
Europäische Richtlinien und allgemeiner Gleichheitssatz im innerstaatlichen Recht – Anmerkungen anlässlich des Mangold-Urteils des EuGH

Anna von Oettingen und David Rabenschlag*

Inhalt

I. Einleitung	363
II. Wirkungen von Richtlinien nach Fristablauf	364
1. Direktwirkung	365
2. Unanwendbarkeit nationalen Rechts	367
3. Richtlinienkonforme Auslegung	368
4. Gemeinschaftsrechtlicher Haftungsanspruch	369
III. Vorwirkungen von Richtlinien	370
1. Keine unmittelbare Wirkung vor Ablauf der Frist	371
2. Sperrwirkung oder individualrechtsschützende „obligation de résultat“	371
3. Richtlinienkonforme Auslegung vor Fristablauf	372
IV. Die besondere Konstellation im Fall „Mangold“	373
V. Bruch mit der bisherigen Dogmatik?	374
VI. Fazit	379

I. Einleitung

In der Rechtssache *Mangold*¹ hat der EuGH nicht nur zum politisch umstrittenen Verbot der Altersdiskriminierung entschieden. Fachwelt und Öffentlichkeit kritisieren das Urteil scharf und beklagen einen Paradigmenwechsel bezüglich des Verhält-

* Anna von Oettingen und David Rabenschlag sind Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. Dr. Stefan Kadelbach sowie am Wilhelm Merton-Zentrum für Europäische Integration und Internationale Wirtschaftsordnung an der J. W. Goethe-Universität Frankfurt am Main tätig.

¹ EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981; siehe nun auch BAG, Urt. v. 26.4.2006, 7 AZR 500/04.

nisses von Richtlinien und nationalem Recht.² Darüber hinaus wirft der Fall die Frage nach der Reichweite eines ungeschriebenen Gleichheitssatzes des Gemeinschaftsrechts auf.

Der Beitrag untersucht zunächst, wie Richtlinien im innerstaatlichen Recht nach (II.) bzw. vor (III.) Ablauf der Umsetzungsfrist wirken können. Zu neueren Entscheidungen des EuGH bezüglich Wirkungen vor Fristablauf und zwischen Privaten sowie der richtlinienkonformen Auslegung setzt er das „Mangold“-Urteil in Beziehung (IV.). Auf diese Weise lassen sich die zweideutigen Aussagen des Gerichtshofs zu Richtlinienwirkungen und zum Gleichheitssatz dogmatisch einordnen, um ihr Potenzial abzuschätzen (V.).

Die Richtlinie als Handlungsform steht wegen ihrer besonderen Regelungstechnik schon länger im Mittelpunkt des dogmatischen Interesses, obwohl sie nur ca. neun Prozent aller Unionsrechtsakte ausmacht.³ Von Verordnungen, Entscheidungen und Beschlüssen unterscheidet sie sich bekanntlich durch eine zweistufige Wirkungsstruktur.⁴ Sie verpflichtet den Mitgliedstaat, seine Rechtsordnung binnen einer bestimmten Frist anzupassen. Ihre vollen normativen Wirkungen entstehen grundsätzlich erst nach der Umsetzung. Vor dieser oder vor Ablauf der Umsetzungsfrist entfaltet sie nur eingeschränkte Rechtswirkungen auf Grund ihres gemeinschaftsrechtlichen In-Kraft-Tretens.

II. Wirkungen von Richtlinien nach Fristablauf

Solange der staatliche Gesetzgeber eine Richtlinie nicht implementiert hat, sind etwaige innerstaatliche Rechtswirkungen somit rechtfertigungsbedürftig. Angesichts der häufig verspäteten oder unzureichenden Umsetzung durch die Mitgliedstaaten hat der EuGH für die Zeit nach Fristablauf eine umfassende Fehlerlehre entwickelt. Im Folgenden vollzieht der Beitrag zunächst ihre Begründungslinien nach, da sich an ihnen jede konzeptionelle Fortentwicklung für den Zeitraum vor Fristablauf messen lassen muss.

² *Bauer/Arnold*, Auf Junk folgt Mangold – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, S. 6 (9): „EuGH lässt die ‚Bombe platzen‘“; *Reich*, Anmerkung zu EuGH, U. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit bei Arbeitnehmern ab 52 Jahren), EuZW 2006, S. 17 (22): „Begriffsjurisprudenz“; *Gas*, Gastkommentar: Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zu Lasten Privater im Urteil „Mangold“, Anmerkung zu EuGH, U. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, EuZW 2005, S. 737: „Dammbruch“; *Jahn*, FAZ v. 3.12.2005, S. 11: „Tugendterror aus Luxemburg“; siehe auch Editorial Comments, Horizontal direct effect – A law of diminishing coherence?, CMLRev 2006, S. 1 ff.

³ *v. Bogdandy/Bast/Arndt*, Handlungsformen im Unionsrecht, ZaöRV 62 (2002), S. 77 (91 f.).

⁴ *Bast*, Handlungsformen, in: *v. Bogdandy* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 479 (530).

1. Direktwirkung

Die im Grundsatzurteil *van Gend & Loos*⁵ entwickelten Kriterien zur unmittelbaren Wirkung von primärem Gemeinschaftsrecht hat der EuGH auf Richtlinien übertragen. Nach Ablauf der Umsetzungsfrist⁶ kann sich ein Einzelner bei unterlassener oder fehlerhafter Umsetzung⁷ auf Richtlinienbestimmungen direkt berufen, sofern sie hinreichend genau und unbedingt sind. Hinreichend genau ist eine Richtlinienbestimmung, die so bestimmt und eindeutig formuliert ist, dass sich ein justiziabler Rechtsgehalt ermitteln lässt.⁸ Als inhaltlich unbedingt bezeichnet der EuGH eine Richtlinienbestimmung, wenn sie nicht mit einem Vorbehalt oder einer Bedingung versehen ist und es keiner weiteren, inhaltlich gestaltenden Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf.⁹ In der Folge müssen nationale Gerichte und Verwaltungen solche Richtlinienbestimmungen unmittelbar anwenden.¹⁰

Diese Direktwirkung setzt kein subjektiv-öffentliches Recht im Sinne der deutschen Schutznormtheorie voraus.¹¹ Den Staat bindet die Richtlinie ohnehin unabhängig von einer subjektiven Berechtigung (objektive Direktwirkung). Das nationale Recht kann allenfalls die Berufungsfähigkeit von einem Individualbezug abhängig machen, um eine Popularklage auszuschließen, da die Richtlinie vor ihrer Umsetzung nicht mehr Private berechtigen kann als danach.¹²

⁵ EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 (24 f.).

⁶ EuGH, Rs. 148/78, *Ratti*, Slg. 1979, 1629, Rdnr. 43 f.; EuGH, Rs. C-316/93, *Vaneetveld*, Slg. 1994, I-763, Rdnr. 16.

⁷ EuGH, Rs. 8/81, *Becker*, Slg. 1982, 53, Rdnr. 25; EuGH, Rs. 152/84, *Marshall*, Slg. 1986, 723, Rdnr. 46.

⁸ EuGH, Rs. C-236/92, *Comitato*, Slg. 1994, I-483, Rdnr. 9.

⁹ EuGH, Rs. 41/76, *van Duyn*, Slg. 1974, 1337, Rdnrn. 13, 14.

