

Eva Kocher

Das europäische Recht zur Altersdiskriminierung – Konsequenzen für das deutsche Arbeitsrecht

Abstract

Mit einem erweiterten, menschenrechtlich begründeten Antidiskriminierungsrecht wird der Ausschluss älterer ArbeitnehmerInnen aus dem Erwerbsleben auch rechtlich problematisch. Das künftig für das deutsche Arbeitsrecht geltende Verbot der Altersdiskriminierung verlangt, dass jede Anknüpfung arbeitsrechtlicher Regelungen an das Alter sachlich begründet sein muss. Damit unterstützt das Diskriminierungsverbot den „Paradigmenwechsel“ vom Leitbild des lebenslang unbefristet bei einem einzigen Arbeitgeber beschäftigten Vollzeit-Arbeitnehmers zum Leitbild des/der zeitlich und örtlich flexiblen Beschäftigten. Eine ganze Reihe von Regelungsmustern, die bisher im deutschen Arbeitsrecht selbstverständlich waren, wird künftig nicht mehr zu halten sein. So kann einerseits Alter nicht mehr generell als Indiz für schwindende Leistungsfähigkeit und geringere Flexibilität verwendet werden; andererseits werden sich Senioritätsrechte nur noch in bestimmten Fällen mit Qualifikationssteigerungen begründen lassen. Aber auch jede Entschärfung der Konkurrenz um knappe Arbeitsplätze zu Gunsten jüngerer Generationen ist künftig diskriminierungsrechtlich problematisch, wenn sie mit formalen Altersgrenzen oder dem allgemein formulierten Ziel der Schaffung einer bestimmten Altersstruktur arbeitet.

1 Einleitung

Im deutschen Arbeitsrecht findet in den letzten Jahren ein „Paradigmenwechsel“ statt. An die Stelle des Leitbildes des lebenslang unbefristet bei einem einzigen Arbeitgeber beschäftigten männlichen Vollzeit-Arbeitnehmers tritt das Leitbild des/der zeitlich und örtlich flexiblen Beschäftigten; Arbeitskraftangebot und Personalpolitiken werden verstärkt statt durch interne Flexibilität durch externe Flexibilität gesteuert.

Der Anstoß zu diesem Wandel kommt zu einem guten Teil von außen, nicht zuletzt aus den beschäftigungspolitischen Vorgaben der Europäischen Union. Nach der Beschäftigungsstrategie des Europäischen Rats, wie sie im März 2001 in Stockholm beschlossen wurde, soll bis zum Jahre 2010 eine mindestens 50%ige Erwerbsbeteiligung Älterer (Altersgruppe von 55 bis 64 Jahren) erreicht werden. Hinter diesen Zielen liegt Deutschland weit zurück; im Jahre 2002 war erst ein Anteil von 38,4% erreicht (Bosch, Schief, 2005, 32).

Auf den deutschen Arbeitsmärkten stößt sich diese Vorgabe am Leitbild eines „Normalarbeitsverhältnisses“, in dessen Rahmen Erwerbsarbeit im Alter allenfalls als Konsequenz langer und aktiver Jahre der Betriebszugehörigkeit hingenommen wird (vgl. Kocher, 2004a, 21 ff). Die Erwerbstätigkeit Älterer ist gleichzeitig verbunden mit hohen ständig angewachsenen Besitzständen. Zur Gruppe der älteren Beschäftigten, bei denen die Personalverant-

wortlichen oft pauschal von einer ständig abnehmenden Leistungsfähigkeit ausgehen, zählen Beschäftigte in der betrieblichen Wirklichkeit zum Teil schon deutlich vor dem 55. Lebensjahr. Personalanpassung wird vorzugsweise durch Frühverrentung vorgenommen (Simitis, RdA 1994, 260; Peter, 1993, 384; zum Ganzen auch Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 9; 47). Wie stark diese personalpolitischen Vorstellungen und Konzepte auch heute noch die betriebliche Wirklichkeit prägen, ist nicht zuletzt daran sichtbar, dass die Auflösung der starren Abgrenzung von Erwerbsleben und Rentenalter, wie sie mit dem Altersteilzeitgesetz (das seit 1996 die bisherigen Regelungen zum Vorruhestand ersetzt) intendiert war, in der Praxis nicht stattgefunden hat (Bosch, Schief, 2005, 36); in 87% der Fälle wird das Blockzeitmodell gewählt (Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 59)).

Ein Wandel des deutschen Leitbildes wird umso wichtiger, je mehr auch im Sozialrecht auf eine Verlängerung des Arbeitslebens gesetzt wird. Da die klassischen Warteschleifen auf die Renten in der Arbeitslosigkeit verkürzt wurden, muss zum Beispiel ein früherer Eintritt in die Rente heute mit Rentenabschlägen finanziert werden (vgl. Bosch, Schief, 2005, 37). Das deutsche „Normalarbeitsverhältnis“ wird ohnehin nicht erst seit gestern in Frage gestellt. Es hat auch die Randständigkeit weiblicher Arbeitnehmerinnen mitzuverantworten und zum Beispiel dazu geführt, dass Teilzeitbeschäftigung lange Zeit gleichbedeutend war mit prekärer Beschäftigung. Vor dem Hintergrund der Normalitätsannahmen des Leitbildes kumulieren häufig verschiedene soziale Nachteile. So betrifft die Erwerbslosigkeit Älterer überproportional häufig weibliche Beschäftigte und Beschäftigte mit geringer Qualifikation sowie MigrantInnen (Bosch, Schief, 2005, 33). Der Ausschluss Älterer aus dem Erwerbsleben ist heute nun ebenfalls eigenständig unter Aspekten der Diskriminierung und Benachteiligung zu betrachten, und damit auch unter menschenrechtlichen Aspekten. Vor dem Hintergrund des demografischen Wandels kann so über das europarechtlich geforderte Antidiskriminierungsrecht problematisiert werden, was der Ausschluss aus dem Erwerbsleben für die Rechte älterer ArbeitnehmerInnen bedeuten kann.

Im Folgenden wird zunächst ein Überblick über möglicherweise diskriminierungsanfällige Regelungen des deutschen Arbeitsrechts gegeben; im Anschluss werden die Rechtsgrundlagen des Diskriminierungsschutzes erläutert und ihre arbeitsrechtlichen Konsequenzen untersucht.

2 Anknüpfungen an das Alter im Arbeitsrecht

Da nach den Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft das Diskriminierungsverbot symmetrisch gestaltet ist, also sowohl die Benachteiligung Älterer als auch die Benachteiligung Jüngerer verbietet, werden künftig alle Regelungen angreifbar, die in irgendeiner Form an das Alter anknüpfen. Man findet dies sowohl und vor allem in Regelungen, die dem traditionellen Leitbild des männlichen Normalarbeitsverhältnisses zuzurechnen sind, als auch in Regelungen, die ein neues Leitbild voranzubringen versuchen.

2.1 Das Alter im Leitbild des traditionellen Arbeitsrechts

Die wohl am heftigsten umstrittenen Regelungen, deren Geltung mit dem neuen Antidiskriminierungsrecht in Frage steht, sind automatische Beendigungen des Arbeitslebens. Zahlreiche

Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträge enthalten Höchstaltersgrenzen, die mit Erreichen einer bestimmten Altersgrenze (in der Regel 65 Jahre) das automatische Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis vorsehen. Als Beispiel sei nur § 60 Abs. 1 BAT genannt (der BAT wird allerdings für die Beschäftigten des Bundes und der Kommunen ab Oktober 2005 durch den TVöD abgelöst). Auch im Beamtenrecht (§ 41 BBG) gibt es solche Grenzen (vgl. Nussberger, 2002, 528, 530 auch zu den Altersgrenzen für freie Berufe).

Darüber hinaus gibt es spezifische Altersgrenzen für den Zugang zu bestimmten Berufen; sie werden in der Regel mit einer typischerweise sinkenden Leistungsfähigkeit für bestimmte Tätigkeiten begründet. Bei PilotInnen zum Beispiel ziehen die einschlägigen Tarifverträge eine Grenze beim 60. Lebensjahr. Zum Teil gibt es auch Mindestaltersgrenzen (Beispiele bei Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 21 ff; generell zum Schutz von Rechtsgütern „gegen ältere Menschen“ Nussberger, 2002, 527).

