

„Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt

„Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt

Lüder Gerken

Centrum für Europäische Politik,
Freiburg im Breisgau

Volker Rieble

Ludwig-Maximilians-Universität München,
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Günter H. Roth

Universität Innsbruck,
Institut für Unternehmens- und Steuerrecht

Torsten Stein

Universität des Saarlandes,
Lehrstuhl für Europarecht und Europäisches Öffentliches Recht

Rudolf Streinz

Ludwig-Maximilians-Universität München,
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht


sellier.
european law
publishers

Buchbestellungen unter:

http://www.sellier.de/pages/de/buecher_s_eip/europarecht/710.quotmangoldquot_als_ausbrechender_rechtsakt.htm

ISBN (print) 978-3-86653-128-4

ISBN (ebook) 978-3-86653-875-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2009 by sellier. european law publishers GmbH, Munich.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gestaltung: Sandra Sellier, München. Herstellung: Karina Hack, München. Verwendete Schriften: Goudy Old Style und Goudy Sans von Linotype. Druck und Bindung: AZ Druck und Datentechnik, Kempten im Allgäu. Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier. Printed in Germany.

Vorwort

Nach dem Lissabon-Urteil steht das Bundesverfassungsgericht vor einer weiteren grundlegenden Entscheidung: Hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit seinem Mangold-Urteil die Kompetenzen überschritten, die ihm die Mitgliedstaaten eingeräumt haben? Mit anderen Worten: Ist dieses Urteil ein ausbrechender Rechtsakt? Wenn Karlsruhe im anstehenden Honeywell-Verfahren zu dieser Feststellung gelangt, darf das EuGH-Urteil in Deutschland nicht angewendet werden.

Bislang hat das Bundesverfassungsgericht noch nie einen ausbrechenden Rechtsakt festgestellt, sondern stets nur Grenzen aufgezeigt. Nun kommt es zum Schwur. Im Mangold-Urteil hat der EuGH erklärt, dass Teile der deutschen Hartz-Reformen gegen das europäische Grundrecht „Verbot der Altersdiskriminierung“ verstießen, und deren Anwendung untersagt. Nur: Ein solches Grundrecht gab es nicht; der EuGH hat es erfunden.

Unsere Studie, die wir aus eigenem Antrieb – ohne fremde Initiative oder Finanzierung – verfasst haben, gelangt zu dem Ergebnis: Mit dem Mangold-Urteil hat der EuGH als Teil der judikativen Gewalt in den Zuständigkeitsbereich der legislativen Gewalt, nämlich der Mitgliedstaaten als Primärrechtsgeber, eingegriffen.

Zu dieser Überschreitung der von der Gewaltenteilung gezogenen Grenze zwischen Rechtsprechung und parlamentarischer Rechtsetzung kann die Bundesrepublik Deutschland die Europäische Union nicht ermächtigt haben, weil diese Gewaltenteilungsgrenze vom Grundgesetz mit seiner „Ewigkeitsgarantie“ geschützt wird.

Daraus folgt, dass das Mangold-Urteil ein ausbrechender Rechtsakt ist und in Deutschland nicht angewendet werden darf.

Wenn das Bundesverfassungsgericht in diesem eindeutigen Fall nicht einschreitet, ist nicht zu sehen, wann es dann „Halt“ rufen würde oder überhaupt noch könnte. Es hat oft genug die Lippen gespitzt; es wird Zeit, auch einmal zu pfeifen.

Lüder Gerken
Volker Rieble
Günter H. Roth
Torsten Stein
Rudolf Streinz

Leitsätze

(1) Jede horizontale Dritt-Vor-Wirkung von Richtlinien verstieße explizit gegen Art. 249 Abs. 3 EG und damit gegen den ausdrücklichen Willen des europäischen Primärrechtsgebers. Sie kann keinesfalls als zulässige richterliche Rechtsfortbildung angesehen werden.

(2) Die Auffassung des EuGH, es gebe einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der die Diskriminierung aufgrund des Alters verbiete, trifft nicht zu. Der EuGH erfindet diesen Grundsatz und geriert sich als Schöpfer von Primärrecht. Das Mangold-Urteil untergräbt die ohnehin schwachen Ansätze von Gewaltenteilung auf europäischer Ebene: Der EuGH als Judikative verschafft sich eigenhändig legislative Handlungsspielräume. Dies verstößt gegen die – in Deutschland in Art. 20 GG verankerten – Grundprinzipien des demokratischen Rechtsstaats.

(3) In einer gewachsenen demokratischen Staatsverfassung kann die richterliche Usurpation von Rechtsetzungsbefugnissen durch ein Verfassungsgericht beanstandet und durch einen handlungsfähigen Gesetzgeber aufgehoben oder korrigiert werden. In der EU ist beides nicht möglich: Sie verfügt über kein vom EuGH getrenntes Verfassungs- oder Kompetenzgericht. Europäisches Primärrecht lässt sich nur ändern, wenn sämtliche siebenundzwanzig Mitgliedstaaten dies einstimmig beschließen.

(4) Eine Reservekompetenz nationaler Verfassungsgerichte ist deswegen zum Schutze des demokratischen Rechtsstaats unverzichtbar. Dieser Reservekompetenz stehen weder die europäischen Verträge noch das Grundgesetz entgegen.

(5) Nur nationale Verfassungsgerichte können entscheiden, ob ein Organ der EU die vom jeweiligen nationalen Zustimmungsgesetz gezogenen Kompetenzen überschritten hat, ob also ein ausbrechender Rechtsakt vorliegt. Dies gilt erst recht, wenn es um ein Gerichtsurteil des EuGH geht, da der EuGH nicht unparteiisch über seine eigene Rechtsprechung urteilen kann.

(6) Wenn das Verfassungsgericht eines Mitgliedstaates feststellt, dass eine Primärrechtsschöpfung des EuGH einen nicht mehr durch das nationale Zustimmungsgesetz gedeckten – ausbrechenden – Rechtsakt darstellt, so hat das dieselbe Folge wie die Nicht-Zustimmung eines Mitgliedstaates zu einer legislativen Primärrechtsänderung, die Einstimmigkeit voraussetzt: Das fragliche

Urteil entfaltet in allen Mitgliedstaaten keine Gültigkeit. Aus diesem Grunde wird die Einheit der Rechtsordnung in der Union nicht gefährdet.

(7) Es ist der Bundesrepublik Deutschland durch Artt. 20, 28 GG untersagt, rechtsetzende Staatsgewalt, die nicht mehr von richterlicher Rechtsfortbildungskompetenz gedeckt ist, an ein Gericht einer zwischenstaatlichen Organisation zu übertragen. Artt. 23, 24 GG relativieren dieses Verbot nicht, da der Grundsatz der Gewaltenteilung zu den von Art. 79 Abs. 3 GG garantierten Verfassungsnormen gehört.

(8) Die legislative Tätigkeit des EuGH im Mangold-Urteil ist durch deutsches Zustimmungsgesetz zu den europäischen Verträgen nicht gedeckt und daher ein ausbrechender Rechtsakt im Sinne der Maastricht- und Lissabon-Rechtsprechung des BVerfG. Andernfalls verstieße das Zustimmungsgesetz seinerseits gegen Artt. 20, 28 GG.

(9) Eine Feststellung des BVerfG, dass das Mangold-Urteil als ausbrechender Rechtsakt die deutsche Zustimmung übersteigt, gefährdet die Einheit der europäischen Rechtsordnung aus einem weiteren Grunde nicht: Inzwischen ist die Richtlinie 2000/78/EG in Kraft getreten; dem vom EuGH erfundenen Rechtsgrundsatz kommt zukünftig keine inhaltliche Bedeutung mehr zu.

(10) Dennoch ist die Entscheidung des BVerfG von größter Tragweite: Der EuGH hat mit der Erfindung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes eine Methode kreiert, die er – wenn ihr nicht Einhaltung geboten wird – in der Zukunft erneut und systematisch heranziehen kann, was zu einer unkontrollierbaren Entgrenzung zwischen legislativer und judikativer Gewalt führen würde. Nur das BVerfG hat, mit der Entscheidung im Fall Honeywell, die Möglichkeit, dieser Entwicklung Einhaltung zu gebieten.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Leitsätze	VII
A. Einleitung	1
B. Das Mangold-Urteil des EuGH	
I. § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG ist eine europarechtswidrige Ungleichbehandlung	3
II. Die nicht abgelaufene Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG ist unbeachtlich	4
III. § 14 Abs. 3 TzBfG muss wegen Verstoßes gegen EU-Recht „unangewendet“ bleiben	5
IV. Keine Gewährung von Vertrauensschutz	6
C. Die Rechtsentwicklung nach dem Mangold-Urteil	
I. Schlussanträge von Generalanwältinnen, die auf das Mangold-Urteil Bezug nehmen	
1. Generalanwalt Geelhoed (Rs. Chacón Navas)	7
2. Generalanwältin Sharpston (Rs. Lindorfer und Bartsch)	8
3. Generalanwältin Trstenjak (Rs. Carp)	9
4. Generalanwalt Mazák (Rs. Palacios)	10
5. Generalanwalt Colomer (Rs. Maruko, Rs. Michaeler und Subito GmbH)	11
II. Die EuGH-Urteile nach Mangold, insbesondere Palacios und Bartsch	
1. Keine (eindeutige) Reaktion des EuGH auf die Schlussanträge	12
2. Palacios	12
3. Bartsch	13

D. Kritik und Bewertung des Mangold-Urteils des EuGH	
I. Finden oder Erfinden eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts?	17
II. Anordnung der Unanwendbarkeit einer mitgliedstaatlichen Rechtsnorm ohne tragfähige Rechtsgrundlage	
1. „Horizontale Dritt-Vor-Wirkung“	24
a) Vorwirkung der Richtlinie	25
b) Horizontale Drittwirkung der Richtlinie	25
c) Kombination aus Vorwirkung und Drittwirkung	27
2. Unanwendbarkeit wegen eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts	27
3. Ergebnis	27
III. Keine angemessene Berücksichtigung des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten	28
IV. Die Kompetenzüberschreitung des EuGH	
1. Unvereinbarkeit mit Art. 13 EG	29
2. Entwertung des Sekundärrechts	30
3. Aushebelung der Gewaltenteilung	31
V. Keine Gewährung von Vertrauensschutz	33
VI. Fazit	34
E. Der Fall Honeywell vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts	
I. Befolgung der Mangold-Rechtsprechung des EuGH	37
II. Kritik und Bewertung	39
F. Die Verfassungsbeschwerde in der Rechtssache Honeywell	
I. Beschwerdegegenstand	41
II. Prüfungskompetenz des BVerfG	
1. Prüfungsmaßstäbe von BVerfG und EuGH	42

2. Unterschiedliche Auffassungen zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht	
a) Die Sichtweise des EuGH	43
b) Die Sichtweise des BVerfG	44
aa) Solange II	45
bb) Maastricht	46
cc) Bananenmarkt-Beschluss	47
dd) EMRK-Beschluss	48
ee) Lissabon	48
ff) Bewertungen von Verfassungsrichtern	50
III. Die Reservekompetenz des BVerfG	
1. Die Begründung der Reservekompetenz	51
2. Zuständigkeit des BVerfG oder des EuGH für die Feststellung der Einhaltung der Kompetenzgrenzen?	52
3. Kritik an der Reservekompetenz des BVerfG	53
4. Zusammenfassung	59
IV. Mögliche Grundrechtsverletzungen	
1. Der „ausbrechende Rechtsakt“ als Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde	60
2. Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Kompetenzüberschreitung des EuGH (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG)	60
G. Zusammenfassung und Ergebnis	67
Literaturverzeichnis	71
Abkürzungsverzeichnis	83

A. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wird demnächst eine Entscheidung zu fällen haben, die für das Verhältnis des Gerichts zum Europäischen Gerichtshof (EuGH), aber auch von nationalem zu europäischem Recht, von grundsätzlicher Bedeutung sein wird: Das beim BVerfG anhängige Verfahren in der Rechtssache Honeywell richtet sich gegen ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) und wurde durch ein in der Rechtslehre äußerst kritisch aufgenommenes Urteil des EuGH in der Rechtssache Mangold ausgelöst.

Im Folgenden sollen zunächst das Mangold-Urteil (B.) sowie die sich anschließende Rechtsentwicklung (C.) dargestellt werden. Dann wird das Urteil einer juristischen Kritik unterzogen (D.). Die folgenden Abschnitte befassen sich mit dem Honeywell-Verfahren vor dem Siebten Senat des BAG (E.) und der dagegen gerichteten Verfassungsbeschwerde (F.).

Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass das Mangold-Urteil ein Fehlurteil darstellt, das als Akt unzulässiger Rechtsfortbildung zu qualifizieren ist und einen ausbrechenden Rechtsakt im Sinne der Maastricht- und Lissabon-Entscheidungen des BVerfG darstellt.

B. Das Mangold-Urteil des EuGH

Der EuGH hatte 2005 über die Klage des 56-jährigen Herrn Mangold zu entscheiden, der einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte. Die Parteien des Arbeitsvertrags hatten die Befristung ausschließlich auf § 14 Abs. 3 S. 4 des deutschen Teilzeitbefristungsgesetzes (TzBfG) gestützt. Diese Rechtsnorm ließ es bis zum 31.12.2006 zu, das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer ab dem 52. Lebensjahr ohne Angabe weiterer Gründe außer dem Alter und ohne Begrenzung der Dauer oder Anzahl der Verlängerungen zu befristen. Dies galt nur dann nicht, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang bestand.

Im Fall Mangold wurden alle sonst möglichen zulässigen Befristungsgründe von den Vertragsparteien ausdrücklich ausgeschlossen. Diese ungewöhnliche Vertragsgestaltung war der Tatsache geschuldet, dass die an dem Rechtsstreit beteiligten Rechtsanwälte gezielt nach einem Weg suchten, § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG für europarechtswidrig zu erklären. Der Rechtsstreit ging also nicht auf eine echte Rechtsstreitigkeit zurück, sondern wurde künstlich herbeigeführt.¹

Das mit dem Fall befasste Arbeitsgericht München legte dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 234 EG insbesondere die Frage vor, ob die in § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG vorgesehene Möglichkeit der Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Arbeitnehmern mit der bereits beschlossenen, von Deutschland aber noch nicht umgesetzten Richtlinie 2000/78/EG vereinbar sei. Der EuGH entschied:

I. § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG ist eine europarechtswidrige Ungleichbehandlung

Die Möglichkeit, einen Arbeitsvertrag gemäß § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG ausschließlich aufgrund des Alters des Arbeitnehmers zu befristen, stelle, so der EuGH, eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung dar. Zwar könnten Ungleichbehandlungen wegen des Alters nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt sein, wenn damit ein legitimes Ziel verfolgt werde. Die Verbesserung der beruflichen Eingliederung arbeitsloser

¹ Bauer, NZA 2005, 800, 801.

älterer Arbeitnehmer stelle auch ein legitimes Ziel dar², und die Mitgliedstaaten verfügten über einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik.³ Allein jedoch das Alter als Kriterium für die Befristung des Arbeitsvertrages zuzulassen – ohne Berücksichtigung der konkreten Situation des individuellen Arbeitnehmers und ohne „Nachweis“ der objektiven Erforderlichkeit der Reformvorschrift für die Beschäftigungsförderung älterer Arbeitsloser –, sei zur Erreichung des verfolgten Zieles weder angemessen noch erforderlich.⁴ Insgesamt lag daher für den EuGH eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters vor.

II. Die nicht abgelaufene Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG ist unbeachtlich

Die Richtlinie 2000/78/EG, die ein Verbot von Diskriminierungen aufgrund des Alters vorsieht, war von den Mitgliedstaaten grundsätzlich bis zum 2.12.2003 umzusetzen. Deutschland machte jedoch von der in der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit zur Verlängerung der Frist bis zum 2.12.2006 Gebrauch. § 14 Abs. 3 TzBfG wurde im Dezember 2002, also noch vor Ablauf der jedem Mitgliedstaat zustehenden, noch nicht verlängerten Umsetzungsfrist erlassen.⁵

Dies hielt der EuGH aus zwei Gründen für unbeachtlich: Zum einen sei die nicht abgelaufene Umsetzungsfrist wegen des Grundsatzes der Vorwirkung unbeachtlich. Zum anderen stelle das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar, der unabhängig von der Umsetzung der Richtlinie Wirkungen entfalte.

Vorwirkung: Der Grundsatz der Vorwirkung besagt, dass die Mitgliedstaaten während der Frist zur Umsetzung einer Richtlinie keine Vorschriften erlassen dürfen, die geeignet sind, die Erreichung des mit der Richtlinie verfolgten Zieles ernstlich in Frage zu stellen.⁶ § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG stelle, so der EuGH,

² EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 60 = NZA 2005, 1345, 1347 – Mangold.

³ EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 63 = NZA 2005, 1345, 1347 – Mangold.

⁴ EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 65 = NZA 2005, 1345, 1347 – Mangold.

⁵ Selbst zum Zeitpunkt der Entscheidung des EuGH war die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78/EG/EG noch nicht abgelaufen.

⁶ EuGH vom 18.12.1997 – Rs. C-129/96 – Slg. 1997, I-7411 Rn. 45 = NVwZ 1998, 385, 387 – Inter-Environnement Wallonie.

eine gegen diesen Grundsatz verstoßende Vorschrift dar, weil danach gewisse Diskriminierungen aufgrund des Alters ausdrücklich zugelassen werden.⁷

Verbot der Diskriminierung wegen des Alters sei ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts: Der EuGH geht davon aus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht in der zur Diskussion stehenden Richtlinie 2000/78/EG verankert sei, sondern von dieser vorausgesetzt werde.⁸ Nach ihrem Art. 1 bezwecke die Richtlinie nämlich lediglich „die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“. Dass diese Formen der Diskriminierung verboten seien, wie es die erste und die vierte Begründungserwägung der Richtlinie zum Ausdruck bringen, ergebe sich bereits aus verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.⁹

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters sei mithin als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, d.h. als ein Gemeinschaftsgrundrecht, anzusehen.¹⁰ Da die deutsche Regelung in § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG gegen diesen Grundsatz verstoße, komme es nicht darauf an, dass die Frist zur Umsetzung der Richtlinie noch nicht abgelaufen war.¹¹

III. § 14 Abs. 3 TzBfG muss wegen Verstoßes gegen EU-Recht „unangewendet“ bleiben

Um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten und die sich aus diesem ergebenden Rechtspositionen Einzelner voll zu schützen, ist es nach Auffassung des EuGH erforderlich, dass ein zur Entscheidung berufenes Gericht jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts „unangewendet“ lässt.¹² Die Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG führte im Fall Mangold dazu, dass wegen der Ungültigkeit des herangezogenen Befristungsgrundes ein unbefristeter Arbeitsvertrag vorlag.

⁷ EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 67 ff. = NZA 2005, 1345, 1348 – Mangold.

⁸ EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 = NZA 2005, 1345, 1348 – Mangold.

⁹ EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 = NZA 2005, 1345, 1348 – Mangold.

¹⁰ EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 = NZA 2005, 1345, 1348 – Mangold.

¹¹ EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 76 = NZA 2005, 1345, 1348 – Mangold.

¹² EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 77 = NZA 2005, 1345, 1348 – Mangold.

IV. Keine Gewährung von Vertrauensschutz

Der EuGH äußerte sich – vielleicht, weil auch ihm bewusst war, dass es sich um einen künstlich herbeigeführten Fall handelte – nicht zu der Frage, ob dem Arbeitgeber Vertrauensschutz zu gewähren sei. Im Ergebnis wurde dieser damit versagt.

C. Die Rechtsentwicklung nach dem Mangold-Urteil

I. Schlussanträge von Generalanwälten, die auf das Mangold-Urteil Bezug nehmen

I. Generalanwalt Geelhoed (Rs. Chacón Navas)

In der Rechtssache Chacón Navas¹³ wies Generalanwalt Geelhoed auf die potentiell weitreichenden wirtschaftlichen und finanziellen Konsequenzen hin, die von Diskriminierungsverboten ausgelöst werden können. Er sprach sich ausdrücklich dagegen aus, die Wirkung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts so zu verstärken, wie es der EuGH im Mangold-Urteil getan hat. Er plädierte stattdessen für eine schrittweise Umsetzung der Diskriminierungsverbote, für die Art. 13 EG dem europäischen Gesetzgeber eine Kompetenz verleiht.¹⁴ Denn andernfalls griffe der EuGH in die Abwägungen ein, die die Mitgliedstaaten in Ausübung der ihnen noch verbliebenen Zuständigkeiten vornehmen dürften.

Nicht selten sei infolge von Diskriminierungsverboten ein finanzieller Ausgleich erforderlich, dessen Angemessenheit auch von den verfügbaren öffentlichen Mitteln oder vom allgemeinen Lebensstandard in den jeweiligen Mitgliedstaaten abhängt. Diese Abwägungen fänden im nationalen Bereich nicht in einem rechtsstaatlichen Vakuum statt. In der Regel würden sie auch an den nationalen Grundrechten und an den einschlägigen Bestimmungen der völkerrechtlichen Menschenrechtsübereinkommen gemessen. So betrachtet, müsse der EuGH über eine unangreifbare und höherrangige Kompetenzgrundlage verfügen, wenn er im Rahmen nationaler verfassungs- und völkerrechtlicher Gegebenheiten zustande gekommene Entscheidungen eines nationalen Gesetzgebers, der im Übrigen im Rahmen der ihm verbliebenen Zuständigkeit handle, korrigieren wolle. Dementsprechend befürwortete der Generalanwalt eine zurückhaltendere Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG, als sie der Gerichtshof im Mangold-Urteil vorgenommen hat.

¹³ Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed vom 16.03.2006 – Rs. C-13/05 – Slg. 2006, I-6467, Nrn. 46 bis 56.

¹⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed vom 16.03.2006 – Rs. C-13/05 – Slg. 2006, I-6467 Nr. 56.

2. Generalanwältin Sharpston (Rs. Lindorfer und Bartsch)

Generalanwältin Sharpston schlug in der Rechtssache Lindorfer¹⁵ vor, das Verbot der Altersdiskriminierung, das der Gerichtshof im Mangold-Urteil angeführt hatte, als spezielle Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz zu sehen. Dementsprechend vertrat sie die Auffassung, eine Diskriminierung aufgrund des Alters sei schon immer durch den allgemeinen Gleichheitssatz verboten gewesen, und die Richtlinie 2000/78/EG habe lediglich einen besonderen, detaillierten Rahmen für den Umgang mit u.a. dieser Diskriminierung eingeführt.

Unter Verweis darauf stimmt sie auch in der Rechtssache Bartsch¹⁶ der Aussage des EuGH im Mangold-Urteil zu, dass das Verbot der Altersdiskriminierung seinen Ursprung weder in der Richtlinie 2000/78/EG als einer Durchführungsrichtlinie noch in Art. 13 EG hat. Sein Ursprung sei an anderer Stelle zu suchen.¹⁷ Das Gemeinschaftsrecht habe bereits seit seinen Anfängen tatsächlich bestimmte auf das Alter gegründete Unterscheidungen verboten.¹⁸ Die Generalanwältin bildet ein Beispiel: Hätte ein Mitgliedstaat etwa im Jahr 1960 Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten Freizügigkeit gewährt, davon aber solche im Alter zwischen 28 und 29 sowie zwischen 52 und 53 Jahren ausgenommen, so hätte eine solche Regelung vor dem Grundsatz der Gleichbehandlung, der immer Bestandteil des Gemeinschaftsrechts war, „mit Sicherheit“¹⁹ keinen Bestand gehabt. Eine Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern gemäß diesen beiden Altersspannen wäre nach ihrer Auffassung „als willkürlich und ungerechtfertigt angesehen worden“.²⁰ Liege insoweit also ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts vor, dann dürfe die Möglichkeit seiner unmittelbaren Anwendung – und zwar auch unter Privaten – nicht vorschnell ausgeschlossen werden.²¹ Hierfür sei jedoch erforderlich, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber zuvor detaillierte Umsetzungsmaßnahmen nach Art. 13 EG erlassen habe und Fristen zur Überführung solcher Umsetzungsmaßnahmen in nationales Recht

¹⁵ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 30.11.2006 – Rs. C-227/04 P – Slg. 2007, I-6767, insbesondere Nrn. 52 bis 58.

¹⁶ Zum Ausgangsfall s.u. II.3.

¹⁷ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nr. 57.

¹⁸ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nr. 58.

¹⁹ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nr. 58.

²⁰ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nr. 58.

²¹ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nr. 85.

abgelaufen seien.²² Sie rät daher dem EuGH, den einmal aufgestellten Rechtsgrundsatz nicht explizit zurückzunehmen.

Zum konkreten Fall erklärt Generalanwältin Sharpston, der allgemeine Rechtsgrundsatz könne hier nicht durchgreifen, da es zum hier maßgeblichen Rechtsgebiet (betriebliche Altersversorgung) gar kein EU-Sekundärrecht gebe, über das dieser Rechtsgrundsatz auf die nationalen Rechtsordnungen einwirken könne. Damit offenbart sie gegenüber der herrschenden Lesart eine deutlich eingeschränkte, freilich recht eigenwillige Vorstellung von Natur und Wirkungsweise eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes.

Die Auffassung, der EuGH solle sein Urteil in der Rechtssache Bartsch zumindest in zeitlicher Hinsicht durch ein Rückwirkungsverbot einschränken, teilt Generalanwältin Sharpston nicht. Sie sieht keine hinreichenden Anhaltspunkte für schwerwiegende wirtschaftliche Auswirkungen als Folge eines fehlenden Rückwirkungsverbots.²³ Ferner weist sie darauf hin, der Gerichtshof habe auch die Wirkungen des Mangold-Urteils zeitlich nicht beschränkt.²⁴

3. Generalanwältin Trstenjak (Rs. Carp)

Nach den Ausführungen der Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache Carp²⁵ kann das Mangold-Urteil mit den Lösungen verglichen werden, zu denen insbesondere das BVerfG mit der Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gelangt ist. Danach binden Grundrechte grundsätzlich nur den Staat, nicht die Bürger untereinander. Allerdings müssen die Gerichte die Grundrechte bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln im Recht berücksichtigen, wodurch sie mittelbar auf die Rechtsbeziehungen zwischen Bürgern ausstrahlen können.