¹⁰ In diesem Zusammenhang bedeutet unmittelbare Anwendbarkeit im Folgenden, dass Privatpersonen im Einzelfall ihnen kraft Gemeinschaftsrechts verliehene Rechte geltend machen können. In der Literatur ist die Verwendung der Begrifflichkeiten „unmittelbare Wirkung“ und „unmittelbare Anwendbarkeit“ umstritten. Neben einer häufigen synonymen Verwendung finden sich auch Kategorisierungsversuche, die die unmittelbare Anwendbarkeit allein *self-executing* Normen vorbehalten und bei Richtlinien ausschließlich von unmittelbarer Wirkung sprechen; siehe zum Ganzen bereits *Klein*, Unmittelbare Geltung, 1988; interessanterweise übersetzt der EuGH in Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 (24) „*effet immédiat*“ mit „unmittelbare Wirkung“ einerseits und „*direct application*“ andererseits.

¹¹ EuGH, Rs. C-435/97, *WWF*, Slg. 1999, I-5613, Rdnr. 68 ff.; *Ruffert*, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. (2002), Art. 249, Rdnr. 90; *Prechal*, Does Direct Effect Still Matter?, CMLRev 2000, S. 1047 (1053 u. 1056).

¹² *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1997, S. 79; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV (2005), Art. 249, Rdnrn. 146, 170.

Diese Rechtsfortbildung des EuGH ist mittlerweile anerkannt.¹³ Für sie sprechen das Prinzip der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*) und die zu wahren Interessen Einzelner. Andernfalls könnten die Mitgliedstaaten die unbedingte, gleiche und einheitliche Wirkung folgenlos durch pflichtwidrig unterlassene Umsetzung unterlaufen. Der *effet utile* dient gerade auch dem Schutz von Individualinteressen, die durch die Verfahren gemäß Art. 226, 228 EGV oder Staatshaftung nicht vollständig geschützt werden können.¹⁴ Auch das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EGV setzt voraus, dass sich der Einzelne grundsätzlich auf Rechtsakte der Gemeinschaft berufen kann.¹⁵ Zudem lässt sich die Direktwirkung auf die in Art. 10 EGV verankerte Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue sowie die Rechtssicherheit als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts stützen.¹⁶ Schließlich verlangt der Grundsatz von Treu und Glauben, dass sich ein Mitgliedstaat gegenüber der vereinbarten Richtlinienverbindlichkeit nicht auf die pflichtwidrig unterlassene Umsetzung berufen kann (Sanktionsgedanke).¹⁷

Diese Argumente tragen allerdings nur, wenn sich ein Einzelner gegenüber dem Staat auf Richtlinienbestimmungen beruft (vertikale Konstellation). Entsprechend zeigt die Systematik des Art. 249 EGV, dass eine Richtlinie im Unterschied zur Verordnung und Entscheidung „nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen“¹⁸ kann. Daher kann sich weder der Staat noch ein anderer Privater gegenüber einem Einzelnen auf eine Richtlinie als solche berufen.¹⁹

Dieser Aussage steht nicht entgegen, dass in so genannten Dreieckskonstellationen eine mittelbare Belastung eines Privaten entsteht. So darf sich ein Einzelner auf eine ihn begünstigende Richtlinienbestimmung gegenüber dem Staat berufen, auch wenn in der Folge faktisch ein Dritter belastet wird.²⁰ Als Variante kann eine Richtlinie ihren Adressaten belasten und einen Dritten begünstigen. Wegen des belasteten

¹³ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 11), Art. 249, Rdnr. 71 f.

¹⁴ Kadelbach, (Fn. 12), S. 74-77; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 12), Art. 249, Rdnr. 157.

¹⁵ EuGH, Rs. 41/76, *van Duyn*, Slg. 1974, 1337, Rdnr. 12; zuvor schon zur Handlungsform der Entscheidung EuGH, Rs. 9/70, *Grad*, Slg. 1970, 825, Rdnr. 6.

¹⁶ Nettesheim, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 12), Art. 249, Rdnr. 157.

¹⁷ EuGH, Rs. 148/78, *Ratti*, Slg. 1979, 1629, Rdnr. 22.

¹⁸ EuGH, Rs. 152/84, *Marshall*, Slg. 1986, 723, Rdnr. 48.

¹⁹ Für den Staat jüngst EuGH, Rs. C-387/02, *Berlusconi*, Slg. 2005, I-3565, Rdnr. 74; EuGH, Rs. 80/86, *Kolpinghuis*, Slg. 1987, 3969, Rdnr. 10; für Private EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 109; EuGH, Rs. C-91/92, *Faccini Dori*, Slg. 1994, I-3325, Rdnr. 20; a. A. Richter, Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten Einzelner, Anmerkung zu den EuGH-Urteilen – Rs. 80/86 – (*Kolpinghuis*) und – Rs. 152/84 – (*Marshall*), EuR 1988, S. 394 (401 f.); *Winter*, Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl 1991, S. 657 (665).

²⁰ EuGH, Rs. C-201/02, *Wells*, Slg. 2004, I-723, Rdnr. 57; EuGH, Rs. 103/88, *Costanzo*, Slg. 1989, 1839, Rdnr. 28 ff.

Privaten fordert ein Teil der Literatur für diese Konstellationen doch ein subjektives Recht des Klägers aus der Richtlinie.²¹ Allerdings bleibt Anspruchsgegner der unmittelbar anwendbaren Richtlinie weiterhin der Staat. Die Belastung des Dritten erfolgt nur als Reflex. Überzeugend ist es daher, auch hier nur einen Individualbezug in Form einer unbedingten und genauen Richtlinienbestimmung vorauszusetzen, um eine Popularklage auf Richtlinienvollziehung auszuschließen.²² Für alle genannten Konstellationen gilt im Ergebnis, dass eine nicht umgesetzte Richtlinie nur gegenüber dem Staat unmittelbar zur Anwendung kommen kann.

2. Unanwendbarkeit nationalen Rechts

In seiner neueren Rechtsprechung scheint der EuGH auf den ersten Blick eine unmittelbare Wirkung einer Richtlinie auch horizontal zwischen Privaten zuzulassen.

Im Fall *Unilever*²³ verpflichtete eine Richtlinie die Mitgliedstaaten, vor dem Erlass nationaler technischer Standards die Kommission in einem Informationsverfahren zu konsultieren. Ein Käufer wandte gegen eine private Kaufpreisforderung ein, dass das gelieferte Olivenöl nicht den italienischen Etikettierungsstandards entspreche. Allerdings hatte Italien beim Erlass dieser Normen das Verfahren der Richtlinie nur unzureichend befolgt. Der EuGH entschied, der Beklagte könne daher verlangen, dass das Gericht die richtlinienwidrig erlassenen Standards außer Acht lassen müsse. Dies belastete im Ergebnis den Käufer, dem der Einwand der Schlechterfüllung anhand der italienischen Normen nicht mehr möglich war.

Richtigerweise handelt es sich auch hierbei nicht um eine direkte Anwendbarkeit einer Richtlinienpflicht gegenüber Privaten. Zum einen betraf der Streit nicht die Umsetzung der Richtlinie, sondern eine in der Richtlinie enthaltene Verfahrenspflicht der Mitgliedstaaten.²⁴ Zudem begründet die Richtlinie weder individuelle Rechte noch Pflichten und ist keine materielle Anspruchsgrundlage gegenüber Privaten.²⁵ Die Richtlinie wirkt vielmehr auf die objektive Rechtslage ein und verpflichtet alle staatlichen Organe, eine richtlinienwidrige nationale Bestimmung unangewendet zu lassen.²⁶ Diese Verpflichtung korrespondiert mit einem Recht des Einzelnen gegen den Staat, bei der Entscheidung des Zivilstreits nur richtlinienkonformes

²¹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 11), Art. 249, Rdnr. 85; *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 84 f.

