

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AGG § 6 Abs. 1 Nr. 1

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

BGH, Urteil vom 26. März 2019 - II ZR 244/17 - OLG Hamm  
LG Hagen



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

II ZR 244/17

Verkündet am:  
26. März 2019  
Stoll  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg sowie die Richter V. Sander und Dr. von Selle

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. Juni 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der am 28. März 1955 geborene Kläger war seit dem 1. September 2005 Geschäftsführer der Beklagten, die bis zum Jahre 2014 unter der Bezeichnung "T. GmbH" firmierte. Der Anstellungsvertrag vom 16. August 2005 (im Folgenden: Dienstvertrag) enthält zu der Vertragsdauer in § 7 folgende Regelung:

- "1. Dieser Dienstvertrag wird für die Zeit vom 01.09.2005 bis zum 31.08.2010 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 Versorgungszusagen aus. Hinsichtlich der Höhe der Versorgungszusagen wird bei einer Beendigung durch die Gesellschaft unterstellt, das Dienstverhältnis hätte bei der regulären Laufzeit des Vertrages geendet. Diese Ankündigung der z.Z. geltenden Regelung steht unter dem Vorbehalt einer etwaigen Änderung."

2                    Der Dienstvertrag wurde mehrfach verlängert, zuletzt für die Zeit vom 31. August 2013 bis zum 31. August 2018. Im Anschluss an die letzte Verlängerung wurde die Beklagte an einen Dritten veräußert und im Jahr 2014 wieder in den T.                    -Konzern integriert. Am 1. August 2015 wurde die Beklagte an den Finanzinvestor                    V.                    verkauft. Mit Gesellschafterbeschluss vom 3. August 2015 wurde der Kläger als Geschäftsführer der Beklagten abberufen und mit Schreiben vom 3. September 2015 widerruflich freigestellt. Mit Schreiben vom 23. Juni 2016 erklärte die Beklagte unter Beifügung des Gesellschafterbeschlusses der Beklagten vom selben Tag die Kündigung des Dienstvertrags des Klägers zum 31. Dezember 2016. Das Kündigungsschreiben ging dem Kläger vor Ablauf des Monats Juni 2016 zu.

3                    Der Kläger verlangt mit seiner Klage die Feststellung, dass sein Dienstvertrag durch die Kündigung vom 23. Juni 2016 nicht beendet wurde, insbesondere nicht zum 31. Dezember 2016. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit

der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 I. Das Berufungsgericht (OLG Hamm, ZIP 2017, 1665) hat im Wesentlichen ausgeführt: Das zwischen den Parteien bestehende Dienstverhältnis sei durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Juni 2016 zum 31. Dezember 2016 beendet worden.

6 Der Dienstvertrag des Klägers sei bis zum 31. August 2018 befristet. Nach § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags könnten die Parteien das Dienstverhältnis unter den dort genannten Voraussetzungen mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende beenden, ohne dass es hierfür eines wichtigen Grundes bedürfe. Die Beklagte habe von dieser Kündigungsmöglichkeit in wirksamer Weise Gebrauch gemacht.

7 Die Regelung sei nicht nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam, wobei dahinstehen könne, ob der Kläger als GmbH-Fremdgeschäftsführer vom persönlichen Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes erfasst sei.

8 Die Unwirksamkeit nach § 7 Abs. 2 AGG scheidet nicht bereits gemäß § 2 Abs. 4 AGG aus, wonach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen

zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz Anwendung fänden. Diese Vorschrift sei auf Organmitglieder juristischer Personen nicht anwendbar.

9 Auch eine Benachteiligung im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG liege vor. Die Regelung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags räume der Beklagten ein Kündigungsrecht für den Fall des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den Kläger ein. Damit sei das Kündigungsrecht der Beklagten an einen der in § 1 AGG genannten Gründe, nämlich das Alter, geknüpft. Hierdurch werde der Kläger wegen seines Alters benachteiligt, weil ein solches Kündigungsrecht gegenüber einem jüngeren Geschäftsführer in der Person des Klägers nicht bestehen würde.

