

Europarecht und nationale Rechtsordnung: „Mangold“ in geklärtem dogmatischem Kontext*

Von Wiss. Mitarbeiter **Benedikt Forschner**, Erlangen/Edinburgh**

Die Statuierung des primärrechtlichen Verbotes der Altersdiskriminierung durch den EuGH in der Entscheidung „Mangold“ und die dogmatische Konstruktion seiner Einwirkung auf die nationale Privatrechtsebene haben 2005 zu erheblichen Unsicherheiten geführt; die neueren Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen „Bartsch/Bosch & Siemens Hausgeräte“ und „Kücükdeveci“ konnten mittlerweile zahlreiche Argumentationsmuster konkretisieren und Unklarheiten ausräumen. Vor dem Hintergrund der dadurch argumentativ stabilisierten Ausleuchtung der Interdependenzen von nationaler und europäischer Rechtsebene blickt der Beitrag in einem ersten Schritt ausführlich auf den ausbildungsrelevanten Mechanismus der Einwirkung des Europarechts auf die nationale Rechtsordnung (I.-IV.), um schließlich, in einem zweiten Schritt (V.), die Entscheidung „Mangold“ in diesen Kontext einzuordnen. Dabei soll unter Heranziehung der neueren Entscheidungen „Bartsch/Bosch & Siemens Hausgeräte“ und „Kücükdeveci“ gezeigt werden, dass der EuGH seine Argumentation in der „Mangold“-Entscheidung – entgegen der überwiegenden Lesart in der deutschen Literatur – nicht auf einen Verstoß gegen die RL 2000/78 EG vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist stützte.

I. Monismus oder Dualismus? Zum Problem konkurrierender Normsysteme

In den Schlussanträgen von Generalanwalt Jacobs im Konstantinidis-Fall (1993) spiegeln sich die Hoffnungen des europäischen Fortschrittsdiskurses mit dem Ziel der Schaffung eines umfassenden einheitlichen Rechtsraums wider.¹ Der Gemeinschaftsbürger müsse innerhalb der EU umfassend das Recht haben, „stets im Einklang mit einer gemeinsamen

Ordnung von Grundwerten behandelt zu werden“. Er sei, mit anderen Worten, berechtigt, zu sagen: „civis europeus sum“.² Den Forderungen nach fortschreitender Auflösung des bisweilen spannungsgeladenen rechtlichen Mehrebenensystems³ in Europa bis hin zu einer umfassenden Inkorporation dahingehend, dass Maßnahmen der Mitgliedsstaaten an europäischen Grundrechten zu messen sind,⁴ setzte das BVerfG in seiner Lissabon-Entscheidung dort eine Grenze, wo durch Übertragung entsprechender Befugnisse die Grundlagen der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland aufgelöst zu werden drohen:⁵ „Das Grundgesetz setzt die souveräne Staatlichkeit Deutschlands nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch“.⁶ Aus Art. 38 Abs. 1 GG folge ein Grundrecht des Deutschen auf eine Staatlichkeit, deren Essentialia durch den Integrationsprozess nicht berührt werden dürfen.⁷ Das Modell des „civis europeus“⁸ ist damit verfassungswidrig, so es verstanden wird als Overturing des dem Bürger des Nationalstaats zukommenden Bürgerstatus mit den damit verbundenen genuin eigenen Rechten und Pflichten.⁹

Fortschreitende Integration und Harmonisierung führten die Europäische Union auf einen Weg, auf dem mancher das

² Schlussanträge GA Jacobs v. 9.12.1992 – C-168/91 (Konstantinidis) = Slg. 1993, I-1198 ff., Rn. 46 = BeckEuRS 1992, 190256.

³ Am Beispiel der Grundrechtsordnungen jüngst exemplarisch dargestellt von *Di Federico*, in: *Di Federico* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights, From Declaration to Binding Instrument*, 2011, S. 15.

⁴ Umfassend und kritisch *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 524.

⁵ Vgl. BVerfG NJW 2009, 2267: „Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt.“

⁶ BVerfG NJW 2009, 2267 (2269). Dass das Bild des eine Staatlichkeit voraussetzenden, mithin also nicht allein konstituierenden Grundgesetzes von manchem als Provokation empfunden wurde, musste dem BVerfG bewusst sein; vgl. auch *Isensee*, ZRP 2010, 33 (36).

⁷ Kritisch *Nettesheim*, NJW 2009, 2867; ferner *Jestaedt*, *Der Staat* 48 (2009), 497 f. Dem BVerfG im Ergebnis zustimmend *Isensee*, ZRP 2010, 33 (37). Zu einem subjektiven Recht gegen die Europäische Integration instruktiv *Herz*, JA 2009, 573.

⁸ *Jacobs* wählt Latein, die ehemals europäische lingua franca, als Charakteristikum europäischer Gemeinsamkeit; treffende Beobachtungen bei *Haltern*, *Swiss Political Science Review* 11 (2005), 87 (106).

⁹ Zur Bundesangehörigkeit als Grundbegriff des föderalen Verfassungsrechts *Schönberger*, *Unionsbürger*, 2005, S. 22 ff.

* Dem Aufsatz liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verf. im Mai 2011 vor der Abteilung Employment & Pensions der Kanzlei Noerr LLP in München gehalten hat. Den Teilnehmern sei für wertvolle Anregungen gedankt, Herrn Prof. Dr. Hans-Dieter Spengler und Herrn Nikolaus Forschner für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

** Der Verf. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

¹ *Haltern*, *Europarecht, Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl. 2007, S. 639. Streitgegenstand des Konstantinidis-Falles war die von einem deutschen Standesamt erzwungene Namensänderung des griechischen Klägers und damit eine Frage, die die Bereiche personaler Identität sensibel berührt. Eine umfassende Analyse des Sachverhalts, der Schlussanträge und der Entscheidung des EuGH findet sich bei *Haltern*, *Europarecht und das Politische*, 2005, S. 372 ff.

Bild zweier Rechtsordnungen zunehmend abgelöst sehen wollte von einem monistischen Verständnis der Normsysteme.¹⁰ Dieser Weg ist mit dem BVerfG zumindest theoretisch nicht weiter zu gehen. Europarecht und mitgliedstaatliches Recht werden unterschiedene Rechtsordnungen bleiben, deren erste punktuell mit Geltungsanspruch in die zweite eingreift,¹¹ sie auch in ihrer Auslegung determiniert, am Ende aber doch nicht auflösen darf in einer großen Einheit: Auf die Bedeutung der Vielfalt, der „Ungleichzeitigkeiten“ und Asymmetrien Europas hat *Peter Häberle* zutreffend hingewiesen.¹²

II. Kontext I: Das Wirkverhältnis von Unionsrecht und nationaler Rechtsordnung aus Sicht des EuGH

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

In der Rechtssache van Gend & Loos entwickelt der EuGH 1963 seine Dogmatik der unmittelbaren Anwendbarkeit des Europarechts.¹³ Mit Ausnahme von Richtlinien erzeugt das Unionsrecht danach sowohl vertikal – im Verhältnis zwischen Staat und Bürger – als auch horizontal – im Verhältnis der Bürger untereinander – unmittelbare Wirkung; einer besonderen Umsetzung in nationales Recht bedarf es nicht. Das Unionsrecht gilt nicht als nationales Recht, sondern als Unionsrecht selbst; es bindet und berechtigt nicht nur Staaten, sondern auch die Bürger.¹⁴ Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft stelle eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts dar, „zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben; eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind“.¹⁵ Radikal verkehrt der EuGH damit den völkerrechtlichen Grundsatz der bloßen Staatenbindung in sein Gegenteil.¹⁶

