

Antidiskriminierungsschutz durch Abbau von Privilegien für ArbeitnehmerInnen?

Zum Verbot der Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht – zugleich Kritik der Honeywell-Entscheidung des BVerfG sowie der Rosenblatt-Entscheidung des EuGH

Kaum eine Entscheidung auf europäischer Ebene hat solch heftige Reaktionen ausgelöst, wie die Mangold-Entscheidung des EuGH zum ungeschriebenen primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung. Nicht nur Roman Herzog – ehemaliger Bundespräsident und ehemaliger Präsident des BVerfG – forderte den offenen Verfassungskonflikt zwischen Karlsruhe und Luxemburg, in dem er das BVerfG aufforderte: »Stoppt den Europäischen Gerichtshof«¹. Dieses sollte dem EuGH in der Terminologie des Lissabon-Urteils einen sog. ultra-vires-Akt² bescheinigen. Auch die Reaktionen in der arbeitsrechtlichen Literatur waren von heftigster Polemik gegen die Entscheidung gekennzeichnet. Hintergrund dafür dürfte sein, dass das gesamte deutsche Arbeitsrecht von Regelungen durchzogen ist, die an das Alter der Beschäftigten anknüpfen. Dieser Beitrag möchte am wohl umstrittensten Punkt des arbeitsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung – den Höchstaltersgrenzen, die zu einer automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Rentenalters führen – die These wagen, dass eine benachteiligungsfreie Ausgestaltung des Arbeitslebens nur um den Preis der Aufgabe gewohnter ArbeitnehmerInnenrechte zu haben ist. VON RACHEL

Die Ausgangssituation

Nicht nur in der Diskussion um den demographischen Wandel, sondern in nahezu allen gesellschaftlichen Bereichen hat der Begriff des Alters in den letzten drei Jahrzehnten eine tiefgreifende Veränderung erfahren. Dem früher vorherrschenden Bild vom langsamen Verfallsprozess der körperlichen und geistigen Fähigkeiten wird heutzutage ein positives Bild vom Altern entgegengesetzt. Seniorität wird nunmehr als Potentialaufbau durch einen lebenslangen Lernprozess und die damit einhergehende Akkumulation von Fähigkeiten und Qualitäten begriffen. Dieser Erkenntnis steht allerdings die Realität älterer Menschen in der Arbeitswelt entgegen. In Deutschland waren 2004 gerade einmal 25,3 % aller Personen im Alter zwischen 60 und 64 Jahren beschäftigt, gegenüber 75,3 % der Personen zwischen 25 und 59 Jahren. Viele Unternehmen betrachten ArbeitnehmerInnen ab 45 nur noch als ältere Beschäftigte, in die sich Investitionen nicht mehr

lohnen. Das Streben nach einer leistungsstarken Belegschaft führt häufig zu einer Bevorzugung jüngerer ArbeitnehmerInnen, da diese als leistungsfähiger eingeschätzt werden. Nicht zuletzt deshalb sieht die *Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf* auch das Verbot der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung wegen des Alters vor.³

Die rechtliche Situation bis 2006

Ein ausdrücklich normiertes Verbot der Diskriminierung wegen des Alters gab es im deutschen Recht vor Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) am 18. August 2006 nicht. Hauptfeld der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung war die Zulässigkeit von Altersgrenzen, welche an Art. 12 Abs. 1 GG geprüft, jedoch fast nie beanstandet wurden. Von den speziellen Differenzierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG ist das Al-

1 Herzog/Gerken, FAZ v. 08. 09. 2008, S. 8.

2 Ein ultra-vires-Akt liegt vor, wenn eine getroffene Entscheidung außerhalb der Kompetenzen der entscheidenden Stelle liegt, vgl. auch BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, Rn. 240 (www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html).

3 <http://tinyurl.com/66dmosd>.



