

## Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in Beschäftigung und Beruf

Ein neuer (nicht nur) arbeitsrechtlicher Parameter mit erheblichen Folgewirkungen

Dieser Beitrag knüpft an einem Aufsatz, den ich vor zwei Jahren gemeinsam mit meiner Kollegin *Daniela Senne* geschrieben habe.<sup>1</sup> Darin ging es um das Problem der Altersdiskriminierung im Arbeitsverhältnis.

Interessant ist nun zu wissen, daß in Deutschland schon bald ein Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen wegen des Alters gelten wird. Denn es gibt eine EG-Richtlinie, welche die Bundesrepublik verpflichtet, spätestens bis zum 2. Dezember 2006 ein sehr weitreichendes Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmern wegen ihres Alters in nationales Recht umzusetzen.<sup>2</sup> Zwar gibt es bislang noch nicht einmal einen Gesetzentwurf.<sup>3</sup> Dies ist besonders ärgerlich, weil die

1 Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, 80-89. Dieser Beitrag hat ein lebhaftes Echo gefunden, vgl. nur Wiedemann/Thüsing, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, 1234-1242; Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, Beschäftigung älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als Gegenstand von Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2003; Kuras, Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, Herausforderungen für die Rechtsprechung und Motor für ein europäisches Arbeitsrecht?, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 11-21; Linsenmaier, Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, RdA 2003, Sonderbeil. zu Heft 5, 22-33; Zöllner, Altersgrenzen beim Arbeitsverhältnis jetzt und nach Einführung eines Verbots der Altersdiskriminierung, Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer 2003, 517-533; ferner Weber, Das Verbot altersbedingter Diskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG – eine neue arbeitsrechtliche Dimension, ArbUR 2002, 401-405; Löwisch, Die Auswirkungen der Gleichstellungsrichtlinie der EG auf die altersspezifischen Regelungen des Kündigungsrechts, FS für Schwerdtner zum 65. Geburtstag 2003, 769-774.

2 Richtlinie 2000/78/EG vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI. EG 2000, L 303/18. Hierzu Thüsing, Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht – Anmerkungen zu den Richtlinie 2000/43/EG und 2000/78/EG, ZfA 2001, 397; ders., Handlungsbedarf im Diskriminierungsrecht, Die Umsetzungserfordernisse auf Grund der Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG, NZA 2001, 1061; Eichenhofer, Umsetzung der Richtlinie gegen Diskriminierungen wegen der Rasse, ethnischen Herkunft, des Alters, der Behinderung und der sexuellen Ausrichtung in Deutschland, ZESAR 2003, 349-354; Marlene Schmidt, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft (ArbR EG), Baden-Baden 2001, III Rn. 180-216. Eine Fülle von Beiträgen zur Richtlinie 2000/78/EG findet sich in Rust/König u.a. (Hrsg.): Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Loccumer Protokolle Bd. 40/03. Vgl. ferner Bauer, Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht, NJW 2001, 2672; Leuchten, Der Einfluß der EG-Richtlinien zur Gleichbehandlung auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2002, 1254.

3 Grund für die Verzögerung sollen Abstimmungsschwierigkeiten unter den an der Umsetzung beteiligten Bundesministerien sowie innerhalb der Regierungskoalition sein. Zwar sei man sich einig darüber, daß die Umsetzung der Richtlinien zeitgleich im Arbeits- und im

Richtlinie bereits dreieinhalb Jahre alt ist. Die darin ebenfalls enthaltenen Verbote der Diskriminierung wegen der Religion und Weltanschauung sowie wegen der sexuellen Orientierung hätten bereits zum 2. Dezember 2003 umgesetzt sein müssen.<sup>4</sup> Das Verbot der Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft, welches in einer parallelen Richtlinie enthalten ist,<sup>5</sup> hätte sogar schon bis zum 19. Juli 2003 in nationales Recht transformiert sein müssen.<sup>6</sup>

Daß es bislang keinen Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EG-Richtlinie in nationales Recht gibt, bedeutet jedoch nicht, daß wir uns noch nicht mit dem Verbot der Altersdiskriminierung beschäftigen müßten. Denn wird die Umsetzungsfrist nicht gewahrt, gilt das Verbot im öffentlichen Dienst gleichwohl unmittelbar; d.h., die Betroffenen können sich darauf vor Gericht berufen.<sup>7</sup> Im privaten Sektor könnte man versuchen, die Arbeitsgerichte dazu zu bewegen, geltendes Recht richtlinienkonform auszulegen<sup>8</sup> – wobei ich gleich dazu sagen muß, daß ich hierfür wenig Spielraum sehe. Aber wer weiß, Arbeitsrichter können kreativ sein. Scheitert die richtlinienkonforme

---

Civilrecht erfolgen soll. Geplant sei ein arbeitsrechtliches Antidiskriminierungsgesetz sowie die Aufnahme zivilrechtlicher Antidiskriminierungsvorschriften in das Zweite Buch des BGB (Recht der Schuldverhältnisse). Zudem sei ein Gesetz über eine unabhängige Stelle zum Schutz vor Diskriminierungen nach dem Vorbild anderer Beauftragter der Bundesregierung vorgesehen. Umstritten sei jedoch der Anwendungsbereich der zivilrechtlichen Vorschriften. Im Arbeitsrecht seien Meinungsverschiedenheiten über die Ausgestaltung des Rechtsschutzes für Betroffene und die von den Richtlinien vorgeschriebenen Sanktionen der Grund für die Verzögerung des Gesetzgebungsverfahrens. Vgl. Schütt, in: BDA (Hrsg.), EURO-INFO Nr. 4 vom 24. 6. 2004.

