur Akte gereichten E-Mails die „Qualitätsoffensive“ bzw. vertriebszweigübergreifende Aktionen zur Verkaufssteigerung nur vordergründig allein die von der Bekl. betriebenen Shops. Tatsächlich wird die Konzernspitze das gesamte Geschäft einschließlich sämtlicher Vertriebszweige im Blick gehabt haben.

Zielvorgaben sind gerade im Vertrieb vollkommen üblich. Entscheidend dürfte aber sein, dass dem Kl. nicht konkret vorgegeben wurde, wie er diese Zielvorgaben erreichen sollte. Im Übrigen dürfte es der Zugehörigkeit der Bekl. zur A-Gruppe geschuldet sein, dass Vorgaben hinsichtlich der „Geschäftspolitik und der Umsetzung von Vertriebskonzepten“ gemacht wurden oder auch hinsichtlich der Anzahl neu zu eröffnender A-Shops einschließlich deren (personeller) Ausstattung. Die A-Gruppe verfügt unstreit-

tig über verschiedene Vertriebskanäle und wird koordinieren wollen, in welchem Umfang welcher Vertriebsweg, d.h. auch die Shops, genutzt werden soll. So macht es z.B. wenig Sinn, einen Shop in unmittelbarer Nähe eines Discounters zu eröffnen, der A-Produkte vertreibt. Der Bekl. trägt jedoch nur die Verantwortung für die von der Bekl. betriebenen Shops, sodass es nicht verwundert, dass ihm der Gesamtstrategie zuzuordnende Vorgaben gemacht worden sind. Dass er insofern nicht befugt gewesen sein will, wesentliche eigene unternehmerische Entscheidungen zu treffen, trägt die von ihm begehrte Einordnung nicht. Der Kl. wird nicht ernsthaft erwartet haben, dass er als Leiter einer Vertriebspartei allein über die ganze Gruppe betreffende Marketingstrategien würde entscheiden können. Sein diesbezüglicher Vortrag ist zudem allzu vage, da er nur von übergreifenden strategischen Entscheidungen spricht, ohne aber die konkreten Entscheidungsbefugnisse zu berücksichtigen, die ihm laut § 6 der Geschäftsordnung verblieben sind. Betrachtet man den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte, bleibt kein nur unbedeutender eigener Spielraum. Sein Vortrag steht auch nicht in Gänze in Übereinstimmung mit diesem Katalog, etwa wenn er bemängelt, nicht die alleinige Einstellungsbefugnis gehabt zu haben, konkrete Fälle dieser Art aber nicht benennt.

(4) Was den Umgang mit seinen Mitarbeitern einschließlich sog. „underperformer“ anbelangt, hat der Kl. seinen Vortrag in der Klageschrift nachfolgend nicht uneingeschränkt aufrechterhalten. Nach der Geschäftsordnung verbleibt ihm jedenfalls ein nicht ganz unbedeutender Entscheidungsspielraum, auf den der Kl. jedoch in seinen Ausführungen nicht eingeht. Dies hat auch die Bekl. mehrfach bemängelt und ihn aufgefordert, nicht nur vorzutragen, was er nicht durfte, sondern darzutun, was er getan hat und entscheiden konnte. Abgesehen davon schenkt der Kl. nach dem Dafürhalten des Senats dem Umstand zu wenig Beachtung, dass gerade in Personalangelegenheiten in einem Konzern ein einheitliches Vorgehen sinnvoll sein dürfte.

(5) Dass der Kl. sich mit einem Konzept, das er der Gesellschafterin vortrug, nicht durchsetzen konnte, macht ihn nicht zum weisungsabhängigen Arbeitnehmer. Auch der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH kann bei entsprechenden Mehrheitserfordernissen in der Satzung nicht jede von ihm für sinnvoll gehaltene Entscheidung durchsetzen.

(6) Unproblematisch ist, dass der Kl. über die Prüfung der Bekl. durch ein externes Beratungsunternehmen nur informiert worden ist, in dessen Beauftragung aber nicht eingebunden war. Die Bekl. gehört zu einer Gruppe; wenn die Konzernspitze überprüfen lässt, ob die Strukturen effektiver gestaltet werden können und Einsparpotential vorhanden ist, hat das nicht eine von vielen Tochtergesellschaften oder deren Geschäftsführer zu entscheiden.