²² *Kadelbach*, (Fn. 12), S. 79, 88-92; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 12), Art. 249, Rdnr. 170.

²³ EuGH, Rs. C-443/98, *Unilever*, Slg. 2000, I-7535 ff.; zuvor EuGH, Rs. C-194/94, *CLA Security*, Slg. 1996, I-2201 ff.

²⁴ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 11), Art. 249, Rdnr. 78a.

²⁵ EuGH, Rs. C-443/98, *Unilever*, Slg. 2000, 7535, Rdnr. 51.

²⁶ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 12), Art. 249, Rdnr. 177.

Recht zu berücksichtigen. Nach der hier vertretenen Auffassung können Richtlinien vor Umsetzung daher zwar nicht selbst Verpflichtungen Privater begründen, durchaus aber belastende Folgen in horizontalen Konstellationen zeitigen.²⁷

3. Richtlinienkonforme Auslegung

Falls eine Richtlinie nicht unmittelbar anwendbar ist, droht eine pflichtwidrig unterlassene Umsetzung die Effektivität des Gemeinschaftsrechts und die bezweckten Individualrechte zu vereiteln. Daher hat der EuGH aus der Umsetzungsverpflichtung des Art. 249 III EGV sowie aus Art. 10 EGV eine weitere Wirkungsweise von Richtlinien hergeleitet: Die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts. Sie verpflichtet alle mitgliedstaatlichen Stellen, nationales Recht „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie“²⁸ auszulegen und anzuwenden. Es handelt sich dabei um eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, durch die Anwendung nationaler Auslegungsmethoden ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erzielen.²⁹ Die nationalen Behörden und Gerichte müssen die Erreichung der Richtlinienziele im Einzelfall sicherstellen und somit zur Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung im Rahmen einer „aktiven Kooperation“³⁰ beitragen. Hierbei ist der gesamte Richtlinieninhalt zu beachten.³¹ Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls vom Ablauf der Umsetzungsfrist an und auch dann noch, wenn die Richtlinie bereits ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt worden ist.³² Gegenstand der richt-

²⁷ Herrmann, Die negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien in horizontalen Rechtsverhältnissen, Erwidmung auf T. Gas, Gastkommentar Heft 24/2005, S. 737, EuZW 2006, S. 69; a.A. Gas, (Fn. 2), S. 737.

²⁸ EuGH, Rs. 14/83, *Von Colson*, Slg. 1984, 1891, Rdnr. 26; EuGH, Rs. 79/83, *Harz*, Slg. 1984, 1921, Rdnr. 26; a.A. *di Fabio*, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? Überlegungen zum Einfluß des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung, NJW 1990, S. 947 (953).

²⁹ *Colneric*, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, ZEuP 2005, S. 225 (232); *Prechal*, Anmerkung zu EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer et. al.*, CMLRev 2005, S. 1445 (1459); EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 116; a. A. *Ebrücke*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie, (Anmerkung zu: BGH, U. v. 05.02.1998 – I ZR 211/95 – und BGH, U. v. 23.04.1998 – I ZR 2/96 –), EuZW 1999, S. 553 (554), der die Grundlage der Verpflichtung im nationalen Recht sieht.

³⁰ *Ladenr.*, Die Umsetzung der EG-Richtlinie zur Umweltverträglichkeitsprüfung in nationales Recht und ihre Koordination mit dem allgemeinen Verwaltungsrecht. Das Beispiel Frankreichs und Deutschlands, zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der richtlinienkonformen Auslegung, UPR 1996, S. 419 (421).

³¹ EuGH, Rs. C-168/95, *Arcaro*, Slg. 1996, I-4705, Rdnr. 42; *Schliesky*, Die Vorwirkung von gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien. Ein Beitrag zur Geltung und Vorrang des sekundären Gemeinschaftsrechts am Beispiel des Wirtschafts- und Umweltrechts, DVBl 2003, S. 631 (639).

³² EuGH, Rs. C-421/92, *Habermann*, Slg. 1994, I-1657, Rdnr. 10.

linienkonformen Auslegung ist das gesamte nationale Recht, unabhängig davon, ob es sich um vor oder nach Erlass der Richtlinie ergangene Vorschriften handelt.³³

Das nationale Gericht hat das innerstaatliche Recht „soweit wie möglich“ an Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten.³⁴ Dies grenzt die Auslegungspflicht von der unmittelbaren Wirkung ab: Während bei dieser die Rechtsfolgen direkt aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleitet werden, entnimmt der nationale Richter bei der konformen Auslegung die Rechte und Pflichten allein dem so interpretierten innerstaatlichen Recht. Der Grundsatz, dass eine Richtlinie selbst keine Verpflichtung Einzelner begründen kann, bleibt zumindest theoretisch gewahrt.

Allerdings sind die Aussagen des EuGH zur Reichweite der Auslegungsverpflichtung zweideutig: Einerseits dürfe die Interpretation nicht dazu führen, dass einem Einzelnen eine Verpflichtung in einer nicht umgesetzten Richtlinie entgegengehalten wird.³⁵ Gleichzeitig versteht der EuGH in Fällen, in denen für das ausgelegte nationale Recht kein richtlinienkonformer Anwendungsbereich verbleibt, die Nichtanwendung richtlinienwidrigen Rechts als mögliche Folge der Auslegung.³⁶ Dabei werden die Inhalte der Richtlinie in nationales Recht hineingelesen. Ob es sich hierbei methodisch noch um richtlinienkonforme Auslegung oder nicht eher um Rechtsfortbildung handelt, kann an dieser Stelle offen bleiben. Jedenfalls lässt sich dies als Verpflichtung des nationalen Richters auffassen, gegebenenfalls wie bei der grundgesetzkonformen Auslegung richtlinienwidriges nationales Recht außer Acht zu lassen.³⁷

4. Gemeinschaftsrechtlicher Haftungsanspruch

Sekundären Rechtsschutz gegen einen Mitgliedstaat gewährt der gemeinschaftsrechtliche Haftungsanspruch, den der Gerichtshof mit dem *effet utile*, dem Schutz

³³ EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 115; die Pflicht zur konformen Auslegung hat der EuGH auf Rahmenbeschlüsse übertragen: EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Slg. 2005, I-5285, Rdnr. 47.

³⁴ EuGH, Rs. C-106/89, *Marleasing*, Slg. 1990, I-4135, Rdnr. 8; EuGH, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, *Océano*, Slg. 2000, I-4941, Rdnr. 41; eine Auslegung *contra legem* hat der EuGH jüngst abgelehnt, EuGH, Rs. C-105/03, *Pupino*, Slg. 2005, I-5285, Rdnr. 47.

³⁵ EuGH, Rs. C-168/95, *Arco*, Slg. 1996, I-4705, Rdnr. 42; s. nur *Roth*, Die richtlinienkonforme Auslegung, (Zugleich Anmerkung zu EuGH, v. 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 – und EuGH, v. 16.06.2005 – Rs. C-105/03 –), EWS 2005, S. 385 (391).