Foto: a1j-Fotograf_innen (Creative Commons Namensnennung-Nicht-kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0)

ter nicht umfasst. Eine Prüfung der Altersdifferenzierungen anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes von Art. 3 Abs. 1 GG erfolgte nicht, obwohl die Ungleichbehandlung an personenbezogene Merkmale anknüpft und deshalb eigentlich eine intensive Kontrolle der Ungleichbehandlungen erforderlich wäre. Mit In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon zum 1. Dezember 2009 wurde die Grundrechtecharta über die Inbezugnahme in Art. 6 I EUV verbindlicher Bestandteil des primären Gemeinschaftsrechts. Vor diesem Zeitpunkt war das Verbot der Altersdiskriminierung seit 2000 in der o. g. *Rahmenrichtlinie Beschäftigung* sekundärrechtlich verankert. Nur das primäre Gemeinschaftsrecht entfaltet jedoch unmittelbare Geltung in den Mitgliedsstaaten, ohne dass es einer nationalen Transformation bedarf. In diesem Fall gilt bei einer dem primären Unionsrecht entgegenstehenden nationalen Regelung ein Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts. Die Richtlinien gestalten die nationalen Rechtsordnungen hingegen nicht unmittelbar. Sie entfalten ihre

Wirkung erst nach der innerstaatlichen Umsetzung. Folglich stellte die *Rahmenrichtlinie Beschäftigung* als nicht unmittelbar wirkendes Sekundärrecht »lediglich« einen Auftrag an die Mitgliedsstaaten zur Umsetzung der in der Richtlinie festgelegten Ziele dar.

Die Mangold-Entscheidung des EuGH

In einer Entscheidung der Großen Kammer vom 22. November 2005 verortete der EuGH das Verbot der Altersdiskriminierung jedoch als ungeschriebenen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts auf primärrechtlicher Ebene.⁴ Seine Brisanz erhielt der Fall dadurch, dass die innerstaatliche Umsetzungsfrist der Richtlinie noch nicht abgelaufen war, weshalb sie auch deshalb keine unmittelbare Wirkung erzeugen konnte.⁵ Der EuGH stellte jedoch fest, dass das Verbot der Altersdiskriminierung nicht in der Richtlinie selbst verankert, sondern als eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeschriebenes europäi-

⁴ EuGH, Slg. 2005, I-9981 (Mangold) = <http://tinyurl.com/6f84k2p>.

⁵ Eine direkte unmittelbare Wirkung wäre zudem in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nicht anzuerkennen.

ches Primärrecht ist. Nationale Regelungen, welche diesem primären Unionsrecht entgegenstehen, habe das nationale Gericht daher unangewendet zu lassen.

Der Orkan im Wasserglas

Das Urteil hat heftigste Reaktionen in der deutschen Rechtswissenschaft hervorgerufen. Nicht wegen der Feststellung der Europarechtswidrigkeit der vom EuGH zu prüfenden Norm⁶, sondern wegen der dogmatischen Begründung des EuGH. Es wurde von »unzulässiger Rechtsfortbildung«⁷ oder einem »Dambruch«⁸ gesprochen, manche meinten gar, der EuGH habe eine »Bombe platzen«⁹ lassen, die ein »Erdbeben im deutschen Arbeitsrecht«¹⁰ ausgelöst hätte. Die Kritik kulminierte schließlich

in der bereits eingangs zitierten Forderung von Roman Herzog und Lüder Gerken an das Bundesverfassungsgericht: »Stoppt den Europäischen Gerichtshof«.

und die Tragfähigkeit der EuGH-Entscheidung

Hauptkritikpunkt war die Herleitung des primärrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung aus den »verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten«.¹¹ Infolge des Bestreitens einer solchen Verfassungstradition bzw. des Vorliegens bindender völkerrechtlicher Verträge wurde die Entscheidung vielfach dahingehend missverstanden, dass der EuGH eine unmittelbare Wirkung der Richtlinien im Rechtsstreit zwischen Privaten anerkannt habe. Stattdessen hat der EuGH das Verbot der Altersdiskriminierung als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes¹² subsumiert. Der allgemeine Gleichheitssatz ist ein unionsrechtliches

6 § 14 III TzBfG a. F.

7 Preis, NZA 2006, 401, 408.

8 Gas, EuZW 2005, 737.

9 Bauer/Arnold, NJW

2006, 6, 9.