Auf der anderen Seite stehen zahlreiche Regelungen, die mit dem Alter bestimmte Besitzstände und besondere Rechte gewährleisten. So verbieten zahlreiche Tarifverträge die ordentliche Kündigung älterer ArbeitnehmerInnen (siehe zum Beispiel § 53 Abs. 3 BAT für den Eintritt der Unkündbarkeit im Sinne des § 55 BAT; entsprechende Vorschriften enthält der TVöD; weitere Beispiele bei Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 51).

Zahlreiche Entgelttarifverträge enthalten Lebensaltersstufen, wonach das Entgelt mit dem Lebensalter automatisch ansteigt (Beispiele bei Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 34 ff; insgesamt ist allerdings eine Senioritätentlohnung in Deutschland weniger verbreitet, als Einzelfälle annehmen lassen, siehe Bispinck, WSI-Tarifarchiv, 2002). Nachdem § 27 BAT für den Bund und die Kommunen ab Oktober 2005 durch den TVöD abgelöst wird, in dem statt Dienstaltersstufen etwas flexiblere „Entwicklungsstufen“ gelten, wird ihre Bedeutung vermutlich noch geringer werden. Aber auch zahlreiche andere betriebliche Leistungen, ob durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag geregelt oder infolge arbeitgeberseitiger betrieblicher Übung gewährt, knüpfen Leistungen und Rechte an die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter an. Vor allem bei Sozialplanabfindungen gibt es viele Beispiele für eine solche Praxis. Auch die Berechnung anderer Abfindungen orientiert sich in aller Regel maßgeblich am Alter (§ 10 Abs. 2 KSchG; Beispiele für tarifliche Abfindungsregelungen bei Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 30 ff).

Nach § 1 Abs. 3-5 KSchG gehören die Dauer der Betriebszugehörigkeit sowie das Lebensalter neben Unterhaltspflichten und einer etwaigen Schwerbehinderung zu den Gesichtspunkten, die im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen zu berücksichtigen sind. Konkret heißt dies: Jüngere sind vor älteren Beschäftigten zu kündigen. In diesem Zusammenhang sind auch Regelungen wie § 622 Abs. 2 BGB oder § 53 BAT zu erwähnen, wonach die Kündigungsfrist von der Dauer der Betriebszugehörigkeit bzw. dem Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig ist (Beispiele für tarifliche Regelungen bei Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 52 f).

Das Altersteilzeitgesetz wiederum privilegiert ArbeitnehmerInnen, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, indem es ihnen die Möglichkeit eines gleitenden Übergangs vom Erwerbsleben in die Altersrente gibt, der durch Zuschuss der Bundesagentur für Arbeit gefördert wird (das Gesetz gilt in seinem Förderteil bis 2009; genauer zum Beispiel Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 59).

2.2 Das Alter in der flexiblen Arbeitswelt

Eine andere Gruppe bilden diejenigen Normen, die in Abkehr vom traditionellen Leitbild eine flexiblere Personalpolitik zum Ziel haben. Im Interesse einer „Förderung der Beschäftigung“ problematischer ArbeitnehmerInnengruppen wird so der Arbeitsmarkt bestimmter Altersgruppen zu deregulieren versucht. So stellt es nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TzBfG einen sachlichen Grund für eine Befristung dar, wenn diese im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern. Unter demselben Vorzeichen erlauben einige Tarifverträge, BerufsanfängerInnen bzw. neu Eingestellte zu einem geringeren Entgelt einzustellen (Zachert, 1999, 994).

Auf der anderen Seite der Altersskala entbindet zum Beispiel § 14 Abs. 3 TzBfG bei der befristeten Einstellung von ArbeitnehmerInnen ab Vollendung des 58. Lebensjahres vom Erfordernis eines sachlichen Grundes für die Befristung (nach Satz 4 gilt dies bis 31.12.2006 sogar für ArbeitnehmerInnen ab 52 Jahre). Der Verdacht, dass diese Vorschrift gegen kommende Diskriminierungsverbote verstoßen könnte, hat Rechtsunsicherheit mit sich gebracht und damit bewirkt, dass von der Regelung in der Praxis kaum Gebrauch gemacht wird. Auch der Bundesverband Deutscher Arbeitgeberverbände hat geraten, keine Arbeitsverträge auf der Grundlage erleichterter „Altersbefristungen“ abzuschließen.

3 Rechtsgrundlagen gegen Diskriminierung

Das Antidiskriminierungsrecht ist schon lang das Mittel der Wahl, um starre Leitbilder, Normalitätsannahmen und Exklusionsmechanismen im Arbeitsrecht anzugreifen.

Da die Arbeitsvertragsparteien nicht GrundrechtsadressatInnen sind, gilt der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz des Art. 3 GG nicht unmittelbar in allen Bereichen des Arbeitsrechts (zum Ganzen Kocher, 2004a, 31 ff). Als „allgemeines Strukturprinzip der durch das Grundgesetz geschaffenen Rechtsordnung“ (BVerfG, Urteil vom 23.1.1957, BVerfGE 6, 84 ff, 91) hat er aber Entsprechungen auch im Arbeitsrecht. So können sich Beschäftigte gegenüber dem/r ArbeitgeberIn auf den „arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz“ berufen. Für die Betriebsparteien gilt das Gleichbehandlungsgebot des § 75 BetrVG, und auch die Tarifvertragsparteien sind nach ständiger Rechtsprechung des BAG jedenfalls an einen dem Art. 3 GG entsprechenden Gleichheitssatz gebunden.

Die allgemeinen Gleichheitssätze werden nun durch Unterscheidungs-, Anknüpfungs- bzw. Diskriminierungsverbote ergänzt. Das Grundgesetz enthält solche Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 GG. Dort zählt das Alter jedoch nicht zu den verbotenen Unterscheidungsmerkmalen. Auch das Arbeitsrecht kennt neben den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätzen spezielle Diskriminierungsverbote. § 611a BGB (der künftig wohl durch das ADG abgelöst werden wird) verbietet die Benachteiligung wegen des Geschlechts, und § 81 SGB IX die Diskriminierung Behinderter. „Behinderung“ setzt nach § 2 Abs. 1 SGB IX allerdings unter anderem voraus, dass Fähigkeiten und Gesundheit „von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen“.

In Hinblick auf das Alter ist im Arbeitsrecht damit allein § 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG einschlägig. Danach haben die Betriebsparteien darauf zu achten, dass ArbeitnehmerInnen nicht wegen Überschreitens einer bestimmten Altersstufe benachteiligt werden. Hier wird nicht die Diskriminierung wegen des Alters, sondern die Diskriminierung Älterer untersagt.

3.1 Europäisches Recht - Entwicklung und Rechtsvergleichendes

Die Bedeutung des europäischen Rechtsrahmens bei der Schaffung von Diskriminierungsverboten im deutschen Arbeitsrecht kann kaum überschätzt werden. Ausgangspunkt für das deutsche Recht der Geschlechtergleichbehandlung ist die Rechtsvorschrift zum gleichen Entgelt von Männern und Frauen in Art. 141 EG-V (ex-Artikel 119 EWG-Vertrag). Nachdem durch den Amsterdamer Vertrag mit Art. 13 EG-V eine Bestimmung aufgenommen wurde, die es dem Rat erlaubt, „im Rahmen der Zuständigkeiten [der Gemeinschaft] einstimmig geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen [unter anderem] wegen des Alters zu bekämpfen“, erließ die Gemeinschaft dann im Jahre 2000 zwei Richtlinien, mit denen der Diskriminierungsschutz auf weitere Merkmale ausgedehnt werden soll.

