



Thomas Müller

Alter und Recht

Das menschliche Alter und
seine Bedeutung für das Recht
unter besonderer Berücksichtigung
des europäischen und nationalen
Antidiskriminierungsrechts



PETER LANG

1. Kapitel Einführung, Problemstellung und Gang der Untersuchung

§ 1 Einführung

Im Jahre 2003 schrieb Prof. Dr. Klaus Adomeit in einem Beitrag der Neuen juristischen Wochenschrift:

„Der Schutz vor Diskriminierung erweist sich mehr und mehr als verzweifelter legislativ-scher Versuch zur Reparatur legislatorischer Fehler. Es ist gar nicht so sehr seine Behinderung, die den Behinderten behindert, sondern sein gesetzlicher Behindertenschutz“¹

Diese Aussage bezog sich auf die von der Bundesrepublik Deutschland umzusetzende Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft Nr. 78 aus dem Jahre 2000² zur „Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ und die mit der Umsetzung verbundene Ausweitung des Diskriminierungsschutzes Behinderteter.

Nicht zuletzt aufgrund dieser europäischen Vorgaben geriet das Thema Diskriminierung verstärkt in den Fokus des öffentlichen Interesses und der (juristischen) Wissenschaft. Dies gilt im Besonderen für die Diskriminierung aus Gründen des Alters, die, obschon sie eine vom Einzelnen am häufigsten selbst erlebte und beobachtete Art der Ungleichbehandlung darstellt³, erst in ver-

1 Adomeit, Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, NJW 2003, S. 1162.

2 RL 2000/78/EG des Rates v. 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303/16.

3 Dies ist das Ergebnis einer Eurobarometer-Umfrage aus dem Jahr 2004, EU-Nachrichten 2004, Grünbuch Gleichstellung – Vorurteile abbauen, Nr. 23 v. 17. Juni 2004, S. 5; vgl. auch Pohlmann, „Gesellschaftliche Konsequenzen internationaler Abkommen zur Alterspolitik“, in: KritV 2004, S. 260 (264). Die Ergebnisse der Umfrage sind abrufbar unter: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubsg/eurobarometer57_de.pdf. Danach gehen 46% der befragten Europäer davon aus, dass die Diskriminierung wegen des Alters verbreitet ist. 49 % gehen davon aus, dass sich das Alter im Bereich der Arbeitswelt bei gleicher Qualifikation nachteilig auswirkt. Freilich ist darauf hinzuweisen, dass der Aussagewert solcher Untersuchungen in rechtlicher Hinsicht begrenzt ist. Versteht man den Begriff der Diskriminierung als nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, so dürfte ein statistischer Nachweis der Häufigkeit von Altersdiskriminierungen schwer fallen. Dies gilt im Besonderen für den Bereich des Arbeitsrechts, da sich das Alter auf die Produktivität eines Arbeitnehmers auswirken kann, eine empirisch messbare Diskriminierung bei ökonomischer Betrachtung jedoch nur dann vorliegt, wenn sie sich außerhalb des Kriteriums der Produktivität vollzieht. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Ergebnisse der Umfrage zu einem nicht unbeträchtlichen Teil auch schlichte Ungleichbehandlungen wegen des Alters beschreiben, die keine Diskriminierungen im engeren rechtlichen Sinne darstellen.

gleichsweise jüngerer Zeit, namentlich den letzten zwei Jahrzehnten, Gegenstand von wissenschaftlichen Untersuchungen geworden ist und in der Vergangenheit lediglich vereinzelt zum Thema gemacht wurde.⁴

Dabei sind Fragen des Alters, des Umgangs mit dem Alter und der Rolle des Alters im Recht, sowie damit verbunden Ungleichbehandlungen auch in der Rechtswissenschaft keineswegs neu. So hatte sich schon das Reichsgericht im Jahr 1921 mit der Klage einiger Senatspräsidenten und Richter des Preußischen Oberverwaltungsgerichts gegen eine berufliche Höchstaltersgrenze von 68 Jahren nach dem damaligen Preußischen Altersgrenzengesetzes vom 15. Dezember 1920 zu befassen.⁵

Außerhalb von Höchstaltersgrenzen fand eine Diskussion über die Bedeutung des Alters im Recht in der juristischen Wissenschaft jedoch kaum statt.

Angesichts der Bedeutung des menschlichen (kalendarischen) Alters im Recht – man denke nur an den Eintritt der vollen Geschäftsfähigkeit im bürgerlichen Recht – wirkt dies überraschend. Dies umso mehr, als menschliches Altern ein Phänomen ist, das ohne weiteres einer unmittelbaren Beobachtung zugänglich ist und in jeder Gesellschaft mehr oder weniger klare Vorstellungen darüber herrschen, welche Eigenschaften, einschließlich bestimmter Rechte und Pflichten, einen jugendlichen Menschen oder einen alten Menschen ausmachen.

Ungleichbehandlungen und Diskriminierungen wegen des Alters wurden daher in der Rechtswissenschaft nicht zu Unrecht als „die verdrängte Benachteiligung“ bezeichnet.⁶ Lange Zeit galt eine ungleiche Behandlung von Personen

4 Vgl. *Mann*, Altersdiskriminierung durch gesetzliche Höchstaltergrenzen, Rechtsgutachten erstattet der Senioren Union der CDU, S. 7; *Häberle*, Altern und Alter des Menschen als Verfassungsproblem, in: *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, FS Lerche, S. 189; *Tettinger*, Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts zu Höchstaltersgrenzen, DVBl. 2005, S. 1397 (1402); dazu auch *Neck*, Altern und Alterssicherung aus wissenschaftlicher Sicht, S. 13 ff.; Zur historischen Entwicklung der Altersforschung allgemein *Lehr*, Psychologie des Alterns, S. 7 ff. Trotz dieser erweiterten Auseinandersetzung mit Fragen rund um das Alter sieht *Zenz* den jetzigen Forschungsstand der Alterswissenschaften als „(...) nicht annähernd hinreichend (...)“ an und bemängelt vor allem die fehlenden strukturellen Voraussetzungen, *Zenz*, Editorial: Alter, Recht und Wissenschaft, KritV 2004, S. 209 (215).

5 RGZ 104, S. 58 (60 ff.); vgl. zum Sachverhalt auch *Wiedemann/ Thüsing*, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, S. 1234. Einen Überblick über das preußische Gesetz zur Einführung einer Altersgrenze liefert *Triepel*, Das preußische Gesetz zur Einführung einer Altersgrenze, AöR 1921, S. 349 ff. Zweck des Gesetzes war u.a. der Überalterung der Beamenschaft entgegenzuwirken und neue Stellen für jüngere Beamte zu schaffen. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung der Altersgrenzen bei Richtern auch *Fromme*, Die Altersgrenze bei den Richtern, FS Zeidler, S. 219 (226 ff.).

6 So *Simitis*, Altersdiskriminierung – die verdrängte Benachteiligung, NJW 1994, S. 1453 ff.; vgl. auch *ders.*, Die Altergrenzen – ein spät entdecktes Problem, RdA 1994, S. 257 ff.; v. *Münch* konstatierte noch im Jahr 2000, dass der Schutz des alten

unterschiedlichen Lebensalters – nicht nur in Deutschland⁷ – als normal und sozialadäquat. Diese Akzeptanz und Sozialadäquanz von Ungleichbehandlungen wegen des Alters zeigt sich auch und insbesondere in zahlreichen gesetzlichen Regelungen. Insbesondere das Arbeits- und das Sozialrecht enthalten eine Vielzahl von Regelungen, die am Alter ansetzen oder auf das Alter eines Menschen Bezug nehmen.⁸ Hinzu kommen Regelungen in Tarifverträgen⁹, Betriebsvereinbarungen und Individualarbeitsverträgen, sowie im Recht des öffentlichen Dienstes. Aber auch das bürgerliche Recht und das Strafrecht, sowie letztlich das Grundgesetz enthalten Regelungen, in denen das Alter eine Rolle spielt.

Die besondere Bedeutung des Alters für das Arbeitsrecht liegt dabei u.a. darin begründet, dass der staatliche Gesetzgeber von einer generellen Regelung, wann Arbeitnehmer aus Gründen des Alters aus dem Berufsleben ausscheiden müssen, abgesehen hat. Insbesondere treffen die Altersgrenzen des gesetzlichen Rentenrechts (§§ 35 ff. SGB VI) entgegen verbreiteter Auffassung keine imperative Aussage über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen oder des Erwerbslebens als solchem.¹⁰ Gesetzliche Höchstaltersgrenzen für die Erwerbsarbeit fanden und finden sich in der Bundesrepublik Deutschland nur für konkret bezeichnete Berufsbilder der freien Berufe, wie z.B. bei Hebammen, Notaren, Vertragsärzten und Bezirksschornsteinfegern.

Vor allem die schwierigen Entwicklungen am Arbeitsmarkt und die demografische Entwicklung haben zu einem veränderten Blick auf das Thema Altersregelungen geführt: Es wurde erkannt, dass die demografische Alterung die Gefahr in sich birgt, die Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme¹¹ und

Menschen im Recht nicht hinreichend beachtet sei, vgl. v. Münch, Die Zeit im Recht, NJW 2000, S. 1 (6).

7 Zur Situation in Österreich Kuras, Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, RdA 2003, S. 11 (19 f.); Zahlen zur demografischen Situation in Österreich finden sich bei Rosenmayr, Schöpferisches Altern, S. 21.

8 Vgl. exemplarisch ohne Anspruch auf Vollständigkeit z.B. §§ 35, 235 ff. SGB VI; § 41 SGB IV; § 2 Abs. 1 SGB IX; § 117 Abs. 1 SGB III; § 127 Abs. 1 SGB III iVm § 434r SGB III; § 127 Abs. 3 SGB III; § 263 Abs. 2 Nr. 3 SGB III; § 428 SGB III; §§ 223, 421f SGB III; § 421j SGB III; § 421k Abs. 1 SGB III; §§ 1, 2 AltTZG; § 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG; § 7 BetrVG; §§ 80 Abs. 1 Nr. 6, 96 Abs. 2 BetrVG; § 112 Abs. 1 S. 2 iVm Abs. 5 BetrVG; § 68 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG; § 27 Abs. 1 S. 2 SprAuG; § 622 Abs. 2 S. 2 BGB; §§ 6 Abs. 1 S. 2, 48a BNotO; § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG; § 10 Abs. 2 KSchG; § 1571 BGB; § 3 Abs. 2a StVO; § 622 Abs. 2 BGB; § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG.

9 Im Jahre 2004 waren in der Bundesrepublik 61.772 Tarifverträge in Kraft, vgl. Rieble/Zedler, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, S. 273.

