

Altersdiskriminierung in Tarifverträgen*

Von Professor Dr. Volker Rieble/Marc Alexander Zedler, ZAAR München

	Seite		Seite
I. Auswirkung der Richtlinie auf bestehende Tarifverträge	274	c) Rechtsfolge einer Diskriminierung	
1. Unmittelbare Wirkung der Richtlinie	274	(1) Angleichung nach oben	
2. Richtlinienkonforme Auslegung	277	(2) Anpassung durch die Tarifvertragsparteien	
a) Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist		(3) Haftung für diskriminierende Tarifverträge	
b) Richtlinienkonforme Auslegung von Tarifverträgen		4. Einzelne Tarifregelungen	294
II. Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts	280	a) Leistungsbezogenes Entgelt	
III. Auswirkung eines Umsetzungs-gesetzes	283	b) Senioritätsentlohnung	
1. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen	283	c) Verdienstsicherungen	
a) Berufserfahrung		d) Arbeitszeit	
b) Betriebstreue		e) Urlaub	
2. Positive Anforderungen, gerechtfertigte Ungleichbehandlung und positive Maßnahmen	286	f) Altersgrenzen	
3. Folge eines diskriminierenden Tarifvertrages	288	g) Mindestalter	
a) Die Regelung des AGG-E		h) Tarifliche Unkündbarkeit	
b) Verfahren zur Feststellung einer Diskriminierung		i) Kündigungsfristen	
		j) Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder	
		IV. Bedeutung für die Tarifpolitik	300
		1. Abbau von Schutzvorschriften	300
		2. Besondere Regelungen für ältere Arbeitnehmer, insbesondere Einstiegsgehälter	301
		V. Verpflichtung des Gesetzgebers	302
		VI. Zusammenfassung	303

Das Verbot der Altersdiskriminierung der Richtlinie 2000/78/EG stellt gesetzliche Regelungen im Arbeitsrecht in Frage¹. Dies zeigt sich aktuell bei dem Urteil des EuGH zu § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG². Doch müssen auch alle Regelungen in den derzeit geltenden 61.772 Tarifverträgen³ auf einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag im Rahmen des Symposions »Das neue Anti-Diskriminierungsrecht: Gesetzgeberische Ziele, gestalterische Vorschläge und praktische Konsequenzen« am 6./7. 10. 2005 in Bonn.

1 Neben dem bereits festgestellten Verstoß der Befristungserlaubnis für ältere Arbeitnehmer in § 14 Abs. 3 TzBfG sind dies vor allem die Berücksichtigung des Lebensalters bei der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG, die fehlende Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr bei der Berechnung der Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 2 BGB und einzelne Regelungen des BetrAVG, wie z. B. § 1b oder § 10 Satz 2 Nr. 4.

2 EuGH 22. 11. 2005, Rs. C-144/04 – *Mangold/Helm*, NJW 2005, 3695 = DB 2005, 2638 = ZIP 2005, 2171 = SAE 2006, 45 mit Anm. *Giesen*.

3 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2004, S. 5/6.

Merkmals Alter untersucht werden. Der Umgang mit Diskriminierungen aufgrund des Alters in Tarifverträgen stellt sowohl den Gesetzgeber als auch die Tarifvertragsparteien vor große Aufgaben.

I. Auswirkung der Richtlinie auf bestehende Tarifverträge

In Deutschland wurde die Richtlinie noch nicht umgesetzt. Eine Umsetzung muss aber in diesem Jahr erfolgen. Sie ist nur dann entbehrlich, wenn das derzeit geltende Recht bereits die Ziele der Richtlinie erreicht. Dies ist insbesondere beim Merkmal Alter nicht der Fall⁴. Dass eine bloße Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht ausreicht, ergibt sich aus der Entscheidung des EuGH vom 28. 4. 2005⁵. Eine solche »Umsetzung« widerspricht dem Gebot der Transparenz⁶. Selbst nach dem Urteil des EuGH zu § 14 Abs. 3 TzBfG vom 22. 11. 2005⁷ (dazu II.), in dem das Gericht das Diskriminierungsverbot zu einem unmittelbar geltenden allgemeinen Grundsatz des Europarechts erkoren hat, sind doch die »Rahmenbedingungen« der Richtlinie noch umzusetzen.

