

# **Rechtsstaatswidriger Griff in die Kasse des Arbeitgebers? - Rückwirkende Änderung von Arbeitsverträgen durch die Rechtsprechung?<sup>1</sup>**

## **Gliederung**

- I. Einleitung
- II. Der Fall Mangold
  - 1. Die Ausgangslage
  - 2. Unterschiedliche Wege zur Lösung des Problems
    - a. Die Feststellung des BVerfG, Mangold sei ein ausbrechender Rechtsakt
    - b. Die Theorie der zwei Rechtskreise
    - c. Vertrauensschutz für den Arbeitgeber
    - d. Die Folgen des Vertrauensschutzes
- III. Die Fälle Schultz-Hoff, Stringer u. a.
- IV. Schluss

## **I. Einleitung**

1. „Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter“, so hat Abbo Junker 1994 einen Aufsatz in der NJW überschrieben. Die dort gebotene Kost ist deftig. So wird in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH formuliert: „Wo anfangs gähnende Langeweile herrschte, rappelt es nun im Karton. So wie in den fünfziger Jahren die „schwarze Serie“ hochbrisanter Krimifälle die Kinozuschauer in Atem hielt, schlägt in den neunziger Jahren die Rechtsprechung des EuGH das arbeitsrechtliche Fachpublikum in ihren Bann.“<sup>2</sup>

Junker bespricht in seinem Aufsatz die Entscheidungen Paletta I, Bötel und Christel Schmidt, eine – wie er es nennt – „Trilogie der permanenten Verwunderung“<sup>3</sup> und kommt zum Ergebnis, die Rechtsprechung im Fall Christel Schmidt sei lebensfremd und sachfern. Man könne sich des Eindrucks nicht erwehren, der Gerichtshof wolle bewusst Kopfschütteln hervorrufen, um Aufmerksamkeit zu erregen. „Der verbreitete Unmut über solche – im wahrsten Sinne des Wortes – verantwortungslosen Entscheidungen wird sich bei vielen gegen Europa richten; der europäische Gedanke wird im Tagesgeschäft verschlissen ..... Die Institutionen der Gemeinschaft fügen der europäischen Idee zurzeit größeren Schaden zu als die Gegner der europäischen Integration.“<sup>4</sup>

2. Manch einer mag diese Ausführungen als jugendlichen Übermut eines Nachwuchswissenschaftlers angesehen haben. Manch einer mag die genannten Urteile als Ausreißer angesehen haben, die sich nicht wiederholt haben. Die Aufregung um die Rechtsprechung des EuGH schien sich in den Jahren nach 1994 gelegt zu haben, die Urteile des EuGH schienen zunehmend akzeptiert zu werden. Das hat sich nach meinem Eindruck allerdings mit dem Mangold-Urteil schlagartig geändert. Ein Urteil, das einen Mann, dem man wohl kaum jugendlichen Übermut attestieren kann, zu der Forderung veranlasst hat:

<sup>1</sup> Um einige, wenige Fußnoten ergänzte Fassung des Vortrags, den ich am 16.07.2009 in Stuttgart bei der Vereinigung „Blickpunkt Arbeitsrecht“ (vgl. [www.blickpunkt-arbeitsrecht.de](http://www.blickpunkt-arbeitsrecht.de)) gehalten habe.

<sup>2</sup> Junker, NJW 1994, 2527.

<sup>3</sup> Junker, NJW 1994, 2527.

<sup>4</sup> Junker, NJW 1994, 2527, 2528.

„Stoppt den Europäischen Gerichtshof!“ So lautet nämlich die Überschrift eines Aufsatzes, den Roman Herzog zusammen mit Lüder Gerken Anfang September 2008 in der FAZ<sup>5</sup> und im Mai 2009 in der DRiZ<sup>6</sup> veröffentlicht hat. In diesem Aufsatz finden sich deutliche Worte: Die immer fragwürdigeren Urteile aus Luxemburg verlangten nach einer gerichtlichen Kontrollinstanz. Der EuGH ignoriere bewusst und systematisch zentrale Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung, begründe Entscheidungen unsauber, umgehe den Willen des Gesetzgebers oder verkehre ihn gar in sein Gegenteil und erfinde Rechtsgrundsätze.<sup>7</sup> Der EuGH habe inzwischen ein Großteil des Vertrauens verspielt, das ihm einst entgegengebracht worden sei. Das BVerfG werde bald ein Urteil sprechen (gemeint ist die Entscheidung in der Sache Honeywell), das für die Entwicklung der europäischen Rechtsprechung von grundlegender Bedeutung sei. Es gehe um die Frage, ob die exzessive Rechtsprechung des EuGH künftig wieder einer strengeren Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterworfen werde oder ob das Bundesverfassungsgericht seine Wächterfunktion endgültig aufgeben wolle.<sup>8</sup>

Herzog und Gerken weisen sodann darauf hin, der EuGH habe die Kompetenzordnung früher stets respektiert. Wenn ein mitgliedstaatliches Gesetz mit einer EU-Richtlinie unvereinbar gewesen sei, habe sich der EuGH darauf beschränkt, diese Unvereinbarkeit festzustellen. Der Mitgliedstaat habe zwar sein Gesetz ändern müssen. Bis das geschehen sei, habe aber die alte, EU-rechtswidrige Fassung weiter gegolten. Der Bürger habe sich also auf die Verbindlichkeit seines nationalen Rechts verlassen können. Das sei jetzt anders. Die Mangold-Entscheidung habe zur Folge, dass alle auf Basis der deutschen Arbeitsmarktreform geschlossenen, befristeten Arbeitsverhältnisse über Nacht in unbefristete umgewandelt gewesen seien, mit den entsprechenden materiellen Folgeschäden für die betroffenen Unternehmen.<sup>9</sup>

Die vielfältige Kritik an der Mangold-Entscheidung hat Fastenrath in einem Artikel in der FAZ unter der Überschrift „Prügelknabe EuGH“ als überzogen bezeichnet. Pauschale Kritik am Europäischen Gerichtshof offenbare Unkenntnis des Europarechts. Manches „Fehlurteil“ sei gar keins. Im Fall Mangold habe man mit guten Gründen auch anders entscheiden können als der EuGH. Das sei nun einmal so bei Rechtsfragen. Es handele sich aber nicht um ein Fehlurteil, mit dem man Stimmung gegen Europa machen könne.<sup>10</sup>

**3.** Ich will im Folgenden nicht die Frage erörtern, ob das Urteil in der Rechtssache Mangold fehlerhaft ist oder nicht.<sup>11</sup> Mich interessieren die Auswirkungen des Urteils und zwar konkret, die Auswirkungen des Urteils auf den Individualarbeitsvertrag. Und bezüglich der Auswirkungen haben Herzog und Gerken Recht. Ausgelöst durch das Urteil des EuGH und „umgesetzt“ durch die Rechtsprechung des BAG sind über Nacht befristete in unbefristete Arbeitsverhältnisse umgewandelt worden. Durch die Rechtsprechung des EuGH ist rückwirkend der Inhalt des Individualarbeitsvertrages geändert worden. Er endet nicht wie vorgesehen, er besteht vielmehr fort.