(7) Der Kl. unterlag auch weder hinsichtlich seiner Arbeitszeiten noch hinsichtlich des Arbeitsorts einem konkreten Weisungsrecht der Bekl.

Diese macht zunächst mit Recht geltend, dass mit dem Kl. keine feste wöchentliche Arbeitszeit bzw. Stundenzahl vereinbart worden ist. Dies ist in der Tat für einen Arbeitnehmer untypisch und spricht für das Vorliegen eines freien Dienstverhältnisses. Gleiches gilt für die Verpflichtung des Kl. gemäß § 2.3 des Geschäftsführer-Dienstvertrags,

Gesellschaftsrecht

wonach er „seine volle Arbeitskraft ausschließlich in den Dienst und Nutzen der Gesellschaft“ zu stellen hatte. Derartige Regelungen finden sich üblicherweise in den Dienstverträgen von Geschäftsführern. Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch die Vereinbarung unter § 2.4 des Geschäftsführer-Dienstvertrags, wonach der Kl. auf Wunsch der Gesellschaft auch Aufgaben in verbundenen Unternehmen, insbesondere die Aufgaben eines Geschäftsführers, Aufsichtsrats oder vergleichbare Positionen zu übernehmen gehabt hätte, wobei diese durch die vereinbarte Vergütung nach § 7 abgegolten gewesen wäre. Auch derartige Pflichten wären – was der Senat aus seiner Erfahrung zu beurteilen vermag und von der Bekl. zudem unwidersprochen vorgebracht worden ist – für Arbeitnehmer vollkommen untypisch. Tatsächlich war der Kl. in der Entscheidung, wann und wo er seine Tätigkeit ausführt, von den innerbetrieblichen Abläufen geschuldeten Notwendigkeiten abgesehen, frei. Jeder Berufstätige, der nicht völlig selbständig und ohne Kollegen oder Mitarbeiter tätig ist, muss auch seine Urlaubspläne mit irgendjemandem abstimmen und zwar schon, um die Vertretung zu regeln und die betrieblichen Abläufe zu sichern. Dies macht den Betroffenen nicht zu einem Arbeitnehmer. Gleiches gilt für das angebliche und von der Bekl. bestrittene „Genehmigungserfordernis“.

Die Pflicht des Kl., an zahlreichen Meetings teilzunehmen, hängt mit der Struktur der A-Gruppe zusammen, zu der die Bekl. gehört. Nach dem eigenen Vortrag des Kl. handelte es sich zudem ganz überwiegend um Meetings des Führungszirkels der Gruppe, sodass im Gegenteil der Umstand, dass der Kl. an all den Strategie-Treffen nicht hätte teilnehmen müssen, für seine Arbeitnehmereigenschaft gesprochen hätte. Dass er Geschäftsführer und nicht leitender Angestellter war, wie die Personen, die die anderen Vertriebskanäle leiteten, dürfte schlicht damit zusammenhängen, dass die Bekl. – aus welchen Gründen auch immer – als GmbH 2005 ausgegliedert worden ist. Wie der Kl. selbst vorträgt, ist dies letztlich reiner Zufall, gibt aber für die zu treffende Einordnung nichts her.

Soweit er bemängelt, er habe sich für den Zugang zu Gebäuden der gleichen CodeKarte wie andere Arbeitnehmer der Bekl. bedienen müssen, ist sein Vortrag nicht recht verständlich. Irgendwie musste der Kl. in das Gebäude der Bekl. kommen; war hierfür eine solche Code-Karte vonnöten, musste er sie einsetzen.

Dass er in den Räumen der Bekl. und zudem auch noch zu den Zeiten arbeiten musste, zu denen auch die anderen Mitarbeiter und seine „Vorgesetzten“ dort waren, verwundert ebenfalls nicht. Warum ihm hinsichtlich der Spesenabrechnung oder des Umgangs mit Geschenken eine andere (bessere?) Behandlung hätte zukommen müssen, wie den Kollegen, teilt der Kl. nicht mit. Abgesehen davon wurde ausweislich § 2.6 des Geschäftsführer-Dienstvertrags mit ihm auch eine anderslautende Regelung getroffen als mit den Angestellten.

