

---

**Datum:** 17.02.2010  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 12. Kammer  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 12 Sa 1311/07  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGD:2010:0217.12SA1311.07.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Mönchengladbach, 7 Ca 84/07  
**Schlagworte:** Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB  
**Normen:** § 622 Abs. 2 BGB, Art. 21 Abs. 1 der Europäischen Grundrechte-Charta, Richtlinie 2000/78, Art. 20, Art. 23, Art. 100 GG  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**

1. Die nach der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19.01.2010 - C-555/07 Küçükdeveci - "supra legem" gebotene Rechtsfortbildung hat für § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB zur Konsequenz, dass diese Vorschrift auf Kündigungen, die nach dem 02.12.2006 erfolgt sind, nicht mehr angewendet werden darf. Damit sind auch vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist zu berücksichtigen. Für die Verlängerung der Kündigungsfrist kommt es infolgedessen gemäß § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB ausschließlich auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit an. 2. Einem Arbeitgeber, der sich nach dem 02.12.2006 auf die Anwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB verlassen hat, kann nur ausnahmsweise Vertrauensschutz gewährt werden.

---

**Tenor:**

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin zu 2/3  
und der Beklagten zu 1/3 auferlegt.  
Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

---

GRÜNDE :	1
A.Die Parteien haben, nachdem sie den Rechtsstreit in der Hauptsache durch Prozessvergleich beigelegt haben, beantragt, dass das Gericht nach § 91 a ZPO über die Kosten entscheiden möge.	2
Die Klägerin, am 12.02.1978 geboren, war seit dem 04.06.1996 als Versandarbeiterin bei der Beklagten beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die gesetzlichen Kündigungsfristen Anwendung. Am 19.12.2006 erklärte die Beklagte schriftlich die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.01.2007, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin.	3
In dem vor dem Arbeitsgericht Mönchengladbach geführten Kündigungsschutzprozess hat die Klägerin u.a. geltend gemacht, dass die Kündigung frühestens zum 30.04.2007 wirke, weil § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB die Kündigungsfrist nach zehnjähriger Betriebszugehörigkeit auf vier Monate zum Monatsende verlängere. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, der bestimme, dass vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegende Betriebszugehörigkeitszeiten nicht zu berücksichtigen seien, verstoße gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und habe daher unbeachtet zu bleiben.	4
Durch Teilurteil vom 20.11.2007 hat die Kammer die Kündigungsschutzklage abgewiesen, soweit diese auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses über den 30.04.2007 hinaus gerichtet war. Mit Beschluss vom selben Tag hat sie den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung ersucht.	5
Der Gerichtshof (Große Kammer) hat am 19.01.2010 entschieden:	6
1. Das Unionsrecht, insbesondere das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ist dahin auszulegen, dass es einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, nach der vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden.	7
2. Es obliegt dem nationalen Gericht, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten die Beachtung des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78 sicherzustellen, indem es erforderlichenfalls entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet lässt, unabhängig davon, ob es von seiner Befugnis Gebrauch macht, in den Fällen des Art. 267 Abs. 2 AEUV den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege der Vorabentscheidung um Auslegung dieses Verbots zu ersuchen.	8
Die Beklagte hat zuletzt beantragt, unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Mönchengladbachs vom 15.06.2007 die Klage insgesamt abzuweisen. Die Klägerin hat beantragt, die Berufung der Beklagten, soweit über sie noch nicht entschieden ist, zurückzuweisen.	9
In der Kammerverhandlung am 03.02.2010 haben die Parteien den Rechtsstreit vergleichsweise beigelegt und eine Kostenentscheidung des Gerichts nach § 91 a ZPO beantragt.	10

B. Die Kammer hat gemäß § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Aufgrund des rechtskräftigen Teilurteils vom 21.11.2007 steht fest, dass die Klägerin mit der Kündigungsschutzklage unterlegen ist. Streitig ist allein geblieben, ob die Kündigung vom 19.12.2006 das Arbeitsverhältnis zum 31.01.2007 oder zum 30.04.2007 aufgelöst hat. Insoweit hätte die Klägerin obsiegt. 11

