

Die Organmitglieder, das AGG und der BGH!

Die Anwendung des AGG auch auf Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder hat zwar von Anfang an für Diskussionen gesorgt, war aber dennoch vielerorts nicht jedem wirklich bewusst. Spätestens durch das Urteil des *II. Zivilsenats* des *BGH* vom 23. 4. 2012 (II ZR 163/10, BeckRS 2012, 13521) ist das Problem nun auch in der Praxis „angekommen“. Worum ging es in dem entschiedenen Fall? Dem 62jährigen Geschäftsführer einer Klinik war nach Ablauf seines befristeten Vertrags kein neuer Vertrag angeboten worden. Stattdessen wurde ein jüngerer Mitbewerber zum Geschäftsführer bestellt. Dummerweise hatte der Aufsichtsratsvorsitzende der Klinik gegenüber der Presse erklärt, dass der Kläger wegen seines Alters nicht weiterbeschäftigt worden war. Der Kläger verlangte Ersatz des materiellen und des immateriellen Schadens. Der *BGH* hat ihm Recht gegeben. Das AGG ist auf den Kläger anwendbar, weil der Zugang zur Erwerbstätigkeit auch den Fall erfasst, dass die Bestellung und Anstellung des Geschäftsführers einer GmbH infolge Befristung abläuft und er sich erneut um das Amt des Geschäftsführers bewirbt. Überprüfungsfrei sind dagegen nach § 6 III AGG die Kündigung und die Befristung als solche.



Leider hat der *BGH* an dieser Stelle ausdrücklich offen gelassen, ob der Fremdgeschäftsführer einer GmbH auch als Arbeitnehmer angesehen werden kann. Wenn man die Rechtsprechung des *EuGH* in der Rechtssache „Danosa“ (NZA 2011, 143, s. dazu instruktiv *Oberthür*, NZA 2011, 253), die solche Geschäftsführer jedenfalls für die Mutterschutz-Richtlinie (Richtlinie 92/85/EWG) als Arbeitnehmer ansieht, trotz der besonderen Schutzbedürftigkeit von Schwangeren auf die Gleichbehandlungs-Richtlinien überträgt, ist das AGG auf sie nämlich umfassend anwendbar, entweder in europarechtskonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung des § 6 AGG oder spätestens nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers.

Im Übrigen werden die Vorschriften des AGG vom *BGH* zwar unaufgeregt subsumiert, das Urteil bringt der Praxis aber nur wenig Erkenntnisgewinn. Immerhin steht jetzt fest, dass § 22 AGG, der von der Verweisung des § 6 III AGG ausgenommen ist, wegen seines Schutzzwecks auch bei der Benachteiligung von Organmitgliedern anwendbar ist. Das bedeutet: Wer vorbringt, entscheidungserheblich für die Nichteinstellung seien andere Gründe wie zum Beispiel fehlende Leistungsfähigkeit gewesen, muss sie nachvollziehbar und gründlich dokumentieren. Offen bleiben indessen viele andere Fragen, über die der *BGH* nicht entscheiden musste – die wichtigste ist die mögliche Rechtfertigung bei Benachteiligungen wegen des Alters. Ein Beispiel von vielen sind Höchstaltersgrenzen. Hier spricht vieles dafür, Besonderheiten der Organstellung zu berücksichtigen und Altersgrenzen unterhalb des Regelrenteneintrittsalters, etwa von 60 Jahren, für zulässig zu halten.

Professor Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg