

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 500/04
5 Sa 128/04
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. April 2006

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. April 2006 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Herbst und Wolf für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 22. Juni 2004 - 5 Sa 128/04 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 11. März 2004 - 1 Ca 31/04 - abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht mit Ablauf des 31. März 2004 durch Befristung geendet hat.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Befristung. 1
- Der am 13. Februar 1950 geborene Kläger war seit dem 12. Juli 1999 auf Grund mehrerer befristeter Arbeitsverträge bei der Beklagten als Aushilfe in der Produktion/Maschinenarbeiter beschäftigt. Der zuletzt abgeschlossene Vertrag vom 18. Februar 2003 sah eine Befristung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit vom 19. Februar 2003 bis 31. März 2004 vor. 2
- Mit der am 5. Januar 2004 erhobenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der zuletzt vereinbarten Befristung geltend gemacht und sich hierzu auf die Unvereinbarkeit der Vorschrift des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG mit den Vorgaben der Richtlinie 1999/70/EG vom 28. Juni 1999 sowie der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 berufen. 3
- Der Kläger hat beantragt, 4
1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht mit Ablauf des 31. März 2004 durch Befristung endet,
 2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger nach dem 1. April 2004 zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Arbeiter in der Produktion weiterzubeschäftigen.
- Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 5
- Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen; das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision ver- 6

folgt der Kläger seine Anträge weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, zur Abänderung der arbeitsgerichtlichen Entscheidung und zur beantragten Feststellung. Die rechtzeitig erhobene Befristungskontrollklage (§ 17 Satz 1 TzBfG) des Klägers ist begründet. Die in dem letzten Arbeitsvertrag vom 18. Februar 2003 vereinbarte Befristung zum 31. März 2004 ist unwirksam. Sie kann nicht mit den Bestimmungen des TzBfG gerechtfertigt werden. Die streitbefangene Befristung ist nicht durch einen sachlichen Grund iSd. § 14 Abs. 1 TzBfG gerechtfertigt. Die Voraussetzungen für eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG sind nicht gegeben. Auf die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG kann sich die Beklagte nicht berufen. Die Vorschrift verstößt gegen Gemeinschaftsrecht und ist deshalb nicht, auch nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes zu Gunsten der Beklagten anzuwenden. Der auf vorläufige Weiterbeschäftigung für die Dauer des Rechtsstreits gerichtete Antrag zu 2 ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen.

7

A. Die Beklagte kann die Befristung nicht auf § 14 Abs. 1 TzBfG stützen. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Die Beklagte hat einen sachlichen Grund für den vom 19. Februar 2003 bis zum 31. März 2004 befristeten Arbeitsvertrag nicht geltend gemacht.

8

B. Die Beklagte kann die Befristung nicht mit der Vorschrift des § 14 Abs. 2 TzBfG begründen. Die Voraussetzungen einer sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG liegen nicht vor. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig, sofern mit demselben Arbeitgeber nicht bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Der Kläger war vor der streitbefangenen Befristung bereits zuvor bei der Beklagten im Rahmen von befristeten Arbeitsverhältnissen insgesamt länger als 2 Jahre beschäftigt.

9

C. Die Beklagte kann sich zur Rechtfertigung der Befristung nicht auf § 14 Abs. 3 Satz 1 und 4 TzBfG berufen. Danach bedarf die Befristung keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat. Diese Voraussetzungen liegen zwar vor. § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG, der bis zum 31. Dezember 2006 die Altersgrenze des § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG auf das 52. Lebensjahr absenkt, ist aber mit Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbaren. Die Vorschrift darf von den nationalen Gerichten nicht angewendet werden. Das folgt aus der den Senat bindenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2005 (- C-144/04 [Mangold] - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21, Rn. 78). Das gilt auch für Befristungsabreden, die vor der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs getroffen worden sind. Der Senat ist nicht verpflichtet, den Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung nach Art. 234 Abs. 3 EG anzurufen, weil die Unvereinbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG mit Gemeinschaftsrecht durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt ist. Der Unanwendbarkeitsausspruch verstößt nicht gegen nationales Verfassungsrecht, so dass eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG nicht in Betracht kommt. 10

I. Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass das Gemeinschaftsrecht und insbesondere der Artikel 6 Absatz 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 - RL 2000/78/EG - (ABl. EG Nr. L 303 S. 16 B) dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung wie § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG entgegenstehen. Die nationalen Gerichte haben die volle Wirksamkeit des allgemeinen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters zu gewährleisten, indem sie jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lassen, auch wenn die Frist für die Umsetzung der genannten Richtlinie noch nicht abgelaufen ist. 11

1. Nach Art. 1 der RL 2000/78/EG besteht deren Zweck in der Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung ua. wegen des Alters im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Art. 2 Abs. 1 RL 2000/78/EG bestimmt, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen des Alters geben darf. Nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG 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 aus den Bereichen Be- 12

schäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich sind.

2. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs stellt die durch § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG für die Arbeitgeber eröffnete Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, eine unmittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung dar. Zwar sei das mit der Vorschrift verfolgte Ziel, die berufliche Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer zu fördern, grundsätzlich als eine objektive und angemessene Rechtfertigung der auf dem Merkmal des Alters beruhenden Ungleichbehandlung anzusehen (*EuGH 22. November 2005 - C-144/04 [Mangold] - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21, Rn. 61*). Der den Mitgliedstaaten bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik zustehende weite Ermessensspielraum (*EuGH 22. November 2005 aaO, Rn. 63*) werde aber überschritten, wenn die nationale Vorschrift das Alter des betroffenen Arbeitnehmers als einziges Kriterium für die Befristung des Arbeitsvertrags vorsehe, sofern nicht nachgewiesen sei, dass die Festlegung einer Altersgrenze unabhängig von der Struktur des jeweiligen Arbeitsmarkts und der persönlichen Situation des Betroffenen zur beruflichen Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer erforderlich sei. Mit diesem Inhalt gehe die Vorschrift über das hinaus, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich sei. Zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei es erforderlich, bei Ausnahmen von einem Individualrecht die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes soweit wie möglich mit denen des angestrebten Ziels in Einklang zu bringen. Derartige nationale Vorschriften könnten daher nicht nach Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG gerechtfertigt werden (*EuGH 22. November 2005 aaO, Rn. 65*)

Der Feststellung einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung stehe nicht entgegen, dass die Umsetzungsfrist für die RL 2000/78/EG noch nicht abgelaufen sei (*EuGH 22. November 2005 - C-144/04 [Mangold] - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21, Rn. 66*).