4 Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG.

5 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000, L 180/22. Hierzu Waas, Die neue EG-Richtlinie zum Verbot der Diskriminierung aus rassischen oder ethnischen Gründen im Arbeitsverhältnis, ZIP 2000, 2151; Nickel, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668-2672; Mahlmann, Gleichheitsschutz und Privatautonomie. Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft, ZEUS 2002, 407; Schiek, Diskriminierung wegen »Rasse« oder »ethnischer Herkunft« – Probleme der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG im Arbeitsrecht, ArbR 2003, 44; Hanau/Steinmeyer/Wank (Wank), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrecht, München 2002, § 13 Rn. 109-125; Schmidt, ArbR EG, III Rn. 150-179; Thüsing, ZfA 2001, 397; Rust/König/u.a. (Hrsg.), Loccumer Protokolle Bd. 40/03.

6 Art. 16 der Richtlinie 2000/43/EG.

7 Zur unmittelbaren Wirkung der in den Gleichbehandlungsrichtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG enthaltenen Diskriminierungsvorboten Thüsing, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, 3441-3445 (3441 f.); zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen allgemein Hanau/Steinmeyer/Wank (Steinmeyer), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrecht, § 10 Rn. 73-80; M. Schmidt, ArbR EG, I Rn. 54.

8 Zum Gebot europarechtskonformer Auslegung zivil- und arbeitsrechtlicher Generalklauseln im Lichte der Diskriminierungsvorboten der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG vgl. Thüsing, NJW 2003, 3441 (3442); allgemein zur richtlinienkonformen Auslegung Hanau/Steinmeyer/Wank (Steinmeyer), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 9 Rn. 261-265; Schmidt, ArbR EG, I Rn. 55.

Auslegung, bleibt den Betroffenen jedoch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Staat.<sup>9</sup>

Brüssel ist also schuld daran, daß das Alter eines Arbeitnehmers sehr bald aus völlig neuer Perspektive zu betrachten sein wird. Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters wird unser Arbeitsrecht auf den Kopf stellen – oder vom Kopf auf die Füße, je nach Standpunkt des Betrachters. Denn bislang wird das Alter in vielen arbeits- und sozialrecht- sowie tariflichen Regelungen<sup>10</sup> als Differenzierungsmerkmal verwendet.

Lassen Sie mich Ihnen ein Beispiel geben. Viele der Zuhörer hier sind vermutlich im öffentlichen Dienst beschäftigt. Der BAT sieht vor, daß die Grundvergütung in den verschiedenen Vergütungsgruppen nach Lebensaltersstufen zu bemessen ist; bis zum Erreichen der Grundvergütung der letzten Lebensaltersstufe erhält der Angestellte alle zwei Jahre eine höhere Grundvergütung.<sup>11</sup> Das Arbeitsentgelt steigt also mit zunehmendem Lebensalter automatisch an. Hierbei handelt es sich um eine Regelung, die unmittelbar an das Alter als Differenzierungsmerkmal anknüpft. Sie werden nun vermutlich stutzten und sich wundern, warum ich gerade diese Regelung als Beispiel nenne. Schließlich werden ältere Arbeitnehmer durch diese Regelung nicht benachteiligt, sondern begünstigt. Aber das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung schützt eben nicht nur ältere Arbeitnehmer vor Benachteiligungen wegen ihres höheren Alters, sondern ebenso jüngere Arbeitnehmer vor Diskriminierungen wegen ihres niedrigeren Alters. Ich weiß, daß Herr *Simitis* mir jetzt heftig widersprechen wird mit dem Argument, Motiv des Gemeinschaftsgesetzgebers sei allein der Schutz älterer Arbeitnehmer gewesen. Dem muß ich leider entgegenhalten, daß dieses gesetzgeberische Motiv in der Richtlinie keinen Ausdruck gefunden hat und der Richtlinientext im Gegenteil ausdrücklich meine Sichtweise stützt.<sup>12</sup> Wir müssen also davon ausgehen, daß das neue Verbot der Altersdiskriminierung generell Differenzierungen nach dem Lebensalter untersagt.<sup>13</sup>

Dies gesagt habend, muß ich sofort drei Einschränkungen machen. So ist das in der Juristerei: selten gibt es Regeln ohne Ausnahmen. Die erste und die zweite Ausnahme

9 Zur Staatshaftung im Falle nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinien vgl. ebenfalls Thüsing, NJW 2003, 3441 (3442); zur gemeinschaftsrechtlich begründeten Staatshaftung für Umsetzungsdefizite allgemein Hanau/Steinmeyer/Wank (Wank), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, § 8 Rn. 261-283; Schmidt, ArBr EG, I Rn. 53.