10 Die Ungleichbehandlung sei jedoch gemäß § 10 AGG gerechtfertigt.

11 Werde eine Beendigung des Dienstvertrags für den Fall des Erreichens der gesetzlichen Regelaltersgrenze vereinbart, sei dies regelmäßig gemäß § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG gerechtfertigt. Die Klausel in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags begründe ein Kündigungsrecht der Beklagten allerdings schon für einen deutlich früheren Zeitpunkt, nämlich den der Vollendung des 60. Lebensjahrs durch den Kläger. Die Vereinbarung einer Altersgrenze unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters für GmbH-Geschäftsführer sei jedenfalls dann grundsätzlich zulässig, wenn gewährleistet sei, dass dem Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens eine betriebliche Altersversorgung zustehe. 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 liegender Altersgrenzen bestehe. Letzteres gelte auch deshalb, weil ein Unternehmen ein legitimes Interesse daran haben könne, frühzeitig einen Nachfolger in der Unternehmensleitung zu installieren. Jedenfalls dann, wenn eine Alters-

grenze mit der betrieblichen Altersversorgung in der Weise kombiniert werde, dass dem Geschäftsführer für den Fall seines vorzeitigen Ausscheidens infolge der "Altersklausel" sofort eine betriebliche Altersversorgung zustehe, sei auch den berechtigten Interessen des Geschäftsführers an seiner sozialen Absicherung Rechnung getragen und daher eine Altersgrenze deutlich unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters als zulässig anzusehen. Dies ergebe sich aus § 10 Satz 1 und 2 AGG, weil eine "Altersklausel" unter den vorgenannten Voraussetzungen regelmäßig objektiv und angemessen sowie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sei. Ergänzend könne diese Sichtweise auf eine analoge Anwendung des § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG gestützt werden, weil die betriebliche Altersversorgung bei GmbH-Geschäftsführern regelmäßig eine vergleichbare Funktion wie die gesetzliche Rente bei "gewöhnlichen" Arbeitnehmern erfülle. Nach den vorgenannten Grundsätzen sei die Klausel in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags nicht gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam.

12           II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Annahme, die Kündigungsregelung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags des Klägers sei nicht nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam, beruht auf einer fehlerhaften Anwendung von § 10 AGG.

13           1. Die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sind auf den Streitfall anzuwenden. Dem steht nicht entgegen, dass die Altersgrenze in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags am 1. September 2005 und damit vor Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes am 18. August 2006 von den Parteien vereinbart wurde. Die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sind auch auf Altersgrenzen anzuwenden, die vor Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes einzelvertraglich vereinbart wurden, wenn die Altersgrenze im Einzelfall erst mit oder wie vorliegend nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes erreicht wird. Nur

wenn die Altersgrenze bereits vor dem 18. August 2006 erreicht wurde, gilt nach § 33 Abs. 1 AGG altes Recht (BAGE 131, 113 Rn. 36 ff.; BAG, NZA 2013, 1428 Rn. 28; NZA 2016, 695 Rn. 31; Urteil vom 17. März 2016 - 8 AZR 677/14, juris Rn. 24).

14            2. Der sachliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist eröffnet.

15            a) Die Vereinbarung der Möglichkeit, mit Eintritt in das 61. Lebensjahr das Dienstverhältnis des Klägers durch eine einseitige Erklärung mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende zu beenden, ist eine Entlassungsbedingung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Entlassungsbedingungen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sind insbesondere Kündigungen (BAG, NJW 2011, 3113 Rn. 14; Urteil vom 17. März 2016 - 8 AZR 677/14, juris Rn. 26).

16            b) Zutreffend hat das Berufungsgericht die Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt nicht als durch § 2 Abs. 4 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 Rn. 14 ff.; BAGE 152, 134 Rn. 23). Das Kündigungsschutzgesetz findet auf einen Geschäftsführerdienstvertrag keine Anwendung (BGH, Beschluss vom 8. Januar 2007 - II ZR 267/05, ZIP 2007, 910 Rn. 6; Urteil vom 10. Mai 2010 - II ZR 70/09, ZIP 2010, 1288 Rn. 7).

17            3. Auch der persönliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist eröffnet.