I. Die Kündigung vom 19.12.2006 konnte das Arbeitsverhältnis der Parteien, das im Kündigungszeitpunkt mehr als zehn Jahre bestanden hat, mit der Frist des § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BGB erst zum 30.04.2007 auflösen. Zwar sind nach § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, bei der Berechnung der nach Satz 1 maßgebenden Beschäftigungsdauer nicht zu berücksichtigen. Die Ausnahmevorschrift ist jedoch im vorliegenden Fall aufgrund der zulässigen und gebotenen unionsrechtskonformen Rechtsfortbildung nicht anzuwenden. 12

II.1. Nach dem Urteil des EuGH vom 19.01.2010 verstößt § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen das in der Richtlinie 2000/78 konkretisierte Verbot der Altersdiskriminierung als einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts. 13

a) Die Auslegung ist für die Kammer verbindlich. 14

Der EuGH ist als gesetzlicher Richter i. S. v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zur endgültigen Entscheidung über die Auslegung und Anwendung des Unionsrechts berufen. Im Rahmen seiner Entscheidungskompetenz hat der Gerichtshof über die in § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB getroffene Regelung befunden. Art. 220 EG (Artikel 19 Abs. 1 Satz 2 EUV i. d. F. des Lissabon-Vertrags) weist dem EuGH die Aufgabe zu, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des EG-Vertrags zu sichern. Art. 234 Abs. 1 EG (Art. 267 AEUV) überträgt ihm im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedstaaten die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des Vertrages sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftsrechtlichen Akte. Gemäß Art. 230 EG (Art. 263 AEUV) erstreckt sich die Zuständigkeit des EuGH auf die Entscheidung über die Geltung und Auslegung der Normen des Gemeinschaftsrechts. Dazu zählen auch ungeschriebene Normen des primären Gemeinschaftsrechts (vgl. BVerfG vom 08.04.1987 - 2 BvR 687/85 Kloppenburg - Juris Rn. 55 ff.: zur Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch den EuGH). 15

b) Die Kammer ist an die Entscheidung des EuGH über die Unvereinbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB mit Unionsrecht, insbesondere dem durch die Richtlinie 2000/78 konkretisierten Verbot der Altersdiskriminierung gebunden. Sie stimmt der Vorabentscheidung zudem in der Sache zu (Kammer 22.11.2007 - 12 Sa 1311/07 - Juris Rn. 81). 16

Soweit das EuGH-Urteil vom 22.11.2005 - C-144/04 Mangold - wegen der Annahme, dass das Verbot der Altersdiskriminierung einen ungeschriebenen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts darstelle, und wegen Vorwirkung der Richtlinie 2000/78 auf vielfache Kritik gestoßen ist (vgl. Steiner, EuZA 09, 148 f.), genügt hier der Hinweis, dass die vorliegende Konstellation anders gelagert ist: Die Kündigung mit der Fristberechnung nach § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (statt Nr. 4) i.V.m. Satz 2 BGB ist nach Ablauf der Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78, die für die Bundesrepublik Deutschland am 02.12.2006 endete, ausgesprochen worden. Mit der Kodifikation des Verbots der Altersdiskriminierung in Art. 21 Abs. 1 der am 01.12.2009 in Kraft getretenen Europäischen Grundrechte-Charta sind die Einwände gegen die Postulation eines primärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung hinfällig geworden; jedenfalls ist der antizipatorischen EuGH-Rechtsprechung mit Art. 21 17

EUGC Absolution erteilt worden. Der Ablauf der Umsetzungsfrist hat demnach bewirkt, dass die Gesetzesregelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt (EuGH 19.01.2010, Rn. 24 f.).

