

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

ANTONIO TIZZANO

vom 30. Juni 2005¹

1. Das Arbeitsgericht München (im Folgenden: Arbeitsgericht) hat dem Gerichtshof mit Beschluss vom 26. Februar 2004 gemäß Artikel 234 EG drei Fragen nach der Auslegung der Richtlinien 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge² und 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf³ (im Folgenden: Richtlinie 1999/70 und Richtlinie 2000/78 oder zusammen „Richtlinien“) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2. Die Fragen des vorliegenden Gerichts gehen im Wesentlichen dahin, ob — in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen — die genannten Richtlinien einer nationalen Regelung entgegenstehen, die befristete Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern uneingeschränkt zulässt.

I — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

Die Richtlinie 1999/70 zur Durchführung der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge

3. Die auf Gemeinschaftsebene tätigen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen (EGB, UNICE und CEEP) schlossen am 18. März 1999 eine Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (im Folgenden: Rahmenvereinbarung), wobei sie der Auffassung waren, dass „unbefristete Arbeitsverträge ... die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses [sind]“, aber gleichzeitig einräumten, dass befristete Arbeitsverträge „in bestimmten Branchen, Berufen und Tätigkeiten ... den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer entsprechen [können]“ (Punkte 6 und 8 der allgemeinen Erwägungen der Rahmenvereinbarung). Die Rahmenvereinbarung wurde in der Folgezeit gemäß Artikel 139 Absatz 2 EG durch die Richtlinie 1999/70 durchgeführt.

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — ABl. L 175, S. 43.

3 — ABl. L 303, S. 16.

4. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere auf Paragraf 5 Nummer 1 der Rahmenvereinbarung hinzuweisen. Dieser lautet:

„Um Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, ergreifen die Mitgliedstaaten nach der gesetzlich oder tarifvertraglich vorgeschriebenen oder in dem Mitgliedstaat üblichen Anhörung der Sozialpartner und/oder die Sozialpartner, wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen:

- a) sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen;
- b) die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinander folgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse;
- c) die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge oder Verhältnisse.“

5. Paragraf 8 Nummer 3 bestimmt:

„Die Umsetzung dieser Vereinbarung darf nicht als Rechtfertigung für die Senkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes in dem von dieser Vereinbarung erfassten Bereich dienen.“

Die Richtlinie 2000/78

6. Zweck der Richtlinie 2000/78 ist „die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten“ (Artikel 1).

7. Die Richtlinie definiert zunächst in Artikel 2 Absatz 2 den Begriff der Diskriminierung und bestimmt sodann in Artikel 6 Absatz 1:

„Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des

nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.

dem 2. Dezember 2003, d. h. insgesamt sechs Jahre, in Anspruch nehmen, um die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Diskriminierung wegen des Alters und einer Behinderung umzusetzen. In diesem Fall setzen sie die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis ...“

Derartige Ungleichbehandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

- a) die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen;

9. Da Deutschland von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, muss die Umsetzung der das Alter und die Behinderung betreffenden Bestimmungen der Richtlinie 2000/78 in das deutsche Recht bis zum 2. Dezember 2006 erfolgen.

B — Nationales Recht

...“

8. Nach Artikel 18 Absatz 1 musste die Richtlinie spätestens zum 2. Dezember 2003 umgesetzt werden. In Absatz 2 heißt es jedoch:

„Um besonderen Bedingungen Rechnung zu tragen, können die Mitgliedstaaten erforderlichenfalls eine Zusatzfrist von drei Jahren ab

10. Vor der Umsetzung der Richtlinie 1999/70 unterwarf das deutsche Recht befristete Arbeitsverträge zwei Beschränkungen: Es gestattete die Befristung von Arbeitsverträgen nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes oder schränkte in Alternative dazu die Möglichkeit ihrer Verlängerung (höchstens drei) und die Gesamtdauer (höchstens zwei Jahre) ein.

11. Diese Einschränkungen galten jedoch nicht für Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern. Nach dem deutschen Gesetz konnten nämlich befristete Verträge auch ohne die genannten Einschränkungen geschlossen werden, wenn der Arbeitnehmer das 60. Lebensjahr vollendet hat (siehe § 1 des Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 26. April 1985⁴ in der Fassung des Arbeitsrechtlichen Gesetzes zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung vom 25. September 1996⁵).

12. Dies änderte sich teilweise durch den Erlass des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21. Dezember 2000, durch das die Richtlinie 1999/70 umgesetzt wurde (im Folgenden: TzBfG)⁶.

13. § 14 Absatz 1 TzBfG bestätigte die allgemeine Regel, nach der ein befristeter Arbeitsvertrag nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes geschlossen werden darf⁷. Nach § 14 Absatz 2 TzBfG ist die kalender-

mäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes erneut bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung zulässig.

14. § 14 Absatz 3 TzBfG bestimmt jedoch:

„Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat. Die Befristung ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als sechs Monaten liegt.“⁸

4 — BGBl. 1985 I S. 710.

5 — BGBl. 1996 I S. 1476.

6 — Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen vom 21. Dezember 2000 (BGBl. 2000 I S. 1966).

7 — § 14 Absatz 1 TzBfG bestimmt: „(1) Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn 1. der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht, 2. die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern, 3. der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird, 4. die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt, 5. die Befristung zur Erprobung erfolgt, 6. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen, 7. der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird oder 8. die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.“

15. Die letztgenannte Vorschrift wurde aufgrund der Arbeiten einer Regierungskommission geändert, die feststellte, dass „die Wahrscheinlichkeit der Wiederbeschäftigung eines über 55-jährigen Arbeitslosen ... bei etwa 25 % [liegt]“. Im Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt

8 — Hervorhebung von mir.

vom 23. Dezember 2002 (dem so genannten „Hartz-Gesetz“) heißt es:

„Bis zum 31. Dezember 2006 ist Satz 1 [des § 14 Absatz 3 TzBfG] mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des 58. Lebensjahres das 52. Lebensjahr tritt.“⁹

II — Sachverhalt und Verfahren

16. Parteien des Ausgangsverfahrens sind Herr Mangold und Rechtsanwalt Helm.

17. Am 26. Juni 2003 stellte Rechtsanwalt Helm den 56-jährigen Herrn Mangold mit einem befristeten Arbeitsvertrag ein.

18. § 5 dieses Vertrages lautet:

„Befristung

1. Das Arbeitsverhältnis beginnt am 01.07.2003 und ist befristet bis 28.02.2004.

2. Die Befristung wird auf die gesetzliche Bestimmung über die erleichterte Befristung mit älteren Arbeitnehmern in § 14 Abs. 3 Satz 4 i. V. m. Satz 1 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) gestützt, weil der Arbeitnehmer älter als 52 Lebensjahre ist.

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

19. Herr Mangold war der Auffassung, dass § 14 Absatz 3 TzBfG gegen die Richtlinien 1999/70 und 2000/78 verstoße, und hielt deshalb die in dem Arbeitsvertrag enthaltene Befristungsklausel für ungültig. Er verklagte daher seinen Arbeitgeber wenige Wochen nach seiner Einstellung vor dem Arbeitsgericht. Da auch dieses Zweifel an der Auslegung der Richtlinien hat, hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1 a) Ist Paragraph 8 Nummer 3 der Rahmenvereinbarung (Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge) dahin gehend auszulegen, dass er im

⁹ — BGBl. I S. 4607. Hervorhebung von mir.

Rahmen der Umsetzung in das innerstaatliche Recht eine Verschlechterung durch Senkung des Alters von 60 auf 58 Jahre verbietet?

20. In dem damit eingeleiteten Verfahren haben die Parteien des Ausgangsverfahrens und die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht.

b) Ist Paragraph 5 Nummer 1 der Rahmenvereinbarung (Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge) dahin gehend auszulegen, dass er einer nationalen Regelung, die — wie die hier streitige — keine Einschränkungen im Sinne der drei Alternativen des Absatzes 1 enthält, entgegensteht?

21. Am 26. April 2005 hat die mündliche Verhandlung vor dem Gerichtshof stattgefunden, an der die Parteien des Ausgangsverfahrens, die deutsche Regierung und die Kommission teilgenommen haben.

2. Ist Artikel 6 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf dahin gehend auszulegen, dass er einer nationalen Regelung, die — wie die hier streitige — die Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern ab 52 Jahren — im Unterschied zum Grundsatz der Erforderlichkeit eines sachlichen Grundes — ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässt, entgegensteht?
3. Falls eine der drei Fragen bejahend beantwortet wird: Hat der nationale Richter die dem EG-Recht entgegenstehende nationale Regelung unangewendet zu lassen, und gilt dann der allgemeine Grundsatz des innerstaatlichen Rechts, nach dem Befristungen nur mit sachlichem Grund zulässig sind?

III — Rechtliche Prüfung

A — *Die angeblich fiktive Natur des Ausgangsverfahrens*

22. Vor einer inhaltlichen Prüfung der vom Arbeitsgericht gestellten Fragen ist auf die Zweifel einzugehen, die die deutsche Regierung hinsichtlich der „wirklichen“ oder „fiktiven“ Natur des dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Rechtsstreits angemeldet hat. Diese Zweifel könnten, wenn sie begründet sind, die Zulässigkeit des Vorlagebeschlusses in Frage stellen. Der Vollständigkeit halber weise ich noch darauf hin, dass auch die Kommission zwei Einwände gegen die Zulässigkeit erhoben hat. Da diese jedoch sehr punktuelle Aspekte betreffen, werde ich sie im Rahmen der jeweiligen Frage untersuchen.