Wenn der Arbeitgeber die ihm so zugewachsenen unbefristet beschäftigten Arbeitnehmer nicht braucht, wird er erhebliche Mühen und Kosten aufwenden müssen, um die überflüssigen Arbeitsverhältnisse abzubauen. Es entsteht dem Arbeitgeber erheblicher Schaden, die

<sup>5</sup> Herzog/Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ v. 08.09.2008, S. 8.

<sup>6</sup> Herzog/Gerken, DRiZ 2009, 141.

<sup>7</sup> Herzog/Gerken, DRiZ 2009, 141, 144.

<sup>8</sup> Herzog/Gerken, DRiZ 2009, 141.

<sup>9</sup> Herzog/Gerken, DRiZ 2009, 141, 142.

<sup>10</sup> Fastenrath, Prügelknabe EuGH, FAZ v. 04.06.2009, S. 8.

<sup>11</sup> Vgl. dazu nur Preis, NZA 2006, 401, 408, der EuGH habe in der Sache Mangold einen Akt unzulässiger Rechtsfortbildung vollzogen.

wirtschaftlichen Dispositionen bezüglich seiner Arbeitnehmer erweisen sich als nicht tragfähig, obwohl er sich völlig gesetzestreu verhalten hat, obwohl er den Anweisungen des § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. gefolgt ist. Die Rechtsprechung des EuGH führt also zu einem Griff in die Kasse des Arbeitgebers. Dieses Ergebnis, dass der Bürger (in unserem Fall der Arbeitgeber, es kann in anderen Fallkonstellationen aber ebenso gut den Arbeitnehmer treffen), der auf die Gültigkeit des Gesetzes vertraut und sich gesetzeskonform verhalten hat, weil er vertraut hat, Schaden erleidet, scheint mir ein unerträgliches Ergebnis, das zwingend korrigiert werden muss.

4. Im Folgenden sollen zwei Fallkonstellationen angesprochen werden:

Zunächst die Fallkonstellation, wie sie durch das Mangold-Urteil entstanden ist. Folgende Fragen sollen beantwortet werden:

- Wie kann verhindert werden, dass in Folge der Mangold-Entscheidung über Nacht aus befristeten unbefristete Arbeitsverhältnisse entstanden sind?
- Und wenn sich das nicht verhindern lässt, ist dann der Arbeitgeber wenigstens von jeglichem Schaden freizustellen?

Sodann soll auf die Fallkonstellation eingegangen werden, die durch die Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH entstanden ist:

- Kann es richtig sein, dass ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der seit Jahren krank war und der ohne seine Arbeit wieder aufgenommen zu haben, in den Ruhestand tritt, für die Jahre der Krankheit Urlaubsabgeltung gewähren muss?

## **II. Der Fall Mangold**

### **1. Die Ausgangslage**

Bevor die oben im Zusammenhang mit der Rechtssache Mangold angesprochenen Fragen beantwortet werden, sollen kurz die in unserem Zusammenhang wichtigen Fakten in Erinnerung gerufen werden.

Für die befristete Einstellung älterer Arbeitnehmer galt ab 01.01.2003 § 14 Abs. 3 TzBfG in folgender Fassung:

Satz 1: „Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat.“

Satz 4: „Bis zum 31. Dezember 2006 ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des 58. Lebensjahres das 52. Lebensjahr tritt.“

Beachtliche Stimmen in der Literatur haben die Norm als europarechtswidrig angesehen; sie genüge nicht den Vorgaben der Richtlinie 1999/70/EG. Danach müssten die Mitgliedstaaten nämlich für aufeinander folgende befristete Verträge entweder das Erfordernis eines sachlichen Grundes, eine Befristungshöchstdauer oder eine Höchstzahl von Verlängerungen vorsehen.<sup>12</sup> § 14 Abs. 3 TzBfG sah keine dieser Einschränkungen vor.

<sup>12</sup> Kerwer, NZA 2002, 1316 f.

Es war daher nicht sonderlich überraschend, dass der EuGH im Mangold-Urteil vom 22.11.2005<sup>13</sup> § 14 Abs. 3 TzBfG als europarechtswidrig angesehen hat, zumal das Gericht gute Gründe dafür nennt, dass durch § 14 Abs. 3 TzBfG Arbeitnehmer wegen ihres Alters diskriminiert werden. Der EuGH führt insoweit aus: „.... läuft die Anwendung nationaler Rechtsvorschriften wie der im Ausgangsverfahren streitigen jedoch darauf hinaus, dass allen Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, unterschiedslos – gleichgültig, ob und wie lange sie vor Abschluss des Arbeitsvertrages arbeitslos waren – bis zum Erreichen des Alters, ab dem sie ihre Rentenansprüche geltend machen können, befristete, unbegrenzt häufig verlängerbare Arbeitsverträge angeboten werden können. Diese große, ausschließlich nach dem Lebensalter definierte Gruppe von Arbeitnehmern läuft damit während eines erheblichen Teils ihres Berufslebens Gefahr, von festen Beschäftigungsverhältnissen ausgeschlossen zu sein, die doch .... einen wichtigen Aspekt des Arbeitnehmerschutzes darstellen.“<sup>14</sup>

Der Sturm der Entrüstung, den das Mangold-Urteil ausgelöst hat, beruht nicht auf dem Ergebnis, dass § 14 Abs. 3 TzBfG europarechtswidrig ist. Er beruht darauf, dass der EuGH seine Entscheidung letztlich nicht darauf gestützt hat, dass die nationale Norm richtlinienwidrig ist. Hätte der EuGH in seinem Urteil ausgesprochen, § 14 Abs. 3 TzBfG sei richtlinienwidrig, würde dieses Urteil heute nicht mehr in der Diskussion stehen. Es gäbe keine Probleme mit dem Vertrauensschutz, es wäre nicht dazu gekommen, dass aus befristeten unbefristete Verträge geworden sind. Denn, so ist in der Literatur zu Recht formuliert worden, „die beschränkte 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“.<sup>15</sup> § 14 Abs. 3 TzBfG hätte also bis zur Änderung des Gesetzes weiter gegolten. Die unter seiner Geltung abgeschlossenen Verträge wären wirksam befristet gewesen. Ein Rückwirkungsproblem wäre nicht entstanden.