10 Vgl. Reiserer, Das Aus für Altersgrenzen von 65 Jahren, BB 1994, S. 69.

11 Dies gilt im Besonderen für die umlagenfinanzierte gesetzliche Rentenversicherung. Der Beitragssatz von knapp 20 % wird sofort wieder für Rentenzahlungen verwendet. Anders als bei privaten Versicherungen können die Beiträge damit keine Zinsen und Zinseszinsen erwirtschaften, so dass Empfänger von Rentenleistungen ausschließlich von einer Steigerung des Lohnniveaus profitieren (mit dem eine Erhöhung der Summe

die gesamtwirtschaftliche Entwicklung in der Bundesrepublik und Europa zu gefährden, sofern nicht entsprechende Umgestaltungsmaßnahmen getroffen werden.¹² Die Erhöhung des gesetzlichen Renteneintrittsalters in Deutschland auf das 67. Lebensjahr stellt dabei nur eine Maßnahme in diesem Bereich aus jüngerer Zeit dar.¹³ Einen bedeutenden Teilbereich als Reaktion dieser Erkennt-

der Beitragsleistungen verbunden ist). Das Problem der demografischen Alterung liegt damit auf der Hand: Eine höhere Anzahl von Rentenempfängern führt entweder zu einer Senkung der Rentenleistung oder aber zu einer Erhöhung der Beitragssätze. Zwei weitere Wege stehen offen: Ein (Teil)Wechsel von der Beitragsfinanzierung zur Steuerfinanzierung, sowie die Verlängerung der Lebensarbeitszeit durch die Erhöhung des gesetzlichen Rentenalters. Im Jahr 2005 fielen auf 100 Personen im Alter von 20-65 Jahren eine Zahl von 31,7 Personen ab 65 Jahren. Vorausberechnungen ergeben für das Jahr 2020 eine Zahl von 39,5 Personen und für das Jahr 2050 eine Zahl von 69,6, vgl. 11. Koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung 2006, S. 45. Die Erhöhung des gesetzlichen Renteneintrittsalters von 65 auf 67 Jahre führt hierbei lediglich zu einer Abmilderung des Ergebnisses. 2005 fielen damit auf 100 Personen vom 20-67 Lebensjahr 25,8 Personen im Alter von 67 Jahren, 2020 werden es 33,6 Personen sein und für das Jahr 2050 ergibt sich eine Zahl von 61,1 Personen. Das Zahlenverhältnis von aktiven Arbeitskräften (Beitragszahlern in die Sozialversicherung) und Älteren (Beitragsempfängern) hat sich damit seit den siebziger Jahren von 2,75:1 auf 1,4:1 im Jahr 2006 verschoben, vgl. *Waltermann*, *Alternde Arbeitswelt*, NJW 2008, S. 2529.

- 12 Vgl. *Rust/ Lange/ Pfannkuche*, Altersdiskriminierung und Beschäftigung, in: *Loccum-mer Protokolle* 04/06, S. 5; *Becker*, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, S. 929; *Bender*, Age-Diversity, in: *Pasero/ Backes/ Schroeter*, Altern in Gesellschaft, S. 185; Grünbuch der Generaldirektion Beschäftigung, Arbeitsbeziehungen und soziale Angelegenheiten der Kommission über die Europäische Sozialpolitik, Weichenstellung für die Europäische Union, KOM (93); vgl. dazu auch ausführlich *Schmähl/ Ulrich*, Soziale Sicherungssysteme und demografische Herausforderungen, S. 73 ff. mit Studien zu den Auswirkungen des demografischen Wandels auf die Krankenversicherung, Pflege- und Rentenversicherung. Infolgedessen hat sich auch der 67. Deutsche Juristentag in Erfurt in der arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung mit dem Thema „Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer?“ beschäftigt. Vgl. dazu *Giesen*, Die „alternde Arbeitswelt“, NZA 2008, S. 905 ff., *Waltermann*, *Alternde Arbeitswelt*, NJW 2008, S. 2529 ff.; sowie den Überblick über das Gutachten zu der Fragestellung des 67. Deutschen Juristentages von *Preis*, Ein modernisiertes Arbeits- und Sozialrecht für eine alternde Gesellschaft, NZA 2008, S. 922 ff. Auch einzelne Tarifvertragsparteien haben das Problem der demografischen Alterung mittlerweile erkannt: So haben die Chemie-Branche Arbeitgeber und die IG BCE jüngst einen „Tarifvertrag Lebensarbeitszeit und Demographie“ geschlossen, der u.a. Maßnahmen zur Bewältigung der Herausforderungen einer alternden Gesellschaft und damit Arbeitnehmerchaft enthält.
- 13 Vgl. zum Motiv der Erhöhung des Renteneintrittsalters die Rede von *Franz Müntefering*, Bulletin der Bundesregierung Nr. 15-1 v. 9. Februar 2006; sowie das Informationsblatt der Bundesregierung 2008, abrufbar unter: http://www.bundesregierung.de/nn_774/Content/DE/Publikation/Bestellservice/7-2008_09-01-flyeralterssicherung.html. Zum Vorschlag der Deutschen Bundesbank das Renteneintrittsalte auf 69

nis bilden auch die Schaffung und der Ausbau des (europäischen) Antidiskriminierungsrechts.

Formuliert man die Aussage von Adomeit um, indem man den Begriff der Behinderung durch den des Alters ersetzt, so lässt sich die Frage, ob Schutzmaßnahmen vor Diskriminierungen nicht zu derartigen Erschwerungen führen können, dass den eigentlich Begünstigten damit Chancen zur Integration, insbesondere auf dem Arbeitsmarkt¹⁴, eher genommen denn gefördert werden, auch auf die Diskriminierung aus Gründen des Alters übertragen.

