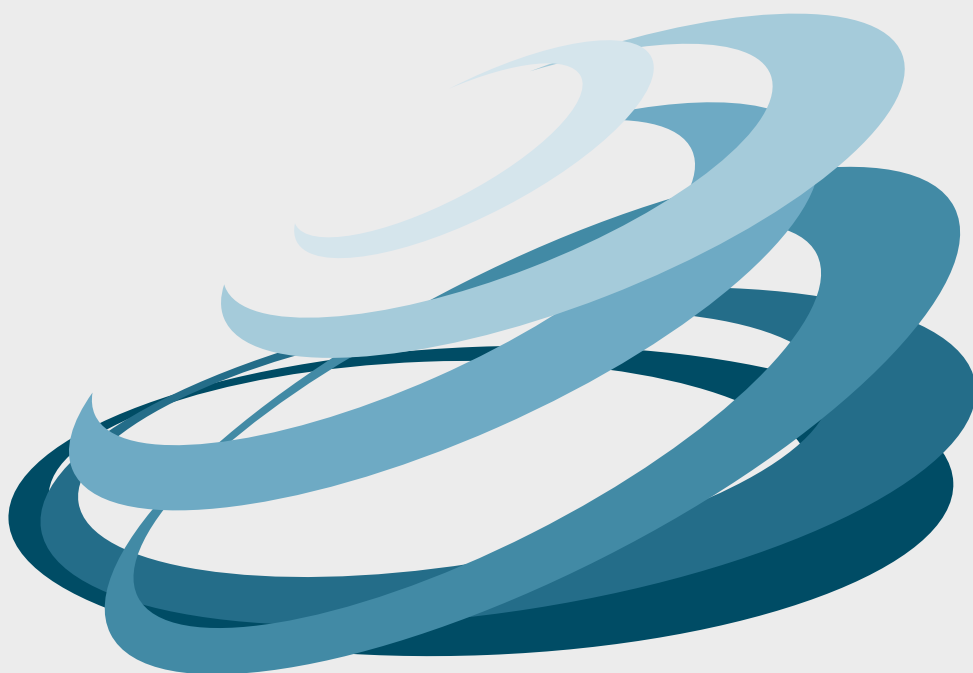




Antidiskriminierungsstelle  
des Bundes

# Diskriminierung aufgrund des Alters

von  
Prof. Dr. Klaus Rothermund, Jena, und  
Dr. Felipe Temming, LL.M., Köln\*



# Diskriminierung aufgrund des Alters

**von**  
**Prof. Dr. Klaus Rothermund, Jena, und**  
**Dr. Felipe Temming, LL.M., Köln\***

---

\* Prof. Dr. Klaus Rothermund ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Psychologie II an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE) ist Akad. Rat a.Z. und Habilitand am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Universität zu Köln.

## Zusammenfassung

Seit gut vier Jahren verbietet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) unter anderem nicht zu rechtfertigende Benachteiligungen aufgrund des Alters. Mit dem AGG wurden europäische Richtlinienvorgaben aus dem Jahre 2000 umgesetzt, die ein ganzes Bündel von Antidiskriminierungsmaßnahmen vorsahen. Dieses für Deutschland neue Diskriminierungsverbot ist seitdem kontrovers diskutiert worden. Die Haltung ihm gegenüber war überwiegend ablehnend. Dennoch sollte das Verbot der Altersdiskriminierung nicht nur als Last, sondern auch als Chance begriffen werden. Denn es stellt ein wichtiges Instrument dar, in einer alternden Gesellschaft unsere drängenden demographischen, volkswirtschaftlichen und sozialen Probleme zu lösen.

Zu diesem Ergebnis gelangt eine Untersuchung des Psychologen Klaus Rothermund aus Jena und des Juristen Felipe Temming aus Köln, die im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes erstellt wurde. Die Autoren werten in ihrer Studie den bisherigen Forschungsstand zu dem gesellschaftlich relevanten Thema Diskriminierung aufgrund des Alters aus und beleuchten die juristischen Folgen, die das Verbot der Altersdiskriminierung insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitsrechts mit sich bringt. Insgesamt sei von einer gesteigerten Bedeutung des Verbots der Altersdiskriminierung auszugehen, stellen beiden Autoren fest. Für diese Entwicklung würde maßgeblich der Europäische Gerichtshof der EU verantwortlich zeichnen, der dieses Diskriminierungsverbot ernst nehme. Freilich bahne sich auch beim deutschen Gesetzgeber und der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung teilweise ein Umdenken im Umgang mit dem Verbot der Altersdiskriminierung an.

Dass Handlungsbedarf besteht, bestätigen empirische Untersuchungen, die zum Teil deutliche Unterschiede in der Behandlung älterer und jüngerer Menschen in verschiedenen Lebensbereichen aufzeigen. Von Benachteiligungen sind überwiegend ältere Menschen betroffen. Allerdings finden sich in einigen Zusammenhängen auch Benachteiligungen jüngerer Menschen. Für das Phänomen der Altersdiskriminierung lässt sich ein ganzes Bündel von Ursachen ausmachen, die voneinander abhängen und sich gegenseitig verstärken (neben gesellschaftlichen und kulturellen Randbedingungen sind dies insbesondere situative und personale Faktoren sowie faktische Unterschiede in der Lebenssituation junger und älterer Menschen).

Wenngleich es möglich ist, Altersdiskriminierung positiv zu bewältigen, führt sie hauptsächlich zu materiellen, sozialen und persönlichen Nachteilen. Aber auch auf gesamtgesellschaftlicher Ebene ergeben sich Kosten, etwa durch die mangelnde Nutzung der Potenziale diskriminierter Altersgruppen auf dem Arbeitsmarkt und in anderen sozialen Kontexten sowie durch das Schüren sozialer Konflikte und Spaltungen zwischen Generationen.

Um Altersdiskriminierung zu überwinden, bedarf es eines umfassenden und nachhaltigen Maßnahmenbündels. Mit der bloßen Formulierung von Diskriminierungsverboten ist es also nicht getan. Erfolg wird sich nur dann einstellen, wenn die Komplexität des Phänomens der Altersdiskriminierung sowie wichtige Unterscheidungen berücksichtigt werden (etwa zwischen aktiver und passiver, vorsätzlicher und automatischer sowie direkter und mittelbarer Benachteiligung). Von Bedeutung sind rechtliche Vorschriften, wie eben das im AGG niedergelegte Verbot der Altersdiskriminierung, aber darüber hinaus auch die

Einrichtung von Anlaufstellen für von Altersdiskriminierung betroffene Personen, die Entwicklung altersfairer Unternehmensleitlinien, Programme zur Schaffung eines positiven Altersklimas in Organisationen, die Einrichtung altersheterogener Arbeitsgruppen oder die Gestaltung altersfreundlicher Umwelten.

Das deutsche Arbeitsrecht, auf das die Autoren das Hauptaugenmerk gelegt haben, ist durchzogen von altersdiskriminierenden und sich teilweise widersprechenden Regelungen. Das betrifft die Anbahnung und Begründung, die Durchführung sowie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Widerspruch rührt daher, dass das Arbeitsrecht prinzipiell Ältere schützt, die durch Sonderregeln und Arbeitsgerichte geprägte Praxis aber das Gegenteil bewirkt – also die Verdrängung Älterer aus der Arbeit. Faktisch werden sie durch aktuelle Praktiken und Sonderregelungen benachteiligt und Jüngere begünstigt. Der übermäßige Schutz Älterer schlägt so in Diskriminierung um.

Werden arbeitsrechtliche Regelungen, die nach dem Lebensalter oder der Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit unterscheiden, am Maßstab des Verbots der Altersdiskriminierung streng geprüft oder verlangt man, wie es der EuGH in aktuellen Urteilen tut, diesbezüglich zumindest eine in sich widerspruchsfreie Regulierung, hat dieses Diskriminierungsverbot spürbare Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht. Es führt dazu, dass das Lebensalter grundsätzlich nicht mehr unreflektiert als Tatbestandsmerkmal bzw. typisierendes Stellvertretermerkmal verwendet werden darf.

Die Konsequenzen betreffen alle Stadien des Arbeitsverhältnisses. Einige Beispiele seien hierfür benannt: Bei der Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses darf das Lebensalter im Regelfall keine Rolle mehr spielen. So sind unter anderem Einstellungshöchstaltersgrenzen zu überdenken. Sich begünstigend auswirkende Senioritätsregelungen im bestehenden Arbeitsverhältnis sind neu zu konzipieren. Maßgebliches Kriterium ist die Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit und nicht mehr das Lebensalter. Vergütungsregelungen, gesetzliche bzw. tarifliche Kündigungsfristen oder Unkündbarkeitsklauseln dürfen nicht mehr an das Alter anknüpfen. Regelungen, die sich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses für ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowohl begünstigend als auch belastend auswirken, muss grundsätzlich diese Ambivalenz genommen werden. Das wirkt sich auf die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen aus, die in § 1 Absatz 3 Satz 1 KSchG geregelt ist. Auf den ausdrücklich genannten sozialen Gesichtspunkt des Lebensalters sollte verzichtet werden. Rentennähe und Rentenberechtigung sind als unbenannte Kriterien nicht mehr zu Lasten älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu werten. Schließlich verstößt die so genannte allgemeine Altersgrenze, die das Arbeitsverhältnis mit Erreichen des 65. Lebensjahres automatisch beendet, als belastende Senioritätsregelung in ihrer starren Form gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Als milderer Mittel kommen zumindest flexible Lösungen in Betracht. Vorzugswürdig sind freilich Lösungen, die gänzlich auf Altersgrenzen verzichten und Anreize zu einem gleitenden Übergang in die Rentenphase setzen.

Zu den Autoren der Untersuchung: Prof. Dr. **Klaus Rothermund** ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Psychologie II an der Friedrich-Schiller-Universität Jena und Mitglied der DFG-Forschergruppe „Diskriminierung und Toleranz in Intergruppenbeziehungen“.  
Dr. **Felipe Temming**, LL. M. (LSE) ist Akad. Rat a. Z. und Habilitand am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Universität zu Köln. Beide Autoren haben auf dem Gebiet der Altersdiskriminierung einschlägig publiziert.

## Abstract

Das Arbeitsrecht schützt prinzipiell Ältere. Widersprüchlich hierzu verhält sich die durch Sonderregeln und Gerichte geprägte Praxis, die das Gegenteil bewirkt – also die Verdrängung Älterer aus der Arbeit. Faktisch werden sie dadurch benachteiligt und Jüngere begünstigt. Zukunftsweisend ist das nicht. Das Arbeitsrecht muss die demographisch bedingte Alterung der Gesellschaft, eines der drängenden Themen unserer Zeit, wahrnehmen. Es gibt Möglichkeiten, die mehr Produktivität in unserer Gesellschaft entfesseln. Lange Zeit bestanden in der Arbeitsrechtswissenschaft Denkverbote, solche zu ergreifen. Ein neues europäisches Menschenrecht hat den bisherigen Weg in Frage gestellt. Das ist das Verbot der Altersdiskriminierung. Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Dezember vergangenen Jahres ist es in Artikel 21 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt. Zuvor hatte es der Europäische Gerichtshof als ungeschriebenen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts im November 2005 entwickelt, was das Bundesverfassungsgericht nun im Juli 2010 gebilligt hat. Wird das Verbot der Altersdiskriminierung mutig und folgerichtig angewendet, kann ein reformiertes Arbeitsrecht einen wichtigen Beitrag für den gesellschaftlichen Wohlstand der Bundesrepublik Deutschland liefern. Doch der jetzige juristische Common Sense in Deutschland reagiert noch größtenteils verhalten. Teilweise bahnt sich ein Umdenken an. Die vorliegende Expertise weist einen fachübergreifenden Weg, um dorthin zu gelangen. Ihr Ziel ist es, Chancen und Vorteile dieses Diskriminierungsverbotes in einer alternden Gesellschaft herauszustellen. Sie bietet dem Gesetzgeber und der arbeitsrechtlichen Praxis Vorschläge zur Lösung dieser drängenden Probleme. Hierfür analysiert sie den bisherigen Forschungsstand zur Altersdiskriminierung aus sozialwissenschaftlicher Sicht, fragt nach ihren Ursachen und Folgen und gibt Antworten darauf, wie aus einem umfassenden Ansatz heraus Altersdiskriminierungen vermieden werden können. Am Beispiel typischer arbeitsrechtlicher Fallgestaltungen mit Altersrelevanz wird das Reformpotenzial des Verbots der Altersdiskriminierung verdeutlicht. Es wirkt sich auf die Anbahnung und Begründung, die Durchführung sowie die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aus. Eine der juristischen Kernerkenntnisse der vorliegenden Expertise ist, dass die gesamte Wirkkraft des Verbots der Altersdiskriminierung von der richterlichen Kontrollintensität im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abhängt. Indes ist es mit einem Verbot der Altersdiskriminierung alleine nicht getan. Toleranz lässt sich schwer von oben verordnen. Aus psychologischer Sicht ist es wichtig, die Komplexität des Phänomens Altersdiskriminierung zu berücksichtigen. Kontakte zwischen Gruppen führen nur dann zu einer Aufweichung von Negativstereotypen und entsprechenden Verhaltenstendenzen, wenn diese in persönlicher Atmosphäre stattfinden und wenn vorher kognitive Voraussetzungen zur Perspektivenübernahme geschaffen und passende tolerante Verhaltensweisen gegenüber Mitgliedern der anderen Altersgruppe gelernt wurden.

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis .....	8
<b>I. Einleitung und Problemstellung .....</b>	<b>11</b>
I.1. Ein neues Diskriminierungsverbot .....	11
I.2. Notwendigkeit eines interdisziplinären Ansatzes .....	13
I.3. Gang der Darstellung.....	17
<b>II. Bisheriger Forschungsstand .....</b>	<b>20</b>
II.1. Begriffliche Unterscheidungen .....	20
II.2. Einschlägige Forschung zur Altersdiskriminierung in verschiedenen Bereichen .....	28
<b>III. Typische Fallgestaltungen mit Altersrelevanz im Arbeitsrecht.....</b>	<b>45</b>
III.1. Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses.....	45
III.2. Durchführung des Arbeitsverhältnisses.....	49
III.3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	54
<b>IV. Das Verbot der Altersdiskriminierung und Konsequenzen für das Arbeitsrecht.....</b>	<b>63</b>
IV.1. Rechtsquellen.....	63
IV.2. Dogmatik des Verbots der Altersdiskriminierung.....	69
IV.3. Konsequenzen für nationales Arbeitsrecht .....	87
IV.4. Bewertung: Das Verbot der Altersdiskriminierung als Chance .....	112
<b>V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....</b>	<b>116</b>
<b>Anhang: Literatur zur Diskriminierung aufgrund des Alters .....</b>	<b>120</b>

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht .....	7
<b>I. Einleitung und Problemstellung .....</b>	<b>11</b>
I.1. Ein neues Diskriminierungsverbot .....	11
I.2. Notwendigkeit eines interdisziplinären Ansatzes .....	13
I.3. Gang der Darstellung.....	17
<b>II. Bisheriger Forschungsstand .....</b>	<b>20</b>
II.1. Begriffliche Unterscheidungen .....	20
II.1.a. Diskriminierung, Benachteiligung, Ungleichbehandlung .....	20
II.1.b. Altersdiskriminierung vs. Diskriminierung aufgrund alterskorrelierter Merkmale.....	21
II.1.c. Wahrgenommene Altersdiskriminierung.....	24
II.1.d. Nichtintentionale Altersdiskriminierung.....	25
II.1.e. Aktive versus passive Benachteiligung .....	26
II.1.f. Zusammenfassung der Implikationen begrifflicher Unterscheidungen .....	27
II.2. Einschlägige Forschung zur Altersdiskriminierung in verschiedenen Bereichen .....	28
II.2.a. Auftreten und Erscheinungsformen von Altersdiskriminierung.....	28
II.2.a.aa. Benachteiligung im Arbeitskontext.....	28
II.2.a.aa(1) Altersunterschiede in der Beschäftigungsquote, Weiterbildung und Entlohnung .....	28
II.2.a.aa(2) Altersunterschiede bei der Personalauswahl.....	30
II.2.a.bb. Altersdiskriminierung in zivilrechtlich relevanten Bereichen .....	32
II.2.a.cc. Zusammenfassung der Forschung zu Formen von Altersdiskriminierung .....	35
II.2.b. Ursachen der Altersdiskriminierung .....	36
II.2.b.aa. Makrostrukturelle Erklärungen von Altersdiskriminierung.....	36
II.2.b.bb. Mikroprozessuale Einflussfaktoren .....	39
II.2.b.cc. Randbedingungen der Entstehung von altersbedingter Benachteiligung: Ein Modell .....	42
II.2.c. Folgen und Vermeidung von Altersdiskriminierung.....	43
II.2.c.aa. Folgen.....	43
II.2.c.bb. Interventionsmöglichkeiten. ....	44
<b>III. Typische Fallgestaltungen mit Altersrelevanz im Arbeitsrecht.....</b>	<b>45</b>
III.1. Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses.....	45
III.1.a. Ausschreibung .....	45
III.1.b. Einstellungshöchstaltersgrenzen.....	46
III.1.c. „Generation Praktikum“ .....	47
III.2. Durchführung des Arbeitsverhältnisses.....	49
III.2.a. Allgemeines.....	49



III.2.b. Die Kriterien Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit und Lebensalter .....	50
III.2.c. Vergütungsregelungen – Entgeltstufen .....	52
III.2.d. Gesetzliche Kündigungsfristen – § 622 II 2 BGB .....	53
III.2.e. Tariflicher Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit.....	54
III.3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	54
III.3.a. Betriebsbedingte Kündigung .....	55
III.3.a.aa. Sozialauswahl.....	55
III.3.a.bb. Altersgruppenbildung.....	57
III.3.b. Sozialpläne .....	58
III.3.c. Altersgrenzen .....	60
III.3.c.aa. Allgemeine Altersgrenze .....	60
III.3.c.bb. Besondere Altersgrenze.....	61
<b>IV. Das Verbot der Altersdiskriminierung und Konsequenzen für das Arbeitsrecht.....</b>	<b>63</b>
IV.1. Rechtsquellen.....	63
IV.1.a. Unionsrecht.....	63
IV.1.a.aa. Primäres Unionsrecht: Grundrechte-Charta .....	63
IV.1.a.bb. Primäres Unionsrecht: Allgemeine Grundsätze.....	64
IV.1.a.cc. Sekundäres Unionsrecht: Rahmenrichtlinie 2000/78/EG..	67
IV.1.b. Nationales Recht: AGG.....	67
IV.1.c. Verhältnis der Rechtsquellen zueinander .....	68
IV.2. Dogmatik des Verbots der Altersdiskriminierung .....	69
IV.2.a. Vergleichstatbestand .....	69
IV.2.b. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung.....	69
IV.2.b.aa. Unmittelbare Diskriminierung .....	69
IV.2.b.bb. Mittelbare Diskriminierung.....	71
IV.2.c. Rechtfertigung .....	74
IV.2.c.aa. Rechtfertigungstatbestände .....	74
IV.2.c.aa(1) Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG.....	74
IV.2.c.aa(2) Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG.....	75
IV.2.c.aa(3) Art. 7 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG .....	78
IV.2.c.bb. Prüfungsintensität i. R. d. Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit .....	79
IV.2.d. Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung .....	84
IV.2.d.aa. Gleichheitswidrige Benachteiligung.....	84
IV.2.d.bb. Gleichheitswidrige Vorenthaltung einer Begünstigung..	84
IV.3. Konsequenzen für nationales Arbeitsrecht .....	87
IV.3.a. Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses .....	87
IV.3.a.aa. Ausschreibung .....	87
IV.3.a.bb. Einstellungshöchstaltersgrenzen .....	90
IV.3.a.cc. „Generation Praktikum“ .....	92
IV.3.b. Durchführung des Arbeitsverhältnisses .....	94
IV.3.b.aa. Konzeption begünstigender Seniorität.....	94
IV.3.b.bb. Vergütungsregelungen – Entgeltstufen.....	95
IV.3.b.cc. Gesetzliche Kündigungsfristen – § 622 II 2 BGB.....	98
IV.3.b.dd. Tariflicher Ausschluss der ordentlichen Unkündbarkeit...	98

IV.3.b.dd(1) § 4.4. MTV Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden ..	98
IV.3.b.dd(2) § 34 II TVöD/§ 34 II TVL .....	99
IV.3.c. Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	99
IV.3.c.aa. Betriebsbedingte Kündigung.....	99
IV.3.c.aa(1) Sozialauswahl – § 1 III 1 KSchG .....	99
IV.3.c.aa(2) Altersgruppenbildung – § 1 III 2 KSchG.....	102
IV.3.c.bb. Sozialpläne .....	103
IV.3.c.cc. Altersgrenzen.....	106
IV.3.c.cc(1) Allgemeine Altersgrenze .....	106
IV.3.c.cc(2) Besondere Altersgrenze.....	110
IV.4. Bewertung: Das Verbot der Altersdiskriminierung als Chance .....	112
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	116
Anhang: Literatur zur Diskriminierung aufgrund des Alters .....	120

# I.

## Einleitung und Problemstellung

### I.1. Ein neues Diskriminierungsverbot

Neben Geschlecht, Rasse und sozialer Herkunft ist das Alter ein wichtiges soziologisches Unterscheidungsmerkmal. Mit seiner Hilfe kann eine Gesellschaft die sie ausmachenden Teilnehmerinnen und Teilnehmer unterscheiden. Dadurch bilden sich Hierarchien heraus, was zur Grundlage gesellschaftlicher Ungleichheit führen kann. Das hat Auswirkung auf die Verteilung und den Zugang zu Ressourcen und Lebenschancen in persönlicher, politischer und ökonomischer Hinsicht. Aber auch die sozialen Beziehungen untereinander sind betroffen, weil sich Interessen formieren und Konflikte bilden. Diese Prozesse beeinflussen und bestimmen wiederum das Alter.

Unterscheidungen nach dem Alter können auf verschiedenen Grundlagen beruhen. Zu nennen sind insbesondere Stereotypen, Vorurteile oder Generalisierungen. Ein Altersstereotyp ist ein vereinfachtes, undifferenziertes Abbild einer Altersgruppe, das auf die Wirklichkeit bezogen oft irrig und nicht repräsentativ und gleichzeitig änderungsresistent ist. Das Vorurteil kann als wertende Stereotypisierung einer Gruppe verstanden werden und besitzt somit einen emotionalen Gehalt. Abwertende Vorurteile können bewusst (Antipathie, Hass, Angst oder ähnliche negative Neigungen) oder unbewusst zutage treten. Schließlich kann die Generalisierung verstanden werden als das Zuschreiben von Charakteristika auf eine Person ohne individuelle Überprüfung, weil die Zugehörigkeit zur Gruppe oder der Kategorie üblicherweise mit diesen Charakteristika einhergeht; Generalisierungen können negativ, positiv, neutral, wahr oder falsch sein<sup>1</sup>.

Kommt es zu nachteiligen bzw. belastenden Verhaltensweisen gegenüber Personen, die aufgrund des Unterscheidungsmerkmals Alter verursacht werden, lässt sich von Altersdiskriminierung sprechen. Je nachdem, ob stereotypisiert, vorverurteilt oder generalisiert wurde, ist die Belastung oder Benachteiligung unterschiedlich intensiv (empfunden). In jedem Fall schränkt Altersdiskriminierung die Möglichkeit der persönlichen Teilhabe von Menschen ein; ihre Ressourcen und Lebenschancen werden verkürzt. Juristisch erfassbar wird diese Problematik, weil innerhalb der Europäischen Union (EU) das Verbot der Altersdiskriminierung zu beachten ist. Dieses Diskriminierungsverbot schützt jegliches Alter – also Menschen gleich welchen Lebensalters. Ihm kommt eine dynamische Dimension zu. Diese Eigentümlichkeit des Verbotes der Altersdiskriminierung unterscheidet es von anderen bekannten Diskriminierungsmerkmalen, wie bspw. Geschlecht, Rasse, Staatsangehörigkeit, Religion oder sexuelle Orientierung. Bei diesen handelt es sich um binäre Kriterien.

<sup>1</sup> Vgl. auch die Ausführungen unter II.2b.cc; aus juristischer Sicht **Britz**, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008.

Für die rechtliche Durchdringung der Altersdiskriminierung ist dies von großem Wert, wie noch später auszuführen sein wird.

Das Verbot der Altersdiskriminierung ist ein großes Prinzip. Es ist ein Menschenrecht. Anders als in den USA ist es in Europa ein relativ neues besonderes Diskriminierungsverbot<sup>2</sup>. Seine Geburtswehen waren heftig. Das betrifft nicht nur die Schaffung der primärrechtlichen Kompetenzgrundlage Art. 19 AEUV (ex-Art. 13 EG) sowie die Verabschiedung der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Rahmenrichtlinie 2000/78/EG)<sup>3</sup>, die in ihrem Art. 1 u. a. das Verbot der Altersdiskriminierung verankert. Das betrifft vor allem das in letzter Zeit wohl am meisten kritisierte Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) mit Sitz in Luxemburg. In seiner Entscheidung **Mangold**<sup>4</sup> aus dem Jahre 2005 erkannten die Luxemburger Richterinnen und Richter, dieses Verbot der Altersdiskriminierung sei nicht nur in der o. g. Rahmenrichtlinie verankert. Vielmehr stelle dieses nur die sekundärrechtliche Konkretisierung eines ungeschriebenen Pendantes dar, welches im primären Gemeinschaftsrecht (jetzt Unionsrecht), also im Recht der Europäischen Gründungsverträge, beheimatet sei. Damit maß der EuGH dem Verbot der Altersdiskriminierung Grundrechtsqualität bei und effektuierte es dadurch ungemein. Denn verstoßen mitgliedstaatliche Vorschriften gegen dieses Verbot, sind sie im so genannten Anwendungsbereich des Unionsrechts unter Umständen fortan nicht mehr anzuwenden<sup>5</sup>.

Mit diesem Urteil säte der EuGH Wind und erntete einen heftigen Sturm der Entrüstung in Deutschland. Dem EuGH wurde von namhaften deutschen Rechtswissenschaftlern unter anderem **Verrücktheit** attestiert sowie **unbefugtes Eindringen in fremdes Territorium** vorgeworfen. Im internationalen Kontext wurde es als **European Meltdown**, eine europäische Kernschmelze, beschrieben. Generalanwalt **Mazák** ging in seinem Schlussantrag zur Rechtssache **Palacios de la Villa** sogar so weit zu behaupten, das ungeschriebene Verbot der Altersdiskriminierung sei vom „**platonischen Rechtshimmel**“ gefallen. Rückblickend betrachtet handelt es sich bei der Entscheidung **Mangold** freilich um eine mutige und insgesamt vertretbare Entscheidung. Sie verdient Zustimmung. Seit Dezember 2009 ist das Verbot der Altersdiskriminierung nun rechtsverbindlich in Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der EU (GRCh) niedergelegt. Sie ist zusammen mit dem Vertrag von Lissabon, dem jüngsten völkerrechtlichen Änderungsvertrag der EU, in Kraft getreten. Die Charta der Grundrechte bindet 25 der 27 Mitgliedstaaten der EU, darunter auch die Bundesrepublik Deutschland. Das entschärft die kontrovers geführte Debatte um die Herleitung dieses Unionsgrundrechts.

2 In der Grundrechtsqualität und der Tatsache, dass es jegliches Alter schützt, unterscheidet sich das europäische Verbot der Altersdiskriminierung wesentlich vom US-amerikanischen Verbot der Altersdiskriminierung. Dieses ist einfachgesetzlich im Age Discrimination in Employment Act von 1967 (ADEA) für Arbeitnehmende ab dem 40. Lebensjahr normiert. Der U.S. Supreme Court hat ihm bislang die Qualität eines Menschenrechts versagt, und diesbezügliche Rechtsfragen i. R. d. Gleichheitssatzes der US-amerikanischen Verfassung nicht der strengen Prüfungskontrolle unterworfen, die er nur für besondere Diskriminierungsverbote, wie bspw. die Rasse, bereithält; vgl. dazu U.S. Supreme Court 25.6.1976, Massachusetts Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307, 313; U.S. Supreme Court 22.2.1979, Vance v. Bradley, 440 U.S. 93, 108 f. (1979); U.S. Supreme Court 11.1.2000, Kimel v. Florida Board of Regents, 120 S.Ct. 631 ff. (2000).

3 ABl. EG Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16 ff.

4 EuGH 22.11.2005, Rs. C-144/04, **Mangold**, Slg. 2005, I-9981 ff. = NZA 2005, 1345 ff.; u. a. **Colneric**, NZA-Beil. 2008, 66, 70 f.; **Böhm**, JZ 2008, 324 ff. und jetzt BVerfG 6.7.2010, Az.: 2 BvR 2661/06, BeckRS 2010, 52067.

5 Vgl. auch die Ausführungen unter IV.1.a..

Mit dem nun bindenden Verbot der Altersdiskriminierung mussten deutsche Richterinnen und Richter, Anwältinnen und Anwälte, Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler vor gut fünf Jahren juristisches Neuland betreten. Denn bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG in Bezug auf das Merkmal Alter (2. Dezember 2006) und der **Mangold**-Entscheidung hatten sie ein solches im Geltungsbereich des Grundgesetzes nicht zu beachten. Der abschließend formulierte Art. 3 Abs. 3 GG kennt kein solches besonderes Diskriminierungsverbot. Internationale Menschenrechtsverträge, die die Bundesrepublik Deutschland ratifiziert hat, listen es nicht ausdrücklich auf. Gesetzgebung und Gerichte legten in den vergangenen Jahrzehnten hierfür kaum gesellschaftliche oder juristische Sensibilität an den Tag.

Das Verbot der Altersdiskriminierung hat bislang vor allem die Arbeitsrechtswissenschaft und gerichtliche Praxis intensiv beschäftigt; andere privatrechtliche Bereiche stehen noch nicht im Zentrum der Diskussion<sup>6</sup>. In Zusammenschau mit einem notwendigen Umdenken und einem nachhaltigen Ansatz<sup>7</sup> bietet es diesbezüglich eine große Chance: Und zwar diejenige, das teilweise in sich widersprüchliche und ältere Arbeitnehmer benachteiligende Arbeitsrecht für die zukünftigen Herausforderungen unserer Gesellschaft „fit“ zu machen. Dafür lohnt es sich einzutreten, weil anderenfalls massive Wohlstandsverluste für unsere Gesellschaft in den kommenden vier Jahrzehnten drohen. Die Grenzen der Steigerung von Produktivität und Kapitaleinsatz sind fast erreicht und können nur noch marginal ausgereizt werden. Aus ökonomischer Sicht wird es deshalb maßgeblich auf den Produktionsfaktor Arbeit ankommen, weil er die einzig verbleibende Stellschraube bei der Berechnung des Bruttoinlandsprodukts darstellt. Dieser Produktionsfaktor darf sich nicht zu einem Hemmschuh entwickeln, soll die Bundesrepublik Deutschland ihr bisheriges Wohlstandsniveau nicht verlieren. Genau das droht aber, wenn der Gesetzgeber u. a. das Arbeitsrecht in den kommenden Jahren nicht entscheidend weiterentwickelt oder die Gerichte die europäischen Vorgaben nicht wirksam umsetzen.

## I.2. Notwendigkeit eines interdisziplinären Ansatzes

Für die Neuausrichtung des Arbeitsrechts muss der interdisziplinäre Ansatz dringend verstärkt werden. Das ist für das Verständnis des Verbots der Altersdiskriminierung von großer Bedeutung. Daher sollten Gesetzgeber und Rechtsprechung Erkenntnisse und Prognosen aus der Demographie, Gerontologie und Volkswirtschaft für die arbeitsrechtliche Praxis zugrunde legen. Denn auch von diesen Wissenschaftsdisziplinen hängt die inhaltliche Ausformung des Arbeitsrechts ab.

Beispielsweise ist die obergerichtliche Rechtsprechung, was die Zulässigkeit von Altersgrenzen betrifft, überwiegend noch immer dem so genannten Defizitmodell des Alterns aus der Frühphase der Gerontologie verhaftet<sup>8</sup>. Diese Theorie lehnt sich stark an die biologischen Alternstheorien an, die den Abbau wichtiger körperlicher und seelischer Funktionen in den Vordergrund stellen, und wendet diese Annahmen auch hinsichtlich der Zusam-

6 Vgl. jedoch OLG Karlsruhe 1.3.2007 VersR 2007, 1399 ff.; AG Potsdam 10.7.2008 MMR 2008, 769 f.

7 Vgl. dazu die Ausführungen unter II.2.c.bb.

8 Vgl. bspw. BVerfG 7.8.2007 NZS 2008, 311, 312; BVerfG 26.1.2007 GewArch 2007, 149 f.; BVerfG 25.11.2004 AP Nr. 25 zu § 620 BGB Altersgrenze; BVerfG 31.3.1998 NZA 1998, 589, 590; BVerfG 25.7.1997 NVwZ 1997, 1207; BVerfG 4.5.1983 NJW 1983, 2869, 2870; BVerfG 16.6.1959 NJW 1959, 1579, 1580; VGH München 28.1.2009 GewArch 2009, 202, 203; OVG Münster 7.7.1989 NVwZ-RR 1990, 300, 302.

menhänge zwischen Intelligenz, Reaktionsfähigkeit und Gedächtnis auf der einen Seite und Lebensalter auf der anderen Seite an. In der gerontologischen Forschung ist dieses Modell des Alterns empirisch wie theoretisch spätestens seit den 1960er Jahren widerlegt<sup>9</sup>. Das Arbeitsrecht jedoch neigt ihr überwiegend noch immer unausgesprochen zu und nimmt neuere Forschungsergebnisse der Gerontologie oder der Medizin nur zögerlich wahr<sup>10</sup>. Ein jüngeres Urteil des Neunten Senats des BAG weist erfreulicherweise in eine andere Richtung<sup>11</sup>.

Was sind allgemein die wichtigsten Erkenntnisse der Nachbardisziplinen, die für das Arbeitsrecht in einer alternden Gesellschaft von Bedeutung sind? Die Demographieforschung betont eindringlich, dass es genauso auf jüngere wie auf ältere Arbeitnehmer ankommen wird<sup>12</sup>. In den nächsten drei Jahrzehnten stehen wir vor einer massiven Veralterung unserer Gesellschaft<sup>13</sup>. Sie geht einher mit einer ansteigenden Lebenserwartung und wird die Struktur der deutschen Bevölkerung zunehmend in eine Urne verwandeln. Grund dafür ist vor allem die so genannte Babyboomer-Generation, also die heute 40- bis 50-jährigen. Ab 2035 wird dieser strukturelle Prozess noch zusätzlich von der Schrumpfung unserer Gesellschaft überlagert. Diese demographischen Prognosen sind bezogen auf die nächste Generation, also die kommenden 30 bis 40 Jahre, sehr valide, weil die Mortalität sehr genau berechnet werden kann und die Menschen von morgen bereits heute leben.

Die Alterung der Bevölkerung im Erwerbsalter, die ab 2012 auch durch die schrittweise Anhebung der Regelaltersgrenze auf 67 Jahre bis zum Jahre 2029 zusätzlich begünstigt wird, stellt eine große beschäftigungspolitische Herausforderung dar, der sich die Politik stellen muss. Dass hier gehandelt werden muss, mag zunächst angesichts eines ebenfalls prognostizierten unumkehrbaren Rückgangs des Erwerbspersonenpotenzials verwundern. Der Grund, warum dennoch keine Entwarnung gegeben werden kann, liegt darin, dass bis 2030 von einer Unterbeschäftigung in Deutschland ausgegangen werden kann – wenngleich diese Prognosen weitaus schwieriger anzustellen sind als die Vorhersage der

9 Statt aller: **Lehr**, Psychologie des Alterns, 11. Aufl. 2007, S. 16, 76 ff., 179 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

10 Bei besonderen Altersgrenzen: BAG 17.6.2009 RIW 2010, 76, 80; BAG 21.7.2004 ZTR 2005, 255, 256 unter Verweis auf BVerfG 31.3.1998 NZA 1998, 589 f.; BAG 27.11.2002 NZA 2003, 1056; BAG 6.3.1986 EzA § 620 BGB Bedingung Nr. 6; BAG 20.12.1984 NZA 1986, 325, 326 f.; seltener bei der „allgemeinen Altersgrenze 65 Jahre“, dazu die Ausnahmeentscheidung BAG 20.11.1987 NZA 1988, 617, 619; zu Altersgrenzen vgl. auch die Ausführungen unter III.3c und IV.3c.cc.

11 BAG 13.10.2009 NZA 2010, 327 ff.

12 So die Einschätzung der Ökonomen **Kirsch** und **Mackscheidt** in FAZ v. 27.5.2006, Nr. 122, S. 13: „Arbeiten bis 90“; ebenso **IAB Forum**, Nr. 2, 2006, S. 47.

13 Ausf. **Statistisches Bundesamt** (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2060, 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2009: Ende 2008 lebten ca. 82 Millionen Einwohner in Deutschland. Im Jahr 2060 werden es zwischen 65 Millionen und 70 Millionen sein. Zu diesem Zeitpunkt wird die Bevölkerungszahl unter dem Niveau des Jahres 1950 liegen. Die Zahl der Kinder und Jugendlichen sinkt ebenso wie die der jungen Menschen im Ausbildungsalter. Dagegen wird sich die Zahl der 80-jährigen und Älteren von heute nicht ganz vier Millionen (fünf Prozent der Bevölkerung) auf zehn Millionen im Jahr 2050 nahezu verdreifachen und 2060 bei etwa neun Millionen liegen. Zur Bevölkerung im Erwerbsalter von 20 bis 64 Jahren gehören heute knapp 50 Millionen Menschen. Im Jahr 2060 werden es je nach dem Ausmaß der Zuwanderung 36 Millionen bzw. 27 Prozent oder 33 Millionen bzw. 34 Prozent weniger sein (Zuwanderung von 100.000 oder 200.000 Personen pro Jahr). Die Altersstruktur innerhalb dieser Bevölkerungsgruppe wird sich verschieben. Zurzeit gehören die Hälfte der Menschen im erwerbsfähigen Alter zur mittleren Altersgruppe von 30 bis 49 Jahren, ein Drittel zur älteren von 50 bis 64 Jahren und knapp ein Fünftel zur jungen von 20 bis 29 Jahren. Zwischen 2017 und 2024 werden die mittlere Altersgruppe und die ältere mit etwa 40 Prozent nahezu gleich stark sein. Gleichzeitig wird aber die Gesamtzahl der Personen im Erwerbsalter stark sinken. In jedem Fall wird das Erwerbspersonenpotenzial der Zukunft zu einem erheblichen Teil aus Menschen bestehen, die älter als 50 Jahre sind. Schließlich führt die schrittweise Erhöhung des Renteneintrittsalters auf 67 Jahre im Jahr 2060 zu einer um ein bis zwei Millionen größeren Bevölkerung im Erwerbsalter. Die ältere Gruppe innerhalb des Erwerbsalters erhält dadurch gleichzeitig ein noch stärkeres Gewicht. Für den Arbeitsmarkt wird es also auf die Älteren in gleichem Maße ankommen wie auf die Menschen mittleren Alters.

demographischen Entwicklung. Das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung geht auch im Jahre 2020 von einer Unterbeschäftigung in Höhe von ca. drei Millionen Personen aus. Sie wird zwar je nach Bundesgebiet unterschiedlich abnehmen, aber nicht verschwinden und vor allem das Segment der älteren Arbeitnehmer betreffen. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass es langfristig zu einem Fachkräftemangel kommen wird<sup>14</sup>. Die Prognos AG schätzt in ihrem „Deutschland Report 2030“ die Unterbeschäftigung auch im Jahre 2030 noch auf gut zwei Millionen.

Das bedeutet: Die Erwerbsbevölkerung altert nicht nur, sondern für eine alternde Erwerbsbevölkerung müssen auch zusätzliche Arbeitsplätze geschaffen werden. Freilich stößt das Arbeitsrecht, was die Schaffung von Arbeitsplätzen angeht, an seine natürlichen Grenzen. Das ist mehr die Aufgabe des Steuer- und Sozialversicherungsrechts. Was das Arbeitsrecht jedoch dazu beitragen kann, ist zumindest seine altenkritische Einstellung abzulegen; es muss Chancen für jede Erwerbsgruppe bieten.

Die Gerontologie hat aufgezeigt, dass ältere Menschen sehr verschieden voneinander sind und sehr unterschiedlich altern. Altern ist individuell. Es wird vom differentiellen Altern oder von der interindividuellen bzw. intraindividuellen Variabilität des Alterns gesprochen. Vieles deutet darauf hin, dass die Unterschiede im Alter sogar zunehmen<sup>15</sup>. Besonders hinsichtlich der Leistungsfähigkeit Älterer haben Untersuchungen kein altersbedingtes generelles und großes Nachlassen der Leistungsfähigkeit im mittleren und höheren Erwachsenenalter belegen können. Die Leistung von älteren Arbeitnehmenden ist nicht notwendigerweise besser oder schlechter als diejenige von jüngeren Arbeitnehmenden. Durch langjährige Erfahrung werden nicht nur nachlassende Geschwindigkeit und Geschicklichkeit ausgeglichen, sondern auch spezifische Qualifikationen im Bereich Expertise, Wissen und Menschenkenntnis aufgebaut<sup>16</sup>. Darüber hinaus ist es möglich, Entwicklungs- und Handlungsreserven im Alter zu mobilisieren (also die Aktivierung des prinzipiell Möglichen im Alter und die Mobilisierung von stillen Kraft- und Lernreserven)<sup>17</sup>. Das Alter, gerade das ab 55 Jahren, bietet Schätze, die zu heben sich lohnen, worauf der berühmte Gerontologe Paul Baltes kurz vor seinem Tod hingewiesen hat<sup>18</sup>. Dieser „Schatz“ sind in den kommenden zwei Jahrzehnten vor allem die Babyboomer.

14 IAB Kurzbericht v. 8.12.2005, Nr. 24: „Arbeitsmarktbilanz bis 2020: Besserung langfristig möglich“; IAB Kurzbericht v. 27.7.2005, Nr. 12: „Projektion des Arbeitskräftebedarfs bis 2020: „Nur zögerliche Besserung am deutschen Arbeitsmarkt“; IAB Kurzbericht v. 26.7.2005, Nr. 11: „Projektion des Arbeitsangebots bis 2050: Demographische Effekte sind nicht mehr zu bremsen“; zu den Auswirkungen der Anhebung der Regelaltersgrenze auf 67 Jahre vgl. IAB Kurzbericht v. 12.10.2006, Nr. 16: „Rente mit 67: Neue Herausforderungen für die Beschäftigungspolitik“; ebenso **Ebert/Kistler/Trischler**, Ausrangiert – Arbeitsmarktprobleme Älterer in den Regionen, 2007, S. 13.

15 **Lehr** (Fn. 9), S. 24, 76, 212 f., 340 jeweils m. w. N.; **Ilmarinen/Tuomi/Klockars**, „Changes in the work ability of active employees as measured by the work ability index over an 11-year periode“, *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health* 1997, Beil. 1, S. 49, 55 f.; **Baltes**, in: FAZ v. 12.5.2004, Nr. 110, S. 39; **Börsch-Supan/Düzgün/Weiss**, Altern und Produktivität: Zum Stand der Forschung, 2006, MEA Discussion Paper, [www.mea.uni-mannheim.de/publications/meadp\\_073-05.pdf](http://www.mea.uni-mannheim.de/publications/meadp_073-05.pdf) (19.3.2010).

16 **Ericsson/Charness**, „Expert performance: Its structure and acquisition“. *American Psychologist*, 1994, (Bd. 49), 725 ff.; **Salthouse**, „Effects of age and skill in typing“. *Journal of Experimental Psychology: General*, 1984 (Bd. 113), 345 ff.

17 Die einschlägige Forschung liefert eindruckliche Belege für enorme Entwicklungspotenziale auch im hohen Lebensalter. Gleichzeitig zeigt sich jedoch auch, dass das Ausmaß an kognitiver Plastizität und Entwicklungsfähigkeit im hohen Alter nachlässt: Jüngere Menschen profitieren generell deutlich stärker von intensiven Trainingsmaßnahmen als ältere (vgl. dazu z. B. **Kliegl/Smith/Baltes**, „Testing-the-limits and the study of adult age differences in cognitive plasticity of a mnemonic skill“, *Developmental Psychology*, 1989, (Bd. 25), 247 ff. Statt zu versuchen, älteren Arbeitnehmenden typische Qualitäten von jungen Arbeitnehmenden anzutrainieren, empfiehlt sich daher, spezifische Qualifikationen von älteren Arbeitnehmenden zu nutzen und zu fördern (Expertise, Erfahrungswissen, Zuverlässigkeit).

18 **Baltes**, in: FAZ v. 12.5.2004, Nr. 110, S. 39; **Baltes/Lindenberger**, in: FAZ v. 23.10.2004, Nr. 248, S. 37.

Ältere bauen also längst nicht so eindimensional und pauschal ab, wie in der Rechtsprechung noch heute größtenteils angenommen wird. Aus diesem individuellen Prozess folgt, dass sich das chronologische Lebensalter nicht als abstrakt-generelles Tatbestandsmerkmal bzw. „Stellvertreter“ verwenden lässt, soll mit seiner Hilfe das funktionelle Alter abgebildet werden. Die oft verwendete, typisierende Gleichung „höheres Alter = abnehmende Produktivität“ stimmt so nicht und hat nie gestimmt. Daraus folgt, dass im arbeitsrechtlichen Kontext dem Lebensalter an sich als Kriterium keine tragende Rolle zukommen sollte.

Deshalb passt es so gut, dass das Verbot der Altersdiskriminierung jegliches Alter schützt. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber sich im Grundsatz um eine **altersneutrale** Regulierung bemühen sollte<sup>19</sup>. Im Falle der Notwendigkeit von Unterscheidungen sollten andere Kriterien stärker in den Vordergrund rücken. Dabei wird es sich nicht vermeiden lassen, dass aus dieser umfassenden Gleichbehandlung wiederum potenzielle Ungleichheiten entstehen. Um dem entgegensteuern zu können, können notwendige Ungleichbehandlungen unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden. Allerdings sollte eine Ungleichbehandlung wegen des Alters grundsätzlich die Ausnahme darstellen<sup>20</sup>.

Eine der weiteren Herausforderungen, die der Übergang zur Dienstleistungsgesellschaft der deutschen Erwerbsbevölkerung stellt, ist eine nachhaltige Neuordnung von Arbeitskräften zwischen den Sektoren und Branchen<sup>21</sup>. Denn der Rückgang der Beschäftigungsquoten im primären und sekundären Sektor setzt Arbeitskräfte frei. Dabei ist besonderes Augenmerk auf die altersmäßige Verteilung der Arbeitskräfte in den verschiedenen Wirtschaftssektoren, Branchen und Berufen zu legen. Soll der anhaltende Übergang in die Dienstleistungsgesellschaft erfolgreich für alle Erwerbsschichten gelingen und die Globalisierung nicht zu viele Opfer fordern, wird die notwendige Integration von Arbeitskräften in den immer wichtiger werdenden Dienstleistungssektor hauptsächlich ältere Arbeitnehmende betreffen. Dies ist auch zahlenmäßig nicht zu unterschätzen, weil ein großer Anteil der Babyboomer noch im verarbeitenden Gewerbe tätig ist.

Die Hindernisse für einen Wechsel in Tätigkeiten, die im Extremfall ein vollkommen unterschiedliches inhaltliches und fachliches Anforderungsprofil aufweisen, müssen angegangen und gemeistert werden. Der Übergang zur Dienstleistungsgesellschaft wird deshalb nur erfolgreich und bruchlos vollzogen werden können, wenn ältere Arbeitnehmende auf diese Herausforderungen vorbereitet werden. Es kommt auf Bildung und Weiterbildung an<sup>22</sup>. Die Beschäftigungsfähigkeit Älterer muss erhalten bleiben. Vollkommen fehl geht die Entwicklung, wenn Ältere auf das Abstellgleis gestellt werden. Eine Erkenntnis, die auch die Gerontologie mit Vehemenz vertritt: Nichtstun schadet Seele und Körper. Das sieht im Grundsatz auch das Bundesarbeitsgericht so und beruft sich in diesem Zusammenhang bei Kündigungssachverhalten auf die Menschenwürde des Art. 1 GG<sup>23</sup>. Es sollte diesen Ansatz generell verfolgen.

19 Vgl. dazu bspw. **Brauer/Backes/Clemens**, DRV 2009, 223, 235.

20 Zur Rechtfertigung von Unterscheidungen nach dem Lebensalter vgl. die Ausführungen unter II.2.b.aa. und IV.2.c.

21 Vgl. auch die Ausführungen unter II.1.e und II.2.b.aa.

22 Eindringlich **Bäcker/Brussig/Jansen/Knuth/Nordhause-Janz**, DRV 2009, 93, 103; aus Sicht der Jüngeren, eindringlich und zugespitzt **Heinsohn**, FAZ v. 15.3.2010, Nr. 62, S. 10.

23 So beim Weiterbeschäftigungsanspruch im Falle der Kündigung: BAG v. 27.2.1985 NZA 1985, 702, 703 ff.



Schließlich zeigen empirische ökonomische Untersuchungen, aber auch die theoretischen Grundlagen der Volkswirtschaftslehre, dass die Menge an Arbeit keineswegs konstant ist. Gegenteilige Annahmen betiteln Ökonomen als **Lump of Labour Fallacy**, also als einen Trugschluss, der Arbeitsmarkt sei ein großer „Klumpen“: Zuwächse bei der Erwerbstätigkeit Älterer gehen aber nicht zu Lasten Jüngerer<sup>24</sup>. Es ist vielmehr so, dass der allgemeine Arbeitsmarkt regelmäßig aufgrund seiner Anpassungsfähigkeit an veränderte Rahmenbedingungen einen hohen Beschäftigungsstand sowohl von Alt als auch Jung erreichen kann<sup>25</sup>. Der Arbeitsmarkt ist nicht statisch, sondern dynamisch!

Für Juristen heißt das eigentlich: mehr Mut! Wenn in der Ökonomie solche Annahmen als Milchmädchenrechnung bezeichnet werden, der vor allem Politikerinnen und Politiker gerne verhaftet sind, bedarf es zum Beispiel im Arbeitsrecht der „allgemeinen Altersgrenze 65 Jahre“ nicht<sup>26</sup>. Diese Altersgrenze beendet das Arbeitsverhältnis automatisch – das heißt ohne Kündigung – am Ende des Monats, an dem der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze erreicht, die gem. § 235 SGB VI noch bei 65 Jahren liegt. Sie ist angeblich **das** Steuerungsmittel für die Regulierung des Arbeitsmarktes, obwohl sowohl im öffentlichen Dienst als auch in der Privatwirtschaft die Anzahl der durch allgemeine Altersgrenzen frei werden Stellen äußerst gering ist. Denn nur die wenigsten Arbeitnehmer gehen von einer aktiven, sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung in die Altersrente. Die Werte liegen bei unter einem Prozent in Bezug auf alle ca. 26 Millionen sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten. Gerechtfertigt werden allgemeine Altersgrenzen in juristischen Diskussionen vor allem mit dem Argument der generationengerechten Verteilung der Arbeitsplätze, weil die oder der Arbeitnehmende ab dem 65. Lebensjahr eine Regelaltersrente beziehen könne. Damit einher geht die Einschätzung, dass Arbeit Last und nicht Lust ist und Arbeitnehmende ohnehin so kurz wie möglich arbeiten wollen. Die Rente hingegen wird als soziale Wohltat verstanden, die die Härten der allgemeinen Altersgrenze abmildert. In Wahrheit ist jedoch die Altersgrenze der Preis, der in der Bundesrepublik Deutschland für den hohen Bestandsschutz im bestehenden Arbeitsverhältnis zu entrichten ist. Sie ist die Sollbruchstelle, die automatisch aktiviert wird – eine Art letzte personalpolitische Verteidigungslinie der Arbeitgeber<sup>27</sup>.

### I.3. Gang der Darstellung

Wenngleich unter II.2.a.bb. auch auf altersdiskriminierende Aspekte in anderen zivil- und sozialrechtlich relevanten Bereichen eingegangen wird (medizinische Versorgung und Pflege, Wohnen, Finanz- und Versicherungsmarkt und andere rechtliche Zusammenhänge), haben die Gutachter den Schwerpunkt dieser Expertise auf das Arbeitsrecht gelegt. Das hat vornehmlich seinen Grund darin, dass gerade das Arbeitsrecht in der Rechtswissenschaft und Praxis momentan den Brennpunkt und das Wirkungsfeld für das Verbot der Altersdiskriminierung darstellt. Vieles ist seit Inkrafttreten der Rahmenrichtlinie und der Entscheidung **Mangold** in Fluss gekommen. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung und der

24 **Roth**, Beschäftigungsorientierte Sozialpolitik, 2002, S. 14 bis 20 und 37 bis 47; s. a. Börsch-Supan, Reduction of Working Time: Does it decrease Unemployment, 1999, S. 23.

25 **Bertelsmann Stiftung**, Beschäftigungschancen für ältere Arbeitnehmer, 3. Aufl. 2005, S. 37 bis 40, insbesondere Abb. 5a und 7a; ebenso **OECD**, Alterung und Beschäftigungspolitik, 2005, S. 12, 43, 48, 171 f.

26 BAG 18.6.2008 NZA 2008, 1302 ff.; dazu unter III.3.c.aa. und IV.3.c.cc(1).

27 **Levine**, Age Discrimination and the Mandatory Retirement Controversy, 1988, S. 101, benutzt das Bild eines Kugelfangs („backstop“).

Gesetzgeber in Deutschland bewegen sich tastend vorwärts – mal progressiv<sup>28</sup>, mal zurückhaltend<sup>29</sup> und teilweise nur auf Druck des EuGH<sup>30</sup>. Zudem ist mit weiteren Korrekturen aus Luxemburg zu rechnen; das dürfte vor allem die konservative Altersgrenzen-Rechtsprechung betreffen<sup>31</sup>. Das Manuskript dieser Expertise wurde im März 2010 fertiggestellt. Neuere Entwicklungen konnten noch grundsätzlich bis Ende Juni 2010 berücksichtigt werden. Auf die wichtige Entscheidung **Honeywell** des BVerfG, die in der Schlussredaktion dieser Expertise veröffentlicht wurde, kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden<sup>32</sup>. In dieser hat der Zweite Senat des BVerfG die **Mangold**-Entscheidung des EuGH im Ergebnis gebilligt und für keinen ausbrechenden Rechtsakt gehalten. Der EuGH habe weder durch die Bejahung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts mit Blick auf den konkret zu entscheidenden Sachverhalt, noch durch die Art und Weise der möglichen Wirkung von Richtlinienbestimmungen oder die Schaffung eines primärrechtlichen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung seine ihm verliehenen Kompetenzen überschritten. Unter anderem hat es das BVerfG dahinstehen lassen, ob sich aus den völkerrechtlichen Quellen und Verfassungen der Mitgliedstaaten ein derartiger Grundsatz vertretbar herauslesen lässt, und dem EuGH insgesamt betrachtet einen „**Anspruch auf Fehlertoleranz**“ zugebilligt. Damit ist die jahrelange Kontroverse um die **Mangold**-Entscheidung zumindest gerichtlich zu einem Schluss gekommen.

Im dem nun folgenden zweiten Teil dieser Expertise wird der bisherige Forschungsstand zur Altersdiskriminierung aus sozialpsychologischer Sicht aufbereitet. Notwendige Begrifflichkeiten werden geklärt, einschlägige Forschungen zur Altersdiskriminierung vorgestellt und bewertet. Insbesondere wird es um die Ursachen, aber auch die Folgen und die so wichtigen Vermeidungsstrategien von Altersdiskriminierungen gehen. Dieser Teil wird vom Gutachter Rothermund verantwortet. Die verwendete Literatur findet sich im Anhang zu dieser Expertise wieder und ist vollständig recherchierbar.

Der dritte Teil der Expertise wendet sich Fallgestaltungen mit Altersrelevanz im Arbeitsrecht zu. Dabei können nicht sämtliche Situationen und Regelungen angesprochen werden, die auf dem Prüfstand des Verbots der Altersdiskriminierung stehen. Ausgewählt wurden einige typische bzw. repräsentative Sachverhalte, die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung und Lehre beschäftigen. Sie reichen von der Anbahnung und Begründung über die Durchführung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Im vierten Teil der Expertise werden die rechtlichen Prüfungsmaßstäbe in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung dargestellt sowie die Fallgestaltungen aus dem dritten Teil auf ihre rechtliche Vereinbarkeit mit dem Verbot der Altersdiskriminierung hin unter-

28 BAG 22.1.2009 NZA 2009, 945 ff. (Entschädigung bei altersdiskriminierender Versetzung in einen Stellenpool); BAG 13.10.2009 NZA 2010, 327 ff. (Schutz des jungen bzw. mittleren Alters bei altersdiskriminierenden Versetzungen); BAG 18.8.2009 NZA 2010, 223 ff. (Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei mittel altersdiskriminierenden Stellenausschreibungen); BAG 19.8.2010, Az. 8 AZR 530/09 – PM Nr. 64/10 (Altersdiskriminierende Stellenbewerbung); s. a. BAG 11.4.2006 NZA 2006, 1217 ff. (Auslegung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Lichte der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG).

29 Bspw. auf dem Gebiet der Sozialplanrechtsprechung: BAG 30.9.2008 NZA 2009, 386 ff.; BAG 11.11.2008 NZA 2009, 210 ff.; BAG 26.5.2009 NZA 2009, 849 ff.; BAG 23.3.2010 NZA 2010, 774 ff. oder der Sozialauswahl BAG 18.11.2008 NZA 2009, 361 ff.; BAG 5.11.2009 NZA 2010, 457 ff.

30 Bspw. in Bezug auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 622 II 2 BGB: EuGH 19.1.2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci, NZA 2010, 85 ff.; s. a. dazu den zögerlichen Beschluss des BVerfG 18.11.2008 EzA § 622 BGB 2002 Nr. 6.

31 Vgl. die Ausführungen unter IV.2.c.bb. und IV.3.

32 BVerfG 6.7.2010, Az.: 2 BvR 2661/06, BeckRS 2010, 52067; dazu **Willemsen/Sagan**, FAZ v. 1.9.2010, Nr. 202, S. 21: „Auf deutsche Gesetze ist kein Verlass mehr“. Vgl. auch die Ausführungen unter IV.1.a.bb.

sucht. Zudem wird auch die aktuelle Rechtsprechung des EuGH und des BAG analysiert und bewertet. Diese beiden Teile der Expertise werden vom Gutachter Temming verantwortet. Was die außerordentliche Fülle der einschlägigen juristischen Literatur zum Verbot der Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht betrifft, wird an dieser Stelle natürlich auf aktuelle Publikationen hingewiesen. Die reichhaltige Literatur bis 2008 findet sich zudem aufgearbeitet und recherchierbar in den umfangreichen rechtswissenschaftlichen Monographien zum Verbot der Altersdiskriminierung wieder<sup>33</sup>.

Der fünfte Teil fasst die wesentlichen Ergebnisse der Expertise zum Verbot der Altersdiskriminierung zusammen.

---

33 **Hahn**, Auswirkungen der europäischen Regelungen zur Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, 2006; **Korthaus**, Das neue Antidiskriminierungsgesetz, 2006; **Senne**, Auswirkungen des europäischen Verbots der Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht, 2006; **Sprenger**, Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG, 2006; **Polloczek**, Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts, 2008; **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008; **Trebeck**, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Altersgrenzen, 2008; **v. Medem**, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008; **v. Hoff**, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsprechung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009.

## II. Bisheriger Forschungsstand

### II.1. Begriffliche Unterscheidungen

#### II.1.a. Diskriminierung, Benachteiligung, Ungleichbehandlung

Der Begriff der Diskriminierung taucht im AGG lediglich innerhalb der Wörter „Antidiskriminierungsverbände“ und „Antidiskriminierungsstelle“ auf. Die zu verhindernden oder zu beseitigenden Sachverhalte werden dagegen als Benachteiligung, als unterschiedliche, weniger günstige oder ungünstige Behandlung bezeichnet, die „aus Gründen des Alters“ (oder anderer sozialer Kategoriezugehörigkeiten) erfolgt. Nun ist Diskriminierung nicht ohne Weiteres dasselbe wie Benachteiligung oder Ungleichbehandlung. Diskriminierung – im Sinne eines tadelnswerten Verhaltens – impliziert die Verletzung legitimer Ansprüche auf Gleichbehandlung auf Seiten der diskriminierten Person. Ohne eine solche Verletzung von gerechtfertigten Ansprüchen reflektiert eine Benachteiligung (oder Bevorzugung) – egal aus welchen Gründen sie erfolgt – lediglich persönliche Entscheidungen aufgrund von Vorlieben, Einstellungen oder Sympathie/Antipathie. Zwar sind solche persönlichen Bewertungen und Einstellungen, die zu Ungleichbehandlungen führen, durchaus nicht immer moralisch einwandfrei; sie können Vorurteile, Unbarmherzigkeit oder Menschenverachtung ausdrücken – in Abwesenheit starker Ansprüche auf Gleichbehandlung handelt es sich bei einer entsprechend motivierten Ungleichbehandlung dennoch nicht um Diskriminierung, sondern zunächst nur um einen Ausdruck persönlicher Freiheit und Willkür.

Aus sich heraus liefern viele der Situationen, die vom AGG geregelt werden, keine Basis für die Formulierung von starken Ansprüchen auf Gleichbehandlung durch z. B. Bewerberinnen bzw. Bewerber, Arbeitnehmende, Mieterinnen bzw. Mieter, Versicherungs- oder Kreditnehmende etc. Werden Arbeitsmöglichkeiten oder andere Produkte von einem nichtöffentlichen bzw. privaten Arbeitgeber oder Eigentümer auf einem freien Markt angeboten, so kann die bzw. der Anbietende in aller Regel frei darüber entscheiden, wen sie bzw. er als Arbeitnehmenden bzw. Käuferin oder Käufer auswählt. Ebenso ist sie bzw. er den potenziellen Interessentinnen oder den potenziellen Interessenten gegenüber bzgl. ihrer bzw. seiner Auswahlentscheidung keine Rechenschaft schuldig<sup>34</sup>. Entsprechende Ungleichbehandlungen auf der Basis von Altersunterschieden (oder anderen Kategoriezugehörigkeiten) stellen daher also zunächst typischerweise keinen Fall von Diskriminierung dar.

<sup>34</sup> Anders liegt der Fall selbstverständlich, wenn bzgl. bestimmter Leistungen bereits vertragliche Vereinbarungen getroffen wurden, die einklagbare Ansprüche auf eine entsprechende Behandlung garantieren (z. B. Ansprüche auf Heilbehandlung durch Krankenversicherung, auf Weiterbildung oder Beförderung bei Erbringung spezifischer Arbeitsleistungen etc.). Auch bei öffentlichen Gütern besteht ein Anspruch auf gerechte Verteilung ohne Ansehen der Person.

Allerdings definiert das AGG selbst weitgehende und spezifische Ansprüche auf Gleichbehandlung und schränkt damit die Möglichkeit des Auslebens persönlicher Vorlieben und Willkürentscheidungen erheblich ein. Ungleichbehandlungen und insbesondere Benachteiligungen aufgrund bestimmter Merkmale (Alter, Geschlecht, ethnische Herkunft etc.) werden somit durch das Gesetz **ipso facto** zu Diskriminierungen.

Gleichzeitig schränkt das Gesetz die Gleichbehandlungsansprüche bzw. die Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Personen unterschiedlicher Altersgruppen in § 2 AGG auf bestimmte Sachbereiche ein (Arbeit, Gesundheit, Bildung, Versorgung mit öffentlichen Gütern) und räumt darüber hinaus Ausnahmen ein, um sachlich begründete Ungleichbehandlungen zu ermöglichen und um persönliche Interessen und Vorlieben in Vertrauensverhältnissen zu schützen (§§ 8, 10, 19, 20 AGG). So können altersbedingte Unterschiede in der Behandlung von Personen etwa gem. § 10 S. 3 Nr. 1, 2, 6 AGG damit gerechtfertigt werden, dass für die Erfüllung der mit einer beruflichen Tätigkeit verbundenen Anforderungen Altersunterschiede bestehen (z. B. hinsichtlich körperlicher Belastbarkeit oder Berufserfahrung), dass der Erhalt bestimmter Leistungen (bspw. Sozialplan) von zeitlichen Faktoren abhängt, oder dass übergeordnete Güter und Zwecke Altersunterschiede in der Behandlung notwendig machen (z. B. Fürsorge für bestimmte Altersgruppen aufgrund unterschiedlicher Arbeitsmarktbedingungen oder Lebenssituationen)<sup>35</sup>. Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters ist § 20 II AGG ebenfalls gerechtfertigt, wenn für verschiedene Altersgruppen bzgl. vertragsrelevanter Merkmale unterschiedliche Risikostrukturen bestehen und nachgewiesen werden können. In den genannten Fällen stellt eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters somit keine Altersdiskriminierung im Sinne des AGG dar.

### II.1.b. Altersdiskriminierung vs. Diskriminierung aufgrund alterskorrelierter Merkmale

Die Verwendung der Begriffe Benachteiligung/Ungleichbehandlung **aus Gründen des Alters**, auf die der Begriff der Altersdiskriminierung zurückgeführt wird, bedarf der weiteren Klärung. Der vermeintlich einfache Fall der unmittelbaren Benachteiligung liegt gem. § 3 I AGG vor, „*wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde*“. Von Altersdiskriminierung im eigentlichen Sinne ist also nur dann zu sprechen, wenn das Alter einer Person **den Grund** der Ungleichbehandlung darstellt.

Wie aber stellt man fest, ob ein bestimmtes Merkmal (das Alter) der Grund für eine bestimmte Behandlung war? Hier müssen zwei Typen von Situationen unterschieden werden. Zum einen können die Gründe für die Benachteiligung **ausdrücklich formuliert** worden sein. Dies ist etwa der Fall, wenn für die Entscheidung auf offizielle Regeln, Prinzipien oder Absichtsbekundungen zurückgegriffen wurde (wie sie etwa in den Kriterien für Einstellung, Beförderung, Kündigung eines Unternehmens, in einer Stellenausschreibung, in einer medizinischen Entscheidungs- oder Behandlungsrichtlinie, in einer ausdrücklichen Nennung von Kriterien für eine Kreditvergabe, in den Berechnungsgrundlagen für Versicherungsprämien etc. formuliert werden) oder wenn eine spezifische Behandlung durch eine ausdrückliche Erklärung begründet wird, die auf das Alter der betroffenen

35 Vgl. auch die Ausführungen zu den Rechtfertigungstatbeständen der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG unter IV.2.c.aa.

Person oder Gruppe Bezug nimmt. In diesem Fall lässt sich aus dem Wortlaut der Begründung bzw. Regel zweifelsfrei bestimmen, ob das Alter der entscheidende Grund für eine Ungleichbehandlung ist; auf den schwierigeren Fall der „mittelbaren Benachteiligung“ ohne explizite Benennung des Alters wird später noch eingegangen. Liegen solche klar formulierten Regeln, Vorschriften oder Begründungsmuster vor, so lässt sich aus dem Inhalt der Regel ableiten, ob sie eine unerlaubte Benachteiligung aufgrund des Alters impliziert. In jedem Einzelfall, in dem die Regel zur Anwendung kam und handlungsleitend für die Behandlung gegenüber einer Person war, kann somit eindeutig entschieden werden, ob dies eine Benachteiligung aufgrund des Alters zur Folge hatte.

In vielen Fällen liegen solche ausdrücklichen Handlungs- und Entscheidungsregeln jedoch nicht vor, so dass die Gründe für eine bestimmte Behandlung einer Person oder Gruppe erst erschlossen werden müssen. In einer solchen „**impliziten Entscheidungssituation**“ wird ein Einfluss des Alters empirisch durch einen Vergleich der Behandlungen nachgewiesen, die Personen unterschiedlichen Alters in einer ansonsten vergleichbaren Situation erhalten, vgl. den Wortlaut des § 3 AGG. Das bloße Aufzeigen eines faktischen Unterschieds in der Behandlung von Personen unterschiedlichen Alters allein reicht jedoch nicht aus, um das Alter als Grund der Ungleichbehandlung zu identifizieren. Möglicherweise unterscheiden sich alte und junge Personen ja noch in anderen Merkmalen, die auch für eine unterschiedliche Behandlung verantwortlich sein können<sup>36</sup>.

Eine solche Konfundierung von Alter mit anderen Merkmalen kann sich entweder auf Unterschiede in Merkmalen beziehen, deren Berücksichtigung für eine gegebene Situation und Entscheidung wichtig und naheliegend ist. Zum Beispiel könnte eine medizinische Behandlungsempfehlung für alte und junge Personen anders ausfallen, weil sich die Erfolgchancen oder die zu erwartenden Nebenwirkungen eines Behandlungstyps für alte und junge Personen trotz gleicher Diagnose unterscheiden. Eine Andersbehandlung alter und junger Menschen wäre damit durch vernünftige Gründe erklärt und gerechtfertigt (vgl. allgemein §§ 10, 20 AGG), genauer gesagt, es wäre gezeigt, dass bzgl. des entscheidenden Handlungsziels für jede Altersgruppe die jeweils passende Behandlung gewählt wurde, dass also **in relevanter Hinsicht** (Optimierung des Heilungserfolgs) eine Gleichbehandlung erfolgt, obwohl dies gleichzeitig **auf der Ebene der Mittel** eine Ungleichbehandlung erfordert.

Personen unterschiedlichen Alters können sich jedoch auch in Merkmalen unterscheiden, die für die Behandlung in einer bestimmten Situation eigentlich unbedeutend sind; trotzdem können genau diese alterskorrelierten Merkmalsunterschiede der eigentliche Grund für den Unterschied in der Behandlung sein und eben nicht das Alter. Handelt es sich bei den älteren Personen etwa überwiegend um Frauen, so kann es sein, dass die Benachteiligung älterer Personen keine Altersdiskriminierung, sondern eigentlich eine Geschlechtsdiskriminierung darstellt, wenn nämlich in erster Linie Frauen benachteiligt wurden, wie bspw. bei der Gewährung von Gehaltserhöhungen.

---

36 In manchen Fällen stellt sogar die Tatsache, dass Personen unterschiedlichen Alters im Ergebnis die gleiche Behandlung erfahren, eine Diskriminierung dar. Dies ist dann der Fall, wenn Unterschiede in entscheidungs- und behandlungsrelevanten Merkmalen zwischen Personen unterschiedlichen Alters bestehen, die aber bei der Behandlung nicht berücksichtigt werden. Hier liegt die Schlussfolgerung nahe, dass Altersunterschiede benutzt werden, um bestehende relevante Unterschiede zwischen Altersgruppen zu nivellieren oder zu konterkarieren.

Interessant ist der Fall, wenn das kritische alterskorrelierte Merkmal selbst keinem expliziten Diskriminierungsverbot unterliegt, also nicht unter die in § 1 AGG genannten Kategorien fällt. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn sich Bewerberinnen bzw. Bewerber unterschiedlichen Alters in ihrer körperlichen Attraktivität unterscheiden, was für die beruflichen Anforderungen in einem spezifischen Fall zwar irrelevant sein mag und daher keinen objektiven Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung liefert, dennoch aber ausschlaggebend für Einstellungsentscheidungen sein kann. Das AGG spricht gem. § 3 II AGG in solchen Fällen von „mittelbarer Benachteiligung“, die analog zur unmittelbaren Benachteiligung, die wegen des Alters selbst erfolgt, zu vermeiden ist. Für die Bewertung einer Benachteiligung als mittelbare Benachteiligung von Personen eines bestimmten Alters spielt es keine Rolle, ob das ausschlaggebende alterskorrelierte Merkmal mit der Absicht gewählt wurde, dadurch eine Ungleichbehandlung zwischen Altersgruppen zu erzeugen. Es zählt zunächst die Tatsache, dass die Zugrundelegung eines Merkmals **de facto** Altersunterschiede im Ergebnis der Behandlung nach sich zieht<sup>37</sup>.

Ein weiteres Beispiel soll die Schwierigkeiten illustrieren, die sich aus dem Begriff der „mittelbaren“ Benachteiligung ergeben. Wird etwa eine Stelle im Internet ausgeschrieben, so ist diese Information zwar prinzipiell für alle zugänglich. Aufgrund der geringeren Nutzung des Internets bei älteren Personen ist aber davon auszugehen, dass diese mehr Schwierigkeiten haben werden, an diese Information zu gelangen. Durch die Nutzung des Internets als Medium der Stellenausschreibung entsteht somit ein „mittelbarer“ Nachteil für Altersgruppen mit geringerer Bereitschaft oder Möglichkeit der Internetnutzung. Lässt sich aber hieraus der Tatbestand einer Benachteiligung durch den Stellenanbieter ableiten? Statt von aktiver Benachteiligung sollte man in diesem Zusammenhang eher davon sprechen, dass eine Altersgruppe im Nachteil ist, in manchen Fällen, dass sie sich durch ihr eigenes Verhalten schadet – zum Beispiel durch erhöhtes Risikoverhalten von Jugendlichen (zur Unterscheidung von aktiver und passiver Benachteiligung vgl. die Ausführungen unter II.1.e.).

Eine eindeutige Identifikation mittelbarer oder unmittelbarer Benachteiligung von Altersgruppen auf der Grundlage empirischer Evidenz kann sich aus zwei Gründen als schwierig erweisen. Zum einen stellt sich die Frage, auf welcher Basis darüber entschieden wird, welche Ziele rechtmäßig und welche Merkmale zur Erreichung dieser Ziele angemessen sind. Hier ist die Decke des gesellschaftlichen Konsenses möglicherweise dünn. Auffassungen etwa darüber, welche Gesichtspunkte eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber bei der Wahl ihrer/seiner von ihr/ihm bezahlten Belegschaft verfolgen darf, und ob sie/er sich hierbei allein auf objektive Produktivität und Leistungsparameter beschränken muss, werden zwischen den betroffenen Parteien möglicherweise stark divergieren.

Eine zweite Schwierigkeit besteht darin, bei impliziten Entscheidungssituationen eindeutig festzustellen, welche Merkmale für eine Ungleichbehandlung ausschlaggebend sind oder waren. Dies ist insbesondere in Einzelfallentscheidungen, bei denen sich die betroffenen Einzelpersonen nicht nur hinsichtlich ihres Alters, sondern auch in einer Vielzahl anderer Merkmale unterscheiden, häufig schwierig. Eindeutige Hinweise auf Benachteiligung aufgrund des Alters bestehen in einem solchen Fall eigentlich nur dann, wenn die ungünstige Behandlung einer Person eines bestimmten Alters trotz eines Vorteils der Person auf

---

37 Vgl. auch die Ausführungen unter IV.2.b.bb. zur Reichweite der mittelbaren Diskriminierung.

entscheidungsrelevanten Merkmalen erfolgt, wenn das Ergebnis also einer rational begründeten Entscheidung entgegensteht<sup>38</sup>. Klarere Hinweise auf eine altersbedingte Benachteiligung können in Situationen identifiziert werden, in denen wiederholt Entscheidungen für eine große Zahl von Personen getroffen wurden. In diesem Fall lässt sich der spezifische Beitrag einzelner Merkmale auf das Behandlungsergebnis mit Hilfe kausalanalytischer statistischer Verfahren bestimmen, so dass eine spezifische Altersdiskriminierung anhand entsprechender Daten belegt (oder widerlegt) werden kann<sup>39</sup>.

### II.1.c. Wahrgenommene Altersdiskriminierung

Die subjektive Einschätzung einer von einer Ungleichbehandlung betroffenen Person, die ihr widerfahrene Behandlung sei aufgrund ihres Alters erfolgt und stelle insofern einen Fall von Altersdiskriminierung dar, ist weder hinreichende noch notwendige Bedingung für das faktische Vorliegen einer Altersdiskriminierung. Ebenso wenig reicht die Beteuerung des Akteurs, die Unterschiede in der Behandlung der Personen seien nicht aufgrund ihres Alters getroffen worden, aus, um den Vorwurf einer Altersdiskriminierung zu entkräften. Wie der vorangehende Abschnitt zeigt, stellt die empirische Identifikation der tatsächlichen Gründe einer Ungleichbehandlung ein komplexes und oftmals schwierig zu lösendes Problem dar. Subjektive Einschätzungen von Situationen und Handlungen als altersdiskriminierend stellen Konstruktionen eines Sachverhalts dar, die durch vielfältige psychologische Faktoren beeinflusst werden können (Perspektivenunterschiede, motivationale Faktoren, Persönlichkeitsunterschiede, Werte und Ideologien)<sup>40</sup>. Insbesondere unterliegen Kausalattributionen von Handlungen – also Erklärungen von Handlungen durch Ursachen und Gründe – systematischen Einflüssen und Verzerrungen. Die Kenntnis solcher psychologischen Einflüsse auf die Urteilsbildung ist zum einen für die Bewertung von Aussagen über widerfahrene oder (nicht) begangene Altersdiskriminierung von Bedeutung; zum anderen schärft sie den Blick auch für mögliche systematische Verzerrungen der eigenen Sichtweise.

Für die subjektive Wahrnehmung von Altersdiskriminierung spielt die Salienz des Alters eine entscheidende Rolle. Eine Benachteiligung wird vor allem dann mit dem Alter in Zusammenhang gebracht, wenn das Alter in dem jeweiligen Kontext ein auffälliges bzw. hervorgehobenes Merkmal darstellt, das sich als mögliche Erklärung für das Behandlungsergebnis durch seine Salienz aufdrängt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich eine Bewerberin oder ein Bewerber von der Gruppe der Mitbewerberinnen und Mitbewerber altersmäßig deutlich abhebt. Das Alter kann aber auch dann salient werden<sup>41</sup>, wenn sich Bewerberinnen bzw. Bewerber und Personalmanagerin bzw. Personalmanager deutlich im Alter unterscheiden (junge Bewerberin bzw. junger Bewerber und deutlich ältere Personalchefin bzw. älterer Personalchef / alte Bewerberin bzw. alter Bewerber und deutlich jüngere Auswählerin bzw. jüngerer Auswähler). In den zuletzt genannten Fällen wird zudem ein

38 Auch dann ist es jedoch immer noch nicht sicher, dass das Alter der Grund der Benachteiligung war – es könnte auch ein anderes Merkmal für die Behandlung verantwortlich gewesen sein.

39 **Steyer**, 1992. Starke Kausalaussagen sind bei konfundierten Variablen dennoch häufig nicht möglich, da die Liste der möglichen konkurrierenden Ursachen prinzipiell sehr groß ist und nicht zu allen potenziellen Ursachen verlässliche Informationen vorliegen. Zudem werden kausale Zusammenhänge häufig durch Drittvariablen moderiert, was bei einer Analyse desselben Sachverhalts zu paradoxen und gegenläufigen Ergebnissen von Zusammenhangsanalysen führen kann, je nachdem welche Auflösung für die Analyse gewählt wird (sog. Simpson-Paradox; vgl. **Steyer**, 1992).

40 Vgl. **Rothermund & Mayer**, 2009, Kap. 3.

41 Ein Merkmal wird als salient bezeichnet, wenn es sich deutlich von anderen Merkmalen in der Umgebung unterscheidet und dadurch auffällt bzw. Aufmerksamkeit bindet.



spezifisches Rollenschema der Altersdiskriminierung aktiviert (starke Altersdiskrepanz von Akteur und Opfer der Benachteiligung), das die Wahrscheinlichkeit wahrgenommener Altersdiskriminierung zusätzlich erhöht.

Neben der Salienz des Alters hängt die Wahrnehmung einer Diskriminierung auch von der Existenz situationsspezifischer Altersstereotype ab. Erhält etwa eine erfolgreiche junge Managerin bzw. ein erfolgreicher junger Manager eine Absage auf ihre bzw. seine Bewerbung auf eine einflussreiche und verantwortungsvolle berufliche Position, so wird sie bzw. er dies eher als eine ältere Bewerberin bzw. älterer Bewerber damit erklären, dass sie bzw. er aufgrund ihres bzw. seines Alters noch für zu unerfahren gehalten wurde. Eine ältere Person, die sich auf eine Stelle als Einkaufsleiterin oder Einkaufsleiter für den Musik- und Videobereich oder bei einer Werbeagentur beworben hat, wird ihre Ablehnung ebenfalls eher als altersbedingt wahrnehmen als eine jüngere Bewerberin bzw. ein jüngerer Bewerber, weil dieser Bereich typischerweise mit jungen Personen assoziiert ist.

Die meisten der genannten Faktoren beeinflussen nicht nur die Wahrnehmung, sondern auch die faktische Wahrscheinlichkeit von Altersdiskriminierungen. Durch eine erhöhte Salienz des Alters einer Person steigt die Wahrscheinlichkeit, dass diese Person als jung (oder alt) kategorisiert und anhand stereotyper Annahmen und Wissensbestände zu dieser Altersgruppe in der jeweiligen Situation eingeschätzt, bewertet und behandelt wird. Dennoch darf die Wahrnehmung nicht mit dem Tatbestand der Altersdiskriminierung gleichgesetzt werden. Auch trotz hoher Salienz der Altersvariable und naheliegenden stereotypen Alterswahrnehmungen können auch andere und durchaus angemessene Entscheidungskriterien ausschlaggebend für eine ungünstige Behandlung von Personen gewesen sein, die sich nur zufällig auch hinsichtlich ihres Alters von den besser behandelten Personen unterscheiden.

#### II.1.d. Nichtintentionale Altersdiskriminierung

Eine bislang noch unbeachtete Unterscheidung liegt in der Gegenüberstellung bewusster und unbewusster Einflüsse des Alters auf Entscheidungen und Behandlungen. Alter kann als kausaler Faktor das Ergebnis von Handlungsentscheidungen beeinflussen, auch ohne dass dies von der jeweiligen Entscheiderin oder dem jeweiligen Entscheider beabsichtigt oder bemerkt wird.

Die aktuelle Sozialpsychologie ist voll von Beispielen solcher automatischen, oft unbewusst wirkenden Einflüsse sozialer Hinweisreize auf menschliches Verhalten und Entscheiden<sup>42</sup>. Altersbezogene Hinweise können in spezifischen Kontexten automatisch spezifische inhaltliche Assoziationen, Bewertungen und auch Verhaltenstendenzen auslösen, die dann zu einer unbeabsichtigten, unbemerkten und schwer zu kontrollierenden Ungleichbehandlung alter und junger Personen führen können. Offenbar erfolgt in solchen Fällen die Benachteiligung zwar wegen des Alters (kausal), nicht aber notwendig **aus Gründen** des Alters (intentional).

Ein anderer Fall von ebenfalls nichtintentionaler Altersdiskriminierung liegt vor, wenn die Benachteiligung in eigentlich wohlmeinender Absicht geschieht, also um Personen einer

---

42 Zum Überblick s. Degner et al., 2009.

bestimmten Altersgruppe zu unterstützen, anstatt ihnen zu schaden. Diese gut gemeinte Form der Ungleichbehandlung kann sich jedoch manchmal auch nachteilig auswirken. Systematisch untersucht wurden solche Fälle paradoxer Effekte vor allem im Zusammenhang mit dem Verhalten von Pflegepersonal in Altenheimen. Die Tendenz, alten Menschen zu helfen, ihre Defizite auszugleichen und sie bei der Bewältigung des Alltags zu unterstützen, kann leicht dazu führen, dass alten Menschen die Verantwortung für ihre Lebensgestaltung entzogen und die Kontrolle über ihr Handeln genommen wird. In Verbindung mit einem generalisierten Defizitstereotyp des Alters bilden sich so häufig Umgangsformen heraus, die im Sinne einer selbsterfüllenden Prophezeiung zu einer Verstärkung von Unselbstständigkeit und zu einem Verlust an Kontrolle und Autonomie beitragen („dependency support script“)<sup>43</sup>.

Die genannten Unterscheidungen ändern zwar nichts daran, dass jedwede altersbedingte Benachteiligung unerwünscht ist. Unter bestimmten Umständen entlasten sie aber möglicherweise die Personen, deren Handeln und Entscheiden unbeabsichtigt eine Benachteiligung bestimmter Altersgruppen hervorgebracht hat.

### II.1.e. Aktive versus passive Benachteiligung

Die Erläuterung des Begriffs der Benachteiligung in § 3 AGG als weniger günstige **Behandlung**, die eine Person erfährt, legt nahe, dass ein Akteur für die Diskriminierung verantwortlich ist, durch dessen Handeln und Entscheiden die Benachteiligung von Personen einer Altersgruppe erst entsteht. Neben diesem Gebrauch des Begriffs der Benachteiligung im Sinne des „Benachteiligt-Werdens“ gibt es jedoch auch eine zweite Verwendung von Benachteiligung im Sinne des „Benachteiligt-Seins“ bzw. des „Einen-Nachteil-Habens“.

Im Falle des Alters ist klar, dass ein niedriges, mittleres oder hohes Alter **per se** keinen Nachteil oder Vorteil darstellt. Trotzdem kann ein bestimmtes Alter aufgrund alterskorrelierter Merkmale für verschiedene Lebensvollzüge einen Nachteil darstellen. Aufgrund wirtschaftlicher Entwicklungen (Veränderungen in der Nachfrage bestimmter Qualifikationen und Berufe; Aufbau und Absterben von Industriezweigen; Übergang von einer Produktions- zu einer Dienstleistungsgesellschaft) können etwa bestimmte Alterskohorten aufgrund ihrer früher erworbenen beruflichen Spezialisierung und ihrer ausbildungsbezogenen Qualifikationen auf dem Arbeitsmarkt einen Nachteil haben. Ebenso können Unterschiede in der Mobilität zwischen verschiedenen Alterskohorten, die durch verschiedene Faktoren bedingt sein können (Familien- und Wohnsituation, unterschiedlich ausgeprägte regionale Verbundenheit und soziale Identitäten, Verfügen über finanzielle Ressourcen, gesundheitlich bedingte Mobilitätsunterschiede), zu Chancenunterschieden in der Partizipation am Arbeitsmarkt und auch in der Nutzung anderer öffentlicher Güter beitragen (Wohnungsmarkt, Unterhaltungsangebote, Erreichbarkeit von Ämtern etc.).

Die für die erwähnten Nachteile jeweils relevanten altersbedingten Unterschiede gehen vor allem auf kohortenspezifische gesellschaftliche Randbedingungen zurück, zum Teil können sie auch durch unterschiedliche Motive und Präferenzen und damit verbundene persönliche Entscheidungen entstanden sein. Häufig entstehen die altersspezifischen Nachteile jedoch erst in Verbindung mit weiteren externen Faktoren (Krisen, wirtschaftli-

---

43 Balthes & Reizenzein, 1986; Balthes & Wahl, 1992.

che und gesellschaftliche Veränderungen), die die Personen verschiedener Alterskohorten aufgrund ihrer unterschiedlichen Lebenssituation in unterschiedlicher Weise treffen<sup>44</sup>.

Allen diskutierten Fällen gemeinsam ist jedenfalls, dass **per definitionem** kein verantwortlicher Akteur für die Benachteiligung identifiziert werden kann. Eine offene Frage ist daher, inwieweit aus dem AGG bei solchen Fällen passiver oder struktureller Benachteiligung ein Handlungsbedarf zur Beseitigung von Nachteilen abgeleitet werden kann, insofern die entstandenen Nachteile potenziell im Anwendungsbereich des Gesetzes liegen (z. B. Zugang zu Erwerbstätigkeit, Zugang zu öffentlichen Gütern und Dienstleistungen i.S.d. § 2 AGG).

Im Falle einer positiven Antwort würde sich die weitergehende Frage stellen, wer für den Ausgleich von Nachteilen in die Pflicht genommen werden soll, wenn keine Akteurin bzw. Akteur identifiziert werden kann, die bzw. der die Benachteiligung zu verantworten hat. Die offenkundige Schwierigkeit, in Abwesenheit von verantwortlichen Akteuren der Benachteiligung Ansprüche auf die Beseitigung der Benachteiligung zu definieren und entsprechende Verpflichtungen zuzuweisen, verdeutlichen, dass es weder Aufgabe noch realistisches Ziel des Gesetzes sein kann, sämtliche altersbedingten Unterschiede zu eliminieren oder zu kompensieren<sup>45</sup>. Allerdings sind öffentliche Entscheidungsträger gehalten, im Rahmen ihrer Möglichkeiten vorhandene altersbedingte Unterschiede und Nachteile (bzgl. sozialer Situation, Arbeitsmarktposition, Mobilität etc.) zu berücksichtigen und ggf. auszugleichen. § 5 AGG, aber auch § 10 S. 3 Nr. 1 AGG eröffnen hierfür grundsätzlich die Möglichkeit, positive Maßnahmen vorzusehen<sup>46</sup>.

### II.1.f. Zusammenfassung der Implikationen begrifflicher Unterscheidungen

Altersdiskriminierung ist ein normativer Begriff, für dessen Zuschreibung ein Anspruch auf Gleichbehandlung vorliegen muss. Das AGG definiert diesen Anspruch auf Gleichbehandlung von Altersgruppen für verschiedene Lebensbereiche. Für den Tatbestand der Altersdiskriminierung ist weiterhin zu zeigen, dass eine Benachteiligung **aufgrund des Alters** erfolgt ist. Vor allem in Situationen, in denen Handlungsentscheidungen ohne explizite Begründung oder Regel mit Altersbezug getroffen werden („implizite Entscheidung“), kann ein solcher Nachweis schwierig sein.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang der Begriff einer „mittelbaren“ Altersdiskriminierung, also einer Ungleichbehandlung aufgrund von Kriterien, die bestimmte Altersgruppen systematisch benachteiligen. Angemessen begründete Ungleichbehandlungen werden jedoch dezidiert von dem Benachteiligungsverbot ausgenommen. Die Schwierigkeit besteht zum einen darin, die Unangemessenheit der Kriterien eindeutig nachzuweisen, die mittelbar zu einer Altersbenachteiligung führen. Zum anderen scheinen auch solche Sachverhalte den Tatbestand einer mittelbaren Altersdiskriminierung zu erfüllen, in denen ältere oder jüngere Menschen aufgrund ihrer Lebenssituation einen Nachteil haben, auch ohne dass hierfür ein Agent verantwortlich ist („passives Benachteiligt-Sein“).

44 Elder, 1995.

45 Dazu auch Temming, 2008.

46 Vgl. auch die Ausführungen unter IV.2.c.aa(2) und (3).

Wichtig ist eine klare Unterscheidung zwischen faktischer und wahrgenommener Altersdiskriminierung. Für die Behauptung von Altersdiskriminierung gelten klare Kriterien, die im Einzelfall der wahrgenommenen Altersdiskriminierung aufgrund verzerrender motivationaler und perspektivenbedingter Einflüsse nicht immer erfüllt sein müssen. Für die Beurteilung von altersdiskriminierendem Verhalten ist auch zu berücksichtigen, inwieweit dieses intentional erfolgt ist.

## II.2. Einschlägige Forschung zur Altersdiskriminierung in verschiedenen Bereichen

Neben Untersuchungen zum Tatbestand, zur Auftretenshäufigkeit und zu den Erscheinungsformen von Altersdiskriminierung liegen Forschungsergebnisse zu den Ursachen, zur Wahrnehmung, den Folgen und der Vermeidung von Altersdiskriminierung vor. Sozialwissenschaftliche Forschung zu Altersdiskriminierung beschäftigt sich vor allem mit den unter II.1.b. dargestellten, als „implizit“ bezeichneten Entscheidungssituationen, in denen keine ausdrücklichen Regeln oder Begründungen einer spezifischen Behandlung von Personen unterschiedlichen Alters vorliegen. Explizit begründete bzw. auf klare Vorschriften und Regeln zurückführbare Ungleichbehandlungen von Personen unterschiedlichen Alters können meist leicht als altersdiskriminierend erkannt werden. Ein zentrales Anliegen der Forschung ist es darüber hinaus, durch experimentelle und quasiexperimentelle Untersuchungsdesigns sowie durch entsprechende kausalanalytische Verfahren auch für „implizites“ Verhalten Benachteiligungen „aufgrund des Alters“ zu identifizieren.

### II.2.a. Auftreten und Erscheinungsformen von Altersdiskriminierung

#### II.2.a.aa. Benachteiligung im Arbeitskontext

Die meisten Untersuchungen zur Benachteiligung aus Gründen des Alters beziehen sich auf das Arbeitsleben. Mögliche altersbedingte Benachteiligungen können bei der Auswahl und Einstellung von Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeitern, bei deren Bezahlung, den Beförderungschancen, der Beteiligung an betrieblichen Angeboten der Weiterbildung, der Gewährung von Sozialleistungen sowie bei Entlassungen, Kündigungen und Ruhestandsregelungen auftreten<sup>47</sup>.

##### II.2.a.aa(1) Altersunterschiede in der Beschäftigungsquote, Weiterbildung und Entlohnung

Erste Hinweise auf Altersdiskriminierungen ergeben sich aus bevölkerungsstatistischen Daten, die einen Zusammenhang zwischen dem Lebensalter und verschiedenen Indikatoren der Partizipation am Berufsleben belegen. Aus EU-Statistiken geht etwa hervor, dass der prozentuale Anteil der aktiv Berufstätigen an der jeweiligen Altersgruppe ab einem Lebensalter von etwa 50 Jahren sowohl für Frauen als auch für Männer deutlich zurückgeht<sup>48</sup>. Bei den 30- bis 50-Jährigen werden Beschäftigungsquoten von >60 Prozent (Frauen) bzw. >90 Prozent (Männer) erreicht, danach nimmt dieser Prozentsatz stetig ab (Frauen: 50–54: 50 Prozent, 55–59: 30 Prozent, 60–64: 5 Prozent, 65+: < zwei Prozent; Männer: 50–54: 85 Prozent, 55–59: 65 Prozent, 60–64: 25 Prozent, 65+: < fünf Prozent). Auch in Deutschland liegt die Quote der Beschäftigten für den Altersbereich zwischen 55 und 64

<sup>47</sup> Kluge & Krings, 2007.

<sup>48</sup> Avramov & Maskova, 2003.

Jahren deutlich niedriger als bei den jüngeren Altersgruppen. Nach einem Absinken der Beschäftigungsquote von 52 Prozent auf 43 Prozent in dem Zeitraum von 1970 bis 2000 ist in Deutschland in den letzten Jahren allerdings wieder eine Zunahme in der Beschäftigungsquote älterer Menschen zu verzeichnen; im Jahr 2006 betrug der prozentuale Anteil der Beschäftigten in der Altersgruppe der 55- bis 64-Jährigen wieder 48 Prozent, was unter anderem mit dem Eindringen der geburtenschwachen Jahrgänge in den Arbeitsmarkt erklärt wird<sup>49</sup>.

Auch für die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen kann eine deutliche Unterrepräsentation älterer Menschen konstatiert werden. EU-Statistiken belegen, dass auch hier ab einem Alter von 50 Jahren ein deutlicher Knick in der Teilnahme an Aus- und Weiterbildung zu verzeichnen ist<sup>50</sup>. In Deutschland besitzt die Gruppe der 50- bis 64-jährigen Arbeitnehmer in Deutschland nur einen Anteil von etwa zehn Prozent am gesamten beruflichen Weiterbildungsvolumen<sup>51</sup>.

Diese Statistiken belegen deutliche Alterseffekte auf dem Arbeitsmarkt. Einen eindeutigen Beleg für Altersdiskriminierungen stellen sie jedoch nicht dar. So kann ein Ausscheiden aus der aktiven Berufstätigkeit, die Annahme von Teilzeitjobs und auch die geringere Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsangeboten auch motivationale oder gesundheitliche Gründe haben<sup>52</sup>. Insbesondere hängt das Ausscheiden aus dem Berufsleben von gesellschaftlichen Rahmenbedingungen ab, die älteren Arbeitnehmenden eine Frühpensionierung mit entsprechenden Ausgleichszahlungen ermöglichen<sup>53</sup>. Diese Option kann bei älteren Arbeitnehmenden die Motivation reduzieren, weiter nach aktiver Beschäftigung zu suchen. Ebenso mögen strukturelle Unterschiede in den Ausbildungsvoraussetzungen und in der Verteilung junger und alter Arbeitnehmender auf bestimmte Wirtschafts- und Berufssparten dazu beitragen, dass ältere Arbeitnehmende eine schlechtere Ausgangsposition am Arbeitsmarkt besitzen.

Einige Forschungsergebnisse sprechen jedoch gegen die These, dass altersbedingte Unterschiede in der Beschäftigungsquote und Teilnahme an Weiterbildungen von Arbeitnehmenden überwiegend selbst gewählt werden. In Deutschland geben 50 Prozent der frühpensionierten Personen an, dass diese Entscheidung unfreiwillig erfolgte<sup>54</sup>. Der Ausstieg aus dem Berufsleben stellt offenbar häufig eine resignative Reaktion auf die aussichtslose Arbeitsmarktsituation für ältere Arbeitssuchende dar<sup>55</sup>. Auch ist die Bereitschaft zur Annahme von flexiblen Teilzeitbeschäftigungen und weniger anspruchsvollen Tätigkeiten keine aus Lebensstil- und Freizeitverlangen getroffene Wahl, sondern stellt häufig die einzig verbliebene Möglichkeit für ältere Arbeitnehmende dar, um die finanzielle Notlage nach einer Entlassung zu lindern<sup>56</sup>.

Auch bei Weiterbildungsangeboten spielen Faktoren eine Rolle, die von der Motivationslage der Arbeitnehmenden unabhängig sind. In einer Umfrage unter den größten deutschen Unternehmen äußerten die Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger im Perso-

49 **Brussig & Wojtkowski**, 2008.

50 **Avramov & Maskova**, 2003.

51 **Kuwan et al.**, 2006.

52 **Arrowsmith & McGoldrick**, 1997; **Colquitt et al.**, 2000; **Maurer**, 2007.

53 **Wise**, 2004.

54 **Dorn & Souza-Poza**, 2005.

55 **Patrickson & Ranzijin**, 2004.

56 **Branine & Glover**, 1997.

nalmanagement die Auffassung, dass ältere Angestellte in ihrer Laufbahn bereits hinreichend Weiterbildungsmaßnahmen bekommen hätten und dass sich eine Weiterbildungsinvestition bei älteren Arbeitnehmenden aus Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten weniger rentiere als bei jüngeren Arbeitnehmenden<sup>57</sup>.

In der gleichen Umfrage gaben mehr als 50 Prozent der Unternehmen an, dass sich die Entlohnung ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am Senioritätsprinzip orientiere. Dies führt zu durchschnittlich höheren Gehältern älterer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, selbst bei prinzipiell vergleichbaren Tätigkeiten und Aufgaben. Ähnliche alterskorrelierte Effekte in der Entlohnung entstehen durch Tarifvereinbarungen, in denen Gehaltsstufen durch Erfahrung – also die zeitliche Dauer, mit der eine Tätigkeit ausgeführt wurde – definiert werden. In den genannten Fällen entsteht eine mögliche Asymmetrie zuungunsten der Entlohnung jüngerer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die für vergleichbare Aufgaben und bei gleicher Qualifikation eine geringere Bezahlung erhalten<sup>58</sup>. Ob durch Erfahrung tatsächlich ein Zugewinn an geldwerter Arbeitsleistung erbracht wird, ist nicht immer eindeutig zu klären<sup>59</sup>. Immer mehr Unternehmen gehen daher dazu über, Gehaltssteigerungen und Zulagen in Abhängigkeit von expliziten Leistungsvereinbarungen und messbaren Erfolgskriterien zu vergeben.

Die bislang noch vorhandene Altersschere in den Gehältern (auch nach Bereinigung der Unterschiede in beruflichen Positionen) führt allerdings auch dazu, dass ältere Personen bei Bewerbungen für dieselbe Stelle höhere Gehaltsforderungen stellen als jüngere, zumindest entspricht dies den Erfahrungen und Erwartungen der Personalmanagerinnen und Personalmanager<sup>60</sup>. Die tatsächliche oder auch nur erwartete höhere Bezahlung von älteren Arbeitnehmenden kann auch dazu beitragen, dass diese bei der Neubesetzung von Stellen Nachteile haben bzw. eher entlassen und ggf. durch billigere jüngere Arbeitnehmende ersetzt werden<sup>61</sup>.

#### II.2.a.aa(2) Altersunterschiede bei der Personalauswahl

Der größte Teil der Forschung zur Altersdiskriminierung am Arbeitsmarkt beschäftigt sich mit Chancenungleichheiten bei Auswahlprozessen im Kontext von Einstellung, Beförderung und Entlassungen. Für den amerikanischen Arbeitsmarkt liegen etwa Ergebnisse vor, die eine erhöhte Schwierigkeit von älteren Arbeitnehmenden beim versuchten Wiedereinstieg in den Beruf nach einer Kündigung/Entlassung konstatieren<sup>62</sup>; die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt ist deutlich niedriger und die finanziellen Einbußen im Vergleich zur letzten Beschäftigung fallen für ältere Arbeitnehmende deutlich höher aus<sup>63</sup>. Ältere Arbeitnehmende werden zudem seltener befördert<sup>64</sup>. Bei Entlassungen ist die Gruppe der älteren Arbeitnehmenden prozentual deutlich überrepräsentiert<sup>65</sup>, obwohl gleichzeitig die Entlassungswahrscheinlichkeit für Personen mit längeren Betriebszugehörigkeiten geringer ist, was jüngere Personen im

57 **Capgemini Consulting**, 2007.

58 Vgl. **Büsch et al.**, 2009.

59 Vgl. auch die Ausführungen unter III.2.b.

60 **Capgemini Consulting**, 2007.

61 **Kotlikoff & Gokhale**, 1992.

62 **Goldberg**, 2007.

63 **Wood et al.**, 2008.

64 **Goldberg et al.**, 2004.

65 **Heyma**, 2004; **Kyyrä & Wilke**, 2007.

Durchschnitt benachteiligt („last in – first out“-Prinzip)<sup>66</sup>. Übereinstimmend wird angenommen, dass der Zugang zu Frühpensionsangeboten eine entscheidende Variable für die höhere Entlassungswahrscheinlichkeit älterer Arbeitnehmer darstellt<sup>67</sup>. In einer finnischen Studie konnte etwa nachgewiesen werden, dass die Erhöhung der Altersgrenze für den Zugang zu Frühpensionierungen eine Reduktion des Anteils älterer Arbeitnehmender an den Entlassungen zur Folge hatte<sup>68</sup>.

Neben deskriptiven Daten liegt bereits eine Vielzahl von Studien vor, die in überwiegend gut kontrollierten Untersuchungsdesigns Altersbenachteiligungen bei der Auswahl und Beförderung von Bewerberinnen und Bewerbern nachweisen konnten. Bereits bei der Ausschreibung einer Stelle kann durch entsprechende Formulierung des gewünschten Stellenprofils ausdrücklich oder unausgesprochen eine bestimmte Altersgruppe favorisiert werden – etwa durch die Nennung von Attributen wie „jung und dynamisch“. Eine spezifische Suche nach älteren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern tritt demgegenüber nur sehr selten auf, lediglich bei Führungspositionen werden gelegentlich ausdrücklich ältere Personen gesucht<sup>69</sup>.

In weiteren Studien wurden Entscheidungsvoreingenommenheiten bei der Auswahl von Bewerberinnen und Bewerbern untersucht. Typischerweise werden hierbei fiktive Bewerbungsunterlagen für eine Ausschreibung erstellt, die sich systematisch im Alter der Bewerberinnen und Bewerber unterscheiden, während andere Merkmale (Qualifikation, Berufserfahrung) entweder konstant gehalten oder unabhängig vom Alter der Bewerberinnen und Bewerber variiert werden. Insgesamt konnte in diesen Untersuchungen eine Tendenz zur Benachteiligung älterer Bewerberinnen und Bewerber festgestellt werden<sup>70</sup>. Allerdings fanden sich große Unterschiede im Grad der Altersbenachteiligung. Während in Laborstudien mit Studierenden, die sich in die Rolle einer Personalmanagerin oder eines Personalmanagers hineinversetzen und über fiktive Stellenbeschreibungen und Bewerbungsunterlagen entscheiden sollten, deutliche Benachteiligungen älterer Arbeitnehmender nachgewiesen wurden, zeigten sich in Feldstudien mit echten Bewerbungen auf reale Stellenausschreibungen, die von Personalmanagerinnen oder Personalmanagern bearbeitet wurden, deutlich kleinere Alterseffekte<sup>71</sup>. Offenbar spielen in realen Bewerbungssituationen andere Faktoren eine wesentlich größere Rolle als Altersunterschiede.

Vor allem aber belegen die Studien drastische Unterschiede in der Größe und Richtung von Altersbenachteiligungen bei der Personalselektion in Abhängigkeit von der Art der ausgeschriebenen Stelle. Stellen unterscheiden sich deutlich in ihrem Anforderungsprofil und sind mit stellenspezifischen Altersstereotypen verknüpft<sup>72</sup>. Das Alters- und Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle bildet dann die Grundlage für die Benachteiligung entweder junger oder alter Bewerberinnen bzw. Bewerber. Vor allem die mangelnde Passung des Bewerberalters mit dem wahrgenommenen Anforderungs- und Altersprofil der Stelle ist entscheidend für die Bewertungs- und Auswahlprozesse<sup>73</sup>. Allerdings wirkt sich eine solche mangelnde Passung vor allem für ältere Bewerberinnen und Bewerber negativ aus. Jüngere

66 Heyma, 2004.

67 Heyma, 2004.

68 Kyyrä & Wilke, 2007.

69 Straka, 1993.

70 Bendick et al., 1999; Braithwaite et al., 1993; Büsch et al., 2009; Riach & Rich, 2007.

71 Vgl. hierzu die Metaanalyse von Morgeson et al., 2008.

72 Büsch et al., 2009; Perry & Bourhis, 1998.

73 Diekman & Hirnisey, 2007; Finkelstein & Farrell, 2007; Goldberg et al., 2004; Riach & Rich, 2007.

Bewerberinnen oder Bewerber, die sich etwa für „altentypische“ Führungspositionen bewerben, werden dagegen eher als ambitioniert und kompetent wahrgenommen<sup>74</sup>.

Ein kritischer Punkt der genannten Studien liegt darin, dass das Alter der Bewerberin oder des Bewerbers in Verbindung mit Informationen zu Qualifikation und Berufserfahrung durchaus indirekt aufschlussreich bzgl. weiterer persönlicher Qualitäten einer Bewerberin oder eines Bewerbers sein kann. Insbesondere bei gleicher Qualifikation und Berufserfahrung weist ein geringeres Alter einer Bewerberin oder eines Bewerbers darauf hin, dass diese Bewerberin oder dieser Bewerber in deutlich kürzerer Zeit dieselben Qualifikationen erworben hat wie eine ältere Bewerberin oder ein älterer Bewerber, die bzw. der sich mit den gleichen Voraussetzungen bewirbt – die jüngere Kandidatin bzw. der jüngere Kandidat hat offenbar pro Zeit mehr geleistet, was für einen höheren Ehrgeiz und höhere Kompetenz diagnostisch ist, während die ältere Bewerberin oder der ältere Bewerber wenig Wert darauf gelegt hat, sich im Laufe der Zeit zusätzliche Qualifikationen anzueignen. Ein weiterer Punkt, der auch bei gleicher formaler Qualifikation für jüngere Bewerberinnen oder jüngere Bewerber sprechen könnte, ist die höhere Aktualität ihrer Ausbildung. Es kann also in einigen Fällen nicht ausgeschlossen werden, dass hinsichtlich Qualifikation und beruflichen Kenntnissen und Erfahrungen vermeintlich parallelisierte Bewerbungsunterlagen dennoch indirekt eine bessere Eignung der jüngeren Bewerberin oder des jüngeren Bewerbers signalisieren<sup>75</sup>. Da dieser Vorsprung auf Kriterien der allgemeinen Kompetenz und Motivation durch Verweis auf einen Zusammenhang zwischen Lebenszeit und beruflichen Errungenschaften auch rational gerechtfertigt werden kann, ist unklar, inwieweit die in den genannten Studien berichteten Altersunterschiede in der Personalselektion tatsächlich als Ausdruck von Altersdiskriminierung interpretiert werden können.

## II.2.a.bb. Altersdiskriminierung in zivilrechtlich relevanten Bereichen

### (1) Gesundheitliche Versorgung und Pflege

Im Gesundheitsbereich wird von verantwortlichen Personen und Entscheidungsträgern über die Frage diskutiert, ob knappe und teure medizinische Leistungen für Personen ohne Ansehen des Alters in gleicher Weise zur Verfügung gestellt werden sollten. Diese Diskussion wird nicht nur hinter verschlossenen Türen geführt, sondern findet angesichts steigender Kosten im Gesundheitssystem breites öffentliches Interesse. Von einigen durchaus angesehenen und einflussreichen Personen wird dabei die Position vertreten, dass ältere Personen einen – verglichen mit ihren Beitragszahlungen – überproportional großen Anteil der medizinischen Leistungen empfangen würden. Vor allem aber hätten diese Leistungen angesichts des Lebensalters und der damit verbundenen geringen Restlebenszeit der Empfänger einen vergleichsweise geringen zu erwartenden Nutzen<sup>76</sup>. Diese Form der utilitaristischen Argumentation impliziert eine Abwertung des Lebens älterer Menschen, die im Interesse jüngerer Leute zurückstecken, wichtige Ressourcen schonen und letztlich einfach „Platz machen“ sollen.

In Deutschland hat diese Form der altersabhängigen Zuweisung von medizinischen Behandlungen zumindest noch keinen Eingang in offizielle Behandlungsmaßstäbe und

<sup>74</sup> Finkelstein et al., 1995; Perry & Bourhis, 1998; Perry et al., 1996.

<sup>75</sup> Im Wissenschaftsbetrieb ist es beispielsweise gang und gäbe, nicht (nur) die absoluten Publikations- und Forschungsleistungen eines Wissenschaftlers zu bewerten, sondern diese in Relation zu der Dauer der bisherigen Forschungstätigkeit zu stellen.

<sup>76</sup> Diese Argumentation wurde etwa im hoch angesehenen British Medical Journal publiziert; zit. nach Glover & Branine, 1997; vgl. auch Shaw, 1994; Wiseman, 2007.



Selektionskriterien gefunden. Der Wert der Heilung von Krankheiten besteht ohne Ansehen der Person, wobei vorausgesetzt wird, dass der Erhalt der Gesundheit unabhängig vom Alter ein schützens- und erhaltenswertes Gut darstellt. Dennoch liegen auch Studien vor, die auf verschiedenartige altersbedingte Benachteiligung in der medizinischen Versorgung hinweisen.

Bereits die Diagnostik von Krankheiten erfolgt bei älteren Personen weniger sorgfältig<sup>77</sup>, Krankheitssymptome werden häufig mit Verweis auf generelle altersbedingte Veränderungen erklärt<sup>78</sup>, insbesondere werden psychische Störungen häufig als altersbedingt eingestuft, wie etwa der mittlerweile überholte, aber in der Altenpflegeausbildung immer noch gebräuchliche Begriff der Altersdepression nahelegt. Dementsprechend werden Beschwerden älterer Personen als weniger therapierbar eingeschätzt und es werden nicht immer die eigentlich angemessenen Behandlungsverfahren empfohlen und eingesetzt<sup>79</sup>.

Auch strukturelle Faktoren tragen dazu bei, dass die medizinische Versorgung älterer Menschen generell schlechter ist. In stationären gerontopsychiatrischen Einrichtungen ist der Personalschlüssel (behandelnde Ärztinnen bzw. Ärzte und Psychologinnen bzw. Psychologen/Patientinnen bzw. Patienten) beispielsweise niedriger als bei vergleichbaren allgemeinpsychiatrischen Stationen<sup>80</sup>, auch ist bei angehenden Medizinerinnen bzw. Mediziner und Psychologinnen bzw. Psychologen allgemein nur ein geringes Interesse vorhanden, sich auf die Arbeit mit älteren Menschen zu spezialisieren<sup>81</sup>. Öffentliche Forschungsgelder werden überwiegend für die Erforschung von Krankheiten eingesetzt, die in der Kindheit, im jungen und mittleren Erwachsenenalter auftreten – ein Trend, der der faktischen Nutzung medizinischer Leistungen entgegenläuft<sup>82</sup>.

Die Befunde zur medizinischen Versorgung sind jedoch in ihrer Aussagekraft in mehrerer Hinsicht zu relativieren. Zum einen ist aufgrund von Multimorbiditäten im hohen Alter die Diagnostik und Indikationsstellung bei älteren Personen objektiv schwieriger als bei jüngeren Personen<sup>83</sup>. Gerade bei depressiven Störungen neigen besonders Personen älterer Kohorten dazu, ihre Beschwerden als körperliche Symptome darzustellen und lehnen eine Depressionsdiagnose und entsprechende Behandlungen eher ab als jüngere Patienten<sup>84</sup>. Auch fallen die Erfolgs- und Heilungschancen bestimmter Behandlungen für ältere Menschen aufgrund zusätzlicher Krankheiten und geringerer körperlicher Robustheit unter Umständen objektiv schlechter aus als bei jüngeren Patientinnen bzw. Patienten. Die gefundenen Unterschiede in der Diagnostik und Behandlung sind daher nicht in jedem Fall als Ausdruck von Altersdiskriminierung zu werten, sondern lassen sich teilweise auch rational begründen. Dennoch lässt sich in einigen Fällen die Tendenz belegen, dass alte Menschen in der gesundheitlichen Versorgung benachteiligt werden und dass der Wert und die Erfolgsaussichten von auf Heilung zielenden Behandlungen bei jüngeren Menschen höher eingeschätzt werden, obwohl dies sachlich nicht gerechtfertigt ist.

---

77 **Gagliese & Melzack**, 1997; **Oliver**, 2008.

78 **Lasser et al.**, 1998.

79 **Barnow et al.**, 2004; **Gatz & Pearson**, 1988; **Madan et al.**, 2001.

80 **BMFSFJ**, 2002.

81 **Voogt et al.**, 2008.

82 **Oliver**, 2009.

83 **Gunzelmann & Oswald**, 2005.

84 **Lyness et al.**, 1995.

Ein weiteres großes Forschungsfeld zur benachteiligenden Behandlung älterer Menschen stellt die Versorgung und Behandlung älterer Menschen in Pflegekontexten dar. Eine Vielzahl von Forschungsergebnissen weist darauf hin, dass ältere Menschen häufig unangemessen behandelt werden. Neben Hilfeverhalten, das unabhängig vom tatsächlichen individuellen Hilfebedarf älterer Menschen gezeigt wird und so deren Selbstständigkeit und Alltagskompetenzen untergräbt, zeigen Pflegekräfte im Interaktionsverhalten gegenüber älteren Menschen häufig patronisierendes und bevormundendes Verhalten<sup>85</sup>. Nicht nur in Einzelfällen treten auch gewaltähnliche Übergriffe, Missbrauch und Vernachlässigungen gegenüber hilflosen Altenheimbewohnern auf<sup>86</sup>.

Die genannten Studien belegen zwar eindeutig unangemessenes Verhalten gegenüber älteren Personen in Pflegekontexten, es fehlen jedoch bisher Studien, die einen spezifischen Altersbezug dieser unangemessenen Verhaltensweisen nachweisen. Viele Autorinnen und Autoren vermuten zwar einen starken Einfluss von negativen Altersstereotypen auf unangemessenes Pflegeverhalten, so dass deutliche Altersunterschiede in der Angemessenheit des Pflegeverhaltens zu erwarten sind, ein direkter Nachweis eines solchen Zusammenhangs bzw. überzeugende vergleichende Studien von Pflegebehandlungen in Alterskontexten und in altersneutraler Umgebung liegen bislang jedoch noch nicht vor.

## **(2) Altersdiskriminierung in weiteren Lebensbereichen**

Altersbedingte Benachteiligungen finden sich auch im Bereich des Finanz- und Versicherungswesens. Alte und junge Menschen erhalten seltener Kredite als Personen mittleren Alters, da aus unterschiedlichen Gründen die Wahrscheinlichkeit einer reibungslosen Rückzahlung des Kredits als geringer eingeschätzt wird. Vom Bundesverband Deutscher Banken werden vor allem altersbedingte Risiken als Grund für die Mitberücksichtigung des Alters bei der Kreditvergabe genannt (Erkrankung und Pflegebedürftigkeit im höheren Alter, unsichere Verdienstperspektive im jungen Alter)<sup>87</sup>.

Auch im Versicherungswesen werden in Abhängigkeit vom Alter der Versicherungsnehmer unterschiedliche hohe Prämien verlangt. Ältere Menschen müssen insbesondere bei privaten Krankenversicherungen mit deutlich höheren Beiträgen rechnen, bei Kfz-Versicherungen werden sowohl von jungen wie auch von älteren Autofahrerinnen und Autofahrern höhere Prämien verlangt<sup>88</sup>. Diese Unterschiede lassen sich mit versicherungsstatistisch untermauerten Unterschieden in Erkrankungs- und Unfallrisiken sowie damit verbundenen Unterschieden in den erwarteten Behandlungs- und Regulierungskosten begründen<sup>89</sup>; außerdem ist bei Krankenversicherungen zu berücksichtigen, dass mit zunehmendem Alter die Zeit für eine Rücklagenbildung durch Beitragszahlungen sinkt.

In aller Regel ist davon auszugehen, dass im Finanz- und Versicherungswesen ein generelles Interesse am Verkauf von Produkten (Kredite, Versicherungen) besteht. Da auch eine Konkurrenzsituation zwischen Anbietern vorliegt, ist davon auszugehen, dass die über alle Anbieter hinweg bestehenden altersbedingt schlechteren Konditionen und Möglichkeiten in diesen Bereichen reale Altersunterschiede in der Risikostruktur widerspiegeln und somit als begründet gelten können.

85 Kemper, 1994; Ryan et al., 1995.

86 Görgen, 2004; Sowarka et al., 2002.

87 Vgl. Klumpp, 2005.

88 Klumpp, 2005.

89 Brown et al., 2007.

In Rechtskontexten wurde untersucht, wie Personen unterschiedlichen Alters als Zeugen bzw. als Angeklagte wahrgenommen und beurteilt werden. Die Befundlage zur Zeugenwahrnehmung ist uneindeutig: Ältere Menschen werden zwar als ehrlicher, in manchen Studien allerdings auch als weniger kompetent und überzeugend eingeschätzt<sup>90</sup>; andere Studien konnten diese altersbedingten Unterschiede in der Zeugenwahrnehmung jedoch nicht bestätigen<sup>91</sup>.

Weitere experimentelle Studien zur Einschätzung und Beurteilung von Straftätern und Straftäterinnen legen nahe, dass ältere Personen bei gleichen Delikten milder beurteilt werden als Erwachsene mittleren Alters<sup>92</sup>; in manchen Studien finden sich auch Hinweise auf eine mildere Beurteilung jüngerer Erwachsener<sup>93</sup>. Offenbar werden hier in Abhängigkeit vom Alter des Täters jeweils andere Interpretationen des Verhaltens für wahrscheinlich gehalten (Vergesslichkeit statt Diebstahl) und andere Beurteilungsmaßstäbe angelegt.

Die genannten Laborstudien belegen Altersunterschiede in der Wahrnehmung von Zeugen und potenziellen Straftätern und Straftäterinnen, zu einer faktisch anderen Behandlung in Rechtskontexten liegen jedoch keine systematischen Untersuchungen vor. Da die Studien überwiegend mit juristischen Laienpersonen als Versuchsteilnehmern durchgeführt wurden, ist auch eine Übertragung auf die tatsächliche Rechtsprechungspraxis unsicher.

Überwiegend strukturelle Benachteiligungen insbesondere älterer Menschen finden sich in der Gestaltung öffentlicher Lebensräume. So gibt es nach wie vor Defizite in der Verfügbarkeit altersgerecht eingerichteter Wohnungen und auch die Infrastruktur vieler öffentlicher Gebäude und Räume ist nach wie vor durch Barrieren gekennzeichnet, die älteren Menschen eine aktive Teilnahme am sozialen Leben erschweren. Auch durch die Verlagerung von Geschäften, Banken, Postfilialen etc. aus Wohnbereichen wird es für ältere Menschen, die weniger mobil sind als jüngere Personen, zunehmend schwieriger, ihre alltäglichen Bedürfnisse zu erledigen. Auch bei der Gestaltung technischer Geräte wird bislang noch wenig auf die Bedürfnisse älterer Menschen geachtet, so berichtet eine nennenswerte Anzahl älterer Menschen etwa über große Probleme bei der Bedienung von Bankautomaten<sup>94</sup>.

Neben diesen strukturell bedingten Nachteilen wurden vereinzelt auch aktive Benachteiligungen in der Behandlung älterer Personen nachgewiesen. Feldstudien belegen etwa, dass Wohnungen bevorzugt an jüngere als an alte Personen vermietet werden<sup>95</sup>.

## II.2.a.cc. Zusammenfassung der Forschung zu Formen von Altersdiskriminierung

Die Befundübersicht verdeutlicht zum Teil deutliche Unterschiede in der Behandlung älterer und jüngerer Menschen in verschiedenen Lebensbereichen (Arbeit, medizinische Versorgung und Pflege, Wohnen, Finanz- und Versicherungsmarkt, Rechtskontexte). Von Benachteiligungen sind überwiegend ältere Menschen betroffen, allerdings finden sich in

90 **Kwong See et al.**, 2001.

91 **Brimacombe et al.**, 2003; **Mueller-Johnson et al.**, 2007.

92 **Erber et al.**, 2001; **Johnston & Alozie**, 2001; **Wilbanks**, 1988.

93 **Bergeron & McKelvie**, 2004.

94 **BAGSO**, 2004.