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters hat kaum Vorbilder in europäischen Rechtsordnungen (siehe die Hinweise auf das französische und niederländische Recht bei Simitis, RdA 1994, 258; zum schwedischen und irischen Recht Wiedemann, Thüsing, 2002, 1235). Es ist jedoch seit Jahren selbstverständlicher Bestandteil bzw. „tragender Pfeiler“ (Wiedemann, Thüsing, 2002, 1235) des US-amerikanischen Arbeitsrechts. Im Zuge der Bürgerrechtsbewegung (und in Anlehnung an den Civil Rights Act von 1964, vgl. Peter, 1993, 385) trat im Jahre 1968 der Age Discrimination in Employment Act (ADEA) in Kraft (zu Entstehung und Inhalt genauer Fenske, 1998, 27 ff). Er schützt im Wesentlichen ArbeitnehmerInnen, die älter als 40 Jahre sind.

Im neuen europäischen Antidiskriminierungsrecht ist die Behandlung älterer ArbeitnehmerInnen in der allgemeinen Rahmenrichtlinie zum Diskriminierungsschutz im Erwerbsleben (Richtlinie 2000/78/EG, im Folgenden nur „RiLi 2000/78“) geregelt. Sie enthält außerdem die Verbote der Diskriminierung wegen der Behinderung, der Religion oder Weltanschauung und der sexuellen Orientierung (Diskriminierungsverbote wegen „Rasse“ oder ethnischer Herkunft sind in Richtlinie 2000/43/EG geregelt und die Geschlechtergleichbehandlung in Richtlinie 2002/73/EG bzw. 76/207/EWG). Nach den Erwägungsgründen der Richtlinien soll das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nicht zuletzt der Erreichung der Ziele der beschäftigungspolitischen Leitlinien, also unter anderem der Erhöhung der Erwerbsquote Älterer, sowie der Förderung der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung dienen. Das Merkmal „Alter“ in der Richtlinie 2000/78/EG zeichnet sich allerdings durch einige Besonderheiten aus: So ist das Diskriminierungsverbot anders als im US-amerikanischen Recht nicht an einer Altersgrenze orientiert und schützt anders als § 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht nur ältere ArbeitnehmerInnen. Das Verbot jeglicher Bezugnahme auf das Alter wird damit begründet, dass es verschiedene „kritische“ Altersstufen gibt (vgl. Begründung des Fraktionsentwurfs eines ADG, BT-Drucks. 15/4538, 33).

Generell ist das Alter insofern ein relatives Merkmal, weil jede Person im Lauf ihres Lebens unterschiedlichen Altersgruppen zugehört; das Merkmal bezieht sich also nicht auf feststehende soziale Identitäten (Wiedemann, Thüsing, 2002, 1234 f ziehen allerdings zu weitgehende Schlussfolgerungen hieraus). Da es keine eindeutig begünstigte und keine eindeutig belastete Gruppe gibt, soll es nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers weitgehende Rechtfertigungsmöglichkeiten einer Anknüpfung an das Alter geben; für Benachteiligungen wegen des Alters bietet die RiLi 2000/78 insofern den weitesten Ausnahmekatalog an. Selbst „rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung“ (Art. 6 der RiLi 2000/78), die über die Situation eines einzelnen Unternehmens oder einer Branche hinausgehen, sollen eine Benachteiligung wegen des Alters

rechtfertigen können.

Europäische Richtlinien wirken im Gegensatz zu Verordnungen lediglich mittelbar (Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag). Sie verpflichten die Mitgliedstaaten dazu, das nationale Recht an die Richtlinienvorgaben anzugleichen. Wegen der Säumnis in der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien hat der Europäische Gerichtshof Deutschland bereits verurteilt (EuGH, 28.4.2005 – C329/04, EuZW 2005, 444); dies betrifft allerdings nicht das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, denn hier erlaubt Art. 18 der Richtlinie 2000/78/EG den Mitgliedstaaten, eine Zusatzfrist von drei Jahren ab dem 2. Dezember 2003 in Anspruch zu nehmen. Sollte die Richtlinie 2000/78/EG künftig in deutsches Recht umgesetzt sein, so dient das jeweilige deutsche Gesetz als einschlägige Rechtsgrundlage in Deutschland. Es wird jedoch gemeinschaftskonform auszulegen sein, wobei Zweifel an der Auslegung des europäischen Rechts durch den Europäischen Gerichtshof geklärt werden können (Art. 234 EG-V).

3.2 Das künftige deutsche Antidiskriminierungsrecht

Zur Umsetzung haben die Regierungsfractionen SPD-Bündnis 90/GRÜNE nach langer interner Diskussion im Jahre 2005 den Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes (im Folgenden „ADG-E“ abgekürzt) in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht (BT-Drucks. 15/4538). Die anschließende lebhafteste rechtspolitische Diskussion konzentrierte sich auf die Frage, ob im Zivilrecht eine 1:1-Umsetzung der Richtlinien erfolgen sollte, das heißt lediglich die Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft sowie wegen des Geschlechts verboten werden sollte (dies forderte die Opposition), oder ob im Zivilrecht über die Richtlinienvorgaben hinaus ein horizontaler Ansatz gelten sollte, wie er für das Arbeitsrecht ohnehin zwingend ist, ob also die Diskriminierung wegen anderer Merkmale genauso wie rassistische und Geschlechtsdiskriminierung behandelt werden sollte (so der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen). Davon abgesehen, betreffen auch die wesentlichen Differenzen zwischen deutschem Gesetzentwurf und den Umsetzungen in anderen Mitgliedstaaten die verfahrensmäßige Umsetzung sowie die Durchsetzungsinstrumente; sie sind nicht Gegenstand dieses Beitrags (siehe dazu aber Kocher, 2004b).

Obwohl der Entwurf am 17.6.2005 vom Bundestag verabschiedet wurde und nicht zustimmungsbedürftig ist, ist es unwahrscheinlich geworden, dass er vor der Neuwahl im September 2005 noch verabschiedet wird: Nachdem der Bundesrat am 8.7.2005 Einspruch erhoben und den Vermittlungsausschuss angerufen hat, gelang es dem Bundestag nicht mehr, den Einspruch mit Kanzlermehrheit zurückzuweisen. Das Gesetzgebungsverfahren wird also nach der Neuwahl neu zu beginnen sein. Dennoch wird im Folgenden auf den Entwurf Bezug genommen; was das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters im Arbeitsrecht angeht, orientierte er sich eng an den europarechtlichen Vorgaben und gab diese im Wesentlichen inhaltlich wieder.

3.2.1 Überblick

Der Anwendungsbereich des Verbots der Altersdiskriminierung erstreckt sich nach Art. 3(1) der Richtlinie 2000/78/EG (§ 2 Abs. 1 ADG-E) auf die Bedingungen - einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen - für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit sowie sämtliche Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen. Es betrifft sowohl einseitige Handlungen des Arbeitgebers, einvernehmliche individualvertragliche Vereinbarungen, betriebliche Übungen als auch kollektivrechtliche Vereinbarungen wie Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge. Eine Ausnahme für kleinere Unternehmen gibt es nicht.

Erfasst werden auch, allerdings mit erwartet geringerer praktischer Bedeutung, der Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung und der Berufs(aus)bildung sowie die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Beschäftigten-, Berufsgruppen- oder Arbeitgebervereinigung. Auf die Sozialversicherung und andere staatliche Systeme des sozialen Schutzes findet das Diskriminierungsverbot keine Anwendung.

Anders als in § 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wird grundsätzlich sowohl die Diskriminierung jüngerer als auch älterer Personen verboten.

3.2.2 Der Tatbestand der Diskriminierung, insbesondere das Verbot der mittelbaren Diskriminierung

Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters liegt grundsätzlich in jeder unmittelbaren Anknüpfung an das Alter. Über das europäische Richtlinienrecht hat darüber hinaus aber auch das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aus dem angloamerikanischen Recht Eingang in das deutsche Recht gefunden (vgl. z.B. Bieback, 1997, 20 ff). Nach Art. 2(2)b der RiLi 2000/78 (§ 3 Abs. 2 ADG-E) liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in Art. 1 (§ 1) genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Dies verlangt eine materielle Betrachtungsweise auf die rechtstatsächlichen Auswirkungen von Regelungen, d.h. eine altersbezogene Analyse der Vorschriften, die möglicherweise diskriminierend wirken. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Alters könnte insofern relevant werden für die Anknüpfung an der Dauer der Betriebszugehörigkeit bzw. an der Betriebstreue, denn Ältere haben typischerweise längere Betriebszugehörigkeitszeiten (Schlachter, 2003, 358; Schmidt, Senne, 2002, 83). Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind aber nur dann im Rechtssinne mittelbar benachteiligend, wenn sie nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt werden, zu dessen Erreichung sie als Mittel angemessen und erforderlich sind.