Daher stellt sich zunächst die Frage, ob allein die Richtlinie schon auf Tarifverträge wirkt. Dabei ist zu beachten, dass die Richtlinie zwar grundsätzlich gemäß Art. 18 Abs. 1 Satz 1 bis zum 2. 12. 2003 umzusetzen war, in Art. 18 Abs. 2 aber eine Zusatzfrist für Diskriminierungen aufgrund des Merkmals Alter bis zum 2. 12. 2006 eingeräumt wird. Im Gegensatz zu den anderen Diskriminierungsmerkmalen ist daher die Umsetzungsfrist für das Diskriminierungsmerkmal Alter noch nicht abgelaufen.

1. Unmittelbare Wirkung der Richtlinie

Richtlinien richten sich gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV an die Mitgliedstaaten. Zunächst ist der Staat aufgefordert, innerhalb der Umsetzungsfrist die Richtlinie in nationales Recht zu transferieren. Schon während der Frist darf der Staat jedoch keine Maßnahmen ergreifen, die dem Zweck der Richtlinie entgegenstehen⁸. Dieses sog. »Frustrationsverbot«

4 Linsenmaier, Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22, 24; Klumpp, Diskontinuität und ihre Folgen für das Antidiskriminierungsrecht, NZA 2005, 848, 849.

5 EuGH 28. 4. 2005 im Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Nichtumsetzung der Richtlinie 2000/43/EG, Rs. C-329/04, ABl. C. 143 v. 11. 6. 2005, 13 = EuZW 2005, 444 = BetrAV 2005, 494.

6 Klumpp, Diskontinuität und ihre Folgen für das Antidiskriminierungsrecht, NZA 2005, 848, 849; von Roetteken, Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an Gesetzgebung und Rechtsprechung – Am Beispiel der Gleichbehandlungs-, der Arbeitsschutz- und der Betriebsübergangsrichtlinie, NZA 2001, 414, 418; Wiedemann/Thüsing, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2002/78/EG, NZA 2002, 1234; Reichold/Hahn/Heinrich, Neuer Anlauf zur Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien: Plädoyer für ein Artikelgesetz, NZA 2005, 1270, 1271.

7 EuGH 22. 11. 2005, Rs. C-144/04 – Mangold/Helm, NJW 2005, 3695 = DB 2005, 2638 = ZIP 2005, 2171 = SAE 2006, 45 mit Anm. Giesen.

8 EuGH 18. 12. 1997, Rs. C-129/96 – Inter-Environnement Wallonie, Slg. 1997, I-7411, I-7450 = EuZW 1998, 167 = NVwZ 1998, 385.

folgt aus Art. 10 Abs. 2 i. V. m. Art. 249 Abs. 3 EGV. »Staat« ist dabei weit auszulegen und umfasst auch Unternehmen, die »dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind«⁹. Ist der Staat daher als Arbeitgeber an Tarifverhandlungen beteiligt, darf er zumindest keine neuen, zusätzlichen Diskriminierungen des Merkmals Alter einführen. Dass neben dem Staat als Arbeitgeber auch Gewerkschaften am Tarifvertrag beteiligt sind, wirkt sich nicht auf die unmittelbare Wirkung der Richtlinie aus¹⁰. Der Staat ist Normadressat der Richtlinie und sowohl in seinem einseitig hoheitlichen Handeln als auch in seinem nicht hoheitlichen Handeln (privatwirtschaftliche Verträge, Tarifverträge) an die Richtlinien gebunden.

Dass diese Einseitigkeit bei »normalen« Arbeitgebern als tarifsistemwidrig zu kritisieren ist (unten III.3.c) gilt zwar auch für den Staat, aber eben nur im Prinzip. Der Staat als Fiskus ist für die von ihm mit getragenen Richtlinien in besonderem Maße selbst verantwortlich und hätte seinen gestaltenden Einfluss rechtzeitig geltend machen können. Die besondere Pflichtenstellung mag zwar seine (einfachrechtliche) Tarifautonomie beeinträchtigen; doch ist dies der Preis seiner Verpflichtung.

Nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist am 3. 12. 2006 kann eine Richtlinie unmittelbare Wirkung gegen den Staat entfalten¹¹, wenn diese nicht¹² oder nur unzureichend¹³ umgesetzt wurde (»vertikale Direktwirkung«). Dies ist jedoch nur bei Rechten möglich, die in der Richtlinie unbedingt und inhaltlich hinreichend genau bestimmt sind oder wenn in der Richtlinie solche Rechte verliehen werden, die der Einzelne dem Staat gegenüber geltend machen kann¹⁴. Gegenüber öffentlichen Arbeitgebern oder einer Gesellschaft des privaten Rechts, deren Anteile in staatlicher Hand sind, kann man sich daher nach Ablauf der Umsetzungsfrist auf die Richtlinie berufen¹⁵.

