

## Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksche 17/775)

b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

### Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

|  |    |
|--|----|
| A. Mitteilung .....  | 1  |
| B. Liste der eingeladenen Sachverständigen .....                   | 3  |
| C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger |    |
| Deutscher Gewerkschaftsbund .....                                  | 4  |
| Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände .....          | 6  |
| Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V. ....                | 8  |
| Handelsverband Deutschland – HDE e. V. Der Einzelhandel.....       | 10 |
| Deutscher Anwaltsverein e. V. ....                                 | 12 |
| Hugo-Sinzheimer-Institut.....                                      | 14 |
| Prof. Dr. Gregor Thüsing .....                                     | 16 |
| Prof. Dr. Marita Körner .....                                      | 20 |

**Deutscher Bundestag**  
**17. Wahlperiode**  
Ausschuss für Arbeit und Soziales  
(11. Ausschuss)

**4. April 2011**  
Sekretariat des Ausschusses: ☎32487  
Fax: 36030  
Sitzungssaal: ☎33308  
Fax: 36332

## Mitteilung

### Tagesordnung

**62. Sitzung des  
Ausschusses für Arbeit und Soziales  
am Montag, dem 11. April 2011, 14:00 bis 15:30 Uhr  
10557 Berlin, Paul-Löbe-Haus, Sitzungssaal 4.900**

Vorsitz: Abg. Katja Kipping (MdB)

#### Tagesordnungspunkt 1

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*

a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-  
Urteils (C-555/07) - Erweiterung des  
Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen**

(BT-Drucksache 17/775)

b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag,  
Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer  
Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE  
GRÜNEN

**Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des  
Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB)  
- Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der  
Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen**

(BT-Drucksache 17/657)

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)*  
*Rechtsausschuss*  
*Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*  
*Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)*  
*Rechtsausschuss*  
*Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*  
*Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*

**Katja Kipping**  
Vorsitzende

Anlage Sachverständigenliste

Sachverständigenliste

Deutscher Gewerkschaftsbund

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V.

Handelsverband Deutschland - HDE e. V. Der Einzelhandel

Deutscher Anwaltverein e. V.

Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit

Hugo Sinzheimer Institut

Prof. Dr. Gregor Thüsing

Prof. Dr. Marita Körner

Dr. Axel Görg

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)489**

7. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

**a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD**

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksache 17/775)

**b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

**Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)**

Mit den vorgelegten Gesetzesentwürfen reagieren die Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19.01.2010 (C-555/07) in der Rechtssache Küçükdeveci, in der der EuGH auf Vorlage des LAG Düsseldorf festgestellt hat, dass die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nach der Richtlinie 2000/78/EG verstößt, und deshalb vom nationalen Gericht nicht angewendet werden darf. In der Folge ist das BAG diesem Urteil gefolgt.

Beide Fraktionen schlagen die Streichung von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB vor.

**Bewertung:**

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften unterstützen die Gesetzesentwürfe nachdrücklich. Bereits in seiner Stellungnahme zum AGG hat der DGB deutlich gemacht, dass zur Umsetzung der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie nicht allein die Schaffung eines neuen Gesetzes ausreichend ist, sondern dass zusätzlich ein Normenbereinigungsverfahren durchgeführt werden müsste. In diesem Zusammenhang wurde auf die Europarechtswidrigkeit und Unvereinbarkeit mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB hingewiesen.

Obwohl in der Folge der Umsetzung der Richtlinien durch das AGG in der juristischen Wissenschaft weit überwiegend diese Auffassung ebenfalls vertreten

wurde, blieb der Gesetzgeber untätig. Und obwohl wegen der Entscheidung zur Nichtanwendbarkeit die Rechtsfolge durch die Streichung keine andere wird – kein Richter wird § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB in Zukunft anwenden und auch bei den Arbeitgebern dürfte sich herumgesprochen haben, dass die Kündigungsfristen zukünftig ohne diese Norm zu berechnen sind – dient es durchaus der Rechtsklarheit, eine Norm, die nicht angewendet werden darf, auch aus dem Gesetz zu streichen.

Überlegungen, den § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB „europarechtskonform anzupassen“ und beispielsweise eine Verlängerung der Kündigungsfristen generell erst ab Erreichen des 25. Lebensjahres vorzusehen, scheint nach unserer Auffassung nicht europarechtskonform. Denn ob die Verlängerung der Kündigungsfrist generell erst ab dem 25. Lebensjahr beginnt oder ob Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr unberücksichtigt bleiben bei der Berechnung der Kündigungsfrist, wirkt sich im Ergebnis weitgehend gleich aus. Es bliebe bei den gleichen Wertungswidersprüchen. Der 25-Jährige, der seit acht Jahren arbeitet, hat eine Kündigungsfrist von vier Wochen. Der 30-Jährige, der acht Jahre gearbeitet hat, hat eine Kündigungsfrist von drei Monaten.

Für eine solche Differenzierung kann keine Rechtfertigung der Gründe, die der EuGH als möglich aufgestellt hat, greifen. Weder sind die Arbeitsmarktchancen des 25-Jährigen besser als die des 30-Jährigen, noch dürften 25-Jährige signifikant weniger schutz-

würdig sein, als 30-Jährige. Ebenso wenig kommt ein schützenwertes Interesse der Arbeitgeber nach Flexibilisierung durch altersdifferenzierte Kündigungsfristen in Betracht. Dies scheidet schon deshalb aus, weil Beschäftigte unter 25 Jahren sowieso kaum noch unbefristet eingestellt werden – trotz der bisher bestehenden Rechtslage. Der einzig sinnvolle Ansatz für die Differenzierung von Kündigungsfristen ist deshalb die Betriebszugehörigkeit, weil sie Auswirkungen auf die persönliche und berufliche Bindung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hat, die den Übergang in ein neues Arbeitsverhältnis erschweren, und die deshalb längere Kündigungsfristen notwendig machen.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)485**

6. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

## a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksche 17/775)

## b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

**Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)**

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 19. Januar 2010 (C-555/07, Rs. Küçükdeveci) zur Berechnung von Kündigungsfristen nach deutschem Recht Stellung genommen. Er hat entschieden, dass eine Regelung, nach der vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden, gegen das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstoßen, das durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 konkretisiert wird.

**1. § 622 Abs. 2 BGB einstellungsfördernd gestalten**

Die Fraktion der SPD und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN schlagen in ihren Gesetzesentwürfen von Anfang letzten Jahres (DS 17/775 vom 23.2.2010 und DS 17/657 vom 9.2.2010) die Streichung von § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB vor. Dabei handelt es sich um einen pauschalen, nicht weiterführenden Vorschlag, der allein das Urteil des EuGH wiedergibt. Er ist kein Betrag, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und bedenkt nicht die Konsequenzen für den deutschen Arbeitsmarkt.

Zudem negieren die Entwürfe die Tatsache, dass der Rechtsprechung des EuGH auch auf andere Weise Rechnung getragen werden kann.

Eine komplette Streichung von § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB würde zu einer Einbeziehung der gesamten Beschäftigungszeit des Arbeitnehmers bei der Be-

rechnung der Kündigungsfrist und damit zu einer generellen Verlängerung von Kündigungsfristen führen. Dies würde insbesondere Branchen treffen, in denen die Beschäftigten - wie bspw. in der Bauwirtschaft - sehr jung in das Arbeitsleben einsteigen.

Mit einer Gesetzesänderung im Nachgang zur Entscheidung des EuGH darf nicht die vom Gericht selbst eingeräumte Chance vergeben werden, § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB einstellungsfördernd auszugestalten. Der EuGH hält einstellungsfördernde Maßnahmen für zulässig. Diskriminierend wirke sich allein aus, dass es nicht zu einer "Nachholung" der Anrechnung komme, wenn das Beschäftigungsverhältnis einen deutlich längeren Zeitraum über das 25. Lebensjahr hinaus andauere.

**a) Beschäftigungsdauer statt Lebensalter als Maßstab wählen**

Der deutsche Gesetzgeber sollte die Regelung in § 622 Absatz 2 BGB so anpassen, dass - ohne auf das Lebensalter abzustellen - die ersten zwei Jahre des Bestehens eines Beschäftigungsverhältnisses bei der Berechnung der Kündigungsfristen unberücksichtigt bleiben. Eine solche Regelung stellt auf die Beschäftigungsdauer und nicht auf das Alter ab und ist daher von europäischem Recht gedeckt. Eine Bevorzugung von Beschäftigten mit steigender Beschäftigungsdauer hat der EuGH bereits in seiner Entscheidung vom 3. Oktober 2006 (C-17/05, Rs. Cadman) als zulässig angesehen. Durch eine solche Regelung würde der deutsche Gesetzgeber die Chance nutzen,

die Vorschrift arbeitsmarktgerecht weiterzuentwickeln.