Nach Art. 3(3) der RiLi 2000/78 ist auch eine „Belästigung“ eine Benachteiligung, wenn „unerwünschte Verhaltensweisen, die mit [dem Alter] in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“ (so die Wiedergabe in § 3 Abs. 3 ADG-E).

3.2.3 Gerechtfertigte Ungleichbehandlungen

Jegliche Ungleichbehandlung wegen eines verpönten Merkmals wie des Alters stellt nur dann eine rechtswidrige Diskriminierung dar, wenn sie nicht im Sinne des Art. 4(1) der RiLi 2000/78 (§ 8 Abs. 1 ADG-E) gerechtfertigt ist, weil wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Dies meint Fälle, in denen zum Beispiel für die Verkörperung einer bestimmten Rolle in der darstellenden Kunst ein bestimmtes Alter verlangt wird - für die Darstellung einer jungen Liebhaberin wird man in unserem Kulturkreis einen älteren Mann allein wegen Geschlecht und Alters ablehnen

dürfen (Schlachter, 2003, 359; Schmidt, Senne, 2002, 83). Ein anderes Beispiel sind FunktionsträgerInnen von Interessenverbänden Älterer oder Jüngerer oder BeraterInnen hinsichtlich altersgruppentypischer Probleme. Hier sind Altersgrenzen zulässig (Schlachter, 2003, 359; Weber, 2002, 403).

Zusätzlich ermöglicht Art. 6 der RiLi 2000/78 (vgl. § 10 ADG-E) noch weitere zulässige unterschiedliche Behandlungen wegen des Alters und macht insofern von allen Ermächtigungen Gebrauch, die Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG den Mitgliedstaaten ermöglichte. Jede unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist zulässig, wenn sie nur objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Damit indiziert es noch nicht Diskriminierung, wenn eine Maßnahme altersabhängig gestaltet wird (Schlachter, 2003, 367). Unterschiedliche Behandlungen können nach § 10 ADG-E (Art. 6 (1) und (2) der RiLi 2000/78) insbesondere Folgendes einschließen: 1. die Festlegung besonderer Bedingungen, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen; 2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile; 3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand; 4. Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der Altersrente oder Invalidität und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen.

Darüber hinaus wurden im Zuge eines politischen Kompromisses im März 2005 noch weitere Rechtfertigungsgründe in den deutschen Entwurf aufgenommen, die in der RiLi 2000/78 nicht enthalten sind: 5. eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann; 6. eine Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl anlässlich einer betriebsbedingten Kündigung im Sinne des § 1 Kündigungsschutzgesetz, soweit dem Alter kein genereller Vorrang gegenüber anderen Auswahlkriterien zukommt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalls und die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Beschäftigten, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheiden; 7. die individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarung der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit, soweit dadurch nicht der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 des Kündigungsschutzgesetzes grob fehlerhaft gemindert wird; 8. Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind, oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind. Diese Ausnahmeregelungen sind zwar nicht aus dem europäischen Recht abzuleiten, haben jedoch in der rechtspolitischen und rechtsdogmatischen Diskussion in Deutschland so große Bedeutung, dass sie im Folgenden ebenfalls in die Betrachtung einbezogen werden.

Zuletzt erlaubt Art. 7(1) der Richtlinie 2000/78/EG (§ 5 ADG-E) auch so genannte positive Maßnahmen, das heißt unterschiedliche Maßnahmen zum Ausgleich bestehender Nachteile

gesellschaftlich diskriminierter Gruppen. Hier drückt sich die Asymmetrie des Antidiskriminierungsrechts aus, das letztlich bestimmte soziale Gruppen schützen soll.

3.3 Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung

Die neuen Antidiskriminierungsrichtlinien zeichnen sich gegenüber der früheren europarechtlichen Gesetzgebung insbesondere dadurch aus, dass sie auch einige verfahrensrechtliche Vorgaben machen (ausführlich Kocher, 2004b). So ist zunächst hinsichtlich der Beweislast entsprechend der regelmäßigen Beweislastverteilung bei jeder Art von Gleichbehandlungsansprüchen (siehe zuletzt BAG, 1.12.2004 - 5 AZR 664/03 mit Anm. Kocher, AP) vorgesehen, dass dann, wenn eine Diskriminierung wahrscheinlich gemacht wurde, der/die ArbeitgeberIn zu beweisen hat, dass die Ungleichbehandlung auf andere Gründe zurückgeht (Art. 10 der Richtlinie 2000/78/EG; § 22 ADG-E).

Darüber hinaus gibt es äußerst schwache Ansätze eines kollektiven Rechtsschutzes (grundsätzlich hierzu Pfarr, Kocher, 1998). Nach Art. 9(2) der RiLi 2000/78 (§ 23 ADG-E) müssen Verbände bzw. Antidiskriminierungs-Nichtregierungsorganisationen die Möglichkeit haben, einzelne bei ihren Individualklagen zu unterstützen. Betriebsrat oder Gewerkschaft sollten darüber hinaus nach § 17 Abs. 2 ADG-E unter bestimmten Voraussetzungen auf Unterlassung diskriminierender Handlungen klagen können. Entsprechend des horizontalen Ansatzes hatte der deutsche Gesetzgeber des Frühjahrs/Sommers 2005 vorgesehen, dass die Antidiskriminierungsstelle, die nur nach den Richtlinien 2000/43/EG und 2002/73/EG einzurichten war, auch für Diskriminierungen wegen des Alters zuständig sein sollte (§§ 25 ff ADG-E). In ihren Kompetenzen wäre diese Stelle allerdings den angloamerikanischen Vorbildern (in den USA die Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), dazu auch Peter, 1993, 385; siehe auch Fenske, 1998, 40 ff zu den Gruppenklagen) nicht vergleichbar.

4 Konsequenzen für das deutsche Arbeitsrecht

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion werden die Konsequenzen, die ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters für das deutsche Arbeitsrecht bringen wird, noch diskutiert. Insbesondere die Reichweite der Ausnahmen und Rechtfertigungen ist umstritten.

4.1 (Höchst-)Altersgrenzen

Eine zentrale Frage ist dabei die Zulässigkeit arbeitsrechtlicher Höchstaltersgrenzen. Die Diskussion wird schon seit Langem vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit geführt. Bereits im Jahre 1921 hatten einige Richter des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vergeblich Klage gegen ihre zwingende Versetzung in den Ruhestand mit 68 Jahren erhoben. Das neue Antidiskriminierungsrecht hat nun zur Wiederaufnahme dieser Diskussion geführt (siehe schon Nussberger, 2002, 528). Nach dem neuen Antidiskriminierungsrecht sind zwar Altersgrenzen in Betriebsrentensystemen eindeutig zulässig (Art. 6(2) der RiLi 2000/78; § 10 Nr. 4 ADG-E). Dies bedeutet aber nicht schon, dass

auch automatische Altersgrenzen für das Arbeitsverhältnis zulässig wären (anders Leuchten, 2002, 1258). § 41 Satz 1 SGB VI sagt sogar ausdrücklich, dass der Anspruch auf Altersrente nicht Kündigungsgrund sein kann, und § 8 AltersteilzeitG verbietet es, Kündigungen mit der Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Altersteilzeitarbeit zu rechtfertigen. Nach dem Kompromiss vom März 2005 wurde zwar als § 10 Nr. 5 ADG-E eine Vorschrift aufgenommen, wonach eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann, zulässig bleiben soll. Da hiermit aber von den Richtlinien abgewichen wird, vermag eine solche Regelung die Zweifel über die Zulässigkeit von Höchstaltersgrenzen noch nicht zu beseitigen.

