

Publikationen

Auf „Junk“ folgt „Mangold“ – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht

Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Dr. Christian Arnold, LL.M. (Yale), Gleiss Lutz Büro Stuttgart
Dieser Artikel ist erschienen in: NJW 2006, Heft 1/2, Seite 6

Der EuGH hat entschieden, dass die Altersbefristung nach dem deutschen Teilzeit- und Befristungsgesetz mit europäischem Recht unvereinbar ist. § 14 III 4 TzBfG verstößt gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Die Entscheidung bedeutet nicht nur das Aus für die Altersbefristung in ihrer gegenwärtigen Form. Vielmehr hat das Urteil möglicherweise umwälzende Bedeutung für das gesamte deutsche Arbeitsrecht. Der EuGH wendet die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz als unmittelbar geltendes Recht zwischen privaten Arbeitsvertragsparteien an. Deutsche Gerichte sollen § 14 III 4 TzBfG „unangewendet“ lassen. Von einer richtlinienkonformen Auslegung ist keine Rede mehr. Der vorliegende Beitrag setzt sich kritisch mit Begründung und Ergebnis der Entscheidung auseinander. Er befasst sich mit den Konsequenzen der neuen Rechtsprechung für das Recht der Altersbefristung und der in ihrer Bedeutung kaum zu unterschätzenden Neubestimmung des Verhältnisses von europäischem und deutschem Arbeitsrecht.

1. Einleitung

Das Jahr 2005 begann für das deutsche Arbeitsrecht mit einem Paukenschlag des *EuGH* und so endete es auch. Zum Jahresanfang hat der Gerichtshof mit der *Junk*-Entscheidung vom 27. 1. 2005 das Recht der Massenentlassungen auf den Kopf gestellt¹. Kurz vor Jahresende stand die deutsche Regelung zur Altersbefristung auf dem europäischen Prüfstand – und ist durchgefallen. In der Sache „*Mangold gegen Helm*“ hat der *EuGH* am 22. 11. 2005 entschieden, dass § 14 III 4 TzBfG mit „Gemeinschaftsrecht und insbesondere Art. 6 I der Richtlinie 2000/78/EG“ nicht vereinbar ist². Seither ist die Entscheidung in aller Munde und Gegenstand vielfacher Presseberichterstattung³. Die Reaktionen reichen von freudigen Aufforderungen, alsbald gegen entsprechende Arbeitsverträge zu klagen⁴, bis zur grundsätzlichen Ablehnung der Entscheidung als „Tugendterror“⁵. Die Entscheidung könnte in der Tat einen Vorgeschmack geben, wie der *EuGH* zukünftig durch die Antidis-

¹ *EuGH*, NZA 2005, 213 – Junk; s. dazu *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2004, 445; *dies.*, DB 2005, 1006; *dies.*, DB 2005, 1570; *Ferre/Lipinski*, ZIP 2005, 593; *Nicolai*, NZA 2005, 206; *Riesenhuber/Domröse*, NZA 2005, 568.

² *EuGH*, NZA 2005, 3695 = NZA 2005, 1345 – Mangold; s. dazu *Nicolai*, DB 2005, 2641; *Strybny*, BB 2005, 2753.

³ *Bauer*, Handelsblatt v. 30. 11. 2005, Nr. 232, S. 18; *ders.*, Handelsblatt v. 8. 12. 2005, Nr. 238, S. 8 („Wildwuchs des Europarechts“); *Gaul/Bonanni*, FAZ v. 30. 11. 2005, Nr. 279, S. 23.

⁴ *BeckAktuell* v. 29. 11. 2005 („*Engelen-Kefer* ermuntert ältere Arbeitnehmer zu Klagen gegen Mehrfach-Befristungen“); warum sich die Klagen allerdings auf Mehrfach-Befristungen beschränken sollten, ist angesichts der sogleich beschriebenen Entscheidung des *EuGH* unverständlich.

⁵ *Jahn*, FAZ v. 3. 12. 2005, Nr. 282, S. 11 („Tugendterror aus Luxemburg“).

kriminierungsrichtlinien auf das deutsche Arbeitsrecht direkten Einfluss nehmen wird. Der von vielen befürchtete „Tugendterror“ europäischer Prägung hat wohl begonnen.

2. Hintergrund: Vorlage des ArbG München

Angestoßen hat das Verfahren vor dem *EuGH* das *ArbG München*⁶. Das Arbeitsgericht hatte über die Klage eines 56 Jahre alten Arbeitnehmers zu entscheiden, der am 26. 6. 2003 mit Wirkung zum 1. 7. 2003 einen bis zum 28. 2. 2004 befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte. Die Arbeitsvertragsparteien hatten die Befristung ausdrücklich auf § 14 III 4 TzBfG gestützt. Danach darf bis zum 31. 12. 2006 das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer ab dem 52. Lebensjahr ohne Begrenzung der Dauer oder Anzahl der Verlängerungen sachgrundlos befristet werden. Dies gilt nur dann nicht, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Obwohl die Arbeitsvertragsparteien die Befristung ohne weiteres ebenfalls oder ausschließlich auf § 14 II TzBfG hätten stützen können, haben sie durch eine mehr als ungewöhnliche Vertragsklausel jegliche anderen denkbaren Befristungsgründe ausgeschlossen:

„Die Parteien sind sich einig, dass der unter der vorgenannten Ziffer bezeichnete Befristungsgrund der einzige Befristungsgrund ist, auf den die Befristungsabrede gestützt wird. Vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung grundsätzlich für zulässig angesehene andere Befristungsgründe werden ausdrücklich ausgeschlossen und sind nicht Gegenstand hiesiger Befristungsabrede.“

Bereits an anderer Stelle wurde darauf hingewiesen, dass das Verfahren in Wirklichkeit ein abgekartetes Spiel war⁷. Der beklagte Rechtsanwalt *Rüdiger Helm* aus München zettelte den Prozess gemeinsam mit seinem Kollegen *Dieter Hummel* aus Berlin an. *Hummel* übernahm die Vertretung des klagenden Arbeitnehmers. *Helm* hatte bereits im damaligen Gesetzgebungsverfahren gegen die Schaffung einer Befristungsmöglichkeit mit älteren Arbeitnehmern Stellung bezogen⁸. Das gesamte Verfahren diene allein dazu, mit Hilfe des *ArbG München* und des *EuGH* das politisch nicht zu verhindernde Gesetz zu kippen.

Trotz des offensichtlich fiktiven Charakters des Rechtsstreits strengte das Arbeitsgericht ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem *EuGH* nach Art. 234 EGV an. Das Arbeitsgericht wollte zum einen die Vereinbarkeit von § 14 III TzBfG mit der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG klären lassen, die eine Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner über befristete Arbeitsverhältnisse umsetzt⁹. Insoweit hatte es auf Grund der Herabsetzung der Altersgrenze von 60 auf 58 Jahre in § 14 III 1 TzBfG im Jahr 2001 Bedenken gegen eine Vereinbarkeit mit dem Verschlechterungsverbot des § 8 der Rahmenvereinbarung sowie mit § 5 der Rahmenvereinbarung, der die Mitgliedstaaten zum Erlass von Regelungen verpflichtet, die einen Missbrauch befristeter Arbeitsverträge verhindern sollen.

⁶ *ArbG München*, NZA-RR 2005, 43 ff.; s. dazu *Bauer*, NZA 2005, 800.
⁷ *Bauer*, NZA 2005, 800.

⁸ S. die schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung vor dem Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung, Ausschuss-Dr 14/948, 73 (77).

⁹ Richtlinie 1999/70/EG des Rates v. 28. 6. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABIEG Nr. L 175, S. 43; zur Rolle der Sozialpartner im europäischen Rechtssetzungsverfahren m. w. N. *Arnold*, NZA 2002, 1261.