In einem weiteren Kontext ist damit die grundlegende Frage aufgeworfen, ob ein Verbot der Altersdiskriminierung überhaupt notwendig ist. Diese Frage lässt sich aus zwei Blickwinkeln betrachten: Zum einen kann die Frage der Notwendigkeit eines Verbots der Altersdiskriminierung vor dem Hintergrund der These aufgeworfen werden, dass dieses für die Betroffenen mit mehr Nachteilen als Vorteilen verbunden ist. Gefragt wird also nach den Wirkungen und der Zwecktauglichkeit des Antidiskriminierungsrechts. Zum anderen, gewissermaßen vorgelagert kann die Frage gestellt werden, ob die Diskriminierung wegen des Alters überhaupt ein gesellschaftliches und damit rechtlich relevantes Problem darstellt.¹⁵ Gefragt wird also nach der Notwendigkeit des Antidiskriminierungsrechts.

In Folge des demografischen Wandels hin zu einer immer älter werdenden Bevölkerung¹⁶ besitzt die Frage des Umgangs mit älteren Menschen, insbesondere in Deutschland, das verbreitet als angebliches „Kernland der demografi-

das Renteneintrittsalte auf 69 Jahre zu erhöhen, FAZ Nr. 167 v. 22. Juli 2009, S. 9. Als weiter Maßnahme kann die „Initiative 50plus“ genannt werden, mit der die Integration Ältere in den Arbeitsmarkt gefördert werden soll, vgl. dazu das Informationsblatt der Bundesregierung „Besser Chancen für Ältere“, 2009, abrufbar unter: [http://www.bundesregierung.de/nm_774/Content/DE/Publikation/Bestellservice/4-2008-07-03-flyer-ar](http://www.bundesregierung.de/nm_774/Content/DE/Publikation/Bestellservice/4-2008-07-03-flyer-arbeitsmarkt.html)

beitsmarkt.html. Nach früheren Vorausberechnungen ergäbe sich ein Plus von 5 Millionen Beitragszahlern, wenn im Jahre 2030 alle Personen die das 65. Lebensjahr vollendet haben erwerbstätig wären, vgl. *Gantzckow*, Die Beendigung der Erwerbstätigkeit durch gesetzliche und kollektivvertragliche Altersgrenzen, S. 24.

14 Vgl. *Adomeit*, Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, NJW 2003, S. 1162; *Simitis*, Altersdiskriminierung – die verdrängte Benachteiligung, NJW 1994, S. 1453 (1454). Die Übertragung dieses Gedankens ist freilich nicht nur auf die Altersdiskriminierung möglich, sondern auf alle in der Rahmenrichtlinie genannten Diskriminierungstatbestände.

15 Vgl. *König*, Das Verbot der Altersdiskriminierung, in: Europa und seine Verfassung, FS Zuleeg, S. 341.

16 Demografische Befunde zeigen, dass in den letzten 100 Jahren die maximale durchschnittliche Lebenserwartung eines Menschen linear angestiegen ist, vgl. Brockhaus, Bd. 1 S. 626.

schen Apokalypse“¹⁷ gilt, stetige Aktualität, was in jüngerer Zeit vor allem auch durch die Diskussion um die Erhöhung des gesetzlichen Renteneintrittsalters deutlich wurde. Neben solchen politischen Fragen stellen sich im Bereich der Altersdiskriminierung vor allem im Arbeitsrecht¹⁸ zahlreiche Fragen im Zusammenhang mit Altersgrenzen: Ist es zulässig, dass ein Arbeitgeber ausschließlich junge Arbeitnehmer sucht? Wie steht es mit der Erhöhung von Tarifgehältern, die an das Lebensalter geknüpft werden? Ist die sachgrundlose Befristung in beliebiger Anzahl und Dauer von Arbeitsverträgen neu eingestellter 52-jähriger Arbeitnehmer rechters? Wie sind tarifliche Kündigungsverbote (sog. Unkündbarkeitsklauseln) für ältere Arbeitnehmer zu beurteilen? Sind unterschiedlich hohe Sozialplanabfindungen für jüngere und ältere Arbeitnehmer zulässig? Ist bei der Sozialauswahl die Anknüpfung an das Lebensalter zulässig? Wie sind Höchstaltersgrenzen für bestimmte Berufsgruppen in Tarifverträgen zu beurteilen. Wie steht es mit gesetzlichen Mindest- bzw. Höchstaltersgrenzen für bestimmte Berufe? Einige dieser Fragen sind mittlerweile, jedenfalls in der Rechtspraxis mehr oder weniger befriedigend beantwortet worden, andere nicht. Neben diesen spezifischen Fragen des Arbeitsrechts existiert in Deutschland eine Fülle von Gesetzen, die bestimmte Rechtsfolgen an das Erreichen eines bestimmten Alters knüpfen. Auch in diesem Bereich könnte das Verbot der Altersdiskriminierung künftig eine Rolle spielen.

Letztlich führen Fragen der Altersdiskriminierung zu der grundsätzlichen Frage nach dem Verhältnis von Alter und Recht.¹⁹ In diesem Bereich findet eine grundlegende Debatte in der Rechtswissenschaft weitgehend nicht statt.²⁰ Dies dürfte nicht zuletzt damit zusammen hängen, dass die rechtliche Ausgestaltung durch Rechtssätze auf Abstrahierung und Typisierung angewiesen ist und immer dann vor besonderen Problemen steht, wenn es um Sachverhalte geht, die sich nicht oder nur schwer verallgemeinern lassen. Gerade das ist jedoch beim Alter wegen seiner besonderen Individualität der Fall. Hinzu kommt, dass bei (Rechts)Fragen im Altersbereich schwer miteinander in Einklang zu bringende Rechtspositionen, öffentliche und private Interessen aufeinander treffen.