(8) Nimmt man nach alledem die für einen Arbeitnehmer untypische Übernahme privater Versicherungen des Kl. in § 8 des Geschäftsführer-Dienstvertrags, den ihm zustehenden Dienstwagen nach dessen § 11.1 – entsprechend einem Executive Director – sowie die Abreden unter § 2.5 (Verbot des Erwerbs von Aktien etc. konkurrierender Unternehmen) in den Blick, ist in der Gesamtschau der Umstände auch unter Berücksichtigung des Vorbringens des Kl. von dessen Arbeitnehmerstellung nicht auszugehen.

cc) Jedenfalls fehlt es dem Kl. an der sozialen Schutzbedürftigkeit, die es – wie weiter oben erwähnt – im Ausnahmefall möglicherweise rechtfertigen könnte, ihm den Sonderkündigungsschutz des § 85 SGB IX zukommen zu lassen.

(1) Zu bedenken ist insofern zunächst, dass auch die §§ 85 ff. SGB IX keinen umfassenden (präventiven) Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor einer Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses bieten. § 85 SGB IX regelt zudem lediglich ein Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt, d.h. die Zustimmung des Integrationsamtes zu der vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung beseitigt die zunächst bestehende Kündigungssperre. Dabei soll der Sonderkündigungsschutz präventiv wirken. Indem er die Ausübung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts einer vorherigen Kontrolle des Integrationsamtes bereits im Vorfeld der Kündigung unterwirft, werden die besonderen Schutzinteressen schwerbehinderter Arbeitnehmer zur Geltung gebracht, wodurch eine mit dem Schutzzweck des Gesetzes unvereinbare Kündigung verhindert werden soll. Hiermit sollen die aus der Behinderung folgenden Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt möglichst ausgeglichen und die Wettbewerbsfähigkeit mit Nichtbehinderten hergestellt werden (*Knittel*, SGB IX, 4. Aufl. 2010, § 85 Rz. 3, m.w.N.). Das Integrationsamt trifft seine Entscheidung über die Zustimmung nach pflichtgemäßem nur durch Sinn und Zweck der besonderen Vorschriften für schwerbehinderte Menschen gebundenem Ermessen. Dabei hat es alles zu ermitteln, was die Abwägung der gegensätzlichen Interessen des schwerbehinderten Menschen und des Arbeitgebers ermöglicht. Einen Sonderkündigungsschutz hat es aber nur dann zu gewähren, wenn dieser der besonderen Situation schwerbehinderter Arbeitnehmer Rechnung tragen soll. Das Integrationsamt hat folglich nicht über die Frage etwa einer Sozialwidrigkeit der Kündigung zu befinden. Bei seiner Entscheidung können vielmehr nur solche Erwägungen eine Rolle spielen, die sich speziell aus der Schwerbehindertenfürsorge herleiten (*Knittel*, SGB IX, 4. Aufl. 2010, § 81 Rz. 71 ff.).

Ob der Kl., der unstreitig keinen Schwerbehinderteneinrichtungsplatz inne gehabt hat, dieser besonderen Fürsorge überhaupt bedurfte, ist seinem Sachvortrag nicht zu entnehmen. Zwar ist eine Einschränkung seiner beruflichen Wettbewerbsfähigkeit aufgrund seiner Behinderung nicht auszuschließen. Jedoch fehlt es an Vorbringen dazu, ob er gerade wegen seiner Behinderung den in seinem Beruf gestellten Anforderungen nicht wie ein vergleichbarer Nichtbehinderter genügt hat oder dass es beispielsweise zu behinderungsbedingten Leistungsdefiziten gekommen ist. Anhand seines Vortrags lässt sich folglich nicht einmal feststellen, dass das Integrationsamt berechtigte Gründe hätte anführen können.

Auch ist die zwischen den Parteien vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist von drei Monaten (§ 13.2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags) deutlich günstiger als die gesetzliche Regelung des § 86 SGB IX, der eine Kündigungsfrist von mindestens vier Wochen vorsieht. Im Übrigen ist die sich aus § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB, der auf Organmitglieder anstelle des § 621 Nr. 3 BGB Anwendung findet, ergebende Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Ende eines Kalendermonats gleichfalls ungünstiger als die vertragliche Regelung der Parteien in § 13.2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags.