Publikationen

Zum anderen fragte das Arbeitsgericht nach der Vereinbarkeit mit dem Verbot der Altersdiskriminierung der Richtlinie 2000/78/EG¹⁰. Für den Fall, dass der *EuGH* einen Verstoß der deutschen Regelung zur Altersbefristung gegen europäisches Recht feststellen würde, legte das Arbeitsgericht zusätzlich die Frage vor, welche Rechtsfolge ein solcher Verstoß habe:

„Hat der nationale Richter die dem EG-Recht entgegenstehende nationale Regelung unangewendet zu lassen?“

3. Entscheidung des EuGH

3.1. Zulässigkeit der Vorlage durch das ArbG München

Der *EuGH* wie zuvor schon der Generalanwalt haben erkannt, dass der vor dem *ArbG München* geführte Rechtsstreit rein fiktiv ist¹¹. Dennoch hält es der *EuGH* nicht für notwendig, das Verfahren im Wege einer Missbrauchskontrolle als unzulässig abzuweisen. Zwar hält er dies grundsätzlich für möglich, wenn offensichtlich sei, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits stehe. Im konkreten Fall sieht der *EuGH* jedoch ein „objektives Bedürfnis“, über die Vereinbarkeit der Altersbefristung mit europäischem Recht zu entscheiden.

3.2. Kein Verstoß gegen die Befristungsrichtlinie

Einen Verstoß von § 14 III TzBfG gegen die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG stellt der *EuGH* nicht fest. Den in der deutschen Literatur¹² am häufigsten diskutierten möglichen Verstoß gegen § 5 der Richtlinie 1999/70/EG lässt er jedoch offen. Ob der deutsche Gesetzgeber ausreichende Maßnahmen gegen einen Missbrauch aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge getroffen hat, sei nicht entscheidungserheblich. Schließlich hätten die Arbeitsvertragsparteien lediglich einen einzigen Arbeitsvertrag miteinander geschlossen.

Ausführlicher beschäftigt sich der *EuGH* mit einem möglichen Verstoß der Absenkung der Altersgrenze von 60 auf 58 Jahre zum 1. Januar 2001 gegen das Verschlechterungsverbot gem. § 8 der Richtlinie 1999/70/EG¹³. Im Ergebnis verneint der *EuGH* einen Verstoß. Da die Absenkung der Altersgrenze bei Schaffung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes in keinem Zusammenhang mit der Umsetzung der Befristungsrichtlinie stehe, sei der deutsche Gesetzgeber zu einer Absenkung berechtigt gewesen. Den Mitgliedstaaten stehe es frei, entsprechende nationale Regelungen zu verändern, wenn dies nicht durch das Erfordernis der Umsetzung der Befristungsrichtlinie gerechtfertigt werde.

¹⁰ Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABIEG Nr. L 303, S. 16.

Generalanwalt Tizzano, SchlA (30. 6. 2005 – C-144/04), Rn. 22 ff.; *EuGH*, NJW 2005, 3695 = NZA 2005, 1345 Rdnrn. 32 ff. – Mangold.

¹² S. dazu m. w. N. Koberski, NZA 2005, 79 (80 ff.).

¹³ *EuGH*, NJW 2005, 3695 = NZA 2005, 1345 Rdnrn. 44 ff. – Mangold.

3.3. Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung

Zu einem anderen Ergebnis kommt der *EuGH* bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung¹⁴. Nach seiner Überzeugung stellt § 14 III 4 TzBfG eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters dar. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, muss der *EuGH* mehrere Klippen umschiffen. Hier lohnt sich ein genauer Blick in die Entscheidungsgründe.

Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, die Altersbefristung stelle eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung dar. Unter zwei Gesichtspunkten könnte nach Ansicht des *EuGH* jedoch ein Verstoß gegen europäisches Recht ausscheiden. Zum einen könnte der Rechtfertigungsgrund gem. Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG eingreifen. Zum anderen ist deren Umsetzungsfrist im Hinblick auf die Altersdiskriminierung noch nicht abgelaufen.

Art. 6 I der Richtlinie 2000/78/EG lässt eine Ungleichbehandlung wegen des Alters zu, wenn sie – vereinfacht – ein legitimes Ziel verfolgt und die gewählten Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Der *EuGH* erkennt vorbehaltlos an, dass das durch die Altersbefristung verfolgte Ziel, die Chancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern, legitim sei. Die Mitgliedstaaten hätten bei der Wahl der Maßnahmen, mit denen sie ihre Ziele im Bereich des Arbeitsrechts erreichen wollen, einen „weiten Ermessensspielraum“. Im konkreten Fall soll der deutsche Gesetzgeber diesen Ermessensspielraum nach Ansicht des *EuGH* jedoch überschritten haben. Die durch § 14 III 4 TzBfG gewählte Maßnahme halte sich nicht mehr im Rahmen des „Angemessenen und Erforderlichen“. Ohne an eine vorherige Arbeitslosigkeit oder deren Dauer anzuknüpfen, könne die deutsche Regelung der Altersbefristung dazu führen, dass Arbeitnehmern ab dem 52. Lebensjahr bis zum Erreichen des Rentenalters ausschließlich befristete, unbegrenzt verlängerbare Arbeitsverträge angeboten würden. Dies schließe eine Gruppe von Arbeitnehmern, die allein durch ihr Lebensalter definiert sei, während eines erheblichen Teils ihres Berufslebens von festen Beschäftigungsverhältnissen aus. Es sei nicht nachgewiesen, dass eine von anderen Faktoren unabhängige Festlegung einer Altersgrenze objektiv erforderlich wäre, um das Ziel einer Beschäftigungsförderung älterer Arbeitnehmer zu erreichen.

Nach Ansicht des *EuGH* steht dem Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung nicht entgegen, dass die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG noch nicht abgelaufen ist. An sich wäre die Richtlinie bis zum 2. 12. 2003 umzusetzen gewesen. Für das Verbot der Altersdiskriminierung enthält jedoch Art. 18 II der Richtlinie eine Ausnahmeregelung. Danach können Mitgliedstaaten eine Zusatzfrist von drei Jahren in Anspruch nehmen. Da Deutschland eine solche Zusatzfrist bei der Kommission beantragt hat, läuft die Umsetzungsfrist erst am 2. 12. 2006 ab.

¹⁴ *EuGH*, NJW 2005, 3695 = NZA 2005, 1345 Rdnrn. 55 ff. – Mangold.

Publikationen

Aus zwei Gründen hält der *EuGH* den fehlenden Ablauf der Umsetzungsfrist für unerheblich. Zum einen dürften die Mitgliedstaaten nach seiner bisherigen Rechtsprechung während des Laufs der Umsetzungsfrist einer Richtlinie keine Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, die Erreichung des vorgeschriebenen Zieles ernstlich in Frage zu stellen („Vorwirkung“ einer Richtlinie)¹⁵. Dies gelte insbesondere dann, wenn – wie bei der Antidiskriminierungsrichtlinie – eine Zusatzfrist nur unter der Maßgabe gewährt werde, dass schrittweise konkrete Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie ergriffen und darüber der Kommission berichtet werden müsse. Zum anderen sei der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht in der Richtlinie 2000/78/EG selbst verankert. Vielmehr habe er seinen Ursprung „in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten“. Das Diskriminierungsverbot sei daher als „allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ anzusehen. Daher könne das Verbot der Altersdiskriminierung als Teil dieses allgemeinen Grundsatzes „nicht vom Ablauf der Frist abhängen“. Mit anderen Worten: Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll unabhängig von der Richtlinie und deren Umsetzung gelten.