10 Bauer/Arnold, NJW 2008, 3377.

11 EuGH, Slg. 2005, I-9981 (Mangold), Rn. 74 (vgl. Fn. 4).

12 Der allgemeine

Gleichheitssatz gehört nicht nur zum Kernbestand gewohnheitsrechtlicher Menschenrechte und bindet da-



Foto: akj-Fotograf_innen (Creative Commons Namensnennung-Nicht-kommerziell-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0)

Grundrecht, welche der EuGH seit 1970 zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählt, die er zu wahren hat.¹³ Entgegen der vielfach geäußerten Kritik konnte sich der EuGH bei seiner Entscheidung auch auf verbindliche völkerrechtliche Verträge, wie den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte und die EMRK, stützen. Problematisch war lediglich, dass diese Verträge das Verbot der Altersdiskriminierung nicht explizit regeln, sondern es jeweils über den offenen Tatbestand des »sonstigen Status« zu subsumieren ist. Leider wird dies in der Entscheidung nicht ausgeführt.¹⁴ Zudem stellt der EuGH im Rahmen einer wertenden Rechtsvergleichung darauf ab, ob sich der fragliche Rechtsgrundsatz in die Ziele und Strukturen des Gemeinschaftsrechts einfügt.¹⁵ Dies dürfte durch die – damals zwar noch nicht rechtsverbindliche, aber den bereits geltenden Grundrechtsstand wiedergebende – Grundrechtecharta und das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK der Fall gewesen sein. Der ultra-vires-Vorwurf an den EuGH war daher unberechtigt.

Die nachfolgende Honeywell-Entscheidung des BVerfG¹⁶

Das BVerfG untersucht das umstrittene primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nicht näher, da es die Mangold-Entscheidung in die Rechtsprechung des EuGH zur innerstaatlichen Wirkung von Richtlinien einordnet.¹⁷ Das BVerfG geht von einer – auch im Rechtsstreit zwischen Privaten wirkenden – »negativen« Vorwirkung der Richtlinie aus.¹⁸ Dies überzeugt allerdings nicht. Der EuGH hat den Unanwendbarkeitsausspruch ausschließlich mit dem primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung begründet. Eine grundsätzlich mögliche »negative« Vorwirkung der Richtlinie durch eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts¹⁹ scheidet am eindeutigen Wortlaut der vorgelegten nationalen Norm. Die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts darf nicht zur Auslegung contra legem führen.²⁰ Gerade deshalb musste der EuGH in dieser Entscheidung auf den primärrechtlichen Grundsatz zurückgreifen. Die Ausführungen des BVerfG zu diesem primärrechtlichen Grundsatz sind – wie schon die des EuGH im Urteil Mangold – sehr dürftig. Es bestätigt letztlich jedoch, dass der vom EuGH angenommene allgemeine Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung keine unzulässige Kompetenzerweiterung darstellt.²¹ Dies ist im Ergebnis zu begrüßen, auch wenn die Begründung dazu nicht überzeugt.

Die Auswirkungen des Verbots der Altersdiskriminierung auf das nationale Arbeitsrecht

Das umstrittenste Thema der arbeitsrechtlichen Diskussion in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung sind zweifelsohne die Höchstaltersgrenzen. Aber auch zu anderen Fragen knüpft das Arbeitsrecht an das Alter an, wie z.B. bei der Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung älterer ArbeitnehmerInnen, der Berücksichtigung des Lebensalters bei der Sozialauswahl im Fall betrieblicher Kündigungen oder der nach dem Lebensalter gestaffelten Sozialplanleistungen im Falle betrieblicher Umstrukturierungen und damit verbundener Kündigungen oder Aufhebungsverträge knüpfen unmittelbar an das Alter – als grundsätzlich pönalisiertes Kriterium der Richtlinie – an. Im Zusammenspiel all dieser Faktoren zeigt sich, dass die an das Alter anknüpfenden Senioritätsrechte (längere Kündigungsfristen, höherer Lohn in Tarif- und Arbeitsverträgen bei längerer Dienstzugehörigkeit, höhere Sozialplanabfindungen und bevorzugte Behandlung bei betrieblich notwendigen Kündigungen etc.) sowohl jüngere KollegInnen mittelbar oder unmittelbar wegen ihres Alters benachteiligen als auch nur unter Zulassung der Höchstaltersgrenze und schlechterer Arbeitsmarktchancen im höheren Alter erkaufte werden. So verfolgt z.B. die Anknüpfung an das Lebensalter bei der Sozialauswahl oder

her sämtliche Staaten, sondern hat auch auf europäischer Ebene den Status eines primärrechtlichen Unionsgrundrechts, vgl. EuGH, Slg. 1972, 457 (Frilli), Rn. 19 sowie Rossi, in: Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh, Rn. 2.