Erstens dürften die Mitgliedstaaten bereits während der Laufzeit der Umsetzungsfrist einer Richtlinie die Erreichung des Richtlinienziels durch ihre Rechtssetzung nicht ernsthaft in Frage stellen (*EuGH 22. November 2005 - C-144/04 [Mangold] - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21, Rn. 67*). Dies gelte unabhängig davon, ob mit der nationalen Regelung eine Umsetzung der Richtlinie beabsichtigt sei. Die Einschränkung der zeitlichen Geltung der Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG

bis zum 31. Dezember 2006 führe nicht zu einer anderen Beurteilung, da die Bundesrepublik innerhalb der bis zum 2. Dezember 2006 verlängerten Umsetzungsfrist Maßnahmen zu ergreifen habe, um das nationale Recht dem in der Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnis anzunähern. Außerdem werde am 31. Dezember 2006 ein beachtlicher Teil der Arbeitnehmer, mit denen nach § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse vereinbart worden seien, weiter unter die Regelung des § 14 Abs. 3 TzBfG fallen, so dass diese Personengruppe von bestandsgeschützten unbefristeten Arbeitsverhältnissen voraussichtlich auf Dauer ausgeschlossen sei (*EuGH 22. November 2005 - C-144/04 [Mangold] - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21, Rn. 68 bis 73*).

Zweitens sei der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nicht in der RL 2000/78/EG verankert. Diese bezwecke lediglich die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierungen wegen der in der RL 2000/78/EG genannten Merkmale (*EuGH 22. November 2005 - C-144/04 [Mangold] - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21, Rn. 74*). Das grundsätzliche Verbot dieser Formen der Diskriminierung habe seinen Ursprung in den verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten. Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters sei somit als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen (*EuGH 22. November 2005 aaO Rn. 75*). Die Wahrung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung insbesondere im Hinblick auf das Alter hänge nicht vom Ablauf der Umsetzungsfrist für die RL 2000/78/EG ab. Es obliege daher dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters anhängig sei, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht ergebe, zu gewährleisten, indem es jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lasse (*EuGH 22. November 2005 aaO Rn. 76 und 77*).

16

II. Der Senat ist an den mit einem Verstoß gegen das Ziel der RL 2000/78/EG und mit einem Verstoß gegen das auf allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts beruhenden Verbot der Altersdiskriminierung begründeten Unanwendbarkeitsausspruch des Europäischen Gerichtshofs gebunden. Die Entscheidung des Gerichtshofs beruht auf der Auslegung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft iSd. Art. 234 Abs. 1 Buchst. a EG und hält sich im Rahmen der dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG übertragenen Zuständigkeiten. Mit

17

der auf das Verbot der Altersdiskriminierung gestützten Begründung hat der Gerichtshof die ihm durch die deutschen Zustimmungsgesetze zu den Europäischen Verträgen übertragenen Kompetenzen nicht überschritten. Gleiches gilt für die Ausführungen zum Verstoß gegen das Ziel der RL 2000/78/EG iVm. mit den Grundsätzen zur Vorwirkung einer Richtlinie. Die im Schrifttum (*Bauer/Arnold NJW 2006, 6; Giesen SAE 2006, 45; Laber/Goetzmann ArbRB 2006, 51; Koenigs DB 2006, 49; Nicolai DB 2005, 2641; Preis NZA 2006, 401; Reich EuZW 2006, 20; Reichold ZESAR 2006, 55; Thüsing ZIP 2005, 2149*) geäußerte Kritik an der Entscheidung vom 22. November 2005 gebietet kein erneutes Vorabentscheidungsverfahren zu § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG.

1. Nach Art. 220 EG sichert der Europäische Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags. Hierzu entscheidet er nach Art. 234 Abs. 1 Buchst. a EG in einem Vorabentscheidungsverfahren über die Auslegung des Vertrags. Dadurch soll eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte gewährleistet werden (*EuGH 27. März 1980 - Rs. 61/79 - [Denkavit Intaliana] EuGHE 1980, 1205, Rn. 15*). Von Art. 234 Abs. 1 Buchst. a EG erfasst werden nicht nur die Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, sondern auch das sonstige Primärrecht, wie zB die Vorschriften des Vertrags über die Europäische Union (EU). Zum Primärrecht zählen daher auch die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben (Art. 6 Abs. 2 EU). 18

Durch Art. 234 Abs. 1 EG ist dem Gerichtshof im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedstaaten die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des Vertrags sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftsrechtlichen Akte übertragen worden (*BVerfG 25. Juli 1979 - 2 BvL 6/77 - BVerfGE 52, 187, 200*). Die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs erstreckt sich nicht nur auf die Entscheidung über die Rechtsgültigkeit der Normen des Gemeinschaftsrechts, sondern auch über die nach seiner Auffassung existierenden ungeschriebenen Normen des Gemeinschaftsrechts und ihre Auslegung, die als primäres Gemeinschaftsrecht Geltung entfalten (*BVerfG 29. Mai 1974 - 2 BvL 52/71 - BVerfGE 37, 271, 281*). Die Ermächtigung zu einer verbindlichen Entscheidung im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens beruht auf den der Europäischen Union durch die Zustimmungsgesetze gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2, Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG übertragenen Kompetenzen (*BVerfG 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - BVerfGE 73, 339*). 19