³⁶ Ausdrücklich EuGH, verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 116; *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. (2005), S. 162; diese Möglichkeit bestreiten u. a. *Thüsing*, Zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, Irritationen und Hinweise in der Rechtssache *Pfeiffer*: EuGH v. 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis 403/01 –, (Anmerkung), ZIP 2004, S. 2301 (2302); *Scherzberg*, Die innerstaatliche Wirkung von EG-Richtlinien, Jura 1993, S. 225 (229).

³⁷ *Colneric*, (Fn. 29), S. 232; *Prechal*, (Fn. 29), CMLRev 2005, S. 1445 (1458).

der Rechte Einzelner und Art. 10 EGV begründet.³⁸ Der Anspruch setzt voraus, dass die nicht oder unzureichend umgesetzte Richtlinie bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Inhalt dieser Rechte hinreichend bestimmbar ist und die Nicht- oder Schlechtumsetzung einen Schaden des Einzelnen verursacht hat.³⁹ Ein Verschulden des Mitgliedstaates ist nicht erforderlich.⁴⁰ Die Schadensfolgen hat er im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben.⁴¹ Dadurch kann zwar die Durchsetzung des Anspruchs in den verschiedenen Rechtsordnungen divergieren.⁴² Allerdings dürfen die Kriterien zum einen nicht ungünstiger sein als bei entsprechenden Ansprüchen, die auf nationales Recht gestützt sind (Grundsatz der Äquivalenz), zum anderen darf eine Entschädigung nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (Effektivitätsgebot).⁴³

III. Vorwirkungen von Richtlinien

Die bisher dargestellten Rechtsinstitute bezogen sich auf Wirkungen von nicht oder unzureichend umgesetzten Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist. Bereits während des Fristlaufs dürfen nach dem „Wallonie“-Urteil⁴⁴ des EuGH die Mitgliedstaaten wegen Art. 10 II i. V. m. Art. 249 III EGV keine Vorschriften erlassen, „die geeignet sind, das in dieser Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen.“ Gleichzeitig müssen sie „die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel bis Fristablauf erreicht wird.“ Wie lässt sich dies rechtfertigen?

Mit der Veröffentlichung gemäß Art. 254 EGV erlangt die Richtlinie gemeinschaftsrechtliche Geltung. Von dieser können also ab dem zeitlichen In-Kraft-Treten bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist grundsätzlich „Vorwirkungen“⁴⁵ aus-

³⁸ EuGH, verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90, *Franconich*, Slg. 1990, I-5357, Rdnrn. 32-37.

³⁹ EuGH, Rs. C-91/92, *Faccini Dori*, Slg. 1994, I-3325, Rdnr. 27.

⁴⁰ EuGH, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Slg. 1996, I-1029, Rdnr. 79.

⁴¹ EuGH, verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90, *Franconich*, Slg. 1990, I-5357, Rdnr. 42.

⁴² *Nacimiento*, Gemeinschaftsrechtliche und nationale Staatshaftung in Deutschland, Italien und Frankreich, 2006, S. 207 ff.; *Kischel*, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung zwischen Europarecht und nationaler Rechtsordnung, EuR 2005, S. 441 (449 ff.).

⁴³ EuGH, verb. Rs. C-46/93 u. C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Slg. 1996, I-1029, Rdnr. 83; *Beljin*, Staatshaftung im Europarecht, 2000, S. 38-42.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-129/96, *Wallonie*, Slg. 1997, I-7411, Rdnr. 45.

⁴⁵ *Gronen*, Die „Vorwirkung“ von EG-Richtlinien, 2006, S. 75 ff.; *Schliesky*, (Fn. 31), S. 631 (640); andere Terminologie *Koller*, Die Bedeutung von EG-Richtlinien im Zeitraum vor Ablauf der Umsetzungsfrist, 2003, S. 25; missverständlich ist die Verwendung des Begriffs für die Konstellation der FFH-Richtlinie nach abgelaufener Umsetzungsfrist, siehe BVerwGE 112, 140 ff. und

gehen. Dies beweist auch Art. 249 III EGV, der die Verbindlichkeit für den Mitgliedstaat nicht von der Umsetzung abhängig macht.⁴⁶ Im Folgenden wird zu klären sein, welche genauen Vorwirkungen in Betracht kommen.

1. Keine unmittelbare Wirkung vor Ablauf der Frist

Einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinien bereits vor Fristablauf hat der EuGH bislang widersprochen.⁴⁷ Dies fügt sich nahtlos in die dargelegte Dogmatik zur Direktwirkung von Richtlinien ein. Vor Fristablauf besteht für den Mitgliedstaat keine Pflicht zur Umsetzung, die er durch seine Untätigkeit verletzen könnte. Der Sanktionsgedanke trägt mithin vor Fristablauf nicht. Zwar würden der *effet utile* und der Schutz von Individualinteressen dafür sprechen, eine unmittelbare Anwendbarkeit mit In-Kraft-Treten anzunehmen. Allerdings bestünde dann in dieser Hinsicht kein Unterschied mehr zwischen einer Richtlinie und einer Verordnung i.S. von Art. 249 II EGV.⁴⁸

2. Sperrwirkung oder individualrechtsschützende „obligation de résultat“

Der EuGH hat den Erlass nationaler Maßnahmen, die das Ziel der Richtlinie „ernstlich in Frage stellen“ können, untersagt.⁴⁹ Daraus folgt jedenfalls, dass der Gesetzgeber in der Lage sein muss, die Richtlinie pünktlich und ordnungsgemäß umzusetzen. Dies entspricht dem in Art. 18 WVK⁵⁰ verankerten völkerrechtlichen Frustrationsverbot. Ob darüber hinaus das In-Kraft-Treten der Richtlinie eine Sperrwirkung entfaltet, die dem Gesetzgeber den Erlass richtlinienwidrigen Rechts während des Fristlaufs verbietet, geht aus der Rechtsprechung des EuGH nicht eindeutig hervor.

Fisahn / Mushoff, Vorwirkung und unmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien, EuR 2005, S. 222 (227 f.), die auf jegliche Wirkungen vor Erlass nationaler Umsetzungsvorschriften abstellen.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-129/96, *Wallonie*, Slg. 1997, I-7411, Rdnr. 41; GA *Jacobs*, *ibid.*, Rdnr. 13; GA *Kokott*, Rs. C-313/02, *Wippel*, Slg. 2004, I-9483, Rdnr. 59; *Schliesky*, (Fn. 31), S. 635 u. 637.

⁴⁷ EuGH, Rs. 148/78, *Ratti*, Slg. 1979, 1629, Rdnr. 44; EuGH, Rs. C-316/93, *Vaneetveld*, Slg. 1994, 763, Rdnr. 16; EuGH, Rs. C-129/96, *Wallonie*, Slg. 1997, I-7411, Rdnr. 43; EuGH, Rs. C-157/02, *Rieser*, Slg. 2004, I-1477, Rdnr. 67; für Entscheidungen siehe Rs. C-156/91, *Hansa Fleisch*, Slg. 1992, I-5567, Rdnr. 19 f.

⁴⁸ *Gronen*, (Fn. 45), S. 135; *Schliesky*, (Fn. 31), S. 636; *Ebricke*, (Fn. 29), EuZW 1999, S. 556; Die unmittelbare Wirkung scheidet nicht bereits an der fehlenden „Unbedingtheit“, da der Fristablauf nicht den Richtlinieninhalt betrifft, so aber *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV (2003), Art. 249, Rdnr. 109.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-129/96, *Wallonie*, Slg. 1997, I-7411, Rdnr. 45.

⁵⁰ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, BGBl 1985, II-927.

Eine Deutung entnimmt ihr eine Beschränkung auf ein bloßes Frustrationsverbot, da das Harmonisierungsziel der Richtlinie erst mit dem Fristablauf als Stichtag wirke. Es könne keine Stillhalteverpflichtung geben, da dies dem Charakter der Richtlinie als *obligation de résultat* bzw. dem zweistufigen Verfahren des Art. 249 III EGV widerspreche.⁵¹ Andererseits könnte einer völligen Autonomie des Mitgliedstaates bis zum Fristablauf aber der Wortlaut des Art. 249 III EGV entgegenstehen, nach dem die Richtlinie zumindest hinsichtlich ihres als Ergebnis zu verstehenden Zieles ab In-Kraft-Treten verbindlich ist.⁵² In diese Richtung weisen manche Aussagen des EuGH, der eine belgische Vorschrift vor Fristablauf für unvereinbar mit dem inhaltlichen Ziel einer Richtlinie erklärte.⁵³

Vermittelnd lässt sich überzeugend vertreten, dass der Gesetzgeber zwar richtlinienwidriges Recht vor Fristablauf erlassen darf, da dies unter Umständen sogar gerade der Zielerreichung dienen kann.⁵⁴ Dies gilt aber nur, wenn er in der Lage ist, die richtlinienwidrigen Vorschriften vor Fristablauf zu ändern und die Schaffung nicht revidierbarer Zustände vermeidet. Darüber hinaus darf es die durch die Richtlinie bezweckten Individualrechte nicht derart verletzen, dass nach Fristablauf noch praktische Wirkungen dieser Verletzung andauern.⁵⁵ Schafft der Gesetzgeber nämlich solche fortwirkenden Umstände, kann ein richtlinienkonformer Zustand nicht pünktlich erreicht werden. Dieser Gedanke lässt sich auf alle innerstaatlichen Stellen übertragen.⁵⁶

3. Richtlinienkonforme Auslegung vor Fristablauf

Das „Wallonie“-Urteil verpflichtet die Mitgliedstaaten, die „erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen, um „sicherzustellen, dass das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel bei Ablauf dieser Frist erreicht wird.“⁵⁷ Hieraus leiten insbesondere einige Generalanwälte eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ab Geltung der Richtlinie ab.⁵⁸ Dagegen wird eingewendet, Judikative und Exekutive stellten sich

⁵¹ Weiff, Zur Wirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist, DVBl 1998, S. 568 (573); Leible/Sosnitza, Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vergleichende Werbung, NJW 1998, S. 2507 (2508); Schroeder, in: Streinz, (Fn. 48), Art. 249, Rdnr. 83.

⁵² Schliesky, (Fn. 31), S. 637; so auch GA Mancini, Rs. 30/85, Teuling, Slg. 1987, 2497, Rdnr. 7.

⁵³ EuGH, Rs. C-14/02, *ATRAL*, Slg. 2003, I-4431, Rdnr. 59; s. a. Klage v. 28.11.2005, Rs. C-422/05 (*Kommission/Belgien*), ABI. Nr. C 48 v. 25.2.2006, S. 13.

⁵⁴ Siehe das Beispiel bei GA Jacobs, Rs. C-129/96, *Wallonie*, Slg. 1997, I-7411, Rdnr. 46 f.

⁵⁵ Ebricke, Vorwirkungen von EU-Richtlinien auf nationale Gesetzgebungsvorhaben, ZIP 2001, S. 1311 (1317); GA Jacobs, Rs. C-129/96, *Wallonie*, Slg. 1997, I-7411, Rdnr. 42.

⁵⁶ Zu staatlich kontrollierten Unternehmen des Privatrechts *Bühning/Lang*, Vorwirkung von EG-Richtlinien gegenüber staatlich kontrollierten Unternehmen des Privatrechts?, ZEuP 2005, S. 88 (100).

⁵⁷ EuGH, Rs. C-129/96, *Wallonie*, Slg. 1997, I-7411, Rdnr. 44.

hierdurch an die Stelle des Gesetzgebers und griffen ihm vor.⁵⁹ Zwar bestehe für die nationalen Gerichte die Möglichkeit zur richtlinienkonformen Auslegung, dies könne aber keine Pflicht sein.⁶⁰ Allerdings lässt Art. 249 III EGV das Ziel der Richtlinie bereits ab In-Kraft-Treten für alle innerstaatlichen Stellen verbindlich werden. Nach diesem Verständnis privilegiert die Umsetzungsfrist allein den Gesetzgeber wegen der Dauer der Normgebung.⁶¹ Anerkanntermaßen ersetzt eine richtlinienkonforme Auslegung grundsätzlich nicht die Umsetzung in eine verbindliche Norm mit Außenwirkung.⁶² Ebenso wenig stellt danach die Umsetzungsfrist die Zielverbindlichkeit für Exekutive und Judikative in Frage.

Jedenfalls besteht eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung solchen nationalen Rechts, das der Mitgliedsstaat vor Fristablauf zur Umsetzung erlässt.⁶³ Darüber hinaus kann eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe infrage kommen, wenn die Mitgliedsstaaten durch eine Richtlinie solche gerade übereinstimmend interpretieren wollten,⁶⁴ da hier die allein handelnde Rechtsprechung dem Gesetzgeber keine Handlungsoptionen nehmen

⁵⁸ Zuerst GA *Darmon*, Rs. 177/8, *Dekker*, Slg. 1990, 3941, Rdnr. 11; *ders.*, Rs. C-236/92, *Comitato*, Slg. 1994, I-483, Rdnr. 27; GA *Alber*, Rs. C-157/02, *Rieser*, Slg. 2004, I-1477, Rdnr. 112; GA *Kokott*, Rs. C-313/02, *Wippel*, Slg. 2004, I-9483, Rdnr. 58-63; GA *Tizzano*, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Rdnr. 115 ff.; GA *Kokott*, Rs. C-212/04, *Adeneler*, Rdnr. 46 f., noch nicht in aml. Slg. unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar; in der Literatur etwa *Scherzberg*, (Fn. 36), S. 232; *Sack*, Die Berücksichtigung der Richtlinie 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung bei der Anwendung der §§ 1 und 3 UWG, WPR 1998, S. 241 (243 f).

⁵⁹ *Ebricke*, (Fn. 29), EuZW 1999, S. 555; *Weiß*, (Fn. 51), S. 573; *Leible/Sosnitza*, (Fn. 51), S. 2507; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 11), Art. 249, Rdnr. 110.

⁶⁰ BGHZ 138, 55 (60 ff.).

⁶¹ GA *Kokott*, Rs. C-212/04, *Adeneler*, (Fn. 58), Rdnr. 52 mit Verweis auf Rs. C-157/02, *Rieser*, Slg. 2004, I-1477, Rdnr. 68.

⁶² *Schroeder*, in: *Streinz*, (Fn. 48), Art. 249, Rdnr. 95; zu Ausnahmen siehe *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 207 ff.

⁶³ „Unproblematisch“ *Ebricke*, (Fn. 29), EuZW 1999, S. 554.

⁶⁴ BGHZ 138, 55 (60 ff.) bejaht nur eine Möglichkeit; als aktuelles Bsp. einer angenommen Auslegungsverpflichtung s. zur bis zum 10.10.2006 umzusetzenden „Qualifikationsrichtlinie“ 2004/83/EG, VG Lüneburg, Urt. v. 8.2.2006, 1 A 68/03; VG Köln, NVwZ-RR 2006, S. 67 ff.; *Meyer/Schallenberg*, Die EU-Flüchtlingsrichtlinie: Das Ende für das Forum Internum und Abschied von der Zurechnungstheorie?, NVwZ 2005, S. 776. Dieser völkerrechtlich geprägte Sonderfall legt eine ausnahmsweise vor Fristablauf bestehende Auslegungsverpflichtung besonders nahe, da die Richtlinie gerade eine gemeinsame Auslegung entsprechend der Genfer Flüchtlingskonvention v. 28.7.1951 (BGBl 1953 II, S. 560) bezweckt, die zwar nicht die EG, aber alle Mitgliedstaaten als Vertragsparteien bereits völkerrechtlich verpflichtet; primärrechtlich enthält Art. 63 Nr. 1 EGV eine konstitutive innergemeinschaftliche Bindung der EG an eine völkerrechtskonforme Auslegung (*Weiß*, in: *Streinz*, [Fn. 48], Art. 63, Rdnr. 6); innerstaatlich s. a. den Verweis von § 60 I 1 Aufenthaltsg; a.A. und eine Vorlage dieser „hinreichend geklärten“(!) Frage an den EuGH ablehnend etwa VGH Mannheim, NVwZ 2005, S. 1098 ff.; jüngst OVG Lüneburg, Urt. v. 16.6.2006, 9 LB 104/06.

kann. Eine konforme Auslegung ist schließlich zwingend bei einem ansonsten drohenden Verstoß des Gesetzgebers gegen das Frustrationsverbot.⁶⁵ Der hier vertretenen Ansicht zufolge umfasst dieses auch Vorschriften, die Individualrechte aus der Richtlinie verletzen, wenn diese Beeinträchtigung in den Zeitraum nach Fristablauf fortwirkt.

IV. Die besondere Konstellation im Fall „Mangold“

Die Rechtssache *Mangold*⁶⁶ konfrontierte den EuGH unter anderem mit der Problematik möglicher Vorwirkungen einer Richtlinie in einem Rechtsstreit zwischen Privaten. Der 56 Jahre alte Arbeitnehmer Mangold schloss mit Wirkung zum 1. Juli 2003 mit dem Arbeitgeber Helm einen bis zum 28. Februar 2004 befristeten Arbeitsvertrag. Nach § 14 I Teilzeitbefristungsgesetz (TzBfG) erfordert eine solche Befristung regelmäßig einen sachlichen Grund. Die Befristungsabrede stützte sich aber explizit auf die Ausnahme des § 14 III 4 i. V. m. Satz 1 TzBfG, in der im Dezember 2002 erlassenen und nur bis zum 31. Dezember 2006 gültigen Fassung. Danach dürfen Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern ab 52 Jahren weitgehend ohne sachlichen Grund befristet werden. Das ArbG München legte dem EuGH unter anderem die Frage vor, inwieweit das Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 dahin auszulegen sei, dass es einer Regelung wie § 14 III TzBfG entgegenstehe. Deutschland muss dieses Verbot bis zum 2. Dezember 2006 umsetzen. Im Falle der Unvereinbarkeit stelle sich zudem die Frage, ob das nationale Gericht richtlinienwidriges Recht unangewendet lassen müsse.

Die hier allein interessierende Brisanz der Vorlage liegt in ihrer Frage nach Vorwirkungen einer Richtlinie bereits während des Laufs der Umsetzungsfrist. Gekoppelt ist dies mit der Problematik unmittelbarer Wirkung einer Richtlinie in einer horizontalen Konstellation.

In einem ersten Schritt identifiziert der EuGH § 14 III TzBfG als eine unmittelbar auf dem Alter des Arbeitnehmers beruhende Ungleichbehandlung. Artikel 6 I der Richtlinie stehe einer solchen Regelung entgegen, die das legitime Ziel der Eingliederung arbeitsloser Arbeitnehmer über 52 auf unverhältnismäßige Weise verfolge.⁶⁷

⁶⁵ *Schroeder*, in: Streinz, (Fn. 48), Art. 249, Rdnr. 130.

⁶⁶ EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, 2005, I-9981.

⁶⁷ EuGH, *ibid.*, Rdnrn. 55-65; inwieweit diese Verhältnismäßigkeitsprüfung im Ergebnis überzeugt, kann bezüglich der hier interessierenden Problematik dahinstehen, siehe Besprechung bei *Bauer/Arnold*, (Fn. 2), S. 8 f.

In zwei Begründungssträngen führt der EuGH aus, warum diese Auslegung des Art. 6 I der Richtlinie auch vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist zu beachten sei.⁶⁸ Erstens dürften die Mitgliedstaaten gemäß der „Wallonie“-Rechtsprechung während des Fristlaufs keine Vorschriften erlassen, die das Richtlinienziel ernstlich in Frage stellen. Die Altersgrenze des § 14 III TzBfG wurde aber nach Erlass der Richtlinie von 58 auf 52 Jahre herabgesetzt. Dabei sei unbeachtlich, dass die Übergangsweise auf 52 Jahre gesenkte Befristungsmöglichkeit nur bis zum 31. Dezember 2006 und somit nur wenige Wochen über die zum 2. Dezember 2006 ablaufende Umsetzungsfrist hinaus gilt. Zum einen genieße Deutschland seit Ablauf der eigentlichen Umsetzungsfrist am 2. Dezember 2003 eine dreijährige Zusatzfrist. Die praktische Wirksamkeit einer hiermit verbundenen Berichtspflicht gegenüber der Kommission impliziere „konkrete Maßnahmen“ des Mitgliedsstaats, „um seine Regelung schon dem in der Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnis anzunähern“. Zum anderen drohe der mit der Richtlinie bezweckte Individualrechtsschutz für bestimmte Arbeitnehmer unterlaufen zu werden. Auch wenn die Altersgrenze von 52 Jahren nur bis Ende 2006 gelte, würde ein Teil der hiervon betroffenen Arbeitnehmer wie Herr Mangold bis dahin das 58. Lebensjahr vollendet haben und somit weiterhin von der dann gültigen Fassung des § 14 III TzBfG erfasst werden.

Als zweite Begründung führt der EuGH einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts an. Dieser binde die Mitgliedstaaten und umfasse das Verbot der Altersdiskriminierung. Die Richtlinie sei hierfür nicht konstitutiv, sondern schaffe nur einen Durchsetzungsrahmen. Folglich sei der Grundsatz unmittelbar und unabhängig vom Fristablauf der Richtlinie zu beachten.

Abschließend widmet sich der EuGH der Rechtsfolge seiner Auslegung. Das nationale Gericht müsse im Rahmen seiner Zuständigkeiten die geschützten Individualrechte und die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleisten, „indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt.“⁶⁹

V. Bruch mit der bisherigen Dogmatik?

Das Grundsatzurteil der Großen Kammer scheint auf den ersten Blick mit der dargestellten Dogmatik der innerstaatlichen Wirkungen von Richtlinien zu brechen. Als folgenreicher dürften sich aber die gleichzeitigen Aussagen zur innerstaatlichen Reichweite des allgemeinen Gleichheitssatzes erweisen.

⁶⁸ EuGH, *ibid.*, Rdnrn. 66-73 u. 74-76.

⁶⁹ EuGH, *ibid.*, Rdnr. 77.

Hinsichtlich der verpflichtenden Wirkung einer Richtlinie vor Fristablauf verweist der EuGH zwar zunächst auf seine „Wallonie“-Rechtsprechung. Anders als dort prüft er dann aber vor Fristablauf das nationale Recht am Maßstab des Gemeinschaftsrechts.⁷⁰ Den Übergangscharakter des § 14 III TzBFG hält er für nicht entscheidend. Über ein bloßes Frustrationsverbot des Gesetzgebers hinaus stellt der EuGH ein Gebot aller innerstaatlichen Stellen auf, das mit der Richtlinie bezweckte Ergebnis herzustellen.

Diese Annäherungspflicht lässt sich möglicherweise damit erklären, dass für Deutschland speziell für das Verbot der Altersdiskriminierung bereits eine Zusatzfrist zur Umsetzung lief. Hinsichtlich übriger Diskriminierungsmerkmale der Richtlinie hat der EuGH jüngst festgestellt, dass Deutschland bereits am 2. Dezember 2003 seine Umsetzungspflicht verletzt hat.⁷¹ Somit könnte erst die Inanspruchnahme dieser zusätzlichen Frist mit Berichtspflichten über den Umsetzungsfortschritt die Verpflichtung aller innerstaatlichen Stellen ausgelöst haben, sich dem Richtlinienziel anzunähern.

Grundsätzlichere Folgen hat der Bezug zum Individualrechtsschutz einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern, die sich in der Situation von Herrn Mangold befinden. Der EuGH bemängelt, dass deren Rechtsverlust definitiv sei, auch wenn die Übergangsregelung außer Kraft trete. Dies lässt sich als Konkretisierung seiner Vorgabe verstehen, während des Fristlaufs keine Vorschriften zu erlassen, die die Erreichung des Richtlinienziels ernstlich in Frage stellen. Somit ist richtlinienwidriges Recht ab In-Kraft-Treten der Richtlinie nur zulässig, soweit es rechtzeitig änderbar ist und kein in der Richtlinie enthaltenes Individualrecht irreversibel verletzt. Im Sinne eines „materiellen Frustrationsverbots“ darf das richtlinienwidrige Handeln vor Fristablauf nicht in den Zeitraum danach fortwirken. Für den Gesetzgeber löst die Richtlinie zwar keine Sperrwirkung aus. Die *obligation de résultat* verpflichtet aber insofern zur Beachtung mit der Richtlinie bezweckter Individualrechte, als eine unumkehrbare Verletzung die Pflicht unterläuft, mit Fristablauf eine richtlinienkonforme Rechtslage zu erreichen.

Die genaue Rechtsfolge dieser vorwirkenden Verpflichtung der innerstaatlichen Stellen ist fraglich. Der Tenor des EuGH, der Richter müsse nationales Recht unangewendet lassen, klingt nach einer unmittelbaren Drittwirkung der Richtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist.⁷² Auf eine horizontale Wirkung der Richtlinie geht der EuGH anders als der Generalanwalt aber gar nicht ein. Eine solche Kehrtwende der Rechtsprechung pflegt der EuGH mittlerweile aber offen zu legen.⁷³

⁷⁰ Kritisch Reich, (Fn. 2), S. 21.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 23.2.2006, Rs. C-43/05, *Kommission / BRD*, unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

⁷² Bauer/Arnold, (Fn. 2), S. 9; Gas, (Fn. 2), S. 737.

⁷³ Colmeric, (Fn. 29), S. 230 m. Nachw.

Eher noch lässt die Aussage eine unmittelbare objektive Wirkung der Richtlinie im Sinne einer Unanwendbarkeit nationalen Rechts vermuten. Die Richtlinie könnte danach durch eine solche „negative Direktwirkung“⁷⁴ bereits vor Fristablauf den Richter zwingen, richtlinienwidriges nationales Recht in einem Privatrechtsstreit unangewendet zu lassen. Dabei würde die Richtlinie selbst keine Pflicht Privater begründen. Vielmehr würde allein das nationale Gericht verpflichtet, statt des unanwendbaren § 14 III TzBfG zum Beispiel die Regel des unbefristeten Vertrags aus § 14 I TzBfG anzuwenden.⁷⁵

Das Urteil lässt sich aber auch im Rahmen der bisherigen Dogmatik zur Richtlinienwirkung interpretieren. Unmittelbar anwendbar ist danach nicht die Richtlinie im horizontalen Verhältnis, sondern allein der gemeinschaftsrechtliche allgemeine Gleichheitssatz im vertikalen Verhältnis.

Nach diesem sind Ungleichbehandlungen von Gleichem rechtfertigungsbedürftig.⁷⁶ Materiell kann der Gleichheitssatz jeden Anknüpfungspunkt einer unterschiedlichen Behandlung umfassen und sich auch auf ein Sachgebiet beschränken,⁷⁷ ohne dass dies ein Differenzierungskriterium wie zum Beispiel das Alter absolut verbieten würde. Entsprechend umfasst nach dem „Mangold“-Urteil der allgemeine Gleichheitssatz auch die unterschiedliche Behandlung auf Grund des Alters. In eine andere Richtung deutet zwar zunächst die problematische Formulierung des EuGH, spezielle Diskriminierungsverbote (zum Beispiel wegen des Alters, einer Behinderung oder der Religion) fänden „ihren Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten“.⁷⁸ Allerdings erweist sich im Kontext der Entscheidung die Gleichbehandlung auf Grund des Alters als Ausformung des allgemeinen Gleichheitssatzes,⁷⁹ nach dem eine unterschiedliche Behandlung durchaus gerechtfertigt werden kann. Nach dieser Lesart deutet der Gerichtshof auch nicht die eindeutig bloße Kompetenzgrundlage⁸⁰ des Art. 13 I EGV in ein unmittelbar anwendbares spezielles Diskriminie-

⁷⁴ Reich, (Fn. 2), S. 22; Unterscheidung von „Verbotswirkung“ und „Gestaltungswirkung“ einer Richtlinie z. B. bei *Wank*, Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit. Anmerkung zu: BAG, B. v. 18.02. 2003 – 1 ABR 2/02 –, RdA 2004, S. 246 (250 f.); siehe auch *Lenz/Sif Tynes/Young*, Horizontal What? Back to basics, ELRev. 2000, S. 509 (516 ff.).

⁷⁵ So der Vorschlag der EU-Kommission nach GA *Tizzano*, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Rdnr. 105.

⁷⁶ St. Rspr. EuGH, verb. Rs. 117/76 u. 16/77, *Ruckdeschel*, Slg. 1977, 1753, Rdnr. 7; EuGH, Rs. 147/79, *Hochstrass*, Slg. 1980, 3005, Rdnr. 7.

⁷⁷ v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 12), Art. 12, Rdnr. 4; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Band 2, 6. Aufl. (2003), Art. 12, Rdnr. 2.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Rdnr. 74.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Rdnr. 76.

⁸⁰ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 11), Art. 13, Rdnr. 1; *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, (Fn. 77), Art. 13, Rdnr. 2; *Streinz*, in: ders. (Fn. 48), Art. 13, Rdnr. 17; für teilweise unmittelbare

rungsverbot um.⁸¹ Bereits die Richtlinie weicht bei der Altersdiskriminierung vom Prinzip der speziellen Diskriminierungsverbote ab, nach denen eine Ungleichbehandlung, die an das verbotene Differenzierungskriterium anknüpft, grundsätzlich nicht rechtfertigungsfähig ist.⁸²

Nach der hier vorgeschlagenen Lesart dient die Richtlinie dem EuGH im Fall *Mangold* dazu, den Anwendungsbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes zu eröffnen. Grundsätzlich verpflichten die Gemeinschaftsgrundrechte zwar nur die Organe der EG.⁸³ Die Mitgliedstaaten sind aber insbesondere dann gebunden, wenn sie Gemeinschaftsrecht in nationales Recht umsetzen.⁸⁴ Zwar war im Fall *Mangold* die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen. Diese suspendiert aber nur die Umsetzungsverpflichtung. Sobald der Gesetzgeber nationales Recht zur Umsetzung des Richtlinienziels ändert oder erlässt, muss er die Gemeinschaftsgrundrechte beachten.

Diese Interpretation könnte den oftmals als fehl gehend verstandenen⁸⁵ Verweis des EuGH im „Mangold“-Urteil auf die Vorrangrechtsprechung der Rechtssache *Simmenthal* erklären; der Vorrang bezieht sich demnach nicht auf eine horizontale Vorwirkung der Richtlinie, sondern auf den vertikal anwendbaren Gleichheitssatz.⁸⁶ Auch in einem Zivilrechtsstreit muss der staatliche Richter nationales Recht, welches unter Missachtung des Gleichheitssatzes geändert wurde, wegen des Vorrangs unangewendet lassen. In der Folge kann dies ähnlich dem Fall *Unilever* eine Belästigung Privater auslösen, mit dem Unterschied, dass dies nicht auf eine Richtlinie, sondern auf Primärrecht zurückzuführen ist.

Problematisch erscheint allerdings die mangelnde richterliche Zurückhaltung, die der EuGH bei der Prüfung einer möglichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung an den Tag legt. Mit der Prüfung nationalen Rechts im Einzelfall⁸⁷ übergeht

Anwendbarkeit des Art. 13 EGV *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2000), Art. 13, Rdnr. 9.

⁸¹ In diese Richtung aber Editorial Comments, CMLRev 2006, (Fn. 2), S. 8 und *Reich*, (Fn. 2), S. 21.

⁸² *König*, in: Fs. Zuleeg, 2005, S. 341 (360); *Schmidt/Senne*, Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, S. 80 (85).

⁸³ *Waltrab*, Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 21-31.

⁸⁴ Für Richtlinien siehe EuGH, verb. Rs. C-20 und C-64/00, *Booker Aquaculture*, Slg. 2003, I-7411, Rdnr. 88; *Tridimas*, The General Principles of EU Law, 2. Aufl. (2006), S. 322 f.; zur Grundrechtsbindung in der *agency situation Eblers*, in: ders., EuGR, 2. Aufl. (2005), § 14, Rdnr. 33 ff.; zu diesbezüglichen Gefahren für die föderale Mehrebenenordnung der Union v. *Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel? Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union, JZ 2001, S. 157 ff.

⁸⁵ „Such inapt citation in a student essay would provoke thick red underlining.” Editorial Comments, CMLRev. 2006, (Fn. 2), S. 8; *Bauer/Arnold*, (Fn. 2), S. 9.

⁸⁶ Dies zeigt auch der Verweis auf EuGH, Rs. C-442/00, *Rodríguez Caballero*, Slg. 2002, I-11915, Rdnrn. 30-32.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Rdnrn. 57-65.

der Gerichtshof die Aufgabenteilung mit dem nationalen Gericht nach Art. 234 EGV sowie die Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers. Wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte schon beim etablierten Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes keinen gemeinsamen Rechtfertigungsstandard der Vertragsstaaten feststellen kann,⁸⁸ so sollte dies für den EuGH angesichts des relativ jungen und im Arbeitsmarkt komplexen Verbotes der Altersdiskriminierung umso mehr gelten.

Der vom Generalanwalt vorgeschlagenen Lösung einer richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts folgt der EuGH nicht. Dieser Verpflichtung stünde der klare Wortlaut des § 14 III TzBfG aber nicht entgegen. Der nationale Richter muss nämlich das gesamte Recht am Maßstab der Richtlinie orientieren, wozu etwa auch Verfassungsrecht⁸⁹ und somit Art. 3 GG gehört. Losgelöst von den Besonderheiten des Falles *Mangold* ist die konforme Auslegung insbesondere bei Privatrechtsverhältnissen vor Ablauf der Umsetzungsfrist weiterhin vorzuziehen, da die Verpflichtung Privater nicht aus Richtlinienrecht begründet wird.

VI. Fazit

Im Urteil *Mangold* hat der EuGH somit keine vorwirkende, unmittelbare Wirkung einer Richtlinie in einem privaten Rechtsstreit zugelassen. Vielmehr begreift der EuGH die *agency situation* des deutschen Gesetzgebers als Hebel, um den Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes zu eröffnen. Gewaltiges Potenzial birgt diese Konstellation für Privatrechtsverhältnisse, sobald der Gesetzgeber eine (Antidiskriminierungs-)richtlinie im Zivilrecht umsetzt. Hier könnte sich eine Rechtsprechung anbahnen, wie sie der EuGH zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern anhand des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher Arbeit (Art. 141 EGV) entwickelt hat.

Die Streitfrage einer negativen Direktwirkung der Richtlinie kann der Gerichtshof offen lassen. In Zukunft wird darauf zu achten sein, ob er eine unmittelbare Verbotswirkung von Richtlinien allein zulässt.⁹⁰

⁸⁸ EGMR, *Stec/UK*, UrT. v. 12.4.2006, Nr. 65731/01 und 65900/01, S. 17, Rdnr. 64; siehe aber Dissenting Opinion *Loucaides*, *ibid.*, S. 24.

⁸⁹ GA *Tizzano*, Rs. C-144/04, *Mangold*, Slg. 2005, I-9981, Rdnr. 121.

⁹⁰ Eine negative Direktwirkung hat der EuGH bisher nicht explizit untersagt *Herrmann*, (Fn. 27), EuZW 2006, S. 70; gegenteilige Behauptung bei GA *Tizzano*, Rs. C-144/04, *Mangold*, *ibid.*, Rdnr. 108 mit Fn. 35, der dies nur mit Fällen einer verbotenen Pflichtbegründung durch Richtlinien belegen kann; kritisch zur Nichtanwendung nationalen Rechts Editorial Comments, CMLRev 2006, (Fn. 2), S. 4; *Jarass/Bejlin*, Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien, EuR 2004, S. 714 (724).

Darüber hinaus lassen sich aus dem Urteil Schlüsse ziehen hinsichtlich möglicher Vorwirkungen von Richtlinien gegenüber dem Staat. Ein „materielles Frustrationsverbot“ besteht hinsichtlich bezweckter Individualrechte, deren Verletzung fortwirken würde. Auf dieses – nicht auf die Richtlinie – kann sich der Einzelne im Sinne einer *invocabilité de prévention* vor Gericht auch berufen.⁹¹

⁹¹ Simon, *Le système juridique communautaire*, 3. Aufl. (2001), S. 443 mit Verweis auf den Conseil d'Etat, 10.1.2001, *France Nature Environnement*, Req. n° 217237, Juris Data, n° 2001-061703.