Das Verbot der Altersdiskriminierung stellt für Generalanwältin Trstenjak eine dem Gemeinschaftsrecht inhärente Entscheidung mit allgemeinem und moralischem Charakter dar, obwohl sie in einer Richtlinie enthalten sei, die grundsätzlich nicht über eine horizontale unmittelbare Wirkung verfüge. Die Organe der Mitgliedstaaten und die von ihnen ermächtigten öffentlichen Rechtssubjekte müssten gemäß Art. 10 EG bei Entscheidungen über die Beziehungen zwischen Einzelpersonen auch die Werturteile des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen. Dies sei die *ratio legis* des Mangold-Urteils. Dieses Urteil stelle

²² Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nr. 87.

²³ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nr. 130.

²⁴ Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nr. 131.

²⁵ Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 29.03.2007 – Rs. C-80/06 – Slg. 2007, I-4473, Nrn. 67 ff.

die Leitlinie dar, die die nationalen Gerichte in Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand die Altersdiskriminierung ist, zu berücksichtigen hätten, sofern das nationale Recht insoweit kein dem Gemeinschaftsrecht gleiches Schutzniveau biete. Weil es nach dieser Rechtsprechung nicht zu einer unmittelbaren, sondern nur zu einer mittelbaren Bindung der Bürger komme, gebe es keinen Grund, sie nicht auch auf andere Bereiche anzuwenden.

4. Generalanwalt Mazák (Rs. Palacios)

Generalanwalt Mazák unterzog das Mangold-Urteil in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Palacios de la Villa einer kritischen Bewertung.²⁶ Er stellte fest, dass in völkerrechtlichen Verträgen und gemeinsamen Verfassungsstraditionen der Mitgliedstaaten, auf die im Mangold-Urteil verwiesen werde, ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz verankert sei, hielt es aber für einen „gewagten Vorschlag“ und einen „bemerkenswerten Schritt“, allein daraus das Bestehen eines spezifischen Verbots der Altersdiskriminierung oder irgendeiner anderen besonderen Diskriminierung der in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG genannten Arten abzuleiten.

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz umfasse potentiell ein Verbot von Diskriminierungen aus jeder Art von Gründen, die als inakzeptabel gelten könnten. Ein spezifisches Diskriminierungsverbot stelle daher einen besonderen Ausdruck dieses allgemeinen Grundsatzes dar. „Eine ganz andere Sache“ und „keineswegs zwingend“ sei es jedoch, aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz die Existenz eines Verbots der Diskriminierung wegen eines spezifischen Grundes abzuleiten. Überdies seien weder Art. 13 EG noch die Richtlinie 2000/78/EG zwingender Ausdruck eines bezüglich aller dort genannten Diskriminierungen bereits existierenden Verbots. Der zugrunde liegende Gedanke habe in beiden Fällen vielmehr darin bestanden, es dem Gemeinschaftsgesetzgeber und den Mitgliedstaaten zu überlassen, geeignete Vorkehrungen mit entsprechender Wirkung zu ergreifen. Dies scheine der Gerichtshof selbst im Urteil Grant²⁷ zu sagen, in dem er die Schlussfolgerung gezogen habe, dass das Gemeinschaftsrecht nach seinem damaligen Stand eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung nicht erfasst habe.

Außerdem müsse aus den Erwägungen im Mangold-Urteil der logische Schluss gezogen werden, dass nicht nur das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters, sondern alle besonderen Diskriminierungsverbote des Art. 1 der

²⁶ Schlussanträge des Generalanwalts Mazák vom 15.02.2007 – Rs. C-411/05 – Slg. 2007, I-8531, insbesondere Nrn. 87 bis 97 und Nrn. 132 bis 138.

²⁷ EuGH vom 17.02.1998 – Rs. C-249/96 – Slg. 1998, I-621 = NZA 1998, 301 ff. – Grant.

Richtlinie 2000/78/EG als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zu betrachten seien.²⁸

Nach Auffassung von Generalanwalt Mazák hat der EuGH im Mangold-Urteil nicht angenommen, dass die Richtlinie 2000/78/EG eine unmittelbare Wirkung unter Privatpersonen habe. Vielmehr sei der EuGH über deren Fehlen hinweggegangen, indem er dem entsprechenden allgemeinen Rechtsgrundsatz eine unmittelbare Wirkung zugeschrieben habe. Mit diesem Ansatz habe sich der Gerichtshof in „sehr schwieriges Fahrwasser“ begeben, nicht nur hinsichtlich der Frage, ob ein solcher allgemeiner Rechtsgrundsatz des Verbots der Diskriminierung aufgrund des Alters existiere, sondern auch im Hinblick auf die Anwendung dieses Grundsatzes.

Nach Erlass einer Richtlinie sei zu beachten, dass ein solcher Akt des sekundären Gemeinschaftsrechts grundsätzlich im Licht der diesem zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze ausgelegt und an diesen Grundsätzen gemessen werden könne. Es könnten jedoch Probleme auftreten, wenn dieser Gedanke praktisch auf den Kopf gestellt würde, indem einem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ein Grad an Selbständigkeit dergestalt zuerkannt würde, dass eine Berufung auf den Grundsatz anstelle oder unabhängig von dieser Gesetzgebung möglich wäre. Eine solche Betrachtung würde nicht nur im Hinblick auf die Rechtssicherheit, sondern auch auf die Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten ernsthafte Bedenken auslösen und die im Vertrag vorgesehene Kompetenzzuweisung im Allgemeinen in Frage stellen.

5. Generalanwalt Colomer (Rs. Maruko, Rs. Michaeler und Subito GmbH)

Generalanwalt Colomer vertrat in der Rechtssache Maruko²⁹ die Auffassung, dass der „grundlegende Charakter“ des Verbots der Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung eine andere Dimension habe als die, die der EuGH dem Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters im Mangold-Urteil zugeschrieben habe.

In der Rechtssache Michaeler und Subito GmbH³⁰ erklärte der Generalanwalt, dass er die kritische Auffassung des Generalanwalts Mazák teile. Die subsidiäre Anwendbarkeit der Rechtsgrundsätze bewirke nämlich nicht nur Rechtsunsicherheit, sondern auch eine Entwertung des Systems der Rechts-

²⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Mazák vom 15.02.2007 – Rs. C-411/05 – Slg. 2007, I-8531, Nr. 96.

²⁹ Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 06.09.2007 – Rs. C-267/06 – Slg. 2008, I-1757, Nr. 78 und die dazugehörigen Fußnoten.

³⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 24.01.2008 – verb. Rsn. C-55/07 und C-56/07 – Slg. 2008, I-3135, Nr. 20 ff.

quellen, durch die die typischen Gemeinschaftsrechtsakte in ein normatives Zierwerk verwandelt würden, das mühelos durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze ersetzt werden könne.

Der EuGH müsse daher bei der gleichzeitigen Anwendung von Richtlinien und allgemeinen Rechtsgrundsätzen äußerst behutsam vorgehen. Es sei für die Rechtsanwendung produktiver, wenn man davon ausginge, dass einmal erlassene Richtlinien zwar zum Zweck ihrer Auslegung durch Rechtsgrundsätze ergänzt werden, dass Richtlinien und Rechtsgrundsätze aber nicht auf einer Basis der Gleichheit koexistieren. Würden nämlich nach Erlass einer Richtlinie durch die Rechtsgrundsätze Aspekte geregelt, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, würden deren Funktion und Wesen entwertet.

II. Die EuGH-Urteile nach Mangold, insbesondere Palacios und Bartsch

1. Keine (eindeutige) Reaktion des EuGH auf die Schlussanträge

Der Gerichtshof hat zwischenzeitlich seine Urteile in den Rechtssachen Chacón Navas, Lindorfer, Carp, Palacios, Maruko und Bartsch sowie der (für die vorliegende Fragestellung nicht weiter relevanten) Rechtssache Michaeler und Subito verkündet. Trotz oder möglicherweise in Anbetracht der Stellungnahmen seiner Generalanwälte hat er in keinem dieser Urteile seine im Mangold-Urteil getroffene Entscheidung, dass es einen allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters gebe, überprüft oder auch nur erwähnt.

2. Palacios

Auch das Urteil in der Rechtssache Palacios lässt keinen eindeutigen Schluss zu, ob der EuGH die mit dem Mangold-Urteil begründete Rechtsprechung relativiert.³¹ In diesem Urteil erachtete der Gerichtshof eine tarifliche Altersgrenze des spanischen Rechts als zulässig, da es aus staatlicher Sicht „nicht unvernünftig“³² sei, anzunehmen, Höchstgrenzen für das Alter bestimmter Arbeitnehmer könnten durch Begünstigung des Zugangs Jüngerer zum Arbeitsmarkt die Vollbeschäftigung fördern. Hiernach verfügen die Mitgliedstaaten also über einen sehr weiten Ermessensspielraum bei der Wahl ihrer Maßnah-

³¹ EuGH vom 16.10.2007 – Rs. C-411/05 – Slg. 2007, I-8531 = BB 2007, 2629, mit Anm. Nicolai – Palacios.

³² EuGH vom 16.10.2007 – Rs. C-411/05 – Slg. 2007, I-8531 Rn. 72 = BB 2007, 2629, 2634 – Palacios.

men im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik. Ob sich durch das Urteil in der Rechtssache Palacios eine wesentliche Änderung der Rechtsprechung im Vergleich zum Mangold-Urteil ergeben hat, ist jedoch zweifelhaft.³³ Denn mit dem zentralen Begründungselement der Mangold-Entscheidung, der Konstruktion eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Gemeinschaftsrechts, setzt sich das Palacios-Urteil nicht auseinander.

3. Bartsch

Einen weiteren Fall, der Berührungspunkte zum Fall Mangold aufweist, legte der Dritte Senat des BAG am 27.6.2006 dem EuGH zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EG vor.³⁴ Der Vorlagebeschluss betrifft eine Klausel in den Regelungen einer Versorgungskasse für die betriebliche Altersversorgung, nach der keine Hinterbliebenenversorgung gewährt werden muss, wenn der hinterbliebene Ehegatte mehr als 15 Jahre jünger ist als der verstorbene Arbeitnehmer.

Frau Bartsch, die Klägerin des Ausgangsverfahrens, wurde 1965 geboren. Ihr Mann war 1944 geboren und verstarb 2004. Zu diesem Zeitpunkt war er abhängig beschäftigt. Abgesehen von der Altersabstandsklausel erfüllte Frau Bartsch alle Voraussetzungen für den Erhalt einer Witwenrente nach den Regelungen der Versorgungskasse. Sie stellte bei dieser Kasse einen Antrag auf Zahlung eines Ruhegelds, was diese jedoch ablehnte. Ihre Klage wurde vom Arbeitsgericht abgewiesen, das Landesarbeitsgericht wies ihre Berufung zurück. Mit ihrer Revision an das BAG machte Frau Bartsch u.a. geltend, die Altersabstandsklausel verstoße gegen den europarechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und sei deshalb unwirksam.

Der Dritte Senat kam zu dem Ergebnis, die Altersabstandsregel beruhe auf der billigen Erwägung, das Risiko der Inanspruchnahme der Versorgungskasse kalkulierbar zu halten, und benachteilige die Klägerin nicht in unangemessener Weise. Daher stünden der Klägerin nach deutschem Recht keine Ansprüche zu. Es sei aber nicht sicher, ob diese Aussage unter Berücksichtigung des Mangold-Urteils des EuGH revidiert werden müsse.³⁵ In seiner Vorlage an den EuGH fragt der Dritte Senat, ob eine Altersabstandsregel wie im vorliegenden Fall im Widerspruch zu dem allgemeinen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung stehe, den der Gerichtshof im Mangold-Urteil festgestellt hat, und bittet um eine Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen dieser Grundsatz zur Anwendung komme. Weiter legt er die Frage vor, ob allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts Wirkung auch

³³ Budras, FAZ vom 7.11.2007, S. 31; Nicolai, BB 2007, 2634, 2635.

³⁴ BAG vom 27.06.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – BAGE 118, 340 ff. = NZA 2006, 1276 ff. – Bartsch.

³⁵ BAG vom 27.06.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – BAGE 118, 340, 342 = NZA 2006, 1276, 1277 – Bartsch.

zwischen privaten Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern bzw. Hinterbliebenen entfalten.

Seine eigene kritische Rechtsauffassung zum Mangold-Urteil bringt der Dritte Senat des BAG dabei offen zum Ausdruck. Aus seiner Sicht kommt eine richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist nicht in Betracht, weil sonst der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, wie er die Richtlinie umsetzen wolle, missachtet würde. Zu beachten sei ferner, dass die Richtlinie 2000/78/EG den Mitgliedstaaten ausdrücklich gewisse Spielräume bei der Definition von Ausnahmetatbeständen einräumt.³⁶ Gegen den vom EuGH entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsatz eines Verbots der Altersdiskriminierung spreche bereits das in Art. 5 Abs. 1 EG verankerte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der Gemeinschaft. Die vom EuGH vorgenommene Fortentwicklung der Gemeinschaftsgrundrechte widerstreite im Übrigen der Bestimmung in Art. 6 Abs. 2 EU, wonach die EU die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) achtet. Da es kein Gemeinschaftsrecht gebe, das die betriebliche Altersversorgung umfassend regelt, weise der zu entscheidende Fall grundsätzlich keinen europarechtlichen Bezug auf. Es sei nicht einsichtig, wieso es in nicht dem Gemeinschaftsrecht unterfallenden Bereichen parallel zur EMRK einen weiteren Grundrechtsschutz durch das Primärrecht der Gemeinschaft geben solle.³⁷ Für den Fall, dass der EuGH dennoch an einem im gemeinschaftsrechtlichen Primärrecht verankerten Verbot der Altersdiskriminierung festhält, plädiert der Dritte Senat – angesichts der noch nicht abgelaufenen Umsetzungsfrist für die Richtlinie und der für betriebliche Altersversorgung erforderlichen langfristigen Risikokalkulation – für die Gewährung von Vertrauensschutz zugunsten der betroffenen Arbeitgeber.

Die Vorlagefragen hat der EuGH, entsprechend dem Rat der Generalanwältin Sharpston, in seiner Entscheidung vom 23.09.2008 knapp und ausweichend beantwortet.³⁸ Insbesondere nimmt der EuGH den im Mangold-Urteil aufgestellten allgemeinen Rechtsgrundsatz nicht zurück. Offen bleibt nach wie vor, unter welchen Umständen sich die im Mangold-Urteil ausgesprochene Rechtsfolge der Unanwendbarkeit einer nationalen Norm ergeben kann. Das von einigen Kritikern der Mangold-Entscheidung gesehene Szenario einer gleichzeitigen Vor- und horizontalen Drittwirkung hat der EuGH auch im Fall Bartsch nicht eindeutig ausgeschlossen. Eine Anwendung des behaupteten Verbots der Altersdiskriminierung scheidet nach seiner Auffassung im Fall Bartsch nämlich allein daran, dass die umstrittene Altersabstandsregel der betrieblichen Altersversorgung in ein Rechtsgebiet fällt, auf dem bisher kein sekundäres Gemeinschaftsrecht

³⁶ BAG vom 27.06.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – BAGE 118, 340, 345 = NZA 2006, 1276, 1278 – Bartsch.

³⁷ BAG vom 27.06.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – BAGE 118, 340, 347 = NZA 2006, 1276, 1279 – Bartsch.

³⁸ EuGH vom 23.09.2008 – Rs. C-427/06 – EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr. 7 = NZA 2008, 1119 f. – Bartsch, Rn. 14-26.

erlassen wurde.³⁹ Wegen dieser fehlenden Verbindung zum Gemeinschaftsrecht kommt der EuGH zu dem Schluss, dass die noch nicht umzusetzende Richtlinie 2000/78/EG nicht als Träger eines Verbots der Altersdiskriminierung dienen kann. Mit Hilfe dieses Kunstgriffes kann der EuGH die grundsätzliche Frage nach einer möglichen Vor- und zugleich Drittwirkung von Richtlinien in anders gelagerten Konstellationen letztlich dahinstehen lassen.

Daneben erörtert der EuGH Art. 13 EG als möglichen Aufhänger für ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters. Diese Norm qualifiziert er jedoch eindeutig als Kompetenznorm, die fehlendes Sekundärrecht zu diesem Thema nicht einfach überstrahlen kann.⁴⁰ Ungelöst bleibt damit der rechtliche Stellenwert des im Mangold-Urteil festgestellten allgemeinen Rechtsgrundsatzes: Wäre er auf der Ebene des Primärrechts angesiedelt, hätte er sich im Fall Bartsch trotz fehlender Beziehung des Sachverhalts zur Umsetzung einer Richtlinie eigentlich durchsetzen müssen.

³⁹ EuGH vom 23.09.2008 – Rs. C-427/06 – EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr. 7 = NZA 2008, 1119 f. – Bartsch, Rn. 25.

⁴⁰ EuGH vom 23.09.2008 – Rs. C-427/06 – EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr. 7 = NZA 2008, 1119 f. – Bartsch, Rn. 18.

D.

Kritik und Bewertung des Mangold-Urteils des EuGH

Das Mangold-Urteil des EuGH ist in der juristischen Diskussion auf massive Kritik gestoßen. Die wesentlichen Kritikpunkte werden nachfolgend dargestellt.

I. Finden oder Erfinden eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts?

1. Dass der EuGH zuweilen durch Auslegung dazu gelangt, allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu benennen, ist im Grundsatz nicht zu kritisieren. Denn Art. 6 Abs. 2 EU in Verbindung mit Art. 46 lit. d EU verpflichtet den EuGH dazu, die aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten stammenden Grundrechte zu achten. Um dieses Gebot umzusetzen, ist die Anerkennung bestimmter Rechtsgrundsätze als Bestandteile des Gemeinschaftsrechts – wenn sie überzeugend hergeleitet und begründet werden – oftmals der gewiesene Weg. Dies gilt umso mehr, als die Europäischen Gemeinschaften und die EU bislang (noch) über keinen durch verbindlichen Rechtsakt festgelegten Grundrechtskatalog verfügen.

Im Ausgangspunkt ist gerade der EuGH zu Richterrechtsbildung berufen⁴¹ – die europäische Rechtsordnung ist besonders lückenhaft und ohne systematische Fundierung. Der Rückgriff des EuGH auf die genannten Rechtsquellen eröffnet dem EuGH allerdings erhebliche Spielräume – für die Bestimmung nicht nur der Schutzbereiche einzelner Grundrechte, sondern auch ihrer Schranken.⁴² Dies bewirkt, dass sich der Schutzbereich der Grund- und Menschenrechte und ihre Schranken inhaltlich oft nur schwer konkretisieren lassen.⁴³ Im Rahmen der wertenden Rechtsvergleichung ist die Freiheit des EuGH sehr groß⁴⁴, da er hierdurch sowohl die bekannten Schutzbereiche erweitern als auch – im Hinblick auf die Rechtslage in einzelnen Mitgliedstaaten – neue Grundrechte entwickeln kann.

⁴¹ Steiner, EuZA 2009, 140, 148 ff.

⁴² Magiera, DÖV 2000, 1017, 1018 f.

⁴³ Calliess, in: Ehlers, EuGR, § 19 I Rn. 1.

⁴⁴ Stein, in FS für Steinberger, S. 1425, 1430.

2. Mit dieser Methode ist folglich ein „Rest von Beliebigkeit“⁴⁵ verbunden, was eine besonders sorgfältige Anwendung der anerkannten juristischen Auslegungsmethoden erforderlich macht – wie dies auch die Diskussion um richterliche Rechtsetzungs- und Rechtsfortbildungskompetenzen in Deutschland vielfach belegt.⁴⁶ Indes besteht ein deutlicher Unterschied.⁴⁷ In einer gewachsenen demokratischen Staatsverfassung kann die richterliche Usurpation von Rechtsetzungsbefugnissen beanstandet und aufgehoben werden: beanstandet durch ein Verfassungsgericht, das die demokratische Bindung des Richters an das Gesetz durchsetzt⁴⁸, und aufgehoben durch den Gesetzgeber selbst, der durch einen „Federstrich“ (von Kirchmann) im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben sein legitimes Vorrecht geltend machen kann. Die Europäische Union kennt beides nicht. Sie verfügt weder über ein vom EuGH getrenntes Verfassungsgericht noch über einen effektiven Gesetzgeber, der den EuGH in seine Schranken weisen kann. Dieses Fehlen von Gegengewichten erlaubt dem EuGH letztlich eine Europäische Freirechtsschule⁴⁹ zu etablieren, in der rechtsmethodische Erwägungen keine Rolle spielen, sondern allein der gute Wille des Gerichtes zählt. Der EuGH verfügt nicht einmal über ein methodisches Programm, das ihm im Wege der richterlichen Selbstdisziplinierung – auf die es entscheidend ankommt – die gebotene Zurückhaltung von innen heraus vermittelt. Diese methodische Schwäche ist nicht bloß „ärgerlich“⁵⁰, sondern Beleg für ein Funktionsdefizit. Gerade weil der EuGH außerhalb eines Systems der „checks and balances“ arbeitet, muss seiner Regelungsmacht eine Grenze gezogen werden. Das Bekenntnis zur Rechtsfortbildung als Notwendigkeit kann keine Ermächtigung zu ungezügelter richterlicher Machtausübung sein.

Dahinter steht ein zusätzliches demokratie-theoretisches Problem: Die Bundesrepublik Deutschland kann wegen Artt. 20, 28 GG keine rechtsetzende Staatsgewalt, die über zulässige Rechtsfortbildung hinausgeht, an ein Gericht

⁴⁵ Lecheler, ZEuS 2003, 337, 344.

⁴⁶ Statt vieler Larenz, Methodenlehre, S. 366 ff., 413 ff.; Flume, Richter und Recht, K 5 ff.; Hirsch, G., Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung; ders., ZRP 2006, 161; Hirsch, H. J., JR 1966, 334 ff.; Ipsen, Richterrecht und Verfassung; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem; Picker, JZ 1988, 1 ff., 62 ff.; Schmitt, Gesetz und Urteil, insbesondere S. 91 ff.; Steiner, in FS für Hirsch, S. 611 ff.; Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

⁴⁷ So schon Stein, in FS Universität Heidelberg.

⁴⁸ Wie seinerzeit das BVerfG vom 19.10.1983 – 2 BvR 485 und 486/80 – BVerfGE 65, 182 gegen die freie Erfindung eines Konkursvorranges für Sozialplanansprüche durch das BAG und BVerfG vom 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96 – BVerfGE 113, 88 gegen eine Unterhaltsrechtsreform durch ein Landgericht.

⁴⁹ Zur Freirechtsschule Larenz, Methodenlehre, S. 59 ff.

⁵⁰ Steiner, EuZA 2009, 148.

übertragen.⁵¹ Rechtsetzung auch auf europäischer Ebene muss vom Europäischen Parlament (mit)getragen sein, weil nur dieses durch Wahl direkt legitimiert ist. Zwar führt die Besonderheit der zweigleisigen demokratischen Legitimation auf europäischer Ebene⁵² dazu, dass Rechtsetzungsgewalt auch vom Rat ausgeübt wird; die dort vertretenen nationalen Regierungen sind aber parlamentarisch verantwortlich. Der EuGH ist niemandem verantwortlich. Wer also eine umfassende, ungebundene und ungezügelter Richterrechtsetzungsmacht des EuGH befürwortet oder auch nur akzeptiert, der löst jede demokratische Bindung auf, macht den EuGH zum Universalrechtsetzer auf europäischer Ebene, der nach Belieben primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht schaffen kann.

3. Das Mangold-Urteil mit seiner Herleitung des Rechtsgrundsatzes „Verbot der Altersdiskriminierung“ ist herausragender Beleg gerade für diese Gefahr. Der bloße Wille des Gerichtes ersetzt den Gesetzgeber: „In fact, the decisive part of the judgment does not reflect a legal argument at all. The Court does not even try to create the illusion that it will disclose the reasons for its decision. In ‘Mangold’, the European Court of Justice does not make an effort to convince. It imposes its view through its power as the competent court.“⁵³ Mit Gewaltenteilung und demokratischer Verantwortung ist das nicht in Einklang zu bringen.⁵⁴ Die Bereitschaft zu freihändiger Rechtsschöpfung zeigt sich „genertypisch“ gerade im Diskriminierungsrecht.

Die rechtsschöpferische Tätigkeit des EuGH in der Rechtssache Mangold weist nach nahezu einmütiger Auffassung der Literatur eklatante methodische Schwächen auf. Sie haben Krebber zu dem Ausruf bewegt: „Has the European Court of Justice gone mad?“, den er dann selbst mit Hinweis auf eine besondere und extensive Richterrechtstradition des EuGH seit Defrenne II verneint.⁵⁵

4. Der Einwand, ein grundsätzliches Altersdiskriminierungsverbot sei schon vor der Mangold-Entscheidung auf internationaler Ebene, z.B. in der EMRK, ihrem 12. Zusatzprotokoll vom 4.11.2000 und im Internationalen Pakt über

⁵¹ Vgl. BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 210 – Maastricht, in dem das Bundesverfassungsgericht die Geltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung auch gegenüber dem Europäischen Gerichtshof betont.

⁵² Zutreffend BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 182 ff. – Maastricht.

⁵³ Krebber, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2006, 377, 383.

⁵⁴ In diesem Sinne auch die scharfe Kritik von Rüthers am „oligarchen Richterstaat“: Rüthers, *JZ* 2002, 365; ders., *JZ* 2008, 446.

⁵⁵ Krebber, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2006, 377, 394.

bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)⁵⁶, zu finden⁵⁷, sticht nicht. Jenen Rechtstexten lässt sich ein allgemeines Diskriminierungsverbot entnehmen, jedoch keines, das auf das Lebensalter als Merkmal rekurriert.