¹³ EuGH, Slg. 1970, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 4.

¹⁴ Was dem knappen und zurückhaltenden Begründungsstil des Europäischen Gerichtshofs geschuldet sein dürfte. KritikerInnen des EuGH scheinen sich nicht vorstellen zu können, dass eine begründete

Gerichtsentscheidung auch anders aussehen kann als die epischen Ausführungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Insofern mag ein Blick auf die Entscheidungen des französischen Cour de Cassation erhellend sein, die regelmäßig aus nur einem Satz bestehen.

¹⁵ EuGH, Slg. 1970, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft), Rn. 4.

¹⁶ BVerfG v. 06. 07. 2010 – 2 BvR 2661/06 (www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html).

¹⁷ BVerfG v. 06. 07. 2010 – 2 BvR 2661/06,

Rn. 77 (vgl. Fn. 16).

¹⁸ Eine negative Vorwirkung der Richtlinie hindert den nationalen Gesetzgeber während der Umsetzungsfrist daran, eine Regelung zu erlassen, die mit den Zielen der Richtlinie in Widerspruch steht. Die negative Vorwirkung wird dabei aus dem Grundsatz des *effet utile* abgeleitet.

¹⁹ Vgl. dazu EuGH, Slg. 2006, I-6057 (Adeneler), Rn. 117–123.

²⁰ EuGH, Slg. 2008, I-2483 (Impact), Rn. 100 m. w. N.

²¹ BVerfG v. 06. 07. 2010 – 2 BvR 2661/06, Rn. 78 f. (vgl. Fn. 16).

den Sozialplanleistungen den Schutz älterer ArbeitnehmerInnen vor betriebsbedingten Kündigungen aufgrund ihrer schlechteren Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt. Diese schlechteren Chancen basieren wiederum auf den besonderen Senioritätsrechten, die in nahezu allen Tarifverträgen vorgesehen sind. Die Regelung des § 622 BGB, wonach die Kündigungsfristen mit steigender Betriebszugehörigkeitsdauer ansteigen findet in den meisten Tarifverträgen ihre Fortsetzung darin, dass ArbeitnehmerInnen ab einem bestimmten Alter (regelmäßig ab 50 oder 55 Jahren) und einer bestimmten Betriebszugehörigkeitsdauer (z.B. zehn Jahre) grundsätzlich unkündbar sind. Dies trage nunmehr wiederum dazu bei, dass ältere Menschen nur ungern eingestellt werden und dass zugleich auf der starren Höchstaltersgrenze zur Beendigung der Arbeitsverhältnisse beharrt werden müsse. Zur Rechtfertigung der Höchstaltersgrenze wird angeführt, dass auch die junge Generation ihre Beschäftigungschance verdient. Nicht unerwünschter Nebeneffekt dürfte jedoch sein, dass die älteren ArbeitnehmerInnen keinen Tag zu lange von den höheren Löhnen profitieren können. Der Kreislauf beginnt dann schön von vorne. Nur, dass heutzutage vor dem Einstieg mit niedrigem Gehalt in den ersten Berufsjahren noch ein paar Jährchen der unentgeltlichen Ausbeutung, äh der wichtigen Sammlung von Berufserfahrung im Wege des unbezahlten Praktikums vorgeschaltet werden.

