

* GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer

AGG § 6 I Nr. 1; ArbGG § 5

Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH ist bei europarechtskonformer Auslegung jedenfalls insoweit als Arbeitnehmer im Sinne von § 6 I 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wie bei einer Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags der sachliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes über § 2 I Nr. 2 AGG eröffnet ist.

BGH, Urteil vom 26.3.2019 – II ZR 244/17

Zum Sachverhalt

Der am 28.3.1955 geborene Kl. war seit dem 1.9.2005 Geschäftsführer der Bekl., die bis zum Jahre 2014 unter der Bezeichnung „T-GmbH“ firmierte. Der Anstellungsvertrag vom 16.8.2005 (im Folgenden: Dienstvertrag) enthält zu der Vertragsdauer in § 7 folgende Regelung:

„§ 7. (1) Dieser Dienstvertrag wird für die Zeit vom 1.9.2005 bis zum 31.8.2010 abgeschlossen; über eine Anschlussregelung werden frühzeitig Gespräche aufgenommen.

(2) Erfolgt keine Wiederbestellung, endet dieser Vertrag mit Ablauf der Bestellung.

(3) Unabhängig davon behalten sich beide Vertragsschließenden vor, mit Ihrem Eintritt in das 61. Lebensjahr das Dienstverhältnis durch eine einseitige Erklärung mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende zu beenden. Eine solche Beendigung des Dienstverhältnisses gilt als Übergang in den Ruhestand und löst die Leistungen nach den Ver-

BGH: * GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer (NJW 2019, 2086)

2087  

sorgungszusagen aus. Hinsichtlich der Höhe der Versorgungszusagen wird bei einer Beendigung durch die Gesellschaft unterstellt, das Dienstverhältnis hätte bei der regulären Laufzeit des Vertrags geendet. Diese Ankündigung der zzt. geltenden Regelung steht unter dem Vorbehalt einer etwaigen Änderung.“

Der Dienstvertrag wurde mehrfach verlängert, zuletzt für die Zeit vom 31.8.2013 bis zum 31.8.2018. Im Anschluss an die letzte Verlängerung wurde die Bekl. an einen Dritten veräußert und im Jahr 2014 wieder in den T-Konzern integriert. Am 1.8.2015 wurde die Bekl. an den Finanzinvestor V. verkauft. Mit Gesellschafterbeschluss vom 3.8.2015 wurde der Kl. als Geschäftsführer der Bekl. abberufen und mit Schreiben vom 3.9.2015 widerrufenlich freigestellt. Mit Schreiben vom 23.6.2016 erklärte die Bekl. unter Beifügung des Gesellschafterbeschlusses der Bekl. vom selben Tag die Kündigung des Dienstvertrags des Kl. zum 31.12.2016. Das Kündigungsschreiben ging dem Kl. vor Ablauf des Monats Juni 2016 zu.

Der Kl. verlangte mit seiner Klage die Feststellung, dass sein Dienstvertrag durch die Kündigung vom 23.6.2016 nicht beendet wurde, insbesondere nicht zum 31.12.2016.

Das *LG Hagen* (Urt. v. 13.12.2016 – 21 O 79/16, BeckRS 2016, 124899) hat die Klage abgewiesen. Das *OLG Hamm* (NZG 2017, 1065 = ZIP 2017, 1665) hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgte der Kl. sein Klagebegehren weiter. Das Rechtsmittel hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen

- 5 I. Das BerGer. (*OLG Hamm*, NZG 2017, 1065 = ZIP 2017, 1665) hat im Wesentlichen ausgeführt: Das zwischen den Parteien bestehende Dienstverhältnis sei durch die Kündigung der Bekl. vom 23.6.2016 zum 31.12.2016 beendet worden.
- 6 – 11 (*Wird ausgeführt; die Ausführungen sind abrufbar unter BeckRS 2019, 8075.*)
- 12 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Annahme, die Kündigungsregelung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags des Kl. sei nicht nach § 7 II AGG unwirksam, beruht auf einer fehlerhaften Anwendung von § 10 AGG.
- 13 1. Die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sind auf den Streitfall anzuwenden. Dem steht nicht entgegen, dass die Altersgrenze in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags am 1.9.2005 und damit vor Inkrafttreten des AGG am 18.8.2006 von den Parteien vereinbart wurde. Die Regelungen des AGG sind auch auf Altersgrenzen anzuwenden, die vor Inkrafttreten des AGG einzelvertraglich vereinbart wurden, wenn die Altersgrenze im Einzelfall erst mit oder wie vorliegend nach Inkrafttreten des AGG erreicht wird. Nur wenn die Altersgrenze bereits vor dem 18.8.2006 erreicht wurde, gilt nach § 33 I AGG altes Recht (*BAGE* 131, 113 = AP TzBfG § 14 Nr. 64 = NZA 2009, 1355 Rn. 36 ff. = NJW 2009, 3808 Ls.; *BAG*, NZA 2013, 1428 Rn. 28; NZA 2016, 695 Rn. 31; *BAG*, Urt. v. 17.3.2016 – 8 AZR 677/14, BeckRS 2016, 67630).
- 14 2. Der sachliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet.
- 15 a) Die Vereinbarung der Möglichkeit, mit Eintritt in das 61. Lebensjahr das Dienstverhältnis des Kl. durch eine einseitige Erklärung mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende zu beenden, ist eine Entlassungsbedingung nach § 2 I Nr. 2 AGG. Entlassungsbedingungen iSv § 2 I Nr. 2 AGG sind insbesondere Kündigungen (*BAG*, NJW 2011, 3113 Rn. 14; Urt. v. 17.3.2016 – 8 AZR 677/14, BeckRS 2016, 67630).
- 16 b) Zutreffend hat das BerGer. die Anwendung des AGG auf den vorliegenden Sachverhalt nicht als durch § 2 IV AGG ausgeschlossen angesehen. Danach gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Der Ausschluss findet auf Kündigungen, die nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterfallen, keine Anwendung (*BAGE* 147, 60 = AP AGG § 2 Nr. 3 = NZA 2014, 372 Rn. 14 ff. = NJW 2014, 1470 Ls.; *BAGE* 152, 134 = AP AGG § 7 Nr. 7 = NJW 2016, 268 Rn. 23). Das Kündigungsschutzgesetz findet auf einen Geschäftsführerdienstvertrag keine Anwendung (*BGH*, NJW-RR 2007, 1632 = ZIP 2007, 910 Rn. 6; NJW 2010, 2343 = ZIP 2010, 1288 Rn. 7).
- 17 3. Auch der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet.
- 18 a) Die Anwendbarkeit des AGG auf die Vereinbarung einer Entlassungsbedingung zwischen einer GmbH und ihrem Fremdgeschäftsführer ergibt sich allerdings nicht bereits aus § 6 III AGG.
- 19 aa) Nach § 6 III AGG gelten die Vorschriften des Abschnitts 2 des AGG über den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung (§ 6 bis § 18 AGG) für Selbstständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer oder Geschäftsführerinnen und Vorstände, entsprechend, soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft. Entlassungsbedingungen werden vom Anwendungsbereich des § 6 III AGG nicht erfasst (vgl. *BGHZ* 193, 110 = NJW 2012, 2346 Rn. 21).
- 20 bb) Etwas anderes ergibt sich nicht aus einer erweiternden europarechtskonformen Auslegung von § 6 III AGG (*Bauer/Arnold*, ZIP 2008, 993 [998 f.]; aA *MüKoBGB/Thüsing*, 8. Aufl., § 2 AGG Rn. 8).

- 21 Aus den europarechtlichen Vorgaben lässt sich nicht ableiten, dass der Bereich des Zugangs zur Erwerbstätigkeit zugleich die Entlassungsbedingungen erfasst. In Art. 3 I der RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) wird zwischen dem Zugang zur Erwerbstätigkeit (Buchst. a) und den Entlassungsbedingungen (Buchst. c) unterschieden. Diese differenzierende Systematik der Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber in § 2 I Nr. 1 und 2 AGG umgesetzt. Wenn § 6 III AGG dieser Differenzierung folgend nur von Zugang zur Erwerbstätigkeit spricht, wären die Entlassungsbedingungen iSv § 2 I Nr. 2 AGG nur dann von § 6 III AGG erfasst, wenn man die Vorschrift entgegen ihres Wortlauts auslegen würde. Nach deutschem Recht ist aber eine Auslegung gegen den Wortlaut und gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nicht zulässig (*BGH*, NJW 2013, 2674 = WM 2013, 1417 Rn. 42; *BGHZ* 207, 209 = NJW 2016, 1718 Rn. 43, jew. mwN). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den europäischen Rechtsvorschriften. Eine europarechtskonforme Auslegung darf nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen (*BGH*, NJW 2013, 2674 = WM 2013, 1417 Rn. 42 mwN). Damit findet die europarechtskonforme Auslegung einer nationalen Vorschrift ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten (*BGH*, NJW 2013, 2674 = WM 2013, 1417 Rn. 42; *BVerfGK* 19, 89 = NJW 2012, 669 = ZIP 2012, 911 Rn. 47, 56).
- 22 b) Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH ist aber bei europarechtskonformer Auslegung jedenfalls insoweit als

BGH: * GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer (NJW 2019, 2086)

2088 ▲
▼

Arbeitnehmer iSv § 6 I 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wie bei einer Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags der sachliche Anwendungsbereich des AGG über § 2 I Nr. 2 AGG eröffnet ist.