10 Vgl. hierzu die Analyse von Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel. Inwieweit das Alter Gegenstand und Kriterium tariflicher Regelungen ist, wie diese ausgestaltet sind und wo ggfs. Lücken und Defizite einer altersspezifischen Tarifpolitik bestehen, wurde ausführlich untersucht von Bispinck/WSI-Tarifarchiv, Tarifpolitik für ältere ArbeitnehmerInnen, Eine Analyse von tariflichen Regelungen in ausgewählten Tarifbereichen, Informationen zur Tarifpolitik, Elemente qualitativer Tarifpolitik Nr. 49, Düsseldorf Sept. 2002.

11 § 27 A Abs. 1 BAT.

12 Dies ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, der in einerseits in Buchst. b) die Festsetzung von Mindestaltersgrenzen und damit die Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer, andererseits in Buchst. c) die Festsetzung von Höchstaltersgrenzen und damit die Benachteiligung älterer Arbeitnehmer als Beispiele ausnahmsweise gerechtfertigter Ungleichbehandlungen anführt.

vom Verbot der Altersdiskriminierung gelten gleichermaßen für alle gemeinschaftsrechtlich garantierten Diskriminierungsverbote wie das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Staatsangehörigkeit, Rasse und ethnischen Herkunft, einer Behinderung, der sexuellen Orientierung, Religion oder Weltanschauung. Ungleiche Behandlungen, die an einem dieser Diskriminierungsmerkmale anknüpfen, sind rechtmäßig, wenn das jeweilige Diskriminierungsmerkmal, also beispielsweise ein bestimmtes Alter, für eine bestimmte Tätigkeit als »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung« zu betrachten ist.<sup>14</sup> Diese Ausnahmeregelung, die für das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts schon seit knapp dreißig Jahren gilt, wird vom Europäischen Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung äußerst eng ausgelegt.<sup>15</sup> Beim Alter würden beispielsweise solche Fälle erfaßt, in denen bestimmte Schauspiel- oder Fernsehrollen – ein jugendlicher Liebhaber, eine erfahrene Kommissarin – eben nur mit Schauspielern eines bestimmten Alters besetzt werden können.<sup>16</sup>

Bei der zweiten generellen Ausnahme von den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten geht es um die sogenannten positiven Maßnahmen. Da ein Anspruch auf Gleichbehandlung erfahrungsgemäß häufig nicht ausreicht, um einer benachteiligten Gruppe zu tatsächlicher Chancengleichheit zu verhelfen, dürfen die Mitgliedstaaten Maßnahmen beibehalten oder einführen, mit denen Benachteiligungen ausgeglichen werden.<sup>17</sup> Hiermit sind solche Maßnahmen gemeint, die – wie beispielsweise Quotenregelungen zugunsten von Frauen – zwar ihrerseits diskriminierend wirken können, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen.<sup>18</sup>

13 Ebenso Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1234 (1234 f.); Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 17; Zöllner, Gedächtnisschrift Blomeyer, 517 (527); Linsenmaier, Rda 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22 (25).

14 Dies ergibt sich für das Diskriminierungsmerkmal »Geschlecht« aus Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 76/207/EG v. 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (AbI. EG 1976, L 39/40) in der durch die Richtlinie 2002/73/EG vom 23. 9. 2002 (AbI. EG 2002, L 269/15) geänderten Fassung, für die Diskriminierungsmerkmale Rasse und ethnische Herkunft aus Art. 4 der Richtlinie 2000/43/EG, für die übrigen Diskriminierungsmerkmale aus Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG.

15 EuGH v. 15. 5. 1986, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651 (Rn. 36, 38); v. 26. 10. 1999, Rs. C-273/99 (Sirdar), Slg. 1999, I-7403 (Rn. 23); v. 11. 1. 2000, Rs. C-285/98 (Kreil), Slg. 2000, I-69 (Rn. 23). Vgl. hierzu Schmidt, ArbR EG, III Rn. 105-107.

16 Für eine etwas weitere Auslegung plädieren – unter Hinweis auf die Rechtssituation in den USA – Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1234 (1237). Auch wenn das auf diese Weise erzielte Ergebnis – Rechtmäßigkeit von Altersgrenzen für Feuerwehrmänner, Polizisten, Fluglotsen und Busfahrer – überzeugt, bleibt zweifelhaft, ob dies auf dem von ihnen vorgeschlagenen Weg über Ausnahmen für »wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzungen« zu erzielen ist oder ob es nicht überzeugender wäre, in diesen Fällen, in denen immer auch hochrangige Rechtsgüter Dritter betroffen sind, eine Rechtfertigung nach Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG anzunehmen. So wohl auch Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 19; zustimmend Linsenmaier, Rda 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, 22 (27).