III. Die Unvereinbarkeit von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Verbot der Altersdiskriminierung hat zur Folge, dass die Gesetzesvorschrift auf nach dem 02.12.2006 erfolgte Kündigungen von den Gerichten nicht mehr angewendet werden darf. 18

1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs begründet die Gleichbehandlungsrichtlinie zwar nicht unmittelbar Rechte und Pflichten zwischen Privaten; den Gerichten als Träger öffentlicher Gewalt obliegt jedoch die unionsrechtskonforme Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts, so dass sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Verbots der Altersdiskriminierung sicherzustellen haben (EuGH Rn. 46-48). Die Kammer folgt dieser Vorgabe. So ist sie in dem Vorlagebeschluss ebenfalls davon ausgegangen, dass das Vorliegen einer einschlägigen Vorabentscheidung des EuGH deutschen Gerichten eine ausreichende Legitimation gibt, die Unvereinbarkeit innerstaatlichen Gesetzesrechts mit Unionsrecht auch dann zu judizieren, wenn die Gesetzesbestimmung nicht unionsrechtskonform auslegbar ist (Kammer 21.11.2007, Juris Rn. 92 f.). Nach dem Urteil des EuGH vom 19.01.2010 ist veranlasst, § 622 Abs. 2 BGB im Sinne vorrangigen Unionsrechts fortzubilden. 19

2. Auf die Ausführungen der Vorabentscheidung zur fakultativen Anrufung des Gerichtshofs (EuGH 19.01.2009, Rn. 55; a. A. Steiner, EuZA 09, 143; vgl. BVerfG 28.10.2009 - 2 BvR 2236/09 - Juris Rn. 30, BVerfG 06.12.2006 - 1 BvR 2085/03 - Juris Rn. 36/38) braucht nicht näher eingegangen zu werden. Mit dem Urteil vom 19.01.2009 ist eine Vorabentscheidung zu der Regelungsmaterie des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB ergangen. 20

Anzumerken ist lediglich das Folgende: Bislang hat, wenn eine Frage des Unionsrechts im Ausgangsrechtsstreit erheblich gewesen ist, die ersuchte Vorabentscheidung nicht nur den Grundrechtsschutz der Parteien, sondern auch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sichergestellt. Wenn sich nach der Entscheidung vom 19.01.2010 die nationalen Instanzgerichte ohne Ersuchen um Vorabentscheidung über entgegenstehende nationale Regelungen hinwegsetzen, kann es, was die im Vorlagebeschluss geäußerten Bedenken der Kammer hervorgerufen hat, zu divergierenden Gerichtsentscheidungen zu derselben Norm oder ähnlichen Normen kommen. Die so entstehende Rechtsunsicherheit wird von der EuGH-Rechtsprechung offenbar hingenommen, um der Durchsetzung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten Schwung zu verleihen. Immerhin muss es in der Praxis nun nicht zur Normalität werden, dass die Instanzgerichte, sobald sie auf der durch EU-Richtlinien gelegten Fährte nur die schwache Witterung unionsrechtswidrigen Nationalrechts aufnehmen, dieses gleich mit einer "Durchentscheidung" vergrämen. Vielmehr werden sie Fälle, in denen sich die Unvereinbarkeit nationalen Rechts mit Unionsrecht nicht aufdrängt, gerne durchreichen, damit das Bundesarbeitsgericht mittels eines Vorabentscheidungsersuchens, zu dem die letztinstanzlichen Gerichte gemäß Art. 234 Abs. 3 EG (Art. 267 Abs. 3 AEUV) verpflichtet sind, den Konflikt klärt und so die Einheitlichkeit der Rechtsprechung wahrt (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 31.07.2008 - 10 Sa 295/08 - Juris Rn. 33; BAG 03.04.2007 - 9 AZR 823/06 - Juris Rn. 26 f.). 21

3. Nach der Vorabentscheidung des EuGH (Rn. 51) kann der unionsrechtliche Schutzauftrag es erforderlich machen, dass der nationale Richter eine dem Verbot der Altersdiskriminierung entgegenstehende Gesetzesvorschrift des nationalen Rechts unangewendet lässt. 22

a)Die Nichtanwendung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB beseitigt die inhärente Altersdiskriminierung.