- 23 aa) Die durch die Danosa-Entscheidung des *EuGH* (ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NJW 2011, 2343 = ZIP 2010, 2414 Rn. 39ff., 51) aufgeworfene Frage, ob und inwieweit für den Personenkreis der Fremdgeschäftsführer einer GmbH über den Gesetzeswortlaut des § 6 III AGG hinausgehend der Geltungs- und Schutzbereich des AGG eröffnet ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Von einem Teil des Schrifttums wird die Auffassung vertreten, dass diesem Personenkreis als Arbeitnehmer iSd § 6 I Nr. 1 AGG der arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz des AGG zustehe und dieser nicht auf die Zugangsbedingungen nach § 6 III AGG beschränkt sei (vgl. *Fischer*, NJW 2011, 2329 [2331]; *Hohenstatt/Naber*, ZIP 2012, 1989 [1990]; *Junker*, NZA 2011, 950 [951]; *Kort*, NZG 2013, 601 [607]; *Lunk/Rodenbusch*, GmbHR 2012, 188 [192f.]; *Paefgen*, ZIP 2012, 1296 [1297]; *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 [60 f.]; *Reichold/Heinrich*, FS H.P. Westermann 2008, 1315 [1329f.] – analoge Anwendung; *Reiserer*, DB 2011, 2262 [2265]; *Stagat*, NZA-RR 2011, 617 [622]; *Reufels/Molle*, NZA-RR 2011, 281 [282f.]; *Wank*, EWiR 2011, 27 [28]; *Wilsing/Meyer*, DB 2011, 341 [342]; BeckOGK/*Benecke*, 1.9.2018, § 6 AGG Rn. 78; BeckOKArbR/*Roloff*, 50. Ed. 1.12.2018, § 6 AGG Rn. 9; ErfK/*Schlachter*, 19. Aufl., § 6 AGG Rn. 6; *Palandt/Weidenkaff*, BGB, 78. Aufl., § 6 AGG Rn. 2; MüKoBGB/*Thüsing*, 8. Aufl., § 2 AGG Rn. 11; *Staudinger/Serr*, BGB, Neubearb. 2018, § 6 AGG Rn. 30; *Oetker* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 35 GmbHG, Rn. 101; *Buck-Heeb* in *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 4. Aufl., Anhang zu § 6 Rn. 36; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 19. Aufl., Anhang zu § 6 Rn. 46, § 6 Rn. 34; *U. H. Schneider/Hohenstatt* in *Scholz*, GmbHG, 11. Aufl., § 35 Rn. 326; diff. *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG, 2. Aufl., § 35 Rn. 256). Dem wird entgegengehalten, da sich aus der RL 2000/78/EG keine unmittelbaren Anhaltspunkte dafür ergäben, dass die Benachteiligungsverbote im Hinblick auf Beschäfti-

gungs- und Arbeitsbedingungen über den Personenkreis der „Arbeitnehmer“ hinausgehend aus unionsrechtlichen Gründen auch auf Fremdgeschäftsführer einer GmbH zu erstrecken seien, verbleibe es bei der Geltung des AGG in dem vom deutschen Gesetzgeber durch § 6 III AGG bestimmten Umfang (vgl. nur MüKoGmbHG/*Jaeger/Steinbrück*, 3. Aufl., § 35 Rn. 263 c mwN). Andere lehnen eine europarechtskonforme Auslegung wegen der Eindeutigkeit der Regelung in § 6 III AGG ab (etwa *Kalb* in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 6 AGG Rn. 23 mwN).

- 24 bb) Der *Senat* hat bisher offengelassen, ob ein Fremdgeschäftsführer, wie hier der Kl., im Wege der Auslegung des § 6 I AGG als Beschäftigter, insbesondere als Arbeitnehmer iSd § 6 I Nr. 1 AGG, angesehen werden kann (vgl. *BGHZ* 193, 110 = *NJW* 2012, 2346 Rn. 17). Er beantwortet die Frage dahin, dass ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH jedenfalls insoweit als Arbeitnehmer iSd § 6 I Nr. 1 AGG anzusehen ist, wie der Anwendungsbereich des AGG über § 2 I Nr. 2 AGG wegen der Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags eröffnet ist. Eine solche Auslegung ist durch die seit der Entscheidung *Danosa* weiterentwickelte Rechtsprechung des *EuGH* in einer Weise geklärt, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („acte éclairé“), weshalb eine Vorlage an den *EuGH* nicht erforderlich ist (vgl. *BVerfGE* 147, 364 = *NJW* 2018, 686 Rn. 43 mwN).
- 25 (1) Da die RL 2000/78/EG in Art. 3 I Buchst. c den Arbeitnehmer vor Diskriminierungen durch Entlassungsbedingungen als Teil der Arbeitsbedingungen schützen will, das AGG die Richtlinie insoweit inhaltsgleich umgesetzt hat und die Richtlinie nicht auf den Arbeitnehmerbegriff des deutschen Rechts verweist, ist der Begriff Arbeitnehmer in § 6 I Nr. 1 AGG unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH* unionsrechtlich auszulegen (vgl. *BAG*, *NJW* 2019, 1627 = *NZA* 2019, 490, zVb in *BAGE*).
- 26 Der Begriff des Arbeitnehmers findet in der RL 2000/78/EG bei der Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs in Art. 3 keine Verwendung. Dort ist umfassender von – im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten – allen Personen in öffentlichen und privaten Bereichen die Rede. Eine Eingrenzung findet indes durch die Bestimmung des sachlichen Geltungsbereichs statt. Die Richtlinie gilt nach Art. 3 I Buchst. c unter anderem in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts. Danach schützt die Richtlinie als Ausschnitt des weiten Personenbegriffs jedenfalls den von Entlassungsbedingungen als Bestandteil der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen betroffenen Arbeitnehmer. Das AGG dient der Umsetzung von vier EU-Antidiskriminierungsrichtlinien, unter anderem der RL 2000/78/EG. § 2 I Nr. 2 AGG erfasst in Umsetzung des in Art. 3 I Buchst. c der Richtlinie definierten sachlichen Anwendungsbereichs ebenfalls die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts. Dadurch schützt der sachliche Anwendungsbereich des AGG, ebenso wie derjenige der RL 2000/78/EG, jedenfalls den von Entlassungsbedingungen als Bestandteil der Arbeitsbedingungen betroffenen Arbeitnehmer. Im Unterschied zur Richtlinie benennt das AGG in § 6 I Nr. 1 AGG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als geschützte Personengruppe unter dem allgemeinen Oberbegriff der Beschäftigten. Der deutsche Gesetzgeber hat den Begriff des Arbeitnehmers nicht definiert. Er lässt Auslegungsspielräume offen, die unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des *EuGH* unionsrechtlich zu füllen sind.
- 27 Die Rechtsprechung des *BGH*, wonach Organmitglieder keine Arbeitnehmer im Sinne der arbeitsrechtlichen Bestimmungen sind, sondern selbst Arbeitgeberfunktionen ausüben (stRspr; vgl. nur *BGHZ* 49, 30 [31 f.] = *NJW* 1968, 396; *BGHZ* 79, 291 [292 f.] = *NJW* 1981, 1270; *BGH*, *NJW* 2010, 2343 = *ZIP* 2010, 1288 Rn. 7, jew. mwN; ebenso *BAG*, *NJW* 2019, 1627 = *NZA* 2019, 490 mwN, zVb in *BAGE*), steht der Einordnung des Fremdgeschäftsführers einer GmbH als Arbeitnehmer iSd § 6 I Nr. 1 AGG nicht entgegen.