23. Ich gehe zunächst auf den Zweifel der deutschen Regierung ein und erinnere daran, dass diese den Gerichtshof in der mündlichen Verhandlung auf einige recht ungewöhnliche Aspekte des Sachverhalts aufmerksam gemacht hat, der zu dem Ausgangsrechtsstreit geführt hat. Sie hat insbesondere darauf hingewiesen, dass Rechtsanwalt Helm das deutsche Gesetz, um das es hier geht, nicht anders beurteilt als Herr Mangold, und dass auch er sich mehrmals öffentlich gegen dieses Gesetz ausgesprochen hat. Nach Auffassung der deutschen Regierung könnte diese übereinstimmende Beurteilung den Verdacht nähren, dass es sich bei dem Ausgangsverfahren nicht um einen wirklichen Rechtsstreit handelt. Man könnte somit vermuten, dass der Kläger (Herr Mangold) und der Beklagte (Rechtsanwalt Helm), die gemeinsam das Ziel verfolgten, die Unvereinbarkeit des § 14 Absatz 3 TzBfG feststellen zu lassen, den Rechtsstreit konstruiert hätten, nur um zu diesem Ergebnis zu gelangen.

24. Die Zweifel der deutschen Regierung erscheinen mir auch unter Berücksichtigung anderer Umstände der vorliegenden Rechtssache (dazu unter Nr. 29) keineswegs als haltlos. Aus den Gründen, die ich sogleich darlegen werde, glaube ich jedoch nicht, dass sie zur Rechtfertigung einer Unzulässigerklärung der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen ausreichen. Im Übrigen ist die deutsche Regierung selbst nicht so weit gegangen, dies förmlich zu beantragen.

25. Dazu möchte ich vor allem daran erinnern, dass nach Artikel 234 EG ein einzelstaatliches Gericht dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen kann, wenn es eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für „erforderlich“ hält.

26. Nach der vom Vertrag vorgesehenen Zuständigkeitsverteilung ist es somit Sache des vorliegenden Gerichts, das „allein über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts verfügt“ und folglich „die besten Voraussetzungen“ dafür erfüllt, „die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung“ zu beurteilen¹⁰. Wenn der Gerichtshof von einem Gericht mit einer Frage befasst wird, die dieses für „erforderlich“ hält, ist er deshalb grundsätzlich „gehalten, darüber zu befinden“¹¹.

27. Bekanntlich hat der Gerichtshof jedoch „nicht die Aufgabe, zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen Stellung zu nehmen, sondern zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten beizutragen“. Um dieser Aufgabe nachkommen zu können, hat er sich immer vorbehalten, „die Umstände zu untersuchen, unter denen er von dem vorliegenden Gericht angerufen worden ist“¹², und ist in Ausnah-

10 — Urteile vom 29. November 1978 in der Rechtssache 83/78 (Pigs Marketing Board, Slg. 1978, 2347), vom 28. November 1991 in der Rechtssache C-186/90 (Durighello, Slg. 1991, I-5773) und vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871, Randnr. 23).

11 — Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-231/89 (Gmurzynska-Bscher, Slg. 1990, I-4003, Randnr. 20).

12 — Urteil vom 3. Februar 1983 in der Rechtssache 149/82 (Robards, Slg. 1983, 171) und Urteil in der Rechtssache Meilicke (Randnr. 25).

mefallen so weit gegangen, die Zulässigkeit der Vorlage zu verneinen, wenn „*offensichtlich*“¹³ war, dass die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts „für die Entscheidung eines Rechtsstreits nicht objektiv erforderlich“ war¹⁴.

28. Genau in Ausübung dieser außerordentlichen Kontrollbefugnis hat der Gerichtshof in einigen inzwischen weithin bekannten Fällen dem vorlegenden Gericht keine Antwort gegeben, da er im Rahmen von als „fiktiv“¹⁵ angesehenen Rechtsstreitigkeiten befragt worden war. In anderen, nicht so lange zurückliegenden und weniger bekannten Fällen hat er gleichwohl geantwortet, aber nur deshalb, weil „aus dem vom vorlegenden Gericht wiedergegebenen Sachverhalt nicht *offensichtlich* hervorgeht, dass es sich ... in Wirklichkeit um einen fiktiven Rechtsstreit handelt“¹⁶. Auf der gleichen Linie, wenn auch etwas flexibler, hat der Gerichtshof erst kürzlich festgestellt, dass der Umstand, „dass die Parteien des Ausgangsverfahrens über das angestrebte Ergebnis einig sind, ... nichts daran [ändert], dass dieser Rechtsstreit tatsächlich besteht“, und folglich die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens nicht ausschließt, wenn die Vorlagefrage „einem mit der Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits zusammenhängenden objektiven Bedürfnis [entspricht]“¹⁷.

29. Alles dies vorausgeschickt, wende ich mich der vorliegenden Rechtssache zu und muss zuallererst betonen, dass einige Angaben in den zu prüfenden Akten den Verdacht der deutschen Regierung, dass es sich bei dem Ausgangsverfahren um einen fiktiven Rechtsstreit handelt, zu bestätigen scheinen. Ich denke z. B. an den in der mündlichen Verhandlung mitgeteilten Umstand, dass der Vertrag von Herrn Mangold eine auf wenige Stunden pro Woche beschränkte Tätigkeit vorsah, und auch daran, dass in dem Vertrag vielleicht zu detailliert dargelegt wurde, dass die Befristungsklausel ausschließlich auf § 14 Absatz 3 TzBfG gestützt und jede andere nach dem deutschen Recht und der deutschen Rechtsprechung denkbare Rechtfertigung für die Befristung ausgeschlossen werde. Schließlich rief Herr Mangold, was sicher nicht oft vorkommt, bereits wenige Wochen nach seiner Einstellung das Arbeitsgericht an, um die Unwirksamkeit dieser vertraglichen Abrede feststellen zu lassen.

30. Wie die Kommission ausgeführt hat, hat der vorlegende Richter diese Umstände allerdings schon berücksichtigt, da auch er die Möglichkeit ins Auge gefasst hat, dass der Ausgangsrechtsstreit von den Parteien nur konstruiert wurde. Er hat diese Möglichkeit jedoch nach Prüfung aller anderen ihm bekannten Umstände und nach persönlicher Anhörung von Herrn Mangold ausgeschlossen.

31. Die Kommission leitet aus dieser besonderen Prüfung des vorlegenden Gerichts her, dass das Ausgangsverfahren nicht als „offen-

13 — Urteil vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-36/99 (Idéal tourisme, Slg. 2000, I-6049, Randnr. 20). Siehe auch Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90 (Lourenço Dias, Slg. 1992, I-4673, Randnrn. 17 und 18), Urteil in der Rechtssache Melicic (Randnr. 25), Urteil vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 61) und Urteil vom 9. März 2000 in der Rechtssache C-437/97 (EKW und Wein & Co., Slg. 2000, I-1157, Randnr. 52) (Hervorhebung von mir).

14 — Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia/Novello, Slg. 1981, 3045, Randnr. 18).

15 — Urteile vom 11. März 1980 in der Rechtssache 104/79 (Foglia/Novello, Slg. 1980, 745) und vom 16. Dezember 1981 (Foglia/Novello).

16 — Urteil vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86 (Van Eycke, Slg. 1988, 4769, Randnr. 12) (Hervorhebung von mir).

17 — Urteil vom 9. Februar 1995 in der Rechtssache C-412/93 (Leclerc-Siplec, Slg. 1995, 179, Randnrn. 14 und 15).

sichtlich“ fiktiv angesehen werden könne und dass folglich die darauf gestützte Vorlage gemäß den oben (in Nr. 28) zitierten Ausführungen des Gerichtshofes, wonach die Vorlage nur unzulässig wäre, wenn der Rechtsstreit offensichtlich konstruiert wäre, für zulässig erklärt werden müsse.

32. Ich teile diese Auffassung, würde es jedoch vorziehen, sie aus der jüngeren Rechtsprechung herzuleiten, in der der Gerichtshof bei der Prüfung der Zulässigkeit weniger auf die Wirkung einer möglichen Einigkeit der Parteien über das Ergebnis des Ausgangsverfahrens als vielmehr auf die tatsächliche Relevanz der Vorabentscheidungsfrage für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits abgestellt hat (siehe auch dazu oben Nr. 28).

33. Meines Erachtens berücksichtigt dieser Ansatz nämlich besser die vom Vertrag gewollte Aufgabenteilung zwischen Gerichtshof und vorlegendem Gericht und entspricht vor allem eher dem von Artikel 234 EG vorausgesetzten und vom Gerichtshof stets betonten „Geist der Zusammenarbeit“ zwischen diesen Gerichten¹⁸. Ich fände es in der Tat schwierig, bei diesem Ansatz nicht zu einer Haltung zu gelangen, die den vom vorlegenden Gericht vorgenommenen Beurteilungen a priori Vertrauen schenkt und von der Vermutung ausgeht, dass dieses Gericht kein „bloßes ‚Instrument‘ in den Händen der Parteien ist“¹⁹, das diese nach Belieben zu ihrem Vorteil benutzen.