3.4. Rechtsfolge: „Unanwendbarkeit“ des deutschen Rechts

Nach dieser – im Vergleich zu sonstigen Entscheidungen des *EuGH* recht ausführlichen – Begründung eines Verstoßes der Altersbefristung gegen europäisches Recht wendet sich der Gerichtshof der vom *ArbG München* vorgelegten Frage der Rechtsfolge dieses Verstoßes zu. Hier fällt der *EuGH* in seinen bekannten und zu Recht vielfach kritisierten begründungslosen Urteilsstil zurück. In lediglich einem einzigen Erwägungsgrund antwortet der Gerichtshof, das nationale Gericht habe das Verbot der Altersdiskriminierung dadurch zu gewährleisten, dass es „jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt“. Der Begriff der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts wird vom Gerichtshof nicht einmal mehr erwähnt.

4. Kritik

Die Entscheidung des *EuGH* kann weder in Begründung noch im Ergebnis überzeugen. Es ist unverständlich, warum der *EuGH* die Vorlage nicht als unzulässig zurückgewiesen hat, obwohl der „fiktive“ Charakter des Rechtsstreits erkannt wird. Entscheidend sind jedoch die sachlichen Gesichtspunkte der Entscheidung. Bereits die Begründung eines Verstoßes der Altersbefristung gegen das Verbot der Altersdiskriminierung beruht im Wesentlichen auf einem Missverständnis des deutschen Rechts. Unbegreiflich und von weit über den konkreten Fall hinausgehender Bedeutung ist die mit keinem Wort begründete Rechtsfolge, § 14 III 4 TzBfG sei vom nationalen Gericht „unangewendet“ zu lassen. Dies steht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* und des *BAG*. Ferner stellt dies einen Verstoß gegen die in Art. 249 EGV festgelegte Rechtswirkung von Richtlinien dar und bedeutet daher eine Kompetenzüberschreitung des Gerichtshofs.

¹⁵ *EuGH*, Slg. 1997, I-7411 – Inter-Environnement Wallonie.

4.1. Vereinbarkeit von § 14 III TzBfG mit dem Verbot der Altersdiskriminierung

Auf Grundlage seiner eigenen Feststellung, § 14 III TzBfG verfolge das mit dem Rechtfertigungsgrund in Art. 6 I der Richtlinie 2000/78/EG vereinbare legitime Ziel, älteren Beschäftigten neue Beschäftigungschancen zu eröffnen, hätte der *EuGH* eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bejahen müssen. Dass die bis zum 31. 12. 2006 geltende Herabsetzung der Altersgrenze auf 52 Jahre unverhältnismäßig sein soll, will nicht recht einleuchten.

Die Begründung des Gerichtshofs, diese Regelung schließe diese Altersgruppe für einen wesentlichen Teil ihres Berufslebens von einem festen Beschäftigungsverhältnis aus, geht fehl. Dies wird deutlich, wenn der Gerichtshof ausdrücklich betont, die Regelung schließe nicht an eine vorherige Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers an. Diese Feststellung ist bei zutreffendem Verständnis von § 14 III 2 und 3 TzBfG im Zusammenhang mit dem übrigen deutschen Arbeitsrecht unzutreffend. Eine Altersbefristung ist unzulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. In der Praxis kommt eine Altersbefristung daher nur in Betracht, wenn ein Arbeitnehmer ab dem 52. Lebensjahr seinen Arbeitsplatz wechselt. Wechselt ein Arbeitnehmer jedoch aus einem ungekündigten und durch das strenge deutsche KSchG geschützten Arbeitsverhältnis, wird er sich nicht auf ein befristetes Arbeitsverhältnis bei einem neuen Arbeitgeber einlassen – es sei denn, er wird im Rahmen eines lukrativen Dienstverhältnisses zum vertretungsberechtigten Organmitglied befördert. Dies geschieht aber „auf eigenes Risiko“. Wenn der Gerichtshof hingegen meint, § 14 III TzBfG stelle die Ursache dafür dar, dass ältere Arbeitnehmer keine unbefristeten Arbeitsverhältnisse mehr erhalten könnten, verwechselt er Ursache und Wirkung. Ältere Arbeitnehmer, die von Arbeitslosigkeit bedroht oder bereits arbeitslos sind, können durch § 14 III TzBfG neue Beschäftigungschancen erhalten. Sie stehen in aller Regel vor der Alternative, ein befristetes oder überhaupt kein Arbeitsverhältnis mehr zu erhalten. Diese Realität – nicht § 14 III TzBfG – schließt diese Gruppe von Arbeitnehmern von einem dauerhaften Beschäftigungsverhältnis aus.

Aus diesem Grund ist auch das weitere Argument des Gerichtshofs gegen eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung unzutreffend, § 14 III TzBfG enthalte keine Begrenzung der Dauer und der Anzahl der Befristungen. Diese Gesichtspunkte spielen lediglich bei der Beurteilung einer Vereinbarkeit mit § 5 der Richtlinie 1999/70/EG eine Rolle. Auch hier können sie einen Verstoß gegen europäisches Recht nicht begründen¹⁶. Zu Recht sieht der Gerichtshof jedoch von einer solchen Prüfung ab, da diese für die vom vorliegenden *ArbG München* zu entscheidende Frage nicht erheblich ist¹⁷. Auch wenn die Möglichkeit zur unbegrenzten Verlängerung der Befristungen nach § 14 III TzBfG gegen die Richtlinie verstoßen sollte, kann dies keine Auswirkungen auf den im konkreten Fall einmalig befristet abgeschlossenen Vertrag haben. Das Vorabentscheidungsverfahren dient nicht der

¹⁶ Dazu bereits *Bauer*, NZA 2003, 30 (31); *Koberski*, NZA 2005, 79 (80 f.); *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2065 (2072); *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 829 (832).
¹⁷ A.A. *Nicolai*, DB 2005, 2641, stellt jedoch zu Recht fest, dass aus Sicht des deutschen Gesetzgebers eine Klärung dieser Frage im Rahmen der anstehenden Neufassung von § 14 III TzBfG zu begrüßen gewesen wäre. Dies ändert jedoch nichts an der fehlenden Entscheidungserheblichkeit dieses Gesichtspunkts.

Klärung abstrakter, sondern im konkreten Rechtsstreit zur Entscheidung anstehender Rechtsfragen¹⁸.

Vollends unbegreiflich ist die Entscheidung des *EuGH* unter Berücksichtigung der bis zum 31. 12. 2006 zeitlich begrenzten Geltung der Herabsetzung der Altersgrenze auf 52 Jahre. Die Frist zur Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung auf Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG endet nach Inanspruchnahme der Zusatzfrist am 2. 12. 2006. Damit liegen nur wenige Wochen zwischen dem Ablauf der Umsetzungsfrist und dem Ablauf der zeitlich befristeten Geltung der Altersgrenze von 52 Jahren. Wenn dem nationalen Gesetzgeber tatsächlich ein „weiter Ermessensspielraum“ zuzugestehen sein soll, hätte der *EuGH* § 14 III 4 TzBfG als „Experimentierklausel“ auffassen und für vereinbar mit der Richtlinie ansehen müssen. Die vorgesehene Evaluation der erzielten Ergebnisse¹⁹ hätte gerade eine Antwort auf die vom *EuGH* aufgeworfene Frage geben können, ob die Festlegung einer solchen Altersgrenze tatsächlich angemessen und erforderlich war, um das Ziel einer Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer zu erreichen. Der *EuGH* trifft damit eine falsche Entscheidung zum falschen Zeitpunkt.

4.2. Keine „Unanwendbarkeit“ des deutschen Rechts

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung lässt der *EuGH* die „Bombe platzen“. Die Entscheidung läutet einen Paradigmenwechsel im Verhältnis von europäischem Richtlinienrecht und nationalem Recht ein. Der Gerichtshof stellt lapidar und ohne jegliche Begründung fest, der Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung führe dazu, dass das nationale Gericht entgegenstehende Bestimmungen des nationalen Rechts „unangewendet“ zu lassen habe. Da der Rechtsstreit das Verhältnis eines privaten Arbeitgebers und eines privaten Arbeitnehmers betraf, bedeutet dies nichts anderes als die unmittelbare horizontale Drittwirkung der Richtlinie 2000/78/EG.

Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien ist bereits seit einiger Zeit in die Diskussion geraten. Für die Arbeitsrechtspraxis ist sie von enormer Bedeutung. Immer wieder stellt sich das Problem, welche Rechtsfolgen ein möglicher Verstoß einer deutschen arbeitsrechtlichen Regelung gegen europäische Richtlinien haben kann²⁰. Art. 249 III EGV kann nur entnommen werden, dass sich Richtlinien an den jeweiligen Mitgliedstaat richten, der sie in nationales Recht umzusetzen hat. In ständiger Rechtsprechung hielt der *EuGH* jedoch bisher eine unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien grundsätzlich für möglich, wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen und die Richtlinie hinreichend genau formuliert ist, so dass daraus unmittelbar Rechte des Bürgers abgeleitet werden können²¹. Nach dieser jahrzehntealten Rechtsprechung des *EuGH* kann sich der Bürger *gegenüber dem Staat* und sonstigen staatlichen Stellen auf die unmittelbare Anwendbarkeit europäischer Richtlinien berufen (sog. vertikale unmittelbare Wirkung). Eine unmittelbare Wirkung zwischen

¹⁸ Nicolai, DB 2005, 2641, stellt jedoch zu Recht fest, dass aus Sicht des deutschen Gesetzgebers eine Klärung dieser Frage im Rahmen der anstehenden Neufassung von § 14 III TzBfG zu begrüßen gewesen wäre. Dies ändert jedoch nichts an der fehlenden Entscheidungserheblichkeit dieses Gesichtspunkts.

¹⁹ S. Koberski, NZA 2005, 79 (84).

²⁰ S. m. w. N. Thüsing, ZIP 2004, 2301; Bauer, NZA 2005, 800 (802); im Zusammenhang mit der Massenentlassungsrichtlinie Bauer/Krieger/Powietzka, DB 2005, 445.

²¹ *EuGH*, Slg. 1974, 1337 – van Duyn; *EuGH*, Slg. 1982, 53 – Becker; *EuGH*, Slg. 1984, 1891 – von Colson und Kamann; Grabitz/Hilf/Nettesheim EGV/EUV, Stand: August 2002, Art. 249 EGV Rdnrn. 154 ff.; Streinz/Schroeder, EUV/EGV, 2003, Art. 249 EGV Rdnrn. 101 ff.

Publikationen

Privaten, d.h. eine horizontale Drittwirkung europäischer Richtlinien, hat der *EuGH* jedoch stets abgelehnt²². Im Verhältnis zwischen privaten Arbeitgebern und Arbeitnehmern konnten europäische Richtlinien „nur“ durch eine Verpflichtung der nationalen Gerichte zu einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts Wirkung entfalten²³. Auf diese Weise haben Richtlinien zwar keine unmittelbare Wirkung im Verhältnis von Privaten, können sich jedoch über eine richtlinienkonforme Auslegung auf ihre Rechtsbeziehungen auswirken. Soweit das nationale Recht Auslegungsspielräume lässt, sind diese im Lichte der nicht hinreichend umgesetzten Richtlinie zu nutzen.

Diese strikte Trennung zwischen den Wirkungen europäischer Richtlinien im Verhältnis Staat – Bürger und Bürger – Bürger hat der *EuGH* bis in seine jüngste Rechtsprechung hinein durchweg verteidigt. Einiges Aufsehen erregt hatten in diesem Zusammenhang in jüngerer Zeit die Schlussanträge des Generalanwalts *Colomer* in der Rechtssache *Pfeiffer*²⁴. Dieser hatte im Zusammenhang mit der Wirkung der Arbeitszeitrichtlinie unter - unzutreffender²⁵ - Berufung auf frühere Entscheidungen des Gerichtshofs die Ansicht vertreten, Richtlinien sollten auch im Verhältnis zwischen Privaten unmittelbare Anwendung finden und entgegenstehendes nationales Recht verdrängen können. Der *EuGH* hat sich daraufhin in seiner Entscheidung nochmals ausführlich mit den Argumenten des Generalanwalts für eine horizontale Drittwirkung europäischer Richtlinien auseinandergesetzt und diesen eine klare Absage erteilt²⁶. Der Gerichtshof betonte ausdrücklich die Bedeutung der richtlinienkonformen Auslegung. Danach müssen Gerichte die nationalen Rechtsvorschriften „soweit wie möglich so auslegen, dass sie im Einklang mit den Zielen der Richtlinie angewandt werden können“. Das *BAG* ist diesen Vorgaben in seiner ständigen Rechtsprechung gefolgt. In konsequenter Anwendung der Regeln des *EuGH* hat es die Grenze der richtlinienkonformen Auslegung dort gesehen, wo eine „nach Wortlaut, Systematik und Sinn“ eindeutige Regelung des deutschen Rechts vorliegt²⁷. Ist danach eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich, bleibt es bei der Anwendung des zwar europarechtswidrigen, jedoch eindeutigen deutschen Rechts. Ein privater Arbeitgeber konnte sich damit trotz eines möglichen Verstoßes gegen europäisches Richtlinienrecht auf klares und eindeutiges deutsches Gesetzesrecht verlassen. Sanktionslos blieb der Umsetzungsmangel dennoch nicht. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* kommen in solchen Fällen Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den Staat sowie ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland in Betracht.

Mit dieser ständigen Rechtsprechung hat der Gerichtshof jetzt offensichtlich gebrochen. Angesichts der ausdrücklichen Ablehnung einer horizontalen Drittwirkung in der *Pfeiffer*-Entscheidung vor gut einem Jahr ist dies mehr als überraschend. Im Gegensatz zum *Pfeiffer*-Verfahren ist der Gerichtshof dieses Mal den Schlussanträgen des Generalan-

²² *EuGH*, Slg. 1986, 723 – Marshall; *EuGH*, Slg. 1990, I-4135 – Marleasing; *EuGH*, Slg. 1994, I-3325 – Faccini Dori; *EuGH*, Slg. 2000, I-7535 – Unilever.
²³ *EuGH*, Slg. 1984, 1891 – von Colson und Kamanr; *EuGH*, Slg. 1990, I-4135 – Marleasing; *EuGH*, Slg. 1994, I-3325 – Faccini Dori; s. dazu im Einzelnen mit der Diskussion möglicher Ausnahmen *Streinz/Schroeder*, EUV/EGV, 2003, Art. 249 EGV Rdnrn. 125 ff.; *Grabitz/Hilf/Nettesheim* EGV/EUV, Stand: August 2002, Art. 249 EGV Rdnr. 153.
²⁴ *Generalanwalt Colomer*, SchIA, (6.3.2003 – C-397-403/01), Rdnrn. 56 ff. und (27.4.2004 – C-397-403/01), Rdnrn. 13 ff.; dazu *Schliemann*, NZA 2004, 513; *Thüsing*, ZIP 2004, 2301 (2302 ff.); *Bauer/Krieger*, BB 2004, 549 (551).

²⁵ Dazu ausführlich *Thüsing*, ZIP 2004, 2301 (2302 ff.).

²⁶ *EuGH*, NZA 2004, 1145 – Pfeiffer.

²⁷ S. z.B. *BAG*, NZA 2003, 742 (747).