17 Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG.

Als solchermaßen positive Maßnahme für ältere Arbeitnehmer läßt sich beispielsweise die Regelung der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen begreifen. Will der Arbeitgeber betriebsbedingt kündigen, muß er bei der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, bestehende Unterhaltpflichten und eine Schwerbehinderung berücksichtigen.<sup>19</sup> Diese Regelung soll bewirken, daß diejenigen Arbeitnehmer, welche nach einer Entlassung die schlechtesten Chancen auf eine Neueinstellung bei einem anderen Arbeitgeber hätten oder welche die Entlassung besonders hart trüfe, besonders geschützt werden.<sup>20</sup> Diese gesetzgeberische Absicht ist nach den Vorgaben der Richtlinie auch nicht zu beanstanden, geht es doch um die Beseitigung faktischer Ungleichheit auf dem Arbeitsmarkt.<sup>21</sup> Denn ältere Arbeitnehmer haben generell allein wegen ihres Alters erheblich schlechtere Chancen auf eine Einstellung als jüngere Kollegen mit gleicher Qualifikation.<sup>22</sup>

Allerdings hat der Europäische Gerichtshof zu den Quotenregelungen für Frauen entschieden, daß positive Maßnahmen nur dann rechtmäßig sind, wenn sie nicht zu einem automatischen Vorrang des einen Geschlechts führen.<sup>23</sup> Ob die soeben erst novellierte Fassung der Sozialauswahl<sup>24</sup> dieser Vorgabe gerecht wird, erscheint mir zweifelhaft.<sup>25</sup> Denn es handelt sich um eine abschließende Aufzählung. Zwei der vier Kriterien bevorzugen ältere Arbeitnehmer: die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Alter. Die anderen beiden Kriterien können jüngere und ältere Arbeitnehmer glei-

18 So der EuGH zur Parallelvorschrift des Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG, Urt. v. 25.10.1988, Rs. 312/86 (Kommission/Frankreich), Slg. 1988, 6315 (Rn. 15); v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051 (Rn. 18). Hierzu Hanau/Steinmeyer/Wank (Wank), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrecht, § 16 Rn. 199-208; Schmidt, ArbR EG, III Rn. 110-115.

19 § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG.

20 Derjenige, der auf den Arbeitsplatz am wenigsten angewiesen ist, muß als erster weichen; BAG v. 24.3.1983, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

21 Dieses gesetzgeberische Motiv wird in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich als legitim bezeichnet.

22 So waren im Jahr 2000 18,4 % der über 50jährigen Arbeitnehmer im Gegensatz zu 10,1 % der unter 50jährigen arbeitslos; zudem dauerte die Arbeitslosigkeit bei den über 50jährigen mit 16,9 Monaten erheblich länger als bei den jüngeren Arbeitslosen, die im Schnitt nur 6,6 Monate ohne Beschäftigung waren. Dementsprechend hat auch die Langzeitarbeitslosigkeit in der Altersgruppe der über 50jährigen besonderes Gewicht: Ende September 2000 waren 57 % der über 50jährigen Arbeitslosen, aber nur 26 % der Arbeitslosen unter 50 Jahren bereits länger als 1 Jahr arbeitslos. Bundesanstalt für Arbeit (Hrsg.), 49. Geschäftsbericht für das Jahr 2000, 2001, 21. Ferner Koller/Bach/Brix, Ältere ab 55 Jahren – Erwerbstätigkeit, Arbeitslosigkeit und Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit, IAB Werkstattbericht 5/2003.

23 EuGH v. 11.11.1997, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363 (Rn. 33); v. 28.3.2000, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875 (Rn. 23); v. 6.7.2000, Rs. C-407/98 (Abrahamsen), Slg. 2000, I-5539 (Rn. 43). Zweifel an der Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf das Verbot der Altersdiskriminierung äußern Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1234 (1240).

24 Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. 12. 2003, BGBl. I, 3002, in Kraft seit 1. 1. 2004.

25 Ebenso Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 50.

chermaßen erfüllen; sie sind sozusagen altersneutral.<sup>26</sup> Damit aber sind ältere Arbeitnehmer in der Sozialauswahl automatisch zu bevorzugen. Jüngere Arbeitnehmer, die aus anderen als den vom Gesetz vorgesehenen Gründen sozial schutzbedürftig sind, dürfen mangels einer Härtefallklausel nicht berücksichtigt werden. Es wird sicherlich spannend sein zu hören, wie der Europäische Gerichtshof diese Regelung beurteilen wird.