(2) Hinzu tritt, dass der Kl. nicht nur mit einem festen Grundgehalt von 193.333,34 € brutto ein für Arbeitnehmer

Gesellschaftsrecht

unüblich hohes Gehalt bezogen, sondern darüber hinaus Anspruch auf Zahlung eines Bonus gehabt hat, der von der Erreichung bestimmter – teils betrieblicher – Ziele abhängig war, sodass er mittelbar am Erfolg des Unternehmens beteiligt worden ist. Darüber hinaus hat er eine soziale Absicherung genossen, die über den Schutz des § 85 SGB IX weit hinausgeht. Hier sind zum einen die Regelungen in §§ 13, 14 des Geschäftsführer-Dienstvertrags zu erwähnen, die dem Kl. im Alter eine deutlich bessere Versorgung sowie im Falle dauerhafter Arbeitsunfähigkeit eine dreimonatige Absicherung garantierten, zum anderen die zu seinen Gunsten auf Kosten der Bekl. abgeschlossenen privaten Versicherungen.

Hinzu kommt die nach der Erfahrung des Senats durchaus nicht gängige Abfindungsvereinbarung für den Fall der ordentlichen Kündigung des Anstellungsverhältnisses durch die Bekl. (§ 13.4 des Geschäftsführer-Dienstvertrags).

5. Kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

Die Unwirksamkeit der Kündigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot in den §§ 1, 7 Abs. 1 AGG lässt sich nicht feststellen.

Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG greift zum einen dann, wenn das Merkmal wirklich vorliegt (*Heinrichs* in Palandt, BGB, 70. Aufl., § 1 AGG Rz. 1), und zum anderen dann, wenn der Verletzer das Merkmal subjektiv annimmt (§ 7 Abs. 1 Halbs. 2 AGG).

a) Ob eine unter Verstoß gegen §§ 1, 7 Abs. 1 AGG erfolgte Kündigung gemäß § 134 BGB nichtig wäre (so etwa *Weidenkaff* in Palandt, BGB, 70. Aufl., § 7 AGG Rz. 5 und *Düwell* in Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 3. Aufl., § 85 Rz. 60) oder ob die Unwirksamkeit einer solchen Kündigung aus den §§ 138, 242 BGB herzuleiten wäre, kann offen bleiben. Gleiches gilt für die Frage, ob der sachliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet wäre, wenn der Kl. eine unter Verstoß gegen §§ 1, 7 Abs. 1 AGG ausgesprochene Kündigung des zwischen den Parteien bestehenden Anstellungsverhältnisses schlüssig dargetan hätte.

Denn der Kl. hat zwar in ausreichender Weise dargetan, i.S.v. § 3 Abs. 1 AGG eine weniger günstige Behandlung erfahren zu haben als andere Personen in vergleichbarer Situation, weil nur das mit ihm bestehende Anstellungsverhältnis gekündigt worden ist. Nicht ausreichend dargelegt ist aber, dass er diese weniger günstige Behandlung wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale erfahren hat.

b) Der Begriff der Behinderung i.S.v. § 1 AGG ist – der Entstehungsgeschichte des Gesetzes wegen – autonom auszulegen und medizinisch-sozial zu verstehen (*Heinrichs* in Palandt, BGB, 70. Aufl., § 7 AGG Rz. 6 unter Hinweis auf EuGH v. 11.7.2006 – Rs. C-13/2005 – „Navas“, NZA 2006, 839 u.a. Erfasst werden Einschränkungen, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind und ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben bilden (EuGH, aaO). Einschränkungen sind aber nur dann Behinderungen, wenn es sich um Abweichungen von dem für das Lebensalter typischen Zustand handelt und es wahrscheinlich ist, dass sie von langer Dauer sind. Die Begriffe „Krankheit“ und „Behinderung“ dürfen also nicht gleichgesetzt werden. Auch eine langandauernde Erkrankung, die zu längerer Arbeitsunfähigkeit führt, ist keine Behinderung i.S.d. § 1 AGG.

Ein Grad der Behinderung von 50, von dem aus den unter 4.a) dd) genannten Gründen auszugehen ist, fällt zweifellos unter den Behinderungsbegriff des § 1 AGG.

c) Der für den Verstoß gegen §§ 1, 7 Abs. 1 AGG erforderliche Zusammenhang zwischen der Behinderung und der Kündigung ist jedoch nicht ausreichend dargetan.