gen. Denn diese Rechtsprechung geht von dem im vorliegenden Zusammenhang nicht maßgeblichen nationalen Arbeitnehmerbegriff aus. Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* ist die Natur des Beschäftigungsverhältnisses nach nationalem Recht für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts ohne Bedeutung (*EuGH*, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NJW 2011, 2343 = ZIP 2010, 2414 Rn. 40 – Danosa; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455 = NJW 2015, 2481 = ZIP 2015, 1555 Rn. 35 – Balkaya mwN).

- 28** (2) Die Richtlinie und in ihrer Umsetzung das AGG wollen einen breiten Personenkreis schützen. Dieses Ziel lässt es zu, den Fremdgeschäftsführer einer GmbH als vor Diskriminierung durch Entlassungsbedingungen geschützten Arbeitnehmer iSd § 2 I Nr. 2 AGG anzusehen.
- 29** Bei der Auslegung nationaler Bestimmungen, die der Umsetzung von EU-Richtlinien dienen, ist stets diejenige

BGH: * GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer (NJW 2019, 2086)

2089 ▲
▼

Auslegung zu wählen, die die Ziele der Richtlinie am besten verwirklicht (effet utile; vgl. *BGH*, EuZW 2008, 377 = ZIP 2008, 1018 Rn. 17 = NJW 2008, 2464 Ls. – FRIZ I; *BGH*, WM 2012, 371 = BeckRS 2011, 20248 Rn. 17; *EuGH*, ECLI:EU:C:2002:497 = Slg. 2002, I-7289 [7289] = BeckRS 2004, 75459 Rn. 28 mwN – Munoz „volle Wirkung“; vgl. auch *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:21 = Slg. 2010, I-393 = NJW 2010, 427 Rn. 48 – Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG; *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:278 = AP RL 2000/78/EG Nr. 33 = EuZW 2016, 466 = ZIP 2016, 1085 Rn. 42 – Dansk Industri). Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* ergibt sich sowohl aus dem Titel und den Erwägungsgründen als auch aus dem Inhalt und der Zielsetzung der RL 2000/78/EG, dass diese einen allgemeinen Rahmen schaffen soll, der gewährleistet, dass jeder „in Beschäftigung und Beruf“ gleich behandelt wird, indem sie dem Betroffenen einen wirksamen Schutz vor Diskriminierungen aus einem der in ihrem Art. 1 genannten Gründe – darunter auch das Alter – bietet (*EuGH*, ECLI:EU:C:2011:573 = Slg. 2011, I-8034 = NJW 2011, 3209 = ZIP 2011, 1882 Rn. 39 – Prigge; *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:772 = NJW 2013, 587 = ZIP 2013, 136 Rn. 32 – Odar; *EuGH*, ECLI:EU:C:2016:604 = NJW 2016, 2796 = ZIP 2016, 1498 Rn. 32 – Kratzer, alle mwN). Diesem umfassenden Ziel entsprechend dürfen die Begriffe, die in der Umsetzung in nationales Recht den Anwendungsbereich dieser Richtlinie festlegen, darunter der in § 6 I 1 Nr. 1 AGG verwendete Begriff des Arbeitnehmers, nicht eng ausgelegt werden. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass der nationale Gesetzgeber hinter dem Schutzbereich der Richtlinie zurückbleiben wollte. Vielmehr formuliert er in der Gesetzesbegründung zu § 6 I AGG, erfasst würden alle Personen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (RegE eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 16/1780, 34).

- 30** (3) Dies vorausgesetzt ist bei europarechtskonformer Auslegung unter Berücksichtigung des durch den *EuGH* geprägten Arbeitnehmerbegriffs ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH jedenfalls insoweit als Arbeitnehmer iSv § 6 I 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wie der Anwendungsbereich des AGG über § 2 I Nr. 2 AGG wegen der Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags eröffnet ist.
- 31** (a) Der Begriff des Arbeitnehmers ist nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des *EuGH* anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. In diesem Kontext besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (*EuGH*, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NJW 2011, 2343 = ZIP 2010, 2414 Rn. 39 – Danosa; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455

= NJW 2015, 2481 = ZIP 2015, 1555 Rn. 34 – Balkaya, beide mwN; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:574 = *EuZW* 2015, 922 = ZIP 2015, 2340 Rn. 41 – Holterman Ferho Exploitatie).