Die bislang geschilderten Ausnahmen vom Verbot der Altersdiskriminierung – wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung, positive Maßnahme zur Beseitigung faktischer Diskriminierungen – gelten für alle gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote gleichermaßen.<sup>27</sup> Für das Verbot der Altersdiskriminierung gilt jedoch darüber hinaus eine weitere, sehr weitreichende Einschränkung. Benachteiligungen, die – wie die genannte BAT-Regelung – unmittelbar am Alter anknüpfen, sind nämlich dann nicht als diskriminierend zu beanstanden, wenn mit der benachteiligenden Regelung ein legitimes Ziel verfolgt wird und sie zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist.<sup>28</sup>

Bei den anderen Diskriminierungsverboten können ausschließlich sog. mittelbare Diskriminierungen durch die Verfolgung legitimer Ziele gerechtfertigt sein.<sup>29</sup> Mittelbar diskriminierend können Regelungen wirken, welche nicht unmittelbar an einem Diskriminierungsmerkmal, sondern an einem scheinbar neutralen Kriterium anknüpfen, faktisch aber Arbeitnehmer einer vor Diskriminierungen geschützten Gruppe besonders stark betreffen.<sup>30</sup> Im Fall der Altersdiskriminierung ist ein solches scheinbar objektives Merkmal die Dauer der Dienst- oder Betriebszugehörigkeit. Eine Regelung, die hierauf abstellt, begünstigt ältere und benachteiligt damit jüngere Arbeitnehmer mittelbar. Solche mittelbaren Diskriminierungen wegen des Alters können, ebenso wie sonstige mittelbare Diskriminierungen, durch die Verfolgung legitimer Ziele unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt sein.

Im Falle der Altersdiskriminierung vermag die Verfolgung legitimer Ziele jedoch auch unmittelbare Diskriminierungen zu rechtfertigen, also beispielsweise die BAT-Regelung, welche anordnet, daß die Grundvergütung mit zunehmendem Alter steigt. Bevor die BAT-Angestellten hier im Raum nun aber erleichtert aufatmen, lassen Sie mich noch einmal wiederholen: es muß sich um ein legitimes Ziel handeln. Wenn Sie

26 Allerdings spricht auch eine gewisse Vermutung dafür, daß der Anteil der Schwerbehinderten unter älteren Arbeitnehmern höher ist als unter jüngeren.

27 Vgl. Art. 2 Abs. 6 und Art. 2 Abs. 8 der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG in der durch die Richtlinie 2002/73/EG novellierten Fassung; Art. 4 und 5 der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 4 und 7 der Richtlinie 2000/78/EG.

28 Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG.

29 Dies ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 b) einerseits und der Beschränkung des Art. 6 Abs. 1 auf das Alter andererseits.

30 St. Rspr. des EuGH zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts seit dem Urt. v. 13. 5. 1986, Rs. 170/84 (bilka), Slg. 1986, 1607 (Rn. 31); die Richtlinie 2000/78/EG hat diese Definition in Art. 2 Abs. 2 b) übernommen. Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts vgl. auch Hanau/Steinmeyer/Wank (Wank), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrecht, § 16 Rn. 25-173; Schmidt, ArbR EG, III Rn. 74-79, Rn. 103.

nun in den Kommentierungen zum BAT nachlesen, warum das Gehalt automatisch alle zwei Jahre angehoben wird, finden Sie dort als Erklärung: auf diese Weise soll die zunehmende Lebenserfahrung honoriert werden.<sup>31</sup> Ist das ein legitimes Ziel? Ich habe große Bedenken.<sup>32</sup> Ich bezweifle nämlich, daß die Lebenserfahrung für die Ausübung einer konkreten Tätigkeit ein besonderes Qualifikationsmerkmal sein kann. Wenn Sie nun sagen »Aber natürlich ist sie das!«, müssen Sie mir erklären, was Sie unter Lebenserfahrung verstehen und inwiefern Sie sie in einer tariflichen Vergütungsregelung vom Alter unterscheiden wollen. Meines Erachtens kann man das jedenfalls dann nicht, wenn man – wie die Tarifvertragsparteien im Falle des BAT – pauschal unterstellt, daß die Lebenserfahrung automatisch mit steigendem Alter zunimmt. Denn dann werden Lebenserfahrung und Alter gleichgesetzt. Man kann aber Diskriminierungen wegen eines bestimmten Kriteriums nicht mit genau diesem Kriterium rechtfertigen. Sie können nicht sagen: »Die mit dem Alter steigende Vergütung ist gerechtfertigt, weil ich damit das steigende Alter des Arbeitnehmers honoriieren möchte.« Dies wäre ein Zirkelschluß.

Ich meine deswegen, daß die Vergütungsstruktur des BAT bis zum 2. Dezember 2006 völlig verändert werden muß. Von diesem Zeitpunkt an werden sich alle Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst unmittelbar auf die Richtlinie berufen können, auch wenn sie bis dahin noch nicht in nationales Recht umgesetzt sein sollte. Da den älteren Arbeitnehmern ihre tariflichen Rechte nur durch die Tarifvertragsparteien und allenfalls für die Zukunft genommen werden können,<sup>33</sup> hätten Klagen jüngerer Arbeitnehmer, welche die Höchstalterstufe noch nicht erreicht haben, aber die Bezüge der Höchstaltersstufe unter Berufung auf das Verbot der Altersdiskriminierung einklagen, für meine Begriffe große Aussichten auf Erfolg. Die Aufnahme von Tarifverhandlungen über einen völlig neuen, weil transparenten und diskriminierungsfreien BAT, der auch jüngeren Beschäftigten höhere Einkommen ermöglichen soll,<sup>34</sup> sind daher sehr zu begrüßen.