95 **Page**, 1997.

einigen Kontexten auch Benachteiligungen jüngerer Menschen (Beurteilung von Straftätern und Straftäterinnen; Selektionsnachteile bei als „alt“ typisierten beruflichen Positionen).

Bevölkerungstatistische Daten lassen normalerweise keine eindeutigen Rückschlüsse auf Benachteiligungen aufgrund des Alters zu, da eine Vielzahl von Variablen für die unterschiedlichen Ergebnisse und Behandlungen von Altersgruppen verantwortlich sein können. In der Laborforschung wurden dagegen eindeutige Hinweise auf Benachteiligungen aufgrund des Alters nachgewiesen, allerdings fallen die dort berichteten Effekte häufig deutlich stärker aus als in Feldstudien. Dies mag daran liegen, dass sich relevante Variablen in Feldstudien schlechter kontrollieren lassen als in Laborexperimenten; es ist allerdings wahrscheinlich, dass in realen Entscheidungskontexten anderen, nichtaltersbezogenen Einflussfaktoren ein deutlich stärkeres Gewicht zukommt als in künstlich konstruierten Laborsituationen.

## II.2.b. Ursachen der Altersdiskriminierung

Wissenschaftliche Erklärungen des Phänomens der Altersdiskriminierung in verschiedenen Lebensbereichen wurden vor allem von Ökonomen, Soziologen, Politologen und Psychologen vorgelegt. Die verschiedenen Erklärungsansätze überlappen sich zum Teil in den Konzepten und angenommenen theoretischen Zusammenhängen, dennoch werden wir makrostrukturelle und mikroprozessuale Erklärungen separat diskutieren, da sie sich hinsichtlich ihrer Reichweite, vor allem aber hinsichtlich der Ebene, auf der die entscheidenden Wirkmechanismen angenommen werden, deutlich unterscheiden lassen.

### II.2.b.aa. Makrostrukturelle Erklärungen von Altersdiskriminierung

Aus ökonomischer Sicht wird häufig darauf verwiesen, dass Benachteiligungen älterer Arbeitnehmer auf einen preisbedingten Wettbewerbsnachteil dieser Altersgruppe auf dem Arbeitsmarkt zurückgehen<sup>96</sup>. Insofern jüngere Arbeitskräfte für gleiche Leistungen günstiger zu beschäftigen sind, besteht für Unternehmen ein Anreiz, sich von teureren älteren Arbeitnehmenden zu trennen. Auch eine geringere Investition in die Weiterbildung älterer Arbeitnehmender stellt sich als rationale Entscheidung dar, die unter Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten getroffen wird. Aus dieser Perspektive wird eine Benachteiligung älterer Arbeitnehmender als ein Fall begründbarer Ungleichbehandlung aufgefasst – es ist nicht das Alter **per se**, das die Benachteiligung hervorruft, sondern die aus Unternehmersicht damit verbundenen Kosten- und Nutzenunterschiede, die für die unterschiedliche Behandlung entscheidend sind. Insofern eine freie Marktwirtschaft jedem Agenten die möglichst autonome und unregulierte Optimierung seiner Gewinne ermöglichen sollte, können ökonomisch begründete unterschiedliche Behandlungen von alten und jungen Arbeitnehmenden sinnvoll sein und damit im Grundsatz gerechtfertigt werden.

Die erhöhte Konzentration älterer Arbeitnehmender in niedrig bezahlten und unsicheren Beschäftigungsverhältnissen wird aus dieser Perspektive mit Selbstselektionseffekten erklärt: Die erhöhte „Flexibilität“ dieser Beschäftigungsformen komme den Wünschen und Bedürfnissen älterer Beschäftigter entgegen und sei ein überwiegend selbst gewähltes Phänomen<sup>97</sup>. Insbesondere diese letztere These ist jedoch mit Selbstauskünften älterer

<sup>96</sup> Arrowsmith & McGoldrick, 1997; zur Übersicht s. Wood et al., 2008.

<sup>97</sup> Arrowsmith & McGoldrick, 1997; Chou & Chow, 2005.

Arbeitnehmender kaum vereinbar, die mit ihrer prekären Beschäftigungssituation unzufrieden sind und angeben, diese lediglich aus finanzieller Not nicht zu verlassen<sup>98</sup>.

Theorien des industriellen Wandels betonen, dass der Zusammenbruch robuster Wachstumsspiralen im Konsum und Lohnniveau zu einem verschärften Wettbewerb und einem damit verbundenen Einsparungsdruck auf die Unternehmen geführt hat, der sich in Maßnahmen zum Abbau der Belegschaft, verbunden mit dem Versuch, teurere Arbeitskräfte durch günstigere zu ersetzen, niederschlägt. Zugleich wurde die klassische Massenproduktion durch hoch technisierte und weniger personalintensive Herstellungsmethoden ersetzt, Produktionsstätten wurden in Billiglohnländer verlagert und die Wirtschaft in den großen Industrienationen verlagert sich vom produzierenden Gewerbe mehr und mehr zu einem Dienstleistungsmarkt. Diese Faktoren führten zu einer Destabilisierung des Arbeitsmarkts, von der ältere Arbeitnehmende deutlich stärker getroffen wurden als jüngere. Gründe hierfür sind Qualifikationsdefizite und eine höhere Konzentration älterer Arbeitnehmender in den Wirtschaftszweigen, die unter dem industriellen Wandel besonders zu leiden hatten. Dieser Erklärungsansatz verweist somit zunächst auf strukturelle Nachteile für die Gruppe älterer Arbeitnehmender, die nicht den Tatbestand aktiver Benachteiligung oder Altersdiskriminierungen erfüllen. Allerdings wird die generell ungünstige Position älterer Arbeitnehmender am Arbeitsmarkt von Arbeitgebern möglicherweise auch ausgenutzt, so dass ältere Menschen einen überproportional großen Anteil an den gesamtgesellschaftlichen Umstrukturierungslasten zu tragen haben<sup>99</sup>.

Aus soziologischer und sozialpsychologischer Sicht sind unterschiedliche Behandlungen junger und älterer Menschen auch damit zu erklären, dass zwischen diesen gesellschaftlichen Gruppen reale Interessenskonflikte bestehen – manche Autoren sprechen in diesem Zusammenhang bereits von einem „Generationenkrieg“<sup>100</sup>. Junge, mittelalte und alte Menschen konkurrieren um knappe Güter, wie bspw. Geld, Arbeit, gesundheitliche Versorgung oder Status. In solchen Wettbewerbs- und Konfliktsituationen dominiert das Bestreben, der eigenen Gruppe einen (relativen) Vorteil vor anderen Gruppen zu verschaffen, von dem die Gruppenmitglieder direkt oder indirekt, materiell oder immateriell profitieren. Sobald die Alterskategorie in gesellschaftlichen Kontexten salient wird – etwa in öffentlichen Diskussionen um Generationenkonflikte, bei der Frage nach Renteneintrittsalter, Rentenerhöhungen und Rentenbeitragssätzen, bei der Diskussion um erhöhte Kosten, Leistungen und Beiträge im Gesundheitssystem, die häufig mit demografischen Entwicklungen in Zusammenhang gebracht werden, bei Entscheidungen über den Schutz junger und älterer Arbeitnehmender bei Massenentlassungen – neigen Personen dazu, sich als Vertreter ihrer eigenen Gruppe wahrzunehmen und entsprechend im Interesse der Gruppe zu handeln<sup>101</sup>.

Es ist nicht immer klar, ob und wenn ja wie sich dieser Erklärungsansatz auf die oben diskutierten Fälle von (aktiver) Altersdiskriminierung übertragen lässt. Eine Personalmanagerin oder ein Personalmanager etwa, die bzw. der ältere (oder jüngere) Personen bei einer Stellenbesetzung, einer Beförderungsentscheidung oder beim Zugang zu einer Weiterbildungsmaßnahme benachteiligt, agiert typischerweise nicht als Vertreterin bzw. Vertreter

---

98 **Branine & Glover**, 1997; **Soidre**, 2005.

99 **Glover & Branine**, 1997.

100 **Gronemeyer**, 1991.

101 **Mummendey et al.**, 2009.

einer der Gruppen und ist auch selbst gar nicht von der Entscheidung betroffen, genauso wenig wie eine Ärztin bzw. ein Arzt oder eine Pflegekraft durch eine benachteiligende Behandlung einer älteren Patientin oder eines älteren Patienten damit sich oder der Gruppe der jungen Menschen einen Gefallen tut (zu der sie oder er vielleicht gar nicht gehört). Dennoch ist nicht ausgeschlossen, dass sich auch in solchen Fällen die entscheidenden Personen selbst mit einer Altersgruppe identifizieren und daher zu einer Ungleichbehandlung alter und junger Personen neigen. Offensichtlich treten Gruppenkonflikte jedoch zutage, wenn sich Vertreterinnen und Vertreter beider Altersgruppen als Konkurrenten direkt gegenüberstehen. Manchmal ist nicht ohne Weiteres zu erkennen, dass sich hinter solchen Interessenvertretungen Zugehörigkeiten zu Altersgruppen verbergen. Es ist aber naheliegend, Personen, die sich für oder gegen Reglementierungen und Gleichbehandlungsvorschriften für den Arbeitsmarkt aussprechen, auch als Vertreter von aktuell privilegierten oder weniger privilegierten Altersgruppen einzuordnen<sup>102</sup>. In solchen Situationen polarisierter Meinungsäußerungen und evtl. auch des kollektiven Handelns (Streik etc.) würde man jedoch normalerweise nicht von Altersdiskriminierung, sondern von Interessenvertretung sprechen, und normalerweise besteht für einen Interessenvertreter keinerlei Verpflichtung, die eigenen Interessen und die der konkurrierenden Gruppen gleichwertig in seinem Reden und Handeln zu berücksichtigen.

Als eine weitere Erklärung für Altersdiskriminierung wird die gesellschaftliche Alters- bzw. besser gesagt Jugendkultur angeführt. Jugendlichkeit und mit Jugend assoziierte Merkmale (Attraktivität, Schlankheit, Gesundheit, Robustheit, Mobilität, Dynamik, Sportlichkeit, Kreativität, Innovation) werden in nahezu allen gesellschaftlichen Kontexten positiv bewertet. Eine interessante, wenn auch empirisch schwer zu belegende These besagt, dass diese gesellschaftliche Fokussierung auf Jugendlichkeit als Ausdruck des Einflusses einer dominanten gesellschaftlichen Gruppe („die Jungen“) auf deren Kultur und Normen zu deuten ist. Demnach stellt die generell positive Sicht der genannten jugendtypischen Merkmale ein Ergebnis des Einflusses der Gruppe der Jungen auf gesellschaftliche Selektions- und Bewertungsnormen dar, mit der die eigene Gruppe begünstigt und die Gruppe der Älteren benachteiligt wird<sup>103</sup>.

An dieser Deutung sind jedoch berechtigte Zweifel anzumelden. Zum einen besitzen die meisten der mit Jugend assoziierten Merkmale auch völlig unabhängig von ihrer Alterskorrelation eine uneingeschränkt positive Bedeutung, zur Durchsetzung einer entsprechenden Sichtweise bedarf es keines Einflusses oder Diktats einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe. Vor allem aber führt die zum Teil extreme Fokussierung auf Jugendlichkeit („Jugendwahn“) und damit assoziierte Merkmale auch und gerade bei jungen Menschen selbst zu einem enormen Konformitätsdruck, der als sehr belastend wahrgenommen wird (Schlankheitsideal, Gesundheitskult, Mobilitätswang). Es ist daher nicht ohne Weiteres naheliegend anzunehmen, dass die entsprechenden Ideale von der Gruppe der jungen Menschen selbst propagiert wurden, um sich gegenüber „den Älteren“ einen Vorteil zu verschaffen. Eher noch scheint es plausibel, dass die bereits etablierte gesellschaftliche Schicht (vorwiegend Personen des mittleren Erwachsenenalters) durch Setzung entsprechender Ideale und Normen das Verhalten der jungen Generation in erwünschte Bahnen zu lenken versucht; vielleicht aber auch, um die numerisch stetig wachsende Gruppe der alten Menschen und ihre steigenden Bedürfnisse und Forderungen nach Versorgung und gesell-

102 Mummendey et al., 2009.

103 Darity, 2001.

schaftlicher Unterstützung zu diskreditieren. Der skizzierte Erklärungsansatz lässt in jedem Fall völlig offen, auf welchem Wege und durch welche vermittelnden Prozesse und Mechanismen der Einfluss einer Gruppe auf gesellschaftliche Normsetzungen erfolgt – wer sind in diesem Fall eigentlich die im Interesse einer Gruppe Handelnden und mit welchen Mitteln setzen sie ihren Einfluss auf die gesellschaftliche Meinungsbildung durch? In Abwesenheit überprüfbarer Hypothesen bleibt der Erklärungsansatz spekulativ und in seiner Aussage unterbestimmt.

### II.2.b.bb. Mikroprozessuale Einflussfaktoren

Eine naheliegende und weitverbreitete Erklärung von Altersdiskriminierungen liefern Altersstereotype und Altersnormen<sup>104</sup>. Altersstereotype sind Annahmen über typische Merkmale und Verhaltensweisen bestimmter Altersgruppen: Junge Leute sind naiv; alte Menschen sind vergesslich. Dazu gehören auch Annahmen über altersbedingte Veränderungen<sup>105</sup>. Altersnormen („age norms“<sup>106</sup>) beinhalten Vorschriften und normative Erwartungen bzgl. altersangemessenen Verhaltens: Mit 60 sollte man in der Öffentlichkeit keinen Bikini mehr tragen; spätestens mit 30 sollte man in einer eigenen Wohnung wohnen. Altersnormen und Altersstereotype sind Bestandteil des kulturellen und gesellschaftlich geteilten Wissens; auch wenn sich nicht alle Personen die entsprechenden Inhalte als Überzeugungen zu eigen machen und für richtig bzw. verbindlich halten, sind sie doch allen Personen bekannt und können mit großer Übereinstimmung identifiziert werden.

Stereotypes Wissen und entsprechende Verhaltenserwartungen werden automatisch aktiviert, wenn die Alterszugehörigkeit einer Person oder Gruppe salient wird. Liegen in einer Situation keine detaillierteren Informationen zu einer Person vor, so wird das stereotype Wissen genutzt, um das Bild der Person zu ergänzen bzw. um die vorliegenden, mehrdeutigen Informationen in der entsprechenden Richtung zu deuten. In einer Vielzahl von Untersuchungen konnte eine altersstereotype Wahrnehmung von Personen und entsprechendes Verhalten gegenüber Personen einer bestimmten Altersgruppe nachgewiesen werden<sup>107</sup>. Es ist daher nicht verwunderlich, dass negative wie auch positive Elemente von Altersstereotypen in den verschiedensten Zusammenhängen zu einer unterschiedlichen Beurteilung und Behandlung alter und junger Menschen beitragen können (alte Arbeitnehmer werden als zuverlässig, aber unflexibel wahrgenommen, junge Arbeitnehmer dagegen als flexibel, kreativ und wenig loyal)<sup>108</sup>. Altersstereotype liefern häufig auch eine gute Erklärung, warum eine Ungleichbehandlung **aufgrund des Alters** erfolgt: Schließlich sind es in diesem Fall ja genau die altersbezogenen Erwartungen und Überzeugungen, die für die unterschiedliche Behandlung verantwortlich sind.

Gerade mit Bezug auf Altersstereotype bedarf dieses einfache Bild der Diskriminierung auf der Basis von Stereotypen jedoch der Differenzierung. Wie unschwer erkennbar ist, existiert eine Unmenge sehr unterschiedlicher Überzeugungen zu den verschiedenen Altersgruppen. Hierbei mischen sich auch innerhalb jeder Altersgruppe positive mit negativen

104 **Filipp & Mayer**, 1999; **Rothermund & Wentura**, 2007; **Wentura & Rothermund**, 2005.

105 **Heckhausen et al.**, 1989. Grob zusammengefasst kann die Gruppe der älteren Menschen auf den fundamentalen Dimensionen stereotyper Wahrnehmung als inkompetent und warm verortet werden, während die Kategorie der Jungen als kompetent und eher kalt eingeschätzt wird (**Cuddy & Fiske**, 2002). Diese vermeintlich einfache Zusammenfassung ignoriert jedoch die große inhaltliche Komplexität und Heterogenität der Altersstereotype.

106 **Neugarten et al.**, 1965.

107 **Finkelstein & Farrell**, 2007; **Kite et al.**, 2005.

108 **Büsch et al.**, 2009; **Cappemini Consulting**, 2007.

Altersbildern und Inhalten<sup>109</sup>. Eine entscheidende Frage ist nun, welcher der vielen möglichen Inhalte und Wissensbestände, die zu einer Altersgruppe vorhanden sind, in einer konkreten Situation tatsächlich abgerufen und genutzt wird. Aktuelle Untersuchungen weisen darauf hin, dass der jeweilige Kontext, in dem eine Person wahrgenommen und behandelt wird, einen entscheidenden Einfluss auf die Auswahl, Aktivierung und Nutzung stereotyper Inhalte nimmt<sup>110</sup>. In Arbeitszusammenhängen werden vor allem arbeitsrelevante alterstypische Merkmale abgerufen („flexibel“, „zuverlässig“), in medizinischen und Pflegekontexten dagegen gesundheitsbezogene Merkmale („gebrechlich“, „robust“), in Interaktionskontexten werden dagegen kommunikationsbezogene Eigenschaften aktiviert („hört schlecht“, „redet viel“). Tatsächlich erfolgt die Aktivierung von Stereotypen in maximal spezifischer, situationsgebundener Form: Welche typisch arbeitsrelevanten Merkmale alter bzw. junger Personen aktiviert werden, hängt beispielsweise auch von dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle, vom Geschlecht oder vom sozialen Status eines Bewerbers ab<sup>111</sup>. Eine altersdiskriminierende Behandlung ergibt sich meist als komplexes Zusammenspiel von person- und situationsbezogenen Altersstereotypen.

Bewertende altersgruppenbezogene Einstellungen (sog. „Bewertungsvorurteile“) stellen eine weitere potenzielle Quelle der Altersdiskriminierung dar<sup>112</sup>. Im Unterschied zu Altersstereotypen sind diese Wertungen nicht an spezifische Inhalte gekoppelt, man spricht daher auch von affektiven Wertungen, im Gegensatz zu den in Stereotypen enthaltenen deskriptiven bzw. kognitiven Wissenselementen. Wertende Einstellungen äußern sich als spontane Reaktionen der Sympathie/Antipathie gegenüber einer bestimmten Altersgruppe oder deren Mitgliedern, die bei Konfrontation mit entsprechenden Hinweisen auf eine entsprechende Alterskategorie oder sichtbaren „age markern“ automatisch aktiviert werden<sup>113</sup>. Affektive Reaktionen gegenüber einer Person können den weiteren Verlauf von Beurteilungsprozessen massiv verzerren, insbesondere nehmen sie durch eine enge Kopplung mit globalen Tendenzen der Annäherung bzw. Vermeidung unmittelbaren Einfluss auf die Verhaltenssteuerung.

Altersstereotype und altersbezogene Wertungsvorurteile spielen eine wichtige Rolle für die Erklärung von Altersdiskriminierung. In gewisser Weise erscheint ein Einfluss von Altersstereotypen und/oder altersbezogenen Abwertungen nachgerade als zwingend, um überhaupt von einer Altersdiskriminierung sprechen zu können – worin sonst soll der Grund liegen, um Personen einer Altersgruppe anders zu behandeln, wenn nicht in Vorstellungen und Wertungen, die sich auf deren Alter beziehen? Diese Position übersieht jedoch, dass es durchaus auch andere Gründe geben kann, die zu einer Altersdiskriminierung führen, z. B. reale Interessenskonflikte zwischen Personen verschiedener Altersgruppen (s. o.).

Vor allem aber ist der Einfluss von Altersstereotypen und negativen Einstellungen gegenüber einer Altersgruppe auf altersdiskriminierendes Verhalten bislang noch nicht eindeutig nachgewiesen worden. So sollten Personen, die stark ausgeprägte stereotype Vorstellungen und negative Bewertungen bzgl. einer bestimmten Altersgruppe besitzen, auch eine stärkere Tendenz zu diskriminierenden Verhaltensweisen gegenüber Personen dieser

109 Heckhausen et al., 1989; Hummert, 1990.

110 Casper et al., im Druck, 2010.

111 Diekman & Hirnisey, 2007; Perry & Bourhis, 1998.

112 Becker, 1957.

113 Nosek et al., 2002; Perdue & Gurtman, 1990; s. aber Chasteen et al., 2002.



Gruppe zeigen. Genau dieser Zusammenhang konnte bislang jedoch noch nicht wirklich überzeugend nachgewiesen werden<sup>114</sup>.

Wenn altersdiskriminierende Tendenzen nachgewiesen werden, treten sie meist generell bei nahezu allen Personen auf, unabhängig von der Ausprägung und Extremität individueller gruppenbezogener Überzeugungen und Einstellungen. Eine mögliche Erklärung für den mangelnden Zusammenhang zu individuellen Überzeugungen mag darin liegen, dass die bloße Kenntnis gesellschaftlicher verbreiteter Stereotype und Vorurteile schon ausreicht, um die Wahrnehmung und das Verhalten gegenüber alten und jungen Personen in bestimmten Situationen ganz automatisch zu steuern. Entsprechende Altersdiskriminierungstendenzen sind demnach weitgehend unabhängig davon, ob man sich diese Vorstellungen persönlich zu eigen gemacht hat und für richtig hält<sup>115</sup>.

Allerdings sind bestimmte Personen besonders gefährdet, diskriminierendes Verhalten gegenüber anderen Personen und Gruppen zu zeigen. In vielen Untersuchungen wurden systematische Unterschiede in der Diskriminierungsbereitschaft von Personen beobachtet, die aber nicht auf bestimmte soziale Gruppen beschränkt sind, sondern in Bezug auf nahezu beliebige Fremdgruppen auftreten. Für die Erklärung solcher stabilen Unterschiede zwischen Personen liefern persönlichkeits- und entwicklungspsychologische Theorien und Untersuchungen Hinweise.

Zum einen hängt die generelle Tendenz zur Abwertung und schlechteren Behandlung von Fremdgruppen mit stabilen Persönlichkeitsmerkmalen (Autoritarismus, soziale Dominanzorientierung) zusammen<sup>116</sup>. Entsprechende Persönlichkeitsprofile prädisponieren daher auch dazu, Personen einer anderen Altersgruppe zu benachteiligen. Umgekehrt konnte nachgewiesen werden, dass eine stark ausgeprägte intrinsische Motivation zu vorurteilsfreiem, nichtdiskriminierendem Verhalten geringere Stereotypaktivierungen zur Folge hat und vorurteilsfreies Verhalten begünstigt<sup>117</sup>. Verbote von Diskriminierung und Versuche, entsprechende Verhaltenstendenzen zu unterdrücken, haben demgegenüber meist kaum Einfluss auf Ungleichbehandlungstendenzen und Wahrnehmungsverzerrungen; im Gegenteil treten bei solchen von außen „verordneten“ Formen des Diskriminierungsverbots paradoxe Effekte einer verstärkten Diskriminierungstendenz in Folgesituationen auf, die mit einem automatischen „rebound“ unterdrückter Stereotyp- und Vorurteilsaktivierungen erklärt werden<sup>118</sup>.

Aus entwicklungspsychologischer Sicht bilden frühe Kontakte mit negativen Einstellungen gegenüber Fremdgruppen, die von den Eltern geäußert oder in den Medien transportiert werden, die Wurzel für die Entstehung feindseliger und vorurteilsbehafteter Verhaltensweisen. Verstärkt werden diese Tendenzen durch mangelnden Kontakt zu Personen anderer Gruppen sowie durch ein Klima der gegenseitigen Bestätigung von Vorurteilen und einer erhöhten Bereitschaft, diesen Vorurteilen durch Gewalt und Aggression Ausdruck zu verleihen<sup>119</sup>.

114 **Dovidio et al.**, 1996; **Finkelstein & Farrell**, 2007; **Lukas**, 2007.

115 Vgl. **Devine**, 1989.

116 **Duckitt & Sibley**, 2007; **Stöbel et al.**, 2009.

117 **Sassenberg**, 2009.

118 **Macrae et al.**, 1994.

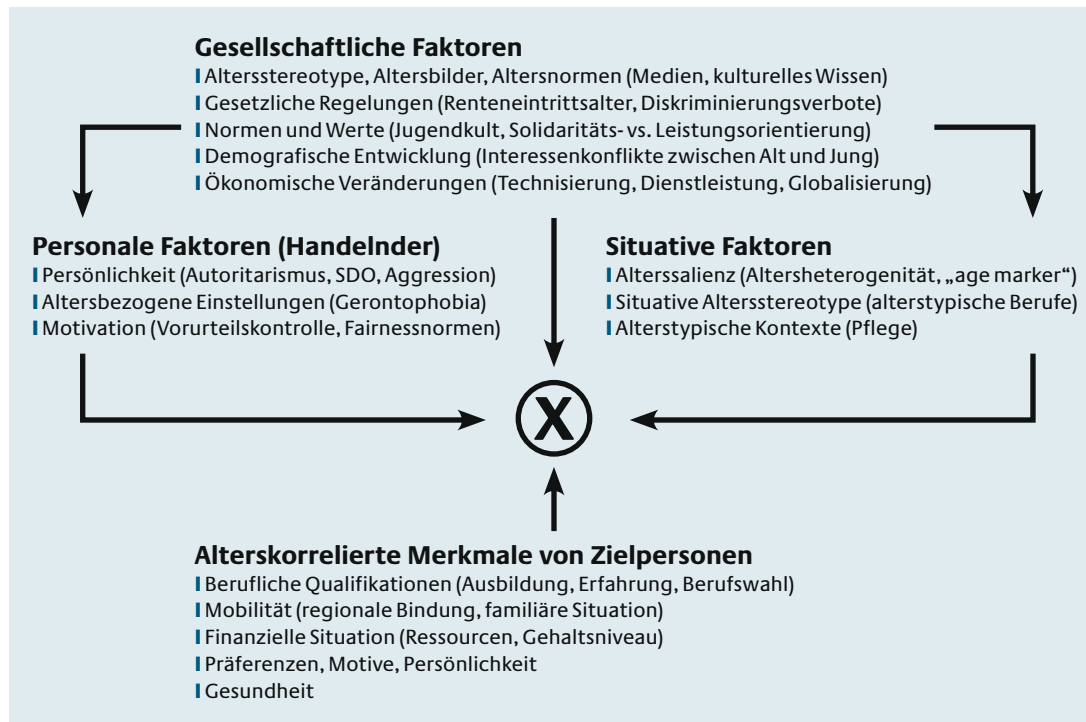
119 **Raabe & Beelmann**, 2009.

Persönlichkeitsbasierte, entwicklungspsychologische und motivationale Erklärungen stellen wichtige Voraussetzungen von Diskriminierungstendenzen dar. Aufgrund der Globalität solcher Erklärungen liefern sie jedoch keine Hinweise auf spezifische Ursachen der Altersdiskriminierung. Für die Frage nach der Verhinderung von Diskriminierungstendenzen im Allgemeinen liefern sie jedoch wichtige Hinweise.

### II.2.b.cc. Randbedingungen der Entstehung von altersbedingter Benachteiligung: Ein Modell

Abbildung 1 fasst die Ergebnisse der bisherigen Forschung zu Bedingungen und Einflussfaktoren für die Entstehung von altersbedingten Benachteiligungen zusammen:

**Abbildung 1: Randbedingungen von Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters**



Globale gesellschaftliche Bedingungen liefern den Hintergrund für eine Ungleichbehandlung von Personen verschiedener Altersgruppen (kulturelle, rechtliche, demografische und wirtschaftliche Rahmenbedingungen). Faktische Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters entstehen jedoch vor allem in solchen Zusammenhängen, in denen das Alter von Personen salient wird, und für die spezifische situative Altersstereotype existieren. Auch spielen persönliche Faktoren auf Seiten der Entscheidungsträger und Handelnden, die für die Entstehung (oder Verhinderung) von Altersdiskriminierung verantwortlich sind, eine wichtige Rolle (persönliche Interessen und Einstellungen). Weiterhin dürfen die alterskorrelierten Merkmale der von Ungleichbehandlung betroffenen Personen nicht außer Acht gelassen werden. Alte und junge Personen unterscheiden sich eben nicht nur hinsichtlich ihres Lebensalters, sondern in einer Reihe weiterer Eigenschaften, so dass sie an vielen Entscheidungssituationen mit teilweise sehr unterschiedlichen Voraussetzungen teilnehmen (Qualifikation, Gesundheitsstatus, Mobilität) und von den Ergebnissen der Entscheidungen aufgrund ihrer unterschiedlichen Lebenssituation auch in sehr unterschiedlicher Weise betroffen sind (Bedürfnisse, Präferenzen, Ziele, Familiensituation).

Die genannten Faktoren sind nicht unabhängig voneinander und verstärken sich gegenseitig in ihrer Wirkung. Typischerweise entsteht erst durch das gleichzeitige Zusammentreffen verschiedener ungünstiger Bedingungen eine Situation, in der Altersdiskriminierung wahrscheinlich wird. Einfache monokausale Erklärungen von Benachteiligungen aufgrund des Alters sind daher dem komplexen Bedingungsgefüge, durch das altersbedingte Benachteiligungen entstehen, in aller Regel nicht angemessen. Die Übersicht der Einflussfaktoren soll verdeutlichen, dass der Fokus auf nur einen Ausschnitt nahezu notwendig zu einer verzerrten Wahrnehmung und Schuldzuweisung für die Entstehung von Altersdiskriminierung führt. Gleichzeitig eröffnet die Übersicht den Blick für verschiedene Ansatzpunkte bei der Identifikation und Bekämpfung der Altersdiskriminierung.

### II.2.c. Folgen und Vermeidung von Altersdiskriminierung

Der Schwerpunkt der vorliegenden Forschungsübersicht liegt auf den Erscheinungsformen und Ursachen von Altersdiskriminierung. Weitere Forschungsarbeiten beschäftigen sich mit den Folgen von Altersdiskriminierung und mit Maßnahmen zu ihrer Vermeidung. Im Folgenden werden die zentralen Befunde aus diesen Bereichen knapp zusammengefasst. Eine detailliertere Darstellung zu Folgen und Interventionsmöglichkeiten von Altersdiskriminierung geben **Mayer und Rothermund**<sup>120</sup>.

#### II.2.c.aa. Folgen

Altersdiskriminierung ist als Benachteiligung definiert. Über die unmittelbaren materiellen, sozialen und sonstigen Nachteile hinaus, die den Kern einer Altersdiskriminierung ausmachen, sind entsprechende altersbedingte Benachteiligungen jedoch auch mit indirekten Folgen verbunden. Eine erlebte Benachteiligung aufgrund des Alters kann auf der Seite der Betroffenen motivationale Probleme hervorrufen. Dies beinhaltet Leistungsdefizite, die durch die Angst vor Diskriminierung und Altersstereotypisierung hervorgerufen werden, Selbstwertprobleme, die durch die Zugehörigkeit zu einer diskriminierten Altersgruppe bedingt sind, und Rückzugstendenzen („disengagement“) aus den Lebensbereichen, in denen Altersdiskriminierung erfahren oder erwartet wird<sup>121</sup>.

Erfahrene oder wahrgenommene Altersdiskriminierung kann bei den Betroffenen jedoch auch positiv bewältigt werden und sogar zu einer Aufwertung der eigenen Person und Leistung beitragen: Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Negativstereotype der eigenen Altersgruppe als Kontrastfolie benutzt werden, von der sich die eigene Person positiv abhebt<sup>122</sup>, aber auch, wenn unerwünschte Ergebnisse mit Altersdiskriminierung erklärt werden, und so durch externale Attribution das Selbstkonzept und der Selbstwert gegen negative Erfahrungen geschützt werden<sup>123</sup>.

Folgen entstehen jedoch nicht nur für die durch eine Altersdiskriminierung direkt betroffenen Personen. Auch auf gesamtgesellschaftlicher Ebene ergeben sich Kosten von Altersdiskriminierung, etwa durch die mangelnde Nutzung der Potenziale diskriminierter Altersgruppen auf dem Arbeitsmarkt und in anderen sozialen Kontexten sowie durch das Schüren sozialer Konflikte und Spaltungen zwischen Generationen<sup>124</sup>.

120 **Mayer und Rothermund** (2009) und **Rothermund und Mayer** (2009).

121 **Desmette & Gaillard**, 2008; **Horton et al.**, 2008; **Redman & Snape**, 2006; **Rothermund**, 2005.

122 **Pinquart**, 2002.

123 Vgl. **Weiner**, 2005.

124 **Palmore**, 2005.

### II.2.c.bb. Interventionsmöglichkeiten.

Verschiedene Maßnahmen wurden vorgeschlagen, um das Auftreten und die negativen Folgen von Altersdiskriminierung zu verhindern bzw. auszugleichen. Diese Maßnahmen können auf gesellschaftlicher oder organisationaler Ebene ansetzen: rechtliche Vorschriften, Einrichtung von Anlaufstellen für von Altersdiskriminierung betroffene Personen, Entwicklung altersfairer Unternehmensleitlinien, Programme zur Schaffung eines positiven Altersklimas in Organisationen, Schaffung altersheterogener Arbeitsgruppen oder bspw. Gestaltung altersfreundlicher Umwelten. Sie können versuchen, die für die Altersdiskriminierung verantwortlichen Akteure zu sensibilisieren und altersfares bzw. altersangemessenes Verhalten aufzubauen: bspw. durch Wissensvermittlung, Korrektur von Stereotypen, Kontakt zwischen Altersgruppen oder Erwerb angemessener Kommunikations- und Interaktionsmuster im Umgang mit alten Menschen. Sie können schließlich auf Seiten der potenziell Betroffenen Verhaltensweisen vermitteln, um sich effektiv gegen altersdiskriminierendes Verhalten zu behaupten<sup>125</sup>.

Systematische Evaluationen der Wirksamkeit der verschiedenen Maßnahmen zur Bekämpfung von Altersdiskriminierung sind bislang selten. Auch hier ist damit zu rechnen, dass Maßnahmen nur dann erfolgreich sind, wenn sie die Komplexität des Phänomens der Altersdiskriminierung berücksichtigen. Kontakte zwischen Gruppen führen nur dann zu einer Aufweichung von Negativstereotypen und entsprechenden Verhaltenstendenzen, wenn diese in persönlicher Atmosphäre stattfinden und wenn vorher kognitive Voraussetzungen zur Perspektivenübernahme geschaffen und adäquate tolerante Verhaltensweisen gegenüber Mitgliedern der anderen Altersgruppe gelernt wurden. Auch bei der Gestaltung von Arbeitsplätzen, etwa durch die Einrichtung altersheterogener Gruppen, ist vor allem dann mit positiven Effekten zu rechnen, wenn die Personen unterschiedlichen Alters ein gemeinsames Ziel verfolgen und ihre jeweils spezifischen Kompetenzen einbringen können, die auch für die Bearbeitung der Aufgaben hilfreich sind<sup>126</sup>.

Bei der Gestaltung von Maßnahmen zum Abbau von Altersdiskriminierung sollten potenzielle Negativ-Effekte bedacht und nach Möglichkeit vermieden werden. Die bloße Formulierung von Diskriminierungsverboten ohne begleitende akzeptanzfördernde Maßnahmen kann etwa als Verhaltenseinschränkung und Beschneidung persönlicher Entscheidungs- und Wahlfreiheiten erlebt werden, auf die typischerweise mit Reaktanz reagiert wird. In ähnlicher Weise zeigen Untersuchungen zur instruierten Unterdrückung von Stereotypen und Vorurteilen, dass nach der Untersuchung deutlich stärkere Stereotypisierungseffekte auftreten. Diese so genannten „rebound“-Effekte werden damit erklärt, dass Stereotype und Vorurteile durch die intentionale Unterdrückung eine zusätzliche indirekte Aktivierung erfahren, die sich in der Wahrnehmung und im Verhalten niederschlägt, sobald die bewusste Kontrolle nachlässt<sup>127</sup>.

125 Vgl. **Braithwaite**, 2002.

126 **Staudinger et al.**, 2008.

127 **Macrae et al.**, 1994.

# III.

## Typische Fallgestaltungen mit Altersrelevanz im Arbeitsrecht

Im folgenden Kapitel werden einige für das Arbeitsrecht typische Fallgestaltungen mit Altersrelevanz dargestellt. Die Systematisierung erfolgt entlang des Arbeitsverhältnisses.

### III.1. Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses

#### III.1.a. Ausschreibung

Gesetzliche Bindungen waren in Bezug auf das Alter bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen und der Vorauswahl der Bewerberinnen bzw. Bewerber bis zum Inkrafttreten des AGG am 18.8.2006 nicht zu beachten. Es ist kein Geheimnis, dass das 40., spätestens aber das 45. Lebensjahr eine Art „Schallmauer“ für Arbeitsuchende darstellt. Dieses Problem hat auch das AGG bislang nicht gelöst; die Ergebnisse einer neueren Studie für die Jahre 2006 bis 2008 sind insoweit vernichtend<sup>128</sup>. Aus der Frankfurter Allgemeinen Zeitung seien aus dem Jahre 2005 beispielhaft einige Stellenanzeigen zitiert:<sup>129</sup>

- I „Leiter Fertigungstechnik (m/w). ... Sie ... sind im Alter zwischen 30 und 35 Jahren, haben mind. 3–5 Jahre Berufserfahrung“ (Friatec),
- I „Interessenten und Interessentinnen im Alter von 35 bis 45 Jahren senden bitte ihre aussagekräftigen Unterlagen“, „Sie passen am besten in unser Team, wenn Sie zwischen 25 und 40 Jahren alt sind“, „Sie verfügen über ausgeprägte Reisebereitschaft, sprechen verhandlungssicheres Englisch und sind etwa 35 bis 40 Jahre alt“ (alle Mercuri Urval GmbH Management Consulting),
- I „Ihr Profil: Ihr Alter beweist sich zwischen 28–45 Jahren“ (Pierburg GmbH),
- I „Ihr Alter: Mitte 30 bis Mitte 40“ (MR Personalberatung GmbH),
- I „Ihr Idealalter: Mitte 30 bis Anfang 40“ (Dr. Heimeier & Partner Management- und Personalberatung).

Kurz vor Inkrafttreten des AGG musste sich das LAG Köln noch mit einer fast identischen Klausel wie der zuletzt genannten – „Das ideale Alter liegt zwischen Mitte und Ende 30“ – beschäftigen und ließ sie passieren<sup>130</sup>.

128 Brauer/Backes/Clemens, DRV 2009, 223 ff.

129 FAZ 19.3.2005, Nr. 66, S. V2, V6, V19, V20 und V21.

130 LAG Köln 17.4.2008 NZA-RR 2009, 123 ff.

Anstatt direkt an das Lebensalter anzuknüpfen, können jüngere Arbeitnehmende auch dadurch gezielt angesprochen werden, dass die Stelle nur Bewerberinnen bzw. Bewerbern im ersten Tätigkeits- bzw. Berufsjahr – Tj. bzw. Bj. – vorbehalten ist: „... für die Verkaufsstelle ... suchen wir ab sofort Verkäufer/Kassierer (männlich/weiblich) für 20,0 Stunden/Woche, Tarifgruppe: A/1. Bj. 662,40 Euro“; hierzu hat sich jüngst das BAG geäußert, worauf noch unter IV.3.a.aa. zurückzukommen sein wird<sup>131</sup>. Viele juristische Stellenanzeigen knüpfen ebenfalls an gar keine, eine kurze oder lange Berufserfahrung an<sup>132</sup>. Allerdings ist in diesem Zusammenhang hinzuzufügen, dass in diesen Fällen häufig gezielt Nachwuchs rekrutiert werden soll.

### III.1.b. Einstellungshöchstaltersgrenzen

Anders als im Beamtenrecht<sup>133</sup> sind Einstellungshöchstaltersgrenzen im Arbeitsrecht kaum verbreitet. Eine Ausnahme ist die starre Höchstaltersgrenze für Pilotinnen und Piloten bei der Lufthansa. Sie ist in der Betriebsvereinbarung Auswahlrichtlinien aus dem Jahre 1998 geregelt und sieht keine Härtefallklausel vor (vgl. zur Errichtung der Vertretung für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer auch den TV Personalvertretung der Lufthansa i. V. m. § 117 II BetrVG)<sup>134</sup>. Die Lufthansa hat diese Betriebsvereinbarung 2009 gekündigt; sie wird aber weiterhin angewendet. Im Internet werden Bewerberinnen und Bewerber auf diese folgendermaßen hingewiesen: „*Sie müssen zum Bewerbungszeitpunkt mindestens 17 Jahre alt sein und dürfen max. 28 Jahre (28. Geburtstag) für die Schulung bzw. max. 26 Jahre (26. Geburtstag) für das Studium alt sein. D. h. wenn Sie 28 Jahre plus einen Tag alt sind bzw. 26 Jahre plus einen Tag, ist die Bewerbung nicht mehr möglich*“<sup>135</sup>. Die unterschiedlichen Altersgrenzen resultieren daraus, dass die Bewerberinnen und Bewerber zwischen einer zweijährigen Schulung oder einem vierjährigen kombinierten Studiengang wählen können.

Die Ausbildung zur Pilotin bzw. zum Piloten kostet insgesamt ca. 140.000 €, wovon die jungen Pilotinnen und Piloten selbst 60.000 € beisteuern müssen. Dafür verpflichten sie sich, diesen Betrag in ihren ersten Berufsjahren zurückzuzahlen. Das geschieht in der Regel in einem Zeitraum über zehn Jahre. Faktisch verlässt in dieser Zeit keiner der Pilotinnen oder Piloten das Unternehmen. Unter der Geltung des bisherigen Regimes gibt es sodann folgende grobe zeitliche Orientierungsmarken: Spätestens mit 60 Jahren muss das fliegende Personal der Lufthansa aufgrund der besonderen tariflichen Altersgrenze gem. § 19 IS. 1 MTV Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei der Lufthansa aus dem Arbeitsleben ausscheiden<sup>136</sup>. Nimmt man die 28 Jahre als Ausgangspunkt, bedeutet dies aus Sicht des Arbeitgebers Lufthansa einen betriebswirtschaftlichen Einsatz von 30 Jahren, weil die Schulung zwei Jahre dauert. Die Amortisationszeit für die ca. 80.000 €, die die Lufthansa selbst in die

131 BAG 18.8.2009 NZA 2010, 223 ff.

132 „2–4 Jahre BE“, „0–2 Jahre BE“, „2+ Jahre BE“, „8–10 Jahre BE“ – Shilton Sharp Quarry, NJW 2010, Heft 9, S. 45 der Stellenangebote.

133 Vgl. bspw. § 3 I Nr. 1 Hessische Feuerwehrlaufbahnverordnung (30 Jahre), dazu EuGH 12.1.2010, Rs. C-229/08, Colin Wolf, EuZW 2010, 142 ff.; s. a. § 12 I Nr. 2 Verordnung über die Laufbahnen der Polizeivollzugsbeamten und Polizeivollzugsbeamten in der Bundespolizei (25 Jahre). Freilich geht auch im Beamtenrecht der Trend hin weg von einer Einstellungshöchstaltersgrenze, vgl. die einschlägigen Regelungen der Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten (BLV).

134 Auswahlrichtlinien sind in § 95 BetrVG geregelt. Anforderungen an ein Höchst- bzw. Mindestalter sind als persönliche Voraussetzungen grds. zulässig, vgl. **Preis**, in: Wlotzke/Preis/Kreft (Hrsg.), BetrVG, 4. Aufl. 2009, § 95 BetrVG, Rn. 11. Hingegen ist die Kompetenz der Betriebspartner zur Verabschiedung einer allgemeinen Beendigungsaltersgrenze höchst problematisch, vom BAG aber in st. Rspr. bejaht, vgl. dazu kritisch **Waltermann**, RdA 2007, 257 ff.; **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 356 bis 363.

135 Abzurufen unter [www.lufthansa-pilot.de](http://www.lufthansa-pilot.de).

136 Zur besonderen Altersgrenze vgl. die Ausführungen unter III.3.c.bb. und IV.3.c.cc(2).

Ausbildung der Piloten investiert hat, dürfte hingegen weitaus kürzer sein. Ab Vollendung des 55. Lebensjahres besteht für die Pilotinnen und Piloten die Möglichkeit, auf Grundlage einer arbeitgeberfinanzierten Übergangsversorgung vorzeitig in Ruhestand gehen. Dies gewährleistet der TV Übergangsversorgung. Freilich kann man nur vor Vollendung des 60. Lebensjahres vorzeitig in Ruhestand gehen, wenn das durchschnittliche Versorgungseintrittsalter der Pilotinnen und Piloten bei 58 Jahren liegt. Zusätzlich wird während des Großteils der aktiven Dienstzeit eine Flugdiensttauglichkeitsversorgung gewährt; sie entspricht einer Berufsunfähigkeitsversicherung. Sie greift frühestens ab dem 35. Lebensjahr; des Weiteren müssen hierfür mindestens zehn Jahre Betriebszugehörigkeit vorliegen. Abgesichert sind zunächst 20 Prozent des Gehalts, mit jedem weiteren Jahr steigt die Absicherung und erreicht den Maximalbetrag von 60 Prozent mit Erreichen des 55. Lebensjahres. Das ist der früheste Zeitpunkt, ab dem der o. g. TV Übergangsversorgung greift.

Da derartige Einstellungshöchstaltersgrenzen unmittelbar nach dem Alter differenzieren und auch zu einem recht frühen Zeitpunkt greifen, sind sie gemessen am Verbot der Altersdiskriminierung bedenklich. Darauf wird unter IV.3.a.bb. zurückzukommen sein.

### III.1.c. „Generation Praktikum“

Nicht nur ältere Arbeitnehmende erfahren bei der Suche nach einem Arbeitsplatz Probleme. Vergleichbar benachteiligt wird in einigen Berufssparten auch die so genannte „Generation Praktikum“. Dabei handelt es sich um Personen, die nach einer abgeschlossenen Berufsausbildung zum Beginn ihrer Karriere im Rahmen eines „Praktikums“ für einen Arbeitgeber entweder nur zu einer unterdurchschnittlichen Vergütung oder sogar umsonst tätig werden; das dürfte je nach Branche vor allem die Gruppe der 25- bis 35-jährigen betreffen. Im juristischen Zusammenhang ist dieses Phänomen bislang nicht als Altersdiskriminierung begriffen worden<sup>137</sup>.

Dabei weisen neuere Untersuchungen durchaus in diese Richtung. So führte unter anderem die Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen im Jahre 2005 ihre vierte Untersuchung über die Arbeitsbedingungen in Europa durch<sup>138</sup>. Befragt wurden circa 31.000 Arbeitnehmer aus den jetzt 27 Mitgliedstaaten der EU sowie vier weiteren europäischen Staaten unter anderem über von ihnen selbst wahrgenommene Altersdiskriminierungen. Ein Ergebnis dieser Studie war, dass Altersdiskriminierung in den äußeren Alterssegmenten (15 bis 29 Jahre beziehungsweise über 50 Jahre) ausgeprägter ist als im mittleren Segment (30 bis 49 Jahre). Wenngleich bei dieser Umfrage nicht direkt nach der Zugehörigkeit zur „Generation Praktikum“ gefragt wurde, so lassen sich doch die sie betreffenden Probleme mit den wahrgenommenen Altersdiskriminierungen im Segment der Jüngeren in Verbindung bringen – bei aller Vorsicht, mit der man Untersuchungen

137 Vgl. bspw. **Orlowski**, RdA 2009, 38 ff. Die Entscheidung des BAG vom 18.8.2009 (NZA 2010, 223 ff.) zur mittelbaren Altersdiskriminierung durch Stellenanzeigen, die allein auf Bewerber des ersten Berufsjahres zugeschnitten sind, ist in abstrakter Hinsicht ein guter Beleg dafür, das Phänomen der „Generation Praktikum“ als Altersdiskriminierung zu begreifen. Denn bei dieser Gruppe handelt es sich um Personen, die zwar eine abgeschlossene Berufsausbildung, jedoch keine Berufserfahrung haben. In der Terminologie der in Fn. 132 zitierten Stellenanzeige bedeutet das also „0 Jahre BE“.

138 Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (2007): Fourth European Working Conditions Survey 2005, S. 35 ff., [www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2006/98/en/2/ef0698en.pdf](http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2006/98/en/2/ef0698en.pdf) (19.3.2010). Die fünfte Studie wird momentan in diesem Jahr durchgeführt.

basierend auf subjektiven Einschätzungen begegnen sollte<sup>139</sup>. Denn bei der „Generation Praktikum“ handelt es sich um Jüngere. Von Fünfzigjährigen oder Sechzigjährigen, die als Praktikanten umsonst oder für einen „Hungerlohn“ eingestellt werden, ist selten zu lesen.

Geht man vom so genannten Normalarbeitsverhältnis aus – das heißt unbefristet und Vollzeit – erfährt die jüngere Generation die größten Hürden beim Zugang zu den **Bedingungen** eines Normalarbeitsverhältnisses. Diese Einschätzung wird auch durch die beiden entscheidenden juristischen Probleme bestätigt, mit denen sich die „Generation Praktikum“ konfrontiert sieht. Denn es geht vornehmlich um die Vorenthaltung des Arbeitnehmerstatus und den daraus resultierenden Konsequenzen bei der unterdurchschnittlichen Vergütung. Hier liegt ein gewisser Unterschied zu den Problemen Älterer bei der Stellensuche, die eher den **Zugang** zu einem Normalarbeitsverhältnis an sich betreffen. Beides ist jedoch thematisch der Begründung und Anbahnung von Arbeitsverhältnissen zu verorten.

Mit Blick auf die „Generation Praktikum“ betrifft der erste Problembereich die exakte Bestimmung des Status des jüngeren „Praktikanten“<sup>140</sup>. Ist sie oder er „echte Praktikantin“ bzw. „echter Praktikant“, so dass sie oder er dem Berufsbildungsgesetz (BBiG) unterfällt und ein Vergütungsanspruch nach §§ 26, 17 BBiG erlangt? Oder ist sie oder er nur eine „unechte Praktikantin“ bzw. „unechter Praktikant“ und damit in Wirklichkeit arbeitnehmend? Sollte dies der Fall sein, würde für sie bzw. ihn das gesamte arbeitsrechtliche Schutzinstrumentarium eingreifen – vor allem die für sie bzw. ihn günstige Vermutungsregel des § 612 II BGB im Hinblick auf die übliche Vergütung.

Dient das Praktikum schwerpunktmäßig Ausbildungs- und Lernzwecken, dürfte es sich um eine echte Praktikantin bzw. einen echten Praktikanten handeln. Sprechen Inhalt der Leistung, ihre wirtschaftliche Verwertbarkeit, die Art und Weise ihrer Ausübung und eine Gegenleistung im Rahmen einer objektiven Gesamtbetrachtung mehr für **echte** Arbeit, handelt es sich um eine unechte Praktikantin bzw. einen unechten Praktikanten. Sie bzw. er ist dann arbeitnehmend. Die Abgrenzung zwischen echtem Praktikum und unechtem Praktikum bzw. Arbeitsverhältnis findet in einem nebulösen Graubereich statt. Das ist für die „Praktikantin“ oder den „Praktikanten“ deshalb misslich, weil sie bzw. er nicht nur für das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ihre bzw. seine Arbeitnehmereigenschaft, sondern auch die Höhe der Vergütung, insbesondere ihre Üblichkeit, darlegen und gegebenenfalls beweisen muss<sup>141</sup>. Darin liegt ein nicht zu vernachlässigendes Prozessrisiko.

Des Weiteren ist die Bestimmung der Grenze, unterhalb derer die Praktikumsvergütung möglicherweise gem. § 138 BGB sittenwidrig ist, der zweite wichtige Problembereich. Grob gesagt, geht das BAG im Rahmen einer Gesamtbetrachtung von einer sittenwidrigen Lohnvereinbarung aus, wenn sie zwei Drittel des branchenüblichen Entgelts unterschreitet. So genannte „Hungerlöhne“ sind immer sittenwidrig<sup>142</sup>. Die Diskussion ist aber noch im Fluss,

139 Vgl. die Ausführungen unter II.1.c..

140 BAG 13.3.2003 EzB-VjA BBiG § 19 Nr. 33a; LAG Halle 18.5.2009, Az. 6 Sa 432/08 – juris; LAG Stuttgart 8.2.2008 NZA 2008, 768 ff.; LAG Köln 31.5.2006 NZA-RR 2006, 626 ff.; LAG Frankfurt 25.1.2001 EzB-VjA BBiG § 19 Nr. 28a; ArbG Kiel 19.11.2008 PflR 2009, 188 ff.; ArbG Berlin 8.1.2003 AuR 2004, 74 ff.

141 **Dollmann**, ArbRB 2006, 306 ff.; **Preis**, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 612 BGB, Rn. 44.

142 BAG 10.3.1960 AP Nr. 2 zu § 138 BGB; **Preis**, in: ErfK (Fn. 141), § 612 BGB, Rn. 3.



gerade was den Vergleichsmaßstab betrifft<sup>143</sup>. Von Nachteil ist für die unechte Praktikantin bzw. den unechten Praktikanten und damit für die „Generation Praktikum“ freilich, dass zum einen erst ein Korridor von einem Drittel durchschritten werden muss und zum anderen die Hürden für die notwendige Ausbeutung einer Zwangslage relativ hoch sind, ehe das Verdikt der Sittenwidrigkeit feststeht.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es bis auf ganz wenige klar umrissene Ausnahmen das unbezahlte „Praktikum“ aus rechtlicher Sicht eigentlich nicht geben darf: Denn entweder ergibt sich ein Vergütungsanspruch bei echten Praktika aus §§ 26, 17 BBiG, ansonsten aber gem. § 612 II BGB, weil die unechte Praktikantin bzw. der unechte Praktikant ja als arbeitnehmend anzusehen sind. Auch Beweisfragen in Bezug auf die Existenz einer Vereinbarung zwischen den Parteien dürften eigentlich keine Rolle spielen. Denn sowohl das §§ 26, 11 BBiG als auch § 2 Nachweisgesetz ordnen die – deklaratorische – Schriftform des Praktikanten- bzw. Arbeitsverhältnisses an. Ob sich die rechtliche bzw. vor allem die prozessuale Situation der „Generation Praktikum“ durch das Verbot der Altersdiskriminierung verbessert, wird unter IV.3.a.cc. näher untersucht.

## III.2. Durchführung des Arbeitsverhältnisses

### III.2.a. Allgemeines

Die nachfolgend ausgewählten Regelungen betreffen speziell ältere Arbeitnehmende. Sie knüpfen an das **Lebensalter** und/oder die **Dauer der Betriebs-** bzw. **Unternehmenszugehörigkeit** an. Handelt es sich um begünstigende Regelungen, werden diese traditionell als Senioritätsregeln bezeichnet<sup>144</sup>. Sie dienen der Einordnung der Arbeitnehmenden in eine Rangordnung oder Hierarchie, von denen dann die jeweiligen Vorteile abhängen. Streng genommen bezeichnet Seniorität nur diejenigen Regeln, die an das Lebensalter des Arbeitnehmenden anknüpfen. Der Gegenbegriff dazu ist die Anciennität; bei dieser ergibt sich die Rangfolge aus dem Dienstalder oder der Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit. Da im deutschen Kontext meistens beide Kriterien synonym benutzt werden, ist eine trennscharfe Einordnung in der Praxis nicht zu leisten. Deshalb wird der Begriff der Seniorität verwendet werden. Freilich bietet es sich an, diesen in einer modifizierten Weise anzuwenden: Seniorität wird als Oberbegriff für Regelungen verstanden, die ältere Arbeitnehmende allgemein betreffen, und sodann in drei Unterkategorien aufgeteilt.

Handelt es sich um begünstigende Regelungen, kann man von „normaler“ bzw. begünstigender Seniorität sprechen. Dies deckt sich mit dem traditionellen Verständnis von Seniorität. Solche Regelungen betreffen zumeist die Durchführung des Arbeitsverhältnisses, bspw. in Bezug auf die Vergütung. Dabei betreffen Klauseln in Bezug auf die Kündigungsfristen und den Ausschluss der ordentlichen Kündigung bereits die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

143 Der in der Arbeitsrechtswissenschaft auf große Zustimmung getroffene Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes geht in § 34 Absatz 2 ArbVG-E ebenfalls von der Zwei-Drittel-Grenze aus, vgl. Beil. zu NZA Heft 21/2007; BAG 26.4.2006 AP Nr. 163 zu § 138 BGB; BAG 23.5.2001 AuR 2001, 509 f.; BAG 10.4.1991 AP Nr. 3 zu § 10 BBiG; BAG 4.2.1981 AP Nr. 45 zu § 242 BGB; **Hensler/Sittard**, RdA 2007, 159 ff.; **Peter**, AuR 2001, 510 ff.

144 Vgl. zur Seniorität im Arbeitsrecht auch **Däubler**, in: Däubler/Bobke/Kehrmann (Hrsg.), FS f. Gnade, 1992, S. 95, 96 ff.; s. a. **Löwisch/Caspers/Neumann**, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 21 ff.

Lebensalter und Betriebszugehörigkeit können sich jedoch begünstigend und zugleich belastend auswirken. Diese Situation entsteht dann, wenn zusätzlich aufgrund des höheren Lebensalters die Gesichtspunkte Rentennähe oder sogar Rentenberechtigung zu Lasten von älteren Arbeitnehmenden berücksichtigt werden. Das betrifft besonders Kündigungen und Abfindungen, bspw. in Sozialplänen gem. §§ 112, 112a Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Derartige Regelungen sollen als „ambivalente“ Seniorität bezeichnet werden.

Schließlich können an das Lebensalter auch nur belastende bzw. nachteilhafte Regelungen geknüpft werden. Das ist vor allem bei allgemeinen wie besonderen Altersgrenzen der Fall, nach denen das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung mit Erreichen eines bestimmten Lebensjahres automatisch endet. Diese Regelungen werden „belastende“ Seniorität genannt. Ambivalente und belastende Seniorität betreffen vor allem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

### III.2.b. Die Kriterien Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit und Lebensalter

Begünstigende Senioritätsregeln können entweder unmittelbar oder mittelbar an das Lebensalter anknüpfen. Im letzteren Fall geschieht dies häufig durch das Abstellen auf die Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit<sup>145</sup>, weil dies für den Arbeitgeber ein einfach zu handhabendes Kriterium ist. Es kann aber auch Regelungen geben, die beide Merkmale miteinander kombinieren. Begünstigende Senioritätsregeln bevorzugen ältere Arbeitnehmende. Konsequenterweise wirken sie sich gegenüber jüngeren Arbeitnehmenden benachteiligend aus. Wird an das Lebensalter angeknüpft, liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters vor. Ist Grundlage die Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit, kann eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters gegeben sein. Denn höheres Lebensalter und längere Betriebszugehörigkeit korrelieren miteinander<sup>146</sup>.

Mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit lassen sich vor allem drei Aspekte erfassen: Das Abstellen auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist zunächst Ausdruck der bislang erbrachten Treue des Arbeitnehmenden zum Betrieb, in dem sie oder er tätig ist<sup>147</sup>. Diese Honorierung der Betriebstreue ist vergangenheitsbezogen und Ausdruck des Prinzips des Vertrauensschutzes. Umgekehrt kann sich der Arbeitgeber dazu entschließen, die Betriebszugehörigkeit zu honorieren, um dem Arbeitnehmenden einen Anreiz zu geben, seinem Betrieb länger anzugehören; das ist im Regelfall mit Senioritätsklauseln gewollt. Sie können sich somit als „goldene Fessel“ entpuppen<sup>148</sup>.

Die Honorierung der Betriebstreue ist eng verbunden mit einem zweiten Anliegen, das mit der Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit häufig verfolgt wird. Erwünschte bzw. unweigerliche Nebenfolge einer längeren Betriebszugehörigkeit ist, dass sich mit ihrer Zunahme nicht nur die anfänglichen Einstellungs- und Einarbeitungskosten des Arbeitnehmenden amortisieren, sondern diese oder dieser durch eine längere Betriebszugehörigkeit zunehmend wichtige Praxiserfahrung sammelt. Das macht den Arbeitnehmenden

145 Im Zweifel ist der alltägliche Gebrauch des Ausdrucks „Dauer der Betriebszugehörigkeit“ juristisch mit der Dauer der Unternehmenszugehörigkeit gleichzusetzen. Denn es kommt maßgeblich auf den Bezug zum Arbeitgeber an.

146 OECD, Alterung und Beschäftigungspolitik, 2005, S. 61 (Abb. 2.11).

147 Erstmals EuGH 10.3.2005, Rs. C-196/02, Nikoloudi, Slg. 2005, I-1789 ff., Rn. 63 = NZA 2005, 807, 811.

148 Kritisch Däubler (Fn. 144), in: FS f. Gnade, S. 95, 106.

wertvoller. Mit der Betriebszugehörigkeit wird in diesem Fall also die höhere Berufserfahrung des Arbeitnehmenden im Allgemeinen und Besonderen honoriert<sup>149</sup>.