Die Kündigungsfristenregelung ist nicht insgesamt unanwendbar. Vielmehr entfällt die Einschränkung ihres Anwendungsbereichs, die Arbeitnehmer benachteiligt, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres in den Betrieb eingetreten sind. Daher kann für die Kündigungen, die nach dem 02.12.2006 erfolgten, die Altersdiskriminierung nur durch eine "Anpassung nach oben" hergestellt werden (vgl. BAG 15.09.2009 - 3 AZR 797/08 - Juris Rn. 20, Krebber, EuZA 09, 211 f.; W/S/Wendeling-Schröder, AGG, § 7 Rn. 26 f.).

Es bedarf nicht der Aussetzung bis zu einer gesetzlichen Neuregelung. Eine Aussetzung käme in Betracht, wenn durch Nichtanwendung der diskriminierenden Bestimmung eine bestehende Ungleichbehandlung nicht beseitigt oder noch vertieft würde (vgl. BVerfG 30.05.1990 - 1 BvL 2/83 - Juris Rn. 99). So verhält es sich hier nicht. Die Nichtanwendung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB führt zur sachgerechten Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, indem die Verlängerung der Kündigungsfristen allein von der Beschäftigungsdauer abhängt.

b) Dem Unanwendbarkeitsausspruch und der Anwendung prioritären Unionsrechts steht nicht die grundgesetzlich in Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG dem Bundesverfassungsgericht vorbehaltene Normverwerfungskompetenz entgegen.

Für die Entscheidung, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit Unionsrecht unvereinbar ist, verneint das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich seine Zuständigkeit (BVerfG 16.03.2004 - 1 BvR 1778/01 - Juris Rn. 55). Hat insbesondere der EuGH in einer Vorabentscheidung gemäß dem EG-Vertrag über die Auslegung von Unionsrecht entschieden, steht für die Arbeitsgerichte fest, dass die inkriminierte Gesetzesbestimmung dem Unionsrecht widerspricht. Deshalb ist i. c. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im innerstaatlichen Recht nicht mehr anzuwenden, ohne dass es noch der Vorschaltung des Kontrollverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG bedürfte (BVerfG 18.11.2008 - 1 BvL 4/08 - Juris Rn. 12, vgl. BVerfG 11.07.2006 - 1 BvL 4/00 - Juris Rn. 52, ErfK/Wißmann, vor Art. 39 EGV Rn. 32). Der Vorrang des Unionsrechts wird verfassungsrechtlich durch Art. 23 Abs. 1 GG flankiert (zutr. LAG Schleswig-Holstein 28.05.2008 - 3 Sa 31/08 - Juris Rn. 67).

Soweit es um die Anwendung innerstaatlichen Rechts geht, greift unverändert die im Grundgesetz angelegte Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht. Soweit die Gerichte auch Unionsrecht zu beachten haben, ist es dem EuGH überantwortet, Unionsrecht auszulegen und dessen Wirkungsgrad für das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten zu präjudizieren. Dass Gerichte materiellrechtliche Kollisionen nach dem Vorrangprinzip lösen, berührt wegen der damit einhergehenden Veränderung der tradierten Rechtsordnung zwar die Garantie der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 GG) und kann unter diesem Aspekt die verfassungsrechtliche Nachprüfbarkeit gerichtlicher Entscheidungen legitimieren. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Gerichte vorrangiges Unionsrecht zu schützen haben.

IV.Mit der vorrangigen Geltung von Unionsrecht sind für das Rechtsleben Folgen verbunden, die den Betroffenen nur im Rahmen des grundgesetzlichen Fundamentalprinzips der Rechtsstaatlichkeit zugemutet werden können. Aus diesem Grund hat die Kammer in dem Vorlagebeschluss vom 21.11.2007 (Rn. 95-97) die Frage nach der Gewährung von Vertrauensschutz aufgeworfen. Denn Rechtsänderungen, namentlich die Nichtanwendung von Gesetzesvorschriften, berühren das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Rechtsordnung. Somit hat die gerichtliche Anwendung von Unionsrecht zu berücksichtigen, ob Vertrauensschutz zu gewähren ist. Ein "Folgenmanagement mit Augenmaß" (Steiner, EuZA

09, 151) ist überdies geeignet, die Akzeptanz von Rechtsänderungen zu fördern und entspricht den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen.