18 a) Die Anwendbarkeit des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die Vereinbarung einer Entlassungsbedingung zwischen einer GmbH und ihrem Fremdgeschäftsführer ergibt sich allerdings nicht bereits aus § 6 Abs. 3 AGG.

19 aa) Nach § 6 Abs. 3 AGG gelten die Vorschriften des Abschnitts 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes 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 Abs. 3 AGG nicht erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 163/10, BGHZ 193, 110 Rn. 21).

20 bb) Etwas anderes ergibt sich nicht aus einer erweiternden europarechtskonformen Auslegung von § 6 Abs. 3 AGG (Bauer/Arnold, ZIP 2008, 993, 998 f.; aA MünchKommBGB/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 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 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 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGG umgesetzt. Wenn § 6 Abs. 3 AGG dieser Differenzierung folgend nur von Zugang zur Erwerbstätigkeit spricht, wären die Entlassungsbedingungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG nur dann von § 6 Abs. 3 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, Beschluss vom 16. Mai 2013 - II ZB 7/11, WM 2013, 1417 Rn. 42; Urteil vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Rn. 43, jeweils 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, Beschluss vom 16. Mai 2013 - II ZB 7/11, WM 2013, 1417 Rn. 42 mwN). Damit findet die europarechtskonforme Auslegung einer nationalen Vorschrift ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten (BGH, Beschluss vom 16. Mai 2013 - II ZB 7/11, WM 2013, 1417 Rn. 42; BVerfG, ZIP 2012, 911 Rn. 47, 56).

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

23            aa) Die durch die Danosa-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 11. November 2010 - C-232/09, ZIP 2010, 2414 Rn. 39 ff., 51) aufgeworfene Frage, ob und inwieweit für den Personenkreis der Fremdgeschäftsführer einer GmbH über den Gesetzeswortlaut des § 6 Abs. 3 AGG hinausgehend der Geltungs- und Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes eröffnet ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Von einem Teil des Schrifttums wird die Auffassung vertreten, dass diesem Personenkreis als Arbeitnehmer im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG der arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zustehe und dieser nicht auf die Zugangsbedingungen nach § 6 Abs. 3 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, 192 f.; Paefgen, ZIP 2012, 1296, 1297; Preis/Sagan, ZGR 2013, 26, 60 f.; Reichold/Heinrich, Festschrift H.P. Westermann, 2008, S. 1315, 1329 f. - analoge Anwendung; Reiserer, DB 2011, 2262, 2265; Stagat, NZA-RR 2011, 617, 622; Reufels/Molle, NZA-RR 2011, 281, 282 f.; Wank, EWIR 2011, 27, 28; Wilsing/Meyer, DB 2011, 341, 342; BeckOGK/Benecke, AGG, Stand: 1.9.2018, § 6 Rn. 78; BeckOK ArbR/Roloff, 50. Ed. 1.12.2018, AGG § 6 Rn. 9; ErfK/Schlachter, 19. Aufl., § 6 AGG Rn. 6; Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. Aufl., § 6 AGG Rn. 2; MünchKommBGB/Thüsing, 8. Aufl., § 2 AGG Rn. 11; Staudinger/Serr, BGB, 2018, § 6 AGG Rn. 30; Oetker in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 35 GmbHG Rn. 101; Buck-Heeb in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., Anhang zu § 6 Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl., Anhang zu § 6 Rn. 46, § 6 Rn. 34; Scholz/U. H. Schneider/Hohenstatt, GmbHG, 11. Aufl., § 35 Rn. 326; differenzierend Paefgen in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 35 Rn. 256). Dem wird entgegengehalten, da sich aus der Richtlinie 2000/78/EG keine unmittelbaren Anhaltspunkte dafür ergäben, dass die Benachteiligungsverbote im Hinblick auf Beschäftigungs- 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 Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes in dem vom deutschen Gesetzgeber durch § 6 Abs. 3 AGG bestimmten Umfang (vgl. nur MünchKommGmbHG/Jaeger/Steinbrück, 3. Aufl., § 35 Rn. 263c mwN). Andere lehnen eine europarechtskonforme Auslegung wegen der Eindeutigkeit der Regelung in § 6 Abs. 3 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 Kläger, im Wege der Auslegung des § 6 Abs. 1 AGG als Beschäftigter, insbesondere als Arbeitnehmer im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG, an-

gesehen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 163/10, BGHZ 193, 110 Rn. 17). Er beantwortet die Frage dahin, dass ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH jedenfalls insoweit als Arbeitnehmer im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG anzusehen ist, wie der Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes über § 2 Abs. 1 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 Rn. 43 mwN).