Da ein höheres Lebensalter mit einer längeren Betriebszugehörigkeit korreliert, können durch das Abstellen auf die Betriebszugehörigkeit schließlich gezielt Regelungen für ältere Arbeitnehmende geschaffen werden, die speziell auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten sind: Darunter können bspw. Maßnahmen fallen, die den gestiegenen Gesundheitsrisiken älterer Arbeitnehmende präventiv oder repressiv begegnen. Auch speziell auf sie zugeschnittene berufliche Weiterbildungs- und Fortbildungsprogramme sind denkbar. Alternativ könnte dafür natürlich gleichzeitig oder allein auf das Lebensalter abgestellt werden. Je mehr dabei die Gewichtung bei der Betriebszugehörigkeit liegt, desto mehr kommt wieder ebenfalls die Honorierung der Betriebstreue ins Spiel. Denn in der Regel wird es sich in diesem Zusammenhang um finanzwirksame Maßnahmen handeln, für die der Arbeitgeber ganz oder zum Teil aufkommt.

Dass Arbeitgeber das Kriterium der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit als Instrumente der abstrakten Generalisierung grundsätzlich verwenden dürfen, hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung auf dem Feld der Geschlechterdiskriminierung anerkannt. Bei beiden Gesichtspunkten handelt es sich um legitime unternehmerische Ziele. In seiner Entscheidung **Cadman** hat er darin grundsätzlich auch keine mittelbare Diskriminierung gegenüber Frauen gesehen<sup>150</sup>, obwohl Frauen bei gleichem Lebensalter eine durchschnittlich geringere Dauer der Betriebszugehörigkeit aufweisen.

Die Rechtsprechung des EuGH lässt aber zudem darauf schließen, dass für die Honorierung der Berufserfahrung bzw. der Betriebstreue das Lebensalter irrelevant ist. Denn ohne Rückgriff auf andere Kriterien kann allein auf Grundlage dieses Gesichtspunktes weder steigende Berufserfahrung noch Betriebstreue korrekt abgebildet werden. Begünstigende Senioritätsregelungen, die der Verwirklichung dieser beiden Ziele dienen, dürfen deshalb nicht in (teilweiser) Abhängigkeit vom Lebensalter formuliert werden. Hingegen scheint für die Verwendung des Lebensalters zur Ermöglichung altersspezifischer Regelungen ein Korridor zu bestehen, der in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht ausgelotet worden ist.

Die Verwendung der Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit entbindet den Arbeitgeber gleichwohl nicht von einer grundsätzlichen Rechtfertigungspflicht. Der EuGH dürfte so zu verstehen sein, dass sich der Arbeitgeber auf den hinter der Honorierung der Berufserfahrung stehenden Erfahrungssatz berufen kann. Der EuGH räumt dem Arbeitnehmenden aber die Möglichkeit ein, bei ernsthaften Zweifeln die hinter der abstrakten Generalisierung stehende Vermutung zu widerlegen<sup>151</sup>. Wenn ihr oder ihm dies gelingt, muss der Arbeitgeber seinerseits nun überzeugenden Beweis erbringen. Was die Honorierung bzw. Bewertung der Berufserfahrung angeht, kommt es also auf den Einzelfall und damit die einzelne Tätigkeit an.

149 EuGH 3.10.2006, Rs. C-17/05, Cadman, Slg. 2007, I-9583 ff., Rn. 34 ff. = NJW 2007, 47 f.; EuGH 10.3.2005, Rs. C-196/02, Nikolouidi, Slg. 2005, I-1789 ff., Rn. 55 = NZA 2005, 807, 810 f.; EuGH 2.10.1997, Rs. C-1/95, Gerster, Slg. 1997, I-5253, Rn. 39 = NZA 1997, 1277, 1279; EuGH 2.10.1997, Rs. C-100/95, Kording, Slg. 1997, I-5289, Rn. 23 = NZA 1997, 1221, 1222; EuGH 7.2.1991, Rs C-184/89, Nimz, Slg. 1991, I-297, Rn. 14 = NVwZ 1991, 461, 462; EuGH 17.10.1989, Rs. 109/88, Danfoss, Slg. 1989, 3199 ff., Rn. 22 f. = NZA 1990, 772, 774.

150 EuGH 3.10.2006, Rs. C-17/05, Cadman, Slg. 2007, I-9583 ff., Rn. 36 bis 38 = NJW 2007, 47 f. m. w. N.

151 EuGH 3.10.2006, Rs. C-17/05, Cadman, Slg. 2007, I-9583 ff., Rn. 40 = NJW 2007, 47, 48.

Zu beachten ist auch, dass die Honorierung der Betriebs- bzw. Unternehmenstreue zwingend arbeitgeberspezifisch ist. Daraus folgt, dass der Kreis der Betriebe, in denen Arbeitnehmende Beschäftigungszeiten hinter sich gebracht haben, nicht zu weit gezogen werden darf. Der Wechsel zwischen Betrieben eines einzelnen Unternehmens schadet bei der Berücksichtigung der akkumulierten zeitlichen Betriebsdauer nicht. Der Wechsel zwischen verbundenen Unternehmen eines Konzerns dürfte zu rechtfertigen sein. Hingegen können die Zeiten, die durch den Wechsel zwischen verschiedenen rechtlich nicht verbundenen Arbeitgebern aufgelaufen sind, nicht mehr zusammengezählt werden. Der Gedanke der Betriebs- bzw. Unternehmenstreue geht dann ins Leere. Unter IV.3.b.aa. wird skizziert, wie sich Senioritätsregeln allgemein im Hinblick auf das Alter benachteiligungsfrei gestalten lassen.

### III.2.c. Vergütungsregelungen – Entgeltstufen

Gesetzliche Vorgaben hinsichtlich der Alters(un)abhängigkeit des Entgelts für das Arbeitsrecht existieren nicht. Tarifliche Entgeltgestaltung kann altersabhängige Komponenten bei Löhnen und Gehältern vorsehen. Sie kommen zumeist erst innerhalb der einzelnen Vergütungsgruppen zum Tragen und bewirken so eine innere Abstufung innerhalb einer Vergütungsgruppe. Dies geschieht dadurch, dass das Grundgehalt der jeweiligen Vergütungsgruppe in direkter oder indirekter Abhängigkeit vom Lebensalter ansteigt. Wird indirekt an das Lebensalter angeknüpft, steigt die Grundvergütung mit der Dauer der Tätigkeit an sich, der Tätigkeit im konkreten Betrieb, der Tätigkeit innerhalb des Berufs oder der Dauer in der konkreten Tarifgruppe.

In der Privatwirtschaft ist zu beobachten, dass das echte Senioritätsprinzip in Bezug auf eine direkte Ankopplung des Entgelts an das Alter mäßig ausgeprägt und im Schwinden begriffen ist. Bspw. gilt für gut 260 Betriebe in der Metall- und Elektroindustrie in NRW noch das Gehaltsabkommen vom 23.5.2002 über die Tarifgehälter in der Metall- und Elektroindustrie weiter. Sein § 2 sieht Gehaltsstufungen nach dem Lebensalter vom 19. bis zum 21. Lebensjahr vor – danach nicht mehr. Dieser Tarifvertrag ist mit Wirkung zum 1.3.2009 durch den Tarifvertrag ERA abgelöst worden. Freilich wenden ihn trotz Tarifbindung ca. 260 Betriebe noch nicht an. Denn seine Einführung wird betrieblich organisiert. Sie soll spätestens Ende dieses Jahres abgeschlossen sein.

Aus dem Rahmen fiel insbesondere der öffentliche Dienst mit dem BAT. Dieser sah in § 27 A I BAT die Bemessung der Grundvergütung nach maximal 15 Lebensalterstufen vor. Allerdings ist er mittlerweile von den in der Grundstruktur miteinander vergleichbaren § 16 TVöD bzw. § 16 TVL vor gut fünf Jahren abgelöst worden. Diese neuen Tarifverträge bemessen das Grundgehalt nicht mehr unmittelbar nach dem Lebensalter, sondern grundsätzlich nach Entwicklungsstufen, die wiederum mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit zusammenhängen. Da die beiden Länder Berlin und Hessen aus der Tarifgemeinschaft der Länder im Jahre 2004 und 1993 ausgeschieden waren und auch zunächst keine Einigung zwischen den Tarifpartnern zustande kam, galt in diesen Ländern jedoch der BAT im Ergebnis auch nach dem Inkrafttreten des AGG weiter.

Während sich die Tarifvertragsparteien für das Land Berlin immer noch nicht auf einen neuen Tarifvertrag einigen konnten<sup>152</sup>, hat das Land Hessen diese Hängepartie zum 1.1.2010 beendet. Seitdem gilt im öffentlichen Dienst des Landes der TVH, der größtenteils die tarifpolitischen Entwicklungen des TVL nachvollzieht. Insbesondere wurde das Vergütungssystem des BAT nach Maßgabe der Anlage 1 Teil A des TVÜH abgelöst. Rechtlich gesehen war die Zeit vom 18.8.2006 bis 31.12.2009 für das Land Hessen ein risikoreiches Unterfangen. Für das Land Berlin ist es dies immer noch. Denn insbesondere das Vergütungsregime des BAT benachteiligt hochgradig wegen des Alters. Das BAG hat am 20.5.2010 bezüglich der Rechtmäßigkeit des § 27 BAT mit Blick auf Hessen und Berlin verhandelt und den EuGH um eine Vorabentscheidung gebeten<sup>153</sup>. Darauf wird unter IV.2.d. und unter IV.3.b.bb. eingegangen.

### III.2.d. Gesetzliche Kündigungsfristen – § 622 II 2 BGB

Ordentliche Kündigungen eines Arbeitsverhältnisses sind grundsätzlich an Kündigungsfristen und -termine gebunden, vgl. § 622 BGB. Dadurch wird ein zeitlich begrenzter Bestandsschutz gewährt. Dem Arbeitgeber dienen sie für eine zeitlich vorausschaubare Personalplanung. Dem Arbeitnehmenden nützen sie in wirtschaftlicher Hinsicht, weil sie oder er sich aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis – wenn auch zeitlich begrenzt – finanziell abgesichert um einen neuen Arbeitsplatz bemühen kann<sup>154</sup>; zusätzlich kommt ihm § 629 BGB zugute. Die soeben für Arbeitnehmende angesprochene soziale Schutzfunktion kommt mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses vor allem älteren Arbeitnehmenden zugute. Das ist vom Gesetzgeber auch so beabsichtigt gewesen, weil diese einem höheren Entlassungsrisiko ausgesetzt seien<sup>155</sup>. § 622 I und II BGB sehen für Arbeiterinnen bzw. Arbeiter und Angestellte gleichermaßen<sup>156</sup> zusammengenommen acht Stufen vor, bei denen die Länge der Kündigungsfrist mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses ansteigt. Die Grundkündigungsfrist beträgt vier Wochen (28 Tage) zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats. Nach zwei Jahren Dauer des Arbeitsverhältnisses beträgt sie einen Monat und steigt in sechs weiteren Stufen (fünf, acht, zehn, zwölf, 15, 20 Jahre) monatsweise bis auf sieben Monate.

Begünstigt werden ältere Arbeitnehmende darüber hinaus noch durch die Art und Weise der Berechnung der Dauer des Arbeitsverhältnisses, weil gem. § 622 II 2 BGB Zeiten nicht zu berücksichtigen sind, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmenden liegen<sup>157</sup>. Ihre historische Herkunft leitet sich aus § 622 II 2 BGB in den beiden Fassungen bis zum 30.6.1990 bzw. 14.10.1993 und § 2 I 3 AngKSchG i. d. F. bis zum 14.10.1993 ab<sup>158</sup>. Gesetzgeberisches Anliegen des vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten § 622 II 2 BGB a. F. (1990), der für Arbeiterinnen und Arbeiter noch das 35. Lebensjahr und nicht wie im AngKSchG das 25. Lebensjahr vorsah, war die als notwendig hervorgehobene Mobilität der Arbeiterinnen

152 Sollte eine große Lösung – also der Abschluss eines neuen Tarifvertrags – für das Land Berlin scheitern, haben die Tarifvertragsparteien in einem Vorvertrag vereinbart, dann wenigstens gezielt über die Ablösung des Lebensaltersprinzips zu verhandeln. Über diesen Systemwechsel sind sich die Tarifvertragsparteien in Berlin im Ergebnis einig.

153 LAG Berlin-Brandenburg 11.9.2008 NZA-RR 2009, 378 ff.; LAG Frankfurt 22.4.2009 NZA 2009, 799 ff.; die Revisionen sind beim BAG anhängig unter den Az. 6 AZR 148/09 und 6 AZR 481/09; s. a. BAG 20.5.2010 NZA 2010, 961 ff. mit Anm. **Lingemann**, ArbRAktuell 2010, 297.

154 So ausdrücklich BVerfG 16.11.1982 BVerfGE 62, 256, 274.

155 Vgl. BT-Drs. V/4376, S. 3; BT-Drs. V/3913.

156 BVerfG v. 30.5.1990 NJW 1990, 2246 ff.; s. a. **Däubler** (Fn. 144), in: FS f. Gnade, S. 95, 100.

157 Zur Übertragung des § 622 II S. 2 BGB auf tarifliche Kündigungsfristen, vgl. BAG 12.11.1998 NZA 1999, 489, 490 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Dachdecker.

158 S. a. BVerfG 16.11.1982 BVerfGE 62, 256 ff.; BAG 16.1.1992 AP Nr. 12 zu § 2 AngKSchG; Art. 2 des Gesetzes v. 26.6.1990, BGBl. I S. 1206 ff.; Kündigungsfristengesetz v. 7.10.1993, BGBl. I S. 1668 ff.

bzw. Arbeiter; ein Argument, welches das BVerfG unter Berücksichtigung des oben beschriebenen einheitlichen Schutzzwecks der Kündigungsfristen nicht akzeptierte<sup>159</sup>. Ein aktuelles gesetzgeberisches Argument für die Nichtberücksichtigung von Zeiten der Beschäftigung vor dem 25. Lebensjahr ist nicht ersichtlich; die Gesetzesmaterialien zur Ursprungsfassung erwähnen den Schutz älterer Arbeitnehmender vor Arbeitslosigkeit<sup>160</sup>. Auch die Vereinbarkeit des § 622 II 2 BGB mit dem Verbot der Altersdiskriminierung ist von vielen Seiten bezweifelt worden<sup>161</sup>. Dies wird unter IV.3.b.cc. näher ausgeführt.

### III.2.e. Tariflicher Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit

Zusätzlich zu den verbesserten Kündigungsfristen für ältere Arbeitnehmende sehen Tarifverträge darüber hinaus besondere Klauseln hinsichtlich ihres Kündigungsschutzes vor<sup>162</sup>. Tarifliche Unkündbarkeitsklauseln schließen die ordentliche Kündigung meistens durch eine Kombination von Lebensalter und Dauer der Betriebszugehörigkeit aus. Teilweise wird nach den Kündigungsgründen unterschieden; im Regelfall wird die betriebsbedingte ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Solche Klauseln bewirken, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nur noch nach Maßgabe des § 626 BGB aus wichtigem Grund kündigen kann.

Zwei Beispiele für Unkündbarkeitsklauseln seien an dieser Stelle erwähnt: Die extremste Form der Unkündbarkeit ist wohl in § 4.4 des Manteltarifvertrages der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden vereinbart; an ihm scheiden sich seit Jahren die Geister<sup>163</sup>. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung setzt hier ab dem 53. Lebensjahr bei drei Jahren Betriebszugehörigkeit ein. § 34 II und III TVöD bzw. TVL gewähren grundsätzlich Unkündbarkeit ab dem 40. Lebensjahr, wenn der Arbeitnehmende davor bzw. danach Zeiten von 15 Jahren Betriebszugehörigkeit bei einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber aufweisen kann. Ob die Gewährung tariflicher ordentlicher Unkündbarkeit in dieser Form vor dem Verbot der Altersdiskriminierung noch Bestand haben kann, wird unter IV.3.b.dd. näher untersucht.

## III.3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses wirkt sich ansteigende Seniorität zunehmend ambivalent, wenn nicht sogar belastend für ältere Arbeitnehmende aus. Ersteres betrifft insbesondere die betriebsbedingte Kündigung nach dem KSchG sowie die Gestaltung von Leistungen in Sozialplänen, zweites vor allem Altersgrenzen. Diese drei Aspekte seien kurz skizziert.

159 BVerfG 16.11.1982 BVerfGE 62, 256, 279 f. = AP Nr. 16 zu § 622 BGB.

160 RArbBl. 1926, Nr. 28, S. 488; dieser Aspekt wird in BT-Drs. 12/4907, S. 6, BT-Drs. 12/4902, S. 7, und BT-Drs. 12/5228 aber nicht mehr aufgegriffen.

161 Vgl. die Nachweise in Fn. 2190 bei **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 528.

162 Zur Geschichte des tariflichen Alterskündigungsschutzes vgl. Bröhl, Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist, 2005, S. 9 ff.; Buse, Die Unkündbarkeit im Arbeitsrecht, 2009.

163 **Kiel**, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 704 ff. m. w. N., insbes. Rn. 706; **Bütefisch**, Die Sozialauswahl, 2000, S. 149; **Rieble**, NZA 2003, 1243 ff.

### III.3.a. Betriebsbedingte Kündigung

Mit der betriebsbedingten Kündigung will der Arbeitgeber den vorhandenen Personalbestand an den zukünftigen Personalbedarf angleichen. Findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung, ist sie gem. § 1 III 1 KSchG nur sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmenden entgegenstehen<sup>164</sup>.

#### III.3.a.aa. Sozialauswahl

Gibt es mehr vergleichbare Arbeitnehmende als verfügbare Arbeitsplätze, ist gemäß § 1 III 1 KSchG eine Sozialauswahl durchzuführen<sup>165</sup>. Sie bewirkt, dass der sozial stärkere Arbeitnehmende vor dem sozial schwächeren zu entlassen ist. Sozial schwach ist die- oder derjenige, die oder der auf dem Arbeitsmarkt geringere Chancen auf einen neuen Arbeitsplatz hat. Von den vier ausdrücklich erwähnten sozialen Gesichtspunkten Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und eine etwaige Schwerbehinderung, die der Arbeitgeber bei dieser Selektion zu beachten hat, favorisieren durch die in der Praxis verwendeten Punkteschemata gleich zwei Kriterien ältere Arbeitnehmende.

Zunächst kommt ihnen unmittelbar ein höheres Lebensalter zugute. Dahinter steht die typisierte Annahme, dass es für ältere Arbeitnehmende schwieriger sei, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Zusätzlich kommt älteren Arbeitnehmenden mittelbar die Dauer der Betriebszugehörigkeit zugute, weil ältere Arbeitnehmende im Regelfall eine längere Dauer der Betriebszugehörigkeit aufweisen<sup>166</sup>. Hinter diesem Gesichtspunkt steht der Vertrauensschutz in Form der berechtigten Erwirkung von Bestandsschutz. Hingegen wirken sich die anderen beiden sozialen Kriterien – bestehende Unterhaltspflichten und eine etwaige Schwerbehinderung – relativ neutral aus.

Darüber hinaus können auch weitere, ungeschriebene soziale Gesichtspunkte herangezogen werden. Denn die Gesetzesmaterialien weisen darauf hin, dass der Kriterienkatalog des § 1 III 1 KSchG nicht abschließend ist<sup>167</sup>. Teile der Rechtsprechung und Literatur berücksichtigen in diesem Zusammenhang die Rentennähe und Rentenberechtigung ab Erreichen der Regelaltersgrenze zu Lasten des älteren Arbeitnehmenden<sup>168</sup>. Daraus resultiert die Ambivalenz der Sozialauswahl mit Blick auf ältere Arbeitnehmende.

164 Statt aller: **Oetker**, in: ErfK (Fn. 141), § 1 KSchG, Rn. 211 ff. Auf die Vorschrift des § 2 IV AGG wird in dieser Expertise nicht eingegangen. Die Herausnahme des Kündigungsschutzes aus dem sachlichen Schutzbereich des AGG ist ein Problem des allgemeinen Gleichheitssatzes, weil es alle Diskriminierungsmerkmale betrifft. Die Auffassung ist einhellig insoweit, als dass der Gesetzgeber den Kündigungsschutz nicht vom AGG freistellen durfte; vgl. BAG 6.11.2008 NZA 2009, 361 ff.; allgemein dazu **Hein**, NZA 2008, 1033 ff.; insoweit eindeutig EuGH 11.7.2006, Rs. C-13/05, Chacón Navas, Slg. 2006, I-6467 ff. = NZA 2006, 839 ff. mit Anm. **Preis/Wolf**, EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr. 1.

165 Ausf. **Oetker**, in: ErfK (Fn. 141), § 1 KSchG, Rn. 299 ff.; **Bütefisch**, Die Sozialauswahl, 2000.

166 **OECD**, Alterung und Beschäftigungspolitik, 2005, S. 61 (Abb. 2.11).

167 BT-Drs. 15/1204, S. 11: Erwähnt werden Tatsachen, die in einem unmittelbaren spezifischen Zusammenhang mit den Grunddaten stehen müssen oder sich aus solchen betrieblichen Gegebenheiten herleiten müssen, bspw. Berufskrankheiten oder ein vom Arbeitnehmenden nicht verschuldeter Arbeitsunfall.

168 Rentennähe und Rentenberechtigung bspw.: LAG Köln [7. Kammer] 17.8.2005 EZA-SD 2006, Nr. 6, 12; LAG Hannover 28.5.2004 ArbRB 2005, 110; LAG Hannover 23.5.2005 NZA-RR 2005, 584 f.; **Oetker**, in: ErfK (Fn. 141), § 1 KSchG, Rn. 332; **Bauer/Lingemann**, NZA 1993, 625, 628; **Künzl**, ZTR 1996, 385, 390; **Kittner**, AuR 1997, 182, 184; **Stindt**, DB 1993, 1361, 1366; **Kiel**, in: APS (Fn. 163), § 1 KSchG, Rn. 721; nur Rentenberechtigung bspw.: ArbG Wetzlar 21.7.1987 BB 1987, 760; **Preis**, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 420; **Worzalla**, NZA Beil. 4/1991, S. 15, 16; **Rost**, ZIP 1982, 1396, 1398; so noch **Stahlhacke/Preis/Vossen**, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2007, Rn. 1114, anders jetzt 10. Aufl. 2010, Rn. 1098.

Bereits unter Ausblendung des Verbots der Altersdiskriminierung zeigt sich in einer ersten Bewertung, dass die Verwendung des Lebensalters und der Rentennähe bzw. Rentenberechtigung als soziale Gesichtspunkte eigentlich mehr als fragwürdig sind. Die Bedenken resultieren vor allem daraus, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nur diejenigen Kriterien in der Sozialauswahl berücksichtigen sollte, die mit dem Arbeitsverhältnis und/oder dessen personalen Charakter in Zusammenhang stehen<sup>169</sup>. Mit anderen Worten müssen diese Kriterien Ausdruck vertragsbezogener, betriebs- bzw. unternehmensbezogener oder personenbezogener Interessen sein. Dabei sind personenbezogene Interessen nur berücksichtigungsfähig, wenn sie unmittelbar mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen oder sie sich aus dem Zweck heraus rechtfertigen lassen, den der Arbeitnehmer mit dem Arbeitsverhältnis verfolgt. Unter Umständen können auch verfassungsrechtliche Grundentscheidungen den Kriterienkatalog beeinflussen. Schließlich sind bei der Sozialauswahl – in Abweichung vom allgemeinen Grundsatz – zumindest diejenigen Drittinteressen der von der betriebsbedingten Kündigung übrigen bedrohten Arbeitnehmenden zu beachten. Hingegen sollten ebenso wie bei den Kündigungsgründen arbeitsmarktpolitische, öffentliche und sozialpolitische Interessen i. R. d. Sozialauswahl unberücksichtigt bleiben. Diese Interessen finden in besonderen Verfahren ihre Beachtung, bspw. in den Vorschriften zur Massenentlassung (§§ 17 ff. KSchG) oder zum Schwerbehindertenschutz (§§ 85 ff. SGB IX).

Nach diesen Maßgaben dürfte die Vermögenssituation des Arbeitnehmenden, wozu auch der Rentenanspruch und die Rentenberechtigung im Ergebnis gehören, nicht berücksichtigt werden. Dasselbe trifft auf die geringeren Arbeitsmarkt- und Vermittlungschancen Älterer zu, die hinter dem Lebensalter stehen. Erschwerend kommt diesbezüglich hinzu, dass trotz Korrelation zwischen einem höheren Lebensalter und (Langzeit-)Arbeitslosigkeit diese durch ein Bündel anderer Faktoren verursacht wird. Das sind bspw. Ausbildung und Qualifikation des Arbeitnehmenden, seine gesundheitliche Verfassung, seine konkrete Mobilitätsbereitschaft, seine konkrete persönliche und familiäre Situation, ein möglicher Migrationshintergrund, die Branchenzugehörigkeit, die allgemeine und besondere wirtschaftliche Konjunkturlage sowie regionale Besonderheiten. Zu nennen wären des Weiteren vor allem das Vermittlungsverhalten der Arbeitsagenturen sowie die eigenen Bemühungen der oder des Arbeitslosen<sup>170</sup>.

Zugespitzt formuliert stellt das Lebensalter i. R. d. gesetzlichen Sozialauswahl nichts anderes als eine leere Hülle dar. Es sorgt in seiner maßgeblichen Auslegung durch die Praxis dafür, zum einen Klischees zu verfestigen und zum anderen den bereits durch die Dauer der Betriebszugehörigkeit erhöhten Bestandsschutz älterer Arbeitnehmender ohne sachlichen Grund erheblich zu verstärken<sup>171</sup>. Allgemein wirft dieser Aspekt die Frage auf, ob und insbesondere inwieweit ein Menschen- bzw. Grundrecht es dem Gesetzgeber, den Tarifver-

169 **Preis**, Prinzipien des Kündigungsrechts, 1987, S. 222 ff., 128 ff., 418 ff.; **ders.**, RdA 1999, 311, 316; **Herschel**, in: Hubmann (Hrsg.), FS f. Schnorr v. Carolsfeld, 1972, S. 170 ff. zur Betriebsbezogenheit aller Kündigungsgründe; in diese Richtung auch BT-Drs. 15/1204 S. 11; s. a. BT-Drs. 14/45 S. 16.

170 Vgl. auch die Vorschläge der OECD zur Festlegung risikogruppenspezifischer Vermittlungsziele für die BA und Intensivierung des Profiling für ältere Arbeitnehmende sowie die Politik der BA ggü. älteren Arbeitnehmenden, **OECD**, Alterung und Beschäftigungspolitik, 2005, S. 21, 154 bis 163; zu letzterem Aspekt und der einschlägigen Problematik des **moral hazard** s. **iwp/owiwo**, Der Ordnungspolitische Kommentar, Nr. 11/2007, S. 1 f., abzurufen unter [www.iwp.uni-koeln.de](http://www.iwp.uni-koeln.de) (19.3.2010); dazu auch **IAB Forum**, Heft 2, 2006, S. 79; **MPI f. demographische Forschung**, Demographische Forschung – Aus Erster Hand, 2007, Nr. 4, S. 4; auch **Hagedorn/Ashok**, IZA DP Nr. 680, S. 11 ff. sehen u. a. Fehlanreize im Sozialversicherungssystem als Grund für Langzeitarbeitslosigkeit an; **Koch/Kupka/Steinke**, Aktivierung, Erwerbstätigkeit und Teilhabe, IAB-Bibliothek, Bd. 315, 2009, S. 194.

171 Diesen Effekt haben eigene Berechnungsbeispiele gezeigt, vgl. **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 203 bis 204.



trags- oder Betriebspartnern ermöglicht, durch grobe Tatbestandsmerkmale bzw. Stellvertreter typisierend tätig zu werden. Das ist insbesondere bei Altersdifferenzierungen relevant<sup>172</sup>. Darauf wird im Hinblick auf das Verbot der Altersdiskriminierung unter IV.3.c.aa. noch eingegangen. In diesem Zusammenhang bestehen offensichtliche Parallelen zu der in der Einleitung dieser Expertise bereits kritisierten Verfahrensweise, eine abnehmende Produktivität allein mit Hilfe des ansteigenden Lebensalters darzustellen.

### III.3.a.bb. Altersgruppenbildung

Gem. § 1 III 2 KSchG sind in die soziale Auswahl diejenigen Arbeitnehmenden nicht einzu beziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt<sup>173</sup>. Diese Vorschrift ermöglicht es, dem Arbeitgeber auf seine Initiative hin ausnahmsweise betriebliche Interessen (u. a. den Gedanken der Leistungsstärke) dem Gesichtspunkt der sozialen Schwäche in § 1 III 1 KSchG entgegenzuhalten<sup>174</sup>. In der Praxis kommt diese Vorschrift denjenigen zugute, die sozial zu stark sind, als dass sie bereits über § 1 III 1 KSchG von der betriebsbedingten Kündigung verschont bleiben. Tendenziell wird es sich also um jüngere Arbeitnehmende handeln. § 1 III 2 KSchG wird aufgrund seiner kollektiven Dimension erst relevant, wenn es um die Kündigungen vieler Arbeitnehmender geht. Welche Anzahl an Arbeitnehmenden maßgeblich ist, sagt die Norm nicht. Vertretbar dürfte es sein, an die Schwellenwerte in § 112a BetrVG anzuknüpfen<sup>175</sup>.

An dieser Stelle soll es nur um die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes gehen – sie kann von erheblicher Altersrelevanz sein<sup>176</sup>. Denn werden gleichzeitig mehrere Arbeitnehmende entlassen und ist die prozentuale Auswirkung auf die Gesamtbelegschaft des Betriebes spürbar oder ist der Arbeitgeber sogar zu Massenentlassungen gezwungen, kann die Sozialauswahl nach § 1 III 1 KSchG dazu führen, dass sich die bisherige Personalstruktur des Betriebes unter verschiedenen Blickwinkeln nachhaltig verschlechtert. Dies wirkt sich durch die übermäßige Betonung auf Senioritätskriterien (Betriebszugehörigkeit und Lebensalter) in der Regel besonders auf die bisherige Altersstruktur der Belegschaft aus. Ohne die Möglichkeit, die Personalstruktur ausgewogen zu sichern, ließen sich daher bei der Kündigung eines erheblichen Teils der Arbeitnehmenden eine den berechtigten betrieblichen Interessen zuwiderlaufende Überalterung der Belegschaft oder Verschiebungen in der Altersstruktur des Betriebes kaum vermeiden. Dem Arbeitgeber muss eine langfristige und vor allem nachhaltige Personal- und Nachwuchsplanung ermöglicht werden.

Ob der Arbeitgeber ein berechtigtes betriebliches Interesse am Erhalt einer ausgewogenen Altersstruktur hat, ist im Hinblick auf die speziellen Zwecke seines Betriebes und ihrer Umsetzung zu ermitteln. Dafür muss er schlüssig darlegen, welche konkreten Nachteile sich ergeben würden, wenn er die zu kündigenden Arbeitnehmenden allein nach dem

172 Vgl. dazu auch **Britz**, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 17 f., 31 f., 58 ff., 113 ff., 147 bis 164, 219.

173 Statt aller: **Oetker**, in: ErfK (Fn. 141), § 1 KSchG, Rn. 342 ff.

174 Da sich der Arbeitgeber auf § 1 III 2 KSchG berufen kann, aber nicht muss, folgt daraus, dass die Rechtmäßigkeit des § 1 III 1 KSchG und § 1 III 2 KSchG getrennt zu prüfen ist.

175 **Kiel**, in: APS (Fn. 163), § 1 KSchG, Rn. 772; **Preis**, RdA 1999, 311, 319; **Bütefisch**, Die Sozialauswahl, S. 330 f.; Ausnahmekonstellationen bei **Küttner**, in: Oetker/Preis/Rieble (Hrsg.), FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 409, 417.

176 Nicht nur die Sicherung, sondern sogar die Schaffung einer neuen Altersstruktur ermöglicht § 125 I Nr. 2 2. Hs. InsO.

Maßstab des § 1 III 1 KSchG auswählen würde, bzw. welche Verzerrungen oder Verschlechterungen im Hinblick auf die bestehende Personalstruktur durch die Sozialauswahl zu befürchten wären<sup>177</sup>. Die reale Sozialauswahl muss also mit einer hypothetischen abgeglichen werden. Gelingt dem Arbeitgeber dies, braucht er nicht innerhalb der Gesamtheit der vergleichbaren Arbeitnehmenden eine einzige Sozialauswahl durchzuführen<sup>178</sup>. Vielmehr kann er vorab Altersgruppen bilden, um sodann innerhalb der jeweiligen Altersgruppen die Sozialauswahl gesondert vorzunehmen<sup>179</sup>. Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Arbeitgeber jede Altersgruppe proportional bei den Kündigungen heranzieht und so die bestehende Altersstruktur mit Hilfe der „Rasenmähermethode“ gesichert wird.

Das BAG und mit ihm der überwiegende Teil der Lehre gewähren dem Arbeitgeber bei der Bildung der Altersgruppen gewissen Spielraum<sup>180</sup>, wobei eine Missbrauchskontrolle nicht ausgeschlossen ist<sup>181</sup>. Die Altersgruppen müssen sachgerecht, abstrakt plausibel sein und ein Mindestmaß an Ausgewogenheit zeigen. Unabhängig von den Altersschritten sind Altersgruppen gewisse Verzerrungen immanent und daher unvermeidlich<sup>182</sup>.

Sieht man einmal von dem Eingriff in die alterslastige Sozialauswahl gem. § 1 III 1 KSchG ab, den die Bildung von Altersgruppen mit innerhalb dieser Gruppen durchgeführten begrenzten Sozialauswahlen bewirkt, und nimmt sich § 1 III 2 KSchG einmal isoliert vor, treten interessante Effekte zutage. Der wichtigste Effekt durch die Bildung von Altersgruppen und in diesen durchgeführten Sozialauswahlen besteht darin, dass das Gewicht des Lebensalters relativ zurückgedrängt wird.

Dafür gibt es drei Gründe: Wird erstens auf Grundlage von Altersgruppen gekündigt, wird an jede Altersgruppe gleichmäßig, d. h. proportional „die Axt angelegt“. Zweitens machen Altersgruppen die miteinander zu vergleichenden Arbeitnehmenden in Bezug auf das Lebensalter notwendigerweise homogener. Und drittens tritt ein relativierender Effekt im Vergleich zu den sozialen Gesichtspunkten der Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung ein. Hierfür vergebene Sozialpunkte sind im Regelfall absolut gesehen geringer als für das Lebensalter und die Betriebszugehörigkeit. Sinkt nun die relative Differenz an möglich zu erreichenden Sozialpunkten für das Lebensalter innerhalb einer Altersgruppe ab, sorgt dies für eine relative Aufwertung von Unterhaltspflichten und einer etwaigen Schwerbehinderung. Insgesamt führt dies zu dem Ergebnis, dass Kündigungen auf Grundlage von § 1 III 2 KSchG für sich genommen altersneutral sind.

### III.3.b. Sozialpläne

Sozialpläne gem. §§ 112, 112a BetrVG sollen für Arbeitnehmende die Folgen von Betriebsänderungen i. S. d. § 111 BetrVG finanziell abfedern. Dabei kommt betrieblichen Sozialplanan-

177 BAG 23.11.2000 NZA 2001, 601, 603 f.; LAG Sachsen-Anhalt 13.5.1998 LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 28; LAG Düsseldorf 17.3.2000 LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 32; LAG Köln 2.6. 2006 LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 51a.

178 Bei Massenkündigungen oder Massenentlassungen wird der Arbeitgeber häufig mehrere Vergleichsgruppen bilden müssen, vgl. BAG 6.7.2006 NZA 2007, 139, 143; **Röder/Krieger**, DB 2005, 2578 f.

179 LAG Düsseldorf 17.3.2000 NZA-RR 2000, 421, 423.

180 BAG 20.4.2005 NZA 2005, 877, 878; BAG 23.11.2000 NZA 2001, 601, 604; **Fischermeier**, NZA 1997, 1089, 1093; **v. Hoyningen-Huene/Linck**, Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 965; **Stahlhacke/Preis/Vossen** (Fn. 168), Rn. 1143; Beispiele bei **Röder/Krieger**, DB 2005, 2578 ff.; **Bütefisch**, Die Sozialauswahl, 2000, S. 334.

181 BAG 23.11.2000 NZA 2001, 601, 604; LAG Sachsen 5.1.2005 LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 48.

182 BAG 6.7.2006 NZA 2007, 139, 144; BAG 20.4.2005 NZA 2005, 877, 878.

sprüchen nach der noch jüngst bestätigten, ständigen Rechtsprechung des BAG, der Teile des Schrifttums folgen, lediglich ein zukunftsbezogener Überbrückungscharakter zu. Entschädigungscharakter könnten sie nur insoweit aufweisen, als vergangenheitsbezogene Nachteile noch in der Zukunft fortwirken<sup>183</sup>. Von dieser Marginalie abgesehen schließt das BAG und mit ihm Teile der Literatur die Entschädigungsfunktion kategorisch aus. Diese Sozialplanrechtsprechung wurde in Zeiten massiver Frühverrentungspraxis vor dem Hintergrund der Externalisierung betrieblicher Restrukturierungskosten durch sozialversicherungsrechtliche Abfederungen entwickelt. Sie hat sich heutzutage von ihren historischen Wurzeln emanzipiert und im juristischen Denken verfestigt.

Diese Sichtweise ist widersprüchlich, wenn man bedenkt, dass die Höhe von Sozialplanleistungen im Grundsatz von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängt und vor allem jüngeren Arbeitnehmenden im Ergebnis somit echte Abfindungen aus Sozialplänen zufließen, ältere Arbeitnehmende sich hingegen wegen ihrer Rentennähe oder Rentenberechtigung mit deutlich geringeren Überbrückungszahlungen zufriedengeben müssen. Dadurch wird ihr erdienter Bestandsschutz verzerrt wiedergegeben, ja sogar teilweise vernichtet. Je nach Ausgestaltung der Sozialpläne kann daher in der Rechtswirklichkeit eine klare Zweiteilung weiterbestehen. Unter Senioritätsgesichtspunkten besteht darin die Ambivalenz von Sozialplanansprüchen.

Diese soeben aufgezeigten Widersprüche werden dadurch verstärkt, dass gesetzliche Abfindungen – z. B. nach § 1a, §§ 9, 10 KSchG oder § 113 BetrVG – im Großen und Ganzen ebenfalls nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit berechnet werden. Da gesetzliche Abfindungen an die Stelle des kündigungrechtlichen Bestandsschutzes treten<sup>184</sup>, wird ihnen aber zu Recht maßgeblich eine Entschädigungsfunktion zuerkannt<sup>185</sup>. Sie stellen nämlich den vermögensrechtlichen Ersatz für die Aufgabe des sozialen Besitzstandes (nämlich den Arbeitsplatz als solchen) dar. Da der Arbeitsplatz i. R. d. sozialplanpflichtigen Betriebsänderungen im Regelfall ebenfalls zur Disposition steht, der Arbeitgeber dem Arbeitnehmenden also betriebsbedingt kündigen muss, liegt die unterschiedliche Bewertung des Charakters von gesetzlichen Abfindungen und Sozialplanleistungen bei Verwendung derselben Berechnungskriterien auf der Hand.

Typische Berechnungsformeln für Sozialplanleistungen sind bspw.

- I die Faustformel:  
Abfindungshöhe = ein halbes Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr,
- I die Divisorformel:  
Abfindungshöhe = [Lebensalter x Betriebszugehörigkeit x Bruttomonatsgehalt] ÷ Divisor
- I oder die einfache Abfindungsformel:  
Abfindungshöhe = Betriebszugehörigkeit x Bruttomonatsgehalt x Faktor.

183 BAG 30.9.2008 NZA 2009, 386 ff.; BAG 11.11.2008 NZA 2009, 210 ff.; BAG 26.5.2009 NZA 2009, 849 ff; BAG 23.3.2010 NZA 2010, 774 ff.; BAG 9.11.1994 AP Nr. 85 zu § 112 BetrVG 1972; zur darauf aufbauenden Gestaltung von Sozialplänen, vgl. bspw. **Kleinebrink**, FA 2010, 66 ff.

184 BAG 29.1.1981 AP Nr. 6 zu § 9 KSchG; **Preis**, DB 2004, 70, 78; **Kiel**, in: ErfK (Fn. 141), § 9 KSchG, Rn. 3.

185 BAG 15.2.1973 AP Nr. 2 zu § 9 KSchG 1969; BAG 9.11.1988 AP Nr. 6 zu § 10 KSchG 1969; **Kiel**, in: ErfK (Fn. 141), § 10 KSchG, Rn. 1; **v. Hoyningen-Huene/Linck**, Kündigungsschutzgesetz, § 10 KSchG, Rn. 4.

Die Sozialplanleistungen für ältere Arbeitnehmende, die zu den rentennahen Jahrgängen gehören oder regelaltersrentenberechtigt sind, werden in der Regel sodann durch Höchstbetragsklauseln wieder begrenzt. Dies geschieht, sobald – ggf. durch zeitliche Überbrückung mit Hilfe von Arbeitslosengeld I – die Möglichkeit eines vorzeitigen Rentenbezugs nach den Vorschriften des SGB VI besteht. Teilweise sehen Sozialpläne sogar den kompletten Ausschluss von Sozialplanleistungen vor.

Der Charakter von Sozialplanleistungen ist der Dreh- und Angelpunkt der gesamten Diskussion; von ihm hängt ihre weitere Rechtmäßigkeitskontrolle ab. Entgegen der Rechtsprechung des BAG sprechen die besseren Argumente dafür, Sozialplanleistungen einen möglichen Abfindungscharakter nicht abzuspüren. Die Sozialpartner haben es in der Hand, Sozialplanleistungen als Überbrückungs- und/oder Abfindungsleistung zu widmen<sup>186</sup>. Aus der Doppelfunktion des Sozialplans folgt zugleich eine „Zwei-Töpfe-Theorie“ bzw. eine „Trennungstheorie“. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass sie im Hinblick auf den einschlägigen Charakter der Sozialplanleistungen jeweils sachgerechte Kriterien verwenden. Geht es um Entschädigungen, sind vergangenheitsbezogene Kriterien zu benutzen; geht es um die Ausgestaltung von Überbrückungsleistungen, haben die Sozialpartner zukunftsbezogene Aspekte heranzuziehen. Dieser Gesichtspunkt ist entscheidend. Die bisherige Sozialplanrechtsprechung wird im Lichte des Verbots der Altersdiskriminierung unter IV.3.c.bb. gewürdigt.

### III.3.c. Altersgrenzen

Nicht nur ambivalent, sondern sogar belastend wirkt sich Seniorität mit Blick auf Altersgrenzen aus. Sie beenden zu einem bestimmten Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis, ohne dass es hierfür einer arbeitgeberseitigen Kündigung bedarf. Eine gesetzliche Altersgrenze gibt es für das Arbeitsrecht nicht. Von großer Relevanz sind tarifvertragliche Altersgrenzen, die nachfolgend im Fokus stehen. Zu unterscheiden sind die allgemeine und die besondere Altersgrenze.

#### III.3.c.aa. Allgemeine Altersgrenze

Nach der allgemeinen Altersgrenze endet das Arbeitsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, am Ende des Monats, in dem Arbeitnehmende das 65. Lebensjahr vollendet haben. In Deutschland ist die allgemeine Altersgrenze der „Preis“ für den hohen Bestandschutz, den vor allem das KSchG oder u. a. tarifvertragliche Unkündbarkeitsklauseln bieten. Sie ist gewissermaßen das letzte Sicherungsventil bzw. eine Sollbruchstelle zugunsten der Arbeitgeber.

Seit fast 100 Jahren ist das 65. Lebensjahr die Regelaltersgrenze. Da sie ab 2012 gem. § 235 SGB VI nach und nach auf das 67. Lebensjahr angehoben wird (vgl. auch § 35 SGB VI), werden zukünftige Klauselformulierungen dahin gehen, nicht mehr an ein konkretes Renteneintrittsalter, sondern allgemein an die jeweilige Regelaltersgrenze anzuknüpfen – falls die allgemeine Altersgrenze in ihrer jetzigen Form Bestand haben wird.

Die ständige Rechtsprechung des BAG begreift die Altersgrenze als Sachgrund für eine Befristung und zwar nach § 14 I 2 Nr. 6 Teilzeit- und Befristungsgesetz (ein in der Person des

<sup>186</sup> Ausf. **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 272 ff., **ders.**, RdA 2008, 205 ff.; dagegen **Mohr**, RdA 2010, 44 ff. und mit Verve ebenfalls **Willemsen**, in: Baeck/Hauck/Preis/Rieble/Röder/Schunder (Hrsg.), FS f. Bauer, 2010, S. 1119 ff.

Arbeitnehmers liegender Grund)<sup>187</sup>. Findet eine Altersgrenze also entweder kraft normativer Wirkung eines Tarifvertrags oder per Bezugnahmeklausel auf einen Tarifvertrag oder per einzelvertraglicher Vereinbarung Anwendung, so ist das „gefühlte“ unbefristete Arbeitsverhältnis in Wahrheit befristet und eben nicht auf unbestimmte Zeit<sup>188</sup>. Haben die Arbeitsvertrags- oder Tarifvertragsparteien die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung nicht gem. § 15 III TzBfG ausdrücklich vorgesehen, so wird diese regelmäßig in methodisch teilweise grenzwertiger Weise in den Arbeitsvertrag hineingelesen.

Dass es sich bei der allgemeinen Altersgrenze um eine Sachgrundbefristung i. S. d. § 14 I TzBfG handelt, ist deshalb wichtig, weil § 14 TzBfG bis auf § 14 II 3 und 4 TzBfG einseitig zwingend ist. Das heißt, weder die Tarifvertragsparteien noch der Arbeitgeber dürfen von § 14 TzBfG zuungunsten des Arbeitnehmenden abweichen. Daraus folgt: Kann die allgemeine Altersgrenze nicht als Sachgrund i. S. d. § 14 I TzBfG begriffen werden, so ist eine Befristung des Arbeitsvertrages auf die Vollendung des 65. Lebensjahres bzw. das Erreichen der Regelaltersgrenze nach der geltenden Rechtslage gar nicht möglich, weil die übrigen sachgrundlosen Befristungsmöglichkeiten in § 14 II, IIa und III TzBfG nicht einschlägig sind und auch besondere Befristungsregelungen i. S. d. § 23 TzBfG in anderen speziellen Gesetzen eine solche nicht vorsehen.

Die allgemeine Altersgrenze ist seit Jahrzehnten umstritten<sup>189</sup>. Unabhängig vom Verbot der Altersdiskriminierung lassen sich gegen sie sowohl verfassungsrechtliche Argumente<sup>190</sup> als auch dogmatische Gesichtspunkte anführen, die mit der Konzeption eines Sachgrunds i. R. d. § 14 I TzBfG zusammenhängen<sup>191</sup>. Ob die allgemeine Altersgrenze vor dem Verbot der Altersdiskriminierung Bestand haben kann, wird unter IV.3.c.cc(1) näher behandelt.

### III.3.c.bb. Besondere Altersgrenze

In Tätigkeitsbereichen mit hohen Sicherheitsanforderungen begrenzen besondere tarifvertragliche Altersgrenzen die Tätigkeitsdauer von Arbeitnehmenden. Sie beenden das Arbeitsverhältnis noch vor Erreichen der Regelaltersgrenze. Relevant ist vor allem die besondere Altersgrenze für Pilotinnen und Piloten, die mit der Vollendung des 60. Lebensjahres eingreift. Die besondere tarifliche Altersgrenze 60 Jahre ist bspw. für die Pilotinnen bzw. Piloten der Lufthansa in § 19 IS. 1 MTV Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei Lufthansa niedergelegt. Hintergrund für besondere Altersgrenzen bei Pilotinnen und Piloten ist die sichere Beförderung von Personen. Der damit korrespondierende Sachgrund ist die typisierte Abnahme der Eignungs- bzw. Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmenden ab einem bestimmten Alter in Relation zu dem möglichen Schadensrisiko. Es handelt sich um einen unbenannten Fall i. R. d. § 14 Abs. 1 TzBfG. Die Tätigkeit als Pilotin oder Pilot erfordert eine gute körperliche und geistige Konstitution, da ein plötzlicher Ausfall aufgrund körperlicher oder geistiger Schwächen hohe Schäden nach sich ziehen kann. Regelmäßig sind Leib und Leben der beförderten Personen betroffen. Die Einhaltung der körperlichen und geistigen

187 BAG 18.6.2008 NZA 2008, 1302 ff.; BAG 27.7.2005 NZA 2006, 37 ff. m. w. N.; s. a. **Müller-Glöge**, in: ErfK, § 14 TzBfG, Rn. 56 ff.

188 Wegen der Altersgrenzen im TVL, TVöD bzw. TVH gibt es bspw. im öffentlichen Dienst deshalb gar kein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit.

189 Vgl. die umfangreichen Nachweise bei **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 304 ff.

190 Bspw. **Boecken**, DJT-Gutachten, 1998, S. 32 ff., 42 ff., 50; **Boerner**, Altersgrenzen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 1992, S. 136, 201 f., 274; **Waltermann**, Berufsfreiheit im Alter, 1989, S. 122 ff.

191 **Gitter/Boerner**, Anm. AP Nr. 7 zu § 41 SGB VI; **Temming**, Anm. EzA § 14 TzBfG Nr. 49.

Voraussetzungen ist daher absolut notwendig und macht das Wesen der Tätigkeit einer Pilotin oder eines Piloten aus.

Flankiert werden diese tariflichen Alterssenzen von öffentlich-rechtlichen gesetzlichen Altersgrenzen, die sich auf die Pilotenlizenzen zur gewerblichen Beförderung von Fluggästen beziehen. Für den internationalen Flugverkehr ist § 20 LuftVZO i. V. m. den Regelungen JAR-FCL 1.060 der Joint Aviation Authorities zu beachten<sup>192</sup>. Danach können Pilotinnen und Piloten auch nach Vollendung des 60. Lebensjahres unter bestimmten Voraussetzungen bis zum 65. Lebensjahr ihrer Tätigkeit auch weiterhin nachgehen. Für rein innerdeutsche Flüge können Pilotinnen und Piloten voraussetzungslos bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres arbeiten, vgl. § 127 der Verordnung über Luftpersonal bzw. § 4 der Ersten Durchführungsverordnung zur Verordnung über Luftfahrtpersonal<sup>193</sup>.

Der Vergleich zwischen dem öffentlich-rechtlichen Lizenzrecht, das zum Gefahrenabwehrrecht gehört (vgl. nur § 29 I LuftVG), und dem Arbeitsrecht, offenbart, dass die tarifvertragliche besondere Altersgrenze rigider ist als ihr öffentlich-rechtliches Pendant. Trotz der involvierten Rechtsgüter ist das widersprüchlich, insbesondere weil die tarifvertragliche Altersgrenze nicht flächendeckend gilt. Es gibt also Pilotinnen und Piloten, die bis 65 fliegen, und Pilotinnen und Piloten, die mit 60 Jahren ausscheiden, obwohl die Argumentation jeweils dieselbe ist. Das BAG rechtfertigt seine zurückgenommene, auf eine Billigkeitskontrolle beschränkte richterliche Kontrolldichte mit der weiten Einschätzungsprärogative, die den Tarifvertragsparteien zuzugestehen sei<sup>194</sup>. Es ist zweifelhaft, ob diese Sichtweise am Maßstab des Verbots der Altersdiskriminierung aufrechtzuerhalten ist. Darauf wird unter IV.3.c.cc(2) näher eingegangen.

---

192 Bekanntmachung der Bestimmung über die Lizenzierung von Piloten (Flugzeug, JAR-FCL1), BAnz v. 29.4.2003, Nr. 80a, JAR-FCL 1.060: „Beschränkungen für Lizenzinhaber nach Vollendung des 60. Lebensjahres (a) 60 bis 64 Jahre: Der Inhaber einer Lizenz darf nach Vollendung des 60. Lebensjahres nicht mehr als Pilot von Flugzeugen bei der gewerbsmäßigen Beförderung eingesetzt werden, es sei denn: (1) er ist Mitglied einer Flugbesatzung, die aus mehreren Piloten besteht und (2) die anderen Piloten haben das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet. (b) 65 Jahre: Der Inhaber einer Lizenz darf nach Vollendung des 65. Lebensjahres nicht mehr als Pilot von Flugzeugen bei der gewerbsmäßigen Beförderung eingesetzt werden“.

193 BAnz v. 3.5.2003, Nr. 82b.

194 BAG 18.6.2009 NZA 2009, 945 ff.

# IV.

## Das Verbot der Altersdiskriminierung und Konsequenzen für das Arbeitsrecht

Im Folgenden sollen die Rechtsquellen des Verbots der Altersdiskriminierung und seine Dogmatik kurz strukturiert werden. Danach werden die Konsequenzen für das nationale Arbeitsrecht dargestellt. Hierfür werden die soeben unter III. dargestellten typischen Fallgestaltungen mit Altersrelevanz am Maßstab des Verbots der Altersdiskriminierung gemessen. Auf aktuelle Rechtsprechung des BAG und des EuGH sowie auf Rechtssachen, die noch in Luxemburg bzw. in Erfurt anhängig sind, wird hingewiesen. Abschließend erfolgt eine kurze Bewertung.

### IV.1. Rechtsquellen

Das Verbot der Altersdiskriminierung ist in mehreren Rechtsquellen niedergelegt. Zu nennen sind das Unionsrecht und das nationale Recht. Im Unionsrecht findet sich das Verbot der Altersdiskriminierung sowohl im primären als auch sekundären Unionsrecht wieder. Jenes bezeichnet die europäischen völkerrechtlichen (Änderungs-)Verträge, die die Mitgliedstaaten in Staats- und Regierungskonferenzen unterzeichnet und ratifiziert haben. Dieses meint dasjenige Unionsrecht, das die rechtsetzenden Organe der EU erlassen haben. Im nationalen Arbeitsrecht ist das Verbot der Altersdiskriminierung im AGG beheimatet. Das Grundgesetz kennt ein solches besonderes Diskriminierungsverbot i. R. d. Art. 3 III GG nicht.

#### IV.1.a. Unionsrecht

##### IV.1.a.aa. Primäres Unionsrecht: Grundrechte-Charta

Das Verbot der Altersdiskriminierung ist seit Dezember 2009 ausdrücklich in Art. 21 I GRCh normiert, vgl. auch Art. 6 I EUV. Als allgemeine Schranke und Schranken-Schranke fungiert Art. 52 GRCh, nach dem jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten muss. Des Weiteren dürfen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Gem. Art. 51 GRCh bindet die Grundrechte-Charta die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und die Mitgliedstaaten ausschließlich

bei der Durchführung des Rechts der Union<sup>195</sup>. Verstoßen die Mitgliedstaaten gegen Unionsgrundrechte, ist die in Frage stehende Regelung, soweit sie nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden kann, nicht nichtig, sondern lediglich unanwendbar. Relevant ist diese Unterscheidung bspw. für so genannte Drittstaatenfälle; das sind Sachverhalte ohne unionsrechtlichen Bezug.

Ob die Bundesrepublik Deutschland Unionsrecht ausführt, hängt davon ab, ob die in Frage stehende Regelung in den „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ fällt. Dafür ist nach Maßgabe des Art. 6 I Unterabsatz 3 EUV und der Präambel der Grundrechte-Charta vor allem die bisherige einschlägige Rechtsprechung des EuGH heranzuziehen. Grundlegerend sind dafür die beiden Entscheidungen **Wachauf** bzw. **ERT**<sup>196</sup>.

Danach ergibt sich erstens eine Bindung an Unionsgrundrechte, wenn die Bundesrepublik Deutschland Unionsrecht durchführt (**Wachauf**). In dieser Konstellation handelt sie bzw. die übrigen Mitgliedstaaten quasi als verlängerter Arm der Gemeinschaft (sog. „**agency situation**“). Davon umfasst ist auch die Umsetzung von Richtlinien<sup>197</sup>. In diesem Zusammenhang ist es irrelevant, wann die mitgliedstaatliche Norm verabschiedet wurde; wichtig ist nur, dass sich der streitige Sachverhalt aus Sicht des EuGH nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist zugetragen hat. Zweitens folgt die mitgliedstaatliche Bindung an Unionsgrundrechte aus der **ERT**-Rechtsprechung. Nach dieser sind die Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte gebunden, wenn eine nationale Regelung „**in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts**“ fällt. Diese Rechtsprechung ist hauptsächlich mit den europäischen Grundfreiheiten verknüpft. Die Mitgliedstaaten sind an Unionsgrundrechte gebunden, wenn sie mit nationalen Regelungen die (un-)geschriebenen Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten ausfüllen.

#### IV.1.a.bb. Primäres Unionsrecht: Allgemeine Grundsätze

Das Verbot der Altersdiskriminierung stellt des Weiteren auch einen ungeschriebenen allgemeinen Grundsatz des primären Unionsrechts dar, vgl. Art. 6 III EUV<sup>198</sup>. Das ist aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland nur noch für Sachverhalte zwischen dem 2.12.2006 und dem 30.11.2009 von Bedeutung. Denn seit Dezember 2009 ist sie an die Charta der Grundrechte der EU gebunden.

Für die Herleitung des ungeschriebenen Primärrechts ist der EuGH verantwortlich. Er füllt durch seine Rechtsprechung die Lücken auf, die das geschriebene Primärrecht aufweist. Dies ist ein politisch hochsensibler Bereich. Denn indem der EuGH das geschriebene Primärrecht fortbildet, ergänzt beziehungsweise verändert er einen völkerrechtlichen Vertrag, über den die Mitgliedstaaten sich eigentlich in inhaltlicher Hinsicht bereits verbindlich abgestimmt hatten. Unter Umständen ist es ihm möglich, Entwicklungen vorwegzunehmen, die die Mitgliedstaaten noch gar auf der Ebene des Unionsrechts angestoßen wissen wollten.

195 Von den 27 Mitgliedstaaten gilt die Grundrechte-Charta aufgrund eines Protokolls nicht für das Vereinigte Königreich und Polen. Das hat für die Bindung der Bundesrepublik Deutschland an die Grundrechte-Charta jedoch keine Auswirkungen.

196 EuGH 13.7.1989, Rs. 5/88, Wachauf, Slg. 1989, 2609 ff. = AgrarR 1990, 118, 119, Rn. 19; EuGH 18.6.1991, Rs. C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925 ff. = JZ 1992, 682, 685, Rn. 42.

197 EuGH 12.12.1996, Rs. C-74/95, NZA 1997, 307, 308, Rn. 25 f.; EuGH 27.6.2006, Rs. C-540/03, Slg. 2006, I-5769 ff. = EuZW 2006, 566, 569 f., Rn. 71, 104.

198 EuGH 19.1.2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci, NZA 2010, 85 ff.



Grundsätzlich wird dem EuGH gem. Art. 19 I 2 EUV (ex-Art. 220 EG) diese Kompetenz zur Rechtsfortbildung zugebilligt, vgl. auch Art. 6 III EUV (ex-Art. 6 II EU). Teilweise ist der EuGH sogar zur Entwicklung des ungeschriebenen Primärrechts von einigen nationalen Verfassungsgerichten gedrängt worden. Bei der Gewinnung des ungeschriebenen Primärrechts lässt sich der EuGH von den internationalen Menschenrechtsverträgen und den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, den so genannten Rechtserkenntnisquellen, inspirieren. Doch wird jedes Agieren in diesem Bereich genau beobachtet. Eines der wichtigsten Ergebnisse dieses nicht immer konfliktfreien juristischen Dialoges zwischen dem EuGH und den Höchstgerichten der Mitgliedstaaten war die Herleitung der damaligen Gemeinschaftsgrundrechte (jetzt Unionsgrundrechte) als allgemeine Grundsätze des ungeschriebenen Primärrechts. Sie stellten den Ersatz dafür dar, dass die EU jahrzehntelang keine geschriebenen Grundrechte kannte, und sollten die öffentliche Gewalt der damaligen Gemeinschaftsorgane disziplinieren. Später hat der EuGH die Bindung an europäische Grundrechte auch bezüglich der Mitgliedstaaten ausgeweitet. Diese Entwicklung ist jetzt in Art. 51 GRCh kodifiziert.

Das ungeschriebene primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung hat der EuGH in der kontrovers diskutierten **Mangold**-Entscheidung im November 2005 durch Rechtsfortbildung entwickelt<sup>199</sup>. Der Fall war konstruiert und betraf den Arbeitnehmer **Mangold**, der sich gegen die damalige Fassung der Altersbefristung in § 14 III TzBfG a. F. wehrte, die unbegrenzt Befristungsverhältnisse von über 52-jährigen Arbeitnehmenden bis zu ihrem Renteneintrittsalter legitimierte. Die bereits erwähnte Rahmenrichtlinie 2000/78/EG durfte der EuGH nicht anwenden, weil die Frist für die Bundesrepublik Deutschland zur Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung noch nicht abgelaufen war; das war der 2.12.2006. Das heißt, es gab damals noch gar kein bindendes ausdrückliches europarechtliches Verbot der Altersdiskriminierung, das der EuGH hätte anwenden können, um § 14 III TzBfG für unanwendbar zu erklären und der Privatklage des Arbeitnehmers **Mangold** stattzugeben.