375). In diesem Rahmen ist der Europäische Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsverfahren über die Auslegung und Konkretisierung vorhandener Kompetenzen der Gemeinschaft im Lichte und im Einklang mit den Vertragszielen auch zu einer Rechtsfortbildung des Gemeinschaftsrechts berufen (*BVerfG 8. April 1987 - 2 BvR 687/85 - BVerfGE 75, 223, 242*). Lediglich eine von den Zustimmungsgesetzen nicht mehr gedeckte Handhabung oder Fortbildung des Vertrags durch den Gerichtshof ist als unverbindlich anzusehen (*BVerfG 12. Oktober 1993 - 2 BvR 2134/92 - BVerfGE 89, 155, 188*).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen hält sich das Ergebnis der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2005 innerhalb der durch die deutschen Zustimmungsgesetze zum europäischen Integrationsprozess gezogenen Grenzen. 20

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die Unanwendbarkeit von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG beruht auf der Auslegung und Anwendung von gemeinschaftsrechtlichem Primärrecht iSd. Art. 234 Abs. 1 Buchst. a EG, nämlich des Grundsatzes der Vertragstreue der Mitgliedstaaten (Art. 10 Abs. 2, Art. 249 Abs. 3 EG) sowie der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Das Vorliegen einer Doppelbegründung folgt daraus, dass der Europäische Gerichtshof seine Ausführungen zur Vorwirkung von Richtlinien mit dem Wort „erstens“ und die Darlegungen zur Unvereinbarkeit von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG mit dem allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung mit dem Wort „zweitens“ begonnen hat. Die Entscheidung ist jedenfalls im Ergebnis unmissverständlich. Einer erneuten Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zur Unvereinbarkeit von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG mit Gemeinschaftsrecht bedarf es deshalb nicht. 21

a) Der Senat ist an den Unanwendbarkeitsausspruch des Europäischen Gerichtshofs gebunden, soweit er die Unanwendbarkeit von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG mit einer mit allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts nicht zu vereinbarenden Ungleichbehandlung im Hinblick auf das Alter begründet hat. 22

aa) Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass er bei der Gewährleistung der Grundrechte von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen hat und keine Maßnahmen „als rechters“ anerkennen kann, die unvereinbar sind mit den von den Verfassungen dieser Staaten anerkannten und geschützten Grundrechten (*14. Mai 1974 - Rs. 4/73 [Nold] - EuGHE* 23

1974, 491). Diese Rechtsprechung hat Eingang in den Vertrag über die Europäische Union gefunden. Art. 6 Abs. 2 EU stellt eine Kodifikation der Grundsätze des bereits zuvor vom Europäischen Gerichtshof richterrechtlich entwickelten Grundrechtsschutzes dar. Zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählt nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs auch der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, der einer Diskriminierung wegen der in Art. 1 RL 2000/78/EG genannten Merkmale entgegensteht (*EuGH 22. November 2005 - C-144/04 [Mangold] - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21, Rn. 74 f.*). Dieser Grundsatz ist als ein Unterfall des allgemeinen Grundsatzes der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung anzusehen, der zu den Gemeinschaftsgrundrechten gehört (*EuGH 19. Oktober 1977 - Rs. 117/76 [Ruckdeschel] - EuGHE 1977, 1753, Rn. 7; 6. Dezember 1984 - Rs. 59/83 [Biovilac] - EuGHE 1984, 4057, Rn. 19*). Danach dürfen gleiche Sachverhalte nur unterschiedlich behandelt werden, wenn eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt ist. Bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen müssen die Mitgliedstaaten die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung beachten (*EuGH 12. Dezember 2002 - C-442/00 [Caballero] - EuGHE I 2002, 11915, Rn. 32, 30*). Der allgemeine Grundsatz der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, auf den sich auch eine Privatperson vor einem nationalen Gericht berufen kann (*EuGH 15. April 1997 - C-27/95 [Bakers of Nailsea] - EuGHE I 1997, 1847, Rn. 21*), begrenzt daher den nationalen Gesetzgeber bei der Normsetzung, soweit dessen Regelung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt (*EuGH 29. Mai 1997 - C-299/95 [Kremzow] - EuGHE I 1997, 2629, Rn. 15 f.*). Verstößt eine innerstaatliche Regelung gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz, ist das nationale Gericht gehalten, eine diskriminierende nationale Bestimmung außer Anwendung zu lassen, ohne dass es ihre vorherige Aufhebung durch den Gesetzgeber beantragen oder abwarten müsste. Auf die Mitglieder der benachteiligten Gruppe ist die Regelung anzuwenden, die für die übrigen Arbeitnehmer gilt (*EuGH 12. Dezember 2002 - C-442/00 [Caballero] - aaO, Rn. 43; bestätigt durch EuGH 16. Dezember 2004 - C-520/03 [Valero] - EuGHE I 2004, 12065, Rn. 34-38; zur Prüfungskompetenz und Vorlagepflicht der nationalen Gerichte in diesen Fällen EuGH 15. April 1997 - C-27/95 [Bakers of Nailsea] - aaO, Rn. 19 f.*). Das Bundesverfassungsgericht hat die am allgemeinen Gleichheitssatz und dem Verbot der Nichtdiskriminierung orientierte Grundrechtsprüfung des Europäischen Gerichtshofs gebilligt und zum Anlass genommen, seine Prüfungskompetenz bei der Anwendung von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht insoweit zurückzunehmen (*22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - BVerfGE 73, 339, 378 ff.*).

