Stud. jur. Anselm Dierkes, Greifswald*

Tarifliche Altersdiskriminierung und AGG

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der praktisch überaus wichtigen Problematik der Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht und hier speziell in Tarifverträgen. Dazu werden nach einer kurzen Einführung zunächst die abstrakten Anforderungen des neuen AGG dargestellt und sodann – unter Hinzuziehung vieler Beispiele – auf die wichtigsten tarifüblichen Regelungen angewandt. Auf diese Weise wird ein weiter Überblick über typische Probleme des kollektiven Arbeits- und Antidiskriminierungsrechts gegeben.

I. Einführung

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)[1] ist nach langen politischen Auseinandersetzungen[2] am 18.08.2006 in Kraft getreten und beschäftigt seitdem Praxis und Literatur gleichermaßen. Kern des Gesetzes ist das Verbot von Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, der sexuellen Identität und insbesondere auch des *Alters* sowohl im Arbeits- als auch im Zivilrecht.

Nach nunmehr anderthalb Jahren lassen sich auch die ersten Erfahrungen aus der Praxis auswerten. Positiv festzuhalten ist zunächst, dass die vielfach befürchtete Klagewelle ausgeblieben ist.[3] Eine andere Prophezeiung scheint sich jedoch bewahrheitet zu haben: Durch das AGG sind für die Unternehmen erhebliche Mehrkosten entstanden. Eine aktuelle Studie der Universität Dortmund im Auftrag der wirtschaftsnahen *Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft GmbH* spricht von 1,73 Mrd. Euro, die bereits im ersten Jahr angefallen sein sollen.[4] Und noch eine Feststellung lässt sich machen: Während die übrigen oben genannten Merkmale relativ wenig Anwendungsfälle verzeichnen,[5] ist es insbesondere das Merkmal Alter, das die Gerichte beschäftigt.[6]

Im Bereich der Tarifverträge sind dabei zusätzlich einige Besonderheiten zu beachten. Wie noch zu zeigen ist, sind Diskriminierungen in Tarifverträgen nicht immer offensichtlich. Dies hat für den Arbeitgeber die unangenehme Folge, dass er selbst entscheiden muss, ob es sich bei einer anzuwendenden Klausel um eine (verbotene) Diskriminierung handelt oder nicht. Die einem Tarifvertrag – als zwischen den Tarifparteien ausgehandelten Konsens – grundsätzlich zukommende Richtigkeitsgewähr hilft ihm dabei insbesondere dann wenig, wenn der Tarifvertrag aus der Zeit vor Inkrafttreten des AGG stammt.[7] Besonders dringlich sind hier verlässliche Er-

* *Anselm Dierkes* studiert Jura an der Universität Greifswald. Der Beitrag entstand aus seiner Studienarbeit im Schwerpunktbereich „Recht der Wirtschaft" am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht *(Prof. Dr. Hans-Werner Eckert)*. Die ursprüngliche Arbeit trug den Titel „Zulässigkeit tariflicher Differenzierungen nach Alter und Betriebszugehörigkeit unter dem AGG". Sie wurde gekürzt und in der Rechtsprechung aktualisiert.

1 Gesetz vom 14.08.2006 (BGBl. I S. 1897), geändert durch Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes vom 02.12.2006 (BGBl. I S. 2742).

2 Ein historischer Überblick mit umfangreichen Links zu den Gesetzesmaterialien findet sich im Internet auf den Seiten des Beck-Verlages unter http://rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?docid=71080 (Stand: 25.01.2008).

3 *Michael Eckert*, Arbeitsrecht aktuell zur Jahreswende, DStR 2007, 2330 (2332).

4 http://www.insm.de/Presse/Pressemeldungen/Pressemeldungen/Aktuelle_INSM-Studie_zum_Antidiskriminierungsgesetz__Unternehmen_werden_mit_1_73_Mrd._Euro_belastet.html (Stand: 25.01.2008).

5 *Eckert* (Fn. 3), 2332.

6 Das LAG Baden-Württemberg meldet etwa, dass das Alter mit 36 % das am häufigsten gerügte Diskriminierungsmerkmal im Untersuchungszeitraum vom 18.08.2006 bis 18.04.2007 war, http://www.lag-baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1208854/index.html (Stand: 25.01.2008).

7 Vgl. *Martin Nebeling/Anemone Miller*, Die materielle Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages im Lichte der Haftungsfalle des § 15 III AGG, RdA 2007, 289.

kenntnisse, da der Gesetzgeber keine Übergangsfristen in das AGG aufgenommen hat, so dass diskriminierende Regelungen – gegebenenfalls bisher unerkannt – *ipso iure* nichtig sind.[8] Besonders für die Tarifvertragsparteien ergibt sich somit die Notwendigkeit, bestehende Tarifverträge auf diskriminierende Klauseln zu überprüfen. Der vorliegende Beitrag wird diesen Fragen nachgehen, auf das komplizierte Problem der Rechtsfolgen diskriminierender Tarifnormen jedoch nicht eingehen.[9]

II. Neue Anforderungen durch das AGG in abstracto

1. Der Anwendungsbereich des AGG

a) Tarifverträge

Gemäß den umzusetzenden Richtlinien[10] haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass dem Diskriminierungsverbot entgegenstehende „Bestimmungen in […] Tarifverträgen […] für nichtig erklärt werden".[11] Dem ist der deutsche Gesetzgeber mit § 7 II AGG ausdrücklich nachgekommen, der alle Vereinbarungen (unstreitig also auch Kollektivverträge), die gegen das Diskriminierungsverbot in § 7 I AGG verstoßen, für unwirksam erklärt.[12] Ein weiterer „Hinweis" findet sich darüber hinaus in § 2 I Nr. 2 AGG, der nochmals die Unzulässigkeit von Diskriminierungen „insbesondere in […] kollektivrechtlichen Vereinbarungen" regelt. Dieser Formulierung ist jedoch nichts materiell Neues zu entnehmen, vielmehr ist sie als nicht abschließende Hervorhebung zu verstehen.[13]

b) Die Bereichsausnahme des § 2 IV AGG

Mit die größten Probleme im Umgang mit dem AGG bereitet nach wie vor § 2 IV AGG. Dieser ordnet im Bereich von Kündigungen die „ausschließlich[e Anwendbarkeit der] Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz" an. Da jedoch die umzusetzenden Richtlinien eine Ausweitung des Schutzes auch auf Kündigungen vorsehen, befindet sich diese Regelung in evidentem Widerspruch zu den europäischen Vorgaben.[14] Die Lösungsansätze sind dabei ebenso vielfältig[15] wie die ersten Entscheidungen der Instanzgerichte.[16] Eine Klärung wird nun u. U. das Vorlageverfahren des LAG Düsseldorf[17] zum EuGH[18] bringen. Bis dahin lassen sich verlässliche Aussagen über den Umgang mit der Vorschrift kaum machen.

Im Rahmen dieser Arbeit kann hier jedoch eine wichtige Einschränkung gemacht werden. § 2 IV AGG privilegiert nur das *gesetzliche* Kündigungsrecht (hauptsächlich) in Form des KSchG. Durch die Regelung wird zum Ausdruck gebracht, dass ein Nebeneinander der beiden Gesetze nicht gewollt ist. Dies gilt aber wohl nicht für *privatautonom vereinbartes* Kündigungsrecht, wie es sich in Arbeits- und Tarifverträgen findet. Auf diese Weise lässt sich zumindest für diesen Bereich auch der Widerspruch zu § 2 I Nr. 2 AGG, der ausdrücklich auch „Entlassungsbedingungen" nennt, überwinden, da letzterem so ein vernünftiger Anwendungsbereich bleibt.[19] Solange es also um die Zulässigkeit *tariflicher* (Beendigungs-) Klauseln geht, ist der Streit um § 2 IV AGG zu vernachlässigen und gem. § 2 I Nr. 2 AGG von der Anwendbarkeit des AGG auszugehen.[20]

c) Der Begriff des „Alters"

Der Begriff des Alters wird weder in Art. 13 EG noch in der RL 2000/78/EG oder im AGG selbst definiert. Dies

8 *Stefan Lingemann/Meike Gotham*, AGG-Benachteiligungen wegen des Alters in kollektivrechtlichen Vereinbarungen, NZA 2007, 663 (663).

9 Vgl. hierzu aber den umfangreichen Beitrag von *Herbert Wiedemann,* Tarifvertrag und Diskriminierungsschutz – Rechtsfolgen einer gegen Benachteiligungsverbote verstoßenden Kollektivvereinbarung, NZA 2007, 950; *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 666 ff.

10 RL 2000/43/EG des Rates v. 26.06.2000, ABl. EG Nr. L 180 v. 19.07.2000, S. 22. Für das Alter gilt die RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000, ABl. EG Nr. L 303 v. 02.12.2000, S. 16; RL 2002/73/EG des Rates v. 23.09.2002, ABl. EG Nr. L 269 v. 05.05.2002, S. 15; RL 2004/113/EG des Rates v. 13.12.2004, ABl. EG Nr. L 373 v. 21.12.2004, S. 37.

11 Vgl. für das Merkmal Alter Art. 16 lit. b) der RL 2000/78/EG.

12 *Volker Rieble/Marc Zedler*, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, 273 (288).

13 *Sudabeh Kamanabrou*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des AGG, RdA 2006, 321 (323).

14 Ausführlich *Martin Diller et al.,* Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt?, NZA 2006, 887 (889 f.); *Gregor Thüsing*, Münchner Kommentar zum BGB, Band 1/2 – AGG, 2007, § 2 Rn. 17 ff.; EuGH NZA 2006, 839.

15 Vgl. statt vieler *Sudabeh Kamanabrou*, Europarechtskonformer Schutz vor Benachteiligungen bei Kündigungen, RdA 2007, 199; *Anno Hamacher/Christoph Ulrich*, Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen nach Inkrafttreten und Änderung des AGG, NZA 2007, 657.

16 Eine erste Entscheidung stammt vom ArbG Osnabrück NZA 2007, 626. Sie wurde jedoch z. T. vom LAG Niedersachsen AuR 2007, 388, wieder aufgehoben. In diesem Sinne (allerdings bezogen auf § 622 Abs. 2 S. 2 BGB) auch LAG Berlin-Brandenburg DB 2007, 2542.

17 LAG Düsseldorf, Vorlagebeschl. v. 21.11.07 – 12 Sa 1311/07.

18 Da es sich um die Umsetzung von Richtlinien handelt, ist dieser für die letztverbindliche Auslegung zuständig. Zu beachten sind auf europäischer Ebene insbesondere auch die Urteile des EuGH in der Rs. *Mangold* (EuGH NZA 2005, 1345; dazu *Ulrich Preis,* Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall „Mangold" und seine Folgen, NZA 2006, 401) und jüngst in der Rs. *Palacios de la Villa* (EuGH NZA 2007, 1219; dazu *Fellipe Tremming,* Der Fall „Palacios": Kehrtwende im Recht der Altersdiskriminierung?, NZA 2007, 1193).

19 *Manfred Löwisch*, Kollektivverträge und AGG, DB 2006, 1729 (1729); *ders.,* Kündigen unter dem AGG, BB 2006, 2189 (2189); *ders*., BB-Forum: Änderungen des AGG, BB 2006, 2582 (2582); *Gregor Thüsing*, AGG-korrigiert, aber nicht verbessert, NJW 2006, Editorial zu Heft 48; *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 41 a. E.

20 Vertritt man diese Auffassung nicht, so ergeben sich folgende Möglichkeiten: Entweder stellt man auf die Unanwendbarkeit von § 2 IV AGG ab und oder man misst die Tarifnormen nur am KSchG, muss dann aber die Wertungen des AGG hineinlesen, vgl. im Einzelnen die Nachweise in Fn. 15.

ist deswegen zunächst problematisch, da jeder Beschäftigte (immer) ein gewisses Alter hat und das Merkmal so keinerlei Unterscheidung ermöglicht.[21] Des Weiteren ist Alter ein relativer Begriff, da das eine Lebensalter im Vergleich zu einem anderen immer höher oder niedriger sein kann.[22] Genau dies ist dann auch die besondere Schwierigkeit des Merkmals. Dies mag folgendes Beispiel verdeutlichen: Betrachtet man die typischen Anforderungen, die ein Entwickler von Computerspielen an Programmierer stellt, so wird sich feststellen lassen, dass der 35-jähriger Bewerber als alt gilt. In einem Antiquariat hingegen dürfte der Bewerber möglicherweise als „relativ" jung einzustufen sein. Damit stellt sich die Frage, welches Alter vom Diskriminierungsverbot erfasst sein soll.

Vor dem Hintergrund der demographischen Entwicklung in Europa haben sich die Vorzeichen in der Diskussion um insbesondere „ältere" Arbeitnehmer deutlich verändert.[23] So steht nicht mehr das möglichst frühe Ausscheiden aus dem Beruf im Vordergrund, sondern die Verlängerung des Arbeitslebens.[24] Dies ist auch unbedingt nötig, da die Gesellschaft überaltert und nur auf diese Weise die Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme aufrechterhalten werden kann.[25] Diesem Konzept folgt auch die EU seit einigen Jahren.[26] Ein sehr deutliches Zeichen des nationalen Gesetzgebers ist die Verabschiedung der „Rente mit 67". Das RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz[27] wurde am 30.04.2007 verkündet und entfaltet seine volle Wirkung seit dem 01.01.2008. Hinzu kommt, dass insbesondere ältere Arbeitnehmer größere Schwierigkeiten haben, eine (erneute) Anstellung zu finden.[28]

Aus all dem lässt sich zunächst der Schluss ziehen, dass „ältere" Arbeitnehmer zu schützen sind. Wann aber ist ein Arbeitnehmer „älter" oder sogar „alt"? Es spräche dem Regelungsanliegen der RL 2000/78/EG Hohn, würde sie selbst eine (wohlmöglich sogar starre) Altersgrenze nennen. Vielmehr ist auf den Einzelfall abzustellen, da dies die einzige Möglichkeit ist, dem relativen Charakter des Merkmals und dem Schutzanliegen gerecht zu werden. Aus den Erfahrungen auf dem Arbeitsmarkt scheint es aber möglich, eine (nur gedankliche!) Grenze bei etwa 50 Jahren zu ziehen, die darüber hinaus etwa dem Bild in der Bevölkerung entspricht.[29] Diese Arbeitshypothese bedarf aber in jedem Anwendungsfall der erneuten Überprüfung. Mit dem Schutz älterer Arbeitnehmer im oben genannten Sinne ist es jedoch noch nicht getan. Aus Art. 6 I 2 lit. a) und b) RL 2000/78/EG bzw. § 10 I 3 Nr. 1 und 2 AGG kann bereits aus dem Wortlaut gefolgert werden, dass auch der Schutz jüngerer Beschäftigter bezweckt wird.[30] Der Begriff des niedrigen Alters ist dabei ebenso in Relation zum Einzelfall zu beurteilen wie das hohe Alter. Diesem Verständnis folgt auch die – ausnahmsweise unbestrittene – Auffassung in der Literatur.[31]

d) Der Begriff der „Benachteiligung"

Der Begriff der unmittelbaren wie auch der mittelbaren Diskriminierung[32] wird im AGG genauso wie in den Richtlinien definiert[33] und entspricht dem gängigen europäischen Recht.

aa) Unmittelbare Diskriminierung

Nach § 3 I AGG[34] „liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen [des Alters] in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde." Unmittelbar ist die Diskriminierung also dann, wenn sie direkt an das Alter anknüpft.[35] Diese unterschiedliche Behandlung muss zu einer ungünstigeren Behandlung führen. Eine solche dürfte jedoch praktisch immer vorliegen, da das Merkmal Alter, wie alle Merkmale außer dem Merkmal Behinderung, insofern ambivalent ist, als dass eine Bevorzugung der einen Gruppe zugleich zu einer ungünstigeren Behandlung der anderen Gruppe führt (vgl. II. 1. lit. c).[36] Eine unmittelbare Benachteiligung kann entweder durch die Rechtfertigungsgründe in den §§ 8 und 10 AGG gerechtfertigt sein oder gem. § 5 AGG als positive Maßnahme ausnahmsweise erlaubt sein.

21 *Markus Sprenger,* Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der RL 2000/78/EG, 2006, S. 58; *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 2.

22 *Herbert Wiedemann/Gregor Thüsing*, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der RL 2000/78/EG, NZA 2002, 1234 (1234).

23 *Marlene Schmidt/Daniela Senne,* Das gemeinschaftliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, 80 (80).

24 *Gregor Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 411.

25 *Manfred Löwisch et al.,* Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 9.

26 *Sprenger* (Fn. 21), S. 31-39 passim; *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 80.

27 BGBl. I 2007, S. 554.

28 Dies belegen eindrücklich die Zahlen bei *Löwisch et al.* (Fn. 25), S. 12.

29 So geht etwa auch die BfA davon aus, dass die Gruppe der über 50-Jährigen zu den besonders förderungsbedürftigen Personengruppen gehört, Geschäftsbericht 2004, S. 81. Vgl. auch das „Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen", sog. „Initiative 50plus", BGBl. I 2007, S. 538.

30 Dies zeigt sich nun auch in dem Verfahren vor dem LAG Düsseldorf (Fn. 17), in dem es auf die Anwendbarkeit von § 622 II 2 BGB ankommt, der Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr für die Berechnung der Kündigungsfrist für unerheblich erklärt. Hier steht somit eine Diskriminierung *jüngerer* Arbeitnehmer im Raum. In diesem Sinne auch schon LAG Berlin-Brandenburg (Fn. 16).

31 *Thüsing* (Fn. 24), Rn. 212; *Schmidt/Senne* (Fn. 23), S. 80 (80); *Raimund Waltermann*, Altersdiskriminierung, ZfA 2006, 305 (313); *Wolfgang Linsenmaier*, Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, S. 22 (25); *Löwisch et al.* (Fn. 25), S. 16 f.

32 Das AGG spricht aus sprachlichen Gründen von „Benachteiligungen", die Begriffe können jedoch ohne weiteres synonym verwendet werden.

33 Vgl. für den Bereich der Altersdiskriminierung Art. 2 II RL 2000/78/EG.

34 Vgl. § 2 II lit. a) RL 2000/78/EG.

35 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 283; *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 82.

36 *Löwisch* (Fn. 19), 1729.

bb) Mittelbare Diskriminierung

Schwerer zu erfassen ist der Begriff der mittelbaren Diskriminierung[37]. Eine solche liegt vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit […] einem bestimmten Alter […] gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können." Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung dient dabei als Hilfsinstrument mit dem Umgehungsversuche des unmittelbaren Diskriminierungsverbots erfasst werden sollen.[38]

In Tarifverträgen kommen als dem Anschein nach neutrale Vorschriften vor allem Klauseln in Betracht, die nicht direkt an das Alter, sondern an die Betriebszugehörigkeit (im öffentlichen Dienst das Dienstalter) anknüpfen.[39] Ob eine solche Tarifnorm tatsächlich hauptsächlich Beschäftigte mit einem bestimmten Alter trifft, müsste nach der Rechtsprechung des BAG[40] zur Geschlechterdiskriminierung eigentlich in einem Gruppenvergleich ermittelt werden. Ein solcher Vergleich scheint aber schon deswegen ausgeschlossen, weil jeder Beschäftigte ein bestimmtes Alter hat und so schon die Gruppeneinteilung unpraktikabel wird.[41] Des Weiteren soll § 3 II AGG nicht (mehr) in diesem Sinne zu verstehen sein, da der Rat durch Änderungen am Wortlaut gegenüber der alten RL 97/80/EG[42] („benachteiligen *können*") zum Ausdruck gebracht hat, dass auch andere als der statistische Beweis zulässig sein sollen.[43] Es kommt also darauf an, dass ein untrennbarer Zusammenhang zwischen dem Merkmal, an das die Tarifnorm anknüpft, und dem Merkmal Alter besteht.[44] Dies ist bei der Betriebszugehörigkeit der Fall, da diese unmittelbar an die Zeit anknüpft, die jemand einem Betrieb zugehörte. Die längere Betriebszugehörigkeit ist damit untrennbar mit einem höheren Lebensalter verbunden.[45] Wenn auch nicht in jedem Fall, so besteht doch die ernste Gefahr, dass ein Anknüpfen an die Betriebszugehörigkeit vornehmlich jüngere Arbeitnehmer schlechter stellt.

Im Rahmen des Tatbestandes des § 3 II AGG ist weiter zu beachten, dass eine solche Benachteiligung nur dann eine mittelbare Diskriminierung darstellt, wenn sie nicht „durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt [ist] und die Mittel […] zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich" sind. Die fehlende Rechtfertigung ist somit Teil des Tatbestandes. Ist ein Anknüpfen an die Betriebszugehörigkeit demnach im gerade genannten Sinne gerechtfertigt, liegt schon tatbestandsmäßig keine Diskriminierung vor. Auf eine Rechtfertigung gem. §§ 5, 8, 10 AGG kommt es insofern dann nicht mehr an.[46] Aus systematischen Gründen wird diese tatbestandsimmanente Rechtfertigung sogleich im Kapitel „Rechtfertigungsmöglichkeiten" besprochen.

2. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Anders als bezüglich der anderen im AGG verpönten Merkmale, sieht sowohl die RL als auch das AGG für das Merkmal „Alter" nicht unerhebliche Ausnahmen vom Grundsatz des Diskriminierungsverbotes vor.[47]

a) § 10 AGG – Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

aa) Probleme des Wortlauts

§ 10 AGG regelt den praktisch bedeutsamsten Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen (nur) wegen des Alters und wird daher auch als spezieller Rechtfertigungsgrund bezeichnet. Hiernach sind „unterschiedliche Behandlungen […] auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch eine legitimes Ziel gerechtfertigt" (S. 1) sind. „Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein" (S. 2). Diese – insofern mit Absicht im Wortlaut wiedergegebene – Regelung weist jedoch schon sprachlich einige gravierende Mängel auf.[48] Zutreffend formuliert lautet die bereinigte Fassung folgendermaßen: *Differenzierungen auf Grund des Alters sind neben § 8 AGG auch zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und die Mittel dazu verhältnismäßig sind.* Von dieser Definition wird aus Gründen der Praktikabilität im Folgenden ausgegangen.

Ein weiteres – aber wohl nicht mehr ganz aktuelles Problem – stellt die Übernahme der Generalklausel aus der Richtlinie in das AGG dar. Der Streit entfacht sich dabei an der besonderen Situation, die bei der Umsetzung

37 Vgl. alleine die umfangreiche Kommentierung bei *Thüsing* (Fn. 14), § 2 Rn. 24-50.

38 *Thüsing* (Fn. 24), 251.

39 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 83.

40 BAG NZA 1998, 599.

41 *Löwisch* (Fn. 19), 1731.

42 Eine genaue Gegenüberstellung findet sich bei *Thüsing* (Fn. 24), 253.

43 Zur Aufgabe des Vergleichspersonenkonzepts *Dagmar Schieck*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung ins deutsche Recht, NZA 2004, 873 (875); Kommissionsbegründung des Richtlinienvorschlags, KOM (1999) 565 endg., S. 9.

44 *Löwisch* (Fn. 19), 1731; a. A. wohl *Thüsing* (Fn. 24), 257, 260 ff.; *ders.*, (Fn. 14), § 3 Fn. 34, der weiterhin Vergleichsgruppen bilden möchte, dabei aber nicht auf die besonderen Probleme des Merkmals Alter eingeht. I. E. scheint die Lösung von *Schieck* und *Löwisch* daher wesentlich praktikabler.

45 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 276; *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 83.

46 *Waltermann* (Fn. 31), 313.

47 Deswegen wurde das Verbot sogar schon als Grundrecht 2. Klasse bezeichnet, *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 89.

48 So ist nicht verständlich, wie in Satz 1 eine „unterschiedliche Behandlung" „objektiv und angemessen" sein soll. *Jobst-Hubertus Bauer et al.*, AGG-Kommentar, 2007, § 10 Rn. 15, beziehen daher die Worte „objektiv und angemessen" stattdessen auf das „legitime Ziel." Dies verstößt aber m. E. bereits gegen den Wortlaut der Norm, da dort zum einen „sie" – die Diskriminierung – und nicht „es" – das Ziel – steht und zum anderen das „Ziel" erst am Ende des Satzes genannt wird. Solch sprachliche „Verrenkungen" sind indes nicht nötig, da auch *Bauer et al.* in dem Wort „objektiv" nur eine dahingehende Einschränkung des „Zieles" vornehmen, dass dies nicht nur auf Vorstellungen des Rechtsanwenders fußen darf. Das Wort „angemessen" habe keine eigene Bedeutung. Dann aber scheint es näherliegend, sich nicht gegen den eindeutigen Wortlaut zu entscheiden, sondern die Worte wegzulassen, *Schmidt/Senne* (Fn. 23), Fn. 55.

von europäischen Richtlinien dadurch entsteht, dass diese (nur) an die Mitgliedsstaaten gerichtet sind (Art. 249 EG). Wird dabei den Mitgliedsstaaten ein weiter Umsetzungsspielraum durch die Verwendung von Generalklauseln gewährt, so kann dies so gewertet werden, dass dieser verpflichtet sei, auch die nähere Konkretisierung selbst vorzunehmen, um die Auslegung nicht letztlich den Gerichten zu überlassen und damit einer gegebenenfalls unzulässigen Erweiterung der Rechtfertigungsgründe Vorschub zu leisten. Dem ist der Gesetzgeber und der überwiegende Teil der Literatur aus verschiedenen Gründen – zu Recht – nicht gefolgt.[49]

bb) Der Tatbestand der Generalklausel

Auf einer ersten Stufe ist zunächst eine unmittelbare Ungleichbehandlung i. S. v. § 3 I AGG festzustellen. Diese ist dann gerechtfertigt, wenn sie einer umfassenden Zweck-Mittel-Prüfung im Rahmen von § 10 AGG standhält.[50] Zu beachten ist, dass die Generalklausel in Satz 3 durch sechs Regelbeispiele ergänzt wird. Diese sind ihrem Charakter nach aber weder abschließend noch haben sie Tatbestandswirkung, so dass auch bei Vorliegen eines Regelbeispiels nicht auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne der Generalklausel verzichtet werden kann[51] bzw. ein Rekurrieren auf „nur" die Generalklausel immer möglich bleibt.[52] Ist ein Regelbeispiel verwirklicht, gilt aber zumindest ein abgesenkter Prüfungsmaßstab, da die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu respektieren ist. Damit hat der deutsche Gesetzgeber – mehr oder minder erfolgreich – zumindest versucht, die Generalklausel zu konkretisieren und damit die Rechtsanwendung zu vereinfachen.[53]

Im Rahmen der Abwägung muss zunächst der Zweck der Maßnahme ermittelt werden. Dabei kann sowohl auf die in der RL 2000/78/EG genannten Ziele[54] wie auch auf private Interessen abgestellt werden.[55]

Die sich daran anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung folgt gewohnten Bahnen[56]. Da die Regelbeispiele eine entscheidende Rolle für die Beurteilung der Zulässigkeit von tariflichen Klauseln spielen, werden sie im Einzelnen in ihrem konkreten Anwendungsbereich geprüft.

b) § 3 II AGG – Mittelbare Diskriminierungen

Eine Ungleichbehandlung wegen des Alters auf Grund dem Anschein nach neutraler Vorschriften, hier also das Anknüpfen an die Betriebszugehörigkeit oder das Dienstalter, ist dann keine mittelbare Diskriminierung, wenn die damit verfolgten Ziele sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung des Ziels verhältnismäßig sind. Der Rechtfertigungsmaßstab entspricht damit – trotz leicht unterschiedlicher Wortwahl – dem des § 10 AGG.[57] Als Ziele für eine solche Anknüpfung kommen vor allem zunehmende Berufserfahrung und Honorierung der Betriebstreue in Betracht. Diese sind für sich genommen erst einmal legitim.[58] Fraglich ist jedoch, ob und unter welchen Voraussetzungen die Mittel (Tarifnormen) verhältnismäßig sind. Dies kann nur in der entsprechenden Ausgestaltung beurteilt werden und wird daher ebenfalls im Rahmen der konkreten Anwendung besprochen.

c) § 8 AGG – Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen

§ 8 AGG stellt den sog. allgemeinen Rechtfertigungsgrund des AGG dar. Hiernach sind Ungleichbehandlungen dann zulässig, „wenn dieser Grund 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." Allgemein ist § 8 AGG deswegen, weil eine Ungleichbehandlung wegen jedes in § 1 AGG genannten Merkmals durch ihn gerechtfertigt werden kann.[59] Zu bedenken ist hier aber von vorneherein, dass § 8 AGG neben § 10 AGG angewendet werden kann, gegenüber dem speziellen Rechtfertigungsgrund aber die strengeren Voraussetzungen aufstellt, so dass davon auszugehen ist, dass § 8 AGG nur eine untergeordnete Rolle spielen wird. Der typische Anwendungsfall, nämlich der der Besetzung einer bestimmten Stelle,[60] kann in der Praxis kaum durch Tarifvertrag geregelt werden, so dass im Rahmen dieser Arbeit für § 8 AGG nur der Fall von speziellen Altersgrenzen bleibt (siehe III. 3. b).

d) § 5 AGG – Positive Maßnahmen

Eine dritte Möglichkeit, eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zu legitimieren, sieht das AGG in § 5 vor, der Art. 7 I RL 2000/78/EG wortgetreu umsetzt. Unterschiedliche Behandlungen sind danach zulässig, wenn sie „durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhinder[n] oder ausgleichen". Auch diese Vorschrift weist zunächst offenkundige sprachliche Mängel auf, da eine Maßnahme bestehende Nachteile nicht mehr verhindern kann, da sie schon eingetreten sind.[61] Gemäß der Begründung des Gesetzesentwurfs ist die Formulie-

49 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 18 f.; *Kamanabrou* (Fn. 13), 328 f.

50 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 10 Rn. 15.

51 *Monika Schlachter*, Nr. 40 – AGG, § 10 Rn. 11, in: Rudi Müller-Glöge et al. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2008.

52 *Bauer et al.* (Fn. 49), § 10 Rn. 25.

53 Dies ebenfalls befürwortend *Waltermann* (Fn. 31), 316.

54 Vgl. dort Erwägungsgrund 25.

55 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 12.

56 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 10 Rn. 25.

57 *Thüsing* (Fn. 24), 271; *ders.* (Fn. 14), § 10 Rn. 45.

58 *Kamanabrou* (Fn. 13), 328 f.

59 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 8 Rn. 1.

60 Häufig genannt ist hier das Beispiel des jugendlichen Liebhabers in einem Theaterstück, *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 83; *Wiedemann/Thüsing* (Fn. 22), 1237.

61 *Thüsing* (Fn. 24), 390; *ders.* (Fn. 14), § 5 Rn. 2.

rung aber so zu verstehen, dass es auch zulässig sein soll, drohende Nachteile zu verhindern.[62] Systematisch handelt es sich somit um einen Rechtfertigungsgrund.[63]

Eine solche Regelung ist dem deutschen Recht bisher fremd gewesen, sie ist jedoch Bestandteil jeder Antidiskriminierungsrichtlinie.[64] Es stellt sich aber auch hier die Frage, ob es europarechtlich zulässig ist, die Generalklausel der Richtlinie in das nationale Recht zu übernehmen, da so nicht nur die Mitgliedsstaaten, sondern auch die Tarifparteien und einzelne Arbeitgeber zur Ergreifung solcher Maßnahmen berechtigt werden (zur parallelen Problematik bei § 10 oben II. 2. a) aa).[65] In der Wirkung stellt dies ebenso wie § 10 I 1 und 2 AGG eine Erweiterung der Rechtfertigungsgründe und damit eine Einschränkung des Schutzes dar.[66] Auch hier ist die Europarechtskonformität noch nicht abschließend geklärt. Da aber auch alle anderen EG-Staaten die Regelung in dieser Form übernommen haben, ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die Regelung beibehalten wird.[67]

Die Unterschiede zu § 10 AGG sind indes nicht entscheidend. Zweck einer Maßnahme nach § 5 AGG muss der Ausgleich oder die Verhinderung eines tatsächlichen oder strukturellen Nachteils sein. Nicht nötig ist dabei ein konkreter Bezug zum Betrieb, so dass auch der Ausgleich von Nachteilen, die in einer Region oder Branche vorherrschen, möglich ist.[68] Entscheidend ist die Vorstellung, dass es zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nötig sein kann, benachteiligte Gruppen nicht nur formal gleichzustellen, sondern ausdrücklich zu fördern.[69] Schließlich ist auch hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen,[70] wodurch die Parallele zu § 10 AGG hergestellt ist[71]. Da die Norm aber nach wie vor umstritten ist, sollte sie nur unter Vorbehalt als Rechtfertigung einer tariflichen Ungleichbehandlung herangezogen werden.