Auf die Ausführungen unter b) aa) (2) cc) ... dieses Urteils wird zur Vermeidung reiner Wiederholung Bezug genommen. Ergänzend ist lediglich folgendes auszuführen:

Das LG hat entgegen der Auffassung der Berufung weder die Reichweite noch die Auswirkungen des § 22 AGG verkannt. Die Beweiserleichterung des § 22 AGG, auf die sich der Kl. auch nach Ansicht des BGH (BGH v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, NZA 2012, 797 = GmbHR 2012, 845 m. Komm. *Brötzmann*) im Grundsatz durchaus berufen könnte, setzt, wie das LG richtig erkannt hat, voraus, dass Indizien vorgetragen werden, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen. Daran aber fehlt es, wie weiter oben unter 4. (aaO) ausgeführt wurde. Die Bekl. ist schon deshalb entgegen der Auffassung des Kl. nicht unter Beweislastgrundsätzen verpflichtet, darzutun, dass sie den Kl. nicht wegen seiner Behinderung entlassen hat. Vielmehr trifft den Arbeitgeber nach § 22 AGG die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen i.S.d. § 1 AGG vorgelegen hat, erst und nur dann, wenn die andere Partei Indizien vorträgt und erforderlichenfalls beweist, die eine solche Benachteiligung vermuten lassen (BGH v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, NZA 2012, 797 = GmbHR 2012, 845 m. Komm. *Brötzmann*, Rz. 25).

6. Keine notwendige Angabe von Gründen

Auch wenn der Kl. das landgerichtliche Urteil insofern nicht ausdrücklich angreift, ist der Vollständigkeit wegen zu erwähnen, dass der Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung v. 1.12.2009, wie das LG zutreffend ausgeführt hat, nicht entgegen steht, dass die Bekl. keine Gründe angegebe hat.

a) Zwar ist eine Beendigung des Anstellungsverhältnisses durch ordentliche Kündigung im Grundsatz nur möglich, wenn dieses nicht befristet ist (§ 620 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB). Die Parteien haben aber, was zulässig ist (vgl. etwa *Weidenkaff* in Palandt, BGB, 70. Aufl., § 620 Rz. 10 und *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rz. 242), vereinbart, dass die Beendigung des Anstellungsverhältnisses durch ordentliche Kündigung gleichwohl möglich sein soll. Nach § 13.2 des Geschäftsführer-Dienstvertrags (...) konnte der Vertrag auch während der Laufzeit – d.h. gemäß § 13.1 dieses Vertrags in der Zeit vom 1.3.2009 bis zum 31.12.2012 – durch beide Parteien mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.

b) Eines besonderen Kündigungsgrundes bedurfte es nicht. Zunächst nimmt der Senat Bezug auf die diesbezüglichen Ausführungen des LG in der angefochtenen Entscheidung – dort unter 2.c) – und macht sich diese zu Eigen. Ergänzend ist anzuführen, dass für die Richtigkeit dieses Standpunkts die Regelung in § 38 Abs. 1 GmbHG spricht, wonach die Bestellung der Geschäftsführer zu jeder Zeit und ohne Vorliegen von Gründen widerruflich ist. Wenn und weil das so ist, muss es der Gesellschaft vor dem Hintergrund des § 38 Abs. 1 GmbHG zu entnehmenden Trennungsgrundsatzes aber auch möglich sein, das Anstel-

Gesellschaftsrecht

lungsverhältnis mit dem Geschäftsführer gleichfalls ohne Angabe von Gründen ordentlich zu kündigen, da dieser ohnehin keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung in einer seiner früheren Tätigkeit vergleichbaren leitenden Funktion hat (BGH v. 11.10.2010 – II ZR 266/08, WM 2011, 38 = GmbHR 2011, 82) und andernfalls die Bestellungs- und die Abberufungs- sowie Organisationsfreiheit der Gesellschafterversammlung eingeschränkt würde.

c) In nicht zu beanstandender Weise hat das LG schließlich begründet, dass sich eine Unwirksamkeit der Kündigung nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in §§ 242, 138 BGB herleiten lässt. Auch die diesbezüglichen Ausführungen macht sich der Senat für seine Entscheidung zu Eigen. Ergänzend nimmt der Senat Bezug auf seine Ausführungen zum Fehlen hinreichenden Tatsachenvortrags des Kl. dazu, dass die Kündigung eine Benachteiligung wegen eines der Merkmale des § 1 AGG darstellt [soeben unter 4.b) cc) bbb) ... dieses Urteils].