Sollten diejenigen unter Ihnen, die Beamte sind, bislang erleichtert gedacht haben: »Wie gut, daß ich kein Arbeitnehmer bin«, muß ich Sie nun ebenfalls alarmieren. Denn der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie ist so weit, daß deutsche Beamte davon auch erfaßt werden.<sup>35</sup> Was ich zu den Vergütungsstrukturen im BAT gesagt habe, gilt

31 Böhm/Spiertz/Sponer/Steinherr, 3. Aufl., 328. Erg.Lief. Juli 2001, § 27 BAT Rn. 5.

32 Ebenso Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 34 f., 75; Linsenmaier, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22 (29); a.A. wohl Wiedemann/Thüsing, NZA 2002 1234 (1241), die einen höheren finanziellen Bedarf aus dem sozialen Umfeld – zur Illustration werden wiederum »Alter, Familienstand« genannt – als anerkanntes Element der Entgelthöhe betrachten.

33 Hierzu ausführlich Schmidt, ArbR EG, III Rn. 81.

34 GEW Hochschulzeitung, Mai 2004, 2.

35 In persönlicher Hinsicht gilt die Richtlinie 2000/78/EG nach ihrem Art. 3 Abs. 1 für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen. Soweit sich ihre inhaltlichen Bestimmungen auf Beschäftigungsverhältnisse beziehen, erfaßt sie damit nicht nur Arbeitnehmer und Arbeitgeber im privaten und im öffentlichen Sektor, sondern auch alle öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse wie Beamte, Soldaten und Richter.

daher für die Beamtenbesoldung in gleicher Weise. Auch hier bedarf es dringend einer Strukturreform. Gleiches gilt im übrigen für Selbständige, also beispielsweise Gesellschafter in einer Anwaltssozietät, Ärzte in einer Gemeinschaftspraxis, etc.

Ich fürchte, Sie nun alle verärgert zu haben. Sie werden sicherlich denken: »Es kann doch nicht sein, daß man ein Verbot der Altersdiskriminierung einführt und dies zur Folge hat, daß ältere Arbeitnehmer nun noch schlechter gestellt werden.« Diese Überlegung kann ich gut verstehen, kann aber nur noch einmal wiederholen: das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung schützt in beide Richtungen, schützt eben nicht nur Ältere vor der Benachteiligung gegenüber Jüngeren, sondern auch umgekehrt Jüngere vor der Benachteiligung gegenüber Älteren. In Anbetracht der demographischen Entwicklung<sup>36</sup> halte ich dies auch für völlig richtig.

Außerdem sollte man auch nicht übersehen, daß der Gesetzgeber den »Jugendlichkeitswahn« auf dem Arbeitsmarkt in vielerlei Hinsicht nicht nur abfedert, sondern auch aktiv durch Regelungen fördert, welche ältere Arbeitnehmer in besonderer Weise privilegieren. Hierzu gehört beispielsweise auch die in erheblichem Maße subventionierte Teilzeitarbeit für Arbeitnehmer ab 55 Jahren, genannt Altersteilzeit.<sup>37</sup> Daß gesetzliche Privilegierungen und Schutzvorschriften im Ergebnis zu weiterer Diskriminierung der geschützten Gruppe führen können, ist keine neue Erkenntnis. So trägt eine Vergütungsstruktur, die mit zunehmendem Lebensalter ein automatisch steigendes Einkommen vorsieht, sicher auch ihren Teil dazu bei, daß Arbeitgeber sich bei einer Neueinstellung lieber für einen jüngeren Bewerber entscheiden. Will man die Benachteiligungen beseitigen, muß man auch über die Abschaffung oder Umgestaltung der Schutzvorschriften nachdenken.<sup>38</sup>

So würde ich aber nicht etwa für die Abschaffung der Bestimmungen über die Sozialauswahl oder des Altersteilzeitgesetzes plädieren, sondern dafür, diese Vorschriften diskriminierungsneutral auszustalten. Für das Kündigungsschutzgesetz würde dies bedeuten, daß man entweder zu einer nicht abschließenden Aufzählung der zu berücksichtigenden Kriterien zurückkehrt oder aber altersunabhängig auf die Vermittelbarkeit auf dem Arbeitsmarkt abstellt.<sup>39</sup> Für das Altersteilzeitgesetz müßte man fordern, daß entweder die staatliche Subventionierung der Arbeitszeitreduzierung altersunabhängig allen Arbeitnehmern zugute kommen oder aber das Blockmodell untersagt

36 Hierzu Vaupel, Deutschlands größte Herausforderung – Wider die demographische Ignoranz: Unsere Lebensläufe und die unserer Kinder werden sich ändern, weil das Leben länger dauern wird, FAZ v. 8. April 2004, 41.