Rechtstechnisch sind die Altersgrenzen in der Regel auflösende Bedingungen bzw. Befristungen. Damit sind sie nach § 14 TzBfG nur zulässig, soweit sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind (anders hinsichtlich der Rechtsmaßstäbe Waltermann, 1989, 59 ff). Das Bundesarbeitsgericht hat insofern angenommen, die Vollendung des 65. Lebensjahres in Verbindung mit einer angemessener Versorgung stelle einen ausreichenden Sachgrund dar (so auch das BAG, 20.11.1987, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze und 19.9.1985, AP Nr. 11 zu § 77 BetrVG 1972 (Vorlage an GS); BAG GS 16.9.1986, AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972; anders Zöllner, 2003, 522 f, der die Zulässigkeit nicht von der tatsächlichen Gewährleistung einer angemessenen Versorgung abhängig machen will). Die Möglichkeit des Bezugs von Altersrente nach § 35 SGB VI soll insofern nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Voraussetzung für automatische Altersgrenzen sein.

Aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit ergeben sich engere Zulässigkeitsvoraussetzungen. Denn Altersgrenzen nehmen den Betroffenen die Möglichkeit der weiteren Berufsausübung. Insofern handelt es sich um einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, der nur rechtmäßig ist, wenn er zu Gunsten eines legitimen Ziels verhältnismäßig, das heißt erforderlich und proportional ist (Waltermann, 1989, 135 ff; 139 ff). Der Verlust der Freiheit zu beruflicher Entfaltung kann durch einen Rentenanspruch nicht ausgeglichen werden (vgl. Schlachter, 2003, 369 f). Als mögliche Ziele der Altersgrenzen werden insofern diskutiert: Sicherung des Leistungsstandes, betriebliche Beschäftigungspolitik, Beeinflussung der Altersstruktur, Aufstiegschancen und Personal- und Nachwuchsplanungen (Waltermann, 1989, S. 133 ff; BAG, 20.11.1987, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze). Insofern hat jedoch dem Bundesverfassungsgericht der Verweis auf die Wahrung einer ausgewogenen Altersstruktur als Legitimation gereicht (BVerfG, 30.3.1999, NZA 1999, 816 f; zustimmend Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 44 ff für alle solche Höchstaltersgrenzen). Auch wenn nur wenige ArbeitnehmerInnen wegen der Altersgrenze einen frei werdenden Arbeitsplatz erhalten würden, handele es sich um ein geeignetes Mittel der Beschäftigungspolitik. Außerdem verhindere das Gesetz das Verlangen nach sachlich nicht gerechtfertigten Abfindungen und diene dem Betriebsfrieden, „der durch eine Blockierung von Arbeitsplätzen für Nachwuchskräfte durch ältere Arbeitnehmer mit voller Altersrente gefährdet werden kann“.

Es spricht viel dafür, dass diese Gründe nach dem neuen Antidiskriminierungsrecht nicht mehr ausreichen werden (Schlachter, 2003, 365; 370). Denn man ist sich weitgehend einig darüber, dass es sich um Entlassungsbedingungen handelt, auf die das Verbot der Altersdiskriminierung anwendbar ist (Schlachter, 2003, 362 ff; Thüsing, 2001, 1064; Schmidt, Senne, 2002, 84). Damit muss neben dem Sachgrund der Befristung noch eigenständig geprüft werden, ob mit der Altersgrenze ein bestimmtes legitimes Ziel im Sinne der Artt. 4, 6 der RiLi 2000/78 (§§ 8, 10 ADG-E) verfolgt wird (Schlachter, 2003, 368). Allgemeine beschäftigungs-

politische Erwägungen, nach denen Arbeitsplätze für Jüngere „frei gemacht“ werden sollen, können nach der neuen Rechtslage nicht mehr ausreichen, wenn man sich den anstehenden Paradigmenwechsel von der Frühverrentung zur Verlängerung des Arbeitslebens aus Gründen des demographischen Wandels vor Augen hält (Schlachter, 2003, 368 f; Löwisch, Caspers, Neumann, 2002, 47). Weil eine schlichte Ersetzung älterer durch jüngere ArbeitnehmerInnen gerade verhindert werden soll, kann auch nicht der Wunsch nach einer geordneten und kontinuierlichen betrieblichen Nachwuchs- und Personalplanung als legitimes Ziel erhalten (Schlachter, 2003, 365; 368 f; anders Löwisch, Caspers, Neumann, 2002, 47). Ein so weit gehender Eingriff, dem so geringe relative Vorteile entgegenstehen, ist als unverhältnismäßig belastendes Mittel anzusehen (Schlachter, 2003, 371). Ohnehin ist eine langfristige, gezielte Nachwuchsplanung nur für bestimmte SpezialistInnen- oder Führungsfunktionen erforderlich (Schlachter, 2003, 372; anders Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 45 f).

Allerdings könnte man fragen, ob Höchst-Altersgrenzen nicht zulässige „positive Maßnahme“ zu Gunsten jüngerer Beschäftigter seien (vgl. Art. 7(1) der RiLi 2000/78; § 5 ADG-E), deren Aufstiegschancen auf diese Weise verbessert werden könnten (dafür Zöller, 2003, 531). Dem steht jedoch entgegen, dass es gar nicht um den Ausgleich von spezifischen „Benachteiligungen“ jüngerer ArbeitnehmerInnen auf dem Arbeitsmarkt geht. Die hohe Jugendarbeitslosigkeit ist meist Folge fehlender oder nicht passförmiger Qualifikation, nicht einer Altersdiskriminierung (Schlachter, 2003, 366; Schmidt, Senne, 2002, 85 bezweifeln angesichts der geringen Zahl auch die Geeignetheit der Maßnahme zur Beschäftigungsförderung).

Es bleibt somit allein das Argument der geringeren Leistungsfähigkeit älterer ArbeitnehmerInnen, die das Fehlen einer „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ im Sinne des Art. 4(1) der RiLi 2000/78 (§ 8 Abs. 1 ADG-E) begründen könnte. Allein eine generell mit dem Alter assoziierte geringere körperliche Belastbarkeit kann aber auch hier nicht ausreichen (Schlachter, 2003, 359). Die Rechtfertigung mit einer „allgemeine[n], aus den Lebenserfahrungen heraus aufgestellten Feststellung der Dienstunfähigkeit“ (RG, 14.3.1922, RGZ 104, 58, 60 ff, 62; vgl. zu den automatischen Altersgrenzen im heutigen Beamtenrecht Battis, Deutelmoser, 1994, 265 ff; siehe auch schon Weber, AuR 2002, 403)) oder dem „wohlverstandenen Interesse des Arbeitnehmers, [...] für ihn ungute Auseinandersetzungen über altersbedingten Leistungsabbau [auszuschließen]“ (BAG 20.11.1987, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze) kommt nicht in Betracht. Vielmehr ist „Leistungsfähigkeit“ immer in Hinblick auf eine bestimmte Tätigkeit zu sehen (Simitis, 1994, 263) und zu fragen, ob die jeweilige Anforderung legitimerweise an die jeweilige Tätigkeit gestellt werden kann. So hat das BAG zu Recht einen Tarifvertrag in der Luftfahrt teilweise für unwirksam erklärt, der eine Altersgrenze von 60 Jahren für das Cockpitpersonal und von 55 Jahren für das Kabinenpersonal vorsah. Bei einer Flugbegleiterin könnten altersbedingte Ausfallerscheinungen keine ernste Gefahr für Leib und Leben der Flugpassagiere, des Flugpersonals oder gar Menschen in überflogenen Gebieten darstellen (BAG, 31.7.2002, AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; siehe auch kritisch zu Altersgrenzen für MetallarbeiterInnen und für eine individualisierte Betrachtung Joost, Anm. zu BAG, 20.11.1987, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze; genauer zu Berufsrisiken auch Naegele, 2005, 215). Anders ist dies jedoch für das Cockpitpersonal. Hier kann der Schutz von Sicherheit und Gesundheit Altersgrenzen rechtfertigen. So hat auch das Bundesverfassungsgericht vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) eine tarifliche Altersgrenze von 60 Jahren für PilotInnen gebilligt (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 25.11.2004 – 1 BvR 2459/04).