2. Vorrang

Die durch die Eigenständigkeit der europäischen Rechtsordnung gegenüber der nationalen Rechtsordnung zwingend aufgeworfene Frage nach dem Rangverhältnis beider zueinander beantwortet der EuGH in der Entscheidung *Costa/ENEL* mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts:¹⁷ Haben

die Staaten Rechte und Pflichten, die bis dahin ihren inneren Rechtsordnungen unterworfen waren, den Regelungen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung vorbehalten, haben sie eine endgültige Beschränkung ihrer Hoheitsrechte bewirkt; durch spätere einseitige, mit dem Gemeinschaftsbegriff unvereinbare Maßnahmen kann dies nicht konterkariert werden – anderes würde die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage stellen.¹⁸ Vorrang wird dabei verstanden als Anwendungs-, nicht als Geltungsvorrang:¹⁹ Er führt nicht zur Nichtigkeit des mitgliedstaatlichen Rechts, das weiterhin jenseits des Anwendungsbereichs einschlägigen Unionsrechts einen sachlichen Regelungsbereich behält.²⁰ Dass diese dogmatisch radikale „gerichtliche Neuschreibung der Verträge“²¹ von den Mitgliedsstaaten widerstandsfrei hingenommen wurde,²² lässt staunen; *Weiler* beschrieb dies einmal als „quiet revolution“.²³ Die theoretische Betonung des Vorbehalts einer ultra-vires-Kontrolle durch das BVerfG²⁴ stellt sich, wie der Honeywell-Beschluss des BVerfG gezeigt hat, in der Praxis als sehr theoretische Reserve dar.²⁵

III. Kontext II: Einschränkungen mitgliedstaatlicher Maßnahmen durch die europäische Grundrechtsebene?

1. Keine Bindung bei innerstaatlichen Sachverhalten

In den frühen Jahren seiner Rechtsprechung stand der EuGH einem europäischen Grundrechtsschutz ablehnend gegenüber.²⁶ Dies ist verständlich, als der EuGH mit dem EGKS-Vertrag materiellrechtlich vor dem Hintergrund einer eher technischen, wenig grundrechtssensiblen Normmaterie entschied,²⁷ und insbesondere mit Blick auf die Überprüfung

¹⁰ Vgl. zum Ganzen mit Nachweisen bereits *Di Fabio*, NJW 1990, 947 (949).

¹¹ *Di Fabio*, NJW 1990, 947 (949).

¹² Vgl. hierzu die Darstellung der „europäischen Verfassungsfamilie“ im Spannungsfeld von „europäischer Identität“ und nationalen Identitäten bei *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. 2011, S. 53 ff., 64.

¹³ EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – 26/62 (van Gend & Loos) = Slg. 1963, 1 = NJW 1963, 974.

¹⁴ Aktuell zur Entwicklung der subjektiv-öffentlichen Rechte im europäischen Unionsrecht *Kingreen*, EuR 2010, 338.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – 26/62 (van Gend & Loos) = Slg. 1963, 1 = NJW 1963, 974 (976).

¹⁶ *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 284; *Weiler*, The Constitution of Europe, 1999, S. 19.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – 6/64 (*Costa/ENEL*) = Slg. 1964, 1251 = NJW 1964, 2371.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – 6/64 (*Costa/ENEL*) = Slg. 1964, 1251 = NJW 1964, 2371.

¹⁹ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Aufl. 2009, S. 207 f.

²⁰ Jüngst BVerfG NJW 2010, 3422 (3423 Rn. 53).

²¹ Vgl. *Hartley*, Constitutional Problems of the European Union, 1999, S. 131: „de facto amendment“.

²² Zur Akzeptanz der Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten überblicksartig *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 19), S. 206 f.

²³ Schon klassisch *Weiler*, Comparative Political Studies 26 (1994), 510; *ders.*, Journal of Common Market Studies 31 (1993), 417; auf der Suche nach Antworten *Haltern* (Fn. 1 – Europarecht und das Politische), S. 286.

²⁴ BVerfG NJW 1993, 3047; BVerfG NJW 2005, 2289; BVerfG NJW 2009, 2267; jüngst BVerfG NJW 2010, 3422.

²⁵ BVerfG NJW 2010, 3422.

²⁶ EuGH, Urt. v. 4.2.1959 – 1/58 (*Stork*) = Slg. 1959, 45; EuGH, Urt. v. 4.2.1959 – 36/59, 37/59, 38/59, 40/59 (*Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft*) = Slg. 1960, 885.

²⁷ *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 499; zur Zurückhaltung der Verträge hinsichtlich etwaiger Grundrechtsgelände *Nicolaysen*, in: *Heselhaus/Nowak* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 1 Rn. 2 ff.

nationaler Maßnahmen war die Wahrnehmung des EuGH seiner selbst von Zurückhaltung geprägt.²⁸

Seine Wende vollzieht der EuGH 1969, als er in der Rechtssache Stauder zu erkennen gibt, dass Maßnahmen von EWG-Organen grundsätzlich die „in den Grundsätzen der Gemeinschaftsordnung [...] enthaltenen Grundrechte der Person in Frage stellen [können]“.²⁹ Konkretisierend skizziert er rund fünf Jahre später in der Nold-Entscheidung das von ihm anzuwendende Herleitungsprogramm: „Bei der Gewährung dieser Grundrechte hat der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen³⁰ der Mitgliedstaaten auszugehen [...]. Auch die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, können Hinweise geben, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind“.³¹ Methodisch bedarf es einer funktionalen³² und wertenden³³ Rechtsvergleichung, in der die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und die internationalen Verträge des Menschenrechtsschutzes nicht als unmittelbare Quellen des Rechts, sondern als verschiedene Quellen der *Rechtserkenntnis* fungieren. Damit hat sich der Gerichtshof einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnet,³⁴ in dem jenseits nationaler Kohärenzvorstellungen die gemeinschaftsspezifisch verankerten europäischen Grundrechte in den Zusammenhang der (freilich begrenzten) europäischen Integration gestellt werden können.³⁵ Dem widerstrebt eine Vorstellung rechnerischer Rechtsfindung im Sinne des Prozesses der Addition, Subtraktion oder simpler Quersummenbildung:³⁶ Die einzelnen Verfassungsüberlieferungen sind „Ausgangspunkt“ eines – letztlich rechtskulturellen³⁷ – Fin-

dungsprozesses, nicht aber Minimal-, noch Maximalgrenze.³⁸ Der EuGH ist lediglich, wie die englische und französische Übersetzung wohl treffender wiedergeben, „bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States“ – „est tenue de s'inspirer“.³⁹ Seine Rechtsvergleichung steht methodisch in dem nur kompromissvoll lösbaren Spannungsfeld von Integration und „Erarbeitung des ‚Ungleichen‘“⁴⁰; ihre Unsicherheiten sind – im Gegensatz zu dem Privatrecht, das (trotz immenser regionaler Unterschiede) Ansätze einer gemeineuropäischen Ausrichtung nie völlig vergaß⁴¹ – historisch bedingt durch das Desiderat einer einheitlichen europäischen Methodenlehre.⁴²

Die Findung europäischer Grundrechte durch den EuGH steht im Verhältnis zu seiner frühen Rechtsprechung vor einem grundlegend neuen gemeinschaftsrechtlichen Kontext: Die Sprache des mittlerweile in Kraft getretenen EWG-Vertrages war grundrechtlichen Gewährleistungen offener⁴³ und durch die in den Entscheidungen van Gend & Loos und Costa/ENEL entwickelten dogmatischen Konstruktionen von unmittelbarer Anwendung und Vorrang hatte er das Verhältnis von Unionsrechtsebene und nationaler Rechtsordnung – und damit seinen eigenen institutionellen Stand – neu justiert. Insbesondere konnte die Gemeinschaft nunmehr unmittelbar in Rechte der Bürger eingreifen.⁴⁴

Gerade die Mitgliedsstaaten, die vor dem Hintergrund der Erfahrung zweier totalitärer Regime in ihrer Rechtsprechung

²⁸ EuGH, Urt. v. 4.2.1959 – 1/58 (Stork) = Slg. 1959, 45, juris Leitsatz 5: „Gemäß Art. 31 des EGKS-Vertrages hat der Gerichtshof lediglich die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages und seiner Durchführungsvorschriften zu sichern, im Regelfall aber sich nicht über nationale Rechtsvorschriften auszusprechen.“

²⁹ EuGH, Urt. v. 12.11.1969 – 29/69 (Stauder) = Slg. 1969, 419 (425) = JuS 1970, 245 f. = EuR 1970, 39; nachfolgend EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) = Slg. 1970, 1125.