Für eine praktisch handhabbare Umsetzung bietet sich an, die für die Dauer der Kündigungsfrist maßgeblichen Beschäftigungszeiten in § 622 Abs. 2 BGB um jeweils zwei Jahre zu erhöhen. Damit würde keine Veränderung der kündigungsrechtlichen Position der Arbeitnehmer eintreten, da deren Kündigungsschutz nach wie vor nach sechs Monaten eintreten und während der verbleibenden Zeit dieser ersten zwei Jahre vollständig erhalten bliebe. Es würden vielmehr Arbeitnehmer aller Altersstufen gleichermaßen davon profitieren, dass die Einstellungsbedingungen für Arbeitgeber attraktiver gestaltet würden. Dadurch könnte ein wesentlicher Beitrag zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit geleistet werden.

#### **b) Ausbildungs- und Übernahmbereitschaft erhalten**

Um die Ausbildungs- und Übernahmbereitschaft der Ausbildungsbetriebe zu stärken, sollte im Rahmen einer Neuregelung des § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB darüber hinaus klargestellt werden, dass Ausbildungszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfristen generell unberücksichtigt bleiben.

Dass Ausbildungszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfristen unberücksichtigt bleiben, ließe sich dadurch gewährleisten, dass im Kündigungsschutzgesetz und im Teilzeit- und Befristungsgesetz Ausbildungsverhältnisse ausdrücklich ausgenommen werden. Das BAG hat bereits im Jahr 1999 (Urt. v. 2. Dezember 1999 - 2 AZR 139/99) darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber bisher dazu keine Klarstellung vorgenommen hat.

Eine solche Regelung in einem neuen § 622 BGB ist aus arbeitsmarktpolitischer Sicht sinnvoll und notwendig. Die Vorschrift ist ursprünglich eingeführt worden, um jüngeren Arbeitnehmern den Einstieg ins Berufsleben zu erleichtern, denn jüngeren Beschäftigten fällt es regelmäßig leichter und es gelingt ihnen schneller, auf den Verlust des Arbeitsplatzes zu reagieren, so dass ihnen eine größere Flexibilität zugemutet werden kann. Das Ziel ist erreicht worden. Ergebnis ist noch heute eine geringe Jugendarbeitslosigkeit. Ohne eine entsprechende Regelung,

dass Berufsausbildungszeiten bei der Berechnung von Kündigungsfristen unberücksichtigt bleiben, wird gerade jüngeren Arbeitnehmern der Einstieg in das Berufsleben erschwert.

#### **2. Verfassungsrechtliche Bedeutung der Entscheidung**

Der EuGH führt seine in der so genannten Mangold-Entscheidung vom 22. November 2005 getroffene Bewertung fort, nach der es außerhalb des EU-Vertrags sonstige gleichsam primärrechtliche Grundsätze geben kann, denen ein unmittelbarer Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht zukommt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Honeywellentscheidung vom 6. Juli 2010 (2 BvR 2661/06) den Anwendungsvorrang von Judikaten des Europäischen Gerichtshofs bestätigt. Diese Rechtsprechung ist geeignet, wie sich in der Rechtsache Küçükdeveci zeigt, zu erheblicher, mit Rechtsstaatsgeboten nur schwer in Einklang zu bringender Rechtsunsicherheit zu führen. Das Vertrauen in die Gesetzgebung wird unterlaufen, wenn – was bereits geschieht – Gerichte dazu übergehen, formale Parlamentsgesetze nicht anzuwenden, weil der entscheidende Spruchkörper Zweifel an der Übereinstimmung mit europäischem Recht hat.

Um Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Umgang mit europäischem Recht wieder herzustellen, sollte das Verhältnis zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den nationalen Gerichten im Fünften Teil des Lissabon-Vertrages neu justiert werden: Die Vorlageberechtigung - wie schon heute die Vorlagepflicht - wird auf die obersten Gerichte der jeweiligen Mitgliedstaaten (also in Deutschland die fünf obersten Bundesgerichte) beschränkt. Schließlich sollten Urteile des Europäischen Gerichtshofs grundsätzlich ab einem bestimmten Stichtag gelten. Innerhalb dieser Zeit ist der Mitgliedsstaat aufgerufen, die vom Europäischen Gerichtshof verworfene Norm anzupassen.

Vertrauensschutz ist generell Ausdruck des Rechtsstaatsgebots. Die nationale Rechtsprechung und Gesetzgebung müssen darüber hinaus klarstellen, dass der Rechtsanwender auf geltende Gesetze vertrauen darf und diese anwenden kann, ohne dass ihm später Nachteile daraus gereichen.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)484**

6. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

**a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD**

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksche 17/775)

**b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

**Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V.**

Nachdem der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 19. Januar 2010 - C 555/07 - in der Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung von Kündigungsfristen eine unzulässige Altersdiskriminierung gesehen hat und nachdem die Arbeitsgerichte zunehmend dazu übergehen, die gesetzliche Bestimmung des Satzes 2 in § 622 Abs. 2 BGB („Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt.“) nicht mehr anzuwenden, erscheint ein Handeln des Gesetzgebers geboten. Die vorliegenden Gesetzentwürfe der Fraktionen der SPD sowie von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN finden aber nur insoweit unsere Zustimmung, als zu deren Begründung ausgeführt wird, Gründe der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit würden eine gesetzliche Neuregelung gebieten. Für nicht zutreffend halten wir dagegen die Behauptung, die durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung entstehenden Belastungen seien gering.

Durch den vorgeschlagenen Weg einer ersatzlosen Streichung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB würden die Betriebe unverhältnismäßig belastet. Stattdessen fordern wir eine einstellungs- und ausbildungsfördernde Ausgestaltung der Kündigungsfristen.

Im Einzelnen lehnen wir die vorliegenden Gesetzentwürfe aus den nachfolgenden Gründen ab:

**1. Notwendige Flexibilität der Betriebe**

Die langen Kündigungsfristen und die Entscheidung des EuGH wirken sich gerade im Baugewerbe in besonders gravierender Weise zu Lasten der Betriebe aus, weil in diesem Wirtschaftszweig nicht auf Vorrat produziert werden kann und weil die Auftragsreichweiten in der Regel extrem kurz sind; sie liegen in vielen Fällen allenfalls bei etwas 6 bis 8 Wochen. Je nach Dauer der Betriebszugehörigkeit verlängern sich die Kündigungsfristen aber - unter Umständen auch bei zwischenzeitlicher Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses - schon nach der heutigen Ausgestaltung des § 622 BGB auf bis zu 7 Monate.

Das Baugewerbe fordert daher schon seit langem eine Verkürzung der gesetzlichen Kündigungsfristen, weil aufgrund dieser Diskrepanz zwischen den kurzen Auftragsreichweiten einerseits und den langen Kündigungsfristen andererseits betriebsbedingt notwendige Kündigungen arbeitsrechtlich erschwert werden und betriebswirtschaftlich zu erheblichen Kostenbelastungen der Betriebe führen. Durch eine generelle Verlängerung der Kündigungsfristen, wie sie in den vorliegenden Gesetzentwürfen vorgesehen ist, würden die schon heute bestehenden betrieblichen Probleme weiter verschärft und die betrieblichen Kosten bei Wegfall des Arbeitsplatzes und fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit weiter erhöht.

**2. Einstellungshemmnis Kündigungsschutz**

Der gesetzliche Kündigungsschutz und die gesetzlichen Kündigungsfristen stellen schon heute das

größte Einstellungshemmnis dar. Der Gesetzgeber ist daher gefordert, die gesetzlichen Kündigungsfristen einstellungsfördernd auszugestalten. Diesem Erfordernis werden die vorliegenden Gesetzentwürfe, die sich auf eine pauschale Streichung des Satzes 2 in § 622 Abs. 2 BGB beschränken, nicht gerecht. Vielmehr sollte die Entscheidung des EuGH vom 19. Januar 2010 zum Anlass genommen werden, die gesetzlichen Kündigungsfristen generell neu zu regeln. Die Entscheidungsgründe des EuGH gebieten es dagegen keineswegs, die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB lediglich pauschal aufzuheben.

### **3. Einstellungsfördernde Ausgestaltung des § 622 BGB**

Wir teilen die Auffassung, dass sich das Prinzip bewährt hat, die Dauer der Kündigungsfrist an die Dauer der Betriebszugehörigkeit zu koppeln. Es erscheint aber notwendig und rechtlich auch zulässig, dabei - ohne in irgendeiner Weise auf das Lebensalter abzustellen - die ersten beiden Jahre eines bestehenden Arbeitsverhältnisses unberücksichtigt zu lassen. Dadurch würden die Einstellungsbedingungen für die Arbeitgeber attraktiver und die Einstellungsbereitschaft der Arbeitgeber erhöht. Das erscheint arbeitsmarktpolitisch geboten und zielführend und würde einen wesentlichen Beitrag zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit darstellen.

