

Anwendung des AGG auf GmbH-Geschäftsführer

In seinem Urteil vom 23. April 2012 (Az.: II ZR 163/10) hat sich der BGH erstmals mit Fragen der Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) auf Organmitglieder beschäftigt. Im Ergebnis wendet der BGH die Vorschriften des AGG an, wenn sich der bisherige, infolge Fristablaufs aus seinem Anstellungsverhältnis und seiner Organstellung ausgeschiedene Geschäftsführer erneut um die Stelle des Geschäftsführers bewirbt.

Dem Betroffenen kommt die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG zugute. Der diskriminierende Umstand muss ferner nicht als ausschlaggebende Ursache für die Entscheidung des Arbeitgebers feststehen. Es genügt vielmehr, wenn er die Entscheidung als Teil eines Motivbündels beeinflusst hat.

In seinem Urteil setzt sich der BGH zunächst mit dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des AGG auseinander (I.), anschließend geht er auf die Anwendbarkeit der Vermutungswirkung des § 22 AGG (II.) ein. Zudem stellt der BGH klar, dass dem Betroffenen im Rahmen der Darlegung der Kausalität der Benachteiligung für die Ablehnung seiner Bewerbung eine Beweiserleichterung zugutekommen kann (III.). Fazit ist, dass auch ein aufgrund Befristung ausscheidendes Organmitglied beim Wiederbesetzungsprozess seiner eigenen Stelle durch das AGG geschützt ist. Dies wird nicht nur bei dem Auslaufen einer Befristung relevant, sondern auch bei den – in der Praxis verbreiteten – Altersgrenzen unterhalb der Regelaltersgrenze (IV.).

Der im März 1947 geborene Kläger war bis zum Ablauf seiner Amtszeit am 31. August 2009 der medizinische Geschäftsführer der beklagten Kliniken der Stadt Köln. Dem fakultativen Aufsichtsrat der Beklagten obliegen nach der Satzung der Abschluss, die Änderung und die Aufhebung der Anstellungsverträge mit den Geschäftsführern. Aufgrund einer Empfehlung des Aufsichtsrats erfolgt die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung. Der Geschäftsführeranstel-

lungsvertrag des Klägers aus dem Jahre 2004 hatte eine auf fünf Jahre beschränkte Laufzeit. Vereinbarungsgemäß hatten die Vertragspartner spätestens ein Jahr vor dem Ende der Laufzeit des Vertrages zu erklären, ob sie zu einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses bereit seien. Mit Schreiben vom 04. August 2008 erklärte der Kläger seine Bereitschaft zur Vertragsverlängerung. Der Aufsichtsrat der Beklagten beschloss jedoch, das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger nicht über den 31. August 2009 hinaus fortzusetzen. In der Folge wurde die Stelle des medizinischen Geschäftsführers mit einem 41-jährigen Mitbewerber besetzt. Gegenüber der Presse gab der Aufsichtsratsvorsitzende an, der Kläger sei wegen seines Alters nicht weiterbeschäftigt worden.

Der im Zeitpunkt der (regulären) Vertragsbeendigung 62 Jahre alte Kläger war der Auffassung, dass die Entscheidung des Aufsichtsrates gegen das im AGG geregelte Verbot der Altersdiskriminierung verstoße. Er begehrte den Ersatz seiner materiellen und eine Entschädigung wegen immaterieller Schäden.

Das Landgericht Köln wies seine Klage mit Urteil vom 27. November 2009 (Az.: 87 O 71/09) ab. Das OLG Köln

gab der Klage am 29. Juli 2010 (Az.: 18 U 196/09) im Wesentlichen statt.

- Anwendbarkeit des AGG bei der Entscheidung über die Wiederbeschäftigung des ausgeschiedenen GmbH-Geschäftsführers
- Dem betroffenen Organmitglied kommt hinsichtlich des Vorliegens einer Diskriminierung im Sinne des AGG die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast gem. § 22 AGG zugute
- Es genügt, wenn der diskriminierende Umstand lediglich als Teil eines Motivbündels die Entscheidung beeinflusst hat
- Beweiserleichterung bei der Darlegung des materiellen Schadens, wenn nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung für die Einstellung bei regelgerechtem Vorgehen besteht

Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Der BGH bestätigte die Entscheidung des OLG Köln, wonach der Kläger durch den Nichtabschluss eines neuen Anstellungsvertrags und die Nichtwiederbestellung zum Geschäftsführer altersbedingt im Sinne der §§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 1, 1 AGG benachteiligt worden sei.