Insbesondere enthält die EMRK, auf die sich der Gerichtshof stützt, keinen expliziten Hinweis auf einen solchen Grundsatz. Auch im 12. Zusatzprotokoll zur EMRK wird ein Verbot der Altersdiskriminierung nicht genannt. Auch dafür, dass es zwingend in den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz „hineingelesen“ werden müsste, gibt es keine Anhaltspunkte. Denn dieses Zusatzprotokoll nennt nach dem Einleitungswort „insbesondere“ mehrere spezifische Diskriminierungsverbote, jedoch keines, das am Alter einer Person ansetzt. Selbst wenn dem 12. Zusatzprotokoll zur EMRK durch Interpretation ein Verbot der Altersdiskriminierung entnommen werden könnte⁵⁸, so ist doch festzuhalten, dass dieses Protokoll zum Zeitpunkt der Entscheidung des EuGH in der Rechtsache Mangold unter den EU-Staaten nur in Finnland, den Niederlanden und Zypern in Kraft war. Die überwiegende Zahl der Mitgliedstaaten hat das genannte Protokoll bis heute nicht ratifiziert, eine starke Minderheit hat es nicht einmal unterzeichnet (Bulgarien, Dänemark, Frankreich, Litauen, Malta, Polen, Schweden, Vereinigtes Königreich). Das trägt eine Rechtsfortbildung des primären Gemeinschaftsrechts nicht.

Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten führen ebensowenig zum vom EuGH gewünschten Ergebnis.⁵⁹ Ein eigenständiges Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist, soweit ersichtlich, nur in § 6 Abs. 1 der finnischen und ansatzweise in Art. 59 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung⁶⁰ enthalten. Eine gemeinsame Verfassungstradition kann aber allenfalls dann bestehen, wenn wenigstens die Mehrheit der Mitgliedstaaten das Verbot der Altersdiskriminierung als Verfassungsgrundsatz anerkennt⁶¹, was hier nicht der Fall ist.⁶² Die Herleitung aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ist daher ebenfalls nicht vertretbar.

⁵⁶ Temming, Altersdiskriminierung, S. 395 m.w.Nw.

⁵⁷ Temming, Altersdiskriminierung, S. 404; vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston vom 22.05.2008 – Rs. C-427/06 – Slg. 2008, I-0000, Nrn. 58 ff.

⁵⁸ Der Text verbietet Diskriminierungen unter anderem aufgrund „der Geburt oder eines sonstigen Status“. Indem die „Geburt“ als Statusmerkmal definiert wird, ist aber klar, dass nicht das Geborene zu einem bestimmten Zeitpunkt, also das Alter, gemeint ist, sondern bestimmte soziale Zuschreibungen, die an den Umständen der Geburt anknüpfen (z.B. ehelich/unehelich; als Angehöriger einer bestimmten Kaste). Die übrigen Diskriminierungsverbote im 12. Zusatzprotokoll sind für Diskriminierungen wegen des Alters nicht einschlägig.

⁵⁹ Körner, NZA 2005, 1395, 1397; Wieland, NJW 2009, 1841, 1843.

⁶⁰ Dort allerdings nur in Bezug auf das Arbeitsleben.

⁶¹ Preis, NZA 2006, 401, 406.

⁶² Preis, NZA 2006, 401, 406; Riesenhuber, ERCL 2007, 62, 67; Zedler, GPR 2006, 151, 153.

Der EuGH konnte die Anerkennung des Verbots der Altersdiskriminierung als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts auch nicht darauf stützen, dass dieses ausdrücklich in Art 21 Abs. 1 der europäischen Charta der Grundrechte genannt ist.⁶³ Denn die Grundrechtecharta ist (noch) nicht rechtsverbindlich. Richter sind nicht befugt, Regelungsteile eines noch nicht ratifizierten Vertrages (hier des Vertrages von Lissabon, der über Art. 6 Abs. 1 EU n.F. die Grundrechtecharta einbezieht) durch Richterrecht in Kraft zu setzen. Die Grundrechtecharta kann allenfalls, wie in anderen Urteilen geschehen, als Stützargument für ein aus verbindlichen Rechtsquellen gefundenes Ergebnis herangezogen werden. Zudem ist im Interesse der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, dass sich Polen und das Vereinigte Königreich durch ein Protokoll zum Vertrag von Lissabon⁶⁴ rechtsverbindlich wirksame Vorbehalte gesichert haben, die wohl nicht zuletzt durch die Gefahr einer ausufernden und unberechenbaren Rechtsprechung des EuGH motiviert sind.⁶⁵

Der EuGH leitete das behauptete Verbot der Altersdiskriminierung schließlich aus „verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen“⁶⁶ ab. Welche völkerrechtlichen Verträge das sind, sagte er nicht. Gemeint sind wohl die Rechtsquellen, die in der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG genannt sind. Dazu zählen neben der EMRK auch der Internationale Pakt der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR), der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) sowie das ILO-Abkommen 111.

Der IPBPR aus dem Jahr 1966 enthält kein Altersdiskriminierungsverbot – und dies mit gutem Grund. Sonst hätten die seit 1966 in vielen Staaten der Welt durchgeführten altersabhängigen arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen gegen jenen Pakt verstoßen. Dies ist immerhin ein Indiz dafür, dass man derartige altersbedingte Ungleichbehandlungen nicht als Verbot im Sinne des Paktes verstanden wissen wollte. 1966 wäre wohl kein Unterzeichnerstaat auf die Idee gekommen, die im Mangold-Urteil behandelte Frage auch nur zu erwägen.

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters wird auch in keinem der anderen Dokumente genannt.⁶⁷ In all diesen Rechtsquellen ist zwar auch das Verbot der Diskriminierung aus „sonstigen Umständen“ oder wegen eines

⁶³ v. Danwitz, JZ 2007, 697, 701.

⁶⁴ Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich, ABl. 2007 Nr. C 306/156.

⁶⁵ Preis, NZA 2006, 401, 406 f.

⁶⁶ EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) – Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 = NZA 2005, 1345, 1348.

⁶⁷ Körner, NZA 2005, 1395, 1397; Preis, NZA 2006, 401, 406; Riesenhuber, ERCL 2007, 62, 66.

„sonstigen Status“ enthalten. Dies genügt aber nicht für die Vorgehensweise des EuGH.⁶⁸

Im Ergebnis ist die Methodik der Rechtsfindung und damit die Rationalität der Entscheidungsfindung des EuGH inakzeptabel.⁶⁹ Indem der EuGH neue Gemeinschaftsgrundrechte im Wege allgemeiner Rechtsgrundsätze „erfindet“⁷⁰, verlässt er das Grundrechtsverständnis der Mitgliedstaaten. Der Gerichtshof geriert sich als „Schöpfer einer Grundrechtsordnung“ und schwingt sich damit zur „verfassunggebenden Gewalt“ auf.⁷¹ Er verdrängt den europäischen Verfassungsgesetzgeber – die Mitgliedstaaten und insbesondere ihre Parlamente – in ihrer Eigenschaft als „Herren der Verträge“.

5. In demselben Sinne problematisch ist auch der Fall Coleman⁷², in dem der EuGH die Mutter eines behinderten Kindes vor Diskriminierung schützte und damit das eindeutige Erfordernis der Richtlinie, dass der Arbeitnehmer selbst Träger des Diskriminierungsmerkmals sein muss, auflöst. Mit dieser Auflösung wird zugleich die Kompetenzgrundlage zum Erlass der Richtlinie überschritten. Der Diskriminierungsschutz nach der Richtlinie 2000/78/EG sichert den Arbeitsmarktzugang für behinderte Arbeitnehmer; diese sollen eingegliedert werden. Das betonte der EuGH mit Verweis auf eindeutige Richtlinienartikel, die die Behinderung in der Person des Arbeitnehmers voraussetzen, selbst (Textnr. 39 und 40).

Der EuGH sah sich allein einem effektiven Antidiskriminierungsgedanken verpflichtet. Dabei überdehnte er Art. 1 der Richtlinie, wonach diese einen „allgemeinen Rahmen“ zur Bekämpfung von Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf setzen wolle, hin in eine richterliche Generalermächtigung, jene Antidiskriminierungsnormen zu erlassen, an die der Richtliniengeber gar nicht gedacht hat. Das ist – methodisch gesehen – im Kern reines Gesinnungsrecht, das auf der „Antidiskriminierungshaltung“ aufsetzt und freieste Rechtsschöpfung

⁶⁸ Preis, NZA 2006, 401, 406.

⁶⁹ Grundsätzlich zu diesem Problem Hailbronner, NJW 2004, 2185 ff., 2189: Danach „entwickelt sich eine ‚Rechtsfortbildung‘, die sich nicht mehr darauf beschränkt, die Lücken des Gemeinschaftsrechts zu schließen, sondern die den Gemeinschaftsgesetzgeber dadurch korrigiert, indem seine Gesetze zwar nicht als gemeinschaftsrechtswidrig, aber doch völlig anders ausgelegt werden, als Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte es eigentlich nahe legen würden. Die Techniken hierfür liegen mit dem Rückgriff auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip und allgemeine Rechtsgrundsätze bereit.“; Hailbronner, NVwZ 2007, 415, 416 zum „befremdlichen“ Umgang des EuGH mit anerkannten Grundsätzen der Auslegung völkerrechtlicher Verträge.

⁷⁰ Hanau, ZIP 2007, 2381, 2383; Preis, NZA 2006, 401, 405.

⁷¹ Mahlmann, ZEuS 2000, 419, 424.

⁷² EuGH vom 17.7.2008 – C-303/06 – NJW 2008, 2763 = NZA 2008, 932 – Coleman; dazu ebenfalls Lindner, NJW 2008, 2750; sowie Sutschet, EuZA 2009, 245.

erlaubt. Dass nämlich, wie der EuGH meinte, jede Form der Diskriminierung „aus Gründen einer Behinderung“ zu bekämpfen sei, ist dem Wortlaut der Richtlinie gerade nicht zu entnehmen. Solche Richtlinienüberdehnung ist Politik und liegt außerhalb der Rechtsmacht eines Gerichtes.

Noch deutlicher wird dies, wenn man das vom EuGH – freilich infolge der Frage des vorliegenden englischen Gerichts – „frei erfundene“ zusätzliche Tatbestandsmerkmal einrechnet: „und ist nachgewiesen, dass die Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen der Behinderung seines Kindes erfolgt ist, für das er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt“. Daran wird deutlich, worum es geht: um einen Diskriminierungsschutz des Arbeitnehmers, der sein behindertes Kind pflegt. Es geht um Diskriminierung nicht wegen einer Behinderung des Kindes, sondern wegen der Betreuung dieses Kindes. Hierfür enthält das europäische Recht keine Grundlage (wie sie etwa im deutschen Pflegezeitgesetz zu finden ist); die Antidiskriminierungsrichtlinien führen nicht einmal die Elternschaft als Diskriminierungsmerkmal.

Fragwürdig ist auch der Fall Feryn⁷³, in welchem der EuGH die öffentliche Meinungsäußerung eines Arbeitgebers, er werde auf Kundenwunsch keine Arbeitnehmer einer bestimmten Ethnie einstellen, als Diskriminierung wertete – und damit eindeutig den Wortlaut der Richtlinie 2000/43/EG überdehnte, die in Art. 2 ein Diskriminierungsopfer verlangt. Dieses Merkmal lässt sich nicht durch Auslegung weginterpretieren. Über den Umstand, dass die Richtlinie eine unmittelbare Diskriminierung an der Schlechterstellung einer Person festmacht, setzte sich der EuGH mit einer knappen teleologischen Auslegung souverän hinweg.⁷⁴ Diskriminierungsschutz ohne auch nur potentiell Diskriminierungsopfer verlässt aber den Bereich des Zivilrechts und mutiert zur Gewerbeaufsicht. Unverhohlen postulierte der EuGH einen Auftrag zur Umerziehung der Arbeitgeber – ohne die Folgen für die Meinungsfreiheit zu sichten.

Auch die Urteile Coleman und Feryn sind folglich Indizien dafür, dass der EuGH zumindest im Diskriminierungsrecht die Kompetenzen, die der EU übertragen wurden, in einer Weise überdehnt, die nicht mehr als zulässige Rechtsfortbildung gerechtfertigt werden kann.

⁷³ EuGH vom 10.7.2008 – C-54/07 – NJW 2008, 2767 = NZA 2008, 929 – Feryn; dazu etwa Lindner, Die Ausweitung des Diskriminierungsschutzes durch den EuGH, NJW 2008, 2750.

⁷⁴ EuGH vom 10.7.2008 – C-54/07 – NJW 2008, 2767, 2768 = NZA 2008, 929, 930.

II. Anordnung der Unanwendbarkeit einer mitgliedstaatlichen Rechtsnorm ohne tragfähige Rechtsgrundlage

Aus dem Mangold-Urteil geht letztlich nicht eindeutig hervor, auf welche Rechtsgrundlage der EuGH die Rechtsfolge der „Unanwendbarkeit“ von Normen stützt, die dem behaupteten gemeinschaftsrechtlichen Verbot einer Diskriminierung wegen des Alters entgegenstehen. Zwei Interpretationen kommen insoweit in Betracht. Nach überwiegender Meinung geht der EuGH – wie gezeigt – davon aus, dass der von ihm ermittelte allgemeine Rechtsgrundsatz, wonach Diskriminierungen wegen des Alters gemeinschaftsrechtlich verboten sind, einen Bestandteil des europäischen Primärrechts darstellt und dadurch in den Mitgliedstaaten unmittelbar gilt. Nach anderer Meinung erklärt der EuGH aber implizit sogar, dass das in der Richtlinie 2000/78/EG zum Ausdruck kommende Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters „horizontale“ Wirkungen entfalte, d.h. unmittelbar auch zwischen Privatpersonen Geltung beanspruche – und zwar im konkreten Fall sogar, wegen der noch nicht abgelaufenen Umsetzungsfrist, im Wege der Vorwirkung.⁷⁵ Beide Interpretationen sind juristisch problematisch. Denn der vom EuGH behauptete allgemeine Rechtsgrundsatz eines Verbots der Altersdiskriminierung besteht nicht. Die Richtlinie 2000/78/EG entfaltet keine horizontale Wirkung.⁷⁶

I. „Horizontale Dritt-Vor-Wirkung“

EU-Richtlinien gelten nach Art. 249 EG in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar. Sie legen ein zu erreichendes Ziel verbindlich fest und überlassen es dann den Mitgliedstaaten, dieses innerhalb einer festgelegten Umsetzungsfrist unter Wahlfreiheit hinsichtlich der Form und der Mittel in innerstaatliches Recht umzusetzen. Entgegen dem Wortlaut des Art. 249 entspricht es jedoch ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass Richtlinien unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Wirkung entfallen können.⁷⁷ Zu diesen Voraussetzungen gehört normalerweise der Ablauf der Umsetzungsfrist.⁷⁸

Einige Kritiker entnehmen dem Mangold-Urteil des EuGH implizit die Aussage, dass eine Richtlinie bereits vor ihrer Umsetzung und sogar vor Ablauf der Umsetzungsfrist Rechtswirkungen unter Privatpersonen haben könne. Denn die Rechtsfolge der Unanwendbarkeit der umstrittenen nationalen

⁷⁵ Reich, *EuZW* 2006, 20, 21; Egger, in: Roth/Hilpold, S. 55, 71. Der deutsche Richter am EuGH, v. Danwitz, sieht das Mangold-Urteil sogar wohl als Anwendungsfall einer kombinierten Anwendung beider Grundsätze: v. Danwitz, *JZ* 2007, 697, 704-706.

⁷⁶ Vgl. Streinz/Herrmann, *RdA* 2007, 165, 166 ff.

⁷⁷ Biervert, in: Schwarze, *EU-Kommentar*, Art. 249 Rn. 28, m.w.Nw.

⁷⁸ EuGH vom 05.04.1979 – Rs. C-148/78 – Slg. 1979, 1629 – Ratti.

Rechtsnorm sei logisch nur plausibel, wenn man unterstelle, dass der EuGH im Mangold-Urteil einen Bruch mit seiner bisherigen Rechtsprechung zur Vorwirkung und zur Drittwirkung von Richtlinien vollzogen habe – ohne dies offen auszusprechen.

a) Vorwirkung der Richtlinie

Nach Auffassung des EuGH müssen die Mitgliedstaaten bereits während der Umsetzungsfrist sicherstellen, dass das Ziel der Richtlinie mit Fristablauf erreicht wird. Sie müssen daher während des Laufs der Umsetzungsfrist alle Maßnahmen unterlassen, „die geeignet sind, das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen“.⁷⁹

Die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2000/78/EG endete am 2. Dezember 2006. Die deutsche Arbeitsmarktreform war freilich bereits im Dezember 2002 verabschiedet worden. Zu diesem Zeitpunkt war die Bundesrepublik Deutschland folglich noch nicht verpflichtet, die EU-Richtlinie umzusetzen. Hinzu kommt, dass § 13 TzBfG kaum geeignet war, die Ziele der Antidiskriminierungsrichtlinie „ernstlich in Frage zu stellen“. Die hier zur Frage stehende deutsche Reformvorschrift lief nämlich bereits am 31. Dezember 2006, also lediglich 29 Tage nach Ablauf der Frist zur Umsetzung der Richtlinie, aus. Es gibt daher keinen Anhaltspunkt dafür, dass nach Ablauf der Umsetzungsfrist richtlinienkonformes Recht nicht hätte geschaffen werden können.⁸⁰

b) Horizontale Drittwirkung der Richtlinie

Richtlinien entfalten gemäß Art. 249 Abs. 3 EG in den Mitgliedstaaten grundsätzlich keine unmittelbaren Rechtswirkungen. Eine unmittelbare Anwendung von Richtlinien kommt nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH jedoch dann in Betracht, wenn eine Richtlinie hinreichend bestimmt und die Umsetzungsfrist abgelaufen ist.⁸¹ Unter diesen Umständen dürfen sich Privatpersonen zwar gegenüber staatlichen Stellen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben auf Richtlinienbestimmungen berufen („vertikale Drittwirkung“). Nicht rechtzeitig umgesetzte Richtlinien können aber keine unmittelbaren Verpflichtungen für Privatpersonen begründen (keine unmittelbare „positive“ horizontale

⁷⁹ EuGH vom 18. 12. 1997 – Rs. C-129/96 – Slg. 1997, I-7411 Rn. 45 = NVwZ 1998, 385, 387 – Inter-Environnement Wallonie; EuGH vom 14.09.2006 – Rs. C-138/05 – Slg. 2006, I-8339 Rn. 42 – Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie.

⁸⁰ Hailbronner, NZA 2006, S. 811, 814.

⁸¹ EuGH vom 22.06.1989 – Rs. C-103/88 – Slg. 1989, 1839 Rn. 29 und 32 – Fratelli Constanzo; ebenso Jarass/Beljin, EuR 2004, 714; Ruffert, in: Calliess/ders., EUV/EGV, Art. 249 Rn. 73.

Wirkung von Richtlinien).⁸² In Rechtsstreitigkeiten untereinander dürfen Privatpersonen sich selbst dann nicht auf Richtlinienbestimmungen berufen, wenn diese in klaren, genauen und unbedingten Formulierungen Einzelnen Rechte gewähren oder Verpflichtungen auferlegen.⁸³ Andere Privatpersonen sind nach Treu und Glauben nicht gehalten, Richtlinienbestimmungen – die ja stets nur die Mitgliedstaaten zum Handeln verpflichten – gegen sich gelten zu lassen.⁸⁴ Lediglich Vorschriften des primären Gemeinschaftsrechts können auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen Anwendung finden.⁸⁵ Richtlinien entfalten folglich nach bislang allgemeiner Meinung keine direkten Wirkungen zwischen Privatpersonen.

In Betracht kommt allenfalls eine „indirekte horizontale Drittwirkung“ durch die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts.⁸⁶ Voraussetzung für die richtlinienkonforme Auslegung ist jedoch, dass Wortlaut, Systematik und Zweck der nationalen Rechtsvorschrift überhaupt einen Auslegungsspielraum eröffnen.⁸⁷ Nach dem eindeutigen Wortlaut des damaligen § 14 Abs. 3 TzBfG wäre eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich gewesen. Richtigerweise hätte die Vorschrift daher vorerst – bis zur Änderung der Vorschrift durch den deutschen Gesetzgeber – weiter anwendbar bleiben müssen.⁸⁸ Nur dieses Vorgehen wäre auch dem weiten Ermessensspielraum⁸⁹ der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Arbeits- und Sozialpolitik gerecht geworden. Die Unanwendbarkeit einer nationalen Umsetzungsregelung hat der EuGH in Fällen, in denen eine

⁸² EuGH vom 26.02.1986 – Rs. C-152/84 – Slg. 1986, 723 Rn. 48 – Marshall; EuGH vom 08.10.1987 – Rs. C-80/86 – Slg. 1987, 3969 – Kolpinghuis; EuGH vom 14.07.1994 – Rs. C-91/92 – Slg. 1994, I-3325 Rn. 20 = NJW 1994, 2473, 2474 – Faccini Dori; EuGH vom 07.01.2004 – Rs. C-201/02 – Slg. 2004, I-723 Rn. 56 = NVwZ 2004, 593, 596 – Wells; vgl. dazu Streinz/Herrmann, RdA 2007, 167 f.

⁸³ EuGH vom 26.02.1986 – Rs. C-152/84 – Slg. 1986, 723 Rn. 48 – Marshall; EuGH vom 14.07.1994 – Rs. C-91/92 – Slg. 1994, I-3325 Rn. 20 = NJW 1994, 2473, 2474 – Faccini Dori; EuGH vom 07.03.1996 – Rs. C-192/94 – Slg. 1996, I-1281 Rn. 16 f. = NJW 1996, 1401, 1402 – El Corte Inglés; EuGH vom 07.01.2004 – Rs. C-201/02 – Slg. 2004, I-723 Rn. 56 = NVwZ 2004, 593, 596 – Wells; EuGH vom 05.10.2004 – Rsn. C-397/01 bis C-403/01 – Slg. 2004, I-8835 Rn. 108 und 109 = NZA 2004, 1145, 1151 – Pfeiffer.

⁸⁴ Bieber/Epiney/Haag, § 6 Rn. 69.

⁸⁵ Bieber/Epiney/Haag, § 6 Rn. 68.

⁸⁶ Bieber/Epiney/Haag, § 6 Rn. 69.

⁸⁷ EuGH vom 05.10.2004 – Rsn. C-397/01 bis C-403/01 – Slg. 2004, I-8835 Rn. 116 = NZA 2004, 1145, 1151 – Pfeiffer. Bedenklich insoweit BGH vom 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 – BGHZ 179, 27 ff. = NJW 2009, 427 ff.

⁸⁸ Bauer, NZA 2003, 30, 31.

⁸⁹ EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 Rn. 63 = NZA 2005, 1345, 1347 – Mangold.

richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich ist, zuvor nie gefordert.⁹⁰ Eben daraus ergibt sich für manche die Folgerung, der EuGH habe im Mangold-Urteil eine unmittelbare horizontale Drittwirkung von Richtlinien begründet.⁹¹

c) Kombination aus Vorwirkung und Drittwirkung

Da die Umsetzungsfrist im vorliegenden Fall noch nicht abgelaufen war, müsste der EuGH hier eine Art horizontale Dritt-Vor-Wirkung unter Privaten postulieren. Dies wäre mit Art. 249 Abs. 3 EG keinesfalls mehr vereinbar und auch nicht durch richterliche Rechtsfortbildung gedeckt.

2. Unanwendbarkeit wegen eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts

Nach überwiegender Ansicht rekurriert der EuGH im Mangold-Urteil hingegen allein auf einen im europäischen Primärrecht verankerten allgemeinen Rechtsgrundsatz bzw. ein Gemeinschaftsgrundrecht.⁹² Zum Primärrecht zählen die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben (Art. 6 Abs. 2 EU). Der EuGH unterläuft mit der Berufung auf einen – rechtsfehlerhaft hergeleiteten – allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts zugleich das Verbot der unmittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien und beseitigt es gleichsam „durch die Hintertür“.⁹³ Dass dies zu vermeiden sei, hatte Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Mangold deutlich zum Ausdruck gebracht. Er hatte dem EuGH ausdrücklich davon abgeraten, das vorliegende Gericht anzuweisen, § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG unangewendet zu lassen, da dies einer horizontalen Wirkung einer Richtlinie gleichkäme.⁹⁴

3. Ergebnis

Welche der beiden Interpretationen der EuGH dem Gebot der Unanwendbarkeit zugrundelegte, hat er im Mangold-Urteil nicht ausdrücklich gesagt. In seiner späteren Entscheidung in der Rs. Carp betonte er, dass er mit dem

⁹⁰ Riesenhuber/Domröse, RIW 2005, 47, 53.

⁹¹ Dagegen Streinz/Herrmann, RdA 2007, 167 ff. m. w. Nw.

⁹² Ruffert, in: Calliess/ders., EUV/EGV, Art. 249 Rn. 83 Fn. 260.

⁹³ Vgl. Preis, NZA 2006, 401, 404.

⁹⁴ Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 30.06.2005 – Rs. C-144/04 – Slg. 2005, I-9981, Nrn. 106 bis 111.

Mangold-Urteil seine Rechtsprechung zur Wirkung von Richtlinien nicht revidiert habe.⁹⁵ Dies spricht – wie auch die Generalanwälte Mazák und Colomer festgestellt haben⁹⁶ – für die Argumentation über einen allgemeinen Rechtsgrundsatz.⁹⁷ Eine Klarstellung des EuGH steht jedoch selbst nach der Entscheidung in der Rechtssache Bartsch nach wie vor aus.

III. Keine angemessene Berücksichtigung des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten

Die EU-Richtlinie 2000/78/EG enthält eine – zudem sehr allgemein gehaltene – Ausnahmebestimmung, die mitgliedstaatliche Abweichungen vom Verbot der Altersdiskriminierung zur Beschäftigungsförderung ausdrücklich für zulässig erklärt (Art. 6). Der Rechtsstreit betraf nun aber gerade die Konkretisierung dieser Ausnahmebestimmung durch die Mitgliedstaaten, für die diesen ein weites Ermessen zusteht. Die Bundesrepublik Deutschland hat nach umfassender arbeitsmarktpolitischer Diskussion die Änderung von § 14 TzBfG beschlossen, um arbeitslose ältere Arbeitnehmer wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren.⁹⁸ Die Senkung der Altersgrenze für befristete Teilzeitverträge gehörte als Artikel 7 des Hartz-I-Gesetzes⁹⁹ zu den von der rot-grünen Koalition beschlossenen Arbeitsmarktreforamen. Ihr Anliegen war es, die Chancen älterer Arbeitsloser auf eine Anstellung zu erhöhen. Denn der hohe Kündigungsschutz in Deutschland bewirkte zusammen mit der Befürchtung vieler Arbeitgeber, dass die Leistungsfähigkeit älterer Menschen nachlassen könne, dass Menschen über fünfzig oft keine reale Chance auf Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt hatten.