Publikationen

walts weitgehend gefolgt. Generalanwalt *Tizzano* hatte in seinen Schlussanträgen vom 30. 6. 2005 eine Unanwendbarkeit von § 14 III TzBfG für möglich gehalten, wenn diese Vorschrift gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verstößt²⁸. Die Gründe und damit die Reichweite der Entscheidung des *EuGH* sind mehr als undurchsichtig. Zunächst zitiert der Gerichtshof zur Unterstützung seines Ergebnisses zwei frühere Urteile.²⁹ Beide Verweise gehen jedoch in die Irre. In der zitierten Entscheidung *Simmenthal* hatte der Gerichtshof über die Vereinbarkeit der Bestimmung eines italienischen Gesundheitsgesetzes zu befinden, das der Finanzverwaltung die Erhebung gesundheitspolizeilicher Gebühren erlaubte. Die Entscheidung *Solred* betraf einen Rechtsstreit zwischen der spanischen Steuerverwaltung und einer spanischen Gesellschaft wegen der Zahlung einer Abgabe auf eine notarielle Urkunde. Beide Entscheidungen hatten damit allein die Frage einer unmittelbaren Anwendung europäischen Rechts im Verhältnis Staat – Bürger und damit die vertikale unmittelbare Wirkung zum Gegenstand. Wie der Gerichtshof nun seine Schlussfolgerung einer horizontalen Drittwirkung zwischen privaten Arbeitsvertragsparteien darauf stützen möchte, ist schleierhaft.

Der tiefere Grund für die vom Gerichtshof angeordnete Rechtsfolge ist sehr wahrscheinlich die Feststellung, die Richtlinie 2000/78/EG gebe nur den ohnehin geltenden allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung wieder und beauftrage die Mitgliedstaaten insoweit zur näheren Ausgestaltung der Durchsetzung dieses Rechts. Zwar benutzt der Gerichtshof dieses Argument dazu, die Anwendbarkeit des Verbots der Altersdiskriminierung trotz fehlenden Ablaufs der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG zu begründen. Jedoch geht dessen Bedeutung weit darüber hinaus. Der *EuGH* behandelt den Gleichbehandlungsgrundsatz als Gemeinschaftsgrundrecht, das auch ohne Richtlinienumsetzung auf – insoweit im Unterschied zu den Grundfreiheiten – rein innerstaatliche Sachverhalte unmittelbar Anwendung finde. Der europäische Gleichbehandlungsgrundsatz soll alle – auch privatrechtlichen – Rechtsverhältnisse in der Gemeinschaft überlagern und damit vereinbares nationales Gesetzesrecht verdrängen. Auch dies steht im Widerspruch zur bisherigen ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Insbesondere zur Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG (jetzt: Richtlinie 2002/73/EG) hat der Gerichtshof mehrfach im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung zwischen Privaten entschieden³⁰. Im Ergebnis ebnet die Entscheidung den Unterschied zwischen Verordnung und Richtlinie völlig ein. Der europäische Gleichbehandlungsgrundsatz wird in Verbindung mit der Antidiskriminierungsrichtlinie unmittelbar auch für Private verbindliches Recht, das nationale Rechtsvorschriften verdrängt. Auf eine Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts kommt es dann nicht mehr an.

Angesichts der unklaren Begründung sind die Folgewirkungen der Entscheidung derzeit völlig offen. Denkbar ist z.B. eine Fortentwicklung der Entscheidung in der Weise, dass in Zukunft – wie etwa von *Wank* vorgeschlagen³¹ – die Verbotswirkung und die Gestaltungswirkung europäischer Richtlinien zu unterscheiden ist. Danach kann eine Richtlinie in der

²⁸ Generalanwalt *Tizzano*, SchlA (30. 6. 2005 – C-144/04), Rdnrn. 84, 101; dazu schon *Bauer*, NZA 2005, 800 (802).
²⁹ Der Gerichtshof verweist auf *EuGH*, Slg. 1978, 629 Rdnr. 21 – *Simmenthal*; *EuGH*, Slg. 1998, I-937 Rdnr. 30 – *Solred*.
³⁰ *EuGH*, Slg. 1986, 723 – *Marshall*; *EuGH*, Slg. 1984, 1891 – von *Colson* und *Kamann*; *Streinz/Schroeder*, EUV/EGV, 2003, Art. 249 EGV Rdnr. 117; *Grabitz/Hill/Nettesheim* EGV/EUV, Stand: August 2002, Art. 249 EGV Rdnr. 176; *EuGH*, Slg. 2003, I-2741 – *Kutz-Bauer* widerspricht dem nicht, da der Fall das Verhältnis Staat-Bürger betraf.
³¹ *Wank*, RdA 2004, 246 (250 ff.).

Weise horizontale Drittwirkung entfalten, dass sie bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts im Wege der Verbotswirkung unanwendbar macht. Setzt die Richtlinie dagegen eine positive Gestaltung voraus, auf die sich ein Bürger gegenüber einem anderen Bürger berufen möchte, scheidet eine horizontale Drittwirkung aus. Denkbar ist jedoch auch, dass der Gerichtshof in Zukunft die Antidiskriminierungsrichtlinien in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung stets auch zwischen privaten Bürgern anwenden wird. In diesem Fall wäre z.B. die erst jüngst ausführlich diskutierte Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung³² weitgehend obsolet. Das Verbot der Altersdiskriminierung würde vielmehr bereits ohne Umsetzung in nationales Recht Anwendung finden und – im Fall einer Umsetzung – würde ein möglicherweise mangelhaftes deutsches Gesetz ohnehin mit Wirkung auch zwischen Privaten vom Gerichtshof im Einzelfall korrigiert werden. Nicht auszuschließen ist darüber hinaus, dass in Zukunft jegliche Richtlinie horizontale Drittwirkung haben könnte. Ob der *EuGH* jedoch zu einem solchen „kühnen Sprung“ bereit ist, bleibt abzuwarten³³.

4.3. Keine Hilfe vom BVerfG

Die neue Rechtsprechung des *EuGH* zur horizontalen Drittwirkung des Verbots der Altersdiskriminierung wirft die Frage auf, ob sich ein betroffener Arbeitgeber dagegen mit Rechtsmitteln zur Wehr setzen kann. Insoweit ließe sich argumentieren, ein deutsches Gericht dürfe nicht mit dem Verweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz entgegen Art. 100 GG ein formelles deutsches Gesetz einfach unangewendet lassen, sondern müsse die Frage dem *BVerfG* vorlegen.

Auf Grundlage der bisherigen „Solange“-Rechtsprechung des *BVerfG* wird ein solcher Einwand kaum Erfolgsaussichten haben. Das *BVerfG* hält Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung von Grundrechten durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, für „von vornherein“ unzulässig, wenn in ihrer Begründung nicht dargelegt wird, dass die europäische Rechtsentwicklung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des *EuGH* unter den vom *BVerfG* für erforderlich gehaltenen Grundrechtsstandard abgesunken ist³⁴. Die Begründung muss insoweit im Einzelnen darlegen, dass der als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz „generell“ nicht gewährleistet ist³⁵. Gerade den vom *EuGH* entwickelten Gleichbehandlungsgrundsatz sieht das *BVerfG* jedoch als wesentliche Grundrechtsverbürgung auf europäischer Ebene an³⁶. Hält das *BVerfG* an dieser Rechtsprechung fest, wird eine Verfassungsbeschwerde oder die Vorlage eines Gerichts gegen die unmittelbare Anwendbarkeit des Verbots der Altersdiskriminierung keinen Erfolg haben. Auf Grund der durch Art. 23 GG und die entsprechenden Entscheidungen des *BVerfG* sanktionierten Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaft können deutsche Gerichte nationales Recht bei einem Verstoß gegen europäisches Recht ohne Vorlagepflicht nach Art. 100 GG unangewendet lassen. Es bleibt

³² *Waltermann*, NZA 2005, 1265; *Reichold/Hahn/Heinrich*, NZA 2005, 1270.

³³ Jedenfalls hat der Gerichtshof nun den von *Thüsing*, ZIP 2004, 2301 (2305), nach der *Pfeiffer*-Entscheidung nicht mehr erwarteten „kühnen Sprung“ gewagt, die richtlinienkonforme Auslegung jedenfalls teilweise ad acta zu legen.