Die Entscheidung Rosenblatt des EuGH²²

Oft wird im Zusammenhang mit der Höchstaltersgrenze auf die Entlastung des Arbeitsmarktes verwiesen. Laut dem BAG suchen ArbeitnehmerInnen regelmäßig keine Anschlussbeschäftigung auf dem Arbeitsmarkt, weshalb andere ArbeitnehmerInnen die Möglichkeit hätten, die frei werdenden Arbeitsplätze zu besetzen.²³ Der Entscheidung des BAG lag § 19 Nr. 8 des Tarifvertrages für das Reinigungsgewerbe zugrunde. Dass jedoch gerade im Reinigungsgewerbe Beschäftigte auch nach Erreichen des Rentenalters gezwungen sind, eine Weiterbeschäftigung zu suchen, zeigt exemplarisch der Fall des vorliegenden ArbG Hamburg²⁴, wonach die vom EuGH immer wieder betonte erforderliche Existenzsicherung oft gerade nicht vorliegt. Die automatische Beendigung der Arbeitsverhältnisse bedeutet für die ArbeitnehmerInnen des Gebäudereinigungsgewerbes nicht selten einen erheblichen

finanziellen Nachteil. So betrug die Rente aus der gesetzlichen Altersversorgung von Frau Rosenblatt monatlich 253,19 Euro brutto bzw. 228,26 Euro netto. Da die Reinigungsbranche durch gering vergütete Beschäftigungsverhältnisse und Teilzeitarbeit gekennzeichnet ist, reichen die gesetzlichen Altersrenten oft nicht für den Lebensunterhalt der ArbeitnehmerInnen aus. Der EuGH weist dieses Argument recht formal zurück, indem er betont, dass das deutsche Arbeitsrecht einer Person, die ein Alter erreicht hat, in dem sie Rente beantragen kann, die Fortführung einer Berufstätigkeit nicht untersagt. ArbeitnehmerInnen in dieser Lage genießen weiterhin den Schutz gegen Diskriminierungen in Bezug auf das Alter gemäß dem AGG. Der EuGH weist darauf hin, dass es das AGG verbietet, einer Person in der Lage von Frau Rosenblatt nachdem ihr Arbeitsverhältnis wegen Erreichens des Rentenalters geendet hat, eine Beschäftigung – sei es bei ihrem/r früheren ArbeitgeberIn, sei es bei einem Dritten – aus einem Grund zu verweigern, der mit ihrem Alter zusammenhängt. Hier gelingt dem EuGH die Quadratur des Kreises. Die Höchstaltersgrenze – also die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Erreichens des Rentenalters – ist wirksam. Gleichzeitig darf aber der/die ArbeitgeberIn bei der sich anschließenden Neubewerbung die Betroffenen nicht wegen ihres Alters benachteiligen, sprich sie müssten erneut eingestellt werden. Das verstehe wer will. Sinn macht es nicht, zumal der EuGH auch nicht auf die in diesem Punkt praktische Problematik eingeht, dass eine Benachteiligung bei der BewerberInnenauswahl im Regelfall nicht nachweisbar ist, da die ArbeitgeberInnen keine Begründung für ihre Absagen angeben müssen.

Fazit

Es ist daher an der Zeit, den derzeit bestehenden »Teufelskreis« aus den jüngere KollegInnen benachteiligenden Senioritätsrechten²⁵ einerseits und der die älteren KollegInnen andererseits belastenden Regelaltersgrenze zu durchbrechen und zu einem Gleichgewicht der Nichtdiskriminierung zu gelangen. Dies gilt umso mehr, als tradierte Vorstellungen vom Normalarbeitsverhältnis zunehmend ihre Gültigkeit verlieren. So verhindert z.B. ein häufiger Wechsel des Beschäftigungsverhältnisses, dass die niedrigere Entlohnung in jüngeren Jahren tatsächlich auch durch eine höhere Entlohnung im Alter kompensiert werden kann, die ihrerseits an die Dauer der Betriebszugehörigkeit anknüpft. ☐

²² EuGH, Rs. C-45/09, Urteil v. 12. 10. 2010 (Rosenblatt).

²³ BAG 127, 74, 86 f.

²⁴ ArbG Hamburg, Vorlagebeschluss v. 20. 01. 2009, AZ: 21 Ca 235/08.

²⁵ z. B. Unkündbarkeit, Verdienstsicherungsklauseln, höhere Arbeitsentgelte und Abfindungen sowie die Besserstellung in der Sozialauswahl.