



Henrik Over

Das Verbot
der Altersdiskriminierung
im Arbeitsrecht
nach dem Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetz



PETER LANG

Einführung

Das Alter eines Menschen stellt, ähnlich wie das Geschlecht, nicht nur ein biologisches Merkmal dar. Es lässt sich ebenso wenig auf den jeweiligen individuellen Alterungsprozess reduzieren. Das Alter ist vielmehr eine wandelbare soziale Konstruktion, die entscheidend von dem jeweiligen gesellschaftlichen und kulturellen Umfeld eines Menschen geprägt wird. Von Bedeutung sind dabei seine Erfahrungen des Alters und deren Einbeziehung in gesellschaftliche Erwartungsmuster und Chancenstrukturen. Vor diesem Hintergrund wird das Lebensalter in gesellschaftlich standardisierte und normierte biographische Phasen unterteilt, die gleichzeitig einem historischen und kulturellen Wandel unterworfen sind.¹ Der menschliche Lebensablauf wird hierbei durch institutionell vorgegebene Lebensabschnitte segmentiert. Diese führen dazu, dass die Gesellschaft dem einzelnen Menschen in der jeweiligen Lebensphase bestimmte Rollen oder Aufgaben mit einem sozial definierten Status zuordnet. In unserer Gesellschaft entscheidet das Lebensalter daher über die Verteilung von sozialen, kulturellen, politischen und ökonomischen Teilhabechancen. Das traditionelle Lebensmodell lässt sich hierbei in drei Lebensabschnitte unterteilen: In die Ausbildungs-, die Erwerbs- und schließlich die Ruhestandsphase. In diesem System der Dreiteilung stellt das Alter den unwiderruflichen Fixpunkt für den Übergang von der einen Phase in die andere dar. Jede dieser drei Phasen ist mit bestimmten gesellschaftlichen Vorstellungen verbunden, die den Entwurf eines sozialen Alters bilden. Die einzelnen Phasen legen hierbei fest, wann ein Mensch als jung oder alt gilt. Wesentliche Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der derzeitigen Regelaltersgrenze von 65 Jahren in der Rentenversicherung zu, die den Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand markiert. Das Erreichen dieser Altersgrenze führt zu einem meist unwiderruflichen Ausschei-

1 Wenzel in Loccumer Protokolle 04/06, S. 147 f.

den aus dem Erwerbsleben, dessen Vermeidung nicht in der Disposition des Einzelnen steht. Der Beginn der Lebensphase „Alter“ wird mit dem Eintritt in den Ruhestand gleichgesetzt, wobei der Übergang in den Ruhestand durch die Altersgrenzen der Rentensysteme definiert und auf diese Weise sozial konstruiert wird.² Altersdiskriminierung basiert auf derartigen historisch gewachsenen gesellschaftlichen Strukturierungsmustern. Unter dem Begriff der Altersdiskriminierung versteht man die Benachteiligung im gesellschaftlichen Umfeld aufgrund des Lebensalters, die zu einer Einschränkung der oben genannten Teilhabechancen führt.³ Auf dem Arbeitsmarkt wird der Verlust von Teilhabechancen besonders offenkundig. Dort zeichnet sich die Altersdiskriminierung im Wesentlichen durch die überproportionale Betroffenheit älterer Arbeitnehmer von Erwerbslosigkeit bzw. Langzeitarbeitslosigkeit aus.⁴ Nach einer Studie des Instituts für Arbeitsmarkt und Berufsforschung beschäftigen mehr als die Hälfte der deutschen Betriebe keine Arbeitnehmer über dem 50. Lebensjahr.⁵ Anhand dieser Zahlen werden die verringerten Chancen älterer Arbeitnehmer, einen Arbeitsplatz zu fin-

-
- 2 Die Chronologisierung des Lebenslaufs mit ihren drei typisierenden Lebensabschnitten ist auf die Einführung der Altersrente im Jahre 1889 zurückzuführen. Das Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 01.01.1891 sah die Gewährung einer Rente ab Vollendung des 70. Lebensjahres vor, ohne dass es des Nachweises der Erwerbsunfähigkeit bedurfte. Mit Erreichen des 70. Lebensjahres wurde die Erwerbsunfähigkeit unterstellt, man galt als alt. Diese bis heute geltende sozialversicherungsrechtliche Altersgrenze hat massiv zur Segmentierung des menschlichen Lebenslauf beigetragen und unser heutiges Verständnis vom Alter mitgeprägt.
 - 3 In den angelsächsischen Ländern wird Altersfeindlichkeit als soziale Form der Diskriminierung, die negative Wahrnehmung des Alters und die damit zusammenhängende Stigmatisierung sowohl des Alternsprozesses als auch des Zustandes des Altseins und der davon betroffenen Gruppe seit den 60iger Jahren des vorigen Jahrhunderts als „ageism“ bezeichnet, Kramer, Ageismus – Zur sprachlichen Diskriminierung des Alters, S. 258.
 - 4 Dass diese Bearbeitung durchgehend die männliche Form verwendet, dient einzig der besseren Lesbarkeit. Wo von „Arbeitnehmer“, „Arbeitgeber“ oder „Mitarbeiter“ usw. die Rede ist, ist immer auch die weibliche Form mit umfasst. Wenn aber tatsächlich nur Männer oder Frauen gemeint sind, wird stets besonders darauf hingewiesen.
 - 5 Hierzu unter 1. Teil, C., I.

den, deutlich. Das Alter stellt hier regelmäßig eine Zugangsbarriere dar. Diskriminierendes Verhalten gegenüber älteren Arbeitnehmern⁶ basiert auf negativ geprägten Stereotypen über deren Leistungspotential, Anpassungsfähigkeit, Mobilität sowie Lernbereitschaft.⁷ Der Arbeitsmarkt ist damit ein Spiegelbild unserer Gesellschaft, in der eine tiefgreifende Reserviertheit gegenüber dem Alter besteht. Das Alter ist in unserer Gesellschaft kein erstrebenswertes Ziel.⁸ Es dominiert ein Altenbild, das ältere Menschen einseitig als hilfsbedürftig, gebrechlich, hilflos, unfähig, unattraktiv und passiv sieht. Parallel hierzu wird das Alter im politischen Alltag ausschließlich unter Belastungs- bzw. Kostenfaktoren diskutiert. Hier gelten ältere Menschen als „Alterslast“, „Rentenlast“ oder „Pflegebelastung“. Auch die Werbung setzt teilweise immer noch auf ein negativ akzentuiertes Altenbild, indem die defizitären Aspekte des Alterns in den Vordergrund gestellt werden, wie Pflegebedürftigkeit, Hilflosigkeit und gesellschaftlicher Vereinsamung. Dies zeigt die Werbung für altersexklusive Produkte wie Gebissreiniger, Treppenlifts etc. Viele Firmen schrecken nach wie vor davor zurück, einen alten Menschen als Werbefigur einzusetzen und damit eine „Alterung“ des Produkts zu riskieren.⁹ Im Gegensatz dazu existiert eine Kultur, die Jugendlichkeit idealisiert. Die Werbeindustrie vermittelt ein Schön-

6 Soweit in dieser Bearbeitung von älteren Arbeitnehmern die Rede ist, ist die Altersgruppe der 50 bis 65jährigen gemeint. Hierbei orientiert sich die Einteilung an der statistischen Erfassung der Erwerbsbevölkerung, in der als ältere Gruppe die 50 bis 64jährigen gelten. Nach der Weltgesundheitsorganisation WHO werden folgende Kategorien von älteren Menschen definiert: Als alternde Menschen gelten Menschen zwischen 45 bis 59 Jahren, als ältere Menschen zählen Menschen zwischen dem 60. und 75. Lebensjahr und als alte Menschen gelten Menschen ab dem 76. Lebensjahr.

7 Fenske, Altersdiskriminierung, S. 23 bewertet diese Stereotypenbildung als das „Wesen der Altersdiskriminierung“.

8 „Im Prinzip ist das Altwerden bei uns erlaubt, aber es wird nicht gern gesehen“, Dieter Hildebrandt in der Fernsehsendung „Scheibenwischer“.

9 Allerdings entdeckt die Werbung in neuester Zeit ältere Menschen zunehmend als kaufkräftige Zielgruppe. Hiermit geht ein positiv vermitteltes Altenbild einher. Die positiven Alten gelten als geistig und körperlich fit, unternehmenslustig und „immer gut drauf“. Im Ergebnis schwankt das Altersbild zwischen zwei klischeebeladenen Extremen, dem „ewig Junggebliebenen“ und dem „gebrechlichen Pflegefall“.

heitsideal, das einem makellosen jugendlichen Körper entspricht. Dabei setzt die Werbung stark auf Symbole der Jugendlichkeit. So gilt im Marketing der Grundsatz, dass ein Produkt für ältere Menschen so positioniert werden müsse, als wäre es für Zielgruppen gedacht, die zehn bis zwanzig Jahre jünger sind als die tatsächlich avisierte Zielgruppe.¹⁰ Mit dieser Wertschätzung jugendlicher Eigenschaften ist indirekt eine Geringschätzung des Alters verbunden. Das zeigt, wie wenig attraktiv das Alter offensichtlich den meisten Menschen erscheint.

Die negative Wertschätzung, die den älteren Menschen entgegengebracht wird, spiegelt sich auch in einer sprachlichen Diskriminierung der Älteren wieder. Dies belegt eine Vielzahl von in der Öffentlichkeit und den Medien verwendeten Wortschöpfungen, die die soziale Abwertung der Älteren sprachlich reflektieren. So werden beispielsweise im Kontext der Diskussion um die Pflegeversicherung oder der Rente Begriffe wie „Rentnerberg“, „Alterslast“ oder „Seniorenboom“ verwendet. Hierzu zählen auch sprachliche Entgleisungen wie „Rentnerschwemme“, „Altenplage“ und „biologischer Abbau“, die von der Gesellschaft für deutsche Sprache allesamt zu Unwörtern des Jahres erklärt wurden.¹¹ Dass sich die sprachliche Diskriminierung nicht auf gruppensprachliche Bereiche beschränkt, dokumentiert die häufige Verwendung von Begriffen wie „Überalterung“ und „Vergreisung“ als Schlagworte für die Reflexion des demographischen Wandels.¹² Es ist offensichtlich, dass diese Worte eine negative Sicht des Alters belegen, eine Sicht, die die Probleme des Alterns in das Zentrum der Betrachtung rückt und die Chancen und Möglichkeiten, die das Altern mit sich bringt, außer acht lässt.