III. Die Folgen für die wichtigsten tarifüblichen Differenzierungen in concreto

1. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses

Altersdiskriminierungen bei Begründung des Arbeitsverhältnisses sind in zwei Konstellationen denkbar. Zum einen können Mindestanforderungen an ein bestimmtes Alter oder die Berufserfahrung gestellt werden, zum anderen können Altershöchstgrenzen festgelegt werden. Beide Altersgrenzen sind aber immer nur bezogen auf einen bestimmten Arbeitsplatz, so dass sich solche Regelungen – soweit erkennbar – auch nicht in Tarifverträgen finden. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass solche Altersgrenzen nur dann zulässig sein können, wenn sie den Anforderungen des § 10 Nr. 3 AGG entsprechen bzw. „zwingende Voraussetzung" i. S. d. § 8 AGG sind.[72]

2. Vollzug des Arbeitsverhältnisses

a) Entgelt

Ein wesentlicher Bestandteil des Arbeitsverhältnisses ist das Entgelt. Dieses wird in Deutschland typischerweise in Tarifverträgen geregelt, so dass eine Kontrolle in diesem Bereich für die Tarifpartner besonders wichtig erscheint. Vor allem im alten § 27 des Bundesangestelltentarifvertrags (BAT) und den zugehörigen Vergütungstarifverträgen, die zum 01.01.2005 durch den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) abgelöst wurden,[73] fanden sich Gehaltsstaffelungen, die ein steigendes Entgelt nach Altersstufen vorsahen. Das Ende der Steigerung fand dabei zwischen dem 37. und 49. Lebensjahr statt.[74] In der Privatwirtschaft sind dagegen unmittelbar an das Alter anknüpfende Entgelttarifverträge eher ungewöhnlich. Dort, wo es sie dennoch gibt, liegt das Alter bei Erreichen der höchsten Gehaltsstufe spätestens bei 30 Jahren.[75]

Solche starr an das Alter anknüpfenden Entgeltsysteme stellen eine unmittelbare Diskriminierung dar, da sie älteren Arbeitnehmern Leistungen gewähren, die jüngeren vorenthalten werden. Fraglich kann also nur sein, ob eine solche Ungleichbehandlung durch § 10 AGG gerechtfertigt ist. Ein entsprechendes Regelbeispiel findet sich nicht,[76] so dass auf die Generalklausel in Abs. 1 S. 1 und 2 abzustellen ist. Hiernach muss mit dem Mittel des gestaffelten Entgelts ein legitimes Ziel verfolgt werden. Als solches kommt hier die Honorierung der durch das Alter steigenden Lebenserfahrung in Betracht. Dafür aber ist das Lebensalter an sich schon kein geeigneter Gradmesser.[77] Hinzu kommt der Umstand, dass diese zusätzliche Lebenserfahrung für den Arbeitgeber nicht zwingend einen zusätzlichen Nutzen bringt.[78] Ein nur an das Alter anknüpfendes Entgeltsystem ist damit nicht gerechtfer-

62 BT-Drs. 16/1780, S. 34.

63 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 5 Rn. 1; *Heinz-Josef Willemsen/Ulrike Schweibert,* Schutz der Beschäftigten im AGG, NJW 2006, 2583 (2587 f.).

64 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 5 Rn. 2.

65 Die Begründung des Entwurfs sieht dies ausdrücklich vor, BT-Drs. (Fn. 62).

66 *Willemsen/Schweibert* (Fn. 63), 2588.

67 *Thüsing* (Fn. 14), § 5 Rn. 2.

68 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 5 Rn. 7.

69 *Thüsing* (Fn. 24), 393; *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 83.

70 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 5 Rn. 12.

71 *Thüsing* (Fn. 14), § 5 Rn. 23.

72 Zum Bereich der individualrechtlichen Altersdiskriminierung bei Einstellungen vgl. *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 19 ff.

73 *Raimund Waltermann,* Verbot der Altersdiskriminierung – Richtlinie und Umsetzung, NZA 2005, 1265 (1269).

74 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 34.

75 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 294 f.

76 § 10 I 3 Nr. 2 wird zwar vereinzelt vorgeschlagen, aber durchweg abgelehnt, *Löwisch* (Fn. 19), 1730; *Linsenmaier* (Fn. 31), 29.

77 *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 666.

78 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 295.

tigt.[79] Häufiger ist daher auch die Koppelung des Entgeltes an die Betriebszugehörigkeit bzw. das Dienstalter.[80] Dies stellt jedoch eine mittelbare Diskriminierung dar. Eine Rechtfertigung kommt daher gem. § 3 II AGG in Betracht.

Legitimes Ziel ist wiederum die Honorierung des durch die längere Berufserfahrung steigenden Qualifikationsgrades.[81] Eine solche Begründung hat der EuGH nach einigem „Hin und Her"[82] nun in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich gebilligt.[83] Darin verlangt das Gericht vom Arbeitgeber keinen konkreten Nachweis eines gestiegenen Nutzens der Arbeitskraft bezüglich jedes einzelnen Arbeitnehmers mehr, sofern die Einstufung einem entsprechenden Entgeltsystem zugrunde liegt. Diese zu Art. 141 EG ergangene Rechtsprechung bedarf aber einer maßvollen Einschränkung insofern, als dass feste Differenzierungsstufen, also solche, die starr an das Erreichen einer bestimmten Betriebszugehörigkeit anknüpfen, dann nicht mehr verhältnismäßig sein können, wenn sie nicht berücksichtigen, dass der Qualifikationsgrad des Arbeitnehmers tatsächlich gar nicht gestiegen ist (und gegebenenfalls auch gar nicht mehr steigen kann!).[84] Grundsätzlich ist die Verhältnismäßigkeit jedoch gewahrt, wenn die Stufen sehr klein sind, so dass bei weniger anspruchsvollen Tätigkeiten die Erreichung der höchsten Stufe sehr schnell, bei anspruchsvolleren Tätigkeiten zwar langsamer, aber immer noch in einem Bereich erreicht wird, in dem der Leistungsanstieg durch steigende Berufserfahrung überwiegend wahrscheinlich ist.[85]

Wird an die Betriebstreue als Ziel angeknüpft, so scheint auch dies nur im ersten Moment legitim[86], da das vom Arbeitgeber vorgetragene Interesse an einer möglichst hohen Beständigkeit der Belegschaft auch ohne eine höhere Entlohnung erreicht wird.[87] Arbeitnehmer werden es sich nämlich insbesondere in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit überlegen müssen, ob sie das Risiko einer Anschlussarbeitslosigkeit und den Verlust des Besitzstandes eingehen wollen. Die Belohnung der Betriebstreue ist daher – ohne konkret vorgetragenes Risiko – nicht erforderlich, sondern vielmehr ein Vorwand.[88]

Keinerlei Bedenken bestehen gegen leistungsbezogene Entgeltsysteme, wie sie im TVöD geregelt sind, da diese eine Bezahlung gemäß der individuellen Leistung des Arbeitnehmers vorsehen. Der Vorwurf, es würde sich auch dabei um mittelbare Diskriminierungen handeln, da ein solches System ältere Arbeitnehmer benachteiligt, deren Leistungen typischerweise abnehmen, kann nicht verfangen, da sich eine solche Bezahlung durch den synallagmatischen Charakter von Arbeitsleistung und Entgelt rechtfertigt.[89]

b) Verdienstsicherungsklauseln

Verdienstsicherungsklauseln schützen Arbeitnehmer, die wegen ihres Alters, aus gesundheitlichen Gründen oder wegen Rationalisierungsmaßnahmen einen geringer dotierten Arbeitsplatz annehmen müssen. Durch die Klausel wird die Differenz zum bisherigen Effektivlohn (teilweise) ausgeglichen, so dass den Arbeitnehmern aus der Versetzung – zumindest finanziell – geringere oder gar keine Nachteile entstehen.[90] Die h. M. und das BAG halten solche Klauseln in Tarifverträgen bisher unter Verweis darauf für zulässig, dass der frühere Effektivlohn nur zur Berechnungsgrundlage für den neuen Lohn gemacht wird und nicht etwa tariflich abgesichert wird.[91]

Wie die folgende Klausel aus dem Manteltarifvertrag für die Beschäftigten des Einzelhandels in Nordrhein-Westfalen (im Folgenden MTV) exemplarisch zeigt, wird für die Inanspruchnahme der Verdienstsicherung häufig eine Kombination aus Alter und Betriebszugehörigkeit gefordert.[92]

> **§ 10 XII MTV** Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr vollendet haben und dem Betrieb mindestens 15 Jahre ununterbrochen angehören und durch eine Änderungskündigung aufgrund alters- oder gesundheitsbedingter Minderung ihrer Leistungsfähigkeit in der tariflichen Eingruppierung zurückgestuft werden, erhalten als Verdienstsicherung für die Dauer von 30 Monaten eine monatliche Ausgleichszahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen dem Tarifgehalt/-lohn der bisherigen und dem Tarifgehalt/-lohn der neuen Tätigkeit […].[93]

Die Ausgestaltungen variieren zum Teil gewaltig, sowohl bezüglich der gestellten Anforderungen an Alter und Betriebszugehörigkeit als auch bezüglich der Dauer der Ver-

79 Wohl h. M., *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 88; *Waltermann* (Fn. 31), 321; *Löwisch* (Fn. 19), 1731; *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 52; bestätigt durch ArbG Berlin, Urt. v. 02.08.07 – 86 Ca 1696/07.

80 Beispiele bei *Löwisch et al.* (Fn. 25), 35.

81 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 88.

82 Zunächst Billigung in EuGH, Urt. v. 17.10.1989, Slg. 1989, 3199; dann jedoch wieder stärkere Betonung der Erforderlichkeit eines konkreten Nachweises in EuGH, Urt. 07.02.1991, Slg. 1991, I-297.

83 EuGH NZA 2006, 1205.

84 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 88.

85 *Linsenmaier* (Fn. 31), 29; etwas weitergehend *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 53 unter Verweis auf die Begründung zum AGG, BT-Drs. (Fn. 62), S. 36.

86 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 89.

87 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 285.

88 A. A. wohl *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 666.

89 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 294.

90 *Peter Berg et al.*, Tarifvertragsrecht und Arbeitskampf, 2005, § 4 Rn. 226.

91 *Berg et al.* (Fn. 90), § 4 Rn. 227; BAG, AP Nr. 9 zu § 4 TVG Effektivklausel.

92 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 295.

93 MTV vom 20.09.1996 (in der Fassung der Protokollnotiz vom 04.12.2006, Auszug), von Arbeitgeberseite zum 31.12.2006 gekündigt, befindet sich derzeit in der Phase der Nachwirkung.

dienstsicherung.[94] Dass diese Regelungen eine unmittelbare Diskriminierung derjenigen Beschäftigten bedeuten, die nicht das nötige Alter haben und daher entsprechend heruntergestuft werden, liegt auf der Hand.