Der EuGH hat dem Umstand, dass nach wie vor die Mitgliedstaaten für die Arbeits- und Sozialpolitik zuständig sind, bei seinen Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit und zur Beurteilung des den Mitgliedstaaten in diesem Bereich zustehenden weiten Ermessensspielraums¹⁰⁰ (vgl. auch Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG) keine besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Hinter dem

⁹⁵ EuGH vom 07.06.2007 – Rs. C-80/06 – Slg. 2007, I-4473 Rn. 20 = NZBau 2007, 429, 430 – Carp.

⁹⁶ Schlussanträge des Generalanwalts Mazák vom 15.02.2007 – Rs. C-411/05 – Slg. 2007, I-8531, insbesondere Nrn. 87 bis 97 und Nrn. 132 bis 138 der Schlussanträge; Schlussanträge des Generalanwalts Colomer vom 24.01.2008 – verb. Rsn. C-55/07 und C-56/07 – Slg. 2008, I-3135, Nr. 20 ff.

⁹⁷ v. Dannwitz, JZ 2007, 697, 704/706.

⁹⁸ Hailbronner, NZA 2006, 811, 813.

⁹⁹ BGBl I 2002, 4607, 4619.

¹⁰⁰ St. Rspr. EuGH vom 14. 12.1995 – Rs. C-317/93 – Slg. 1995, I-4625 Rn. 33 = NZA 1996, 129, 130 – Nolte; EuGH vom 14.12.1995 – Rs. C-444/93 – Slg. 1995, I-4741

Urteil des EuGH steckt erkennbar der Wille, vorrangig Diskriminierungen zu bekämpfen und den Mitgliedstaaten nur ein schmales Fenster des Ermessens zu lassen.¹⁰¹ Indem der Gerichtshof die von der Richtlinie selbst eröffnete Möglichkeit, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Altersdiskriminierungen zuzulassen, sehr eng interpretiert, reduziert er sie im Ergebnis auf ein „bloßes Lippenbekenntnis“.¹⁰² Im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik ist den Mitgliedstaaten aber ein gewisser Spielraum für „Experimente“ zuzugestehen, anders als etwa bei Regelungen des freien Warenverkehrs.¹⁰³ Die Forderung des EuGH nach einem „Nachweis“ der objektiven Erforderlichkeit der Reformvorschrift für die Beschäftigungsförderung älterer Arbeitsloser verkennt, dass ein solcher Nachweis ohne experimentelle Erprobung nicht möglich ist.¹⁰⁴

IV. Die Kompetenzüberschreitung des EuGH

I. Unvereinbarkeit mit Art. 13 EG

Art. 13 EG führt zwar das Alter ausdrücklich als einen der Diskriminierungsgründe auf, die durch europäische Gesetzgebung bekämpft werden dürfen. Art. 13 EG verleiht dem Rat die Kompetenz, geeignete Vorkehrungen zur Bekämpfung der Altersdiskriminierung zu erlassen. Dies ist mit der Richtlinie 2000/78/EG geschehen. Art. 13 EG ist aber, anders als Art. 141 EG, keine primärrechtliche Norm, die selbst Diskriminierungsverbote mit unmittelbarer Wirkung aufstellt.¹⁰⁵ Indem der EuGH dem Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters unmittelbare Rechtswirkungen in den Mitgliedstaaten beilegt, schafft er einen Widerspruch zu Art. 13 EG, der als Rechtsgrundlage der Richtlinie 2000/78/EG fungiert und unbestritten eine reine Kompetenznorm ist¹⁰⁶, die in den Mitgliedstaaten keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfaltet.¹⁰⁷ Denn der Wille des europäischen Gesetzgebers, der in der Verabschiedung einer Antidiskriminierungsrichtlinie und der den Mitgliedstaaten eingeräumten Umsetzungsfrist

Rn. 29 = NZA 1996, 131, 132 – Megner und Scheffel; EuGH vom 9.9.1999 – Rs. C-281/97 – Slg. 1999, I-5127 Rn. 28 = NZA 1999, 1151, 1152 – Krüger.

¹⁰¹ Preis, NZA 2006, 401, 403.

¹⁰² Temming, NZA 2007, 1193, 1196.

¹⁰³ Reich, EuZW 2006, 20, 21. Auch hier konzidiert der EuGH aber erhebliche Spielräume im Bereich des Gesundheitsschutzes.

¹⁰⁴ Hailbronner, NZA 2006, 811, 813.

¹⁰⁵ Preis, NZA 2006, 401, 407.

¹⁰⁶ Hailbronner, NZA 2006, 811, 814; Reich, EuZW 2006, 20, 21.

¹⁰⁷ Grabenwarter, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 13 Rn. 6 („normiert [...] nach ganz herrschender Auffassung selbst kein Diskriminierungsverbot“); Reichold, ZESAR 2006, 55, 57.

zum Ausdruck kommt, wird durch ein unabhängig davon geltendes spezielles Diskriminierungsverbot konterkariert.¹⁰⁸ Die richterliche Konstruktion weiterer Diskriminierungsverbote im Range allgemeiner Grundsätze des Gemeinschaftsrechts könnte Art. 13 EG letztlich bedeutungslos werden lassen.

Der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat seine Bedenken unter Bezugnahme auf das Mangold-Urteil wie folgt zusammengefasst: „Auf diese Weise würden Regelungen eine Wirkung entfalten, die über ihren Wortlaut, ihren Zweck und ihre Systematik hinausgingen. Die bloße Erwähnung des Zieles, Diskriminierung zu bekämpfen, würde unabhängig vom Inhalt der entsprechenden Regelung im Einzelnen und der darin enthaltenen zeitlichen und sachlichen Begrenzungen sofort eine umfassende Geltung des Verbots auslösen. Außer Acht gelassen wäre, dass Art. 13 EG lediglich eine Kompetenznorm ist und die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG in Art. 18 Regeln über die Umsetzungsfrist enthält und diese Frist noch nicht abgelaufen ist.“¹⁰⁹

2. Entwertung des Sekundärrechts

Das Vorgehen des EuGH im Mangold-Urteil stellt die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten in Frage. Normalerweise ist sekundäres Gemeinschaftsrecht Ausprägung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und damit diesen gegenüber spezieller. Dieses Prinzip wird im Mangold-Urteil „auf den Kopf gestellt“, indem ein allgemeiner Grundsatz des primären Gemeinschaftsrechts anstelle oder unabhängig vom sekundären Gemeinschaftsrecht postuliert wird.¹¹⁰ Es ist ein methodisch fragwürdiges Vorgehen, aus einer thematisch begrenzten Richtlinie, deren Umsetzungsfrist nicht einmal abgelaufen ist, einen allgemeinen, gleichsam „überpositiven“ Rechtsgrundsatz zu postulieren, um diesen dann für eine sonst nicht mögliche faktische Vor- und Direktwirkung einer Richtlinie im „horizontalen“ Sinne, d.h. als bislang nicht bekannte „Dritt-Vor-Wirkung“ zu instrumentalisieren.¹¹¹ So könnte der EuGH mit diesem Begründungsansatz sämtliche in der Richtlinie 2000/78/EG genannten Diskriminierungsgründe zu allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts erheben.¹¹² Entscheidend für die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes durch den EuGH wäre nur noch, ob der

¹⁰⁸ Zedler, GPR 2006, 151, 154.

¹⁰⁹ BAG vom 27.6.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – BAGE 118, 340, 350 = NZA 2006, 1276, 1280 – Bartsch.

¹¹⁰ Reich, EuZW 2006, 20, 21.

¹¹¹ Reich, EuZW 2006, 20, 22.

¹¹² Koenigs, DB 2006, 49, 50; Reich, EuZW 2006, 20, 21; Richter/Bouchouaf, NVwZ 2006, 538, 540.

„Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“¹¹³ eröffnet ist, was stets der Fall ist, wenn die Mitgliedstaaten in irgendeiner Form Gemeinschaftsrecht umsetzen. Richtlinien würden dann zu vernachlässigbaren Hilfsmitteln¹¹⁴, deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten gar nicht mehr benötigt wird. Die Richtlinienumsetzung wäre vor dem Hintergrund des Mangold-Urteils nur noch eine Formalie.¹¹⁵ Richtlinien dürfen jedoch nicht dazu verwendet werden, das Primärrecht zu ändern.¹¹⁶ Sonst läuft der den Mitgliedstaaten gemäß Art. 249 Abs. 3 EG gewährte Spielraum bei der Umsetzung von Richtlinien leer.

3. Aushebelung der Gewaltenteilung

Das Vorgehen des EuGH hat auch Konsequenzen für das Verhältnis zwischen der europäischen Judikative und Legislative. Im Bereich der Diskriminierung wegen des Geschlechts hat der EuGH seine Urteile in der Vergangenheit in vielen Fällen auf der Basis von Art. 141 EG gefällt und nicht auf der Basis von Sekundärrecht. Auf diese Weise hat er unabhängig vom europäischen Gesetzgeber, d.h. dem Europäischen Parlament und dem Rat, gehandelt, verfügte dafür aber immerhin über eine vertragliche Grundlage. Indem er das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters zu einem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts erhob, schuf sich der EuGH in diesem Bereich eigene, von der Legislative losgelöste Gestaltungsspielräume.¹¹⁷

Eine derartige Konstitutionalisierung des Verbots der Altersdiskriminierung entwertet die Einschätzungsprärogative des europäischen Gesetzgebers, also das Vorrecht des Gesetzgebers, Gesetze entsprechend der eigenen Einschätzung tatsächlicher Gegebenheiten zu erlassen. Die Einschätzungsprärogative folgt aus dem Prinzip der Gewaltenteilung und ist für Gerichte nur im Ausnahmefall kontrollierbar. Die Schaffung von Richterrecht, das gesetzeskorrigierend wirkt, ist auch im EU-Recht unzulässig.¹¹⁸ Durch die Ausweitung der Richtermacht werden im Ergebnis auch die Ansätze von Gewaltenteilung auf EU-Ebene untergraben.¹¹⁹

Das Vorgehen des EuGH trägt dazu bei, Antidiskriminierungspolitik dem demokratischen Prozess zu entziehen, was mit dem Prinzip des institutionellen Gleichgewichts im EG-Vertrag kollidiert. Die im EG-Vertrag festgelegten Rechtsetzungsverfahren bestimmen den Umfang der Beteiligung jedes Organs

¹¹³ EuGH vom 12.12.2002 – Rs. C-442/00 – Slg. 2002, I-11915 Rn. 31 = NZA 2003, 211, 212 – Caballero.

¹¹⁴ Körner, NZA 2005, 1395, 1398; ähnlich Preis, NZA 2006, 401, 408.

¹¹⁵ Preis, NZA 2006, 401, 407.

¹¹⁶ Preis, NZA 2006, 401, 407.

¹¹⁷ Riesenhuber, ERCL 2007, 62, 67.

¹¹⁸ Calliess, NJW 2005, 929, 932.

¹¹⁹ Körner, NZA 2005, 1395, 1398; ähnlich Preis, NZA 2006, 401, 408.

an der Beschlussfassung und definieren damit ein institutionelles Gleichgewicht. Verändert ein Organ das Beschlussfassungsverfahren, verstößt es damit also auch gegen den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts, der es „gebietet ..., dass jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt“¹²⁰, und der es einem Organ verbietet, „den anderen Organen ... ein Recht [zu] nehmen, das ihnen nach den Verträgen selbst zusteht“.¹²¹

Nach anderer Ansicht soll sich der Umstand, dass sich der EuGH mit dem Mangold-Urteil in den Bereich der Legislative einmischt, damit rechtfertigen lassen, dass es sich bei solchen Urteilen eigentlich mehr um Entwürfe mit einstweiliger Geltung handele als um Akte der versteckten Gesetzgebung, da der Gesetzgeber, wenn er nur tätig wird, sich dieser Einmischung jederzeit erwehren könne.¹²² Allerdings müsse das damit auftretende Problem in einer an Mitgliedstaaten und Aufgaben enorm gewachsenen Union und auch mit Rücksicht auf neuere Problemlagen weiter präzisiert und fortentwickelt werden.¹²³

Die Feststellung, ein Parlament könne quasi-legislative Urteile ja jederzeit durch eigene Gesetzgebung obsolet machen, ist im Lichte der Grundsätze der Gewaltenteilung ein unbeachtliches Argument. Das hat auch das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Richterrechtsgrenzen gerade erst betont: „Soweit der Gesetzgeber nach Erlass der Norm untätig geblieben ist, lässt sich aus diesem Umstand weder ohne Weiteres darauf schließen, er akzeptiere eine bestimmte beziehungsweise die gerade aktuelle Normenwendungspraxis (vgl. BVerfGE 78, 20 <25>), noch kann gar daraus gefolgert werden, er habe unter Verzicht auf sein Gestaltungsprimat (vgl. BVerfGE 96, 375 <395>) eine Lösung des Sachproblems der Rechtsprechung überantwortet. Dem Gesetzgeber obliegt im Hinblick auf die Geltung einer Norm keine Pflicht, sein diesbezügliches Regelungsanliegen in bestimmten Zeitabständen aufs Neue zu bestätigen.“¹²⁴

Zudem kann ein vom EuGH für unanwendbar erklärtes mitgliedstaatliches Gesetz gerade nicht von dem mitgliedstaatlichen Parlament „wieder in Kraft gesetzt“ werden, es bedarf hierzu, soweit ein Verstoß gegen Sekundärrecht festgestellt wird, eines Rechtsaktes des europäischen Gesetzgebers (Europäisches Parlament und Rat). Soweit die Rechtsetzung in der Gemeinschaft noch dem Einstimmigkeitserfordernis im Rat unterfällt – was auf die Diskriminierungs-gesetzgebung nach Art. 13 EG zutrifft –, bleibt es bei der Rechtsprechung des EuGH, sobald nur ein Mitgliedstaat die Rechtsprechung verteidigt.¹²⁵ Hat der EuGH

¹²⁰ EuGH vom 22.05.1990 – Rs. C-70/88 – Slg. 1990, I-2041 Rn. 22 = NJW 1990, 1899, 1900 – Parlament/Rat.

¹²¹ EuGH vom 10.07.1986 – Rs. C-149/85 – Slg. 1986, 2391 Rn. 23 – Wybot.

¹²² Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464.

¹²³ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464.

¹²⁴ BVerfG vom 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07 – NJW 2009, 1469.

¹²⁵ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464.

aber das Primärrecht „fortgebildet“, müsste sogar der Vertrag selbst geändert werden¹²⁶, was seinerseits dem Einstimmigkeitserfordernis unterliegt (Art. 48 EU).

Um eine reguläre Vertragsänderung durchzuführen und neues Primärrecht zu schaffen, müssen alle Mitgliedstaaten zustimmen. Der EuGH verschiebt mit seiner Rechtsetzungs-„Methode“ die Änderungslast der Verträge. Die Herren der Verträge haben jedem Mitgliedstaat ein Veto-Recht gegen Veränderungen zugewilligt. Dieses wird durch exzessives Richterrecht ausgehebelt¹²⁷ und spiegelbildlich gegen die Verteidigung der Verträge gegen das Richterrecht durch die Mitgliedstaaten in Stellung gebracht.

V. Keine Gewährung von Vertrauensschutz

Die überraschende Feststellung, das europäische Primärrecht enthalte ein – als allgemeiner Rechtsgrundsatz verbindliches – Verbot der Altersdiskriminierung, hätte es im Hinblick auf die noch nicht abgelaufene Umsetzungsfrist nahegelegt, Vertrauensschutz zu gewähren.¹²⁸

Der EuGH geht aber im Mangold-Urteil nicht auf einen möglichen Vertrauensschutz ein und lehnt ihn damit letztlich ab.¹²⁹ Vor dieser Entscheidung wurde allgemein davon ausgegangen, dass in Fällen der Kollision von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht das Prinzip der richtlinienkonformen Auslegung zur Anwendung gekommen wäre.¹³⁰ Dieses hätte im konkreten Fall mangels Auslegungsmöglichkeit zum einstweiligen Fortbestehen von § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG geführt. Entsprechend wären darauf gestützte Befristungen von Arbeitsverträgen mit älteren Arbeitnehmern trotz der Europarechtswidrigkeit der Norm zunächst gültig geblieben.

Die Verweigerung von Vertrauensschutz führt zu einer Rückwirkung des Urteils, was unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten hochgradig fragwürdig ist.¹³¹ Auch für die Zukunft resultiert erhebliche Rechtsunsicherheit, weil Private selbst vor Ablauf der Frist zur Umsetzung von Richtlinienrecht nicht

¹²⁶ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464.

¹²⁷ Dobler, in: Roth/Hilpold, , S. 509, 532; Mittmann, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 237.

¹²⁸ BAG vom 27.06.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – BAGE 118, 340, 352 = NZA 2006, 1276, 1281 – Bartsch.

¹²⁹ So auch das BAG vom 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76, 90 ff. = NZA 2006, 1162, 1168 ff. – Honeywell Bremsbelag GmbH.

¹³⁰ EuGH vom 05.10.2004 – Rsn. C-397/01 bis C-403/01 – Slg. 2004, I-8835 = NZA 2004, 1145 – Pfeiffer.

¹³¹ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464.

mehr darauf vertrauen können, dass selbst eindeutiges nationales Recht die tatsächliche Rechtslage wiedergibt.¹³²

Durch den Ausschluss der Rückwirkung hätte den Mitgliedstaaten Zeit verschafft werden können, um ihre eigenen Sozialstrukturen und -prinzipien an die neue Rechtsprechung anzupassen. Immerhin sollte es im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, wie sie einen festgestellten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht abstellen.¹³³ Speziell für den Fall gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Gesetze wäre zudem denkbar, dass der EuGH, ähnlich wie das BVerfG¹³⁴, den Mitgliedstaaten eine Frist setzt, innerhalb der sie den gemeinschaftsrechtswidrigen Zustand abstellen müssen.¹³⁵

VI. Fazit

Der EuGH greift durch die freihändige Erfindung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in nationale Gestaltungskompetenzen bei der Umsetzung von Richtlinien ein. Das Vorgehen des EuGH verletzt Art. 220 EG, der dem EuGH im institutionellen Gefüge der Europäischen Gemeinschaften lediglich die Rolle einer die Exekutive und die Legislative kontrollierenden dritten Gewalt zuweist.¹³⁶

Die fragwürdige Herleitung und Gewinnung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH in der Rechtssache Mangold führt zu einer Schaffung von Richterverfassungsrecht auf europäischer Ebene, die selbst dann zu kritisieren ist, wenn das Ergebnis plausibel und wünschenswert wäre.¹³⁷ Der EuGH läuft Gefahr, einer Prinzipienbildung kraft richterlicher Willkür den Weg zu bereiten.¹³⁸ Er sollte vor allem die Kompetenzfrage sensibler handhaben, wenn nicht der Integrationserfolg, und damit die EU selbst, in Frage gestellt werden soll.¹³⁹ Würde der EuGH diese Entwicklung ignorieren, bestünde die Gefahr, dass er seine Glaubwürdigkeit als Garant der Rechtsgemeinschaft verliert.¹⁴⁰

¹³² Hailbronner, NZA 2006, 811, 815.

¹³³ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3465; zurückhaltend Steiner EuZA 2009, 150 ff.

¹³⁴ BVerfG vom 30.05.1990 – 1 BvL 2/83 – BVerfGE 82, 126, 154 ff. = NZA 1990, 721, 723 f.; BVerfG vom 22.06.1995 – 2 BvL 37/91 – BVerfGE 93, 121, 148 f. = NJW 1995, 2615, 2620.

¹³⁵ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3465.

¹³⁶ Preis, NZA 2006, 401, 404.

¹³⁷ Reich, EuZW 2006, 20, 22.

¹³⁸ Reichold, ZESAR 2006, 55, 58.

¹³⁹ Calliess, NJW 2005, 929, 933.

¹⁴⁰ Calliess, NJW 2005, 929, 933.

Der EuGH sollte daher künftig stärker situationsbezogen argumentieren und Einzelfallabwägungen mehr Raum geben, anstatt apodiktisch Grenzen zu ziehen, die nicht sauber begründet werden.¹⁴¹ Weiter sollte er sich in Zukunft um der Methodentransparenz und um seiner eigenen Akzeptanz willen zumindest darum bemühen, das aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen gewonnene Profil von Grundrechten konkret herzuleiten und seine Anwendung auf das nationale Recht ebenso präzise zu begründen. Denn angesichts der hohen Wertungsabhängigkeit und besonderen Konkretisierungsbedürftigkeit der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts vermag erst eine stichhaltige Begründung die Sachrichtigkeit des gefundenen Ergebnisses zu verbürgen und Rechtsfrieden zu schaffen.¹⁴² Der EuGH muss daher seine Rolle überdenken und im Rahmen des Richterrechts verstärkt in einen Dialog mit den mitgliedstaatlichen Gerichten treten.¹⁴³ Dies entspräche zugleich der Auffassung des BVerfG, das sich in einem „Kooperationsverhältnis“ zum EuGH sieht.

¹⁴¹ Gas, EuZW 2007, 713.

¹⁴² v. Danwitz, JZ 2007, 697, 705.

¹⁴³ Calliess, NJW 2005, 929, 933.

E.

Der Fall Honeywell vor dem Siebten Senat des Bundesarbeitsgerichts

I. Befolgung der Mangold-Rechtsprechung des EuGH

Bei einer Entscheidung am 26. April 2006 hielt sich der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts eng an die Vorgaben des Mangold-Urteils des EuGH.¹⁴⁴ Der Kläger in diesem Verfahren, ein zum Zeitpunkt der Klageerhebung 54-jähriger Arbeitnehmer, war aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverträge bei der Beklagten, der Honeywell-Bremsbelag GmbH, als Aushilfe beschäftigt. Der zuletzt abgeschlossene Vertrag sah eine Befristung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit vom Februar 2003 bis März 2004 vor. Mit der Klage machte der Kläger die Unwirksamkeit der zuletzt vereinbarten Befristung geltend und berief sich hierzu auf die Unvereinbarkeit der Vorschrift des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG mit den Vorgaben der Richtlinie 1999/70/EG sowie der Richtlinie 2000/78/EG.

Das BAG erklärte § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG unter Berufung auf das Mangold-Urteil des EuGH für unanwendbar und gab damit der Klage statt. Das BAG betonte, es sei an den Unanwendbarkeitsausspruch des EuGH gebunden, da dieser den Entscheidungsspielraum für die nationalen Gerichte eliminiert habe.¹⁴⁵ Ein erneutes Vorabentscheidungsverfahren zu § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG sei nicht notwendig, da das Mangold-Urteil des EuGH „jedenfalls im Ergebnis“¹⁴⁶ unmissverständlich sei. Die Entscheidung des EuGH halte sich auch, so das BAG, im Rahmen der nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG der Europäischen Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten. Denn der EuGH habe mit dem Verbot der Altersdiskriminierung lediglich eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes hervorgehoben. Darin liege bestenfalls eine partielle Rechtsfortbildung, wozu der EuGH die Kompetenz besitze und die auch mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbar sei. Der im Zusammenhang mit der Verabschiedung und Ratifizierung des Vertrags von Maastricht neu gefasste

¹⁴⁴ BAG vom 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76 = NZA 2006, 1162 – Honeywell Bremsbelag GmbH.

¹⁴⁵ Dörner, NZA 2007, 57.

¹⁴⁶ BAG vom 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76, 84 f. = NZA 2006, 1162, 1166 – Honeywell Bremsbelag GmbH.

Art. 23 GG regelt insbesondere die Einbeziehung von Bundestag und Bundesrat in Angelegenheiten der Europäischen Union.¹⁴⁷

Mit der auf das Verbot der Altersdiskriminierung gestützten Begründung habe der Gerichtshof, so das BAG weiter, die ihm durch die deutschen Zustimmungsgesetze zu den Europäischen Verträgen übertragenen Kompetenzen nicht überschritten.¹⁴⁸ Gleiches gelte für die Ausführungen zum Verstoß gegen das Ziel der Richtlinie 2000/78/EG i. V.m. mit den Grundsätzen zur Vorwirkung einer Richtlinie.¹⁴⁹ Der EuGH habe den allgemeinen Rechtsgrundsatz eines Verbots der Altersdiskriminierung nicht „erfunden“, sondern vielmehr geltendes Recht angewandt. Das Gericht sieht zwar, dass die unmittelbare Geltung einer Richtlinie im Falle ihrer nicht ordnungsgemäßen Umsetzung dem eindeutigen Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG widerspräche. Ein während der Umsetzungsfrist einer Richtlinie erlassenes nationales Gesetz sei jedoch unanwendbar, wenn sein Inhalt im Widerspruch zu dem Richtlinienziel steht und eine Möglichkeit zur gemeinschaftskonformen Auslegung nicht besteht. Im Ergebnis kommt das BAG zu dem Schluss, der EuGH habe bei der Prüfung von § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG (lediglich) den aus seiner Sicht bestehenden Konflikt zwischen den primärrechtlichen Grundsätzen der Verbindlichkeit des Richtlinienziels für die Mitgliedstaaten und der fehlenden unmittelbaren Geltung der Richtlinie 2000/78/EG unter Privaten zu Gunsten eines Vorrangs des Grundsatzes der Vertragstreue aufgelöst.¹⁵⁰

Der EuGH habe lediglich klargestellt, dass sich ein Unionsbürger auch außerhalb eines Rechtsverhältnisses mit dem Mitgliedstaat auf die Verbindlichkeit eines Richtlinienziels berufen könne und eine mit diesem unvereinbare nationale Rechtsetzung zur gerichtlichen Überprüfung stellen könne. Mit der damit möglicherweise verbundenen Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten für die Bürger habe der EuGH seine Zuständigkeit nicht überschritten.¹⁵¹

Ferner sei die Entscheidung über den sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Vertrauensschutz dem EuGH vorbehalten. An die im Mangold-Urteil ausgesprochene Rechtsfolge der Unanwendbarkeit von § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG, die in zeitlicher Hinsicht nicht begrenzt wurde, seien die nationalen Gerichte gebunden. Wenn der EuGH das Gemeinschaftsrecht auslege und zu dem Ergebnis komme, dass eine nationale Vorschrift unanwendbar ist, so gelte

¹⁴⁷ Ausführlich Görlitz, Mögliche Notwendigkeit und Dimension einer Neugestaltung des Artikels 23 GG, S. 3 ff.