25 (1) Da die Richtlinie 2000/78/EG in Art. 3 Abs. 1 c) den Arbeitnehmer vor Diskriminierungen durch Entlassungsbedingungen als Teil der Arbeitsbedingungen schützen will, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz die Richtlinie insoweit inhaltsgleich umgesetzt hat und die Richtlinie nicht auf den Arbeitnehmerbegriff des deutschen Rechts verweist, ist der Begriff Arbeitnehmer in § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH unionsrechtlich auszulegen (vgl. BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019 - 9 AZB 23/18, juris Rn. 14 z.V.b. in BAGE).

26 Der Begriff des Arbeitnehmers findet in der Richtlinie 2000/78/EG bei der Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs in Artikel 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 Abs. 1 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 Entlassungsbedin-

gungen als Bestandteil der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen betroffenen Arbeitnehmer. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz dient der Umsetzung von vier EU-Antidiskriminierungsrichtlinien, unter anderem der Richtlinie 2000/78/EG. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG erfasst in Umsetzung des in Art. 3 Abs. 1 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 Richtlinie 2000/78/EG, jedenfalls den von Entlassungsbedingungen als Bestandteil der Arbeitsbedingungen betroffenen Arbeitnehmer. Im Unterschied zur Richtlinie benennt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in § 6 Abs. 1 Satz 1 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 Bundesgerichtshofs, wonach Organmitglieder keine Arbeitnehmer im Sinne der arbeitsrechtlichen Bestimmungen sind, sondern selbst Arbeitgeberfunktionen ausüben (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 9. November 1967 - II ZR 64/67, BGHZ 49, 30, 31 f.; Urteil vom 29. Januar 1981 - II ZR 92/80, BGHZ 79, 291, 292 f.; Urteil vom 10. Mai 2010 - II ZR 70/09, ZIP 2010, 1288 Rn. 7, jeweils mwN; ebenso BAG, Beschluss vom 21. Januar 2019 - 9 AZB 23/18, juris Rn. 24 mwN z.V.b. in BAGE), steht der Einordnung des Fremdgeschäftsführers einer GmbH als Arbeitnehmer im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG nicht entgegen. 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, Urteil vom

11. November 2010 - C-232/09, ZIP 2010, 2414 Rn. 40 - Danosa; Urteil vom 9. Juli 2015 - C-229/14, ZIP 2015, 1555 Rn. 35 - Balkaya mwN).

28 (2) Die Richtlinie und in ihrer Umsetzung das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz wollen einen breiten Personenkreis schützen. Dieses Ziel lässt es zu, den Fremdgeschäftsführer einer GmbH als vor Diskriminierung durch Entlassungsbedingungen geschützten Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG anzusehen.

29 Bei der Auslegung nationaler Bestimmungen, die der Umsetzung von EU-Richtlinien dienen, ist stets diejenige Auslegung zu wählen, die die Ziele der Richtlinie am besten verwirklicht (effet utile; vgl. BGH, Beschluss vom 5. Mai 2008 - II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018 Rn. 17- FRIZ I; Urteil vom 14. Juli 2011 - III ZR 200/10, WM 2012, 371 Rn. 17; EuGH, Urteil vom 17. September 2002 - C-253/00, Slg. 2002, I-7289 Rn. 28 mwN - Munoz "volle Wirkung"; vgl. auch EuGH, Urteil vom 19. Januar 2010 - C-555/07, NJW 2010, 427 Rn. 48 - Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG; Urteil vom 19. April 2016 - C-441/14, 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 Richtlinie 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, Urteil vom 13. September 2011 - C-447/09, ZIP 2011, 1882 Rn. 39 - Prigge; Urteil vom 6. Dezember 2012 - C-152/11, ZIP 2013, 136 Rn. 32 - Odar; Urteil vom 28. Juli 2016 - C-423/15, 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, darun-