In der Geschichte war das Alter nicht immer einer so stigmatisierten Betrachtungsweise unterworfen. Im 17. und 18. Jahrhundert galt das Alter noch als erstrebenswertes Ziel. In dieser Zeit stand das Alter für positive Eigenschaften wie Lebenserfahrung, Weisheit, Vernunft und

10 Winkler in Clemens/Höpflinger/Winkler, S. 189, 192.

11 Begriffe wie „Altenplage“, „Altenexplosion“ und „Altersmacht“ suggerieren zudem ein Bedrohungspotential und können bei anderen sozialen Gruppen Abwehrhaltungen gegenüber älteren Menschen auslösen, Kramer, Ageismus – Zur sprachlichen Diskriminierung des Alters, S. 270.

12 Kramer, Ageismus – Zur sprachlichen Diskriminierung des Alters, S. 261.

Besonnenheit. Im 18. Jahrhundert – als dem Jahrhundert der Aufklärung – galt das Alter allgemein als verehrungswürdig. Allerdings nicht in der Wertschätzung des Alters an sich, sondern immer in Verbindung mit besonderen Verdiensten der Älteren für die Gesellschaft oder mit einer betreffenden Machtposition in der Familie.¹³ Erst seit Mitte des letzten Jahrhunderts wird Alter als Funktionsverlust wahrgenommen.¹⁴

Unser defizitäres Altenbild hinkt allerdings deutlich hinter der faktischen Lebenssituation der Älteren her. Deren Lebensumstände sind in den letzten hundert Jahren durch gravierende Umbrüche gekennzeichnet. Die Lebenserwartung hat sich innerhalb des letzten Jahrhunderts mehr als verdoppelt. Männer werden heute durchschnittlich 75,4 und Frauen 81,2 Jahre alt. Diese gestiegene Lebenserwartung gepaart mit dem medizinischen Fortschritt sowie der materiellen Absicherung durch die Altersrente hat dazu geführt, dass der Ruhestand zu einer positiven Lebensphase geworden ist. Das allgemeine Bewusstsein scheint mit dieser Entwicklung allerdings nicht standhalten zu können. Trotz höherer Lebenserwartung und trotz auf medizinischem Fortschritt sowie stetig sich verbessernder Gesundheitsvorsorge basierender körperlicher Konstitution im Alter, scheint die gesellschaftliche Wahrnehmung von Alter in genau die gegensätzliche Richtung zu gehen. Diese Diskrepanz zwischen der realen Lage älterer Menschen und den nach wie vor dominierenden Vorstellungen über das Alter beherrscht insbesondere auch deren Situation auf dem Arbeitsmarkt, auf dem ältere Menschen nach wie vor als „Problemgruppe“ gelten. Die damit verbundene Ausgliederung aus dem Arbeitsmarkt wird zukünftig für die Betriebe keine vertretbare Option mehr darstellen. Insoweit führen gegenwärtig zwei Faktoren zu einer veränderten Sichtweise bezüglich der Altersdiskriminierung: Der demographische Wandel und das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Als Folge des demographischen Wandels sieht sich Deutschland zunehmend mit einer alternden und schrumpfenden Er-

13 Borscheid, Geschichte des Alters, S. 1 ff, der das positive Altenbild in der damaligen Zeit auf die agrarischen Lebensverhältnisse zurückführt, die die alten Generationen mit einer starken sozialen Stellung und einem hohen Prestige ausstatteten.

14 Lehr, Altersbilder unserer Gesellschaft, S. 5.

werbsbevölkerung konfrontiert. Infolgedessen werden die Nachwuchskräfte knapper, die Gruppe der Erwerbspersonen im mittleren Alter, die derzeit die Kernbelegschaft ausmachen, abnehmen und sich das Hauptgewicht der Beschäftigung auf die über 50jährigen verlagern.¹⁵ Dies führt mittelfristig dazu, dass die Betriebe vermehrt auf ältere Arbeitskräfte zurückgreifen werden müssen.

Daneben zwingt aber nicht nur die demographische Realität zu einem Umdenken hinsichtlich der gesellschaftlichen Einstellung gegenüber älteren Arbeitskräften. Durch das am 18.08.2006 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung¹⁶ erfährt das Alter eine rechtliche Aufwertung. Kernstück dieses Artikelgesetzes ist dessen Art. 1, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), welches erstmals ein umfassendes Verbot der Altersdiskriminierung enthält. Ziel des AGG ist der Schutz vor Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität für die Bereiche Beschäftigung und Beruf sowie den Zivilrechtsverkehr. Das AGG setzt vier europäische Richtlinien um.¹⁷ Das Verbot der Benachteiligung wegen des Alters folgt aus der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000. Entgegen der Vorgaben der Richtlinie, die das Verbot lediglich auf den Bereich des Arbeitsrechts beschränkt, hat der

15 Hierzu unter 1. Teil, B., II.

16 BGBl. I, S. 1897.

17 Es dient der Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. 2000, Nr. L 180/22), 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2000, Nr. L 303/16), 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. 2002, Nr. L 269/15), 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. 2004, Nr. L 373/37).