Deshalb hätte der Kläger **Mangold** eigentlich nicht Recht bekommen dürfen. Doch der EuGH rekurrierte auf das ungeschriebene Primärrecht, das er ja entwickeln darf, und leitete das Gemeinschaftsgrundrecht des Verbotes der Altersdiskriminierung auf sehr pauschale Weise her. Anders als die Rahmenrichtlinie hatte die Bundesrepublik Deutschland dieses zu beachten, weil sie Ende der 90er Jahre die Teilzeit- und Befristungsrichtlinie hatte umsetzen müssen. Da sie sich nun im Sinne der **Wachauf**-Rechtsprechung in der Situation des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht befand und der EuGH die deutsche Altersbefristung für unzulässig hielt, war diese wegen des Verstoßes gegen ein Gemeinschaftsgrundrecht nicht mehr anwendbar.

Die **Mangold**-Entscheidung ist und war eine riesengroße Überraschung<sup>200</sup>. Sie ist vor allem im deutschen arbeitsrechtlichen Schrifttum massiv kritisiert worden. Der Vorwurf betrifft vor allem die Ansicht des EuGH, ein Verbot der Altersdiskriminierung ließe sich aus den internationalen Menschenrechtsverträgen und Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten herleiten. Die Mehrheit im arbeitsrechtlichen Schrifttum sieht dies ganz anders und hält die Entscheidung des EuGH daher für einen ausbrechenden Rechtsakt, weil der EuGH

199 EuGH 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold, NZA 2005, 1345 ff.

200 Vgl. bspw. aus der jüngeren Literatur **Steiner**, EuZA 2009, 140 ff.; **ders.**, NZA 2008, 73 ff.; **Rolfs**, EuZA 2009, 235 ff.

außerhalb seiner Kompetenz zur Rechtsfortbildung gem. Art. 19 I 2 EUV (ex-Art. 220 EG) gehandelt habe<sup>201</sup>. Das BVerfG nimmt für sich in Anspruch, einen solchen ausbrechenden Rechtsakt im Geltungsbereich des Grundgesetzes festzustellen<sup>202</sup>. Freilich ist auch die **Mangold**-Entscheidung nicht zum „**casus belli**“ zwischen dem EuGH und dem BVerfG geworden. Die Entscheidung war mittelbar Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gegen Urteil des BAG vom April 2006, das auf das **Mangold**-Urteil zurückgreift<sup>203</sup>. In dieser hat der Zweite Senat des BVerfG nun jüngst die Rechtsfortbildung des EuGH im Ergebnis gebilligt.

M. E. sprechen einige Argumente dafür, **Mangold** nicht als ausbrechenden Rechtsakt zu betrachten. Wenngleich das BVerfG nicht darauf eingegangen ist, findet sich gut ein halbes Dutzend Leitentscheidungen sowohl i. R. d. Europäischen Menschenrechtskonvention als auch i. R. d. Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, die das Verbot der Altersdiskriminierung heranziehen (Art. 14 EMRK und Art. 26 S. 2 IPBPR)<sup>204</sup>. Unabhängig davon lässt sich zudem das Merkmal Alter i. R. d. Art. 14 EMRK bzw. Art. 26 S. 2 IPBPR auch unter den Begriff „sonstiger Status“ wegen der Vergleichbarkeit zu den anderen dort aufgeführten persönlichen Merkmalen subsumieren<sup>205</sup>. Das sind schon einmal zwei wichtige Rechtserkenntnisquellen, die den internationalen Menschenrechtsschutz betreffen und alle Mitgliedstaaten der EU binden. Darüber hinaus ist das Verbot der Altersdiskriminierung mehr oder weniger konkret auch in drei mitgliedstaatlichen Verfassungen angesprochen (Finnland, Griechenland, Portugal). Sie stellen ebenfalls eine maßgebliche Rechtserkenntnisquelle für den EuGH dar.

Im Ergebnis steht das Verbot der Altersdiskriminierung auf einem breiteren Fundament als oft behauptet, was den gegenüber dem EuGH geäußerten Vorwurf, außerhalb seiner Kompetenzen gehandelt zu haben, entscheidend schwächt. Das Verbot der Altersdiskriminierung mag zwar jung und außerhalb des unionsrechtlichen Kontexts nicht sehr ausgeprägt gewesen sein. Aber die Herleitung des ungeschriebenen Verbots der Altersdiskriminierung ist „**nicht unvertretbar**“. Das war der Gradmesser des BVerfG im so genannten **Kloppenburg**-Beschluss<sup>206</sup> und nur darauf darf es i. R. d. aus rechtlicher Sicht konsequenten, aber

201 **Gerken/Rieble/Roth/Stein/Strein**, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009, S. 19 ff., 67 ff.; kritisch in Anlehnung an Larenz auch **Höpfner**, ZfA 2010, im Erscheinen („**missglückte richterliche Rechtsfortbildung**“); dagegen bspw. **Kocher**, AuR 2009, 332 ff.; **Leitmeier**, FA 2010, 4 ff.; Groh, myops 2009, 9 ff.; **Baer**, VVDStRL 2009, 290, 334; **E. Klein**, VVDStRL 2009, 367; **Pötters/Traut**, ZESAR 2010, 265, 269 ff.

202 BVerfG 30.6.2009 NJW 2009, 2267, 2272; BVerfG 12.10.1993 NJW 1993, 3047, 3052; BVerfG 8.4.1987 NJW 1988, 1459, 1461; BVerfG 23.6.1981 NJW 1982, 507, 510; BVerfG 29.5.1974 NJW 1974, 1697, 1698.

203 BVerfG 6.7.2010 BeckRS 2010, 52067; BAG 26.4.2006 NZA 2006, 1162 ff.; **Thüsing**, ZIP 2009, 199, 201: „*sehr viel größere Bedeutung als bislang vermutet*“; **ders.**, RdA 2010, 187 f.

204 Für die EMRK: Menschenrechtskommission 13.10.1986, Nelson v. United Kingdom, Nr. 11077/84; Ministerkomitee v. 12.10.1978 bzw. v. 12.6.1979, X v. United Kingdom, Nr. 7215/75; EGMR 22.10.1981, Dudgeon v. United Kingdom, Nr. 7525/76. Für den IPBPR: Menschenrechtsausschuss 9.8.2001, Beschwerde Nr. 855/1999, Schmitz de Jong v. Netherlands; Menschenrechtsausschuss 28.4.2003, Beschwerde Nr. 983/2001, „Love et al. v. Australia“. Seit der **Mangold**-Entscheidung hat der Menschenrechtsausschuss das Verbot der Altersdiskriminierung erneut in der Beschwerde v. 27.3.2006, Nr. 1016/2001, **Rubén Solís gegen Peru**, herangezogen. Der Fall betrifft aber einen Sachverhalt vor November 2005.

205 Die Spruchkörper der EMRK und des IPBPR haben die nicht abschließend formulierten Diskriminierungsverbote neben dem Lebensalter auch auf folgende Kriterien angewendet: Adoptionsrecht/gleichgeschlechtliche Gemeinschaft, Bauleitplanung/Eigentum, Familienrecht/uneheliche Kinder, Jagdrecht/Größe der Grundstücke, Kindergeld/Aufenthaltsurlaub, Mietrecht/Status des Vermieters, Steuerbefreiung/Ortsansässige, Versammlungsfreiheit/sexuelle Ausrichtung, dazu **Frowein/Peukert**, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 14 EMRK, Rn. 33; Staatsangehörigkeit, Familienstand, Wohnsitz, (Un-)Ehelichkeit, staatliche und Privatschule, (un)selbstständige Tätigkeit, Zivildienst/Wehrdienst, Haushaltsgemeinschaften mit Familien bzw. anderen Personen, dazu **Joseph/Schultz/Castan**, The International Covenant on Civil and Political Rights, 2. Aufl. 2004, Rn. 23.22.

206 BVerfG 8.4.1987 NJW 1988, 1459, 1461.

rechtspolitisch nicht unproblematischen, zurückgenommenen **ultra-vires**-Kontrolle durch das BVerfG ankommen. Diese Tendenz hat das BVerfG nun zumindest im Ergebnis bestätigt.

#### IV.1.a.cc. Sekundäres Unionsrecht: Rahmenrichtlinie 2000/78/EG

Das Verbot der Altersdiskriminierung ist des Weiteren auch in Art. 1 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG niedergelegt. Die Rahmenrichtlinie ist nicht nur für das nationale Umsetzungsgesetz, das AGG, von Bedeutung, sondern steht auch in Wechselwirkung mit dem primären Unionsrecht. Denn einerseits versteht der EuGH das in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG normierte Verbot der Altersdiskriminierung nur als Konkretisierung eines primärrechtlichen Grundsatzes (ungeschrieben i. S. d. Art. 6 III EUV oder geschrieben i. S. d. Art. 21 I GRCh). Andererseits wird das primärrechtliche Pendant maßgeblich durch die sekundärrechtlichen Vorgaben vorgeprägt. Mit anderen Worten präjudiziert ein Verstoß gegen die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG nach Ansicht des EuGH einen Verstoß auf der Ebene des Primärrechts<sup>207</sup>. Das belegen die Urteile **Mangold** und **Kücükdeveci**<sup>208</sup>. Auf die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG wird unter IV.2. näher eingegangen.

#### IV.1.b. Nationales Recht: AGG

Das Verbot der Altersdiskriminierung ist schließlich in §§ 1, 7, 19, 24 AGG niedergelegt, das am 18.8.2006 in Kraft getreten ist. Was Konstellationen mit Altersrelevanz im Arbeitsrecht betrifft, erweckt freilich das AGG den Eindruck, als möchte der deutsche Gesetzgeber den bestehenden Rechtszustand im Arbeitsrecht zementieren<sup>209</sup>. Das rührt vornehmlich daher, dass er es zum einen unterlassen hat, das einfache Gesetzesrecht auf unmittelbare bzw. mittelbare Altersdiskriminierungen hin zu durchforsten – trotz der gegenteiligen Vorgaben in Art. 288 III AEUV (ex-Art. 249 III EG) und Art. 16 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Zum anderen legitimiert der Gesetzgeber, wie die Auflistung der Rechtfertigungsgründe für Altersdiskriminierungen in § 10 S. 3 AGG zeigt, den vorhandenen **acquis** des deutschen Arbeitsrechts. Damit schreibt er vorsorglich den **status quo** fest, soweit er nach dem Lebensalter differenziert. § 10 S. 3 Nr. 1, 2, 3, 5 und 6 AGG rechtfertigen aber u. a. diejenigen arbeitsrechtlichen Regelungen, die gerade besonders verdächtig sind, wie z. B. die Vereinbarung einer allgemeinen Altersgrenze oder die unterschiedliche Behandlung älterer Arbeitnehmender in Bezug auf Sozialplanansprüche. Da die dazugehörige Gesetzesbegründung keine vertiefte Beschäftigung mit dem altersdiskriminierenden Potenzial der in § 10 AGG angesprochenen Regelungen erkennen lässt, muss der Erkenntniswert des § 10 AGG als begrenzt bezeichnet werden<sup>210</sup>. Die praktische Wirksamkeit des Verbots der Altersdiskriminierung speist sich bislang vornehmlich aus der europäischen Ebene, die wiederum die nationale maßgeblich beeinflusst.

207 Das ist für die Rechtsprechung zur Reichweite der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien von nicht zu unterschätzender Bedeutung, dazu ausf. **Preis/Temming**, NZA 2010, 185 ff.

208 EuGH 19.1.2010, Rs. C-555/07, **Kücükdeveci**, NZA 2010, 85 ff.

209 Zur Kritik vgl. **Preis**, ZESAR 2007, 249 ff.; **ders.**, ZESAR 2007, 308 ff.; **Schlachter**, ZESAR 2006, 391, 396.

210 Bspw. führt die Gesetzesbegründung auf, dass die jetzigen Nummern fünf und sechs des § 10 S. 3 AGG der Rechtssicherheit dienen, indem die Regelbeispiele der Nummern eins bis vier des § 10 AGG ergänzt werden und klarstellen, dass auch weiterhin das Alter bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen und der damit im Zusammenhang stehenden Leistungen des Arbeitgebers berücksichtigt werden kann, vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 36.

### IV.1.c. Verhältnis der Rechtsquellen zueinander

Das Unionsrecht genießt Vorrang vor dem Recht der Bundesrepublik Deutschland. Auf die strittigen Ausnahmekonstellationen kommt es mit Blick auf das AGG und das sonstige deutsche Arbeitsrecht nicht an. Im Einzelnen gilt für die Prüfungsmaßstäbe und das Verhältnis der Rechtsquellen, in denen das Verbot der Altersdiskriminierung niedergelegt ist, grundsätzlich Folgendes:

Soweit es um gesetzliche Vorschriften – wie bspw. § 622 II 2 BGB – geht, ist das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung direkter Prüfungsmaßstab (geschrieben/ ungeschrieben)<sup>211</sup>. Kann die Vorschrift nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden, ist sie unanwendbar. Sollte die Benachteiligung wegen des Alters unzulässig sein, können §§ 8 I, 10 AGG diese keinesfalls rechtfertigen. Falls es um die in § 10 S. 3 AGG genannten Fallgruppen geht, sind diese primärrechtskonform restriktiv auszulegen oder mangels Auslegungsmöglichkeit ggf. unanwendbar. Das heißt, nicht auslegungsfähige Rechtfertigungsmöglichkeiten des § 10 S. 3 AGG können selbst dem primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung entgegenstehen<sup>212</sup>. Des Weiteren muss die allgemeine Generalklausel des § 10 S. 1 und S. 2 AGG dann ebenfalls unionsrechtskonform restriktiv ausgelegt werden.

Betriebsvereinbarungen – wie bspw. Sozialpläne gem. §§ 112, 112a BetrVG – sind an § 75 I BetrVG zu messen, der ebenfalls unionsrechtskonform auszulegen ist. Er ist die spezielle Norm im Vergleich zu den Vorschriften des AGG. Freilich versperren weder das BetrVG noch das AGG die Möglichkeit, auf die Rechtfertigungsmöglichkeit des § 10 AGG zurückzugreifen, vgl. § 2 III 1 AGG. Sollte die Benachteiligung wegen des Alters in Sozialplänen gem. § 75 I BetrVG unzulässig sein, kann bspw. § 10 S. 3 Nr. 6 AGG diese nicht rechtfertigen. Folge ist die Unwirksamkeit gem. § 134 BGB. § 10 S. 3 Nr. 6 AGG wäre darüber hinaus selbst unionsrechtswidrig und im Falle der nicht möglichen Auslegungsmöglichkeit aufgrund seines konkreten Inhalts unanwendbar; § 10 S. 1 und S. 2 AGG wären dann entsprechend eng auszulegen. Tarifverträge und arbeitsrechtliche Vereinbarungen bzw. Maßnahmen der Tarifvertragsparteien und des Arbeitgebers sind an §§ 8, 9, 10 AGG zu messen, soweit der sachliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist. Des Weiteren sind auch die Generalklauseln der §§ 138, 242, 307 I BGB sowie der arbeitsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung heranzuziehen. Diese Vorschriften können im Regelfall unionsrechtskonform ausgelegt werden.

Insgesamt zeigt sich, dass bereits das deutsche einfache Gesetzesrecht privates Handeln effektiv zu beschränken vermag. Die Rechtsfolge der Unanwendbarkeit im Falle des Verstoßes gegen primäres Unionsrecht betrifft privatrechtliches Handeln nicht direkt. Relevant wird diese Konstellation nur, soweit Arbeitgeber, Betriebsparteien und Tarifvertragsparteien auf Grundlage einer gesetzlichen Vorschrift handeln, die sich nicht unionsrechtskonform auslegen lässt. Allerdings ergibt sich die Rechtsfolge der Unanwendbarkeit dann aus der Bindung der Bundesrepublik Deutschland an das primäre Unionsgrundrecht (geschrie-

211 Das AGG selbst kann kein Prüfungsmaßstab für das einfache Gesetzesrecht sein, weil es normhierarchisch auf derselben Stufe steht, vgl. dazu auch BVerfG 18.11.2008 EzA § 622 BGB 2002 Nr. 6.

212 Das mag paradox klingen, aber § 10 AGG ist eine gesetzliche Vorschrift, die ebenfalls am primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung zu messen ist. Es gilt das zu § 622 BGB Gesagte.

ben/ungeschrieben). Die Situation ist nicht anders als im Falle der Bindung der Privatrechtsgesetzgeber an deutsche Grundrechte gem. Art. 1 III GG und deshalb zu akzeptieren.

## IV.2. Dogmatik des Verbots der Altersdiskriminierung

### IV.2.a. Vergleichstatbestand

Ausgangspunkt für die Frage, ob eine verbotene Benachteiligung wegen des Alters vorliegt, ist ein Vergleich. Dafür müssen innerhalb eines Vergleichsrahmens Vergleichsgruppen gebildet werden. Folgende äußerste Grenzen können gezogen werden: Der relevante Vergleichsrahmen setzt sich aus Arbeitnehmenden zusammen. Einschränkend tritt hinzu, dass es sich um Arbeitnehmende handeln muss, die derselben Regelungsgewalt unterfallen. Es muss sich also bspw. um Arbeitnehmende desselben Arbeitgebers handeln; oder um Arbeitnehmende, die der Regelungsgewalt der Tarifvertragsparteien oder des Mitgliedsstaates unterfallen.

Innerhalb dieses Vergleichsrahmens lassen sich denkbar viele Sachverhalte bilden, die miteinander verglichen werden können. Dies sind die Vergleichsgruppen, und ihre Zusammensetzung richtet sich nach der tatbestandlichen Reichweite der einschlägigen arbeitsrechtlichen Regelung (Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, AGB) bzw. Maßnahme. Für die Vergleichbarkeit dieser Gruppen wird das Merkmal des Lebensalters dann als unwesentlich fingiert, sofern eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt werden kann.

Da das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung jegliches Alter schützt, müssen die sich in den Vergleichsgruppen befindlichen Arbeitnehmenden kein bestimmtes Alter aufweisen. Wegen der Vielgestaltigkeit von Sachverhalten wird es auch oft auf die sog. „hypothetische Vergleichsperson“ ankommen. Bspw. hat der irische Equality Officer in der Entscheidung **Perry v. Garda Commissioner** zwei hypothetische Vergleichspersonen herangezogen, deren Altersunterschied bei gleicher Dienstzeit nur einen Tag betrug (60 Jahre ± einen Tag), während die Klägerin tatsächlich 64 Jahre alt und die von ihr herangezogene Vergleichsperson 59 Jahre alt war.<sup>213</sup> Dies ist ein gewisser Unterschied bspw. zur Geschlechter- oder Rassendiskriminierung, die von einer strengeren Dichotomie geprägt sind, wobei der EuGH zumindest im Falle der Geschlechterdiskriminierung den Ansatz der hypothetischen Vergleichsperson oft im Zusammenhang mit der Schwangerschaft verfolgt hat.

### IV.2.b. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

#### IV.2.b.aa. Unmittelbare Diskriminierung

Gem. Art. 2 II lit. a Rahmenrichtlinie 2000/78/EG liegt eine unmittelbare Altersdiskriminierung vor, wenn eine Person wegen ihres Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Geht es um eine abstrakt-generell formulierte Regelung gleich welchen Ranges

<sup>213</sup> Vgl. die Entscheidung des irischen Equality Officers 24.9.2001, Az. DEC-E2001-029, Maura Perry v. Garda Commissioner, abzurufen unter [www.equalitytribunal.ie](http://www.equalitytribunal.ie) (19.3.2010). In diesem Fall ging es um ein alterdiskriminierendes Abfindungssystem, welches für Arbeitnehmende über 60 Jahren geringere Abfindungen vorsah als für Arbeitnehmende unterhalb dieser Altersgrenze.

(Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, AGB), betrifft die unmittelbare Altersdiskriminierung die Anordnung unterschiedlicher Rechtsfolgen für die Vergleichsgruppen sowie die ungleichen Auswirkungen. In Bezug auf eine (Einzel-)Maßnahme, insbesondere des Arbeitgebers, kann es nur um einen einzigen Sachverhalt gehen (bspw. Anweisung, Versetzung, Abmahnung, Kündigung). Deshalb muss dieser Sachverhalt mit einem anderen, anders behandelten Sachverhalt verglichen werden. Dabei gewährleistet die Formulierung in Art. 2 II lit. a Rahmenrichtlinie 2000/78/EG, dass sowohl vergangene, aktuelle als auch hypothetische Sachverhalte miteinander verglichen werden können („erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“).

Der EuGH hat die allgemeine Reichweite der unmittelbaren Diskriminierung durch die zwei jüngeren Urteile **Feryn** sowie **Coleman** ausgeweitet und dafür neben systematischen Erwägungen insbesondere den Gedanken der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts angeführt<sup>214</sup>. In der Entscheidung **Feryn** erkannte er, öffentliche Äußerungen, durch die ein Arbeitgeber kundtue, dass er im Rahmen seiner Einstellungspolitik keine Arbeitnehmenden einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse beschäftigen werde, würden ausreichen, um eine Vermutung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG für das Vorliegen einer unmittelbar diskriminierenden Einstellungspolitik zu begründen. Mit anderen Worten muss es für das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung kein konkretes Diskriminierungsopfer geben. Die Entscheidung ist auf die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG übertragbar.

In der Entscheidung **Coleman** sah der EuGH auch die so genannte „assoziierte Diskriminierung“ von der unmittelbaren Diskriminierung als mit umfasst an. Das in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vorgesehene Verbot der unmittelbaren Diskriminierung sei nicht auf Personen beschränkt, die selbst behindert sind. Erfahre ein Arbeitnehmender, der nicht selbst behindert ist, durch einen Arbeitgeber eine weniger günstige Behandlung, als ein anderer Arbeitnehmender in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, und sei nachgewiesen, dass die Benachteiligung des Arbeitnehmenden wegen der Behinderung ihres oder seines Kindes erfolgt ist, für das sie oder er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, deren es bedarf, so verstoße eine solche Behandlung gegen das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung. Im englischen Recht ist assoziierte Diskriminierung bspw. seit Langem anerkannt; es bedarf darüber hinaus auch keiner besonderen Nähebeziehung zwischen dem Diskriminierungsopfer und dem Träger des verpönten Merkmals<sup>215</sup>. Freilich hat sich dazu der EuGH noch nicht geäußert.

Als Fall einer unmittelbaren Diskriminierung ließen sich auch diejenigen Fälle einordnen, in denen das Merkmal zwar nicht notwendigerweise alle Arbeitnehmenden einer bestimmten Altersgruppe gegenüber einer anderen benachteiligt, doch umgekehrt in der Altersgruppe der benachteiligten Arbeitnehmenden sich vollständig alle Vertreter einer abgrenzbaren Altersgruppe befinden. Mit anderen Worten handelt es sich um ein Differenzierungskriterium, das trotz seines unterschiedslosen Charakters dennoch nur ausschließlich Arbeitnehmende einer bestimmten Altersgruppe betrifft. Im Bereich der Geschlechterdiskriminierung ist dies das Merkmal der Schwangerschaft<sup>216</sup>. Darauf aufbauend ließe

214 EuGH 10.7.2008, Rs. C-54/07, Feryn, NZA 2008, 929 ff.; EuGH 17.7.2008, Rs. C-303/06, Coleman, NZA 2008, 932 ff.; s. a. **Lobinger**, EuZA 2009, 365 ff.

215 Dazu **Sutschet**, EuZA 2009, 245 ff. m. w. N. aus der englischen Rechtsprechung.

216 Grdl. EuGH 8.11.1990, Rs. C-177/88, Elisabeth Dekker, Slg. 1990, I-3941 ff., Rn. 12 = NZA 1991, 171, 172.

sich in Bezug auf Altersdiskriminierungen ebenfalls nach biologischen, tatsächlichen bzw. gesellschaftlichen und rechtlichen Aspekten unterscheiden.

Da es in der vorliegenden Expertise aber maßgeblich um die Kriterien Lebensalter sowie Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit geht, wird hierauf nicht vertieft eingegangen. Ersteres ist als unmittelbare Altersdiskriminierung zu begreifen, Letzteres kann nach einhelliger Auffassung zu einer mittelbaren Altersdiskriminierung führen. Darüber hinaus ist der Rechtfertigungsmaßstab einer unmittelbaren wie mittelbaren Altersdiskriminierung i. R. d. Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nach hier vertretener Auffassung derselbe, wie sogleich bei der mittelbaren Diskriminierung ausgeführt wird. Deshalb ist es im Ergebnis auch irrelevant, ob die Unterscheidung nach der Gruppe der Berufsanfängerinnen bzw. Berufsanfänger, also der „Generation Praktikum“, als eine unmittelbare oder mittelbare Altersdiskriminierung zu begreifen ist.

#### IV.2.b.bb. Mittelbare Diskriminierung

Gem. Art. 2 II lit. b Rahmenrichtlinie 2000/78/EG liegt eine mittelbare Altersdiskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines bestimmten Alters gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich<sup>217</sup>. Vorsatz oder Absicht sind nach der Rechtsprechung des EuGH nicht erforderlich<sup>218</sup>.

Der Grund für die Figur der mittelbaren Diskriminierung liegt zunächst in der Absicherung des Verbotes der unmittelbaren Diskriminierung. Denn jene verhindert, dass durch die Anknüpfung an scheinbar neutrale Kriterien dasselbe Ergebnis, also die unterschiedliche Auswirkung, erzielt wird, welches ein besonderes Diskriminierungsverbot in Bezug auf das in Frage stehende verpönte Kriterium gerade verbietet (Umgehungsverbot)<sup>219</sup>. Die mittelbare Diskriminierung behandelt damit die Problematik der Gleichwertigkeit, also die Frage des Zusammenhanges einer Differenzierung auf Grundlage eines neutralen Merkmals mit dem verbotenen Diskriminierungsmerkmal.

Ferner kommt der mittelbaren Diskriminierung die Funktion einer Beweislastregel zu. Hat der Kläger oder die Klägerin eine unterschiedliche Betroffenheit und damit Ungleichbehandlung aufgrund des neutralen Kriteriums bewiesen oder wird nur verlangt, dass eine überwiegende bzw. hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, so muss der oder die Beklagte den vollen Beweis dafür führen, dass die Ungleichbehandlung nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des verbotenen Merkmals zu tun hat<sup>220</sup>. In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des EuGH i. R. d. Art. 157 I AEUV (ex-Art. 141 I EG) und in Art. 2 und Art. 4 der

217 Vgl. bereits EuGH 15.10.1969, Rs. 15/69, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v. Salvatore Ugliola, Slg. 1970, 363 ff., Rn. 6 = RdA 1970, 58, 59; EuGH 12.2.1974, Rs. 152/73, Giovanni Maria Sotgiu, Slg. 1974, 153 ff., Rn. 11 = AP Nr. 6 zu Art. 177 EWG-Vertrag.

218 EuGH 7.2.1991, Rs. C-184/89, Nimz, Slg. 1991, I-297 ff., Rn. 12 = EuZW 1991, 217, 218; **Schlachter**, in: ErfK (Fn. 141), Art. 141 EGV, Rn. 14; **Plötscher**, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 240.

219 **Plötscher**, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 61 m. w. N.; **Preis**, ZESAR 2007, 308, 311.

220 Vgl. bspw. EuGH 6.4.2000, Rs. C-226/98, Birgitte Jørgensen, Slg. 2000, I-2447 ff., Rn. 30 = AP Nr. 21 zu EWG-Richtlinie Nr. 76/207.

Beweislastrichtlinie 97/80/EG kodifiziert worden<sup>221</sup>. Im Zuge der beiden neueren Antidiskriminierungsrichtlinien aus dem Jahre 2000 sind die Darlegungs- und Beweislastanforderungen an den Kläger bzw. die Klägerin noch einmal abgesenkt worden, weil statistisches Datenmaterial jenseits der Geschlechterdiskriminierung u. U. nicht erhoben werden darf, kaum existiert oder ein diesbezüglicher Nachweis sehr schwer zu führen ist<sup>222</sup>. Diese Absenkung kommt nun in der oben zitierten Legaldefinition der mittelbaren Diskriminierung zum Ausdruck, die sich auf den Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Klägers oder der Klägerin auswirkt.

Von wesentlicher Bedeutung für das europäische Antidiskriminierungsrecht ist die Frage, wie die Ungleichbehandlung gehandhabt werden muss: formal oder materiell. Das ist gleichzusetzen mit dem Verständnis, das Diskriminierungen zugrunde liegt. Nach einem formalen Verständnis ist eine Diskriminierung gegeben, wenn sie mittels bestimmter Kriterien zwei Sachverhalte unterschiedlich behandelt. In diesem Fall kommt es dann maßgeblich auf die Ausgestaltung der Maßnahme an. Bspw. folgen in Bezug auf Regelungen die maßgeblichen Kriterien dabei grundsätzlich aus ihrem Anwendungsbereich bzw. ihren Tatbestandsvoraussetzungen. Auf besondere Diskriminierungsverbote gemünzt liegt eine Diskriminierung nur dann vor, wenn die Regelung mittels eines Tatbestandsmerkmals, das dem verbotenen Kriterium entspricht, (un-)mittelbar differenziert und insoweit unterschiedlich anwendbar ist.

Hingegen zielt ein materielles Verständnis der Diskriminierungsverbote auf die ungleichen Auswirkungen einer Regelung ab. Diese entstehen nicht nur, wenn die Regelung selbst differenziert, sondern auch dann, wenn es sich um Regelungen handelt, die formal gar nicht diskriminieren, also unterschiedslos ausgestaltet sind. Bei diesem Verständnis ist bereits die unterschiedliche Auswirkung auf die Vergleichsgruppen im Ergebnis ein hinreichendes Kriterium für das Vorliegen einer Diskriminierung. Sie soll materielle Diskriminierung genannt werden. Die unterschiedlichen Auswirkungen entstehen dabei durch das Zusammentreffen der ggf. unterschiedslos ausgestalteten Regelung mit einer vorgegebenen Situation, in der sich die Vergleichsgruppen befinden, und sind in der zeitlichen Dimension Änderungen unterworfen.

Mittelbare Diskriminierung und materielle Diskriminierung im soeben definierten Sinne sind strikt von einander zu trennen. Diese schließt jene aber nicht aus, weil es bei der mittelbaren Diskriminierung natürlich auch auf die Auswirkungen einer Regelung oder Maßnahme ankommt. Fraglich ist nur, ob dies ausreicht, mithin bereits eine hinreichende Bedingung für das Vorliegen einer Diskriminierung darstellt; so sieht es das materielle Diskriminierungsverständnis. Die Antwort auf diese Frage ist wichtig, denn sie legt die Grenzen der mittelbaren Diskriminierung fest.

Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann<sup>223</sup>, offenbart, dass dieser eher einem formellen Diskriminierungsverständnis folgt.

221 Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. EG Nr. L 14 v. 20.1.1998, S. 6 ff.; diese Richtlinie trat gem. Art. 34 RL 2006/54/EG mit Wirkung zum 15.8.2009 außer Kraft.

222 **Tyson**, EJML 2001, 199, 203; **Bell**, ILJ 2000, 79, 82. Die Mitgliedstaaten waren darüber geteilter Ansicht, daher kam es zu einer Kompromisslösung, vgl. Erwägungsgrund Nr. 15 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG.

223 Vgl. dazu **Plötscher**, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 118, 151 f., 194, 199, 225, 284; **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 441 bis 455.



Daraus folgt, dass ein allgemein formuliertes Verbot – bspw. das an alle Arbeitnehmende eines Unternehmens gerichtete Verbot, religiöse Bekundungen zu unterlassen – nicht an einem Diskriminierungsverbot und damit am Maßstab des Art. 21 I GRCh, der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG oder dem AGG gemessen werden kann.

Das bedeutet nicht, dass derartige Sachverhalte, die sich lediglich im Ergebnis als mittelbar und damit als materiell diskriminierend erweisen, einer gleichheitsrechtlichen Prüfung vollkommen entzogen sind. Einschlägig ist vielmehr der zweite Teil des allgemeinen Gleichheitssatzes, nach dem wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Thematisch geht es um einen so genannten Anspruch auf Ungleichbehandlung, den auch der EuGH kennt<sup>224</sup>; freilich ist diesbezüglich in dogmatischer Hinsicht noch einiges im Unklaren. Auf der nationalen Ebene wäre der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz einschlägig. Kann der Sachverhalt nach diesen Maßgaben auch nicht an einem allgemeinen Gleichheitsrecht gemessen werden, so sind schließlich Freiheitsrechte heranzuziehen. Denn regelmäßig geht es dann um die Beschränkung einer Ausübung einer Tätigkeit. Das wird an dem obigen Beispiel des Religionsausübungsverbots deutlich. Das ist die Domäne der Freiheitsrechte. Einfachrechtlich ist dann nicht das AGG einschlägig, sondern es sind bspw. die §§ 307 ff. BGB heranzuziehen.

Kann die Benachteiligung aufgrund des neutralen Merkmals sachlich gerechtfertigt werden, liegt nach Art. 2 II lit. b Rahmenrichtlinie 2000/78/EG keine mittelbare Diskriminierung vor. Die Thematik der Rechtfertigung ist damit Bestandteil des Tatbestandes der mittelbaren Diskriminierung. Dabei ist zweistufig vorzugehen: Zunächst ist nach Rechtfertigungsgründen zu suchen, die einem legitimen Ziel dienen. Darüber hinaus müssen sie objektiver Natur sein. Generell scheidet dafür das verbotene Differenzierungskriterium selbst aus. Ebenso wenig dürfen die Rechtfertigungsgründe mit dem verbotenen Differenzierungsgrund im Zusammenhang stehen.

Sodann werden diese Rechtfertigungsgründe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen. Das führt zu der bereits angesprochenen wichtigen Frage, wie intensiv diese Prüfung ausfällt. Vergegenwärtigt man sich noch einmal die beiden Hauptgründe der mittelbaren Diskriminierung, muss wegen der Umgehungsgefahr bzw. der Gleichstellungsfunktion mit der unmittelbaren Diskriminierung die Verhältnismäßigkeitsprüfung in beiden Fällen dieselbe Intensität besitzen<sup>225</sup>. Aus diesem Grund richtet sich die Rechtfertigung von mittelbaren Benachteiligungen wegen des Alters nach denjenigen Maßstäben, die für unmittelbare Altersdiskriminierungen gelten. Deshalb sei auf die folgenden Ausführungen unter IV.2.c.bb. verwiesen.

224 EuGH 16.9.2004, Rs. C-400/02, Gerard Merida, Slg. 2004, I-8471 ff., Rn. 22 = IStR 2004, 830, 832.

225 **Rossi**, EuR 2000, 197, 213 f.; **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 459 f. m. w. N.; a. A. **Plötscher**, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 293 f.; **v. Danwitz**, JZ 2007, 697, 705; **Britz**, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 53; für unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe in Bezug auf Art. 4 und Art. 6 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG **Wiedemann/Thüsing**, NZA 2002, 1234, 1238.

## IV.2.c. Rechtfertigung

Benachteiligungen hinsichtlich des Lebensalters aufgrund neutraler Kriterien können ebenso wie unmittelbare Altersdiskriminierungen grundsätzlich gerechtfertigt werden<sup>226</sup>. Allgemein gilt, dass das Verbot der Altersdiskriminierung nur aus Gründen beschränkt werden darf, welche sich auf die dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft bzw. der Mitgliedstaaten oder den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer zurückführen lassen. Diese Ziele dürfen selbst nicht diskriminieren. Weiterhin müssen die Schranken-Schranken eingehalten werden. Neben der Wesensgehaltsgarantie und den Grundfreiheiten ist dies insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das bedeutet, die betreffende Maßnahme muss zur Verfolgung des angestrebten Ziels notwendig bzw. geeignet sein, dabei das mildeste Mittel darstellen (Erforderlichkeit) sowie angemessen bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

### IV.2.c.aa. Rechtfertigungstatbestände

Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG bietet mehrere Rechtfertigungstatbestände. Auf Art. 2 II lit. b Rahmenrichtlinie ist bereits bei den Ausführungen zur mittelbaren Altersdiskriminierung hingewiesen worden. Für staatliche unmittelbare Benachteiligungen wegen des Alters ist Art. 2 V Rahmenrichtlinie 2000/78/EG von Relevanz. Nach dieser Vorschrift berührt die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Der EuGH versteht diese Vorschrift nicht als sachliche Schutzbereichsbestimmung, sondern als Rechtfertigungstatbestand. Das hat das Urteil **Petersen** gezeigt, das die Zulässigkeit der mittlerweile aufgehobenen Altersgrenze 68 in der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 95 VII 3 SGB V a. F. betraf. U. a. maß der EuGH die gesetzliche Altersgrenze 68 an Art. 2 V Rahmenrichtlinie 2000/78/EG<sup>227</sup>. Private dürften sich auf diese Rechtfertigungsmöglichkeit wohl nicht berufen können, denn sie erlassen keine „**im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen**“.

Im hier interessierenden arbeitsrechtlichen Zusammenhang stehen vor allem Art. 4 I, Art. 6 I und Art. 7 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG im Fokus.

#### IV.2.c.aa(1) Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG

Die Mitgliedstaaten können gem. Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen des Alters keine Diskriminierung darstellt, wenn das Alter aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Obwohl Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG auf den eigenen Art. 2 I und II verweist, dürfte dieser Rechtfertigungsgrund systematisch nur eine unmittelbare Altersdiskriminierung erfassen, da die Voraussetzung der Rechtfertigung bereits Bestandteil der mittelbaren Diskriminierung ist.

<sup>226</sup> S. a. **Preis/Temming**, NZA 2010, 185, 194 ff.

<sup>227</sup> EuGH 12.1.2010, Rs. C-341/08, Domnica Petersen, EuZW 2010, 137, 139, Rn. 49 ff. mit Anm. **Röbke**, EuZW 2010, 145 f.; **Rixen**, ZESAR 2010, 249 ff.; **Mestre**, ELR 2010, 88;

Thematisch geht es um diejenigen Fälle, in denen es um das Wesen der beruflichen Tätigkeit geht und entweder alle Mitglieder dieser Altersgruppe das in Frage stehende Charakteristikum teilen oder eine individuelle Leistungsbewertung unpraktikabel, vielleicht sogar unmöglich ist. Dieser Rechtfertigungstopos entspricht im US-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht der sog. **bona fide occupational qualification** (sog. BFOQ-Einrede)<sup>228</sup>. Im Geltungsbereich des ADEA in den USA werden mit Hilfe dieses Topos für gewöhnlich besondere Altersgrenzen in sicherheitsrechtlich oder sicherheitstechnisch sensiblen Bereichen gerechtfertigt. Betroffen sind in den USA berufliche Tätigkeiten als Polizisten, Feuerwehrleute, Jagdaufseher, Fluglotsen, Flugzeugpiloten oder Busfahrer. In Bezug auf den Pilotenberuf wurde für den deutschen Rechtsraum die Relevanz dieses Rechtfertigungstopos i. R. d. § 14 I TzBfG unter III.3.c.bb. herausgestellt. Das dahinterliegende Ziel ist die sichere Beförderung von Passagieren.

Weiterhin werden in diesem Bereich für den europäischen Rechtsraum Fallgruppen diskutiert, in denen es um die Wahrung der Authentizität geht<sup>229</sup>. Eng damit zusammen können so genannte Kundenpräferenzen hängen, sofern man die wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen sehr weit auslegt. Dann wäre auch das vom Unternehmen gewollte Erscheinungsbild gegenüber Klientinnen bzw. Klienten und Kundinnen bzw. Kunden von diesem Gesichtspunkt erfasst. Legitimes Ziel ist diesbezüglich ebenfalls die Wahrung der Authentizität der durch den Arbeitnehmenden ausgeübten Tätigkeit oder das Unternehmenskonzept. In der Entscheidung **Feryn** ist der EuGH darauf mit keiner Silbe eingegangen<sup>230</sup>; freilich hatte der Sachverhalt mit einer ausländerfeindlichen Äußerung aufgrund (angeblicher) Kundenerwartungen zu tun. Soweit ersichtlich, ist dieser Gesichtspunkt bei Altersdiskriminierungen bislang nicht praxisrelevant geworden.

#### IV.2.c.aa(2) Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG

Weit wichtiger für unmittelbare Altersdiskriminierungen ist die speziell dafür vorgesehene Rechtfertigungsmöglichkeit in Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Danach können die Mitgliedstaaten ungeachtet des Art. 2 II vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Das Verhältnis zwischen Art. 4 I und Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG ist nicht unumstritten. Eigentlich sprechen die besseren Argumente dafür, für Altersdiskriminierungen beide Vorschriften parallel heranziehen zu können. Der Wortlaut in Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG ist klar. Er ist als Rechtfertigungstatbestand an jedes in Art. 1 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG aufgeführte Merkmal gerichtet; eine Sperrwirkung kann ihm nicht entnommen werden. Nur für das Lebensalter stellt die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG den offen formulierten Art. 6 I zusätzlich zur Verfügung. Dieser wiederum ist in Bezug auf die legitimen Ziele seinerseits nicht abschließend. Denn er verwendet zweimal das Wort „**insbesondere**“.

<sup>228</sup> Section 623(f) ADEA, Vol. 29 USC.

<sup>229</sup> **Schmidt/Senne**, RdA 2002, 80, 83; **Wiedemann/Thüsing**, NZA 2002, 1234, 1237 f.; s. a. **Linsenmaier**, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, S. 22, 26, 28.

<sup>230</sup> EuGH 10.7.2008, Rs. C-54/07, **Feryn**, NZA 2008, 929 ff.

Freilich scheint die Rechtsprechung des EuGH eine andere Entwicklung zu gehen. Denn die Luxemburger haben begonnen, die Rechtfertigungsprüfung bei Ungleichbehandlungen nach dem Alter auszdifferenzieren. Es könnte sein, dass sie das Wort „**insbesondere**“ i. R. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG, das auf nicht abschließenden Charakter dieser Vorschrift begründet, bewusst übergehen und nur Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt sowie berufliche Bildung am Maßstab des Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG gelten lassen wollen. Das haben die jüngsten Entscheidungen **Petersen**, **Wolf** und **Age Concern** vor Augen geführt<sup>231</sup>.

Während das vorliegende VG Frankfurt mit Blick auf § 3 FeuerwLVO nur auf Art. 6 I und Fragen der Versorgung durch Pension und Beihilfe abstellte, griff der EuGH auf Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zurück und prüfte, ob im Lichte des 18. Erwägungsgrundes die körperliche Eignung für die Tätigkeit eines Brandmeisters eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. In der Entscheidung **Petersen** prüfte der EuGH die beiden legitimen Ziele Schutz der Gesundheit der GKV-Patienten und die finanzielle Stabilität der GKV anhand von Art. 2 V Rahmenrichtlinie, die Verteilung der Berufschancen für Ärztinnen und Ärzte hingegen i. R. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG.

Solange also auch andere Rechtfertigungsgründe außerhalb des sozialpolitischen Bereichs einschlägig sind, zieht der EuGH diese heran. Diese Ausdifferenzierung stärkt die Normativität des Verbots der Altersdiskriminierung, weil die soeben genannten Rechtfertigungsgründe unterschiedliche Adressatenkreise haben und ihre Wortlaute die Prüfungsintensität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes teilweise selbst vorgeben. Das vermindert ein wenig die Notwendigkeit, auf die unter IV.2.c.cc. noch auszuführenden dogmatischen Vorerwägungen zurückzugreifen, um die richterliche Kontrolldichte auf vorhersehbare Weise zu bestimmen.

Allgemein zu klären ist i. R. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG insbesondere, inwieweit die privaten bzw. unternehmerischen Interessen des Arbeitgebers berücksichtigt werden können. Denn der EuGH hat in der Entscheidung **Age Concern England** den Korridor für die Berücksichtigung der legitimen Interessen Privater i. R. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG eng gezogen<sup>232</sup>: „Diese Ziele [= Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung] unterscheiden sich insoweit, als sie im Allgemeininteresse stehen, von rein individuellen Beweggründen, die der Situation des Arbeitgebers eigen sind, wie Kostenreduzierung oder Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, ohne dass allerdings ausgeschlossen werden kann, dass eine nationale Rechtsvorschrift bei der Verfolgung der genannten rechtmäßigen Ziele den Arbeitgebern einen gewissen Grad an Flexibilität einräumt“.

Da bei Fragen der Altersdiskriminierung im Privatrecht gegenläufige Positionen und Interessen von prinzipiell gleichgeordneten Personen auszutarieren sind, ist es von Bedeutung, private Gegeninteressen nicht gänzlich unbeachtet zu lassen. Auch im US-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht findet das unternehmerische Interesse in der sog. **business necessity defense** bzw. RFOA-Einrede – **Reasonable Factors Other Than Age** – Berücksich-

231 EuGH 12.1.2010, Rs. C-341/08, Domnica Petersen, EuZW 2010, 137, 141, Rn. 67 ff.; EuGH 12.1.2010, Rs. C-229/08, Colin Wolf, EuZW 2010, 142, 143, Rn. 32 ff.; EuGH 5.3.2009, Rs. C-388/07, Age Concern England, NZA 2009, 305, 309, Rn. 52.

232 EuGH 5.3.2009, Rs. C-388/07, Age Concern England, NZA 2009, 305, 308, Rn. 46, 51; s. a. **Sprenger**, EuZA 2009, 355 ff.

tigung<sup>233</sup>. Private Gegeninteressen sollten also nicht **per se** für verdächtig gehalten werden. Neben einer Überprüfung ihrer Legitimität ist ein notwendiges Korrektiv spätestens eine sorgfältige Verhältnismäßigkeitprüfung.

Art. 6 I 2 lit. a bis lit. c Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vervollständigt den allgemeinen Rechtfertigungstatbestand des Satzes 1 mit einem Beispielkatalog. Näher aufgeschlüsselt bedeutet er Folgendes: Die erste Gruppe kombiniert drei abstrakte Maßnahmen, die alle Stadien des Arbeitsverhältnisses umfassen, mit einem legitimen Ziel, das hier am Ende genannt wird:

- I die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und
- I die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur beruflichen Bildung sowie
- I die Festlegung besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung),
- I um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmenden und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen.

Die zweite Gruppe nennt ebenfalls nur abstrakte Maßnahmen, die zum einen den Zugang zur Beschäftigung und zum anderen das Arbeitsverhältnis in seiner Ausführungsphase betrifft. Ein legitimes Ziel wird dabei überhaupt nicht erwähnt. Im Einzelnen geht es um

- I die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalder für den Zugang zur Beschäftigung sowie
- I die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile.

Die dritte Gruppe schließlich nennt eine konkrete Maßnahme und zwei legitime Ziele. Beide Male geht es um den Zugang zur Beschäftigung und es handelt sich dabei um

- I die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder
- I die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.

---

233 **Zimmer/Sullivan/White**, *Employment Discrimination*, 6. Aufl. 2003, S. 374 ff.; US Supreme Court 30.3.2005, *Azel P. Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228 (2005); s. a. **v. Hoff**, *Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsprechung und der ökonomischen Analyse des Rechts*, 2009, S. 218 f., 225 bis 230; zu eng bspw. ArbG Osnabrück 5.2.2007 NZA 2007, 626, 628.

Die Maßnahmen der ersten Gruppe lassen sich zugleich als Fälle positiver Diskriminierung auffassen<sup>234</sup>. Denn die Förderung und der Schutz bestimmter Gruppen von Arbeitnehmenden wirken sich benachteiligend für andere Gruppen von Arbeitnehmenden aus, die hier von ausgeschlossen sind. Voraussetzung für eine positive Maßnahme ist allerdings, dass die Förderung bzw. der Schutz nicht durch die einseitige Absenkung des Bestandsschutzes erreicht wird. Das ist letztlich die Philosophie der **Mangold**-Entscheidung. Die zweite Gruppe nennt zunächst überhaupt kein legitimes Ziel. Ferner sollen mit der Beschäftigung verbundene Vorteile auch dann möglich sein, wenn nur an das Lebensalter angeknüpft wird. Das ist insofern bemerkenswert, weil die unter III. vorgestellten begünstigenden Senioritätsregelungen entweder allein auf die Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit abgestellt hatten oder aber mit dem Lebensalter kombiniert wurden. Versteht man unter Vorteil auch altersspezifischen Schutz, besteht freilich ein enger Zusammenhang mit der ersten Gruppe. Die dritte Gruppe schließlich will konkret Höchstaltersgrenzen bei der Einstellung legitimieren und nennt dafür zwei legitime Ziele.

#### IV.2.c.aa(3) Art. 7 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG

Nach Art. 7 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG hindert der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen u. a. wegen des Alters verhindert oder ausgeglichen werden. Diese Vorschrift ermöglicht positive Diskriminierungen im Hinblick auf alle verbotenen Differenzierungen und entspricht inhaltlich Art. 157 IV AEUV (ex-Art. 141 IV EG). Trotz eines schärferen Wortlauts im Vergleich zur Vorgängernorm Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG deutet sich an, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur positiven Diskriminierung von Frauen und Männern auch unter der Geltung der Neufassung beibehält; so lässt sich die Entscheidung **Abrahamsson** verstehen<sup>235</sup>. Es muss abgewartet werden, ob die Kommission die Grenzen neu auszuloten versucht, sollte der EuGH erneut mit Fällen positiver Diskriminierung befasst werden<sup>236</sup>.

Wie bereits ausgeführt, lassen sich positive Maßnahmen in Bezug auf das Lebensalter jedoch auch mit Hilfe des Art. 6 I 2 lit. a) Rahmenrichtlinie 2000/78/EG grundsätzlich rechtfertigen, weil sie unter die Förderung bzw. den Schutz von Arbeitnehmenden subsumiert werden können. Die Begünstigung der einen Altersgruppe stellt immer eine unmittelbare Diskriminierung der anderen Altersgruppe dar, die von der Begünstigung ausgeschlossen ist. Rechtmäßig sind derartige Maßnahmen nur, wenn sie einem legitimen Ziel dienen und verhältnismäßig sind.

234 Vergleicht man diese Maßnahmen mit denjenigen auf dem Feld der Geschlechterdiskriminierung, befindet man sich eigentlich in demjenigen Bereich, den Art. 3 RL 2006/54/EG bzw. Art. 157 IV AEUV (ex-Art. 141 IV EG) regeln. Ohne auf die Leitentscheidungen, über die der EuGH im Bereich der positiven Diskriminierung erkannt hat, vertieft einzugehen, kann als ihre Essenz Folgendes herausdestilliert werden: Regelungen, die Frauen positiv diskriminieren, sind nur dann verhältnismäßig, wenn der männliche Bewerber in jedem Einzelfall die Chance hat, doch noch zum Zuge zu kommen. Überträgt man diese Rechtsprechungslinie auf das Lebensalter, so ist diese Voraussetzung im Bereich von altersspezifischen Schutzregelungen, die an ein bestimmtes Lebensalter anknüpfen, nicht erfüllt. Denn diejenigen, die sich unterhalb dieser Altersschwelle befinden, können diese Maßnahme nicht in Anspruch nehmen.

235 EuGH 6.7.2000, Rs. C-407/98, Katarina Abrahamsson, Slg. 2000, I-5539 ff. = NZA 2000, 935, 938 f.; ebenso die Einschätzung von **Waddington/Bell**, CML Rev. 2001, 587, 601.

236 Vgl. Europäische Kommission (Hrsg.), Chancengleichheit verwirklichen – Welche Rolle soll positiven Maßnahmen zukommen?, 2007, S. 5 ff.; **Tyson**, EJML 2001, 199, 211.

#### IV.2.c.bb. Prüfungsintensität i. R. d. Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Die gesamte Wirkkraft des Verbotes der Altersdiskriminierung hängt von seiner Prüfungsintensität durch die Gerichte ab. Die Prüfungsintensität legt fest, wie viel Einschätzungsspielraum den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung von Regelungen noch verbleibt, wenn sie altersdifferenzierende Regelungen im Arbeitsrecht erlassen. Dabei droht einer Vorschrift das Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit, je strenger die Gerichte kontrollieren, weil damit einhergehend der Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten geringer wird. Dasselbe trifft im Ergebnis auf das Handeln Privater zu. Dieses wird ja vor allem an den Vorschriften des §§ 8, 9, 10 AGG bzw. § 75 I BetrVG gemessen, welche ihrerseits von den Arbeitsgerichten unionsrechtskonform auszulegen und anzuwenden sind. Ohne dass dieses vertieft werden kann, sprechen die überwiegenden Gründe dafür, dass bei Unterscheidungen nach dem Lebensalter diese Kontrolle streng, bisweilen sogar sehr streng auszufallen hat<sup>237</sup>.

Dies rührt vornehmlich daher, dass es sich bei dem Alter um ein höchstpersönliches Kriterium handelt, das die oder der Einzelne nicht beeinflussen kann. Darüber hinaus ist im Arbeitsrecht regelmäßig der Aspekt der Berufsfreiheit und der beruflichen Entfaltung betroffen. Dieser Gesichtspunkt ist ebenfalls sehr persönlichkeitsrelevant. Denn er korrespondiert mit dem zentralen Stellenwert, welcher der Arbeit in der Wertstruktur einer modernen Gesellschaft zukommt. Die Positionierung im Erwerbssystem ist im Rahmen einer Arbeitsgesellschaft wie der unsrigen von großer Bedeutung. Mit Arbeit werden Leistung, materieller Gewinn, Erfolg und Selbstverwirklichung verbunden. Arbeit ist nicht nur die Grundlage der ökonomischen Sicherheit, sondern ist auch der zentrale Bezugspunkt für Werte, ethische Vorstellungen, Ideologien und Weltanschauungen<sup>238</sup>.

Dass diese Einschätzung nicht von der Hand zu weisen ist, zeigt ein Vergleich mit der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 I GG. Dieses prüft den allgemeinen Gleichheitssatz je nach Sachlage mit einer gleitenden Prüfungsintensität, die von einer bloßen Willkürprüfung bis hin zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung reicht. Dabei ist die Prüfung umso strenger, je näher sich das Differenzierungskriterium denjenigen des Art. 3 III GG annähert. Gleichfalls streng wird geprüft, wenn der Schutzbereich eines besonderen Freiheitsrechts betroffen ist. Im Arbeitsrecht ist regelmäßig die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG thematisiert. Daraus folgt, dass – theoretisch – aus dogmatischen Gründen Unterscheidungen nach dem Lebensalter eigentlich auch i. R. d. Art. 3 I GG streng zu prüfen wären. Allerdings ist das BVerfG bislang nicht bereit, diesen Schritt mit Blick auf das Alter zu gehen<sup>239</sup>, für das nicht in Art. 3 III GG aufgelistete Kriterium der sexuellen Orientierung hingegen sehr wohl<sup>240</sup>. Die Rechtsprechung ist diesbezüglich im Fluss, weil die beiden Senate unterschiedlich dazu erkennen. Ein jüngerer Beschluss des Ersten Senats des BVerfG weist erneut auf eine Art

237 Dazu ausf. **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 473 bis 484 mit Nachweisen zu den Gegenansichten in Fn. 2016.

238 Diese Wertung wird vom BAG im Kündigungsschutz so nachvollzogen, vgl. BAG 27.2.1985 NZA 1985, 702, 703 ff.

239 BVerfG 26.1.2007 GewArch 2007, 149 f.; BVerfG 7.8.2007 BeckRS 2007, 25563; BVerfG 18.11.2008 EzA § 622 BGB 2002 Nr. 6.

240 BVerfG 7.7.2009 JZ 2010, 37, 38: „Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt ... Das ist bei der sexuellen Orientierung der Fall“.

Aufgabenteilung mit Blick auf den Individualrechtsschutz zwischen EuGH und BVerfG hin<sup>241</sup>.

Ähnliches trifft auch auf den EuGH zu. Seine Prüfungsintensität schwankte insbesondere zwischen den beiden Urteilen **Mangold** und **Palacios**. Bereits im **Mangold**-Urteil hält sich der EuGH alles bereit, was ein Höchstgericht als flexiblen Handlungskorridor typischerweise für sich selbst beanspruchen möchte. Einerseits genießen die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum. Gleichzeitig war dies jedoch nur ein bloßes Lippenbekenntnis. Denn der EuGH prüfte § 14 III 4 TzBfG a. F. sehr streng. Hingegen hielt er in dem Urteil **Palacios** die spanische tarifliche allgemeine Altersgrenze „65“ für gemeinschaftsrechtlich unbedenklich, weil sie „**nicht unvernünftig**“ sei<sup>242</sup>. Die fragwürdigen volkswirtschaftlichen Annahmen, die den legitimen Zielen von allgemeinen Altersgrenzen zugrunde liegen sollen, übernahm er unkritisch und hielt das zwangsweise Herausdrängen älterer Arbeitnehmender aus dem Arbeitsmarkt für nicht unvernünftig.

Beide Entscheidungen sind in Bezug auf die richterliche Kontrolldichte widersprüchlich. Die am meisten wegen des Alters diskriminierende Klausel im Arbeitsrecht – eine allgemeine Altersgrenze<sup>243</sup> – ist unionsrechtskonform, wenn der Arbeitnehmende durch eine Regelaltersrente angemessen abgesichert ist. § 14 III 4 TzBfG a. F. hingegen diskriminierte unverhältnismäßig wegen des Lebensalters, weil es die Bundesregierung nicht vermochte darzulegen, dass trotz signifikanter Korrelation die Festlegung der Altersgrenze 52 Jahre in § 14 III TzBfG a. F. als solche unabhängig von anderen Erwägungen im Zusammenhang mit der Struktur des jeweiligen Arbeitsmarktes und der persönlichen Situation des oder der Betroffenen zur Erreichung des Zieles der beruflichen Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmender objektiv erforderlich war. Das passt nicht zusammen: Mit dem in der Entscheidung **Palacios** angewandten Willkürmaßstab hätte § 14 III TzBfG a. F. nicht reformiert werden müssen. Mit der im **Mangold**-Urteil angewandten strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der Korrelation nicht, sondern nur Kausalität gereicht hätte, wären allgemeine Altersgrenzen mit Sicherheit nicht erforderlich gewesen, weil zumindest flexible Altersgrenzen in Betracht kommen.

Seit der Entscheidung **Palacios** hat der EuGH die Kontrolldichte wieder angezogen, wenngleich er jedes Mal den weiten Ermessensspielraum betont und dabei auf das **Mangold**-Urteil verwiesen hat<sup>244</sup>. Das wird zum einen an der Ausdifferenzierung der Rechtfertigungsgründe für Unterscheidungen nach dem Alter deutlich, was bereits unter IV.2.c. näher ausgeführt wurde. Zum anderen deutete sich diese Entwicklung bereits in der Rechtssache **Age Concern** an. Trotz abermaliger Billigung allgemeiner Altersgrenzen führte er aus, dass das Verbot der Altersdiskriminierung nicht ausgehöhlt werden dürfe und allgemeine Behauptungen über die Geeignetheit einer Maßnahme nicht in der Lage seien, die Rechtfertigungsschwelle des Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zu überklettern. Diese Forderung steht auch im Einklang mit der Beweislastvorschrift in Art. 10 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Des Weiteren verengte er den Korridor für die Berücksichtigung der legitimen Interessen Privater i. R. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG<sup>245</sup>.

241 BVerfG 25.2.2010 NZA 2010, 439 ff. **Temming**, ZESAR 2010, 275 ff.; **Thüsing/Pötters/Traut**, NZA 2010, 930 ff.

242 EuGH 16.10.2007, Rs. C-411/05, **Palacios de la Villa**, Slg. 2007, I-8531 ff. = NZA 2007, 1219, 1223, Rn. 75 mit Anm. **Kocher**, RdA 2008, 238 ff. und **Kamanabrou**, EuZA 2008, 251 ff.

243 Diese Einschätzung teilen **Meenan**, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2003, 9, 15 und auch **Waas**, EuZW 2007, 359 ff.

244 Ausf. **Preis/Temming**, NZA 2010, 185, 194 ff.

245 EuGH 5.3.2009, Rs. C-388/07, **Age Concern England**, NZA 2009, 305, 308, Rn. 46, 51.



In der Entscheidung **Hütter**, in der der österreichische § 3 I lit. a) Vertragsbedienstetengesetz Zeiten der Betriebszugehörigkeit im öffentlichen Dienst vor dem 18. Lebensjahr in Bezug auf Anciennitätsrechte ausschloss, zog der EuGH bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung interessanterweise zunächst ein Kohärenzgebot heran und untersuchte die von § 3 I lit. a) VBG angeführten beiden Ziele auf ihre innere Stimmigkeit hin. Er verneinte nicht nur eine solche, sondern verwarf ferner die in § 3 I lit. a) VBG geregelte Altersgrenze auch noch im Hinblick auf jedes dieser Einzelziele für sich genommen, weil sie sich nicht als erforderlich bzw. angemessen erwies<sup>246</sup>.