¹⁴⁸ BAG vom 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76, 88 = NZA 2006, 1162, 1167 – Honeywell Bremsbelag GmbH.

¹⁴⁹ BAG vom 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76, 87 = NZA 2006, 1162, 1167 – Honeywell Bremsbelag GmbH.

¹⁵⁰ BAG vom 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76, 87 = NZA 2006, 1162, 1167 – Honeywell Bremsbelag GmbH; Dörner, NZA 2007, 57, 58.

¹⁵¹ BAG vom 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76, 88 = NZA 2006, 1162, 1167 – Honeywell Bremsbelag GmbH.

dies zeitlich uneingeschränkt von dem Zeitpunkt an, an dem die Kollisionslage entstanden sei, hier also ab dem Inkrafttreten des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG, bis zur Aufhebung oder gemeinschaftsrechtskonformen Veränderung der nationalen Norm.¹⁵² Die Beklagte könne im Übrigen auch nach nationalem Recht keinen Vertrauensschutz beanspruchen. Denn die Vereinbarkeit der Norm mit dem Gemeinschaftsrecht sei im arbeitsrechtlichen Schrifttum bereits seit ihrem Inkrafttreten in Zweifel gezogen worden.¹⁵³

II. Kritik und Bewertung

Dass der Siebte Senat des BAG dem Mangold-Urteil in der Rechtssache Honeywell umfassend zugestimmt hat, ist angesichts der dargelegten eklatanten Mängel des Urteils erstaunlich. Darüber hinaus aber scheint er der Rechtsprechung des EuGH zur Vorwirkung von Richtlinien Konsequenzen beizumessen, von denen selbst der EuGH nicht ausgeht.¹⁵⁴

Nach Auffassung des BAG hat der EuGH in seinem Mangold-Urteil ausgesprochen, ein EU-Bürger müsse gegenüber einer nationalen Umsetzungsmaßnahme einwenden dürfen, diese verfehle das verbindliche Richtlinienziel. Dem ist entgegenzuhalten, dass der EuGH die von ihm ausgesprochene Rechtsfolge der Unanwendbarkeit an einem Verstoß gegen das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung festmache, nicht an der fehlerhaften Umsetzung einer Richtlinie.¹⁵⁵ Jedenfalls von seinem eigenen Ansatzpunkt aus nicht nachvollziehbar ist auch die Behauptung des BAG, der EuGH sei in der Mangold-Entscheidung von seiner Rechtsprechung zur Wirkung von Richtlinien nicht abgewichen. Denn wenn der EuGH tatsächlich, wie das BAG annimmt, eine Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Bürger vornimmt, dann läuft diese auf nichts anderes hinaus als die Möglichkeit für den EuGH oder ein nationales Gericht, auch in dieser Konstellation die Unanwendbarkeit eines nationalen Gesetzes auszusprechen.¹⁵⁶

Unhaltbar ist schließlich die Argumentation, es habe im Fall des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG für den EuGH keinen Anlass gegeben, die Rückwirkung seines Rechtsfolgenausspruches auszuschließen, weil es an der Europarechtskonformität der umstrittenen Norm in der deutschen juristischen Diskussion bereits erhebliche Zweifel gegeben habe. Umgekehrt gilt: Die beschränkte

¹⁵² Dörner, NZA 2007, 57, 58 f.

¹⁵³ BAG vom 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76, 91 f. = NZA 2006, 1162, 1168 f. – Honeywell Bremsbelag GmbH.

¹⁵⁴ Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 405.

¹⁵⁵ Streinz/Herrmann, RdA 2007, 166 ff.; Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 405.

¹⁵⁶ Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 405.

Richtlinienwirkung selbst gewährt Vertrauensschutz, weil das nationale Recht mangels unmittelbarer horizontaler Wirkung einer Richtlinie und wegen fehlender Ansatzpunkte für eine richtlinienkonforme Auslegung so lange gilt, bis es in Erfüllung der Umsetzungspflichten vom nationalen Gesetzgeber geändert wird.

Wenn man dem Argument des BAG folgen wollte, wäre einer Verweigerung des Vertrauensschutzes nach dem Gutdünken der jeweils entscheidenden Gerichte Tür und Tor geöffnet. Letztlich läuft die Feststellung des BAG darauf hinaus, dass Privatrechtssubjekte, bevor sie einen Vertrag schließen, nicht nur die aktuelle Rechtslage, sondern auch die juristische Fachdiskussion studieren müssten, ganz zu schweigen davon, dass der wissenschaftlichen Diskussion häufig keine Indizwirkung für die spätere Rechtsprechung zukommt.

Demgegenüber zeigt der Vorlagebeschluss des Dritten Senats des BAG im Fall Bartsch deutlich, auf wie schwachen Füßen die Annahme des Siebten Senats steht, das Mangold-Urteil bringe in nachvollziehbarer Weise einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts zur Geltung. Zu Recht sah der Dritte Senat in der Mangold-Entscheidung eine „Erweiterung des Grundrechtsschutzes“, die als „problematisch“ anzusehen ist.¹⁵⁷ Dies findet in der Rechtsunsicherheit, ob ein gemeinschaftsrechtliches Verbot der Altersdiskriminierung sogar auf Rechtsgebieten Geltung beansprucht, wo es ansonsten gar keine europäischen Regelungen gibt, konkreten Ausdruck. Indem der Dritte Senat diese Rechtsunsicherheit aufzeigte und seinen Vorlagebeschluss damit begründete, das Mangold-Urteil stelle keinen „*acte clair*“ dar, der keiner weiteren Interpretation bedürfe, baute er dem EuGH eine Brücke, um die von diesem ausgelöste Rechtsunsicherheit wieder zu beseitigen.

¹⁵⁷ BAG vom 27.06.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – BAGE 118, 347 = NZA 2006, 1279 – Bartsch.

F.

Die Verfassungsbeschwerde in der Rechtssache Honeywell

Gegen das Urteil des BAG vom 26.04.2006 erhob die unterlegene Partei, die Honeywell Bremsbelag GmbH, am 25.08.2006 Verfassungsbeschwerde.¹⁵⁸ Darin rügt sie eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 20 Abs. 3, Art. 12 sowie Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Die Brisanz des Verfahrens liegt in der Frage, ob das BAG das Mangold-Urteil des EuGH als verbindlich ansehen musste oder ob dieses eine unzulässige Rechtsfortbildung durch den EuGH darstellt und als „ausbrechender Rechtsakt“ im Sinne der Maastricht- und Lissabon-Rechtsprechung des BVerfG anzusehen ist. Diese Fragestellung lässt den bereits seit Jahren latent schwelenden Kompetenzkonflikt zwischen BVerfG und EuGH offen zutage treten. Im Folgenden sollen daher die Konfliktlinien, die sich aus dem jeweiligen Selbstverständnis der beiden Gerichte ergeben, sowie die Diskussion um ein mögliches Kontrollrecht des BVerfG nachgezeichnet werden. Danach wird auf die verfassungsrechtliche Prüfung eingegangen, die das BVerfG vorzunehmen haben wird.

I. Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde ist formal gegen das Urteil des BAG gerichtet, materiell richtet sie sich aber gegen das Mangold-Urteil des EuGH.

Das BVerfG ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG zur Kontrolle von Akten der „öffentlichen Gewalt“ berufen, die traditionell als Akte lediglich der deutschen Staatsgewalt angesehen wurden. In seinem Maastricht-Urteil stellt das BVerfG jedoch fest, dass auch die Kontrolle von Akten „einer besonderen, von der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten geschiedenen öffentlichen Gewalt einer supranationalen Organisation“ in seine Zuständigkeit fällt, sofern dadurch der Schutz im Grundgesetz verbürgter Rechte berührt ist: „Auch Akte einer besonderen, von der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten geschiedenen öffentlichen Gewalt einer supranationalen Organisation betreffen die Grundrechtsberechtigten in Deutschland. Sie berühren damit die Gewährleistungen des Grundgesetzes und die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts, die den Grundrechtsschutz in Deutschland und insoweit nicht nur gegenüber

¹⁵⁸ Az. 2 BvR 2661/06.

deutschen Staatsorganen zum Gegenstand haben (Abweichung von BVerfGE 58, 1 [27]).“¹⁵⁹

Dies ist – ungeachtet einer wünschenswerten Präzisierung hinsichtlich des Prüfungsgegenstandes, der nur ein Akt deutscher öffentlicher Gewalt sein kann – im Ergebnis sachgerecht, da nur so die Pflicht des BVerfG zur Wahrung des Grundgesetzes gegenüber allen Akten deutscher Staatsgewalt, auch solchen, die Gemeinschaftsrecht begründen oder vollziehen, erfüllt werden kann. Die dem BVerfG aufgebene Wahrung des Grundgesetzes kann und muss aber anhand zulässiger Prüfungsgegenstände erfolgen.¹⁶⁰ In Betracht kommt daher nur die Überprüfung eines nationalen (abgeleiteten) Umsetzungsaktes. Ein solcher ist im Honeywell-Urteil des BAG zu sehen, das infolge eines Urteils des EuGH erging.

II. Prüfungskompetenz des BVerfG

Nach wohl überwiegender Ansicht der Europarechtler und auch eines Teils der deutschen Staatsrechtslehre ist die vom BVerfG (sehr eingeschränkt) in Anspruch genommene Prüfungskompetenz für die Frage, ob Gemeinschaftsrecht mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar ist, nicht zu rechtfertigen. Die Gemeinschaftsrechtsordnung lasse sich nur durch ein Entscheidungsmonopol des EuGH wahren. Diese Auffassung soll im Folgenden hinterfragt werden.

I. Prüfungsmaßstäbe von BVerfG und EuGH

Der EuGH und das BVerfG haben unterschiedliche Zuständigkeiten und unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe. Das Bundesverfassungsgericht prüft „Akte der öffentlichen Gewalt“ am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG). Das Bundesverfassungsgericht kann – anders als deutsche Fachgerichte wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts – einen deutschen Hoheitsakt nicht wegen der Verletzung von europäischem Gemeinschaftsrecht beanstanden. Hinzukommen muss eine Verletzung deutschen Verfassungsrechts.¹⁶¹

Dagegen ist dem EuGH gemäß Art. 220 EG die Aufgabe zugewiesen, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des EG-Vertrags zu sichern. Durch Art. 234 Abs. 1 EG ist dem Gerichtshof im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedstaaten die abschließende Entscheidungsbefugnis

¹⁵⁹ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 184 – Maastricht.

¹⁶⁰ Streinz, Europarecht, § 3 Rn. 244.

¹⁶¹ Papier, FAZ, 3.7.2008.

über die Auslegung des Vertrags sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftsrechtlichen Akte übertragen worden.¹⁶² Die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs erstreckt sich gemäß Art. 230 EG auf die Entscheidung über die Geltung und Auslegung der Normen des Gemeinschaftsrechts, was nach der Rechtsprechung des EuGH auch ungeschriebene Normen des primären Gemeinschaftsrechts einschließt.¹⁶³ In diesem Rahmen ist der Europäische Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EG über die Auslegung und Konkretisierung vorhandener Kompetenzen der Gemeinschaft im Lichte und im Einklang mit den Vertragszielen grundsätzlich auch zu einer Fortbildung des Gemeinschaftsrechts berufen. Dies erkennt auch das BVerfG an.¹⁶⁴ Die richterliche Rechtsfortbildung zählt in gewissem Umfang also zur „Wahrung des Rechts“.¹⁶⁵ Wie weit diese Kompetenz reicht, ist jedoch auf Gemeinschaftsebene ebenso schwer zu bestimmen wie im nationalen Recht.¹⁶⁶

2. Unterschiedliche Auffassungen zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht

a) Die Sichtweise des EuGH

Der EuGH versteht das Gemeinschaftsrecht als „autonome“ Rechtsordnung und folgert daraus ihren absoluten Vorrang vor nationalem Recht.¹⁶⁷ Die europäischen Verträge versteht er als Gründungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft.¹⁶⁸ Aus diesen Annahmen folgt, dass die Wirksamkeit einzelner Akte der Organe der Gemeinschaft wegen angeblicher Verletzung nationaler Verfassungsnormen, insbesondere von Grundrechten, von nationaler Seite nicht auf gerichtlichem Wege angegriffen werden kann. Der Anwendungsvorrang vor dem gesamten nationalen Recht erstreckt sich auch auf das Verfassungsrecht und die Grundrechte.¹⁶⁹ Anwendungsvorrang bedeutet, dass dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehendes nationales Recht weiterhin gültig, aber unangewendet

¹⁶² BVerfG 25.07.1979 – 2 BvL 6/77 – BVerfGE 52, 187, 200 – Vielleicht-Beschluss.

¹⁶³ BVerfG 29.05.1974 – 2 BvL 52/71 – BVerfGE 37, 271, 281 – Solange I.

¹⁶⁴ BVerfG vom 08.04.1987 – 2 BvR 687/85 – BVerfGE 75, 223, 242 – Kloppenburg.

¹⁶⁵ Calliess, NJW 2005, 929, 930.

¹⁶⁶ Calliess, NJW 2005, 929, 930.

¹⁶⁷ EuGH vom 15.07.1964 – Rs. C-6/64 – Slg. 1964, 1141, 1251 – Costa/ENEL.

¹⁶⁸ EuGH – Gutachten 1/91, erstattet am 14.12.1991 – Slg. 1991, I-6079 – EWR I.

¹⁶⁹ EuGH vom 17.12.1970 – Rs. C-11/70 – Slg. 1970, 1125 – Internationale Handelsgesellschaft; EuGH vom 09.03.1978 – C-106/77 – Slg. 1978, 629 – Simmenthal II.

bleibt.¹⁷⁰ Da es nicht zu den Aufgaben der Gemeinschaftsrechtsordnung zählt, die Kompetenzen der Mitgliedstaaten zu schützen, sondern ihr in Art. 1 und 5 EU der immer engere Zusammenschluss der Völker Europas aufgegeben ist, liegt es nahe, dass der EuGH die Kompetenzverluste der Mitgliedstaaten ausblendet.¹⁷¹ Wohin sich das Gemeinschaftsrecht entwickelt, kann aus Sicht des EuGH nicht anders als auf Gemeinschaftsebene entschieden werden. Für eine Kontrolle des Integrationsprozesses durch mitgliedstaatliche Gerichte bietet diese Perspektive keinen Platz.¹⁷²

b) Die Sichtweise des BVerfG

Die Auffassung des BVerfG wird wesentlich von der Leitvorstellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ bestimmt.¹⁷³ In ihrer Eigenschaft als „Herren der Verträge“ wirken die Mitgliedstaaten an den Rechtsetzungsakten der EU entscheidend mit und gestalten diese fortlaufend weiter. Jede Änderung der Verträge muss von ihnen gemäß den nationalen Vorschriften in Kraft gesetzt werden (Art. 48 EU). In Deutschland ist hierfür ein Zustimmungsgesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 59 Abs. 2 GG erforderlich.¹⁷⁴ EU-Recht erhält nach dieser Auffassung seinen Geltungsanspruch in Deutschland erst durch den parlamentarischen Rechtsanwendungsbefehl, der seinen Ausdruck in den Zustimmungsgesetzen zu den jeweils in Kraft zu setzenden europäischen Verträgen findet.¹⁷⁵ Art. 23 Abs. 1 GG ordnet nach Ansicht des BVerfG ebenso wenig wie Art. 24 Abs. 1 GG die unmittelbare und vorrangige Anwendbarkeit des EU-Rechts an¹⁷⁶, sondern ermächtigt allein dazu, den Anwendungsvorrang als Folge der Übertragung von Hoheitsrechten zu vereinbaren.¹⁷⁷ Dies ist gemeint, wenn das BVerfG sagt, die Rechtsakte der Union bezögen ihre demokratische

¹⁷⁰ EuGH vom 04.02.1988 – Rs. C-157/86 – Slg. 1988, 673, 690 – Murphy; EuGH vom 28.09.1994 – Rs. C-200/91 – Slg. 1994, I-4389, 4413 – Colorell Pension Trustees; EuGH vom 18.3.2004 – Rs. C-8/02 – Slg. 2004, I-2641 Rn. 58 – Leichtle.

¹⁷¹ Heintze, AöR 119(1994), 564, 575.

¹⁷² Streinz, Europarecht, § 3 Rn. 213.

¹⁷³ Zuletzt BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 231.

¹⁷⁴ BVerfG vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339, 375 – Solange II; BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 243, 319.

¹⁷⁵ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 339.

¹⁷⁶ Vgl. BVerfG vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339, 374 f. – Solange II; BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 190 – Maastricht; Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 23 Rn. 21.

¹⁷⁷ Vgl. BVerfG vom 09.06.1971 – 2 BvR 22569 – BVerfGE 31, 145, 174 – Lütticke.

Legitimation vor allem über die Parlamente der Mitgliedstaaten.¹⁷⁸ Es ist vor diesem Hintergrund nur folgerichtig, dass das BVerfG feststellt, den Organen der Gemeinschaft werde durch das vom Deutschen Bundestag verabschiedete Zustimmungsgesetz zu den Gemeinschaftsverträgen Grenzen gesetzt, an die sie sich bei Ausübung der ihnen eingeräumten Hoheitsakte halten müssen.¹⁷⁹ Weil die Gemeinschaft kein Staat, sondern ein „Staatenverbund“¹⁸⁰ ist, hat sie keine Befugnis, ihre eigenen Kompetenzen zu verändern (keine Kompetenz-Kompetenz). Diese Auffassung wird durch das Prinzip der begrenzten Einzelemächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 EG bestätigt, wonach die EU für ein Tätigwerden einer expliziten Kompetenzzuweisung im EG-Vertrag oder EU-Vertrag bedarf. Dies gilt auch für den EuGH. Jede extensive Auslegung des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts, jede Rechtsfortbildung erweitert den Kompetenzbereich der EU und schränkt damit gleichzeitig die mitgliedstaatliche Souveränität ein.¹⁸¹ Ausgehend von seiner Leitvorstellung von den Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ hat das BVerfG das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht in mehreren Entscheidungen konkretisiert:¹⁸²

aa) Solange II

In seinem Solange-II-Beschluss¹⁸³ aus dem Jahr 1986 konstatiert das BVerfG einen prinzipiell ausreichenden Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene und verzichtet, „solange“ dieser im Wesentlichen dem deutschen Grundgesetz vergleichbar gewährleistet ist, auf eine Überprüfung europäischer Rechtsakte am Maßstab der deutschen Grundrechte. Die Solange-II-Entscheidung steht dem EuGH zwar die Möglichkeit einer fallweisen Fortentwicklung seiner Grundrechtsrechtsprechung zu.¹⁸⁴ Das BVerfG hat damit aber seine Letztentscheidungskompetenz gegenüber dem EuGH nicht aufgegeben, sondern nur die tatsächliche Ausübung seiner Gerichtsbarkeit eingeschränkt.¹⁸⁵ Im Solange-II-Beschluss bekräftigt das BVerfG eindeutig die völkerrechtliche Grundlage des

¹⁷⁸ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 184 – Maastricht.

¹⁷⁹ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 232.

¹⁸⁰ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 184, 190 – Maastricht.

¹⁸¹ Calliess, NJW 2005, 929, 930.

¹⁸² Dazu auch Steiner, EuZA 2009, 146 f.

¹⁸³ BVerfG vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339 – Solange II.

¹⁸⁴ Vgl. BVerfG vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339, 383 – Solange II.

¹⁸⁵ Broß, VerwArch 2001, 425, 432/438.

Gemeinschaftsrechts und die fortbestehende Bedeutung der Zustimmungsgesetze für seine Geltung und Anwendung im innerstaatlichen Bereich.¹⁸⁶

bb) Maastricht

Im Maastricht-Urteil¹⁸⁷ stellt das BVerfG fest, dass es über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem „Kooperationsverhältnis“ mit dem EuGH zu entscheiden habe. Grundlage der innerstaatlichen Wirkung des Gemeinschaftsrechts ist nach dem BVerfG der Rechtsanwendungsbefehl des deutschen Zustimmungsgesetzes. „Würden etwa europäische Einrichtungen oder Organe den Unions-Vertrag in einer Weise handhaben oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liegt, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden.“¹⁸⁸ Eine nicht mehr von den Zustimmungsgesetzen gedeckte Handhabung oder Fortbildung des Vertrags durch die Organe der EU bezeichnet das BVerfG als „ausbrechenden Rechtsakt“.¹⁸⁹ Dementsprechend prüft das BVerfG, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen.¹⁹⁰ Diesen Überlegungen liegt die sog. „Brückentheorie“ zugrunde.¹⁹¹ Das von den Gemeinschaftsorganen erlassene Recht dringt danach über die „Brücke“ des deutschen Zustimmungsgesetzes in die deutsche

¹⁸⁶ Streinz, Europarecht, § 3 Rn. 225.

¹⁸⁷ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

¹⁸⁸ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 188 – Maastricht.

¹⁸⁹ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 188 – Maastricht. Übrigens geht auch der EuGH davon aus, dass es Rechtsakte geben kann, die nicht mehr von der Kompetenz der Gemeinschaftsorgane gedeckt sind. Nach seiner Entscheidung in der Rechtssache BASF (EuGH vom 15.06.1994 – Rs. C-137/92 P – Slg. 1994, I-2555 Rn. 49) sind „Rechtsakte, die offenkundig mit einem derart schweren Fehler behaftet sind, dass die Gemeinschaftsrechtsordnung ihn nicht tolerieren kann“, rechtlich inexistent. Im ersten Urteil zur Tabakwerbeverbotrichtlinie hat der EuGH einen Rechtsakt wegen fehlender Verbandskompetenz der EG für nichtig erklärt, EuGH vom 05.10.2000 – Rs. C-376/98 – Slg. 2000, I-8419 – Deutschland/EP und Rat.

¹⁹⁰ Vgl. BVerfG vom 23.06.1981 – 2 BvR 1107/77, 2 BvR 1124/77, 2 BvR 195/79 – BVerfGE 58, 1, 30 f. – Eurocontrol I; BVerfG vom 08.04.1987 – 2 BvR 687/85 – BVerfGE 75, 223, 235, 242 – Kloppenburg.

¹⁹¹ Vgl. Kirchhof, in: Isensee/ders., Staatsrecht, § 183 Rn. 64 f.

Rechtsordnung ein und gewinnt dadurch seinen Vorrang vor deutschem Recht. Dort, wo diese Brücke nicht trägt, weil es sich um einen Rechtsakt handelt, der unter Missachtung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung jenseits der Gemeinschaftskompetenzen („*ultra vires*“) erlassen worden ist, entfaltet das Gemeinschaftsrecht in Deutschland keine Rechtsverbindlichkeit.¹⁹²

Zu trennen ist daher nach dem BVerfG zwischen zulässiger Auslegung einschließlich Rechtsfortbildung im Anwendungsbereich der europäischen Verträge durch den EuGH und der unzulässigen Rechtsschöpfung durch Vertragserweiterung, die nicht Sache des EuGH, sondern die der Mitgliedstaaten ist.¹⁹³ Nicht übertragen ist die Kompetenz zu einer Interpretation des Vertrages, die einer Vertragsänderung gleichkommt.¹⁹⁴ Vertragsänderungen sind vielmehr einer einstimmigen Übereinkunft der Mitgliedstaaten vorbehalten (Art. 48 EU). Entsprechend stellt das BVerfG den Vorrang des Gemeinschaftsrechts unter einen nationalen „*Ultra-vires-Vorbehalt*“¹⁹⁵, beobachtet die europäische Rechtsentwicklung und behält sich aufgrund des deutschen Verfassungsrechts eine „Reservekompetenz“ oder „Kontrollreserve“ vor. Wo aus Sicht des BVerfG, insbesondere für den EuGH, die Grenze zwischen zulässiger Rechtsfortbildung und unzulässiger Vertragserweiterung zu ziehen ist, hat das BVerfG bislang nicht näher präzisiert.

cc) *Bananenmarkt-Beschluss*

Das Bundesverfassungsgericht hat im Bananenmarktbeschluss¹⁹⁶ bekräftigt, dass es mit dem Maastricht-Urteil nicht von der Linie seiner Solange-II-Rechtsprechung abgerückt ist.¹⁹⁷ Zugleich hat es festgestellt, dass ein deckungsgleicher Grundrechtsschutz auf nationaler und europäischer Ebene nicht gefordert ist. Den verfassungsrechtlichen Erfordernissen ist entsprechend den in der Solange-II-Entscheidung genannten Voraussetzungen genügt, wenn die Rechtsprechung des EuGH generell einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften gewährleistet. Gemeint ist ein Grundrechtsschutz, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar Gebotenen im Wesentlichen gleich zu

¹⁹² Koenig/Haratsch, Rn. 128.

¹⁹³ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 209 – Maastricht.

¹⁹⁴ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 209 ff. – Maastricht.

¹⁹⁵ Steiner EuZA 2009, 148 ff.

¹⁹⁶ BVerfG vom 07.06.2000 – 2 BvL 1/97 – BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung.

¹⁹⁷ BVerfG vom 07.06.2000 – 2 BvL 1/97 – BVerfGE 102, 147, 163; Lecheler, JuS 2001, 120, 123.

achten sei und den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürge.¹⁹⁸ Damit hat das BVerfG zwar für den Bereich der Rüge der Verletzung des gemäß Art. 23 GG Übertragbaren sehr hohe Hürden aufgestellt, den Prüfungsvorbehalt in diesem Rahmen aber bestätigt. Zur Frage des konkret durch das Zustimmungsgesetz Übertragenen hat es sich hier nicht geäußert.

dd) EMRK-Beschluss

Im Beschluss des BVerfG¹⁹⁹ zur Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Deutschland heißt es: „Das Grundgesetz will eine weitgehende Völkerrechtsfreundlichkeit, grenzüberschreitende Zusammenarbeit und politische Integration in eine sich allmählich entwickelnde internationale Gemeinschaft demokratischer Rechtsstaaten. Es will jedoch keine jeder verfassungsrechtlichen Begrenzung und Kontrolle entzogene Unterwerfung unter nichtdeutsche Hoheitsakte. Selbst die weitreichende supranationale europäische Integration, die sich für den aus der Gemeinschaftsquelle herrührenden innerstaatlich unmittelbar wirkenden Normanwendungsbefehl öffnet, steht unter einem – allerdings weit zurückgenommenen – Souveränitätsvorbehalt (vgl. Art. 23 Abs. 1 GG).“²⁰⁰

ee) Lissabon

In der Lissabon-Entscheidung²⁰¹ bekräftigt das BVerfG seine bisherige Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht und baut sie aus:

¹⁹⁸ Vgl. BVerfG vom 07.06.2000 – 2 BvL 1/97 – BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung; „Sonach sind auch nach der Entscheidung des Senats in BVerfGE 89, 155 Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II-Entscheidung (BVerfGE 73, 339, 378-381) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei.“

¹⁹⁹ BVerfG vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 = NJW 2004, 3407.

