

DIE RECHTSACHEN MANGOLD UND PALACIOS

– WAS FOLGT DARAUS FÜR DAS RECHT DER ALTERSDISKRIMINIERUNG?

I. EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 - Mangold

Die Rechtssache *Mangold*¹ ist die wohl umstrittenste jüngere Entscheidung des EuGH im Arbeitsrecht. Auch beim EuGH selbst ist man sich über die Berechtigung und die Reichweite der Entscheidung uneins. Zuweilen hält man die Entscheidung in ihren wesentlichen Passagen schlichtweg für unklar². Andere bemühten sich bereits unmittelbar nach der Entscheidung um eine Einschränkung der sehr weit geratenen Begründung³. Nach den sehr kritischen Anträgen des Generalanwalts *Mázák* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Palacios de la Villa*⁴ sind es nun insbesondere die Anträge des Generalanwalts *Ruiz-Jarabo Colomer* in den verbundenen Rechtssachen C-55/07 und C-56/07 vom 24. 1. 2008 (*Michaeler* und *Subito GmbH*) sowie die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* vom 29. 3. 2007 in der Rechtssache C-80/06, die die Diskussion weitertragen. Im erstgenannten Verfahren hat sich das Landgericht Bozen zur Vereinbarkeit des italienischen Verwaltungsrechts mit dem gemeinschaftsrechtlichen Sozialrecht geäußert. Konkret ging es um die Rechtmäßigkeit einer nationalen Regelung, die eine Verpflichtung des Arbeitgebers vorsieht, eine Kopie aller von ihm geschlossenen Teilzeitverträge innerhalb von 30 Tagen nach dem Abschluss an die Behörde zu übersenden. *Colomer* nimmt dies zum Anlass einer sehr kritischen Bilanz der *Mangold*-Rechtsprechung:

„Generalanwalt *Mázák* hat in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Palacios de la Villa* die *Mangold*-Rechtsprechung scharf kritisiert, da sie der Rechtsordnung insgesamt Schaden zufüge. Ich teile diese Auffassung des Generalanwalts, da die subsidiäre Anwendbarkeit der Grundsätze nicht nur Rechtsunsicherheit bewirkt, sondern auch eine Entwertung des Systems der Rechtsquellen, durch die die typischen Gemeinschaftsrechtsakte in ein normatives Zierwerk verwandelt würden, das mühelos durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze ersetzt werden kann.

¹ EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981; hierzu auch *Thüsing*, ZIP 2005, 2149; *Preis*, NZA 2006, 401; Editorial Comments: “Horizontal direct effect – A law of diminishing coherence?“, Common Market Law Review, 2006, S. 1.

² Generalanwältin *Kokott* in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-321/05 v. 8.2.2007.

³ S. insbesondere die Interpretation der Generalanwältin *Sharpston* in ihren Anträgen zur Rechtssache C-227/04 B v. 30.11.2006.

⁴ EuGH v. 16.10.2007 – Rs. C-411/05; hierzu *Bauer/Krieger*, NJW 2007, 3672; *Bayreuther*, DB 2007, 2427; *Waltermann*, ZESAR 2007, 361.

Ich glaube, dass der Gerichtshof bei der gleichzeitigen Anwendung von Richtlinien und allgemeinen Rechtsgrundsätzen äußerst behutsam sein muss. Das gilt sogar in solchem Maße, dass ihr Nebeneinanderbestehen für die Rechtsanwender produktiver wäre, wenn man davon ausginge, dass die Richtlinien, sind sie einmal Teil der Rechtsordnung geworden, zwar für ihre Auslegung durch die Rechtsgrundsätze ergänzt werden, aber nicht beide auf einer Basis der Gleichheit koexistieren; würden nämlich nach Erlass einer Richtlinie durch die Rechtsgrundsätze Aspekte geregelt, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, würden deren Funktion und Wesen ernsthaft entwertet. Es scheint angemessener, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze in einer Rechtssache, in der Richtlinien geltend gemacht werden, als Auslegungsmaßstäbe herangezogen werden. Auf diese Weise böte das Verhältnis zwischen den Rechtsgrundsätzen und den Richtlinien eine Dimension, die die Rechtssicherheit stärker gewährleistete und das institutionelle Gleichgewicht, das einem Rechtsquellen-system wie dem der Gemeinschaft zugrunde liegt, besser wahrte.“