Im Urteil **Petersen**, das die Zulässigkeit der mittlerweile aufgehobenen Altersgrenze 68 in der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 95 VII 3 SGB V a. F. betraf, ging der EuGH i. R. d. Art. 2 V und Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG ähnlich vor. Erneut prüfte er i. R. d. Geeignetheit die Kohärenz der drei von der Bundesregierung genannten legitimen Ziele, die mit der ehemaligen Altersgrenze erreicht werden sollten. Doch vor allem untersuchte er, ob angesichts mehrerer Ausnahmetatbestände die Geeignetheit der Altersgrenze überhaupt sichergestellt werden konnte. In diesem Zusammenhang verwarf er das wiederholt in mehreren Zusammenhängen vom BVerfG herangezogene Argument, die Altersgrenze 68 diene dem Schutze der Patientinnen und Patienten vor älteren, nicht mehr leistungsfähigen Ärztinnen und Ärzten. Die überzeugende Begründung des EuGH: Im System der privaten Krankenversicherung gäbe es keine Altersgrenze<sup>247</sup>. Dies erachtete der EuGH als inkonsequent und damit willkürlich.

In der Entscheidung **Wolf** befand der EuGH das Höchstalter von 30 Jahren für die Einstellung in den mittleren Dienst bei der Berufsfeuerwehr gemessen an Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vertretbar für rechtmäßig – entgegen der Ansicht des vorlegenden VG Frankfurt<sup>248</sup>. Für die Rechtmäßigkeit des § 3 I Nr. 1 Hess. FeuerwLVO dürfte von entscheidendem Einfluss gewesen sein, dass der Bundesregierung wohl die überzeugende, gründliche und unwidersprochene Darlegung in der mündlichen Verhandlung gelang, das Einstellungshöchstalter sei aufgrund der durchzuführenden Aufgaben (Brandbekämpfung und Personenrettung) als verhältnismäßige Maßnahme anzusehen<sup>249</sup>.

In der Entscheidung **Kücükdeveci** ließ der EuGH schließlich § 622 II 2 BGB nicht passieren<sup>250</sup>. Das von der Bundesregierung angeführte und vom EuGH i. R. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG als rechtmäßig anerkannte Ziel der Entlastung des Arbeitgebers kann zu Recht nicht durch die Außerachtlassung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr auf verhältnismäßige Weise verfolgt werden. § 622 II 2 BGB ist bereits keine geeignete Maßnahme. Denn § 622 II 2 BGB trifft auch diejenigen, die über 25 Jahre sind und die von der Bundesregierung behauptete Flexibilität nicht mehr aufweisen. Unabhängig davon werden zudem junge Arbeitnehmende untereinander ungleich behandelt. Im Ergebnis, so der

246 EuGH 18.6.2009, Rs. C-88/08, David Hütter, NZA 2009, 891, 893 f., Rn. 46, 48, 49 mit zustimmender Anm. **Potz**, ZESAR 2009, 495 ff.; **Risak**, EuZA 2010, 244 ff.; s. a. **Sagan**, BB 2009, 1814 f.; **Krömer**, ELR 2009, 301 ff.

247 EuGH 12.1.2010, Rs. C-341/08, Domnica Petersen, EuZW 2010, 137 ff., Rn. 60 bis 62; zur thematisch einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG vgl. bspw. BVerfG 7.8.2007 NZS 2008, 311, 312; BVerfG 26.1.2007 GewArch 2007, 149 f.

248 VG Frankfurt 21.4.2008 ArbRB 2008, 261.

249 EuGH 12.1.2010, Rs. C-229/08, Colin Wolf, NZA 2010, 244 ff., Rn. 41. mit Anm. **Röbke**, EuZW 2010, 145 ff.; **Mestre**, ELR 2010, 88 ff.

250 EuGH 19.1.2010, Rs. C-555/07, Kücükdeveci, NZA 2010, 85 ff. mit Anm. **Schubert**, EuZW 2010, 180 ff.; **Gaul/Koehler**, BB 2010, 503 ff.; **Franzen**, GPR 2010, 81 ff.; **Thüsing**, ZIP 2010, 199 ff.; **ders.**, RdA 2010, 187 ff.; **Bauer/von Medem**, ZIP 2010, 449 ff.; **Joussen**, ZESAR 2010, 185 ff.; **L. Link**, NJW 2010, 430 f.; **Wackerbarth/Kreße**, EuZW 2010, 252 ff.; **Huke**, SAE 2010, 77 ff.; **Ziegenhorn**, NVwZ 2010, 803 ff.

EuGH, würden nämlich diejenigen jungen Menschen härter getroffen, die ohne oder nach nur kurzer Berufsausbildung früh eine Arbeitstätigkeit aufnehmen. Hingegen würden diejenigen keine Nachteile erleiden, die nach einer langen Ausbildung später einen Beruf ergriffen. Dieses jüngste Urteil zum Verbot der Altersdiskriminierung hatte sich spätestens seit der Entscheidung **Hütter** angedeutet.

Als vorläufige Schlussfolgerung dieser Urteilsserie lässt sich zunächst festhalten, dass der EuGH in der Entscheidung **Palacios** wohl Angst vor der eigenen Courage bekommen zu haben schien. Denn er schreckte davor zurück, über das Antidiskriminierungsrecht zu weitreichend in das rechtspolitische Feld der Arbeits- und Sozialpolitik der Mitgliedstaaten einzugreifen. Sicherlich dürfte auch die heftige Diskussion um die **Mangold**-Entscheidung die Richter nicht unbeeinflusst gelassen haben. Interessanterweise ist dieses Urteil aber weder beim EuGH noch bei der Kommission dahingehend eingeschätzt worden, dass dadurch das Verbot der Altersdiskriminierung „weichgespült“ zu werden drohe<sup>251</sup>. Dies kann eigentlich nur dann der Fall sein, wenn der EuGH unter einer angemessenen Altersrente eine **volle** Altersrente versteht<sup>252</sup>.

Wenngleich der EuGH nicht mehr zu dem sehr strengen Prüfungsmaßstab aus der **Man-gold**-Entscheidung zurückgekehrt ist, ist doch ferner festzustellen, dass er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf allen drei Stufen durchprüft – teilweise ausgesprochen, teilweise unausgesprochen. Zugleich entscheidet der EuGH nicht notwendigerweise durch, sondern überlässt die konkrete Entscheidung unter Umständen auch den vorlegenden Gerichten. Trotz des den Mitgliedstaaten eingeräumten weiten Ermessensspielraums ist darüber hinaus deren Darlegungslast deutlich erhöht worden.

Vor allem aber scheinen die Richterinnen und Richter des EuGH schließlich mit dem Gebot der Kohärenz bzw. der Widerspruchsfreiheit der zu prüfenden Regelungen seit der Entscheidung **Hütter** einen effektiven Kompromiss in Bezug auf die Kontrollintensität gefunden zu haben. Denn gegen die Forderung einer widerspruchsfreien Rechtsordnung lässt sich aus Sicht eines Mitgliedstaats weniger überzeugend anargumentieren als gegen eine überstrenge gerichtliche Prüfung. Treten demnach Ungereimtheiten in den mitgliedstaatlichen Regelungen oder der einschlägigen Rechtsprechung auf, hinterfragen die Luxemburger Richterinnen und Richter die (mittelbar) altersdiskriminierende Maßnahme im Hinblick auf das legitime Ziel oder die legitimen Ziele i. R. d. Geeignetheit kritisch. Falls diese systematischen Widersprüche mit der einseitigen Absenkung des arbeitsrechtlichen (Bestands-)Schutzes zu Lasten einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmenden zusammenfallen, werden die betreffenden Vorschriften besonders streng betrachtet und haben – wie in der Entscheidung **Mangold** oder jüngst **Kücükdeveci** – kaum Chancen, gerechtfertigt zu werden. Werden hingegen Arbeitnehmende bzw. Gruppen von Arbeitnehmenden hinsichtlich etwaiger Altersgrenzen homogen behandelt, wird der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten sich eher durchsetzen (**Palacios**); freilich sind daraus resultierende Härten abzumildern.

251 So die eigenen Einschätzung damals in NZA 2007, 1193, 1196 – vor allem angesichts der augenfälligen Widersprüchlichkeiten zur Entscheidung **Mangold** aus dem Jahre 2005; **Bertelsmann**, AiB 2007, 689, 692 ff., hielt in seiner Anmerkung die allgemeine Altersgrenze im Arbeitsrecht selbst am Maßstab der **Palacios**-Entscheidung für gemeinschaftsrechtswidrig.

252 Vgl. die Ausführungen unter IV.3.c.cc(2).

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass dieses unionsrechtliche Gebot der Widerspruchsfreiheit eine viel höhere Stoßkraft zu besitzen scheint, als das deutsche Pendant des verfassungsrechtlichen Gebots der Folgerichtigkeit. Dieses ist im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG angesiedelt. Er fordert u. a., dass die Folgerichtigkeit innerhalb der Gesamtrechtsordnung oder aber im Binnenbereich einer Teilrechtsordnung hergestellt werden muss<sup>253</sup>. Das **BVerfG** hat in diesem Zusammenhang den Begriff der Systemgerechtigkeit geprägt. Allerdings trennt das **BVerfG** scharf zwischen einem Gleichheitsverstoß und Systemwidrigkeit<sup>254</sup>. Letzteres sei allenfalls ein Indiz für einen Gleichheitsverstoß. Das Gebot der Systemgerechtigkeit hat damit primär disziplinarische Wirkung gegenüber dem Gesetzgeber und verlangt von ihm logische Konsequenz bei der Einfügung von Rechtssätzen in ein Teilrechtsgebiet und in die Gesamtrechtsordnung. Nur ausnahmsweise scheint das **BVerfG** i. R. d. von ihm aufgestellten Erfordernisses der Folgerichtigkeit bei dessen Verletzung einen Gleichheitsverstoß anzunehmen. Das ist erst dann der Fall, wenn der Erfolg der gesetzgeberischen Regelung prinzipiell verfehlt wird; die Widersprüchlichkeiten also nach dem Regelungsziel und seinem normativen Umfeld wider die Ordnungsstruktur des Sach- und Rechtsbereiches und die Billigkeit stehen. Dabei spielt auch die Komplexität des in Frage stehenden Systems eine Rolle<sup>255</sup>.

Sollte ein strikt verstandenes Gebot der Widerspruchsfreiheit der Ansatz des EuGH mit Blick auf das Verbot der Altersdiskriminierung sein, dann deutet das auf dem Gebiet des Arbeitsrechts insgesamt auf eine im Grundsatz altersneutrale Regulierung hin, die auch diese Expertise propagiert. Dabei bilden aus Sicht des EuGH zumindest zwei allgemeine Altersgrenzen den zeitlichen Rahmen des Erwerbslebens. Das ist erstens die Grenze von 15 Jahren wegen des Verbots der Kinderarbeit und zweitens eine mögliche allgemeine Altersgrenze zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Sie greift, sobald der Arbeitnehmende eine Regelaltersrente beantragen kann. Aus Sicht des EuGH ist sie homogen, weil sie jeden Arbeitnehmenden trifft. Der EuGH mildert ihre Härte bislang allein dadurch ab, dass die Regelaltersrente eine angemessene Höhe haben muss. Flexible Altersgrenzen erwähnt er nicht. Auf die Rechtmäßigkeit der deutschen Altersgrenzen wird unter IV.3.c.cc. zurückzukommen sein.

Alles in allem weisen die jüngsten Urteile aus Luxemburg damit auf eine gesteigerte Bedeutung des Verbots der Altersdiskriminierung hin<sup>256</sup>. Das hat für die Bundesrepublik Deutschland auch deshalb so deutliche Auswirkungen, weil das vom EuGH herangezogene Gebot der Widerspruchsfreiheit im deutschen Arbeitsrecht auf besondere Resonanz stößt. Denn das deutsche Arbeitsrecht ist durchtränkt von altersdiskriminierenden und sich teilweise widersprechenden Regelungen, was auch die Ausführungen unter IV.3 zeigen werden. Mit weiteren Korrekturen dürfte demnach in Zukunft zu rechnen sein<sup>257</sup>.

253 Ausführlich dazu **P. Kirchhof**, in: Handbuch des Staatsrechts V, 2. Aufl. 2000, § 124, Rn. 222 f.; **Peine**, Systemgerechtigkeit, 1985; **Degenhart**, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976.

254 St. Rspr. vgl. bspw. BVerfG 9.12.2008 NJW 2009, 48, 49 ff.; BVerfG 14.2.2005 NVwZ 2005, 568, 571; BVerfG 10.11.1999 AktStR 2000, 476 f.; BVerfG 11.2.1992 NJW 1992, 1815, 1816; BVerfG 23.1.1990 NZA 1990, 161, 168; BVerfG 26.4.1988 NJW 1988, 2231, 2233.

255 BVerfG 9.12.2008 NJW 2009, 48, 49 ff.; BVerfG 27.6.1991 NJW 1991, 2129, 2130; **Kirchhof**, in: Handbuch des Staatsrechts (Fn. 253), § 124, Rn. 232; zur Komplexität sinngemäß **Osterloh**, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 3 GG, Rn. 98 ff.

256 Vgl. auch **Grobys/v. Steinau-Steinrück**, NJW-Spezial 2010, 114, 115.

257 Vgl. bspw. das Verfahren Rs. C-109/09, Deutsche Lufthansa, zu § 14 III 1 TzBfG a. F., worauf aber in dieser Expertise nicht eingegangen wird. Es spricht sehr viel für die Unionsrechtswidrigkeit dieser Vorschrift. Ein weiteres Beispiel wäre der – wenig praxisrelevante – § 1b I BetrAVG (Unverfallbarkeit und Durchführung der betrieblichen Altersversorgung erst ab dem 25. Lebensjahr) oder so genannte Altersabstandsklauseln in der betrieblichen Altersversorgung, dazu **Preis/Temming**, NZA 2008, 1209 ff.

## IV.2.d. Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung

Bei den Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung sind im Arbeitsrecht primär zwei Fallkonstellationen von Belang<sup>258</sup>. In der einen wehrt sich der Arbeitnehmende gegen eine gleichheitswidrige Benachteiligung, in der zweiten geht sie oder er gegen einen gleichheitswidrigen Ausschluss einer Begünstigung vor. Jene Konstellation bereitet weniger Probleme als diese. Denn wegen der besonderen Struktur von Gleichheitsrechten kann in diesem Fall die erste Gruppe wie die zweite, die zweite wie die erste oder beide Gruppen auf eine neue Weise behandelt werden (sog. Entscheidungstrias bei einem Verstoß gegen ein Gleichheitsrecht).

### IV.2.d.aa. Gleichheitswidrige Benachteiligung

Verstößt eine belastende gleichheitswidrige Benachteiligung in einem Gesetz (bspw. § 622 II 2 BGB) gegen das Verbot der Altersdiskriminierung, so ist die Vorschrift gemessen am primärrechtlichen Unionsrecht (geschrieben/ungeschrieben) unanwendbar. Damit steht zugleich fest, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen Art. 16 lit. a Rahmenrichtlinie 2000/78/EG verstoßen hat. Denn sie hat nach dieser Vorschrift die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass diejenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften aufgehoben werden, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen. Im Hinblick auf das Arbeitsrecht bedeutet diese Verpflichtung aus der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG unausgesprochen, dass die Bundesrepublik Deutschland das nationale Arbeitsrecht auf altersdiskriminierende Vorschriften hätte durchforsten müssen. Nicht zu rechtfertigende Vorschriften hätte sie daraufhin aufheben oder novellieren müssen.

In Bezug auf das Handeln Privater haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden. Dies ist mit § 7 AGG und § 75 I BetrVG jeweils i. V. m. § 134 BGB geschehen.

### IV.2.d.bb. Gleichheitswidrige Vorenthaltung einer Begünstigung

Bei einer gleichheitswidrigen Vorenthaltung einer Begünstigung ordnet die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG keine konkrete Rechtsfolge an. Freilich steht ein Verstoß gegen sie aber fest. Der EuGH verfährt je nach Sachbereich anders. Gegenüber den Organen der Union kann er die Norm für unvereinbar erklären, wobei diese die Pflicht haben, den Gleichheitsverstoß innerhalb einer angemessenen Frist zu beheben<sup>259</sup>. Bis zum Erlass einer Neuregelung kann der EuGH die Unionsorgane aber verpflichten, die Begünstigung auch auf die benachteiligte Gruppe auszudehnen<sup>260</sup>. Das ist der berühmte so genannte Anspruch auf „Anpassung nach oben“. Unter Umständen formuliert der EuGH konkrete Vorgaben: So hebt er in beamtenrechtlichen Streitigkeiten die Einzelmaßnahme auf und verweist die

258 Auf das Sanktionssystem mittels Entschädigung und Schadensersatz soll grundsätzlich nicht eingegangen werden. Zu § 15 AGG vgl. **Schlachter**, in: ErfK (Fn. 141), § 15 AGG, Rn. 2 ff.

259 Bspw. EuGH 19.10.1977, verb. Rs. 117/76 u. 16/77, Ruckdeschel, Slg. 1977, 1753 ff., Rn. 13 = EuGRZ 1977, 494, 497; EuGH 10.10.1977, verb. Rs. 124/76 u. 20/77. SA Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson, Slg. 1977, 1795 ff., Rn. 27/29 = NJW 1978, 478, 479.

260 Bspw. EuGH 29.6.1988, Rs. C-300/86, Luc van Landschoot, Slg. 1988, 3443 ff., Rn. 24 f. = EuGH-Tätigk 1988, Nr. 16, 5, 7.

Sache zurück, die gem. Art. 266 AEUV (ex-Art. 233 EG) die sich aus dem Urteil ergebenden Maßnahmen zu ergreifen hat<sup>261</sup>.

Vergleichbar geht der EuGH gegen Mitgliedstaaten, Tarifvertragsparteien und Arbeitgeber vor. Freilich bleibt es, soweit ersichtlich, nicht bei der Alternative des bloßen Ausspruches der Unanwendbarkeit der Maßnahme mit der Maßgabe ihrer gleichheitsrechtlich unbedenklichen Neuausgestaltung. Vielmehr scheint diese Adressatengruppe der „Anpassung nach oben“ regelmäßig bis zur Neuausgestaltung der Maßnahme ausgesetzt zu sein, grundsätzlich auch mit Wirkung für die Vergangenheit<sup>262</sup>. Das gilt nicht, wenn der EuGH wegen des Grundsatzes der Rechtssicherheit die zeitliche Wirkung seines Urteil gem. Art. 264 II AEUV (ex-Art. 231 II EG) begrenzt<sup>263</sup>. Der Anspruch auf „Anpassung nach oben“ ergibt sich unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht. Die bislang relevanten Fälle betreffen insbesondere Art. 2 RL 2006/54/EG und Art. 157 I AEUV (ex-Art. 141 I EG), wonach die Mitglieder der benachteiligten Gruppe Anspruch auf die gleiche Behandlung wie die übrigen Arbeitnehmenden und auf Anwendung der gleichen Regelung haben, wobei diese Regelung, solange Art. 2 RL 2006/54/EG bzw. Art. 157 I AEUV (ex-Art. 141 I EG) nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt sind, das einzig gültige Bezugssystem bleibt.

Zu überlegen ist, ob diese o. g. Rechtsprechung bei altersdiskriminierenden Begünstigungsausschlüssen unbesehen übernommen werden kann, ja übernommen werden darf<sup>264</sup>. Das betrifft insbesondere Systeme, die insgesamt bzw. als solche altersdiskriminierend sind.

Der erste Grund, warum der Anspruch auf „Anpassung nach oben“ nicht unreflektiert auf das Verbot der Altersdiskriminierung übertragen werden darf, liegt darin, dass Arbeitnehmende die Möglichkeit besitzen, beliebige Vergleichsgruppen hinsichtlich des Lebensalters zu bilden. Diese Wahlmöglichkeit resultiert aus der Struktur dieses Diskriminierungsverbotes. Denn es schützt jegliches Lebensalter. Es ist kein binäres Kriterium. Das ist ein fundamentaler Unterschied zu den Merkmalen der Staatsangehörigkeit, Rasse oder des Geschlechts.

Zudem tritt aber zweitens erschwerend hinzu, dass überlegt werden muss, worauf sich eine vom EuGH festgestellte Unanwendbarkeit beziehen soll. Denn nicht nur ein Teil, sondern das komplette System ist unionsrechtswidrig und folglich unanwendbar. Es bleibt kein gültiges, unionsrechtskonformes Bezugssystem übrig<sup>265</sup>. Dies ist ein großer Unterschied zu den Fällen i. R. d. Art. 157 AEUV (ex-Art. 141 EG). Dort bleiben wichtige Bestandteile von bspw. Vergütungs- oder Betriebsrentensystemen weiterhin bestehen. Statt der diskriminierenden Regel wird diejenige angewandt, die für die übrigen Arbeitnehmenden gelten.

261 EuGH 11.9.2007, Rs. C-227/04 P, Lindorfer, EAS Statut der Beamten der Europäischen Gemeinschaften Art. 1a Nr. 1, Rn. 85 ff.; EuGH 11.7.1985, Rs. 119/83, Edmund Appelbaum, Slg. 1984, 2423, Rn. 36.

262 Mitgliedstaaten: bspw. EuGH 2.2.1989, Rs. 186/87, Ian William Cowan, Slg. 1989, 195, Rn. 11, 20 = NJW 1989, 2183, 2184; EuGH 7.9.2006, Rs. C-81/05, Cordero Alonso, Slg. 2006, I-7569 ff., Rn. 46 = NZA 2006, 1347, 1349; Tarifvertragsparteien: bspw. EuGH 27.6.1990, Rs. C-33/89, Maria Kowalska, Slg. 1990, I-2591 ff., Rn. 20 = NZA 1990, 771, 772; EuGH 7.2.1991, Rs. C-184/89, Nimz, Slg. 1991, I-297, Rn. 18, 20 = NVwZ 1991, 461, 462; Arbeitgeber: grundlegend EuGH v. 8.4.1976, Rs. 43/75, „Defrenne II“, Slg. 1976, 445 ff., Rn. 14/15 = NJW 1976, 2068 f.

263 Bspw. EuGH 17.5.1990, Rs. 262/88, Douglas Harvey Barber, Slg. 1990, I-1889 ff., Rn. 40 ff. = NZA 1990, 775, 776.

264 Warnend **Preis**, ZESAR 2007, 308, 315.

265 Vgl. zu dieser Problematik i. R. d. Art. 141 Abs. 1 EG **Langenfeld**, in: Grabitz/Hilf, Art. 141 EG, Rn. 68 a. E.; **Schlachter**, in: EAS B 4100, Rn. 60 f.; **dies.**, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 213 bis 217; allgemeiner **Wiedemann**, NZA 2007, 950, 953; ebenso **Lingemann/Gotham**, NZA 2007, 663, 667; **Hanau**, ZIP 2007, 2381, 2386.

Schließlich wären drittens auch die Unionsgrundrechte der Gegenseite, also die Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien und vor allem die Berufsfreiheit des Arbeitgebers zu beachten (Art. 16 und Art. 28 GRCh), da ein Gericht bei Gewährung eines finanzintensiven Anspruchs auf „Anpassung nach oben“ in diese spürbar eingreifen würde. Hier wäre an eine angemessene oder sogar konkrete Fristsetzung durch den EuGH zu denken, bis wann der Gleichheitsrechtsverstoß zu beheben ist. Freilich existiert hierzu noch kein Präzedenzfall.

Aus diesen drei Gründen sollte der Anspruch auf „Anpassung nach oben“ i. R. d. Verbotes der Altersdiskriminierung für den gleichheitswidrigen Ausschluss einer Begünstigung nicht im Sinne eines Automatismus angewendet werden. Er eignet sich besser für ein binäres Differenzierungskriterium. Als ein **regelmäßig** heranzuziehendes Prinzip ist es für das Verbot der Altersdiskriminierung ungeeignet. Wie i. R. d. Art. 157 I AEUV (ex-Art. 141 I EG) wird es dort passen, wo es um Leistungen geht und diese auf Grundlage von mindestens zwei voneinander unabhängigen Systemen berechnet werden. Für alle anderen Fälle ist jedoch eine Lösung mit Hilfe der allgemeinen Regeln zu erarbeiten, die für die Folgen von Gleichheitsrechtsverstößen entwickelt worden sind. Dabei kann sowohl auf die bereits weiter oben zitierte Rechtsprechung des EuGH als auch auf diejenige des BVerfG zurückgegriffen werden.

Im Regelfall spricht das BVerfG bei Gleichheitsrechtsverstößen die Unvereinbarkeit der Norm und die Verpflichtung des Gesetzgebers aus, den verfassungswidrigen Zustand unverzüglich, ggf. innerhalb einer bestimmten Frist zu beseitigen. Das betrifft auch die Begünstigung<sup>266</sup>. Für die Übergangszeit bis zum Erlass einer neuen verfassungsmäßigen Norm ist die unvereinbare Norm in der Regel nicht mehr anwendbar (sog. Anwendungssperre), es sei denn, das BVerfG ordnet ausnahmsweise deren vorläufige, ggf. befristete Anwendbarkeit aus Gründen der Rechtssicherheit an<sup>267</sup> oder formuliert selbst detaillierte Übergangsregelungen im Tenor der Entscheidung<sup>268</sup>. Verstreicht die Frist und der Gesetzgeber hat nicht reagiert, so müssen die Fachgerichte, wollen sie nicht selbst verfassungswidrig handeln, die bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten verfassungskonform entscheiden<sup>269</sup>. Im Extremfall ordnet das BVerfG selbst eine Regelung an, die in Kraft tritt, sollte der Gesetzgeber bis zum Ablauf der Frist nicht handeln<sup>270</sup>. Schließlich ordnet es die Aussetzung des zugrunde liegenden verfassungsgerichtlichen Verfahrens und möglicher weiterer rechtshängiger Parallelfälle an, bis der Gesetzgeber nachgebessert hat<sup>271</sup>.

Was den EuGH betrifft, so ist ihm i. R. d. Art. 264 II AEUV (ex-Art. 231 II EG) diese Vorgehensweise gegenüber den Organen der Union grundsätzlich nicht unbekannt, wie die älteren Entscheidungen **Ruckdeschel** und **SA Moulins** zeigen; dort spricht er sogar ausdrücklich von der Unvereinbarkeit einer Norm<sup>272</sup>. In einer anderen Entscheidung, in der er eine Verordnung zur Regelung der Dienstbezüge der Beamten der damaligen Gemeinschaft für

266 Bspw. BVerfG 24.6.1986 NJW 1986, 2629, 2638; zum zeitlichen Umfang der Regelungsverpflichtung vgl. BVerfG 25.9.1992 NJW 1992, 3153, 3157; ausf. **Schlaich/Korioth**, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 423 ff.

267 Bspw. BVerfG 18.7.1972 NJW 1972, 1561, 1568 f.; BVerfG 8.6.1993 NJW 1994, 122, 123.

268 BVerfG 14.7.1986 BVerfGE 73, 40 ff. = NJW 1986, 2487 ff.; BVerfG v. 24.5.1995 BVerfGE 93, 37, 85 = NVwZ 1996, 574 ff.; dazu **Schlaich/Korioth**, BVerfG, Rn. 420 f. m. w. N.

269 Bspw. BVerfG 30.5.1990 NZA 1990, 721, 723 f.

270 Bspw. BVerfG 11.7.2006 NVwZ 2007, 436, 437.

271 Bspw. BVerfG 30.5.1990 NZA 1990, 721, 723 f.; s. a. BAG 26.1.1982 NJW 1982, 2573.

272 EuGH 19.10.1977, verb. Rs. 117/76 u. 16/77, Ruckdeschel, Slg. 1977, 1753 ff., Rn. 13 = EuGRZ 1977, 494, 497; EuGH 10.10.1977, verb. Rs. 124/76 u. 20/77, SA Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson, Slg. 1977, 1795 ff., Rn. 27/29 = NJW 1978, 478, 479.

nichtig erklärte, ordnete er die Aufrechterhaltung der erforderlichen Wirkung derjenigen Bestimmungen bis zum Erlass der erforderlichen Maßnahme durch den Rat an, die die Angleichung der Beamtenbezüge betrafen<sup>273</sup>.

Primär sollte diese dogmatische Lösung für altersdiskriminierende Fallgestaltungen gegangen werden<sup>274</sup>. Die Ausweitung der gleichheitswidrig vorenthaltenen Begünstigung sollte wieder zur Ausnahme werden und nur dort Anwendung finden, wo eine solche ähnlich vollzogen werden kann wie bei einem Diskriminierungsverstoß gegen ein binäres Merkmal. Diese Differenzierung innerhalb der Diskriminierungsverbote ist sachgerecht. Sie achtet insbesondere die Kompetenzverteilung zwischen der europäischen Judikative und den Mitgliedstaaten gem. Art. 4 EUV und berücksichtigt angemessener die unionsgrundrechtlichen Belange von Arbeitgeber und Tarifvertragsparteien gem. Art. 16 und Art. 28 GRCh.

### IV.3. Konsequenzen für nationales Arbeitsrecht

Im Folgenden werden die unter III. dargestellten Fallgestaltungen mit Altersrelevanz am Verbot der Altersdiskriminierung gemessen. Prüfungsmaßstab ist grundsätzlich das AGG, soweit nicht direkt auf primäres Unionsrecht zurückzugreifen ist. Das betrifft vor allem altersdiskriminierende gesetzliche Vorschriften.

#### IV.3.a. Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses

##### IV.3.a.aa. Ausschreibung

Gem. § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 I AGG ausgeschrieben werden. Bei der Ausschreibung freier Stellen ist zum einen zu unterscheiden, ob der Arbeitgeber direkt oder indirekt an das Lebensalter anknüpft. Zum anderen kann relevant sein, ob es sich um eine interne oder externe Stellenausschreibung handelt.

Nennt die Stellenausschreibung ein konkretes Alter oder eine Altersspanne, liegt gem. § 3 I AGG eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters vor, die zu rechtfertigen ist. Gem. § 8 I AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn das Alter 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. Abgesehen von möglichen Höchstaltersgrenzen, zu den sogleich unter 3.a.bb. Stellung genommen wird, dürfte diese eng auszulegende Rechtfertigungsmöglichkeit gerade in Bezug auf die Altersspanne, um die es normalerweise in diesem Zusammenhang geht (30 bis 40, maximal 45 Jahre), selten erfüllt sein. Der Grund liegt vor allem darin, dass dieses Alterssegment in Bezug auf jegliche Tätigkeit das von Arbeitgebern bevorzugte ist. § 8 I AGG akzeptiert jedoch nur besondere Ausnahmen in Bezug auf eine spezifische Tätigkeit.

Darüber hinaus wäre an § 10 S. 3 Nr. 2 oder Nr. 3 AGG zu denken. Danach kann die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter für den Zugang zur Beschäftigung gerecht-

273 EuGH 5.6.1973, Rs. 81/72, Slg. 1973, 575 ff., Rn. 15 = EuR 1973, 238, 242; EuGH 6.10.1982, Rs. 59/81, Slg. 1982, 3329 ff., Rn. 39.

274 **Schlachter**, in: ErfK (Fn. 141), § 7 AGG, Rn. 5; **Preis**, ZESAR 2007, 308, 315; **Kamanabrou**, RdA 2006, 321, 334.

fertigt sein (Nr. 2) ebenso die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand (Nr. 3). Freilich gilt auch diesbezüglich zunächst, dass pauschale Einstellungsgrenzen die vor dem Hintergrund der §§ 1, 3 I AGG gebotene Differenzierung vermissen lassen werden. Generell gilt des Weiteren, dass öffentlich-rechtliche Arbeitgeber nicht das Ziel verfolgen dürfen, Pensionslasten nur im Verhältnis zu langen Beschäftigungszeiten übernehmen zu wollen<sup>275</sup>. Mit Blick auf das oben genannte typische Alterssegment dürfte die zweite Alternative des § 10 S. 3 Nr. 3 AGG nicht erfüllt sein. Geht man bspw. von einem Maximalwunschalter seitens des Arbeitgebers von 45 Jahren aus, ist ein produktiver Einsatz bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze von noch immerhin mindestens 20 Jahren, wenn nicht noch mehr möglich. Das ist weit mehr als ein lediglich betriebswirtschaftlich sinnvoller Mindesteinsatz.

Ähnliches dürfte in Bezug auf das legitime Ziel der spezifischen Ausbildungsanforderungen gelten. Zwar bietet die Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit einer Rückzahlung von Weiterbildungskosten eine erste Orientierungshilfe. Indes ist auch hier zu beachten, dass der Bezugspunkt die späte Regelaltersgrenze von noch 65 Jahren ist<sup>276</sup>. Was § 10 S. 3 Nr. 2 AGG angeht, der selbst kein legitimes Ziel nennt, wäre bspw. an einen Zuwachs an Lebenserfahrung oder altersbedingte Autorität zu denken. Für die Rechtfertigungsprüfung kommt es dafür allerdings auf die spezifische Tätigkeit und damit auf den konkreten Einzelfall an. Als pauschales Kriterium eignet sich das Alter hierfür ebenfalls nicht<sup>277</sup>.

Demgegenüber dürfte die Rechtfertigung dem Arbeitgeber leichter fallen, wenn er an die Berufserfahrung anknüpft. Nach Ansicht des BAG handelt es sich, wenn überhaupt um eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters gem. §§ 3 II, 1 AGG<sup>278</sup>. Sucht der Arbeitgeber externen Nachwuchs für sein Unternehmen, kann er sich auf einen legitimen Grund i. R. d. § 3 II AGG berufen (Personal- und Nachwuchsplanung, ausgewogene Altersstruktur)<sup>279</sup>. Im Regelfall müsste dem Arbeitgeber deshalb die Rechtfertigung gelingen und eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters ausscheiden.

Anders ist die Situation, wenn der Arbeitgeber mittels innerbetrieblicher Versetzungen, die durch interne Stellenausschreibungen vorbereitet werden, eine ausgewogene Altersstruktur sichern und Personalkosten begrenzen will. Eine Begrenzung der Bewerbergruppe auf bspw. Arbeitnehmende im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr ist dann nach Ansicht des BAG zu Recht unzulässig und stellt eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters dar. Denn die Besetzung der ausgeschriebenen Arbeitsplätze mit Arbeitnehmenden im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr ist schon nicht geeignet, die von einem Arbeitgeber verfolgten Ziele zu erreichen. Die Versetzung eines bereits eingestellten Arbeitnehmenden im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr auf einen der ausgeschriebenen Arbeitsplätze hat keine Auswirkungen auf die bestehende Altersstruktur in demselben Betrieb. Die Besetzung der ausgeschriebenen

<sup>275</sup> BAG 14.11.2006 NZA 2006, 1217 ff.

<sup>276</sup> Dazu BAG 15.12.1993 NZA 1994, 835 ff.; BAG 6.9.1995 NZA 1996, 314 ff.; **Schlachter**, in: ErfK (Fn. 141), § 10 AGG, Rn. 5; **Thüsing**, ZESAR 2009, 84.

<sup>277</sup> Generell großzügiger bei der Frage nach dem Lebensalter **v. Hoff**, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsprechung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009, S. 301 bis 305.

<sup>278</sup> BAG 18.8.2009 NZA 2010, 222, 223 f. ; s. a. BAG 19.8.2010, Az. 8 AZR 530/09 – PM Nr. 64/10.

<sup>279</sup> Diese Gesichtspunkte können als legitime Gründe aus den Bereichen Arbeitsmarkt oder Beschäftigungspolitik i. S. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG verstanden und dürften daher auch i. R. d. Art. 2 II lit. b Rahmenrichtlinie 2000/78/EG berücksichtigt werden.



Arbeitsplätze durch eine innerbetriebliche Bewerberin oder einen Bewerber führt des Weiteren auch nicht zu der von einem Arbeitgeber angestrebten Reduzierung der zukünftig anfallenden Personalkosten. Die Stellenbesetzung mit einem bereits im Betrieb beschäftigten Berufsanfängerin oder Berufsanfänger ist nämlich kostenneutral<sup>280</sup>. Hinzuzufügen bleibt, dass auch der EuGH seit der Entscheidung **Age Concern** reinen Kostenargumenten des Arbeitgebers skeptisch gegenüber eingestellt ist<sup>281</sup>; fraglich ist, ob er diese Linie auch auf die Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligungen wegen des Alters überträgt.

Allgemein ist noch darauf hinzuweisen, dass, wenn in Stellenanzeigen ausdrücklich an das Lebensalter bzw. an das erste oder zweite Berufsjahr angeknüpft wird, die Bewerberin oder der Bewerber eine unmittelbare bzw. mögliche mittelbare Benachteiligung aufgrund ihres bzw. seines Alters später vor den Arbeitsgerichten leichter darlegen und ggf. beweisen kann. Noch nicht höchstrichterlich bestätigt sind diesbezüglich aber vor allem mögliche Auskunftsansprüche der Bewerberin oder des Bewerbers gegen Dritte, bspw. ein Personalrekrutierungsunternehmen über die Identität des Arbeitgebers<sup>282</sup>; freilich dürfte ein Auskunftsanspruch anhand des in § 242 BGB geregelten Grundsatzes von Treu und Glauben einzuräumen sein.

Im Zweifel wird jedoch der gut beratene Arbeitgeber auf derartige Formulierungen regelmäßig verzichten. Dasselbe trifft auf die schriftliche Absage zu. Wenn dann keine Zeichen einer Benachteiligung eines älteren Stellenbewerbers während des Entscheidungsprozesses nach außen dringen, ist die Beweisnot groß. Die Situation ist dann nicht anders als bei der Diskriminierung von Stellenbewerberinnen aufgrund ihres Geschlechts<sup>283</sup>. Denn das Verbot der Altersdiskriminierung bzw. seine Konkretisierungen in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG und dem AGG vermögen es naturgemäß nicht, in die Köpfe der Personalverantwortlichen hineinzugucken und ihre wahren Motive offenzulegen<sup>284</sup>.

Dementsprechende „Praxistipps“ sind im Zweifel wie folgt formuliert: *„Der Arbeitgeber ist seinerseits gehalten, durch ein möglichst neutrales Absageschreiben dem Bewerber keine Informationen zu geben, die auf eine mögliche Benachteiligung schließen lassen. Insoweit ist eine ‚neutrale‘ standardisierte Absage zu verwenden, auch wenn dem Bewerber insoweit ein berechtigterweise erwartetes Feedback fehlt, warum er für die ausgeschriebene Stelle nicht in Betracht gekommen ist. Dies ist vor dem Hintergrund drohender Diskriminierungsprozesse jedoch hinzunehmen“*<sup>285</sup>. In diesem Zusammenhang bleibt noch hinzuzufügen, dass das BAG mit Beschluss vom 20.5.2010 dem EuGH die Frage vorgelegt hat, ob es das Unionsrecht gebietet, einem Bewerber, der darlegt, dass er die Voraussetzungen für eine von einem Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt, dessen Bewerbung jedoch nicht berücksichtigt wurde, gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Auskunft einzuräumen, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat, und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien diese Einstellung erfolgt ist<sup>286</sup>.

280 BAG 18.8.2009 NZA 2010, 222, 225.

281 EuGH 5.3.2009, Rs. C-388/07, Age Concern England, NZA 2009, 305, 308, Rn. 46, 51.

282 Einen diesbezüglichen Auskunftsanspruch bejaht LAG Köln 17.4.2008 NZA-RR 2009, 123, 124 m. w. N.; s. a. **Diller**, NZA 2007, 649 ff.; zur Rechtswegfrage vgl. BAG 27.8.2008 NZA 2008, 1259.

283 BAG 5.2.2004 NZA 2004, 540 ff.; BAG 24.4.2008 NZA 2008, 1351 ff.; BAG 28.5.2009 NZA 2009, 1016 ff.

284 So auch die Kritik von **Brauer/Backes/Clemens**, DRV 2009, 223, 229.

285 **Bissels/Lützeler**, BB 2009, 833, 835.

286 BAG 20.5.2010 NZG 2010, 821, mit abl. Anm. **Bauer**, ArbRAktuell 2010, 296.

#### IV.3.a.bb. Einstellungshöchstaltersgrenzen

Einstellungshöchstaltersgrenzen stellen unmittelbare Benachteiligungen wegen des Alters dar. Dies trifft demgemäß auch auf diejenige in der Betriebsvereinbarung Auswahlrichtlinien bei der Lufthansa zu. Die Altersgrenzen von 26 bzw. 28 Jahren müssen sich an § 75 I BetrVG messen lassen. Fraglich ist, ob sie gerechtfertigt werden können. Zieht man die Entscheidung **Wolf** vom Januar dieses Jahres heran, dürfte eine Rechtfertigung am Maßstab von § 8 I AGG bzw. Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG nicht gelingen. Im Gegensatz zur Tätigkeit eines Feuerwehrbrandmeisters im mittleren Dienst kann der Beruf einer Pilotin oder eines Piloten als solcher nach Maßgabe der öffentlich-rechtlichen Lizenzierungsvorschriften grundsätzlich bis zum 65. Lebensjahr ausgeübt werden – bei innerdeutschen Flügen sogar voraussetzungslos<sup>287</sup>. Der Arbeitgeber kann also Pilotinnen und Piloten erheblich länger in dieser Tätigkeit einsetzen. Dies sind immerhin 35 Jahre, da die Pilotenausbildung spätestens zum 30. Lebensjahr abgeschlossen ist. Es stellt sich also nicht die Notwendigkeit, Pilotinnen und Piloten ab dem 50. Lebensjahr oder teilweise sogar davor auf anderen Tätigkeiten einzusetzen. Das war bei der Feuerwehrlaufbahn im mittleren Dienst der Fall, weil Brandmeister die körperlich anstrengenden Tätigkeiten der Brandbekämpfung und Personenrettung fast ausnahmslos nicht bis zum Erreichen der Pensionsaltersgrenze ausüben können.

Ob die Rechtfertigungsmöglichkeit des § 10 S. 3 Nr. 3 AGG eingreift, dürfte ebenfalls vor dem Hintergrund der Möglichkeit, die Pilotentätigkeit bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze auszuüben, fraglich sein. § 10 S. 3 Nr. 3 AGG definiert zwei legitime Ziele, nämlich spezifische Ausbildungsanforderungen und angemessene Beschäftigungszeiten vor dem Eintritt in den Ruhestand. Dieser Ausnahmenvorschrift liegt die Überlegung zugrunde, dass bei Beschäftigten, deren Rentenalter bereits absehbar ist, eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer und produktive Arbeitsleistung einer aufwendigen Einarbeitung gegenüberstehen müssen<sup>288</sup>. Von der zweiten Ausnahmemöglichkeit können nur rentennahe Jahrgänge erfasst werden<sup>289</sup>, so dass es vorliegend auf die spezifischen Ausbildungsanforderungen ankommt.

In diesem Zusammenhang legitimieren Stimmen in der Literatur Einstellungshöchstaltersgrenzen speziell bei der Pilotenausbildung wegen der langen Einarbeitungszeit oder der langen Ausbildung<sup>290</sup>. Freilich ist festzustellen, dass die Pilotenausbildung in der normalen Variante (also nicht der kombinierte vierjährige Studiengang) genauso lange dauert wie bspw. die Referendarzeit für die Ausbildung zum Volljuristen oder Studienrat. Ein nicht unbeträchtlicher Teil der männlichen Juristen dürfte zum Zeitpunkt des zweiten Staatsexamens ebenfalls kurz vor dem Erreichen des 30. Lebensjahres stehen. Insoweit überzeugt die Dauer der Pilotenausbildung als solche zugunsten einer Einstellungshöchstaltersgrenze nicht.

287 Die besondere Altersgrenze für Piloten begegnet ebenfalls erheblichen Zweifeln. Deshalb sollte sie nicht zur Unterstützung der Einstellungshöchstaltersgrenze herangezogen werden; vgl. auch die Ausführungen unter IV.3.c.cc(2).

288 BT-Drs. 16/1780 S. 36.

289 So ArbG Frankfurt 29.5.2007 DSB 2007, Nr. 9, 20: Bei einem Zeitraum von neun Jahren liegt eine angemessene Beschäftigungszeit im Sinne des § 10 S. 3 Nr. 3 Hs. 2 AGG vor, so dass die Festsetzung einer Höchstgrenze als Notwendigkeit im Sinne der Norm nicht gegeben ist.

290 Bspw. **Roloff**, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Edition Nr. 14, § 10 AGG, Rn. 17 (Stand 12/2009); **Brors**, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 10 AGG, Rn. 81; s. a. **v. Hoff**, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsprechung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009, S. 312 bis 318 m. w. N.

Damit käme vorliegend nur noch ein Amortisationsinteresse seitens des Arbeitgebers in Betracht, das aus der teuren Ausbildung zur Pilotin oder zum Piloten resultiert. Hierfür sind Einstellungshöchstaltersgrenzen sicherlich geeignet. Fraglich ist ihre Erforderlichkeit. Die Lufthansa trägt diesbezüglich Kosten in Höhe von 80.000 €, wobei die jungen Pilotinnen und Piloten ihre eigenen Kosten von 60.000 € innerhalb der ersten zehn Jahre zurückzahlen. Wahrscheinlich dürften sich die von der Lufthansa getragenen Ausbildungskosten innerhalb einer noch kürzeren Zeit amortisieren. Stellt man dennoch bspw. zehn Jahre ab, ist auf den momentanen Endzeitpunkt von 60 Jahren ein betriebswirtschaftlich sinnvoller Einsatz von noch 20 Jahren möglich. Die Rechtsprechung des BAG sieht als maximale Bindungsdauer bei Rückzahlungsklauseln einen Zeitraum von fünf Jahren<sup>291</sup>. Hält man, wie bspw. diese Expertise, die besondere Altersgrenze von 60 Jahren für eine unzulässige Altersdiskriminierung, würde sich dieser Zeitraum im Durchschnitt um weitere sieben Jahre verlängern. Das ist die Differenz zwischen dem 65. Lebensjahr und dem durchschnittlichen Eintrittsalter der Piloten in den Ruhestand von momentan 58 Jahren. Dies würde zugleich zu einer spürbaren finanziellen Entlastung bei der arbeitgeberfinanzierten Übergangsversorgung durch Auflösungen von Rückstellungen führen.

Unabhängig davon, dass der EuGH rein finanziellen Interessen des Arbeitgebers i. R. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG kritisch gegenüber eingestellt ist, sprechen die obigen Argumente dafür, dass die Einstellungshöchstaltersgrenze von spätestens 28 Jahren zu rigide ist und daher eine nicht erforderliche unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters darstellt. Dies gilt umso mehr, als dass die besondere tarifliche Altersgrenze 60 Jahre mit großer Wahrscheinlichkeit gegen die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG verstößt. Auch Versorgungsaspekte und dahinterstehende gewerkschaftliche Philosophien können jene nicht rechtfertigen. Sinn und Zweck der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG bzw. des AGG ist es, Menschen im Beruf zu halten; darin ist dem BAG Recht zu geben<sup>292</sup>. Das System der Übergangsversorgung ist vielmehr angesichts der wahrscheinlichen Ausweitung der beruflichen Lebensarbeitszeit von Pilotinnen und Piloten neu zu konzipieren. Die Betriebsvereinbarung Auswahlrichtlinie verstößt im Hinblick auf die Einstellungshöchstaltersgrenze gegen § 75 I BetrVG und ist insoweit gem. § 134 BGB unwirksam. Sie stellt angesichts der § 15 I und § 15 II AGG ein erhebliches rechtliches Risiko dar.

Unzulässige unmittelbare Benachteiligungen wegen des Alters stellen auch Einstellungshöchstaltersgrenzen im Universitätsbereich dar, mit deren Hilfe das hochschulpolitische Ziel verfolgt werden soll, das Erstberufungsalter für Professorinnen und Professoren herabzusetzen. Danach darf eine Universität zu Recht nicht die Weiterbeschäftigung bzw. Befristung eines Arbeitsvertrages nach dem WissZeitVG bzw. TzBfG verweigern, nur weil die Nachwuchswissenschaftlerin bzw. der Nachwuchswissenschaftler das 40. Lebensjahr erreicht hat – noch dazu, wenn die Nachwuchsqualifikation nicht für den eigenen Bedarf erfolgt, weil sog. Hausberufungen grundsätzlich nicht vorgenommen werden<sup>293</sup>. Die Unwirksamkeit der Befristung hat zur Folge, dass der Vertrag gemäß § 1 I S. 5 WissZeitVG i. V. m. § 16 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Das BAG wird sich mit der Revision der Universität zu Köln beschäftigen müssen<sup>294</sup>.

291 BAG 12.12.1979 AP Nr. 4 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

292 BAG 25.2.2010 NZA 2010, 561 ff. mit zust. Anm. **Krieger**, ArbRAktuell 2010, 272; kritisch **Bieder**, AuR 2010, 268 f.; **Bissels/Lützel**, BB 2010, 1661, 1666.

293 LAG Köln 12.2.2009 ZTR 2009, 596 mit Anm. **Kossens**, jurisPR-ArbR 40/2009 Anm. 5.

294 Revision eingelegt unter dem Az. 7 AZR 524/09.

#### IV.3.a.cc. „Generation Praktikum“

Wird eine unechte Praktikantin bzw. ein unechter Praktikant und damit Mitglieder der Gruppe „Generation Praktikum“ für einen Arbeitgeber tätig, könnte dies eine verbotene Benachteiligung wegen des Alters darstellen. Denn diese werden anders als vergleichbare Arbeitnehmende unterschiedlich entlohnt; teilweise werden jene sogar ohne Gegenleistung tätig. Darin liegt eine Benachteiligung. Bei unechten Praktikantinnen und Praktikanten wird es sich im weit überwiegenden Regelfall um Jüngere handeln. Das Segment derjenigen, die nach einer abgeschlossenen Berufsausbildung im Rahmen eines unechten Praktikums für einen Arbeitgeber tätig werden, dürfte je nach Branche die Gruppe der 25- bis 35-Jährigen betreffen.

Sieht das BAG in Stellenausschreibungen, die das Bewerberfeld auf Arbeitnehmende im ersten oder zweiten Berufs-/Tätigkeitsjahr beschränken, als eine mögliche mittelbare Benachteiligung nach dem Alter gem. §§ 3 II, 1 AGG an<sup>295</sup>, müssten die Erfurter Richterinnen und Richter das Phänomen der „Generation Praktikum“ folgerichtig ebenfalls als eine mögliche mittelbare Benachteiligung nach dem Alter begreifen. Denn die Chiffre „Generation Praktikum“ steht für nichts anderes als die Gruppe derjenigen, die im Regelfall „0 Jahre Berufserfahrung“ aufweisen. Dabei ist für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Alters nach Ansicht des BAG kein statistischer Nachweis erforderlich, dass eine bestimmte Altersgruppe durch die in Frage stehenden Kriterien tatsächlich wegen ihres Alters benachteiligt wird: *„Es ist ausreichend, wenn das Kriterium hierzu typischerweise geeignet ist“*<sup>296</sup>. Das BAG beruft sich auf den Gesetzeswortlaut und das unionsrechtliche Gebot der praktischen Wirksamkeit.

Als Zweck für eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Vergütung käme i. R. d. § 3 II AGG der Lern- und Ausbildungszweck eines Praktikums in Betracht. Dieser Gesichtspunkt überlagert die Ausübung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit. Die Folge ist, dass eine Praktikantin oder ein Praktikant deswegen nicht ebenso produktiv wie ein Arbeitnehmender ist, der eine vergleichbare Tätigkeit verrichtet. Denn das Praktikantenverhältnis wird maßgeblich durch Lern- und Ausbildungsinhalte und dem gewollten Erfahrungszuwachs durch das „training on the job“ geprägt. Liegt jedoch ein unechtes Praktikantenverhältnis vor, weil die oder der Jüngere akademisch oder beruflich voll qualifiziert ist und Tätigkeiten wie andere vergleichbare Arbeitnehmende ebenso produktiv und verwertbar verrichtet, greift der legitime Gesichtspunkt des Ausbildungszwecks nicht durch. Er kann die Benachteiligung wegen des Alters nicht rechtfertigen.

Zu denken wäre noch an das legitime betriebliche Interesse, unterschiedliche Produktivität unterschiedlich zu entlohnen. Freilich weisen die Erkenntnisse der Altersforscher darauf hin, dass das chronologische Alter ungeeignet ist, unterschiedliche Produktivität oder auch das so genannte funktionale Alter korrekt abzubilden. Darüber hinaus handelt es sich gerade bei den Hauptbetroffenen der „Generation Praktikum“ in Bezug auf die Produktivität um eine viel homogenere Gruppe. Bei Zwanzig- bis Dreißigjährigen treten Unterschiede in der Produktivität längst nicht so klar zutage wie bei Älteren. Die unterschiedliche Entlohnung von unechten Praktikantinnen und Praktikanten auf der einen Seite und Arbeit-

295 BAG 18.9.2009 NZA 2010, 222 ff. S.a. BAG 19.8.2010, Az. 8 AZR 530/09 – PM 64/10.

296 BAG 18.9.2009 NZA 2010, 222, 225.

nehmenden auf der anderen Seite mit Alterserwägungen zu begründen, scheitert mithin insgesamt. Eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters liegt gem. § 3 II AGG deshalb vor.

Als Folge ist daher die Entgeltabrede im Falle eines unechten Praktikantenvertrages gem. § 7 II AGG i. V. m. § 134 BGB nichtig. Die entstandene Vertragslücke ist nach altersneutralen Maßstäben zu schließen. Für die diskriminierten Jüngeren greift der Entgeltgleichheitsgrundsatz ein. Sollte überhaupt keine Entgeltabrede abgeschlossen worden sein, die unechte Praktikantin oder der unechte Praktikant also umsonst tätig geworden sein, so ist auch in diesem Fall eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters gegeben. Die Praktikantin bzw. der Praktikant können sich auf den Entgeltgleichheitsgrundsatz berufen. Die genaue Anspruchsgrundlage des Entgeltgleichheitsgrundsatzes ist allerdings diffus. Denn der Gesetzgeber hat mit Inkrafttreten des AGG die Vorschrift des § 612 III BGB a. F. aufgehoben; ein entsprechendes Pendant fehlt im AGG. Rechtsprechung und Lehre greifen auf § 8 II i. V. m. §§ 1, 2 I Nr. 2 AGG zurück – ggf. auch in Verbindung mit §§ 611, 612 II BGB<sup>297</sup>.

Das unechte Praktikantenverhältnis als mittelbare Benachteiligung wegen des Alters zu begreifen, bietet zwei Vorteile: Erstens sind die unionsrechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer mittelbaren Altersdiskriminierung i. S. d. Art. 2 II Rahmenrichtlinie 2000/78/EG weniger rigide als die Voraussetzungen, die für den Tatbestand der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 138 BGB erfüllt werden müssen. Vorsatz oder Absicht sind nicht erforderlich. Das wirkt sich darauf aus, wie streng die Anforderungen an die Darlegung der „Situation der Ausbeutung“ einer unechten Praktikantin oder eines unechten Praktikanten sind. Aus deutscher Sicht sind die unionsrechtlich zu bestimmende Diskriminierung und das deutsche Verständnis der Sittenwidrigkeit grundsätzlich nicht gleichzusetzen.

Zweitens ist wichtig, dass der unechten Praktikantin oder dem unechten Praktikanten auf jeden Fall die Beweislast erleichterung des § 22 AGG zur Hilfe kommt. An die Vermutungsvoraussetzung ist nach Auffassung des BAG kein strenger Maßstab anzulegen<sup>298</sup>. Das verringert ihr bzw. sein Prozessrisiko ungemein. Denn hat sie oder er einmal mit Hilfe von Indizien den Anschein einer Benachteiligung wegen des Alters dargelegt – und damit im Ergebnis den Status der unechten Praktikantin bzw. des unechten Praktikanten/Arbeitnehmenden – trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, dass kein Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung vorliegt. Gerade in der Möglichkeit, sich auf den § 22 AGG zu stützen, könnte der größte Vorteil liegen, das Phänomen der „Generation Praktikum“ als eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters zu begreifen. Denn eines der Hauptprobleme der „Generation Praktikum“ ist bislang die ungünstige Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, die die unechten Praktikanten trifft. Die Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft und Üblichkeit der Vergütung haben sie nämlich im Rahmen der Entgeltklage normalerweise darzulegen und zu beweisen.

297 BAG 11.12.2007 NZA 2008, 532, 536; **Schlachter**, in: ErfK (Fn. 141), § 8 AGG, Rn. 6.

298 BAG 17.12.2009 NZA 2010, 383, 385; BAG 22.10.2009 NZA 2010, 280, 283; s. a. BAG 24.4.2008 NZA 2008, 1351, 1354; BAG 27.8.2008 NZA 2008, 1259.

## IV.3.b. Durchführung des Arbeitsverhältnisses

### IV.3.b.aa. Konzeption begünstigender Seniorität

Das Verbot der Altersdiskriminierung wird sich auch vor dem Hintergrund der unter I. und insbesondere unter II. dargestellten Erkenntnisse der Altersforschung auch auf die Klauselgestaltung begünstigender Seniorität aus. Unterzieht man begünstigende Senioritätsklauseln der hier propagierten intensiven Prüfung am Maßstab des Verbots der Altersdiskriminierung, so werden zwei Tendenzen deutlich. Regelungen, die an die Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit anknüpfen, können grundsätzlich mit Hilfe der Honorierung der Betriebs- bzw. Unternehmenstreue sowie der Honorierung der Berufserfahrung gerechtfertigt werden. Diesbezüglich ist es sehr vertretbar, die zu Art. 157 I AEUV (ex-Art. 141 I EG) ergangene Rechtsprechung des EuGH auf den Problemkreis der Altersdiskriminierung zu übertragen<sup>299</sup>. Rechtfertigungsmaßstab ist § 3 II AGG.

Hingegen ist der juristische Korridor für Klauseln, die an das Lebensalter anknüpfen, enger gefasst. Denn die soeben genannten beiden Aspekte stellen in Bezug auf das Alter keine sachlichen Rechtfertigungstopoi dar. Es fehlt ein relativer zeitlicher Bezugspunkt in der Vergangenheit, der eben nur mit der Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit dargestellt werden kann. Das Lebensalter ist deshalb als abstrakt-generelles Tatbestandsmerkmal ungeeignet, diese beiden an sich legitimen Ziele korrekt abzubilden. Klauseln, die an das Lebensalter anknüpfen, sind daher als unmittelbare Benachteiligungen wegen des Alters gem. § 10 S. 3 Nr. 2 AGG i. V. m. § 10 S. 1 und S. 2 AGG nicht zu rechtfertigen.

Wollen begünstigende Senioritätsklauseln hingegen ein bestimmtes Alter oder einen Altersabschnitt schützen oder fördern, was ebenfalls ein legitimes Ziel darstellt, scheidet das Alter als Tatbestandsmerkmal **per se** nicht aus. Solche Regelungen können grundsätzlich gem. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG gerechtfertigt werden. Das kann im hier interessierenden Zusammenhang bspw. gesundheitliche Belange betreffen, die spezifisch nur bei älteren oder jüngeren Arbeitnehmenden auftreten. In Frage kommen aber auch spezielle berufliche Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen, die nur an bestimmte Altersgruppen gerichtet sind. Spezielle Bewerberprogramme sind ebenfalls denkbar. Bei dieser so verstandenen Kompensation von altersspezifischen Nachteilen handelt es sich nach hier vertretener Auffassung um Fälle positiver Diskriminierung, soweit direkt an das Alter des Arbeitnehmenden angeknüpft wird<sup>300</sup>. Denn die grundsätzlich ausgeschlossene Altersgruppe von Arbeitnehmenden wird unmittelbar nach dem Lebensalter diskriminiert.

Solche positiven Maßnahmen müssten gem. § 10 S. 1 und S. 2 AGG verhältnismäßig sein. Was ihre Notwendigkeit in Bezug auf bestimmte Altersgruppen im Unternehmen oder Betrieb anbelangt, werden sie daran selten scheitern, sofern zumindest der Nachweis einer Korrelation gelingt. Damit sie aber auch erforderlich sind, muss in diesem Zusammenhang gefragt werden, wofür das Alter im Hinblick auf den Schutz oder die Förderung als abstrakt-generelles Merkmal überhaupt stehen kann. Dabei darf die Tatsache des differentiellen Alterns der Arbeitnehmenden bzw. die interindividuelle und intraindividuelle Variabi-

299 Vgl. auch die Ausführungen unter III.2.b.; ausführlich **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 119 bis 145, 515 bis 536 jeweils m. w. N.