Gesetzgeber dieses auch auf den Zivilrechtsverkehr ausgedehnt. Nicht nur wegen dieser „Übererfüllung“ sah und sieht sich das AGG heftiger Kritik von Seiten der Literatur sowie dem Arbeitgeberlager ausgesetzt.¹⁸ Ein Grund hierfür ist sicherlich, dass das AGG ein Ergebnis einer Vielzahl von politischen Kompromissen darstellt.¹⁹ Dies ist in der Literatur ungewohnt heftig kritisiert worden. Das Gesetz sei ein „konzeptioneller Fehler“²⁰ und „handwerklich schlecht gemacht“.²¹ Es handle sich um „Gesetzgebung auf Ikea-Niveau“²², die „eines zivilisierten Rechtsstaates unwürdig“ sei.²³ Die Arbeitgeberverbände kritisieren, dass das AGG zu einem zusätzlichen Verwaltungs- und Bürokratieaufwand führe, der für die Arbeitgeber hohe Kosten verursache.²⁴ Tatsächlich ist das AGG „handwerklich von überaus mäßiger Qualität“²⁵, wie die nur nach wenigen Monaten erfolgten ersten Korrekturen des AGG durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Betriebsrentengesetzes belegen.²⁶ Es hat schon jetzt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Rechtsanwender und die Regelungsadressaten geführt. Ein Grund hierfür sind die vielen unbestimmten Rechtsbegriffe und zum Teil widersprüchlichen Regelungen und Prüfungsmaßstäbe. Als Folge wird das AGG für die Instanzgerichte zu einem breiten Experimentierfeld. Erschwerend kommt hinzu, dass das AGG eine Reihe von Umsetzungsdefiziten aufweist, wie beispielsweise die Bereichsausnahme für

18 Adomeit, NJW 2006, 2169 ff; Bauer, BB 2006, Heft 43, S. I: „Das AGG ist ein gesetzgeberisches Pannestück par excellence“.

19 Bauer in Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2006, 774 f.

20 Preis, NZA 2006, 401, 409.

21 Thüsing in Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2006, 774 f.

22 Thüsing in Bauer/Thüsing/Schunder, NZA 2006, 774, 775.

23 Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583, 2586.

24 Siehe hierzu nur die Pressemitteilung des BDA Nr. 54/2006 vom 17.08.2006: „Das morgen in Kraft tretende AGG ist handwerklich schlecht gemacht, belastet die deutsche Wirtschaft mit zusätzlicher unnötiger Bürokratie und hat kaum berechenbare Folgen. Sein Inkrafttreten stellt einen schwarzen Tag für die Vertragsfreiheit in Deutschland dar, erklärte Arbeitgeberpräsident Dr. Martin Hundt heute in Berlin.“

25 Bauer/Göpfert/Krieger, Vorwort S. V.

26 Hierzu unter 2. Teil, A.

Kündigungen.²⁷ Hier ist zu erwarten, dass der EuGH über die einzelnen Fragen der Europarechtskonformität zu entscheiden haben wird. Bis dahin herrscht zusätzliche Rechtsunsicherheit.²⁸

Trotz der berechtigten Kritik lässt sich nach einem Jahr AGG konstatieren, dass die von vielen erwartete Klagewelle bisher ausgeblieben ist.²⁹ Dies ergibt eine erste Auswertung von Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiet des AGG, die das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg im Zeitraum vom 18.08.2006 bis 18.04.2007 für den Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit in Baden Württemberg ermittelt hat.³⁰ In diesem Zeitraum gingen insgesamt 109 Verfahren bei den Arbeitsgerichten ein, bei denen Normen aus dem AGG zur Anwendung kamen. Hiervon sind 64 Verfahren bereits erledigt. Bei 73 % der Rechtsstreitigkeiten wurde eine unmittelbare Benachteiligung geltend gemacht, im Übrigen beriefen sich die Kläger auf eine mittelbare Benachteiligung. Die Diskriminierungen wurden vor allem im Zusammenhang mit Bewerbungen geltend gemacht (38 %) und verteilten sich sodann auf den Bereich der Kündigungen (36 %) und der bestehenden Arbeitsverhältnisse (26 %). Häufigstes Diskriminierungsmerkmal war das Alter (36 %), gefolgt von Geschlecht (28 %), Behinderung (18 %) und ethnischer Herkunft (11 %). Dass das Alter im Rahmen dieser Statistik das häufigste Diskriminierungsmerkmal darstellt, scheint die von *Preis* getätigte Prophezeiung zu bestätigen, wonach „das Verbot der Altersdiskriminierung zu dem arbeitsrechtlichen Thema der nächsten Jahre“ werde.³¹ Tatsächlich wird die Einführung des Verbots der Altersdiskriminierung die

27 Hierzu unter 2. Teil, B., 7.

28 Mitauslöser dieser Rechtsunsicherheit ist insbesondere die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mangold vom 22.11.2005, NZA 2005, 1345, 1347, mit der der EuGH die sachgrundlose Befristungsmöglichkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. als einen Verstoß gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung wertete. Als Rechtsfolge hätten die nationalen Gerichte § 14 Abs. 3 TzBfG unangewendet zu lassen. Das BAG ist dem EuGH gefolgt und hat den Arbeitgebern keinen Vertrauensschutz für Befristungen aus der Zeit vor der Mangold-Entscheidung gewährt, BB 2006, 1858, 1863. Einzelheiten unter 2. Teil, C.