Ganz anders Generalanwältin *Trstenjak* im Verfahren *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi*⁵, das ebenfalls aufgrund italienischer Vorlage eingeleitet wurde und die Vereinbarkeit eines Verfahrens zur Bescheinigung der Konformität von Bauprodukten mit europarechtlichen Vorgaben betraf. Sie geht davon aus, *Mangold* habe die horizontale Drittwirkung von Richtlinien anerkannt. Die herrschende Meinung deutet die Entscheidung anders⁶. Die Generalanwältin jedoch führt – dogmatisch wenig überzeugend – anknüpfend an das deutsche Verfassungsrecht aus:

„In seiner jüngsten Rechtsprechung, nämlich in der Rechtssache *Mangold*, hat der Gerichtshof Richtlinien in der horizontalen Beziehung zwischen zwei Einzelpersonen angewandt [...]. Das *Mangold*-Urteil kann mit den Lösungen, zu denen insbesondere das deutsche Verfassungsrecht mit der Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gelangt ist, verglichen werden. Nach der deutschen Rechtslehre ist eine Klausel eines Arbeitsvertrags für Sekretärinnen, nach der der Vertrag unter der auflösenden Bedingung einer Eheschließung steht, nichtig. Die Nichtigkeit dieser Klausel wird damit begründet, dass die darin enthaltene Regelung ein Grundprinzip von Art. 6 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes (im Folgenden: GG) verletze. Die Regelung des Art. 6 GG wird als Leitkriterium bei der Formulierung von Generalklauseln verwendet. § 138 Abs. 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (im Folgenden: BGB) enthält eine Generalklausel für Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen. Das nationale Gericht muss die Grundentscheidung des Staates, die den Schutz von Ehe und Familie vorsieht, respektieren. Es muss die Vorschriften über die Wirksamkeit von Verträgen im Lichte der Grundrechte auslegen und daher die Nichtigkeit der arbeitsvertraglichen Regelung, die im Widerspruch zum Schutz von Ehe und Familie steht, feststellen, da sie der öffentlichen Ordnung und den moralischen Grundprinzipien der Gesellschaft entgegensteht.

⁵ S. Schlussanträge der Generalanwältin v. 29.3.2007 in der Rs. C-80/06, Rn. 67ff.

⁶ Hierzu *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2007, S. 14.

Dieser Argumentation kann *a simili ad simile* auch in Bezug auf die Rechtssache *Mangold* gefolgt werden. Es war Absicht des Gerichtshofs, das Verbot der Diskriminierung wegen Alters hervorzuheben und zu konkretisieren, wie der potenzielle rechtliche Schutz von Arbeitnehmern, die durch eine derartige Diskriminierung geschädigt werden, ausgestaltet sein könnte. Das Verbot der Altersdiskriminierung stellt eine dem Gemeinschaftsrecht inhärente Entscheidung mit allgemeinem und moralischem Charakter dar, obwohl sie in einer Richtlinie enthalten ist, die grundsätzlich nicht über eine horizontale unmittelbare Wirkung verfügt. Die Mitgliedstaaten müssen gemäß Art. 10 EG ein entsprechendes Werturteil zugrunde legen. Die Organe der Mitgliedstaaten und die von ihnen ermächtigten öffentlichen Rechtssubjekte müssen bei Entscheidungen über die Beziehungen zwischen Einzelpersonen auch die Werturteile und Entscheidungen des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen. Dies ist die *ratio legis* des Urteils in der Rechtssache *Mangold*. Dieses Urteil stellt die Leitlinie dar, die die nationalen Gerichte in Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand die Altersdiskriminierung ist, zu berücksichtigen haben, sofern das nationale Recht insoweit kein dem des Gemeinschaftsrechts gleiches Schutzniveau bietet. Daher gibt es keinen Grund, diese ständige Rechtsprechung, die eine unmittelbare horizontale Wirkung von Vorschriften, die in Richtlinien und Entscheidungen, deren Adressaten die Mitgliedstaaten sind, enthalten sind, nicht anerkennt, nicht auch auf andere Bereiche anzuwenden.“