300 Vgl. auch die Ausführungen unter IV.2.c.aa(2) und (3). Rechtspolitisch bietet es sich an, derartige Fördermaßnahmen entweder steuer- oder beitragsfinanziert i. R. d. Arbeitsförderungsrechts, also dem SGB III, zu konzipieren. Das würde die direkten Kosten des Arbeitgebers für den Einsatz älterer Arbeitskräfte mindern und Anreize für eine erhöhte Beschäftigung Älterer setzen.

lität des Alterns nicht außer Acht gelassen werden. Erinnerung muss auch daran, dass die Unterschiede der Arbeitnehmenden im Alter sogar zunehmen können.

In diesem Zusammenhang wirkt sich die hier – in Anlehnung an die Entscheidung **Man-gold** – vertretene strenge Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dergestalt aus, dass auf der Stufe der Erforderlichkeit bloße Korrelation nicht ausreicht, sondern vielmehr Kausalität zu verlangen ist. Die intensive Kontrolldichte i. R. d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes setzt dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bzw. der Sozialpartner und Arbeitsvertragsparteien also insofern eine engere Grenze, als sie diese dazu zwingt, das Lebensalter als abstrakt-generelles Tatbestandsmerkmal (bzw. Stellvertreter oder Platzhalter) nur dann zu benutzen, soweit sie mit diesem korrekt typisieren bzw. generalisieren können. Solange sie jedoch das Anliegen der positiven Maßnahme anders formulieren können, ohne zugleich an das Lebensalter anknüpfen zu müssen, gibt es ein milderes, aber gleich geeignetes Mittel. Das führt dazu, dass in diesem Fall das Abstellen auf das Lebensalter zur Gestaltung begünstigender Senioritätsklauseln ausscheidet.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zur positiven Geschlechterdiskriminierung i. R. d. Art. 157 IV AEUV (ex-Art. 141 IV EG) bieten sich für die Gestaltung fünf andere Möglichkeiten an:

- I | Erstens kann der Arbeitgeber den altersspezifischen Sinn und Zweck der positiven Maßnahme als einziges Tatbestandsmerkmal formulieren.
- I | Er kann zweitens die Inanspruchnahme durch mindestens zwei alternativ zu erfüllende Voraussetzungen ermöglichen. Das sind einmal das Alter des Arbeitnehmenden oder der Bewerberin bzw. des Bewerbers und dann bspw. das Tatbestandsmerkmal, welches das altersspezifische Bedürfnis umschreibt, oder weitere altersneutrale Kriterien.
- I | Er kann drittens die positive Maßnahme allein auf das legitime Ziel der Honorierung der Betriebstreue stützen und deshalb nur an die Dauer der Betriebs- beziehungsweise Unternehmenszugehörigkeit anknüpfen.
- I | Viertens kann er kumulativ eine bestimmte Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit und die Erfüllung des altersspezifischen Tatbestandsmerkmals verlangen.
- I | Schließlich kann sie oder er fünftens beide legitimen Ziele verfolgen und neben dem altersspezifischen Tatbestandsmerkmal alternativ an die Dauer der Betriebs- beziehungsweise Unternehmenszugehörigkeit anknüpfen.

#### IV.3.b.bb. Vergütungsregelungen – Entgeltstufen

Es ist fast einhellige Meinung, dass das nach Lebensaltersstufen strukturierte Entgeltsystem des § 27 A I BAT eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters gem. §§ 3 I, 1 AGG darstellt, die nicht gem. § 10 AGG gerechtfertigt werden kann. Sie ist gem. § 7 II i. V. m. § 134 BGB

unwirksam<sup>301</sup>. Die praktisch wichtigste Frage ist, ob als Rechtsfolge der Anspruch auf „Anpassung nach oben“ greifen kann.

Das LAG Berlin-Brandenburg und ihm folgend das LAG Frankfurt gewähren diesen<sup>302</sup>. Das heißt, der klagende Arbeitnehmende bekommt den Vergütungsanspruch, der der höchsten Lebensaltersstufe in der jeweiligen Vergütungsgruppe entspricht. Als Argumente führen die beiden Gerichte das unionsrechtliche Gebot der praktischen Wirksamkeit, das Bestehen einer klaren Vergleichsgruppe mit Blick auf die Gruppe mit der höchsten im Tarifvertrag enthaltenen Lebensaltersstufe sowie die Ansicht an, eine unterschiedliche Rechtsfolge dürfe es für die unterschiedlichen Merkmale des § 1 AGG nicht geben. In Anbetracht der unter IV.2.d.bb. näher dargelegten Gedanken bezüglich der Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Verbot der Altersdiskriminierung sprechen die besseren Gründe freilich dafür, den Anspruch auf „Anpassung nach oben“ bei altersdiskriminierenden Gesamtsystemen nicht im Sinne eines Automatismus zu übernehmen. Es bleibt also bei der Unwirksamkeit der tarifvertraglichen Regelung mit der Folge, dass eine – zugegebenermaßen – gravierende Lücke im BAT gem. § 157 BGB ergänzend aufgefüllt werden müsste; ansonsten kämen §§ 316, 315 III BGB in Betracht.

Auch wenn im Falle der Lückenhaftigkeit eine ergänzende Auslegung von Tarifverträgen wegen der in Art. 9 III GG geschützten Tarifautonomie die Ausnahme bleiben sollte, ist es nicht so, dass im Falle der Unwirksamkeit tarifvertraglicher Regelungen das BAG eine solche niemals vornimmt<sup>303</sup>. Vertretbar dürfte sein anzunehmen, vorliegend handele es sich nicht um eine bewusste Regelungslücke. Denn hätten die Tarifvertragsparteien um das altersdiskriminierende Potenzial des § 27 A I BAT gewusst, hätten sie die Vergütungsregelung anders konzipiert. Bieten sich diesbezüglich mehrere Möglichkeiten an, die alle im Rahmen des Regelungsspielraumes der Tarifvertragsparteien liegen, müssen die Arbeitsgerichte diejenige Ergänzungsmöglichkeit auswählen, die dem Regelungssystem des Tarifvertrages am nächsten kommt und keine ergänzende oder zweckändernde rechtspolitische Entscheidung erforderlich macht.

Bedenkt man, dass die Tarifvertragsparteien sowohl für das Land Hessen als auch demnächst für das Land Berlin das Vergütungssystem nach Lebensaltersstufen abgeschafft haben bzw. auf jeden Fall abschaffen wollen<sup>304</sup>, böte sich für das BAG als folgerichtige Orientierung das Vergütungssystem nach dem TVH bzw. TVöD/TVL an. Für den öffentlichen Dienst des Landes Hessen ist ein Systemwechsel hin zu einem Vergütungssystem nach Entwicklungsstufen vollzogen worden; für das Land Berlin ist er unbedingt gewollt – unabhängig davon, wie die Tarifvertragsverhandlungen für einen Tarifvertrag nach dem Vorbild des TVöD bzw. TVL ausgehen. Somit können diese Tarifverträge als Anhaltspunkte für eine ergänzende Vertragsauslegung gem. § 157 BGB herangezogen werden.

301 Ebenso LAG Berlin-Brandenburg 11.9.2008 NZA-RR 2009, 378 ff.; LAG Frankfurt 22.4.2009 NZA 2009, 799 ff.; in einem **obiter dictum** wohl auch LAG Köln 6.2.2009 ZTR 2009, 492 f.; **Schlachter**, in: ErfK (Fn. 141), § 10 AGG, Rn. 4; **Hanau**, ZIP 2006, 2189, 2197; **Lingemann/Gotham**, NZA 2007, 663, 666; **Dornbusch/Kasprzyk**, NZA 2009, 1000 ff. m. w. N.

302 LAG Berlin-Brandenburg 11.9.2008 NZA-RR 2009, 378, 381 f.; LAG Frankfurt 22.4.2009 NZA 2009, 799, 802.

303 Vgl. bspw. BAG 29.4.2004 NZA 2005, 57, 59 f. m. w. N. (analoge Anwendung des Ortszuschlages gem. § 29 B II Nr. 1 BAT bei eingetragener Lebenspartnerschaft); BAG 14.12.1982 BB 1983, 1034 ff. (fehlende Besitzstandswahrung bei Versorgungstarifverträgen); s. a. **Preis**, in: ErfK (Fn. 141), § 612 BGB, Rn. 38, 42 f. m. w. N.

304 Vgl. die Anm. in Fn. 152.



Dafür müssten die beiden Kläger in den Ausgangsverfahren hypothetisch für den die Klage betreffenden Zeitraum in den TVH bzw. TVÖD/TVL übergeleitet und in die neuen Vergütungsgruppen eingruppiert werden. Sodann wären sie entsprechend der zeitlichen Dauer ihrer Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst der entsprechenden Entwicklungsstufe einzuordnen. Beispielhaft sei dies für den Kläger aus Hessen vollzogen.

Er war auf Grundlage einer halben Stelle nach der Vergütungsgruppe IIa der Anlage 1a zum BAT tätig. Fiktiv übergeleitet auf den TVH würde dies zur Entgeltgruppe 13 mit dem Grundentgelt der Stufe 2 für das zweite und dritte Beschäftigungsjahr (1.8.2007 bis 31.12.2008) im klagegegenständlichen Zeitraum führen. Die seit dem 1.1.2010 gültige Tariftabelle sieht in der Entgeltgruppe 13 in der Stufe 2 von 3.362,95 € vor. Da der Kläger nur eine halbe Stelle innehatte, folgt daraus ein Bruttomonatsgehalt von 1.681,48 €. Der altersmäßig an der Lebensaltersstufe 31 zutreffende Bruttomonatslohn nach dem BAT betrug 1.317,83 €. Der Unterschiedsbetrag ist mit 383,65 € etwas geringer als im Vergleich mit der Lebensaltersstufe 45 (1.709,96 €); dort betrug er 392,13 €. Das führt für den klagegegenständlichen Zeitraum (August 2007 bis Dezember 2008) zu einem Betrag i. H. v. 6.522,05 € zzgl. Zinsen spätestens seit Rechtsanhängigkeit. Ggf. wäre noch an einen Inflationsabschlag zu denken.

Obwohl die besseren Argumente für eine ergänzende Vertragsauslegung und nicht für die Gewährung des Anspruchs auf „Anpassung nach oben“ sprechen, ist auch die Vorlagepflicht des BAG gem. Art. 267 III AEUV (ex-Art. 234 III EG) zu beachten<sup>305</sup>. Denn die hier favorisierte Lösung weicht von dem Automatismus des Anspruchs auf „Anpassung nach oben“ in Bezug bei Verstößen gegen das Verbot der Altersdiskriminierung durch insgesamt diskriminierende Entgeltsysteme ab. Und genau darauf kommt es bei den beim BAG anhängigen Verfahren an. Diesbezüglich sei auch an die Entscheidung des EuGH erinnert, in der er eine Verordnung zur Regelung der Dienstbezüge der Beamten der Gemeinschaft für nichtig erklärte und die Aufrechterhaltung der erforderlichen Wirkung derjenigen Bestimmungen bis zum Erlass der erforderlichen Maßnahme durch den Rat anordnete, die die Angleichung der Beamtenbezüge betrafen<sup>306</sup>. Hier bestehen augenfällige Parallelen zur Problematik in Bezug auf § 27 A I BAT. Sollten die Luxemburger Richterinnen und Richter an dem Anspruch auf Anpassung nach oben in dieser Konstellation beharren, müssten sie erklären, wieso sie unterschiedliche Rechtsfolgen anordnen, je nachdem, ob Unionsorgane oder Organe der Mitgliedstaaten involviert sind. Das ist unter gleichheitsrechtlichen Aspekten relevant, an die sie sich auch halten müssen (vgl. Art. 20 GRCh). Des Weiteren ist auch das Recht der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen, welches auch deren Tarifautonomie zum Inhalt hat, zu berücksichtigen. Das BAG jedenfalls hat in seiner mündlichen Verhandlung vom 20.5.2010 den EuGH im Zusammenhang mit den altersdiskriminierenden Entgeltstufen um Vorabentscheidung gebeten<sup>307</sup>.

305 Gerade vor dem Hintergrund des Beschlusses des BVerfG vom 25.2.2010 NZA 2010, 439 ff.

306 EuGH 5.6.1973, Rs. 81/72, Slg. 1973, 575 ff., Rn. 15 = EuR 1973, 238, 242; EuGH 6.10.1982, Rs. 59/81, Slg. 1982, 3329 ff., Rn. 39.

307 BAG 20.5.2010 NZA 2010, 961 ff. mit Anm. **Lingemann**, ArbRAktuell 2010, 297.

#### IV.3.b.cc. Gesetzliche Kündigungsfristen – § 622 II 2 BGB

Bereits unter IV.2.c.bb. wurde auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache **Kücükdeveci** vom 19.1.2010 hingewiesen<sup>308</sup>. § 622 II 2 BGB stellt eine unmittelbare Altersdiskriminierung i. S. d. Rahmenrichtlinie 2000/78/EG dar, die nicht gem. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zu rechtfertigen ist. Gleichzeitig ist auch ein Verstoß gegen das ungeschriebene unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung gegeben. § 622 II 2 BGB ist seit der Verkündung der Entscheidung **Kücükdeveci** unanwendbar und darf zur Berechnung gesetzlicher bzw. tariflicher Kündigungsfristen nicht mehr herangezogen werden. Der Entscheidung ist vorbehaltlos zuzustimmen. Das BAG dürfte in Bezug auf die bei ihm anhängigen Verfahren nicht anders entscheiden<sup>309</sup>.

Das Urteil wirkt sich auch auf bereits beendete Arbeitsverhältnisse bzw. anhängige Kündigungsschutzverfahren aus. Das gilt im Grundsatz für Sachverhalte ab dem 2.12.2006<sup>310</sup>. Im konkreten Ausgangsrechtsstreit vor dem LAG Düsseldorf hat sich die Arbeitnehmerin **Kücükdeveci** mit ihrem Arbeitgeber verglichen. Für die um drei Monate längere Kündigungsfrist einigte sie sich mit diesem gegen eine Zahlung in Höhe von anderthalb Bruttomonatsgehältern. Der Rechtsstreit wurde durch einen Beschluss nach § 91a ZPO beendet<sup>311</sup>.

#### IV.3.b.dd. Tariflicher Ausschluss der ordentlichen Unkündbarkeit

##### IV.3.b.dd(1) § 4.4. MTV Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden

§ 4.4 des Manteltarifvertrages der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden gewährt tarifliche Unkündbarkeit ab dem 53. Lebensjahr und drei Jahren Betriebszugehörigkeit bis zum Erreichen des 65. Lebensjahres. Diese Klausel benachteiligt Arbeitnehmende unter 53 Jahren gem. §§ 3 I, 1 AGG unmittelbar wegen des Lebensalters und benachteiligt sie zudem wegen des Abstellens auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit möglicherweise mittelbar gem. § 3 II, 1 AGG. Die durch die Betriebszugehörigkeit hervorgerufene Belastung ist aber relativ mild, weil nur drei Jahre verlangt werden. Freilich wird dieser Effekt durch das verlangte Lebensalter überlagert.

I. R. d. Rechtfertigung ist jedes Merkmal getrennt zu betrachten, vgl. auch § 4 AGG. Die durch das Abstellen auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit verursachte Benachteiligung kann gem. § 3 II AGG mit der Honorierung der Betriebstreue gerechtfertigt werden. Sie ist ein legitimes Ziel. In Zusammenschau mit dem Lebensalter ist erkennbar, dass die Tarifvertragsparteien auf die ältere Stammebelegschaft sowie mobile ältere Arbeitnehmende zielen, weil eine dreijährige Betriebszugehörigkeit auch bei mehrmaligem Arbeitgeberwechsel erlangt werden kann. Dass die Tarifvertragsparteien diese beiden Zielgruppen im Visier haben, begegnet für sich gesehen keinen Bedenken. Die Honorierung der Betriebstreue mit einer tariflichen Unkündbarkeit ist insgesamt betrachtet auch verhältnismäßig. Hat man nur die geringe Dauer der Betriebszugehörigkeit im Blick, ist dieses Geschenk für den Arbeitgeber natürlich ein teures; als Korrelat dagegen wirkt aber das relativ hohe Lebensalter.

308 EuGH 19.1.2010, Rs. C-555/07, Kücükdeveci, NZA 2010, 85 ff.

309 Vgl. BAG 1.9.2010, Az. 5 AZR 700/09 – PM 67/10 sowie die weiteren beim BAG anhängigen Revisionen unter den Az. 2 AZR 815/09; Az. 2 AZR 456/09 und Az. 2 AZR 714/08; a. A. v. **Medem**, NZA 2009, 1072 ff.

310 Dazu **Preis/Temming**, NZA 2010, 185, 188 ff.; s. a. **Gaul/Koehler**, BB 2010, 503 ff.; **Grobys/v. Steinau-Steinrück**, NJW-Spezial 2010, 114 f.; **Joussen**, ZESAR 2010, S. 139 ff.; **Kursawe**, ArbRAktuell 2010, 110 ff.

311 LAG Düsseldorf 17.2.2010 ZIP 2010, 596 ff.; s. a. LAG Düsseldorf 30.4.2010, Az. 9 Sa 354/09 – juris.

Für die durch die Anknüpfung an das Lebensalter bewirkte unmittelbare Diskriminierung scheidet das legitime Ziel der Honorierung der Betriebstreue aus. Andere legitime Ziele außer dem Schutz bzw. Förderung älterer Arbeitnehmender ab dem 53. Lebensjahr gem. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG sind nicht ersichtlich. Die tarifliche Unkündbarkeitsklausel müsste als positive Maßnahme verhältnismäßig sein. Sie ist sicherlich geeignet, ältere Arbeitnehmende über 53 Jahren zu schützen. Versteht man unter Förderung auch berufliche Eingliederungsmaßnahmen und darunter wiederum Maßnahmen, die Arbeitnehmende im Beruf halten, ist die Unkündbarkeitsklausel auch unter diesem Gesichtspunkt geeignet.

Freilich scheitert die Rechtfertigung der Unkündbarkeitsklausel an ihrer mangelnden Erforderlichkeit. Denn mittels der Anknüpfung an ein konkretes Lebensalter kann kein altersspezifisches Bedürfnis korrekt abgebildet werden. Das betrifft sowohl gesundheitliche Aspekte als auch die Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Insbesondere ist ein höheres Lebensalter auch nicht kausal für ein höheres Risiko der Langzeitarbeitslosigkeit<sup>312</sup>. Schließlich spricht gegen die Erforderlichkeit dieser Klausel, dass Arbeitnehmende unter 53 Jahren mit denselben Problemen keine Chance auf Unkündbarkeit im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung haben. Damit ist auch die allgemein herausgearbeitete Voraussetzung bei positiven Maßnahmen nicht gewahrt, wonach die unmittelbar diskriminierte Gruppe eine Chance im Einzelfall haben muss. § 4.4 des Manteltarifvertrages Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden ist somit mangels Erforderlichkeit unverhältnismäßig und verstößt gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Die Vorschrift kann nicht gem. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG gerechtfertigt werden und ist gem. § 7 II AGG i. V. m. § 134 BGB unwirksam. Das ist nahezu einhellige Auffassung im Schrifttum.

#### IV.3.b.dd(2) § 34 II TVöD/§ 34 II TVL

§ 34 II TVöD gewährt Arbeitnehmenden im Tarifgebiet West umfassende Unkündbarkeit ab dem 40. Lebensjahr bei einer Mindestdauer der Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren i. S. d. § 34 Abs. 3 TVöD. Davon ist ca. ein Drittel der Beschäftigten erfasst. Die Ausführungen zu der Unkündbarkeitsklausel der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden können auf § 34 II TVöD sinngemäß übertragen werden. Auch diese Klausel diskriminiert unmittelbar wegen des Lebensalters und kann gem. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG nicht gerechtfertigt werden. Sie ist deshalb gem. § 7 II AGG i. V. m. § 134 BGB unwirksam<sup>313</sup>. Freilich dürfte diese Feststellung kaum praxisrelevant werden, da es im öffentlichen Dienst faktisch nicht zu betriebsbedingten Kündigungen kommt.

### IV.3.c. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

#### IV.3.c.aa. Betriebsbedingte Kündigung

##### IV.3.c.aa(1) Sozialauswahl – § 1 III 1 KSchG

Bezüglich der Sozialauswahl gem. § 1 III 1 KSchG soll an dieser Stelle nur auf die beiden sozialen Gesichtspunkte Lebensalter sowie Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehö-

312 Vgl. die Ausführungen unter III.3.a.aa.; s. a. **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 530 bis 536, insbesondere mit Ausführungen zu den möglichen Rechtsfolgen.

313 In Bezug auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit ebenso **Wulfers/Hecht**, ZTR 2007, 475, 479 f. m. w. N.; **Willemsen/Schweibert**, NJW 2006, 2583, 2587; **Bauer/Göpfert/Krieger**, § 10 AGG, 2. Aufl. 2008, Rn. 50; a. A. **Thüsing**, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 451 u. a. speziell in Bezug auf § 34 TVöD; kritisch auch **Guth**, PersR 2009, 352, 354.

rigkeit näher eingegangen werden<sup>314</sup>. Prüfungsmaßstab ist das (un)geschriebene primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. Es ist eine strenge Kontrollintensität anzusetzen.

Was die Dauer der Betriebszugehörigkeit anbelangt, dient die Sozialauswahl dem legitimen Ziel der vergangenheitsorientierten Honorierung der Betriebstreue (vgl. auch § 10 S. 3 Nr. 2 AGG bzw. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG). Für sich betrachtet kann die Dauer der Betriebszugehörigkeit mittelbar wegen des Lebensalters benachteiligen, da ihre längere Dauer mit einem höheren Lebensalter korreliert. Allerdings stellt die Sozialauswahl mit dieser Funktion eine verhältnismäßige Maßnahme dar. Sie ist geeignet, zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmenden auf Grundlage der erbrachten Betriebstreue und damit auf Grundlage des Prinzips des Vertrauensschutzes eine auf bestandsschutzrechtlichen Maßgaben fußende Unterscheidung zu produzieren. Die Sozialauswahl ist in dieser Form auch erforderlich und angemessen, weil es für den Gesichtspunkt der Betriebstreue kein weniger einschneidendes, gleich geeignetes Kriterium gibt. Eine auf der Dauer der Betriebszugehörigkeit basierende Sozialauswahl verstößt deshalb nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.

Hingegen kann die durch den sozialen Gesichtspunkt des Lebensalters bewirkte unmittelbare Benachteiligung in der Sozialauswahl nicht mit dem legitimen Ziel der Honorierung der Betriebstreue oder der Berufserfahrung gerechtfertigt werden. Außer als positive Maßnahme zum Schutz bzw. der Förderung von älteren Arbeitnehmenden gem. Art. 6 I 2 lit. a Rahmenrichtlinie 2000/78/EG (vgl. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG) scheiden andere legitime Ziele aus.

Fraglich ist, ob das Lebensalter als sozialer Gesichtspunkt i. R. d. § 1 III 1 KSchG auch verhältnismäßig ist. Losgelöst von der konkreten Anwendung des Lebensalters in der Praxis ist die Sozialauswahl abstrakt geeignet, die Gruppe der älteren Arbeitnehmenden zu schützen bzw. zu fördern. Denn durch die fehlende Nennung eines konkreten Lebensalters ist es grundsätzlich möglich, diese i. R. d. Sozialauswahl zu erfassen. Eine auf das Lebensalter bezogene Sozialauswahl müsste weiterhin auch erforderlich sein. In diesem Zusammenhang muss überlegt werden, wofür das Lebensalter i. R. d. Sozialauswahl typisierend steht und welcher altersspezifische Schutz mit seiner Hilfe abgebildet werden kann. Diesbezüglich wird die Vermeidung von Langzeitarbeitslosigkeit angeführt, weil es für ältere Arbeitnehmende schwerer sei, nach der Kündigung eine erneute Beschäftigung zu finden.

Es ist überaus fraglich, ob geringere Chancen auf dem Arbeitsmarkt und die Vermittlungsfähigkeit von Arbeitnehmenden und damit auch die Langzeitarbeitslosigkeit allein vom Lebensalter im Sinne einer Kausalität abhängen. Die Frage ist zu verneinen. Denn noch weitere Faktoren spielen eine bedeutende Rolle, auf die bereits unter III.3.a.aa. hingewiesen wurde. Wesentlich sind schließlich auch die Anreize, die das Sozialversicherungssystem setzt. Dies wirkt sich zum einen auf das Vermittlungsverhalten der Arbeitsagenturen aus, Arbeitslosigkeit und ihre Kosten ggf. zu externalisieren. Zum anderen beeinflusst es die Eigenbemühungen der oder des Arbeitslosen. Der im Jahre 2008 zu gewärtigende Aufwärtstrend im Hinblick auf die Beschäftigungsquote älterer Arbeitnehmender über 50 bzw. 55 Jahren und die damit einhergehende sinkende (Langzeit-)Arbeitslosenquote in

---

314 Ausführlich **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 537 bis 558.

diesem Segment deutete auf einen Erfolg der Hartz-III-Reformen hin. Er ließ den Schluss zu, dass das deutsche Sozialversicherungssystem und die Politik der Frühverrentungsprogramme ungewollt falsche Anreize auf die Akteure ausgeübt haben. Dann mag zwar eine Korrelation zwischen Langzeitarbeitslosigkeit und höherem Lebensalter bestehen, die tieferen Ursachen liegen jedoch woanders.

Unterzieht man § 1 III 1 KSchG einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, verstößt die auf das Lebensalter bezogene Sozialauswahl gegen das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. Der Grund dafür liegt darin, dass die Sozialauswahl bezogen auf den Zweck der positiven Maßnahme – Schutz und Förderung von älteren Arbeitnehmenden – nicht erforderlich ist. Das resultiert vor allem aus der allzu groben Typisierung der Arbeitsmarkt- und Vermittlungschancen allein mit Hilfe des Lebensalters. Zudem gibt es mildere, aber gleich geeignete Mittel, das (Langzeit-)Arbeitslosigkeitsrisiko von älteren Arbeitnehmenden zu verringern. Das ist zum Beispiel zunächst das an einen Arbeitgeber gerichtete Verbot, bei Einstellungsentscheidungen gem. § 2 I Nr. 1 AGG i. V. m. § 7 AGG und § 11 AGG nach dem Alter zu differenzieren. Ferner sind Maßnahmen zur Vermeidung von Langzeitarbeitslosigkeit Älterer im Arbeitsförderungsrecht zu nennen, wie bspw. § 421f I Nr. 1 SGB III oder § 421j I SGB III. Folgt man dieser Ansicht, wäre das Alter als sozialer Gesichtspunkt i. R. d. § 1 III 1 KSchG unanwendbar. Eine gesetzgeberische Reform des § 1 III 1 KSchG würde sich anbieten, die auch aus rechtspolitischen Gesichtspunkten heraus auf das Kriterium einer etwaigen Schwerbehinderung verzichtet<sup>315</sup>.

Das BAG ist freilich diesen Weg in seiner Entscheidung vom 6.11.2008 nicht gegangen und hat das Lebensalter gemessen am Maßstab des Verbots der Altersdiskriminierung für unionsrechtskonform erklärt<sup>316</sup>. Insbesondere hat es die Typisierung der schlechteren Chancen auf dem Arbeitsmarkt mit Hilfe des sozialen Gesichtspunktes des Lebensalters akzeptiert: *„Die Berücksichtigung des Lebensalters als Sozialdatum ist zur Einbeziehung individueller Arbeitsmarktchancen geeignet und erforderlich. Ein milderes Mittel ist nicht ersichtlich. Dass die Arbeitsmarktchancen auf diese Weise typisierend und nicht rein individuell berücksichtigt werden, ist letztlich, will man die Arbeitsmarktchancen überhaupt einbeziehen, unvermeidbar: Jede mögliche Aussage über Chancen muss sich naturgemäß an Wahrscheinlichkeiten orientieren, die ihrerseits nicht ohne Berücksichtigung von Erfahrungswerten beurteilt werden können. Wenn also, was unstrittig ist, ein Erfahrungswert dahin besteht, dass mit steigendem Lebensalter die Vermittlungschance generell zu sinken pflegt, so könnte dieser Umstand auch bei strikt individueller Bewertung von Arbeitsmarktchancen nicht außer Betracht bleiben“*<sup>317</sup>. Vergleichbares betrifft die bisherige Praxis, bei Auswahlrichtlinien und Namenslisten nach § 95 BetrVG bzw. § 1 V KSchG das Lebensalter als Auswahlkriterium durchgehend linear zu berücksichtigen – auch dies hat der Zweite Senat des BAG bestätigt<sup>318</sup>.

315 Vgl. auch den rechtspolitischen Vorschlag von **Preis/Henssler**, § 117 I ArbVG-E, Beil. zu NZA Heft 21/2007, der ebenfalls bei der Sozialauswahl auf den Gesichtspunkt des Lebensalters verzichtet; kritisch ebenfalls **Kopke**, ZRP 2009, 41 ff.; **Kaiser/Dahm**, NZA 2010, 473 ff.; dagegen bspw. **Brors**, AuR 2008, 288 ff.

316 BAG 6.11.2008 NZA 2009, 361 ff. mit größtenteils zustimmenden Anm. v. **Hoff**, SAE 2009, 293 ff.; **Lingemann/Beck**, NZA 2009, 577 ff.; **Schiefer**, DB 2009, 733 ff.; **Adomeit/Mohr**, NJW 2009, 2255 ff.; **Boemke**, jurisPR-ArbR 20/2009, Anm. 1; **Gaul/Niklas**, NZA-RR 2009, 457 ff.; kritischer **Benecke**, AuR 2009, 326 ff.; s. a. v. **Medem**, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008, S. 537 f., 543, geht ebenfalls von der Unionsrechtskonformität des § 1 III 1 KSchG in Bezug auf das Lebensalter aus, solange geringe Altersunterschiede bei anderen Kriterien aufgewogen werden können. Eine abschließende Abwägung im Einzelfall sei europarechtlich nicht erforderlich.

317 BAG 6.11.2008 NZA 2009, 361, 365 mit Nachweisen zu Befürwortern in der Literatur; ebenso BAG 6.9.2007 NZA 2008, 405, 407.

318 BAG 5.11.2009 NZA 2010, 457 ff.

#### IV.3.c.aa(2) Altersgruppenbildung – § 1 III 2 KSchG

Da es mangels anderweitiger Vorgaben auch weiterhin bei einer tendenziell ältere Arbeitnehmende begünstigenden Sozialauswahl bleibt, kommt den berechtigten betrieblichen Bedürfnissen gem. § 1 III 2 KSchG auch weiterhin große Bedeutung zu. Was die strukturellen Sachgründe anbelangt, verstößt die Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung. Das hat das BAG in zwei jüngeren Entscheidungen zu Recht bestätigt<sup>319</sup>. Zweifel bestehen freilich beim ArbG Siegburg unter Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung **Age Concern**; es hat deshalb dem EuGH die Frage der Rechtmäßigkeit der Altersgruppenbildung vorgelegt<sup>320</sup>.

Entschieden abzulehnen ist eine Entscheidung des BAG vom 6.9.2007, in der die Erfurter Richter es zugelassen haben, Altersgruppen bezogen auf einen betrieblichen Bereich zu bilden<sup>321</sup>. Im zugrunde liegenden Fall wurden in einer Abteilung von elf Mitarbeitern fünf gekündigt; hierfür bildete der Arbeitgeber drei Altersgruppen. Der gekündigte 54-jährige Kläger befand sich nur noch mit einer anderen, fünf Jahre älteren, nach Ansicht des Arbeitgebers um einen Sozialpunkt schwächeren Arbeitnehmerin in der letzten Altersgruppe. Äußerst fraglich ist bereits die prinzipielle Möglichkeit, in diesem Fall angesichts der geringen absoluten Anzahl von Arbeitnehmenden und geplanten Kündigungen, überhaupt Altersgruppen bilden zu können. Die zur Orientierung dienenden Schwellenwerte des § 112a BetrVG sind nicht erreicht. Das heißt, der Arbeitgeber hätte gar nicht auf § 1 III 2 KSchG zurückgreifen dürfen; auf Fragen das Verbot der Altersdiskriminierung betreffend wäre es mithin nicht angekommen.

Als Grund für die generelle Unbedenklichkeitsbescheinigung der Altersgruppenbildung lässt sich anführen, dass i. R. d. § 1 III 2 KSchG die getrennt für mehrere Altersgruppen durchzuführenden Sozialauswahlen den massiven Einfluss des Lebensalters i. R. d. § 1 III 1 KSchG innerhalb der jeweiligen Altersgruppen wirksam zurückdrängen. Dieser Effekt der vom BAG in ständiger Rechtsprechung gebilligten „Rasenmähermethode“ ist unter III.3.a.bb beschrieben worden und ist insbesondere losgelöst von § 1 III 1 KSchG zu begreifen.

Sollte es bei den getrennt durchzuführenden Sozialauswahlen zu unmittelbaren Benachteiligungen wegen des Alters kommen<sup>322</sup>, können diese durch das legitime Interesse an der Sicherung der ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes gerechtfertigt werden<sup>323</sup>. Die Bildung von Altersgruppen ist hierfür geeignet und erforderlich. Sie ist auch angemessen, weil dieses legitime Ziel allein mit Hilfe eines solchen Konzeptes durchgesetzt werden kann. Nur wenn innerhalb der Altersgruppen altersneutrale Sozialauswahlen durchgeführt werden, die Arbeitnehmenden insbesondere also nicht mit Arbeitnehmenden aus anderen Altersgruppen verglichen werden, kann die proportionale Verringerung des Personals entlang der vorhandenen Altersstruktur erreicht werden. Deswegen muss es sich

319 BAG 6.11.2008 NZA 2009, 361, 366 f. m. w. N.; BAG 19.6.2007 NZA 2008, 103, 107; LAG Hannover 13.7.2007 LAGE § 2 AGG Nr. 3 m. w. N.; ebenso v. **Medem**, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008, S. 564 f.; a. A. LAG Hamm 11.11.2009, EzA-SD 2010, Nr. 8 mit abl. Anm. **Gragert**, ArbRAktuell 2010, 302.

320 ArbG Siegburg 27.1.2010 DB 2010, 1466 f.; mit zust. Anm. **Brors**, jurisPR-ArbR 16/2010 Anm. 1; s. a. **Bissels/Lützelner**, BB 2010, 1661, 1662; **Thüsing**, ZESAR 2010, 285 ff.

321 BAG 6.9.2007 NZA 2008, 405 ff.

322 Beispiel: A ist innerhalb seiner Altersgruppe der sozial Stärkste. Im Vergleich zu anderen Altersgruppen ist sie oder er es jedoch nicht. Die Bildung von mehreren Altersgruppen bewirkt also eine Verringerung der Anzahl der Arbeitnehmenden, mit denen A verglichen wird. Mit seinen Sozialdaten wird sie oder er gegenüber eventuell sozial stärkeren Arbeitnehmenden aus anderen Altersgruppen nicht mehr gehört.

323 Vgl. jedoch auch die Ausführungen unter IV.2.c.aa(3) bezüglich der Bereitschaft des EuGH, private Interessen i. R. d. Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zu akzeptieren.

relativ gegenüber dem Interesse eines Arbeitnehmenden durchsetzen, der vielleicht gegenüber einem Arbeitnehmenden aus einer unteren Altersgruppe bspw. wegen einer längeren Unternehmenszugehörigkeit sozial schwächer wäre. Sollte es an den Rändern der gebildeten Altersgruppen zu Verzerrungen kommen und dies auf das Lebensalter zurückzuführen sein, kann dies immer noch im Rahmen einer Einzelfallentscheidung gewürdigt werden.

#### IV.3.c.bb. Sozialpläne

Die noch jüngst vom BAG bestätigte Sozialplanrechtsprechung<sup>324</sup> begegnet unionsrechtlichen Zweifeln, die der EuGH am Maßstab des Kohärenzgebots korrigieren könnte. Prüfungsmaßstab ist § 75 I BetrVG, wobei zur Rechtfertigung auf § 10 S. 3 Nr. 2, 3, 6 bzw. § 10 S. 1 und S. 2 AGG (je nach Charakter der Sozialplanleistung) bzw. aus Sicht des EuGH Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zurückgegriffen werden kann. Der Widerspruch ist gleich ein doppelter und von Befürwortern der Linie des BAG bislang nicht aufgelöst worden: Zum einen enthält das BAG rentennahen Arbeitnehmenden echte Abfindungsleistungen vor, wohingegen jüngere Arbeitnehmende diese auf Grundlage der Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit gewährt bekommen, obwohl Sozialplanleistungen i. S. d. § 112 I 2 BetrVG insgesamt nur ein zukunftsgerichteter Überbrückungscharakter zukommen soll. Zum anderen lässt es das BAG genügen, dass Sozialplanleistungen für jüngere Arbeitnehmende pauschal, für rentennahe Arbeitnehmende jedoch konkret berechnet werden können. Warum ein konkreter Überbrückungsbedarf auch bei jüngeren Arbeitnehmenden nicht festgestellt werden muss, erschließt sich nicht sofort.

In diesem Zusammenhang dürfte das dänische Vorlageersuchen **Andersen** von gewisser Relevanz sein<sup>325</sup>. Darin geht es um die Frage, ob es zulässig ist, dass ein Arbeitgeber bei der Kündigung des Dienstverhältnisses einer oder eines Beschäftigten, die bzw. der zwölf, 15 oder 18 Jahre lang ununterbrochen im selben Betrieb beschäftigt war, im Fall der Entlassung eine Abfindung in Höhe von einem, zwei oder drei Monatsgehältern zahlen muss, diese Abfindung aber nicht zu zahlen ist, wenn die oder der Beschäftigte bei ihrer bzw. seiner Entlassung die Möglichkeit hat, eine Altersrente aus einem Rentensystem zu beziehen, zu dem der Arbeitgeber Beiträge geleistet hat. In der mündlichen Verhandlung wurde von der dänischen Regierung eindringlich darauf hingewiesen, dass diese Zahlungen keine Betriebstreue honorieren sollen und damit keine echten Abfindungen, sondern vielmehr Überbrückungszahlungen darstellen. Grund für diese Zahlungen sei die pauschale Annahme, dass Arbeitnehmende mit einer sehr langen Betriebszugehörigkeit einen Arbeitsplatz weniger leicht finden als Arbeitnehmende mit einer kurzen Betriebszugehörigkeit. Sie dienen also der finanziellen Unterstützung bei der Arbeitsplatzsuche. Allerdings ist diese Zahlung nicht mehr zu leisten, sobald der Arbeitnehmende eine vorgezogene Regelaltersrente beziehen kann. Das ist in Dänemark grundsätzlich noch mit Vollendung des 60. Lebensjahres möglich.

Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH die Berechnung von zukunftsgerichteten Überbrückungszahlungen mit Hilfe der Dauer der Betriebszugehörigkeit unbeanstandet lassen wird. Dessen ungeachtet ist der vollständige Ausschluss älterer Arbeitnehmender über 60 Jahren von diesen Leistungen an sich zweifelhaft. Während Generalanwältin **Kokott** die Prozessbeteiligten in der mündlichen Verhandlung nach der möglichen Bedeutung der in

324 BAG 30.9.2008 NZA 2009, 386 ff.; BAG 11.11.2008 NZA 2009, 210 ff.; BAG 26.5.2009 NZA 2009, 849 ff.; BAG 23.3.2010 NZA 2010, 774 ff.; s. a. **Roth**, EWIR 2009, 167 f.

325 Das Verfahren wird unter dem Az. C-499/08, **Ole Andersen**, geführt.

Art. 15 GRCh niedergelegten Berufsfreiheit für die Arbeitnehmer befragte und darauf keine Antwort erhielt, wiesen die Richterinnen und Richter des EuGH auf den achten Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG hin. Darin wird auf die vom Europäischen Rat auf seiner Tagung im Dezember 1999 in Helsinki vereinbarten beschäftigungspolitischen Leitlinien verwiesen und betont, dass der Unterstützung älterer Arbeitnehmender mit dem Ziel der Erhöhung ihres Anteils an der Erwerbsbevölkerung besondere Aufmerksamkeit gebührt. Insgesamt betrachtet könnte es sein, dass die Entscheidung **Andersen** einen Paradigmenwechsel in der deutschen Sozialplanrechtsprechung vorbereiten könnte. Die Schlussanträge von Generalanwältin **Kokott** weisen deutlich in diese Richtung<sup>326</sup>. Soweit ersichtlich ist allerdings ein einschlägiges Vorlageverfahren eines deutschen Arbeitsgerichts noch nicht anhängig.

Unterzieht man die Art und Weise der Berechnung von Sozialplanleistungen der hier befürworteten strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle, so bietet es sich an, zunächst zwischen Abfindungs- und Überbrückungszahlung zu unterscheiden.

Was vergangenheitsbezogene Abfindungszahlungen betrifft, könnte die durch die verwendeten Abfindungsformeln bewirkte unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters gerechtfertigt sein, weil sie der Kompensation für den Verlust des Arbeitsplatzes dienen. Die Abfindungsfunktion von Sozialplanleistungen kann als legitimes Ziel i. R. d. § 10 S. 3 Nr. 2 AGG aufgefasst werden. Des Weiteren müsste die unmittelbare Benachteiligung jedoch verhältnismäßig sein. Dazu müsste die Anknüpfung an das Lebensalter im Hinblick auf das legitime Ziel eine geeignete Maßnahme darstellen. Freilich hängt die finanzielle Bewertung des bereits erarbeiteten Bestandsschutzes nicht vom Lebensalter des Arbeitnehmenden ab. Dafür sind vielmehr andere Gesichtspunkte von Bedeutung, insbesondere die Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit und der monatliche Bruttoverdienst. Abfindungsformeln, die an das Lebensalter anknüpfen, sind zur Ermittlung des erarbeiteten Besitzstandes ungeeignet. Die hieraus resultierende unmittelbare Benachteiligung ist deshalb nicht notwendig. Damit verstoßen derartige Abfindungsformeln gegen § 75 I BetrVG und sind gem. § 134 BGB unwirksam. Ebenso unwirksam dürften nicht unterschiedslos ausgestaltete Höchstbetragsklauseln sowie Klauseln sein, die den kompletten Ausschluss von Abfindungsleistungen für rentennahe Jahrgänge vorsehen.

Sollen hingegen zukunftsgerichtete Überbrückungsleistungen mit Blick auf das Lebensalter benachteiligungsfrei konzipiert werden, so muss sich mit Hilfe der verwendeten Kriterien ein konkreter Überbrückungsbedarf sachgerecht ermitteln lassen. Dabei zeigt sich, dass sowohl die Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit als auch das Lebensalter hierfür ungeeignete Kriterien darstellen. Hingegen besteht die Möglichkeit, die Rentennähe bzw. Rentenberechtigung zu Lasten älterer Arbeitnehmender in Ansatz zu bringen, ggf. kombiniert mit möglichen Härtefallklauseln. Legitimes Ziel ist die Verhinderung einer unangemessenen Überversorgung, das sich auch i. R. d. Verhältnismäßigkeitsprüfung relativ durchsetzt<sup>327</sup>. Als weitere zulässige Gesichtspunkte können der Familienstand, bestehende Unterhaltspflichten oder bspw. eine mögliche Schwerbehinderung herangezogen werden.

326 Schlussanträge der Generalanwältin **Kokott** v. 6.5.2010 in der Rs. C-499/08, **Andersen**, Rn. 86 bis 90 mit Anm. **von Medem**, ArbRAktuell 2010, 266.

327 **Temming**, RdA 2008, 205, 218 ff. m. w. N.; kritisch auch **Hase**, AiB 2009, 218 ff., in Bezug auf die Möglichkeit, mit Hilfe des Lebensalters die Arbeitsmarktchancen abzubilden.



Sollte der EuGH die Zulässigkeit der herrschenden widersprüchlichen Sozialplanpraxis in Deutschland erkennen, so bestehen aufgrund der soeben gemachten Ausführungen hohe unionsrechtliche Risiken. Das betrifft nicht nur die grundsätzliche Konzeption von Sozialplanleistungen, sondern insbesondere die möglichen Rechtsfolgen ihrer Unionsrechtswidrigkeit. Denn sollten die altersdiskriminierenden Klauseln unwirksam sein, bestehen weiterhin gültige Referenzsysteme, auf die der Anspruch auf „Anpassung nach oben“ bezogen werden kann (nämlich diejenigen für jüngere Arbeitnehmende). Während die Rechtsprechung des BAG bei der Ausweitung der gleichheitswidrig vorenthaltenen Begünstigung äußerst vorsichtig ist<sup>328</sup>, dürfte der EuGH zu Recht diese Zurückhaltung nicht üben. Wenn überhaupt, wäre noch die Gewährung von Vertrauensschutz zu denken.

Als ein Argument ist das unionsrechtliche Äquivalenzprinzip anzuführen, welches Ausfluss des Gebots der praktischen Wirksamkeit ist. Verstößt der Arbeitgeber gegen seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten aus den §§ 111 ff. BetrVG, muss er als gesetzgeberische Antwort darauf mit den individualrechtlich ausgestalteten Ansprüchen auf Nachteilsausgleich gem. § 113 BetrVG rechnen. Sie stellen u. a. eine Sanktion für sein betriebsverfassungswidriges Verhalten dar. Die Höhe des Anspruchs richtet sich nach den finanzintensiven Abfindungsvorschriften der §§ 9, 10 KSchG; die herrschende Meinung gewährt diesen Anspruch sogar bis an den Rand der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitgebers – auch in der Insolvenz. Die Anwendung des Gebots der praktischen Wirksamkeit („**effet utile**“) in Form der Gewährung eines Anspruchs auf „Anpassung nach oben“ bei Sozialplänen, die unzulässigerweise wegen des Alters benachteiligen, steht wertungsmäßig im Einklang mit den Rechtsfolgen, die § 113 BetrVG bei Verstößen gegen die §§ 111 ff. BetrVG vorsieht. Die restriktiven Grundsätze der BAG-Rechtsprechung bei gleichheitswidrigen Sozialplänen stehen der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts entgegen.

Aufgrund dieser unionsrechtlichen Risiken sollte das Sozialplanvolumen von vorneherein für alle Arbeitnehmenden gerecht verteilt werden. Die Lösung der auf der Hand liegenden Diskriminierungsproblematik liegt in der deutlichen Trennung der Zwecke und Leistungen. Entschädigungsfunktion auf der einen Seite und Überbrückungsfunktion auf der anderen Seite müssen deutlich voneinander getrennt werden. Aus der Doppelfunktion des Sozialplans folgt zugleich eine „Zwei-Töpfe-Theorie“ bzw. eine „Trennungstheorie“. Die Sozialpartner besitzen die Möglichkeit, mit den Sozialplanleistungen nicht nur Abfindungszwecke, sondern auch Überbrückungszwecke zu verfolgen. Sie sind frei darin, einen oder beide Zwecke zu verfolgen. Dafür können verschiedene Sozialplantitel vorgesehen werden, die jeweils für sich einen finanziellen Höchststrahmen vorsehen. In dem gesonderten Topf „Überbrückungsleistungen“ können Sozialpläne auch zum Inhalt haben, gegenwärtige oder auch zukünftige Bedarfe auszugleichen bzw. abzumildern. Wichtig ist nur, dass beide Ziele getrennt voneinander betrachtet werden und sich nicht gegenseitig korrumpieren. Für Arbeitgeber wirkt sich der hier vorgeschlagene Paradigmenwechsel im Sozialplanrecht kostenneutral aus. Denn der Gesamtdotierungsrahmen kann unverändert bleiben. Dafür sind die gesamten Einzelleistungen nur in Abhängigkeit des Gesamtdotierungsrahmens zu setzen<sup>329</sup>.

328 Fällt die Korrektur ins Gewicht, sucht das BAG die Lösung über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB. Das heißt, der Sozialplan muss neu verhandelt und, ggf. durch Spruch der Einigungsstelle, angepasst werden, vgl. dazu BAG 17.2.1981 AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG 1972; BAG 28.8.1996 AP Nr. 104 zu § 112 BetrVG 1972; BAG 10.8.1994 AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972.

329 Vorschläge bei **Temming**, RdA 2008, 205, 213 ff.; **ders.**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 583 bis 595.

Sollte auch dieser Weg nicht goutiert werden, könnte nach neuester Rechtsprechung des BAG auch folgendermaßen vorgegangen werden. Während sich die mit Abfindungszahlungen kompensierte Personalabbaumaßnahme auf bspw. den Kreis der unter 55-jährigen Arbeitnehmenden beschränkt, behalten die über 55-jährigen Arbeitnehmenden ihren Arbeitsplatz. Nach Auffassung des BAG liegt darin keine verbotene Altersdiskriminierung. Es fehle bereits an einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters gem. § 3 I, 1 AGG. Den älteren Arbeitnehmenden bliebe ihr Arbeitsplatz erhalten. Sie würden deshalb nicht weniger günstig als jüngere Arbeitnehmende behandelt, die ihren Arbeitsplatz – wenn auch unter Zahlung einer Abfindung – verlören<sup>330</sup>. In dem zugrunde liegenden Fall waren betriebsbedingte Kündigungen tariflich ausgeschlossen gewesen; der Arbeitgeber bot Aufhebungsverträge gegen Abfindungen an. Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des AGG ist diese Entscheidung i. E. nicht unvertretbar. Wer hohe Abfindungen an ältere Arbeitnehmende scheut, muss diese eben weiterbeschäftigen. Freilich spricht aus dogmatischen Gesichtspunkten mehr dafür, diese Fragen i. R. d. Rechtfertigung und nicht i. R. d. Tatbestandes der unmittelbaren Diskriminierung zu erörtern.

#### IV.3.c.cc. Altersgrenzen

##### IV.3.c.cc(1) Allgemeine Altersgrenze

Die tarifliche allgemeine Altersgrenze von noch 65 Jahren benachteiligt gem. §§ 3 I, 1 AGG unmittelbar wegen Alters und ist rechtfertigungsbedürftig. Als möglicher Rechtfertigungsgrund könnte § 10 S. 3 Nr. 5 1. Hs. AGG in Betracht kommen, der gerade solche Klauseln **per se** legitimieren möchte. Die Vorschrift belässt keinen Auslegungsspielraum<sup>331</sup>. Indes: Ist die deutsche allgemeine Altersgrenze in ihrer bisherigen Form unionsrechtswidrig, dann kann auch § 10 S. 3 Nr. 5 1. Hs. AGG diese nicht rechtfertigen. In diesem Fall verstößt diese Norm dann selbst gegen das (un-)geschriebene primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und wäre unanwendbar; § 10 S. 1 und S. 2 AGG müssten bezüglich tariflicher, betrieblicher bzw. arbeitsvertraglicher allgemeiner Altersgrenzen entsprechend richtlinienkonform eng ausgelegt werden.

Das ArbG Hamburg hat dem EuGH die Frage der Rechtmäßigkeit der allgemeinen tariflichen Altersgrenze vorgelegt<sup>332</sup>. In dem dazugehörigen Verfahren **Rosenblatt** wurde bereits mündlich verhandelt; die EuGH-Richter haben Zweifel erkennen lassen. Generalanwältin **Trstenjak** hat Ende April dieses Jahres ihre Schlussanträge verkündet und der allgemeinen Altersgrenze keinen Blankoscheck ausgestellt<sup>333</sup>. In diesem Verfahren erhält die mit einem Rentner verheiratete und teilzeitbeschäftigte Klägerin lediglich eine monatliche Bruttorente von 253 €. Nach eigenen Angaben ist sie auf den Hinzuverdienst angewiesen, weil sie ihren schwerbehinderten Sohn pflegen muss (GdB i. H. v. 100 Prozent). Der Fall hat – theoretisch – auch eine diskriminierungsrechtliche Dimension im Hinblick auf das Geschlecht. Denn im Dienstleistungssektor der Gebäudereinigung sind vornehmlich Arbeitnehmerinnen angestellt, oft in Teilzeit; eine geringe Rentenhöhe ist damit vorprogrammiert.

330 BAG 25.2.2010 NZA 2010, 561 ff. mit zust. Anm. **Krieger**, ArbRAktuell 2010, 272; kritisch **Bieder**, AuR 2010, 268 f.; **Bissels/Lützeler**, BB 2010, 1661, 1666.

331 **Schlachter**, in: ErfK (Fn. 141), § 10 AGG, Rn. 7.

332 ArbG Hamburg 20.1.2009 LAGE Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr. 2.

333 Das Verfahren wird unter dem Az. C-45/09, **Rosenblatt**, geführt.

Prüft man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit streng durch, so ist bereits angesichts der legitimen Ziele (generationengerechte Verteilung der Arbeitsplätze, vorhersehbare Personal- und Nachwuchsplanung) die Notwendigkeit allgemeiner Altersgrenzen äußerst fragwürdig<sup>334</sup>. Unabhängig davon müssten sie freilich spätestens auf der Stufe der Erforderlichkeit scheitern<sup>335</sup>. Der Grund, dies so eindeutig aussprechen zu können, liegt in der Starrheit allgemeiner Altersgrenzen. Als milderes Mittel kommen nämlich zumindest flexible Lösungen in Betracht. Sie sind in der Regel dergestalt formuliert, dass Arbeitnehmende sich bspw. ein Jahr vor Erreichen der Regelaltersgrenze zu ihrer Weiterbeschäftigung äußern müssen und der Arbeitgeber dem Verlangen der Arbeitnehmenden (dringende) Gründe der ausgewogenen Personalstruktur des Unternehmens bzw. der mangelnden Eignung entgegenhalten kann. Es verbleibt dann nur noch die Frage, wie die Darlegungs- und Beweislast zu verteilen ist<sup>336</sup>. Wegen § 22 AGG müsste diese beim Arbeitgeber liegen. Zudem würde es gleichfalls auf eine angemessene Absicherung im Alter ankommen. Vorzugswürdig sind freilich Lösungen, die gänzlich auf Altersgrenzen verzichten und Anreize zu einem gleitenden Übergang in die Rentenphase innerhalb eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses setzen.

Dass die Abenddämmerung für die deutsche Variante der allgemeinen Altersgrenze begonnen hat, ergibt sich – so paradox es klingen mag – bereits aus der EuGH-Entscheidung **Palacios**. Darüber hinaus bestehen auch gemessen am Maßstab des Kohärenzgebotes tiefgreifende Zweifel.

Es spricht sehr viel dafür, dass die EuGH-Richter in der Entscheidung **Palacios** nur deshalb bereit waren, die spanische tarifliche allgemeine Altersgrenze zu rechtfertigen, weil sie die Härten mit einer relativ hohen Mindestrente absicherte. Nur dieser Umstand führte zur Angemessenheit der unmittelbaren Altersdiskriminierung i. S. d. Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. In diese Richtung weist ebenfalls eine Äußerung des am **Palacios**-Urteil beteiligten Präsidenten des EuGH, **Skouris**, in einem Zeitungsinterview hin: „*Altersgrenzen für das Ausscheiden aus dem Arbeitsleben sind ebenso vernünftige wie notwendige Regelungen, die allerdings in angemessener Weise ausgestaltet sein müssen. Wie der Gerichtshof im Fall Palacios de la Villa dargelegt hat, kann das bedeuten, dass der Arbeitnehmer bei Erreichung der Altersgrenze eine volle Pension zu bekommen hat*“<sup>337</sup>. Eigene Berechnungen ergaben, dass die spanische Klausel bezogen auf den Arbeitnehmer **Palacios** eine fiktive Mindestrente von ca. 1.000 € ergab; im konkreten Fall war die Altersrente sogar noch höher, weil er die Höchstzahl von 35 Beitragsjahren für die spanische Rentenversicherung vorweisen konnte. Seine Altersrente dürfte etwas über 2.000 € betragen, was der Höchstrente entspricht<sup>338</sup>.

334 **Temming**, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 303 bis 367 und 602 bis 619 m. w. N. zum Sach- und Streitstand; s. a. **Kolbe**, BB 2010, 501, 503, der nach der EuGH-Entscheidung **Kücükdeveci** die allgemeine tarifliche Altersgrenze für nicht mehr rechtfertigungsfähig hält.

335 Auch wenn diese Feststellung bei **v. Hoff**, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsprechung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009, S. 273 bis 301, nicht ausdrücklich fällt, sind seine Ausführungen zur Altersgrenzenproblematik nur dann schlüssig, wenn auch er die tarifliche allgemeine Altersgrenze für unzulässig hält, vgl. allerdings auch S. 272, 278 und 379, a. a. O.

336 Beispiele bei **Waltermann**, ZfA 2006, 305, 325; **Preis/Henssler**, § 130 ArbVG-E, Beil. zu NZA Heft 21/2007; s. a. **Preis**, RdA 2003, 65, 79 (§ 19).

337 FAZ v. 28.7.2008, Nr. 174, S. 4.

338 **Temming**, Anm. zu EzA § 14 TzBfG Nr. 49 unter III.2.b.

So zurückhaltend die EuGH-Richter in der Entscheidung **Palacios** prüften – die Kontroll-dichte entspricht in etwa dem Maßstab eines bloßen Willkürverbotes –, entfaltet dieses Urteil bezogen auf Deutschland gerade deshalb so viel Stoßkraft, weil nur die wenigsten Arbeitnehmenden mit einer vollen deutschen Regelaltersrente auf Grundlage einer allge-meinen Altersgrenze zwangsweise in den Ruhestand gedrängt werden. Zudem stellt die Altersgrenzenklausel durch die bloße Anknüpfung an § 35 SGB VI an eine äußerst geringe Regelaltersrente ab. Das mögen folgende Berechnungen verdeutlichen:

Der Gesetzgeber verwendet zwar nicht den Begriff der vollen Altersrente, dafür aber denjenigen der **Standardrente**. Er ist in § 154 III Nr. 2 Hs. 2 SGB VI legal definiert, wo es um die Sicherung des Rentenniveaus geht: „... verfügbare Standardrente ist die Regelaltersrente aus der allgemeinen Rentenversicherung mit 45 Entgeltpunkten ohne Berücksichtigung der auf sie entfallenden Steuern, gemindert um den allgemeinen Beitragsanteil zur Krankenversicherung und den Beitrag zur Pflegeversicherung; verfügbares Durchschnittsentgelt ist das Durchschnittsentgelt ohne Berücksichtigung der darauf entfallenden Steuern, gemindert um den durchschnittlich zu entrichtenden Arbeitnehmersozialbeitrag einschließlich des durchschnittlichen Aufwands zur zusätzlichen Altersvorsorge“.

Diese Eck-, Standard- oder Äquivalenzrentnerin bzw. dieser so genannte Eck-, Standard- oder Äquivalenzrentner ist eine fiktive Person. Sie oder er hat 45 Jahre lang gearbeitet und jeweils immer das Durchschnittsentgelt aller Rentenversicherten verdient (vgl. Anlage 2 zum SGB VI) und mit Vollendung des 65. Lebensjahres eine abschlagsfreie Regelaltersrente nach § 35 SGB VI beantragt. Das heißt, sie oder er bekommt pro Jahr einen Entgeltpunkt an Rentenanwartschaft zugeschrieben (§ 66 SGB VI). Der Wert eines Entgeltpunkts hängt vom aktuellen Rentenwert ab (§ 68 SGB VI). Dieser beträgt momentan 27,20 € pro Entgeltpunkt. Damit ergibt sich eine Standardbruttomonatsrente i. H. v.  $27,20 \text{ €} \times 45 \text{ Entgeltpunkte} = 1.224 \text{ €}$ . Für diese Gruppe der Standardrentnerinnen und -rentner mag die vom BAG verallgemeinerte Prämisse noch stimmen, mit der gesetzlichen Rentenversicherung existiere ein geeignetes Altersversorgungssystem für Arbeitnehmende, welches nach ihrem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben ihren Lebensunterhalt sicherstelle. Wobei hinzugefügt werden sollte, dass es für den notwendigen Bezugspunkt des Sicherungsniveaus eigentlich um die zuvor durch Arbeit erreichte wirtschaftliche Teilhabe geht. Für einen Großteil der Versicherten, vor allem Frauen, sieht die aktuelle und vor allem zukünftige Lage hingegen weit weniger rosig aus<sup>339</sup>.

Die Rentenhöhe, die eine Durchschnittsversicherte oder ein Durchschnittsversicherter erreicht, wenn sie oder er die Voraussetzungen für den Bezug einer Regelaltersrente nach § 35 SGB VI erfüllt (darauf stellen allgemeine tarifliche oder arbeitsvertragliche Altersgrenzenklauseln ab), ist ebenfalls geringer. Voraussetzung für die Regelaltersrente ist zum einen das Erreichen der Regelaltersgrenze von noch 65 Jahren (§ 235 SGB VI). Zum anderen muss die allgemeine Wartezeit erfüllt sein. Diese beträgt gem. § 50 I Nr. 1 SGB VI fünf Jahre. Zugunsten des Arbeitnehmenden sei unterstellt, dass die fünf Jahre mit vollen Beitragszeiten belegt sind (§§ 51 I, 55 I SGB VI). Das heißt, sie oder er hat fünf Entgeltpunkte erworben. Damit ergibt sich eine Bruttomonatsrente von  $27,20 \text{ €} \times 5 \text{ Entgeltpunkte} = 136 \text{ €}$ .