bb) Die durch § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG vorgenommene Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern ab Vollendung des 52. Lebensjahres gegenüber anderen Arbeitnehmern konnte einer am Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf orientierten Prüfung unterzogen werden. Das TzBfG fällt in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts, da es nach der amtlichen Anmerkung des Gesetzgebers der Umsetzung der RL 1999/70/EG dient. Auch die Heranziehung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf als Unterfall des allgemeinen Grundsatzes der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung hält sich in dem für den Europäischen Gerichtshof durch Art. 23 Abs. 1 GG eröffneten Rahmen. Zwar mag es zutreffen, dass ein Verbot der Altersdiskriminierung bisher weder in den verbindlich geltenden völkerrechtlichen Verträgen noch in einer nennenswerten Anzahl der Verfassungen der Mitgliedstaaten ausdrücklich genannt ist (*nach Preis NZA 2006, 401, 406 ist ein Verbot der Altersdiskriminierung nur in der finnischen und portugiesischen Verfassung erwähnt*). Dies schließt es nicht aus, das Verbot einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung wegen des Alters aus den offen formulierten Tatbeständen der völkerrechtlichen Verträge und Verfassungen der Mitgliedstaaten, die Diskriminierungen für unzulässig erklären, herzuleiten (*Körner NZA 2005, 1395, 1397*). Daneben ist es methodisch vertretbar und hält sich daher im Rahmen der dem Europäischen Gerichtshof bei der Auslegung des Primärrechts eröffneten Rechtserkenntnismöglichkeiten, sich bei der Herleitung eines einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes nicht an einer Mindestanzahl von Mitgliedstaaten zu orientieren, sondern an dem in einem Mitgliedstaat oder nur in einer geringen Anzahl von Mitgliedstaaten ausdrücklich gewährleisteten Grundrechtsschutz, soweit dies nicht zu einer Kollision mit Verfassungsgrundsätzen anderer Mitgliedstaaten führt. Diese Methodik steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Europäische Gerichtshof nicht gehalten ist, die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts auf dem insoweit bescheidensten allgemeinen Nenner aus dem Vergleich der mitgliedstaatlichen Verfassungen zu verorten, sondern zu erwarten ist, dass er nach der bestmöglichen Entfaltung eines Grundrechtsprinzips im Gemeinschaftsrecht trachten wird (*22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 - BVerfGE 73, 339, 385*).

24

Selbst wenn das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters durch den Europäischen Gerichtshof nicht im Rahmen der Vertragsauslegung, sondern nur im Wege einer jedenfalls partiellen Rechtsfortbildung hätte herangezogen werden können, läge darin keine Überschreitung der durch die Zustimmungsgesetze zum europäischen Integrationsprozess eröffneten Kompetenz des Gerichtshofs. Eine entsprechende

25

Rechtsfortbildung wäre im Hinblick auf das gemeinschaftsrechtliche Ziel der Rechtsgleichung mit nationalem Verfassungsrecht vereinbar. Die Heranziehung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf als Unterfall des allgemeinen Grundsatzes der Gleichheit und Nichtdiskriminierung hält sich innerhalb der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten und vertraglich begründeten Handlungsmöglichkeiten. Die auf die Gemeinschaft übertragene Kompetenz umfasste jedenfalls nach der einstimmigen Verabschiedung der auf Art. 13 Abs. 1 EG gestützten Richtlinien Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen wegen der dort genannten Merkmale.

b) Angesichts dessen kann dahin gestellt bleiben, ob der Senat auch an den Unanwendbarkeitsausspruch des Europäischen Gerichtshofs gebunden ist, soweit er die Unanwendbarkeit von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG aus dem Ziel und Zweck der RL 2000/78/EG iVm. den für die Vorwirkung von Richtlinien geltenden Grundsätzen hergeleitet hat. Der Senat meint allerdings, dass der Gerichtshof auch insoweit seine ihm durch den Vertrag zugewiesenen Kompetenzen nicht überschritten hat. Eine Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, wonach eine nicht oder nicht ordnungsgemäße Umsetzung einer Richtlinie stets zu ihrer unmittelbaren Geltung zwischen den Bürgern der Mitgliedstaaten führt, stünde zwar angesichts des eindeutigen Wortlauts des Art. 249 Abs. 3 EG mit den an die Gemeinschaft nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG übertragenen Zuständigkeiten nicht im Einklang. Die Begründung des Europäischen Gerichtshofs ist nach Auffassung des Senats jedoch dahingehend zu verstehen, dass ein während der Umsetzungsfrist einer Richtlinie erlassenes nationales Gesetz unanwendbar ist, wenn sein Inhalt im Widerspruch zu dem Richtlinienziel steht und eine Möglichkeit zur gemeinschaftskonformen Auslegung nicht besteht. Damit hält sich die vom Gerichtshof gegebene Begründung im Rahmen der an die Gemeinschaft übertragenen Kompetenzen. Der Europäische Gerichtshof hat den aus seiner Sicht bei der Gültigkeitsprüfung von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG bestehenden Konflikt zwischen den Grundsätzen der Verbindlichkeit des Richtlinienziels für die zur Vertragstreue verpflichteten Mitgliedstaaten und der fehlenden unmittelbaren Geltung der RL 2000/78/EG unter Privaten zu Gunsten eines Vorrangs des Grundsatzes der Vertragstreue aufgelöst.

26

aa) Rechtsgrundlage für die Annahme einer Vorwirkung von Richtlinien ist der Grundsatz der Vertragstreue der Mitgliedstaaten, wie er in Art. 10 Abs. 2 EG und Art. 249 Abs. 3 EG enthalten ist. Danach sind die Mitgliedstaaten nicht nur gehalten, die

27

Richtlinien rechtzeitig, ihrem Geiste nach und in wirksamer Weise umzusetzen, sondern auch verpflichtet, keine Maßnahmen zu ergreifen, die dem Ziel des Gemeinschaftsrechts zuwiderlaufen. Diese Pflicht obliegt allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten einschließlich der Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeiten. Die staatlichen Stellen haben alle Maßnahmen zu unterlassen, die geeignet sind, die Ziele der europäischen Rechtssetzung zu gefährden oder gar zu verhindern. Der Grundsatz der Vertragstreue begrenzt deshalb auch die Rechtssetzungsbefugnis des nationalen Gesetzgebers im Geltungsbereich von Richtlinien, deren Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist besteht ein Gebot zur Berücksichtigung der Richtlinie mit dem Ziel der künftigen Wahrung der Widerspruchsfreiheit der gemeinsamen Rechtsordnung. Die Mitgliedstaaten dürfen keine Rechtsnormen erlassen, die geeignet sind, der späteren Umsetzung der Richtlinie faktisch entgegenzustehen oder die Erreichung des in dieser Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich in Frage zu stellen (*EuGH 10. November 2005 - C-316/04 [Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie] - zur Veröffentlichung in EuGHE I vorgesehen, Rn. 42; 8. Mai 2003 - C-14/02 [ATRALSA] - EuGHE I 2003, 4431, Rn. 58; 22. Juni 2000 - C-318/98 [Fornasar] - EuGHE I 2000, 4785, Rn. 41 f.; 18. Dezember 1997 - C-129/96 [Inter-Environnement Wallonie] - EuGHE I 1997, 7411, Rn. 40).*