II. Urteil vom 16. 10. 2007 - Rs. C-411 - Palacios de la Villa

Die Entscheidung in dem Verfahren *Palacios* wurde neugierig erwartet und bereits verschiedentlich besprochen⁷. Es ging um Altersgrenzen im Tarifvertrag. Der Sachverhalt ist vergleichbar dem des § 10 Nr. 5 AGG: Die streitgegenständliche spanische Regelung erklärte in Tarifverträgen enthaltene Klauseln über die Zwangsversetzung in den Ruhestand für gültig, in denen als Voraussetzung lediglich verlangt wird, dass der Arbeitnehmer die - auf 65 Jahre festgesetzte - Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand erreicht hat und die übrigen sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug einer beitragsbezogenen Altersrente erfüllt.

Der Gerichtshof gab keine Blankovollmacht, verwarf diese Regelung aber auch nicht. Deutlich zurückhaltender als die Anträge des Generalanwalts *Mazák* betonten die Luxemburger Richter zunächst, dass eine nationale Regelung, wonach das Erreichen des für den Eintritt in den Ruhestand festgesetzten Alters automatisch zur Auflösung des Arbeitsvertrags führt, die Dauer des zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber vereinbarten Arbeitsverhältnisses und - allgemeiner - die Berufsausübung des betroffenen Arbeitnehmers berührt, indem sie diesen daran hindert, zukünftig am Erwerbsleben

⁷ Siehe *Temming*, NZA 2007, 1193.

teilzunehmen. Mit einer derartigen Regelung eines Mitgliedstaats werden daher Vorschriften über die „Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassung ... und des Arbeitsentgelts“, im Sinne der Richtlinie von 2000 geschaffen, in deren Anwendungsbereich eine solche Regelung folglich fällt. Nach Ansicht des Gerichtshofs erlegt eine nationale Regelung dieser Art den Arbeitnehmern, die das Ruhestandsalter erreicht haben, unmittelbar eine weniger günstige Behandlung auf als allen anderen Erwerbstätigen. Eine solche Regelung führt daher zu einer unmittelbar auf dem Alter beruhenden Ungleichbehandlung. Der Gerichtshof prüfte anschließend, ob diese Ungleichbehandlung möglicherweise gerechtfertigt ist. Er hebt hervor, dass die spanische Regelung auf Betreiben der Sozialpartner als Teil eines nationalen Programms verabschiedet wurde, mit dem über eine bessere Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen der Beschäftigungszugang gefördert werden sollte. Dass diese Regelung keinen ausdrücklichen Hinweis auf ein derartiges Ziel enthält, schließt sie nicht automatisch von einer Rechtfertigung aus. Nach Auffassung des EuGH können nämlich andere - aus dem allgemeinen Kontext der betreffenden Maßnahme abgeleitete - Anhaltspunkte die Feststellung des hinter dieser Maßnahme stehenden Ziels ermöglichen, damit dessen Rechtfertigung gerichtlich überprüft werden kann⁸.

Aus dem Kontext, in dem die spanische Regelung erlassen wurde, leitet der Gerichtshof ab, dass diese Regelung darauf abzielt, den nationalen Arbeitsmarkt zu regulieren, um u.a. die Arbeitslosigkeit einzudämmen. Die Rechtmäßigkeit eines solchen im Allgemeininteresse liegenden Ziels kann in Anbetracht der Richtlinie und des EU- sowie des EG-Vertrags nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden, da die Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus eines der Ziele darstellt, die sowohl von der Europäischen Union als auch von der Gemeinschaft verfolgt werden. Ein derartiges Ziel ist grundsätzlich als eine - wie in der Richtlinie von 2000 verlangt - „im Rahmen des nationalen Rechts“ „objektiv[e] und angemessen[e]“ Rechtfertigung für eine von den Mitgliedstaaten angeordnete Ungleichbehandlung wegen des Alters anzusehen. Das Ergebnis, zu dem der EuGH schließlich kommt, ist nicht allzu erstaunlich: Die Ungleichbehandlung ist erlaubt, wenn sie gerechtfertigt ist entsprechend dem Maßstab des Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG.