29 Willemsen, AnwBl 2007, S. 488.

30 Pressemitteilung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 27.06.2007, abrufbar unter www.lag-baden-wuerttemberg.de.

31 Preis, NZA 2006, 401, 410.

weitreichendsten Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht haben. Dies hängt damit zusammen, dass eine Vielzahl von gesetzlichen, tarifvertraglichen sowie arbeitsvertraglichen Regelungen unmittelbar oder mittelbar an das Alter als Differenzierungsmerkmal anknüpfen.

So sehen beispielsweise Stellenanzeigen wie selbstverständlich ein Mindest- oder Höchstalter vor. Ob es die Anwaltskanzlei ist, die wie selbstverständlich „junge Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte“ sucht oder eine Werbeagentur sich den idealen Bewerber als jemanden von Mitte dreißig mit Berufserfahrung vorstellt, derartige Stellenanzeigen erregen bei niemanden den Verdacht einer Benachteiligung, sondern werden überwiegend als sozialadäquat empfunden.³² Während im Bereich der Geschlechterdiskriminierung die öffentliche Wahrnehmung durch die jahrzehntelange Auseinandersetzung über die Gleichberechtigung von Mann und Frau sensibilisiert worden ist, gehört eine altersdiskriminierende Stellenanzeigenpraxis noch zum arbeitsrechtlichen Alltag. Im Gegensatz zur Geschlechterdiskriminierung fehlt sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Leser das Bewusstsein dafür, dass hier eine Benachteiligung wegen des Alters vorliegt. Gleiches gilt für den Entgeltbereich, wo Tarifverträge oftmals eine Staffelung der Vergütung nach dem Lebensalter oder der Betriebszugehörigkeit vorsehen. Im Rahmen der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kommen schließlich den tariflichen Pensionsaltersgrenzen eine überragende Bedeutung zu. Sie knüpfen die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses an das Erreichen des 65. Lebensjahres ohne dass es einer Kündigung des Arbeitgebers bedarf. Daneben stellen eine Vielzahl von gesetzlichen Regelungen auf das Kriterium des Lebensalters ab wie beispielsweise § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, § 14 Abs. 3 TzBfG, § 2 Abs. 1 ATG sowie § 1 Abs. 3 KSchG. Diese exemplarische Aufzählung altersabhängiger Bestimmungen dokumentiert den aktuellen Handlungsbedarf im Arbeitsrecht.

Damit stellt sich die grundsätzliche Frage, was das AGG in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung in Zukunft bewirken wird? Diesbezüglich ist zwischen der arbeitsrechtlichen und der gesellschaftlichen Komponente zu unterscheiden. Nach dem Willen des europäischen und

32 König in Loccumer Protokolle 79/04, S. 63.

nationalen Gesetzgebers kommt dem Verbot der Altersdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf eine wesentliche Bedeutung zu. Auf europäischer Ebene soll der Diskriminierungsschutz ein Element zur Erreichung der notwendigen beschäftigungspolitischen Ziele darstellen und insbesondere die Beschäftigungsfähigkeit von älteren Menschen erhöhen sowie die Lebensarbeitszeit insgesamt verlängern.³³ Auch der deutsche Gesetzgeber knüpft an das AGG hohe Erwartungen. Mit dem Verbot der Altersdiskriminierung soll u.a. die strukturelle schlechte Situation älterer Beschäftigter auf dem Arbeitsmarkt verbessert werden.³⁴

Im Bereich des Arbeitsrechts wird es mittelfristig zu einem Abbau von unmittelbar diskriminierenden Verhaltensweisen kommen, so dass Älteren der Zugang zur Beschäftigung erleichtert wird.³⁵ Schon jetzt zeigt sich, dass in den Betrieben die Sensibilität für Diskriminierungsthemen zugenommen hat, was sich an dem kostenintensiven betrieblichen Schulungsaufwand der Mitarbeiter ablesen lässt.³⁶ Sämtliche altersabhängigen Arbeitgeberentscheidungen sind zukünftig kontrollfähig.³⁷ Dadurch werden sich die willkürlichen und schlecht begründeten Entscheidungen des Arbeitgebers reduzieren. Dies betrifft vor allem den vorvertraglichen Bereich der Einstellung, wo bislang weitgehende Vertragsfreiheit bestand.³⁸ Im Bereich des Kündigungsschutz-

33 Der hohe Stellenwert der Diskriminierungsbekämpfung zur Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus kommt in den Erwägungsgründen 11 und 25 RL 2000/78/EG zum Ausdruck. Erwägungsgrund Nr. 8 der RL verweist darüber hinaus auf die beschäftigungspolitischen Leitlinien für 2000, vgl. ABl. 2000, Nr. L 72/15.

34 BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

35 Sproß in Loccumer Protokolle 04/06, S. 115, 120, die ausführt, dass diskriminierende Verhaltensweisen eine Weiter- und Wiederbeschäftigung von älteren Arbeitnehmern erschweren. Hierzu ausführlich unter 1. Teil, C.