Auch in diesen Fällen bleibt noch die Frage zu stellen, ob eine „Vertypung der Belastbarkeitsgrenze“ bei Feuerwehrmännern/-frauen, PolizistInnen, FluglotsInnen und BusfahrerInnen zulässig ist (Wiedemann, Thüsing, 2002, 1237; Zöllner, 2003, 525), oder ob nur relative Altersgrenzen möglich sind, die eine grundsätzliche Beendigung vorsehen, bei individuell fort bestehendem Leistungsvermögen aber auch einen Anspruch auf eine Verlängerung enthalten (Simitis, 1994, 263). Auch dies ist wohl nach Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen. Wo es (wie bei PilotInnen) um den Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Personen geht, müssen generalisierende Annahmen „auf der Grundlage von Erfahrungswerten“ erlaubt sein (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 25.11.2004 – 1 BvR 2459/04; für ein Abstellen auf medizinische Erfahrungswerte Schmidt, Senne, 2002, 88).

Etwas anderes muss allerdings für eine mögliche Kündigung wegen geminderter Leistungsfähigkeit gelten. Hier sind nicht nur die Leistungsanforderungen arbeitsplatzspezifisch zu begründen, sondern hier kommt es auch auf die individuelle Leistungsfähigkeit des jeweiligen Arbeitnehmers/der jeweiligen Arbeitnehmerin an. Die RiLi 2000/78 und das geplante deutsche Recht sehen hier jedoch anders als im Schwerbehindertenrecht (Art. 5 der RiLi 2000/78; § 81 Abs. 4 SGB IX) keine Verpflichtung des Arbeitgebers vor, den Arbeitsplatz einer etwa geänderten oder gesunkenen Leistungsfähigkeit anzupassen (vgl. dazu schon Peter, 1993, 387)

4.2 Höchst- oder Mindestanforderungen für den Zugang zur Beschäftigung

Im Prinzip sind Höchst- oder Mindestaltersgrenzen für den Zugang zur Beschäftigung genauso zu behandeln wie das automatische Ausscheiden auf Grund des Erreichens eines bestimmten Alters. Das Alter scheidet also als allgemeines Einstellungskriterium aus. Entsprechend dürfen in Einstellungsfragen auch keine Fragen nach dem Lebensalter oder dem Geburtsdatum gestellt werden (dazu Leuchten, 2002, 1257; Peter, 1993, 385 mit einem Verweis auf die Parallelen im US-amerikanischen ADEA).

Als „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ kann aber zum Beispiel ein bestimmtes Unternehmenskonzept, wenn es konsequent durchgeführt wird, eine bestimmte Altersstruktur rechtfertigen. Ob damit allerdings über die Jugend- und Altersorganisationen hinaus auch gewillkürte Zielgruppenorientierungen personalpolitische Konsequenzen haben dürfen, ist eher zu bezweifeln (anders Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 25, die einem Unternehmen einer Mode-Einzelhandelskette, das Jugendliche als Zielgruppe hat, erlauben wollen, sich an deren Erwartung ausrichten, von jüngeren VerkäuferInnen bedient zu werden, oder ein bestimmtes Alter für ModeratorInnen für entsprechende Fernsehprogramme für zulässig halten, wenn dies konstitutiver Teil des Unternehmenskonzepts ist).

Für die Einstellung enthält Art. 6(1)c) der RiLi 2000/78 (§ 10 Nr. 3 ADG-E) noch eine zusätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit: Ein Höchstalter kann auch für spezifische Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand verlangt werden (Beispiele aus der Praxis bei Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 47 f). Es kann also der Aufwand für die Einarbeitung am Arbeitsplatz gegen eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung abgewogen werden.

4.3 Anknüpfung von Leistungen an Alter und/oder Betriebszugehörigkeit

Die Struktur des Diskriminierungsverbots bringt es mit sich, dass jegliche Anknüpfung an das Alter entsprechend Artt. 4, 6 der RiLi 2000/78 (§§ 8, 10 ADG-E) zu rechtfertigen ist (für ein Beispiel aus der bisherigen Rechtsprechung siehe BAG, 6.2.1985, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn). Auch Alltagsannahmen wie die, dass ältere ArbeitnehmerInnen durch eine Arbeitszeit- und Entgeltkürzung im Allgemeinen weniger hart getroffen würden und berücksichtigt werden dürfe, dass Jüngere häufig erst noch dabei seien, sich eine Existenz aufzubauen und für Familie und Kinder in der Ausbildung zu sorgen hätten (BAG, 18.8.1987, AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972; dagegen schon v. Hoyningen-Huene in der Anmerkung; wie hier Leuchten, 2002, 1259), dürften nicht mehr zu halten sein.

Wegen der symmetrischen Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots sind auch Bevorzugungen Älterer, wie es sie zum Beispiel mit betrieblichen oder tariflichen Regelungen über kürzere Arbeitszeiten und längeren Urlaub oder Verdienstsicherungen ab einem bestimmten Alter gibt, (Beispiele bei Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 37 ff), künftig problematisch. Das Diskriminierungsverbot unterscheidet gerade nicht zwischen „positiven Maßnahmen“ mit und ohne Belastung jüngerer ArbeitnehmerInnen (so aber Wiedemann, Thüsing, 2002, 1240; für die Zulässigkeit auch Leuchten, 2002, 1258). Nicht zuletzt die tariflichen Regelungen für den öffentlichen Dienst, wo der BAT sehr stark nach dem Lebensalter unterschied, werden künftig von solchen Kriterien Abstand nehmen müssen.

Der ADG-Entwurf wurde Mitte März allerdings noch geändert mit der Maßgabe, dass über die europarechtlichen Vorgaben hinaus nun doch auch bestimmte Sonderregelungen für Ältere im Kündigungsschutz und Sozialplanrecht erhalten bleiben sollten (§ 10 Nr. 6 und 8 ADG-E). Man bezieht sich damit auf eine Rechtsprechung, die wohl zu Recht anerkennt, dass die geringeren Chancen, die ältere Beschäftigte auf dem Arbeitsmarkt haben, deutlich höhere Sozialplanabfindungen rechtfertigen (BAG, 26.6.1990, BAGE 65, 199, 205). Allerdings hat es das BAG auch umgekehrt akzeptiert, dass Sozialplanleistungen in ihrem Überbrückungscharakter berücksichtigen, dass entstehende soziale Nachteile bereits durch einen möglichen Bezug von Altersrente gemildert seien (BAG, 14.2.1984, AP Nr. 21 zu § 112 BetrVG 1972; genauso für die Deckelung von Sozialplanleistungen BAG, 19.10.1999, AP Nr. 135 zu § 112 BetrVG 1972: Bei besonders hoher regionaler Arbeitslosigkeit spiele das Alter ohnehin keine wesentliche Rolle; zum Überbrückungscharakter siehe auch EuGH, 9.12.2004 –C-19/02, der wegen des unterschiedlichen Renteneintrittsalters unterschiedliche Sozialplanabfindungen für Männer und Frauen akzeptiert).

Genauso ist die stärkere Stellung älterer ArbeitnehmerInnen in der Kündigungsschutzrechtlichen Sozialauswahl in der Vergangenheit damit begründet worden, dass das Arbeitslosigkeitsrisiko mit dem Alter steige. Unter dem Blickpunkt des Antidiskriminierungsrechts hat man dies auch schon als legitime positive Maßnahme im Sinne des Art. 7 der RiLi 2000/78 (§ 5 ADG-E) einordnen wollen (Schmidt, Senne, 2002, 84; Wiedemann, Thüsing, 2002, 1241). Nach § 10 Nr. 6 ADG-E sollte es ausdrücklich zulässig sein können (diese Regelung dürfte wegen ihrer starken Betonung der Umstände des Einzelfalls wohl haltbar sein). Demgegenüber dürfte jedoch eine Interpretation des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG (zur Sicherung einer „ausgewogenen Personalstruktur“ können bestimmte ArbeitnehmerInnen von der Sozialauswahl ausgenommen werden) im Sinne der Sicherung einer „ausgewogenen Altersstruktur“

einen „harten Fall der Diskriminierung ausschließlich wegen des Alters“ und damit einen Richtlinienverstoß darstellen (Leuchten, 2002, 1259; Peter, 1993, 388 auch zum US-amerikanischen Recht). Insofern dürfte auch eine Regelung wie § 10 Nr. 7 ADG-E, die solche Maßnahmen für zulässig erklären will, nur schwerlich zu halten sein.