³⁰ Vgl. hierzu Art. 6 Abs. 3 EUV-Lissabon.

³¹ EuGH, Urt. v. 14.5.1974 – C-4/73 (Nold) = Slg. 1974, 491.

³² Für den Vergleich der jeweiligen Funktion der nationalrechtlichen Institute als Kern der verfassungsvergleichenden Methode *Weber*, Europäische Verfassungsvergleichung, 2010, S. 11 f.

³³ *Nicolaysen* (Fn. 27), § 1 Rn. 59.

³⁴ *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2005, S. 385; auf die damit verbundenen Unsicherheiten weist zu Recht *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union, 2006, S. 72 hin.

³⁵ Vgl. *Nicolaysen* (Fn. 27), § 1 Rn. 63, der die Formel des BVerfG, die die „generelle“ Gewährleistung eines vergleichbaren Grundrechtsniveaus fordert (vgl. hierzu Fn. 47), zutreffend vor dem Hintergrund dieser Perspektive liest.

³⁶ In diesem Sinne auch *Nicolaysen* (Fn. 27), § 1 Rn. 59.

³⁷ *Häberle* (Fn. 12), S. 117.

³⁸ Auch *Pernice*, NJW 1990, 2409 (2414) sieht die in dem Wortlaut des EuGH insoweit angelegte Offenheit; anders aber *Streinz*, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 402 f., 431. Gegen die Orientierung an Minimal- und Maximalstandards auch *Winkler* (Fn. 34), S. 72. Grundzüge der Verfassungsüberlieferungen finden sich zusammengestellt bei von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 1, Staatliches Verfassungsrecht, 2007.

³⁹ Auf das darin angelegte Spannungsfeld von Imperativischem und Fakultativem – zum einen „hat“ der EuGH (imperativisch) von etwas (lediglich) „auszugehen“ (fakultativisch) – hat *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 515 hingewiesen.

⁴⁰ *Häberle* (Fn. 12), S. 64.

⁴¹ *Spengler*, in: Buchstab (Hrsg.), Die kulturelle Eigenart Europas, 2010, S. 43. Die Transformation römischer Rechtsregeln in das europäische ius commune ist beleuchtet bei *Cairns/du Plessis*, The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula, 2010. Die Einheitlichkeit des ius commune wohl überbetonend *Bellomo*, Europäische Rechtseinheit, Grundlagen und System des Ius Commune, 2005. Vgl. ferner exemplarisch *Knütel*, ZEuP 1994, 244; *Zimmermann*, AcP 202 (2002), 243; *ders.*, JZ 2007, 1.

⁴² Optimistisch *Häberle* (Fn. 12), S. 271 f.

⁴³ *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 502.

⁴⁴ *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 503 ff.; dort ebenfalls vertiefend zu dem drohenden Beitritt der EG zu der EMRK als zusätzlicher Grund der Wende des EuGH.

eine verstärkte Individualschutzbetonung entwickelten⁴⁵ – die Bundesrepublik Deutschland und Italien – verfolgten das Entstehen eines grundrechtlich ungebundenen Hoheitsträgers mit Besorgnis. In dieser Situation drohten Überprüfungen gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen anhand nationaler Grundrechte durch die Gerichte der Mitgliedsstaaten die erst junge Vorrang-Rechtsprechung zu konterkarieren.⁴⁶ Die – mangels expliziter Vertragsänderungen – seitens des EuGH „entdeckten“ und seitdem kontinuierlich weiterentwickelten Gemeinschaftsgrundrechte sind vor diesem Hintergrund ein Kompromiss: Indem sie eine Rechtsschicht schaffen, die in ihrem Schutzstandard grundrechtsähnlich wirkt, liefern sie ein Argument, die Überprüfung gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen an nationalen Grundrechten zukünftig zu unterbinden.⁴⁷ Der primäre Zweck der mit der Stauder-Entscheidung begründeten Entwicklung einer europäischen Grundrechtsschicht ist nicht der Individualschutz, sondern die Sicherung des Vorrangs.⁴⁸

⁴⁵ Zu diesem Zusammenhang *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 505.

⁴⁶ BVerfG NJW 1974, 1697 (Solange I); Corte Costituzionale, Entscheidung Nr. 183/73 (Frontini) = EuR 1974, 255. Von einem „schweren Schlag“ spricht *Pernice*, NJW 1990, 2409 (2413) mit Blick auf die Solange I-Entscheidung. Angesichts der in der Literatur bereits vor 1969 entbrannten Diskussion muss es, wie *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 504 zutreffend bemerkt, „dem EuGH leicht gefallen sein, diese beiden Entscheidungen [Solange I und Frontini] vorauszu-spüren“.

⁴⁷ Noch 1974 ging das BVerfG davon aus, der Integrationsprozess der Gemeinschaft sei nicht so weit fortgeschritten, „daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist“, vgl. BVerfG NJW 1974, 1697 (Solange I). Entsprechend behielt es sich eine Überprüfung von sekundärem Gemeinschaftsrecht auf seine Vereinbarkeit mit den Grundrechtsnormen vor. 1986 entschied das BVerfG, dass der durch die Rechtsprechung des EuGH gewährleistete Schutz gegen die Hoheitsgewalt der Gemeinschaften nunmehr „dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist“, BVerfG NJW 1987, 577 (Solange II). In der Folge prüft es Unionsmaßnahmen am Maßstab nationaler Grundrechte nicht, solange ein unabdingbarer Grundrechtsschutz gegen Unionsmaßnahmen noch gewährleistet ist; vgl. BVerfG NJW 2000, 3124 (Bananenmarktordnung).

⁴⁸ *Weiler*, Washington Law Review 61 (1986), 1103 (1119): „The ‚surface language‘ of the Court in *Stauder* and its progeny is the language of human rights. The ‚deep structure‘ is all about supremacy [...] In this light, the Court’s statements in favor of human rights must be evaluated with caution“. Dieser Zweck zeitigt, dass Ziele und Wege der deutschen Grundrechtsdogmatik nicht unbesehen auf die Gemeinschaftsgrundrechte übertragen werden können. Darauf, dass man Entscheidungen, in denen der EuGH einen europäischen Rechtsakt wegen Grundrechtsverstößes für nichtig erklärt hat,

Die europäischen Grundrechte richten sich folglich nicht an die Mitgliedstaaten; ihre Genese offenbart ihren Zweck als Mittel der Selbstbindung der Unionsorgane. Ein Konflikt mit den europäischen Grundrechten – insbesondere einem insofern garantierten Diskriminierungsverbot – kann damit bei rein innerstaatlichen Sachverhalten grundsätzlich nicht entstehen.