37 Hierzu ausführlich Schmidt/Senne, RdA 2002, 80 (85 f.). Ebenso kritisch zur Altersteilzeit im Blockmodell Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 57 ff.; a.A. hingegen Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1234 (1241).

38 Zu den derzeitigen Hemmnissen, Fehlanreizen und Anreizen für die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer ausführlich Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 21–64; ferner Bertelsmann Stiftung/Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (Hrsg.), Beschäftigungschancen für ältere Arbeitnehmer – Internationaler Vergleich und Handlungsempfehlungen, Gütersloh 2003.

39 Letzteres würde allerdings bedeuten, daß Unterhaltpflichten nicht mehr berücksichtigt werden dürften, weil sie die Vermittelbarkeit eines Arbeitnehmers nicht beeinträchtigen.

werden muß, um tatsächlich einen gleitenden Übergang in den Ruhestand zu gewährleisten.<sup>40</sup>

Ich räume ein, ich habe in meinen Ausführungen mit den meiner Ansicht nach aufregendsten Thesen begonnen, um Ihre Aufmerksamkeit zu gewinnen. Selbstverständlich schützt das Verbot der Altersdiskriminierung auch Ältere vor einer Benachteiligung wegen ihres höheren Alters. So verbietet das Diskriminierungsverbot Benachteiligungen wegen des Alters bei der Einstellung, dem beruflichen Aufstieg, den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sowie bei der Entlassung.<sup>41</sup> Dies wäre ein enormer Schritt vorwärts, wenn die Richtlinie nicht – anders als bei anderen Diskriminierungsverboten – die Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen durch legitime Ziele erlauben würde.<sup>42</sup> Dies hat zur Folge, daß der Schutz älterer Arbeitnehmer vor Diskriminierungen bei der Einstellung oder Entlassung erheblich schwächer ist als beispielsweise der Schutz vor entsprechenden Diskriminierungen wegen des Geschlechts. Da das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in der neuen Grundrechtscharta der europäischen Union gleichberechtigt neben den Verboten der Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Staatsangehörigkeit, Rasse und ethnischer Herkunft, Religion und Weltanschauung, einer Behinderung oder der sexuellen Orientierung steht,<sup>43</sup> darf man die Frage nach der Vereinbarkeit des in der Richtlinie verankerten Verbots der Altersdiskriminierung mit dem Gemeinschaftsverfassungsrecht stellen. Diese Frage ist keineswegs einfach zu beantworten; sie bietet vielmehr Stoff für Dissertationen und wird sicher irgendwann einmal auch vom Europäischen Gerichtshof beantwortet werden müssen.

Bis dahin wird man sich jedoch damit abfinden müssen, daß Diskriminierungen älterer Arbeitnehmer bei der Einstellung oder der Entlassung durch legitime Ziele gerechtfertigt sein können. Dabei wird man sich über die Anforderungen an legitime Rechtfertigungsgründe im einzelnen trefflich streiten können und auch streiten müssen. Die Richtlinie selbst macht hierzu recht ungenaue Vorgaben: legitim sind danach »insbesondere Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung«.<sup>44</sup> Allerdings ist meines Erachtens unzweifelhaft, daß stereotype

40 Die Förderung eines gleitenden Übergangs vom Erwerbsleben in die Altersrente ist ohne Zweifel als legitimes Ziel aus dem Bereich Beschäftigungspolitik i.S.v. Art. 6 Abs. 1 zu betrachten; vgl. Empfehlung 82/857/EWG des Rates vom 10.12.1982 zu den Grundsätzen für ein gemeinsames Vorgehen betreffend die Altersgrenze, ABl. 1982, L 357/27, sowie Entschließung des Rates vom 30.6.1993 über flexible Regelungen für das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben, ABl. 1993, C 188/1. Zur Erreichung dieses seines in § 1 Abs. 1 AtG ausdrücklich benannten Zweckes hat sich das AtG allerdings als wenig geeignet erwiesen. Tatsächlich wird Altersteilzeit zu über 90 % in Form des sog. Blockmodells wahrgenommen. Danach arbeitet der Beschäftigte nach Beginn der Altersteilzeit zunächst weiter Vollzeit, um dann anschließend für dieselbe Dauer vollkommen von der Arbeitsleistung freigestellt zu werden.

41 Der sachliche Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG ist in ihrem Art. 3 bestimmt.

42 Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG. Hierzu ausführlich Schmidt, ArbR EG, III Rn. 201-210.

43 Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. 12. 2000, ABl. EG 2000, C 364/1.

44 Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG.

Annahmen über die Abnahme von Leistungsfähig- und –willigkeit im Alter kaum als Rechtfertigungsgrund akzeptiert werden können. Aus diesem Grunde werden sich beispielsweise die nicht nur im öffentlichen Dienst üblichen tariflichen Altersgrenzen,<sup>45</sup> bei deren Überschreitung das Beschäftigungsverhältnis automatisch endet, nicht länger aufrechterhalten lassen.<sup>46</sup> Dabei geht es mir nicht um Altersgrenzen in besonders gefahrträchtigen Berufen wie beispielsweise Piloten. Ich denke eher an Altersgrenzen für Hochschullehrerinnen, aber auch an Sekretär/innen, Bibliothekar/innen etc.

