

ALTERSDISKRIMINIERUNG IM ARBEITSRECHT¹

Stand 27.4.2005

Gliederung:

- 1. Der ADG-E und sein Ausnahmekatalog**
 - 1.1 Der Mindeststandard der Richtlinien
 - 1.2 Die Ausnahmeregelungen nach dem ADG-E
 - 1.2.1 Ausnahme nach § 8 Abs. 1 ADG-E
 - 1.2.2 Ausnahmen nach § 10 Ziff. 1 – 8 ADG-E

- 2. Ungleichbehandlungen jüngerer Arbeitnehmer/innen**
 - 2.1 Zugang zur Erwerbstätigkeit
 - 2.2 Mindestaltersgrenzen im Öffentlichen Dienst
 - 2.3 Entgeltbereich - allgemein
 - 2.4 Entgeltbereich – Lebensaltersstufen
 - 2.5 Arbeitsbedingungen
 - 2.6 Beendigung von Arbeitsverhältnissen
 - 2.7 Milderung wirtschaftlicher Nachteile bei Kündigungen
 - 2.8 Zusammenfassung

- 3. Ungleichbehandlungen älterer Arbeitnehmer**
 - 3.1 Zugang zur Erwerbstätigkeit
 - 3.2 Höchstaltersgrenzen im Öffentlichen Dienst
 - 3.3 Entgeltbereich
 - 3.4 Arbeitsbedingungen
 - 3.5 Beendigung von Arbeitsverhältnissen - Kündigung
 - 3.6 Beendigung von Arbeitsverhältnissen - generelle Altersgrenze 65
 - 3.7 Beendigung von Arbeitsverhältnissen - Altersgrenzen für spezielle Funktionen
 - 3.8 Unbeschränkte Befristung für Beschäftigte ab 52 Jahre
 - 3.8.1 Verstoß gegen die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG nebst Anhang Rahmenvereinbarung
 - 3.8.2 Verstoß gegen die Altersdiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG
 - 3.8.3 Verstoß gegen das „Verschlechterungsverbot“
 - 3.9 Milderung wirtschaftlicher Nachteile bei Kündigungen

- 4. Ergebnis**

¹ Leicht veränderte Fassung des Aufsatzes von Bertelsmann in: ZESAR 2005, 236 ff. (Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht), Verlag ...

Dr. Klaus Bertelsmann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

ALTERSDISKRIMINIERUNG IM ARBEITSRECHT

Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG (im Folgenden: **RRL**) verlangt von den Mitgliedstaaten die Umsetzung des Verbots u.a. der Altersdiskriminierung – jegliche Altersdiskriminierung ist untersagt, gleich ob Personen in jüngerem oder höherem Alter von einer nachteiligen Ungleichbehandlung betroffen sind. Altersdiskriminierung ist fließend – wird z.B. in einer Stellenanzeige ein Arbeitnehmer zwischen 30 und 35 Jahren gesucht, werden nicht ausschließlich Frauen wegen des Geschlechts diskriminiert, sondern zudem männliche wie weibliche Beschäftigte unter 30 und über 35. Alle Altersgruppen können also wegen des Alters diskriminiert werden. Hier sollen Beispiele der vorhandenen gesetzlichen und tariflichen Ungleichbehandlungen angesprochen werden. Die Darstellung beschränkt sich auf das Arbeitsrecht².

1. Der ADG-E und sein Ausnahmekatalog

Die Fraktionen von SPD und den Grünen haben mit dem in den Bundestag eingebrachten Antrag zum Antidiskriminierungsgesetz (**Stand Dezember 2004**³) das in Art. 1 RRL enthaltene Verbot der Altersdiskriminierung ebenso wie die weitreichenden Ausnahmeregelungen des Art. 6 RRL aufgenommen. Sie haben es aber unterlassen, sich auch nur ansatzweise mit den vorhandenen gesetzlichen altersdiskriminierenden Regelungen auseinanderzusetzen – der „Gesetzgeber als Drückeberger“⁴. Der damalige Entwurf verweigerte sich der Entscheidung, selbst zu prüfen, welche aktuellen gesetzlichen Normen verändert/abgeschafft werden müssten, um den Vorgaben des EG-Rechts zu entsprechen. Man schob der Rechtsprechung die Aufgabe zu, über die rechtliche Beurteilung innerhalb späterer gerichtlicher Verfahren selbst zu prüfen und zu entscheiden – der Entwurf blieb hinsichtlich der für zulässig erachteten Ausnahmen bei Altersdiskriminierung „in Andeutungen stecken“⁵.

² Zur Problematik der Altersdiskriminierung im deutschen Sozialrecht s. Eichenhofer, NZA Sonderbeilage zu Heft 22/2004, 26 ff. (29).

³ BT-Drs. 15/4538 v. 16.12.2004.

⁴ so Bertelsmann, in: Rust/König/Lange/Sieveking (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien in Deutschland, Loccumer Protokolle 79/2004, 82.

⁵ So Thüsing, FA Beil. Heft 4/2005, 6.

Eine gewisse Konkretisierung ist nach der Ausschuß-Anhörung vom 7.3.2005 erfolgt. Die Regierungsfractionen SPD/Grüne nahmen Veränderungen des Gesetzentwurfes vor, die vor allem den Wünschen der Wirtschaft und der Kirche Rechnung trugen. Im Bereich der Altersdiskriminierung verdeutlicht dieser neue „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien“ mit **Stand 16.3.2005** (künftig: **ADG-E**)⁶ nunmehr einige Punkte, so dass jetzt wenigstens zu einigen Teilen die Aussagen des Gesetzgebers klarer wurden. Probleme aber bleiben dennoch.

Die Gerichte werden angesichts dieser immer noch zu konstatierenden Verweigerungshaltung des Gesetzgebers jeweils in den zu erwartenden Einzelfällen entscheiden müssen, ob eine Diskriminierung wegen des Alters zu bejahen ist oder nicht. Die Haltung des Gesetzgebers wird dazu führen, dass eine Vielzahl von Verfahren dem EuGH vorgelegt werden muss.

Zudem ist zu bezweifeln, dass Deutschland mit dem ADG-E überhaupt seine Verpflichtung zur Umsetzung der RRL 2000/78/EG in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung erfüllt: die Umsetzung in innerstaatliches Recht wird versucht, **ohne gleichzeitig Veränderungen** bestehender diskriminierender gesetzlicher Regelungen vorzunehmen.

1.1 Der Mindeststandard der Richtlinien

Die Richtlinien geben das Verbot der Altersdiskriminierung vor, lassen jedoch (anders als in anderen Bereichen) konkret benannte Ausnahmen zu. Die Richtlinienregelungen selbst sind der Mindeststandard, der von innerstaatlichen Regelungen nicht unterschritten werden darf. Die Ausnahmeregelungen der Richtlinie stellen die Möglichkeiten dar, innerhalb derer die Mitgliedstaaten sich bewegen dürfen – die Ausnahmen des innerstaatlichen Rechts dürfen dabei nicht über die von der RRL erlaubten Grenzen hinausgehen. Der ADG-E muss sich an diesen Vorgaben messen lassen.

Die im Bereich Alter entscheidenden Ausnahmeregelungen sind in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie (berufliche Anforderungen) und vor allem aber Art. 6 Abs. 1 RRL (gerechtfertigte Ungleichbehandlung) enthalten. Hier nicht näher angesprochen werden die Ausnahmemöglichkeiten der RRL bezogen auf den *ordre public*

⁶ www.gruene.fraktion.de/cms/innen_recht/dokbin/63/63406.pdf.

(Art. 2 Abs. 5) und für Streitkräfte (Art. 3 Abs. 4). Auch auf die Möglichkeiten von positiven Maßnahmen (Art. 7) wird hier nur hingewiesen.

Der Text der Richtlinie ist hier nicht dokumentiert – die Ausnahmeregelungen für berufliche Anforderungen nach Art. 4 Abs. 1 RRL entsprechen praktisch wörtlich § 8 Abs. 1 ADG-E, die Regelung zu positiven Maßnahmen in Art. 7 Abs. 1 RRL entspricht § 5 ADG-E. Die Sonderregelungen für Ausnahmen im Bereich Alter sind ebenfalls übernommen im ADG-E übernommen. Art. 6 Eingangssatz RRL entspricht inhaltlich § 10 Eingangssatz, die Ziff. 1-3 des § 10 ADG-E sind wörtlich aus Art. 6 Abs. 1 Buchst. a-c RRL übernommen⁷. Deshalb sind nur die Normen des ADG-E anschließend dargestellt. Betont sei bereits jetzt, dass der ADG-E neben seiner Anknüpfung jedoch darüber hinaus gehende Möglichkeiten vorsieht (§ 10 Ziff. 5-8 ADG-E).

1.2 Die Ausnahmeregelungen nach dem ADG-E

Ungleichbehandlungen wegen des Alters sind einfach zu erkennen. Die Schwierigkeit besteht darin, zu erkennen, ob eine zulässige Ungleichbehandlung vorliegt oder aber eine unzulässige Diskriminierung – zu dieser vorzunehmenden Wertung stellen die in RRL und ADG-E vorhandenen **Ausnahmeregelungen** den Maßstab dar. Dabei ist zu betonen, dass Ausnahmeregelungen in Richtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH **stets eng auszulegen** sind⁸. Zudem ist die Begründungserwägung Ziff. 25 Satz 1 der RRL 2000/78 mit heranzuziehen:

„Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters stellt ein wesentliches Element zur Erreichung der Ziele der beschäftigungspolitischen Leitlinien und zur Förderung der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung dar.“

1.2.1 Ausnahme nach § 8 Abs. 1 ADG-E

§ 8 Abs. 1 ADG-E stellt ab auf eine zulässige unterschiedliche Behandlung (u.a.) in Anknüpfung an das Alter,

„wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der

⁷ Der Bereich der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit in Art. 6 Abs. 2 RRL ist mit § 10 Ziff. 4 ADG-E abgedeckt.

⁸ S. z.B. EuGH v. 15.5.1986 – Rs. 222/84 (Johnston ./ Chief Constable), Slg. 1651.

Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“.

Diese Regelung⁹ bietet einige Auslegungsschwierigkeiten in unterschiedlicher Relevanz. Hier geht es u.a. um klar zu entscheidende Einzelfälle wie die des Schauspielers, der den jugendlichen Liebhaber spielen soll und nicht unbedingt 80 Jahre alt sein sollte. Aber es geht auch um die (zu verneinende) Frage, ob z.B. im Bekleidungsbereich die Firma Hennes&Mauritz für ihr Verkaufspersonal die Anforderung „Hippe Verkäufer/innen bis 25“ stellen darf oder Peek&Cloppenburg nach „Damen und Herren ab 50 Jahre für den Verkauf“ verlangen darf.

1.2.2 Ausnahmen nach § 10 Ziff. 1 – 8 ADG-E

Der Entwurf vom 18.12.2004 und auch der neue **§ 10 ADG-E** erklären eine unterschiedliche Behandlung in Anknüpfung an das Alter entsprechend den (nicht abschließenden) Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 und 2 RRL für zulässig,

„wenn sie objektiv¹⁰ und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für die Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen;

⁹ Ausnahmen im Bereich der Geschlechterbehandlung waren in der EG bis zur Neufassung der Richtlinie 76/206/EG durch die Richtlinie 2002/73/EG v. 23.9.2002 nur in einem deutlich engeren Rahmen möglich, hier musste ein bestimmtes Geschlecht „eine unabdingbare Voraussetzung“ für die Tätigkeit sein (Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EG i.d.F. bis 2002, bis jetzt noch ebenso § 611a Abs. 1 BGB).

¹⁰ Die sprachliche Fassung ist unklar: wie kann eine unterschiedliche Behandlung „objektiv und angemessen“ sein? Oder ist gemeint „nach objektiven Maßstäben“? Oder: die Ungleichbehandlung liegt objektiv vor? Oder: bedeutet „objektiv“ „nicht mit dem Alter in Beziehung stehend“, so Schiek, NZA 2004, 876.

2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalder 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. die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit¹¹

Der neue Entwurf des ADG regelt jedoch weitere Ausnahmen über Art. 6 Abs. 1 und 2 RRL hinaus und fährt fort:

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 KSchG, 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 einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 des KSchG grob fehlerhaft gemindert wird;
8. Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des BetrVG, 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 Leistungen ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von

¹¹ Die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit sind in diesem Aufsatz nicht behandelt – hier sieht § 2 Abs. 2 S. 2 ADG-E vor: „Für die betriebliche Altersvorsorge gilt das BetrAVG“.

Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind.“

Diese Ausnahmeregelung mit ihren acht (zudem nicht abschließend) genannten besonderen Bereichen wird erhebliche Auslegungsschwierigkeiten und Auseinandersetzungen mit sich bringen, insbesondere die im Rahmen der Auslegung erforderliche Prüfung der jeweiligen Verhältnismäßigkeit. An den Wertungen, die in Anlegung dieser Norm vorzunehmen sind, entscheidet sich die Wirksamkeit der Antidiskriminierungsvorgaben.

Angesichts etlicher an das Alter anknüpfender deutscher Regelungen und der Diskussion darüber ist zu betonen, dass in der Richtlinie nicht davon die Rede ist, durch möglichst massive Schlechterstellung Älterer die Beschäftigung dieses Personenkreises für Arbeitgeber attraktiver zu machen.

Im Folgenden sind **mögliche Ansatzbereiche** für problematische unmittelbare/direkte Ungleichbehandlungen¹² wegen des Alters genannt - allerdings beschränkt auf den Bereich der Erwerbstätigkeit. Es wird versucht, im Text deutlich zu machen, wie vom Autor die Frage „zulässige Ungleichbehandlung“ oder „unzulässige Diskriminierung“ gewertet wird. Die Begründung der dargestellten Auffassung kann aber nur kurz **angedeutet** werden, zumeist unter knappem Verweis auf ausführlichere Begründungen in anderen Arbeiten.

Diese Prüfung ist zum einen auf der Ebene vorzunehmen, ob Ungleichbehandlungen vom neuen deutschen Antidiskriminierungsrecht abgedeckt sind. Zum anderen muss aber auch überprüft werden, ob das neue deutsche Recht den Richtlinienvorgaben der EG entspricht.

2. Ungleichbehandlungen jüngerer Arbeitnehmer/innen

Ungleichbehandlungen wegen des Alters werden gegenüber allen Altersgruppen praktiziert. In Bezug auf jüngere Menschen sind u.a. die folgenden Beispiele aus den verschiedenen Bereichen zu konstatieren:

¹² Die noch problematischeren Probleme der indirekten/mittelbaren Diskriminierung können in vorliegendem Beitrag nicht angesprochen werden.

2.1 Zugang zur Erwerbstätigkeit

Bisher war rechtlich zulässig und praktisch völlig üblich, in Stellenanzeigen die Erfüllung oder Nichterfüllung eines bestimmten Alters als Anforderung vorzugeben – ein Blick in jede Tageszeitung oder auch juristische Fachzeitschrift zeigt dies. Zudem wurde in im Vorfeld von Einstellungsgesprächen benutzten Fragebögen stets nach dem Alter gefragt.

Auch wenn es noch für Deutschland unüblich ist: rechtlich ist es nach RRL und § 11 ADG-E vorgegeben, dass - bis auf besondere Ausnahmefälle nach § 8 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. § 10 ADG-E - nicht (mehr) nach dem Alter gefragt oder gar danach differenziert werden darf¹³.

2.2 Mindestaltersgrenzen im Öffentlichen Dienst

Für den öffentlichen Dienst gelten für Arbeitsverhältnisse wie Beamte/innen und Richter/innen¹⁴ eine Vielzahl von Mindestaltersgrenzen. Zur Begründung für Mindestaltersgrenzen generell wurde vor allem angeführt, dass fehlende Ausbildung durch ausreichende Lebens- und Berufserfahrung ausgeglichen werden solle¹⁵.

Eine solche pauschale Begründung kann sicher nicht zur Rechtfertigung der Altersgrenzen ausreichen, da diese beiden Kriterien zulässiger Weise in der konkreten Auswahl angewendet werden könnten, ohne an das Alter anknüpfend diskriminieren zu müssen.

Im Folgenden sind einige Regelungen aus verschiedenen Bundesländern herausgegriffen.

¹³ S. auch Leuchten, NZA 2002, 1257.

¹⁴ Nach § 24 ADG-E gelten die Vorschriften des ADG auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse „ihrer besonderer Rechtsstellung entsprechend“. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese besondere Stellung inhaltlich keine Abweichungen gestattet.

¹⁵ So Antwort der Bundesregierung v. 4.3.1996 auf eine Kleine Anfrage im Bundestag, BT-Drs. 13/4036 v. 8.3.1996.

- Im öffentlichen Dienst wird für bestimmte Laufbahnen z.B. nach der **BundeslaufbahnVO** verlangt, dass Bewerber bestimmte Mindestalter für eine Einstellung haben müssen. Bei einem Aufstieg für besondere Verwendungen im einfachen, mittleren und gehobenen Dienst z.B. muss man mindestens 50 Jahre alt sein (§ 23, 29, 33a BLV). Ausnahmen sind zulässig. Ähnliche Regelungen gelten auch in den Bundesländern.

Die Saarländische Laufbahnverordnung¹⁶ z.B. legt – ähnlich wie die anderen Bundesländer - für den einfachen und mittleren Dienst ein Mindestalter von 16 Jahren fest (§ 15 und 18 SLVO), für den höheren Dienst ein Mindestalter von 18 Jahren (§ 23 SLVO). Der Grund ist unklar.

Dass diese Grenzen nach § 10 Ziff. 2 ADG-E zu rechtfertigen sind, ist nicht ersichtlich.

- Bei Richterinnen und Richtern des **BVerfG** wird nach § 3 BVerfGG die Vollendung des 40. Lebensjahres verlangt. Begründet wird dies u.a. mit der “besonderen Stellung des Gerichts” und damit, dass sie “über ein Mindestmaß von Lebens- und Berufserfahrung verfügen” sollen¹⁷. Diese Mindestaltersgrenze kann nicht als zulässige Mindestaltersgrenze gerechtfertigt werden, auch nicht wenn dies mit „Lebenserfahrung“ versucht wird. Völlig zu Recht mag z.B. für einen Bundesverfassungsrichter das Qualifikationsmerkmal Lebenserfahrung aufgestellt werden, dieses ist aber unabhängig von jeglichem Lebensalter. Von daher ist das Merkmal „40“ für diesen Beruf weder angemessen noch erforderlich i.S. von § 10 Ziff. 2 ADG-E¹⁸.
- Nach Art. 54 Abs. 1 GG beträgt das Mindestalter für **Bundespräsidenten** 40 Jahre - warum auch immer. Diese Mindestanforderung ist auch für den bayerischen Ministerpräsidenten vorgegeben¹⁹, für Baden-Württemberg dagegen reichen 35 Jahre²⁰.

Die Altersgrenze für den Bundespräsidenten ist nicht zu rechtfertigen, wenngleich ihr Wegfall auch nicht das Problem der Massenarbeitslosigkeit lösen würde. Für Bayern und Baden-

¹⁶ www.sadaba.de.

¹⁷ Robbers, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, 1992, § 3 Rn. 4.

¹⁸ Anders wohl Linsenmayer, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 28.

¹⁹ Art. 46 Abs. 1 BayVerf.

²⁰ Art. 46 Abs. 1 BaWüVerf.

Württemberg ist schon aus dem Fehlen einer entsprechenden Altersgrenze in allen anderen Bundesländern zu schließen, dass eine solche Altersgrenze nicht erforderlich ist.

2.3 Entgeltbereich - allgemein

Mögliche Ungleichbehandlungen im Entgelt sind in der Ausnahmeregelung des § 10 Ziff. 1 ADG-E erwähnt. Es ist allerdings nicht ersichtlich, welche angemessenen und legitimen Ziele mit einer solchen Ungleichbehandlung in gerechtfertigter Weise erreicht werden könnten. Lohndumping gegenüber Jüngeren in der Hoffnung auf bevorzugte Einstellung kann damit wohl schwerlich begründet werden.