Der EuGH hat aber nicht den Weg über die Richtlinienwidrigkeit gewählt. Er hat vielmehr sein Urteil darauf gestützt, dass § 14 Abs. 3 TzBfG gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, nämlich das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstoße. Folge der – wie viele sagen – Erfindung dieses allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts ist, dass es „dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters anhängig ist, obliegt im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt.“<sup>16</sup>

Das bedeutet nach der Entscheidung des 7. Senats des BAG vom 26.04.2006 (Honeywell), dass eine Befristung nicht auf § 14 Abs. 3 TzBfG gestützt werden kann. Die Vorschrift verstoße gegen Gemeinschaftsrecht und sei deshalb nicht, auch nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes, zu Gunsten des Beklagten anzuwenden.<sup>17</sup> Folge war, dass das Gericht der Entfristungsklage stattgegeben hat; aus dem ursprünglich gem. § 14 Abs. 3 TzBfG befristeten Arbeitsverhältnis ist ein unbefristetes Arbeitsverhältnis geworden.

<sup>13</sup> EuGH, NZA 2005, 1345.

<sup>14</sup> EuGH, NZA 2005, 1345, 1347, Rdn. 64.

<sup>15</sup> Gerken/Rieble/Roth/Stein/Strein, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, Saarbrücker Bibliothek, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek2/katalog.php>, S. 28.

<sup>16</sup> EuGH, NZA 2005, 1345, 1348, Rdn. 77.

<sup>17</sup> BAG, NZA 2006, 1162.

In seiner Entscheidung legt das BAG im Einzelnen dar, die Entscheidung des EuGH sei richtig, insbesondere halte sich das Ergebnis der Entscheidung des EuGH innerhalb der durch die deutschen Zustimmungsgesetze zum europäischen Integrationsprozess gezogenen Grenzen.<sup>18</sup> Eine erneute Vorlage an den EuGH sei weder aus gemeinschaftsrechtlichen noch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten.<sup>19</sup>

Das BAG befasst sich – in unserem Zusammenhang von besonderer Bedeutung – intensiv mit dem Vertrauensschutz und führt aus, § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG a. F. sei nicht auf eine vor Erlass des Urteils des EuGH getroffene Befristungsabrede anwendbar; das fordere weder der gemeinschaftsrechtliche noch der nationale Vertrauensschutz. Die Beklagte könne sich deshalb nicht auf gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutz berufen, weil die Entscheidung über die Reichweite des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes wegen des Grundsatzes der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts dem EuGH vorbehalten sei. Die Einschränkung der zeitlichen Wirkung einer im Vorab-Entscheidungsverfahren getroffenen Entscheidung müsse überdies im Urteil selbst enthalten sein, durch das über das Auslegungsergebnis entschieden werde. Der EuGH habe aber weder im Tenor noch in den Gründen die Wirkungen seiner Entscheidungen zeitlich beschränkt.<sup>20</sup>

Im Übrigen war das BAG der Auffassung, es könne für den Streitfall offen bleiben, ob die nationalen Gerichte nach einem Unanwendbarkeitsausspruch des EuGH befugt seien, durch die Gewährung von Vertrauensschutz nach nationalem Verfassungsrecht die zeitliche Wirkung des Unanwendbarkeitsausspruchs einzuschränken, da die Voraussetzungen für die Gewährung von Vertrauensschutz nach nationalem Recht nicht vorgelegen hätten.<sup>21</sup> Auf die Frage der Gewährung des Vertrauensschutzes nach nationalem Recht wird zurückzukommen sein.

Die unterlegene Partei, die Honeywell-Bremsbelag GmbH hat im August 2006 Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BAG eingelegt.<sup>22</sup>

Als Ergebnis der Rechtsprechung von EuGH und BAG bleibt festzuhalten, dass, wie die Kritiker zu Recht angemerkt haben, über Nacht aus befristeten unbefristete Arbeitsverhältnisse geworden sind, die den Arbeitgeber ggf. in erheblicher Weise finanziell belasten. Es stellt sich daher die oben bereits angesprochene Frage, wie dieses Ergebnis verhindert werden kann bzw. wie sich erreichen lässt, dass der Arbeitgeber wenigstens von jeglichem Schaden freigestellt wird. Hier sind mehrere Wege denkbar.

## 2. Unterschiedliche Wege zur Lösung des Problems

### a. Die Feststellung des BVerfG, Mangold sei ein ausbrechender Rechtsakt

Jüngst haben Gerken, Rieble, Roth, Stein und Streinz eine Studie mit dem Titel „Mangold als ausbrechender Rechtsakt“<sup>23</sup> vorgelegt. Die Studie kommt zum Ergebnis, der EuGH habe durch die freihändige Erfindung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes in nationale

<sup>18</sup> BAG, NZA 2006, 1162, 1165 Rdn. 20.

<sup>19</sup> BAG, NZA 2006, 1162, 1167 Rdn. 31.

<sup>20</sup> BAG, NZA 2006, 1162, 1168, Rdn. 41, 45.

<sup>21</sup> BAG, NZA 2006, 1162, Orientierungssatz 8.

<sup>22</sup> Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek2/katalog.php>, S. 28.

<sup>23</sup> Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek2/katalog.php>.

Gestaltungskompetenzen eingegriffen. Das Vorgehen des EuGH verletze Art. 220 EG, der dem EuGH im institutionellen Gefüge der Europäischen Gemeinschaften lediglich die Rolle einer die Exekutive und die Legislative kontrollierenden dritten Gewalt zuweise.<sup>24</sup> Die konkrete Ausgestaltung der Diskriminierungsverbote sei nämlich in Art. 13 EG dem europäischen Gesetzgeber und nicht dem EuGH überantwortet. Ein politischer Rechtssetzungswille, wie er insbesondere auch in der Entscheidung Mangold zum Ausdruck komme, sei von der Delegation deutscher Staatsgewalt an die EU nicht gedeckt, weil er den Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats widerspreche.<sup>25</sup>

Im Ergebnis liege daher mit dem Mangold-Urteil ein ausbrechender Akt im Sinne der (Maastricht- und Lissabon-) Rechtsprechung des BVerfG vor. Wenn nun das Verfassungsgericht eines Mitgliedstaates feststelle, es liege ein ausbrechender Rechtsakt vor, so habe das dieselbe Konsequenz wie die Nicht-Zustimmung eines Mitgliedstaates zu einer legislativen Primärrechtsänderung, die Einstimmigkeit voraussetze. Das Urteil des EuGH entfalte dann in keinem Mitgliedstaat Gültigkeit. Daher werde auch die Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht beschädigt.<sup>26</sup>