- 32** Die Eigenschaft einer Person als Mitglied eines Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft als solche schließt es nicht aus, dass sich diese Person in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber der betreffenden Gesellschaft befindet (vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NJW 2011, 2343 = ZIP 2010, 2414 Rn. 47 – Danosa; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455 = NJW 2015, 2481 = ZIP 2015, 1555 Rn. 38 – Balkaya mwN). Zu prüfen sind nämlich die Bedingungen, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, der Umfang der Befugnisse des Mitglieds und die Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden kann (*EuGH*, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NJW 2011, 2343 = ZIP 2010, 2414 Rn. 47 – Danosa; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455 = NJW 2015, 2481 = ZIP 2015, 1555 Rn. 38 – Balkaya).
- 33** Ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, das seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, erfüllt die Voraussetzungen, um als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts zu gelten (*EuGH*, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NJW 2011, 2343 = ZIP 2010, 2414 Rn. 51, 56 – Danosa; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455 = NJW 2015, 2481 = ZIP 2015, 1555 Rn. 39 – Balkaya; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:574 = *EuZW* 2015, 922 = ZIP 2015, 2340 Rn. 45 ff. – Holterman Ferho Exploitatie).
- 34** (b) Auf der Grundlage dieser durch den *EuGH* entwickelten Kriterien ist der Kl. als Arbeitnehmer iSv § 6 I 1 Nr. 1 AGG anzusehen, was das nationale Gericht selbstständig zu prüfen hat (vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:674 = Slg. 2010, I-11435 = NJW 2011, 2343 = ZIP 2010, 2414 Rn. 33 ff. – Danosa; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:574 = *EuZW* 2015, 922 = ZIP 2015, 2340 Rn. 46 f. – Holterman Ferho Exploitatie). Der Kl. war Mitglied der Unternehmensleitung der Bekl. und erbrachte gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft (vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455 = NJW 2015, 2481 = ZIP 2015, 1555 Rn. 41 – Balkaya; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:574 = *EuZW* 2015, 922 = ZIP 2015, 2340 Rn. 41, 45 – Holterman Ferho Exploitatie), die ihn bestellt hatte und in die er als Fremdgeschäftsführer eingegliedert war. Als solcher befand er sich in einem Unterordnungsverhältnis zur Bekl. Nicht der Geschäftsführer, sondern die Gesellschafterversammlung trifft die für die Geschicke der Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen und setzt sie durch Weisungen an die Geschäftsführer um. Die Gesellschafterversammlung nimmt zudem ein umfassendes Prüfungs- und Überwachungsrecht gegenüber der Geschäftsführung wahr (vgl. §§ 37, 46 Nr. 5, 6 und 8 GmbHG; vgl. *BGH*, NJW 2019, 1512 = NZG 2019, 505 Rn. 33 mwN, zVb in *BGHZ*), das vorliegend durch die Überwachung durch den Aufsichtsrat ergänzt wurde (§ 1 I Nr. 3 DrittelG, § 111 I AktG). Die Bestellung des Kl. konnte gem. § 38 I GmbHG grundsätzlich jederzeit widerrufen werden (zu diesen Erwägungen vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455 = NJW 2015, 2481 = ZIP 2015, 1555 Rn. 40 – Balkaya; *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:574 = *EuZW* 2015, 922 = ZIP 2015, 2340 Rn. 41, 45 – Holterman Ferho Exploitatie). Ein solches Mitglied der Unternehmensleitung einer GmbH befindet sich – unbeschadet der Tatsache, dass es bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben über einen Ermessensspielraum verfügt, der über den eines Arbeitnehmers im Sinne des deutschen Rechts hinausgeht – zu der Gesellschaft in einem Unterordnungsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* (vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2015:455 = NJW 2015, 2481 = ZIP 2015, 1555 Rn. 41 – Balkaya).
- 35** cc) Dieser Auslegung steht § 6 III AGG nicht entgegen. Sinn und Zweck des § 6 III AGG ist darauf gerichtet, den Schutz vor Benachteiligungen aus den in § 1 AGG ge-



nannten Gründen unter anderem auf Geschäftsführer auszudehnen. Mit der dort getroffenen Anordnung der Geltung des zweiten Abschnitts des AGG, soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft, wird der persönliche Anwendungsbereich des AGG erweitert (*BGHZ* 193, 110 = *NJW* 2012, 2346 Rn. 19). Es ist nicht ersichtlich, dass damit der Schutz der Personen, für die die Vorschriften des AGG bereits wegen § 6 I 1 Nr. 1 AGG gelten, eingeschränkt werden soll.