2. Ausnahmen: Die Agency- und ERT-Fallgruppen

Die Fokussierung der europäischen Grundrechtsbindung auf die Organe der Europäischen Union und die entsprechende Bindungslosigkeit der nationalen Ebene bricht der EuGH dort auf, wo eine nationale Maßnahme „in den Anwendungsbereich des Unionsrechts“ fällt.⁴⁹ Zwei Ausnahmen hat der EuGH aus dieser „offenen Suchformel“⁵⁰ bislang abgeleitet:⁵¹

a) Agency-Situation

Zum einen (und in erster Linie) werden nationale Maßnahmen dann an europäischen Grundrechten gemessen, wenn ein Mitgliedstaat normativ oder administrativ Unionsvorgaben umsetzt. Erfasst sind hiervon insbesondere die Durchführung bzw. der Vollzug von Verordnungen und die Umsetzung von Richtlinien.⁵² Die rechtlichen Rahmenbedingungen, durch die die Union bei der Formulierung ihrer Vorgaben an die nationale Ebene Bindungen erfährt, sind von den Organen der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Unionsvorgaben zu berücksichtigen; insbesondere muss ihre Ermessensausübung den Erfordernissen des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes entsprechen.⁵³ In dieser Agency-Situation⁵⁴ wirkt der Mitgliedstaat praktisch als verlängerter Arm der Europäischen Union; die Grenzziehung zwischen nationaler und europäischer Ebene findet hier ihre fortgeschrittenste Auflösung, da andernfalls die Einheit der europäischen Rechtsordnung zerfiel.⁵⁵

„mit der Lupe suchen“ muss, hat *Meyer*, EuR 2009 Beiheft 1, 87 (97) hingewiesen.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 18.6.1991 – C-260/89 (ERT) = Slg. 1991, I-2925, Rn. 42 = EuZW 1991, 507.

⁵⁰ *Scheuing*, EuR 2005, 163.

⁵¹ Zu möglichen weiteren Konstellationen *Scheuing*, EuR 2005, 164.

⁵² Vertieft bei *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak (Fn. 27), § 6 Rn. 33 ff.

⁵³ EuGH, Urt. v. 13.7.1988 – 5/88 (Wachauf) = Slg. 1989, 2609 in Übereinstimmung mit den Schlussanträgen von GA Jacobs, Slg. 1989, 2609; ferner bereits EuGH, Urt. v. 25.11.1986 – 201/85 und 202/85 (Klensch) = Slg. 1986, 3477. Diese Rechtsprechung scheint weitgehend akzeptiert; Zurückhaltung aber bei *Di Fabio*, JZ 2000, 737 (741). Umstritten ist in dieser Konstellation das Verhältnis von europäischen und nationalen Grundrechten; vgl. hierzu *Zuleeg*, EuGRZ 2000, 511.

⁵⁴ Begriffsnachweise bei *Nowak* (Fn. 52), § 6 Rn. 31 m. Anm. 91.

⁵⁵ *Zuleeg*, EuGRZ 2000, 511.

b) ERT-Situation

Daneben steht die sogenannte ERT-Situation,⁵⁶ in der Mitgliedstaaten Ausnahmen von der Bindung an die Grundfreiheiten geltend machen, beispielsweise aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Sicherheit keine Niederlassungsfreiheit gewähren wollen.⁵⁷ Die einheitliche Anwendung der Grundfreiheiten in den Mitgliedstaaten bedingt die notwendige Einheitlichkeit der Anwendung ihrer Schranken.⁵⁸ Hier kann nationaler Grundrechtsschutz mit europäischen Grundrechten, die – um die Sprache der deutschen Grundrechtsdogmatik zu sprechen – als Schranken-Schranke⁵⁹ wirken, konfliktieren. Dass der EuGH trotz des auf den ersten Blick häufigen theoretischen Vorliegens der ERT-Situation europäische Grundrechte praktisch kaum prüft, liegt daran, dass sie nur dann als Schranken-Schranke effektiv wirken, wenn ihr Schutzgehalt über den der einzuschränkenden Grundfreiheit hinausgeht; andernfalls können sie die Grundfreiheit nicht verstärken.⁶⁰ Angesichts des Konfliktpotentials der Eingriffe einer europäischen Grundrechtsschicht in national gewachsene Grundrechtsgewährleistungen hält sich der EuGH auf der Suche nach überschießenden Schutzgehalten zurück.⁶¹

3. Grundrechtecharta

Aus der mit dem Reformvertrag von Lissabon in Verbindlichkeit erwachsenen Grundrechtecharta (Art. 6 Abs. 1 EUV-Lissabon), die neben die europäischen Grundrechte getreten ist (Art. 6 Abs. 3 EUV-Lissabon), ergibt sich in Hinblick auf die Grundrechtswirkung nichts Weitergehendes.⁶² Die Mitgliedsstaaten bindet die Charta ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union (Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GR-Charta). Dass damit tatsächlich ein Signal an den EuGH zum *judicial self restraint* im Sinne einer Zurückführung der ERT-

Rechtsprechung hin zu der weithin unumstrittenen Agency-Rechtsprechung gesetzt werden sollte, ist zweifelhaft.⁶³

IV. Kontext III: Richtlinienwirkung

Während Verordnungen nach Art. 281 Abs. 2 AEUV (ex Art. 249 Abs. 2 EG) „in“ jedem Mitgliedstaat gelten, also kraft allgemeiner Geltung auch die Unionsbürger selbst betreffen, gelten Richtlinien ausweislich des Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex Art. 249 Abs. 3 EG) lediglich „für“ die Mitgliedstaaten. Verbindlichkeit besteht dabei hinsichtlich des zu erreichenden Ziels; die Wahl der Form und der Mittel der Zielrealisierung bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Die – nicht begrenzte – sachliche Regelungsintensität der Richtlinie kann freilich ein so hohes Maß aufweisen, dass dem Mitgliedstaat bei der Umsetzung kaum ein Spielraum bleibt.⁶⁴ Die ordnungsgemäße Umsetzung lässt den Inhalt der Richtlinie in nationales Recht erwachsen. Kollisionsprobleme der nationalen und europäischen Rechtsebene bestehen dann nicht; Interdependenzen folgen lediglich aus der Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts.⁶⁵

Wurden Richtlinien durch den Mitgliedstaat nicht ordnungsgemäß umgesetzt, hat der EuGH schon früh im Wege der Rechtsfortbildung mit der Anerkennung einer unmittelbaren Wirkung – nicht: Geltung⁶⁶ – der Richtlinie das System der bloßen Staatsgerichtetheit durchbrochen.⁶⁷ Voraussetzung einer unmittelbaren Wirkung ist, dass die Richtlinie inhaltlich so unbedingt und hinreichend genau ist, dass es zu ihrer Ausführung keiner weiteren Rechtsvorschriften bedarf.⁶⁸ Die Rechtsfolgenseite beschränkt sich dabei auf eine vertikale Wirkung zugunsten der Bürger gegen den Staat, mithin die Begründung subjektiver öffentlicher Rechte für Private.⁶⁹ Eine umgekehrte vertikale Wirkung, d.h. die Begründung staatlicher Rechte gegen Bürger, wird gemeinhin abgelehnt.⁷⁰

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 18.6.1991 – C-260/89 (ERT) = Slg. 1991, I-2925, Rn. 41 = EuZW 1991, 507.

⁵⁷ Zu der Rechtfertigung von Eingriffen in europäische Grundfreiheiten instruktiv *Jarass*, EuR 2000, 705 (716 ff.).