Es dürfte schon jetzt deutlich geworden sein, dass der Themenbereich des Alters und der Altersdiskriminierung sich nicht ausschließlich als juristisches Problem darstellt, sondern in grundlegender Weise die gesellschaftspolitische

17 *Herwig*, Senioren verzweifelt gesucht, Spiegel Special Nr. 8/06 (Jung im Kopf – Die Chancen der alternden Gesellschaft), S. 36 (38).

18 Nach Angaben des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg hatten im ersten Jahr nach Inkrafttreten des AGG von 109 anhängigen Verfahren mit AGG Bezug 36% das Verbot der Altersdiskriminierung zum Gegenstand, vgl. Pressemitteilung des LAG Baden Württemberg v. 27. Juni 2007, BB 2007, S. V.

19 Vgl. *Battis/Deutelmoser*, Qualifizierung der Altersgrenze, RdA 1994, S. 264.

20 So *Igl*, Alter und Recht, FS Thieme, S. 747 (760); *Zacher*, Sozialrecht, in: Baltes/ Mit-testraß (Hrsg.), Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung, S. 305 (306).

Frage des Verhältnisses der Sozialgemeinschaft zu ihnen, bezogen auf Höchstaltersgrenzen, älteren Mitmenschen betrifft.²¹ Dies besonders, wenn man generell nach dem Sinn, der Funktion und Rolle von Altersgrenzen fragt. Die Bedeutung von Altersgrenzen im Recht und damit des Alters selbst liegt darüber hinaus darin begründet, dass ausnahmslos jeder Mensch (irgendwann) von ihnen betroffen ist.

Das Alter stellt keine fixe Eigenschaft eines Menschen dar, sondern ändert sich konstant im Lebensverlauf. Die untrennbare Verbindung des Alters mit dem Menschsein an sich verbietet eine losgelöste juristische Betrachtung und Untersuchung von Fragen, die mit dem Alter zusammenhängen. Demzufolge müssen biologische, soziologische und psychologische Aspekte, die als Faktoren die Thematik des Alterns beeinflussen, berücksichtigt werden. Deutlich wird dies neben der breiten Anerkennung der Ergebnisse der Alternswissenschaft und anderer Verbundwissenschaften im Bereich der Antidiskriminierungsrechts im juristischen Schriftentum²², vor allem auch anhand des Beispiels der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu tarifvertraglichen und betrieblichen Altersgrenzen, das den Erkenntnissen der Alterswissenschaft Eingang in die Urteile gewährt hat.²³ Hiervon abgesehen fehlt es weitgehend an einer disziplinübergreifenden Perspektive des Themenbereichs Alter und Recht.

Vorherrschend ist zumeist eine singular problemorientierte Sichtweise, deren grundsätzliche Bedeutung niemand ernsthaft in Frage stellen wird. Gleichzeitig darf man jedoch nicht die Chancen einer interdisziplinären Betrachtung verkennen, die möglicherweise neue Handlungsoptionen als erforderlich aufzeigt und bestehende Probleme verdeutlicht. In diesem Sinne unternimmt die vorliegende Arbeit den Versuch, dem in der Psychologie bereits anerkannten Modell komplexer Problemlösestrategien²⁴ folgend, die vielschichtigen Faktoren

21 Vgl. *Simitis*, Alter und gesellschaftliche Teilhabe – für ein anderes Alterskonzept, KritV 2004, S. 233 (234).

22 Vgl. nur *Hanau*, Zwangspensionierung mit 65?, RdA 1976, S. 24 (27); *Schröder*, Altersbedingte Kündigungen und Altersgrenzen im Individualarbeitsrecht, S. 43 ff.; *Schlüter/ Belling*, Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Arbeitsverhältnis, NZA 1988, S. 297 (302 ff.); *Linnenkohl/ Rauschenberg/ Schmidt*, Flexibilisierung (Verkürzung) der Lebensarbeitszeit, BB 1984, S. 603 (608); *Laux*, Altersgrenzen im Arbeitsrecht, NZA 1991, S. 967 (969); vgl. *Coester-Waltjen*, Zielsetzung und Effektivität eines Antidiskriminierungsgesetzes, ZRP 1982, S. 217 (218); *Gitter/ Boerner*, Altersgrenzen in Tarifverträgen, RdA 1990, S. 129 (130).

23 Vgl. nur BAG, Urteil v. 20. Dezember 1984 – 2 AZR 3/84, DB 1986, S. 281 ff.; BAG, Urteil v. 20. November 1987 – 2 AZR 284/86, NZA 1988, S. 617 ff.; BAG, Urteil v. 06. März 1986 – 2 AZR 262/85, AP Nr. 1 zu § 620 BGB – Altersgrenze. Für das Erfordernis einer interdisziplinären Betrachtung auch *Mann*, Altersdiskriminierung durch gesetzliche Höchstaltersgrenzen, Rechtsgutachten erstattet der Senioren Union der CDU, S. 5.

24 Vgl. dazu *Pohlmann*, Gesellschaftliche Konsequenzen internationaler Abkommen zur Alterspolitik, KritV 2004, S. 260 (262).

rund um das Alter, ihre Entwicklung, den aktuellen Stand und ihre Bedeutung im Recht aufzuzeigen.