- 36** 4. Das BerGer. hat zutreffend eine unmittelbare Benachteiligung des Kl. iSv § 7 I, § 3 I 1, § 1 AGG bejaht. Die Regelung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags räumt der Bekl. ein Kündigungsrecht für den Fall des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den Kl. ein. Damit ist das Kündigungsrecht der Bekl. an einen der in § 1 AGG genannten Gründe, nämlich das Alter, geknüpft. Hierdurch wird der Kl. wegen seines Alters benachteiligt, weil ein solches Kündigungsrecht gegenüber einem jüngeren Geschäftsführer nicht bestehen würde.
- 37** 5. Nicht frei von Rechtsfehlern ist indes die Annahme des BerGer., die Ungleichbehandlung des Kl. durch die Vereinbarung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags sei vor dem Hintergrund betriebs- und unternehmensbezogener Interessen gem. § 10 AGG gerechtfertigt. Dem bisherigen Parteivortrag lässt sich kein legitimes Ziel für eine unterschiedliche Behandlung des Kl. wegen seines Alters entnehmen. Es sind auch sonst keine Umstände ersichtlich, aus denen sich ein legitimes Ziel herleiten lässt.
- 38** a) Nach § 10 S. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach S. 2 der Vorschrift müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein.
- 39** aa) Derjenige, der sich auf die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters in einer vertraglichen Vereinbarung nach § 10 AGG beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass mit der Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel iSv § 10 S. 1 AGG angestrebt wird (*BAGE* 129, 181 = *AP AGG* § 15 Nr. 1 = *NZA* 2009, 945 Rn. 56; *BAGE* 141, 73 = *AP TVöD* § 26 Nr. 2 = *NJW* 2012, 3465 Rn. 19; *BAGE* 152, 134 = *AP AGG* § 7 Nr. 7 = *NJW* 2016, 268 Rn. 37; *BAG*, *NZA* 2016, 1081 = *AP AGG* § 10 Nr. 8 Rn. 50; *NZA-RR* 2016, 438 Rn. 23; *NZA* 2017, 339 Rn. 20) und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (*BAG*, *NZA* 2016, 1081 = *AP AGG* § 10 Nr. 8 Rn. 50; *NZA-RR* 2016, 438 Rn. 23; *NZA* 2017, 339 Rn. 20). Der Arbeitgeber genügt seiner Darlegungslast nicht mit allgemeinen Ausführungen. Vielmehr hat er substanziierten Sachvortrag zu leisten (*BAG*, *NZA* 2016, 1081 = *AP AGG* § 10 Nr. 8 Rn. 52; *NZA-RR* 2016, 438 Rn. 23; *NZA* 2017, 339 Rn. 20). Dies entspricht der Rechtsprechung des erkennenden *Senats* (vgl. *BGHZ* 193, 110 = *NJW* 2012, 2346 Rn. 55).
- 40** bb) Die Bekl. hat nicht dargelegt, dass die Ungleichbehandlung des Kl. wegen des Alters in § 7 Nr. 3 seines Dienstvertrags durch ein legitimes Ziel iSv § 10 S. 1 AGG gerechtfertigt war.
- 41** (1) Nach dem vom BerGer. wiedergegebenen Vorbringen der Bekl. hat diese sich zur Rechtfertigung einer Benachteiligung des Kl. gem. § 10 AGG auf betriebs- und unternehmensbezogene Interessen berufen. Dabei handelt es sich um eine pauschale, einer Überprüfung nicht zugänglichen Behauptung. Nichts anderes gilt für das schriftsätzliche Vorbringen der Bekl., zu den aner kennenswerten betriebs- und unternehmensbezogenen Interessen könne auch das Interesse gehören, langfristig zusammen arbeiten zu wollen. Dementsprechend wäre es nach Auffassung der Bekl. sogar zulässig gewesen, das Dienstverhältnis des Kl. zu kündigen, um längerfristig mit einem anderen Geschäftsführer zusammen zu arbeiten, da eine Zusammenarbeit mit dem Kl. allenfalls noch für einen sehr begrenzten Zeitraum mög-

lich gewesen wäre. Die Bekl. stellt bereits keinen Bezug zwischen diesen hypothetischen Ausführungen und der Vereinbarung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags her.

- 42 (2) Den vom BerGer. zur Begründung seiner Entscheidung herangezogenen Umständen, die im Parteivortrag keine Entsprechung finden, kann ebenfalls kein legitimes Ziel entnommen werden.
- 43 Das BerGer. ist der Auffassung, das Anforderungsprofil für Unternehmensleiter sei regelmäßig besonders hoch, weshalb vor dem Hintergrund betriebs- und unternehmensbezogener Interessen ein Bedürfnis nach der Vereinbarung von unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters liegenden Altersgrenzen bestehe. Der von dem BerGer. gebildete Erfahrungssatz existiert nicht. Gerade Ältere können über besondere Stärken, insbesondere über fachliche Erfahrung als Resultat langjähriger Tätigkeit verfügen, die sie für bestimmte anspruchsvolle Aufgaben in besonderem Maße geeignet machen (vgl. BAG, NZA-RR 2016, 438 = AP AGG § 10 Nr. 9 Rn. 26).
- 44 Das BerGer. hat weiter ausgeführt, ein Bedürfnis nach der Vereinbarung von unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters liegenden Altersgrenzen bestehe auch deshalb, weil ein Unternehmen ein legitimes Interesse daran haben könne, frühzeitig einen Nachfolger in der Unternehmensleitung zu installieren. Auch diese allgemeine Überlegung des BerGer. wird in keinen konkreten Bezug zu der vom Kl. ausgeübten Geschäftsführertätigkeit gebracht, so dass eine Überprüfung, ob mit der Ungleichbehandlung des Kl. wegen des Alters in § 7 Nr. 3 seines Dienstvertrags ein legitimes Ziel iSv § 10 S. 1 AGG angestrebt wurde, nicht möglich ist.
- 45 b) Zu Unrecht stützt sich das BerGer. ergänzend auf eine analoge Anwendung des § 10 S. 3 Nr. 5 AGG, weil die betriebliche Altersversorgung bei GmbH-Geschäftsführern regelmäßig eine vergleichbare Funktion wie die gesetzliche Rente bei „gewöhnlichen“ Arbeitnehmern erfülle.
- 46 § 10 S. 3 Nr. 5 AGG ist nicht unmittelbar anwendbar. Danach ist eine Vereinbarung grundsätzlich zulässig, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann, wobei § 41 SGB VI unberührt bleibt. Im vorliegenden Fall geht es gerade um eine Beendigung des Dienstvertrags durch Kündigung, für die § 10 S. 3 Nr. 5 nicht gilt (BAGE 152, 134 = AP AGG § 7 Nr. 7 = NJW 2016, 268 Rn. 39). Eine analoge Anwendung des § 10 S. 3 Nr. 5 AGG auf die Kündigungsregelung in § 7 Nr. 3 des Geschäftsführerdienstvertrags des Kl. scheidet bereits daran, dass die Norm gegen ihren Wortlaut („ohne Kündigung“) angewendet werden müsste.
- 47 III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 I 1 und 3 ZPO). Da das BerGer. das