Hier einige heute vorhandene Regelungen:

- Es gibt (wenngleich wenige) tarifvertragliche „**Lohnabschlagsklauseln**“, die jüngere Arbeitnehmer im Entgelt schlechter als Ältere behandeln: „Jugendliche Arbeitnehmer erhalten bis zum vollendeten 18. Lebensjahr 80%, bis zum vollendeten 19. Lebensjahr 90%, nach vollendetem 19. Lebensjahr 100% des Tariflohnes der Berufsgruppe, deren Tätigkeit sie ausüben.“²¹ Solche (jedenfalls jetzt nach der RRL unzulässigen) Klauseln sind ansonsten nur aus den fünfziger Jahren bekannt, und zwar gegen Frauen gerichtet („Frauen erhalten 73% des Männerlohnes“)²².
- Unabhängig von Tarifverträgen werden in verschiedenen Betrieben nicht selten jüngere Menschen oft nachteilig im Entgelt behandelt. Per Einzelvertrag wird mit ihnen z.B. ein geringeres Entgelt vereinbart als dies mit älteren Bewerbern geschieht. Eine solche Praxis wird kaum je gerechtfertigt werden können.
- Im Gesetz zur Verbesserung der **betrieblichen Altersversorgung** (BetrAVG) regelt § 1b, dass Anwartschaften unter bestimmten Voraussetzungen beim Ausscheiden aus dem Betrieb erhalten bleiben – jedoch nur, wenn das Arbeitsverhältnis nach Vollendung des 30. Lebensjahres (bis Ende 2000: 35 Jahre) endet.

²¹ So z.B. § 2 des “TV zur Regelung der Löhne im Bauten- und Eisenschutzgewerbe im Gebiet des Bundesrepublik Deutschland mit Ausnahme der fünf neuen Länder und des Landes Berlin” v. 19.4.2000.

²² Eingehend Pfarr/Bertelsmann, Lohngleichheit – Zur Rechtsprechung bei geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung, 1981, 63 ff., 125 ff.

Auch Tarifverträge sehen manchmal ein Mindestalter vor, ab dem eine Unverfallbarkeit des Leistungsanspruchs eintritt²³.

Es ist nicht ersichtlich, dass diese Mindestaltersregelungen durch eine Ausnahme nach § 10 Ziff. 1 ADG-E gerechtfertigt werden könnten, die vom Gesetzgeber angeführten steuerlichen Gründe und die Auffassung, dass Jüngere später noch Zeit hätten zum Aufbau einer Altersversorgung²⁴, reichen dafür nicht aus.

- Für ältere Beschäftigte sehen verschiedene Tarifverträge Verdienstsicherungen ab einem bestimmtem Alter vor²⁵ – natürlich eine Ungleichbehandlung von Jüngeren. Ob dies eine Diskriminierung bedeutet, wird im einzelnen Fall geklärt werden müssen. Eine generelle Verdienstsicherung pauschal z.B. anknüpfend an die Vollendung des 40. Lebensjahres wird wohl kaum zu rechtfertigen sein, während u.U. eine Absicherung des langjährig gehaltenen Akkordsatzes für 55jährige als Absicherung des Einkommens trotz eventuell geringer werdenden Leistungsgrades nach § 10 Ziff. 1 ADG-E gerechtfertigt sein könnte.

2.4 Entgeltbereich – Lebensaltersstufen

Weit verbreitete Praxis ist die Steigerung der Vergütung nach Lebensaltersstufen. Das Entgelt steigt mit dem Alter, was gleichzeitig bedeutet, dass jüngere Beschäftigte trotz Ausübung gleicher Tätigkeit weniger Entgelt erhalten als ältere Arbeitnehmer/innen. Diese **Lebensaltersstufen** sind ähnlich auch für die Beamten/innen in den Beamtengesetzen geregelt („A-Besoldung“ wie z.B. A 13 für Lehrer/innen).

Z.B. regelt der für den öffentlichen Dienst wichtigste Tarifvertrag, der Bundesangestellten-Tarifvertrag (BAT), in seinem § 27 sehr detailliert die

²³ Im Baubereich z.B. wird die ZVK-Grundrente ab 10 Jahre Zugehörigkeit zum Baugewerbe gewährt, jedoch nur wenn beim Ausscheiden das 35. Lebensjahr vollendet worden ist - § 6 Abs. 1 Buchst. a des “TV über eine zusätzliche Alters- und Invalidenbeihilfe im Baugewerbe” v. 28.12.1979 (Stand: 2002).

²⁴ so die Begründung für die 35-Jahres-Grenze, s. Blomeyer/Otto, BetrAVG, 2. Aufl. 1997, § 1 Rn. 148.

²⁵ s. z.B. § 9 des “MantelTV für die Metallindustrie Hamburg/ Schleswig-Holstein”, Stand 2004; § 14 des “MantelTV für die Chemische Industrie”, Stand 2004; § 5 des bundesweiten RationalisierungsschutzTV Metall (Altersgrenze 40); § 16 Ziff. 12 MTV Hamburger Einzelhandel (55/20 Jahre).

Entgeltstufen nach Lebensalter. Als schlichtes Beispiel: Die Grundvergütung für die Vergütungsgruppe III beträgt ab vollendetem 21. Lebensjahr EUR 1.924,87, ab Vollendung des 23. Lebensjahres EUR 2.019,44 usw., bis dann ab dem vollendetem 45. Lebensjahr EUR 3.055,05 gezahlt werden – für Jüngere also eine geringere Bezahlung von EUR 1.130,18 pro Monat für gleiche Arbeit²⁶. Allerdings sollen diese Regelungen gerade durch einen neuen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst neue Strukturen erhalten. Die pauschale Anknüpfung der Vergütung an das Lebensalter ist nach RRL und auch nach § 10 Ziff. 1 ADG-E nicht (mehr) zu rechtfertigen.

Anders dagegen Tarifverträge, die ausschließlich an die Dienstzeit (oder auch „Betriebszugehörigkeit“) anknüpfen²⁷, hier spielt das Lebensalter keine Rolle²⁸. Diese Form der diskriminierungsfreien Ausgestaltung des Entgelts (z.B. bei den Lebensaltersstufen im BAT) bietet sich bei einer Abkehr von der Berücksichtigung des Lebensalters in vielen Fällen an – also für begünstigende Leistungen/Maßnahmen eine neue (abgemilderte) Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit oder die Zeit der praktizierten Ausübung des Berufs zu wählen. Hier würden z.B. beim Entgelt Gründe für die sachliche Rechtfertigung unter dem Aspekt der Berufserfahrung und der Berufsqualifikation angenommen werden können. Problematisch wird aber auch dies in manchen Fällen werden: Die Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung von Frauen bei Teilzeitbeschäftigung hat bei einer Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit z.B. bei dem Bewährungsaufstieg darauf abgestellt, ob die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit denn durch die deutlich längere Dauer der Beschäftigung qualitativ tatsächlich besser wird oder nicht²⁹. Auch im Falle der Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit müsste wohl überprüft werden, ob die positive Gewichtung einer längeren Betriebszugehörigkeit oder die längeren Tätigkeit in einem bestimmten Beruf nicht umschlagen kann in eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters.

²⁶ Tabelle Grundvergütungen Bund/Länder, Stand: Ende 2004; ähnliche Differenzierungen EntgeltTV Deutsche Post AG (Stand: 2003), Anhang 2 Anlage 1 für Angestellte.

²⁷ Wie z.B. für Arbeiter EntgeltTV Deutsche Post AG (Stand: 2003), Anhang 1 Anlage 1.

²⁸ Allerdings wird hier für verschiedene Regelungen die Frage einer mittelbaren Diskriminierung diskutiert werden müssen – zur Definition in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 2b der Richtlinie 2000/78, auch § 3 Abs. 2 ADG-E.

²⁹ EuGH v. 7.2.1991 – Rs. C-184/89, Slg. I-297.

2.5 Arbeitsbedingungen

Schwerpunkte von Ungleichbehandlungen bei den Arbeitsbedingungen sind Urlaubsdauer und Altersteilzeit.

- Üblich in Einzelverträgen wie auch in Tarifverträgen ist die Erhöhung des Urlaubsanspruchs mit steigendem Alter³⁰. Hier ist denkbar, dass an deutlich höheres Alter anknüpfende pauschal längere Erholzeiten nach § 10 Ziff. 1 ADG-E (Sicherstellung des Schutzes Älterer) zulässig sein können. Allerdings wird dies sicherlich nicht schon gerechtfertigt werden können mit Grenzen bei 30 oder 35 Jahren.
- In verschiedenen Bereichen gibt es eine tarifliche Verkürzung der Arbeitszeit in höherem Lebensalter ("Alters-Freizeiten") ohne Entgeltverlust. Als Beispiel sei genannt die Chemische Industrie mit 2,5 Std./Woche ab Vollendung des 57. Lebensjahres³¹. Solche Regelungen zugunsten Älterer, die ja gleichzeitig eine Benachteiligung Jüngerer darstellen, können jedoch u.U. als zulässige Pauschalierungen einer höheren Regenerationsbedürftigkeit Älterer erachtet werden und durch § 10 Ziff. 1 ADG-E gerechtfertigt werden.
- Ob eine solche Rechtfertigung auch für die Altersteilzeit angewendet werden darf, ist fraglich. Offiziell verkündetes Ziel des AltersteilzeitG ist es, Älteren aus Arbeits- und Gesundheitsschutzgründen pauschal die langsame Reduzierung der Erwerbstätigkeit zu ermöglichen, den gleitenden Übergang in die Rente. Damit könnte ein legitimes Ziel im Bereich der Beschäftigungspolitik verfolgt werden, das u.U. durch § 10 Ziff. 1 ADG-E gerechtfertigt sein könnte.