Freilich ist die erwähnte Aufzählung der das Alter und das Altern prägenden Umstände nicht abschließend. Die Auswahl ist orientiert an ihrer Bedeutung für eine Untersuchung im Rahmen einer juristischen Arbeit, die ihren Blick im Schwerpunkt auf rechtliche Aspekte des Alters und Alterns legt²⁵.

Trifft man auf den Begriff der Altersdiskriminierung, so bezieht sich die erste gedankliche Assoziation typischerweise auf die Diskriminierung älterer Menschen²⁶. Auch in der Rechtsprechung, insbesondere der des Bundesverfassungsgerichts, aber auch des Bundesgerichtshofs, des Bundesverwaltungsgerichts und nicht zuletzt des Bundesarbeitsgerichts findet man bisher fast ausschließlich Fallgestaltungen und Erörterungen zur Problematik der Zulässigkeit und Wirksamkeit von sog. Höchstaltersgrenzen, etwa für Bezirksschornsteinfeger, Hebammen, Notare oder Vertragsärzte, um nur einige Beispiele zu nennen.²⁷ Gleiches gilt für die juristische Wissenschaft.

Demgegenüber wurde auf europäischer Ebene der Begriff der Altersdiskriminierung von Beginn an in einem umfassenden Sinne verstanden, so dass auch die Benachteiligung jüngerer Personen, etwa in Form von Mindestaltersregelungen grds. in deren Anwendungsbereich fällt und damit grds. einem Rechtfertigungszwang ausgesetzt wird. Dieser europäischen Sicht, die ihren Ausdruck in der Rahmenrichtlinie 2000/ 78/ EG gefunden hat, entspricht die sich mehrende Zahl derjenigen Stimmen, die eine Ungleichbehandlung allein wegen des Alters als nicht vereinbar mit dem Gleichbehandlungsgebot sehen, sofern sie nicht an objektiven Kriterien der Eignung ansetzt. Die herkömmliche Betrachtung des Zusammenhangs von Alter und anderen Eigenschaften von Personen gelte heute nicht mehr²⁸.

25 So stellt *Lehr*, Psychologie des Alterns, S. 71 f. allein fünfzehn Faktorengruppen zusammen, die das Alter und Altern als Prozess beeinflussen (Genetische, physiologische und biologische Faktoren, Persönlichkeitsentwicklung, Sozialisierungsprozess, epochale und ökologische Faktoren, Aktivität, sozialer Status einschließlich Schul- und Berufsausbildung, Ernährungsgewohnheiten, Krankheit, Modernisierung der Gesellschaft, Industrialisierung, Urbanisierung, Religion, Wertewandel, medizinische Technologie, soziale Organisation) und ihrerseits in einer (komplizierten) Wechselwirkungsbeziehung stehen, und kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass es nach derzeitiger Forschungslage verfrüht sei, vollständige Theorien und Gesetzmäßigkeiten in diesem Bereich aufzustellen.

26 Vgl. auch *Tesch-Römer/ Wurm*, Lebenssituationen älter werdender und alter Menschen in Deutschland, Bundesgesundheitsblatt 2006, S. 499: „Wenn der Begriff Alter verwendet wird, stehen die älteren Menschen und das Resultat des Altwerdens im Vordergrund, das Alter als Lebensperiode und die Alten als Bestandteil der Gesellschaft.“

27 BVerfGE 1, S. 264 ff. – *Bezirksschornsteinfeger*; BVerfGE 9, S. 338 ff. – *Hebammen*; BVerfG NJW 1993, S. 1575 ff. – *Notare*; BVerfGE 103, S. 172 ff. – *Vertragsärzte*.

28 *Rust/ Lange/ Pfannkuche*, Altersdiskriminierung und Beschäftigung, in: *Loccumer Protokolle* 04/06, S. 5.

Altersdiskriminierung in diesem weiten Verständnis lässt sich damit allgemein als soziale und ökonomische Benachteiligung von Einzelpersonen oder Personengruppen in Bezug auf ihr gesellschaftliches Umfeld oder ihre soziale Stellung aufgrund eines bestimmten Lebensalters beschreiben. Ergebnis einer Altersdiskriminierung ist die Behinderung der angemessenen Teilnahme am Arbeits- und/ oder Gesellschaftsleben.

Diese durch das Europarecht erfolgte Erweiterung des Verständnisses der Diskriminierung aus Gründen des Alters, die ihre gesetzliche Umsetzung in der Bundesrepublik im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gefunden hat, rückt die mit dem Bereich der Altersdiskriminierung verbundenen Fragen in ein neues Licht. Das Bewusstsein hinsichtlich Benachteiligungen aus Gründen des Alters ist gestiegen. Dies gilt nicht nur für die große Gruppe der Arbeitgeber, sondern gleichsam für die von Benachteiligungen Betroffenen. So haben Produzenten von Sendungen volkstümlicher Musik die Minderung ihrer Medienpräsenz im öffentlich-rechtlichen Fernsehen als Diskriminierung der älteren Generation beanstandet und das Bundesverfassungsgericht hatte in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren darüber zu entscheiden, ob die Abschaffung des Sterbegeldes in der gesetzlichen Krankenversicherung einen Verstoß gegen das AGG darstellt.²⁹ Diesem europäischen Verständnis der Altersdiskriminierung folgend ist auch die vorliegende Arbeit nicht auf die Darstellung und Untersuchung von Diskriminierungen älterer Menschen, typischerweise durch Höchstaltersregelungen³⁰, beschränkt, sondern betrachtet Altersregelungen jedes Lebensabschnitts.