bb) Allerdings ermächtigt der Grundsatz der Vorwirkung die nationalen Gerichte regelmäßig nur zu einer gemeinschaftskonformen Auslegung des nationalen Rechts. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, nach der Richtlinien im Unterschied zu den Normen des Primärrechts keine unmittelbare Wirkung zukommt. Nach Art. 249 Abs. 3 EG wenden sich Richtlinien an die Mitgliedstaaten und verpflichten diese, die in ihnen enthaltenen Vorgaben in nationales Recht umzusetzen. Daher können Richtlinien nur in Ausnahmefällen unmittelbare Wirkung entfalten. Allerdings kann sich ein Mitgliedstaat, der eine Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß innerhalb der vorgesehenen Frist umgesetzt hat, seinen Bürgern gegenüber nicht auf diese Säumigkeit berufen. Im Interesse der praktischen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts kommt der Richtlinie in diesem Fall unmittelbare Wirkung zugunsten der Bürger zu, wenn die betreffende Vorschrift eine inhaltlich hinreichend bestimmte und unbedingte Regelung enthält (*EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 [Pfeiffer] - EuGHE I 2004, 8835 = AP EWG-Richtlinie Nr. 93/104 Nr. 12 = EzA Richtlinie 93/104 EG-Vertrag 1999 Nr. 1 mwN, Rn. 103, 108 f.*). Liegen die Voraussetzungen für eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie - wie stets im Verhältnis zwischen Privaten - nicht vor, besteht für das nationale Gericht nach Gemeinschaftsrecht keine Möglichkeit,

28

nationale Vorschriften „zu eliminieren“, die von einer Vorschrift einer nicht umgesetzten Richtlinie abweichen (*EuGH 26. September 1996 - C-168/95 [Arcaro] - EuGHE I 1996, 4705, Rn. 40, 43*).

cc) Von dieser Rechtsprechung ist der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung vom 22. November 2005 nicht abgewichen. Er hat nur klar gestellt, dass sich ein Unionsbürger auch außerhalb eines Rechtsverhältnisses mit dem Mitgliedstaat auf die Verbindlichkeit des Richtlinienziels berufen und eine mit diesem unvereinbare nationale Rechtssetzung zur gerichtlichen Überprüfung stellen kann. Mit der damit möglicherweise verbundenen Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeit hat der Gerichtshof seine Zuständigkeit nicht überschritten (*aA Bauer/Arnold NJW 2006, 6, 8; wohl auch Nicolai DB 2005, 2641, 2642*). Der von ihm zur Begründung der Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG herangezogene Grundsatz der Vertragstreue der Mitgliedstaaten und die hieraus abgeleitete Vorwirkung von Richtlinien zählen zum Primärrecht der Gemeinschaft. Die mit der Verbindlichkeit des Richtlinienziels begründete Entscheidung gründet sich auf den Wortlaut sowie den Normzweck des Art. 249 Abs. 3 EG und hält sich damit im Rahmen der für die Auslegung des Vertrags geltenden Grundsätze (*BVerfG 8. April 1987 - 2 BvR 687/85 - BVerfGE 75, 223, 243*).

Eine nach nationalem Verfassungsrecht unzulässige Erweiterung der bisher anerkannten Sanktionskategorie der Berufungsmöglichkeit des Unionsbürgers auf Richtlinien (*BVerfG 8. April 1987 - 2 BvR 687/85 - BVerfGE 75, 223, 243*) liegt hierin nicht. Die gegenüber früheren Entscheidungen des Gerichtshofs erweiterte Berufungsmöglichkeit auf das nach Art. 249 Abs. 3 EG verbindliche Richtlinienziel orientiert sich an der aus dem Grundsatz der Vertragstreue abgeleiteten Unanwendbarkeit von nationalem Recht. Für die mit der richtlinienwidrigen Umsetzung verbundene Gefährdung des Gemeinschaftsrechts ist es ohne Bedeutung, ob sich die mit dem Richtlinienziel unvereinbare Rechtssetzung des Mitgliedstaats nur gegenüber seinen Bürgern oder auch im Verhältnis unter Privaten auswirkt. In beiden Fällen liegt ein Verstoß des Mitgliedstaats gegen seine sich aus Art. 10 Abs. 2, Art. 249 Abs. 3 EG ergebenden Verpflichtungen vor. Die Berufungsmöglichkeit einer Privatperson auf die Verbindlichkeit des Richtlinienziels führt auch zu keiner horizontalen Wirkung von Richtlinien im Verhältnis unter Privaten.

3. Eine erneute Vorlage an den Europäischen Gerichtshof ist weder aus gemeinschaftsrechtlichen noch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten.

a) Nach Art. 234 Abs. 3 EG haben die letztinstanzlichen Gerichte der Mitgliedstaaten die Pflicht, den Europäischen Gerichtshof anzurufen, wenn eine entscheidungserhebliche Norm des Gemeinschaftsrechts auslegungsbedürftig ist. Die Vorlagepflicht entfällt, wenn die gleiche Rechtsfrage bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war (*EuGH 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81 - EuGHE 1982, 3415*). Eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in einem Vorabentscheidungsverfahren hat unmittelbare Bindungswirkung zwar nur für das Ausgangsverfahren, in welchem sie durch Vorlagebeschluss des damit befassten nationalen Gerichts ergangen ist. Wenn das letztinstanzliche Gericht bei seiner Entscheidung jedoch eine vom Europäischen Gerichtshof bereits geklärte Interpretation zugrunde legt, ist dem Gebot der einheitlichen Anwendung von Gemeinschaftsrecht auch ohne erneute Vorlage Rechnung getragen. Die Entscheidung darüber, ob eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts auslegungsbedürftig ist, trifft allein das innerstaatliche Gericht. Dieses ist auch befugt, eine vom Europäischen Gerichtshof bereits entschiedene Rechtsfrage als geklärt und damit nicht mehr vorlagebedürftig anzusehen.