Dies wäre zugegebenermaßen ein Weg, mit dem aus der Mangold-Entscheidung resultierenden unerträglichen Folgen fertig zu werden. So sehr das zu begrüßen wäre, so scheint doch der angebotene Weg problematisch. Meine Bedenken fasse ich in folgende Fragen: Was ist, wenn eines der vielen nationalen Verfassungsgerichte dem EuGH konsequent die Gefolgschaft verweigert und ständig die Entscheidungen des EuGH als ausbrechende Rechtsakte qualifiziert mit der Folge, dass die Entscheidungen des EuGH keine Gültigkeit entfalten? Wie ist es dann um die Fortbildung des Rechts und die Einheit der Rechtsordnung in der EU bestellt? Was ist, wenn das BVerfG das Mangold-Urteil tatsächlich als ausbrechenden Rechtsakt ansehen würde und es würden einige Verfassungsgerichte anderer Länder auf der Gültigkeit des EuGH-Urteils bestehen. Dann ist genau das eingetreten, was es unbedingt zu verhindern gilt. Das BVerfG hat das in der Lissabon-Entscheidung – wie folgt – umschrieben: „Der Integrationsauftrag des Grundgesetzes und das geltende europäische Vertragsrecht fordern mit der Idee einer unionsweiten Rechtsgemeinschaft die Beschränkung der Ausübung mitgliedstaatlicher Rechtsprechungsgewalt. Es sollen keine die Integration gefährdenden Wirkungen dadurch eintreten, dass die Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung durch unterschiedliche Anwendbarkeitsentscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte in Frage gestellt wird.“<sup>27</sup>

Ein weiteres: Es ist zwar richtig, dass sich das BVerfG eine „Reservekompetenz“<sup>28</sup> vorbehalten hat für den Fall „von ersichtlichen Grenzüberschreitungen bei Inanspruchnahme von Zuständigkeiten durch die Europäische Union“<sup>29</sup> zur Wahrung des unantastbaren Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes. Stellt aber das Mangold-Urteil wirklich einen Fall dar, in dem diese Reservekompetenz zum Tragen kommen kann und muss?

<sup>24</sup> Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek2/katalog.php>, S. 24.

<sup>25</sup> Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek2/katalog.php>, S. 47.

<sup>26</sup> Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek2/katalog.php>, S. 48 f.

<sup>27</sup> BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 101/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, Rdn. 337.

<sup>28</sup> BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 101/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, Rdn. 341.

<sup>29</sup> BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 101/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, Rdn. 240.

Ich glaube nicht. Es mag die Entscheidung des EuGH falsch sein. Ich sehe aber nicht, dass durch die Entscheidung die Rechtsgüter verletzt sind, zu deren Schutz sich das BVerfG die „Reservekompetenz“ vorbehalten hat. Es scheint mir daher die Mangold-Entscheidung nicht der richtige Anlass, die bisherige auf der besonnenen Rechtsprechung des BVerfG beruhende Kooperation zwischen EuGH und BVerfG in eine Konfrontationsphase zu überführen. Dies umso mehr, als m. E. die aufgrund der Rechtsprechung des EuGH und des BAG derzeitigen – unerträglichen – Ergebnisse auf anderem Wege bereinigt werden können.

## **b. Die Theorie der zwei Rechtskreise**

Dabei könnte die vom BVerfG in anderem Zusammenhang entwickelte Theorie der zwei Rechtskreise helfen. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 8. Juni 1977 formuliert:

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es ... denkbar, dass ein Vertragsgesetz die Verfassung verletzt, während der Vertrag, auf den es sich bezieht, völkerrechtlich bindet. In solchen Fällen mag der Staat zwar völkerrechtlich verpflichtet sein, den abgeschlossenen Vertrag durchzuführen; er kann aber die Pflicht haben, den dadurch geschaffenen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen, soweit dies möglich ist.“ .... Der Gesetzgeber kann gehalten sein, alle „Möglichkeit(en) eines irgendwie gearteten Ausgleichs“ ..... auszuschöpfen, um auf diese Weise den Erfordernissen beider Rechtskreise Rechnung zu tragen.<sup>30</sup>

Auf das Verhältnis Europäische Union – Nationalstaat übertragen wäre das der Gedanke, dass es in dem einen Rechtskreis, nämlich auf Unionsebene, Rechtsakte (etwa Urteile des EuGH) geben kann, die gültig und im anderen Rechtskreis – im Nationalstaat – anwendbar sind, die aber – etwa aufgrund nationaler Besonderheiten oder nationaler Versäumnisse oder falscher fachgerichtlicher Rechtsprechung – im anderen Rechtskreis zu verfassungswidrigen Zuständen führen. Ergebnis der Theorie von den zwei Rechtskreisen wäre dann, dass zum einen die europäische Ebene unberührt bliebe, dass also dem Urteil des EuGH nicht die Gefolgschaft versagt würde, dass aber zum anderen versucht würde, die auf nationaler Ebene auftretenden verfassungsrechtlichen Defizite auszugleichen.

## **c. Vertrauensschutz für den Arbeitgeber**

Das führt dann unmittelbar zur Frage, ob durch die Mangold-Entscheidung des EuGH im Zusammenwirken mit der Honeywell-Entscheidung des BAG in eine verfassungsrechtlich geschützte Stellung des Arbeitgebers eingegriffen wird, oder anders formuliert, ob die Gewährung von Vertrauensschutz nach nationalem Verfassungsrecht geboten ist. Das BAG verneint das und führt zum nationalen Vertrauensschutz aus:

Die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebene Gewährung von Vertrauensschutz komme bei der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes in Betracht, wenn der Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf die geltende Gesetzeslage vertrauen konnte. Hieran fehle es, wenn entweder ihm gegenüber oder in allgemeiner Form die fehlende Verfassungsmäßigkeit des ihn begünstigenden Gesetzes geltend gemacht werde. .... Der Arbeitgeber könne sich hier (gemeint ist im Fall Honeywell) nicht auf einen durch die Rechtsprechung .... vermittelnden Vertrauenstatbestand berufen. Bis zum Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages seien nämlich keine Entscheidungen des BAG über die Zulässigkeit einer allein auf das Lebensalter des Arbeitnehmers gestützten sachgrundlosen Befristung ergangen. Darüber hinaus sei bereits

<sup>30</sup> BVerfGE 45, 83, 96.

im arbeitsrechtlichen Schrifttum hinsichtlich der zum 01.01.2001 in Kraft getretenen Vorschrift des § 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG umstritten, ob diese den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen genüge. .... Zwar hätte ein privater Arbeitgeber wegen dieser europarechtlichen Bedenken angesichts der nur mittelbaren Wirkung von Richtlinien nicht von vorneherein von der Unwirksamkeit einer von ihm nach § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG vereinbarten Befristung ausgehen müssen. Da bei in Kraft treten der Norm die Diskussion um die Folgen gemeinschaftswidrigen nationalen Rechts noch nicht abgeschlossen gewesen sei, habe aber auch der private Arbeitgeber bis zu einer abschließenden Klärung durch den EuGH nicht uneingeschränkt auf die Wirksamkeit von sachgrundlosen Befristungen mit Arbeitnehmern vertrauen dürfen, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses das 52. Lebensjahr vollendet hatten.<sup>31</sup>

Letzterem kann nicht gefolgt werden. Auf dem Boden der vor Mangold bekannten Rechtsprechung des EuGH (wir erinnern uns: der allgemeine Grundsatz des Gemeinschaftsrechts zur Altersdiskriminierung war noch nicht erfunden) war es ausgeschlossen, dass die Europarechtswidrigkeit des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Wirkung entfalten konnte. Es konnte nämlich allenfalls damit gerechnet werden, dass der EuGH die Richtlinienwidrigkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG feststellt. Für diesen Fall hätte aber die Richtlinie, weil sie im Verhältnis von Privaten untereinander nicht unmittelbar angewandt werden kann, weil sie eben keine horizontale Wirkung hat, nicht im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Wirkung entfaltet.<sup>32</sup> Der private Arbeitgeber konnte also, worauf etwa Kerwer in der NZA 2002 ausdrücklich hingewiesen hat, sich insoweit auf die geltende deutsche Rechtslage verlassen und ohne Bedenken befristete Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern schließen.<sup>33</sup>

Schon von daher durfte der Arbeitgeber auf die Gültigkeit von § 14 Abs. 3 TzBfG vertrauen.