### **4. Nichtberücksichtigung von Ausbildungszeiten**

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist für die Berechnung der verlängerten Kündigungsfristen auch die Ausbildungszeit, an die sich ein Arbeitsverhältnis nach Abschluss der Ausbildung bei Übernahme eines Auszubildenden unmittelbar anschließt, zu berücksichtigen. Das gilt allerdings bisher nur, soweit die Ausbildungszeit nach der Vollendung des 25. Lebensjahres des Auszubildenden liegt. Das hatte bis zu der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19. Januar 2010 dann keine praktische Bedeutung, wenn das Ausbil-

dungsverhältnis vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Auszubildenden beendet wird. Das wiederum ist im Baugewerbe in aller Regel der Fall.

Würden Ausbildungszeiten zukünftig generell bei einer Übernahme der Auszubildenden zu einer weiteren Verlängerung der Kündigungsfristen führen, würde sowohl die Ausbildungsbereitschaft als auch die Übernahmebereitschaft der Betriebe erheblich eingeschränkt. Das kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein; es wäre arbeitsmarktpolitisch geradezu kontraproduktiv.

Die Ausbildungsbereitschaft ist in dem mittelständisch geprägten Baugewerbe traditionell sehr hoch. Dabei bilden einerseits viele Betriebe auch über den eigenen Bedarf hinaus aus. Andererseits versuchen aber die meisten Baubetriebe, ihren eigenen Fachkräftenachwuchs durch eine qualifizierte Berufsausbildung im eigenen Betrieb und durch eine Übernahme der Auszubildenden nach erfolgreichem Bestehen der Gesellenprüfung zu rekrutieren. Dadurch wird den jüngeren Arbeitnehmern der Einstieg in das Berufsleben erleichtert.

Diese bisher erfolgreichen Bemühungen in der Bauwirtschaft, dem sich abzeichnenden Fachkräftemangel durch eine ausreichende Anzahl von Ausbildungsplätzen und die Übernahme der Auszubildenden nach erfolgreicher Berufsausbildung zu begegnen, dürfen nicht durch die Schaffung neuer Einstellungshemmnisse konterkariert werden. Das wäre aber bei einer generellen Berücksichtigung der Ausbildungszeiten im Rahmen der Berechnung der Kündigungsfristen der Fall, weil sich auch hierdurch im Einzelfall die Kündigungsfristen um bis zu 4 Monate verlängern können.

Es erscheint daher geboten, durch den Gesetzgeber klarzustellen, dass Ausbildungszeiten bei der Berechnung der Kündigungsfristen unberücksichtigt bleiben.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)486neu**

6. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

**a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD**

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksche 17/775)

**b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

**Handelsverband Deutschland (HDE)****A. Grundsätzliche Anmerkungen**

Die Ausführungen des EuGH in seiner Entscheidung vom 19. Januar 2010 (C-555/07, Rs. Küçükdeveci) haben zwar geklärt, dass § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB keine Anwendung mehr finden kann und somit Beschäftigungszeiten, die vor dem 25. Lebensjahr eines Beschäftigten liegen, bei der Berechnung der Kündigungsfristen berücksichtigt werden müssen.

Mit der Streichung des § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB, wie es beide Gesetzesvorschläge aber fordern, ist es alleine aber nicht getan. In diesem Zusammenhang sollte vielmehr die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers auch bei einer Neujustierung des § 622 BGB Berücksichtigung finden. Die ursprüngliche Regelung sollte den Arbeitgebern die Möglichkeit eröffnen, sich bei Beschäftigungsverhältnissen mit jüngeren Mitarbeitern schneller von diesen zu trennen als von älteren Mitarbeitern. Dies aus arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitischen Gründen deshalb, weil es auch nach wie vor noch so ist, dass man in jüngeren Jahren schneller wieder ein neues Beschäftigungsverhältnis findet und andererseits den Arbeitgebern hier unabhängig von der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes bei den Kündigungsfristen eine gewisse Flexibilität einzuräumen ist. An dieser Grundausrichtung hat sich jedoch bis heute nichts geändert.

Im Ergebnis hätte eine völlige Streichung des § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB nur zur Folge, dass die gesamten Beschäftigungszeiten bei der Berechnung etwai-

ger Kündigungsfristen zu berücksichtigen wären und sich damit im Ergebnis die Kündigungsfristen für einen nicht unerheblichen Teil der Mitarbeiter erheblich verlängern würden.

Man kann also konstatieren, dass eine völlige Streichung des § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB eine Verschiebung zulasten der Arbeitgeber in einem im Arbeitsrecht überaus wichtigen Punkt, nämlich im Bereich des Kündigungsrechts, darstellen würde. Die Politik ist hier aber gefordert, sich bei dieser Thematik deshalb ebenso zu positionieren, wie gegenüber den Vorstellungen zu einem einheitlichen Arbeitsvertragsgesetzbuch. Auch hier bestand in der Politik Einigkeit darüber, dass grundlegende Änderungen des Arbeitsrechts nur im Konsens der Sozialpartner geschehen können. Die Politik wäre deshalb hier gut beraten, eine Lösung zu finden, die wieder ein ausgewogenes Verhältnis bei den Kündigungsfristen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen herstellt.

**B. Vorschläge des HDE zur Neuregelung des § 622 BGB**

Um das oben beschriebene ausgewogene Verhältnis zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen im Bereich der Kündigungsfristen wieder herzustellen, hat der HDE einen eigenen Lösungsansatz entwickelt. Dieser besteht aus zwei Komponenten. Zum einen in der nur teilweisen Neuregelung der Staffelterung des § 622 Absatz 2 Satz 1 BGB sowie darüber hinaus in dem Vorschlag, eine zusätzliche klare

Regelung für die Berücksichtigung von Ausbildungszeiten im § 622 BGB zukünftig mit aufzunehmen. Hierzu im Einzelnen:

### **1. Streichung des § 622 Absatz 2 Satz 1 Ziffer 1 BGB**

Eine Neuregelung könnte dergestalt aussehen, dass man § 622 Absatz 2 Satz 1 Ziffer 1 BGB gänzlich streicht und die Staffelregelung des § 622 Absatz 2 BGB erst mit der Ziffer 2, die dann Ziffer 1 werden würde, beginnen lässt. Dies hätte dann zur Konsequenz, dass eine verlängerte Kündigungsfrist, die zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats beträgt, erst bei einem Beschäftigungsverhältnis bestehen würde, welches bereits fünf Jahre bestanden hat.

Ein Gleichgewicht im Sinne einer ausgewogenen Regelung wäre dann wieder hergestellt.

Einerseits hätte die Arbeitgeberseite bei Beschäftigungsverhältnissen in den ersten Jahren - und dies sind in der Regel auch Erstbeschäftigungsverhältnisse - weiterhin ein gewisses Flexibilitätspotential durch eine relativ kurze Kündigungsfrist. Auf der anderen Seite würden die Arbeitnehmerinteressen berücksichtigt, da die Staffelregelung der noch bestehenden Ziffern 2 bis 7 des § 622 Absatz 2 Satz 1 BGB dann voll eingreifen und insoweit auch Beschäftigungszeiten, die vor dem 25. Lebensjahr liegen, Berücksichtigung finden. Dies würde zwar, sollten diese Ziffern auch weiterhin zur Anwendung kommen, dann in der Tat eine Belastung der Arbeitgeberseite darstellen, aber durch die o. b. Einräu-

mung eines Flexibilisierungspotentials gewissermaßen kompensiert werden.

### **2. Klare Regelungen für die Berücksichtigung von Ausbildungszeiten**

Der Vorschlag des HDE beinhaltet darüber hinaus, in § 622 BGB eine Regelung aufzunehmen, die ausdrücklich vorsieht, dass Ausbildungszeiten keine Beschäftigungszeiten im Sinne der Regelung des § 622 BGB sind und bei der Berechnung der jeweiligen Kündigungsfristen keine Berücksichtigung finden. Dies hat einen sehr offensichtlichen und einleuchtenden Grund. Unternehmen, die nicht selber oder nur verhältnismäßig wenig ausbilden und sich auf dem Arbeitsmarkt nur gut ausgebildeter Arbeitnehmer bedienen, hätten erhebliche Vorteile gegenüber Unternehmen, die viel in die Ausbildung investieren und ihre ehemals Auszubildenden dann in ein Beschäftigungsverhältnis übernehmen, mit der Konsequenz, dann bereits erheblich längeren Kündigungsfristen ausgesetzt zu sein. In diesem Fall darf es nicht so sein, dass die diejenigen Betriebe, die vermehrt und intensiv ausbilden, benachteiligt werden und gewissermaßen im Gegenzug diejenigen Unternehmen, die wenig oder gar nicht ausbilden, Vorteile hätten.