32

Nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG stellt das Unterlassen einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof durch ein nach Art. 249 Abs. 3 EG anrufungspflichtiges Gericht nach nationalem Verfassungsrecht eine Entziehung des gesetzlichen Richters dar, wenn dieses die Vorlagepflicht willkürlich außer Acht gelassen hat. Eine willkürliche Verkennung der Vorlagepflicht kommt in Betracht, wenn ein letztinstanzliches Hauptsachegericht trotz der - seiner Auffassung nach bestehenden - Entscheidungserheblichkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Frage eine Vorlage überhaupt nicht in Erwägung zieht, es bewusst von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt, oder es den ihm notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise bei Fällen überschritten hat, in denen eine einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht oder noch nicht erschöpfend vorliegt oder ihre Fortentwicklung nicht ganz fernliegend ist; der Beurteilungsspielraum ist unvertretbar überschritten, wenn Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind (*BVerfG 9. Januar 2001 - 1 BvR 1036/99 - EzA GG Art. 101 Nr. 4; 9. November 1987 - 2 BvR 808/82 - NJW 1988, 1456*).

33

b) Der Senat ist auch unter Berücksichtigung der im Schrifttum gegenüber der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2005 geäußerten

34

Kritik nicht zu einer erneuten Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens zur Vereinbarkeit von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG mit Gemeinschaftsrecht berechtigt oder gar verpflichtet.

aa) Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist vom Schrifttum überwiegend abgelehnt und teilweise heftig kritisiert worden (*Bauer/Arnold NJW 2006, 6; Giesen SAE 2006, 45; Laber/Goetzmann ArbRB 2006, 51; Preis NZA 2006, 401; Reichold ZESAR 2006, 55*). Der Kritik ist zuzugeben, dass der Europäische Gerichtshof sein Ergebnis nur knapp und nicht mit der aus der Sicht der Rechtsanwender wünschenswerten Klarheit begründet hat. So ist im Anschluss an die Entscheidung erneut die Frage nach der horizontalen Wirkung von Richtlinien (*Bauer/Arnold NJW 2006, 6, 10; Giesen SAE 2006, 45, 50; Thüsing ZIP 2005, 2149, 2150*) oder einem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot für den Arbeitgeber (*Thüsing ZIP 2005, 2149*) aufgeworfen worden.

35

bb) Die Anrufung des Gerichtshofs zur Klarstellung seiner Entscheidung ist jedoch weder zulässig noch geboten. Die sich aus der Unvereinbarkeit von nationalem Recht mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts ergebenden Fragen nach dem Verständnis der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs sind nicht entscheidungserheblich. Auch die darüber hinaus möglicherweise bestehenden Unsicherheiten über die Reichweite der Entscheidung vom 22. November 2005 können eine erneute Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht rechtfertigen. Die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG betrifft nur die Auslegung von Normen des Gemeinschaftsrechts, nicht dagegen die hierzu in Vorabentscheidungsverfahren vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Rechtssätze, mögen diese auch ihrerseits bei der Anwendung im Einzelfall interpretationsbedürftig sein (*BAG 18. Februar 2003 - 1 ABR 2/02 - BAGE 105, 32 = AP BGB § 611 Arbeitsbereitschaft Nr. 12 = EzA ArbZG § 7 Nr. 4, zu B IV 3 b cc [4] der Gründe*). Zwar kann der Europäische Gerichtshof erneut angerufen werden, wenn das nationale Gericht der Auffassung ist, dass durch die Entscheidung nicht die notwendige Klarheit geschaffen worden ist, um den im Streitfall maßgeblichen Sachverhalt zu entscheiden (*EuGH 24. Juni 1969 - Rs. 29/68 - EuGHE 1969, 165, Rn. 3*). Das ist hier aber nicht der Fall. Der Gerichtshof hat die Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG mit der gebotenen Eindeutigkeit festgestellt (*dies konzedieren auch Laber/Goetzmann ArbRB 2006, 51, 52; Reichold ZESAR 2006, 55, 56; Thüsing ZIP 2005, 2149, 2151*).

36

III. Der Verstoß von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG gegen die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts hat zur Folge, dass diese Vorschrift im Streitfall nicht angewandt werden darf. Auf Grund der unmittelbaren Geltung des gemeinschaftsrechtlichen Primärrechts in den Mitgliedstaaten führt der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts dazu, dass die nationalen Gerichte im Rahmen der bei ihnen anhängigen Verfahren entgegenstehendes innerstaatliches Recht aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet zu lassen haben, ohne dass sie dessen Aufhebung durch den Gesetzgeber oder durch ein Verfassungsgericht abwarten müssen (*EuGH 7. Februar 1991 - C-184/89 [Nimz] - EuGHE I 1991, 297 = AP BAT § 23a Nr. 25 = EzA EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 1, Rn. 19*).

Dem steht nicht entgegen, dass nach Art. 100 GG die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nur vom Bundesverfassungsgericht festgestellt werden kann. Vorliegend geht es um die Frage der Vereinbarkeit einer nationalen Bestimmung mit unmittelbar anzuwendendem europäischen Gemeinschaftsrecht. Im Gegensatz zur Verfassungswidrigkeit führt die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Norm des nationalen Rechts nicht zu deren Nichtigkeit. Die nationale Norm besteht vielmehr fort und ist weiter anzuwenden, sobald die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit entfällt (*ErfK/Wißmann 6. Aufl. Vorb. EG Rn. 21*).

Darüber hinaus wäre zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht unzulässig. Nach Art. 100 Abs. 1 GG kann ein Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm nur einholen, wenn es auf ihre Gültigkeit ankommt. An der Entscheidungserheblichkeit iSd. Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG fehlt es, wenn feststeht, dass ein Gesetz auf Grund entgegenstehenden Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden darf (*BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82 ua. - BVerfGE 85, 191, 203*). Dies ist nach dem Unanwendbarkeitsausspruch des Europäischen Gerichtshofs zu § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG der Fall.