B. Zahlung einer Abfindung

Die Berufung hat hingegen Erfolg, soweit der Kl. mit seinem Hilfsantrag Zahlung der Abfindung i.H.v. 145.000,01 € gebehrt.

1. Eintreten der innerprozessualen Bedingung

Diesen Antrag hat der Kl. ausdrücklich unter der Bedingung des Unterliegens mit seinen Feststellungsanträgen gestellt, was, da es sich um eine sog. innerprozessuale Bedingung handelt, trotz des Grundsatzes der Bedingungsfeindlichkeit von Prozesshandlungen zulässig ist (vgl. dazu statt aller Greger in Zöllner, ZPO, 28. Aufl. 2010, vor § 128 Rz. 20 m.N.). Die prozessuale Bedingung ist auch eingetreten, da die auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigungserklärung(en) gerichteten Klagen als unbegründet abgewiesen werden.

2. Unstreitigkeit der Höhe des Abfindungsanspruchs

Der Höhe nach ist der aus § 13.4 des Geschäftsführer-Dienstvertrags hergeleitete Abfindungsanspruch unstrittig. Fällig ist der Abfindungsanspruch nach der dortigen Regelung im Grundsatz „am letzten Tag des Dienstverhältnisses“ (§ 271 BGB). Im Ansatz zutreffend weist der Kl. auf dieser Grundlage darauf hin, dass er die für den Fall der ordentlichen Kündigung vereinbarte Abfindung bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses, d.h. am 31.3.2010, zu beanspruchen gehabt hätte. Allerdings beruft sich die Bekl. berechtigterweise auf ein ihr wegen der Klageerhebung zustehendes Leistungsverweigerungsrecht aus § 242 BGB. Die Vereinbarungen in § 13.4 des Geschäftsführer-Dienstvertrags sind nämlich dahin zu verstehen, dass die Bekl. die Abfindung nur dann spätestens am 31.3.2010 zu zahlen gehabt hätte, wenn der Kl. die Kündigung hingenommen hätte (§§ 133, 157 BGB), nicht aber auch dann, wenn er die Wirksamkeit der Kündigung zur Überprüfung durch ein Gericht stellt. Dass die Bekl. das Risiko eingehen wollte, auch im Falle der Klage die Abfindung zunächst einmal zahlen zu müssen, auch wenn sich nach jahrelangem Rechtsstreit herausstellen sollte, dass die Kündigung nicht zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses geführt hat, kann bei objektiver Betrachtung der beiderseitigen Interessen nicht angenommen werden (§§ 133, 157 BGB). Vielmehr ist die Regelung dahin zu verstehen, dass die Bekl. ihre Leistung bis zur Entscheidung über die Beendigung des Anstellungsverhältnisses zurückhalten durfte

(§§ 133, 157 BGB). Dieses Leistungsverweigerungsrecht hindert den Eintritt der Fälligkeit bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Beendigung des Anstellungsverhältnisses festgestellt wird (§§ 133, 157, 242 BGB).

Auf die Rechtskraft dieser Entscheidung kommt es dabei indes, anders als von der Bekl. angenommen, nicht an. Denn vor etwaigen Vollstreckungsschäden ist sie über die Vorschriften des Zivilverfahrensrechts zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hinlänglich geschützt. ...

C. Kein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH

Zu einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht kein Anlass. Ein solcher Anlass kann zwar für jedes Gericht bestehen und zwar dann, wenn zum einen eine gemeinschaftsrechtliche Frage entscheidungserheblich ist und zum anderen Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung dieser Frage bestehen oder diese Frage bewusst abweichend von der Rspr. des EuGH entschieden werden soll (vgl. zu alldem zuletzt BVerfG v. 16.5.2012 – I BvR 96/09, I BvR 117/09, I BvR 118/09, I BvR 128/09, AG 2012, 625 ff. unter 2. sowie *Wißmann* in EK, 12. Aufl. 2012, Art. 267 AEUV Rz. 18 ff., m.w.N.). Es könnte zwar zweifelhaft sein, ob der Kl. Arbeitnehmer i.S.d. der Richtlinie 2000/78/EG oder bei gebotener richtlinienkonformer Auslegung Beschäftigter i.S.d. § 6 Abs. 1 AGG wäre. Es kommt aber – wie ausgeführt – nicht entscheidungserheblich auf die Auslegung der Richtlinie 2000/78/EG an, da ihr Anwendungsbereich schon nicht eröffnet ist, was wiederum allein die nationalen Gerichte zu bestimmen haben.