1. Zu den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit gehören die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass der Grundrechtsberechtigte sich darauf verlassen können muss, dass sein dem jeweils geltenden Recht entsprechendes Verhalten nicht nachträglich als rechtswidrig qualifiziert wird (BVerfG 18.07.2005 - 2 BvR 2236/04 - Juris Rn. 83). Ebenso sind die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung und müssen deshalb nicht nur von den Gemeinschaftsorganen, sondern auch von den Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten beachtet werden (vgl. EuGH 10.09.2009 - C-201/08 Plantanol - Rn. 43 ff., 26.04.2005 - C-376/02 "Goed Wonen" - Rn. 32, Kokott RdA 2006, Beil. Heft 6, 37, Steiner, EuZA 09, 150 ff.). Daher obliegt den Gerichten als Träger öffentlicher Gewalt die Beachtung des Vertrauensgrundsatzes insbesondere dann, wenn ihre rechtsfortbildende Rechtsprechung einer rückwirkenden Gesetzesänderung nahe kommt (vgl. BVerfG 10.06.2009 - 1 BvR 571/07 - Juris Rn. 24).

Allerdings sind nicht nur die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Vielmehr ist dies ebenso die Herstellung der materiellen Gerechtigkeit (vgl. BVerfG 14.01.1987 - 1 BvR 1052/79 - Juris Rn. 64). Was § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB angeht, steht dem durch Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG bestärkten Vertrauen des Arbeitgebers, dass eine gesetzliche Altersschwelle, die verfassungsgerichtlich nicht beanstandet wurde (BVerfG 16.11.1982 - 1 BvL 16/75 - Juris Rn. 68, 88), von den Gerichten angewendet wird, das Recht der benachteiligten Arbeitnehmer auf diskriminierungsfreie Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern gegenüber, die erst nach Vollendung des 25. Lebensjahres in den Betrieb eingetreten sind. Angesichts des Auftrags an den Richter, den unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zur vollen Geltung zu bringen, hat die Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes (Art. 21 EUGC) bei der Abwägung der allseitigen Belange besonderes Gewicht.

2. Der im Vorlagebeschluss nachgefragte Vertrauensschutz ist in den Schlussanträgen des Generalanwalts Bot vom 07.07.2009 (C-555/07, Rn. 55) unter dem Aspekt der Vorlagepflicht beantwortet und verneint worden. Ebenso wenig weist die Vorabentscheidung des EuGH darauf hin, dass Vertrauensschutz gewährt werden könne.

a) Es ist eine kryptologische Herausforderung zu ergründen, was der EuGH meint, wenn er schweigt (vgl. BFH 07.07.2009 - VII R 23/06 - Juris Rn. 32). Die Kammer nimmt an, dass der Gerichtshof seine ex tunc geltende Entscheidung generell nicht durch die Gewährung von Vertrauensschutz verwässert sehen möchte. Denn der Gerichtshof will regelmäßig die Wirkung seiner Entscheidung auch auf Rechtsverhältnisse, die vor dem Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, angewendet wissen, und nimmt für sich das Recht in Anspruch, "nur ausnahmsweise" die Rückwirkung zu begrenzen (EuGH 15.03.2005 - C-209/03 Bidar - Rn. 65 f.; vgl. aber auch die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak 11.09.2008 - C-351/07 - Rn. 68 f., Kokott, a.a.O., S. 37).

Zu einer solchen Eingrenzung hätte vorliegend Anlass bestanden, falls aus unionsrechtlicher Sicht die Rechtslage unklar erschienen wäre und der bisher von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB begünstigte Arbeitgeber deshalb der rückwirkenden Nichtanwendung der Vorschrift hätte entgegenhalten können, bei Ausspruch der Kündigung in gutem Glauben gewesen zu sein, dass die gesetzliche Kündigungsfrist rechtmäßig sei. Der Gerichtshof negiert offensichtlich eine Rechtsunklarheit: Mit Rückblick auf das Urteil vom 22.11.2005 - C-144/04 Mangold - sowie den Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2000/78 einerseits und der von § 622