BGH: * GmbH-Geschäftsführer als Arbeitnehmer (NJW 2019, 2086)

2091  

Vorbringen der Bekl. zu einem legitimen Ziel der vertraglichen Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit und der Kündigung iSd § 10 I 1 AGG hat ausreichen lassen, hatte die Bekl. keine Veranlassung, weiter vorzutragen. Dazu wird ihr im wiedereröffneten Verfahren unter Beachtung der Vorgaben des *Senats* Gelegenheit gegeben werden müssen.

- 48 Für das weitere Verfahren weist der *Senat* darauf hin, dass betriebs- und unternehmensbezogene Interessen eine Ungleichbehandlung wegen des Alters jedenfalls insoweit rechtfertigen können, wie sie sich als Teil eines sozialpolitischen (Gesamt-)Ziels darstellen (vgl. *EuGH*, ECLI:EU:C:2009:128 = Slg. 2009, I-1598 = *EuZW* 2009, 340 = AP RL 2000/78/EG Nr. 12 Rn. 46 – Age Concern England; *EuGH*,

ECLI:EU:C:2009:549 = Slg. 2010, I-11883 = NJW 2011, 42 Rn. 68 – Georgiev; *BAGE* 152, 134 = AP AGG § 7 Nr. 7 = NJW 2016, 268 Rn. 36 aE).

Anmerkung

Der *BGH* prüfte eingangs den sachlichen Anwendungsbereich des AGG und hielt ihn grundsätzlich für eröffnet. Denn der Ausschluss für Kündigungen in § 2 IV AGG gelte nur für Kündigungen, die vom KSchG erfasst seien. Der *BGH* bekräftigte, das KSchG finde auf GmbH-Geschäftsführer keine Anwendung. Das *BAG* ließ jüngst bekanntlich offen, ob die Fiktion des § 14 I KSchG noch gelte, wenn die Organstellung vor Zugang der Kündigung geendet hat (NZA 2018, 358; vgl. dazu ErfK/*Kiel*, 19. Aufl. 2019, KSchG, § 14 Rn. 4). Der *BGH* verneinte sodann die auf § 6 III AGG gestützte unmittelbare Anwendbarkeit des AGG, da die Kündigungsklausel nicht den Zugang zur Erwerbstätigkeit oder den beruflichen Aufstieg regelt. Literaturstimmen, die eine unionsrechtskonforme Auslegung und Erweiterung auf Kündigungen befürworteten, trat der *Senat* mit zutreffender methodischer Argumentation entgegen: Nach deutschem Recht sei eine Auslegung gegen den Wortlaut und den Willen des Gesetzgebers nicht zulässig; auch eine unionsrechtskonforme Auslegung dürfe nicht zu einer Auslegung contra legem nach nationalem Recht führen. Das liest man nicht (mehr) überall so deutlich.

Der Anwendungsbereich des AGG eröffnete sich jedoch über § 6 I AGG. Der *Senat* folgte der durch das Danosa-Judikat des *EuGH* (ECLI:EU:C:2010:674 = NJW 2011, 2343) angestoßenen Entwicklung und hält GmbH-Geschäftsführer jedenfalls für Arbeitnehmer, wenn bei einer Kündigung der sachliche Anwendungsbereich des AGG über dessen § 2 I Nr. 2 gegeben ist. Zu diesem Ergebnis gelangte er, weil er den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff anwendet. Dies hatte er zuvor noch offengelassen (*BGH*, NJW 2012, 2346 mAnm *Lunk*, RdA 2013, 110). Das Abstellen auf den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff (dazu MHdB ArbR/*Schneider*, 4. Aufl. 2018, § 18 Rn. 50 ff.) ist zutreffend, weil das AGG vier EU-Antidiskriminierungsrichtlinien umsetzt, denen nicht der nationale Arbeitnehmerbegriff zugrunde liegt. Zugleich bekräftigte der *Senat* seine Rechtsprechung zum nationalen Arbeitnehmerbegriff, den GmbH-Geschäftsführer regelmäßig nicht erfüllen.