Zielsetzung des am 18. August 2006 in Kraft getretenen AGG ist der umfassende Schutz vor Benachteiligungen aus einer der sieben "Todsünden", die in § 1 AGG abschließend aufgezählt sind. Die sieben Diskriminierungsmerkmale des AGG sind:

- Rasse
- Ethnische Herkunft
- Geschlecht
- Religion und Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- Sexuelle Identität

Für den Fall einer ungerechtfertigten Benachteiligung hat der Betroffene gemäß § 15 AGG einen Anspruch auf Ersatz materieller und Entschädigung immaterieller Schäden. Anspruchsgegner ist ausschließlich der Arbeitgeber. Die Beweislastverteilung für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen wird durch § 22 AGG geregelt. Danach obliegt es dem Benachteiligten, Indizien zu beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG geregelten

Grundes vermuten lassen. Erst wenn ihm dies gelingt, ändert sich die Beweislast und es obliegt dem Arbeitgeber, zu beweisen, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorgelegen hat.

Den rechtlichen Hintergrund der Entscheidung des BGH bildet im Wesentlichen eine Vorschrift des AGG: Das AGG findet gemäß § 6 Abs. 3 AGG auf Organmitglieder nur insoweit Anwendung, als die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betroffen sind.

Sowohl bei dem Abschluss eines Geschäftsführeranstellungsvertrages als auch bei der Bestellung zum Geschäftsführer nach §§ 6, 35 ff. GmbHG ist das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot somit anwendbar. Demgegenüber muss die Gesellschafterversammlung bzw. der Aufsichtsrat keine Abwägung nach dem AGG vornehmen, wenn das Anstellungsverhältnis eines Geschäftsführers beendet und seine Bestellung zum Geschäftsführer widerrufen werden soll.

Vor der Entscheidung des BGH stellte sich die Frage, ob das Diskriminierungsverbot mit seinen entsprechenden Folgen auch bei der Entscheidung über die Wiederbeschäftigung eines ausgeschiedenen GmbH-Geschäftsführers anwendbar ist. In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, die Entscheidung, ein Organmitglied nicht wiederzubestellen bzw. -anzustellen sei eine Entlassungsentscheidung und falle somit nicht in den Anwendungsbereich des AGG.

Dieser Ansicht ist der BGH in seiner Entscheidung vom 23. April 2012 nicht gefolgt.

I. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des AGG

Mit knappen Ausführungen stimmt der BGH der Entscheidung des Berufungsgerichts zunächst dahingehend zu, dass der persönliche Anwendungsbereich des AGG gem. § 6 Abs. 3 AGG für den Kläger eröffnet sei. Danach gelten die Vorschriften des zweiten Abschnitts des Gesetzes für Geschäftsführer entsprechend, soweit u.a. die Bedingungen für den Zugang der Erwerbstätigkeit betroffen sind.

Der sachliche Anwendungsbereich des AGG sei ebenfalls eröffnet, da der Zugang zur Erwerbstätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG betroffen sei.

Zugang zur Erwerbstätigkeit

Unter das Merkmal des *Zugangs zur Erwerbstätigkeit* im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG fallen zunächst sowohl der Abschluss eines Geschäftsführeranstellungsvertrages als auch die Bestellung zum Geschäftsführer nach §§ 6, 35 ff. GmbHG. Nach Ansicht des BGH sei vom Begriff des Zugangs zur Erwerbstätigkeit jedoch auch der Fall erfasst, dass die Bestellung des Geschäftsführers aufgrund einer Befristung endet und die Stelle neu besetzt werden soll. Der bisherige, infolge Fristablaufs aus seinem Anstellungsverhältnis und seinem Amt ausgeschiedene Geschäftsführer erstrebe einen neuen Zugang zu der Tätigkeit, wenn er sich erneut um die Stelle des Geschäftsführers bewerbe. Nach Auffassung des BGH handle es sich gerade nicht um eine Entlassungs- und Widerrufsentscheidung. Zu überprüfen sei nicht die Zulässigkeit der Befristung des Anstellungsverhältnisses, sondern die Zulässigkeit der Entscheidung, den Kläger nicht erneut zum Geschäftsführer zu berufen und mit ihm kein neues Vertragsverhältnis zu begründen. Bei dieser Entscheidung müssen demnach die Grenzen des AGG beachtet werden. Dem ausgeschiedenen Geschäftsführer komme somit derselbe Schutz durch die Vorschriften des AGG zugute wie auch jedem anderen Bewerber, wenn er sich erneut um das Geschäftsführeramt bewerbe.