³⁴ *BVerfG*, NJW 1987, 577 – Solange II; *BVerfG*, NJW 2000, 3124 – Bananenmarktordnung.

³⁵ So *BVerfG*, NJW 2000, 3124 (3125) – Bananenmarktordnung.

³⁶ So *BVerfG*, NJW 2001, 1267 (1268).

abzuwarten, ob die Ausweitung der horizontalen Drittwirkung des Verbots der Altersdiskriminierung das *BVerfG* zu einer Änderung seiner Rechtsprechung veranlassen wird.

5. Praktische Konsequenzen

Die Praxis muss mit der *Mangold*-Entscheidung des *EuGH* leben. Für sie stellt sich nun zum einen das Problem, wie mit Arbeitsverträgen zu verfahren ist, die auf Grundlage von § 14 III TzBfG abgeschlossen wurden. Zum anderen ist fraglich, ob die Vorgaben des Gerichtshofs auch in anderen Bereichen des Arbeitsrechts Beachtung finden müssen. Der Gesetzgeber wird das Urteil bei der im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 18. November 2005 angekündigten europarechtskonformen Ausgestaltung der Altersbefristung berücksichtigen müssen, um eine Neufassung zu entwickeln, die europarechtlich über jeden Zweifel erhaben ist. Angesichts der „Unanwendbarkeit“ der jetzigen Regelung ist eine zeitnahe Umsetzung dieses Reformvorhabens dringend erforderlich.

5.1. Befristete Arbeitsverträge nach § 14 III TzBfG

Für Arbeitgeber, die mit Arbeitnehmern ab dem 52. Lebensjahr einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, kann das Urteil des *EuGH* dramatische Konsequenzen haben – muss es aber nicht. Folgen die deutschen Gerichte dem Gerichtshof darin, dass sie das deutsche Recht „unangewendet“ lassen, ist § 14 III 4 TzBfG „totes“ Recht³⁷. Der Befristungsgrund der Altersbefristung steht für solche Arbeitsverträge nicht mehr zur Verfügung. Welche Konsequenzen daraus im Einzelnen zu ziehen sind, muss differenziert gesehen werden.

a) *Anwendbarkeit von § 14 III 1 TzBfG*. Zunächst stellt sich die vom *EuGH* nicht behandelte Frage, ob zumindest mit Arbeitnehmern ab dem 58. Lebensjahr nach § 14 III 1 TzBfG noch befristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden dürfen. Das Urteil steht dem nicht entgegen. Der Gerichtshof hat ausdrücklich die Herabsetzung der Altersgrenze von 60 auf 58 Lebensjahre im Jahr 2001 als vereinbar mit § 8 der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG angesehen. Zu § 5 der Richtlinie hat er mangels Entscheidungserheblichkeit keine Stellung genommen. Ferner begründet er den Verstoß der deutschen Regelung zur Altersbefristung allein mit deren Unverhältnismäßigkeit. Dabei kommt der bis zum 31. 12. 2006 geltenden Herabsetzung der Altersgrenze auf 52 Lebensjahre entscheidende Bedeutung zu. Nur diese führt zu dem vom *EuGH* gerügten dauerhaften Ausschluss dieser Personengruppe von einem festen Beschäftigungsverhältnis für einen erheblichen Teil ihres Berufslebens. Dies kann man bei der Altersgrenze von 58 Jahren nicht in gleicher Weise sagen. Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber die Herabsetzung zu einem Zeitpunkt vorgenommen, als die Richtlinie 2000/78/EG noch nicht erlassen war. Daher sprechen gute Gründe dafür, dass eine Befristung mit Arbeitnehmern ab deren 58. Lebensjahr nach § 14 III TzBfG weiterhin wirksam ist. Angesichts der Entscheidung des *EuGH* sind Arbeitgeber jedoch gut beraten, von dieser Befristungsmöglichkeit bis zur gesetzlichen

³⁷ So auch Nicolai, DB 2005, 2641, allerdings offenbar auf § 14 III TzBfG insgesamt bezogen; ebenso Strybny, BB 2005, 2753 (2754).

Publikationen

Neuregelung keinen Gebrauch zu machen. Denn die vom *EuGH* nicht behandelten Bedenken im Hinblick auf § 5 der Richtlinie 1999/70/EG bleiben bestehen³⁸.

b) *Anwendbarkeit alternativer Befristungsgründe.* Bei richtigem Verständnis der Entscheidung des *EuGH* stellt sich das Problem des „unanwendbaren“ Befristungsgrundes gem. § 14 III TzBfG nur bei Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern von deren 52. bis 57. Lebensjahr. Bei diesen besteht in der Tat das Risiko, dass die Arbeitsverträge nicht wirksam befristet sind und damit rechtlich als unbefristet gelten. In der Rechtsprechung des *BAG* ist aber anerkannt, dass vorbehaltlich abweichender tariflicher Regelungen³⁹ der Befristungsgrund nicht im Arbeitsvertrag angegeben werden muss. Es ist nicht einmal erforderlich, den Befristungsgrund mit dem Arbeitnehmer zu besprechen oder ihm diesen mitzuteilen⁴⁰. Der Arbeitgeber kann sich damit auch in einem etwaigen Entfristungsprozess auf einen Sachgrund berufen, der nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen mit dem Arbeitnehmer war. Dies gilt nach der neuen Rechtsprechung des *BAG* auch dann, wenn er sich auf den Sachgrund der „Erprobung“ berufen will⁴¹. Das Gleiche gilt für die Berufung auf eine zulässige sachgrundlose Befristung nach § 14 II TzBfG. Nur die Befristung des Arbeitsvertrags als solche bedarf nach § 14 IV TzBfG der Schriftform. Dagegen ist ein ausdrücklicher Verweis auf § 14 II TzBfG nicht notwendig. Eine Ausnahme kann nur dann eingreifen, wenn die Arbeitsvertragsparteien durch eine genaue Beschreibung der sachlichen Begründung der Befristung ihren Willen zum Ausdruck gebracht haben, dass die sachgrundlose Befristung gem. § 14 II TzBfG abbedungen werden soll⁴². Allein die Angabe eines bestimmten Grundes im Arbeitsvertrag stellt zwar ein Indiz dar, reicht aber allein nicht aus.⁴³

Auf Grundlage dieser Rechtsprechung des *BAG* kann sich der Arbeitgeber in aller Regel trotz der „Unanwendbarkeit“ von § 14 III 4 TzBfG auf das Vorliegen eines Sachgrundes gem. § 14 I und ggfs. auf die Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung gem. § 14 II TzBfG berufen.

Beispiel: Der Arbeitgeber hat mit einem 54 Jahre alten Arbeitnehmer einen auf 12 Monate befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen, den er bereits einmal um sechs Monate verlängert hat. Die „Unanwendbarkeit“ von § 14 III 4 TzBfG steht einer Berufung des Arbeitgebers auf § 14 II TzBfG nicht entgegen. Ohne ausdrückliche Verlängerung des Arbeitsvertrags endet dieser mit Ablauf der verlängerten Befristung nach § 14 II TzBfG.

c) Vertrauensschutz für „Altfälle“. Liegen die Voraussetzungen anderer Befristungsgründe nicht vor, ist für entsprechende Arbeitsverträge auf Grund der „Unanwendbarkeit“ von § 14 III 4 TzBfG davon auszugehen, dass diese jedenfalls seit der Entscheidung des *EuGH* vom 22. 11. 2005 als unbefristet gelten, sofern nicht bereits die Frist des § 17 TzBfG abgelaufen ist. Nach § 16 TzBfG sind diese frühestens zum (unwirksam) vereinbarten Ende der Befristung ordentlich kündbar, es sei denn im Arbeitsvertrag oder in einem anzuwendenden Tarifvertrag ist ein ordentliches Kündigungsrecht vereinbart. Für die

³⁸ S. dazu m.w.N. *ErfK/Müller-Glöge*, 6. Aufl. 2006, § 14 TzBfG Rdnr. 133; *Koberski*, NZA 2005, 79 (84).