34. Andererseits sollte, um der Rolle des Gerichtshofes gerecht zu werden, nicht nur gefragt werden, wie offensichtlich es ist, dass es sich bei dem Rechtsstreit um einen konstruierten Rechtsstreit handelt, was per definitionem oft schwer und nicht mit Sicherheit festzustellen ist, sondern vielmehr — insbesondere wenn die Rechtssache „verdächtig“ ist — geprüft werden, ob die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts wirklich „einem mit der Entscheidung eines Rechtsstreits zusammenhängenden objektiven Bedürfnis entspricht“.

35. Aufgrund dieser Erwägungen bin ich der Meinung, dass das Bestreiten der fiktiven Natur des Ausgangsrechtsstreits allein nicht für die Frage der Unzulässigkeit der vorgelegten Vorabentscheidungsfragen entscheidend sein kann; es ist vielmehr erforderlich, die Relevanz dieser Fragen besonders gründlich zu prüfen.

B — Die Richtlinie 1999/70

1. Paragraph 5

36. Die Frage 1b des vorlegenden Gerichts, die zuerst zu prüfen ist, geht dahin, ob Paragraph 5 der Rahmenvereinbarung einer nationalen Regelung wie der des § 14 Absatz 3 TzBfG entgegensteht, die keine Einschränkung für den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit über 52-jährigen Arbeitnehmern vorsieht.

18 — Urteil Leclerc-Siplec (Randnr. 12).

19 — Siehe Schlussanträge des Generalanwalts Tesaro in der Rechtssache C-408/95 (Eurotunnel, Slg. 1997, I-6315, Nr. 10).

37. Von der oben dargelegten restriktiven Sichtweise ausgehend, gebe ich der Kommission Recht, wenn sie diese Frage für unzulässig hält.

38. Wie sich eindeutig aus Wortlaut und Zweck der Bestimmung ergibt, regelt Paragraph 5 nämlich den Fall, dass wiederholt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden. Folglich ist seine Auslegung für die vorliegende Rechtssache völlig unerheblich, denn es geht hier um den ersten und einzigen Arbeitsvertrag, den Herr Mangold und Rechtsanwalt Helm geschlossen haben.

39. Nach ihrem Wortlaut verpflichtet die Bestimmung die Mitgliedstaaten, im Rahmen der nationalen Rechtsordnungen Maßnahmen zu erlassen über „sachliche Gründe, die die *Verlängerung* [von befristeten Arbeitsverträgen] rechtfertigen“ (Buchstabe a), über die „insgesamt maximal zulässige Dauer *aufeinander folgender* Arbeitsverträge“ (Buchstabe b) oder über die „zulässige Zahl der *Verlängerungen* solcher Verträge“ (Buchstabe c). Diese Bestimmung schreibt somit den Erlass einschränkender Maßnahmen bei Vorliegen *mehrerer aufeinander folgender* Verträge vor und betrifft nicht den Fall der einmaligen befristeten Einstellung eines Arbeitnehmers.

40. Dieses aus dem Wortlaut hergeleitete Argument findet eine Bestätigung in dem mit der Richtlinie verfolgten Zweck, „einen Rahmen zu schaffen, der den Missbrauch

durch *aufeinander folgende* befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse verhindert“ (vierzehnte Begründungserwägung). Geregelt werden soll also nicht der Abschluss des ersten befristeten Arbeitsvertrags, sondern die wiederholte Benutzung dieser Vertragsform, die nach Meinung des Gesetzgebers Missbräuche und Rechtsverletzungen vermuten lässt.

41. Nun ist aber, wie Herr Mangold und Rechtsanwalt Helm bestätigt haben, der von ihnen geschlossene Vertrag der *erste und einzige zwischen ihnen bestehende Arbeitsvertrag*. Daraus folgt aufgrund der oben gemachten Ausführungen, dass Paragraph 5 auf diesen Vertrag nicht anwendbar ist und die Auslegung dieser Bestimmung für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits ganz offensichtlich unerheblich ist.

42. Deshalb schlage ich dem Gerichtshof vor, zu entscheiden, dass er für die Beantwortung der Frage 1b nicht zuständig ist.

2. Paragraph 8 Nummer 3 (Verschlechterungsverbot)

43. Die Frage 1a des Arbeitsgerichts geht dahin, ob Paragraph 8 Nummer 3 der Rahmenvereinbarung einer nationalen Vorschrift wie § 14 Absatz 3 TzBfG entgegen-

steht, die bei der Umsetzung der Richtlinie 1999/70 das Alter, von dem ab uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden können, von 60 Jahren auf 58 Jahre herabgesetzt hat.

Vorbemerkung

44. Zum besseren Verständnis dieser Frage erinnere ich vorab daran, dass im deutschen Recht nacheinander folgende Regelungen bestanden haben:

- das Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985 in der Fassung des Arbeitsrechtlichen Gesetzes zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung von 1996, das den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern ab *vollendetem* 60. *Lebensjahr* uneingeschränkt zuließ;
- § 14 Absatz 3 des zur Durchführung der Richtlinie 1999/70 erlassenen TzBfG, der im Jahre 2000 die fragliche Altersgrenze von 60 Jahren auf 58 *Jahre* herabsetzte;
- das Hartz-Gesetz, das die genannte Vorschrift des TzBfG änderte und die Altersgrenze noch einmal auf 52 *Jahre* herabsetzte.

45. Unter Berücksichtigung der beschriebenen Entwicklung der Gesetzeslage vertritt die Kommission die Auffassung, dass auch die Frage 1a ein Zulässigkeitsproblem aufwerfen könnte. Denn tatsächlich sei Herr Mangold nicht nach Vollendung seines 58. Lebensjahres in Anwendung der ursprünglichen Fassung des § 14 Absatz 3 TzBfG (auf die das vorlegende Gericht in dieser Frage Bezug nimmt) eingestellt worden, sondern im Alter von 56 Jahren, was nach dem nachfolgenden Hartz-Gesetz, das diese Vorschrift geändert hat, zulässig war. Nach Auffassung der Kommission wäre somit eine Entscheidung des Gerichtshofes nur im Hinblick auf dieses letzte Gesetz relevant.

46. Das Arbeitsgericht hat zusammenfassend erklärt, dass die Auslegung des § 14 Absatz 3 TzBfG in seiner ursprünglichen Fassung gleichwohl nützlich wäre, da eine eventuelle Feststellung der Unvereinbarkeit dieser Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht unausweichlich auch die Ungültigkeit der nachfolgenden Vorschrift des Hartz-Gesetzes nach sich ziehen würde, auf die sich Rechtsanwalt Helm berufen habe, um die Befristung des mit Herrn Mangold geschlossenen Arbeitsvertrags zu rechtfertigen.

47. Diese Erklärung erscheint jedoch, wenn man eine genaue Prüfung vornimmt, wie ich mir dies im vorliegenden Fall vorgenommen habe (siehe oben Nr. 35), lückenhaft und wenig überzeugend. Sie ermöglicht es dem Gerichtshof nämlich nicht, zu verstehen, weshalb es das vorlegende Gericht, anstatt den Gerichtshof unter Bezugnahme auf die in der vorliegenden Rechtssache anwendbare

Bestimmung (nämlich die, die sich aus den Änderungen durch das Hartz-Gesetz ergibt) zu befragen, vorgezogen hat, die zu prüfende Frage unter Bezugnahme auf die vorhergehende Bestimmung zu stellen, die hier gar nicht einschlägig ist.

48. Davon abgesehen — denn das vorliegende Gericht hat ja dem Gerichtshof alle rechtlichen Gesichtspunkte angegeben, die es ihm ermöglichen, in sachdienlicher Weise auf seine Zweifel einzugehen — pflichte ich der Kommission darin bei, dass die Frage 1a nicht für unzulässig erklärt werden sollte, sondern gemäß der vom Gerichtshof in derartigen Fällen oft angewandten Praxis die Frage umformuliert werden könnte, um eben das zu klären, was zu wissen für dieses Gericht wirklich nützlich ist. Diesem ist also anzugeben, ob Paragraph 8 Nummer 3 der Rahmenvereinbarung einer nationalen Vorschrift wie § 14 Absatz 3 TzBfG *in der Fassung des Hartz-Gesetzes* entgegensteht, die *nach Umsetzung der Richtlinie 1999/70* das Alter, von dem ab uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden können, von 58 Jahren auf 52 Jahre herabgesetzt hat.

Erklärungen der Verfahrensbeteiligten

49. Nach dieser Umformulierung der Frage 1a weise ich darauf hin, dass sich im Rahmen ihrer Prüfung die Diskussion in erster Linie um Sinn und Tragweite von Paragraph 8 Nummer 3 gedreht hat, der bestimmt: „Die Umsetzung ... [der Rahmen-]Vereinbarung

darf nicht als Rechtfertigung für die Senkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes in dem von dieser Vereinbarung erfassten Bereich dienen.“

50. Die Verfahrensbeteiligten, die Erklärungen zu dieser Bestimmung abgegeben haben, haben sich insbesondere bemüht, darzutun, dass der deutsche Gesetzgeber durch die genannten von ihm erlassenen Gesetze das allgemeine Niveau des im deutschen Recht vor der Umsetzung der Richtlinie 1999/70 bestehenden Arbeitnehmerschutzes gesenkt (oder aber nicht gesenkt) hat.