II. Anwendung von § 22 AGG

Der BGH stimmt dem Berufungsgericht auch dahingehend zu, dass dem Kläger die Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nach § 22 AGG zugutekomme. Der Arbeitnehmer muss lediglich Indizien vortragen, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Indizien sind Tatsachen, die einen mittelbaren Schluss auf die beweis erhebliche Haupttatsache zulassen. Der Tatrichter ist bei einem auf Indizien gestützten Beweis grundsätzlich frei, welche Beweiskraft er den Indizien im Einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst. Er stellt die den Indizien zukommenden Wahrscheinlichkeitsgrade und die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen fest. Nach Auffassung des BGH genügt es, dass in der Sitzung des Aufsichtsrates der Beklagten allein über das Alter des Klägers, nicht auch über etwaige Leistungsdefizite gesprochen wurde. Ein Indiz sei auch in der Tatsache zu sehen, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrates gegenüber der Presse erklärt habe, dass die anstehenden Umbrüche auf dem Gesundheitsmarkt und die damit verbundene Notwendigkeit einer langfristigen Kontinuität einer Vertragsverlängerung entgegenstehen würden. Obwohl § 22 AGG nicht im

zweiten Abschnitt des AGG steht, wie es § 6 Abs. 3 AGG seinem Wortlaut nach für die Anwendbarkeit von Vorschriften auf Organmitglieder voraussetzt, ist die Vorschrift nach Ansicht des BGH auch auf Organmitgliedern anwendbar. Es oblag demnach der Anstellungskörperschaft dazulegen und zu beweisen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen im Sinne des § 1 AGG vorgelegen hat.

Schutzzweck der Norm

Die Anwendbarkeit leitet der BGH aus dem Schutzzweck der Norm her. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 8 der Antirassismusrichtlinie (2000/43/EG), Art. 10 der Gleichbehandlungsrichtlinie (2000/78/EG), Art. 9 der Unisex-Richtlinie (2004/113/EG) und der Beweislastrichtlinie (97/80/EG). Durch § 22 AGG soll sichergestellt werden, dass die Schutzregeln, die u.a. im zweiten Abschnitt des Gesetzes aufgeführt sind, im Prozesswege durchsetzbar sind. Nach Ansicht des BGH bestehe kein Grund, diese Regel nur auf Beschäftigte im Sinne des § 6 Abs. 1 AGG zu beziehen und nicht auch auf Organmitglieder im Sinne des § 6 Abs. 3 AGG. Beide Gruppen seien für die Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche typischerweise gleichermaßen auf Erleichterungen bei der Darlegungs- und Beweislast angewiesen. Der Auffassung des BGH ist zuzustimmen. § 6 Abs. 3 AGG verweist auch nicht auf den ersten Abschnitt des AGG, in dem die Diskriminierungsmerkmale geregelt sind, oder den siebten Abschnitt mit den Schlussvorschriften. Dass diese Normen trotz fehlender Verweisung auch für die in § 6 Abs. 3 AGG genannten Personengruppen anwendbar sein müssen, dürfte unumstritten sein.

Diskriminierender Umstand als Teil eines Motivbündels

Zudem stellt der BGH klar, dass der diskriminierende Umstand gerade nicht die nicht hinweg zu denkende Ursache für die Entscheidung gewesen sein müsse. Es sei vielmehr ausreichend, wenn dieser Umstand als **"Teil eines Motivbündels"** die Entscheidung des Arbeitgebers beeinflusst habe. Es genügt somit, dass der Arbeitgeber ein verbotenes Merkmal zum Anknüpfungspunkt für eine nachteilige Folge nimmt und das Merkmal somit kausal für die Benachteiligung ist. Es ist unerheblich, ob hierbei zusätzlich subjektive Aspekte im Sinne einer Diskriminierungsabsicht vorlagen. Beruht die Entscheidung des Arbeitgebers auf einem Motivbündel, ist allein entscheidend, ob hierunter auch eines der verbotenen Merkmale war. Demnach hätte die Beklagte darlegen müssen, dass die angeblich zuvor gerügten Mängel der Amtsführung des Klägers derart ge-

wichtig gewesen seien, dass der Aspekt des Alters dahinter zurückgetreten sei. Dies ist jedoch nicht geschehen. Die Bemerkungen des Aufsichtsratsvorsitzenden gegenüber der Presse hat der Zweite Zivilsenat des BGH als ausreichend für die Beweislastumkehr nach § 22 AGG angesehen.

III. Rechtsfolge der Altersdiskriminierung

Im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG ist zu berücksichtigen, dass – wie grundsätzlich bei jedem Schadensersatzanspruch – der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität hat. Der Anspruchsteller muss somit darlegen und erforderlichenfalls beweisen, dass die Benachteiligung für die Ablehnung seiner Bewerbung ursächlich geworden ist. Daran ändert auch die Vermutungsregel des § 22 AGG nichts. Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Rechtsgrund der Haftung und entfaltet für die Rechtsfolge keine Wirkung. Lediglich für den Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens aus § 15 Abs. 2 AGG ordnet § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG eine Ausnahme an. Danach darf die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Diese Regelung kann allerdings nicht auf den Fall des Ersatzes von Vermögensschäden nach § 15 Abs. 1 AGG übertragen werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es jedoch zunächst widersprüchlich, dem Betroffenen für den Rechtsgrund der Haftung mit guten Gründen eine Beweislastumkehr zu gewähren, ihm diese auf der Rechtsfolgenseite (haftungsausfüllende Kausalität) jedoch wieder zu entziehen. Diesem Gedanken kann allerdings entgegengehalten werden, dass dem Anspruchsteller im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG auch nach Ansicht des BGH eine Beweiserleichterung zugutekommt, wenn nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit für eine Einstellung bei regelrechtem Vorgehen der Anstellungskörperschaft besteht. Ein der Lebenserfahrung entsprechender Sachverhalt kann nach Ansicht des BGH angenommen werden, wenn – wie im vorliegenden Fall –