²⁰⁰ Die nachfolgenden Ausführungen des BVerfG sind allgemeiner Natur und nicht nur auf die EMRK bezogen. Diese besitzt in Deutschland – im Gegensatz zum supranationalen Gemeinschaftsrecht – lediglich einfachgesetzlichen Rang und steht daher einem Bundesgesetz gleich (Art. 59 Abs. 3 S. 1 GG).

²⁰¹ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, insbesondere Tz 207-243, 331-343. http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

Es gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, die Europäische Union besitzt keine Kompetenz-Kompetenz.²⁰² Die Mitgliedstaaten bleiben „dauerhaft“²⁰³ die Herren der Verträge. Hieraus folgt, dass ihnen das Kontrollrecht über den Fortgang der europäischen Integration nicht genommen werden kann.²⁰⁴ Dreh- und Angelpunkt ist aus Sicht des BVerfG der im Zustimmungsgesetz des Bundestages erteilte Rechtsanwendungsbefehl.²⁰⁵ Dieser unterliegt seinerseits den in der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG verbürgten Grundprinzipien, die auch nicht über Art. 23 GG eingeschränkt werden können.²⁰⁶ Hieraus folgt, dass die EU nicht zu einem „eigenständigen Legitimationssubjekt“ werden kann, das sich aus eigenem Recht verfassung könnte.²⁰⁷ Kein deutsches Verfassungsorgan darf die nach Art. 79 Abs. 3 GG grundlegenden Verfassungsprinzipien verändern.²⁰⁸ Das BVerfG prüft, ob diese Prinzipien gewahrt sind.²⁰⁹

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung droht dann leerzulaufen, wenn die Organe der EU ohne eine „äußere Kontrolle“ über die Auslegung des Vertragsrechts entscheiden können.²¹⁰ Das BVerfG beansprucht für den Fall „ersichtlicher Grenzüberschreitungen“ von EU-Organen zwei verfassungsgerichtliche Kontrollbefugnisse²¹¹: Zum einen bekräftigt es die bereits im Maastricht-Urteil formulierte Ultra-vires-Kontrolle, ob „Rechtsakte der europäischen Organe“ die Grenzen der der EU übertragenen Kompetenzen überschreiten, fügt nunmehr allerdings hinzu, dass die „Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ auch Gegenstand der Kontrolle sein kann.²¹² Neu eingeführt wird eine „Identitätskontrolle“, ob das Handeln eines EU-Organs gegen die in Art. 79 Abs. 3 GG enthaltenen grundlegenden, nicht aufgebaren Prinzipien verstößt. Beide Kontrollen können zur Folge haben, dass das BVerfG EU-Recht für in Deutschland nicht anwendbar erklärt.²¹³

²⁰² BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 226, 233.

²⁰³ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 231.

²⁰⁴ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 334.

²⁰⁵ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 339.

²⁰⁶ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 219, 343.

²⁰⁷ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 232.

²⁰⁸ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 218.

²⁰⁹ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 218, 235.

²¹⁰ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 238.

²¹¹ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 240.

²¹² An anderer Stelle sieht das BVerfG die Notwendigkeit, die Kompetenzübertragung an die EU und die Kompetenzausübung durch die EU sachlich zu begrenzen, und führt als Kriterium dafür an, ob „die Koordinierung grenzüberschreitender Sachverhalte sachlich notwendig ist.“ Vgl. BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 251.

²¹³ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 241, 339.

Das BVerfG bestätigt die in der Solange-II-Entscheidung ausgesprochene „grundsätzliche“ Zurückstellung seiner Grundrechtskontrolle von EU-Recht.²¹⁴

ff) *Bewertungen von Verfassungsrichtern*

Von der Reservekompetenz hat das BVerfG bislang keinen Gebrauch gemacht. Der ehemalige Verfassungsrichter Steiner sieht die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit in die Rolle eines „Edelreservisten“ abgedrängt, der „kaum die Chance zum Spieleinsatz bekommt“.²¹⁵ Dies bezieht sich aber ausdrücklich auf die Fälle, in denen unzureichender Grundrechtsschutz gerügt wird, nicht auf die Kompetenzfrage.

Nach Aussagen des Bundesverfassungsgerichtspräsidenten Papier lässt sich die „nicht unproblematische“²¹⁶ Tendenz des EuGH beobachten, nationale Rechtsakte, auch soweit sie kein zwingendes Gemeinschaftsrecht umsetzen, an vom EuGH selbst entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu messen.²¹⁷ Hier bestehe, so Papier, die Gefahr, dass vermittels der Rechtsprechung des EuGH die Gemeinschaft Kompetenzen an sich zieht, die ihr nach den Verträgen nicht zukommen.²¹⁸ Papier verweist hierbei ausdrücklich auf die Schlussanträge des Generalanwalts Mazák in der Rechtssache Palacios.²¹⁹ Er versteht diese so, dass der Generalanwalt wegen der großzügigen Entwicklung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen Bedenken nicht nur im Hinblick auf die Rechtssicherheit äußert, sondern auch im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, und schließt sich dieser Sichtweise an. Wer Gemeinschaftsrecht säe, werde Prozesse vor dem EuGH ernten – und zwar auch dann, wenn die Mitgliedstaaten die europäischen Rechtsvorschriften im Einzelfall eigentlich „nur mit geringer normativer Mitgift“²²⁰ ausstatten wollten. Nur sollte man sich in Luxemburg davor hüten, dort zu ernten, wo nicht gesät worden sei, und vorsichtig mit der Auslegung und Fortbildung des Gemeinschaftsrechts umgehen.²²¹

Der ehemalige Bundesverfassungsrichter Hassemer stellte jüngst klar, dass sich das BVerfG im Verhältnis zum EuGH „nicht verabschiedet“ hat, und schließt ein Ende der „vorsichtigen“ Rechtsprechung des BVerfG nicht aus:

²¹⁴ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 337.

²¹⁵ Steiner, BB Beilage 2008, Nr. 004, S. 2, 4.

²¹⁶ Papier, FAZ vom 24.07.2007, S. 5.

²¹⁷ Papier, FAZ vom 24.07.2007, S. 5.

²¹⁸ Papier, FAZ vom 24.07.2007, S. 5.

²¹⁹ EuGH vom 16.10.2007 – Rs. C-411/05 – Slg. 2007, I-8531 = BB 2007, 2629 – Palacios.

²²⁰ Steiner, BB Beilage 2008, Nr. 004, S. 2, 4.

²²¹ Papier, FAZ vom 26.06.2007, S. 4.

„Wir lassen den europäischen Gerichten einen großen Entscheidungsraum. Aber wir werden unser Wächterhäuschen nicht verlassen.“²²²

III. Die Reservekompetenz des BVerfG

I. Die Begründung der Reservekompetenz

Sowohl das BVerfG als auch der EuGH²²³ gehen davon aus, dass es Gemeinschaftsrechtsakte geben kann, die außerhalb der in den Verträgen niedergelegten Kompetenzordnung liegen. Die problematische Frage ist, welches Gericht die Befugnis besitzt, letztinstanzlich zu entscheiden, ob Gemeinschaftsrecht mit der in den Verträgen niedergelegten Kompetenzordnung und mit Grundrechten vereinbar ist.²²⁴

Zusammengefasst handelt es sich um einen Konflikt zwischen dem Prinzip der Wahrung demokratischer Legitimation und dem Prinzip der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft.²²⁵ Die ungelösten Widersprüche zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht sind nicht Ausdruck eines dogmatischen Versagens, sondern der geteilten und nicht von einem bundesstaatlichen Dach überwölbten Souveränität.²²⁶ Bei der Behandlung der dargestellten Problematik ist zu trennen zwischen der Frage, ob das jeweils gebotene Grundrechtsschutzniveau generell gewährleistet ist, und der Frage, ob die durch das Zustimmungsgesetz eingeräumten Kompetenzen eingehalten wurden.

Die Positionen des EuGH und des BVerfG sind von ihren jeweiligen Prämissen aus betrachtet schlüssig, miteinander jedoch unvereinbar, da einerseits der EuGH kraft seiner eigenen Rechtsprechung für sich die vorbehaltlose Letztentscheidungsbefugnis über die Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts beansprucht, andererseits das BVerfG nach seiner Auffassung selbst entscheidet, ob Akte europäischer Einrichtungen und Organe die diesen eingeräumten Befugnisgrenzen überschreiten.²²⁷ Der Unterschied zur Sichtweise des EuGH liegt also darin, dass für das BVerfG der Vorrang von EU-Recht kraft verfassungsrechtlicher Ermächtigung nur so weit reicht wie die Ermächtigung selbst und dass deren Schranken bestimmt und beachtet werden müssen. Besteht in einem Mitgliedstaat eine Verfassungsgerichtsbarkeit, kann

²²² Hassemer, Süddeutsche Zeitung vom 11.06.2008, S. 6.

²²³ EuGH vom 15.06.1994 – Rs. C-137/92 P – Slg. 1994, I-2555 Rn. 49.

²²⁴ Hirsch, NJW 2000, 1817, 1818.

²²⁵ Folz, Der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH, S. 395.

²²⁶ Grimm, RdA 1996, 66, 71.

²²⁷ Das sieht so auch ausdrücklich Papier, Vortrag 16.02.2006, S. 13; ebenso Steiner, EuZA 2009, 149.

diese die Einhaltung dieser Schranken kontrollieren.²²⁸ Bei einem Vorrang kraft Eigenständigkeit wäre dies nicht mehr möglich.²²⁹ Unter den gegebenen Umständen besteht keine rechtliche Möglichkeit zur „bruchlosen Auflösung“²³⁰ eines Kompetenzkonflikts zwischen EuGH und BVerfG.²³¹

Dies gilt auch im Falle des Inkrafttretens des Lissabon-Vertrages. Zwar sieht die diesem Vertrag angefügte Erklärung Nr. 17 vor, dass EU-Recht Vorrang vor nationalem Recht habe. Jedoch stellt das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil ausdrücklich fest, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der Erklärung Nr. 17 den Vorrang vor EU-Recht nur im Rahmen der durch das deutsche Zustimmungsgesetz übertragenen Kompetenzen anerkennt und dass das Zustimmungsgesetz seinerseits den grundgesetzlichen Grenzen unterliegt, so dass die Reservekompetenz des BVerfG insoweit nicht berührt wird²³², dem BVerfG auch nicht entzogen werden kann.²³³

2. Zuständigkeit des BVerfG oder des EuGH für die Feststellung der Einhaltung der Kompetenzgrenzen?

Wenn man mit dem BVerfG und dem EuGH die mögliche Existenz eines ausbrechenden Rechtsaktes anerkennt, stellt sich die Frage, ob der EuGH oder das BVerfG – prozessual betrachtet – letztverbindlich zu entscheiden hat, ob die Gemeinschaft für den Erlass eines bestimmten Rechtsakts überhaupt die Kompetenz besitzt. Die Kompetenzverteilung zwischen den Gerichten ist weder ausdrücklich geregelt noch systematisch eindeutig vorgegeben.

Einerseits kann hierin eine Frage der Auslegung des Unionsrechts gesehen werden, womit der EuGH das zuständige Gericht wäre. Andererseits jedoch stellt ein „ausbrechender Rechtsakt“ begriffsnotwendig einen Rechtsakt dar, der gerade keine Grundlage im Gemeinschaftsrecht hat. Letztlich handelt es sich auch um die Bestimmung einer Grenze, die das nationale Verfassungsrecht vorgibt. Es wäre zudem widersinnig, dass das Gericht, dessen Kompetenzeinhaltung fraglich erscheint, zu entscheiden hätte, ob es seine Kompetenzen überschritten hat, zumal eine objektive Befassung hiermit durchaus bezweifelt werden darf. Im Übrigen ist der EuGH in Art. 1 und Art. 5 EU darauf verpflichtet, zu einer immer engeren Union beizutragen, was in Zweifelsfällen der Rolle eines

²²⁸ Diese Kontrollvorbehalte sind keine deutsche Besonderheit, vgl. Streinz, FS Steinberger, S. 1437, 1456 ff.; Mayer, Kompetenzüberschreitung, S. 140 ff. Bestätigt durch die Verfassungsgerichte der seither beigetretenen Mitgliedstaaten, insbesondere Polens und der Tschechischen Republik.

²²⁹ Streinz, Europarecht, § 3 Rn. 213.

²³⁰ Grimm, RdA 1996, 66, 69.

²³¹ Folz, Der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH, S. 398; Masing, NJW 2006, 264.

²³² BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 341-343.

²³³ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 336.

neutralen Schiedsrichters entgegensteht. Einen eigenständigen europäischen Kompetenzgerichtshof gibt es aber derzeit nicht.

Hieraus ergibt sich, dass über die Einhaltung der der EU übertragenen Kompetenzen nicht der EuGH letztverbindlich entscheiden darf, sondern vielmehr das zuständige nationale Verfassungsgericht. Es liegt also grundsätzlich beim BVerfG, zu entscheiden, ob die Übertragung von Hoheitsrechten durch die Bundesrepublik Deutschland an die EU den Voraussetzungen des Grundgesetzes genügt und insbesondere den Kern unantastbarer deutscher Staatlichkeit erreicht (Art. 79 Abs. 3 GG).

3. Kritik an der Reservekompetenz des BVerfG

Gegen die vom BVerfG beanspruchte Reservekompetenz werden verschiedene Argumente geltend gemacht, von denen jedoch keines trägt.

a) Dass eine solche Zuständigkeit nationaler Verfassungs- und Obergerichte nicht in den Verträgen vorgesehen sei²³⁴, überzeugt nicht: Wenn die Verträge hierzu schweigen, so bedeutet dies sowohl in der historischen Betrachtung – das BVerfG existiert länger als die europäischen Verträge – als auch nach der Rechtsauslegung nach Maßgabe des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, dass die ältere Rechtssituation maßgeblich ist. Einschlägig sind insofern die Art. 92 ff. GG, die eine Zuständigkeit des BVerfG vorsehen.

b) Ähnliches gilt für die Kritik, dass Art. 23 GG keine letztverbindliche Entscheidungsbefugnis des BVerfG zu entnehmen sei.²³⁵ Denn Art. 23 GG schließt eine solche auch nicht aus. Wenn das Grundgesetz, insbesondere Art. 23 GG, zum Verhältnis EuGH und BVerfG schweigt, heißt das, dass die Art. 92 ff. GG gelten. Im Übrigen ergibt sich die Ermächtigung zum Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts auch nicht ausdrücklich aus Art. 23 GG (bzw. dessen – insoweit – Vorgängervorschrift Art. 24 GG), sondern erst aus dessen Interpretation durch das BVerfG.²³⁶

c) Weiter wird vorgebracht, dass die Reservekompetenz letztlich dem Wesen des Art. 23 Abs. 1 GG widerspreche, der die europäische Integration als Staatsziel normiert.²³⁷ Die Reservekompetenz bedeute mit Blick auf Art. 23 GG nichts anders als den einzelstaatlichen Versuch, sich gegebenenfalls von völkerrechtlichen Bindungen zu lösen, und sei daher kein zu billigendes völ-

²³⁴ Vgl. Art. 292 EG.

²³⁵ Zuleeg, in: AK-GG, Art. 23 Rn. 33.

²³⁶ BVerfG vom 09.06.1971 – 2 BvR 22569 – BVerfGE 31, 145, 174 – Lütticke.

²³⁷ Hirsch, NJW 1996, 2457, 2464.

kerrechtliches Instrument.²³⁸ Die Entscheidung für die Zugehörigkeit zur EU in Art. 23 Abs. 1 GG, so der ehemalige EuGH-Richter Zuleeg, zwingt vielmehr zu der Zusammenarbeit, wie sie das Gemeinschaftsrecht vorsieht.²³⁹ Diese Auffassung übersieht, dass es nicht um die Umgehung bestehender völkerrechtlicher Bindungen geht, sondern um die Gewährleistung, dass diese Bindungen eingehalten werden, und zwar auch seitens der in Frage stehenden supranationalen Institution. Ein ausbrechender Rechtsakt dagegen hat sich seinerseits von diesen völkerrechtlichen Bindungen gelöst.

Im Übrigen hat Art. 23 GG verfassungssystematisch keinen Vorrang gegenüber den Grundrechten. Beide stehen zumindest gleichrangig nebeneinander, so dass sich die Reservekompetenz des BVerfG auch zum Schutz der Grundrechte aus dem Grundgesetz rechtfertigen lässt. Jedenfalls vorrangig gegenüber Art. 23 GG ist die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG.²⁴⁰ Im Übrigen ist es ja gerade die Reichweite der durch Art. 23 GG ermöglichten Öffnung gegenüber der europäischen Integration, über die Streit herrscht, so dass der bloße Verweis auf Art. 23 GG nicht weiterhilft.

d) Gegner einer Reservekompetenz führen ferner an, es sei mit den föderativen Grundsätzen des europäischen Rechts nicht vereinbar, eine Überordnung eines mitgliedstaatlichen Gerichts über Gemeinschaftsrecht abzuleiten.²⁴¹ Die dem EuGH eingeräumte Zuständigkeit, das Gemeinschaftsrecht letztverbindlich auszulegen, sei Teil der mit dem Zustimmungsgesetz übertragenen Hoheitsgewalt, so dass die Europäische Union mit der Übertragung der Hoheitsgewalt an sie gemäß den vertraglichen Bestimmungen zuständig sei.²⁴² Nationale Gerichte besäßen danach prinzipiell keine Zuständigkeit, Rechtsakte der Gemeinschaft für aus den Kompetenzschränken ausbrechend und damit nicht verbindlich zu erklären.²⁴³

Diese Vorstellung von „Bundestreue“ widerspricht aber der Eigenschaft der Europäischen Union als Staatenverbund, der eben nicht zu einem Bundesstaat mit Kompetenz-Kompetenz und folgender Kompetenz, die Kompetenzgrenzen selbst festzulegen, gediehen ist. Diese Sichtweise würde außerdem in logischer Konsequenz bedeuten, dass der Rechtsprechung des EuGH praktisch keine Grenzen gesetzt werden könnten. Dies widerspricht sowohl dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als auch den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaats. Mindestens genauso wichtig ist, dass die Mitgliedstaaten Vertragsänderungen nur einstimmig billigen können. Jeder Mitgliedstaat besitzt folglich

²³⁸ Vgl. Broß, VerwArch 2001, 425, 440.

²³⁹ Zuleeg, in: AK-GG, Art. 23 Rdn 32.

²⁴⁰ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 219, 243.

²⁴¹ Zuleeg, in: AK-GG, Art. 23 Rn. 33.

²⁴² Hirsch, NJW 1996, 2457, 2464; Bieber/Epiney/Haag, § 2 Rn. 78.

²⁴³ Hirsch, NJW 2000, 1817, 1819; Bieber/Epiney/Haag, § 2 Rn. 78; Zuleeg, in AK-GG, Art. 23 Rn. 32.

ein Veto bei der Änderung oder Schaffung von Primärrecht. Dies entspricht dem ausdrücklichen Willen der Mitgliedstaaten. In teleologischer Auslegung dieses Einstimmigkeitsvorbehalts folgt aus ihm, dass es im Umkehrschluss dem Willen der Mitgliedstaaten widerspräche, wenn eine Erweiterung des Primärrechts jenseits der für zulässig erachteten Rechtsfortbildung über eine eigenwillige Rechtsprechung des EuGH möglich wäre, ohne dass die „Herren der Verträge“ dem Einhalt gebieten könnten. Für die Bundesrepublik Deutschland nimmt diese dem mitgliedstaatlichen Willen entsprechende Wächterfunktion das Bundesverfassungsgericht wahr.

e) Weiter wird eingewandt, dass die Trennlinie zwischen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung und unzulässiger Rechtsschöpfung nicht trennscharf und punktgenau gezogen sei.²⁴⁴ Es bestehe eine „notorische Grauzone“ zwischen kompetenzziell zugewiesener Rechtswahrung und nicht (mehr) zugewiesener Rechtserzeugung.²⁴⁵ Die Unbestimmtheit des Grenzverlaufs indessen rechtfertigt selbstverständlich nicht den Schluss, es gebe gar keine Grenze.²⁴⁶ Es ist am BVerfG im Honeywell-Verfahren und gegebenenfalls in späteren Verfahren, diese Grenze genauer zu definieren.

f) Die Kritiker einer Reservekompetenz führen weiter ins Feld, dass auch beachtet werden müsse, dass der EuGH nicht vor dem Hintergrund homogener Rechtsüberzeugungen der Rechtsunterworfenen agiere.²⁴⁷ Ein nationales Verfassungsgericht werde daher häufig die Neigung verspüren, aus seiner Sicht defizitäres positives Recht durch das rechtspolitisch Wünschenswerte zu ersetzen.²⁴⁸ Diese Kritik lässt sich zum einen genauso gut dem EuGH vorhalten, wie ja gerade das Mangold-Urteil, aber auch zeitlich weiter zurückliegende Urteile²⁴⁹ zeigen. Zum anderen spielen unterschiedliche mitgliedstaatliche Rechtstraditionen gerade keine Rolle, wenn es um die Frage geht, ob die EU sich noch im Rahmen dessen bewegt, was durch das nationale Zustimmungsgesetz des einzelnen Mitgliedstaates, hier des Deutschen Bundestages, gedeckt ist.

²⁴⁴ Calliess, NJW 2005, 929, 930; ähnlich Steiner, EuZA 2009, 149 f.

²⁴⁵ Calliess, NJW 2005, 929, 930.

²⁴⁶ Heintze, AöR 119(1994), 564, 586; Roth, in: ders./Hilpold, S. 561, 604 ff.

²⁴⁷ Hirsch, NJW 1996, 2457, 2465.

²⁴⁸ Hirsch, NJW 1996, 2457, 2465.

²⁴⁹ EuGH vom 20.09.2001 – Rs. C-184/99 – Slg. 2001, I-6193 – Grzelczyk, hierzu Hailbronner, NJW 2004, 2185, 2187 und Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464; EuGH vom 15.03.2005 – Rs. C-209/03 – Slg. 2005, I-2119 – Bidar; EuGH vom 14. 12. 2006 – Rs. C-97/05 – Slg. 2006, I-11917 – Gattoussi, hierzu Hailbronner, NVwZ 2007, 415, 417 f.; EuGH vom 13. 09. 2005 – Rs. C-176/03 – Slg. 2005, I-7879 – Kommission/Parlament.

g) Weiter führen die Gegner einer Reservekompetenz an: Da der EuGH gemäß Art. 220 EG – und damit auch nach dem Willen der Mitgliedstaaten – zur Auslegung und Rechtsfortbildung des Gemeinschaftsrechts berufen ist, müsse seine Rechtsprechungsgewalt auch die Möglichkeit der „fehlerhaften“ Auslegung und der „fehlerhaften“ Rechtsfortbildung des Primärrechts mit einschließen.²⁵⁰ Anderenfalls würde der mit Art. 220 EG vertraglich vorgesehene Zuständigkeitszuweisung jeder Sinn genommen.²⁵¹ „Fehlerhafte“ Entscheidungen des EuGH müssten folglich sowohl verfassungsrechtlich als auch verfassungsgerichtlich geduldet werden.²⁵² Mit der Entscheidung für die europäische Integration habe sich Deutschland auch auf das Richterrechtsrisiko eingelassen.²⁵³ Das Verwerfungsmonopol des EuGH stelle sich als konsequente Folgerung aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts dar.²⁵⁴

Diese Argumentation vermag hinsichtlich der Grenze von Ultra-vires-Akten nicht zu überzeugen, da diese von der Befugnis zur Rechtsfortbildung nicht mehr gedeckt sind und somit nicht mehr unter das hinnehmbare Richterrechtsrisiko fallen. Auch nationale oberste Fachgerichte sind zur Auslegung und Rechtsfortbildung befugt und unterliegen dennoch der Kontrolle durch das Verfassungsgericht. Ebenso unterliegt aus der insoweit maßgeblichen verfassungsrechtlichen Sicht die Rechtsprechung des EuGH, die in Deutschland Anwendung finden soll, der Kontrolle durch das BVerfG, das für die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen zuständig ist. Außerdem wird übersehen, dass mit der Einräumung eines Privilegs der „fehlerhaften“ Rechtsfortbildung auch ein Privileg der missbräuchlichen Rechtsfortbildung einhergehen würde. Dies wiederum würde nichts anderes als einen Freibrief für Richterrechtsgrenzverletzungen durch den EuGH bedeuten. Schließlich gilt auch hier, dass die EU kein Staat ist und dass die Mitgliedstaaten nach dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung Kompetenzen delegiert haben. Art. 220 EG ist in einem Fall wie dem vorliegenden daher nicht verletzt. Worauf sich Deutschland mit der Zustimmung zur europäischen Integration „eingelassen“ hat, folgt gerade aus der Delegation bundesdeutscher Staatsgewalt an die EU und ihre Organe, darunter den EuGH. Ob der Zustimmungsakt auch eine ungezügeltere und methodisch unhaltbare Rechtsfortbildung umfasst, kann nur dasjenige Gericht klären, das den Delegationsakt überwacht – also das Bundesverfassungsgericht.

h) Gegen die Reservekompetenz des BVerfG wird insbesondere auch vorgebracht, dass diese die unabdingbare Rechtseinheit in der EU gefährden könne. Es sei eine Gerichtsbarkeit unverzichtbar, die sowohl für die Gemeinschaft

²⁵⁰ Fischer, JZ 2007, 1024, 1027; Bieber/Epiney/Haag, § 2 Rn. 78; Koenig/Haratsch, Rn. 129.

²⁵¹ Fischer, JZ 2007, 1024, 1027; Huber, in: Streinz, EUV/EG, Art. 220 Rn. 20.