Bürger sind hingegen durch eine Richtlinie nicht unmittelbar in ihren Rechtsverhältnissen untereinander betroffen (keine »horizontale Direktwirkung«)¹⁶. Sie können sich

9 EuGH 12. 7. 1990, Rs. C-188/89 – *Foster u. a.*, Slg. 1990, I-3313 = EuZW 1990, 424 = NJW 1991, 3086.

10 Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 307; Klumpp, NZA 2005, 848, 853.

11 Erstmals ausdrücklich in diesem Sinne EuGH 4. 12. 1974, Rs. 41/74 – *van Duyn/Home Officer*, Slg. 1974, 1337, 1348 = EuGRZ 1976, 115 = NJW 1976, 1553, danach st. Rspr.

12 EuGH 22. 2. 1984, Rs. 70/83 – *Kloppenborg/Finanzamt Leer*, Slg. 1984, 1075, 1085.

13 EuGH 25. 1. 1984, Rs. 126/82 – *Smit/Comissie Grensoverschrijdend Beroepsgou-Derenvervoer*, Slg. 1983, 73, 88.

14 Zur hinreichenden Bestimmtheit zumindest nach Ablauf der Umsetzungsfrist 0.

15 EuGH 12. 7. 1990, Rs. C-188/89 – *Foster u. a.*, Slg. 1990, I-3313 = EuZW 1990, 424 = NJW 1991, 3086. EuGH 26. 5. 2005 – Rs. C-297/03 (nicht veröffentlicht); Klumpp, NZA 2005, 848, 853; Bühring/Lang, Vorwirkung von EG-Richtlinien gegenüber staatlich kontrollierten Unternehmen des Privatrechts, ZEuP 2005, 88.

16 Dies hat der EuGH mehrfach bestätigt: EuGH 26. 2. 1986, Rs. 152/84 – *Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Slg. 1986, 723, 749 = EuR 1986, 370 = NJW 1986, 2178; 7. 3. 1996, Rs. C-192/94 – *El Corte Inglés*, Slg. 1996, I-1281, I-1304 = EuZW 1996, 236 = NJW 1996, 1401; 4. 12. 1997, Rs. C-97/96 – *Daihatsu Deutschland*, Slg. 1997, I-6843, I-6865 = EuZW 1998, 45 = NJW 1998, 129.

gegenüber Privaten nicht auf eine Richtlinie berufen¹⁷. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 249 EGV, der die Definitionen von Verordnung¹⁸ und Richtlinie¹⁹ enthält. Wer diesen Grundsatz mit Ausnahmen strapazieren will, erlegt Privatleuten Verpflichtungen auf, die sie gar nicht kennen können. Sie müssten nicht nur den Inhalt der betreffenden Richtlinie kennen, sondern auch zutreffend über ihre unmittelbare Anwendbarkeit urteilen²⁰. Die Rechtssicherheit gebietet mithin eindeutig, eine horizontale Direktwirkung von Richtlinien abzulehnen. Erleiden Private durch ungenügende oder fehlende Umsetzung von Richtlinien einen Schaden, können sie einen Anspruch auf Schadensersatz aus Staatshaftung geltend machen²¹.

Da für die unmittelbare Wirkung der Richtlinie 2000/78/EG somit entscheidend ist, ob staatliches oder privates Handeln vorliegt, kommt es hinsichtlich des Tarifvertrages auf dessen Natur an. Sieht man in der normativen Wirkung des Tarifvertrages (§ 4 Abs. 1 TVG) eine staatliche Delegation, die zur Rechtssetzung ermächtigt²², muss man daraus nicht nur die unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien, sondern auch eine Bindung an die Richtlinien ableiten. Versteht man hingegen den Tarifvertrag richtig als kollektiv ausgeübte Privatautonomie²³, ist die Bindung der Tarifvertragsparteien an Richtlinien nach den allgemeinen Grundsätzen über die horizontale Direktwirkung zu beurteilen. Auf einen Tarifvertrag, an dem der Staat nicht beteiligt ist, findet daher die Richtlinie 2000/78/EG weder vor noch nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbare

17 So auch die Entscheidung BAG 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02, BAGE 105, 32 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft = NZA 2003, 1387 zum Arbeitszeitgesetz = SAE 2004, 265 mit Anm. Henssler/Henke.