51. Herr Mangold trägt vor, dieses Niveau sei dadurch gesenkt worden, dass das Alter, von dem ab die Einschränkungen für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge wegfallen, erheblich herabgesetzt worden sei. Anderer Meinung ist dagegen die deutsche Regierung, die ausführt, die streitige Herabsetzung des Alters sei dadurch mehr als ausgeglichen worden, dass den befristet eingestellten Arbeitnehmern neue Garantien gewährt worden seien, wie z. B. ein allgemeines Diskriminierungsverbot und die Ausdehnung der für derartige Verträge vorgesehenen Einschränkungen auf kleine Unternehmen und auf kurzfristige Arbeitsverhältnisse.

52. Ich frage mich, ob die Verfahrensbeteiligten mit diesen Ausführungen das zentrale Problem der vorliegenden Rechtssache erfasst haben. Sie scheinen es nämlich für

selbstverständlich zu halten, dass Paragraph 8 Nummer 3 als zwingende Vorschrift anzusehen ist, die den Mitgliedstaaten eine Senkung des bereits garantierten allgemeinen Schutzniveaus absolut verbietet. Meines Erachtens sind dagegen Sinn und Tragweite derartiger Bestimmungen keineswegs selbstverständlich; sie sind vielmehr Gegenstand einer lebhaften Diskussion in der Lehre.

53. Ihrer Prüfung ist auch hier die notwendige Aufmerksamkeit zu widmen.

Die Rechtsnatur der Bestimmung

54. Zuerst möchte ich daran erinnern, dass wir hier gemeinhin als *Verschlechterungsverbote* bezeichnete Bestimmungen vor uns haben, die seit Ende der 80er Jahre in die sozialrechtlichen Richtlinien der Gemeinschaft aufgenommen wurden²⁰, um — wenn auch mit unterschiedlichen Formulierungen — sicherzustellen, dass die Umsetzung einer bestimmten Richtlinie nicht als „Rechtfertigung“, „Begründung“ oder „Grund“ für eine Verschlechterung der bereits in verschiede-

nen Mitgliedstaaten bestehenden Behandlungen herangezogen wurde²¹.

55. Im Rahmen unserer Untersuchung können wir zwei Kategorien von Verschlechterungsverboten unterscheiden: diejenigen, die sich nur in den Begründungserwägungen der betreffenden Rechtsakte finden²², und diejenigen, die im Text der Richtlinien selbst oder in von den Sozialpartnern auf Gemeinschaftsebene geschlossenen und durch Richtlinien umgesetzten Vereinbarungen enthalten sind²³.

21 — Hinsichtlich der Definition dieser Bestimmungen siehe für alle Martin, P.: „Le droit social communautaire: droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale?“, *Revue trimestrielle de droit européen* 1994, Nr. 4, S. 627.

22 — Siehe z. B. die zweite Begründungserwägung der Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit (ABl. L 183, S. 1), die vierte Begründungserwägung der Richtlinie 2002/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Juni 2002 über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (Vibrationen) (16. Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) — Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 177, S. 13) und die fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 2004/40/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (elektromagnetische Felder) (18. Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) (ABl. L 159, S. 1).

23 — Siehe z. B. Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. L 307, S. 18), Artikel 16 der Richtlinie 94/33/EG des Rates vom 22. Juni 1994 über den Jugendarbeitsschutz (ABl. L 216, S. 12), Artikel 6 der Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (ABl. 1998, L 14, S. 6), Paragraph 6 Nummer 2 der Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABl. 1998, L 14, S. 9), Artikel 6 Absatz 2 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. L 180, S. 22), Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG, Artikel 9 Absatz 4 der Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (ABl. L 80, S. 29) und Artikel 23 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. L 299, S. 9).

20 — Eine solche Bestimmung findet sich auch in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, in deren letzter Begründungserwägung es heißt: „Die feierliche Verkündung der sozialen Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft darf bei ihrer Verwirklichung keinen Rückschritt in den Mitgliedstaaten gegenüber der derzeitigen Lage bewirken.“

56. Die Bestimmungen dieser zweiten Kategorie, unter die auch Paragraph 8 Nummer 3 der Rahmenvereinbarung fällt, sind nach herrschender Meinung in der Lehre *zwingendes Recht*. Ein anderer Teil der Lehre spricht ihnen dagegen vorwiegend politische Bedeutung zu: Sie stellten im Wesentlichen eine bloße Aufforderung an die einzelstaatlichen Gesetzgeber dar, anlässlich der Umsetzung von Richtlinien im Bereich der Sozialpolitik nicht den durch das innerstaatliche Recht bereits gewährten Schutz zu verringern.

57. Ich gebe, auch für die vorliegende Rechtssache, der ersten Meinung den Vorrang, und zwar aus Gründen der grammatikalischen und der systematischen Auslegung²⁴.

58. Zu dem ersten Punkt bemerke ich, dass die Benutzung des Verbs im Indikativ („Die Umsetzung ... [der Rahmen-]Vereinbarung *darf* nicht als Rechtfertigung für die Senkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes ... dienen“)²⁵ nach den üblichen in diesen Fällen angewandten Auslegungsmethoden²⁶ nahe legt, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, die Bestimmung in Form eines Gebots zu formulieren und damit den Mitgliedstaaten eine wirkliche negative *Ver-*

pflichtung dahin gehend aufzuerlegen, dass sie die Umsetzung nicht als Grund für die Verringerung der den Arbeitnehmern bereits im innerstaatlichen Recht gewährtesten Schutzrechte benutzen.

59. Dieses Ergebnis wird auch durch die systematische Stellung der Bestimmung innerhalb der Richtlinie bestätigt. Sie wurde nämlich nicht in die Begründungserwägungen der Richtlinie aufgenommen (wie dies in der Vergangenheit oft geschehen ist), sondern in den Text der Richtlinie selbst. Deshalb ist diese Bestimmung wie alle anderen normativen Bestimmungen dieser Richtlinie gemäß Artikel 249 Absatz 3 EG für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich, das im vorliegenden Fall darin besteht, zu verhindern, dass die Umsetzung als Rechtfertigung für eine eventuelle Verschlechterung des auf nationaler Ebene bereits bestehenden Schutzes herangezogen wird.

Zur Tragweite des „Verschlechterungs“ verbots

60. Nach dieser Klarstellung möchte ich nunmehr versuchen, die Tragweite der sich aus Paragraph 8 Nummer 3 ergebenden Verpflichtung genauer zu bestimmen.

61. Dazu ist sogleich zu bemerken, dass wir es hier nicht, wie Herr Mangold meint, mit einer Stillhalteklausele zu tun haben, die eine

24 — Ich weise darauf hin, dass auch die italienische Corte costituzionale dieser Auffassung ist, die im Urteil Nr. 45/2000 entschieden hat, dass das in Paragraph 6 Nummer 2 der Richtlinie 97/81 enthaltene Verschlechterungsverbot zu einer „besonderen Gemeinschaftsverpflichtung“ führt (Corte costituzionale, Urteil Nr. 45 vom 7. Februar 2000, in: *Mass. giur. Lav.*, 2000, S. 746 ff.).

25 — Hervorhebung von mir.

26 — In diesem Sinne z. B. Urteil vom 20. Januar 2005 in der Rechtssache C-245/03 (Merck, Sharp & Dohme, Slg. 2005, I-637, Randnr. 21).

Senkung des zur Zeit der Umsetzung der Richtlinie im nationalen Recht bestehenden Schutzniveaus absolut verbietet.

62. Meines Erachtens handelt es sich vielmehr um eine *Transparenzklausel*, d. h. eine Klausel, die es, um Missbräuche zu verhindern, den Mitgliedstaaten verbietet, die Umsetzung der Richtlinie zum Anlass zu nehmen, um in einem sensiblen Bereich wie dem der Sozialpolitik einen Abbau des in ihrer eigenen Rechtsordnung bereits gewährleisteten Schutzes vorzunehmen und diesen dann (was leider öfter vorkommt!) statt einer unabhängigen Entscheidung auf nationaler Ebene nicht existierenden Gemeinschaftsverpflichtungen zuzuschreiben.

63. Dies ergibt sich vor allem aus dem Wortlaut der Bestimmung, der die Senkung des Niveaus des den Arbeitnehmern gewährten Schutzes nicht allgemein untersagt, sondern nur ausschließt, dass die „Umsetzung“ der Richtlinie als „Rechtfertigung“ dafür dienen kann. Auch bei Beachtung der Bestimmungen der Richtlinie ist es somit sehr wohl möglich, den Schutz auf der nationalen Ebene abzubauen, aber nur aus *anderen* Gründen als der Notwendigkeit der Umsetzung der Richtlinie. Das Vorliegen dieser Gründe hat der Mitgliedstaat zu beweisen.

64. Genauer betrachtet widerspräche eine andere Auslegung nicht nur dem Wortlaut der Bestimmung, der deutlich genug ist,

sondern stünde auch im Widerspruch zu der im Vertrag vorgesehenen Aufgabenverteilung, wonach die Gemeinschaft im Bereich der Sozialpolitik „die Tätigkeit der Mitgliedstaaten“ auf bestimmten Gebieten „unterstützt und ergänzt“ (Artikel 137 EG).

65. Denn wenn die zu prüfende Bestimmung nicht, wie ausgeführt, als Transparenzgebot, sondern als wirkliche Stillhalteverpflichtung angesehen würde, wäre den Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie an nicht nur — was selbstverständlich ist — die Möglichkeit verschlossen, gegen ihre sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen zu verstoßen, sondern auch — und zwar absolut — diejenige, den von der Richtlinie geregelten Gegenstand aus gerechtfertigten Gründen im Sinne einer Verschlechterung zu ändern. Dies wäre aber weder eine Unterstützung noch eine Ergänzung, sondern vielmehr eine wirkliche Lähmung (nach unten) ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Sozialpolitik.