Eine Rechtfertigung kommt zunächst gem. § 10 I 3 Nr. 1 AGG in Betracht. Unproblematisch lassen sich Verdienstsicherungsklauseln als besondere Entlohnungsbedingungen begreifen, deren legitimer Zweck der besondere Schutz älterer Arbeitnehmer ist.[95] Fraglich ist somit allein, ob die Klauseln auch verhältnismäßig sind. Dies ist auf den ersten Blick zu bejahen, da sie tatsächlich den Schutz der erfassten Personen bewirken, da diese – sofern sie die Bedingungen der Tarifnorm erfüllen – auf den Bestand ihrer Lohnhöhe vertrauen können und insbesondere vor altersbedingtem Leistungsabfall geschützt sind. Ein Teil der Literatur belässt es dann auch bei der Feststellung dieser offensichtlich positiven Schutzwirkung für ältere Arbeitnehmer und hält die Klauseln für zulässig.[96]

Dabei wird jedoch ein nicht unwesentlicher Aspekt außer Acht gelassen. Wie bei der Senioritätsvergütung nach BAT ist bei einem verdienstgesicherten Arbeitnehmer eine leistungsgerechte Vergütung nicht mehr möglich (genau vor dieser soll der Arbeitnehmer ja geschützt werden, vgl. III. 2. a). Dies weiß auch der Arbeitgeber frühzeitig, so dass ihn ökonomische Überlegungen dazu verleiten können, sich gerade verdienstgesicherter Arbeitnehmer frühzeitig zu entledigen.[97] Wie (betriebswirtschaftlich) nahe liegend eine solche Entscheidung sein kann, zeigt das oben genannte Beispiel deutlich. Eine Verdienstsicherung tritt bereits im Alter von 50 Jahren ein und dauert zweieinhalb Jahre. Für den Arbeitgeber bedeutet dies im oben genannten Beispiel Mehrkosten i. H. v. 12.000 Euro, für die er keine Gegenleistung (mehr) erhält. Je nachdem wie viele verdienstgesicherte Arbeitnehmer in einem Betrieb beschäftigt sind, bekommen solche Klauseln damit möglicherweise entscheidende Bedeutung für die Weiterbeschäftigung.

Dieser sog. Bumerang-Effekt von vermeintlichen Schutzvorschriften wird dann auch von einem Teil der Literatur zum Anlass genommen, solchen Schutzvorschriften skeptisch gegenüberzustehen.[98] Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sollte daher zumindest sehr genau auf die Dauer und die Höhe der Zahlungen geachtet werden. Die oben genannte Klausel scheint älteren Arbeitnehmern letztendlich mehr zu schaden als zu nützen. Eine Rechtfertigung als positive Maßnahme gem. § 5 AGG käme von vorneherein nur bezüglich altersbedingter Versetzung in Betracht, da sich nur hier ein tatsächlicher Nachteil wegen des Alters zeigt. Auch eine solche Maßnahme müsste – abgesehen von ihrer grundsätzlichen – Umstrittenheit aber auch verhältnismäßig sein. Dies ist aber aus den gleichen Gründen wie bei § 10 I 3 Nr. 1 AGG nur unter den genannten Einschränkungen zu bejahen.

c) Urlaub

Das Bedürfnis nach größeren Rekreationsphasen älterer Arbeitnehmer spiegelt sich häufig auch in tariflichen Modifizierungen des gesetzlichen Erholungsurlaubes wider.[99] Praktiziert werden sowohl Modelle, die an das Alter unmittelbar (36 % im Jahre 2004), als auch solche, die an die Betriebszugehörigkeit (6 % im Jahre 2004) anknüpfen. Bei weiteren 5 % kombinieren die Regelungen beide Merkmale.[100] Von an das Alter anknüpfenden Tarifnormen sind demnach 47 % der Tarifgebundenen (unmittelbar)[101] betroffen.

§ 15 III MTV ist dabei ein Beispiel für die zahlenmäßig häufigste Differenzierung, die nur nach Lebensalter unterscheidet:

§ 15 III MTV Der Urlaub beträgt je Kalenderjahr

bis zum vollendeten	20. Lebensjahr	30
nach dem vollendeten	20. Lebensjahr	32
nach dem vollendeten	23. Lebensjahr	34
nach dem vollendeten	30. Lebensjahr	36

Werktage

Der Teil der unmittelbaren Diskriminierungen lässt sich dabei unproblematisch durch das legitime Ziel des Schutzes älterer Arbeitnehmer rechtfertigen, da diese unbestreitbar eine höhere Rekreationszeit benötigen. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Regelung auch verhältnismäßig ist. Dies ist – nach allgemeiner Ansicht – für den Fall zu bejahen, dass die Regelung – ähnlich den Altershöchstgrenzen – an tatsächliche Bedürfnisse von älteren Arbeitnehmern anknüpft, sprich die Zahl der zusätzlichen Urlaubstage in einem vernünftigen Rahmen bleibt.[102] Für das oben genannte Beispiel ist die Verhältnismäßigkeit wohl zu verneinen, da die Steigerungsstufen sowohl zu früh beginnen als zu früh aufhören. Warum ein 25-Jähriger zwei Tage mehr Urlaub benötigt, um zu regenerieren, als ein 21-Jähriger vermag beim besten Willen nicht einzuleuchten. Genauso wenig nachvollziehbar ist das System insgesamt, da nach allgemeiner Lebenserfahrung Arbeitnehmer gerade in der Phase zwischen 20 und 30 Jahren körperlich am belastbarsten sind. Hier erscheint eine Urlaubsdifferenzierung gerade nicht verhält-

94 Vgl. auch die Beispiele bei *Löwisch et al.* (Fn. 25), 39 f.

95 *Linsenmaier* (Fn. 31), 29.

96 *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 666; *Waltermann* (Fn. 73), 1269.

97 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 296. Dies merkwürdigerweise gerade hier nicht bestätigend *Löwisch et al.* (Fn. 25), 37.

98 Insbesondere *Löwisch et al.* (Fn. 25), passim; *Rieble/Zedler* (Fn. 12), passim.

99 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 296.

100 BMAS, Tarifliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2004, S. 63.

101 Über die Zahl der Arbeitnehmer, deren Arbeitsverträge durch Verweisungsklauseln ebenfalls diesen Urlaubsregelungen unterliegen, lassen sich mangels entsprechender Erhebungen keine Aussagen machen.

102 *Rieble/Zedler* (Fn. 12), 297; *Schlachter* (Fn. 51), § 10 Rn. 2; *Waltermann* (Fn. 31), 322; *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 666.

nismäßig, da sie an keinerlei tatsächliche Bedürfnisse anknüpft.

Anders ist dies wohl bei Systemen, die wesentlich später beginnen, etwa ab 35 oder 40 Jahren, in einem Alter also, in dem mit tatsächlichem hohen Bedarf zu rechnen ist. Zu bedenken ist jedoch auch hier der bereits angesprochene Bumerang-Effekt von Schutzvorschriften (vgl. III. 2. b). Mit dem Ziel des Schutzes älterer Arbeitnehmer kann man allerdings keine mittelbaren Differenzierungen nach der Betriebszugehörigkeit rechtfertigen, da diese nicht relativ-proportional mit dem altersbedingten Leistungsabfall zusammenhängen. Dies zeigt ein einfaches Beispiel: So hätte der Arbeitnehmer A, 30 Jahre alt, 10 Jahre Betriebszugehörigkeit, gegebenenfalls einen höheren Urlaubsanspruch als der Arbeitnehmer B, der 55 Jahre alt ist, aber erst seit 2 Jahren dem Betrieb zugehört. Dass eine solche Regelung nicht geeignet ist, ältere Arbeitnehmer zu schützen, ist offensichtlich.

d) Arbeitszeit

So genannte Altersfreizeitregelungen in Tarifverträgen sehen eine teilweise Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit bei vollem Lohnanspruch für Arbeitnehmer eines gewissen Alters vor.[103] Auch hierbei handelt es sich um besondere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zum Schutze älterer Arbeitnehmer i. S. v. § 10 I 3 Nr. 1 AGG, die das – absolut legitime – Ziel verfolgen, den altersbedingten höheren Erholungsbedarf, insbesondere in körperlich beanspruchenden Berufssparten, durch entsprechende Freizeit auszugleichen.[104] Es stellen sich jedoch die gleichen Probleme wie bei nach dem Alter differenzierenden Entlohnungssystemen und sonstigen Schutzvorschriften. Ersteres weil durch die Lohnfortzahlung im Ergebnis Lohn für tatsächlich nicht erbrachte Arbeit gezahlt wird, was in gleicher Weise das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stört wie etwa beim BAT (vgl. III. 2. a). Bezüglich des Bumerang-Effektes kann auf die Ausführungen zu zusätzlichen Urlaubstagen verwiesen werden, da es sich auch bei einer Verringerung der Wochenarbeitszeit letztendlich um zusätzlichen Urlaub handelt (vgl. III. 2. c). Trotz dieser Bedenken scheinen auch Altersfreizeitregelungen zumindest dann gerechtfertigt, wenn sie in einem angemessenen, d. h. tatsächlich nötigen Rahmen stattfinden und das Austauschverhältnis nur geringfügig stören.[105]

Tarifliche Modifikationen bezüglich der Lage oder der Art der Arbeitszeit, wie etwa ein Nachtarbeits- oder Akkordverbot für ältere Arbeitnehmer scheinen indes nicht möglich, da der Schutz älterer Arbeitnehmer vor ungesunden Arbeitsverhältnissen keinen hinlänglich legitimen Grund im Sinne eines Rechtfertigungsgrundes darstellt.[106] Diese Lehre muss aus der Rechtsprechung des EuGH[107] zur Geschlechterdiskriminierung gezogen werden.

e) Altersteilzeit

Das Altersteilzeitgesetz (AtG) ermöglicht es Arbeitnehmern, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, ihre Arbeitszeit auf die Hälfte zu verringern und dabei nicht nur ihren anteilig verringerten Lohn, sondern zusätzlich einen sog. Aufstockungsbetrag in Höhe von 20 % des Teilzeitentgeltes vom Arbeitgeber zu erhalten. Grundanliegen des Gesetzes ist die Ermöglichung des gleitenden Übergangs vom Erwerbsleben in den (vorgezogenen) Ruhestand für ältere Arbeitnehmer.[108] Dies wird daran deutlich, dass es eine zwingende Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer unmittelbar nach der Altersteilzeit in den Ruhestand gehen kann. Von der Möglichkeit der Altersteilzeit wird zunehmend Gebrauch gemacht. In fast allen Fällen jedoch nicht im Sinne eines „gleitenden" Übergangs, sondern in Form des sog. Blockmodells.[109] Hiernach arbeitet der Arbeitnehmer zunächst die erste Hälfte des veranschlagten Zeitraums Vollzeit und die zweite Hälfte schließlich gar nicht mehr.

Tarifliche Modifikationen sind üblich in drei Bereichen. Zum einen werden die Modalitäten der Altersteilzeit geregelt. Daneben – und für Arbeitnehmer besonders wichtig – werden vor allem die Aufstockungsbeträge – zum Teil wesentlich – erhöht. Schließlich gibt es Tarifverträge, die Arbeitnehmern ab einem bestimmten Alter einen verbindlichen Anspruch auf Altersteilzeit einräumen.[110] Gerade die häufige Inanspruchnahme des Blockmodells und die vergleichsweise niedrige Quote von aufgrund des AtG neu Eingestellten lassen das ganze Modell im Lichte des AGG und der RL 2000/78/EG als diskussionsbedürftig erscheinen. Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Tarifklauseln, die diesen Zustand durch Begünstigungen weiter vertiefen, ist daher eine besonders sorgfältige Prüfung vorzunehmen.

Eine Rechtfertigung könnte sich zunächst aus § 10 I 1 und 2 AGG ergeben. Hierzu müssten die Tarifnormen ein legitimes Ziel verfolgen. Ein solches kann man entweder darin sehen, dass die Normen älteren Arbeitnehmern durch Verbesserung der gesetzlichen Lage einen einfacheren Übergang in den Ruhestand sichern,[111] oder darin, dass auf diese Weise ein frühzeitiger Generationenaustausch eingeleitet wird.[112] Da dies jedoch völlig verschiedene Ziele sind, sind auch die Verhältnismäßigkeitsprüfungen streng voneinander zu trennen.[113] Sieht man die Ermöglichung des gleitenden Ruhestandes als le-

103 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 39.