Denkbar wäre hier also eine Regelung, die mit einem Satz in den § 622 BGB ein-gefügt werden könnte und konkret vorsieht, dass „Ausbildungszeiten nicht als Beschäftigungszeiten im Sinne des § 622 BG anzusehen sind“.

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 17(11)490

8. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

## a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksache 17/775)

## b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

**Deutscher Anwaltverein e. V.**

1. Der DAV begrüßt ausdrücklich, dass nach mehr als einem Jahr seit Verkündung der „Kücükdeveci“-Entscheidung des EuGH vom 19. Januar 2010<sup>1</sup> eine parlamentarische Initiative zur Umsetzung dieses Urteils unternommen wird. Der Gesetzgeber wäre im Übrigen gut beraten, auch andere Gesetzesänderungen, die auf Judikate des EuGH zurück gehen, vorzunehmen. Dies gilt insbesondere für die notwendige Anpassung der §§ 17, 18 KSchG. Denn obgleich der EuGH bereits mit Urteil vom 27.1.2005 („Junk“) klar gestellt hatte, dass maßgeblicher Zeitpunkt nicht die „Entlassung“, sondern die „Kündigung“ sei, blieb der Gesetzestext seitdem unverändert und damit zumindest missverständlich.

Nach dem EuGH-Urteil vom 19. Januar 2010 kann § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden, keinen Bestand haben, weil es sich dabei um eine mit dem Recht der Europäischen Union unvereinbare Diskriminierung wegen des Alters handelt.

Das Bundesarbeitsgericht hat die notwendige Schlussfolgerung mit Urteil vom 9.9.2010<sup>2</sup> bereits gezogen. Es ist daher nur konsequent

und im Interesse der *Rechtsklarheit und -sicherheit* dringend geboten, die Bestimmung den Erfordernissen des EuGH-Urteils anzupassen.

2.a) Der deutsche Gesetzgeber hat aufgrund dieses Urteils allerdings *mehrere Handlungsoptionen*. Er kann zum einen § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB *ersatzlos streichen*, wie dies die beiden vorliegenden Gesetzentwürfe (Bundestagdrucksachen 17/657 und 17/775) vorschlagen. Er könnte allerdings auch bei gleichzeitiger Streichung des jetzigen § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB in die Staffelung der Kündigungsfristen eine Alterskomponente aufnehmen.

b) An der europarechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Differenzierung besteht kein Zweifel<sup>3</sup>. Hieran hat auch das Kücükdeveci-Urteil nichts geändert; denn die jetzige Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB ist nicht als europarechtswidrig verworfen worden, weil sie an das Alter anknüpft, sondern weil der im Verfahren von den

Beteiligten vorgetragene Regelungszweck im Hinblick darauf verfehlt wird, dass die Regelung für alle Arbeitnehmer gilt, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres in den Betrieb eingetreten sind, und zwar *unabhängig da-*

<sup>1</sup> Rs.C-555/07.

<sup>2</sup> AZR 714/08, NZA 2011, 343.

<sup>3</sup> So für die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG ausdrücklich BAG vom 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457, 459. Seite 4 von 4

von, wie alt sie im Zeitpunkt ihrer Entlassung sind und welche Dauer der Betriebszugehörigkeit sie zu diesem Zeitpunkt aufzuweisen haben<sup>4</sup>.

- c) Dieses Ziel einer Neuregelung unter Verwendung eines Altersfaktors könnte, *falls politisch gewollt*, beispielsweise dergestalt im Einklang mit den Vorgaben des EuGH-Urteils vom 19.1.2010 umgesetzt werden, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB wie folgt neu gefasst wird:

**„Die Ziffern 2 bis 7 finden nur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer das (30.) Lebensjahr vollendet hat.“**

Es sind allerdings noch *andere Lösungen* vorstellbar, etwa indem – ähnlich wie in § 10 KSchG bei der Abfindungshöhe – eine Staffe­lung für jede „Stufe“ des § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-7 *kumuliert* nach Alter und Dauer der Betriebszugehörigkeit erfolgt.

3. Im *Ergebnis* kommen somit *sowohl* eine ersatzlose *Streichung* des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB *als auch* eine *Neuregelung* der der Kündigungsfrist in § 622 Abs. 2 BGB dergestalt in Betracht, dass das Kriterium des Alters im Zeitpunkt der Kündigung europarechtskonform auch in Zukunft Berücksichtigung findet. Der DAV stellt die Herbeiführung einer angemessenen Lösung der politischen Willensbildung anheim, tendiert aber seinerseits zu einer *ersatzlosen Streichung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB*; denn gemessen an dem durch die Entscheidung des EuGH begründeten Rechtszustand würde es sich bei Wiedereinführung einer Alterskomponente aus der Sicht der Arbeitnehmer um eine Verschlechterung handeln, die den Betroffenen wohl kaum vermittelbar wäre.

---

<sup>4</sup> EuGH vom 19.1.2010 – Rs. C-555/07, NZA 2010, 85 (Rn. 40/41)

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)488**

7. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

**a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD**

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksache 17/775)

**b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

**Sigun Heil****1. Gesamtbewertung**

Das Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht unterstützt die in den Bundestagdrucksachen 17/775 und 17/657 enthaltenen Gesetzesentwürfe. Beide sehen übereinstimmend die Aufhebung des §622 Absatz 2 Satz 2 BGB vor, dessen Unvereinbarkeit mit Unionsrecht der Europäische Gerichtshof (EuGH) am 19. Januar 2010 im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens festgestellt hat. Nach Ansicht des Hugo Sinzheimer Instituts ist die aus dem Jahre 1926 stammende Regelung überholt. § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB ist wegen Altersdiskriminierung ersatzlos zu streichen. Dies ist aus Gründen der Transparenz dringend geboten.

**2. heutige Gesetzeslage**

§ 622 Absatz 2 BGB **Satz 1** regelt die Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen. Diese sind für die arbeitgeberseitige Kündigung nach Beschäftigungsdauer gestaffelt. Grundsatz: Je länger das Arbeitsverhältnis andauert, desto länger ist die Kündigungsfrist, die der Arbeitgeber zu beachten hat. Die Fristen reichen von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats bei einer Beschäftigungsdauer von weniger als zwei Jahren bis zu sieben Monaten, wenn der Arbeitnehmer zwanzig Jahre und länger im Unternehmen ist.

Die Staffelung der Kündigungsfristen nach Beschäftigungsdauer erscheint geboten und sinnvoll. Dem Mitarbeiter, der schon längere Zeit im gleichen Unternehmen arbeitet, soll durch eine längere Kündigungsfrist mehr Zeit gegeben werden, sich zu bewer-

ben. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass bei längerer Beschäftigungsdauer beim selben Arbeitgeber der Angestellte u.U. längere Zeit braucht, um eine andere Arbeitsstelle zu finden.

In **Satz 2** weicht der Gesetzgeber von der Beschäftigungsdauer als maßgeblichem Kriterium ab und stellt auf das Lebensalter ab. Er lautet: „Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs liegen, nicht berücksichtigt.“ Hierbei ist der Gesetzgeber im Jahr 1926 davon ausgegangen, dass jüngere Arbeitnehmer eine bessere Chance auf dem Arbeitsmarkt haben als ältere. Allerdings erscheint hier aus heutiger Sicht Skepsis angebracht. So bringen jüngere Arbeitnehmer in der Regel noch keine große Qualifikation bzw. Berufserfahrung mit.

Selbst wenn man bessere Chancen beim Wechsel in eine neue Arbeitsstelle als gegeben unterstellt, verliert die Regelung bei einer längeren Beschäftigungsdauer komplett ihren Sinn. Dies soll an einem Beispiel erläutert werden: Arbeitnehmer A ist 20 Jahre im Unternehmen beschäftigt und bei Arbeitsantritt 18 Jahre alt, Arbeitnehmer B, ebenfalls seit 20 Jahren im Unternehmen, hat im Alter von 28 Jahren seine Arbeit im Unternehmen aufgenommen. Die für eine mögliche Kündigung zu berücksichtigende Beschäftigungsdauer beträgt bei Arbeitnehmer A 13 Jahre, weil die Jahre vor dem 25. Lebensjahr keine Rolle spielen. Seine Kündigungsfrist ist aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Staffelung kürzer (beträgt insgesamt 5 Monate) als die seines Arbeitskollegen, der ebenso lange im Unternehmen ist (7 Monate).