36 Willemsen, AnwBl. 2007, S. 488.

37 Thüsing, ZFA 2006, S. 241, 248.

38 Dass das AGG bei Einstellungen zu Veränderungen führen kann, zeigt die Entscheidung des ArbG Frankfurt, Az. 11 Ca 8952/06. Die Lufthansa hatte die Bewerbung einer Stewardess wegen ihres Alters von 46 Jahren abgelehnt. Die Flugesellschaft hatte argumentiert, das wirtschaftliche Risiko krankheitsbedingter Ausfälle sei bei älteren Arbeitnehmern wesentlich höher und dem Unternehmen nicht zumutbar. Das ArbG Frankfurt entschied daraufhin, dass wirtschaftliche Risiko möglicher Lohnfortzahlung im Krankheitsfall dürfe bei der Auswahl von

zes wird das AGG zu einer zweiten arbeitsrechtlichen Schutzschicht zugunsten der Arbeitnehmer führen.³⁹ Insoweit trifft das AGG auf ein bereits sehr ausgeprägtes Kündigungsschutzrecht. Die Arbeitnehmer haben zukünftig im Kündigungsschutzprozess die Möglichkeit, neben der Sozialwidrigkeit auch einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 2, 1 AGG einzuwenden. Damit wird eine „zweite Front“ gegen den Arbeitgeber aufgemacht. Die Folge ist ein doppelter Kündigungsschutz.⁴⁰

Ein wesentliches Defizit des AGG besteht aber darin, dass es zu der bereits oben angesprochenen erheblichen Rechtsunsicherheit führen wird. Im Rahmen seines Umsetzungsbemühens hat es der Gesetzgeber versäumt, diejenigen gesetzlichen Regelungen mit den Vorgaben der Richtlinien inhaltlich zu harmonisieren, die unmittelbar oder mittelbar an das Alter anknüpfen. Hierzu war der Gesetzgeber nach Art. 16 a) der Richtlinie 2000/78/EG verpflichtet.⁴¹ Alle altersabhängigen Regelungen im deutschen Recht wurden nach dem in Kraft treten des AGG beibehalten. Der Gesetzgeber hat es nicht für erforderlich gehalten, zu prüfen, welche Gesetze verändert oder aufgehoben werden müssen, damit sie der Richtlinie 2000/78/EG entsprechen. Der damit verbundene Arbeitsaufwand ist beträchtlich. Im Ergebnis werden die Gerichte diesen immensen Arbeitsaufwand für den Gesetzgeber erledigen müssen. Sie werden die Zweifelsfragen im Einzelfall entscheiden müssen. Die Haltung des Gesetzgebers wird dazu führen, dass eine Vielzahl von Verfahren dem EuGH vorgelegt werden muss.⁴²

Bewerbern nicht zum Maßstab gemacht werden. Als Entschädigung setzte das Gericht drei Monatsgehälter fest.

39 Thüsing, ZFA 2006, S. 241, 250.

40 Bauer/Göpfert/Krieger, § 2, Rn. 56. Die Arbeitgeber werden sich auch nicht auf die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG berufen können. Diese ist klar europarechtswidrig. Zuletzt hat das ArbG Osnabrück entschieden, dass die Vorschriften des AGG auf Kündigungen trotz der in § 2 Abs. 4 AGG geregelten Ausnahme Anwendung finden, Urteil vom 05.02.2007, NZA 2007, 626, 627. Einzelheiten unter 2. Teil, D., 7., c).

41 Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen, aufgehoben werden.

42 Bertelsmann in Loccumer Protokolle 79/04, S. 81, 82.

Auf der gesellschaftlichen Ebene bleibt abzuwarten, ob das AGG einen positiven Beitrag zur Veränderung des defizitären Altenbildes beisteuern wird. Zumindest stellt das AGG mit seinem Verbot der Altersdiskriminierung althergebrachte Vorstellungen über die Fähigkeiten von Menschen und deren Platz in der Gesellschaft in Frage. Allerdings kann ein Gesetz die Einstellungen der Menschen nicht kurzfristig ändern. Die Bekämpfung von Altersdiskriminierung kann mit den Mitteln des Rechts zwar unterstützt werden, setzt aber vor allem einen Mentalitätswandel voraus. Ein Bewusstsein für Altersdiskriminierung außerhalb des Arbeitsrechts muss sich danach erst noch bilden. Bisher wird die Diskriminierung wegen des Alters als selbstverständlich hingenommen.⁴³ Insoweit lässt sich anders als bei der Diskriminierung wegen der Rasse/ethnischer Herkunft bzw. Geschlecht ein fehlendes Problem- und Schuldbewusstsein in der Gesellschaft beobachten.⁴⁴ Gleichwohl wird das AGG hier langfristig zu einer Veränderung beitragen. Dieser Umstand beruht auf der Erkenntnis, dass das Recht seinerseits das gesellschaftliche Bild vom Alter mit konstruiert, wie dies die Chronologisierung des menschlichen Lebenslaufs anhand der Einführung der Altersrente am Ende des 19. Jahrhunderts dokumentiert.⁴⁵

43 Eine Vielzahl von Beispielen alltäglicher Altersdiskriminierung sammelt und dokumentiert das Büro gegen Altersdiskriminierung e.V., abrufbar unter www.altersdiskriminierung.de.