Im Übrigen – und das ist m. E. entscheidend – ist der Ausgangspunkt des BAG falsch. Der Begünstigte darf – so führt das BAG aus – nicht auf die geltende Gesetzeslage vertrauen, wenn entweder ihm gegenüber oder in allgemeiner Form die fehlende Verfassungsmäßigkeit des ihm begünstigenden Gesetzes geltend gemacht wird. Letzteres soll das BVerfG in seiner Entscheidung vom 19.01.1999 gesagt haben. Dieser Satz findet sich allerdings in der Entscheidung des BVerfG nicht.<sup>34</sup> Er lässt sich aus dieser Entscheidung, die eine ganz besonders eigenartige, hoch komplizierte Fallkonstellation betraf, auch nicht herleiten. Er ist auch nicht richtig. Wäre er richtig, würde das zu dem Ergebnis führen, dass ein Bürger schon dann nicht mehr auf die Gültigkeit einer gesetzlichen Norm vertrauen darf, wenn irgendjemand irgendwo in der Literatur einmal geäußert hat, die Norm sei verfassungs- oder europarechtswidrig. Das Grundgesetz hat insoweit eine ganz andere Konzeption als das BAG. In den Worten des BVerfG: „Zu den wesentlichen Elementen des Rechtsstaatsprinzips gehört die Rechtssicherheit. .... Der Staatsbürger soll die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich dementsprechend einrichten können, er muss darauf vertrauen können, dass sein dem geltenden Recht entsprechendes Handeln mit allen ursprünglich damit verbundenen Rechtsfolgen anerkannt bleibt, .... für den Bürger bedeutet Rechtssicherheit in erster Linie Vertrauensschutz.“<sup>35</sup>

Es hat sodann das BVerfG in Hinblick auf das Vertrauen in Gesetze formuliert: Es „ist das Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts in der Regel geschützt, bis der Gesetzgeber

<sup>31</sup> BAG, NZA 2006, 1162, 1169, Rdn. 49 ff.

<sup>32</sup> Kerwer, NZA 2002, 1316, 1318.

<sup>33</sup> Kerwer, NZA 2002, 1316, 1321.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999, BVerfGE 99, 341, 359f.

<sup>35</sup> BVerfG, Ur. v. 19.12.1961, BVerfGE 13, 261, 272.



ein Änderungsgesetz beschließt.<sup>36</sup> Während dieses Zitat den Gesetzgeber betrifft, hat es in Hinblick auf seine Kompetenz aus Art. 100 Abs. 1 GG formuliert: „Die Vorschrift (gemeint ist Art. 100 Abs. 1 GG) soll die Autorität des konstitutionellen Gesetzgebers wahren. Gesetze, die unter Herrschaft des Grundgesetzes erlassen wurden, sollen bis zur allgemein verbindlichen Feststellung ihrer Nichtigkeit oder Unwirksamkeit durch das Bundesverfassungsgericht befolgt werden; über ihre Gültigkeit soll es keine einander widersprechenden Gerichtsentscheidungen geben. Deshalb hat das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht ein Verwerfungsmonopol eingeräumt.“<sup>37</sup>

Kurz gefasst: Gesetze sind gültig und müssen befolgt werden, bis entweder das BVerfG ihre Nichtigkeit oder Unwirksamkeit feststellt oder der Gesetzgeber sie ändert. Folge der Tatsache, dass Gesetze bis zu diesem Zeitpunkt befolgt werden müssen ist, dass das Vertrauen des Bürgers in den Bestand des geltenden Rechts geschützt ist. Also waren die Arbeitgeber – entgegen der Auffassung des BAG – bis zum Erlass der Entscheidung des EuGH am 22.11.2005 in ihrem Vertrauen geschützt. Ihnen ist Vertrauensschutz zu gewähren.

#### **d. Die Folgen des Vertrauensschutzes**

Was die Folgen des Vertrauensschutzes betrifft, ist von meinem Ausgangspunkt – der Theorie der zwei Rechtskreise her – zweierlei zu beachten.

Zum Ersten: Da von dieser Theorie her, dem Urteil des EuGH die Gefolgschaft nicht versagt werden darf, darf § 14 Abs. 3 TzBfG nicht angewendet werden. Es ist daher – wenn wie im Fall Honeywell kein anderer Befristungsgrund einschlägig ist – von der Unwirksamkeit der Befristung auszugehen und das führt gem. § 16 Abs. 1 S. 1 TzBfG zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis.

Zum Zweiten: Da der Arbeitgeber in seinem Vertrauen auf die Gültigkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG zu schützen ist, muss er so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn sein Vertrauen in das Gesetz nicht enttäuscht worden wäre. Hier gibt es nun ganz unterschiedliche Möglichkeiten. Es könnte dem Arbeitgeber ein finanzieller Ausgleich gewährt werden für die Schäden, die ihm dadurch entstehen, dass er einen Arbeitnehmer beschäftigen muss, für den er keinen Bedarf hat. Es könnte auch daran gedacht werden, dem Arbeitgeber aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes ein Sonderkündigungsrecht einzuräumen.<sup>38</sup> Denkbar wäre auch, dem Auslöser der Misere, dem EuGH die Frage vorzulegen, ob gemeinschaftsrechtlicher Vertrauensschutz in Betracht kommt. Diese Frage könnte mit der Frage verbunden werden, ob bei Verneinung eines gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes eine nationale Regelung, nach der dem Arbeitgeber aus Gründen des nationalen Vertrauensschutzes ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt wird, mit dem allgemeinen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung vereinbar ist oder nicht. Da erst auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene klargestellt sein muss, welche Reichweite die Entscheidung des EuGH in zeitlicher Hinsicht hat und ob vom EuGH Vertrauensschutz gewährt wird oder nicht, da also erst die Wirkungen des Urteils des EuGH geklärt sein müssen, ehe auf nationaler Ebene Maßnahmen zur Korrektur der Wirkungen ergriffen werden können, wäre das BAG verfassungsrechtlich verpflichtet gewesen, zur Wahrung des Vertrauensschutzes des Arbeitgebers, die Sache dem EuGH vorzulegen.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.02.1998, BVerfGE 97, 271, 290; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 22.06.1971, BVerfGE 31, 222, 227 (st. Rspr.).