ter der in § 6 Abs. 1 Satz 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 Abs. 1 AGG, erfasst würden alle Personen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst (Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drucks. 16/1780, S. 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 i.S.v. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wie der Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes über § 2 Abs. 1 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, Urteil vom 11. November 2010 - C-232/09, ZIP 2010, 2414 Rn. 39 - Danosa; Urteil vom 9. Juli 2015 - C-229/14, ZIP 2015, 1555 Rn. 34 - Balkaya, beide mwN; Urteil vom 10. September 2015 - C-47/14, 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, Urteil vom 11. November 2010 - C-232/09, ZIP 2010, 2414 Rn. 47 - Danosa; Urteil vom 9. Juli 2015 - C-229/14, 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, Urteil vom 11. November 2010 - C-232/09, ZIP 2010, 2414 Rn. 47 - Danosa; Urteil vom 9. Juli 2015 - C-229/14, 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, Urteil vom 11. November 2010 - C-232/09, ZIP 2010, 2414 Rn. 51, 56 - Danosa; Urteil vom 9. Juli 2015 - C-229/14, ZIP 2015, 1555 Rn. 39 - Balkaya; Urteil vom 10. September 2015 - C-47/14, ZIP 2015, 2340 Rn. 45 ff. - Holterman Ferho Exploitatie).
- 34 (b) Auf der Grundlage dieser durch den EuGH entwickelten Kriterien ist der Kläger als Arbeitnehmer i.S.v. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG anzusehen, was das nationale Gericht selbstständig zu prüfen hat (vgl. EuGH, Urteil vom 11. November 2010 - C-232/09, ZIP 2010, 2414 Rn. 33 ff. - Danosa; Urteil vom 10. September 2015 - C-47/14, ZIP 2015, 2340 Rn. 46 f. - Holterman Ferho

Exploitation). Der Kläger war Mitglied der Unternehmensleitung der Beklagten und erbrachte gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft (vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - C-229/14, ZIP 2015, 1555 Rn. 41 - Balkaya; Urteil vom 10. September 2015 - C-47/14, ZIP 2015, 2340 Rn. 41, 45 - Holterman Ferho Exploitation), die ihn bestellt hatte und in die er als Fremdgeschäftsführer eingegliedert war. Als solcher befand er sich in einem Unterordnungsverhältnis zur Beklagten. 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 Nrn. 5, 6 und 8 GmbHG; vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2019 - II ZR 364/18, Rn. 33 mwN z.V.b. in BGHZ), das vorliegend durch die Überwachung durch den Aufsichtsrat ergänzt wurde (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 111 Abs. 1 AktG). Die Bestellung des Klägers konnte gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich jederzeit widerrufen werden (zu diesen Erwägungen vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - C-229/14, ZIP 2015, 1555 Rn. 40 - Balkaya; Urteil vom 10. September 2015 - C-47/14, ZIP 2015, 2340 Rn. 41, 45 - Holterman Ferho Exploitation). 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, Urteil vom 9. Juli 2015 - C-229/14, ZIP 2015, 1555 Rn. 41 - Balkaya).

35 cc) Dieser Auslegung steht § 6 Abs. 3 AGG nicht entgegen. Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 AGG ist darauf gerichtet, den Schutz vor Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen u.a. auf Geschäftsführer auszuweiten. Mit der dort getroffenen Anordnung der Geltung des zweiten Abschnitts

des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft, wird der persönliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes erweitert (BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 163/10, BGHZ 193, 110 Rn. 19). Es ist nicht ersichtlich, dass damit der Schutz der Personen, für die die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes bereits wegen § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG gelten, eingeschränkt werden soll.

36           4. Das Berufungsgericht hat zutreffend eine unmittelbare Benachteiligung des Klägers im Sinne von § 7 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1, § 1 AGG bejaht. Die Regelung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags räumt der Beklagten ein Kündigungsrecht für den Fall des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den Kläger ein. Damit ist das Kündigungsrecht der Beklagten an einen der in § 1 AGG genannten Gründe, nämlich das Alter, geknüpft. Hierdurch wird der Kläger 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 Berufungsgerichts, die Ungleichbehandlung des Klägers durch die Vereinbarung in § 7 Nr. 3 des Dienstvertrags sei vor dem Hintergrund betriebs- und unternehmensbezogener Interessen gemäß § 10 AGG gerechtfertigt. Dem bisherigen Parteivortrag lässt sich kein legitimes Ziel für eine unterschiedliche Behandlung des Klägers wegen seines Alters entnehmen. Es sind auch sonst keine Umstände ersichtlich, aus denen sich ein legitimes Ziel herleiten lässt.