Hier werden zwei langjährige Mitarbeiter eines Unternehmens aufgrund ihres Alters unterschiedlich behandelt, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund vorliegt. Die Diskriminierung wegen Alters wird hier offensichtlich.

### 3. Kollision des § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB mit Europarecht

Bereits heute darf § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB von der nationalen Gerichtsbarkeit nicht mehr angewendet werden. Das hat der EuGH im Januar 2010 in dem durch das LAG Düsseldorf veranlassten Vorabentscheidungsverfahren entschieden. Auslöser war der Fall der 25jährigen Arbeitnehmerin Sveda Kükükdevici vor dem Bundesarbeitsgericht. Ihr Arbeitgeber berechnete die Kündigungsfrist unter Zugrundelegung einer Beschäftigungsdauer von drei Jahren, obwohl die Arbeitnehmerin 10 Jahre bei ihm beschäftigt war. Der EuGH sah darin eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters.

Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG erstreckt sich nach der eindeutigen Rechtsprechung des EuGH<sup>5</sup> auch auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Bei der Umsetzung der Richtlinie durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) sind Kündigungsfragen jedoch weitgehend außer Betracht geblieben<sup>6</sup>. Es obliegt nun den einzelnen Gerichten, die Unvereinbarkeit mit dem europäischen Recht festzustellen bzw. die inkriminierte Norm (§ 622 Abs.2 Satz.2 BGB) bei der Berechnung von Kündigungsfristen außen vor zu lassen. Eine Änderung des Gesetzes erscheint vor dem Hintergrund besserer Transparenz dringend geboten.

In seiner jüngsten Entscheidung zu § 622 Abs.2 Satz 2 BGB<sup>7</sup> hat das Bundesarbeitsgericht die Regelung wegen Unvereinbarkeit mit Unionsrecht nicht angewendet und damit die mit der Regelung verbundene Altersdiskriminierung beseitigt. Dies führe mittelbar zu einer „Anpassung nach oben“ der Kündigungsfrist und zu einer ausschließlichen Anwendbarkeit von § 622 Abs.2 Satz 1 BGB.

Das Bundesverfassungsgericht geht ebenfalls von einer Unvereinbarkeit der Regelung mit europäischem Recht aus. Es wies eine Vorlage wegen mangelnder Darlegung der Entscheidungserheblichkeit als unzulässig zurück<sup>8</sup>. Das Gericht hielt es für nicht ausgeschlossen, dass auch ohne Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften feststehe, dass § 622 Abs.2 S.2 dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht und deshalb wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden darf. Das Arbeitsgericht (Neubrandenburg) habe die europarechtliche Rechtslage nicht vollständig übergehen dürfen.

### 3. Europäischer Ausblick

Die Bundesrepublik Deutschland als europäischer Nationalstaat hat die Richtlinie 2000/78/EG – Verbot der Diskriminierung wegen des Alters – innerhalb

der gesetzten Frist<sup>9</sup> nicht ausreichend in nationales Recht umgesetzt. Hierzu hätte es einer Streichung von § 622 Abs.2 Satz 2 BGB bedurft. Das Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht appelliert an den nationalen Gesetzgeber, europäische Richtlinien künftig rechtzeitig und freiwillig umzusetzen. Es kann nicht sein, dass der Gesetzgeber immer wieder erst durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu europarechtskonformer Gesetzgebung gezwungen werden muss. Bedarf zeichnet sich bereits im Bereich der Regelung der Arbeitszeit und der Arbeitnehmerüberlassung ab<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Urt. v. 11.07.2006 - C-13/05 - NZA 2006, 839 „Navas“

<sup>6</sup> Wolfhard Kohte in jurisPR-ArbR 31/2007 Anm. 1 zu ArbG Osnabrück 3. Kammer, Urteil vom

<sup>7</sup> BAG 2 AZR 715/08 vom 09.09.2010

<sup>8</sup> BVerfG 1 BvL 4/08 vom 18.11.2008

<sup>9</sup> Bis spätestens 02.12.2006

<sup>10</sup> Klebe in AiB 2010, 646-648

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)487**

7. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

## a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksche 17/775)

## b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

**Prof. Dr. Gregor Thüsing****I. Folge von „Kücükdeveci“: Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB**

Das deutsche Recht sieht für Kündigungen durch den Arbeitgeber gem. § 622 Abs. 2 S. 1 BGB eine Staffelung der Kündigungsfristen je nach Dauer der Betriebsangehörigkeit vor. Je länger die Betriebsangehörigkeit, desto länger auch die Kündigungsfrist. Nach § 622 Abs. 2 S. 2 BGB sind jedoch Beschäftigungszeiten, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegen, bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht zu berücksichtigen.

Diese Norm hat der EuGH in seiner Entscheidung „Kücükdeveci“ für mit dem europäischen Antidiskriminierungsrecht unvereinbar erklärt.<sup>11</sup> Sie verstöße gegen Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, wonach unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen wegen in Art. 1 der Richtlinie aufgezählter Merkmal unzulässig seien. Zu diesen Merkmalen zähle auch das Alter, nach dem hier unzulässig differenziert werde.<sup>12</sup> Gleichzeitig liege darin auch ein Verstoß gegen den primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, den die Richtlinie konkretisiere.<sup>13</sup>

Letzteres hat weitgehende Folgen für die Frage nach der Rechtsfolge des Verstoßes. Richtlinienwidriges nationales Recht bleibt wirksam und anwendbar – der EuGH hat eine unmittelbare Drittwirkung von Richtlinien in Kücükdeveci noch einmal abgelehnt.<sup>14</sup> Damit verbleibt für den, der sich auf eine für ihn günstige Richtlinienbestimmung berufen möchte, lediglich der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch<sup>15</sup>. Demgegenüber muss primärrechtswidriges nationales Recht unangewendet bleiben,<sup>16</sup> wenn keine unionsrechtskonforme Auslegung möglich ist<sup>17</sup>. Da im vorliegenden Fall das nationale Recht sowohl gegen Sekundär- (in Form der Richtlinie 2000/78/EG) wie gegen Primärrecht (in Gestalt des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes) verstößt und eine europarechtskonforme Auslegung des

<sup>11</sup> EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85.

<sup>12</sup> EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 28, 43 (Kücükdeveci).

<sup>13</sup> EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 28, 43 (Kücükdeveci).

<sup>14</sup> EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 25ff. (Kücükdeveci); s. dazu die Analyse bei Thüsing, ZIP 2010, 199 sowie Pötters/Traut, ZESAR 2010, 267, 268. Schon vorher st.Rspr.: EuGH v. 26. 2. 1986 – 152/84, Slg. 1986, 723, Rn. 48 (Marshall); EuGH v. 5. 10. 2004 – C-391/01 u. a., Slg. 2004, I-8835 Rn. 108 (Pfeiffer).

<sup>15</sup> EuGH v. 19.11.1991 – C-6/90, Slg. 1991, I-5357 (Francovich).

<sup>16</sup> EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 51 (Kücükdeveci). Grundlegend bereits EuGH v. 15.7.1961 – 6/64, Slg. 1961, 1251 (Costa/Enel).

<sup>17</sup> EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 48 (Kücükdeveci); EuGH v. 5. 10. 2004 – C-391/01 u. a., Slg. 2004, I-8835 Rn. 114 (Pfeiffer).

§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB wegen des klaren Wortlauts ausscheidet,<sup>18</sup> muss er unangewendet bleiben. Die deutsche Rechtsprechung hat diese Konsequenz bereits gezogen.<sup>19</sup> In der Literatur hingegen ist die Entscheidung nicht unumstritten geblieben.<sup>20</sup> Kritisiert wird insbesondere, die Entscheidung sei ein ausbrechender Rechtsakt und nicht mehr von den Verträgen gedeckt<sup>21</sup> und die Unionsgrundrechte würden zu weit in die nationalen Rechte ausgeweitet<sup>22</sup>. Nicht zuletzt durch die Rechtssache Honeywell hat aber auch das BVerfG die Praxis der Unanwendbarkeit der Regelungen bestätigt.<sup>23</sup> Eine ultravires Kontrolle komme nur bei hinreichend qualifiziertem Kompetenzverstoß in Betracht, dazu muss das Handeln offensichtlich kompetenzwidrig sein. Ein solcher Verstoß liegt nach der Ansicht des BVerfG in der Nichtanwendung der Norm nicht vor. *Damit ist vorliegend an dem Diktum der Unanwendbarkeit kaum zu rütteln.<sup>24</sup> Rechtliche Erheblichkeit hätte die Änderung also nicht.*

## II. Notwendigkeit der Gesetzeskosmetik?

*Aus der Unanwendbarkeit folgt jedoch nicht zwingend, dass die Norm auch aufgehoben werden müsste.* Es besteht keine Pflicht des Gesetzgebers, unwirksame oder unanwendbare Normen zu bereinigen. In zahlreichen Fällen hat man Normen, die nach Entscheidungen des BVerfG nichtig sind, in den Gesetzbüchern belassen.