66. Dies vorausgeschickt, bleibt für die Ermittlung der Tragweite von Paragraph 8 Nummer 3 zu untersuchen, ob dieser mit „Umsetzung“ der Richtlinie nur ihre „erstmalige Umsetzung“ meint oder allgemeiner jedweden späteren Rechtsakt, der in ihrem Geltungsbereich erlassen wird.

67. Die deutsche Regierung befürwortet offensichtlich die erste Lösung, denn ihrer Auffassung nach bindet die fragliche Bestimmung die einzelstaatlichen Gesetzgeber nur zur Zeit der *ersten* Umsetzung der Richtlinie 1999/70, entfaltet dagegen keine Wirkungen für die nachfolgenden staatlichen Interventionen. Im vorliegenden Fall sei deshalb eine Verletzung der Bestimmung auf jeden Fall ausgeschlossen, da diese keine Auswirkung auf das in Rede stehende Hartz-Gesetz habe, das erst 2002 erlassen worden sei, also zwei Jahre nach der förmlichen Umsetzung der Richtlinie durch das TzBfG.

68. Meines Erachtens kann dieser Auffassung nicht zugestimmt werden. Zutreffend ist vielmehr die von Herrn Mangold vertretene Gegenmeinung, für die sowohl die wörtliche als auch die teleologische Auslegung sprechen.

69. Zum Wortlaut der Bestimmung ist Folgendes zu bemerken: Wenn diese vorschreibt, dass die „Umsetzung“ der Richtlinie nicht als Rechtfertigung für die Verschlechterung dienen darf, so benutzt sie einen ganz allgemeinen Ausdruck, der jede beliebige innerstaatliche Regelung einschließen kann, die dieselben Ziele verfolgt wie die Richtlinie selbst. Deshalb müssen nicht nur die nationalen Vorschriften, die zur Durchführung der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen erlassen werden, sondern auch die später ergehenden Normen, die mit demselben Ziel die bereits erlassenen Vorschriften ergänzen oder ändern, dem oben beschriebenen Transparenzgebot genügen.

70. Was den Zweck der Bestimmung betrifft, bekräftige ich noch einmal, dass diese verhindern will, dass der einzelstaatliche Gesetzgeber die Richtlinie 1999/70 als Rechtfertigung für einen Abbau des den Arbeitnehmern gewährten Schutzes benutzt, indem er die Richtlinie für Regelungen verantwortlich macht, die das Ergebnis seiner eigenen unabhängigen gesetzgeberischen Entscheidung sind.

71. Zwar ist das Risiko eines solchen Verhaltens des Staates zur Zeit der erstmaligen Umsetzung höher, da bei dieser eine klare Unterscheidung zwischen Vorschriften, durch die die Gemeinschaftsverpflichtungen durchgeführt werden, und solchen, die mit diesem Ziel nichts zu tun haben, innerhalb desselben Rechtsakts sehr schwierig und folglich die Versuchung, die zweiten durch die ersten zu „kaschieren“, größer ist.

72. Mir scheint jedoch, dass dieses Risiko auch später noch besteht, insbesondere wenn der Gesetzgeber wie hier den zur erstmaligen Umsetzung erlassenen Rechtsakt durch den Erlass neuer Vorschriften ergänzt oder ändert. Denn auch bei diesen Normen, die sich mit den bereits bestehenden vermischen, kann unklar sein, ob sie noch einem Gemeinschaftsgebot oder nicht vielmehr dem unabhängigen Willen des staatlichen Gesetzgebers zuzuschreiben sind.

73. Deshalb meine ich, dass auch die Gesetze, die auf den zur erstmaligen Umsetzung

erlassenen Rechtsakt folgen — wie hier das Hartz-Gesetz — und diesen ergänzen oder ändern, dem in Paragraph 8 Nummer 3 verankerten Transparenzgebot gehorchen müssen. Auch das Hartz-Gesetz, durch das das zur Umsetzung der Richtlinie erlassene TzBfG geändert wurde, ist deshalb unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen.

Anwendung auf die vorliegende Rechtssache

74. Alles dies vorausgeschickt, wende ich mich jetzt der vorliegenden Rechtssache zu und möchte sogleich erklären, dass Deutschland durch den Erlass des Hartz-Gesetzes meines Erachtens nicht gegen Paragraph 8 Nummer 3 verstoßen hat.

75. Aus dem Vorlagebeschluss und aus den Erklärungen der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung ergeben sich nämlich verschiedene Hinweise darauf, dass die vom Hartz-Gesetz vorgenommene Senkung des Alters, von dem ab der Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen uneingeschränkt möglich ist, von 58 Jahren auf 52 Jahre auf einem Grund beruht, der sich deutlich von den sich aus der Umsetzung der Richtlinie 1999/70 ergebenden Erfordernissen unterscheidet, nämlich auf der Notwendigkeit, die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer in Deutschland zu fördern.

76. Ein erster Hinweis darauf ergibt sich aus dem Vorliegen verschiedener Interventionen

des Gesetzgebers sowohl vor als auch nach der Umsetzung der Richtlinie, durch die die fragliche Altersgrenze schrittweise herabgesetzt wurde. Wie bereits dargelegt, erließ der deutsche Gesetzgeber zu diesem Zweck im Jahre 1996 das Arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung, in dem die Altersgrenze auf 60 Jahre festgelegt wurde, und im Jahre 2000 das TzBfG, durch das diese Grenze auf 58 Jahre gesenkt wurde, sowie schließlich das Hartz-Gesetz, das diese Grenze weiter auf 52 Jahre herabsetzte. Der deutsche Gesetzgeber hat also schon vor der Umsetzung der Richtlinie unabhängig beschlossen, den den älteren Arbeitnehmern insoweit gewährten Schutz zu lockern, um ihre Beschäftigung zu fördern, und ist auch nach der Umsetzung der Richtlinie bei dieser Entscheidung geblieben. Er hat dadurch demonstriert, dass er seine eigene wirtschafts- und sozialpolitische Entscheidung unabhängig von seinen Gemeinschaftsverpflichtungen verfolgen wollte.

77. Ein zweiter Hinweis, der speziell mit dem Hartz-Gesetz zusammenhängt, ergibt sich aus dem Umstand, dass dieses Gesetz aufgrund der Arbeiten einer Regierungskommission erlassen wurde, die festgestellt hat, dass „die Wahrscheinlichkeit der Wiederbeschäftigung eines über 55-jährigen Arbeitslosen ... bei etwa 25 % [liegt]“ (siehe oben, Nr. 15). Die Senkung der Altersgrenze hängt somit eindeutig mit genauen Schätzungen der Beschäftigung und nicht mit einer Ausnutzung der von der Gemeinschaft aufgestellten Verpflichtungen zusammen.

78. Aufgrund dieser Hinweise bin ich der Meinung, dass Paragraph 8 Nummer 3 der Rahmenvereinbarung einer nationalen Vorschrift wie § 14 Absatz 3 TzBfG in der Fassung des Hartz-Gesetzes nicht entgegen-

steht, die aus von der Umsetzung der Richtlinie 1999/70 unabhängigen gerechtfertigten Gründen der Beschäftigungsförderung das Alter, von dem ab uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden können, von 58 Jahren auf 52 Jahre gesenkt hat.

79. Es bleibt zu prüfen, ob diese Senkung der Altersgrenze mit der anderen Richtlinie (der Richtlinie 2000/78) vereinbar ist, auf die das vorliegende Gericht in seiner zweiten Vorabentscheidungsfrage Bezug genommen hat, die ich nunmehr untersuchen will.

C — Die Richtlinie 2000/78

80. Die zweite Frage des vorliegenden Gerichts geht dahin, ob Artikel 6 der Richtlinie 2000/78 einer nationalen Vorschrift wie § 14 Absatz 3 TzBfG in der Fassung des Hartz-Gesetzes entgegensteht, die den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, uneingeschränkt auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes gestattet und so von dem allgemeinen Grundsatz des innerstaatlichen Rechts abweicht, wonach in der Regel eine Rechtfertigung vorliegen muss.

81. Erinnern wir uns zunächst daran, dass Artikel 6 Absatz 1 dieser Richtlinie bestimmt, dass „die Mitgliedstaaten vorsehen [können], dass *Ungleichbehandlungen* wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen,

sofern sie *objektiv und angemessen* sind und im Rahmen des nationalen Rechts *durch ein legitimes Ziel*, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, *gerechtfertigt sind* und *die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind ...*“

82. Nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a können derartige Ungleichbehandlungen insbesondere „die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen [einschließen], einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die *berufliche Eingliederung* von ... älteren Arbeitnehmern ... zu *fördern* oder ihren Schutz sicherzustellen“.