³⁹ Dazu *BAG*, NZA 2004, 978; *BAG*, NZA 2002, 666.

⁴⁰ *BAG*, NZA 2002, 85; *BAG*, NZA 2001, 546.

⁴¹ *BAG*, NZA 2004, 1333.

⁴² *BAG*, NZA 2003, 149; *BAG*, AP Nr. 15 zu § 1 BeschFG 1996; *BAG*, NZA 2003, 916.

⁴³ *BAG*, NZA 2003, 149; *BAG*, AP Nr. 16 zu § 1 BeschFG 1996; *BAG*, NZA 2003, 916.

Kündigung bedarf es jedoch im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eines Kündigungsgrundes gem. § 1 KSchG. Allein die neue Entscheidung des EuGH liefert keinen solchen Grund.

Zu überlegen ist jedoch, ob nicht für bis zum Bekanntwerden der Entscheidung des EuGH abgeschlossene altersbefristete Arbeitsverträge Vertrauensschutz zu gewähren ist. Wie bereits in der *Junk*-Entscheidung hat der *EuGH* auch in der *Mangold*-Entscheidung nicht von der nach europäischem Recht bestehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Rückwirkung seiner Entscheidung auszuschließen⁴⁴. Von den deutschen Gerichten ist aber unabhängig davon der im Rechtsstaatsprinzip verankerte Grundsatz des Vertrauensschutzes zu beachten. Danach ist eine Rückwirkung unzulässig, wenn eine Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen durfte und dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen der anderen Partei und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorzug verdient⁴⁵. Angesichts der breiten Diskussion über die Europarechtswidrigkeit der Altersbefristung kann sich ein zu gewährender Vertrauensschutz nicht auf die Vereinbarkeit mit europäischem Recht beziehen. Auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* war jedoch angesichts der klaren und eindeutigen Regelung in § 14 III TzBfG selbst bei einem Verstoß gegen europäisches Recht zweifelsfrei damit zu rechnen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung ausscheidet. Ein privater deutscher Arbeitgeber konnte sich damit auf das eindeutige geltende Recht verlassen. Die überraschende Kehrtwende des Gerichtshofs hin zu einer „Unanwendbarkeit“ europarechtswidrigen nationalen Rechts darf nicht zu Lasten eines Arbeitgebers gehen, der unter Geltung der bis dahin einheitlichen Rechtsprechung einen wirksam altersbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte. Dafür spricht auch die Handhabung entsprechender Fälle durch das *BVerfG*, das im Fall einer Nichtigkeits- oder Unvereinbarerklärung einer deutschen Norm nach §§ 31, 79 BVerfGG regelmäßig entsprechende Übergangsregelungen für betroffene Privatrechtsverhältnisse trifft⁴⁶. Wie die Rechtsprechung im Ergebnis mit solchen „Altfällen“ verfahren wird, bleibt abzuwarten⁴⁷.

5.2. Sonstige Differenzierungen nach dem Lebensalter

Angesichts der vom *EuGH* befürworteten unmittelbaren Anwendbarkeit des Verbots der Altersdiskriminierung auf Arbeitsverträge zwischen privaten Arbeitgebern und Arbeitnehmern stellt sich die Frage, ob weitere gesetzliche, tarifvertragliche und einzelvertragliche Altersdifferenzierungen des deutschen Rechts noch „anwendbar“ sind⁴⁸. Differenzierungen nach dem Alter von Arbeitnehmern sind gang und gäbe. Danach wird bei der Sozialauswahl und der Bildung von Altersgruppen gem. § 1 KSchG ebenso differenziert wie z. B. bei tarif- und einzelarbeitsvertraglichen Regelungen über die Unkündbarkeit von Arbeitnehmern und über Altersgrenzen bei Renteneintritt.

⁴⁴ S. dazu m. w. N. *Bauer/Krieger/Powietzka*, DB 2005, 445 (449 f.).

⁴⁵ S. *BGHZ* 132, 6, 11 = *NJW* 1996, 924; *BGHZ* 132, 119, 130 = *NJW* 1996, 1467; *BAGE* 66, 228, 236 ff., 240; *BSGE* 51, 31; vgl. auch *BVerfGE* 74, 129, 155 ff. = *NZA* 1987, 347; für die Gewährung von Vertrauensschutz auch *Strybny*, BB 2005, 2753 (2754).

⁴⁶ S. z. B. *BVerfGE* 99, 341 (358 ff.); *Umbach/Clemens/Dollinger/Graßhof*, *BVerfGG*, 2. Aufl. 2005, § 79 Rdnr. 42 m. w. N.

⁴⁷ Im Hinblick auf das Recht der Massenentlassungen haben z. B. Vertrauensschutz gewährt: *LAG Köln*, ZIP 2005, 1153; *LAG Köln*, ZIP 2005, 1524; *LAG Berlin*, *NZA-RR* 2005, 412.

⁴⁸ Selbstverständlich stellt sich diese Frage darüber hinaus in Zukunft bei jedem Gleichbehandlungsproblem, jedenfalls bei allen Diskriminierungsmerkmalen der Antidiskriminierungsrichtlinien; eine vollständige Behandlung würde jedoch den Umfang dieses Beitrags sprengen.

Insoweit ist allerdings vor ungerechtfertigter Panik zu warnen. Zunächst betrifft die Entscheidung des *EuGH* nur solche nationalen Normen, die seit Verabschiedung der Richtlinie 2000/78/EG und vor Ablauf der Umsetzungsfrist erlassen wurden. Der Gerichtshof stützt die Anwendbarkeit der Richtlinie ausdrücklich auf eine „Vorwirkung“, die nationalen Maßnahmen entgegenstehe, die das vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebene Ziel in Frage stellen. Soweit das deutsche Recht Differenzierungen nach dem Alter von Arbeitnehmern schon vor Verabschiedung der Richtlinie (27. 11. 2000) zugelassen hat, ist daran auf Grundlage der Entscheidung des *EuGH* jedenfalls bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist festzuhalten. Da das Alter der betroffenen Arbeitnehmer von der Rechtsprechung bei der Sozialauswahl nach § 1 III KSchG seit jeher berücksichtigt wurde, rechtfertigt auch die ausdrückliche Aufnahme des Alters zum 1. 1. 2004 keine andere Beurteilung.

Sehr zweifelhaft ist darüber hinaus, ob die beschriebenen Differenzierungen nach dem Alter überhaupt in Widerspruch zum Verbot der Altersdiskriminierung stehen. Es sprechen gute Gründe dafür, dass diese durch die Rechtfertigungsgründe der Richtlinie gedeckt sind⁴⁹. Angesichts des jedenfalls nicht evidenten Verstoßes der vom deutschen Recht vorgesehenen Altersdifferenzierungen ist bis zu einer gegenteiligen Entscheidung des *EuGH* nach den dargestellten Grundsätzen Vertrauensschutz zu gewähren. Private Arbeitsvertragsparteien müssen sich bis zu einem anders lautenden Urteil des *EuGH* auf die eindeutige Rechtslage in Deutschland verlassen dürfen.

5.3. Dringender Handlungsbedarf für den Gesetzgeber

Dringender Handlungsbedarf besteht nach der *Mangold*-Entscheidung für den Gesetzgeber. Die neue Bundesregierung muss mit der im Koalitionsvertrag vom 18. 11. 2005 angekündigten europarechtskonformen Ausgestaltung der Altersbefristung umgehend Ernst machen. Dies ist schon zur Beseitigung der nunmehr auf Grund der „Unanwendbarkeit“ des § 14 III 4 TzBfG bestehenden Rechtsunsicherheit geboten. Dabei wird der Gesetzgeber sein Augenmerk vor allem darauf richten müssen, eine zweifelsfrei europarechtskonforme Neufassung zu entwickeln. Die bereits vor der Entscheidung bestehende Rechtsunsicherheit hat in der Praxis dazu geführt, dass dieses beschäftigungspolitisch sinnvolle Mittel tatsächlich kaum genutzt wurde und damit keine nennenswerte Wirkung erzielen konnte⁵⁰.