18 »Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.« (Art. 249 Abs. 2 EGV).

19 »Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.« (Art. 249 Abs. 3 EGV).

20 Kandler, Sanktionsregelungen für die Verstöße gegen die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie (76/207/EWG) im deutschen Recht, 2003, S. 55; Herber, Direktwirkung sogenannter horizontaler EG-Richtlinien, EuZW 1991, 401, 404.

21 EuGH 19. 11. 1991, Rs. C-6/90 – *Francovich u. a.*, Slg. 1991, I-5357, I-5415 = EuZW 1991, 758 = NJW 1992, 165; 5. 3. 1996, Rs. C-46/93 und C-48/93 – *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, Slg. 1996, I-1029, I-1153 = EuZW 1996, 205 = NJW 1996, 1267.

22 Diese Auffassung wurde lange Zeit vom BAG vertreten: 7. 11. 1989 – GS 3/85, BAGE 63, 211 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1990, 816; 20. 12. 1984 – 2 AZR 436/83, BAGE 47, 363 = NZA 1986, 21 = DB 1985, 2689; 24. 5. 1989 – 2 AZR 285/88, BAGE 62, 59 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit = NZA 1990, 144 = SAE 1991, 1 mit Anm. Bydlinski.

23 So mittlerweile auch das BAG: 25. 2. 1998 – 7 AZR 641/96, BAGE 88, 118 = DB 1998, 1420 = NZA 1998, 715 = SAE 1999, 143 mit Anm. Oetker; 11. 3. 1998 – 7 AZR 700/96, BAGE 88, 162 = DB 1998, 1422 = NZA 1998, 716 = SAE 1999, 146 mit Anm. Oetker; 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03, AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung = DB 2004, 2538 = NZA 2004, 1399 = SAE 2005, 181 mit Anm. Löwisch; ausführlich hierzu Rieble, Der Tarifvertrag als kollektiv-privatautonomer Vertrag, ZfA 2000, 5; Picker, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, 2000, S. 39 ff.; Schliemann, Arbeitsgerichtliche Kontrolle kollektiver Regelungen, in: Isenhardt/Preis (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, 1999, S. 577, 581.

Anwendung²⁴. Ein Diskriminierungsoffer kann aber einen Staatshaftungsanspruch geltend machen.

2. Richtlinienkonforme Auslegung

Mittelbare Wirkung kann eine Richtlinie auch ohne ein Umsetzungsgesetz durch die Pflicht von Verwaltung und Gerichten zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts erlangen²⁵. Über eine richtlinienkonforme Auslegung wirkt die Richtlinie auch auf horizontale Verhältnisse ein²⁶. Eine richtlinienkonforme Auslegung bleibt jedoch Auslegung und muss sich an die allgemeinen Grenzen der Auslegung und insbesondere an die Wortlautgrenze halten²⁷. Sie kann daher nicht benutzt werden, um eindeutige Regelungen, die gegen Diskriminierungsverbote verstoßen, in ihr Gegenteil zu verkehren. Auch wenn der EuGH in manchen Entscheidungen die Grenze zwischen richtlinienkonformer Auslegung und unmittelbarer Wirkung schon überschritten hat²⁸, ist bisher nicht zu erkennen, dass er diese Unterscheidung grundsätzlich aufgeben möchte.

Zwei besondere Probleme ergeben sich bei der Wirkung der Richtlinie 2000/78/EG auf Tarifverträge: zum einen, ob bereits vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie eine richtlinienkonforme Auslegung möglich ist und zum anderen, ob auch Tarifverträge richtlinienkonformer Auslegung zugänglich sind.

a) Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist

Umstritten ist, ob die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auch schon während der Umsetzungsfrist besteht. Der Bundesgerichtshof hat eine richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist zwar für zulässig, nicht aber für zwingend befunden²⁹. Die Rechtsprechung des EuGH scheint in dieser Frage nicht eindeutig. Er hat die Anfrage eines nationalen Gerichts bereits mit der Begründung zurückgewiesen, zu dem maßgeblichen Zeitpunkt sei die Umsetzungsfrist der Richtlinie noch nicht abgelaufen³⁰. In einer anderen Entscheidung hat er hingegen festgestellt, dass es für die Ver-

24 So auch *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22, 23; *Klumpp*, NZA 2005, 848, 849.

25 EuGH 10. 4. 1984, Rs. 79/83 – *Harz*, Slg. 1984, 1921 = AP Nr. 2 zu § 611a BGB = DB 1984, 1042 = SAE 1984, 244 mit Anm. *Scholz*; BAG 14. 3. 1989 – 8 AZR 447/87, BAGE 61, 209 = NZA 1990, 21 = BB 1989, 2187.