Das Bundesarbeitsgericht sieht die sachliche Rechtfertigung für die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 65. Lebensjahres darin, daß auf diese Weise (Beförderungs-)Stellen für jüngere Arbeitnehmer frei und damit ein sachgerechter Altersaufbau und eine vorausberechenbare Personal- und Nachwuchspannung ermöglicht werde.<sup>47</sup> Die Vereinbarung einer klaren Altersgrenze sei zudem ehrlicher, als den Arbeitnehmer gegen Ende seines Berufslebens besonders sorgfältig auf Leistungsabfall und ähnliches zu beobachten, und fürsorglicher, als im Einzelfall etwa im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses durch ärztliche Gutachten den Nachweis zu führen, daß ein Arbeitnehmer aus altersbedingten Gründen nicht mehr in der Lage ist, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen.<sup>48</sup> Ob diese Begründungen vor dem EuGH Bestand haben werden, erscheint mir jedoch zweifelhaft. Mit diesen Argumenten wird letztlich nur beschönigt, daß es tatsächlich darum geht, Arbeitnehmer ab einem bestimmten Alter nicht mehr beschäftigen zu müssen.<sup>49</sup>

---

45 Beispiele tariflicher Altersgrenzenregelungen geben Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 47 f.

46 Hierzu eingehend Schmidt/Senne, RdA 2002, 80 (86 ff.). Hiergegen ausführlich Zöllner, Gedächtnisschrift Blomeyer, 517 (526 ff.).

47 BAG v. 25.3.1971, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952; v. 20.11.1987, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze. Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 47, halten dies für ein gemeinschaftsrechtlich legitimes Ziel. Auch Linsenmaier, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22 (31), ist der Auffassung, daß diese Rechtsprechung auch unter der Geltung der Richtlinie 2000/78/EG beibehalten werden kann.

48 BAG v. 25.3.1971, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952; v. 20.11.1987, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze; v. 21.4.1977, AP Nr. 1 zu § 60 BAT.

49 Damit ist entgegen der Vermutung von Zöllner, Gedächtnisschrift Blomeyer, 517 (532), keineswegs gemeint, daß diese Gründe nur vorgeschoben seien. Vielmehr ist es so, daß diese Gründe als Rechtfertigungsgrund nicht ausreichen, und zwar deswegen, weil man Diskriminierungen wegen eines bestimmten Merkmals nicht mit genau diesem Merkmal rechtfertigen kann. Deutlicher wird dies vielleicht, wenn man sich überlegt, wie überzeugend die zur Rechtfertigung der Altersgrenzen vorgetragenen Argumente wären, wenn es um eine Diskriminierung wegen des Geschlechts ginge. Das bedeutet, daß es dem Arbeitgeber erlaubt wäre, eine bestimmte Zusammensetzung seiner Belegschaft nach Geschlecht festzusetzen zu dürfen. Solche (Quoten-)Regelungen werden zwar auch aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive als rechtmäßig betrachtet, aber nur als sog. positive Maßnahmen, zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit für faktisch benachteiligte Gruppen. Nun könnte

Ich nehme an, ich habe mit meinen Ausführungen bei Ihnen viele Fragen, aber auch Protest ausgelöst. Das kann ich gut verstehen, denn, wie bereits gesagt, das Verbot der Altersdiskriminierung wird unser gesamtes Arbeitsrecht, das bislang wie selbstverständlich in vielfacher Hinsicht auf das Alter als relevantes Datum zurückgreift, in Frage stellen. Ich wage zu prognostizieren, daß wir uns in den nächsten Jahren mit diesen Fragen noch sehr eingehend werden beschäftigen müssen. Ich freue mich auf diese Diskussion!

man natürlich die Auffassung vertreten, Altersgrenzen stellten eine positive Maßnahme für jüngere Arbeitnehmer dar. Aber abgesehen davon, daß äußerst fraglich erscheint, ob jüngere Arbeitnehmer beim Zugang zur Beschäftigung tatsächlich faktisch benachteiligt werden – das Gegenteil scheint der Fall zu sein –, dürfen solche Nachteile doch nicht ausgerechnet auf Kosten der auf dem Arbeitsmarkt noch stärker benachteiligten Gruppe der erheblich älteren Arbeitnehmer ausgeglichen werden. Das wäre unverhältnismäßig. Müßte man nicht eher sagen, wenn Jüngere beim Berufseinstieg faktisch gefördert werden sollen, dann aber zu Lasten der Altersgruppe der 30-40jährigen? Daß dies nicht geschieht, zeigt, daß es weniger darum geht, Jüngere zu fördern, als vielmehr darum, ältere Arbeitnehmer wegen ihres Alters nicht länger beschäftigen zu müssen.