IV. § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG ist nicht aus Gründen des gemeinschaftsrechtlichen oder nationalen Vertrauensschutzes auf eine vor dem 22. November 2005 getroffene Befristungsabrede anzuwenden. Zur zeitlichen Begrenzung der Unanwendbarkeit einer gegen Primärrecht der Gemeinschaft verstoßenden nationalen Norm ist allein der Europäische Gerichtshof zuständig. Der Europäische Gerichtshof hat die zeitlichen Wirkungen seines Unanwendbarkeitsausspruchs nicht begrenzt. Aber auch wenn nach einem zeitlich nicht beschränkten Unanwendbarkeitsausspruch des Gerichtshofs die

Gewährung von Vertrauensschutz nach nationalem Recht durch ein nationales Gericht in Betracht kommen könnte, konnte die Beklagte im Streitfall nicht in schutzwürdiger Weise auf die Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung mit Arbeitnehmern vertrauen, die zum Zeitpunkt der Befristungsabrede das 52. Lebensjahr vollendet hatten. Eine die Rechtsauffassung der Beklagten stützende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts lag nicht vor. Vielmehr war die Vereinbarkeit der Vorschrift mit Gemeinschaftsrecht bereits frühzeitig im arbeitsrechtlichen Schrifttum in Zweifel gezogen worden.

1. Die Beklagte kann sich nicht auf gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutz berufen. Die Entscheidung über die Reichweite des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes ist wegen des Grundsatzes der einheitlichen Anwendung von Gemeinschaftsrecht dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten (*EuGH 27. März 1980 - Rs. 61/79 [Denkavit Intaliana] - EuGHE 1980, 1205, Rn. 18*). Die Einschränkung der zeitlichen Wirkung einer im Vorabentscheidungsverfahren getroffenen Entscheidung muss überdies in dem Urteil selbst enthalten sein, durch das über das Auslegungsersuchen entschieden wird (*EuGH 2. Februar 1988 - Rs. 24/86 [Blaizot] - EuGHE 1988, 379, Rn. 28*).

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs müssen die nationalen Gerichte die Vorschrift in der von ihm vorgenommenen Auslegung auf Rechtsverhältnisse, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, stets anwenden, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte in einem die Anwendung dieser Vorschrift betreffenden Streit vorliegen. Die Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof ist auf die Erläuterung und Verdeutlichung beschränkt, wie das Gemeinschaftsrecht zu verstehen und anzuwenden ist. Der Europäische Gerichtshof hat sich in der Vergangenheit nur in Ausnahmefällen auf Grund des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit veranlasst gesehen, mit Wirkung für alle Betroffenen die Möglichkeit einzuschränken, sich auf diese Auslegung der Vorschrift mit dem Ziel zu berufen, eine erneute Sachentscheidung über in gutem Glauben begründete Rechtsverhältnisse herbeizuführen (*15. März 2005 - C-209/03 [Bidar] - EuGHE I 2005, 2119, Rn. 66 ff.*).

Der Europäische Gerichtshof hat eine solche Begrenzung nur ausgesprochen, wenn die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen bestand, die insbesondere mit der großen Zahl von Rechtsverhältnissen zusammenhingen, die gutgläubig auf der Grundlage der als gültig betrachteten Regelung eingegangen worden wa-

ren, und wenn sich herausstellte, dass die Einzelnen und die nationalen Behörden zu einem mit der Gemeinschaftsregelung unvereinbaren Verhalten veranlasst worden waren, weil eine objektive und bedeutende Unsicherheit hinsichtlich der Tragweite der Gemeinschaftsbestimmungen bestand, zu der gegebenenfalls auch das Verhalten anderer Mitgliedstaaten oder der Kommission beigetragen hatte (20. September 2001 - C-184/99 [Grzelczyk] - EuGHE I 2001, 6193, Rn. 53).

Von der in der Vergangenheit vereinzelt ausgesprochenen zeitlichen Beschränkung der Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof stets Verfahren ausgenommen, in denen der vom Unanwendbarkeitsausspruch Begünstigte entweder Klage erhoben oder einen anderen geeigneten Rechtsbehelf eingelegt hatte (8. April 1976 - Rs. 43/75 [Defrenne II] - EuGHE 1976, 455, Rn. 74 f.). Zur Begründung hat der Europäische Gerichtshof darauf hingewiesen, dass ansonsten der gerichtliche Rechtsschutz, den die Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht herleiten, in nicht gerechtfertigter Weise eingeschränkt werden würde (4. Mai 1999 - C-262/96 [Sürül] - EuGHE I 1999, 2685, Rn. 112).

44

b) Danach kam die Anwendung des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG zu Gunsten der auf die Gültigkeit der Vorschrift vertrauenden Beklagten bereits aus formellen Gründen nicht in Betracht, da die nationalen Gerichte nicht über die zeitliche Begrenzung der Wirkungen einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs befinden können. Der Europäische Gerichtshof hat weder im Tenor noch in den Gründen die Wirkungen seiner Entscheidung zeitlich eingeschränkt. Der Senat war nach den für die Vorlagepflicht der letztinstanzlichen Gerichte geltenden Grundsätzen auch nicht verpflichtet, dem Europäischen Gerichtshof in einem Verfahren nach § 234 Abs. 1 EG die Gelegenheit zur nachträglichen Gewährung von Vertrauensschutz zu eröffnen, etwa weil der Ausspruch der zeitlichen Begrenzung in der Entscheidung vom 22. November 2005 versehentlich unterblieben sein könnte. Die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bestehenden Voraussetzungen für die Begrenzung der zeitlichen Wirkungen einer in einem Vorabentscheidungsverfahren getroffenen Entscheidung liegen im Streitfall nicht vor. Im Übrigen wäre bei einer nachträglich vom EuGH bewirkten zeitlichen Einschränkung das vorliegende Verfahren ausgenommen, weil der Kläger gegen die streitbefangene Befristung rechtzeitig Befristungskontrollklage erhoben hat (4. Mai 1999 - C-262/96 [Sürül] - EuGHE I 1999, 2685, Rn. 112).