§ 2 Problemstellung und Gang der Untersuchung

Ziel dieser Arbeit ist es, zu untersuchen, welche Rolle dem Alter im Recht zukommt. Anstoß dieser Untersuchung ist die zunehmende Ausweitung des Antidiskriminierungsrechts, in deren Folge das Alter und gesetzliche Altersregelungen zunehmend auf dem Prüfstand stehen. Darüber hinaus erfährt das Alter als Anknüpfungsmerkmal im Recht einen Bedeutungswandel. Dabei gilt es vor allem die vielfältigen Spannungsverhältnisse zwischen gesetzlichen Altersregelungen und Gleichbehandlungsgrundsätzen sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene aufzuzeigen und zu untersuchen, in wie fern Maßnahmen gegen Diskriminierungen aus Gründen des Alters, insbesondere die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, darüber hinaus jedoch auch Regelungen auf europäischer Ebene, geeignet sind, ihr intendiertes Ziel zu erreichen.

29 Die Arbeitsgemeinschaft Deutscher Schlager und Volksmusik erwog eine Klage gegen das ZDF wegen Verstoßes gegen das AGG, weil der Sender durch die Absetzung von Musiksendungen ältere Zuschauer vernachlässige, vgl. SZ Nr. 196 v. 27. August 2007, S. 15; BVerfG, Beschluss v. 5. Dezember 2005 - 1 BvR 13/05.

30 Vgl. dazu ausführlich *Mann*, Altersdiskriminierung durch gesetzliche Höchstaltersgrenzen, Rechtsgutachten erstattet der Senioren Union der CDU.

Besonderes Augenmerk ist dabei auch auf die möglichen Auswirkungen im Alltag zu richten.

Will man die Rolle des Alters im Recht untersuchen, so muss zunächst Klarheit darüber gewonnen werden, was unter dem Begriff Alter zu verstehen ist. Ausgehend von der sprachlichen Bedeutung des Begriffs „Alter“ werden in einem ersten Teil (Kapitel 2) zunächst, einem interdisziplinären Ansatz folgend, biologische, soziologische und vor allem psychologische Gesichtspunkte des Alters und des Alterns als dynamischer Prozess untersucht. Ein Individuum kann, soviel sei schon an dieser Stelle angemerkt, mehrere Alter haben: Vom kalendarischen Alter, dass üblicherweise in Jahren ausgedrückt wird, kann auch ein persönliches Alter, mithin der Moment im Lebenslauf, den eine Person im Leben als erreicht ansieht, ein soziales Alter, unterteilt nach Lebensabschnitten, welches vor allem durch Familie, Bekannte oder Arbeitgeber zugewiesen wird³¹ oder ein subjektives Alter³² unterschieden werden.³³ Die einzelnen Alter müssen dabei nicht übereinstimmen.³⁴ Neben dieser individuellen Perspektive des Alterns bildet die Sichtweise der Gesellschaft einschließlich ihrer sozialen Komponenten einen weiteren darzustellenden Komplex.

Grund dieses interdisziplinären Ausgangspunkts ist, dass das Thema „Alter und Recht“ nicht lediglich ein solches der Rechtswissenschaft darstellt, sondern ein Verbundthema. Alter und dazugehörige Altersbilder sind ein Abbild der Realität³⁵ und die Realität geht über rechtliche Aspekte hinaus. So stellt sich das Alter sowohl als körperliches, psychisches, soziales und geistiges Phänomen dar.³⁶ Eine rein juristische Untersuchung würde den Blick auf die vielfältigen Einflussfaktoren verstellen und trüge die Gefahr in sich zu Ergebnissen zu gelangen, die mit der gesellschaftlichen und sozialen Realität nicht in Einklang stünden und würde damit ihrer Aufgabe nicht gerecht. Eine sinnvolle Alterswissenschaft, die, darin besteht weitgehend Einigkeit, eine Verbundwissenschaft darstellt, ist jedoch auf Interdisziplinarität angewiesen.³⁷ Gleiches gilt für die Rechtswissenschaft und die ihr zugrunde liegenden Gegenstände wissenschaftli-

31 Das soziale Alter wird aufgrund dieser Beeinflussung von äußeren Faktoren auch „öffentliches Alter“ genannt. In der Regel sind das soziale Alter und das kalendarische Alter identisch.

32 Zu den Kriterien der Ermittlung des subjektiven Alters (Altersidentität, Alterseinschätzung im Vergleich, Altersempfindung, kognitives Alter und stereotypes Alter), Tews, Altersbilder, S. 49 f.

33 Vgl. Laslett, Das Dritte Alter – Historische Soziologie des Alterns, S. 62 f.; Hirche, Die Alten kommen, S. 13.

34 Vgl. Beauvoir, Das Alter, S. 28.

35 Tews, Altersbilder, S. 67.

36 Baltes, Alter(n) als Balanceakt: Im Schnittpunkt von Fortschritt und Würde, in: Gruss, Die Zukunft des Alterns, S. 15.

37 Vgl. Zenz, Editorial: Alter, Recht und Wissenschaft, KritV 2004, S. 209 (216); Böhme, Zur Theorie einer Universität des 3. Lebensalters, KritV 2004, S. 219 (220).

cher Forschung, dem Recht als solchem, dessen Aufgabe es ist, gesellschaftliche Probleme und Entwicklungen mithilfe des Rechts zu ordnen. In dieser seiner Regelungsfunktion darf das Recht die Grundbedingungen seines jeweiligen Regelungsgegenstandes nicht außer Acht lassen. Insofern gilt es die Erkenntnisse anderer Disziplinen aufzugreifen und ihren vorhandenen³⁸ juristischen Argumentationswert für die Rechtswissenschaft nutzbar zu machen. Erst in einem letzten Teil (Kapitel 4) werden daher das Alter, seine Erscheinungsformen im Recht, einschließlich eines Überblicks über die historische Entwicklung von Altersgrenzen anhand ausgewählter Beispiele, dargestellt.