Dieser gleitende Übergang wird aber gerade nicht praktiziert, vielmehr wird die Altersteilzeit zu weit über 90% in Form des sog. Blockmodells wahrgenommen, nach dem der Arbeitnehmer die Hälfte der gesamten Altersteilzeitphase in Vollzeit arbeitet und die zweite Hälfte überhaupt nicht tätig ist. Eine Förderung eines allmählichen Ausscheidens aus dem

³⁰ § 10 B 1. MTV für den Hamburger Einzelhandel, Stand: 2005: unter vollendetem 25. Lebensjahr 30 Kalenderwerkstage, ab vollendetem 25. Lebensjahr 33 Kalenderwerkstage, ab vollendetem 30. Lebensjahr 36 Kalenderwerkstage; § 25 MTV Deutsche Post AG (Stand: 2004): bis 30 Jahre 31 Werkstage, bis 40 Jahre 35 Werkstage, ab vollendetem 36. Lebensjahr 36 Werkstage.

³¹ § 2a MTV-Chemie, Stand 2005.

Erwerbsleben findet schlechthin nicht statt³². Das eigentliche Ergebnis (und wohl auch Ziel) des Altersteilzeitgesetzes liegt darin, dass älteren Arbeitnehmern ein finanzieller Anreiz zum früheren und endgültigen Ausscheiden aus dem Arbeitsleben geboten wird, um die Belegschaftsstruktur zu verjüngen³³. Jedenfalls diese Form des Blockmodells der Altersteilzeit wird wohl schwierig mit dem Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar sein.

Zudem wäre die offizielle Zielsetzung des AltersteilzeitG, jüngeren Beschäftigten Arbeitsplätze zu schaffen, gleichermaßen auch durch eine altersunabhängige Erleichterung der Teilzeitarbeit (Anspruch auf Teilzeitarbeit, ev. Milderung der finanziellen Auswirkungen der Teilzeitarbeit) möglich. Eine solche altersunabhängige Möglichkeit würde sogar an Forderungen der EG nach besseren Bedingungen für eine Vereinbarkeit von Familie und Beruf anknüpfen.

2.6 Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Probleme sind hier gegeben bei Kündigungsfristen und bei der sozialen Auswahl.

- In § 622 Abs. 1 BGB sind die gesetzlichen Kündigungsfristen festgelegt. Darin ist auch geregelt, dass sich die Kündigungsfristen bei längerer Dauer des Arbeitsverhältnisses verlängern, z.B. nach zwei Jahren auf einen Monat zum Monatsende usw., bei fünfzehn Jahren auf sechs Monate zum Monatsende. In § 622 Abs. 2 S. 2 BGB sind dafür jedoch nur die Betriebszugehörigkeitszeiten ab **Vollendung des 25.** Lebensjahres zu rechnen. Auch viele Tarifverträge sehen die Verlängerung der Kündigungsfristen entsprechend vor, anknüpfend an Betriebszugehörigkeitszeiten nach einem bestimmten Lebensalter³⁴. Die Nichtberücksichtigung der Betriebszugehörigkeitszeiten vor Vollendung eines bestimmten Lebensjahres wird nicht nach § 10 Ziff. 1 ADG-E zu rechtfertigen zu sein.

³² siehe auch Schmidt/Senne, RdA 2002, 85 f.

³³ Schmidt/Senne, RdA 2002, 86.

³⁴ z.B. 12 Ziff. 1.2 des BundesrahmenTV für das Baugewerbe (Stand: 2003); Zeiten ab Vollendung des 21. Lebensjahres z.B. in § 15 MTV für das private Versicherungsgewerbe (Stand: 2005); ab Vollendung des 25. Lebensjahres § 17 RahmenTV für den Hamburger Groß- und Außenhandel (Stand: 2005).

Im Bereich der Chemie wird die Kündigungsfrist an eine "Messzahl" geknüpft, die aus der Summe von Lebensalter und Betriebszugehörigkeit besteht³⁵ - auch hier wird jedenfalls zum Teil an das Lebensalter angeknüpft.

Unproblematisch ist dagegen, wenn in Tarifverträgen die Verlängerung der Kündigungsfristen nur auf die absolvierten Betriebszugehörigkeitszeiten bezogen ist³⁶.

- Eine unzulässige Diskriminierung Jüngerer ist gegeben, wenn z.B. § 53 Abs. 1 BAT die Kündigung bei einer Beschäftigungszeit von bis zu einem Jahr mit einem Monat zum Monatsende regelt, jedoch für Angestellte unter 18 Jahren nur zwei Wochen zum Monatsende normiert.
- In Tarifverträgen ist teilweise der **Ausschluss** der ordentlichen **Kündigung** geregelt, wenn der Arbeitnehmer bereits ein höheres Lebensalter und eine längere Betriebszugehörigkeit erreicht hat ("mindestens 40 Lebensjahre und 15 Jahre Betriebszugehörigkeit")³⁷. Die schlichte direkte Anknüpfung an das Lebensalter ist höchst problematisch.

Durch § 10 Ziff. 7 ADG-E wird eine solche an das soziale Schutzbedürfnis Älterer anknüpfende Regelung für zulässig erachtet, soweit dadurch nicht der Kündigungsschutz Jüngerer grob fehlerhaft gemindert wird. Solche Regelungen werden bei hohen Anforderungen an Lebensalter und Betriebszugehörigkeit als noch zu rechtfertigen anzusehen sein, insbesondere da ihre Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit möglich ist.

- In § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist normiert, dass bei betriebsbedingten Kündigungen eine **soziale Auswahl** vorzunehmen ist. Als eines von vier Kriterien ist dabei die positive Berücksichtigung des höheren Lebensalters vorgesehen – Ältere haben bei ansonsten gleichen Voraussetzungen höheren Schutz als Jüngere.

In § 10 Ziff. 6 ADG-E ist nunmehr diese Regelung für gerechtfertigt erklärt worden, allerdings mit dem Verweis auf die Einzelfallprüfung. Dem Alter wird also kein **genereller** Vorrang gegenüber anderen

³⁵ Beispiele nach § 11 Abs. 3 MTV Chemie (Stand 2005). Messzahl 35 bei Betriebszugehörigkeit von mindestens 3 Jahren: 6 Wochen zum Monatsende; Messzahl 70 ohne weitere Voraussetzung: 5 Monate zum Quartalsende.

³⁶ Z.B. § 33 Abs. 3 MTV Deutsche Post AG (Stand: 2004).

³⁷ Z.B. § 53 Abs. 3 BAT (Vollendetes 40. Lebensjahr/15 Jahre Beschäftigungszeit).

Auswahlkriterien zugewiesen³⁸.

2.7 Milderung wirtschaftlicher Nachteile bei Kündigungen

Die Milderung wirtschaftlicher Nachteile bei Kündigungen knüpft sehr häufig (auch) an das Lebensalter an – die Abfindungen steigen mit dem Lebensalter.

- Diverse Tarifverträge sehen **Abfindungszahlungen** im Falle rationalisierungsbedingter Entlassungen vor – häufig bezogen auf die Höhe anknüpfend an bestimmte Lebensaltersstufen³⁹.
- Bei betriebsbedingten Kündigungen im Rahmen einer sozialplanpflichtigen Betriebsänderung wird (sofern ein Betriebsrat besteht) im Regelfall die Milderung des Arbeitsplatzverlustes u.a. durch **Abfindungen** vereinbart. Eine Vielzahl der üblichen Formeln (in Betriebsvereinbarungen/ Sozialplänen vereinbart, nicht etwa gesetzlich oder sonstwie vorgegeben) für die Festlegung von Abfindungen enthält zumeist auch das Lebensalter als Kriterium⁴⁰.
- In den Fällen, in denen die Arbeitsgerichtsbarkeit (nur unter besonderen Voraussetzungen und deshalb sehr selten) durch Urteil eine Abfindung wegen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9, 10 KSchG zusprechen kann, ist die dort geregelte **Höchstgrenze** mit wachsendem Alter steigend. 12 Monate ist die "normale" Höchstgrenze der möglichen Abfindung, sie steigt mit höherem Alter: bei Lebensalter 50 und 15 Jahren Betriebszugehörigkeit 15 Monatsentgelte, bei Lebensalter 55 und

³⁸ Auch Schmidt/Senne, RdA 2002, 83 f., sehen dies in dieser eingeschränkten Form als gerechtfertigt an.

³⁹ Der MTV Chemie (Stand 2005) sieht in § 13 Abs. 4 die Altersstufen 40, 45, 50, 55 und 60 vor. Das Rationalisierungsschutzabkommen für das private Versicherungsgewerbe von 1983 (Stand 2005) sieht die Stufen 40, 43, 49, 52, 55 und 58 vor – bei Erreichen des jeweiligen Lebensalters steigt die Abfindung.

⁴⁰ z.B. bei der Formel: Abfindung = Bruttomonatsentgelt mal Lebensalter mal Betriebszugehörigkeit dividiert durch 35. Oder, eine andere Formel: Abfindung = pro Beschäftigungsjahr (umgerechnet auf begonnene Monate) ..% eines Bruttomonatsentgelts, und zwar 75% bis Vollendung des 40 Lebensjahres, 85% bis 50. Lebensjahres, 95% bis 58. Lebensjahres, 85% ab Vollendung des 58. Lebensjahres.

20 Jahren Betriebszugehörigkeit 18 Monatsentgelte⁴¹. Auch diese Differenzierung wird – weil eine Einzelfallabwägung in jedem Fall zu erfolgen hat – als von § 10 Ziff. 8 ADG-E gerechtfertigt erachtet werden können.

2.8 Zusammenfassung

Die Fülle der Ungleichbehandlungen, die jüngere Arbeitnehmer/innen treffen können, wird an den verschiedenen Beispielen deutlich. Selbstverständlich gibt es zulässige Benachteiligungen jüngerer Arbeitnehmer/innen durch **positive Aktionen** (Art. 7 Abs. 1 RRL 2000/78 bzw. § 5 ADG-E) und/oder durch Maßnahmen innerhalb der **Ausnahmeregelungen** (Art. 6 Abs. 1 RRL bzw. § 10 ADG-E). Diese müssen jedoch stets der engen Auslegung der Ausnahmeregelungen gerecht werden und nicht dem vorgegebenen Ziel einer möglichst weitreichenden Gleichbehandlung entgegen wirken.