83. Ich möchte auch daran erinnern, dass der Gerichtshof schon vor dem Erlass der Richtlinie 2000/78 und der in ihr enthaltenen besonderen Bestimmungen das Vorliegen eines allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes bekräftigt hat, der die Mitgliedstaaten „bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen bindet“, so dass er selbst anhand dieses Grundsatzes die nationalen Regelungen nachprüfen kann, die „in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts [fallen]“²⁷. Dieser Grundsatz besagt, dass „vergleichbare Sachverhalte nicht unter-

27 — Urteil vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-442/00 (Rodríguez Caballero, Slg. 2002, I-11915, Randnrn. 30 bis 32). Andere Fälle der Nachprüfung der Vereinbarkeit nationaler Vorschriften, die zur Durchführung von Gemeinschaftsrechtsakten, insbesondere von Verordnungen, erlassen wurden, mit dem Gemeinschaftsrecht sind Gegenstand der Urteile vom 25. November 1986 in den verbundenen Rechtssachen 201/85 und 202/85 (Klensch u. a., Slg. 1986, 3477, Randnrn. 9 und 10), vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-351/92 (Graf, Slg. 1994, 3361, Randnrn. 15 bis 17) und vom 17. April 1997 in der Rechtssache C-15/95 (EARL de Kerlast, Slg. 1997, I-1961, Randnrn. 35 bis 40).

schiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine *unterschiedliche Behandlung objektiv* [zur Verfolgung eines rechtmäßigen Zieles] *gerechtfertigt*²⁸ und „zur Erreichung des verfolgten Zieles *angemessen und erforderlich* ist“²⁹.

84. Wie sich aus dem Vergleich der beiden Vorschriften — der besonderen Bestimmung der Richtlinie und der gerade zitierten allgemeinen Vorschrift — ergibt, besagen sie im Wesentlichen dasselbe, so dass die Prüfung der Vereinbarkeit einer Norm wie der deutschen Vorschrift sehr wohl mit gleichen Ergebnissen anhand der einen wie der anderen vorgenommen werden könnte. Es wäre vielleicht besser, auf den — auch vom vorlegenden Gericht, wenngleich nur beiläufig, angesprochenen — Gleichheitsgrundsatz abzustellen, da dieser als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, dessen Inhalt eindeutig und unbedingt ist, Wirkungen für alle Rechtsbürger entfaltet mit der Folge, dass sich Herr Mangold gegen Rechtsanwalt Helm unmittelbar auf ihn berufen könnte — was bei der Richtlinie nicht der Fall ist — und das Arbeitsgericht ihn im Ausgangsverfahren anwenden könnte.

85. Aber das Ergebnis würde sich keinesfalls ändern, wenn man die Frage anhand des

Artikels 6 der Richtlinie 2000/78 beantworten wollte. Denn auch in diesem Fall ist bei der Prüfung, ob eine nationale Regelung wie § 14 Absatz 3 TzBfG eine Diskriminierung aufgrund des Alters darstellt, auf jeden Fall zu untersuchen, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt und ob sie gegebenenfalls objektiv zur Verfolgung eines rechtmäßigen Zieles gerechtfertigt und zur Erreichung dieses Zieles geeignet und erforderlich ist.

86. Vor Beginn dieser Prüfung sei daran erinnert, dass § 14 Absatz 3 TzBfG nach Änderung durch das Hartz-Gesetz wie folgt lautet: „Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat. Die Befristung ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht ... Bis zum 31. Dezember 2006 ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des 58. Lebensjahres das 52. Lebensjahr tritt.“

87. Dies vorausgeschickt, wende ich mich der genannten Prüfung zu, bei der, wie gesagt, festzustellen ist, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt, ob diese gegebenenfalls sachlich gerechtfertigt ist und ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet worden ist.

28 — Urteil vom 29. Juni 1995 in der Rechtssache C-56/94 (SCAC, Slg. 1995, I-1769, Randnr. 27), vom 17. April 1997 in der Rechtssache C-15/95, EARL de Kerlast (Randnr. 35), vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-354/95 (National Farmers' Union u. a., Slg. 1997, I-4559, Randnr. 61) und vom 13. April 2000 in der Rechtssache C-292/97 (Karlsson u. a., Slg. 2000, I-2737, Randnr. 39).

29 — Urteil vom 19. März 2002 in der Rechtssache C-476/99 (Lommers, Slg. 2002, I-2891, Randnr. 39).

88. Was den ersten Punkt angeht, gibt es meines Erachtens nicht viel Gründe für Zweifel. Wie das vorlegende Gericht ausgeführt hat, ist die Möglichkeit, uneingeschränkt und insbesondere auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes befristete Arbeitsverträge zu schließen, nur für Arbeitnehmer vorgesehen, die das 52. Lebensjahr vollendet haben. Die Ungleichbehandlung aufgrund des Alters ist somit ganz offensichtlich.

89. Trotz des Wortlauts der fraglichen Vorschrift ist meines Erachtens auch das Vorliegen einer, wenn auch stillschweigenden, sachlichen Rechtfertigung für diese Unterscheidung hinreichend klar.

90. Sieht man nämlich von der etwas irreführenden Formulierung der Bestimmung ab (die die Notwendigkeit eines „sachlichen Grundes“ für den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, auszuschließen scheint) und berücksichtigt man vielmehr — wie ich dies oben getan habe — die Arbeiten der Regierungskommission, die zum Erlass des Hartz-Gesetzes geführt haben (siehe oben, Nrn. 15, 76 und 77), so erkennt man, dass sowohl die zu prüfende als auch die dieser vorausgehende Vorschrift einen ganz genauen Grund haben. Alle diese Vorschriften sollen nämlich die berufliche Eingliederung der arbeitslosen älteren Arbeitnehmer fördern, die auch nach den von dieser Kommission bekannt gegebenen amtlichen Statistiken erhebliche Schwierigkeiten haben, einen neuen Arbeitsplatz zu finden.

91. Schwieriger ist es dagegen, festzustellen, ob dieses Ziel mit geeigneten und erforderlichen Mitteln verfolgt worden ist. Mir erscheinen die Ausführungen des vorlegenden Gerichts zu dieser Frage überzeugend, das eindeutig die Auffassung vertreten hat, dass § 14 Absatz 3 TzBfG über das, was zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung der älteren Arbeitnehmer erforderlich ist, hinausgeht.

92. Das Gericht hat erstens ausgeführt, dass nach der streitigen Vorschrift „mit einem Arbeitnehmer im Alter von 52 Jahren ... ein befristeter Arbeitsvertrag mit einer praktisch unbeschränkten Dauer (... z. B. 13 Jahre, also bis [zum Rentenalter von] 65 Jahre{n})“ oder bis zum Rentenalter „eine unbestimmte Vielzahl kurzfristig befristeter Arbeitsverträge mit einem oder mehreren Arbeitgebern abgeschlossen werden“ könnte³⁰.

93. Das Gericht hat außerdem darauf hingewiesen, dass die Altersgrenze von 52 Jahren, die im Übrigen niedriger sei als die von der genannten Regierungskommission genannte Altersgrenze von 55 Jahren (siehe oben, Nr. 15), in der Praxis um zwei weitere Jahre herabgesetzt werde, da die streitige Bestimmung eine befristete Einstellung ausschließe, wenn mit dem 52jährigen Arbeitnehmer „zuvor ein *unbefristetes Arbeitsverhältnis*“

30 — Siehe Vorlagebeschluss S. 12.

mit demselben Arbeitgeber bestand“, nicht dagegen, wenn mit diesem ein befristeter Arbeitsvertrag bestanden habe, der nach anderen Bestimmungen des TzBfG³¹ höchstens zwei Jahre dauern könne³².

94. Letztlich ermöglicht es die streitige Vorschrift nach Auffassung des vorlegenden Gerichts, dass Arbeitnehmer, die erstmals nach Vollendung des 50. Lebensjahres mit einem befristeten Vertrag eingestellt worden sind, in der Folgezeit bis zum Beginn des Rentenalters ohne irgendeine Einschränkung befristet beschäftigt werden können.

95. Unter diesen Umständen hat das vorliegende Gericht meines Erachtens Recht mit seiner Annahme, dass dies über das hinausgehe, was erforderlich sei, um die berufliche Eingliederung der älteren Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt zu fördern. Zwar wird diesen Arbeitnehmern die Suche nach einer neuen Beschäftigung erleichtert, aber um den Preis des grundsätzlichen *dauerhaften* Ausschlusses von der Garantie des unbefristeten Arbeitsvertrags, der doch nach der Absicht der Sozialpartner, die sich der Gemeinschaftsgesetzgeber zu Eigen gemacht hat, für alle „die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses“ bleiben muss (Punkt 6 der allgemeinen Erwägungen der Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 1999/70; vgl. Nr. 3).

96. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die im Hartz-Gesetz vorgesehene Senkung von 58 auf 52 Jahre nur bis zum 31. Dezember 2006 gilt. Dieser Einwand wird allein schon durch die Erwägung widerlegt, dass zu diesem Zeitpunkt ein großer Teil der Arbeitnehmer, auf die dieses Gesetz anwendbar ist (unter ihnen auch Herr Mangold), das 58. Lebensjahr vollendet haben und somit erneut unter die Sonderregelung des § 14 Absatz 3 TzBfG fallen werden. Zumindest für diese Personen ist somit der Ausschluss von der Garantie eines festen Beschäftigungsverhältnisses schon jetzt endgültig und deshalb unverhältnismäßig.

97. Aufgrund der Erwägungen des Arbeitsgerichts komme ich deshalb zu der Auffassung, dass das Ziel der beruflichen Wiedereingliederung der älteren Arbeitnehmer mit ganz unverhältnismäßigen Mitteln verfolgt wird und dass folglich die in § 14 Absatz 3 TzBfG für Arbeitnehmer, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, vorgesehene Behandlung eine wirkliche Diskriminierung aufgrund des Alters darstellt.