45

Daneben lagen die Voraussetzungen für ein Vorabentsuchensuchen zur nachträglichen Begrenzung der zeitlichen Wirkungen der Entscheidung vom 22. No-

46

vember 2005 nicht vor, weil von den Vorinstanzen keine Tatsachen festgestellt oder von den Parteien vorgetragen sind, die dem Europäischen Gerichtshof eine Beurteilung ermöglichen könnten, ob die Gefahr von schwerwiegenden wirtschaftlichen Auswirkungen auf Grund seiner vorangegangenen Entscheidung droht. Dem Senat sind weder die Anzahl der gegenwärtig noch nicht abgewickelten sachgrundlos befristeten und auf § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG gestützten Arbeitsverträge noch die mit dem Unanwendbarkeitsausspruch verbundenen wirtschaftlichen Folgen für die betroffenen Arbeitgeber bekannt. Auch entsprechender Vortrag der Beklagten ist unterblieben.

c) Dieses Verständnis von der Gewährung gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes nach einem Unanwendbarkeitsausspruch des Europäischen Gerichtshofs steht nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts zur gemeinschaftskonformen Auslegung von § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG (23. März 2006 - 2 AZR 343/05 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Über die Gewährung von Vertrauensschutz wegen der Unvereinbarkeit einer nationalen Norm mit Primärrecht der Gemeinschaft hatte der 2. Senat nicht zu befinden. 47

2. Aber auch dann, wenn der Senat nach einem Unanwendbarkeitsausspruch des Europäischen Gerichtshofs befugt wäre, Vertrauensschutz nach nationalem Verfassungsrecht zu gewähren und damit die zeitliche Wirkung des Unanwendbarkeitsausspruchs einzuschränken, hätte die Klage Erfolg haben müssen. Zu Gunsten der Beklagten besteht nämlich kein Vertrauensschutz nach nationalem Recht, der zur Anwendbarkeit von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG führt. 48

a) Die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Gewährung von Vertrauensschutz kommt bei der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes in Betracht, wenn der Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf die geltende Gesetzeslage vertrauen konnte. Hieran fehlt es, wenn entweder ihm gegenüber oder in allgemeiner Form die fehlende Verfassungsmäßigkeit des ihn begünstigenden Gesetzes geltend gemacht wird (BVerfG 19. Januar 1999 - 1 BvR 2161/94 - BVerfGE 99, 341, 359 f.). 49

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze auf das Vertrauen in die Vereinbarkeit einer nationalen Norm mit Gemeinschaftsrecht konnte die Beklagte nicht in schutzwürdiger Weise auf die Wirksamkeit des erst kurz zuvor mit Wirkung zum 1. Januar 2003 in das TzBfG eingefügten § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG vertrauen. Der Kläger hatte bereits während der Laufzeit des befristeten Vertrags mit der am 5. Januar 2004 erhobenen Klage die Unwirksamkeit der Befristungsabrede im Hinblick auf eine Unvereinbarkeit 50

der Vorschrift mit den Vorgaben der RL 1999/70/EG und RL 2000/78/EG geltend gemacht. Die Beklagte kann sich anders als bei der vom 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts entschiedenen Frage der gemeinschaftskonformen Auslegung von § 17 KSchG (23. März 2006 - 2 AZR 343/05 -, zur Veröffentlichung vorgesehen) nicht auf einen durch die Rechtsprechung und Verwaltungshandeln vermittelten Vertrauenstatbestand berufen. Bis zum Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags waren keine Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts über die Zulässigkeit einer allein auf das Lebensalter des Arbeitnehmers gestützten sachgrundlosen Befristung ergangen. Darüber hinaus war bereits im arbeitsrechtlichen Schrifttum hinsichtlich der zum 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Vorschrift des § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG umstritten, ob diese den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen der RL 1999/70/EG genügt, weil keine der drei in § 5 Abs. 1 der in die RL 1999/70/EG inkorporierten EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge genannten Voraussetzungen für die Umsetzung in das nationale Recht übernommen wurden (*Blanke AiB 2000, 728, 735; APS/Backhaus 2. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 417; Däubler ZIP 2001, 217, 224; ErfK/Müller-Glöge 3. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 133; KR/Lipke 6. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 324; Meinel/Heyn/Herms TzBfG § 14 Rn. 99; Rolfs TzBfG § 14 Rn. 100; Sievers § 14 TzBfG Rn. 240 ff.*). Schließlich ist bereits frühzeitig die Unzulässigkeit einer allein auf das Alter abstellenden sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit geltend gemacht worden (*KDZ/Däubler 5. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 179; Kohte BB 2002, Heft 48 Seite I; wohl auch Schlachter RdA 2004, 352, 356*).

Zwar musste ein privater Arbeitgeber wegen dieser europarechtlichen Bedenken angesichts der nur mittelbaren Wirkung von Richtlinien nicht von vornherein von der Unwirksamkeit einer von ihm nach § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG vereinbarten Befristung ausgehen. Da bei In-Kraft-Treten des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG die Diskussion um die Folgen gemeinschaftswidrigen nationalen Rechts noch nicht abgeschlossen war, konnten aber auch private Arbeitgeber bis zu einer abschließenden Klärung durch den Europäischen Gerichtshof nicht uneingeschränkt auf die Wirksamkeit von sachgrundlosen Befristungen mit Arbeitnehmern vertrauen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses das 52. Lebensjahr vollendet hatten. So ist auch privaten Arbeitgebern vom arbeitsrechtlichen Schrifttum geraten worden, von der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit nach § 14 Abs. 3 TzBfG wegen der „alles andere als klaren Rechtslage“ (*Bauer BB 2001, 2473, 2477*) keinen oder nur zurückhaltend Gebrauch zu machen (*APS/Backhaus 2. Aufl. § 14 TzBfG Rn. 417b f.; Bauer FA 2003, 139, 141*). Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass sie angesichts der frühzeitig vom Kläger geltend

51

gemachten Unwirksamkeit der Befristungsabrede und der ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur vorsorglichen anderweiten Vertragsbeendigung als schutzwürdig anzusehen ist.

D. Der zu 2 gestellte Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist als Antrag auf Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag auszulegen. Die Entscheidung über den Feststellungsantrag wird mit der Verkündung rechtskräftig. 52

E. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. 53

Dörner

Gräfl

Koch

Jens Herbst

Wolf