Abs. 2 Satz 2 BGB erzeugten Diskriminierungswirkung andererseits wird ein berechtigtes Vertrauen der Arbeitgeber in die nationale Gesetzesregelung und die Unvorhersehbarkeit der Rechtsänderung nicht angesprochen.

b) Immerhin mag die Formulierung, dass das nationale Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit erforderlichenfalls jede diesem Verbot entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen habe (EuGH Rn. 55), nicht ausschließen, dass die nationalen Gerichte Vertrauensschutz gewähren dürfen, wenn sie in Wahrnehmung ihrer durch das Rechtsstaatlichkeitsprinzip begrenzten materiellrechtlichen Kompetenzen es (ausnahmsweise) für erforderlich erachten, das in die Anwendung der altersdiskriminierenden Regelung gesetzte Vertrauen für die Vergangenheit zu schützen. Damit könnten bei der gerichtlichen Entscheidung Besonderheiten der innerstaatlichen Rechtslage bis zum Erlass der Vorabentscheidung und Einzelfallumstände Berücksichtigung finden. 35

Vereinzelte Judikate von Arbeitsgerichten oder Landesarbeitsgerichten - die erkennende Kammer eingeschlossen - sind selten dazu angetan, das in die Anwendung einer Gesetzesregelung gesetzte Vertrauen zu erschüttern (vgl. BAG 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 - Juris Rn. 42, LAG Düsseldorf 02.02.2009 - 12 Sa 486/06 - Juris Rn. 143-146; a.A. BAG 24.03.2009 - 9 AZR 983/07 - Juris Rn. 74, dazu Hanau, NZA 2010, 1, 3). Ebenso wenig müssen Stimmen im Schrifttum, wenn sie nicht von Autoren aus der 1. oder allenfalls der 2. Reihe stammen, zu Vertrauensstörungen führen. Was die inkriminierte Gesetzesbestimmung anbelangt, haben freilich prominente und seriöse Vertreter der Rechtswissenschaft (z.B. Löwisch, FS-Schwerdtner [2003], 771, Staudinger/Preis, BGB [2002], § 622 Rn. 8, ders., NZA 2006, 401 [408], Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl., Rn. 435) und aus der Fachgerichtsbarkeit (z.B. ErfK/Müller-Glöge, 4. Aufl., § 622 BGB Rn. 2, ErfK/Wißmann, 10. Aufl., vor Art. 30 EGV Rn. 23 ff., APS/Linck, 3. Aufl., § 622 BGB Rn. 54 b, ders., Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl., S. 1323) frühzeitig die Vereinbarkeit mit Unionsrecht problematisiert (zuletzt dazu: Wendeling-Schröder, NZA 2010, 14 [19]). Zwar könnte, falls das Ergebnis der Unionswidrigkeit nur von der im EuGH-Urteil gegebenen Begründung getragen würde, noch hinterfragt werden, mit welchen Erwägungen zuvor für den diskriminierenden Charakter der Norm argumentiert wurde. Dessen ungeachtet war jedoch damit zu rechnen, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB als exolet verworfen werden würde. 36

Des Weiteren war seit dem EuGH-Urteil vom 22.11.2005 - C-144/04 Mangold -, wenn auch höchst umstritten, damit zu rechnen, dass Gerichte das für altersdiskriminierend erachtete Gesetz mit dem Unanwendbarkeitsausspruch verbinden würden (vgl. Preis, NZA 2006, 408, MüArbR/Wank, 3. Aufl., § 97 Rn. 24, Steiner, NZA 2008, 73, APS/Linck, § 622 BGB Rn. 54 b, Annuß, BB 2006, 325/326). Nicht zuletzt hat die Publikation des Urteils des LAG Berlin-Brandenburg vom 24.07.2007 - 7 Sa 561/07 - [zu einer Kündigung vor Ablauf der Umsetzungsfrist] und nachfolgender instanzgerichtlicher Urteile dazu beigetragen, § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB als weiterhin anwendbares Recht zu destabilisieren. 37