⁵⁸ Zustimmend *Ehlers* (Fn. 34), § 14 Rn. 34; *Jürgensen/Schlünder*, AöR 121 (1996), 200 (213); *Kühling*, EuGRZ 1997, 296 (299 ff.); *Meyer*, EuR 2009 Beiheft 1, 87 (93); kritisch aber *Kingreen*, EuGRZ 2004, 570 (576), da die Anwendung der Ausnahmeklauseln den Mitgliedstaat „gewissermaßen aus dem Anwendungsbereich des Vertrages [entlässt]“; ferner *Ruffert*, EuGRZ 1995, 518 (528 f.): „Mitgliedstaatliche Regelungen zur Einschränkung der Grundfreiheiten aus Erwägungen im nationalen Allgemeininteresse fallen gerade nicht in den von den Gemeinschaftsorganen zu verantwortenden Bereich“ (*Hervorhebung* im Original). Weiteren Klärungsbedarf in dogmatischer Hinsicht sieht *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 532.

⁵⁹ *Kingreen*, EuGRZ 2004, 570 (576).

⁶⁰ *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 532; bereits *Ehlers*, Jura 2002, 458 (470).

⁶¹ *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 532.

⁶² Hierzu auch *Michael/Sauer*, ZJS 2010, 86 (89).

⁶³ So aber *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.) Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2006, Art. 51 Rn. 24 f.

⁶⁴ Zum Ganzen *Scherzberg*, Jura 1992, 572 (574).

⁶⁵ *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261; *Heiderhoff*, ZJS 2008, 25 (29); *Kroll-Ludwigs/Kroll*, ZJS 2009, 7; Fortsetzung ZJS 2009, 123.

⁶⁶ Zu diesem Unterschied vgl. Schlussanträge GA Reischl v. 20.2.1979 – 138/78 (Ratti) = Slg. 1979, 1629 (1650 f.).

⁶⁷ St. Rspr. seit EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 33/70 (Spa SACE) = Slg. 1970, 1213; EuGH, Urt. v. 4.12.1974 – 41/74 (van Duyn) = Slg. 1974, 1337.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 26.2.1986 – 152/84 (Marshall) = Slg. 1986, 723; instruktiv *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 19), S. 184 m.w.N.; ferner *Heiderhoff*, ZJS 2008, 25 (29).

⁶⁹ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 8.10.1987 – C-8/86 (Kolpinghuis Nijmegen) = Slg. 1987, 3969; EuGH, Urt. v. 3.5.2005 – C-387/02 (Berlusconi) = Slg. 2005, I-3565.

⁷⁰ Anders *Jayme*, Ein Internationales Privatrecht für Europa, 1991, S. 32, 36, der eine indirekte horizontale Wirkung zu Lasten von Privatpersonen über Art. 34 EGBGB begründen will; ferner aus Praktikabilitätsgründen *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 279.

Dies ist richtig. Die Dogmatik der unmittelbaren Wirkung gründet sich auf den Sanktionsgedanken;⁷¹ es liegt in der Hand des jeweiligen Mitgliedstaates, seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Union nachzukommen. Bei Versäumnissen können nicht die Bürger nachteilig betroffen sein. Auch eine umgekehrte positive unmittelbare Wirkung, die zum Entzug von Rechten unter Privaten führt, ist vor diesem Hintergrund ausgeschlossen.⁷² Andererseits will der EuGH einem Bürger aufgrund negativer Auswirkungen auf Dritte die Einforderung der Richtlinienanwendung dem Mitgliedstaat gegenüber nicht versagen.⁷³ Das Vertrauen auf eine unrichtige Umsetzungslage soll in dieser Konstellation bloß mittelbarer Rechtsbeeinträchtigung nicht schutzwürdig sein.⁷⁴

V. Die Entscheidung Mangold

Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mangold wächst 2005 in den so skizzierten Kontext dogmatischer Figuren, die sich schlagwortartig mit „unmittelbarer Anwendbarkeit“, „Vorrang“, „grundsätzliche Unionsgerichtlichkeit europäischer Grundrechte“, „Agency-Situation“ und „prinzipielles Verbot einer horizontalen Richtlinienwirkung“ betiteln lassen. Die Anwälte Rüdiger Helm und Werner Mangold hatten durch den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages einen Streit fingiert,⁷⁵ um eine mögliche Unionsrechtswidrigkeit von § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. zu klären. Die Norm ermöglichte in ihrer ursprünglichen Fassung eine sachgrundlose Befristung von Arbeitnehmern, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten; seit 1.1.2003 galt ein Mindestalter von 52 Jahren.⁷⁶ Im Verfahren der Vorabentscheidung sollte der durch das ArbG München angerufene EuGH sowohl die Frage der Unionsrechtswidrigkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. behandeln, als auch dazu Stellung nehmen, ob der nationale Richter die dem Unionsrecht widersprechende Norm unangewendet zu lassen habe.

⁷¹ So zumindest seit EuGH, Urt. v. 5.4.1979 – 148/78 (Ratti) = Slg. 1979, 1629, Rn. 22 (juris).

⁷² EuGH, Urt. v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori) = Slg. 1994, I-3325, Rn. 19 ff. (juris).

⁷³ EuGH, Urt. v. 11.8.1995 – C-431/92 (Großkrotzenburg) = Slg. 1995, I-2189 = NVwZ 1996, 369; vgl. auch EuGH, Urt. v. 26.9.2000 – C-443/98 (Unilever Italia) = Slg. 2000, I-07535 = EuZW 2001, 153.

⁷⁴ Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 5, Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, S. 13. Tatsächlich wird hier einer umgekehrten positiven unmittelbaren Wirkung durch die Hintertür Einlass verschafft; zutreffend kritisch Freitag, EuR 2009, 796 (800) m.w.N. Anm. 14; zustimmend aber statt vieler Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 249 EGV Rn. 178.

⁷⁵ Dass der Streit fingiert war, stand der Zulässigkeit der Vorlagefrage in der konkreten Konstellation nicht entgegen, vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981, Rn. 32 ff. = NJW 2005, 3695 (3696); hierzu auch Streinz/Herrmann, RdA 2007, 165 (166 f.).

⁷⁶ Die Herabsetzung des Mindestalters erfolgte im Rahmen des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBI. I 2002, S. 14607.

Die aufgezeichneten dogmatischen Figuren eröffneten dem EuGH zwei Wege, sich der Lösung der Fragen zu nähern: Den Weg über das Sekundärrecht und den Weg über das Primärrecht. Beide Wege beschritt der EuGH, doch nur den Weg über das Primärrecht durchlief er vollständig. Diese „zweigleisige“ Argumentation hat – wie zu zeigen sein wird – in der literarischen Rezeption der Entscheidung zu erheblichen Missverständnissen geführt.

1. Der Weg über das Sekundärrecht

Der Weg über das Sekundärrecht ist dann gangbar, wenn eine Richtlinie vorliegt, der unmittelbare Wirkung zukommen kann; in diesem Fall finden die angestrebten Rechtsfolgen ihre Ableitung aus der Richtlinie selbst, ohne dass es ihrer mitgliedstaatlichen Umsetzung bedarf. Bezogen auf den Fall Mangold scheinen dabei zwei Probleme auf:

a) Fehlender Fristablauf

§ 14 Abs. 3 TzBfG a.F. diene der Umsetzung der RL 1999/70; deren Vorgaben hielt die Norm jedoch – wie der EuGH feststellt⁷⁷ – ein. Eine etwaige mitgliedstaatliche Altersdiskriminierung könnte allein mit dem Inhalt der später erlassenen RL 2000/78 konfliktieren; deren Umsetzung war mit § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. allerdings nicht beabsichtigt, und ihre Umsetzungsfrist war zum Zeitpunkt des inkriminierten Vertragsschlusses noch nicht abgelaufen.

