

## Vertrauensschutz!

Unbestritten: Man bespricht keine Pressemitteilungen, sondern wartet auf die Entscheidung. Erst dann weiß (oder erahnt) man, was das Gericht wirklich gedacht hat. Aber man kann eine Pressemitteilung zum Anlass nehmen, die noch ausstehenden Entscheidungsgründe mit Spannung zu erwarten und dann aufmerksam zu lesen. Denn die beiden letzten Sätze in der Pressemitteilung des BAG zur Entscheidung um das Vorbeschäftigungsverbot bei sachgrundloser Befristung lassen aufhorchen: „Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Befristung im Vertrauen auf die im Jahr 2011 ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vereinbart zu haben. Sie musste bei Abschluss der Verträge mit dem Kläger jedenfalls die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass die vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene verfassungskonforme Auslegung der Norm vor dem Bundesverfassungsgericht keinen Bestand haben könnte.“ (PM Nr. 3/19, NZA aktuell H. 3/2019, S. VII).



Vielleicht kam das nicht unerwartet. Auch bei der Rechtsache *Mangold* (BAG, NZA 2015, 1131, vorgehend *EuGH*, NZA 2005, 1345) gab das BAG keinen Vertrauensschutz. Doch lohnt es sich über die Folgen nachzudenken. Bei keinem Gesetz kann der Arbeitgeber letztlich sicher sein, dass es hält, soweit nicht das *BVerfG* oder der *EuGH* den Rechtsgültigkeitsstempel gegeben haben – zumindest wenn es den ein oder anderen Literaten gibt, der hierzu sein verfassungs- oder europarechtliches Unbehagen geäußert hat. Die Liste solcher Gesetze nun ist lang, denn der ein oder andere mag versuchen, das, was rechtspolitisch verfehlt ist, mit der Keule des „das geht gar nicht“ erschlagen zu wollen. Verfassungsbeschwerden sind schnell geschrieben, die Europarechtswidrigkeit schnell behauptet. Vom AÜG (Konzernprivileg bis Tariföffnung) über das Befristungsrecht (aktuell Altersbefristung, künftig Schwellenwerte), bis zum Mindestlohn – vieles wird in Frage gestellt.



Die Folge solcher Rechtsprechung ist damit: Man kann als Arbeitgeber nicht das tun, was der Gesetzgeber wollte, dass man es tut. Der mitunter beabsichtigte Steuerungseffekt geht ins Leere. Vertrauen in die Wirksamkeit eines Gesetzes hat Verfassungsrang. Es ist immanenter Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 GG). Hier ggf. einige Pegelstriche zu großzügig zu denken ist uns sympathischer als allzu großer Rigor. Erinnern wir uns: „Die Änderung einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich dann unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält“ (z.B. *BVerfG*, NZA 2015, 757 – CGZP). Vorhersehbar als bloße Möglichkeit ist letztlich alles. Wir brauchen sichere Maßstäbe, eben wann diese Vorhersehbarkeit anfängt, und wieviel an Zweifel es braucht, dass ein Arbeitgeber tatsächlich sagen muss: Finger weg davon, wenn Du Rechtsicherheit haben willst. Je breiter die Diskussion geführt wird, je besser die Argumente formuliert werden, desto eher können Wissenschaft und Praxis hoffen, künftig klarere Prognosen abgeben zu können.

*Professor Dr. Gregor Thüsing, Bonn und  
RAin Dr. Andrea Panzer-Heemeier, Düsseldorf*