3. Ungleichbehandlungen älterer Arbeitnehmer

Ungleichbehandlungen wegen des Alters treffen jedoch schwerpunktmäßig nicht jüngere, sondern ältere Arbeitnehmer/innen. Die negative Behandlung Älterer hat ein extremes Ausmaß erreicht. Im Gegensatz z.B. zur Frauendiskriminierung ist zudem eine fehlende Sensibilisierung, ein fehlendes „Schuldbewusstsein“ in weiten Teilen der Gesellschaft zu konstatieren⁴². Bei der Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung wird man auf weitgehendes Unverständnis stoßen.

3.1 Zugang zur Erwerbstätigkeit

Die Ausgrenzung Älterer ist als gängige Praxis in den **Stellenanzeigen** der

⁴¹ Diesen altersabhängigen Höchstgrenzen angepasst ist auch die steuerliche Begünstigung von Abfindungen nach § 3 Ziff. 9 EStG. Die Freigrenze liegt bei EUR 7.200.-, dann bei EUR 9.000.- (50 Lebensjahre/15 Jahre Betriebszugehörigkeit) und bei EUR 11.000.- (bei 55/20).

⁴² Einige praktische Beispiele für die Haltung von Arbeitgebern gegen Beschäftigung Älterer s. z.B. Kuras, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, S. 11 ff.

Tages- und Wochenzeitungen zu beobachten ("Bewerber bis maximal" je nach Art der Anzeige 25, 30, 35 Jahre).

Die **Frage nach dem Alter** ist in Einstellungsfragebögen stets vorhanden. Bei der Auswahl für Bewerbungsgespräche wird - ausgehend von den schriftlichen Unterlagen - auch nach Alter eingeladen. Die Auswahlentscheidung bei einer Einstellung erfolgt ganz häufig wie selbstverständlich (auch) unter Berücksichtigung des Alters, gleiches gilt für Auswahlentscheidungen bei einer Beförderung.

Die Zulässigkeit solcher Fragen (und eine entsprechende Einstellungspolitik) wird ein Schwerpunkt der Diskussion und auch der zu erwartenden Streitfälle in der Rechtsprechung werden. In welchen Fällen darf u.U. eine Firma z.B. nach jüngeren Beschäftigten nachfragen unter Verweis auf das junge Zielpublikum? Ansatzpunkt für die Prüfung ist hier nicht § 10 ADG-E, sondern § 8 Abs. 1 ADG-E, mit der möglichen Ausnahme wegen einer „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“.

3.2 Höchstaltersgrenzen im Öffentlichen Dienst

Der öffentliche Dienst hat für den **Eintritt** eine Vielzahl von Höchstaltersgrenzen⁴³. Diese sind zumeist verbunden mit Sonderregelungen für Zeiten der Betreuung von Kindern oder sonstigen pflegebedürftigen Angehörigen, z.B. wird eine Höchstaltersgrenze um vier Jahre bei Betreuung einer Person und maximal um acht Jahre bei zwei Personen heraufgesetzt, nicht jedoch über das 50. Lebensjahr hinaus⁴⁴. Wiederum sind – wie bei den Mindestaltersgrenzen – nur einige Regelungen herausgegriffen.

- Bei der Einstellung z.B. "anderer Bewerber" nach § 38 Bundeslaufbahnverordnung dürfen diese nicht älter als 50 Jahre alt sein (auch hier: Ausnahmemöglichkeiten bestehen).

⁴³ Vor allem auch im Bereich der Bundeswehr sind Mindest- und Höchstaltersgrenzen extrem zahlreich (s. den Ausnahmekatalog in § 36 SoldatenlaufbahnVO mit dem Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen). Auch hier muss jede einzelne Altersgrenze auf ihre (Nicht-) Berechtigung geprüft werden, anknüpfend an die konkret auszuübende Position.

⁴⁴ So z.B. § 9 Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein v. 13.12.1994.

- Die Saarländische Laufbahnverordnung legt – wie andere Bundesländer - ebenfalls Höchstaltersgrenzen fest: z.B. für den **Vorbereitungsdienst** einer Laufbahn des einfachen Dienstes darf man höchstens 35 Jahre alt sein (§ 15 SLVO), ins Beamtenverhältnis auf Probe (für den mittleren Dienst) wird man bis maximal 30 Jahre genommen (§ 20a SLVO), für den gehobenen Dienst sind es maximal 32 Jahre (§ 26a SLVO), für den höheren Dienst 35 Jahre (§ 33 SLVO).

Zur Begründung wird für Höchstaltersgrenzen das “angemessene zeitliche Verhältnis zwischen Ausbildung, Arbeitsleistung im aktiven Beamtendienst und anschließender Versorgung nach Eintritt in den Ruhestand” angeführt⁴⁵.

In § 10 Ziff. 3 ADG-E erscheinen als Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung die „spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes“ bzw. die „Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand“. Damit aber kann man die **pauschalen** obigen Altersgrenzen nicht rechtfertigen.

Das Argument „Zeit der Arbeitsleistung und **Verhältnis zum Ruhegeldanspruch**“ kann wohl nicht zur Rechtfertigung der Altersgrenzen ausreichen: zum einen nennt § 10 Ziff. 3 ADG-E eine solche Begründungsmöglichkeit nicht, zum anderen dürfen überkommene (i.S. von überholte und veränderbare) Grundsätze des Beamtentums und auch Art. 33 Abs. 5 GG mit seinen „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ („Alimentierung“ auch im Ruhestand) nicht benutzt werden, um Ältere auszuschließen. Eventuell entstehende Ruhegeldprobleme müssten mit einer Anpassung der Ruhegeldregelungen gelöst werden.

Abgestellt werden kann nur auf die Begründung einer besonderen Ausnahme nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. c RRL (§ 10 Ziff. 3 ADG-E) – also möglicher Höchstgrenzen wegen spezifischer **Ausbildungsanforderungen** eines bestimmten Arbeitsplatzes oder wegen einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand. Zur Rechtfertigung solcher Ausnahmen gehört, dass sich das bestehende Ausbildungs- und Laufbahnkonzept und die entsprechenden Aufwendungen nur „lohnen“ können, wenn der Bewerber noch eine angemessene Zeit auf der angestrebten Position vor dem Ruhestand arbeitet. Wann im Einzelfall diese „Angemessenheit“ vorliegt, wird im Einzelfall zu entscheiden sein: Es muss hier sicherlich eine

⁴⁵ So Antwort der Bundesregierung v. 4.3.1996 auf eine Kleine Anfrage im Bundestag, BT-Ds. 13/4036 v. 8.3.1996.

Relation zwischen den Ausbildungskosten und der noch möglichen Zeit zur Absolvierung des Berufs bis zur wahrscheinlichen Pensionierung gegeben sein. Bei Einarbeitungszeiten von 2 Wochen wird wohl niemand auf die Idee kommen können, eine bestimmte Altersgrenze zu fordern, während bei Notwendigkeit einer zeit- und kostenaufwendigen Ausbildung z.B. zum Piloten wohl eine Fluglinie nicht verpflichtet sein muss, die Ausbildung von z.B. 53jährigen Bewerbern zu beginnen, wenn diese dann nach mehrjähriger Ausbildung nur noch ein oder zwei Jahre tatsächlich beschäftigt werden dürfen.

Allerdings ist auch hier zu beachten, dass die bisherigen pauschalen Altersgrenzen von 65 für die meisten Funktionen nicht mehr haltbar sind - das „Pensionsalter“ wird also nicht mehr starr sein⁴⁶. Diese Aufweichung der Altersgrenze muss dann auch Auswirkungen auf die Abwägung zwischen Ausbildungszeit und zu erwartender „Restarbeitszeit“ haben. Zu berücksichtigen ist bei der Abwägung auch, inwieweit nach dem konkreten Berufsbild bereits während der Ausbildung schon tatsächlich produktiv gearbeitet werden kann oder aber die Ausbildungszeit ohne wesentlichen Nutzwert für den ausbildenden Arbeitgeber ist.

3.3 Entgeltbereich

Beim Entgelt ist zu konstatieren, dass in etlichen Fällen ältere Beschäftigte durch einzelne Arbeitgeber von der Gehaltsentwicklung „abgehängt“ werden. Neu eingestellte jüngere Arbeitnehmer erhalten ein höheres Entgelt als diejenigen Älteren, die schon längere Zeit in der Firma sind. Ob hier eine Diskriminierung vorliegt, muss am einzelnen Fall und dessen Begründung geprüft werden, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Wertigkeit von Berufserfahrung.

3.4 Arbeitsbedingungen

Im **öffentlichen** Dienst und auch in der Privatwirtschaft werden innerbetriebliche Fortbildungen u.ä. nur bis zu (unterschiedlich festgelegten) Höchstaltern durchgeführt. Eine Berechtigung könnte hier nur gegeben sein, wenn die Zeit der Umsetzung der (ggf. kostenintensiven) Fortbildung in

⁴⁶ Näher dazu s. unten 3.6.

ökonomisch nützliche Tätigkeit sehr kurz ist (§ 10 Ziff. 3 ADG-E).

Die Rechtsprechung des BAG behandelte 1987 folgende Fallkonstellation: Nach Tarifvertrag konnte (in Grenzen) die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit gemeinsam durch Arbeitgeber und Betriebsrat nach Arbeitnehmergruppen geregelt werden. In dem Betrieb wurde die Reduzierung der Arbeitszeit von 40 Stunden auf 37 Stunden ohne Lohnausgleich im Rahmen einer Betriebsvereinbarung so geregelt, dass sich zuerst Freiwillige melden konnten, dann unabhängig von Freiwilligkeit die ältesten Arbeitnehmer ihre Arbeitszeit ohne Lohnausgleich reduzieren mussten. Damals sah das BAG dies als zulässig an – nach der RRL 2000/78 und dem ADG-E wäre der Fall sicher anders zu entscheiden⁴⁷.