c) Die Gewährung von Vertrauensschutz setzt außerdem voraus, dass der mit der Rechtsänderung verbundene Eingriff in erworbene und definierte Rechtspositionen einschneidend ist und die Bestandsinteressen der Betroffenen die Gründe für die rechtsfortbildende "rückwirkende" Rechtsänderung überwiegen. 38

d) Der Abwägungsprozess hat zum Ausgangspunkt zu nehmen, dass der Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78 nach dem 02.12.2006 zu einer Rechtsänderung im Sinne der Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB geführt hat. Unter diesem Aspekt liegt, weil das EuGH-Urteil vom 19.01.2010 die Rechtslage lediglich klargestellt hat, eine "unechte Rückwirkung" vor. Gleichwohl hat die unionsrechtlich bewirkte Rechtsänderung 39

nicht schon jede Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die bestehende Gesetzeslage beseitigt, da die Betroffenen vielfach auf den Bestand der durch die veröffentlichten Gesetze geprägten Rechtslage vertraut und hierauf ihr Verhalten in der Vergangenheit ausgerichtet haben (vgl. BVerfG 10.06.2009 - 1 BvR 571/07 - Juris Rn. 24). Damit bedarf es aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit eines Ausgleichs zwischen Anpassung des Rechts an die unionsrechtliche Fortentwicklung einerseits und Vertrauensschutz andererseits. Nach Dafürhalten der Kammer besteht dieser Ausgleich darin, dass der Vertrauensschutz nicht überwiegt, wenn zwischen den Beteiligten ein noch offener Streit über die Kündigung schwebt und die "rückwirkende" Verlängerung der Kündigungsfrist keine unzumutbare Härte für den Arbeitgeber bedeuten oder dessen Existenz gefährden würde (BAG 29.11.2007 - 2 AZR 763/06 - Juris Rn. 36; vgl. BFH (GS) 17.12.2007 - GrS 2/04 - Juris Rn. 94 ff.). Hingegen überwiegen Vertrauensschutzgründe, wenn das Gericht über einen Sachverhalt entscheiden soll, der, weil die Kündigung mit zu kurzer Frist hingenommen wurde, vor Veröffentlichung des EuGH-Urteils vom 19.01.2010 bereits abgeschlossen war. Der zivilrechtliche Schutz kann hier über die Generalklausel des § 242 BGB und das Institut der "Verwirkung" gegeben werden (vgl. LAG Hamm 23.05.2005 - 16 Sa 2470/04 - Juris Rn. 33 f., a.A. LAG Mecklenburg-Vorpommern 19.08.2009 - 2 Sa 132/09 - Juris Rn. 21).

4. Danach ist richterliche Rechtsentwicklung, mit der der Vorrang von Unionsrecht ausgeurteilt wird, nicht als ultra-vires-Akt zu beanstanden. Letztendlich kann, wer durch eine Gerichtsentscheidung seine grundgesetzlichen Rechtsstaatsgarantien verletzt sieht, mittels der Verfassungsbeschwerde (BVerfG 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 - Rn. 241, vgl. Steiner, EuZA 09, 147, Kammer 21.11.2007, Rn. 94) oder ggf. der Nichtzulassungsbeschwerde (BVerfG 27.02.2009 - 1 BvR 3505/08 - Juris Rn. 8) um eine Überprüfung nachsuchen. 40

V.1. Der vorliegende Fall ist das Ausgangsverfahren für die Vorabentscheidung vom 19.01.2010. Schon deshalb scheidet grundsätzlich die Gewährung von Vertrauensschutz aus. Ist die Klägerin im Recht, hätte ihr durch Klagestattgabe auch Recht gegeben werden müssen. 41

Außerdem war der Beklagten, die von Anfang an fachanwaltlich beraten und vertreten war, die Problematik des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB bei Kündigungsausspruch geläufig gewesen: Deswegen sprach sie die Kündigung nicht nur zum 31.01.2007, sondern hilfsweise auch "zum nächstzulässigen Termin" aus. Schließlich sind die aus der längeren Kündigungsfrist resultierenden Verpflichtungen, insbesondere die Nachzahlung der Arbeitsvergütung für drei Monate (der Monatslohn der in Teilzeit beschäftigten Klägerin belief sich zuletzt auf € 704,00 brutto) für die Beklagte angesichts der Größe und wirtschaftlichen Leistungskraft des Unternehmens ohne weiteres tragbar. Die Beklagte hat in der Verhandlung eingeräumt, dass die Folgen aus der Feststellung, dass die Kündigungsfrist nicht einen Monat, sondern vier Monate beträgt, nicht existenzbedrohend oder auch nur erheblich sind. 42