104 *Linsenmaier* (Fn. 31), 29.

105 H. M., *Schlachter* (Fn. 51), § 10 Rn. 2; *Waltermann* (Fn. 31), 322; *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 666.

106 *Thüsing* (Fn. 24), 425.

107 EuGH, Urteil v. 15. 05. 1986, Slg. 1986, 1651.

108 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 85; § 1 I AtG selbst.

109 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 51.

110 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 58.

111 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 51.

112 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 59.

113 Auf eine solche bestehen wegen der verschiedenen Rechtfertigungsmaßstäbe auch *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 86.

gitimes Ziel, so stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit vor allem im Hinblick darauf, dass dieses Anliegen durch die Verblockung der Altersteilzeit in den wenigsten Fällen erreicht wird. Der „Schnitt" am Ende des Berufslebens findet lediglich nicht mit regelmäßig 65 Jahren, sondern schon mit ca. 63 Jahren statt. Dann aber verfehlt das AtG schon den eigenen Anspruch. Praktisch führt das Gesetz und damit auch alle entsprechenden Tarifnormen dazu, dass ältere Arbeitnehmer zum Teil wesentlich früher aus dem Berufsleben ausscheiden und somit zur Verjüngung der Belegschaft beitragen.[114] Dies steht dem beschäftigungspolitischen Ziel einer möglichst langen Beschäftigung älterer Arbeitnehmer aber diametral entgegen (vgl. II. 1. c). Tarifnormen, die dieses Modell fördern, erweisen sich daher bereits als ungeeignet zur Erreichung dieses Ziels, da es nur zu einem früheren, nicht aber zu einem gleitenden Übergang aus dem Erwerbsleben führt.[115]

Die andere Möglichkeit einer Rechtfertigung ist die Förderung der Einstellung von Auszubildenden und Arbeitslosen, die unproblematisch Zielen der Beschäftigungspolitik und des Arbeitsmarktes dient. Auch hier stellt sich aber das Problem der rechtstatsächlichen Auswirkungen. Die verhältnismäßig geringe Inanspruchnahme der BfA-Förderung zeigt, dass durch Altersteilzeit sehr wenige Neueinstellungen vorgenommen werden und stattdessen nur Belegschaften verjüngt werden. Damit erscheinen auch in diesem Fall dies begünstigende Tarifnormen nicht erforderlich.[116] Auch hier kann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Inanspruchnahme der Altersteilzeit – z. B. tariflich – an die Neueinstellung eines zuvor arbeitslos Gemeldeten gebunden wird. Selbst dann stellt sich aber noch die Frage, ob das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) nicht die sachnähere Lösung darstellt.[117] Dieses ermöglicht nicht nur eine individuellere Anpassung der Arbeitszeit, sondern vermeidet auch die diskriminierende Vergütung.[118] Eine Rechtfertigung von auf Altersteilzeit gerichteten Tarifnormen gem. § 10 AGG scheint damit nicht möglich.[119]

3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

a) Obligatorischer Ruhezustand

Häufig finden sich in Tarifverträgen Klauseln, die eine feste Altersgrenze festlegen, zu der das Arbeitsverhältnis automatisch, d. h. auch ohne Kündigung, endet. Ein Beispiel stellt § 11 V MTV dar:

> **§ 11 V MTV** Unbefristete Arbeitsverhältnisse enden, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, mit dem Ende des Kalendermonats, in dem der Arbeitnehmer das 65. Lebensjahr vollendet hat oder in welchem dem Arbeitnehmer der Rentenbescheid über die Gewährung einer Rente wegen zeitlich nicht befristeter Erwerbsunfähigkeit oder vorgezogenem Altersruhegeld zugegangen ist.

Neben diesen sog. *allgemeinen* Altersgrenzen gibt es vereinzelt auch *spezielle* Altersgrenzen, die eine Beendigung schon zu einem früheren Zeitpunkt, etwa mit 60 oder sogar schon mit 55 Jahren vorsehen. Diese werden regelmäßig anders als die allgemeinen Grenzen begründet, so dass sich auch hier eine differenzierte Darstellung anbietet. Gemeinsam ist jedoch beiden Ausgestaltungen, dass sie – anders als alle anderen bisher genannten Differenzierungen – auch in Deutschland bereits breit diskutiert wurden und eine Vielzahl von höchstinstanzlichen Urteilen vorliegt.[120]

aa) Allgemeine Altersgrenzen

Bisher wurden allgemeine Altersgrenzen in Tarifverträgen durchgehend für zulässig erachtet. Eine Prüfung fand jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Diskriminierung, sondern dem einer Beeinträchtigung der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG statt.[121] Das BAG greift hierzu auf das TzBfG zurück und unterzieht die Altersgrenzenregelungen einer Befristungskontrolle.[122] Genügt der sachliche Grund der Befristungskontrolle, so liegt auch kein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 12 GG vor.[123] Es kommt somit entscheidend auf das Vorliegen eines sachlichen Befristungsgrundes an. Ob ein solcher vorliegt, ist durch Abwägung der Interessen der Arbeitsvertragsparteien zu ermitteln.[124] Dieses Vorgehen wurde unlängst auch vom EuGH als zulässig erachtet. Dieser entschied in der Rs. *Palacios de la villa,* dass den Mitgliedsstaaten auch unter Geltung der RL 2000/78/EG ein weiter Beurteilungsspielraum verbleibt.[125]

Für den Arbeitnehmer, der sich gegen ein automatisches Ausscheiden wehrt, sprechen zunächst finanzielle Gründe. Das Arbeitsentgelt übersteigt in fast allen Fällen die gesetzliche Rente, so dass er im Falle seines Ausscheidens tatsächlich erhebliche finanzielle Einbußen hinnehmen muss. Des Weiteren ist der Arbeitsplatz auch ein wichtiger Bereich der Selbstverwirklichung.[126] Dem stehen jedoch erhebliche Bedürfnisse des Arbeitgebers gegenü-

114 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 59; *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 86.

115 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 86.

116 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 86.

117 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 60.

118 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 60.

119 A. A. *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 51, der allerdings ausschließlich darauf verweist, dass Jüngeren durch das AtG kein Nachteil entstünde. Dies ist jedoch offenkundig falsch, da das Personalkostenbudget des Arbeitgebers durch die Aufstockungsbeträge massiv geschmälert werden kann.

120 Zuletzt zu *gesetzlichen* Altersgrenzen BVerfG, Urt. v. 26.01.2007 – 2 BvR 2408/06.

121 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 80; vgl. insgesamt zur alten Rspr. des BAG *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 25 ff.

122 *Manfred Löwisch/Volker Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 614 f.; *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 86; BAG, AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

123 *Thüsing* (Fn. 24), 436.

124 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 87.

125 Vgl. Fn. 18.

126 *Thüsing* (Fn. 24), 436.

ber. Zum einen fehlt dem Arbeitgeber jegliche Planungssicherheit bezüglich personeller Maßnahmen, da er nicht mit einem Ausscheiden bestimmter Arbeitnehmer rechnen kann.[127] Das hat zum einen Konsequenzen für nachrückende Generationen, die im Rahmen einer angemessenen Nachwuchs- und Personalstruktur nicht verlässlich berücksichtigt werden können. Zum anderen aber auch für den ausscheidenden Arbeitnehmer selbst, ist dieser doch – häufig – wegen dieser Altersgrenze zuvor entsprechend eingestellt und befördert worden.[128]

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich eine Altersgrenze, die sich auf die Vollendung des 65. – unter bestimmten Umständen auch des 63.[129] – Lebensjahres bezieht, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur sofortigen Inanspruchnahme der gesetzlichen Rente ermöglicht, insofern also zumindest eine (teilweise) finanzielle Kompensation gegeben ist.[130] Das BVerfG,[131] BAG und nunmehr auch der EuGH haben den Interessen des Arbeitgebers daher bisher durchweg den Vorzug gegeben und Altersgrenzen, die auf den Bezug von Altersrente gerichtet waren, für zulässig erklärt[132].

Es stellt sich (spätestens) mit Inkrafttreten des AGG die Frage, ob und inwieweit diese Praxis aufrechterhalten werden kann. Das AGG äußert sich dazu in § 10 I 3 Nr. 5 AGG. Hiernach sollen Altersgrenzen dann zulässig sein, wenn sie das Ausscheiden zu einem Zeitpunkt vorsehen, zu dem der Beschäftigte Altersrente beantragen kann.[133] Zu prüfen ist nunmehr die Verhältnismäßigkeit. Als legitimes Ziel ist auch hier die Möglichkeit des Arbeitgebers zu einer angemessenen Nachwuchs- und Personalplanung zu nennen. Fraglich ist daher, ob die Festsetzung von festen Altersgrenzen verhältnismäßig ist. Dies ist nach allgemeiner Ansicht unter Verweis auf die oben genannten Argumente unproblematisch zu bejahen. Zwar vermag das Argument, dass so Platz für nachrückende Jahrgänge geschaffen wird, nicht voll zu überzeugen, da das AGG sowohl diese als auch die ausscheidenden Arbeitnehmer in gleicher Weise schützt, ohne einer Gruppe den generellen Vorrang einzuräumen (vgl. II. 1. c). Dies schadet jedoch nicht, da es genügt, allein auf das Interesse des Arbeitgebers an einer planbaren Personalstruktur abzustellen.[134] Allgemeine tarifliche Altersgrenzen bleiben in ihrer bisherigen Ausgestaltung durch die Rechtsprechung also auch nach Inkrafttreten des AGG zulässig.[135]

bb) Spezielle Altersgrenzen

Etwas anders gestaltet sich die Situation bei speziellen Altersgrenzen, die starr auf eine niedrigere Altersgrenze als 65 Jahre abstellen und dabei auch unberücksichtigt lassen, ob der Beschäftigte danach eine Altersrente beziehen kann. Solche Grenzen liegen in der Regel zwischen 55 und 63 Jahren und wurden praktisch bisher nur in der Luftfahrt bedeutsam.[136] Hintergrund der Klauseln ist hier nicht das Interesse an einer planbaren Personalstruktur, sondern die Überlegung, dass bei einer Beschäftigung über die Altersgrenze hinaus erhebliche Gefahren für die mit der Arbeitsleistung in Kontakt kommenden Personen, namentlich das restliche Flugpersonal, die Passagiere und die Menschen in den überflogenen Gebieten, entstehen.[137] Eine solche Erklärung hat das BAG bisher bei Grenzen im Alter von 60 Jahren bei Cockpitpersonal[138] und Flugingenieuren[139] als sachlichen Grund im Sinne einer Befristungskontrolle, § 14 I TzBfG, angesehen. Gleiches gilt für Altersgrenzen unter 60 Jahren, wenn beim Nachweis der weiteren Fähigkeit zur Erbringung der Arbeitsleistung eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses möglich ist. Für unwirksam erklärt hat das BAG bisher lediglich eine Klausel, die Arbeitsverhältnisse des Kabinenpersonals bereits im Alter von 55 Jahren auflöste. Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass die Belastung für das Cockpitpersonal ungleich höher ist, dieses aber nur einer Altersgrenze von 60 Jahren unterlag.[140]

Nach Inkrafttreten des AGG stellt sich die Frage, ob diese Altersgrenzen weiter aufrechterhalten werden können. Dass hier eine Diskriminierung vorliegt, wurde bereits gezeigt. Eine Rechtfertigung nach § 10 I 3 Nr. 5 AGG kommt hier jedoch nicht in Betracht, da die angesprochenen Altersgrenzen in der Regel vor Erreichen des gesetzlichen Rentenalters liegen. Vielmehr könnte hier § 8 AGG einschlägig sein. Legitimes Ziel der Regelung ist der Schutz von erheblichen Allgemeininteressen, so dass sich hier weder Probleme mit der Auslegung noch solche der Europarechtskonformität stellen. Fraglich ist jedoch, ob die starre Anknüpfung an das Alter tatsächlich dem Erfordernis einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung gerecht wird. Dies wird – auch unter der Geltung des AGG – von der Literatur und in den ersten Entscheidungen der Instanzgerichte[141] zu Recht bejaht, da der altersbedingte Leistungsabfall im Alter über

127 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 87; BAG, Urt. v. 20.11.1987, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenzen.