Insoweit scheint nun ein Gleichklang mit dem *BAG* hergestellt. Denn der *BGH* bezieht sich auf dessen letzte Entscheidung. Dort bestätigte das *BAG*, GmbH-Geschäftsführer seien nur in „extremen Ausnahmefällen“ auf der Basis eines Arbeitsvertrags tätig (*BAG*, NJW 2019, 1627 = NZA 2019, 490, dazu *Lunk*, NJW 2019, 1565). Das dürfte eine – vor dem Hintergrund des neuen § 611 a BGB zutreffende – Abkehr von der bisherigen Sichtweise des *BGH* sein, der Organmitgliedern apodiktisch den Arbeitnehmerstatus aberkannte (*BGH*, NJW 2010, 2343 mAnm *Dzida*, NJW 2010, 2345).

Die aktuelle Rechtsprechung perpetuiert für Fremd- und Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer der ca. 1,2 Millionen deutschen GmbHs eine Zweiteilung: Findet der nationale Arbeitnehmerbegriff Anwendung, sind sie nur in extremen Ausnahmefällen Arbeitnehmer und im Zweifel keine arbeitnehmerähnlichen Personen. Der für Arbeitnehmer vorgesehene Schutz greift allenfalls in Ausnahmefällen oder bei entsprechenden Regelungen im Anstellungsvertrag. Greift jedoch der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, steht der jeweilige durch das Gesetz vermittelte Schutz auch GmbH-Geschäftsführern zu.

Selbst diese auf den ersten Blick noch – zumindest systemisch – nachvollziehbare Trennung ist bei genauerem Hinsehen aber nicht transparent: Zunächst ist bereits unklar, wann der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff gilt, da selbst bei einem Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff im zugrunde liegenden Unionsrecht gleichwohl derjenige der Union zur Anwendung gelangt, wenn anderenfalls die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts gefährdet wären; die Anwendung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs darf nicht dazu führen, dass bestimmte Perso-

nengruppen willkürlich von dem durch eine Richtlinie gewährten Schutz ausgeschlossen werden (*EuGH*, ECLI:EU:C:2014:2337 = *EuZW* 2015, 68; *Oberthür*, RdA 2018, 286 [292]).

Ist daher, auch wenn für das SGB IX nach herrschender Meinung der nationale Arbeitnehmerbegriff gilt, schwerbehinderten Geschäftsführern gleichwohl Sonderkündigungsschutz zu gewähren, weil es der *EuGH*, gestützt auf Art. 27 der Behindertenrechtskonvention, für eine unionsrechtswidrige Ungleichbehandlung hält, schwerbehinderten Beamten den Sonderkündigungsschutz zu versagen? Bei primärrechtlich verankerten Ansprüchen gilt gleichfalls der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, wobei aber eine Tendenz des *EuGH* erkennbar zu werden scheint, unmittelbare primärrechtliche Ansprüche zu bejahen (Vererbare Urlaubsabgeltung aus Art. 31 II GRCh auch für Geschäftsführer? *EuGH*, ECLI:EU:C:2018:871 = *NJW* 2019, 499). Das Ganze entwickelt sich mehr und mehr zu einem gerichtlich/legislativen Flickenteppich.

Letztlich musste der *Senat* prüfen, ob die von ihm zutreffend angenommene unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters durch die Kündigungsklausel gerechtfertigt war. Das *OLG* hatte dies, gestützt auf § 10 S. 3 Nr. 5 AGG analog, angesichts der gegenüber einem Arbeitnehmer hohen, sich unmittelbar anschließenden monatlichen betrieblichen Altersversorgung (4.850 Euro) bejaht. Der *Senat* lehnte die Analogie zutreffend ab, weil die Norm auf einen Sachverhalt „ohne Kündigung“ abstellt, hier aber eine Kündigungsklausel in Rede stand. Somit verblieb der generelle Rechtfertigungsgrund des § 10 S. 1 AGG. Ob derartige objektive und angemessene, durch ein legitimes Ziel gerechtfertigte Gründe die Altersdiskriminierung des Klägers rechtfertigen, hatte das *OLG* – folgerichtig wegen des Abstellens auf § 10 S. 3 Nr. 5 AGG – nicht thematisiert. Der *Senat* verwies daher den Rechtsstreit zurück, um der Beklagten Gelegenheit zu geben, Rechtfertigungsgründe nach § 10 S. 1 AGG darzulegen. Dies verband der *Senat* mit dem Hinweis, betriebs- und unternehmensbezogene Interessen könnten eine Ungleichbehandlung wegen des Alters jedenfalls insoweit rechtfertigen, wie sie sich als Teil eines sozialpolitischen (Gesamt-)Ziels darstellten. Er verwies insoweit auf Judikate des *EuGH* (etwa ECLI:EU:C:2009:128 = *NZA* 2009, 305). Danach rechtfertigen gegebenenfalls allgemeine sozialpolitische Ziele aus den Bereichen Beschäftigungs- oder Arbeitsmarktpolitik eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters.

Wollte der *Senat* damit andeuten, Organe seien zwar Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne, aber hinsichtlich des Alters aus Gründen des Arbeitsmarkts doch anders zu behandeln? Man darf auf die zu erwartende erneute Entscheidung des *OLG Hamm* gespannt sein.

Fachanwalt für Arbeitsrecht Professor Dr. Stefan Lunk, Hamburg