44 Bertelsmann in Rust/Falke, § 1, Rn. 84.

45 Hahn, Altersdiskriminierung, S. 20.

Gegenstand und Ziel der Bearbeitung

Die Bearbeitung verfolgt das Ziel, einen ersten Überblick über das in Deutschland noch weitgehend junge und wenig erschlossene Thema der Altersdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf zu verschaffen und die mit dem Verbot der Altersdiskriminierung verbundenen Konsequenzen für das Arbeitsrecht aufzuzeigen. Den Anlass hierfür bietet das AGG, das erstmals ein Verbot der Altersdiskriminierung normiert. Bisher wurden im deutschen Arbeitsrecht zahlreiche altersabhängige Regelungen nicht unter dem Aspekt der Benachteiligung wegen des Alters bewertet, sondern allenfalls als Eingriff in die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, wie die ständige Rechtsprechung des BAG zu Pensionsaltersgrenzen dokumentiert.⁴⁶ Dementsprechend wird das AGG im Arbeitsrecht zu gravierenden Veränderungen führen. Es bedarf daher einer eingehenden Analyse, inwiefern zukünftig Differenzierungen aufgrund des Alters noch zulässig sind. Obwohl das AGG sowohl jüngere als auch ältere Menschen vor Altersdiskriminierung schützt, stellt die Bearbeitung die Gruppe der älteren Menschen in den Mittelpunkt der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Auf dem Arbeitsmarkt sind zwar regelmäßig alle Altersstufen von Ungleichbehandlungen wegen des Alters betroffen. Es ist aber eine Tatsache, dass Ältere wesentlich häufiger von Altersdiskriminierung betroffen sind als Jüngere. Daneben unterstreichen die Folgen des demographischen Wandels die künftige wachsende Bedeutung der älteren Menschen für den Arbeitsmarkt. Den Schwerpunkt der Arbeit bildet daher die Gruppe der älteren Arbeitnehmer.

Das AGG kennt nicht nur das Verbot der Altersdiskriminierung, sondern hält gleichzeitig eine Vielzahl von Ausnahmeregelungen bereit. Die Herausforderung besteht darin, die zulässige Ungleichbehandlung von der unzulässigen Diskriminierung abzugrenzen. Die Frage, wann

⁴⁶ Hierzu unter 3.Teil, B., VIII., 4.

eine Benachteiligung wegen des Alters ausnahmsweise noch zulässig ist, ist differenzierter zu beantworten als bei den anderen „eindeutigen“ Merkmalen. Das hängt mit der Eigenart des Merkmals des Alters zusammen. Im Unterschied zum Merkmal des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft wandelt sich das Alter mit der Zeit. Das Alter ist eine lineare Eigenschaft. Während die Menschen normalerweise Mann oder Frau, farbige oder weiß sind, existiert eine derartige Ausschließlichkeit beim Alter nicht. Jeder Mensch ist ungeachtet seines Geschlechts, seiner Herkunft oder seiner Religionszugehörigkeit unausweichlich dem biologischen Alterungsprozess ausgesetzt. Im Normalfall durchlebt jeder Mensch dieselben Altersstufen. Das bedeutet aber auch, dass jeder Mensch in gewissen Lebensstadien von Altersdiskriminierung betroffen sein kann. Es fällt daher oftmals schwer, eine eindeutige Antwort auf die Frage zu finden, wann eine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters vorliegt. Den Schwerpunkt der Arbeit bildet mithin die exemplarische Untersuchung von altersabhängigen Regelungen anhand der Regelungssystematik des AGG. Hierbei wird der aktuelle Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion berücksichtigt. Im Mittelpunkt steht dabei die mittlerweile umfangreiche Kommentarliteratur zum AGG. Die aktuelle Rechtsprechung wird ebenfalls ausgewertet, ist aber nach einem Jahr AGG erwartungsgemäß noch weniger umfangreich. Im Anschluss daran folgt eine eigene Bewertung der einzelnen Streitfragen. Die Prüfung der einzelnen Regelungen erfolgt nicht isoliert anhand der beiden Rechtfertigungstatbestände der §§ 8, 10 AGG, sondern wird integriert in den Kontext der wesentlichen Vorschriften des AGG. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass die Regelungssystematik des AGG besser veranschaulicht wird.⁴⁷ Die Untersuchung beschränkt sich dabei nicht auf das nationale Recht, sondern berücksichtigt den Umstand, dass das AGG seinen Ursprung in den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien hat. Hinsichtlich des Merkmals des Alters muss sich das AGG an der Richtlinie 2000/78/EG messen lassen. Dort, wo es für die Thematik erheblich ist, wird der Frage nachgegangen,

47 Von einer eigenständigen Darstellung der Entschädigungsvorschriften sowie der Beweislastregel wurde dagegen bewusst verzichtet, da sie einen unververtretbaren Umfang der Bearbeitung zur Folge gehabt hätte.

inwieweit der Gesetzgeber mit dem AGG die Vorgaben der Richtlinien europarechtskonform umgesetzt hat. Hierbei fließt auch die umfangreiche und in Bezug auf das Diskriminierungsrecht richtungweisende Rechtsprechung des EuGH mit ein. Die Bearbeitung gliedert sich im Einzelnen wie folgt:

Der erste Teil beginnt mit einer Bestandsaufnahme hinsichtlich der aktuellen Situation der älteren Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt.⁴⁸ Ausgehend von der Frage, was einerseits die Gründe und andererseits die Folgen der Altersdiskriminierung für den Einzelnen sind, wird zunächst die mangelnde Integration der älteren Menschen in den Arbeitsmarkt dargestellt sowie die wachsende Bedeutung der älteren Arbeitnehmer vor dem Hintergrund des demographischen Wandels herausgearbeitet.⁴⁹ Es wird deren Beschäftigungsentwicklung in den letzten dreißig Jahren bis heute nachgezeichnet und die daraus resultierenden Folgen für die Sozialsysteme aufgezeigt. Anschließend werden die Konsequenzen einer alternden Gesellschaft für den Arbeitsmarkt herausgearbeitet und die sich daraus ergebende notwendige Korrektur der betrieblichen Personalpolitik dargestellt. Der daran anschließende Abschnitt beschäftigt sich mit verschiedenen Erklärungsansätzen für die vorhandene Altersdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf.⁵⁰ Zunächst wird die identitätsstiftende Bedeutung der Arbeit sowie die Folgen des Arbeitsplatzverlustes für den Menschen herausgestellt. Im Anschluss daran wird die These belegt, wonach sich die Benachteiligung der älteren Arbeitnehmer vor allem durch deren unzureichende Weiter- und Wiederbeschäftigungschancen auszeichnet. In diesem Zusammenhang werden die allgemeinen Vorbehalte gegenüber älteren Arbeitnehmern geschildert und den gegenwärtigen Erkenntnissen der Gerontologie gegenübergestellt.⁵¹ Es folgt eine ausführliche Analyse, in welchem Umfang die institutionellen Rahmenbedingungen des Arbeitsmarktes eine benachteiligende Wirkung für ältere Menschen entfalten.⁵² Das Kapitel endet mit einer Darstellung der bestehenden

48 Hierzu unter 1. Teil, A.

49 Hierzu unter 1. Teil, B.

50 Hierzu unter 1. Teil, C.

51 Hierzu unter 1. Teil, C., II.

52 Hierzu unter 1. Teil, D.

Qualifizierungsdefizite der älteren Arbeitnehmer und deren negativen Folgen für die allgemeine Beschäftigungsfähigkeit.⁵³

Im zweiten und dritten Teil folgt der Schwerpunkt der Arbeit: Die Darstellung des AGG und die Konsequenzen des Verbots der Altersdiskriminierung für das deutsche Arbeitsrecht. Zunächst wird in groben Zügen die gesetzgeberische Entstehungsgeschichte des AGG nachgezeichnet.⁵⁴ Es folgt ein Überblick über den Aufbau des AGG. Anschließend wird die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Mangold erörtert und die sich daraus ergebenden erheblichen Konsequenzen für das AGG und das Arbeitsrecht aufgezeigt.⁵⁵ Der anschließende Abschnitt befasst sich mit dem Anwendungsbereich des AGG. Im Mittelpunkt stehen hierbei die geänderten Bedingungen beim Zugang zur Beschäftigung, insbesondere im vorvertraglichen Bereich. Daneben wird die streitige Frage diskutiert, ob die Bereichsausnahme bezüglich des Kündigungsrechtes europarechtswidrig ist und inwieweit eine europarechtskonforme Auslegung möglich ist.⁵⁶ Anschließend folgt eine ausführliche Darstellung der verschiedenen Benachteiligungsbegriffe des AGG sowie eine Auseinandersetzung mit der Frage, wann eine Benachteiligung wegen des Alters vorliegt.⁵⁷ Im dritten Teil findet schließlich eine umfassende Prüfung altersabhängiger Vorschriften im Arbeitsrecht anhand der einschlägigen Rechtfertigungsnormen des AGG statt. Im Fokus der Betrachtung steht hierbei vor allem die Zulässigkeit von Pensionsaltersgrenzen, da diese das größte Konfliktpotential in sich bergen und es hier möglicherweise zu arbeitsrechtlichen Veränderungen ungeahnten Ausmaßes kommen wird.⁵⁸ Daran anschließend werden einige exemplarische gesetzlichen Regelungen, die an das Merkmal des Alters anknüpfen, auf einen möglicherweise bestehenden europarechtlichen Anpassungsbedarf anhand der Richtlinie 2000/78/EG überprüft.⁵⁹ Dies betrifft insbesondere die im Anschluss

53 Hierzu unter 1. Teil, E.

54 Hierzu unter 2. Teil, A.

55 Hierzu unter 2. Teil, C.

56 Hierzu unter 2. Teil, D. II., 7.

57 Hierzu unter 2. Teil, E.

58 Hierzu unter 3. Teil, C., VIII.

59 Hierzu unter 3. Teil, D.

an die Entscheidung Mangold notwendig gewordene Änderung der Altersbefristung gemäß § 14 Abs. 3 TzBfG durch das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen vom 19.04.2007.⁶⁰ Die Bearbeitung endet mit einem Ausblick.

⁶⁰ BGBl. I, S. 538.