98. Aus diesen Gründen bin ich der Auffassung, dass Artikel 6 der Richtlinie 2000/78 und allgemeiner das Diskriminierungsverbot einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegenstehen, die den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, uneingeschränkt gestattet.

31 — § 14 Absatz 2 TzBfG.

32 — Siehe Vorlagebeschluss S. 6 und 12.

D — *Die Konsequenzen der Auslegung durch den Gerichtshof*

99. Vor einer abschließenden Stellungnahme bleibt noch zu prüfen, welche rechtlichen Konsequenzen das vorlegende Gericht in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der die Auslegung einer Richtlinie in einem Rechtsstreit zwischen Privatleuten erbeten wird, aus der Entscheidung des Gerichtshofes zu ziehen hat.

100. Es ist nämlich noch die dritte Frage des vorlegenden Gerichts zu beantworten, die dahin geht, welche Wirkung ein eventuelles Urteil, durch das die Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung wie der hier in Frage stehenden festgestellt wird, auf das Ausgangsverfahren hat und insbesondere ob dieses Gericht aufgrund eines solchen Urteils die Richtlinie unangewendet lassen kann.

101. Genau betrachtet würde sich diese Frage nicht stellen, wenn der Gerichtshof — entsprechend meinem Vorschlag — akzeptieren würde, die Unvereinbarkeit eines Gesetzes wie des hier in Rede stehenden festzustellen, indem er als Prüfungsmaßstab den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz benutzt, der klar, genau und unbeding und folglich auf alle Rechtsbürger anwendbar ist, so dass sich Privatleute sowohl gegenüber

dem Staat³³ als auch gegenüber anderen Privatleuten (siehe oben, Nr. 84) auf ihn berufen können. Es besteht nämlich kein Zweifel daran, dass in diesem Fall das vorlegende Gericht die zu diesem Grundsatz, der als unmittelbar wirksam angesehen wird, in Widerspruch stehende nationale Vorschrift unangewendet lassen müsste.

102. Die Frage würde dagegen ihre volle Bedeutung erlangen, wenn der Gerichtshof sich dafür entscheiden würde — wie ich alternativ dargelegt habe —, die Unvereinbarkeit aufgrund des in Artikel 6 der Richtlinie 2000/78 verankerten Diskriminierungsverbots auszusprechen. In diesem Fall würde sich die Beantwortung der Frage nämlich noch weiter dadurch komplizieren, dass zur Zeit des entscheidungserheblichen Sachverhalts die Frist für die Umsetzung dieser Richtlinie noch nicht abgelaufen war (siehe oben, Nrn. 8 und 9).

103. Dazu meinen das Arbeitsgericht und im Wesentlichen auch die Kommission, dass, falls die Richtlinien 1999/70 und 2000/78 einer Vorschrift wie § 14 Absatz 3 TzBfG in der Fassung des Hartz-Gesetzes entgegenstünden, die den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet hätten, uneingeschränkt gestatte, diese Vorschrift unangewendet bleiben und stattdessen die allgemeine Regel des § 14 Absatz 1 TzBfG Anwendung finden müsse, die den Abschluss derartiger Verträge nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes erlaube.

33 — Siehe Urteil vom 15. April 1997 in der Rechtssache C-27/95 (Bakers of Nailsea, Slg. 1997, I-1847, Randnr. 21).

104. Nach Auffassung des Arbeitsgerichts und der Kommission müsste die streitige nationale Regelung auch dann unangewendet bleiben, wenn sie als unvereinbar nur mit der Richtlinie 2000/78 angesehen würde, obwohl die Frist für deren Umsetzung noch nicht abgelaufen sei. In diesem Fall würde, wenn ich recht verstanden habe, eine derartige Konsequenz die natürliche Sanktion für die Verletzung der Verpflichtung der Mitgliedstaaten darstellen, während der Umsetzungsfrist keine Vorschriften zu erlassen, die — wie ihrer Meinung nach die hier in Rede stehende — geeignet sind, die Erreichung des in dieser Richtlinie vorgeschriebenen Zieles ernstlich in Frage zu stellen.

105. Zwar könnten — so führt die Kommission weiter aus — die Gemeinschaftsrichtlinien einschließlich derjenigen, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen sei, keine unmittelbaren, „horizontalen“ Wirkungen haben, d. h. Wirkungen gegenüber einer Privatperson, die wie Rechtsanwalt Helm von einer anderen Privatperson verklagt worden sei. Im vorliegenden Fall würde jedoch bei Anwendung der herangezogenen Richtlinien keine derartigen Wirkungen eintreten. Lasse man § 14 Absatz 3 TzBfG aus dem Spiel, so fände eine andere Vorschrift des nationalen Rechts — § 14 Absatz 1 TzBfG — Anwendung und nicht automatisch eine Bestimmung der genannten Richtlinien.

106. Ich kann dieser Auffassung nicht beipflichten, denn sie lässt außer Acht, dass bei

den erörterten Fallgestaltungen die Nichtanwendung der in Rede stehenden nationalen Vorschrift in Wirklichkeit eine unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechtsakts darstellen würde und dass es folglich dieser Letztere wäre, der dem Betroffenen die Möglichkeit versperrt, sich auf die Rechte zu berufen, die ihm von der seiner Rechtsordnung angehörenden Vorschrift verliehen worden sind.

107. Auf die vorliegende Rechtssache bezogen, würde die Gegenmeinung im Ergebnis dazu führen, dass Rechtsanwalt Helm durch eine Richtlinie die Möglichkeit genommen würde, sich vor dem Arbeitsgericht auf das ihm vom nationalen Recht gewährte Recht zu berufen, uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern zu schließen, die das 52. Lebensjahr vollendet haben³⁴.

108. Dies stünde natürlich im Widerspruch zu der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach die Richtlinien, die förmlich an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, „nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen [können], so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist“³⁵.

34 — In diesem Fall könnte man sich daher nicht (was im Übrigen auch das Arbeitsgericht und die Kommission nicht tun) auf das Urteil vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-443/98 (Unilever, Slg. 2000, I-7535) berufen, in dem der Gerichtshof der Nichtanwendung einer innerstaatlichen technischen Vorschrift zugestimmt hat, die während des in Artikel 9 der Richtlinie 83/189 vorgesehenen Aussetzungszeitraums erlassen worden war, aber nur deshalb, weil diese Richtlinie seiner Auffassung nach „weder Rechte noch Pflichten für Einzelne begründet“ und somit „keineswegs den materiellen Inhalt der Rechtsnorm fest[legt], auf deren Grundlage das nationale Gericht den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden [hat]“ (Randnr. 51).

35 — Siehe insbesondere Urteile vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723, Randnr. 48), vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 20), vom 7. Januar 2004 in der Rechtssache C-201/02 (Wells, Slg. 2004, I-723, Randnr. 56) und vom 3. Mai 2005 in den verbundenen Rechtssachen C-387/02, C-391/02 und C-403/02 (Berlusconi, Randnr. 73, Slg. 2005, I-3565).

109. Das ist jedoch nicht alles. Bekanntlich gilt dieser Grundsatz, wie mehrfach hervor-gehoben worden ist, für die Fälle, in denen die Umsetzungsfrist für die Richtlinie, auf die sich der Betroffene berufen hatte, bereits abgelaufen war und die den Mitgliedstaaten obliegende Verpflichtung folglich unter diesem Gesichtspunkt unbedingt war. Umso mehr muss er natürlich gelten, wenn diese Frist noch nicht abgelaufen ist.

110. Dieser Auffassung steht meines Erach- tens auch nicht die vom Arbeitsgericht und von der Kommission herangezogene Recht- sprechung entgegen, in der der Gerichtshof die Verpflichtung der Mitgliedstaaten bejaht hat, während der Umsetzungsfrist keine Vorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erreichung des in einer Richtlinie vorge- schriebenen Zieles ernstlich in Frage zu stellen³⁶. Er hat im Gegenteil gerade erst kürzlich klargestellt, dass das Bestehen dieser Verpflichtung der Mitgliedstaaten nicht das Recht der Einzelnen einschließt (das somit ausdrücklich ausgeschlossen wird), sich „vor den nationalen Gerichten“ auf die Richtlinie, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, zu berufen, „um die Nichtanwendung einer bestehenden nationalen Vorschrift zu erreichen, die gegen die Richtlinie ver- stößt“³⁷. Dieser Ausschluss ist natürlich

umso mehr gerechtfertigt, wenn sich wie in der vorliegenden Rechtssache im Ausgangs- verfahren zwei Privatpersonen gegenüber- stehen.

111. Deshalb kann das Arbeitsgericht mei- nes Erachtens § 14 Absatz 3 TzBfG in der Fassung des Hartz-Gesetzes in dem Aus- gangsrechtsstreit zwischen Herrn Mangold und Rechtsanwalt Helm nicht wegen Unver- einbarkeit mit der Richtlinie 1999/70 oder — nach der von mir befürworteten Lösung — mit der Richtlinie 2000/78 zu Lasten des Letzteren unangewendet lassen.

112. Dies vorausgeschickt, muss ich aller- dings hinzufügen, dass dieses Ergebnis — ebenfalls nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes — das nationale Gericht nicht von der Verpflichtung entbindet, das nationale Recht richtlinienkonform auszule- gen.