38           a) Nach § 10 Satz 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach Satz 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 im Sinne von § 10 Satz 1 AGG angestrebt wird (BAGE 129, 181 Rn. 56; BAGE 141, 73 Rn. 19; BAGE 152, 134 Rn. 37; BAG, NZA 2016, 1081 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 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 substantiierten Sachvortrag zu leisten (BAG, NZA 2016, 1081 Rn. 52; NZA-RR 2016, 438 Rn. 23; NZA 2017, 339 Rn. 20). Dies entspricht der Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 163/10, BGHZ 193, 110 Rn. 55).

40           bb) Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die Ungleichbehandlung des Klägers wegen des Alters in § 7 Nr. 3 seines Dienstvertrags durch ein legitimes Ziel im Sinne von § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt war.

41           (1) Nach dem vom Berufungsgericht wiedergegebenen Vorbringen der Beklagten hat diese sich zur Rechtfertigung einer Benachteiligung des Klägers gemäß § 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 Beklagten, zu den aner kennenswerten betriebs- und unternehmensbezogenen Interessen könne auch das Interesse gehören, langfristig zusammen arbeiten zu wollen. Dementsprechend wäre es nach Auffassung der Beklagten sogar zulässig gewesen, das Dienstverhältnis des Klägers zu kündigen, um längerfristig mit einem anderen Geschäftsführer zusammen zu arbeiten, da eine Zusammenarbeit mit dem Kläger allenfalls noch für einen sehr begrenzten Zeitraum

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

42 (2) Den vom Berufungsgericht zur Begründung seiner Entscheidung herangezogenen Umständen, die im Parteivortrag keine Entsprechung finden, kann ebenfalls kein legitimes Ziel entnommen werden.

43 Das Berufungsgericht 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 Berufungsgericht 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 Rn. 26).

44 Das Berufungsgericht 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 Berufungsgerichts wird in keinen konkreten Bezug zu der vom Kläger ausgeübten Geschäftsführertätigkeit gebracht, so dass eine Überprüfung, ob mit der Ungleichbehandlung des Klägers wegen des Alters in § 7 Nr. 3 seines Dienstvertrags ein legitimes Ziel im Sinne von § 10 Satz 1 AGG angestrebt wurde, nicht möglich ist.

45 b) Zu Unrecht stützt sich das Berufungsgericht ergänzend auf eine analoge Anwendung des § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG, weil die betriebliche Altersversor-

gung bei GmbH-Geschäftsführern regelmäßig eine vergleichbare Funktion wie die gesetzliche Rente bei "gewöhnlichen" Arbeitnehmern erfülle.

46 § 10 Satz 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 Satz 3 Nr. 5 nicht gilt (BAGE 152, 134 Rn. 39). Eine analoge Anwendung des § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG auf die Kündigungsregelung in § 7 Nr. 3 des Geschäftsführerdienstvertrags des Klägers scheidet bereits daran, dass die Norm gegen ihren Wortlaut ("ohne Kündigung") angewendet werden müsste.

47 III. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und 3 ZPO). Da das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten zu einem legitimen Ziel der vertraglichen Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit und der Kündigung im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 1 AGG hat ausreichen lassen, hatte die Beklagte 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, Urteil vom 5. März 2009

- C-388/07, EuZW 2009, 340 Rn. 46; Urteil vom 18. November 2010 - C-250/09 u.a., NJW 2011, 42 Rn. 68 - Georgiev; BAGE 152, 134 Rn. 36 a.E.).

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

Dr. von Selle

Vorinstanzen:

LG Hagen, Entscheidung vom 13.12.2016 - 21 O 79/16 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 19.06.2017 - I-8 U 18/17 -