3.5 Beendigung von Arbeitsverhältnissen - Kündigung

In § 1 Abs. 4 KSchG sind die Auswahlkriterien bei betriebsbedingten Kündigungen enthalten. Hier ist das Lebensalter ein normalerweise den Älteren schützendes Kriterium. Durch § 10 Ziff. 6 ADG-E ist hier eine Ausnahmeregelung eingeführt, die mit ihrem Abstellen auf die Besonderheiten des Einzelfalles wohl dem EG-Recht entspricht.

Unklar dagegen ist, ob diese Wertung auch für § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG gelten kann. Hier wird ein höheres Alter als nachteiliges Kriterium bei Kündigungen und der "**Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur**" angewandt worden. Darunter wird insbesondere die Altersstruktur verstanden⁴⁸, es soll also bei Entscheidungen über Entlassungen direkt auf das Alter abgestellt werden können. Noch deutlicher ist die gesetzliche Regelung, die Kündigungen und die soziale Auswahl unter Berücksichtigung der "**Herstellung** einer ausgewogenen Personalstruktur" nach § 125 Abs. 1 S. 1 InsO ermöglicht.

Es ist umstritten, ob die Herausdrängung Älterer aus dem Betrieb wegen einer vermeintlich „ausgewogenen Altersstruktur“ gegen das Verbot der Altersdiskriminierung aus der Richtlinie verstößt⁴⁹. Eine solche Maßnahme

⁴⁷ BAG v. 18.08.1987 - 1 ABR 30/86, AP § 77 BetrVG 1972 Nr. 23.

⁴⁸ Kiel, in: Ascheid u.a., Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rn. 755n.

⁴⁹ so Leuchten, NZA 2002, 1259.; a.A. z.B. Kiel, in: Ascheid u.a., Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rn. 755n; Löwisch, NZA 2003, 689. Ausführliche Abwägung s. Brors, AuR 2005, 43 ff.; zur Praxis allgemein s. Bär, AuR 2004, 169 ff.

könnte nur dann als taugliches Ziel gelten, wenn die Aushöhlung des Arbeitsplatzschutzes älterer Arbeitnehmer als Mittel zur Erreichung eines legitimen Beschäftigungsziels jüngerer Arbeitnehmer angemessen und erforderlich wäre – also eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 RRL vorliegt.

Eine weitere Ungleichbehandlung von Älteren ist durch § 90 Abs. 1 Ziff. 3 SGB IX gegeben. Danach bedürfen z.B. Kündigungen von Schwerbehinderten ab Vollendung des 58. Lebensjahres **nicht** mehr der Zustimmung des Integrationsamtes, wenn ein Anspruch auf eine Abfindung besteht und der Arbeitnehmer der Kündigungsabsicht des Arbeitgebers nicht widersprochen hat. Durch die Möglichkeit des Widerspruchs ist zwar die negative Auswirkung dieser Norm gemildert – ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ist dennoch gegeben.

3.6 Beendigung von Arbeitsverhältnissen - generelle Altersgrenze 65

Eine gesetzliche Altersgrenze „65“ ist ausschließlich für Beamte/innen und Richter/innen gegeben, wie sich aus § 41 BBG, § 25 BRRG und § 48 DRiG ergibt. In verschiedenen landesgesetzlichen Regelungen ist eine Altersgrenze 65 für hauptamtliche Bürgermeister/innen festgeschrieben⁵⁰. Für Arbeiter und Angestellte aber gibt es **keine** gesetzliche Altersgrenze. Allerdings ist bei Arbeitsverhältnissen außerhalb des Beamtenbereichs die entsprechende **Altersgrenze 65** durch Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen⁵¹ und Einzelarbeitsverträge üblicherweise genau so geregelt. Diese Altersgrenze einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 65. Lebensjahres ist von der Rechtsprechung seit jeher anerkannt worden⁵².

§ 10 Ziff. 5 ADG-E sieht nun die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen zur „automatischen Beendigung mit 65“ oder sogar früher (insbesondere also auch durch Tarifverträge) vor, wenn der Beschäftigte eine Rente wegen Alters **beantragen** kann. Gemeint ist vermutlich, wenn er eine entsprechende Rente **erhalten** kann, offen ist im ADG-E zur Zeit, ob jegliche Rente, also auch eine

⁵⁰ S. Nussberger, JZ 2002, 526 f.

⁵¹ Dazu s. Zöllner, GS für Blomeyer, 2003, 519.

⁵² Nachweise s. Schmidt, FS für Dieterich, 1999, 585 ff., zur Kritik an der Rechtsprechung s. u.a. Waltermann, GS Blomeyer, 2003, 499 ff. Zum 1994 eine intensive Diskussion auslösenden Veränderung des § 41 SGB VI s. insbesondere Simitis, RdA 1994, 257 ff.

vorgezogene Altersrente mit massiven Kürzungen, dazu ausreicht.

§ 10 Ziff. 5 ADG-E ist nicht vereinbar mit der RRL, die Regelung verstößt gegen die RRL. Maßstab zur Prüfung, ob § 10 Ziff. 5 ADG-E mit EG-Recht vereinbar ist, ist Art. 6 Abs. 1 RRL. Nach dieser Regelung liegt eine Diskriminierung dann nicht vor, wenn die Ungleichbehandlungen wegen des Alters „objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“.

Die pauschale zwangsweise Herausdrängung von Beschäftigten über 65 ist nicht durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt. Vielmehr wird ausschließlich an das Alter selbst angeknüpft, der dadurch erfolgende weitreichende Eingriff in die Arbeitsverhältnisse Älterer bedeutet praktisch das Verbot weiterer Berufsausübung – wie sollte dies als „angemessen“ gerechtfertigt werden können? Diese gesetzlichen Altersgrenzen sind nach der RRL rechtlich nicht mehr zu halten. Die Automatik der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellt einen der typischen Fälle der nach der RRL **unzulässigen** Altersdiskriminierung dar.

Die Probleme, die sich aus einem Wegfall der Altersgrenze ergeben können, sind sicherlich vorhanden, also z.B. Schwierigkeiten einer Kündigung wegen abfallender Leistung, eine längere Besetzung von Aufstiegs- und Leitungspositionen durch langjährig Beschäftigte, das Vorhandensein von jüngeren Beschäftigungswilligen auf dem Arbeitsmarkt. Diese Probleme können aber nichts an der Unzulässigkeit der heutigen Regelung ändern⁵³. Zu betonen ist: die **Zwangs-Altersgrenze 65** heißt neben dem Verlust des eigenen Arbeitsplatzes auch gleichzeitig angesichts der bestehenden Abneigung gegen die Beschäftigung Älterer, dass im Normalfall ab dann keinerlei weitere Berufsausübung möglich ist.

Bereits heute ist es nur ein geringerer Prozentsatz an Personen, der seine Erwerbstätigkeit erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres beendet. Eine Vielzahl der Beschäftigten scheidet bereits deutlich vorher aus dem aktiven Erwerbsleben aus⁵⁴. So lag z.B. im Jahre 2002 in den alten Bundesländern die

⁵³ Zur inhaltlichen Argumentation s. so auch u.a. Nussberger, JZ 2002, 528 f., 530 ff.; Schlachter, GS für Blomeyer, 2003, 366 ff.; Schmidt/Senne, RdA 2002, 85; Waltermann, GS für Blomeyer, 2003, 508 ff. und 512 ff.

⁵⁴ Nussberger, JZ 2002, 531 f.

Erwerbstätigenquote der Männer bei der Gruppe 60-65 Jahre nur bei 32,4%⁵⁵. Oder: im Jahre 2003 begannen ihre Rente nur noch 38,68% mit 65 Jahren, die anderen früher⁵⁶. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine Altersgrenze zudem nicht als legitimes Ziel aus dem Bereich des Arbeitsmarktes bewertet werden kann, das angemessen und erforderlich ist, wenn andauernd Forderungen aus dem politischen Bereich erhoben werden, die Altersgrenzen der Rentenversicherung aus Einsparungsgründen nach oben zu verschieben.

Teilweise wird argumentiert, dass Ziff. 14 der Begründungserwägungen der Richtlinie 2000/78/EG eine solche starre Altersgrenze erlaube. In Ziff. 14 ist bestimmt, dass die Richtlinie „nicht die einzelstaatlichen Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand berührt.“ Zum einen ist fraglich, ob sich die angesprochene Festsetzung von Altersgrenzen nicht ausschließlich auf die sozialversicherungsrechtliche Komponente bezieht (Zusammenhang mit Erwägung 13). Zum anderen kann eine Begründungserwägung wie die Ziff. 14 nicht den sachlichen Geltungsbereich einer Richtlinie beschränken. Sinn und Zweck der Begründungserwägungen ist lediglich die Begründung der Richtlinie, nicht aber die Präzisierung ihres Geltungsbereichs entgegen dem Inhalt und Wortlaut der eigentlichen Richtlinienregelungen⁵⁷. Der Wortlaut der Richtlinie aber deckt gerade die starre Altersgrenze als Zwangsbeendigung nicht ab.

Die Zulässigkeitserklärung des § 10 Ziff. 5 ADG-E für die zwangsweise Beendigung von Arbeitsverhältnissen aus Altersgründen verstößt gegen die Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 RRL und ist damit wegen Verstoßes gegen EG-Recht unwirksam.

⁵⁵ Statistisches Bundesamt, Ergebnisse Mikrozensus, Wiesbaden 2002, Tabelle IV.6b. Bei der Altersgruppe 50-55 lag sie dagegen bei 83,8%, bei der Gruppe 55-60 bei 70,2%.

⁵⁶ s. Statistik „Rentenzugänge 2003, Renten nach SGB VI wegen Alters“ des vdr, www.vdr.de/internet/vdr/stat-akt.nsf. Von den 802.992 Rentenzugängen (60. bis 65. Lebensjahr) wegen Inanspruchnahme der gesetzlichen Altersrente des Jahres 2003 hatten bei Rentenbeginn 27,20% ein Alter von 60 Lebensjahren, 11,17% ein Alter von 61, 6,59% ein Alter von 62, 13,56% waren 63 Jahre, 2,80% waren 64 Jahre.

⁵⁷ Schlachter, GS für Blomeyer, 2003, 362 ff.; Schmidt/Senne, RdA 2002, 85; Waltermann, GS für Blomeyer, 2003, 513 f.