- § 8 TSG (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen; § 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG für verfassungswidrig erklärt mit Beschluss vom 16.3.1982 – 1 BvR 938/81; § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG ist nicht anwendbar bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung gem. Beschluss v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05)
- § 22 Abs. 4 FRG (Fremdrentengesetz; für verfassungswidrig erklärt mit Beschluss vom 13.6.2006 – 1 BvL 9/00, 1 BvL 11/00, 1 BvL 12/00, 1 BvL 5/01, 1 BvL 10/04)
- Art. 56 Abs. 3 Halbsatz 1 GRG (Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen; für verfassungswidrig erklärt mit Beschluss vom 15.3.2000 – 1 BvL 16/96, 1 BvL 17/96, 1 BvL 18/96, 1 BvL 19/96, 1 BvL 20/96, 1 BvL 18/97)
- § 1626 a BGB (Bürgerliches Gesetzbuch; siehe zur Anwendbarkeit der Norm die Vorgaben im Beschluss vom 21.7.2010 – 1 BvR 420/09)

<sup>18</sup> BAG v. 9.9.210 – 2 AZR 714/08, ZIP 2011, 444; LAG Düsseldorf v. 21.11.2007 – 12 Sa 1311/07, ZIP 2008, 1786.

<sup>19</sup> 9 BAG v. 9.9.2010 – 2 AZR 714/08, ZIP 2011, 444; LAG Düsseldorf v. 30.4.2010 – 9 Sa 354/09 (juris); Hessisches LAG v. 23.4.2010 – 19 Sa 1309/09 (juris); LAG Düsseldorf NZA-RR 2010, 240.

<sup>20</sup> 10 Zusammenfassend zu Mangold und Kückdeveci: Pötters/Traut ZESAR 2010, 267.

<sup>21</sup> 11 Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt. 2009, S. VII, Leitsatz 2; S. 17 ff.

<sup>22</sup> Heilbronner NZA 2006, 811; Kuras RdA 2007, 169.

<sup>23</sup> BVerfG NZA 2010, 995.

<sup>24</sup> Dazu s. jedoch auch sogleich unter III.

- § 1 Abs. 3 EntschG (Entschädigungsgesetz; für verfassungswidrig erklärt mit Beschluss vom 10.10.2001 – 1 BvL 17/00)
- §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. d), 3 Abs. 1 Nr. 10 S. 1 VStG (Vermögenssteuergesetz; § 1 Abs. 1 Nr. 2 lit. d), § 3 Absatz 1 Nr. 10 S. 1 VStG, jeweils in der für den Stichtag 1. Januar 1989 und die folgenden Stichtage geltenden Fassung, waren insoweit mit dem Recht auf Chancengleichheit (Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG) unvereinbar und nichtig, als hiernach kommunale Wählervereinigungen und ihre Dachverbände – anders als politische Parteien und deren Gebietsverbände – bis zum 31. Dezember 1996 vermögenssteuerpflichtig waren, s. den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 29. 9. 1998 – 2 BvL 64/93)
- § 10 Nr. 1 VStG (Vermögenssteuergesetz, für verfassungswidrig erklärt mit Beschluss vom 22.6.1995 – 2 BvL 37/91)

Als Musterbeispiel eines trotz seiner teilweisen Verfassungswidrigkeit nicht aufgehobenen Gesetzes ist das Vermögenssteuergesetz (VStG). Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 22.6.1995 (2 BvL 37/91) § 10 Nr. 1 VStG, die Regelung des Steuersatzes, verworfen, da es eine den Anforderungen des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG genügende Bewertung von Grundvermögen im Vergleich zu anderem Vermögen als nicht gegeben ansah. Durch die Heranziehung des Bewertungsgesetzes, nach welchem unbebaute und nicht wirtschaftlich genutzte Grundstücke mit den 1964 festgelegten Einheitswerten bewertet wurden, kam es zu einer ungerechtfertigten steuerlichen Besserstellung gerade dieses Grundeigentums. Reaktion auf diesen Beschluss war jedoch nicht die Änderung oder gar Aufhebung des VStG, einschließlich des § 10 Nr. 1 VStG, sondern lediglich ein Absehen von der Erhebung der Vermögensteuer seit dem Veranlagungszeitraum 1997.

Wer eine Streichung des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB fordert, der muss also auch die Streichung all dieser Normen fordern. Warum gerade § 622 Abs. 2 S. 2 BGB herausgegriffen wird, leuchtet nicht ein.

## III. Erhalt des Gedanken des § 622 Abs. 2 S.2 BGB

Wird also eine gesetzgeberische Änderung angestrebt, sollte diese nicht lediglich deklaratorischer Natur sein, sondern versuchen, den Gedanken des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB europarechtskonform zu erhalten. Wie insbesondere *von Medem* richtig herausgearbeitet, ist § 622 Abs. 2 S. 2 BGB nicht als Einschränkung des § 622 Abs. 2 S. 1 BGB zu lesen, sondern die beiden Sätze stellen zusammen eine einheitliche Regelung dar, die auch so ausgedrückt werden könnte:

1. wenn das Arbeitsverhältnis zwei Jahre bestanden und der Arbeitnehmer das 27. Lebensjahr vollendet hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats,
2. wenn das Arbeitsverhältnis fünf Jahre bestanden und der Arbeitnehmer das 30. Lebensjahr vollendet hat, zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats

[...]

7. wenn das Arbeitsverhältnis 20 Jahre bestanden und der Arbeitnehmer das 45. Lebensjahr vollendet hat, sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats.<sup>25</sup>

Richtig verstanden macht das Gesetz somit die Verlängerung der Kündigungsfrist von zwei Voraussetzungen abhängig: einerseits von der Beschäftigungsdauer und andererseits vom Lebensalter. Es wird nicht lediglich jüngeren Arbeitnehmer der Vorteil, der alleine aus der längeren Beschäftigungszeit fließt, vorenthalten. Es geht also um die Ausgestaltung der Schutzregelung. Diese stellt nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, die insofern den primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz konkretisiert, keine Diskriminierung dar, sofern sie objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Bei der Wahl der Maßnahmen zur Erreichung seiner Ziele im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik genießt der deutsche Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum.<sup>26</sup> Allerdings ist ihm trotz des weiten Ermessens, über das er im Bereich der Sozialpolitik verfügt, die Beweislast dafür auferlegt, dass das verfolgte Ziel rechtmäßig ist, und an diesen Beweis werden hohe Anforderungen gestellt.<sup>27</sup>

Der Schutzzweck des § 622 Abs. 2 BGB ist richtigerweise weder die Förderung der Beschäftigungschancen junger Menschen<sup>28</sup> noch das Arbeitgeberinteresse,<sup>29</sup> sondern der Arbeitnehmerschutz: § 622 Abs. 2 BGB soll die Kündigungsfristen an die soziale Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer anpassen.<sup>30</sup> Der soziale Schutz der Arbeitnehmer ist als sozialpolitisches Ziel ein legitimes Ziel im Sinne der Richtlinie,<sup>31</sup> Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a nennt als legitime Ziele ausdrücklich den Schutz älterer Arbeitnehmer und den von Personen mit Fürsorgepflichten. Mit letzteren korreliert das Lebensalter deutlich.

Zur Erreichung des Schutzzwecks ist eine Differenzierung angemessen und erforderlich.<sup>32</sup> Auch das Alter und nicht allein die Betriebszugehörigkeit ist eine wichtige Komponente zur Bestimmung der sozialen Schutzbedürftigkeit.<sup>33</sup> Entsprechend hält man ihre Berücksichtigung bei der Sozialauswahl

<sup>25</sup> v. Medem NZA 2009, 1072, 1073.

<sup>26</sup> EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 38 (Küçükdeveci); EuGH v. 22.11.2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 Rn. 63 (Mangold); EuGH v. 16.10.2007 – C-411/05, Slg. 2007, I- 8531, Rn. 68 (Palacios de la Villa).

<sup>27</sup> Vgl. EuGH v. 5.3.2009 – C-388/07, Slg. 2009, I-1569 Rn. 65 (Age Concern England).

<sup>28</sup> Vgl. EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 35 (Küçükdeveci).

<sup>29</sup> So das LAG Düsseldorf in seiner Vorlage v. 21.11.2007 – 12 Sa 1311/07, ZIP 2008, 1786.

<sup>30</sup> LAG Düsseldorf v. 21.11.2007 – 12 Sa 1311/07, ZIP 2008, 1786; v. Medem NZA 2009, 1072, 1074.