IV.

... Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Anm. der Redaktion: Die Nichtzulassungsbeschwerde ist beim BGH anhängig unter dem Az. II ZR 342/12.

Der GmbHR-Kommentar

Die vorstehend abgedruckte und ausführlich begründete Entscheidung des 6. Senats des OLG Düsseldorf v. 18.10.2012 – I-6 U 47/12 verschafft weitere Orientierung in dem Spannungsverhältnis Europarecht zu nationalem Recht in Bezug auf die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften auf GmbH-Geschäftsführer.

Keine normative Definition des Arbeitnehmerbegriffs

Ausgangslage ist, dass sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht keine normative Definition des Arbeitnehmerbegriffs besteht. Diese – unklare – Rechtslage ist im Übrigen auch dem US-amerikanischen Recht nicht fremd. Dort wird u.a. anhand eines right-to-control-Tests eine Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom freien Beschäftigungsverhältnis z.B. beim Antidiskriminierungsrecht, beim Bundeseinkommenssteuerrecht und bei der Betriebsrentenversicherung vorgenommen. Diese Verfahrensregel stellt wie nach europäischem Rechtsverständnis im Prinzip darauf ab, in welchem Umfang ein Arbeitgeber einen Beschäftigten kontrollieren kann. Beschrieben wird dies genauso mit dem Weisungsumfang des Auftraggebers und der Einbindung in den Betriebsablauf. Allerdings stellt der right-to-control-Test auf den Weisungsumfang nach § 106 GewO ab, während die Danosa-Entscheidung (EuGH v. 11.11.2010 – Rs. C-232/09, AG 2011, 165) in

Gesellschaftsrecht

den Gründen einen mehr gesellschaftsrechtlichen Weisungsbegriff heranzieht und dieser unzutreffenderweise in der Kommentierung verallgemeinert wird. Schon allein das nationale Recht ist in seiner Abgrenzungspolitik differenziert, denn zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht einerseits und Steuerrecht andererseits besteht keine Bindung, so dass sich die Einordnung, ob der Geschäftsführer der GmbH, der z.B. zugleich Mehrheitsgesellschafter ist, arbeitsrechtlich erfasst oder Selbständiger ist, allein nach den steuerlichen Kriterien des Arbeitnehmerbegriffs (§ 1 Abs. 2 LStDV) richtet (BFH v. 23.4.2009 – VI R 81/06, GmbHR 2009, 833). Unabhängig davon, ob der Danosa-Entscheidung systematisch zugestimmt werden kann, da es ja in diesem Fall um den Abberufungsakt der Geschäftsführerin Danosa ging, ferner auch nach lettischem Recht zwischen Bestellung und Schuldverhältnis und dabei zwischen Arbeitsverhältnis und freiem Dienstverhältnis sehr wohl zu unterscheiden ist, ergibt sich aus dieser Entscheidung – und dies greift im Ergebnis das OLG Düsseldorf auf –, dass der Arbeitnehmerbegriff auf dieser Ebene unionsrechtlich und autonom auszulegen ist; es kommt dabei auf die Qualifizierung im nationalen Recht nicht an (Wank, EWiR 2011, 27 f.). Der EuGH zieht dabei seine ausgeprägte Rechtsprechung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV heran, wonach das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses darin bestehe, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Die Danosa-Entscheidung ist deshalb im Gesamtkontext der übrigen Rechtsprechung des EuGH von Relevanz, weil daraus nochmals deutlich wird, dass Normen des (deutschen) Arbeitsrechts auf Geschäftsführer anzuwenden sein werden, die auf europäischen Richtlinien mit seinen eigenen Begrifflichkeiten und jeweils speziellen Anwendungsbereichen beruhen (z.B. zum Urlaubsrecht unter europarechtlichen Aspekten ausführlich Forst, GmbHR 2012, 821 ff.).