- der Anspruchsteller bis auf einige eher wenig gravierende – hinsichtlich ihrer Berechtigung nicht überprüfte – Kritikpunkte kompetent sei, zu dem wirtschaftlichen Erfolg der Beklagten beizutragen und
- – im Gegensatz zu seinem Mitbewerber – mit den Geschäften der Beklagten bereits vertraut gewesen sei.
- Demgegenüber reicht der bloße Hinweis darauf, dass der Arbeitgeber seinen Entscheidungsprozess nicht transparent gemacht habe, nicht aus.

IV. Fazit

Das Urteil des BGH ist ein wichtiger Schritt für mehr Rechtssicherheit bei der Anwendung des AGG auf Organmitglieder. Es zeigt, dass das AGG nicht nur ein "zahnloser Tiger" ist und Unternehmen sich im Umgang mit ihren Organmitgliedern nicht in Sicherheit wiegen können.

Die Anwendbarkeit des AGG auf Geschäftsführer ist gem. § 6 Abs. 3 AGG auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit beschränkt, während die Gesellschafterversammlung oder der Aufsichtsrat bei der Entscheidung, das Anstellungsverhältnis eines Geschäftsführers durch Entlassung zu beenden und seine Bestellung zum Geschäftsführer zu widerrufen, keine Abwägung nach dem AGG vornehmen müssen.

Wollen die zuständigen Gesellschaftsorgane die Stelle eines abberufenen oder sonst aus dem Amt geschiedenen Geschäftsführers hingegen wieder neu besetzen, müssen sie bei der Auswahl des neuen Geschäftsführers nach der Entscheidung des BGH wieder die Grenzen des AGG beachten, wenn sich der bisherige Geschäftsführer erneut bewirbt. Dies wird jedoch nicht nur bei dem Auslaufen einer Befristung relevant, sondern auch bei den – in der Praxis verbreiteten – Altersgrenzen unterhalb der Regelaltersgrenze. In der Praxis ist bei der Kommunikation der Entscheidungsgründe insbesondere zu beachten, dass es für den Rechtsgrund der Haftung des Arbeitgebers ausreicht, wenn der diskriminierende Umstand als Teil eines Motivbündels die Entscheidung beeinflusst hat. Ferner sollten die Gründe der Entscheidung vom Arbeitgeber dokumentiert werden, um den im Streitfall gem. § 22 AGG erforderlichen Gegenbeweis führen zu können.

In Zukunft bleibt abzuwarten, wie vor dem Hintergrund des europäischen Gemeinschaftsrechts hinsichtlich des bei Organmitgliedern stark eingeschränkten Anwendungsbereichs des AGG entschieden wird. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH zukünftig die Anwendbarkeit sämtlicher Diskriminierungsverbote – entgegen § 6 Abs. 3 AGG – auf Organmitglieder ausweitet.

Wir verweisen zudem auf den von Thomas Hey herausgegebenen Kommentar zum AGG. Der klassische Praxis-kommentar behandelt systematisch alle Probleme der einzelnen Paragraphen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

Ihre Kontakte

Thomas Hey

Partner, Düsseldorf

T: +49 211 4355-5413

E: thomas.hey@cliffordchance.com

Editha Beitze

Senior Associate

T: +49 211 4355-5407

E: editha.beitze@cliffordchance.com

Dr. Christian Vogel

Counsel, Düsseldorf

T: +49 211 4355-5773

E: christian.vogel@cliffordchance.com

Dr. Werner Brickwedde

Associate, Düsseldorf

T: +49 211 4355-5433

E: werner.brickwedde@cliffordchance.com

Dieser Newsletter dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2012

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: <http://www.cliffordchance.com/german-regulatory>

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Brüssel ■ Bukarest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hongkong ■ Istanbul ■ Kiew ■ London ■ Luxemburg ■ Madrid ■ Mailand ■ Moskau ■ München ■ New York ■ Paris ■ Peking ■ Perth ■ Prag ■ Riad* ■ Rom ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapur ■ Sydney ■ Tokio ■ Warschau ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance hat eine Kooperationsvereinbarung mit Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riad.