²⁵² Fischer, JZ 2007, 1024, 1027.

²⁵³ Steiner, EuZA 2009, 154.

²⁵⁴ Folz, Der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH, S. 14.

wie auch für die Mitgliedstaaten verbindlich entscheide, ob ihr Handeln im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehe und wie ggf. Gemeinschaftsrecht auszulegen und anzuwenden sei.²⁵⁵ Eine Reservezuständigkeit nationaler Gerichte würde ein Element der Destabilisierung oder ein Desintegrationspotential darstellen, das den Vertrag konterkarriere.²⁵⁶ Selbst das Verfassungsgericht eines Mitgliedstaates dürfe die Einheit des Gemeinschaftsrechts nicht antasten, sonst wäre die europäische Rechtsordnung zersplittert.²⁵⁷ In letzter Konsequenz würde die Maastricht-Rechtsprechung die Anwendbarkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts von der Entscheidung der einzelnen Mitgliedstaaten abhängig machen und die Einheit des Gemeinschaftsrechts gefährden.²⁵⁸ Würde das BVerfG die Kompetenz der Europäischen Union zum Erlass eines bestimmten Rechtsakts verneinen, während sie der EuGH bejahte, so wäre das ein Konflikt, der sich nicht durch wechselseitige Annäherung ausräumen ließe; eine Rechtsetzungskompetenz könne nur entweder gegeben oder aber nicht gegeben sein.²⁵⁹ Ein „Kooperationsverhältnis“, in dem das BVerfG die Maßstäbe setzt, stehe daher mit dem Gemeinschaftsrecht nicht im Einklang.²⁶⁰

In der Tat wäre es mit der Grundentscheidung Deutschlands für eine Mitgliedschaft in der EU nicht vereinbar, das vom EuGH zu wahrende Gemeinschaftsrecht beliebig zur Disposition der deutschen Gerichte zu stellen. Ein Gemeinschaftsrecht, das infolge paralleler Entwicklungen in anderen Mitgliedstaaten zu einem Flickenteppich reduziert würde, verdiente die Bezeichnung als Gemeinschaftsrecht nicht.²⁶¹

Es ist jedoch zu differenzieren: Die obige Argumentation geht implizit von einer bundesstaatlichen Ordnung aus. Diese fehlt in der EU. Es geht vielmehr um die Frage, in welchem Umfang die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ Zuständigkeiten an die EU delegiert haben. Nur in diesem Umfang stellt sich die Frage der Einheit des Gemeinschaftsrechts. Die Inanspruchnahme der mit der Stellung als „Herren der Verträge“ verbundenen Rechte durch die Mitgliedstaaten korreliert mit der Entscheidungsgewalt darüber, in welchem Umfang sie Hoheitsrechte an die EU abgeben haben. Der Hinweis auf die durch den EuGH zu wahrende Rechtseinheit kann nicht dazu führen, einer verfassungsrechtlichen Kontrolle durch das BVerfG gänzlich den Boden zu entziehen. Denn das BVerfG orientiert sich mit seinem Ansetzen an den Mitgliedstaaten einerseits an klassischen Souveränitätslehren, andererseits an Bemühungen um eine hinreichende demokratische Legitimation des Integrationsprozesses. Beide Ansätze lassen das parlamentarische Zustimmungsgesetz als Dreh- und

²⁵⁵ Hirsch, NJW 1996, 2457, 2463.

²⁵⁶ Hirsch, NJW 1996, 2457, 2463; Tomuschat, EuR 1990, 340, 343.

²⁵⁷ Zuleeg, in AK-GG, Art. 23 Rn. 32.

²⁵⁸ Koenig/Haratsch, Rn. 129.

²⁵⁹ Papier, Vortrag 16.02.2006, S. 14.

²⁶⁰ Zuleeg, in: AK-GG, Art. 23 Rdn 32.

²⁶¹ Oppermann, DVBl. 1994, 901, 906.

Angelpunkt erscheinen. Aus dieser Perspektive kann das Gericht nicht einfach dem unvorhersehbaren Treiben des Integrationsgeschehens zusehen, sondern muss darauf bedacht sein, die Einhaltung der Grenzen des Zustimmungsgesetzes zu prüfen.

Im Übrigen wird die europäische Rechtsordnung durch eine Entscheidung eines nationalen Verfassungsgerichts dann nicht zersplittert, wenn der EuGH diese Entscheidung in seinen Urteilen berücksichtigt und so das Seine dafür tut, dass die Einheit der Rechtsordnung gewahrt wird. Wenn ein nationales Verfassungsgericht einen ausbrechenden Rechtsakt feststellt, dann ist er „ausbrechend“. Dies muss zur Folge haben, dass er in der gesamten EU nicht angewendet werden darf. Nur das ist konsequent, weil spiegelbildlich betrachtet gemäß Art. 48 EU einer Vertragsänderung ebenfalls sämtliche Mitgliedstaaten zustimmen müssen. Für den EuGH bedeutet dies, dass er einen von ihm aufgestellten allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der in einem der Mitgliedstaaten als nicht vom nationalen Zustimmungsgesetz gedeckt verworfen wurde, nicht weiter anwenden darf. Damit wird insbesondere auch die Einheit des Gemeinschaftsrechts gewährleistet.

Generell ist festzustellen, dass Konflikte zwischen den jeweils anderen Maßstäben unterliegenden Gerichten EuGH und BVerfG (bzw. generell Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten) durch gegenseitige Rücksichtnahme zu vermeiden sind. Das BVerfG hat das Seine durch entsprechende Zurückhaltung, insbesondere im Bananenmarkt-Beschluss, getan. Auch beim EuGH ist in Grundrechtsfällen ein entsprechendes Bemühen erkennbar, wie der Fall Omega zeigt.²⁶² Rechtspolitisch bedeutet all dies selbstverständlich, dass die Feststellung eines ausbrechenden Rechtsaktes nur unter engen, klar umrissenen Voraussetzungen möglich sein darf. Das BVerfG ist nun aufgerufen, diese Voraussetzungen zu definieren.

Im Übrigen würde im konkreten Fall die Rechtseinheit in der EU bereits deshalb nicht gefährdet, weil inzwischen die Antidiskriminierungsrichtlinie greift, die den vom EuGH aufgestellten allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts für künftige Fälle nicht mehr entscheidungserheblich macht.

i) Einige Gegner einer Reservekompetenz halten ein Einschreiten des BVerfG wenn nicht für grundsätzlich ausgeschlossen, so doch allenfalls in Extremsituationen für vertretbar: Man könne es allenfalls in Fällen einer offenkundigen, schwerwiegenden²⁶³ und evidenten Vertragsverletzung durch den EuGH mit Hilfe eines gemeinschaftsrechtlich begründeten „Notrechts“²⁶⁴ in Betracht

²⁶² EuGH vom 14.10.2004 – Rs. C-36/02 – Slg. 2004, I-9609 – Laserdrome: Rücksichtnahme auf das deutsche Verständnis der Menschenwürde in Abweichung von der Einschätzung des konkreten Falles durch das Vereinigte Königreich.

²⁶³ Schwarze, JZ 1999, 637, 641; Micker, DB 2007, 1496, 1498.

²⁶⁴ Krumenacker, UR 2007, 473, 485 spricht von „einer Art Notwehr“.

ziehen²⁶⁵; wenn eine die nationale Identität gefährdende Verfassungsverletzung im Widerspruch zur Rücksichtnahme und Solidaritätspflicht aus Art. 6 Abs. 3 EU i.V.m. Art. 10 EG vorliegt.²⁶⁶ Das Schutzsystem des Gemeinschaftsrechts müsse gleichsam „aus den Fugen“ geraten sein.²⁶⁷ „Fehlerhafte“ Entscheidungen des EuGH seien sowohl verfassungsrechtlich als auch verfassungsgerichtlich zu dulden²⁶⁸; damit besitze der EuGH bis zur Grenze des „Extremfallvorbehalts“ zwar nicht das „rechtliche Dürfen“, wohl aber das „rechtliche Können“, die Befugnisse der EU über den primärrechtlichen Rahmen hinaus auszudehnen.²⁶⁹

Diese Einschränkungen stehen nach den Ausführungen zu den weiter oben aufgeführten Kritikpunkten im Widerspruch zu den tatsächlichen Gegebenheiten – dem Fehlen einer bundesstaatlichen Ordnung, dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bei der Delegation von Kompetenzen durch die „Herren der Verträge“ usw. Außerdem finden sie keine Grundlage in der Rechtsprechung des BVerfG. Sie verengen die bislang vom BVerfG vorgegebene Definition des ausbrechenden Rechtsakts, die allein darauf abstellt, ob ein Organ der EU die ihm vermittels des Zustimmungsgesetzes übertragenen Kompetenzen überschreitet oder nicht. Eine weitergehende Differenzierung hat das BVerfG bislang nicht vorgenommen. Dies sollte nunmehr geschehen.

4. Zusammenfassung

Der Grundansatz des BVerfG, sich eine Reservekompetenz vorzubehalten, zielt darauf ab, die Fortentwicklung der europäischen Staatengemeinschaft mit supranationalem Charakter zu einem Bundesstaat nicht dem Richterrecht des EuGH anheimzustellen, sondern dem politischen Willensentschluss der Mitgliedstaaten vorzubehalten. Zur Wahrung der Souveränität, die der Vertrag den Mitgliedstaaten in den Grundsätzen der Einzelermächtigung und der Subsidiarität gewährleistet, ist dies gerechtfertigt und erscheint es auch notwendig.²⁷⁰

²⁶⁵ Fischer, JZ 2007, 1024, 1027; Müller-Terpitz, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 101 Rn. 13 spricht von „evidenten ultra-vires-Akten der Gemeinschaft“.

²⁶⁶ Pernice, in Dreier, GG, Art. 23 Rn. 32.

²⁶⁷ Lecheler, JuS 2001, 120, 123.

²⁶⁸ Fischer, JZ 2007, 1024, 1027.

²⁶⁹ Huber, in Streinz, EUV/EG, Art. 220 Rn. 20; Folz, Der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH, S. 26.

²⁷⁰ Grimm, RdA 1996, 66, 71.

IV. Mögliche Grundrechtsverletzungen

1. Der „ausbrechende Rechtsakt“ als Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde der Firma Honeywell Bremsbelag GmbH rügt eine Verletzung der Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 12 GG sowie Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das Mangold-Urteil des BAG. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG erfolgt bei Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde eine Überprüfung des angegriffenen Hoheitsakts unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt.²⁷¹ Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Kernfrage, ob dieses Urteil einen „ausbrechenden Rechtsakt“ darstellt.²⁷²

Die Feststellung eines ausbrechenden Rechtsakts ist grundsätzlich von europaweiter Tragweite; denn sie strahlt auf die Geltung des betroffenen Gemeinschaftsakts auch in allen anderen Mitgliedstaaten aus²⁷³ und führt zur Nichtanwendbarkeit in der gesamten EU (s.o. III.3.) Diese Feststellung erlangt also über das bipolare Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und jeweiligem nationalen Recht hinaus Bedeutung, weil sie das „Ob“ des konkreten Tätigwerdens der EU hinterfragt.²⁷⁴

2. Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Kompetenzüberschreitung des EuGH (Art. 2 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 20 Abs. 3 GG)

a) Wird durch eine Kompetenzüberschreitung des EuGH die allgemeine Handlungsfreiheit berührt, kann der Grundrechtsinhaber eine auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erheben, dass der in Rede stehende Gemeinschaftsrechtsakt nicht durch das deutsche Zustimmungsgesetz gedeckt ist und damit nicht mehr zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne der genannten Grundgesetzbestimmung zählt.²⁷⁵ Eine derartige Verletzung liegt vor, wenn man in dem Mangold-Urteil des EuGH einen ausbrechenden Rechtsakt sieht. Indem die Beschwerdeführerin vorträgt, das Mangold-Urteil stelle einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit

²⁷¹ BVerfG vom 21.09.1976 – 2 BvR 350/75 – BVerfGE 42, 312, 325 f.; BVerfG vom 26.11.1985 – 2 BvR 851/84 – 71, 204.

²⁷² BVerfG vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – BVerfGE 73, 339 – Solange II; fortgeführt durch BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

²⁷³ Mayer, EuZW 2000, 685, 688.

²⁷⁴ Vgl. Papier, Vortrag 16.02.2006, S. 14.

²⁷⁵ Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 11 Rn. 21.

dar, wirft sie die Frage auf, ob es sich bei dieser Entscheidung des EuGH um einen „ausbrechenden Rechtsakt“ im Sinne der Maastricht-Entscheidung handelt.

Ausbrechende Rechtsakte stellen möglicherweise einen Verstoß gegen die in Art. 20 Abs. 3 GG vorgegebene Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Recht und Gesetz dar. Für die Richter wird die Bindung an das Gesetz in Art. 97 Abs. 1 GG noch einmal wiederholt. Zu den Gesetzen in diesem Sinne gehört unbestritten auch das unmittelbar anwendbare EG-Recht.²⁷⁶ Eine wesentliche Folgerung aus der Bindung an Recht und Gesetz ist, dass sich der Richter keinesfalls aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben darf, indem er Entscheidungen des Gesetzgebers durch eigene rechts- oder sozialpolitische Vorstellungen ersetzt.²⁷⁷

Da ein ausbrechender Rechtsakt nach der Feststellung des BVerfG im Maastricht-Urteil und nunmehr erneut im Lissabon-Urteil für die deutschen Staatsorgane nicht verbindlich ist, wäre der Siebte Senat des BAG in seiner Honeywell-Entscheidung zu Unrecht davon ausgegangen, nicht anders entscheiden zu können. Für die Zwecke der Honeywell-Entscheidung des BAG kann allein fraglich sein, ob das Gericht der durch Art. 20 Abs. 3 GG vorgegebenen Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz genügt hat, indem es das Mangold-Urteil als regelgerecht zustande gekommenen Gemeinschaftsrechtsakt wertete. Da Deutschland sich per Zustimmungsgesetz der Geltung des Gemeinschaftsrechts unterworfen hat, das die Rolle des EuGH als Hüter der Gemeinschaftsordnung einschließt, dürfen deutsche Gerichte nicht leichtfertig davon ausgehen, der EuGH habe sich außerhalb seiner Kompetenzen bewegt. Angesichts der scharfen Kritik jedoch, die das Mangold-Urteil in Deutschland erfuhr, sah sich immerhin auch der Siebte Senat des BAG veranlasst, die Frage nach der Einhaltung der Kompetenzen aufzuwerfen.

b) Zur Stützung der These, dass das BAG diese Frage anschließend rechtsfehlerhaft beantwortete, indem er dem EuGH eine regelgerecht zustande gekommene Entscheidung bescheinigte, lässt sich – wie oben aufgeführt (D.) – eine Fülle eklatanter methodischer Mängel in der Urteilsbegründung des EuGH anführen:

Die in der Literatur erörterte Interpretation des Mangold-Urteils, dieses führe eine horizontale Dritt-Vor-Wirkung von Richtlinien ein, bedeutet, dass das Urteil explizit gegen Art. 249 Abs. 3 EG und damit gegen den ausdrücklichen Willen der „Herren der Verträge“, des europäischen Primärrechtsgebers, verstieße. Dies wäre keinesfalls vom deutschen Zustimmungsgesetz gedeckt.

Wenn man diese Contra-*legem*-Interpretation nicht teilt, bleibt nur die Feststellung, dass der EuGH sein Urteil auf einen Rechtsgrundsatz stützte, den es, wie oben nachgewiesen wurde, nicht gab. Dies hebt das Mangold-

²⁷⁶ Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 93.

²⁷⁷ BVerfG vom 03.04.1990 – 1 BvR 1186/89 – BVerfGE 82, 6, 12; BVerfG vom 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 307/94 – BVerfGE 96, 375, 394.

Urteil nicht nur über ein beliebiges Fehlurteil hinaus; indem der EuGH diesen Rechtsgrundsatz erfand, verließ er die zulässige richterliche Rechtsfortbildung und betätigte sich als Erfinder von Primärrecht.

Insbesondere lässt sich der Rechtsgrundsatz nicht aus den in der Präambel der Richtlinie 2000/78/EG genannten Dokumenten herleiten. Alle internationalen Verträge, auf die der EuGH Bezug nimmt, enthalten keinen Hinweis auf ein Verbot der Diskriminierung speziell aufgrund des Alters. Wie auch Generalanwalt Mazák zutreffend herausgearbeitet hat, leitet der EuGH aus allgemeinen Diskriminierungsverboten ohne weitere Zwischenschritte ein spezifisches Diskriminierungsverbot ab.²⁷⁸ Auch Art. 13 EG kann der EuGH nicht heranziehen, da diese Norm eine reine Kompetenznorm ist, also lediglich dem europäischen Gesetzgeber die Befugnis einräumt, bestimmte Diskriminierungsverbote gesetzlich zu konkretisieren.

Der Umstand, dass sich der EuGH mit dem Mangold-Urteil in den Bereich der Legislative einmischt, lässt sich auch nicht mit der Behauptung rechtfertigen, dass es sich bei solchen Urteilen eigentlich mehr um Entwürfe mit einstweiliger Geltung handele als um Akte der versteckten Gesetzgebung, da sich der Gesetzgeber dieser Einmischung jederzeit erwehren könne.²⁷⁹ Dieses Argument ist im Lichte der Grundsätze der Gewaltenteilung unbeachtlich. Im Übrigen kann ein vom EuGH für unanwendbar erklärtes mitgliedstaatliches Gesetz gerade nicht von dem mitgliedstaatlichen Parlament neutralisiert werden: Dies ist nur über ein europaweites Verfahren möglich, an dem 27 Mitgliedstaaten zwingend teilhaben und das gerade im Diskriminierungsbereich Einstimmigkeit voraussetzt. In solchen Fällen wird es aber immer mindestens einen der 27 Mitgliedstaaten geben, der eine Abänderung der Rechtsprechung verhindern möchte.²⁸⁰ Zudem steht dem Gemeinschaftsgesetzgeber kein Handlungsspielraum zu, wenn und soweit der EuGH in seinen Entscheidungen Konsequenzen aus dem Primärrecht gezogen hat. Dann muss angesichts der durch den EuGH geschaffenen Lage der Sache nach der Vertrag selbst geändert werden²⁸¹, was seinerseits dem Einstimmigkeitserfordernis unterliegt.²⁸² Diese Entscheidung der „Herren der Verträge“, jedem Mitgliedstaat ein Veto-Recht zuzubilligen, darf durch den EuGH nicht umgangen werden.

Festzuhalten ist folglich, dass sich der EuGH mit dem Mangold-Urteil in nicht rechtfertigbarer Weise legislativer Kompetenzen bemächtigt hat.

c) Der Bundesrepublik Deutschland ist es untersagt, rechtssetzende Staatsgewalt, die über zulässige Rechtsfortbildung hinausgeht, an ein Gericht zu

²⁷⁸ Vgl. Preis, NZA 2006, 401, 407.

²⁷⁹ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464.

²⁸⁰ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464.

²⁸¹ Schwarze, NJW 2005, 3459, 3464.

²⁸² Vgl. auch BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 233, wonach die „Integrations-schritte“ „prinzipiell widerrufflich“ sein müssen.

übertragen (Artt. 20, 28 GG).²⁸³ Denn die Übertragung einer derartigen Rechtsetzungskompetenz auf die innerstaatliche Judikative bedeutete eine Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung, der die Gewalten im Kernbereich ihrer Aufgabe vor Übergriffen durch andere Gewalten schützt und sie damit gleichzeitig verpflichtet, ihre Aufgabe selbständig zu erfüllen.²⁸⁴ Damit scheidet aber ebenso die Übertragung auf ein supra- oder internationales Gericht aus. Auch Artt. 23, 24 GG relativieren dieses Verbot nicht, da der Grundsatz der Gewaltenteilung zu den von Art. 79 Abs. 3 GG garantierten Verfassungsnormen gehört.²⁸⁵ Dem Bundestag ist es verwehrt, die in Art. 79 Abs. 3 GG verankerten grundlegenden Verfassungsprinzipien zu verändern.²⁸⁶ Die in der Literatur wiederholt geforderte Verengung auf eine offenkundige, schwerwiegende²⁸⁷ und evidente Vertragsverletzung oder eine „die nationale Identität gefährdende Verfassungsverletzung“²⁸⁸, die die Grundstrukturen der deutschen verfassten Staatlichkeit antastet²⁸⁹, findet weder rechtsdogmatisch noch in der Rechtsprechung des BVerfG eine Stütze. Das vom BVerfG entwickelte Kooperationsverhältnis zum EuGH mit der auflösend bedingten Suspendierung eigener Grundrechtsprüfung bezieht sich allein auf die Fallgruppe der Einhaltung des gebotenen Grundrechtsstandards.

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Maastricht-Urteil²⁹⁰ aus Art. 38 GG – der die Wahl zum Deutschen Bundestag und die Stellung der Abgeordneten regelt – sowie aus dem Demokratieprinzip hergeleitet, dass ein Gesetz, das die deutsche Rechtsordnung für die unmittelbare Geltung von EU-Recht öffnet, die übertragenen Rechte und das beabsichtigte Integrationsprogramm hinreichend bestimmbar festzulegen hat. Das Erfordernis hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit ist aber insbesondere dann verletzt, wenn eine Kompetenz-Kompetenz der EU begründet wird, wenn sich, mit anderen Worten, die Europäische Union bzw. eines ihrer Organe selbst – ohne Vertragsergänzungen oder

²⁸³ Vgl. BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 210 – Maastricht, in dem das Bundesverfassungsgericht die Geltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung auch gegenüber dem Europäischen Gerichtshof betont.

²⁸⁴ BVerfG vom 10.10.1972 – 2 BvL 51/69 – BVerfGE 34, 52, 59; BVerfG vom 17.7.1996 – 2 BvF 2/93 – BVerfGE 95, 1, 15.

²⁸⁵ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 316, 343.

²⁸⁶ BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 218.

²⁸⁷ Schwarze, JZ 1999, 637, 641; Micker, DB 2007, 1496, 1498.

²⁸⁸ Pernice, in: Dreier, GG, Art. 23 Rn. 32.

²⁸⁹ Koenig/Haratsch, Rn. 101.

²⁹⁰ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 187 f. – Maastricht. Vgl. auch BVerfG vom 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, Tz 318.

Vertragsänderungen – weitere Aufgaben und Befugnisse verschaffen kann.²⁹¹ Diese Grenze hat der EuGH mit dem Mangold-Urteil überschritten.

So pauschal, wie der EuGH hier ein neues Diskriminierungsverbotsgrundrecht geschaffen hat und, daran anknüpfend, zukünftig schaffen kann, wird unübersehbaren Entwicklungen Tür und Tor geöffnet.²⁹² Es ist unabsehbar, welche weiteren Diskriminierungsverbote der EuGH künftig zu Gemeinschaftsgrundrechten erklären und in welchem Umfang er weitere allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ohne zureichende rechtliche Basis entwickeln wird. Der EuGH hat sich zu einem „Organ sui generis“ aufgeschwungen, das nahezu nach Belieben nationale Regelungen kassieren und sich dabei in die Erfindung allgemeiner Rechtsgrundsätze flüchten kann.²⁹³ Damit liegt im Ergebnis mit dem Mangold-Urteil ein Akt unzulässiger Rechtsfortbildung, ein ausbrechender Rechtsakt mit der Qualität einer Vertragsänderung vor.²⁹⁴

d) Dem steht auch nicht entgegen, dass es sich um einen singulären Rechtsakt handelt. Zwar hat das BVerfG im Solange-II-Beschluss und im Bananenmarkt-Beschluss eine systematische, mehr als nur einmalige Unterschreitung des Grundrechtsschutzes verlangt. Jedoch gilt dies ausdrücklich nur für Grundrechtsverletzungen, nicht jedoch für den Fall eines ausbrechenden Rechtsakts. Zu Recht. Unmittelbar einsichtig ist dies für legislative Rechtsakte des Sekundärrechts. Sie sind prinzipiell auf eine unbegrenzte Zahl von Fällen anwendbar, so dass ihnen zwangsläufig ein systematischer Charakter zukommt. Im Falle von EuGH-Urteilen ist dagegen zu differenzieren: Zwar kann ein herkömmliches Fehlurteil, das europäisches oder nationales Recht falsch auslegt, im Regelfall nicht zur Feststellung eines ausbrechenden Rechtsakts führen. Im vorliegenden Fall liegt eine solche Situation jedoch gerade nicht vor. Der EuGH legte nicht etwa gegebenes Recht falsch aus, sondern erfand mit der Entwicklung eines neuen Rechtsgrundsatzes neues Recht. Zum einen ist auch der vom EuGH geschaffene Rechtsgrundsatz auf eine unbestimmte Anzahl von Fällen anwendbar und daher von grundsätzlicher Bedeutung. Zum anderen und vor allem geht die Erfindung eines Rechtsgrundsatzes in Umfang und Tiefe sogar noch über einen legislativen ausbrechenden Rechtsakt hinaus, weil er nicht einer sekundärrechtlichen Kompetenzüberschreitung entspricht, sondern zu einer impliziten primärrechtlichen Vertragsänderung führt, die nur rückgängig gemacht werden kann, wenn dies sämtliche Mitgliedstaaten im Wege einer ausdrücklichen Vertragsänderung – einstimmig – beschließen. Hier ist daher zwingend auf die einzelne Gerichtsentscheidung abzustellen. Gerade im Falle der nicht durch das Zustimmungsgesetz gedeckten Rechtsfortbildung im Wege allgemeiner

²⁹¹ BVerfG vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 181, 194.

²⁹² Preis, NZA 2006, 401, 407.

²⁹³ Strybny, BB 2005, 2754.

²⁹⁴ Preis, NZA 2006, 401, 408.

Rechtsgrundsätze ist eine singuläre Betrachtung geboten und verbietet sich eine Betrachtung, die einen systematischen, mehr als nur einmaligen Verstoß gegen die Kompetenzordnung in der EU verlangt. Unabhängig davon ließe sich fragen, ob der EuGH nicht auch mit den Urteilen Feryn und insbesondere Coleman seine Kompetenzen in einer vom Zustimmungsgesetz nicht gedeckten Weise überschreitet.

e) Sollte das BVerfG ebenfalls zu der Einschätzung gelangen, dass das Mangold-Urteil einen „ausbrechenden Rechtsakt“ im Sinne seiner Maastricht- und Lissabon-Rechtsprechung darstellt, bestünde eine Option – als Beleg und zur Ausgestaltung des „Kooperationsverhältnisses“ zwischen beiden Gerichten –, darin, dem EuGH vor einer möglichen Feststellung eines ausbrechenden Rechtsaktes die Rechtsfrage vorzulegen, ob er an der von ihm vorgenommenen Konstruktion eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts festhält.

