

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

§ 1 Einleitung	15
§ 2 Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Grundlegungen und der Bedarf einer neuen Grundkonzeption	20
A. Der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch im deutschen Recht ...	20
I. Anspruchsinhalt	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 Förderpflicht	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) Organschafliche 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 Umsetzungsakte	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 Richtlinienvorgaben	91
2.	Infiniter Zirkel von Tatbestand und Rechtsfolge	92

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
§ 3 Grundrechtliche Analyse des Konflikts zwischen Geschäftsführer und Gesellschaftern	101
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 widerstreitende 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 Schutzpflichtendimension	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
§ 4	Auflösung des Grundrechtskonflikts zwischen Geschäftsführer und Gesellschaftern	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 Abberufungsmotiven	157
I.	Relevanz der Motive der Abberufung	157
II.	Schutzpflichtenaktivierung durch Hinzutreten weiterer Grundrechte	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 Kumulation der Schutzpflichten	165
1.	Schutzpflichten-Kumulation	165
2.	Bedeutung der Privatautonomie	166
IV.	Keine Umsetzung der Schutzpflicht im geltenden spezialgesetzlichen 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 Abberufungsbeschluss 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 Vorschriften 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
§ 5	Vorschlag für die Umsetzung der Schutzpflichten durch Zuerkennung eines Beschäftigungsanspruchs des Geschäftsführers	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 arbeitsrechtlichen 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 Befristung	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 Geschäftsführers?	198
D.	Anspruchsinhalt bei treuwidriger Umgehung des Beschäftigungsanspruchs	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
§ 6 Zusammenfassung und Ausblick	206
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	206
B. Ausblick	210
Literaturverzeichnis	212
Stichwortverzeichnis	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“¹. 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.² 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.³ Es werde allgemein für „verächtlich“ gehalten, „Lohn in Empfang zu nehmen, der nicht durch entsprechende Leistungen verdient ist“.⁴ Zugleich werde der Arbeitnehmer gehindert, seine beruflichen Fähigkeiten durch stetige Tätigkeit zu erhalten und fortzubilden – kurz: seine Persönlichkeit zu entfalten.⁵ 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.⁶ Das in der Regel neben der Organstellung noch bestehende Anstellungsverhältnis könne schon keinen Beschäftigungsanspruch beinhalten, da der Geschäftsführer nach geltendem GmbHG jederzeit durch die Gesellschafter aus der Organ-

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

² 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.

³ BAG 10.11.1955, BAGE 2, 221 (225).

⁴ BAG 10.11.1955, BAGE 2, 221 (225).

⁵ BAG 10.11.1955, BAGE 2, 221 (225).

⁶ BGH 9.2.1978, NJW 1978, 1435; 26.6.1995, NJW 1995, 2850; 10.5.2010, NJW 2010, 2343.

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

Die Beschäftigung eines Geschäftsführers in der Organstellung, trotz einer vorherigen Abberufungsentscheidung der Gesellschafter, erstmals (implizit) vorgesehen hat der EuGH in seiner *Danosa*-Entscheidung⁹. 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 verstoße. 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.¹⁰ 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-

⁷ BGH 28.10.2002, NZG 2003, 84; dazu Anm. *Goette*, DStR 2002, 2182; BGH 11.10.2010, NZG 2011, 112.

⁸ BGH 28.10.2002, NZG 2003, 84; 11.10.2010, NZG 2011, 112.

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

¹⁰ Siehe näher unter § 2 C. III. 1. und § 2 D.

bar.¹¹ Das Organverhältnis findet regelmäßig insoweit Berücksichtigung als eine „Erstreckung“ des Anwendungsbereichs bestimmter Arbeitnehmerschutzgesetze auf die Organstellung untersucht wird.¹² 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 gelassen¹³ und der Geschäftsführer auf die materielle Absicherung durch das fortbestehende Dienstverhältnis verwiesen.¹⁴ 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.¹⁵

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

¹¹ 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.

¹² 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.

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

¹⁴ Ebenfalls *Mohr*, ZHR 178 (2014), 326 (343).

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