Leider sind die Vorgaben des Gerichtshofs für eine europarechtskonforme Ausgestaltung unvollständig. Da er sich mangels Entscheidungserheblichkeit nicht mit der Frage beschäftigt hat, ob § 5 der Richtlinie 1999/70/EG § 14 III TzBfG in seiner jetzigen Form entgegensteht, sollten die bislang in der Literatur geäußerten Bedenken vom Gesetzgeber berücksichtigt werden⁵¹. Empfehlenswert ist, den Gesetzeswortlaut von § 14 III TzBfG dahingehend zu präzisieren, dass der Anwendungsbereich auf zuvor arbeitslose oder ohne den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags von Arbeitslosigkeit (z.B. wegen Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses oder Abschluss eines Aufhebungsvertrags)

⁴⁹ S. dazu *Bauer/Krieger*, BB-Special 6/2004, 20 (21); teilweise kritischer *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234; *Richardi*, DB 2004, 486 (487); *Waltermann*, NZA 2005, 1265.

⁵⁰ S. dazu *Bauer*, NZA 2003, 30 (31 f.).

⁵¹ S. zum aktuellen Meinungsstand *Koberski*, NZA 2005, 79 (80 ff.).

Publikationen

bedrohte Arbeitnehmer ab dem 52. Lebensjahr beschränkt und zusätzlich sowohl eine Begrenzung der maximalen Dauer als auch der Anzahl der Befristungen aufgenommen wird⁵². Damit wird allen vom EuGH und von der Befristungsrichtlinie genannten Gesichtspunkten Rechnung getragen, ohne das Mittel der Altersbefristung vollständig abzuschaffen.

6. Ergebnis

1. Nach dem Urteil des *EuGH* ist die deutsche Regelung zur Altersbefristung mit europäischem Recht nicht vereinbar. Das Urteil betrifft jedoch lediglich die nach § 14 III 4 TzBfG bis zum 31. 12. 2006 geltende Herabsetzung der Altersgrenze auf 52 Jahre. Nicht entschieden ist, ob Altersbefristungen ab dem 58. Lebensjahr mit europäischem Recht vereinbar sind. Eine böse Überraschung ist die vom Gerichtshof ausgesprochene Rechtsfolge. Der *EuGH* macht aus der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und dem „allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung“ eine explosive Mischung.

2. Deutsche Gerichte sollen § 14 III 4 TzBfG auch zwischen privaten Arbeitsvertragsparteien „unangewendet“ lassen. Diese horizontale Drittwirkung ist unhaltbar und steht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und des *BAG*. Ferner verstößt sie gegen Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 249 EGV. Zutreffenderweise hätte der *EuGH* lediglich eine richtlinienkonforme Auslegung anordnen dürfen, die am klaren und eindeutigen Wortlaut der Vorschrift gescheitert wäre. Die neue Rechtsprechung des *EuGH* stellt eine erhebliche und durch nichts gerechtfertigte Kompetenzerweiterung des Gemeinschaftsrechts dar. Auf Grundlage der Rechtsprechung des *BVerfG* bestehen hiergegen jedoch keine Rechtsmittel für betroffene Arbeitgeber. Daher ist die Politik aufgerufen, auf europäischer Ebene dafür zu sorgen, dass dieser Entwicklung durch eine klare Kompetenzbegrenzung Einhalt geboten wird.

3. In der Praxis kann eine Befristung nach der Entscheidung des *EuGH* nicht mehr auf § 14 III 4 TzBfG gestützt werden. Zulässig ist in aller Regel jedoch auch bei bereits abgeschlossenen befristeten Arbeitsverträgen die Berufung auf alternative Befristungsgründe. Darüber hinaus sollte Arbeitgebern im Hinblick auf bereits vor der Entscheidung des *EuGH* abgeschlossene altersbefristete Arbeitsverträge Vertrauensschutz gewährt werden. In jedem Fall besteht nach der Entscheidung des *EuGH* dringender Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. Dieser muss die im Koalitionsvertrag angekündigte Reform des Rechts der Altersbefristung umgehend in Angriff nehmen, um für die Praxis eine rechtssichere Befristungsmöglichkeit zu schaffen.

⁵²

So auch die Stellungnahme des Ausschusses Arbeitsrecht des DAV, Stellungnahme Nr. 54/05 v. Dez. 2005.

Die Autoren



Dr. Jobst-Hubertus Bauer

Maybachstraße 6
D-70469 Stuttgart

Tel. +49 711 8997-143
Fax +49 711 855096
jobst-hubertus.bauer@gleisslutz.com
www.gleisslutz.com

Dr. Jobst-Hubertus Bauer, geboren 1945. Studium in Freiburg. Promotion 1976. Seit 1975 Rechtsanwalt im Büro in Stuttgart. Fachanwalt für Arbeitsrecht.

Vorsitzender des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht. Mitglied des DAV-Gesetzgebungsausschusses Arbeitsrecht, des Arbeitsrechtsausschusses der BDA, des Verbandsausschusses des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes und des Board der European Employment Lawyers' Association (EELA). Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht und der Arbeitsrechtlichen Praxis (AP). Geschäftsführer bzw. Justitiar mehrerer Arbeitgeberverbände.

Schwerpunkte

Individual- und Kollektivarbeitsrecht, Arbeitsrecht im Zusammenhang mit Unternehmenstransaktionen, Verhandlungen mit Betriebsräten und Gewerkschaften, betriebliche Mitbestimmung, Umstrukturierungen, Abschluss und Beendigung von Dienstverträgen mit Top-Führungskräften.

Publikationen



Dr. Christian Arnold, LL.M.

Maybachstraße 6
D-70469 Stuttgart

T +49 711 8997-143

F +49 711 855096

christian.arnold@gleisslutz.com
www.gleisslutz.com

Dr. Christian Arnold, LL.M., geboren 1974. Studium in Tübingen, Fribourg/Schweiz und an der Yale Law School/USA (LL.M. 2004). Promotion 2005. Seit 2005 Rechtsanwalt im Büro Stuttgart.

Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV.

Schwerpunkte

Kollektives und individuelles Arbeitsrecht, Abschluss und Beendigung von Dienstverträgen mit Vorständen und Geschäftsführern, Betriebsverfassungsrecht, Tarifrecht, Umstrukturierungen, internationales Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht.



Gleiss Lutz Berlin

Friedrichstraße 71
D-10117 Berlin
T +49 30 800979-0
F +49 30 800979-979

Gleiss Lutz Frankfurt

Mendelssohnstraße 87
D-60325 Frankfurt/Main
T +49 69 95514-0
F +49 69 95514-198

Gleiss Lutz München

Prinzregentenstraße 50
D-80538 München
T +49 89 21667-0
F +49 89 21667-111

Gleiss Lutz Stuttgart

Maybachstraße 6
D-70469 Stuttgart
T 49 711 8997-0
F 49 711 855096

Gleiss Lutz Brüssel

Rue Guimard 7
B-1040 Brüssel
T +32 2 55110-20
F +32 2 5121568

Gleiss Lutz Prag

Jugoslávská 29
CZ-12000 Prag 2
T +420 2 24007-500
F +420 2 24007-555

Gleiss Lutz Warschau

ul. Sienna 39
PL-00121 Warschau
T +48 22 52655-00
F +48 22 52655-55

Budapest

Kooperationspartner:
Bán, S. Szabó & Partners
József nádor tér 5-6
HU-1051 Budapest
T +36 1 266-3522
F +36 1 266-3523

www.gleisslutz.com