Im fünften Kapitel wird die Rolle des Alters auf europäischer Ebene einschließlich der Entwicklung der Antidiskriminierungspolitik untersucht und nachgezeichnet. Auch in diesem Rahmen stellt die Diskriminierung aus Gründen des Alters im Vergleich etwa zur Antidiskriminierungspolitik aus Gründen des Geschlechts oder aufgrund von Behinderungen ein relativ junges, wenngleich intensives Betätigungsfeld des europäischen Gesetzgebers dar. Neben der primärrechtlichen Ebene des Europarechts bildet vor allem die sekundärrechtliche Ebene und innerhalb dieser vordringlich die Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf den Untersuchungsgegenstand. Die europarechtliche Untersuchung erfolgt vor der nationalen (vor allem verfassungsrechtlichen) Ebene, da sich das nationale Diskriminierungsrecht schon infolge der Rangordnung des Rechts in einem europarechtlichen Rahmen bewegt.³⁹

Die besondere Bedeutung des europäischen Antidiskriminierungsrechts ergibt sich darüber hinaus auch aus der Verfassung selbst durch Art. 23 GG, dessen Abs. 1 S. 1 iVm der Präambel des Grundgesetzes eine Staatszielbestimmung zur Einigung Europas und einen bindenden Auftrag zur Mitwirkung der Bundesrepublik an der Entwicklung der Europäischen Union enthält.⁴⁰

38 A.A. offenbar *Laux*, Altersgrenzen im Arbeitsrecht, NZA 1991, S. 967, wonach gerontologische „(...) Erkenntnisse (...) für sich gesehen keinen juristischen Argumentationswert [haben]“.

39 Vgl. *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298 (304 f.); *Mahlmann*, Gleichheitsschutz und Privatautonomie, ZEuS 2002, S. 407 (417). Nach der Rechtsprechung des EuGH bildet das europäische Gemeinschaftsrecht (jetzt Unionsrecht) eine eigenständige Rechtsordnung, die unmittelbare Geltung entfaltet und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Kollisionsfall, auch dem jeweiligen nationalen Verfassungsrecht vorgeht, EuGH, Rs. 6/ 64, *Costa/ ENEL*, Slg. 1964, S. 1251 (1269 ff.); Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, S. 1125 (1135 Rn. 3 f.); Rs. 106/ 77, *Simmmenthal*, Slg. 1978, S. 629 (644 f.); vgl. auch BVerfGE 31, S. 145 (174). Allgemein zum Einfluss des europäischen Unionsrechts auf das deutsche Arbeitsrecht, *Steiner*, Das Deutsche Arbeitsrecht im Kraftfeld von Grundgesetz und Europäischem Gemeinschaftsrecht, NZA 2008, S. 73 ff.

40 Art. 23 Abs. 1 GG erlaubt mit der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union – soweit vertraglich vorgesehen und gefordert – zugleich deren unmittelba-

Gleichzeitig bildet das Europarecht mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeinem Rechtsgrundsatz und der RL 2000/78/EG mit ihrem Anwendungsbereich den inhaltlichen Ausgangspunkt der nachfolgenden Untersuchung. Obschon insbesondere die RL 2000/78/EG ihren Anwendungsbereich klar definiert und begrenzt, ist infolge der Fülle von Regelungen, die rechtliche Bezüge zum Alter herstellen, eine weitere Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes erforderlich. Dieses Erfordernis ergibt sich auch daraus, dass der nationale Gesetzgeber mit der Schaffung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zur Umsetzung der RL 2000/78/EG über deren Vorgaben hinaus gegangen ist und sich die Bedeutung des Alters unter diskriminierungsrechtlichen Gesichtspunkten damit noch ausgeweitet hat. Auf die Bereiche des Sozialrechts sowie des Rechts des öffentlichen Dienstes wird daher nur insoweit eingegangen, als die in diesen Bereichen ergangene Rechtsprechung Beiträge zum Thema „Alter und Recht“ leistet.

Kapitel 6 beschäftigt sich in zwei Teilen zunächst mit verfassungsrechtlichen Aspekten und Vorgaben von Altersgrenzen und der Altersdiskriminierung, bevor die einfachgesetzliche Umsetzung der Vorgaben europäischer Antidiskriminierungspolitik im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz untersucht wird. In diesem Rahmen verdienen vor allem die Grundrechte des Grundgesetzes, insbesondere das der Berufsfreiheit und der allgemeine Gleichheitssatz mit verstärkter Betrachtung der jeweiligen Schutzzwecke und deren Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht verstärkte Beachtung. Kapitel 7 befasst sich mit den Chancen und den Grenzen der aktuellen rechtlichen Ausgestaltungen des Verbots der Altersdiskriminierung sowie den Auswirkungen des Verbots der Altersdiskriminierung auf die jüngere Rechtsprechung. In einem abschließenden Kapitel 8 folgt eine Zusammenfassung der faktischen und rechtlichen Änderungen bezüglich des Themenbereichs Alter und Recht.

re Ausübung innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Er enthält somit ein „Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen“, dem auch der unionsrechtliche Anwendungsvorrang entspricht, BVerfG, Beschluss v. 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 Rn. 53.