Das Fehlen des Fristablaufs zeitigt Friktionen mit der Dogmatik der unmittelbaren Richtlinienanwendung, die – wie gezeigt – in besonderer Weise auf den Sanktionsgedanken gestützt wird: Einem Staat, der (noch) nicht umgesetzt haben muss, vorzuwerfen, dass er (noch) nicht umgesetzt hat, bedarf gehobenen Argumentationsaufwandes. Diesen freilich vermag der EuGH zu leisten: Zwar kann man der Bundesrepublik die Nichtumsetzung nicht zum Vorwurf machen; allerdings hat sie, als die Umsetzungsfrist der RL 2000/78 bereits lief, das zulässige Alter einer sachgrundlosen Befristung von 58 auf 52 Jahre herabgesetzt, und damit eine etwaige Diskriminierung vertieft.⁷⁸ Der Grundsatz, dass Mitgliedstaaten während der Umsetzungsfrist einer Richtlinie keine das Richtlinienziel gefährdenden Maßnahmen erlassen dürfen, wurde durch den EuGH bereits in der Entscheidung Inter-Environnement-Wallonie herausgearbeitet⁷⁹ und in Mangold erneut unterstrichen.⁸⁰ Anderes widerspräche dem Grundgedanken des in Art. 4 Abs. 3 EUV-Lissabon (ex Art. 10 EG) verankerten effet utile.

b) Keine Vor-Drittwirkung der Richtlinie

Ogleich der EuGH vor diesem Hintergrund die Hürde des fehlenden Ablaufs der Umsetzungsfrist überwinden kann,

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 54 = NJW 2005, 3695 (3697).

⁷⁸ Vgl. oben Fn. 76.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 18.12.1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie) = Slg. 1997-I, 7411, Rn. 35 ff. (juris)

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 67 = NJW 2005, 3695 (3698).

bricht er die Prüfung eines möglichen Sekundärrechtsverstößes – leicht unvermittelt⁸¹ – ab,⁸² um sich der Primärrechtsebene zuzuwenden. Dies ist nachvollziehbar, da ein Fortschreiten auf dem sekundärrechtlichen Weg unweigerlich in den abschüssigen Bereich der unzulässigen horizontalen Richtlinienwirkung unter Privaten geführt hätte. Wäre eine Vorwirkung der Richtlinie entsprechend der Inter-Environnement-Wallonie-Konstellation⁸³ noch von einem anerkannten dogmatischen Argumentationsmuster gestützt, berührte eine Vor-Drittwirkung der Richtlinie brisantes Terrain. Dieses Terrain wollte der EuGH, entgegen manchen noch immer gewichtigen Lesarten in der deutschen Literatur,⁸⁴ offenkundig nicht – auch nicht „hilfsweise“⁸⁵ – betreten.

2. Der Weg über das Primärrecht

In Umkehrung des völkerrechtlichen Grundsatzes der bloßen Staatenbindung hat der EuGH in der Entscheidung van Gend & Loos ein Modell der unmittelbaren Wirkung des Primärrechts unter Privaten entwickelt.⁸⁶ In der Entscheidung Mangold bot sich vor diesem Hintergrund an, zur Vermeidung der Problematik einer Vor-Drittwirkung der Richtlinie den Lösungsweg auf die Ebene des Primärrechts zu verlagern: Fällt § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. in den Anwendungsbereich des Unionsprimärrechts und gerät die Norm in Konflikt mit Primär-

rechtssätzen, hat sie auch im Verhältnis Privater unangewendet zu bleiben. Dies ergibt sich aus den bekannten dogmatischen Figuren der „unmittelbaren Anwendung“ und des „Vorrangs“.

a) Primärrechtskonflikt

Als mit der Altersbefristung in § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. kollidierenden allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts entdeckt der EuGH in der Rechtssache Mangold das Verbot der Altersdiskriminierung.⁸⁷ Welches methodische Instrumentarium der EuGH bei dieser Entdeckung fruchtbar macht, bleibt en detail verborgen; der EuGH beschränkt sich auf die Feststellung, der Grundsatz habe seinen Ursprung in „verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedsstaaten“.⁸⁸ Damit gibt er dogmatisch nicht mehr preis, als seit der Entscheidung Nold abstrakt bekannt war.⁸⁹ Dieses – gerade aus deutscher Sicht – Begründungsdefizit⁹⁰ hat die Akzeptanz der Entscheidung erheblich erschwert⁹¹ und auch das BVerfG kommt nicht umhin, verhaltene Zweifel anzumelden.⁹² Die Existenz eines Altersdiskriminierungsverbotes als allgemeiner unionsrechtlicher Primärrechtsgrundsatz kann freilich nicht ausgeschlossen werden; immerhin sieht die zum Zeitpunkt der Mangold-Entscheidung bereits verabschiedete Grundrechtecharta das Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 21 Abs. 1 vor. Ihre damals noch fehlende Verbindlichkeit stand ebenso wenig zwingend entgegen⁹³ wie das Schweigen der meisten⁹⁴ mitgliedstaatlichen Verfassungen zu einem ausdrücklichen Verbot der Altersdiskriminierung, wird doch – wie gezeigt – weniger eine summarisch gewichtende Wertung, denn ein

⁸¹ Kritisch erkannt bei *Haltern* (Fn. 1 – Dogmatik im Kontext), S. 381.

⁸² Der Wechsel auf die Primärrechtsebene wird in Rn. 74 der Entscheidung vollzogen. Dort ist freilich noch nicht erkennbar, dass die vorangegangenen Ausführungen zur Richtlinienwirkung zur Stützung des Urteils nicht beitragen sollen; immerhin wird die Passage mit „Zweitens“ eingeleitet. Erst wenn der Gerichtshof in Rn. 76 seine Schlussfolgerung zieht („Folglich“), wird klar, dass sie sich nur auf das in Rn. 74 und 75 unmittelbar zuvor Gesagte beziehen kann; vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 74-76 = NJW 2005, 3695 (3698). In Anbetracht der umfassenden Auseinandersetzung des EuGH mit der Richtlinie 2000/78 in Rn. 56 bis 73 ist freilich nicht verwunderlich, dass dieser Part in der Rezeption des Urteils größtenteils überbewertet und im Ergebnis falsch eingeordnet wurde.

⁸³ Vgl. oben Fn. 79.

⁸⁴ Im Sinne der Annahme einer unmittelbaren Direktwirkung der RL 2000/78 unter Privaten durch den EuGH beispielhaft *Gas*, EuZW 2005, 737, der von einem „Dammbruch“ spricht; *Bauer/Arnold*, NJW 2006, 6 (9), denen zufolge der EuGH eine „Bombe“ habe platzen lassen; *Reich*, EuZW 2006, 17 (21); *Heiderhoff*, ZJS 2008, 25 (29); *Frenz*, RdA 2010, 229 (233 f.); *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Anm. 19), S. 183, die von einer „Überdehnung“ des Konzepts der Vorwirkung sprechen; *Bayreuther*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, Stand: 1.3.2011, § 14 TzBfG Rn. 122. Zutreffend aber bereits *Annuß*, BB 2006, 325.

⁸⁵ So aber *Gas*, EuZW 2005, 737; ähnlich auch *Ziegenhorn*, NVwZ 2010, 803 (804).

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – 26/62 (van Gend & Loos) = Slg. 1963, 1 = NJW 1963, 974; vgl. oben II. 1.

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 74 = NJW 2005, 3695 (3698).

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981, Rn. 74 = NJW 2005, 3695 (3698).

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 14.5.1974 – C-4/73 (Nold) = Slg. 1974, 491; vgl. oben III. 1.

⁹⁰ Andere europäische Rechtsordnungen würden die Kürze der Begründung nicht zwingend als Defizit auffassen; vgl. mit Blick auf Frankreich *Goutal*, *The American Journal of Comparative Law* 24 (1976), 43 (59 ff.).