So weit, so gut. Über den Fall hinaus ist insbesondere wichtig, wie sich die Ausführungen zum umstrittenen Urteil *Mangold*⁹ verhalten. Nachdem die Anträge des Generalanwalts *Mazák* noch eindeutige Kritik gerade an dieser Entscheidung formulierten und der

⁸ Insoweit nichts anderes als bei der Rechtfertigung einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, s. EuGH v. 24. 1. 2002 - Rs. C-164/99 - *Portugaia Construções Ld*^a und v. 25. 10. 2001 - Rs. C-49/98 - *Finalarte*, Rn. 40.

⁹ EuGH v. 22. 11. 2005 - Rs. C-144/04 - *Mangold*; siehe hierzu *Thüsing*, ZIP 2005, 2149.

Generalanwalt, anders als nun der EuGH, gänzlich eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2000/78/EG auf den vorliegenden Sachverhalt verneinte, vermutet man, dass hier eine Abkehr von vorangegangener, allzu großzügiger und dogmatisch intransparenter Rechtsprechung liegt. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Vermutungen bestätigen. Allzu wahrscheinlich scheint mir dies nicht: Der Berichterstatter sowohl der Entscheidung *Mangold* als auch der Entscheidung *Palacios* war beides Mal *Romain Schindtgen*. Dass dieser seine vorherige Rechtsauffassung nun konkludent beerdigen will, ist kaum anzunehmen. Näheres Hinsehen könnte eine andere Einordnung der Entscheidung ermöglichen: *Palacios* ist keine Bestätigung von *Mangold* und auch keine Abkehr - die beiden Fällen haben schlichtweg nur wenig miteinander zu tun. Bei *Mangold* ging es um die Ungleichbehandlung durch den Gesetzgeber, der bei der Umsetzung europäischen Rechts tätig wird. Bei *Palacios* ging es um die Ungleichbehandlung durch den Arbeitgeber. Dies betrifft zwei unterschiedliche Regelungsebenen. Daher ist es richtig, dass der EuGH die Entscheidung *Mangold* in der Begründung seines Urteils im Verfahren *Palacios* nur beiläufig streift. Versteht man *Mangold* nur eng genug, so ergibt sich ein kohärentes Bild, in dem sich beide Entscheidungen ergänzen: Im Verfahren *Mangold* konnte auf den ungeschriebenen primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zurückgegriffen werden, weil hier der Gesetzgeber selber differenziert hat und diese Differenzierung im Anwendungsbereich des europäischen Rechts lag, weil - wie der EuGH ausdrücklich betont - § 14 Abs. 3 TzBfG als Maßnahme zur Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG erfolgte. Im Verfahren *Palacios* geht es aber um ein spanisches Gesetz, das eine Ungleichbehandlung durch den Arbeitgeber erlaubt und nicht in der Umsetzung europäischen Rechts geschaffen wurde. Der primärrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz greift hier nicht ein und nur der Tarifvertrag selber kann dann an der Richtlinie 2000/78/EG gemessen werden. Über die Rechtfertigung nach dem primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz konnte der EuGH selber entscheiden, für die Rechtfertigung der Benachteiligung wegen des Alters nach der Richtlinie 2000/78/EG soll das nationale Gericht diese Kompetenz ausüben. Eben in dieser Beschränkung der Frage der Rechtfertigung offenbart sich die wesentliche Aussage, die vor der Entscheidung selbst nicht zu erwarten war: Wie bisher der EuGH die Rechtfertigung schon bei einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts stets dem nationalen Gericht überließ¹⁰, hält er es

¹⁰ S. nur EuGH v. 23. 10. 2003 - Rs. C-4/02, Slg. 2003, I-12575.

nun genauso bei der unmittelbaren Diskriminierung wegen des Alters, die an denselben Maßstab in der Rechtfertigung gebunden ist¹¹.