G. Zusammenfassung und Ergebnis

Das Mangold-Urteil des EuGH, das das BAG in dem Honeywell-Verfahren für bindend gehalten hat, ist nach verbreiteter Auffassung ein Fehlurteil. Selbst diejenigen, die das Urteil im Ergebnis für richtig halten, sehen eklatante methodische Schwächen. Im Zentrum der Kritik steht das Postulat eines allgemeinen Grundsatzes des primären Gemeinschaftsrechts, der sich in den Verträgen nicht findet: ein europarechtliches Altersdiskriminierungsverbot. Die Herleitung aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten sowie internationalen Verträgen hält einer näheren Prüfung nicht stand. Der EuGH agiert als freier Rechtsschöpfer im Sinne der überwundenen Freirechtsschule.

Weil der behauptete Rechtsgrundsatz dem europäischen Primärrecht zugeordnet ist, greift der EuGH tief in das System der europäischen Rechtsetzung ein. Zwar ist mit Ablauf der Umsetzungsfrist der einschlägigen Richtlinie 2000/78/EG das sekundärrechtliche Altersdiskriminierungsverbot ebenso unbestreitbar wie seine Abschwächung für Maßnahmen der Beschäftigungsförderung. Nur scheinbar mindert dies aber die Bedeutung der Mangold-Entscheidung. Denn nach der Argumentation des EuGH kommt es auf die Richtlinie (oder anderes sekundäres Gemeinschaftsrecht) gar nicht an. Die Mitgliedstaaten könnten über das vom EuGH erfundene Alterdiskriminierungsverbot auch nur noch durch Änderung der Verträge (einstimmig) verfügen; sekundäres Gemeinschaftsrecht ist hierzu nicht in der Lage.

Entscheidend kommt es deswegen darauf an, ob der EuGH im Mangold-Urteil die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung verletzt hat. Dass Rechtsfortbildung notwendig und sinnvoll ist, stellt sie nicht von der Bindung an das Gesetz frei. Gerade wenn und weil kein Europäisches Kompetenzgericht den Machtwillen des EuGH begrenzt und weil es keinen funktionierenden europäischen Gesetzgeber gibt, der eine richterrechtliche Fehlentwicklung effektiv korrigieren könnte, droht eine gegen das Demokratieprinzip verstößende Verschiebung der Regelungsmacht hin zum EuGH. Dass der EuGH im Diskriminierungsrecht politisch und nicht rechtlich agiert, zeigen auch seine Entscheidungen Feryn und Coleman, mit denen der Diskriminierungsschutz – gegen die Richtlinien und gegen die Kompetenznormen – „transindividualisiert“ wird, indem er auf Sachverhalte ausgedehnt wird, in denen es kein einzelnes Diskriminierungsopfer gibt bzw. die klagende Person gar nicht Träger eines Merkmals ist, aufgrund dessen nicht diskriminiert werden darf. Die konkrete Ausgestaltung der Diskriminierungsverbote ist mit Art. 13 EG dem europäischen Gesetzgeber und nicht dem EuGH überantwortet. Ein derartiger politischer Rechtsetzungswille des höchsten europäischen Gerichts, wie er insbesondere

auch in der Entscheidung Mangold zum Ausdruck kommt, ist von der Delegation deutscher Staatsgewalt an die EU nicht gedeckt, weil er den Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats widerspricht.

Mit der Verfassungsbeschwerde gegen das Mangold-Urteil geht es um die Frage, ob und inwieweit das BVerfG Gemeinschaftsrechtsakte am Maßstab des Grundgesetzes messen kann. Denn zwischen BVerfG und EuGH ist umstritten, wer die Letztentscheidungskompetenz über die Gültigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten hat. Die gegensätzlichen Positionen von BVerfG und EuGH in dieser Frage beruhen im Kern darauf, dass beide Gerichte ihre Position von unterschiedlichen Ausgangspunkten her entwickeln.²⁹⁵ Der Rechtsanwendungsbefehl des deutschen Zustimmungsgesetzes ist nach Auffassung des BVerfG der Hebel, mit dem es sich die prinzipielle Prüfungskompetenz über Gemeinschaftsrecht eröffnet. Der EuGH kappt dagegen diese Verbindung, indem er das Gemeinschaftsrecht als eine eigenständige Rechtsordnung mit autonomer Gemeinschaftsgewalt ansieht.²⁹⁶ Der Einwand, ein Kontrollrecht des BVerfG widerspreche der Grundentscheidung Deutschlands für die europäische Integration, geht von der Vorstellung einer autonomen Gemeinschaftsrechtsordnung aus, aus der wiederum folgt, dass über deren Entwicklung nur der EuGH letztverbindlich entscheiden kann. Das Kontrollrecht, welches das BVerfG für sich in Anspruch nimmt, ergibt sich dagegen aus der Leitvorstellung des BVerfG von den Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“. Beide Positionen sind in sich jeweils schlüssig, aber miteinander unvereinbar.

Letztlich aber trägt nur die Auffassung des BVerfG. Denn erstens ist die EU kein Bundesstaat. Der Souveränitätsanspruch der Mitgliedstaaten kann nicht vor der Judikative haltmachen. Zweitens folgt aus Art. 92 ff. GG ein umfassender Auftrag an das BVerfG, der durch die – auch zeitlich später geschlossenen – europäischen Verträge bislang nicht eingeschränkt worden ist. Drittens fehlt auf europäischer Ebene jede Vorkehrung – insbesondere ein eigenständiges Verfassungs- oder Kompetenzgericht und ein funktionsfähiger Gesetzgeber –, die den EuGH in seine Schranken weisen könnte: Der EuGH kann als Betroffener nicht über seine eigene Rechtsprechung urteilen, und die Änderung der Verträge ist nur einstimmig möglich. Insofern können überhaupt nur die nationalen Verfassungsgerichte vor unkontrollierter und legitimationsloser Richterrechtsetzung schützen – wer das negiert, bejaht eine europäische Richteroligarchie.

Daher muss es bei dem Kontrollrecht der nationalen Verfassungsgerichte bleiben, das aber unter Rücksichtnahme auf das Gemeinschaftsrecht auszuüben ist. Zum Schutz der Rechtseinheit in der europäischen Gemeinschaft ist es geboten, ein solches Kontrollrecht als seltenen Ausnahmefall auszugestalten. Der EuGH und die nationalen Verfassungsgerichte sind jetzt aufgefordert, die vom BVerfG entwickelte Figur eines „Kooperationsverhältnisses“ aktiv auszu-

²⁹⁵ Papier, Vortrag vom 16.02.2006, S. 15.

²⁹⁶ Papier, Vortrag vom 16.02.2006, S. 15.

gestalten. Dazu gehört einerseits, dass der EuGH die Kompetenzgrenzen der EU auch für sich selbst respektiert. Andererseits sollten die nationalen Verfassungsgerichte, wie es der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG entspricht, eine Kompetenz zur Verwerfung von Gemeinschaftsrechtsakten wegen Verstoßes gegen die jeweilige nationale Verfassung nur in besonderen Ausnahmefällen in Anspruch nehmen. Nichts spricht jedoch dagegen, dass das BVerfG oder andere nationale Verfassungsgerichte mögliche Verstöße von Gemeinschaftsrechtsakten gegen die jeweiligen Verfassungen prüfen. Durch eine solche Trennung zwischen einer restriktiv zu handhabenden Verwerfungskompetenz und einer weiter reichenden Prüfungskompetenz kämen massive Bedenken nationaler Verfassungsgerichte gegen Entscheidungen des EuGH zu Wort, ohne entweder die Einheit des Gemeinschaftsrechts oder aber die Letztentscheidungskompetenz insgesamt preisgeben zu müssen.

Die Verfassungsbeschwerde der Firma Honeywell Bremsbelag GmbH sollte freilich Erfolg haben, weil die Annahme des BAG, es sei an das Mangold-Urteil des EuGH gebunden und müsse entgegenstehendes deutsches Recht unangewendet lassen, die Beschwerdeführerin in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit verletzte.

Die Rechtsprechung des EuGH muss, um das im Maastricht-Urteil genannte Kooperationsverhältnis aufrechtzuerhalten, die Kompetenzgrenzen der EU auch für sich selbst gelten lassen und darf sie jedenfalls nicht mit Hilfe einer – zumal rechtsfehlerhaften – Konstruktion verschieben.

Der EuGH hat mit seinem Mangold-Urteil eine unübersehbare Entwicklung eingeleitet, die das Erfordernis hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit der eingeräumten Hoheitsrechte verletzt und nicht mehr vom deutschen Zustimmungsgesetz gedeckt ist. Im Ergebnis liegt daher mit dem Mangold-Urteil ein ausbrechender Akt im Sinne der Maastricht- und Lissabon-Rechtsprechung des BVerfG vor, der in Deutschland keine Verbindlichkeit entfaltet.

Dies hat dieselbe Konsequenz wie die Nicht-Zustimmung eines Mitgliedstaates zu einer legislativen Primärrechtsänderung (Art. 48 EU): Der vom EuGH kreierte Rechtsgrundsatz entfaltet in keinem Mitgliedstaat Gültigkeit. Daher wird auch die Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht beschädigt. Die Konsequenzen der Feststellung eines ausbrechenden Rechtsakts hat auch der EuGH bei seiner zukünftigen Rechtsprechung zu respektieren, indem er den im Mangold-Urteil geschaffenen Rechtsgrundsatz unangewendet lässt.

Im konkreten Fall ist die Einheit der Rechtsordnung außerdem bereits deshalb nicht gefährdet, weil die Richtlinie 2000/78/EG gilt und damit dem Rechtsgrundsatz, außer für zurückliegende Fälle, keine inhaltliche Bedeutung mehr zukommt.

Dennoch ist die Entscheidung des BVerfG von größter Tragweite: Zum einen hindert der Rechtsgrundsatz den europäischen Gesetzgeber primärrechtlich daran, das in die Richtlinie gefasste Verbot der Altersdiskriminierung wieder aufzuheben. Zum anderen und vor allem hat der EuGH mit der Erfindung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes eine Methode kreierte, die er – wenn ihr nicht

Einhalt geboten wird – in der Zukunft erneut und systematisch heranziehen kann, was zu einer unkontrollierbaren Entgrenzung zwischen legislativer und judikativer Gewalt führen würde. Nur das BVerfG hat, mit der Entscheidung im Fall Honeywell, die Möglichkeit, dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten.

Literaturverzeichnis

- Annuß, Georg* Das Verbot der Altersdiskriminierung als unmittelbar geltendes Recht, in: BB 2006, S. 325-327.
- Bauer, Jobst-Hubertus* EuGH, BVerfG und BAG – Ober schlägt Unter?, Editorial, NJW 2006, Heft 20, S. 1.
- ders.* Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und der EuGH, in: NZA 2005, S. 800-803.
- ders.* Sachgrundlose Altersbefristung nach den „Hartz-Gesetzen“, in: NZA 2003, S. 30-32.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Arnold, Christian* Auf „Junk“ folgt „Mangold“ – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, in: NJW 2006, S. 6-12.
- Bayreuther, Frank* Die Neufassung des § 14 Abs. 3 TzBfG – diesmal europarechtskonform?, in: BB 2007, S. 1113-1115.
- Bieber, Roland / Epiney, Astrid / Haag, Marcel* Die Europäische Union: Europarecht und Politik, 7. Auflage, Baden-Baden 2006.
zitiert: Bieber/Epiney/Haag
- Broß, Siegfried* Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof - Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ausbrechenden Rechtsakt und vom Kooperationsverhältnis, in: VerwArch 2001, S. 425-441.
- Buchner, Herbert* Zukunft des Arbeitsrechts: Eingriff in das nationale Arbeitsrecht durch den EuGH – Missachtung des Subsidiaritätsprinzips?, in: BB-Special Nr. 4/2008, S. 6-11.

- Budras, Corinna* Rätselfragen nach europäischem Urteil zu Altersgrenzen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 07.11.2007, S. 31.
- Callies, Christian* Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, in: NJW 2005, S. 929-933.
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)* EUV/EGV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 3. Auflage, München 2007.
zitiert: Bearbeiter, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV
- Classen, Claus Dieter* Anmerkung zum Beschluss des BVerfG zur Bananenmarktordnung, in: JZ 2000, S. 1157-1159.
- Danwitz, Thomas von* Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, in: JZ 2007, S. 697-706.
- Dörner, Hans-Jürgen* Neues aus dem Befristungsrecht, in: NZA 2007, S. 57-63.
- Dreier, Horst (Hrsg.)* Grundgesetz-Kommentar, Bd. III: Artikel 83-146, 2. Auflage, Tübingen 2008.
zitiert: Bearbeiter, in: Dreier, GG
- Ehlers, Dirk* Die Europäische Menschenrechtskonvention – Allgemeine Lehren, in: Ehlers, Dirk (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 1. Auflage, Berlin 2002, S. 21-46.
zitiert: Ehlers, in: Ehlers, EuGR
- Everling, Ulrich* Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, in: JZ 2000, S. 217-227.
- Fischer, Michael* Grundfreiheiten, direkte Steuern und nationale Kompetenzgrenzen, in: JZ 2007, S. 1024-1028.

- Flume, Werner* Richter und Recht, Schlußvortrag zum 46. DJT 1966, München, Berlin 1967.
zitiert: Richter und Recht
- Folz, Hans Peter* Demokratie und Integration: Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen, Berlin, Heidelberg u.a. 1999.
zitiert: Der Konflikt zwischen BVerfG und EuGH
- Franzen, Martin* Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4.7.2006, Rs. C-212/04 Adeneler u.a., in: JZ 2007, S. 191-194.
- Gas, Tonio* Mangold und die Folgen, in: EuZW 2007, S. 713.
- Gersdorf, Hubertus* Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, in: DVBl 1994, S. 674-685.
- Görlitz, Niklas* Mögliche Notwendigkeit und Dimension einer Neugestaltung des Artikels 23 GG zum Beteiligungsverfahren von Bundestag und Bundesrat in europäischen Angelegenheiten, in: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages vom 15.11.2003, Reg.-Nr.: WF XII-145/03.
zitiert: Mögliche Notwendigkeit und Dimension einer Neugestaltung des Artikels 23 GG
- Grimm, Dieter* Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: RdA 1996, S. 66-71.
- Hailbronner, Kay* „Gattoussi/Stadt Rüsselsheim“ – ein neuer Schritt des EuGH zur Entmündigung der Mitgliedstaaten?, in: NVwZ 2007, S. 415-417.
- ders.* Hat der EuGH eine Normverwerfungskompetenz?, in: NZA 2006, S. 811-816.

- ders.* Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, in: NJW 2004, S. 2185-2189.
- Hassemer, Winfried* „Das Grundgesetz ist dazu da, in Aktion zu treten“, in: Süddeutsche Zeitung vom 11.06.2008, S. 6-7.
- Heintzen, Markus* Die „Herrschaft“ über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?, in: AöR 119 (1994), S. 564-589.
- Hirsch, Günter* Zwischenruf - Der Richter wird's schon richten, in: ZRP 2006, S. 161.
- ders.* Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung: der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt, Heidelberg 2003.
- ders.* Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, in: NJW 2000, S. 1817-1822.
- ders.* Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, in: NJW 1996, S. 2457- 2466.
- Hirsch, Hans Joachim* Richterrecht und Gesetzesrecht, in: JR 1966, S. 334-342.
- Ipsen, Jörn* Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975.
- Isensee, Josef/
Kirchhof, Paul (Hrsg.)* Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, 1. Auflage, Heidelberg 1992.
zitiert: Bearbeiter, in: Isensee/Kirchhof, Staatsrecht

- Jarass, Hans Dieter/
Beljin, Saša* Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien, in: EuR 2004, S. 714-737.
- Koenig, Christian/
Haratsch, Andreas* Europarecht, 5. Auflage, Tübingen 2006.
zitiert: Koenig/Haratsch
- Koenigs, Folkmar* Unbegrenzte Prüfungsbefugnis des EuGH?, in: DB 2006, S. 49-50.
- Kokott, Juliane* Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: AöR 121 (1996), S. 599-638.
- Körner, Marita* Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf, in: NZA 2005, S. 1395-1398.
- Krebber, Sebastian* The social rights approach of the European Court of Justice to enforce european employment law, in: Comparative Labor Law & Policy Journal 2006, S. 377-403; www.law.uiuc.edu/publications/cll%26pj/archive/vol_27/issue_3/KrebberEUDevArticle27-3.pdf (zuletzt abgerufen am 2.6.2009).
- Krumenacker, Thomas* Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gegenständen und Dienstleistungen, in: UR 2007, S. 473-491.
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg u.a. 1991.
zitiert: Methodenlehre
- Lecheler, Helmut* Zum Bananenmarkt-Beschluss des BVerfG, NJW 2000, 3124, in: JuS 2001, S. 120-123.
- Leible, Stefan/
Sosnitzer, Olaf* Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vergleichende Werbung, in: NJW 1998, S. 2507-2509.
- Magiera, Siegfried* Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, in: DÖV 2000, S. 1017-1026.

- Mahlmann, Matthias* Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, in: ZEuS 2000, S. 419-444.
- Masing, Johannes* Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, in: NJW 2006, S. 264-268.
- Mayer, Franz C.* Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte durch das BVerfG: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, in: EuZW 2000, S. 685-689.
- ders.* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung: Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen; Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA, München 2000. zitiert: Kompetenzüberschreitung
- Micker, Lars* Zur Europarechtskonformität von §17 EstG im Jahr 2001, in: DB 2007, S. 1496-1498.
- Mittmann, Patrick* Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Frankfurt a.M., Berlin u.a. 2000. zitiert: Rechtsfortbildung durch den EuGH
- Neuner, Jörg* Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage, München 2005.
- Nicolai, Andrea* BB-Kommentar: Zulässigkeit von tarifvertraglichen „Zwangspensionierungsklauseln“ nach der Gleichbehandlungsrichtlinie, in: BB 2007, S. 2634-2635.
- Oppermann, Thomas* Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, in: DVBl 1994, S. 901-908.

- Papier, Hans-Jürgen* „Das muss sich ändern“, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.07.2007, S. 5.
- ders.* Gerichtshöfe in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten – Konfrontation oder Kooperation?, Vortrag bei der Heinz-Schwarzkopf-Stiftung am 16. Februar 2006 in Berlin, abrufbar unter: http://www.heinz-schwarzkopf-stiftung.de/uploads/vortrag_prof__papier_16_2_2006_474.pdf. zitiert: Papier, Vortrag 16.02.2006
- Picker, Eduard* Richterrecht oder Rechtsdogmatik - Alternativen der Rechtsgewinnung?, in: JZ 1988, S. 1-12 [Teil 1] und S. 62-75 [Teil 2].
- Preis, Ulrich* Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, in: NZA 2006, S. 401-410.
- Reich, Norbert* Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 22.11.2005, Rs. C-144/04 Werner Mangold gegen Rüdiger Helm, in: EuZW 2006, S. 20-22.
- Reichold, Hermann* Der Fall Mangold: Entdeckung eines europäischen Gleichbehandlungsprinzips?, in: ZESAR 2006, S. 55-58.
- Richter, Tobias/Bouchouaf, Ssoufian* Das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts – der Beginn eines umfassenden europäischen Antidiskriminierungsrechts?, in: NVwZ 2006, S. 538-541.
- Riesenhuber, Karl* Case-Note: ECJ – Mangold, in: ERCL 2007, S. 62-71.
- Riesenhuber, Karl/Domröse, Ronny* Richtlinienkonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre, in: RIW 2005, S. 47-54.
- Ritgen, Klaus* Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, in: ZRP 2000, S. 371-375.

- Roth, Günter H./
Hilpold, Peter Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten – Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten, Wien 2008.
zitiert: Bearbeiter, in: Roth/Hilpold
- Rüthers, Bernd Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz?, in: JZ 2008, S. 446–451.
- ders. Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, in: JZ 2002, S. 365–371.
- Sander, Gerald G. Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht, in: Thüringer Verwaltungsblätter 2001, S. 265.
- Šarčević, Edin Der EuGH als gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 GG)- Zwischenbilanz über den Streit um Inhalt und Form des Kooperationsverhältnisses von BVerfG und EuGH,
in: DÖV 2000, S. 941-949.
- Schmid, Christoph Ein enttäuschender Rückzug – Anmerkungen zum „Bananenbeschluss“ des BVerfG,
in: NVwZ 2001, S. 249-258.
- Schmidt-Bleibtreu,
Bruno/Hofmann, Hans/
Hopfauf, Axel (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz,
11. Auflage, Köln; München 2008.
zitiert: Bearbeiter, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/
Hopfauf, GG
- Schmitt, Carl Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis,
2. Auflage, München 1969.
- Schulze, Reiner/
Zuleeg, Manfred (Hrsg.) Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 1. Auflage, Baden-Baden 2006.
zitiert: Schulze/Zuleeg
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009.
zitiert: Bearbeiter, in: Schwarze, EU-Kommentar

- Schwarze, Jürgen Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, in: NJW 2005, S. 3459-3466.
- Stein, Torsten „Gut gemeint...“ – Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Cremer, Hans-Joachim/Giegerich, Thomas/Richter, Dagmar/Zimmermann, Andreas (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin, Heidelberg u.a. 2002, S. 1425-1436.
zitiert: Stein, in FS für Steinberger
- ders. Richterrecht wie anderswo auch? – Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als „Integrationsmotor“, in: Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsform, Auftrag und Grenzen - Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 619-641.
zitiert: Stein, in FS für Universität Heidelberg
- Steiner, Udo Das Spannungsfeld zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht, in: EuZA 2009, S. 140-154.
- ders. Deutschland in Europa nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: BB-Special Nr. 4/2008, S. 2-6.
- ders. Richterliche Rechtsfortbildung und Grundgesetz, in: Müller, Gerda/Osterloh, Eilert/Stein Torsten (Hrsg.) Festschrift für Günter Hirsch, München 2008, S. 611-619. zitiert: Steiner, in FS für Hirsch
- Streinz, Rudolf Europarecht, 8. Auflage, Heidelberg 2008.
zitiert: Streinz, Europarecht
- ders. EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - Kommentar, München 2003.
zitiert: Bearbeiter, in Streinz

- ders.* Verfassungsvorbehalte gegenüber Gemeinschaftsrecht – eine deutsche Besonderheit? Die Schranken der Integrationsermächtigung und ihre Realisierung in den Verfassungen der Mitgliedstaaten, in: Cremer, Hans-Joachim/ Giegerich, Thomas/Richter, Dagmar/ Zimmermann, Andreas (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin, Heidelberg u.a. 2002, S. 1437-1468. zitiert: Streinz, in FS für Steinberger
- Streinz, Rudolf/ Herrmann, Christoph* Der Fall Mangold – eine „kopernikanische Wende im Europarecht“, in: RdA 2007, S. 165-169.
- Strybny, Derk* BB-Kommentar: Verstoß des § 14 Abs. 3 TzBfG gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot, in: BB 2005, S. 2753-2754.
- Sutschet, Holger* Assoziierte Diskriminierung, in: EuZA 2009, S. 245-256.
- Temming, Felipe* Altersdiskriminierung im Arbeitsleben – Eine rechtsmethodische Analyse, München 2008. zitiert: Altersdiskriminierung im Arbeitsleben
- ders.* Der Fall Palacios: Kehrtwende im Recht der Altersdiskriminierung?, in: NZA 2007, S. 1193-1200.
- Thüsing, Gregor* Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, in: NJW 2003, S. 3441-3445.
- Tomuschat, Christian* Aller guten Dinge sind III? Zur Diskussion um die Solange-Rechtsprechung des BVerfG, in: EuR 1990, S. 340-361.
- Wank, Rolf* Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.

- Wassermann, Rudolf*
(Hrsg.) Alternativkommentar zum Grundgesetz,
Band I: Art. 1-37 GG, Stand: August 2002.
zitiert: Bearbeiter, in: AK-GG
- Weber, Albrecht* Die Europäische Grundrechtscharta –
auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung,
in: NJW 2000, S. 537-544.
- Wiedemann, Herbert/
Thüsing, Gregor* Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die
Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG,
in: NZA 2002, S. 1234-1242.
- Wieland, Joachim* Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen
Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung,
in: NJW 2009, S. 1841-1845.
- Zedler, Marc Alexander* Das Verbot der Altersdiskriminierung als
allgemeiner Grundsatz des Europarechts:
Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 22.11.2005,
C-144/04 – Mangold/Helm,
in: GPR 2006, S. 151-155.
- Zuleeg, Manfred* Zum Verhältnis nationaler und europäischer
Grundrechte – Funktionen einer EU-Charta der
Grundrechte, in: EuGRZ 2000, S. 511-517.

Abkürzungsverzeichnis

a. A., A.A.	anderer Ansicht
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.F.	alter Fassung
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
AZR	Aktenzeichen Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BvE	vom Bundesverfassungsgericht verwendetes Aktenzeichen für Organstreitverfahren
BvL	vom Bundesverfassungsgericht verwendetes Aktenzeichen für konkrete Normenkontrollen
BvR	vom Bundesverfassungsgericht verwendetes Aktenzeichen für Verfassungsbeschwerden
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

EG	Europäische Gemeinschaft(en) / EG-Vertrag
EGC	Europäische Grundrechtecharta
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
E.L.Rev.	European Law Review
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfrei-
heiten	
Entsch.	Entscheidung
ERCL	European Review of Contract Law
ESTG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
f./ff.	und der (die) folgende(n)
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit

JA	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
lit.	litera (Buchstabe)
m. a. W.	mit anderen Worten
Mio.	Millionen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer(n)
Rs(n).	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite(n)
s.	siehe
Slg.	(amtliche) Sammlung der Entscheidungen des EuGH und des EuG
sog.	so genannte(e, er, es)
st. Rspr.	ständige(r) Rechtsprechung
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	und andere/unter anderem
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
Urt.	Urteil
v.	von/vom
v. a.	vor allem
verb.	verbundene(r)
VerwArch	Das Verwaltungsarchiv

vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPJS	Zusammenarbeit in polizeilichen und justitiellen Angelegenheiten
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht