SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS YVES BOT

vom 7. Juli 2009 [1]

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen wird der Gerichtshof erneut aufgefordert, die Regelung und die Tragweite des Verbots der Altersdiskriminierung nach dem Gemeinschaftsrecht zu erläutern. Er erhält damit Gelegenheit, zu verdeutlichen, welche Tragweite dem Urteil vom 22. November 2005, Mangold [2], beizumessen ist.

2. Die vorliegende Rechtssache wird dem Gerichtshof Veranlassung geben, die rechtliche Regelung des allgemeinen Verbots der Altersdiskriminierung sowie die Funktion zu erläutern, die dieses Verbot hat, wenn die Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf [3] abgelaufen ist. Es wird insbesondere darüber zu entscheiden sein, welche Aufgabe und welche Befugnisse das nationale Gericht angesichts einer nationalen Regelung hat, die eine Diskriminierung wegen des Alters enthält, wenn die Tatsachen, die zum Ausgangsverfahren führten, nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2000/78 eingetreten sind, und sich in dem Rechtsstreit zwei Einzelne gegenüberstehen.

3. Das Ersuchen wurde im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Frau Kücükdeveci und ihrem ehemaligen Arbeitgeber, der Swedex GmbH & Co. KG (im Folgenden: Swedex), wegen Berechnung und Dauer der für die Kündigung von Frau Kücükdeveci geltenden Kündigungsfrist vorgelegt.

4. In den vorliegenden Schlussanträgen werde ich zunächst darlegen, weshalb die Richtlinie 2000/78 in der vorliegenden Rechtssache die Bezugsnorm darstellt, anhand deren festzustellen ist, ob eine Altersdiskriminierung vorliegt oder nicht.

5. Ich werde sodann ausführen, dass die Richtlinie meines Erachtens dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht, nach der die Beschäftigungszeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer, die ihrerseits zur Feststellung der vom Arbeitgeber einzuhaltenden Kündigungsfrist dient, nicht berücksichtigt werden.

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — C-144/04, Slg. 2005, I-9981.
3 — ABl. L 303, S. 16.

6. Schließlich werde ich darlegen, weshalb das vorlegende Gericht, wenn es das innerstaatliche Recht nicht gemäß der Richtlinie 2000/78 auslegen kann, nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und unter Berücksichtigung des Verbots der Altersdiskriminierung befugt ist, die Anwendung des der Richtlinie entgegenstehenden innerstaatlichen Rechts auszuschließen, und zwar auch im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Einzelnen.

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Richtlinie 2000/78*

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

8. Art. 2 der Richtlinie lautet:

„(1) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet ‚Gleichbehandlungsgrundsatz', dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf.

(2) Im Sinne des Absatzes 1

a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;

…"

9. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie bestimmt:

„(1) Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf

…

c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts;

…“

10. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 bestimmt:

„(1) Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Derartige Ungleichbehandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

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

b) die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung

oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile;

c) die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand."

11. Nach Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 war diese bis spätestens 2. Dezember 2003 in nationales Recht umzusetzen. Art. 18 Abs. 2 sieht jedoch vor:

„Um besonderen Bedingungen Rechnung zu tragen, können die Mitgliedstaaten erforderlichenfalls eine Zusatzfrist von drei Jahren ab dem 2. Dezember 2003, d. h. insgesamt sechs Jahre, in Anspruch nehmen, um die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Diskriminierung wegen des Alters und einer Behinderung umzusetzen. In diesem Fall setzen sie die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis. …"

12. Die Bundesrepublik Deutschland hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so dass die Umsetzung der Vorschriften der Richtlinie 2000/78 über die Diskriminierung wegen des Alters und wegen einer Behinderung in diesem Mitgliedstaat bis spätestens 2. Dezember 2006 umgesetzt werden mussten.

B — *Nationales Recht*

13. § 622 („Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen") des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) lautet:

„(1) Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.

(2) Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen

1. zwei Jahre bestanden hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats,

2. fünf Jahre bestanden hat, zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats,

3. acht Jahre bestanden hat, drei Monate zum Ende eines Kalendermonats,

4. zehn Jahre bestanden hat, vier Monate zum Ende eines Kalendermonats,

…

Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt.“ [4]

14. Die §§ 1, 2 und 10 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 14. August 2006 [5], das die Richtlinie umgesetzt hat, lauten:

„§ 1 Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

§ 2 Anwendungsbereich

…

(4) Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.

4 — Dieser letzte Satz war in seinem wesentlichen Gehalt bereits in § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926 enthalten.

5 — BGBl. 2006 I, S. 1897.

…

§ 10 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen,

…“

II — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

15. Frau Kücükdeveci wurde am 12. Februar 1978 geboren. Sie war seit dem 4. Juni 1996, somit seit ihrem vollendeten 18. Lebensjahr, bei Swedex beschäftigt.

16. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2006 kündigte Swedex ihr unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31. Januar 2007.

17. Am 9. Januar 2007 reichte die Klägerin beim Arbeitsgericht Mönchengladbach Kündigungsschutzklage ein. Zur Begründung ihrer Klage machte sie u. a. geltend, dass die Kündigung erst zum 30. April 2007 wirke, weil § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB die Kündigungsfrist nach zehnjähriger Betriebszugehörigkeit auf vier Monate zum Monatsende verlängere.

18. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, der bestimme, dass vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Betriebszugehörigkeitszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfrist unberücksichtigt bleiben, stelle eine gemeinschaftsrechtswidrige Altersdiskriminierung dar. Folglich dürfe diese innerstaatliche Vorschrift nicht angewandt werden.

19. Nachdem das Arbeitsgericht Mönchengladbach der Klage von Frau Kücükdeveci stattgegeben hatte, legte Swedex gegen diese Entscheidung Berufung beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf ein.

20. In seinem Vorlagebeschluss führt das Landesarbeitsgericht aus, dass die Gestaltung des Bestandsschutzes das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber zwar mittelbar beeinflussen möge, dass aber nicht belegt sei, dass die Altersschwelle von 25 Jahren Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt konkret verfolge und verwirkliche.

21. Die Verknüpfung der Kündigungsfristverlängerung mit einem Mindestalter beruhe wesentlich auf sozial-, gesellschafts- und familienpolitischen Gestaltungsvorstellungen des deutschen Gesetzgebers und auf der Einschätzung, dass ältere Arbeitnehmer von den Folgen der Arbeitslosigkeit stärker betroffen seien, dies wegen ihrer familiären und wirtschaftlichen Verpflichtungen und abnehmender beruflicher Flexibilität und Mobilität. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB spiegele die Einschätzung des Gesetzgebers wider, dass es jüngeren Arbeitnehmern regelmäßig leichter falle und schneller gelinge, auf den Verlust ihres Arbeitsplatzes zu reagieren, und dass ihnen aufgrund ihres Alters größere Flexibilität und Mobilität zugemutet werden könne. § 622 Abs. 2 BGB habe nach seinem auf den Schutz länger beschäftigter, älterer Arbeitnehmer ausgerichteten Zweck unzweifelhaft zum Regelungsinhalt, dass bis zum vollendeten 25. Lebensjahr zurückgelegte Beschäftigungszeiten unbeachtlich bleiben und erst ab diesem Alter Arbeitnehmer sukzessive nach der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit in den Besitzstand längerer Kündigungsfristen hineinwachsen sollten.

22. Das vorlegende Gericht ist nicht von der Verfassungswidrigkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB überzeugt. Es hat jedoch Zweifel, ob die Bestimmung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

23. Angesichts der Argumentation des Gerichtshofs im Urteil Mangold und der dort angestellten „Erwägungen im Zusammenhang mit der Struktur des jeweiligen Arbeitsmarktes und der persönlichen Situation des Betroffenen“ hat das vorlegende Gericht Zweifel, ob die Ungleichbehandlung nach den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts oder im Licht des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 sachlich zu rechtfertigen sei.

24. Das vorlegende Gericht ist ferner der Auffassung, dass die Richtlinie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Ausgangsverfahren keine unmittelbare Wirkung entfalten könne. Unter Hinweis auf zwei kürzlich ergangene Urteile des Gerichtshofs, in denen festgestellt und erläutert werde, dass

die nationalen Gerichte zur konformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet seien [6], führt es aus, dass Voraussetzung bleibe, dass die nationale Regelung auslegungsfähig ist. In Anwendung der Kriterien, wonach bei der Auslegung von Gesetzesvorschriften nicht allein der Wortlaut zu berücksichtigen sei, sondern auch die systematische Einbindung in den jeweiligen Normkontext und die Ziele, die mit der Regelung, zu der die Vorschrift gehöre, nach erkennbarer Absicht des Normgebers verfolgt würden [7], sei § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB mit seinem eindeutigen Wortlaut nicht auslegungsfähig.

25. Es fragt sich daher, welche Konsequenzen das nationale Gericht aus einer etwaigen Unvereinbarkeit zwischen dieser Bestimmung und dem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, um den es sich bei dem Verbot der Altersdiskriminierung handelt, zu ziehen hat.

26. Das vorlegende Gericht hebt insoweit hervor, dass die nationalen Gerichte verfassungsrechtlich verpflichtet seien, die geltenden Gesetzesnormen anzuwenden. Es hält es für bedenklich, das Urteil Mangold so zu verstehen, dass den nationalen Gerichten die Befugnis erteilt werde, bei der Annahme von Primärrecht die Anwendung entgegenstehender nationaler Regelungen auszuschließen. Es bestünde dann nämlich die Gefahr, dass es zu divergierenden Entscheidungen der Gerichte der Mitgliedstaaten käme, die über die Anwendbarkeit einer nationalen Rechtsvorschrift entscheiden könnten, je nachdem, ob sie sie für mit dem Primärrecht der Gemeinschaft vereinbar hielten oder nicht. Diese Überlegungen veranlassen das vorlegende Gericht zu der Frage, ob der Gerichtshof im Urteil Mangold ausschließen wollte, dass die nationalen Gerichte aufgrund nationalen Rechts verpflichtet sein könnten, vor der Annahme, dass eine nationale Gesetzesnorm wegen Verstoßes gegen Primärrecht der Gemeinschaft unanwendbar sei, das Vorabentscheidungsverfahren durchzuführen. Schließlich werfe die in der Entscheidung Mangold postulierte Unanwendbarkeit des entgegenstehenden nationalen Rechts die Frage nach dem Vertrauensschutz der Normunterworfenen auf Anwendung der geltenden Gesetze auf, zumal wenn sich die Frage nach deren Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts stelle.

27. Vor diesem Hintergrund hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf beschlossen, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. a) Verstößt eine nationale Gesetzesregelung, nach der sich die vom Arbeitgeber einzuhaltenden Kündigungsfristen mit zunehmender Dauer der Be-

6 — Urteile vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a. (C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnr. 119), sowie vom 4. Juli 2006, Adeneler u. a. (C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Randnr. 124).

7 — Das vorlegende Gericht verweist insoweit auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 7. Juni 2005 sowie auf das Urteil des Gerichtshofs vom 7. Dezember 2006, SGAE (C-306/05, Slg. 2006, I-11519, Randnr. 34).

schäftigung stufenweise verlängern, jedoch hierbei vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers unberücksichtigt bleiben, gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, namentlich gegen Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft oder gegen die Richtlinie 2000/78?

b) Kann ein Rechtfertigungsgrund dafür, dass der Arbeitgeber bei der Kündigung von jüngeren Arbeitnehmern nur eine Grundkündigungsfrist einzuhalten hat, darin gesehen werden, dass dem Arbeitgeber ein — durch längere Kündigungsfristen beeinträchtigtes — betriebliches Interesse an personalwirtschaftlicher Flexibilität zugestanden wird und jüngeren Arbeitnehmern nicht der (durch längere Kündigungsfristen den älteren Arbeitnehmern vermittelte) Bestands- und Dispositionsschutz zugestanden wird, z. B. weil ihnen im Hinblick auf ihr Alter und/oder geringere soziale, familiäre und private Verpflichtungen eine höhere berufliche und persönliche Flexibilität und Mobilität zugemutet wird?

2. Wenn die Frage zu 1 a bejaht und die Frage zu 1 b verneint wird:

Hat das Gericht eines Mitgliedstaats in einem Rechtsstreit unter Privaten die dem Gemeinschaftsrecht explizit entgegenstehende Gesetzesregelung unangewendet zu lassen, oder ist dem Vertrauen, das die Normunterworfenen in die Anwendung geltender innerstaatlicher Gesetze setzen, dahin gehend Rechnung zu tragen, dass die Unanwendbarkeitsfolge erst nach Vorliegen einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die inkriminierte oder eine im wesentlichen ähnliche Regelung eintritt?

III — Untersuchung

A — *Zur ersten Frage, Buchst. a und b*

28. Die erste Frage geht im Wesentlichen dahin, ob das Gemeinschaftsrecht so auszulegen ist, dass es einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegenden Beschäftigungszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfristen unberücksichtigt bleiben. Bevor diese Frage beantwortet wird, ist, wie vom vorlegenden Gericht angeregt, klarzustellen, welches im vorliegenden Fall die einschlägige Gemeinschaftsnorm ist: das Verbot der Altersdiskriminierung, das nach Auffassung des Gerichtshofs ein allgemeines Prinzip des Gemeinschaftsrechts ist [8], oder die Richtlinie 2000/78.

8 — Urteil Mangold (Randnr. 75).

1. Welches ist die einschlägige Gemeinschaftsnorm?

29. Meines Erachtens ist in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens für die Feststellung, ob eine vom Gemeinschaftsrecht verbotene Altersdiskriminierung vorliegt, die einschlägige Gemeinschaftsnorm die Richtlinie 2000/78.

30. Es sei zunächst daran erinnert, dass sich sowohl aus dem Titel der Richtlinie 2000/78 und ihren Erwägungsgründen als auch aus ihren Bestimmungen und ihrem Zweck ergibt, dass sie einen allgemeinen Rahmen schaffen soll, der gewährleistet, dass jeder in Beschäftigung und Beruf gleichbehandelt wird, indem sie dem Betroffenen einen wirksamen Schutz vor Diskriminierungen aus einem der in ihrem Art. 1 genannten Gründe — darunter auch das Alter — bietet [9].

31. Ich weise darauf hin, dass die Tatsachen, die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegen, nach Ablauf der Frist eingetreten sind, die der Bundesrepublik Deutschland für die Umsetzung der Richtlinie gesetzt worden war, d. h. nach dem 2. Dezember 2006.

32. Es besteht meines Erachtens zudem kein Zweifel, dass die betreffende nationale Regelung in den Geltungsbereich der genannten Richtlinie fällt. Ich erinnere insoweit daran, dass nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2000/78 diese Richtlinie „für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen … in Bezug auf … die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts [gilt]". Da es sich um eine Bestimmung handelt, die eine der Bedingungen regelt, unter denen eine Entlassung erfolgen kann, ist davon auszugehen, dass § 622 BGB in den Geltungsbereich der Richtlinie fällt.

33. Meine Untersuchung der Frage, ob § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters verstößt, stützt sich somit hauptsächlich auf die Bestimmungen der Richtlinie 2000/78, die festlegen, was unter einer gemeinschaftsrechtswidrigen Ungleichbehandlung wegen des Alters zu verstehen ist. Die Richtlinie bildet somit den Rahmen, anhand dessen ermittelt werden kann, ob eine Diskriminierung wegen des Alters in Beschäftigung und Beruf vorliegt.

34. Es besteht somit kein Grund, dem allgemeinen Verbot der Altersdiskriminierung eine selbständige Bedeutung dadurch zu geben, dass ich nur dieses Verbot auslege, denn eine solche Haltung hat den großen Nachteil, dass der Richtlinie 2000/78 die praktische Wirksamkeit genommen wird. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der allgemeine Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, um den es sich bei dem Verbot der Altersdiskriminierung handelt, in meiner Untersuchung des vorliegenden Vorabentscheidungs-

9 — Urteil vom 16. Oktober 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Slg. 2007, I-8531, Randnr. 42).

ersuchens keinerlei Rolle spielen wird. Da dieser allgemeine Grundsatz untrennbar mit der Richtlinie 2000/78 verbunden ist, die hauptsächlich die Anwendung des Grundsatzes erleichtern soll, wird er, wie ich bei der Beantwortung der zweiten Frage ausführen werde, bei der Frage zu berücksichtigen sein, ob und unter welchen Voraussetzungen in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen die Berufung auf die Richtlinie 2000/78 möglich ist.

35. Es ist nunmehr zu prüfen, ob die Richtlinie 2000/78, insbesondere ihr Art. 6 Abs. 1, dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Regelung wie § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB entgegensteht.

2. Steht die Richtlinie 2000/78 § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB entgegen?

36. Ich stelle zunächst fest, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, soweit er die Beschäftigungszeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer, aufgrund deren die bei einer Entlassung geltenden Kündigungsfristen ermittelt werden können, eine unmittelbare Ungleichbehandlung aus Gründen des Alters im Sinne des Art. 2 Abs. 1 und 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 einführt. Für die gekündigten Arbeitnehmer, die vor der Vollendung ihres 25. Lebensjahrs ein Arbeitsverhältnis eingegangen sind, schreibt § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nämlich unmittelbar eine im Vergleich zu den gekündigten Arbeitnehmern, die das Arbeitsverhältnis nach der Vollendung des 25. Lebensjahrs eingegangen sind, weniger günstige Behandlung vor. Diese Maßnahme benachteiligt überdies junge Arbeitnehmer gegenüber älteren Arbeitnehmern, da Erstere, wie dies das Beispiel von Frau Kücükdeveci zeigt, von dem Schutzmechanismus, um den es sich bei der stufenweisen Verlängerung der Kündigungsfristen entsprechend der Beschäftigungsdauer handelt, potenziell ausgeschlossen werden können.

37. Aus Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 ergibt sich jedoch, dass derartige Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine nach Art. 2 verbotene Diskriminierung darstellen, „sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“. Diese legitimen Ziele, die sozialpolitische Ziele sind [10], können somit Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters rechtfertigen, für die Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78 mehrere Beispiele nennt.

10 — Urteil vom 5. März 2009, Age Concern England (C-388/07, Slg. 2009, I-1569, Randnr. 46).

38. Der Vertreter der Bundesrepublik Deutschland hat in der mündlichen Verhandlung dargestellt, in welchem allgemeinen Kontext die Altersschwelle von 25 Jahren eingeführt wurde. Danach ergibt sich, dass der deutsche Gesetzgeber 1926 ein System der schrittweisen Verlängerung der Kündigungsfristen entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses einrichtete. Die Einführung einer Altersschwelle von 25 Jahren, ab der die Beschäftigungsdauer berücksichtigt wird, sollte die Arbeitgeber von dieser schrittweisen Verlängerung der Kündigungsfristen teilweise entlasten. Es handelt sich um eine Vorschrift, die den politischen Kompromiss erleichterte, um das Hauptanliegen, nämlich die genannte Verlängerung, zu verwirklichen. Das Ziel der Vorschrift scheint überdies darin zu bestehen, den Arbeitgebern bei der Entscheidung über die Entlassung junger Arbeitnehmer größere Flexibilität einzuräumen, wobei diese im Hinblick auf die jüngeren Arbeitnehmer bestehende Flexibilität in gewisser Weise die Belastung ausglich, denen die Arbeitgeber durch die schrittweise Verlängerung der Kündigungsfristen entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses ausgesetzt waren. Mit anderen Worten, der deutsche Gesetzgeber wollte erreichen, dass sich der verstärkte Arbeitnehmerschutz, der sich nach der Dauer der Unternehmenszugehörigkeit richtete, und das Interesse des Arbeitgebers an personalwirtschaftlicher Flexibilität gleichgewichtig gegenüberstehen.

39. Ferner kann der Zusammenhang, in dem § 622 Abs. 2 BGB erlassen wurde, aufgrund der Erläuterungen des vorlegenden Gerichts verdeutlicht werden. Allgemein solle die Vorschrift den Schutz älterer Arbeitnehmer vor Arbeitslosigkeit verstärken. Der deutsche Gesetzgeber gehe von dem Postulat aus, dass die Arbeitslosigkeit ältere Arbeitnehmer ungleich härter treffe als jüngere Arbeitnehmer, weil Erstere familiäre und wirtschaftliche Verpflichtungen hätten, die Letztere im Allgemeinen nicht hätten, und im Übrigen ihre berufliche Mobilität geringer sei. Bei Erlass der streitigen Vorschrift, also zu Beginn des 20. Jahrhunderts, hätten die Arbeitnehmer, überwiegend männlichen Geschlechts, üblicherweise im Durchschnittsalter von ungefähr dreißig Jahren eine Familie gegründet. Da jüngere Arbeitnehmer im Allgemeinen vor diesem Alter keine Unterhaltsverpflichtungen gehabt hätten, seien sie durch die Grundkündigungsfrist ausreichend geschützt. Auch falle es jüngeren Arbeitnehmern leichter und gelinge es ihnen schneller, auf den Verlust ihres Arbeitsplatzes zu reagieren.

40. Auch ist vorgebracht worden, es lasse sich die Auffassung vertreten, dass die Altersschwelle von 25 Jahren ein legitimes arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitisches Ziel verfolge, weil sie die höhere Arbeitslosenquote der jüngeren Arbeitnehmer dadurch senke, dass sie günstigere Einstellungsbedingungen für diese Altersgruppe schaffe. Mit anderen Worten, dadurch, dass die Arbeitgeber lediglich die Grundkündigungsfrist einhalten müssten, werde ihnen ein Anreiz gegeben, mehr junge Arbeitnehmer einzustellen.

41. Kann angesichts dieser Erläuterungen davon ausgegangen werden, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, der vorsieht, dass die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegenden Beschäftigungszeiten unberücksichtigt bleiben, ein legitimes Ziel im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78, d. h. ein sozialpolitisches Ziel, verfolgt?

42. Meines Erachtens muss unterschieden werden zwischen der Maßnahme, die in der schrittweisen Verlängerung der Kündigungsfrist entsprechend der Beschäftigungsdauer besteht, und der Maßnahme, mit der, um in den Genuss dieser Verlängerung zu kommen, ein Mindestalter von 25 Jahren festgesetzt wird.

43. Der Zweck der verlängerten Kündigungsfrist besteht eindeutig im Schutz der Arbeitnehmer, bei denen nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers die Anpassungselastizität und die Vermittelbarkeit geringer wird, wenn sie lange in einem Unternehmen beschäftigt gewesen sind. Beschließt ein Arbeitgeber, einen seit Langem in seinem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer zu entlassen, erleichtert eine verlängerte Kündigungsfrist diesem sicherlich den Übergang in eine neue Berufssituation, insbesondere die Suche nach einer neuen Beschäftigung. Bei diesem verstärkten Schutz des entlassenen Arbeitnehmers entsprechend der in einem Unternehmen zurückgelegten Beschäftigungszeit kann meines Erachtens davon ausgegangen werden, dass damit ein beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitisches Ziel im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinien 2000/78 verfolgt wird.

44. Dagegen ist es schwieriger, ein legitimes Ziel im Sinne der genannten Bestimmung festzustellen, soweit die Beschäftigungszeiten, die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegen, unberücksichtigt bleiben.

45. Was zunächst die Behauptung angeht, eine solche Maßnahme wirke sich positiv auf die Einstellung von jungen Arbeitnehmern aus, so ist diese meines Erachtens, gelinde gesagt, theoretischer Natur. Fest steht vielmehr, dass sich kurze Kündigungsfristen auf die Suche der Arbeitnehmer nach einer neuen Beschäftigung zwangsläufig negativ auswirken. Die Einführung einer Altersschwelle von 25 Jahren, ab der das System der Verlängerung der Kündigungsfristen Anwendung finden kann, fördert meines Erachtens daher nicht die berufliche Eingliederung von jungen Arbeitnehmern im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78.

46. Das Hauptziel dieser Maßnahme, wie es sich aus ihrem allgemeinen Kontext ergibt, besteht darin, den Arbeitgebern größere Flexibilität bei der Verwaltung der Gruppe von Beschäftigten zu ermöglichen, die von den jungen Arbeitnehmern gestellt wird, wobei der deutsche Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass der Schutzbedarf junger Arbeitnehmer bei der Entlassung geringer ist als der älterer Arbeitnehmer. Das Problem liegt also darin, festzustellen, ob dieses Interesse der Arbeitgeber an der flexibleren Verwaltung einer Personalgruppe zu den sozialpolitischen Zielen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 wie denen aus den Bereichen Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik gehören kann.

47. Im Urteil Age Concern England hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass diese Ziele sich dadurch, dass sie im Allgemeininteresse stehen, von rein individuellen Beweggründen unterscheiden, die der Situation des Arbeitgebers eigen sind, wie Kostenreduzierung oder Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, ohne dass allerdings ausgeschlossen

werden kann, dass eine nationale Rechtsvorschrift bei der Verfolgung der genannten rechtmäßigen Ziele den Arbeitgebern einen gewissen Grad an Flexibilität einräumt [11]. Demzufolge hat der Gerichtshof nicht ausgeschlossen, dass eine nationale Maßnahme der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik dazu führen kann, dass den Arbeitgebern ein „gewisse[r] Grad an Flexibilität" eingeräumt wird. Es kann jedoch schwerlich angenommen werden, dass diese den Arbeitgebern eingeräumte Flexibilität ein legitimes Ziel an sich darstellen kann. Der Gerichtshof hat nämlich klar ausgeführt, dass die „legitimen" Ziele im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 solche sind, die im „Allgemeininteresse" stehen. Dieser Aspekt des Allgemeininteresses fehlt offensichtlich der Maßnahme, die vorsieht, dass die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeit unberücksichtigt bleibt, was letztlich darauf hinausläuft, dass eine Gruppe von Arbeitnehmern, im vorliegenden Fall die der jüngsten Arbeitnehmer, von einer Kündigungsschutzregelung ausgeschlossen wird.

48. Außerdem habe ich Zweifel, ob eines der Postulate, auf denen § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB beruht — dass es jüngeren Arbeitnehmern leichter fällt und schneller gelingt, auf den Verlust ihres Arbeitsplatzes zu reagieren als den anderen Arbeitnehmern —, zutreffend ist. Der bedeutende Anteil arbeitsloser junger Menschen in unseren Gesellschaften widerspricht diesem Postulat, das vielleicht 1926 zutraf, heute aber nicht mehr gilt.

49. Ich bin daher der Ansicht, dass die Maßnahme, nach der die Beschäftigungszeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs liegen, bei der Berechnung der Kündigungsfristen unberücksichtigt bleiben, kein legitimes Ziel im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 verfolgt.

50. Selbst wenn der Gerichtshof die Auffassung vertreten sollte, dass die genannte Maßnahme ein legitimes sozialpolitisches Ziel wie solche aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarktpolitik verfolgt, so ginge diese Maßnahme jedenfalls über das für die Erreichung dieses Ziels Angemessene und Erforderliche hinaus.

51. Zwar verfügen die Mitgliedstaaten nicht nur bei der Entscheidung, welches konkrete Ziel von mehreren im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sie verfolgen wollen, sondern auch bei der Festlegung der Maßnahmen zu seiner Erreichung über einen weiten Ermessensspielraum [12]. Der Gerichtshof hat aber auch festgestellt, dass allgemeine Behauptungen, dass eine bestimmte Maßnahme geeignet sei, der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung zu dienen, nicht genügen, um darzutun, dass das Ziel dieser Maßnahme eine Ausnahme von dem Verbot der Altersdiskriminierung rechtfertigen kann, und nicht den Schluss zulassen, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels geeignet sind [13]. Selbst wenn man daher davon ausginge, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB das Ziel verfolgt, die Einstellung junger Arbeitnehmer und damit die berufliche Eingliederung dieser Arbeitnehmergruppe zu erleichtern, gibt es doch nichts Greifbares, das diese Behauptung stützen und die Eig-

11 — Randnr. 46.

12 — Urteil Palacios de la Villa (Randnr. 68).

13 — Urteil Age Concern England (Randnr. 51).

nung dieser Maßnahme zur Erreichung eines derartigen Ziels belegen könnte. Die Angemessenheit und Erforderlichkeit der genannten Maßnahme ist somit nicht belegt.

52. Außerdem führt die Anwendung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB zu einer Situation, in der alle Arbeitnehmer, die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs ein Arbeitsverhältnis eingegangen sind und die, wie Frau Kücükdeveci, kurz nach Erreichung dieses Alters entlassen werden, unabhängig von ihrer persönlichen und familiären Lage und ihrem Ausbildungsniveau allgemein von einem wichtigen Teil des Kündigungsschutzes für Arbeitnehmer ausgeschlossen sind. Zudem wurde dieser im Jahr 1926 beschlossene allgemeine Ausschluss aufrechterhalten, ohne dass nachgewiesen wäre, dass die Festsetzung einer solchen Altersschwelle stets der jeweiligen wirtschaftlichen und sozialen Lage dieser Arbeitnehmergruppe angepasst ist.

53. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, festzustellen, dass Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Rechtsvorschrift wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, die allgemein bestimmt, dass Beschäftigungszeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs liegen, bei der Berechnung der Kündigungsfristen unberücksichtigt bleiben.

B — *Zur zweiten Frage*

54. Mit der zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, welche Konsequenzen sich aus der Unvereinbarkeit von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB mit der Richtlinie 2000/78 ergeben. Ist das vorlegende Gericht insbesondere gehalten, in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen diese nationale Vorschrift unangewendet zu lassen? Ist es ferner verpflichtet, die Sache dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen, bevor es eine dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende nationale Bestimmung unangewendet lassen kann?

55. Die letzte Frage bedarf meines Erachtens keiner längeren Ausführungen. Seit dem Urteil vom 9. März 1978, Simmenthal [14], steht nämlich fest, dass das nationale Gericht als ordentliches Gemeinschaftsgericht verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den Einzelnen verleiht, zu schützen, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt. Diese dem nationalen Gericht obliegende Verpflichtung, die innerstaatlichen Rechtsvorschriften außer Anwendung zu lassen, die ein Hindernis für die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen bilden, ist nicht davon abhängig, dass es zuvor den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht, da andernfalls in den meisten Fällen aus dem Vorlagerecht, das den nationalen Gerichten nach Art. 234 Abs. 2 EG zusteht, eine allgemeine Vorlagepflicht würde.

14 — 106/77, Slg. 1978, 629.

56. Der erste Teil der Vorlagefrage des vorlegenden Gerichts ist dagegen schwieriger und findet in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keine offenkundige Antwort.

57. Die Frage, ob in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen die Berufung auf eine Richtlinie möglich ist, die ein Mitgliedstaat fehlerhaft oder gar nicht umgesetzt hat, ist vom Gerichtshof dennoch mehrfach klar beantwortet worden. So hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist. Daraus folgt nach Auffassung des Gerichtshofs, dass sogar eine klare, genaue und unbedingte Richtlinienbestimmung, mit der dem Einzelnen Rechte gewährt oder Verpflichtungen auferlegt werden sollen, im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Einzelne gegenüberstehen, nicht als solche Anwendung finden kann [15]. Der Gerichtshof weigert sich somit, den Schritt zu tun, der zu einer Angleichung der Richtlinien an die Verordnung führen würde, indem der Gemeinschaft die Befugnis zuerkannt würde, mit unmittelbarer Wirkung zulasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist [16]. Diese Auffassung trägt der besonderen Natur der Richtlinie Rechnung, die unmittelbar Verpflichtungen nur zulasten der Mitgliedstaaten begründet, an die sie gerichtet ist, und dem Einzelnen Verpflichtungen nur über die nationalen Umsetzungsmaßnahmen auferlegen kann [17].

58. Der Gerichtshof hat die entschiedene Ablehnung einer horizontalen unmittelbaren Wirkung der Richtlinien ausgeglichen, indem er auf alternative Lösungen verwiesen hat, die dem Einzelnen, der sich durch das Fehlen oder die fehlerhafte Umsetzung einer Richtlinie beschwert fühlt, Befriedigung verschaffen kann.

59. Das erste Korrektiv für das Fehlen einer horizontalen unmittelbaren Wirkung der Richtlinien besteht in der Verpflichtung des nationalen Gerichts, das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks dieser Richtlinie auszulegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen [18]. Der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung verlangt, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt [19].

60. Im Urteil Pfeiffer u. a. hat der Gerichtshof erläutert, wie das nationale Gericht in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen vorzugehen hat, und er hat die Trennung zwischen der Möglichkeit der Berufung auf eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung einerseits und der Möglichkeit der Berufung auf eine Richtlinie andererseits mit dem Ziel, die Anwendung des entgegenstehenden nationalen Rechts auszuschließen, noch etwas ver-

15 — Urteil vom 7. Juni 2007, Carp (C-80/06, Slg. 2007, I-4473, Randnr. 20 und die dort angeführte Rechtsprechung).

16 — Urteil vom 14. Juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 24).

17 — Vgl. Simon, D., *La directive européenne,* Dalloz, 1997, S. 73.

18 — Vgl. insbesondere Urteile Pfeiffer u. a. (Randnr. 113 und die dort angeführte Rechtsprechung) sowie vom 23. April 2009, Angelidaki u. a. (C-378/07 bis C-380/07, Slg. 2009, I-3071, Randnr. 197).

19 — Urteil Angelidaki u. a. (Randnr. 200).

ringert. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass, wenn es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden ermöglicht, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, das nationale Gericht verpflichtet ist, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen [20].

61. Unstreitig findet allerdings die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot, ihre Schranken und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen [21].

62. Das zweite Korrektiv für das Fehlen einer horizontalen unmittelbaren Wirkung der Richtlinien kann eben dann zum Einsatz kommen, wenn das von einer Richtlinie vorgeschriebene Ziel nicht im Wege der Auslegung erreicht werden kann. Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Ersatz der den Einzelnen durch die Nichtumsetzung dieser Richtlinie verursachten Schäden, sofern drei Voraussetzungen vorliegen. Zunächst muss Ziel der Richtlinie die Verleihung von Rechten an Einzelne sein. Sodann muss der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden können. Schließlich muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Mitgliedstaat auferlegte Verpflichtung und dem entstandenen Schaden bestehen [22].

63. Das dritte Korrektiv schließlich liegt in der „Abkoppelung" der Möglichkeit der Berufung auf die Richtlinie von der horizontalen unmittelbaren Wirkung der Richtlinien, um das entgegenstehende nationale Recht auszuschließen, und zwar auch in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen. Diese Lösung läuft darauf hinaus, dass die Richtlinien zwar nicht an die Stelle des fehlenden oder säumigen nationalen Rechts treten können, um unmittelbar Verpflichtungen für einen Einzelnen zu begründen, dass aber wenigstens die Berufung auf sie möglich ist, um das entgegenstehende nationale Recht auszuschließen, so dass das nationale Gericht nur das von den richtlinienwidrigen Bestimmungen befreite nationale Recht für seine Entscheidung in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen anwendet.

64. Diese Abkopplung der Möglichkeit der Berufung auf die Ausschlusswirkung der Richtlinien von der „ersetzenden" unmittel-

20 — Urteil Pfeiffer u. a. (Randnr. 116).

21 — Urteil Angelidaki u. a. (Randnr. 199 und die dort angeführte Rechtsprechung).

22 — Ebd., Randnr. 202 und die dort angeführte Rechtsprechung.

baren Wirkung der Richtlinien ist vom Gerichtshof jedoch niemals allgemein und ausdrücklich bestätigt worden [23]. Die Bedeutung dieses dritten Korrektivs ist somit bisher sehr beschränkt geblieben [24].

65. Zusammengefasst ist die aktuelle Rechtsprechung zur Wirkung der Richtlinien im Rechtsstreit zwischen Einzelnen folgende. Der Gerichtshof bleibt dabei, dass er eine horizontale unmittelbare Wirkung der Richtlinien nicht anerkennt. Er ist offenbar der Auffassung, dass die beiden hauptsächlichen Korrektive, die in der Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung und in der Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht bestehen, in den meisten Fällen ausreichen, um sowohl die volle Wirksamkeit der Richtlinie zu gewährleisten als auch den Einzelnen, die sich durch das Fehlverhalten der Mitgliedstaaten beschwert fühlen, Befriedigung zu verschaffen.

66. Die dem vorlegenden Gericht zu gebende Antwort könnte somit in klassischer Weise darin bestehen, an die von mir oben dargelegte Rechtsprechung zu erinnern und das nationale Gericht auf seine Pflicht hinzuweisen, alle ihm zur Verfügung stehenden Hilfsmittel einzusetzen, um dem nationalen Recht eine Auslegung zu geben, die mit dem von der Richtlinie 2000/78 verfolgten Zweck konform ist, und, falls eine solche Auslegung unmöglich ist, Frau Kücükdeveci aufzufordern, gegen die Bundesrepublik Deutschland Schadensersatzklage wegen unvollständiger Umsetzung der genannten Richtlinie zu erheben.

67. Ich werde dem Gerichtshof jedoch ein solches Vorgehen nicht vorschlagen, und zwar aus folgenden Gründen.

68. Erstens gilt, worauf das Landesarbeitsgericht Düsseldorf zu Recht hinweist, die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nur, soweit die betreffende nationale Rechtsvorschrift auslegungsfähig ist. Das Landesarbeitsgericht ist jedoch der Auffassung, dass dies bei § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht der Fall sei. Der Gerichtshof wird somit von einem Gericht befragt, das darauf hinweist, dass der Wortlaut dieser Bestimmung unmissverständlich ist und dass es dem

23 — Wegen einer allgemeinen Darstellung des Unterschieds zwischen diesen beiden Wirkungen des Gemeinschaftsrechts vgl. insbesondere Nrn. 24 bis 90 der Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Rechtssache Linster (C-287/98, Urteil vom 19. September 2000, Slg. 2000, I-6917) sowie Simon, D., „Synthèse générale", *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne, Actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000*, La Documentation française, Paris, 2001, S. 321, wo es heißt: „[W]enn der Gerichtshof bestimmten Vorschriften des Gemeinschaftsrechts keine unmittelbare Wirkung beilegt, so ganz einfach deshalb, weil diese Vorschriften von den nationalen Gerichten *nicht angewandt werden können*, ohne dass damit die nationalen Gerichte gezwungen wären, ihre richterliche Aufgabe hinter sich zu lassen und an die Stelle des nationalen Gesetzgebers zu treten, der in dem Fall über ein Ermessen verfügt, von dem ein Gericht nicht ohne Verstoß gegen die Grundprinzipien der Gewaltenteilung Gebrauch machen kann" (S. 332). Durch die Möglichkeit der Berufung auf die Ausschlusswirkung wird die Ausübung dieses Ermessens nicht beeinträchtigt. Es geht nur um die Kontrolle, dass der Mitgliedstaat bei der Ausübung seines Ermessens innerhalb der Grenzen des Ermessens geblieben ist.

24 — Die Urteile vom 30. April 1996, CIA Security International (C-194/94, Slg. 1996, I-2201), sowie vom 26. September 2000, Unilever (C-443/98, Slg. 2000, I-7535), werden oft angeführt als Anerkennung der Möglichkeit der Berufung auf die Ausschlusswirkung der Richtlinien in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen. Der Gerichtshof hat nämlich die Auffassung vertreten, dass das nationale Gericht eine technische Vorschrift, die nicht gemäß den Anforderungen der Richtlinie 83/189/EWG des Rates vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. L 109, S. 8) mitgeteilt worden ist, was nach Ansicht des Gerichtshofs „einen wesentlichen Verfahrensfehler" darstellt, unangewendet zu lassen hat, und zwar auch in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen (Urteile CIA Security International, Randnr. 48, und Unilever, Randnr. 50). Der Gerichtshof rechtfertigte diesen Schwenk im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung damit, dass „die Richtlinie 83/189 … keineswegs den materiellen Inhalt der Rechtsnorm [festlegt], auf deren Grundlage das nationale Gericht den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden hat. Sie begründet weder Rechte noch Pflichten für Einzelne" (Urteil Unilever, Randnr. 51).

Gericht selbst dann, wenn es alles tut, was in seiner Zuständigkeit liegt, um das mit der Richtlinie 2000/78 verfolgte Ziel zu erreichen, nicht möglich ist, der genannten Bestimmung eine mit dem Ziel der Richtlinie konforme Auslegung zu geben. Unter diesen Umständen halte ich es für wenig sinnvoll, das vorlegende Gericht zu einem Vorgehen aufzufordern, zu dem es sich angesichts des Stands des nationalen Rechts nicht in der Lage sieht.

69. Zweitens hätte eine Antwort, die Frau Kücükdeveci veranlassen würde, Haftungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland zu erheben, den Hauptnachteil, dass sie dadurch ihren Prozess mit allen sich daraus ergebenden finanziellen Folgen verlieren würde, obwohl feststeht, dass eine gegen die Richtlinie 2000/78 verstoßende Diskriminierung aus Gründen des Alters vorliegt, und dass sie erneut klagen müsste. Eine solche Lösung widerspräche meines Erachtens dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, das nach Art. 9 der Richtlinie 2000/78 den Personen zustehen muss, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ihren Rechten verletzt sehen. Unter diesem Blickwinkel bedeutet eine wirksame Bekämpfung der gemeinschaftsrechtswidrigen Diskriminierung, dass das zuständige nationale Gericht die Vergünstigungen, die die Mitglieder der begünstigten Gruppe erhalten, unmittelbar und ohne die Opfer zur Erhebung einer Haftungsklage gegen den Staat auffordern zu müssen, auf die Angehörigen der benachteiligten Gruppe erstrecken kann [25]. Ich bin daher der Ansicht, dass sich der Gerichtshof nicht mit einer Antwort begnügen sollte, die darauf aufbaut, dass ein Staatshaftungsanspruch wegen unvollständiger Umsetzung der Richtlinie besteht.

70. Ich schlage dem Gerichtshof vor, zur Bekämpfung der gemeinschaftsrechtswidrigen Diskriminierungen einem ehrgeizigeren Ansatz zu folgen, der zudem nicht in einem frontalen Gegensatz zu seiner bisherigen Rechtsprechung zum Fehlen einer unmittelbaren horizontalen Wirkung der Richtlinien stünde. Diese Auffassung, die größtenteils auf der Besonderheit der Antidiskriminierungsrichtlinien und auf der Normenhierarchie innerhalb der Rechtsordnung der Gemeinschaft beruht, geht davon aus, dass eine Richtlinie, die erlassen wurde, um die Anwendung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes und des allgemeinen Diskriminierungsverbots zu erleichtern, nicht deren Reichweite schmälern darf. Der Gerichtshof sollte daher, wie er es bereits im Hinblick auf den allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts selbst getan hat, anerkennen, dass eine Richtlinie, deren Ziel die Bekämpfung von Diskriminierungen ist, im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Einzelnen geltend gemacht werden kann, um die Anwendung einer ihr entgegenstehenden nationalen Regelung auszuschließen.

71. Die genannte Auffassung ist auch die einzige, die sich mit den Feststellungen des Gerichtshofs im Urteil Mangold verträgt. In diesem Urteil hat der Gerichtshof die Ansicht vertreten, dass eine nationale Regelung, nach der der Abschluss befristeter Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, uneingeschränkt zulässig ist, sofern nicht zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Ar-

25 — Vgl. insbesondere Urteil vom 17. Januar 2008, Velasco Navarro (C-246/06, Slg. 2008, I-105, Randnr. 38).

beitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht, nicht mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 gerechtfertigt werden kann. Die grundsätzliche Schwierigkeit, mit der der Gerichtshof zu tun hatte, bestand darin, zu entscheiden, welche Folgen sich aus dieser Auslegung für das nationale Gericht ergeben, wenn zum einen im Ausgangsverfahren Einzelne einander gegenüberstehen und zum anderen die Frist für die Umsetzung der Richtlinie im Zeitpunkt des Abschlusses des streitigen Arbeitsvertrags noch nicht abgelaufen ist.

72. Der Gerichtshof hat diese Hindernisse überwunden und unter Anwendung der mit dem Urteil Simmenthal begründeten Rechtsprechung festgestellt, dass es dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über den Grundsatz der Nichtsdiskriminierung aufgrund 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 entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt [26]. Der Gerichtshof hat damit anerkannt, dass in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen die Berufung auf diesen Grundsatz möglich ist, um die Anwendung einer diskriminierenden nationalen Rechtsvorschrift auszuschließen.

73. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, ist der Gerichtshof davon ausgegangen, dass der Umstand, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2000/78 noch nicht abgelaufen war, die Feststellung der Unvereinbarkeit zwischen der betreffenden nationalen Rechtsvorschrift und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 nicht in Frage stellen konnte. Er hat sich erstens auf seine mit dem Urteil vom 18. Dezember 1997, Inter-Environnement Wallonie [27], begründete Rechtsprechung gestützt, aus der sich ergibt, dass die Mitgliedstaaten während der Frist für die Umsetzung einer Richtlinie den Erlass von Vorschriften unterlassen müssen, die geeignet sind, das in dieser Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen [28].

74. Zweitens hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nicht in der Richtlinie 2000/78 selbst verankert ist. Gemäß Art. 1 der Richtlinie ist nämlich deren Zweck nur „die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“, während das grundsätzliche Verbot dieser Formen der Diskriminierung, wie sich aus dem ersten und dem vierten Erwägungsgrund der Richtlinie ergibt, seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat [29]. Der Gerichtshof hat hieraus abgeleitet, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen ist [30].

26 — Urteil Mangold (Randnrn. 77 und 78).

27 — C-129/96, Slg. 1997, I-7411.
28 — Randnr. 45. Vgl. auch Urteil Mangold (Randnr. 67).
29 — Urteil Mangold (Randnr. 74).
30 — Ebd. (Randnr. 75).

75. Der Gerichtshof ist sodann seiner Rechtsprechung gefolgt, wonach, sobald eine nationale Regelung in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, der Gerichtshof, wenn er im Vorabentscheidungsverfahren angerufen wird, dem vorlegenden Gericht alle Auslegungshinweise zu geben hat, die es benötigt, um die Vereinbarkeit der Regelung mit diesem Grundsatz beurteilen zu können. Die betreffende nationale Bestimmung fiel als Maßnahme zur Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge [31] in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts. Der Gerichtshof befand daher, dass die Wahrung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung, insbesondere im Hinblick auf das Alter, als solche nicht vom Ablauf der Frist abhängen kann, die den Mitgliedstaaten zur Umsetzung einer Richtlinie eingeräumt worden ist, die die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen des Alters bezweckt [32].

76. Bekanntlich fand das Urteil Mangold zahlreiche Kritiker. Hält man sich an die wichtigste Aussage dieses Urteils — nämlich dass die Wahrung des im Verbot der Altersdiskriminierung bestehenden allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts nicht vom Ablauf der Frist abhängen kann, die den Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78 eingeräumt wurde, und das nationale Gericht daher die volle Wirksamkeit dieses Grundsatzes zu garantieren hat, indem es jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt, und zwar auch in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen —, so bedürfen die kritischen Kommentare meines Erachtens einer genaueren Betrachtung.

77. Was erstens die Existenz des Verbots der Altersdiskriminierung als eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts angeht, neige ich zu der Auffassung, dass die Herausstellung dieses Grundsatzes durch den Gerichtshof der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts entspricht, wie sie sich daraus ergibt, dass zum einen das Alter als Verbotskriterium für Diskriminierung in Art. 13 Abs. 1 EG aufgenommen wurde und dass zum anderen das Verbot der Altersdiskriminierung als Grundrecht bestätigt wurde, wie sich aus Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [33] ergibt. Die Erwägungen des Gerichtshofs wären sicher überzeugender gewesen, wenn sie auf diese Gesichtspunkte und nicht nur auf die völkerrechtlichen Verträge und die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gestützt worden wären, die überwiegend kein besonderes grundsätzliches Verbot der Altersdiskriminierung enthalten. Mir erscheint jedoch der Hinweis wichtig, dass der Gerichtshof mit der Feststellung, dass es einen solchen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts gibt, im Einklang mit dem ausdrücklichen Willen der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsorgane steht, die Altersdiskriminierung wirksam zu bekämpfen. So gesehen überrascht es nicht, dass dem Verbot der Altersdiskriminierung als besonderem Ausdruck des allgemeinen

31 — ABl. L 175, S. 43. Vgl. Urteil Mangold (Randnr. 75 und die dort angeführte Rechtsprechung).

32 — Urteil Mangold (Randnr. 76).

33 — Die Charta wurde zum ersten Mal am 7. Dezember 2000 in Nizza feierlich verkündet (ABl. C 364, S. 1), später erneut am 12. Dezember 2007 in Straßburg (ABl. C 303, S. 1).

Gleichheitsgrundsatzes und des allgemeinen Diskriminierungsverbots sowie als Grundrecht die herausragende Stellung eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts zugutekommt.

78. Was sodann die Schlussfolgerungen angeht, die der Gerichtshof im Urteil Mangold aus der Existenz eines solchen Grundsatzes gezogen hat, so decken sich diese mit der Rechtsprechung, die der Gerichtshof nach und nach zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz und zum allgemeinen Diskriminierungsverbot entwickelt hat.

79. So ist der Gerichtshof seit Langem der Auffassung, dass der allgemeine Gleichheitsgrundsatz zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört [34]. Nach diesem Grundsatz dürfen vergleichbare Sachverhalte nur unterschiedlich behandelt werden, wenn eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt ist [35]. Er gehört zu den Grundrechten, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat [36].

80. Als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts erfüllt der genannte Grundsatz mehrere Aufgaben. Er ermöglicht dem Gemeinschaftsrichter, die eventuell vorhandenen Lücken der Bestimmungen des primären oder des abgeleiteten Rechts zu schließen. Er ist ein Instrument der Auslegung, mit dem Sinn und Tragweite der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts bestimmt werden können [37], sowie ein Mittel zur Kontrolle der Gültigkeit der Gemeinschaftshandlungen [38].

81. Auch die Mitgliedstaaten müssen ferner bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen den allgemeinen Grundsatz der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung beachten. Sie müssen diese Regelungen deshalb so weit wie möglich in Übereinstimmung mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung anwenden [39]. Wie vorstehend ausgeführt, ist der Gerichtshof insoweit der Auffassung, dass er, sobald eine nationale Regelung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, bei seiner Anrufung im Vorabentscheidungsverfahren dem vorlegenden Gericht alle Auslegungskriterien an die Hand zu geben hat, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Grundrechten beurteilen zu können, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat [40]. Stellt sich im Hinblick auf diese Auslegung

34 — Urteil vom 19. Oktober 1977, Ruckdeschel u. a. (117/76 und 16/77, Slg. 1977, 1753, Randnr. 7).

35 — Vgl. insbesondere Urteile vom 25. November 1986, Klensch u. a. (201/85 und 202/85, Slg. 1986, 3477, Randnr. 9), sowie vom 12. Dezember 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Slg. 2002, I-11915, Randnr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

36 — Urteil Rodríguez Caballero (Randnr. 32).

37 — Vgl. insbesondere den Einfluss, den der Gleichheitsgrundsatz auf die Bestimmung des Geltungsbereichs der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40) im Urteil vom 30. April 1996, P./S. (C-13/94, Slg. 1996, I-2143, Randnrn. 18 bis 20), haben konnte.

38 — Vgl. insbesondere Urteil vom 10. März 1998, Deutschland/Rat (C-122/95, Slg. 1998, I-973, Randnrn. 54 bis 72).

39 — Urteil Rodríguez Caballero (Randnr. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).

40 — Ebd., Randnr. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung.

heraus, dass eine nationale Regelung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, hat das nationale Gericht diese gemäß dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts unangewendet zu lassen.

82. Die Erwägungen des Gerichtshofs im Urteil Mangold berücksichtigen diese verschiedenen aus der Rechtsprechung folgenden Kriterien, um die Wirksamkeit des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes unabhängig vom Ablauf der Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78 zu garantieren. Diese Erwägungen stehen meines Erachtens im Einklang mit der Normenhierarchie innerhalb der Rechtsordnung der Gemeinschaft.

83. Um zu verdeutlichen, wie der Gerichtshof das Verhältnis zwischen einer Norm des primären Gemeinschaftsrechts und einer Norm des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts sieht, ist ein Vergleich mit der Art und Weise interessant, wie er das Verhältnis zwischen Art. 119 EWG-Vertrag (dann Art. 119 EG-Vertrag [die Art. 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Art. 136 EG bis 143 EG ersetzt worden]), der den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen aufstellt, und der Richtlinie 75/117/EWG [41] gesehen hat.

84. So hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 8. April 1976, Defrenne [42], festgestellt, dass die Richtlinie 75/117 die materielle Tragweite von Art. 119 des Vertrags in einigen Punkten präzisiert und verschiedene Bestimmungen vorsieht, die im Wesentlichen den Rechtsschutz für Arbeitnehmer bei Verletzung ihrer Rechte durch Nichtanwendung des in Art. 119 aufgestellten Grundsatzes des gleichen Entgelts verbessern sollen [43]. Er befand, dass die Richtlinie durch eine Reihe auf nationaler Ebene zu ergreifender Maßnahmen die sachgerechte Anwendung von Art. 119 des Vertrags fördern soll, aber die Wirksamkeit dieses Artikels nicht ändern konnte [44]. In seinem Urteil vom 31. März 1981, Jenkins [45], hat der Gerichtshof in diesem Sinne festgestellt, dass Art. 1 der genannten Richtlinie, der im Wesentlichen die konkrete Anwendung des in Art. 119 des Vertrags genannten Grundsatzes des gleichen Entgelts erleichtern soll, in keiner Weise den Inhalt oder die Tragweite dieses Grundsatzes, wie er in diesem Artikel definiert ist, berührt [46]. Unlängst hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 3. Oktober 2006, Cadman [47], auf diese Rechtsprechung hingewiesen.

85. Angesichts dieser Rechtsprechung erscheint es mir völlig sachgerecht, dass der Gerichtshof im Urteil Mangold festgestellt hat, dass die Wirksamkeit des Verbots der Altersdiskriminierung nicht dadurch beeinträchtigt werden kann, dass die Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2000/78 nicht abgelaufen ist, und dass, um diese Wirksamkeit sicherzustellen, das nationale Gericht gehalten ist, die Anwendung der entgegenstehenden Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts auszuschließen. Der Umstand, dass das Ausgangsverfahren zwei Einzelne betraf, konnte zudem kein Hindernis für die Berufung auf die Ausschlusswirkung dieses allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschafts-

41 — Richtlinie des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45, S. 19).

42 — 43/75, Slg. 1976, 455.

43 — Randnr. 54.

44 — Randnr. 60.

45 — 96/80, Slg. 1981, 911.

46 — Randnr. 22.

47 — C-17/05, Slg. 2006, I-9583, Randnr. 29.

rechts sein, da der Gerichtshof durch Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung von Vertragsbestimmungen, in denen der allgemeine Grundsatz der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung speziell zum Ausdruck kommt, bereits mehrfach einen bedeutenden Schritt in diese Richtung getan hatte [48].

86. Der Gerichtshof hat nun zu entscheiden, ob er an demselben Ansatz in den Fällen festhalten will, die nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2000/78 eingetreten sind. Meines Erachtens ist die Frage zu bejahen, denn eine Abkehr von dieser Auffassung würde einen Bruch mit der dem Urteil Mangold zugrunde liegenden Logik darstellen.

87. Da nämlich die Richtlinie 2000/78 ein Instrument ist, das die konkrete Anwendung des Verbots der Altersdiskriminierung erleichtern, insbesondere den Rechtsschutz für Arbeitnehmer bei Verstoß gegen diesen Grundsatz verbessern soll, kann sie die Tragweite dieses Grundsatzes nicht berühren, auch — und vor allem — nicht nach Ablauf der den Mitgliedstaaten für ihre Umsetzung eingeräumten Frist. Es wäre insoweit kaum verständlich, dass die Wirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2000/78 geringer würden. Vor allem aber kann ich nicht der Auffassung beipflichten, dass der Schutz der Bürger vor gemeinschaftsrechtswidrigen Diskriminierungen nach Ablauf einer solchen Frist weniger stark ist, obwohl es sich um eine Norm handelt, deren Zweck darin besteht, den Schutz der Bürger zu verstärken. Es muss daher möglich sein, sich in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen auf die Richtlinie 2000/78 zu berufen, um die Anwendung einer gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Bestimmung auszuschließen.

88. Die Verfolgung eines solchen Ansatzes würde den Gerichtshof hier nicht zu einer Revision seiner Rechtsprechung zum Fehlen unmittelbarer horizontaler Wirkung der Richtlinien führen. In der vorliegenden Rechtssache geht es einzig und allein um den Ausschluss einer der Richtlinie 2000/78 entgegenstehenden nationalen Bestimmung, d. h. der Vorschrift des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, damit das nationale Gericht die übrigen Bestimmungen dieser Vorschrift anwenden kann, d. h. die Bestimmungen über die Kündigungsfristen, die nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses berechnet werden. Es geht hier somit nicht darum, die Richtlinie 2000/78 unmittelbar auf ein autonomes privates Verhalten anzuwenden, das keiner besonderen staatlichen Regelung unterworfen ist, wie z. B. die Entscheidung eines Arbeitgebers, Arbeitnehmer nicht einzustellen, die älter als 45 oder jünger als 35 sind. Nur

48 — Vgl. insbesondere Urteile vom 12. Dezember 1974, Walrave und Koch (36/74, Slg. 1974, 1405), Defrenne sowie vom 6. Juni 2000, Angonese (C-281/98, Slg. 2000, I-4139). Vgl. außerdem für eine Bestätigung der horizontalen unmittelbaren Wirkung der Vertragsbestimmungen über die Grundfreiheiten wie Art. 43 EG aus jüngerer Zeit Urteil vom 11. Dezember 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union (C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Randnrn. 57 bis 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).

diese Situation würde Anlass zu der Frage geben, ob es angebracht ist, der genannten Richtlinie eine echte unmittelbare horizontale Wirkung zuzuweisen [49].

89. Falls im Übrigen der Gerichtshof an seinem Willen festhält, die Möglichkeit der Berufung auf die Ausschlusswirkung nicht allgemein von der „ersetzenden" unmittelbaren Wirkung abzukoppeln, bietet ihm die Besonderheit der Antidiskriminierungsrichtlinien die Möglichkeit einer Lösung, deren Tragweite weniger weitreichend ist und die zugleich den Vorzug hat, dass sie sich mit der Rechtsprechung deckt, die der Gerichtshof zu dem allgemeinen Grundsatz der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung entwickelt hat. Weil die Richtlinie 2000/78 diesen Grundsatz unter dem Aspekt des Verbots der Altersdiskriminierung anwendet, ist so gesehen die Berufung auf sie in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen in umso stärkerem Maße möglich.

90. Abschließend möchte ich darauf hinweisen, dass der Gerichtshof angesichts der zunehmenden Präsenz des Gemeinschaftsrechts in den Beziehungen zwischen Einzelnen zwangsläufig mit weiteren Fällen zu tun haben wird, in denen sich die Frage stellt, ob im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Einzelnen die Berufung auf Richtlinien möglich ist, die zur Gewährleistung der Grundrechte beitragen. Diese Fälle werden wahrscheinlich zunehmen, wenn die Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Zukunft rechtsverbindlich sein wird, weil eine Reihe der in die Charta aufgenommenen Grundrechte in der Form von Richtlinien zum gemeinschaftlichen Besitzstand gehört [50]. Im Hinblick darauf muss der Gerichtshof heute überlegen, ob die Feststellung, dass Rechte, die von Richtlinien garantiert werden, Grundrechte darstellen, die Möglichkeit, sich im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Einzelnen auf diese Richtlinien zu berufen, verstärkt oder nicht. Die vorliegende Rechtssache bietet dem Gerichtshof Gelegenheit, die Antwort, die er auf diese wichtige Frage geben möchte, zu präzisieren.

49 — Die Frage wäre dann komplizierter, denn der Gerichtshof hätte es neben dem großen Hindernis im Zusammenhang mit der Natur der Richtlinie mit der allgemeineren Frage zu tun, ob das Diskriminierungsverbot alle Arten von Beziehungen zwischen Privatpersonen bestimmen kann. Ich weise darauf hin, dass der zwingende Charakter des Verbots bestimmter, in Vorschriften des Primärrechts aufgeführter Formen von Diskriminierung den Gerichtshof veranlasst hat, den Vorschriften die größtmögliche Anwendbarkeit zuzuerkennen, insbesondere im Rahmen von Beziehungen zwischen Privatpersonen (vgl. insbesondere Urteile Defrenne, Randnr. 39, und Angonese, Randnrn. 34 bis 36). Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78, der bestimmt, dass die Richtlinie „für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen [gilt]", zeigt zudem, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber das Diskriminierungsverbot dahin versteht, dass es sich auf privatrechtlich geregelte Arbeitsverhältnisse erstreckt. Wegen einer Entscheidung außerhalb des Rahmens der Gemeinschaft vgl. ferner EGMR, Urteil Pla und Puncernau/Andorra vom 13. Juli 2004, *Recueil des arrêts et décisions,* 2004-VIII, in dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte offenbar anerkennt, dass das Recht auf Nichtdiskriminierung nach Art. 14 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, unterzeichnet in Rom am 4. November 1950, im Rahmen von Beziehungen zwischen Privatpersonen gilt, und damit die Möglichkeit eröffnet, die Vereinbarkeit ausschließlich privater Handlungen anhand des genannten Artikels zu kontrollieren (vgl. hierzu Sudre, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2008, 9. Auflage, S. 264).

50 — Vgl. hierzu De Schutter, O., „Les droits fondamentaux dans l'Union européenne: une typologie de l'acquis", *Classer les droits de l'homme,* 2004, S. 315. Der Verfasser nennt als Beispiele das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen im Unternehmen (Art. 27), den Arbeitnehmerschutz bei ungerechtfertigter Kündigung (Art. 30), das Recht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art. 31), das Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz (Art. 32), die Garantie, Familien- und Berufsleben miteinander in Einklang bringen zu können (Art. 33), und das Recht auf soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (Art. 34 Abs. 2) (S. 346 und 347).

IV — Ergebnis

91. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

1. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Rechtsvorschrift wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, die allgemein bestimmt, dass Beschäftigungszeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs liegen, bei der Berechnung der Kündigungsfristen unberücksichtigt bleiben.

2. Das vorlegende Gericht hat diese nationale Rechtsvorschrift unangewendet zu lassen, und zwar auch im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Einzelnen.