<sup>37</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.12.1997, 117, 122; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 18.12.1984, BVerfGE 68, 337 344; BVerfG, Beschl. v. 29.11.1967, BVerfGE 22, 373, 378; BVerfG, Urt. v. 20.03.1952, BVerfGE 1, 184, 197.

<sup>38</sup> Ggf. verbunden mit einem Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers gegen die BRD.

Dieser Verpflichtung hätte das BAG noch aus einem weiteren Grund nachkommen müssen. Das BAG selbst führt in seiner Honeywell-Entscheidung aus, nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG stelle das Unterlassen einer Vorlage an den EuGH durch ein nach Art. 249 Abs. 3 EG anrufungspflichtiges Gericht nach nationalem Verfassungsrecht eine Entziehung des gesetzlichen Richters dar, wenn dieses die Vorlagepflicht willkürlich außer Acht gelassen habe. Eine willkürliche Verkennung der Vorlagepflicht komme in Betracht, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise bei Fällen überschritten habe, in denen eine einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch oder noch nicht erschöpfend vorliege oder ihre Fortentwicklung nicht ganz fern liegend sei.<sup>39</sup>

Hätte das BAG die von ihm selbst zu Recht angesprochene Frage, ob hier dem Beklagten (= Arbeitgeber) Vertrauensschutz nach nationalem Recht zu gewähren war, sorgsam untersucht und richtig beantwortet, hätte es erkannt, dass dem Arbeitgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen Vertrauensschutz gewährt werden muss und das EuGH-Urteil, weil es sich mit dem Problem des Vertrauensschutzes nicht auseinandersetzt, unvollständig ist. Dass der EuGH auf eine erneute Vorlage hin, seine Rechtsprechung fortentwickeln würde, scheint keinesfalls fern liegend; insoweit kann etwa auf die Rechtssache Paletta II verwiesen werden.

Da das BAG in verfassungswidriger Weise die Angelegenheit nicht dem EuGH vorgelegt hat, ist m. E. die Entscheidung des BAG vom BVerfG aufzuheben, um sodann dem BAG die Möglichkeit zu geben, sein Versäumnis nachzuholen.

Die Anrufung des EuGH wäre auch zulässig. Zu Recht hat nämlich das BAG selbst in der hier kritisierten Entscheidung ausgeführt, der EuGH könne erneut angerufen werden, wenn das nationale Gericht der Auffassung sei, dass durch die Entscheidung nicht die notwendige Klarheit geschaffen worden sei, um den im Streitfall maßgeblichen Sachverhalt zu entscheiden.<sup>40</sup>

### III. Die Fälle Schultz-Hoff, Stringer u.a.

1. „Nicht nur im Comic, manchmal auch im richtigen Leben existiert ein kleines gallisches Dorf, das sich der Übermacht (= h. M.) widersetzt – vorliegend in der Gestalt des LAG Düsseldorf, das schon lange der einschlägigen BAG-Rechtsprechung kritisch gegenüberstand.“ so feierte Abele in EuZW 2009<sup>41</sup> das LAG und sein Vorabentscheidungsersuchen. Jedenfalls hat auf dieses Ersuchen des LAG hin der EuGH mit Datum vom 20.01.2009 in den Rechtssache Schultz-Hoff und Stringer u. a. entschieden. Der Aufschrei folgte prompt. Unter der Überschrift „Die Deformierung der Urlaubsabgeltung durch den EuGH“ hat Leinemann, früher Vorsitzender des für das Urlaubsrecht zuständigen 9. Senats des BAG ausgeführt: „Das Urteil ist für die Erkenntnis rechtlicher Zusammenhänge wertlos, immerhin aber geeignet, als Anschauungsmaterial für den Tiefpunkt des Rechtszustands zu dienen, auf dem die Europäische Union aufgrund der Rechtsprechung des EuGH angelangt ist.“<sup>42</sup> Jobst-Hubertus Bauer hat formuliert: „Die unglückselige Serie schwer verständlicher Entscheidungen des EuGH, mit denen Kernbereiche des deutschen Rechts ausgehebelt werden, hält an.“ Seine Ausführungen in der FAZ<sup>43</sup> stehen unter der Überschrift „Europäischer Gerichtshof auf Abwegen“. Die Entscheidung des EuGH beschreibt er kurz, -

<sup>39</sup> BAG, Urt. v. 26.04.2006 – NZA 2006, 1162, 1167, Rdn. 33.

<sup>40</sup> BAG, Urt. v. 26.04.2006 – 7 AZR 500/04, NZA 2006, 1162, 1168, Rdn. 36.

<sup>41</sup> Abele, EuZW 2009, 152.

<sup>42</sup> DB 2009, Heft 8, S. I.

<sup>43</sup> Bauer, „Europäischer Gerichtshof auf Abwegen“, FAZ vom 18.02.2009, S. 9.

wie folgt: „Der EuGH hat entschieden, dass der nach der Richtlinie 2003/88/EG festgelegte jährliche Mindesturlaub von vier Wochen auch bei mehrjähriger Arbeitsunfähigkeit nicht erlischt und abzugelten ist, wenn der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr genommen werden kann. Das widerspricht den Vorgaben von Paragraph 7 des Bundesurlaubsgesetzes ..... und der dazu ergangenen ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG).“

Bauer war mit Hinweis, dass Richtlinien keine horizontale Wirkung haben der Ansicht (oder besser vielleicht: hatte die Hoffnung), vorläufig könne das BAG mit guten Gründen der lebensfremden europäischen Urlaubsrechtsprechung die Gefolgschaft verweigern. Die BdA hatte den Standpunkt vertreten, die Entscheidung des EuGH sei nicht unmittelbar auf das deutsche Recht anzuwenden, sofern es sich um Vertragsbeziehungen zwischen Personen des Privatrechts handele.

Das BAG ist allerdings über die Figur einer richtlinienkonformen Fortbildung dazu gelangt, dass die Richtlinie 2003/88/EG unmittelbar auch für die Vertragsbeziehungen zwischen Privaten gilt,<sup>44</sup> mit dem Ergebnis, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch nicht erlischt, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übergangszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. Der dem Gemeinschaftsrecht innewohnende, mit der beschränkten Richtlinienwirkung (nämlich dem Ausschluss der unmittelbar horizontalen Wirkung einer Richtlinie) verbundene Vertrauensschutz wird durch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung des BAG ausgehebelt.

Ob Vertrauensschutz nach nationalem Recht zu gewähren ist, lässt das BAG letztlich offen. Es formuliert insoweit: „Der Beklagte musste deshalb zumindest seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsverfahrens des LAG Düsseldorf vom 02.08.2006 in der Sache Schultz-Hoff, Stringer u.a. damit rechnen, den Teilurlaubsanspruch noch erfüllen und ihn mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgelden zu müssen. Eine uneingeschränkte Anwendung von § 7 III 1,3 und 4, IV BUrlG konnte in den Fällen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht mehr als gesichert angesehen werden.“<sup>45</sup>

Also: der Vertrauensschutz endet mit einem Vorabentscheidungsersuchen eines Gerichts.