Da die Klägerin den in der Kündigung vom 19.12.2006 angegebenen Kündigungs-termin "31.01.2007" zeitnah gerügt hat, ist ihr Verlangen nach Einhaltung der längeren Kündigungsfrist nicht verwirkt. Die Beklagte musste nach der erhobenen Kündigungsschutzklage damit rechnen, dass die Klägerin zu den Gründen, mit denen sie in der Klageschrift die Kündigung als rechtsunwirksam beanstandet hat, auch die Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB geltend machen würde. Dies ist seitens der Klägerin nach ihrer nicht weiter bestrittenen Behauptung im Rahmen von Abwicklungsvertragsverhandlungen schon vor Klageerhebung und während des erstinstanzlichen Verfahrens in der Güteverhandlung am 09.02.2007 und - unstrittig - im Schriftsatz vom 27.03.2007 geschehen. 43

2. Die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung ist regelmäßig als Kündigung zum "richtigen" Kündigungstermin auszulegen (BAG 06.07.2006 - 2 AZR 215/05 - Juris Rn. 15). Dieser Auslegungsmaxime entspricht die in dem rechtskräftigen Teilurteil der Kammer vom 21.11.2007 festgestellte Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien (spätestens) zum 30.04.2007. 44

Die Rechtsfolge, dass die ordentliche Kündigung zum Ablauf der verlängerten Kündigungsfrist wirkt, entspricht der europarechtlichen Vorgabe, dass zur Sicherung der vollen Wirksamkeit des Verbots der Altersdiskriminierung die Bestimmung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht anzuwenden ist. Die Gegenauffassung, dass die Kündigung nicht gemäß § 140 BGB umgedeutet werden könne und daher unwirksam sei (Temming, NZA 2007, 1199 f., ders., Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, Seite 527 ff.), überzieht das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion und bewirkt eine gleichheitswidrige Besserstellung des mit zu kurzer Frist und daher unwirksam gekündigten "jüngeren" Arbeitnehmers gegenüber dem von vornherein mit der richtigen Frist gekündigten "älteren" Arbeitnehmer. Wenn sich - wie hier - der Arbeitgeber lediglich an der gesetzlichen Fristenregelung orientiert und ansonsten kein auf Altersdiskriminierung gerichtetes Eigenverhalten zutage treten lässt, kann auch nicht der Strafcharakter des Antidiskriminierungsrechts als Argument für die Nichtigkeit der Kündigung herhalten. 45

C. Die Kosten des Rechtsstreits sind gemäß § 91 a Abs. 1 (§ 92 Abs. 1 Satz 1) ZPO zu verteilen. Die Klägerin ist mit dem eigentlichen Klageziel, festzustellen, dass die Kündigung vom 19.12.2006 unwirksam sei und das Arbeitsverhältnis fortbestehe, gescheitert und hätte "nur" hinsichtlich der um drei Monate längeren Kündigungsfrist obsiegt. Damit liegt ein überwiegendes Unterliegen der Klägerin vor. Dies hat die Kammer in der vorgenommenen Kostenverteilung berücksichtigt. 46

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 2 ZPO ist nicht veranlasst. Zwar sind in dem Rechtsstreit Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung und der materiellen Fortbildung des Rechts zu klären gewesen. Die Kostenentscheidung der Kammer würde jedoch nur der summarischen rechtlichen Nachprüfung unterliegen und aufgrund dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabes dem Bundesarbeitsgericht keinen Grund geben, die Rechtsfragen abzuhandeln (BGH 17.03.2004 - IV ZB 21/02 - Juris Rn. 8, 12). 47

Dr. Plüm Bollweg Beumann 48