Schlüsselbegriff: Die unionsrechtliche Determination nationaler Normen

Der Senat hat die Sache nicht dem EuGH vorgelegt. Das OLG führt aus, dass die nationalen Gerichte aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 280 Abs. 3 AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue selbst verpflichtet seien, die Auslegung des nationalen Rechts (hier steht der besondere Kündigungsschutz für Behinderte nach dem SGB IX im Raum) unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer Richtlinie auszurichten hätten. Diese Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bestehe aber nur dann, wenn das nationale Recht unionsrechtlich determiniert ist, insbesondere, weil es sich um ein Umsetzungsrecht zu einem unionsrechtlichen Rechtsakt handelt, oder wenn die Ziele der Richtlinie bzw. das europäische Primärrecht (EU-Verträge) dies gebieten. Der Senat hat dies überzeugend für § 85 SGB IX verneint, obwohl die europarechtliche Determination nationaler Normen in all seinen Verästelungen und Auswirkungen an anderer Stelle zu vertiefen wäre. Zur Nichtanwendung des besonderen Kündigungsschutzes für Behinderte gelangt das OLG durch die präzise durchgeführte Prüfung einer unionsrechtlichen Prägung des SGB IX anhand verschiedener Regelungsbereiche innerhalb dieses Gesetzes und weist überzeugend nach, dass der besondere Kündigungsschutz gerade nicht auf Europa-

recht beruht und somit nach nationalem Rechtsverständnis nicht unter den Anwendungsbereich der Norm fällt (nur für Arbeitnehmer) (vgl. III.A.4.b) (2) aa)). Kleindiek kommt zu dem Ergebnis, dass der Arbeitnehmerbegriff im Gemeinschaftsrecht weiter gefasst sei als der des nationalen deutschen Rechts (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, Anh. zu § 6 Rz. 5), womit es in europarechtskonformer Auslegung geboten sein kann, Fremd-Geschäftsführer in den Anwendungsbereich eines Gesetzes einzubeziehen, das auf europäischen Richtlinienrecht beruht (Kleindiek, aaO, § 6 Rz. 34). Verwiesen wird dabei auf das MuSchG, aber auch auf das TzBfG (Richtlinien 97/81/EG u. 199/70/EG). Für das Schwerbehindertenrecht (insbesondere Kündigungsschutz) ist dies vorliegend nun zu verneinen. Das gefundene Ergebnis ist zutreffend. Daraus ergibt sich, dass der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff bei der Anwendung deutschen Rechts heranzuziehen ist, wenn das deutsche Recht auf Unionsrecht beruht bzw. von diesem abzuleiten ist (vgl. dazu Darstellung von Lunk/Rodenbusch, GmbHR 2012, 188 [190], unter III.1.).

Dass die Entwicklung somit im Fluss ist oder die Auswirkungen der Europäisierung des deutschen Arbeitsrechts (so Lunk/Rodenbusch, GmbHR 2012, 188 [190], unter III.1.) nicht zu stoppen sei, ist naheliegend. Diese Einwirkung europarechtlicher Strukturen sollte jedoch nicht in unreflektierter Betrachtungsweise durch unangebrachte Verallgemeinerungen bzw. plakative Formulierungen forciert werden. Die Gesellschafterversammlung ist das in der Regel zuständige Organ für die Bestellung und den Vertragsschluss mit den Geschäftsführern. Dieses Organ muss im gedanklichen Portfolio haben, dass die Freiheit des Dienstvertrags (Geschäftsbesorgungsvertrag) eingegrenzt wird durch europäisches (Sekundär-)Recht im Bereich Binnenmarkt, europäische Sozialpolitik und Arbeitsschutz. Der Geschäftsführer ist jedoch nach wie vor als für die juristische Person handelndes Organ nicht Arbeitnehmer (vgl. Brötzmann, GmbHR 2012, 851 f., GmbHR-Kommentar zu BGH v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, GmbHR 2012, 845).

Dr. Ulrich Brötzmann, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Mainz

Haftung des Geschäftsführers: Verantwortlichkeit eines faktischen Geschäftsführers für Zahlungen nach Eintritt der Krise

GmbHG § 64; HGB § 130a

1. Die Insolvenzantragspflicht trifft auch den faktischen Geschäftsführer.
2. Für die Beurteilung, ob jemand als faktischer Geschäftsführer anzusehen ist, kommt es im Rahmen einer Gesamtschau darauf an, ob er die Geschicke der GmbH maßgeblich in die Hand genommen hat; nicht maßgeblich ist, ob der bestellte Geschäftsführer völlig aus seiner Position verdrängt wird.*

OLG Köln, Urt. v. 15.12.2011 – 18 U 188/11
(nicht rechtskräftig)

* Leitsätze der Redaktion.