339 Dazu bspw. **Schmähl**, in: Becker/Kaufmann/Baron von Maydell/Schmähl/Zacher (Hrsg.), FS f. Ruland, 2007, S. 291 ff.; **Stegmann**, DRV 2009, 254, 260.

Angenommen, dies sei die gesamte Altersrente, muss der Rentenversicherungsträger in dieser Situation gem. § 109a SGB VI auf die Möglichkeit der Antragsstellung zur steuerfinanzierten Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung hinweisen. Sie ist in den §§ 41 ff. SGB XII geregelt. Die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ist eine Leistung der Sozialhilfe und erfüllt die gleiche Funktion wie die Hilfe zum Lebensunterhalt, jedoch für einen speziellen Personenkreis, u. a. Personen, die die Regelaltersgrenze erreicht haben. Die Leistungen der Grundsicherung richten sich nach § 42 SGB XII und entsprechen denen der Hilfe zum Lebensunterhalt in der Sozialhilfe. Die Leistungen werden nach Regelsätzen pauschaliert bemessen. Momentan beträgt der monatliche Regelsatz 359 € für Alleinstehende. Hinzu kommen Mehrbedarfe nach § 42 Nr. 2 bis Nr. 5 SGB XII. Gem. § 82 I SGB XII wird die oben ermittelte monatliche Altersrente als Einkommen angerechnet.

Die Rentenversicherungsträger verschicken in der Regel den Antrag für Leistungen der Grundsicherung unterhalb einer monatlichen Altersrente von ca. 750 €; die genaue Schwelle ist in § 109a S. 3 SGB VI vorgegeben. Berechnet man die für eine solche Regelaltersrente notwendigen Entgeltpunkte, ergeben sich  $750 \text{ €} \times 27,20 \text{ € (aktueller Rentenwert)} = \text{ca. } 20,4 \text{ Entgeltpunkte}$ . Haben Arbeitnehmende jeweils das Durchschnittsentgelt der Versicherten verdient, müssen sie für diese Rente ca. 20,4 Jahre lang arbeiten. Haben sie lediglich 0,75 Entgeltpunkte pro Jahr erworben, benötigen sie hingegen ca. 27,2 Jahre. Haben sie jährlich so viel verdient, wie es den zulässigen Höchstwerten an Entgeltpunkten entspricht (Anlage 2b zum SGB VI), reichen hierfür bereits ca. 15 Jahre (Beispiel von 2002 an rückwärts gerechnet). Da die erreichbaren Entgeltpunkte pro Jahr bzw. Monat gedeckelt sind, ist es also nicht möglich, innerhalb von fünf Jahren – also der in § 35 SGB VI verlangten allgemeinen Wartezeit – auf eine Regelaltersrente i. H. v. 750 € zu kommen. Maximal möglich sind nur  $27,20 \text{ €} \times 9,5157 \text{ Entgeltpunkte} = \text{ca. } 258,83 \text{ € Bruttomonatsrente}$  (Beispiel für den Zeitraum 2002 bis 1998). Für eine solche Rentenleistung muss der Arbeitnehmende Vergütungen erreichen, die der Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung nach Anlage 2 entspricht. Seit 2003 beträgt diese mehr als 60.000 € jährlich.

Stellen demnach weder die tarifliche allgemeine Altersgrenze noch § 10 S. 3 Nr. 5 AGG auf eine „**volle Pension**“ i. S. d. EuGH-Rechtsprechung ab, bestehen in der ständigen Rechtsprechung des BAG zudem noch deutliche Widersprüche, die der EuGH mit Hilfe des Kohärenzgebots monieren dürfte. In Bezug auf die Regelaltersrente versteht das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 18.6.2008 das EuGH-Urteil **Palacios** dahingehend, dass es nicht auf die konkrete Rentenhöhe ankomme. Vielmehr solle die bloße Möglichkeit des Altersrentenbezugs ausreichen.

Zudem prüft es überhaupt nicht, ob die für eine Altersgrenze angegebenen legitimen Rechtfertigungsgründe im konkreten Fall überhaupt vorliegen. Das verstößt klar gegen die Darlegungs- und Beweislastanordnungen in § 22 AGG bzw. Art. 10 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Im Ergebnis verzichtet das BAG auf eine Einzelfallprüfung und geht diesbezüglich sogar von einem so genannten **acte clair** aus. Das bedeutet, bezüglich dieser Frage bestünden aus unionsrechtlicher Sicht keinerlei Zweifel, so dass es nach seiner Ansicht auch den EuGH deswegen nicht gem. Art. 267 III AEUV (ex-Art. 234 EG) anrufen müsse: *„Danach ist auch nach Gemeinschaftsrecht die Höhe der dem Arbeitnehmer bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zustehenden Altersversorgung ohne Bedeutung. Maßgeblich ist nur, dass die von der Altersgrenze betroffenen Arbeitnehmer bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eine beitragsbezogene Altersrente beanspruchen können, deren Höhe sich nach den in den Mitgliedstaaten geltenden*

*Vorschriften richtet ... Hinsichtlich der Berücksichtigung der individuellen Altersversorgung der Klägerin geht der Senat aus den oben dargestellten Gründen ... davon aus, dass das gefundene Ergebnis keinem vernünftigen Zweifel unterliegen kann*<sup>340</sup>.

Der Grund für die nicht notwendige Einzelfallprüfung zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsleben liegt nach Auffassung des BAG darin, dass die Voraussetzungen einer Sachgrundbefristung i. R. d. § 14 I TzBfG allein beim Abschluss des Arbeitsvertrages zu prüfen und auch Ausdruck der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG seien. Diese Ansicht begegnet in Bezug auf allgemeine Altersgrenzen nicht nur verfassungs-, sondern auch europarechtlichen Zweifeln. Eine Einzelfallprüfung ist dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit immanent. Es ist daher fraglich, ob die einfachrechtliche Sachgrunddogmatik des BAG in der Lage ist, den in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG konkretisierten und in Art. 52 GRCh niedergelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz derart zu modifizieren. Das ist unter Berücksichtigung des Vorrangs des Unionsrechts eine sehr kritisch zu hinterfragende These und hätte zumindest eines Ersuchens um Vorabentscheidung bedurft, als das BAG im Juni 2008 zur Rechtmäßigkeit allgemeiner Altersgrenzen entschied.

Sollte der EuGH in dem Verfahren **Rosenblatt** zu einer vergleichbaren Einschätzung gelangen, wäre zum einen möglicherweise § 10 S. 3 Nr. 5 AGG unanwendbar und zum anderen die tarifliche allgemeine Altersgrenze gem. § 7 II AGG i. V. m. § 134 BGB unwirksam. Damit ist ebenfalls der Sachgrund für die Befristung gem. § 14 I 2 Nr. 6 TzBfG unwirksam. Will der Arbeitnehmende die Unwirksamkeit der Befristung geltend machen, so muss sie oder er gem. § 17 TzBfG innerhalb von drei Wochen ab dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses Entfristungsklage erheben<sup>341</sup>. Anders als bei den besonderen Altersgrenzen für Pilotinnen und Piloten (dazu sogleich) sind die unionsrechtlichen Risiken mit Blick auf die allgemeine Altersgrenze enorm: Der Arbeitnehmende steht in einem „echt“ unbefristeten Arbeitsverhältnis.

#### IV.3.c.cc(2) Besondere Altersgrenze

Die besondere tarifliche Altersgrenze 60 Jahre ist für die Pilotinnen und Piloten der Lufthansa in § 19 I S. 1 MTV Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei Lufthansa niedergelegt. Sie stellt gem. §§ 3 I, 1 AGG eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters dar. Das BAG hat im Juni 2009 dem EuGH die Frage nach der Gemeinschaftsrechtmäßigkeit der besonderen Altersgrenze vorgelegt<sup>342</sup>. In dem dazugehörigen Verfahren **Prigge u. a.** dürfte sie der EuGH in Anlehnung an die Entscheidung **Petersen** an den strengen Vorgaben der Art. 4 I Rahmenrichtlinie messen; das entspricht dem einfachrechtlichen Maßstab des § 8 I AGG. Art. 2 V Rahmenrichtlinie 2000/78/EG scheidet als Rechtfertigungstatbestand aus, da es sich bei dieser Altersgrenze um keine **staatliche** Rechtsnorm handelt. Ebenso wenig dürfte der EuGH Art. 6 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG heranziehen, da die besondere Altersgrenze nicht aus den sozialpolitischen Gründen der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes oder der beruflichen Bildung zu rechtfertigen ist<sup>343</sup>.

340 BAG 18.6.2008 NZA 2008, 1302, 1308 f.

341 Bspw. BAG 14.8.2002 NZA 2003, 1397 ff.; **Hanau**, ZIP 2007, 2381, 2389.

342 BAG 17.6.2009 RIW 2010, 76 ff.; das Verfahren wird beim EuGH unter dem Az. C-447/09, **Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach**, geführt.

343 So aber ArbG Frankfurt 14.3.2007 BB 2007, 1736 ff. prüft besondere Altersgrenzen an § 10 AGG und damit indirekt an Art. 6 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG; es hätte auch § 8 I AGG und damit indirekt Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG heranziehen können. Vgl. statt aller die Nachweise bei **v. Hoff**, BB 2007, 1739 f.

Am Maßstab einer streng durchzuführenden Verhältnismäßigkeitsprüfung dürften weder Art. 4 I Rahmenrichtlinie 2000/78/EG noch der unionsrechtskonform auszulegende § 8 I AGG die besondere Altersgrenze in § 19 I S. 1 MTV Nr. 5a rechtfertigen. Der Grund liegt darin, dass die aktuellen medizinischen Erkenntnisse die Ausübung der Pilotentätigkeit grundsätzlich bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres erlauben. Diese Wertung hat das öffentliche Recht in § 127 der Verordnung über Luftpersonal bzw. § 4 der Ersten Durchführungsverordnung zur Verordnung über Luftfahrtpersonal bzw. § 20 LuftVZO i. V. m. JAR-FCL 1.060 nachvollzogen. Daraus folgt, dass es sehr wohl möglich ist, die Tätigkeit einer Pilotin oder eines Piloten auch mit über 60 Jahren auszuüben; auf dieser Grundlage setzen dementsprechend auch einige Luftfahrtunternehmen ältere Pilotinnen und Piloten ein. Dann kann ein Höchstalter von 60 Jahren aber keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für den Beruf einer Pilotin oder eines Piloten darstellen.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Beschränkung in JAR-FCL 1.060<sup>344</sup> überhaupt auf Sicherheitsbedenken hinsichtlich eines Piloteneinsatzes im Alter über 60 Jahren schließen lässt. Denn die Regelung findet auch auf moderne Zweimanncockpits Anwendung (ist eine Pilotin oder ein Pilot über 60, muss die oder der andere unter 60 Jahren sein). Das bedeutet aber auch, dass die Annahme, eine Pilotin oder ein Pilot im Alter über 60 Jahren stelle ein Risiko dar, nicht durchweg schlüssig ist. Denn wenn nur zwei Piloten im Cockpit sitzen und einer ausfällt, trägt die oder der andere die gesamte Verantwortung für die Passagiere, Besatzung und das Flugzeug. Da es keine Regelvermutung gibt, dass stets die ältere Pilotin oder der ältere Pilot ausfällt, kann der Altersgrenze unter Sicherheitsaspekten nicht die tragende Rolle zukommen. Die Vorschrift der JAR-FCL 1.060 traut vielmehr beiden Piloten im Notfall die volle Verantwortung zu.

Das führt unmittelbar zu der weiteren Frage, ob die Altersgrenze von 65 Jahren für Pilotinnen und Piloten nicht nur aus medizinischen Gründen, sondern vielleicht auch aus dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Anknüpfung an die bisherige Regelaltersrente ihre Legitimation speist. Ist es aus medizinischen Gründen möglich, die Grenze um weitere zwei Jahre nach hinten zu verschieben, könnte die stufenweise Anhebung der Regelaltersgrenze von 2012 bis 2029 auch für Pilotinnen und Piloten nachvollzogen werden.

Aus alledem ergibt sich, dass § 19 I S. 1 MTV Nr. 5a nicht erforderlich ist. Diesbezüglich verkennt das BAG des Weiteren wie bei allgemeinen Altersgrenzen die Darlegungs- und Beweislastanordnungen in § 22 AGG bzw. Art. 10 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG, weil es dem Arbeitgeber bzw. den Tarifvertragsparteien eine substantiierte Darlegung i. R. d. § 8 I AGG gar nicht abverlangt. Auf die Bedeutung einer möglichen Übergangsvorsorge der Pilotinnen und Piloten zwischen dem 60. und dem 65. Lebensjahr kommt es deshalb gar nicht mehr an. Dieser Aspekt wäre nur auf der Ebene der Angemessenheit relevant geworden.

Zu derselben Einschätzung dürfte der EuGH am Maßstab des von ihm herangezogenen Kohärenzgebots gelangen. Der Grund liegt in den unterschiedlichen Altersgrenzen, die der MTV und das Luftverkehrsrecht vorsehen. In diesem Zusammenhang hat es eine gewisse Ironie, dass das Luftverkehrsrecht als öffentliches Gefahrenabwehrrecht (§ 29 I LuftVG) älteren Pilotinnen und Piloten mehr zutraut und sie für ein geringeres Risiko hält, als es das Privatrecht in der Lesart des BAG vermag. Zusätzlich bestehen Widersprüche, weil bspw.

---

344 Vgl. den Wortlaut in Fn. 192.

bei der Lufthansa CityLine keine besonderen Altersgrenzen für Pilotinnen und Piloten gelten und, wie bereits erwähnt, solche auch bei anderen Luftfahrtunternehmen nicht zur Anwendung gelangen.

Beruhet der Arbeitsvertrag auf der besonderen tariflichen Altersgrenze 60 Jahre, die das Arbeitsverhältnis mit dem 60. Lebensjahr ohne Verlängerungsmöglichkeit beendet, so ist diese gem. § 7 II AGG i. V. m. § 134 BGB unwirksam. Um dies erfolgreich zu rügen, muss der Arbeitnehmende gem. § 17 TzBfG Entfristungsklage erheben. Sollten die Piloten **Prigge u. a.** vor dem EuGH in Luxemburg Erfolg haben, stehen sie mit der Lufthansa in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis. Freilich kann diese jenen mit Vollendung des 65. Lebensjahres gem. § 1 II KSchG personenbedingt kündigen, weil in diesem Moment ihre Eignung nicht mehr gegeben sein wird. Denn ab diesem Zeitpunkt ist die Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung rechtlich unmöglich, weil sie gem. § 4 S. 2 Erste DVLuftPersV nicht mehr eingesetzt werden dürfen und ihre Lizenz gem. § 29 LuftVZO zu widerrufen ist<sup>345</sup>. Das aus der Unionsrechtswidrigkeit resultierende Risiko ist deshalb in zeitlicher Hinsicht begrenzt.

#### IV.4. Bewertung: Das Verbot der Altersdiskriminierung als Chance

Nimmt man das Verbot der Altersdiskriminierung ernst, prüft man es also streng, sind bedeutende arbeitsrechtliche Vorschriften oder auch ständige Rechtsprechungslinien des BAG unionsrechtlich bedenklich und somit reformbedürftig. Zu derselben Einschätzung gelangt man, wenn das deutsche Arbeitsrecht am Maßstab des Kohärenzgebotes einer Prüfung unterzogen wird, so wie es der EuGH seit der Entscheidung **Hütter** heranzieht. Die vorliegenden Beispiele mögen dies veranschaulicht haben; freilich stehen auch andere arbeitsrechtliche Regelungen auf dem Prüfstand. Zu nennen wären auf der Ebene des Gesetzesrechts bspw. noch § 1b IS. 1 BetrAVG, der die Unverfallbarkeit von betrieblichen Altersversorgungsansprüchen anordnet, solange der Arbeitnehmende das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, oder die ratierte Kürzung von Versorgungsansparungen gem. § 2 I 1 BetrAVG<sup>346</sup>. Jene Norm benachteiligt unmittelbar, diese mit Gründen mittelbar wegen des Alters.

Die nach der Entscheidung **Palacios** vermeintlich eingekehrte Ruhe war somit wohl nur eine trügerische. Gesetzgeber und Rechtsprechung werden sich darauf einstellen müssen, weitere Korrekturen im Arbeitsrecht vorzunehmen. Größtenteils dürfte dieser Druck vom Unionsrecht und damit vom EuGH ausgehen. Ein neuerer Beschluss des BVerfG zur Stärkung des Individualrechtsschutzes im Falle des Unterlassens der Vorlagepflicht gem. Art. 267 III AEUV (ex-Art. 234 III EG) deutet mittelbar darauf hin, dass zumindest die Richter des Ersten Senats des BVerfG diese Rollen- und Aufgabenzuweisung auf dem Gebiet der Altersdiskriminierung wollen<sup>347</sup>. Allerdings ist es äußerst fraglich, ob es dabei insgesamt zu einer harmonischen, in sich schlüssigen Neujustierung des Arbeitsrechts kommt. Die ver-

345 Speziell für Piloten vgl. BAG 7.12.2000 NZA 2001, 1304, 1305 ff. m. w. N.; BAG 31.1.1996 NZA 1996, 819, 820 ff.

346 Vgl. dazu LAG Köln 18.1.2008 ZIP 2008, 1548 – auch zu § 30f BetrAVG; s. a. BR-Drs. 540/07, in der der Gesetzgeber keine echte Begründung für Altersgrenzen, insbesondere deren Herabsetzung nennt. LAG Köln 6.5.2009, Az. 9 Sa 1/09 – juris (Revision eingelegt unter dem Az. 3 AZR 434/09). Zum Verhältnis BetrAVG und AGG s. Rolfs, NZA 2008, 553 ff.; **Adomeit/Mohr**, ZfA 2008, 449 ff.; **Preis**, BetrAV 2010 (i. E.).

347 BVerfG 25.2.2010 NZA 2010, 439 ff. **Temming**, ZESAR 2010, 275 ff.; **Thüsing/Pötters/Traut**, NZA 2010, 930 ff.



gangenen Jahrzehnte und insbesondere die letzten Jahre haben gezeigt, dass der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nahezu reformunfähig ist. Der im deutschen Einigungsvertrag niedergelegte Auftrag, das Arbeitsvertragsrecht zu kodifizieren, ist bislang unerfüllt.

Dabei hat diese Expertise auch gezeigt, dass das Verbot der Altersdiskriminierung sowohl Arbeitnehmenden als auch dem Arbeitgeber etwas zu bieten hat und daher nicht als Last, sondern als Chance begriffen werden sollte<sup>348</sup>. Für den Arbeitgeber würde bspw. eine Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen ohne die Beachtung des Lebensalters als sozialen Gesichtspunkt transparenter und berechenbarer werden. Einige juristische Probleme würden sich vermeiden lassen, wodurch das Prozessrisiko entscheidend gemindert werden könnte – vor allem bei Massenentlassungen. Ältere Arbeitnehmende sind auch durch das Kriterium der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit hinreichend begünstigt. Gleichzeitig würde eine Reform der Sozialauswahl auch jüngeren Arbeitnehmenden zugutekommen. Mittelbar würde sie schließlich den Älteren helfen, weil ein zu ihren Gunsten übermäßiger Bestandsschutz abgebaut würde, der sich in den vergangenen Jahrzehnten zunehmend gegen sie gerichtet hat und mitursächlich für die heutigen Benachteiligungen ist. Zu viel Schutz schadet und kehrt sich im Ergebnis in Diskriminierung um. Das ist kontraproduktiv<sup>349</sup>.

Gerade dieser Aspekt weist auf einen wichtigen Effekt des Verbotes der Altersdiskriminierung hin: Mit Hilfe des aus ihm resultierenden altersneutralen Ansatzes lassen sich auch Widersprüchlichkeiten beseitigen, die das deutsche Arbeitsrecht wie ein roter Faden durchziehen. Das kann insbesondere an der näher unter III.3.a. und III.3.c. behandelten Sozialauswahl und allgemeinen Altersgrenze gut aufgezeigt werden. Denn zwischen beiden besteht ein gewisser Widerspruch. Die Sozialauswahl hält ältere Arbeitnehmende im Erwerbsleben, während die allgemeine Altersgrenze diese herausdrängt.

So paradox es klingt: Die Sozialauswahl gem. § 1 III 1 KSchG ist mit einer der Hauptgründe für das jahrzehntelange systematische Herausdrängen Älterer aus dem Erwerbsleben. Erst aufgrund solcher Vorschriften wurde diese Gruppe von Arbeitnehmenden zu einer prekären und schließlich zu einer sozialpolitischen Verschiebemasse. Teilweise hat die Politik diese Entwicklung durch das Setzen finanzieller Anreize sogar verstärkt. Das Stichwort Altersteilzeit im Blockmodell muss an dieser Stelle genügen. Sie ermöglicht den sozialverträglichen Ausstieg aus dem Erwerbsleben sogar schon vor dem 65. Lebensjahr. Es ist insofern zu begrüßen, dass der Gesetzgeber angefangen hat, diese Anreize insbesondere im Sozialversicherungsrecht massiv zu verringern.

Der übermäßige Schutz und das Zuviel an Begünstigung, bspw. durch Unkündbarkeits- oder übermäßige Verdienstsicherungsklauseln, haben sich für die Älteren im Normalarbeitsverhältnis zum Nachteil entwickelt und Vorurteile geschürt. Die seit Jahren praktisch fehlenden Chancen selbst für qualifizierte Arbeitnehmer, die die Schallmauer des 50. Lebensjahres überschritten haben, sind inzwischen Allgemeingut und können an zahlreichen Arbeitsmarktberichten abgelesen werden. Der deutsche Arbeitsmarkt befin-

---

348 Positiv bspw. auch **Britz**, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 190 bis 204, 219; viel kritischer dagegen **Bauer**, in: Hanau/Thau/Westermann (Hrsg.), FS f. Adomeit, 2008, S. 25 ff.

349 In diese Richtung auch **v. Hoff**, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsprechung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009, S. 323, 365 bis 369, 379.

det sich in einer Situation, in der sich das Vorurteil hartnäckig hält, ältere Arbeitnehmende seien weniger leistungsfähig bzw. weniger produktiv und somit vergleichsweise teuer. Hinzu kommt die Klage von Arbeitgebern und ihren Verbänden, sich von älteren Arbeitnehmenden zu trennen sei im unbefristeten Normalarbeitsverhältnis ein Ding der Unmöglichkeit. Daher bedarf es eines Sicherheitsventils, damit dieser Druck wenn nicht schon vorher, so doch spätestens mit Erreichen der Regelaltersgrenze entweichen kann. Genau das ist die Funktion von allgemeinen Altersgrenzen. Sie sind der hohe Preis für den Bestandsschutz im deutschen Arbeitsrecht<sup>350</sup>.

Die Rechtswissenschaft hat vor dieser kontraproduktiven Entwicklung sehr lange die Augen verschlossen. Warnrufe von **Simitis** verhallten 1993 ungehört – dem europäischen Jahr der älteren Menschen und der Solidargemeinschaft der Generationen<sup>351</sup>. Fünf Jahre später, als sich der einflussreiche Deutsche Juristentag mit der Thematik beschäftigte, wie mit älteren Beschäftigten arbeits- und sozialrechtlich umzugehen sei, störte der Ruf des Gutachters **Boecken** nach der Aufhebung von allgemeinen Altersgrenzen wegen ihrer angeblichen Verfassungswidrigkeit den damaligen **common sense**.

Zehn Jahre später hat **Preis** in seinem Juristentagsgutachten erneut den Versuch unternommen, Fragen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts im Hinblick auf die Erwerbsbeteiligung älterer Arbeitnehmer nachhaltig und zukunftsgerichtet zu denken<sup>352</sup>. Das Gutachten nimmt das Verbot der Altersdiskriminierung ernst; es dient als Hebel für eine rechtspolitische Weiterentwicklung des Arbeitsrechts. Seine Lösungen sind in sich stimmig und könnten in Zusammenschau mit einer Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts neue Impulse setzen<sup>353</sup>. Der 67. Juristentag jedenfalls ist im Jahre 2008 Teilen seiner Vorschläge gefolgt, u. a. in Bezug auf die generelle Empfehlung, gesetzliche Anreize für ein frühzeitiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben konsequent abzubauen. Freilich sind einige der Abstimmungsentscheidungen mit Blick auf diese Forderung oder das Gesamtsystem weiterhin widersprüchlich, weil auch weiterhin u. a. auf die Altersteilzeit im Blockmodell gesetzt wird. Zudem wird zwar einerseits eine Reform der allgemeinen tariflichen Altersgrenze befürwortet, andererseits soll es aber weiterhin bei der Alterslastigkeit der Sozialauswahl bleiben<sup>354</sup>.

Natürlich ist klar, dass das Verbot der Altersdiskriminierung für sich allein genommen kein Wundermittel sein wird. Auf die Gefahr paradoxer Effekte einer verstärkten Diskriminierungstendenz durch Diskriminierungsverbote ist unter II. hingewiesen worden. Es bedarf eines umfassenden, nachhaltigen Ansatzes, wovon das Verbot der Altersdiskriminierung

350 Ein anderes, weniger genutztes bzw. bekanntes Ventil ist bspw. die so genannte „Austauschkündigung“. Mit ihrer Hilfe lässt sich abhängige Beschäftigung in selbstständige Tätigkeit umwandeln oder sogar – unter vollständiger Ausschaltung der Voraussetzungen der Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung – ein entgeltliches Arbeitsverhältnis in ein unentgeltliches Ehrenamt transformieren, vgl. dazu BAG 13.3.2008 NZA 2008, 878 ff. und BAG 18.9.2008 NZA 2009, 142 ff. Als weiteres Beispiel ließe sich das Befristungsrecht anführen, insbesondere § 14 III TzBfG a. F. und n. F.

351 **Simitis**, in: Blanpain/Weiss (Hrsg.), Liber Amicorum for Summers, 1993, S. 177 ff.; **ders.**, NJW 1994, 1453 ff.; **ders.**, RdA 1994, 257 ff.

352 **Preis**, Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer?, Gutachten B für den 67. Deutschen Juristentag, 2008; dazu **Kohte**, AnwBl 2008, 575 ff.; **Waltermann**, NJW 2008, 2529 ff.; **Rolfs/Witschen**, JURA 2008, 641 ff.; **Rieble**, JZ 2008, 811 ff.

353 Vgl. den Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes von **Preis/Henssler**, Beil. zu NZA Heft 21/2007, s. a. [www.arbvg.de](http://www.arbvg.de) (19.3.2010); **Sittard/Lampe**, RdA 2008, 249 ff.

354 Vgl. dazu die Beschlüsse des 67. DJT, abzurufen unter [www.djt.de/files/djt/67/djt\\_67\\_beschluesse.pdf](http://www.djt.de/files/djt/67/djt_67_beschluesse.pdf) (19.3.2010).

aus juristischer Sicht aber einen wichtigen Teil darstellt<sup>355</sup>. Festzustellen bleibt jedenfalls, dass auch auf rechtspolitischer Ebene ein vorsichtiges Umdenken stattfindet. Das betrifft nicht nur den renommierten Deutschen Juristentag, sondern u. a. auch die politischen Vorhaben der Bundesregierung<sup>356</sup>. Und das stimmt in Zusammenschau mit der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, insbesondere seit der Entscheidung **Hütter**, und einigen Urteilen des BAG<sup>357</sup> hoffnungsvoll.

---

355 Dazu bspw. **Koch/Kupka/Steinke**, Aktivierung, Erwerbstätigkeit und Teilhabe, IAB-Bibliothek, Bd. 315, 2009, S. 195 f.; vgl. die Ausführungen unter II.2.b.cc. und unter II.2.b.

356 „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“, Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP v. 26.10.2009, Rn. 3.3, S. 24, abzurufen unter [www.cdu.de](http://www.cdu.de) (19.3.2010); s. a. **Bauer/Klebe/Schunder**, NZA 2009, 1190 ff.

357 Vgl. die Rechtsprechungsnachweise in der Fn. 28.

# V.

## Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Das Lebensalter ist ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal in unserer Gesellschaft. Nicht jede Benachteiligung oder Ungleichbehandlung aufgrund des Lebensalters ist aber mit einer verbotenen Altersdiskriminierung gleichzusetzen. Diskriminierung im Sinne eines tadelnswerten Verhaltens hat die Verletzung legitimer Ansprüche auf Gleichbehandlung auf Seiten des Diskriminierten zum Inhalt. Von Bedeutung ist darüber hinaus die Unterscheidung zwischen aktiver Benachteiligung durch einen verantwortlichen Agenten und passivem Benachteiligt-Sein aufgrund bestehender Rahmenbedingungen oder persönlicher Voraussetzungen. Nur im ersten Fall ist ein Altersdiskriminierungsverbot sinnvoll anzuwenden.
2. Obwohl Altersdiskriminierung aufgrund der Komplexität dieses Phänomens insbesondere bei nur implizit begründeten Handlungen schwer zu messen ist, weisen Studien zum Teil deutliche Unterschiede in der Behandlung älterer und jüngerer Menschen in verschiedenen Lebensbereichen auf. Dies betrifft überwiegend den Arbeitsmarkt, aber auch in den Bereichen Gesundheit/Pflege, Wohnen, Finanzen und Versicherungen sowie in rechtlichen Kontexten konnten altersbedingte Ungleichbehandlungen nachgewiesen werden. Von Benachteiligungen sind überwiegend ältere Menschen betroffen, allerdings finden sich in einigen Zusammenhängen auch Benachteiligungen jüngerer Menschen. Wichtig ist insbesondere eine klare Unterscheidung zwischen faktischer und subjektiv wahrgenommener Altersdiskriminierung. Für die Behauptung von Altersdiskriminierung gelten klare Kriterien, die im Einzelfall der wahrgenommenen Altersdiskriminierung aufgrund verzerrender motivationaler und perspektivenbedingter Einflüsse nicht immer erfüllt sein müssen.
3. Für das Phänomen der Altersdiskriminierung lässt sich ein ganzes Ursachenbündel ausmachen, dessen Faktoren voneinander abhängen und sich gegenseitig verstärken. Typischerweise entsteht erst durch das gleichzeitige Zusammentreffen verschiedener ungünstiger Bedingungen eine Situation, in der Altersdiskriminierung wahrscheinlich wird. Globale gesellschaftliche Bedingungen liefern den Hintergrund für eine Ungleichbehandlung von Personen verschiedener Altersgruppen. Faktische Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters entstehen jedoch vor allem in solchen Zusammenhängen, in denen das Alter von Personen salient wird, und für die spezifische situative Altersstereotype existieren. Auch spielen persönliche Faktoren auf Seiten der Entscheidungsträger und Handelnden, die für die Entstehung bzw. Verhinderung von Altersdiskriminierung verantwortlich sind, eine wichtige Rolle. Weiterhin dürfen die alterskorrelierten Merkmale der von Ungleichbehandlung betroffenen Personen nicht außer Acht gelassen werden.

4. Wenngleich es möglich ist, erfahrene oder wahrgenommene Altersdiskriminierung positiv zu bewältigen, führt Altersdiskriminierung hauptsächlich zu materiellen, sozialen und persönlichen Nachteilen. Aber auch auf gesamtgesellschaftlicher Ebene ergeben sich Kosten von Altersdiskriminierung, etwa durch die mangelnde Nutzung der Potenziale diskriminierter Altersgruppen auf dem Arbeitsmarkt und in anderen sozialen Kontexten sowie durch das Schüren sozialer Konflikte und Spaltungen zwischen Generationen.
5. Um Altersdiskriminierung zu überwinden, bedarf es eines umfassenden und nachhaltigen Maßnahmenbündels. Dieses kann auf gesellschaftlicher oder organisationaler Ebene ansetzen. Von Bedeutung sind rechtliche Vorschriften, Einrichtung von Anlaufstellen für von Altersdiskriminierung betroffene Personen, Entwicklung altersfairer Unternehmensleitlinien, Programme zur Schaffung eines positiven Altersklimas in Organisationen, Schaffung altersheterogener Arbeitsgruppen oder bspw. die Gestaltung altersfreundlicher Umwelten.
6. Zu betonen ist, dass Maßnahmen nur dann erfolgreich sind, wenn sie die Komplexität des Phänomens der Altersdiskriminierung berücksichtigen. Die bloße Formulierung von Diskriminierungsverboten ohne begleitende akzeptanzfördernde Maßnahmen kann von den Adressaten dieser Verbote etwa als Verhaltenseinschränkung und Beschneidung persönlicher Entscheidungs- und Wahlfreiheiten erlebt werden, auf die sie typischerweise mit einer eindeutigen Abwehrhaltung reagieren.
7. Das Verbot der Altersdiskriminierung ist für den europäischen Rechtsraum ein relativ neues besonderes Diskriminierungsverbot. Es handelt sich um ein Menschenrecht. Seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon steht es in Artikel 21 Absatz 1 der Charta Grundrechte der EU auf rechtlich gesicherter Grundlage. Konkretisiert wird es in der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG. Seine gesamte Wirkkraft hängt von der richterlichen Kontrollintensität im Rahmen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ab.
8. Das deutsche Arbeitsrecht ist durchtränkt von altersdiskriminierenden und sich teilweise widersprechenden Regelungen. Das betrifft die Anbahnung und Begründung, die Durchführung sowie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Werden arbeitsrechtliche Regelungen, die nach dem Lebensalter oder der Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit unterscheiden, nun am Verbot der Altersdiskriminierung gemessen, kann je nach Kontrollintensität – bloßes Willkürverbot bzw. strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung – entweder „alles oder fast nichts“ möglich sein.
9. Vertritt man die hier vorgeschlagene strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, die auch unausgesprochen der **Mangold**-Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 2005 zugrunde liegt, hat das Verbot der Altersdiskriminierung spürbare Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht. Es führt dazu, dass das Lebensalter grundsätzlich nicht mehr unreflektiert als Tatbestandsmerkmal bzw. typisierendes Stellvertretermerkmal verwendet werden darf.
10. Bei der Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses darf das Lebensalter im Regelfall keine Rolle mehr spielen. Die Nennung eines konkreten Lebensalters in Stellenanzeigen ist in den seltensten Fällen zu rechtfertigen. Dasselbe gilt für Einstellungs-

höchstaltersgrenzen, bspw. diejenige von 28 Jahren für Pilotenanwärterinnen und -anwärter bei der Lufthansa. Grundsätzlich zulässig ist es hingegen, auf die Berufserfahrung abzustellen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitgeber gezielt externen Nachwuchs rekrutieren möchte. Eine unzulässige mittelbare Benachteiligung wegen des Alters stellt die Vorenthaltung des Arbeitnehmerstatus für „unechte Praktikantinnen“ und „unechte Praktikanten“ dar. Es ist sinnvoll, das Phänomen „Generation Praktikum“ als mittelbare Altersdiskriminierung zu begreifen.

11. Sich begünstigend auswirkende Senioritätsregelungen im bestehenden Arbeitsverhältnis sind neu zu konzipieren. Maßgebliches Kriterium ist die Dauer der Betriebs- bzw. Unternehmenszugehörigkeit und nicht mehr das Lebensalter. Vergütungsregelungen, gesetzliche bzw. tarifliche Kündigungsfristen oder Unkündbarkeitsklauseln dürfen nicht mehr an das Alter anknüpfen.
12. Regelungen, die sich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses für ältere Arbeitnehmende sowohl begünstigend als auch belastend auswirken, muss grundsätzlich diese Ambivalenz genommen werden.
13. Das wirkt sich bspw. auf die Sozialauswahl gem. § 1 III 1 KSchG aus. Rentennähe und Rentenberechtigung sind als unbenannte Kriterien nicht mehr zu Lasten älterer Arbeitnehmender zu werten. Darüber hinaus ist der ausdrücklich genannte soziale Gesichtspunkt des Lebensalters nicht geeignet, ein höheres Risiko für Langzeitarbeitslosigkeit typisiert abzubilden. Diesbezüglich verstößt die Sozialauswahl gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.
14. Die Sozialplanrechtsprechung des BAG i. R. d. §§ 112, 112a BetrVG begegnet unionsrechtlichen Bedenken. Rentennähe und Rentenberechtigung sind ebenfalls nicht zu Lasten älterer Arbeitnehmender zu werten. Die Lösung der auf der Hand liegenden Diskriminierungsproblematik liegt in der deutlichen Trennung der Zwecke und Leistungen. Entschädigungsfunktion auf der einen Seite und Überbrückungsfunktion auf der anderen Seite müssen deutlich voneinander getrennt werden. Aus der Doppelfunktion des Sozialplans folgt zugleich eine „Zwei-Töpfe-Theorie“ bzw. eine „Trennungstheorie“. Die Sozialpartner besitzen die Möglichkeit, mit den Sozialplanleistungen nicht nur Abfindungszwecke, sondern auch Überbrückungszwecke zu verfolgen. Sie sind frei darin, einen oder beide Zwecke zu verfolgen. Dafür können verschiedene Sozialplantiitel vorgesehen werden, die jeweils für sich einen finanziellen Höchststrahmen vorsehen. In dem gesonderten Topf „Überbrückungsleistungen“ können Sozialpläne auch zum Inhalt haben, gegenwärtige oder auch zukünftige Bedarfe auszugleichen bzw. abzumildern. Wichtig ist nur, dass beide Ziele getrennt voneinander betrachtet werden und sich nicht gegenseitig korrumpieren. Für Arbeitgeber wirkt sich der hier vorgeschlagene Paradigmenwechsel im Sozialplanrecht kostenneutral aus. Denn der Gesamtdotierungsrahmen kann unverändert bleiben. Dafür sind die gesamten Einzelleistungen nur in Abhängigkeit des Gesamtdotierungsrahmens zu setzen.
15. Die allgemeine Altersgrenze 65 Jahre ist als belastende Senioritätsregelung in ihrer allgemeinen, starren Form nicht mehr denkbar. Als milderer Mittel kommen nämlich zumindest flexible Lösungen in Betracht. Sie sind in der Regel dergestalt formuliert, dass Arbeitnehmende sich bspw. ein Jahr vor Erreichen der Regelaltersgrenze zu ihrer

Weiterbeschäftigung äußern müssen und der Arbeitgeber dem Verlangen der Arbeitnehmenden (dringende) Gründe der ausgewogenen Personalstruktur des Unternehmens bzw. der mangelnden Eignung entgegenhalten kann. Vorzugswürdig sind freilich Lösungen, die gänzlich auf Altersgrenzen verzichten und Anreize zu einem gleitenden Übergang in die Rentenphase innerhalb eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses setzen.

16. Wenn überhaupt haben als belastende Senioritätsregelungen starre Altersgrenzen in besonderen Einzelfällen, bspw. für Pilotinnen und Piloten, weiterhin Bestand. Freilich sind diese im Unterschied zur bisherigen Handhabung im Grundsatz an das 65. Lebensjahr anzuheben. Damit nähern sie sich der allgemeinen Altersgrenze an. Viel spricht dafür, dass es auch bei besonderen Altersgrenzen, wie sie das öffentliche Luftverkehrsrecht für Pilotinnen und Piloten vorsieht, u. a. um eine nahtlose Anbindung an die Regelaltersgrenze geht. In den kommenden Jahren ist daher zu überlegen, ob es die medizinischen Erkenntnisse zulassen, die besondere Altersgrenze für Pilotinnen und Piloten ebenfalls an die stufenweise Anhebung der Regelaltersgrenze zu koppeln.
17. Der EuGH schwankt im Hinblick auf die richterliche Kontrollintensität beim Verbot der Altersdiskriminierung. Nach acht einschlägigen Urteilen scheint er aber mit dem Kohärenzgebot, also der Forderung nach einer widerspruchsfreien und folgerichtigen Regulierung, einen aus seiner Sicht überzeugenden Kontrollmaßstab i. R. d. Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gefunden zu haben. Das ist zwar nicht mit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung gleichzusetzen. Doch bezogen auf das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland wird dies auf eine ebenso große Resonanz treffen – eben weil die Behandlung von älteren und jüngeren Arbeitnehmenden teilweise in sich widersprüchlich ist. Es ist daher mit weiteren Korrekturen aus Luxemburg zu rechnen, sofern nicht der deutsche Gesetzgeber und die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung von sich aus bereit sind, diese vorzunehmen. Teilweise bahnt sich hier ein Umdenken im Umgang mit dem Verbot der Altersdiskriminierung an.
18. Abschließend sei daran erinnert, dass das Verbot der Altersdiskriminierung nicht nur als Last, sondern auch als Chance begriffen werden sollte. Arbeitnehmende ebenso wie Arbeitgeber können von grundsätzlich altersneutralen Arbeitsbedingungen profitieren. In Zusammenschau mit übrigen gesellschaftlichen und organisationalen Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen wegen des Alters stellt es ein wichtiges Instrument dar, in einer alternden Gesellschaft unsere drängenden demographischen und volkswirtschaftlichen Probleme zu lösen.

## Anhang: Literatur zur Diskriminierung aufgrund des Alters

Die nachfolgenden Literaturnachweise beziehen sich auf das zweite Kapitel dieser Expertise.

Arrowsmith, J., & McGoldrick, A. (1997). A flexible future for older workers? **Personnel Review**, **26**, 258–273.

Avramov, D., & Maskova, M. (2003). **Active ageing in Europe** (Vol. 1). Strasbourg, France: Council of Europe Publishing.

BAGSO (2004). **Potenziale des Alters in Wirtschaft und Gesellschaft. Ergebnisse der Befragung zum Thema Dienstleistungen**. <http://www.bagso.de/fileadmin/Verbraucherforum/DienstleistungenAbschlussberichtDetail.pdf> (Aufrufdatum: 5.12.2007).

Baltes, M. M., & Reizenzein, R. (1986). The social world in long-term care institutions: Psycho-social control toward dependency? In M. M. Baltes & P. B. Baltes (Eds.), **The psychology of control and aging** (pp. 315–343). Hillsdale, NJ: Erlbaum.

Baltes, M. M., & Wahl, H. W. (1992). The dependency-support script in institutions: Generalization to community settings. **Psychology and Aging**, **7**, 409–418.

Barnow, S., Linden, M., Lucht, M. und Freyberger, H. J. (2004). Influence of age of patients who wish to die on treatment decisions by physicians and nurses. **American Journal of Geriatric Psychiatry**, **12**, 258–264.

Becker, G. S. (1957). **The economics of discrimination**. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Bendick, M., Brown, L. und Wall, K. (1999). No foot in the door: an experimental study of employment discrimination against older workers. **Journal of Aging and Social Policy** **10**, 5–23.

Bergeron, C. E. und McKelvie, S. J. (2004). Effects of defendant age on severity of punishment for different crimes. **Journal of Social Psychology**, **144**, 75–90.

Braithwaite, V. (2002). Reducing ageism. In T. D. Nelson (Ed.), **Ageism: Stereotyping and prejudice against older persons** (pp. 311–337). Cambridge, MIT Press.

Braithwaite, V., Lynd-Stevenson, R. und Pigram, D. (1993). An empirical study of ageism: From polemics to scientific utility. **Australian Psychologist**, **28**, 9–15.

Branine, M., & Glover, I. (1997). Ageism in work and employment: Thinking about connections. **Personnel Review**, **26**, 233–244.

Brimacombe, C. E. A., Jung, S., Garrioch, L. und Allison, M. (2003). Perceptions of older adult eyewitnesses: Will you believe me when I'm 64? **Law and Human Behavior**, **27**, 507–522.



- Brown, R. L., Charters, D., Gunz, S. und Haddow, N. (2007). Colliding interests – Age as an automobile insurance rating variable: Equitable rate-making or unfair discrimination. **Journal of Business Ethics**, **72**, 103–114.
- Brussig, M. und Wojtkowski, S. (2008). Anstieg der Alterserwerbsbeteiligung: Aktuelle demographische Veränderungen geben Rückenwind. **Altersübergangs-Report**, **2008-01**.
- Büsch, V., Dahl, S.-A., & Dittrich, D. A. V. (2009). An empirical study of age discrimination in Norway and Germany. **Applied Economics**, **41**, 633–651.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.) (2002). **Vierter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland. Risiken, Lebensqualität und Versorgung Hochaltriger – unter besonderer Berücksichtigung demenzieller Erkrankungen**. Berlin: BMFSFJ.
- Capgemini Consulting (2007). **Demographische Trends 2007. Analyse und Handlungsempfehlungen zum Demographischen Wandel in deutschen Unternehmen**. [http://www.de.capgemini.com/m/de/tl/Demographische\\_Trends\\_2007.pdf](http://www.de.capgemini.com/m/de/tl/Demographische_Trends_2007.pdf) (Aufrufdatum: 26.02.2010).
- Casper, C., Rothermund, K., & Wentura, D. (2010). The activation of specific facets of age stereotypes depends on context. **Manuscript submitted for publication**.
- Casper, C., Rothermund, K., & Wentura, D. (im Druck). Automatic stereotype activation is context dependent. **Social Psychology**.
- Chasteen, A. L., Schwarz, N., & Park, D. C. (2002). The activation of aging stereotypes in younger and older adults. **Journals of Gerontology: Psychological Sciences and Social Sciences**, **57B**, P540–P547.
- Chou, K.-L., & Chow, N. (2005). To retire or not to retire: Is there an option for older workers in Hong Kong? **Social Policy and Administration**, **39**, 233–246.
- Colquitt, J. A., LePine, J. A., & Noe, R. A. (2000). Toward an integrative theory of training motivation: A meta-analytic path analysis of 20 years of research. **Journal of Applied Psychology**, **85**, 678–707.
- Darity, W. (2001). The functionality of market-based discrimination. **International Journal of Social Economics**, **28**, 980–986.
- Degner, J., Meiser, T., & Rothermund, K. (2009). Kognitive und sozial-kognitive Determinanten von sozialer Diskriminierung: Stereotype und Vorurteile. In A. Beelmann & K. Jonas (Eds.), **Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven** (pp. 75–93). Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.
- Desmette, D. und Gaillard, M. (2008). When a “worker” becomes an “older worker”. The effects of age-related social identity on attitudes towards retirement and work. **Career Development International**, **13**, 168–185.

Devine, P. G. (1989). Stereotypes and prejudice: Their automatic and controlled components. **Journal of Personality and Social Psychology**, **56**, 5–18.

Diekmann, A. B., & Hirnisey, L. (2007). The effect of context on the silver ceiling: A role congruity perspective on prejudiced responses. **Personality and Social Psychology Bulletin**, **33**, 1353–1366.

Dorn, D. und Sousa-Poza, A. (2005). **Early retirement: Free choice or forced decision? CESifo Working Paper No. 1542**. Category 4: Labour Markets, September 2005. <http://ssrn.com/abstract=831486>.

Dovidio, J. F., Brigham, J. C., Johnson, B. T. und Gaertner, S. L. (1996). Stereotyping, prejudice, and discrimination: Another look. In C. N. Macrae, C. Stangor und M. Hewstone (Eds.), **Stereotypes and stereotyping** (pp. 276–319). New York, NY: Guilford.

Duckitt, J., & Sibley, C. J. (2007). Right wing authoritarianism, social dominance orientation, and the dimensions of generalized prejudice. **European Journal of Personality**, **21**, 113–130.

Elder, G. H., Jr. (1995). The life course paradigm: Social change and individual development. In P. Moen, G. H. Elder, Jr. & K. Lüscher (Eds.), **Examining lives in context: Perspectives on the ecology of human development** (pp. 101–139). Washington, DC: American Psychological Association.

Erber, J. T., Szuchman, L. T. und Prager, I. G. (2001). Ain't misbehavin': The effects of age and intentionality on judgments about misconduct. **Psychology and Aging**, **16**, 85–95.

Filipp, S.-H., & Mayer, A.-K. (1999). **Bilder des Alters: Altersstereotype und die Beziehung zwischen den Generationen**. Stuttgart: Kohlhammer.

Finkelstein, L. M., Burke, M. J. und Raju, M. S. (1995). Age discrimination in simulated employment contexts: An integrative analysis. **Journal of Applied Psychology**, **80**, 652–663.

Finkelstein, L. M. und Farrell, S. K. (2007). An expanded view of age bias in the workplace. In K. S. Shultz und G. A. Adams (Eds.), **Aging and work in the 21st century** (pp. 73–108). Mahwah, NJ: Erlbaum.

Gagliese, L. und Melzack, R. (1997). Chronic pain in elderly people. **Pain**, **70**, 3–14.

Gatz, M., & Pearson, C. G. (1988). Ageism revised and the provision of psychological services. **American Psychologist**, **43**, 184–188.

Glover, I., & Branine, M. (1997). Ageism and the labour process: Towards a research agenda. **Personnel Review**, **26**, 274–292.

Görgen, T. (2004). A multimethod study on elder abuse and neglect in nursing homes. **Journal of Adult Protection**, **6**, 15–25.

- Goldberg, C. (2007). Diversity issues for an aging workforce. In K. S. Shultz und G. A. Adams (Eds.), **Aging and work in the 21st century** (pp. 51–71). Mahwah, NJ: Erlbaum.
- Goldberg, C., Finkelstein, L., Perry, E., & Konrad, A. (2004). Job and industry fit: The effects of age and gender matches on career progress outcomes. **Journal of Organizational Behavior**, **25**, 807–829.
- Gronemeyer, R. (1991). **Die Entfernung vom Wolfsrudel. Über den drohenden Krieg der Jungen gegen die Alten**. Frankfurt am Main: Fischer.
- Gunzelmann, T. und Oswald, W. D. (2005). **Gerontologische Diagnostik und Assessment**. Stuttgart: Kohlhammer.
- Heckhausen, J., Dixon, R. A., & Baltes, P. B. (1989). Gains and losses in development throughout adulthood as perceived by different adult age groups. **Developmental Psychology**, **25**, 109–121.
- Heyma, A. (2004). A structural dynamic analysis of retirement behaviour in the Netherlands. **Journal of Applied Econometrics**, **19**, 739–759.
- Horton, S., Baker, J., Pearce, G. W., & Deakin, J. M. (2008). On the malleability of performance: Implications for seniors. **Journal of Applied Gerontology**, **27**, 446–465.
- Hummert, M. L. (1990). Multiple stereotypes of elderly and young adults: A comparison of structure and evaluations. **Psychology and Aging**, **5**, 182–193.
- Johnston, C. W. und Alozie, N. O. (2001). The effects of age on criminal processing: Is there an advantage in being “older”? **Journal of Gerontological Social Work**, **34**, 65–82.
- Kemper, S. (1994). Elderspeak: Speech accommodations to older adults. **Aging, Neuropsychology, and Cognition**, **1**, 17–28.
- Kite, M. E., Stockdale, G. D., Whitley, B. E., & Johnson, B. T. (2005). Attitudes toward younger and older adults: An updated meta-analytic review. **Journal of Social Issues**, **61**, 241–266.
- Kluge, A. und Krings, F. (2007). Altersdiskriminierung – (k)ein Thema der deutschsprachigen Arbeits- und Organisationspsychologie? **Zeitschrift für Arbeits- und Organisationspsychologie**, **51**, 180–189.
- Klumpp, G. (2005). Gern gesehen oder unerwünscht? – Zum Umgang von Banken und Versicherungen mit älteren Kunden. **BAGSO Nachrichten**, **4/2005**, 29–30.
- Kotlikoff, L., & Gokhale, J. (1992). Calculating a firm’s age-productivity profile using the present value of workers’ earnings. **Quarterly Journal of Economics**, **107**, 1215–1242.
- Kuwan, H., Bilger, F., Gnahn, D. und Seidel, S. (2006). **Berichtssystem Weiterbildung IX. Integrierter Gesamtbericht zur Weiterbildungssituation in Deutschland**. Bonn/Berlin: Bundesministerium für Bildung und Forschung.

- Kwong See, S. T., Hoffman, H. G. und Wood, T. L. (2001). Perceptions of an older female eyewitness: Is the older eyewitness believable? **Psychology and Aging**, **16**, 346–350.
- Kyyrä, T., & Wilke, R. A. (2007). Reduction in the long-term unemployment of the elderly: A success story from Finland. **Journal of the European Economic Association**, **5**, 154–182.
- Lasser, R., Siegel, E., Dukoff, R. und Sunderland, T. (1998). Diagnosis and treatment of geriatric depression. **CNS Drugs**, **9**, 17–30.
- Lukas, C. (2007). **Das Abhängigkeitsunterstützungsskript im Pflegesetting. Experimentelle Studien zu situativen und personalen Moderatoren**. Universität Trier: Trier.
- Lyness, J. M., Cox, C., Curry, J., Conwell, Y., & et al. (1995). Older age and the underreporting of depressive symptoms. **Journal of the American Geriatrics Society**, **43**, 216–221.
- Macrae, C. N., Bodenhausen, G. V., Milne, A. B., & Jetten, J. (1994). Out of mind but back in sight: Stereotypes on the rebound. **Journal of Personality and Social Psychology**, **67** (5), 808–817.
- Madan, A. K., Aliabadi-Wahle, S. und Beech, D. J. (2001). Ageism in medical students' treatment recommendations: The example of breast-conserving procedures. **Academic Medicine**, **76**, 282–284.
- Maurer, T. J. (2007). Employee development and training issues related to the aging workforce. In K. S. Shultz und G. A. Adams (Eds.), **Aging and work in the 21st century** (pp. 163–178). Mahwah, NJ: Erlbaum.
- Mayer, A.-K., & Rothermund, K. (2009). Altersdiskriminierung. In A. Beelmann & K. Jonas (Eds.), **Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven** (pp. 215–240). Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.
- Morgeson, F. P., Reider, M. H., Campion, M. A. und Bull, R. A. (2008). Review of research on age discrimination in the employment interview. **Journal of Business Psychology**, **22**, 223–232.
- Mueller-Johnson, K., Toglia, M., Sweeney, C. und Ceci, S. J. (2007). The perceived credibility of older adults as witnesses and its relation to ageism. **Behavioral Science and the Law**, **25**, 355–375.
- Mummendey, A., Kessler, T., & Otten, S. (2009). Sozialpsychologische Determinanten – Gruppenzugehörigkeit und soziale Diskriminierung. In A. Beelmann & K. Jonas (Eds.), **Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven** (pp. 43–60). Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.
- Neugarten, B. L., Moore, J. W., & Lowe, J. C. (1965). Age norms, age constraints, and adult socialization. **American Journal of Sociology**, **70**, 710–717.

- Nosek, B. A., Banaji, M. R., & Greenwald, A. G. (2002). Harvesting implicit group attitudes and stereotypes from a demonstration website. **Group Dynamics, 6**, 101–115.
- Oliver, D. (2008). Acopia and social admission are not diagnoses: Why older people deserve better. **Journal of the Royal Academy of Medicine, 101**, 168–174.
- Oliver, D. (2009). Age based discrimination in health and social care services. **British Medical Journal, 339**:b3378.
- Page, S. (1997). Accommodating the elderly: Words and actions in the community. **Journal of Housing for the Elderly, 12**, 55–61.
- Palmore, E. B. (2005). Types of ageists. In E. B. Palmore, L. Branch und D. K. Harris (Eds.), **Encyclopedia of ageism** (pp. 331–332). New York, NY: Haworth.
- Patrickson, M., & Ranzijn, R. (2004). Bounded choices in work and retirement in Australia. **Employee Relations, 26**, 422–432.
- Perry, E. L. und Bourhis, A. C. (1998). A closer look at the role of applicant age in selection decisions. **Journal of Applied Social Psychology, 28**, 1670–1697.
- Perry, E. L., Kulik, C. T. und Bourhis, A. C. (1996). Moderating effects of personal and contextual factors in age discrimination. **Journal of Applied Psychology, 81**, 628–647.
- Pinquart, M. (2002). Good news about the effects of bad old-age stereotypes. **Experimental Aging Research, 28** (3), 317–336.
- Raabe, T., & Beelmann, A. (2009). Entwicklungspsychologische Grundlagen. In A. Beelmann & K. Jonas (Eds.), **Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven** (pp. 113–136). Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.
- Redman, T. und Snape, E. (2006). The consequences of perceived age discrimination amongst older police officers: Is social support a buffer? **British Journal of Management, 17**, 167–175.
- Riach, P. A., & Rich, J. (2007). **An experimental investigation of age discrimination in the English labor market** (No. 3029). Bonn, Germany: Institute for the study of labor.
- Rothermund, K. (2005). Effects of age stereotypes on self-views and adaptation. In W. Greve, K. Rothermund & D. Wentura (Eds.), **The adaptive self: Personal continuity and intentional self-development** (pp. 223–242). Göttingen: Hogrefe & Huber.
- Rothermund, K., & Mayer, A.-K. (2009). **Altersdiskriminierung – Erscheinungsformen, Erklärungen und Interventionsansätze**. Stuttgart: Kohlhammer.
- Rothermund, K., & Wentura, D. (2007). Altersnormen und Altersstereotype. In J. Brandtstädter & U. Lindenberger (Eds.), **Entwicklung über die Lebensspanne – ein Lehrbuch** (pp. 540–568). Stuttgart, Germany: Kohlhammer.

Ryan, E. B., Hummert, M. L., & Boich, L. H. (1995). Communication predicaments of aging: Patronizing behavior toward older adults. **Journal of Language and Social Psychology, 14**, 144–166.

Sassenberg, K. (2009). Sozialpsychologische Determinanten – Motivation und Selbstregulation. In A. Beelmann & K. Jonas (Eds.), **Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven** (pp. 61–74). Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.

Shaw, B. (1994). In defence of ageism. **Journal of Medical Ethics, 20**, 188–191.

Soidre, T. (2005). Retirement preferences of women and men aged 55-64 in Sweden. **Ageing and Society, 25**, 943–963.

Sowarka, D., Schwichtenberg-Hilmert, B. und Thürkow, K. (2002). **Gewalt gegen ältere Menschen: Ergebnisse aus Literaturrecherchen (DZA-Diskussionspapier Nr. 36)**. Berlin: DZA.

Staudinger, U. M., Rossnagel, C. S. und Voelpel, S. (2008). Strategische Personalentwicklung und demographischer Wandel. In K. Schwuchow und J. Gutmann (Eds.), **Jahrbuch Personalentwicklung 2008 – Ausbildung, Weiterbildung, Management Development** (pp. 295–304). München: Luchterhand.

Steyer, R. (1992). **Theorie kausaler Regressionsmodelle**. Stuttgart: Gustav Fischer Verlag.

Stöbel, K., Cohrs, C., & Riemann, R. (2009). Vorurteile, Diskriminierung und Toleranz aus sozialpsychologischer Sicht. In A. Beelmann & K. Jonas (Eds.), **Diskriminierung und Toleranz: Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven** (pp. 95–112).

Straka, G. A. (1993). Ältere Erwerbspersonen in Stellenanzeigen regionaler und überregionaler Tageszeitungen. Ergebnisse einer Pilotstudie. **Zeitschrift für Gerontologie, 26**, 339–343.

Temming, F. (2008). **Altersdiskriminierung im Arbeitsleben**. München: C. H. Beck Verlag.

Voogt, S. J., Mickus, M., Santiago, O. und Herman, S. E. (2008). Attitudes, experiences, and interest in geriatrics of first-year allopathic and osteopathic medical students. **Journal of the American Geriatrics Society, 56**, 339–344.

Weiner, B. (2005). **Social motivation, justice, and the moral emotions: An attributional approach**. Mahwah, NJ: Erlbaum.

Wentura, D., & Rothermund, K. (2005). Altersstereotype und Altersbilder. In S.-H. Filipp & U. M. Staudinger (Eds.), **Entwicklungspsychologie des mittleren und höheren Erwachsenenalters** (Vol. C/V/6, pp. 625–654). Göttingen: Hogrefe.

Wilbanks, W. (1988). Are elderly felons treated more leniently by the criminal justice system? **International Journal of Aging and Human Development, 26**, 275–288.

Wise, D. A. (2004). Social Security pensions and the labor force participation of older workers. **Population and Development Review**, **30 (Supplement)**, 176–205.

Wiseman, D. (2007). Patient characteristics that impact healthcare resource allocation choices: Relative impact of mental illness, age, and parental status. **Journal of Applied Social Psychology**, **37**, 2072–2085.

Wood, G., Wilkinson, A., & Harcourt, M. (2008). Age discrimination and working life: Perspectives and contestations – a review of the contemporary literature. **International Journal of Management Reviews**, **10**, 425–442.

Dieses PDF ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; es wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Dieses Dokument wurde im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) erstellt. Der Inhalt des Dokuments wird vollständig von den Autoren verantwortet und spiegelt nicht notwendigerweise die Position der ADS wider.

**Herausgeber:**

Antidiskriminierungsstelle  
des Bundes  
Glinkastraße 24  
10117 Berlin  
[www.antidiskriminierungsstelle.de](http://www.antidiskriminierungsstelle.de)

**Kontakt:**

Zentrale: 03018 555-1855  
Beratung: 03018 555-1865 (Mo bis Fr, 9–12 Uhr und 13–15 Uhr)  
Fax: 03018 555-41865  
Besuchszeiten nach Vereinbarung  
E-Mail: [poststelle@ads.bund.de](mailto:poststelle@ads.bund.de)

**Gestaltung:**

[www.avitamin.de](http://www.avitamin.de)

**Stand:**

August 2010