Es kommt also darauf an, ob der nationale Gesetzgeber in Umsetzung und Ausführung europäischen Rechts tätig wurde. Das ist etwa bei § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB als vorkonstitutionellem Recht sicherlich nicht der Fall und deshalb ist die Weigerung des LAG Berlin-Brandenburg, diese Norm anzuwenden, falsch und sollte durch das BAG korrigiert werden¹². Was jetzt getan werden muss, ist zuallererst die Grenzbereiche herauszuarbeiten, in denen eine nationale Norm nicht zur Umsetzung europäischen Rechts geschaffen wurde, aber dennoch im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts liegt. Diese Grenzbereiche gibt es, doch ihr Verlauf liegt im Dunkeln¹³. Diese Grenze jedoch ist Kristallisationspunkt zukünftiger Entwicklung. Solange hier die Konturierung nicht klarer herausgearbeitet wird (oder gar gänzlich ignoriert wird), ist eine seriöse Ausdeutung der Entscheidung nicht möglich.

Die Weiterentwicklung bleibt also abzuwarten. Der EuGH wird demnächst Gelegenheit haben, sich bei einer ganz ähnlichen Frage zu äußern. Zieht die *Queen's Bench* seine Vorlage nicht zurück, so werden wir für das Jahr 2008 die Anträge des Generalanwalts und die Entscheidung des Gerichts im *Heyday Case* erwarten können. Die Vorlagefragen ähneln sehr stark denen, die im spanischen Verfahren zu beantworten waren:

1. Nationales Ruhestandsalter und Geltungsbereich der Richtlinie

i) Erstreckt sich der Geltungsbereich der Richtlinie auf nationale Regelungen, die es den Arbeitgebern erlauben, Arbeitnehmer, die 65 Jahre oder älter sind, wegen Versetzung in den Ruhestand zu entlassen?

ii) Erstreckt sich der Geltungsbereich der Richtlinie auf nationale Regelungen, die es den Arbeitgebern erlauben, Arbeitnehmer, die 65 Jahre oder älter sind, wegen Versetzung in den Ruhestand zu entlassen, wenn diese Regelungen nach Erlass der Richtlinie eingeführt worden sind?

iii) Waren in Anbetracht der Antworten auf die Fragen (i) und (ii) oben

(1) Section 109 und/oder Section 156 des Gesetzes von 1996 und/oder

(2) die Regulations 30 und 7 in Verbindung mit den Anhängen 8 und 6 der Verordnung

¹¹ Zum Gleichlauf der Rechtfertigungsgründen nach § 10 AGG und § 3 Abs. 2 AGG siehe MünchKommAGG/*Thüsing*, 5. Aufl. 2007, § 10 Rn. 10.

¹² LAG Berlin-Brandenburg v. 24. 7. 2007 - 7 Sa 561/07; ebenso allerdings *Preis*, ZESAR 2007, 249; *Temming*, NZA 2007, 1193. Vorsichtiger LAG Düsseldorf v. 21. 11. 2007 - 12 Sa 1311/07: Vorlage an den EuGH; zur „stillschweigenden“ Umsetzung von Richtlinien s. *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EG, Rn. 54. S. auch ArbG Lörrach v. 23. 1. 2007, ArbuR 2007, 184.

¹³ Zum Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts zuletzt die Schlussanträge im Verfahren *Laval* v. 23. 5. 2007 - Rs. C-341/05 und im Verfahren *Lyyski* v. 14. 9. 2006 - Rs. C-40/05; zum primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz s. auch EuGH v. 29. 5. 1997 - Rs. C-299/95 - Krenzow.

einzelstaatliche Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand im Sinne von Erwägungsgrund 14?

2. Definition der unmittelbaren Diskriminierung wegen des Alters: Einwand der gerechtfertigten Ungleichbehandlung

Erlaubt Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie den Mitgliedstaaten den Erlass von Rechtsvorschriften, wonach eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung darstellt, wenn die Ungleichbehandlung als verhältnismäßiges Mittel zur Erreichung eines legitimen Ziels festgestellt wird, oder sind die Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtet, die derart gerechtfertigten Arten der Ungleichbehandlung durch eine Aufzählung oder sonstige Maßnahme zu definieren, die nach Form und Inhalt Art. 6 Abs. 1 entspricht?

3. Voraussetzungen für die Rechtfertigung unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung

Besteht ein erheblicher praktischer Unterschied zwischen den Voraussetzungen für eine Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie und den Voraussetzungen für eine Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierung wegen des Alters nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie und worin besteht gegebenenfalls dieser Unterschied¹⁴?

¹⁴ Vorlage v. 9. 8. 2007 durch den High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) - Rs. C-388/07.