26 Zum Beispiel EuGH 10. 4. 1984, Rs. 14/83 – *v. Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891, 1909 = AP Nr. 1 zu § 611a BGB = NZA 1984, 157 = SAE 1984, 237 mit Anm. *Scholz*; 15. 5. 1986, Rs. 222/84 – *Johnston*, Slg. 1986, 1651, 1689 = AP Nr. 18 zu Art 119 EWG-Vertrag = DVBl 1987, 227.

27 BAG 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02, BAGE 105, 32 = NZA 2003, 742 = DB 2003, 1387 = SAE 2004, 265 mit Anm. *Henssler/Henke; Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 261 ff.

28 Zuletzt deutlich in EuGH 5. 10. 2004, Rs. C-397/01 bis 403/01 – *Pfeiffer*, AP EWG-Richtlinie 93/104 Nr. 12 = EzA Richtlinie 93/104 EG-Vertrag 1999 Nr. 1 = NZA 2004, 1145 = SAE 2005, 23 mit Anm. *Konzen*.

29 BGH 5. 2. 1998 – I ZR 211/95, BGHZ 138, 55, 59 = NJW 1998, 2208 = DB 1998, 2161.

30 EuGH 15. 3. 2001, Rs. C-165/98 – *Mazzoleni und ISA*, Slg. 2001, I-2189, I-2219 = AP Nr. 2 zu EWG-Richtlinie Nr. 96/71 = NZA 2001, 554.

pflichtung der nationalen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung unerheblich sei, ob die Umsetzungsfrist schon abgelaufen ist oder nicht³¹.

Die Literatur ist ähnlich gespalten und bejaht die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung vor Ende der Umsetzungsfrist³² oder lehnt diese ab³³. Für die Altersdiskriminierung wird zudem vertreten, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten bei der Altersdiskriminierung so weite Spielräume belasse, dass eine Berücksichtigung bei der Auslegung nicht möglich sei³⁴. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Das Verbot der Altersdiskriminierung lässt nach dem Wortlaut der Richtlinie sehr umfassende Ausnahmen zu. Aus diesem Grund wurde der Schutz vor Altersdiskriminierung bereits als ein *Grundrecht* 2. Klasse bezeichnet³⁵. Die Richtlinie führt in ihrem Erwägungsgrund 25 aus, dass

»Ungleichbehandlungen wegen des Alters unter bestimmten Umständen jedoch gerechtfertigt sein können und daher besondere Bestimmungen erfordern, die je nach der Situation der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein können«.

Auch die Diskussion um das ADG-E in der Fassung vom Dezember 2004 hat gezeigt, dass bei der Altersdiskriminierung weitgehende Ausnahmen erforderlich sind³⁶. Wenn jedoch dem Gesetzgeber weite Entscheidungsspielräume eingeräumt werden (sowohl hinsichtlich der Rechtfertigung einer Unterscheidung aufgrund des Alters als auch hinsichtlich der Rechtsfolgen), muss ein Gericht schon aufgrund der Gewaltenteilung die Entscheidungen des Gesetzgebers abwarten³⁷.

31 EuGH 8. 10. 1987, Rs. 80/86 – *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg. 1987, 3969, 3987 = RIW 1988, 826 = EuR 1988, 391.

32 *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, S. 280; *Weber*, Das Verbot altersbedingter Diskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG – eine neue arbeitsrechtliche Dimension, AuR 2002, 401, 405.

33 *Thüsing*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, 3441, 3442; *Leible/Sosnitza*, Richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist und vergleichende Werbung, NJW 1998, 2507, 2508; *Klumpp*, NZA 2005, 848, 853.

34 *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22, 24; a. A: *Weber*, AuR 2002, 401, 405, der von der unmittelbaren Anwendung der Diskriminierungsverbote des EG-Vertrages auf eine ebenso selbstverständliche unmittelbare Anwendung der Diskriminierungsverbote der Richtlinie 2000/78/EG schließt.