128 *Thüsing* (Fn. 24), 436.

129 BAG, Urt. v. 19.11.2003, AP Nr. 3 zu § 17 TzBfG.

130 BAG, Urt. v. 25.02.1998, AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

131 BVerfG NZA 1999, 816.

132 *Löwisch/Rieble* (Fn. 122), § 1 Rn. 617, mit umfangreicher Rechtsprechungsübersicht; *Wiedemann/Thüsing* (Fn. 22), 1234.

133 Die Ausklammerung von Altersgrenzen generell aus dem Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG ist indes nicht in den Richtlinientext aufgenommen worden, sondern lediglich in Erwägungsgrund 14 genannt. Die deutsche Umsetzung geht insofern über die Richtlinie hinaus.

134 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 44, 47; *Löwisch/Rieble* (Fn. 122), § 1 Rn. 621; *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 35.

135 *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 666 m.w.N.; *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 29.

136 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 87.

137 *Löwisch et al.* (Fn. 25), 48 f.; *Waltermann* (Fn. 73), 1269 f.

138 BAG, AP Nr. 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

139 BAG, AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

140 BAG, Urt. v. 31.07.2002, AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt.

141 ArbG Frankfurt a. M. ArbRB 2007, 174; bestätigt durch LAG Frankfurt/M., Urt. v. 15.10.2007 – 17 Sa 809/07.

60 Jahren wissenschaftlich nachgewiesen[142] ist und es hier um überragende Allgemeininteressen geht.[143]

b) Kündigungsfristen

Als Modifikation von § 622 II 1 BGB regeln Tarifverträge häufig eine (nochmals) verlängerte Kündigungsfrist für Beschäftigte mit einer bestimmten Betriebszugehörigkeit. Ein Beispiel ist

> **§ 11 VII MTV (Auszug)** Nach einer ununterbrochenen Beschäftigung im Betrieb/Unternehmen von mehr als 5 Jahren verlängern sich die Kündigungsfristen für den Arbeitgeber wie folgt:
>
> | | |
> |---|---|
> | über 5 Jahre | 3 Monate |
> | über 8 Jahre | 4 Monate |
> | über 10 Jahre | 5 Monate |
> | über 12 Jahre | 6 Monate |
>
> jeweils zum Ende eines Kalendermonats.

Dies dient unproblematisch dem Schutz älterer Arbeitnehmer, die es zunehmend schwerer haben, eine neue Anstellung zu finden. Da die Klauseln aber an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen, stellen sie zunächst eine mittelbare Diskriminierung dar, so dass sie neben der Verfolgung eines legitimen Ziels auch verhältnismäßig sein müssen. Hiergegen ergeben sich jedoch keine Bedenken, sofern – wie im oben genannten Beispiel durchschnittlich etwa ein Monat mehr als durch § 622 II 1 BGB gewährt wird.[144] Die Ausführungen gelten natürlich genauso für Klauseln, die ausschließlich an das Merkmal Alter anknüpfen, da diese das gleiche Ziel verfolgen und gem. § 10 AGG dem gleichen Rechtfertigungsmaßstab unterliegen. Schließlich ist es auch hier möglich, die Maßnahmen als positive Maßnahmen im Sinne von § 5 AGG zu rechtfertigen, da tatsächliche Strukturprobleme des Merkmals Alter ausgeglichen werden sollen.[145]

c) Sozialplanleistungen

Der lang währende Streit um die Zulässigkeit tariflicher Sozialpläne ist zwischenzeitlich durch das BAG[146] zugunsten der Gewerkschaften entschieden. Diese hatten in einigen Fällen versucht bei einer Betriebsänderung neben dem (von dem vom Betriebsrat auszuhandelnden) Sozialplan, mittels Arbeitskampf einen zusätzlichen Tarifvertrag zu erzwingen, der von seinem Regelungsgehalt zwar im Wesentlichen deckungsgleich mit dem betrieblichen Sozialplan war, teilweise aber deutlich über diesen hinaus ging.[147] Nach Inkrafttreten des AGG stellt sich nun aber die Frage nach der Zulässigkeit bzw. dem Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien unter dem Aspekt der Diskriminierung. § 10 I 3 Nr. 6 AGG ist schon seinem Wortlaut nach nicht einschlägig, da es sich bei Tarifverträgen nicht um Sozialpläne „im Sinne des BetrVG" handelt, so dass auf die Generalklausel abzustellen ist.[148]

Ziel von Sozialplänen ist die Milderung, nicht zwingend der völlige Ausgleich, finanzieller Nachteile, die den Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung entstehen.[149] Praktisch immer werden dabei Leistungen, insbesondere Abfindungen, generell oder zumindest der Höhe nach an das Alter und/oder die Betriebszugehörigkeit gebunden. Dies stellt gegenüber den nicht bedachten Beschäftigten entweder eine unmittelbare oder zumindest eine mittelbare Benachteiligung dar.

Soweit Sozialplanleistungen nach dem Alter differenzieren, soll dies die größeren Schwierigkeiten ausgleichen, denen ältere Arbeitnehmer bei der Suche einer Anschlussbeschäftigung begegnen[150]. Dies erscheint legitim. Die Leistung muss dann jedoch auch verhältnismäßig sein. Auch hier ist daher zu bedenken, dass höhere Leistungen nur dann erforderlich sein können, wenn älteren Arbeitnehmern auf dem betreffenden Arbeitsmarkt tatsächlich längere Arbeitslosigkeit droht. Ist dies ganz oder teilweise ausgeschlossen, etwa weil der Arbeitnehmer nach Bezug von Arbeitslosgeld I rentenberechtigt ist, so ist auch ein gekürzter oder völliger Ausschluss von Leistungen noch verhältnismäßig.[151] Dies entspricht der bisherigen Praxis des BAG.[152]

Die Differenzierung nach der Betriebszugehörigkeit dient dagegen insbesondere der Belohnung der Betriebstreue und der höheren vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitsleistung. Auch dies verfolgt im Rahmen des Sozialplans somit ein legitimes Ziel. Verhältnismäßig ist eine solche Differenzierung insbesondere dann, wenn die Betriebszugehörigkeit neben das Merkmal Alter tritt, weil so eine einseitige Gewichtung vermieden wird.[153]

Besonderer Erwähnung bedürfen sog. Höchstbetragsklauseln, die Ansprüche egal welcher Art auf eine bestimmte (Gesamt-) Höhe beschränken. Dies trifft ebenfalls vermehrt ältere Arbeitnehmer, da diese – wie gerade gezeigt – in der Regel die höchsten Ansprüche haben, somit häufiger von einer „Deckelung" betroffen sind.[154] Solche Klauseln dienen der Praktikabilität und der Einhaltung

142 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 32 m. w. N.

143 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 87; *Löwisch/Rieble* (Fn. 122), § 1 Rn. 619; *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 666.

144 *Willemsen/Schweiber* (Fn. 63), 2586; *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 41.

145 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 41.

146 BAG NZA 2007, 987.

147 Dazu ausführlich *Holger Brecht-Heitzmann*, Verhinderung von Betriebsstilllegungen durch Sozialtarifvertrag, NZA 2007, 3617.

148 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 10 Rn. 51.

149 *Manfred Löwisch*, Arbeitsrecht, 2004, Rn. 747; BAG NZA 1997, 165 (166).

150 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 37.

151 *Bauer et al.* (Fn. 48), § 10 Rn. 52; *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 36.

152 BAG AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 103.

153 *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 664; *Willemsen/Schweibert* (Fn. 63), 2587.

154 Ein Beispiel für eine solche Klausel findet sich bei *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 38.

eines bestimmten Dotierungsrahmens. Sie berücksichtigen dabei insbesondere, dass von einer Betriebsänderung auch jüngere Arbeitnehmer, die sich im Aufbau ihrer finanziellen Existenz befinden, betroffen sind.[155] Da im Rahmen von § 10 AGG aber auch diese Interessen mit zu berücksichtigen sind und dem hohen Alter kein genereller Vorrang einzuräumen ist, sind auch die Maßnahmen legitim und verhältnismäßig[156].

Schließlich stellen einige Autoren auf eine mögliche Rechtfertigung gem. § 5 AGG ab. Dies erscheint ebenfalls möglich, da die drohende längere Arbeitslosigkeit älterer Arbeitnehmer tatsächlich ein altersbedingter struktureller Nachteil ist, der durch höhere Transferleistung zumindest abgemildert wird. Bezüglich der Verhältnismäßigkeit gilt das gerade Gesagte.[157] Im Ergebnis ist also festzustellen, dass sich die Zulässigkeit von tariflichen Sozialplänen (weiterhin) wesentlich an der bisherigen Praxis von (betrieblichen) Sozialplänen orientieren kann.[158]

d) Sozialauswahl

Im Bereich der Sozialauswahl sind tarifliche Modifikationen in Gestalt von sog. Auswahlrichtlinien im Sinne von § 1 IV KSchG i. V. m. § 95 BetrVG anzutreffen. Diese legen bereits im Vorhinein fest, wie die einzelnen Sozialkriterien untereinander zu werten sind. Häufig finden sich dabei sog. Punkteschemata, die für eine bestimmte Eigenschaft, etwa für jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit, eine bestimmte Anzahl Punkte vergeben.[159] Die Berücksichtigung des Alters und der Betriebszugehörigkeit werden dabei von § 1 III KSchG zwingend vorgeschrieben. Im Rahmen dieser Arbeit ist aber besonders zu berücksichtigen, dass durch die tariflichen Modifikationen sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen vorgenommen werden.[160] Gewichten die Tarifparteien einen der genannten Punkte stärker, so kommt es zu Benachteiligungen der nicht berücksichtigten Arbeitnehmer, die einer Rechtfertigung bedürfen. Weiter zu beachten ist, dass der Gesetzgeber in § 10 I 3 Nr. 6 a. F. AGG ein Regelbeispiel für die Berücksichtigung des Alters in der Sozialauswahl geschaffen hatte, das er jedoch im Rahmen der ersten Revision wieder gestrichen hat, da es – vor dem Hintergrund von § 2 IV AGG – „augenscheinlich" überflüssig war.[161] Er hat die Regelung aber auch nicht in das KSchG übernommen, so dass auf sie nur noch im Wege der Auslegung Bezug genommen werden darf.[162] § 10 I 3 Nr. 6 a. F. AGG bestimmte, dass die Berücksichtigung des Alters in der Sozialauswahl dann zulässig ist, wenn dem Merkmal kein genereller Vorrang gegenüber den anderen Auswahlkriterien zukommt, sondern die Besonderheiten des Einzelfalls und die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Beschäftigten, insbesondere die Chancen auf dem Arbeitsmarkt, entscheiden. Die Verhältnismäßigkeit ist dabei – auch nach Streichung des Regelbeispiels – recht einfach zu bejahen, da schon zu § 10 I 3 Nr. 6 a. F. AGG überwiegend die Meinung vertreten worden war, dass damit nur die Zulässigkeit der bisherigen Praxis bestätigt werden sollte.[163] Legitimes Ziel ist auch hier der Schutz älterer Arbeitnehmer, die typischerweise schwerer eine neue Anstellung finden[164] und der Erhalt einer ausgewogenen Personalstruktur.[165] Bezüglich der Angemessenheit ist auf das bereits Gesagte zu verweisen. Auch eine lineare Berücksichtigung des Lebensalters oder der Betriebszugehörigkeit (in diesem Fall gilt natürlich § 3 II AGG) kann daran nichts ändern, da insofern das Alter nur als Indiz für die zunehmenden Schwierigkeiten genommen wird. Dem Alter darf dabei allerdings kein genereller Vorrang eingeräumt werden.[166]