<sup>31</sup> EuGH v. 5.3.2009 – C-388/07, Slg. 2009, I-1569 Rn. 32 (Age Concern England).

<sup>32</sup> Ebenso v. Medem NZA 2009, 1072, 1074f, dessen Begründungsansätze hier ausgebaut werden.

<sup>33</sup> Ebenso v. Medem NZA 2009, 1072, 1074f.

nach § 1 Abs. 3 KSchG auch ganz überwiegend für zulässig.<sup>34</sup> Dieser Aspekt wurde vor dem EuGH überhaupt nicht vorgetragen,<sup>35</sup> er ist aber entscheidend: Statistische Erhebungen zeigen eine deutliche Korrelation zwischen Lebensalter und Länge der Zeitspanne, die ein Arbeitnehmer zwischen zwei Beschäftigungen arbeitslos ist.<sup>36</sup> Dieser Effekt kann selbstverständlich auch allein mit der Beschäftigungsdauer abhängen. Sehr plausibel ist dies jedoch nicht: Mit zunehmendem Lebensalter nehmen die Bindungen des Arbeitnehmers zu und damit seine Flexibilität ab. Dies verringert die Chancen darauf, einen schnell einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Wer Familie hat und langfristig in seiner Umgebung verwurzelt ist, wird eher zögern, umzuziehen, als ein Single, der keine Bindung hat. Nicht nur, dass der Arbeitnehmer selbst seine Lebensumstände ändern muss, ein Prozess, der mit zunehmendem Alter immer schwieriger wird, auch der Partner müsste einen neuen Arbeitsplatz finden, die Kinder müssten die Schule wechseln usw. Er wird daher z.B. eher im näheren Umkreis als deutschland- oder europaweit nach einem Angebot suchen und bereit sein, entsprechend länger darauf zu warten.

Auch die Existenz von Unterhaltsverpflichtungen ist realistischerweise erst ab einem bestimmten Alter zu erwarten. Selbst Frauen der Jahrgänge 1967 bis 1971 wurden im Durchschnitt erst mit 26 zum ersten Mal Mutter.<sup>37</sup> Das Alter der Heirat, für viele Paare der Schritt zur Familiengründung, liegt sogar noch deutlich darüber. Frauen heiraten im Durchschnitt mit 30,2 Jahren, Männer gar erst mit 33,1.<sup>38</sup> Da es unpraktikabel und für den Arbeitgeber kaum zumutbar wäre, für die Kündigungsfrist direkt nach den Unterhaltsverpflichtungen zu differenzieren, ist das Lebensalter ein leicht zu bestimmendes Korrelat.

<sup>34</sup> BAG v. 6.11.2008 – 5 AZR 53/09, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182; BAG v. 5.11.2009 – 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457, 459; BAG v. 12. 3. 2009 – 2 AZR 418/07, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97; LAG Niedersachsen v. 23.5.2005 – 5 Sa 198/05, NZA-RR 2005, 584, 584; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 937; KR/Griebeling, 9. Aufl. 2009, § 1 KSchG Rn. 673 ErfK/Oetker, 11. Aufl. 2011, § 1 KSchG Rn. 332; Ascheid/Preis/Schmidt-Kiel, Kündigungsgesetz, 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 718; Bauer NJW 2001, 2672; Brors AuR 2005, 41, 43; ebenso, wenn auch im Hinblick auf die Pauschalierung, dass mit dem Alter die soziale Schutzbedürftigkeit zunehme, kritisch MüKoBGB/Hergenröder, 5. Aufl. 2009, § 1 KSchG Rn. 356.

<sup>35</sup> Vgl. EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 34f. und insb. Rn. 39-42 (Küçükdeveci).

<sup>36</sup> v. Medem NZA 2009, 1072, 1074; Wendeling-Schröder, NZA 2007, 1399, 1400.

<sup>37</sup> Statistisches Bundesamt, Geburten und Kinderlosigkeit in Deutschland – Bericht über die Sondererhebung 2006 "Geburten in Deutschland", S. 18, erhältlich unter <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Fachveroeffentlichungen/Bevoelkerung/Bevoelkerungsbewegung/GeburtenKinderlosigkeit5126401089004.property=file.pdf>.

<sup>38</sup> Statistisches Bundesamt, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Bevoelkerung/EheschliessungenScheidungen/Tabellen/Content50/EheschliessungenScheidungen,templateId=renderPrint.psml>.

Jedenfalls ist es besser geeignet als die Betriebsangehörigkeit. Dies wird schon daran deutlich, dass ein älterer Arbeitnehmer öfter seinen Arbeitsplatz wechselt und daher auf eine niedrige Betriebsangehörigkeitsdauer kommen kann.

Andererseits ist es durchaus zulässig, zusätzlich eine gewisse Mindestbetriebsangehörigkeitsdauer zu fordern. Dies ist einerseits dadurch gerechtfertigt, dass dem Arbeitgeber die Belastung durch längere Kündigungsfristen nur zugemutet werden kann, wenn der Arbeitnehmer sie durch langjährige Leistung mitverdient hat. Ferner korreliert auch die Betriebsangehörigkeitsdauer durchaus mit der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers. Die Arbeitsmarktsituation des Arbeitnehmers wird mit zunehmender Betriebsangehörigkeit tendenziell schlechter. Arbeitet er sehr lange in einer bestimmten Position, wird die Umgewöhnung auf andere Tätigkeiten schwieriger. Die in seiner Position erworbenen spezialisierten Fähigkeiten sind meist nur schlecht auf andere Tätigkeiten zu übertragen; andererseits befindet er sich häufig im Hinblick auf die allgemeinen Anforderungen seines Berufsfeldes nicht mehr unbedingt auf dem neusten Stand. Die Erfahrung zeigt, dass viele Tätigkeiten nur einen Teil der Fähigkeiten, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Ausbildung erworben hat, benötigen. Die übrigen, dort nicht gebrauchten „verrosteten“ häufig. Daher können z.B. Weiterbildungsmaßnahmen erforderlich werden, für die er durch die verlängerten Kündigungsfristen mehr Zeit erhält.

Diese Regelung ist auch nicht deshalb unzulässig, weil die Regelung junge Arbeitnehmer unterschiedlicher Ausbildungslänge ungleich berührt. Zwar sind faktisch von dem Mindestalter vor allem diejenigen jungen Menschen betroffen, die ohne oder nach nur kurzer Berufsausbildung früh eine Arbeitstätigkeit aufnehmen, nicht aber die, die nach langer Ausbildung später in den Beruf eintreten.<sup>39</sup> Diese Ungleichbehandlung ist jedoch keine wegen eines der in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG aufgeführten verpönten Merkmale. Allerdings sind sie am europäischen allgemeinen (primärrechtlichen) Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen, weil die nationale Norm als Umsetzungsakt der Richtlinie fällt in den Anwendungsbereich des Europarechts. Im Hinblick auf diesen „europäischen Art. 3 Abs. 1 GG“ sind sie jedoch ohne weiteres sachlich gerechtfertigt. Wie gezeigt beginnt die Familiengründungsphase durchschnittlich erst später, entsprechend ist auch hier bei der anzuwendenden generalisierenden Betrachtung die soziale Schutzwürdigkeit noch nicht gegeben. Daher handelt es sich um eine sachliche und damit zulässige Differenzierung.

*Es lässt sich also festhalten: Die Rechtfertigung des § 622 Abs. 2 BGB ist nicht grundsätzlich unmöglich; sie dürfte lediglich deshalb gescheitert sein, weil die Regelungsziele nicht klar genug benannt und ihre Wirkung nicht ausreichend begründet wurden. Tut man dies, so handelt es sich um eine konsequent am legitimen Regelungsziel „Arbeitnehmerschutz“ ausgerichtete Regelung, die deshalb geeignet und ange-*

<sup>39</sup> EuGH v. 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85, Rn. 42 (Küçükdeveci).

*messen ist. Sie sollte der Sache nach beibehalten werden.*

Geht man davon aus, dass die hier beschriebene Zielrichtung der Norm bereits *de lege lata* zu Grunde liegt, wäre die Entscheidung des EuGH in der Sache Küçükdeveci auf sie nicht anwendbar, weil der EuGH dort von falschen Prämissen – nämlich einer abweichenden Zielsetzung – ausgegangen ist. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB wäre weiterhin anwendbar, da unter Zugrundelegung der hiesigen Zielsetzung kein Verstoß gegen europäische Primärrecht gegeben ist. Allerdings ist ein solches „Auswechseln der Begründung“ praktisch nur schwierig möglich. Auch die deutschen Gerichte haben ihr bisher, im Anschluss an den EuGH, eine abweichende Zielsetzung gegeben.<sup>40</sup> Es ist fraglich, ob sie lediglich auf Grund parlamentarischer Beratungen hiervon wieder abgehen würden und aus Gründen der Rechtssicherheit wäre ein solches Vorgehen ohnehin inakzeptabel. Ferner ist zweifelhaft ob ein solches „Auswechseln der Begründung“ vom EuGH ohne weiteres akzeptiert werden wird.