113. Denn für den Fall, dass eine Richtlinie keine unmittelbaren Wirkungen im Aus- gangsverfahren entfalten kann, hat der Ge- richtshof schon vor einiger Zeit klargestellt, dass das vorliegende Gericht „unter Berück- sichtigung des gesamten nationalen Rechts alles tun muss, was in seiner Zuständigkeit liegt“, um „durch die Anwendung seiner

36 — Urteile vom 18. Dezember 1997 in der Rechtssache C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie, Slg. 1997, I-7411, Randnr. 45) und vom 8. Mai 2003 in der Rechtssache C-14/02 (ATRAL, Slg. 2003, I-4431, Randnr. 58).

37 — Urteil vom 5. Februar 2004 in der Rechtssache C-157/02 (Rieser, Slg. 2004, I-1477, Randnr. 69).

Auslegungsmethoden“ „das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen“³⁸. Dazu kommt ebenso wie für die anderen Organe der Mitgliedstaaten die sich aus Artikel 249 Absatz 3 EG, der die Verbindlichkeit der Richtlinien festlegt, und allgemeiner aus Artikel 10 Absatz 2 EG ergebende Pflicht, „alle ... Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen“, die zur Sicherstellung der Einhaltung des Gemeinschaftsrechts erforderlich sind³⁹.

Richtlinien, die wie die Richtlinie 2000/78 (die meines Erachtens hier eher von Bedeutung ist, siehe oben, Nr. 98) zur entscheidungserheblichen Zeit bereits in Kraft getreten waren, deren Umsetzungsfrist zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht abgelaufen war⁴⁰.

114. Die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung gilt ohne weiteres im Hinblick auf die Richtlinie 1999/70, deren Umsetzungsfrist zur Zeit des Abschlusses des Arbeitsvertrages zwischen Herrn Mangold und Rechtsanwalt Helm bereits abgelaufen war, die jedoch meiner Meinung nach hier nicht einschlägig ist, da die Fragen, in denen auf sie Bezug genommen wird, für unzulässig erklärt (Frage 1b, siehe oben, Nr. 42) oder verneint werden müssen (Frage 1a, siehe oben, Nr. 78).

115. Diese Verpflichtung gilt aber bei genauerer Betrachtung auch für diejenigen

116. Dies möchte ich im Folgenden begründen.

117. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung eine der „strukturellen“ Wirkungen der Gemeinschaftsnorm darstellt, die zusammen mit dem „einschneidenderen“ Instrument der direkten Wirkung die Anpassung des innerstaatlichen Rechts an die Inhalte und die Ziele des Gemeinschaftsrechts ermöglichen. Eben wegen ihrer genannten Natur gilt diese Verpflichtung für alle Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts, ob es sich dabei nun um primäres⁴¹ oder abgeleitetes⁴² Recht, um Vorschriften zwingenden Rechts⁴³ oder um solche nachgiebigen Rechts handelt. Sogar im Hinblick auf Empfehlungen hat der Gerichtshof entschied-

38 — Urteil vom 5. Oktober 2004 in den verbundenen Rechts-sachen C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u. a., Slg. 2004, I-8835, Randnrn. 113, 115, 116 und 118).

39 — Siehe insbesondere Urteile vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8), Faccini Dori (Randnr. 26), Inter-Environnement Wallonie (Randnr. 40) und vom 25. Februar 1999 in der Rechtssache C-131/97 (Carbonari u. a., Slg. 1999, I-1103, Randnr. 48).

40 — In diesem Sinne Urteil vom 8. Oktober 1987 in der Rechtssache 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen, Slg. 1987, 3969, Randnrn. 15 und 16).

41 — Siehe Urteil vom 4. Februar 1988 in der Rechtssache 157/86 (Murphy, Slg. 1988, 673, Randnr. 11).

42 — Siehe die in den Fußnoten 34 und 35 zitierten Urteile.

43 — Siehe die in den Fußnoten 34 und 35 zitierten Urteile.

den, dass „[d]ie innerstaatlichen Gerichte ... verpflichtet [sind], bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten die Empfehlungen zu berücksichtigen“⁴⁴.

118. Selbstverständlich muss die genannte Verpflichtung also auch im Hinblick auf die Richtlinien bejaht werden, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, zumal diese Teil der Rechtsordnung sind und nicht erst vom Ablauf der genannten Frist an, sondern vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an zwingende rechtliche Wirkungen entfalten, d. h. gemäß Artikel 254 EG zu dem durch sie festgelegten Zeitpunkt oder andernfalls am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung.

119. Hierfür spricht im Übrigen auch die zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofes (siehe oben, Nrn. 104 und 110), wonach „[d]ie Mitgliedstaaten ... zwar nicht verpflichtet [sind], [die] Maßnahmen [zur Umsetzung einer Richtlinie] vor Ablauf der Umsetzungsfrist zu erlassen“, sich jedoch aus Artikel 10 Absatz 2 EG in Verbindung mit Artikel 249 Absatz 3 EG ergibt, dass sie „während dieser Frist den Erlass von Vorschriften unterlassen müssen, die geeignet sind, das in dieser Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen“⁴⁵.

120. Es steht also außer Zweifel, dass diese Unterlassungspflicht ebenso wie die positive

Pflicht, alles Notwendige zu unternehmen, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen, *allen Organen der Mitgliedstaaten obliegt*, einschließlich — im Rahmen ihrer Zuständigkeiten — den einzelstaatlichen Gerichten. Demnach müssen auch diese, solange die Umsetzungsfrist noch läuft, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ihr Möglichstes tun, um zu verhindern, dass die Erreichung des in einer Richtlinie vorgeschriebenen Zieles in Frage gestellt wird. Sie müssen sich mit anderen Worten alle Mühe geben, der Auslegung des innerstaatlichen Rechts den Vorzug zu geben, die dem Buchstaben und dem Geist der Richtlinie am meisten entspricht.

121. Indem ich mich nun der vorliegenden Rechtssache zuwende und die bisher vorgenommenen Prüfungen zusammenfasse, komme ich zu dem Ergebnis, dass das Arbeitsgericht in dem Rechtsstreit zwischen Herrn Mangold und Rechtsanwalt Helm § 14 Absatz 3 TzBfG in der Fassung des Hartz-Gesetzes nicht zu Lasten des Letzteren wegen Unvereinbarkeit mit dem in Artikel 6 der Richtlinie 2000/78 verankerten Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters unangewendet lassen darf. Aber auch wenn die Frist für die Umsetzung dieser Richtlinie noch nicht abgelaufen ist, muss dieses Gericht das gesamte nationale Recht einschließlich der Vorschriften mit Verfassungsrang, die dasselbe Verbot enthalten, berücksichtigen, um so weit wie möglich zu einem Ergebnis zu kommen, das mit dem in der Richtlinie vorgeschriebenen in Einklang steht.

44 — Siehe Urteil vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache 322/88 (Grimaldi, Slg. 1989, 4407, Randnr. 18). Hervorhebung von mir.

45 — Urteil Inter-Environnement Wallonie (Randnr. 45).

122. Aus all den dargelegten Gründen komme ich also zu dem Ergebnis, dass ein nationales Gericht, dem ein Rechtsstreit zur Entscheidung vorliegt, dessen Parteien ausschließlich Privatpersonen sind, nicht zu deren Lasten die Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet lassen darf, die gegen eine Richtlinie verstoßen. Aufgrund der Verpflichtungen, die sich aus Artikel 10

Absatz 2 EG in Verbindung mit Artikel 249 Absatz 3 EG ergeben, ist das nationale Gericht jedoch verpflichtet, diese Vorschriften so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zieles der Richtlinie auszulegen, um das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen; dies gilt auch für Richtlinien, für die die Frist zur Umsetzung ins nationale Recht noch nicht abgelaufen ist.

IV — Ergebnis

Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Arbeitsgericht München folgende Antwort zu geben:

1. a) Paragraf 8 Nummer 3 der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge steht einer nationalen Vorschrift wie § 14 Absatz 3 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21. Dezember 2000 (TzBfG) in der Fassung des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 (Hartz-Gesetz) nicht entgegen, die aus von der Umsetzung der Richtlinie 1999/70 unabhängigen gerechtfertigten Gründen der Beschäftigungsförderung das Alter, von dem ab uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden können, von 58 Jahren auf 52 Jahre senkt.

1. b) Der Gerichtshof ist für die Beantwortung der Frage 1b) nicht zuständig.
2. Artikel 6 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und allgemeiner das allgemeine Diskriminierungsverbot stehen einer nationalen Regelung wie der des § 14 Nummer 3 TzBfG in der Fassung des Hartz-Gesetzes entgegen, die den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, uneingeschränkt gestattet.
3. Ein nationales Gericht, dem ein Rechtsstreit zur Entscheidung vorliegt, dessen Parteien ausschließlich Privatpersonen sind, darf nicht zu deren Lasten die Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet lassen, die gegen eine Richtlinie verstoßen.

Aufgrund der Verpflichtungen, die sich aus Artikel 10 Absatz 2 EG in Verbindung mit Artikel 249 Absatz 3 EG ergeben, ist das nationale Gericht jedoch verpflichtet, diese Vorschriften so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zieles der Richtlinie auszulegen, um das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen; dies gilt auch für Richtlinien, für die die Frist für die Umsetzung ins nationale Recht noch nicht abgelaufen ist.