3.7 Beendigung von Arbeitsverhältnissen - Altersgrenzen für spezielle Funktionen

Altersgrenzen haben die Rechtsprechung gerade auch bei **freien Berufen** (Notare, Hebammen, Bezirksschornsteinfeger, Prüfsingenieure Baustatik, Vertragsärzte) beschäftigt, insbesondere sind hier die Entscheidungen des BVerfG zu nennen, die solche Altersgrenzen als legitim erachtet haben⁵⁸ unter Anlegung pauschaler Einschätzungen. Diese Altersgrenzen werden auch trotz der Entscheidungen des BVerfG nach Ergehen der Richtlinie und des ADG erneut problematisch werden.

Weiterhin gibt es spezielle tarifliche Altersgrenzen für besondere Arbeitnehmergruppen. Die **berufsspezifischen Altersgrenzen** werden damit begründet, dass mit der Tätigkeit des Arbeitnehmers ein erhebliches Sicherheitsrisiko verbunden ist und die Gefahr besteht, dass durch altersbedingte Ausfallerscheinungen oder Fehlreaktionen des Arbeitnehmers wichtige Rechtsgüter des Arbeitgebers oder anderer Personen gefährdet werden. Die maximale Altersgrenzen von 60 Jahren z.B. für Piloten⁵⁹ und Flugzeugingenieure/Cockpit⁶⁰ wurden mit dieser Argumentation in der Rechtsprechung des BAG für zulässig erachtet, bestätigt durch das BVerfG: „Es entspricht der Lebenserfahrung, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter größer wird. Der Schutz von Leben und Gesundheit stellt ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut dar, das selbst erhebliche Einschränkungen der Berufsfreiheit rechtfertigen kann.“⁶¹

Bei Altershöchstgrenzen ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob Art. 4 Abs. 1 RRL (§ 8 Abs. 1 Ziff. 2 ADG-E) so wirkt, dass die entsprechende Ausnahme (spezielle Anforderungen aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung) als gerechtfertigt angesehen werden kann - darf für die bestimmte Tätigkeit pauschal unterstellt werden, dass ab einem bestimmten Alter wegen der dann vermuteten durchschnittlich geringeren Konstitution von solchen Arbeitnehmern Gefahren für andere

⁵⁸ Dazu s. u.a. Nussberger, JZ 2002, 527.

⁵⁹ S. z.B. BAG v. 20.2.2002 – 7 AZR 748/00, AP Nr. 18 zu § 620 BGB Altersgrenzen; BAG v. 27.11.2002 – 7 AZR 414/01, AP Nr. 21 zu § 620 BGB Altersgrenzen; jüngst BVerfG v. 25.11.2004 – 1 BvR 2459/04, AuR 2005, 27 (Verfassungsbeschwerde gegen BAG v. 21.7.2004, 7 AZR 589/03). Die Altersgrenze ist jedoch nicht zulässig für Kabinenpersonal, s. BAG v. 31.07.2002 - 7 AZR 140/01 - AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

⁶⁰ BAG v. 25.02.1998 – 7 AZR 641/96, AP 11 zu § 1 TVG Tarifverträge Luftfahrt.

⁶¹ BVerfG v. 25.11.2004 – 1 BvR 2459/04, AuR 2005, 27.

ausgehen⁶²? Hier müssten mehr als bisher sozialwissenschaftliche und medizinische Erkenntnisse herangezogen werden, denn „Alter ist nicht mehr, was Alter einmal war“⁶³.

3.8 Unbeschränkte Befristung für Beschäftigte ab 52 Jahre

Eine massive Ungleichbehandlung stellt die unbeschränkte Befristungsmöglichkeit für Arbeitnehmer dar, die seit Anfang 2003 ab Vollendung des 52. Lebensjahres durch § 14 Abs. 3 S. 1 und 4 TzBfG zugelassen ist. Danach können Arbeitgeber mit jeder Person, die das 52. Lebensjahr vollendet hat, befristete Arbeitsverträge welcher Dauer auch immer in unendlichen Wiederholungen abschließen. Sachliche Gründe werden dafür nicht benötigt, eine Höchstdauer der Befristung ist nicht normiert, die Zahl der aneinander anknüpfenden Verträge nicht begrenzt. Die Regelung des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG bewirkt,

- dass zum einen eine in jeder Hinsicht schrankenlose Befristung von Arbeitsverträgen ab Vollendung des 52. Lebensjahres möglich ist, und
- dass zum anderen darüber hinaus die sonstigen Befristungsmöglichkeiten so genutzt werden können, dass ein Arbeitnehmer bereits ab Vollendung des **50.** Lebensjahres ohne jeglichen sachlichen Grund auf Dauer bis zum Renteneintritt oder darüber hinaus mit immer neuen Befristungen beschäftigt werden kann.

Es ist zu konstatieren: bei einer Lebenserwerbstätigkeit von z.B. 20 bis 65 Jahren wird **1/3 der möglichen Erwerbszeit** (Alter 50 bis 65) aus dem Schutz von Arbeitsverträgen durch KSchG und Befristungsbeschränkungen gänzlich herausgenommen.

Diese Regelung ist schlicht unzulässig, nach der schon lange bestehenden Befristungsrichtlinie 1999/70/EG ebenso wie nach der RRL 2000/78/EG (Alter). Daran ändern auch Rechtfertigungsversuche nichts, die Äußerungen von EG-Institutionen heranziehen („Förderung der Bereitschaft der Arbeitgeber zur Beschäftigung älterer Arbeitnehmer“, Ziel der „Anhebung des effektiven Durchschnittsalters beim Ausscheiden aus dem Erwerbsleben um fünf Jahre“)

⁶² dazu s. auch Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1237.

⁶³ So Nussberger, JZ 2002, 531 mit ausführlicher Begründung.

und diese zur Rechtfertigung des Abbaus des arbeitsrechtlichen Schutzes einer sehr großen Gruppe älterer Beschäftigter missbrauchen⁶⁴. Förderung durch massive Diskriminierung des zu fördernden Personenkreises ist **nicht** das Programm der EG.

Erstaunlich ist auch, dass die Bundesregierung zum einen (widerwillig) an der Umsetzung der RRL hinsichtlich des Alters arbeitet und zum anderen zeitgleich eine solche massive Diskriminierung von Älteren gesetzlich produziert. Dies bedeutet die Bankrotterklärung des Gesetzgebers: er erklärt, die Nichtdiskriminierung älterer Arbeitnehmer (Vorgabe der Richtlinie) gesetzlich nicht wirksam durchführen zu können, deshalb zum Abbau von Rechten für Ältere greifen zu wollen.

3.8.1 Verstoß gegen die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG nebst Anhang Rahmenvereinbarung

Die Befristungsrichtlinie 1999/70/EG und der in ihrem Anhang befindliche Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge verlangt in § 5 BefrRL-Anhang, dass der Gesetzgeber entweder sachliche Gründe, oder/und eine maximale Dauer oder/und eine maximale Zahl von Befristungen vorgeben muss. Keine dieser Vorgaben ist in § 14 Abs. 3 S. 1 und 4 TzBfG geregelt worden. Die große Mehrheit in der Literatur sieht einen Verstoß gegen die Befristungsrichtlinie als gegeben an⁶⁵.

Die Regelung kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass nach § 8 Abs. 1 BefrRL-Anhang "günstigere Bestimmungen für Arbeitnehmer beibehalten oder eingeführt" werden können – günstiger sei für Ältere aber ein befristeter

⁶⁴ S. besonders Koberski, NZA 2005, 79 ff., 82 unter Hinweis auf geäußerte Zielsetzungen der Hartz-Kommission.

⁶⁵ U.a. Backhaus, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2004, TzBfG § 14 Rn. 103 f.; Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl. 2001, § 14 TzBfG Rn. 179; Dörner, ArbR BGB. 2. Aufl. 2002, § 629 Rn. 242; Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2004, Rn. 612 ff.; Kenver, NZA 2002, 1316; Lipke, KR, 6. Aufl. 2002, § 14 TzBfG Rn. 324; Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 2. Aufl. 2004, § 14 Rn. 99; Müller-Glöge, ErfK, 5. Aufl. 2004, § 14 TzBfG Rn. 133; Richardi/Annuß, BB 2000, 2204; Weber, AuR 2002, 404; wohl auch Linsenmaier, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 30; Weber AuR 2002, 404.

A.A. u.a. Bauer, NZA 2003, 30 f.; Koberski, NZA 2005, 80 ff.; Preis/Gotthard, DB 2000, 2072; Thüsing/Lambrich, BB 2002, 831 ff.

Arbeitsplatz als gar kein Arbeitsplatz⁶⁶. Zugespitzt: die Alten sollten "froh sein, wenn sie überhaupt noch einen Arbeitsplatz finden"⁶⁷. Konsequentes Fortdenken dieser Überlegungen müsste zu dem Ergebnis kommen, die Arbeitslosigkeit älterer Menschen würde am besten dadurch abgebaut werden, dass man diese in noch mehr Bereichen des Arbeitsrechtes rechtlos stellt. Dies ist keine zulässige Argumentation im Rahmen der „Günstigkeitsargumentation“ von § 8 Abs. 1 BefrRL-Anhang. Unabhängig davon ist es abwegig zu vermuten, die unbeschränkt möglichen befristeten Arbeitsverhältnisse, möglichst noch zu schlechten Bedingungen abgeschlossen, würden Arbeitsplätze auf die Älteren nur so prasseln lassen.

Die unbeschränkte Befristung für Ältere verstößt auch gegen § 8 Abs. 3 BefrRL-Anhang. Nach dieser Norm darf die Umsetzung der Richtlinie nicht als Rechtfertigung für die Senkung des allgemeinen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes in dem von dem BefrRL-Anhang erfassten Bereich dienen. Genau dies ist aber durch die Freigabe der unbeschränkten Möglichkeit der Befristung erfolgt: für Neuabschlüsse von Arbeitsverträgen ist die inhaltliche Beschränkung der Befristungsmöglichkeit für die Beschäftigten ab Vollendung des 50. Lebensjahres völlig aufgehoben worden – für **mehr als 1/3** der normalen Lebensarbeitszeit eines Menschen.