**2.** Das ist, auch aufgrund der folgenden Überlegungen, höchst problematisch: Für eine brauchbare anwaltliche Beratung, für solide Einschätzung, ob und ggf. wie agiert werden soll, muss der Anwalt doch wissen, ob und wie lange er sich auf die Gültigkeit eines Gesetzes, ob und wie lange er sich auf die Rechtsprechung verlassen kann. Wer meint, das sei unnützlich, der Anwalt müsse halt mit dem steten Wandel von Gesetzen und mit der steten Änderung von Rechtsprechung leben, der verkennt, dass auf solcher Grundlage, der Abwesenheit jeder Rechtssicherheit, nicht ordnungsgemäß beraten werden kann, weil jede seriöse Prognose unmöglich wird. Auf solcher Unsicherheit kann eine Rechts- und Wirtschaftsordnung nicht gedeihen. Eine Rechtsordnung dieser Art, wäre ungerecht und unfair. Das hat der englische Rechtsphilosoph Jeremy Bentham sehr schön nachgewiesen. Er hat insoweit von Dog Law gesprochen. Dog Law deshalb, weil der Hund erst nachträglich durch Prügel erfährt, dass er etwas falsch gemacht hat. Im Vorhinein war das für ihn nicht absehbar, weil der Mensch ihm vorher nicht verständlich gemacht hat, was er von ihm an Gehorsam erwartet. Er hatte also gar keine Chance zu wissen, was man von ihm verlangt.

<sup>44</sup> BAG, Urt. v. 24.03.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 543, Rdn. 543.

<sup>45</sup> BAG, Urt. v. 24.03.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 545 Rdn. 76.

Da der Bürger und sein Anwalt wissen müssen, ob ein Gesetz noch Gültigkeit hat oder nicht, genau deshalb geht es nicht an, dass der Bürger – wie das BAG meint – schon dann keinen Vertrauensschutz in Bezug auf die Gültigkeit von Gesetzen mehr genießen soll, wenn in allgemeiner Form die Verfassungswidrigkeit des ihn begünstigenden Gesetzes geltend gemacht wird,<sup>46</sup> wenn also irgendein Autor behauptet, das Gesetz sei verfassungswidrig.

Genau deshalb geht es nicht an, dass der Vertrauensschutz in eine höchstrichterliche Rechtsprechung – für einen nicht in einem Prozess involvierten Bürger – schon dann enden soll, wenn irgendwer einen Prozess anstrengt, der der Änderung dieser Rechtsprechung dient, wenn irgendein Gericht dem EuGH oder dem BVerfG eine Sache vorlegt. Es gilt hier, dass aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit klare Grundsätze herrschen müssen, die auch praktikabel sind. Meine Vorstellungen gehen insoweit in folgende Richtung.<sup>47</sup>

Was die Rechtsprechungsänderung betrifft, so ist strikt zwischen der Änderungsbefugnis einer Rechtsprechung und der Anwendungsbefugnis dieser geänderten Rechtsprechung zu unterscheiden. Dabei ist Änderungsbefugnis die Befugnis der Gerichte, unter Abkehr von der bisherigen gefestigten Rechtsprechung einen neuen Rechtsstandpunkt einzunehmen. Anwendungsbefugnis wird demgegenüber hier verstanden als die Befugnis, diese neue Rechtsauffassung auf den konkret zur Entscheidung stehenden Einzelfall oder andere in der Vergangenheit abgewickelte (und nicht gerichtlich anhängige) Rechtsverhältnisse anzuwenden.

Eine Änderungsbefugnis der Gerichte ohne Bindung an den Vertrauensgrundsatz ist zu bejahen. Das folgt schon daraus, dass allein durch die Änderung der Rechtsprechung noch nicht das Vertrauen von Parteien verletzt werden kann. Vertrauen kann immer erst dann enttäuscht werden, wenn die geänderte Rechtsprechung auf den zu entscheidenden Einzelfall bzw. rückwirkend auf nicht rechtshängige Rechtsverhältnisse angewendet wird.

Was die Anwendungsbefugnis betrifft, muss nun unterschieden werden: Einer gerichtlichen Entscheidung kann dann nicht die Rückwirkung versagt werden, wenn eine der Parteien eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung erstrebt und erstritten hat. Der Vertrauensschutz ist hier durch die Klage zerstört. Der Gegner, der mit einem Prozess überzogen wird, muss sein Verhalten darauf einstellen, dass er unterliegen kann. In die gleiche Richtung weist auch die mehr rechtspolitische Überlegung, dass Musterprozesse mit dem Ziel eines Rechtsprechungswandels nicht mehr lohnten, wenn die Gegenseite jedenfalls in diesem Prozess mit Vertrauensschutz rechnen dürfte.

Ausnahmsweise ist auch in diesen Fällen eine Rückwirkung ausgeschlossen, wenn ein Fall der echten Rückwirkung vorliegt. Das BAG hat insoweit in seiner Entscheidung zur Massenentlassungsanzeige vom 23.03.2006<sup>48</sup> ausgeführt: „Anders als in den Fällen, in denen es um die – bloße – rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts geht, liefe es in den Fällen, in denen ein Gestaltungsrecht bereits ausgeübt worden ist, auf eine unzulässige, im Ergebnis echte Rückwirkung hinaus, wenn eine Rechtsprechungsänderung voll durchschlüge. Deshalb darf nach der ständigen Rechtsprechung des BAG eine Rechtsprechungsänderung regelmäßig nicht dazu führen, einer Partei rückwirkend Handlungspflichten aufzuerlegen, die sie nachträglich nicht mehr erfüllen kann.“

---

<sup>46</sup> BAG, NZA 2006, 1162, 1169, Rdn. 49.

<sup>47</sup> Vgl. *Prütting/Weth*, NZA 1984, 24.

<sup>48</sup> BAG, Urt. v. 23.03.2006 – 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971.

Nach Auffassung des BAG durfte sich daher ein kündigender Arbeitgeber im Jahr 2004 darauf verlassen, dass ein zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung von ihm nicht gefordertes Verhalten (hier: Anzeige einer Massenentlassung) nicht nachträglich als rechtswidrig oder nicht ausreichend qualifiziert wird.

Voraussetzung dafür, dass in diesen Fällen einer Partei keine rückwirkenden Handlungspflichten mehr auferlegt werden dürfen, ist, dass sie auf die Geltung der bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte und die Anwendung der geänderten Rechtsprechung wegen ihrer Rechtsfolgen im Streitfall oder der Wirkung auf andere vergleichbare Rechtsbeziehungen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners eine unzumutbare Härte bedeuten würde.<sup>49</sup>

Im vorliegenden Fall geht es nicht um ein Gestaltungsrecht und nicht um den Fall einer echten Rückwirkung. Wenn daher das LAG Düsseldorf, nachdem der EuGH über sein Vorabentscheidungsersuchen entschieden hatte, im Urteil vom 02.02.2009<sup>50</sup> die Beklagte (= Arbeitgeberin) verurteilt hat, den Urlaub abzugelten, ist das unter Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes nicht zu beanstanden.