*Empfehlenswert ist es daher, die Norm umzuformulieren, dabei aber den Gedanken, die Länge der Kündigungsfrist auch vom Lebensalter abhängig zu machen, beizubehalten.*

- Dabei kann man dem obigen Formulierungsvorschlag folgen, der die beiden Sätze des Absatzes zu einem vereint und Betriebsangehörigkeitsdauer und Lebensalter richtigerweise als kumulative Voraussetzungen formuliert.
- In Abwandlung der Formulierung, aber sachlich gleichbedeutend kann man auch lediglich das Überschreiten des 25. Lebensjahres zur Voraussetzung machen.
- Schließlich kann man erwägen, neben der Betriebsangehörigkeitsdauer auf andere Indizien für die soziale Schutzbedürftigkeit, wie etwa das Bestehen von Unterhaltsverpflichtungen zu rekurren. Letztere hätten den Vorteil, dass sie in der Richtlinie ausdrücklich als legitimer Grund genannt sind. Gegen dieses Vorgehen spricht jedoch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, weil ihr Bestehen für den Arbeitgeber kaum erkennbar ist.

#### IV. Summa

Wer mutlos ist und ohne Phantasie, der streicht § 622 Abs. 2 S. 2 BGB. Ändern am bestehenden Recht würde es nichts. Wer weiter denkt, der versucht, ebenso wie dies bei § 14 Abs. 3 TzBfG in der Nachfolge der Mangold-Entscheidung der EuGH<sup>41</sup> getan wurde, das deutsche Recht europarechtskonform anzupassen. Wie dies gehen könnte, habe ich versucht darzulegen.

<sup>40</sup> BAG v. 9.9.210 – 2 AZR 714/08, ZIP 2011, 444; LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2008, 17; Vgl. auch die Literatur Annuß" BB 2006, 325, 326; APS/Linck" RdNr. 54; Hamacher/Ulrich" NZA 2007, 657, 663; Kamanabrou" RdA 2007, 199, 206; KR/Spilger RdNr. 56; Reichhold/Hahn/Heinrich" NZA 2005, 1270, 1275; Temming" NZA 2007, 1193, 1199 und wohl auch ErfK/Müller-Glöge RdNr. 9 Mtko/hesse Rn. 23

<sup>41</sup> EuGH v. 22.11.2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)483**

6. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 11. April 2011 zum

**a) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD**

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des EuGH-Urteils (C-555/07) - Erweiterung des Kündigungsschutzes bei unter 25jährigen (Drucksche 17/775)

**b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Beate Müller-Gemmeke, Ingrid Hönlinger, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 622 Abs. 2 S. 2 BGB) - Diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen (Drucksache 17/657)

**Prof. Dr. Marita Körner**

Am 19.1.2010 hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Küçükdeveci entschieden, dass § 622 II 2 BGB gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstößt und daher nicht mehr angewendet werden darf. Das Ergebnis der EuGH-Entscheidung hat wenig überrascht, da es einer weit verbreiteten Auffassung in Rechtsprechung und Literatur entspricht (Mü-Kom/Hesse, § 622, Rn 23 m.w.N.), nicht zuletzt, da sich die seinerzeit mehr als politischer Kompromiss denn aus sachlichen Gründen entstandene Regelung gerade nicht über die weniger schützenswerte Position junger Arbeitnehmer rechtfertigen lässt, weil nicht sie, sondern vor allem Arbeitnehmer mit langjährigen Arbeitsverhältnissen negativ von der Norm betroffen sind.

Was das Altersdiskriminierungsverbot betrifft, hat der EuGH an die Linie in der Mangold-Entscheidung angeknüpft und das Altersdiskriminierungsverbot nicht vorwiegend aus der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000, sondern vielmehr aus dem primären Gemeinschaftsrecht hergeleitet mit der Folge, dass das Verbot unmittelbar auch zwischen Privaten gilt. Anders als im Mangold-Fall, wo die primärrechtliche Herleitung aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und dem Völkerrecht zweifelhaft war, stützt der EuGH jetzt die primärrechtliche Verpflichtung auf die – zeitlich nach der Mangold-Entscheidung liegende – durch den Vertrag von Lissabon verbindlich gewordene Grundrechtecharta (Art. 21 I EUGRCh). In seiner Honeywell-

Entscheidung vom 6.7.2010 (2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995 ff.) hat das BVerfG sogar die umstrittene Herleitung des Altersdiskriminierungsverbots aus primärrechtlichen Quellen im Mangold-Urteil bejaht, sodass der Weg des EuGH im Küçükdeveci-Fall erst recht die Zustimmung des BVerfG finden würde. § 622 II 2 BGB verstößt also sowohl gegen das aus Art. 21 I EUGRCh hergeleitete primärrechtliche Altersdiskriminierungsverbot wie auch gegen Richtlinie 2000/78/EG.

Daneben kann die Frage, ob und wann ein Einzelner sich auf die Richtlinie berufen kann bzw. unter welchen Voraussetzungen diese Private verpflichtet, für die Beurteilung der vorliegenden Gesetzentwürfe offen bleiben, da die Richtlinie jedenfalls Verpflichtungen zulasten der Mitgliedstaaten begründet, ihre Gesetzgebung richtlinienkonform auszugestalten. Jedenfalls nach Ablauf der Umsetzungsfrist für Richtlinie 2000/78/EG, also seit 2.12.2006 liegt im Festhalten an § 622 II 2 BGB ein Verstoß gegen Unionsrecht. Daher (und wegen anderer Umsetzungsdefizite) hat die Kommission auch ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.

Neben der Feststellung, dass § 622 II 2 BGB gegen das unionsrechtliche Altersdiskriminierungsverbot verstößt, statuiert das Küçükdeveci-Urteil, dass das nationale Gericht § 622 II 2 BGB nicht mehr anwenden darf und zwar auch dann, wenn kein Vorabentscheidungsverfahren durchgeführt wurde. Auf die

Streitfrage, ob ein nationales Gericht den EuGH gem. Art. 267 II AEUV anrufen muss, bevor es unionswidrige Regelungen unangewendet lässt – vergleichbar der Pflicht im deutschen Recht, das BVerfG anzurufen, bevor es eine Norm des nationalen Rechts als verfassungswidrig nicht anwendet –, kommt es für die Beurteilung der vorliegenden Gesetzentwürfe ebenfalls nicht an, da mit dem Urteil im Fall *Kücükdeveci* jedenfalls eine Vorabentscheidung ergangen ist, die – im Ergebnis dem Generalanwalt folgend – klar den Diskriminierungsverstoß von § 622 II 2 BGB feststellt. Darüber hinaus ließe sich für die Nichtanwendung von § 622 II 2 BGB durch den nationalen Richter auch mit dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts argumentieren.

Fraglich ist allerdings ob die Entscheidung bzw. der durch sie den nationalen Gerichten eröffnete Weg, § 622 II 2 BGB nicht anzuwenden, ausreicht, dem Altersdiskriminierungsverbot die rechtlich gebotene Wirkung zu verschaffen oder ob zusätzlich und vor allem eine gesetzliche Regelung erforderlich ist.

§ 622 II 2 BGB stellt eine in deutschen Gesetzestexten mittlerweile selten gewordene direkte Diskrimi-

nierung dar, die vollständig nur durch die Streichung der Norm beseitigt werden kann. Der Weg über das einzelne Gericht, das die Norm unangewendet lassen kann, überlässt es der Kenntnis und Initiative einzelner Betroffener gegen die Anwendung von § 622 II 2 BGB bei der Berechnung der Kündigungsfrist durch ihren Arbeitgeber zu klagen. Geholfen wird also nur in Einzelfällen. Das Risiko der Beseitigung europarechtswidriger Rechtsanwendung wird auf die Beschäftigten verlagert, obwohl die Europarechtswidrigkeit von § 622 II 2 BGB vom EuGH festgestellt worden ist. Auf diese Weise wird gerade nicht sichergestellt, dass die unionswidrige Norm generell unangewendet bleibt.

Jeder Mitgliedstaat ist aber verpflichtet, seine Gesetzgebung dem Unionsrecht anzupassen und unionswidriges nationales Recht zu ändern oder zu beseitigen. Darüber hinaus folgt auch aus dem Rechtsstaatprinzip in Gestalt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, dass die tatsächliche Rechtslage im Gesetz abgebildet sein muss und nicht, wie bei § 622 II 2 BGB, genau ihr Gegenteil dem geltenden Gesetz zu entnehmen ist.