3.8.2 Verstoß gegen die Altersdiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG

Die Regelung des § 14 Abs. 3 TzBfG verstößt gegen europäisches Recht auch in Bezug auf die RRL 2000/78/EG.

Es bedarf keiner Erklärung, dass die Möglichkeit der unbeschränkten Befristung und die damit verursachte Herausnahme der älteren Beschäftigten aus der Anwendung des KSchG eine nachteilige Ungleichbehandlung gegenüber anderen Altersgruppen ist. Vertreten wird jedoch, dass die Ausnahmeregelung des § 10 Ziff. 1 ADG-E (bzw. Art. 6 b RRL) Anwendung findet, wonach die Festlegung besonderer Bedingungen „die berufliche Eingliederung von älteren Beschäftigten fördern“ soll.

⁶⁶ so wirklich Bauer, NZA 2003, 31; Boewer, TzBfG, 2002, § 14 Rn. 272; für die 58-Grenze auch Wank, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2001, Erg.-Bd., § 116 Rn. 210.

⁶⁷ so Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1239, jedoch nicht als eigene Meinung.

Ein solches Argument kann die Möglichkeit der unbeschränkten Befristung für Beschäftigte ab Vollendung des 52. Lebensjahres nicht rechtfertigen. Die Förderung Älterer ist selbstverständlich ein legitimes Ziel aus dem Bereich der Beschäftigungspolitik und des Arbeitsmarktes. Nur kann dieses legitime Ziel nicht dadurch erreicht werden, dass man einen **Kernbereich** des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters einfach aufhebt. Die Mittel zur Erreichung des Ziels Förderung der Eingliederung älterer Beschäftigter sind weder angemessen noch erforderlich⁶⁸.

In absehbarer Zeit wird auf europäischer Ebene die Problematik geklärt werden: vom ArbG München⁶⁹ liegt ein Vorlagebeschluss („Mangold“) vor, anhand dessen sich der **EuGH**⁷⁰ mit der Problematik befassen wird. Ein weiterer Vorlagebeschluss („Schmidt“) des ArbG Regensburg⁷¹ ist ebenfalls beim EuGH anhängig⁷², jedoch bis zur Entscheidung im Fall Mangold ausgesetzt.

Auch das **BAG** wird die Problematik des § 14 Abs. 3 TzBfG zu entscheiden haben. Eine entsprechende Klage, die vom Autor für einen Arbeitnehmer in einem Großbetrieb geführt wird, ist vom ArbG Lübeck⁷³ abgewiesen worden mit dem Verweis auf die fehlende unmittelbare Wirkung der Richtlinien zwischen Privaten. Die Berufung wurde vom LAG Schleswig-Holstein⁷⁴ abgewiesen mit der zusätzlichen Begründung, dass die Befristungsrichtlinie und die Altersdiskriminierungsrichtlinie keine hinreichend genauen Vorgaben enthalten. Die Revision ist beim BAG anhängig⁷⁵, dieses und ein weiteres⁷⁶ Verfahren sind zurzeit wegen der Befassung des EuGH mit der Rechtssache Mangold ausgesetzt.

3.8.3 Verstoß gegen das „Verschlechterungsverbot“

⁶⁸ Auch Leuchten, NZA 2002, 1258. A.A: Koberski, NZA 2005, 80 f. und 83, er versucht die Rettung der Regelung mit der Berechtigung des Gesetzgebers, doch mal etwas auszuprobieren („ex-ante Beurteilung“).

⁶⁹ ArbG München v. 29.10.2003 - 26 Ca 14314/03, NZA-RR 2005, 43 ff.

⁷⁰ Az. Rs. C-144/04, Mangold ./.. Helm.

⁷¹ Beschluß v. 26.2.2004, Abl. 2004/C 228/21.

⁷² Rs. C-261/04, Schmidt ./.. Sennebogen Maschinenfabrik GmbH.

⁷³ Urteil v. 11.3.2004 - 1 Ca 31/04.

⁷⁴ Urteil v. 22.6.2004 - 5 Sa 128/04, NZA-RR 2005, 40 ff.

⁷⁵ 7 AZR 500/04.

⁷⁶ Az. 7 AZR 72/04.

Die unbeschränkt mögliche Befristung für Ältere verstößt gegen die RRL Alter. Der aktuellen Anwendung wird zum Teil entgegen gehalten, dass diese unter Privaten keine Wirkung haben solle. Auf diese zum EG-Recht stattfindende intensive Diskussion kann hier nicht eingegangen werden. Unabhängig von dieser Problematik („Wirkung von EG-Richtlinien unter Privaten“) besteht jedoch folgende Besonderheit: es ist Standard des europäischen Rechtes, dass man sich auf Richtlinieninhalte **nicht** vor Ablauf der Umsetzungsverpflichtung berufen kann. Jedoch dürfen die EG-Staaten bereits ab Verabschiedung der Richtlinie ihr innerstaatliches Recht nicht entgegen dem Wortlaut und der Zielsetzung der neuen Richtlinie **„verschlechtern“**.

Im vorliegenden Fall ist jedoch gerade dies erfolgt. Die sachgrundlose Befristung ab Vollendung des 52. Lebensjahres wurde geschaffen durch Art. 7 des ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom **23.12.2002** (BGBL I S. 4607). Die RRL 2000/70 dagegen war mit ihrer Zielsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung verabschiedet worden am **27.11.2000**, also zwei Jahre zuvor.

Es ist also **nach** Verabschiedung der Richtlinie § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG als gesetzliche Norm erlassen worden, der gerade in diskriminierender Weise erlaubt, neue Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten ab dem 52. Lebensjahr ohne jeglichen Grund und ohne jegliche Beschränkung zu befristen – ein massiver Verstoß gegen die Vorgabe des Unterlassens von „neuer“ Altersdiskriminierung.

3.9 Milderung wirtschaftlicher Nachteile bei Kündigungen

Wie oben bei Ungleichbehandlungen von Jüngeren bereits angesprochen, gibt es Abfindungsformeln, die ein höheres Lebensalter positiv berücksichtigen. Jedoch wird in Sozialplänen ein höheres Lebensalter zum Teil auch nachteilig berücksichtigt, wenn Formeln für Sozialplanabfindungen z.B. ab Überschreitung bestimmter Altersgrenzen niedrigere Beträge vorsehen. Als Beispiel: 1,15 Bruttomonatsgehälter pro Betriebszugehörigkeitsjahr zwischen 54 und 58, anschließend nur noch 0,95 pro Jahr. Zudem ist teilweise eine Begrenzung geregelt, nach der die Abfindung nicht mehr als z.B. 50% des möglichen Bruttoeinkommens bis zur Erreichung der Altersgrenze betragen kann.

Bisher wurden diese **„Abschläge“** als völlig unproblematisch angesehen mit der

Begründung, rentennahe Jahrgänge sollten unter Berücksichtigung des Arbeitslosengeldes bzw. einer vorgezogenen Rente nicht mehr erhalten, als sie bei Weiterarbeit verdient hätten. Diese Wertung nimmt § 10 Ziff. 8 ADG-E auf und sieht eine Reduzierung von Sozialplanleistungen wegen einer Nähe zur Rente als gerechtfertigt an. Allerdings muss hier die Wertung ggf. berücksichtigen, dass die Altersgrenze 65 selbst problematisch ist.

4. Ergebnis

Diskriminierungen wegen des Alters in Gesetzen und Tarifverträgen und zudem der täglichen Praxis sind zahlreich – wobei der Schwerpunkt der Ungleichbehandlung bei Jüngeren im Entgeltbereich liegt, bei Älteren dagegen im Bereich der (Nicht-)Einstellung.

Durch die acht Ausnahmereiche des § 10 ADG-E werden einige Probleme geklärt, jedoch hat der ADG-E nicht eine Überprüfung des geltenden Rechts auf unzulässige Diskriminierungen hin vorgenommen.

Die Ungleichbehandlungen wegen des Alters sind zahlreich, die Diskriminierungen in sehr vielen Fällen offensichtlich. Bei sinnvoller und dem Ziel einer Reduzierung von Altersdiskriminierung Rechnung tragender Auslegung der Ausnahmeregelungen des ADG-E und der RRL 2000/78 sollte die Abgrenzung nicht zu schwierig sein. Zu konstatieren ist aber, dass im Bereich der Altersdiskriminierung das Bewusstsein des Unrechts noch weniger weit verbreitet ist als z.B. bei der Frauendiskriminierung.

Zu weiteren Problemen wird man kommen (und kommen müssen), wenn nicht nur die direkte/unmittelbare Diskriminierung betrachtet wird, sondern auch die "feinere" indirekte/mittelbare Diskriminierung. Auch diese ist nach der RRL 2000/78/EG und ADG-E untersagt, jedoch weit schwieriger zu fassen. Es wird ein langer Streit.

Bei der Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung der Richtlinie und des ADG werden in Zukunft die **Betriebs- und Personalräte** eine wesentliche Rolle übernehmen müssen. Sie haben (auch jetzt schon z.B. nach § 80 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG) zum einen die bestehenden Betriebsvereinbarungen in dem Betrieb auf Diskriminierungstatbestände zu überprüfen, zudem haben sie die Aufgabe, bei Versetzungen, Einstellungen und ähnlichem stets auch den Gesichtspunkt

der Altersdiskriminierung im Blick zu halten. Allerdings werden sich auch Betriebs- und Personalräte hier von hergebrachten und überkommenen Vorstellungen trennen müssen, um der weitreichenden Bedeutung des Altersdiskriminierungsverbotes Rechnung zu tragen.

Die **Tarifvertragsparteien** sind aufgefordert, in ihren Bereichen baldmöglichst die vorhandenen tariflichen Diskriminierungen wegen des Alters zu verändern und Kriterien zu schaffen, die diskriminierungsfrei sind.

An den **Gesetzgeber** zu appellieren, selbst nochmals aktiv zu werden und durch Gesetz Stellung zu beziehen, indem vorhandene diskriminierende gesetzliche Regelungen abgeschafft werden, erscheint leider illusorisch.