35 *Schmidt/Senne*, Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, 80, 89.

36 Die Stellungnahmen zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen und Verbänden vor dem Bundestagsausschuss für Familie, Senioren und Jugend können auf der Webseite www.zaar.de unter den Menüpunkten »Dokumentation«, »Gesetzgebung« und »ADG-Entwurf« aufgerufen werden.

37 *Götz*, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien – Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat, NJW 1992, 1849, 1854; *Jarass*, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211, 221; daher unterscheiden *Wank*, RdA 2004, 246, 250 f. und *ders.*, Bereitschaftsdienst von Ärzten – Gesetzgeberischer Handlungsbedarf, ZRP 2003, 414, 419 sowie ihm folgend *Kamanabrou*, EzA EG-Vertrag 1999, Richtlinie 93/104 Nr. 1 konsequent zwischen der Gestaltungs- und der Verbotswirkung von Richtlinien. Wenn eine Richtlinie ein Verbot ausspreche und dem nationalen Gesetzgeber keinen Handlungsspielraum lasse, liege auch kein Eingriff in die Kompetenz des Gesetzgebers vor, wenn ein Gericht schon vor dem Ablauf einer Umsetzungsfrist entsprechende Richtlinien zur Auslegung benutze. In dieser Diktion muss man die Antidiskriminierungsrichtlinie als eine Richtlinie mit Gestaltungswirkung ansehen: Zwar will sie Diskriminierungen

Da die Richtlinie bei dem Verbot der Altersdiskriminierung umfassende Rechtfertigungen zulässt und zudem von weiteren Ausnahmen in den einzelnen Mitgliedstaaten spricht, ist das Verbot der Altersdiskriminierung zu unbestimmt, um es während der Umsetzungsfrist zur richtlinienkonformen Auslegung zu nutzen. Nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist schlägt dieser Befund jedoch um: der nationale Gesetzgeber hatte Zeit, den Inhalt der Richtlinie in nationales Recht umzusetzen und es dabei den speziellen nationalen Erfordernissen anzupassen. Nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist erfordert es der europarechtliche *effet-utile* Grundsatz, trotz dieser Unbestimmtheit deutsche Normen anhand der Richtlinie auszulegen.

Eine mittelbare Einwirkung der Richtlinie über die richtlinienkonforme Auslegung ist daher – wenn überhaupt – erst ab dem 2. 12. 2006 möglich³⁸.

b) Richtlinienkonforme Auslegung von Tarifverträgen

Ist grundsätzlich nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist eine richtlinienkonforme Auslegung möglich, stellt sich zusätzlich die Frage, ob Tarifverträge der richtlinienkonformen Auslegung überhaupt zugänglich sind. Aus den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rechtssache *Pfeiffer u. a.* – C-397/01 bis C-403/01 – vom 6. 5. 2003 und 27. 4. 2004 kann man schließen, dass der Generalanwalt eine europarechtskonforme Auslegung von Tarifverträgen befürwortet³⁹. Mit dem heute in Deutschland vorherrschenden Verständnis von Tarifverträgen als kollektiv ausgeübter Privatautonomie⁴⁰ ist dies nicht vereinbar. Allerdings ging es im Fall *Pfeiffer* um die Besonderheit, dass § 7 Abs. 1 Nr. 1 a) ArbZG Abweichungen von der zulässigen Höchstarbeitszeit erlaubt, wenn diese in einem Tarifvertrag festgelegt werden. Als gesetzliche Norm unterliegt § 7 ArbZG der richtlinienkonformen Auslegung. Verstößt er gegen europarechtliche Vorgaben und bleibt unangewandt, entfällt somit auch die Legitimationsgrundlage für die entsprechende Regelung eines Tarifvertrages. Eine Auslegung der entsprechenden Regelung eines Tarifvertrages ist nicht notwendig. Daher hat sich der EuGH auch nur auf die Auslegung des Gesetzes bezogen. Dies wird deutlich, wenn er von der »Regelung eines Mitgliedsstaates« spricht, die »gegebenenfalls über einen Tarifvertrag die wöchentliche Höchstarbeitszeit der Richtlinie 93/104 überschreitet«⁴¹. Damit beschreibt er aber nur den *Wirkungsweg* einer

verhindern und dieses Ziel hat durchaus Verbotscharakter, in der Definition der verbotenen Unterscheidungen aufgrund des Merkmals Alter und in der Festlegung der Rechtsfolgen lässt sie dem nationalen Gesetzgeber jedoch so weite Spielräume, dass ein Gericht derzeit nicht klar beurteilen kann, welches Verhalten einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in Deutschland darstellen wird. Etwas anderes kann zum Beispiel für das sehr streng gefasste Diskriminierungsverbot aufgrund der Merkmale Rasse und ethnischer Herkunft der Richtlinie 2000/43/EG gelten.