⁹¹ Kritisch statt vieler: *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, S. 19 ff.; *Krebber*, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2006, 377 (390 f.); *Preis*, *NZA* 2006, 401 (402); impulsiv *Herzog/Gerken*, *FAZ* v. 8.9.2008, Nr. 210, S. 8. Anders aber *Frenz*, *RdA* 2010, 229 (230 f.).

⁹² BVerfG NJW 2010, 3422 (3426 Rn. 78) mit dem Hinweis, dass nur zwei der zum Zeitpunkt der Mangold-Entscheidung 15 Verfassungen der Mitgliedstaaten ein besonderes Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters enthielten.

⁹³ EuGH, Urt. v. 30.1.2002 – T-54/99 (max.mobil Telekommunikation) = Slg. 2002, II-313, 333 Rn. 48; EuGH, Urt. v. 18.10.2002 – C-232/02 (Technische Glaswerke Ilmenau) = Slg. 2002, I-08977, Rn. 85 (juris). Zum Ganzen auch *Frenz*, *RdA* 2010, 229 (230).

⁹⁴ Ausnahmen bilden die Verfassungen von Finnland und Portugal.

rechtskulturell orientierter Findungsprozess verlangt.⁹⁵ Ausgeschieden ist dabei insbesondere eine Orientierung am niedrigsten gemeinsamen Niveau.⁹⁶ In der Rechtsache *Küçükdeveci* wird der Grundsatz als existent bestätigt; hier wird nunmehr – angesichts der neuen Verbindlichkeit – ausdrücklich auf Art. 21 Abs. 1 EU-GRCharta verwiesen.⁹⁷

b) Der Anwendungsbereich des Primärrechts

Ein Konflikt des § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. mit dem Verbot der Altersdiskriminierung konnte nur dann entstehen, wenn die Norm in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fiel. In erster Linie richten sich Unionsgrundrechte, wie ein Blick auf ihre Genese zeigen konnte, an die Organe der Union.⁹⁸ Der primärrechtliche Anwendungsbereich mit der Folge einer mitgliedstaatlichen Bindung ist – neben der ERT-Situation – dann eröffnet, wenn der Mitgliedstaat – gleichsam als verlängerter Arm der Union – unionsrechtliche Vorgaben umsetzt (Agency-Situation).⁹⁹

Die Positionierung des § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. im Anwendungsbereich des Primärrechts schien in diesem dogmatischen Kontext deshalb speziell, da die Umsetzungsfrist der RL 2000/78 zum Zeitpunkt des inkriminierten Vertragschlusses nicht abgelaufen war und § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. der Richtlinienumsetzung nicht dienen sollte. Damit ließ sich die Konstellation nicht als klassische Agency-Situation einordnen. Die Literatur verstand den EuGH teilweise so, als habe er den Anwendungsbereich des Unionsrechts diesen Besonderheiten zum Trotz über die RL 2000/78 eröffnet.¹⁰⁰ In Kombination mit der Rechtsprechung zu *Inter-Environnement-Wallonie*¹⁰¹ wäre dies auch nicht unplausibel gewesen: Für Maßnahmen im inhaltlichen Regelungsbereich der Richtlinie bestünde ein Unionsrechtsbezug bereits mit dem Moment des Richtlinienerlasses,¹⁰² da eine nationalstaatliche Maßnahme – gleich, ob sie ausdrücklich der Richtlinienumsetzung dient – einer effektiven Richtlinienumsetzung – und damit Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex Art. 249 Abs. 3 EG) ebenso wie Art. 4 Abs. 3 EUV (ex Art. 10 EG) – nicht entgegenstehen darf.¹⁰³

So naheliegend diese Sicht sein mag, so wenig kann sie sich auf den EuGH stützen. Randnummer 75 der Mangold-Entscheidung, in der der Anwendungsbereich des Unionsprimärrechts eröffnet wird, lautet: „Fällt eine nationale Regelung in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts, was bei dem durch das Gesetz von 2002 geänderten § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. als Maßnahme zur Umsetzung der Richtlinie

1999/70 der Fall ist [...]“.¹⁰⁴ Ein genauer Blick zeigt: Der Anwendungsbereich des Unionsprimärrechts wird nicht durch die etwaig vorwirkende RL 2000/78 eröffnet, sondern dadurch, dass § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. der Umsetzung der RL 1999/70 diene. Damit argumentiert der EuGH in der weitgehend akzeptierten Agency-Situation.¹⁰⁵ Die ordnungsgemäße Berücksichtigung¹⁰⁶ der sekundärrechtlichen Vorgaben der RL 1999/70 lässt die Möglichkeit eines Primärrechtskonflikts unberührt: Unabhängig von der ordnungsgemäßen Umsetzung konnte die Umsetzungsmaßnahme gegen das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstoßen. Dass der Primärrechtsverstoß zur Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. führen muss, folgt aus dem in der Entscheidung *Costa/ENEL* 1964 entwickelten Rangverständnis des EuGH.¹⁰⁷ Die Antwort ist keine „kopernikanische Wende“,¹⁰⁸ sondern fügt sich in den weithin akzeptierten dogmatischen Mechanismus von unmittelbarer Anwendung und Vorrang.¹⁰⁹

Diese Lesart, in der sich die Mangold-Entscheidung zumindest hinsichtlich der Richtlinienwirkung als unspektakulär erweist, bestätigt der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Bartsch/Bosch & Siemens Hausgeräte*:¹¹⁰ Vor Ablauf der Umsetzungsfrist könne die RL 2000/78 keinen gemeinschaftsrechtlichen Bezug herstellen, der die Gerichte der Mitgliedstaaten verpflichtet, das Verbot der Altersdiskriminierung zu gewährleisten.¹¹¹ In dem fehlenden Ablauf der Umsetzungsfrist erkennt der EuGH gerade den Unterschied zu der Konstellation in Mangold; denn dort „handelte es sich bei [...] der nationalen Regelung um eine Maßnahme zur Umsetzung [...] der Richtlinie 1999/70/EG [...], wodurch die betreffende Regelung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fiel.“¹¹² Implizit ist darin bereits die Bedeutung skizziert, die dem Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie für die Primärrechtswirkung zukommen wird: Während vor Fristablauf eine nationale Maßnahme in der Regel¹¹³ nur dann an primärrechtlichen Vorgaben zu messen

⁹⁵ Vgl. oben III. 1.

⁹⁶ Vgl. nur *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 130.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – C-555/07 (*Küçükdeveci*) = Slg. 2010, I-0000, Rn. 22 = NJW 2010, 427 (428).

⁹⁸ Vgl. oben III. 1.

⁹⁹ Vgl. oben III. 2. a).

¹⁰⁰ Exemplarisch *Streinz/Herrman*, RdA 2007, 165 (169).

¹⁰¹ Vgl. oben Fn. 79.

¹⁰² *Frenz*, RdA 2010, 229 (230).

¹⁰³ *Frenz*, RdA 2010, 229 (230): „Damit ist eine Materie schon im Fokus des Unionsrechts.“

¹⁰⁴ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 75 = NJW 2005, 3695 (3698).

¹⁰⁵ Vgl. oben III. 2. a).

¹⁰⁶ Vgl. oben V. 1. a).

¹⁰⁷ EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64 (*Costa/Enel*) = Slg. 1964, 1251 = NJW 1964, 2371; vgl. oben II. 2.

¹⁰⁸ So aber *Thüsing*, ZIP 2005, 2149.