Gleiches gilt für die Entscheidung des BAG vom 24.03.2009.<sup>51</sup> Die Klägerin, die diese Rechtsprechungsänderung erstritten hat, kommt auch in ihren Genuss. Entgegen der Auffassung des BAG ist es aber insoweit völlig ohne Belang, wann dem Beklagten das Vorabentscheidungsersuchen des LAG Düsseldorf bekannt geworden ist.

Anwendbar muss der Vertrauensschutzgedanke dagegen in den Fällen sein, in denen aufgrund der geänderten Rechtsprechung in nicht rechtshängige Rechtsverhältnisse rückwirkend eingegriffen werden soll. Hier kann keine Rede davon sein, dass die einzelnen Rechtssubjekte ihr Verhalten auf die Möglichkeit von Änderungen der Rechtslage, die sich aus einem für sie fremden Prozess ergeben, einstellen müssten. Es gilt also, dass der Staatsbürger darauf vertrauen können muss, dass sein dem geltenden Recht entsprechendes Handeln von der Rechtsordnung mit allen ursprünglich damit verbundenen Rechtsfolgen anerkannt bleibt. Dieser Grundsatz legitimiert sich aus dem Rechtsstaatsprinzip. Soweit hat das BAG in seiner Entscheidung zur Massenentlassungsanzeige zu Recht formuliert: „Als Teil der Staatsgewalt sind die Gerichte an das Rechtsstaatsprinzip gebunden und müssen bei Änderung ihrer Rechtsprechung, nicht anders als der Gesetzgeber bei Gesetzesänderungen, den Grundsatz des Vertrauensschutzes beachten.“<sup>52</sup>

Schwierigkeiten bereitet aber die Frage, von welchem Zeitpunkt an bei einer beabsichtigten Änderung der Rechtsprechung der gute Glaube des Bürgers zerstört ist, ab wann also mit einer Änderung der Rechtsprechung gerechnet werden muss. Höchst zweifelhaft erscheint es, die Zerstörung dieses guten Glaubens von der Fachkritik zahlreicher und namhafter Autoren sowie von Tendenzen in der Rechtsprechung abhängig machen zu wollen. Aus solchen Kriterien kann nämlich eine Rechtsprechungsänderung nicht abgeleitet oder vorhergesagt werden. Sicherlich ist Rechtsprechungskritik schon häufig Anlass für eine Änderung der Rechtsprechung gewesen. Nicht selten sind aber auch die Fälle, in denen die Rechtsprechung sich trotz heftigster Kritik allen Gegenargumenten versagt hat. Im Übrigen führen die genannten Kriterien mangels Bestimmtheit (wie zahlreich müssen die Autoren sein, wie namhaft, welche Rolle spielt die Rechtsprechung der Untergerichte usw.) nicht zu einer auch

<sup>49</sup> BAG, Urt. v. 23.03.2006 – 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971, 975, Rdn. 34.

<sup>50</sup> LAG Düsseldorf, Urt. v. 02.02.2009 – 12 Sa 486/06, ZTR 2009, 149.

<sup>51</sup> BAG, Urt. v. 24.03.2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538.

<sup>52</sup> BAG, Urt. v. 23.03.2006 – 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971, 975, Rdn. 33.

nur einigermaßen klaren Abgrenzung, ob das Vertrauen zerstört ist oder nicht. Man wird daher nur dann annehmen können, dass der Bürger mit einer Änderung der Rechtsprechung rechnen muss, wenn eine solche Änderung vom Gericht entweder angekündigt worden ist oder wenn die Gerichte ihre Rechtsprechung tatsächlich geändert haben.

Das BAG hat insoweit in seiner Entscheidung zur Massenentlassungsanzeige sehr plastisch formuliert: „Der Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 30.04. und die Thesen von Hinrichs in ihrer im Jahr 2001 erschienenen Dissertation „Kündigungsschutz und Arbeitnehmerbeteiligung bei Massenentlassungen“ konnten das Vertrauen in die bisherige Rechtsprechung des BAG nicht relevant erschüttern. Es kann dahin gestellt bleiben, wann dieser Vorlagebeschluss allgemein bekannt geworden war. Jedenfalls brauchte sich die Schuldnerin bzw. der Beklagte durch die Entscheidung eines einzelnen Arbeitsgerichts und vereinzelter Literaturstimmen noch nicht in seinem Vertrauen auf die Maßgeblichkeit einer bisher gefestigten ständigen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis irritieren zu lassen.“<sup>53</sup>

Diese Auffassung scheint auch zwingend geboten, weil nur so ein Mindestmaß an Rechtssicherheit geschaffen werden kann und nur so erreicht werden kann, dass die Beratungspraxis einigermaßen sicher agieren kann.

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich in unserem Fall: Für den Vertrauensschutz ist nicht das Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des LAG Düsseldorf vom 02.08.2006 von Belang. Es ist vielmehr auf die Bekanntgabe der Entscheidung des EuGH abzustellen.<sup>54</sup> Mit dem Tag der Bekanntgabe der Entscheidung des EuGH vom 20.01.2009 durfte nicht mehr auf die bisherige Rechtsprechung vertraut werden. Für alle Arbeitsverhältnisse, in denen der Arbeitnehmer bis zu diesem Tag nicht auf Abgeltung des Urlaubs geklagt hat, bleibt es – eben bis zum 20.01.2009 – bei der alten Rechtsprechung. Der bis dahin – nach der alten Rechtsprechung verfallene Urlaub – ist nicht abzugelten.

#### IV. Schluss

Mit den Entscheidungen Mangold und Schultz-Hoff hat der EuGH im Zusammenwirken mit dem BAG in gewichtiger Weise in das arbeitsvertragliche Gefüge ein- und den Arbeitgebern in die Kasse gegriffen.

Soweit diese Entscheidungen in die Zukunft wirken, werden die wirtschaftlichen Folgen durch geschickte Gestaltungen ausgeschlossen oder wenigstens minimiert werden; soweit rückwirkend eingegriffen wird, hätte sehr genau überlegt werden müssen, wieweit der Arbeitgeber auf die gegebene Rechtslage vertrauen durfte und inwieweit dieses Vertrauen zu schützen ist. Hier sind sowohl beim EuGH als auch beim BAG gewichtige Defizite festzustellen.

---

<sup>53</sup> BAG, Urt. v. 23.03.2006 - 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971, 976, Rdn. 42.

<sup>54</sup> Vgl. insoweit auch, BAG, Urt. v. 23.03.2006 - 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971, 976, Rdn. 40.