Schließlich ist festzustellen, dass bei jeder Sozialauswahl ein Ermessensspielraum des Arbeitgebers besteht, der im Rahmen einer „Endkontrolle" des Auswahlergebnisses ausgeübt wird, so dass auch die Berücksichtigung individueller Unterschiede gewahrt ist.[167] Die pauschale Herausnahme rentennaher Jahrgänge erfüllt dieses Erfordernis jedoch u. U. nicht.[168] Letztlich kann man die Berücksichtigung des Alters und der Betriebszugehörigkeit in Tarifverträgen auch hier als positive Maßnahme im Sinne von § 5 AGG auffassen.[169]

e) Unkündbarkeitsklauseln

Ein besonderes Phänomen stellen Unkündbarkeitsklauseln in Tarifverträgen dar. Sie verhindern, dass einem Arbeitnehmer ab einem gewissen Alter und/oder einer gewissen Betriebszugehörigkeit ordentlich gekündigt werden kann. Solche Klauseln waren auch schon vor Inkrafttreten des AGG umstritten.[170] Hier soll jedoch mit der h. M.[171] davon ausgegangen werden, dass die Tarifparteien grundsätzlich die Unkündbarkeit von bestimm-

155 *Wiedemann/Thüsing* (Fn. 22), 1239 f.

156 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 39.

157 *Thüsing* (Fn. 24), 446.

158 *Waltermann* (Fn. 31), 323; *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 664.

159 Ein aktuelles Beispiel findet sich in dem Urteil des LAG Niedersachsen AuR 2007, 388 (390).

160 *Willemsen/Schweibert* (Fn. 63), 2586.

161 Genauer zu den Folgen *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn 46.

162 *Löwisch* (Fn. 19), 2582.

163 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 47; *Waltermann* (Fn. 73), 1270. Diese Praxis wurde jedoch bezweifelt von ArbG Osnabrück, Urt. v. 05.02.2007 – 3 Ca 724/06, jedoch vom LAG Niedersachsen (Fn. 159) in der Berufung bestätigt.

164 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 48.

165 Dies hat das LAG Berlin-Brandenburg bereits ausdrücklich bestätigt, Urt. v. 13.04.2007 – 13 Sa 2208/06.

166 *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 665; ArbG Osnabrück NZA 2007, 982 (Revision beim LAG Niedersachsen anhängig, Az. 16 Sa 1178/07); dazu *Jobst-Hubertus Bauer/Steffen Krieger*, Verkehrte Welt: Gleichmäßige Verteilung von Kündigungen über alle Altersgruppen als unzulässige Altersdiskriminierung?, NZA 2007, 675.

167 *Löwisch* (Fn. 19), 2582.

168 ArbG Osnabrück (Fn. 166).

169 *Schmidt/Senne* (Fn. 23), 84; *Schlachter* (Fn. 51), § 10 Rn. 8.

170 *Kamanabrou* (Fn. 13), 321 Fn. 92 m. w. N.

171 *Volker Rieble,* Betriebliche versus tarifliche Unkündbarkeit, NZA 2003, 1243 (1244); *Löwisch/Rieble* (Fn. 128), § 1 Rn. 865 ff. m. v. w. N.

ten Arbeitnehmern festlegen können.[172] Der Gesetzgeber hatte auf das Problem reagiert und ein Regelbeispiel (§ 10 I 3 Nr. 7 a. F. AGG) ins AGG eingefügt, das tarifliche Unkündbarkeitsklauseln so lange zugelassen hat, wie der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nicht grob fehlerhaft gemindert wurde. Die Regelung ist wegen ihrer (scheinbar offensichtlichen) Unvereinbarkeit mit § 2 IV AGG ebenfalls mit der ersten AGG-Revision aus dem Gesetz gestrichen worden.[173] Anders als bei § 10 I 3 Nr. 6 a. F. AGG hat dies jedoch – wie nun zu zeigen ist – weiter reichende Folgen.

Unkündbarkeitsklauseln stellen unmittelbare Diskriminierungen dar, sofern sie an das Alter, und mittelbare, sofern sie an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen, da sie Arbeitnehmern, die das Alter und/oder die entsprechende Betriebzugehörigkeit erreicht haben, einen deutlich besseren Kündigungsschutz einräumen[174]. Eine Rechtfertigung kommt damit grundsätzlich gem. §§ 10 I, 3 II AGG in Betracht.[175] Die hierzu vertretenen Meinungen sind nach der Streichung von § 10 I 3 Nr. 7 a. F. AGG nur schwer einzuschätzen, da die meisten Autoren die Klauseln (nur) im Rahmen des Regelbeispiels für zulässig hielten.[176] Nach dessen ersatzloser Streichung ist auf diese Äußerungen daher nur noch mit großer Vorsicht zurückzugreifen.[177]

Als legitimes Ziel im Rahmen von §§ 10 I, 3 II AGG kommt zum einen der Schutz älterer Arbeitnehmer vor Anschlussarbeitslosigkeit in Frage[178], und zum anderen die Honorierung der Betriebstreue insofern, als dem Umstand Rechnung getragen wird, dass nach einer längeren Zeit in einem Betrieb die Neuorientierung auf dem Arbeitsmarkt zunehmend schwerer fällt.[179] Das Anknüpfen nur an die Betriebszugehörigkeit wird dabei weitgehend als unproblematisch angesehen, da sie die soeben angesprochene Neuorientierungsproblematik auf alle Arbeitnehmer ausdehnt und so auch jüngere Arbeitnehmer in deren Genuss kommen können.[180] Bei nur an das Alter anknüpfenden Klauseln stellen sich die Probleme jedoch auf andere Weise. Zum einen ist durch die Festlegung von starren Altersgrenzen der Weg zu einer individuellen Betrachtungsweise verbaut,[181] zum anderen entfalten Unkündbarkeitsklauseln nach h. M. Drittwirkung in der Sozialauswahl, da unkündbar gestellte Arbeitnehmer nicht mit ordentlich Kündbaren vergleichbar sind.[182] Auf diese Weise kann aber der Kündigungsschutz von Jüngeren grob fehlerhaft gemindert sein. Dies sollte durch § 10 I Nr. 7 a. F. AGG verhindert werden.[183]

Nun stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Generalklausel. Die Lösungsansätze hierzu sind vielfältig, deuten aber mehrheitlich in die Richtung, dass eine Sozialauswahl, die durch eine Überzahl von („alten") Unkündbaren grob fehlerhaft wird, dadurch korrigiert werden muss, dass (nur) in diesem Fall die Unkündbarkeitsklauseln außer Acht gelassen werden.[184] Ist aber nur auf diese Weise die Verhältnismäßigkeit herzustellen, so können die Regelungen insgesamt nicht angemessen sein, provozieren sie doch ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten.[185] Teilweise wird daher versucht durch salvatorische Klauseln, die genau die Fälle einer möglichen Unanwendbarkeit statuieren, ein Beibehalten solcher Klauseln zu ermöglichen.[186] Ob dies in Hinblick auf das Argument fehlender Rechtssicherheit überzeugen kann, wird wohl noch die Gerichte beschäftigen.

Dieselben Argumente gelten, wenn beide Merkmale kombiniert werden. Sie müssen dann zumindest in ein angemessenes Verhältnis gesetzt werden.

IV. Fazit

Die vorliegende Untersuchung und die ersten Fälle aus der Praxis zeigen deutlich, dass in Deutschland sowohl auf individual- als auch auf kollektivvertraglicher Ebene Nachbesserungsbedarf besteht. Jedoch müssen nicht alle üblichen an das Alter anknüpfenden Regelungen geändert werden. So können insbesondere Altersgrenzen in Tarifverträgen weiter bestehen bleiben. Vom Einzelfall abhängig, aber i. d. R. ebenfalls zulässig sind Klauseln, die den gesetzlich angelegten Schutz erweitern. Bei der Sozialauswahl und bei Leistungen in Sozialplänen ist darauf zu achten, dass dem Alter kein Übergewicht zukommt.

Kritisch zu betrachten sind hingegen Unkündbarkeitsklauseln und Regelungen zur Altersteilzeit. Absolut unzulässig ist eine durch Tarifvertrag etablierte Senioritätsvergütung.

172 Davon scheinen auch fast alle Autoren zum AGG auszugehen, da diese den Streit entweder nicht ansprechen oder sich gar nicht zu solchen Klauseln äußern.

173 *Jobst-Hubertus Bauer/Gregor Thüsing/Achim Schunder,* „Errata" des Gesetzgebers – Erste Korrektur des AGG, NZA 2006, 1261 (1262).

174 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 42

175 *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 665; *Löwisch* (Fn. 19), 2582.

176 *Schlachter* (Fn. 51), § 10 Rn. 9; *Löwisch* (Fn. 19), 2190; *ders.* (Fn. 19), 1730.

177 Zu den Folgen der Streichung vgl. insbesondere *Bauer et al.* (Fn. 173), 1263.

178 *Waltermann* (Fn. 73), 1269.

179 *Lingemann/Gotham (*Fn. 8), 665.

180 *Willemsen/Schweibert* (Fn. 63), 2586; *Löwisch et al.* (Fn. 25), 52.

181 *Bauer et al.* (Fn. 173), 1263.

182 *Willemsen/Schweibert* (Fn. 63), 2587; *Rieble* (Fn. 171), 1243; *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 41.

183 Ob der Verbleib des Regelbeispiels allein aber tatsächlich legitimierende Wirkung gehabt hätte wird zu Recht bezweifelt, etwa *Preis,* in: *Bauer et al.* (Fn. 173), 1263.

184 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 42 ff.

185 *Lingemann/Gotham* (Fn. 8), 665.

186 *Thüsing* (Fn. 14), § 10 Rn. 45.