¹⁰⁹ Vgl. oben II.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 23.9.2008 – C-427/06 (*Bartsch/Bosch & Siemens Hausgeräte*) = Slg. 2008, I-07245 = NJW 2008, 3417; Vorlage durch das BAG, Beschl. v. 27.6.2006 – 3 AZR 352/05 (A) = NZA 2006, 1276.

¹¹¹ EuGH, Urt. v. 23.9.2008 – C-427/06 (*Bartsch/Bosch & Siemens Hausgeräte*) = Slg. 2008, I-07245, Rn. 25 = NJW 2008, 3417 (3418).

¹¹² EuGH, Urt. v. 23.9.2008 – C-427/06 (*Bartsch/Bosch & Siemens Hausgeräte*) = Slg. 2008, I-07245, Rn. 24 = NJW 2008, 3417 (3418).

¹¹³ In den zuvor ergangenen Entscheidungen Navarro und Cordero Alonso stellt der EuGH für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts auf den Zeitpunkt des

ist, wenn sie der Richtlinienumsetzung dient, kann das Umsetzungskriterium nach Ablauf der Umsetzungsfrist entfallen. Hier genügt, dass ein Sachverhalt inhaltlich in den Bereich fällt, den die nationale Maßnahme bei ordnungsgemäßer Richtlinienumsetzung hätte regeln müssen.¹¹⁴ In der Entscheidung *Kücükdeveci* hat der EuGH dies ausdrücklich formuliert: „Anders als in der Rechtssache, in der das Urteil [...] *Bartsch* [...] ergangen ist, ist es zu dem auf der fraglichen nationalen Regelung beruhenden, vermeintlich diskriminierenden Verhalten im Ausgangsverfahren nach Ablauf der [...] Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG [...] gekommen. Zu diesem Zeitpunkt hat diese Richtlinie bewirkt, dass die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung, die einen von der Richtlinie geregelten Bereich erfasst, nämlich die Entlassungsbedingungen, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.“¹¹⁵

Die durch den EuGH damit getroffene Abgrenzung macht vor dem Hintergrund des *effet utile* Sinn: Solange ein Mitgliedstaat aufgrund der noch laufenden Umsetzungsfrist zur abgeschlossenen Sekundärrechtsumsetzung nicht verpflichtet ist, obliegt es ihm selbst, seine Primärrechtsbindung durch die Umsetzung zu eröffnen.¹¹⁶ Ist die Umsetzungsfrist allerdings ohne ordnungsgemäße Umsetzung abgelaufen, sind alle Sachverhalte im inhaltlichen Regelungsbereich der Richtlinie so zu behandeln, als hätte der Mitgliedsstaat umgesetzt: Die Agency-Situation muss fingiert werden, um dem Mitgliedstaat die Möglichkeit zu nehmen, durch die Nichtumsetzung

Inkrafttretens der Richtlinie 2002/74/EG, nicht des Fristablaufs ab, vgl. EuGH, Urt. v. 17.1.2008 – C-246/06 (*Navarro*) = Slg. 2008, I-00105, Rn. 32 ff. = EuZW 2008, 185 f.; EuGH, Urt. v. 7.9.2006 – C-81/05 (*Cordero Alonso*) = Slg. 2006, I-07569, Rn. 29 = EuZW 2007, 26 ff. Die Besonderheit der Fälle lag darin, dass die von der Richtlinie geforderte nationale Regelung, die eine Garantie für bestimmte Abfindungszahlungen vorsieht, mit Art. 33 Abs. 2 des spanischen Arbeitnehmerstatuts zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie bereits bestand. Obgleich damit die Richtlinie nicht umgesetzt werden sollte (und unabhängig von der Frage, ob die Norm den Richtlinienanforderungen überhaupt entspricht), wertet der EuGH die positiv bestehende Norm als Umsetzungssubstitut, das den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet. Einen offenen Widerspruch durch die Entscheidung *Bartsch/Siemens & Bosch Hausgeräte* – und in Folge auch *Kücükdeveci* – nehmen dagegen *Preis/Temming*, NZA 2008, 1209 (1212) an.

¹¹⁴ Unklar *Bayreuther*, EuZW 2008, 697 (699), der befürchtet, dass nach Ablauf der Umsetzungsfrist „das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung [...] auf alle arbeitsrechtlichen Sachverhalte anzuwenden [ist] und zwar auch auf solche, die keinerlei Bezug zum Europarecht aufweisen“.

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – C-555/07 (*Kücükdeveci*) = Slg. 2010, I-0000, Rn. 24 f. = NJW 2010, 427 (428).

¹¹⁶ Die Primärrechtsbindung besteht auch, wenn bereits eine Regelung erlassen wurde, die geeignet ist, „die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der Richtlinie zu gewährleisten“, EuGH, Urt. v. 7.9.2006 – C-81/05 (*Cordero Alonso*) = Slg. 2006, I-07569, Rn. 29 = EuZW 2007, 26 ff.; vgl. Fn. 113.

sekundärrechtlicher Vorgaben primärrechtliche Bindungen von Sachverhalten im Regelungsbereich der Richtlinie zu vermeiden. Eine unmittelbare Richtlinienwirkung im Horizontalverhältnis der Bürger ist damit nicht begründet. Zwar wird die grundsätzlich nicht unmittelbar wirkende Richtlinie zur *conditio sine qua non* einer unmittelbaren Primärrechtswirkung; es ist aber nicht die Richtlinie, die unmittelbar und vorrangig wirkt, sondern das Primärrecht, das nach wirksamer Geltung verlangt.

VI. Zusammenfassung

In der Rechtssache *Mangold* hat der EuGH über die Zulässigkeit der Altersbefristungsregelung des § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. unter Anwendung und Beibehaltung der bestehenden dogmatischen Tradition von unmittelbarer Anwendung, Vorrang, Bindung mitgliedstaatlicher Organe an Unionsgrundrechte bei der Richtlinienumsetzung und dem Verbot der unmittelbaren Richtlinienwirkung zu Lasten Privater entschieden. Entgegen der überwiegenden Lesart der deutschen Literatur findet er seine Lösung nicht auf dem unsicheren Terrain der horizontalen Richtlinienwirkung im Verhältnis Privater, sondern allein auf Ebene der primärrechtlichen allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und ihrer anerkannten Anwendung gegenüber Privaten in der Agency-Situation. In *Mangold* war – wie der EuGH in der neueren Entscheidung *Bartsch/Bosch & Siemens Hausgeräte* klarstellte – der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet, weil der zu entscheidende Sachverhalt von dem Regelungsumfang der RL 2000/78 umfasst war, deren Umsetzungsfrist noch lief, sondern weil § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. der Umsetzung der RL 1999/70 diene. Erst nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist fallen alle Sachverhalte im inhaltlichen Regelungsbereich einer Richtlinie auch ohne Umsetzungsmaßnahme in den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Diese jüngst in der Entscheidung *Kücükdeveci* ventilierte „Fiktion“ der Agency-Situation ist dem Prinzip des *effet utile* geschuldet, um eine Privilegierung des nicht umsetzenden Mitgliedstaates zu vermeiden. Spektakulär mag an der Entscheidung *Mangold* einzig die Entdeckung des Verbotes der Altersdiskriminierung auf Primärrechtsebene sein. Auch hier sind die Unsicherheiten freilich weniger einem vermeintlich überraschenden Agieren des EuGH, denn einem erst in Entwicklung begriffenen Findungsprozess geschuldet, der angesichts rechtskultureller Einflüsse zwangsweise ambivalent-offen bleiben wird.¹¹⁷

¹¹⁷ Dazu, dass ein offenkundiger „Ultra-Vires“-Akt nicht vorliegt, vgl. den *Honeywell*-Beschluss des BVerfG NJW 2010, 3422.