Anders als ausdrückliche Anknüpfungen am Lebensalter bevorzugen Senioritätsregeln nicht ausdrücklich, aber typischer Weise Ältere gegenüber Jüngeren. Sie sind der mittelbaren Diskriminierung verdächtig, übrigens nicht nur der mittelbaren Diskriminierung Jüngerer, sondern auch von Frauen und von EinwanderInnen, die typischerweise geringere Betriebszugehörigkeitszeiten aufweisen können (Wiedemann, Thüsing, 2002, 1236). Bei einer Prüfung unter dem Aspekt der Geschlechterungleichbehandlung hat der EuGH die Berücksichtigung des Dienstalters als Entlohnungskriterium allerdings allgemein akzeptiert (EuGH, 17.10.1989, Rs. 109/88, Slg. 1989, 3199 (Danfoss)). Eine längere Betriebszugehörigkeit befähige im Allgemeinen dazu, die Arbeit besser zu verrichten. Der Annahme, grundsätzlich stelle die Honorierung der Berufserfahrung und damit der Qualifikation ein legitimes Ziel dar, ist grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings ist dabei im Einzelnen künftig genauer hinzusehen. In vielen Tätigkeiten hat nach einer gewissen Zeit die Berufserfahrung keine Qualifikationssteigerung mehr zur Folge, und in anderen Tätigkeiten bringt jeder Tag eine Qualifikationssteigerung mit sich (Schmidt, Senne, 2002, 88; Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 36; genauer auch Naegele, 2005, 216). Zahlreiche automatische Stufenregelungen in Entgeltsystemen werden insofern zu korrigieren sein. Für den öffentlichen Dienst des Bundes und der Kommunen ist dies mit der Ablösung des BAT durch den TVöD bereits geschehen.

Die Honorierung der Betriebstreue kann ebenfalls legitim sein. Allerdings ist dabei jeweils Eignung und Erforderlichkeit der Differenzierung genauer zu prüfen, als der EuGH dies in der Danfoss-Entscheidung getan hat. So wurde 1998 zu Recht entschieden, dass die Berücksichtigung der Beschäftigungsdauer im BAT zur Honorierung der Betriebstreue nicht geeignet ist (EuGH, 15.1.1998, C-15/96, Slg. 1998, 48 (Schöning-Kougebetopoulou)). Auch für Zusatzleistungen wie zum Beispiel Jubiläumszuwendungen (Beispiele bei Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 41 f) wäre zu hinterfragen, inwieweit sie sich tatsächlich zur Herstellung oder Vertiefung einer Bindung an den Betrieb eignen.

4.4 Förderung der Beschäftigung bestimmter Altersgruppen

In neueren Gesetzen werden zum Teil arbeitsrechtliche Standards für bestimmte „Problemgruppen“ des Arbeitsmarkts wie jüngere und ältere Arbeitslose herabgesetzt. Auch bei diesen Regelungen ist die Frage nach der Diskriminierung zu stellen. So entschied der spanische Tribunal Supremo, dass die Klausel im Firmentarifvertrag beim Autoverleiher Hertz, der eine niedrigere Vergütung in Höhe von 80% der üblichen Tariflöhne für ArbeitnehmerInnen vorsah, die nach einem bestimmten Stichtag (30.9.1994) eingestellt wurden, eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung darstelle (genauer Zachert, 1999, 993).

In Deutschland sind insofern vor allem die gesetzlichen Befristungsregelungen diskutiert worden. Hinsichtlich der europarechtlichen Wirksamkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG, der bei ArbeitnehmerInnen, die bei Beginn des befristeten Verhältnisses das 58. Lebensjahr (bis 31.12.2006: das 52. Lebensjahr) vollendet haben, eine sachgrundlose Befristung ermöglicht, ist zur Zeit noch ein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof anhängig (Mangold/.Helm, Rs. C-144/04; Vorlage durch ArbG München, 26.2.2004, NZA-RR 2005, 43 ff; die wortglei-

che Vorlage des ArbG Regensburg, 16.6.2004, Leitsätze in AuR 2004, 475, ist mittlerweile vergleichsweise erledigt). Dabei geht es einerseits um die Frage, ob die Tatsache, dass die Regelung Kettenbefristungen in beliebiger Zahl ermöglicht, gegen die Anforderungen der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG verstößt (so mit ausführlicher Begründung Schlachter, 2004, 353 ff). Andererseits ist die Vereinbarkeit mit dem Antidiskriminierungsrecht zu prüfen. Dabei stellt sich vor allem die Frage, ob sich die Ungleichbehandlung Älterer als „besondere Entlassungsbedingung zur Förderung der beruflichen Eingliederung von älteren Arbeitnehmern“ (Art. 6 Abs. 1 Satz 2a) der Richtlinie 2000/78/EG rechtfertigen lässt. Dazu müsste die Regelung zu diesem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sein. Sie beruht generell auf der umstrittenen Annahme, dass Arbeitsrecht Beschäftigung verhindere und umgekehrt eine Deregulierung arbeitsrechtlicher Standards Beschäftigung fördern könne (so einerseits Hanau/Adomeit, 2000, 5 ff; andererseits Pfarr, 2004). Hinsichtlich dieser politisch zu entscheidenden Fragen muss es sicherlich eine gewisse Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers geben (Schlachter, 2004, 355 ff). Aber auch bei deren Beachtung lässt nicht nur der geringe Erfolg des § 14 Abs. 3 TzBfG an der beschäftigungspolitischen Eignung der Maßnahme zweifeln (so auch Leuchten, 2002, 1257). Der Generalanwalt beim EuGH Tizzano hat jedenfalls in der Sache „Mangold“ in seinen Schlussanträgen vom 30.6.2005 die Meinung vertreten, die Befristung und damit der dauerhafte Ausschluss von der Garantie eines unbefristeten Arbeitsvertrages sei zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung älterer ArbeitnehmerInnen nicht erforderlich.

Zuletzt ist auch die Zulässigkeit der altersmäßigen Beschränkungen des Altersteilzeitgesetzes in Frage gestellt worden. Das Gesetz privilegiert ArbeitnehmerInnen, die das 55. Lebensjahr vollendet haben. Auch insofern kann das generelle Ziel einer Verjüngung der Belegschaftsstruktur nicht mehr rechtfertigend wirken. Legitim im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG könnte allenfalls das beschäftigungspolitische Ziel der Ermöglichung eines gleitenden Übergangs vom Erwerbsleben in die Altersrente sein – das aber den beschäftigungspolitischen Zielen einer Ausweitung der Erwerbsquote Älterer entgegen läuft (gegen die Zulässigkeit Schmidt, Senne, 2002, 86; kritisch auch Löwisch, Caspers, Neumann, 2003, 59; siehe auch EuGH 20.3.2003, EuGHE I 2003, 2741 ff (Kutz-Bauer) zur Geschlechterungleichbehandlung im Altersteilzeitgesetz durch Anknüpfung an unterschiedliche Lebensalter). Das Argument jedenfalls, jüngere ArbeitnehmerInnen hätten an dieser Vertragsgestaltung typischerweise ohnehin kein Interesse (Wiedemann, Thüsing, 2002, 1241), spricht eher für als gegen eine Ausweitung des Geltungsbereichs.