38 Derzeit erscheint es jedoch unwahrscheinlich, dass bis zu diesem Zeitpunkt ein Umsetzungsgesetz noch nicht in Kraft ist. Der aktuelle Entwurf des AGG wurde am 17. 5. 2006 von der Bundesregierung dem Bundesrat als besonders eilbedürftig gemäß Art. 76 Abs. 2 Satz 4 GG zur Stellungnahme zugeleitet (BT-Drucks. 329/06).

39 Dies vermutet *Thüsing*, Zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, ZIP 2004, 2301, 2304.

40 Hierzu Fn. 23.

41 Antwort auf die dritte Frage, EuGH 5. 10. 2004, Rs. C-397/01 bis 403/01 – *Pfeiffer*, AP EWG-Richtlinie 93/104 Nr. 12 = EzA Richtlinie 93/104 EG-Vertrag 1999 Nr. 1 = NZA 2004, 1145 = SAE 2005, 23 mit Anm. *Konzen*.

gesetzlichen Regelung. Eine richtlinienkonforme Auslegung des Tarifvertrages ist das nicht.

Rechtskontrolle und Auslegung von Tarifverträgen können nur anhand des in Deutschland unmittelbar geltenden Rechts vorgenommen werden. Das gilt etwa für die EMRK, für den EG-Vertrag, insbesondere das Gebot der Lohngleichheit⁴², und die Verordnungen der EG⁴³. Hingegen können Richtlinien ohne ein Umsetzungsgesetz nicht die Tarifvertragsparteien verpflichten (dazu auch I.1.)⁴⁴ – sofern nicht der Staat als Arbeitgeber am Tarifvertrag mitwirkt.

Ohne eine Verpflichtung der Tarifvertragsparteien ist aber auch eine Auslegung anhand von Richtlinien abzulehnen. Es kann nicht vermutet werden, dass sich die Tarifvertragsparteien richtlinienkonform verhalten, wenn die Richtlinien für sie keine Rechtspflicht dazu begründen. Zu keinem anderen Ergebnis führt die Bindung des den Tarifvertrag auslegenden Richters als staatliches Organ an die Richtlinien. Führte allein die Bindung des Richters zu einer Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, müsste jeder Vertrag und sogar jede Willenserklärung vor Gericht richtlinienkonform ausgelegt werden. Natürlich ist der Richter als staatliches Organ an die Grundrechte gebunden – ein Testament muss er dennoch nicht im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG auslegen.

II. Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

Neue Bedeutung gewinnt das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters durch das *Mangold*-Urteil des EuGH vom 22. 11. 2005⁴⁵. Der EuGH sah im Diskriminierungsverbot einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der sich nicht erst aus der Richtlinie 2000/78/EG ergebe. Die Richtlinie bezwecke nur »die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung«. Das Verbot der Diskriminierung als solches finde sich hingegen bereits in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten. Die Richtlinie 2000/78/EG stelle lediglich den Rahmen zur Bekämpfung der ohnehin schon verbotenen Diskriminierungen zur Verfügung.

Europarechtliche Grundsätze gelten anders als Richtlinien unmittelbar auch zwischen Privatleuten in der EU. Nur so kann der EuGH zur unmittelbaren Geltung eines Altersdiskriminierungsverbotes gelangen. Das in Deutschland erst zu schaffende Umsetzungsgesetz liefert demnach lediglich den Rahmen für ein umfassendes Diskriminierungsverbot, das bislang unerkannt europarechtlich gegolten hat. Insofern ist kein fester Zeit-

42 Dazu EuGH 9. 9. 1999, Rs. C-281/97 – *Andrea Krüger*, EuGHE I 1999, 5127 = AP Nr. 11 zu Art. 119 EG-Vertrag.

43 Gemäß Art. 249 Abs. 2 EGV.

44 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 306; *Schliemann*, Arbeitsgerichtliche Kontrolle kollektiver Regelungen, in: Isenhardt/Preis (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, 1999, S. 577, 581; *Klumpp*, NZA 2005, 848, 853.