5 Fazit

Wegen der weiten Rechtfertigungsmöglichkeiten ist das Verbot der Altersdiskriminierung eine Art Diskriminierungsverbot zweiter Klasse (Schmidt, Senne, 2002, 89). Seine effektive Durchsetzung in der Praxis ist vermutlich ohnehin durch eine fehlende verbandliche Infrastruktur begrenzt. Dennoch kann allein die Tatsache, dass mit dem Diskriminierungsverbot Argumentations- und Rechtfertigungslasten für eine Differenzierung nach dem Alter eingeführt werden (Bieback, 1999, 43), weit reichende Konsequenzen für die Zukunft des Leitbilds „Normalarbeitsverhältnis“ des deutschen Arbeitsrechts haben. Denn jede Anknüpfung an das Alter wird künftig begründet werden müssen. Eine ganze Reihe von Regelungsmustern, die bisher im deutschen Arbeitsrecht selbstverständlich waren, wird künftig nicht mehr zu halten

sein. Alter kann nicht mehr generell als Indiz für schwindende Leistungsfähigkeit und geringere Flexibilität verwendet werden. Auch betriebliche Ziele der Schaffung einer bestimmten Altersstruktur werden in Hinblick auf das jeweilige Berufsfeld und die jeweilige Industriestruktur im Einzelnen gerechtfertigt werden müssen. Beschäftigungspolitische „Generationengerechtigkeit“ (vgl. Welti, 2004) und die Entschärfung der Konkurrenz um knappe Arbeitsplätze zu Gunsten der jüngeren Generation ist damit auch antidiskriminierungsrechtlich problematisch. Umgekehrt ist aber auch eine Politik des kontinuierlichen Anwachsens von Besitzständen mit dem Alter (Senioritätssystem) künftig rechtfertigungsbedürftig; diese Benachteiligung Jüngerer wird sich nicht durchgehend mit entsprechenden Qualifikationssteigerungen auf Grund des Alters rechtfertigen lassen.

In der Zukunft werden die Unternehmen und Arbeitgeber möglicherweise die Kosten eines Schutzes vor Diskriminierung wegen des Alters (insbesondere eine Aufgabe von Altersgrenzen) damit kompensieren, dass sie das Niveau der Senioritäts- und Besitzstandsrechte senken; in Japan ist dies bereits geschehen (Schlachter, 2003, 372 f). Der Diskriminierungsschutz und die damit verbundene Öffnung der internen und externen Arbeitsmärkte für alle Altersgruppen könnten so faktisch die Stelle bisherigen materiellen sozialen Schutzes älterer ArbeitnehmerInnen im Arbeitsverhältnis einnehmen.

Literatur

- Battis, Ulrich, Anna Deutmoser (1994): Qualifizierung der Altersgrenze, insbesondere im Beamtenrecht; in: *Recht der Arbeit*, 264-268
- Bieback, Karl-Jürgen (1997): Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts. Baden-Baden, 1. Aufl.
- Bieback, Karl-Jürgen (1999): Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand. Anmerkungen zur Diskussion der arbeits- und sozialrechtlichen Probleme auf dem 62. Deutschen Juristentag 1998; in: *Arbeit und Recht* 1999, 41-49
- Bispinck, Reinhard, WSI-Tarifarchiv (2002): Tarifpolitik für ältere ArbeitnehmerInnen. Eine Analyse von tariflichen Regelungen in ausgewählten Tarifbereichen. Düsseldorf
- Bosch, Gerhard, Sebastian Schief (2005): Ältere Beschäftigte in Europa: Neue Formen sozialer Ungleichheit; in: *WSI-Mitteilungen*, 32-39
- Fenske, Antje (1998): Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht Hanau, Peter, Adomeit, Klaus (2005): *Arbeitsrecht*. München, 13. Aufl.
- Koberski, Wolfgang (2005): Befristete Arbeitsverträge älterer Arbeitnehmer im Einklang mit Gemeinschaftsrecht; in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 79-84
- Kocher, Eva (2002): Vom Diskriminierungsverbot zum „Mainstreaming“; in: *Recht der Arbeit*, 167-173
- Kocher, Eva (2004a): Geschlecht und Arbeit im Recht - Die rechtliche Regelung von Arbeit aus feministischer und gender-orientierter Sicht, Expertise, Hrsg.: GendA - Netzwerk feministische Arbeitsforschung am Institut für Politikwissenschaft der Philipps-Universität Marburg, August 2003, Discussion Papers 6/2004, veröffentlicht auf <<http://www.gendanetz.de/files/document45.pdf>>
- Kocher, Eva (2004b): Instrumente einer Europäisierung des Prozessrechts. Zu den Anforderungen an den kollektiven Rechtsschutz im Antidiskriminierungsrecht; in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 260-275
- Kuras, Gerhard (2003): Verbot der Diskriminierung wegen des Alters; in: *Recht der Arbeit*, Sonderbeilage 5, 11-21
- Leuchten, Alexius (2002): Der Einfluss der EG-Richtlinien zur Gleichbehandlung auf das deutsche Arbeitsrecht; in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1254-1261

- Linsenmaier, Wolfgang (2003): Verbot der Diskriminierung wegen des Alters; in: *Recht der Arbeit, Sonderbeilage 5*, 22-30
- Löwisch, Manfred, Georg Caspers, Daniela Neumann (2003): *Beschäftigung und demographischer Wandel*
- Menz, Wolfgang (2005): Ende der Leistungsgerechtigkeit? - Neue Arbeitspolitik und Beschäftigtenorientierungen; in: *WSI-Mitteilungen*, 69-75
- Naegele, Gerhard (2005): Nachhaltige Arbeits- und Erwerbsfähigkeit für ältere Arbeitnehmer; in: *WSI-Mitteilungen*, 214-219
- Nussberger, Angelika (2002): Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts; in: *Juristen-Zeitung*, 524-532
- Peter, Edgar (1993): Unfreiwilliger Ruhestand. Probleme der Diskriminierung älterer Beschäftigter; in: *Arbeit und Recht*, 384-389
- Pfarr, Heide M. (2004): Gutachten für den Deutschen Juristentag
- Pfarr, Heide M., Eva Kocher (1998): *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht. Arbeitnehmerschutz und Gleichberechtigung durch Verfahren*. Baden-Baden
- Schlachter, Monika (2003): Altersgrenzen angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung; in: *Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht, Wolfgang Blomeyer zum Gedenken*. München, 355-373
- Schlachter, Monika (2004): Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Altersbefristung; in: *Recht der Arbeit*, 352-358
- Schmidt, Marlene, Daniela Senne (2002): Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht; in: *Recht der Arbeit*, 80-89
- Simitis, Spiros (1994): Die Altersgrenzen - ein spät entdecktes Problem; in: *Recht der Arbeit*, 257-263
- Waltermann, Raimund (1989): *Berufsfreiheit im Alter*. Berlin
- Weber, Claus (2002): Das Verbot altersbedingter Diskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG - eine neue arbeitsrechtliche Dimension; in: *Arbeit und Recht*, 401-405
- Welti, Felix (2004): Rechtliche Aspekte von Generationengerechtigkeit, in: *Kritische Justiz*, 255-277
- Wiedemann, Herbert, Gregor Thüsing (2002): Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG; in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1234-1242
- Zachert, Ulrich (1999): Einstiegs- oder Billigtarife und Gleichheitsgrundsatz. Vergleichende Überlegungen zum deutschen und spanischen Recht; in: *Recht und soziale Arbeitswelt: Festschrift für Wolfgang Däubler*. Frankfurt/Main, 991-1001
- Zöllner, Wolfgang (2003): Altersgrenzen beim Arbeitsverhältnis jetzt und nach Einführung eines Verbots der Altersdiskriminierung; in: *Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht, Wolfgang Blomeyer zum Gedenken*. München, 517-533

Anschrift der Verfasserin:

PD Dr. Eva Kocher
Universität Hamburg/Humboldt-Universität Berlin
Mühlendamm 43c
D-22087 Hamburg
E.Kocher@t-online.de

Schlagwörter: Personen-/Berufsgruppen, Strukturwandel, andere Wissenschaftsgebiete