45 EuGH 22. 11. 2005, Rs. C-144/04 – *Mangold/Helm*, NJW 2005, 3695 = DB 2005, 2638 = ZIP 2005, 2171 = SAE 2006, 45 mit Anm. *Giesen*.

punkt für den Beginn des Altersdiskriminierungsverbotes zu erkennen. Als allgemeiner europarechtlicher Grundsatz gilt dieses für zurückliegende Zeiträume. Das bedeutet, dass *alle derzeit bestehenden Tarifverträge an diesem Verbot zu messen sind*.

Dieses nicht nur im Ergebnis fragwürdige Urteil ist auch dogmatisch unzureichend begründet. Zum einen lässt es der EuGH offen, aus welchen völkerrechtlichen Verträgen und welchen Verfassungen er das Verbot der Altersdiskriminierung herleitet oder ob er (»etwas« undemokratisch) als Ersatzverfassungsgeber agiert.

Nun lässt sich über ein allgemeines europäisches Gleichbehandlungsgebot – vergleichbar Art. 3 Abs. 1 GG – diskutieren (auch wenn es dem Gericht nicht zukommt, die Ablehnung des Verfassungsvertrages⁴⁶ zu überspielen). Der dem EuGH anzulastende grundsätzliche Denkfehler liegt darin, dass er ein solches allgemeines Verbot der Ungleichbehandlung dann zu einem strikten Verbot der Diskriminierung nach dem Alter umgemünzt hat – augenscheinlich käme in Deutschland niemand auf die Idee, Art. 3 Abs. 1 GG auf diese Weise in ein Altersdiskriminierungsverbot umzuwandeln.

Bei der Lektüre des Urteils drängt sich der Verdacht auf, dass das Gericht kurzerhand allgemeines Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot aufgrund eines bestimmten Merkmals »gleich behandelt«. Beides sind jedoch gänzlich ungleiche Regelungen: Während das Gleichbehandlungsgebot bedeutet, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist und somit lediglich einen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung verlangt, verbieten absolute Diskriminierungsverbote jede ungleiche Behandlung aufgrund eines bestimmten Merkmals – unabhängig vom Vorliegen eines »normalen« Sachgrundes⁴⁷. Allenfalls besonders schwerwiegende »zwingende« Gründe können eine Diskriminierung rechtfertigen.

Dieser Verdacht wird bestärkt durch die Erkenntnis, dass der EuGH in seiner Begründung auf Ausführungen des Generalanwalts zurückgreift, die dieser zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot gemacht hat⁴⁸. Dann versteht man auch, worauf sich der EuGH in den Verfassungen der Mitgliedstaaten berufen will. Aus einem Gleichbehandlungsgebot lässt sich jedoch kein spezifisches Diskriminierungsverbot ableiten. Andernfalls

46 Dort fand sich ein Gleichbehandlungsgebot in Art. II-80, die Diskriminierung aufgrund des Alters war – zusammen mit anderen Diskriminierungsverboten – in Art. II-81 Abs. 1 geregelt.

47 Ausführlich zur Unterscheidung zwischen Gleichstellungsgebot und Diskriminierungsverbot: Lingscheid, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, S. 10 ff.

48 »Ich möchte auch daran erinnern, dass der Gerichtshof schon vor dem Erlass der Richtlinie 2000/78 und der in ihr enthaltenen besonderen Bestimmungen das Vorliegen eines allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes bekräftigt hat, der die Mitgliedstaaten »bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen bindet«, so dass er selbst anhand dieses Grundsatzes die nationalen Regelungen nachprüfen kann, die »in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts [fallen]«. Dieser Grundsatz besagt, dass »vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine *unterschiedliche Behandlung objektiv* [zur Verfolgung eines rechtmäßigen Zieles] *gerechtfertigt*« und »zur Erreichung des verfolgten Zieles *angemessen und erforderlich* ist.« Es wäre vielleicht besser, auf den – auch vom vorlegenden Gericht, wenngleich nur beiläufig, angesprochenen – Gleichheitsgrundsatz abzustellen, da dieser als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, dessen Inhalt eindeutig und unbedingt ist, Wirkungen für alle Rechtsbürger entfaltet mit der Folge, daß sich Herr Mangold gegen Rechtsanwalt Helm unmittelbar auf ihn berufen könnte – was bei der Richtlinie nicht der Fall ist – und das Arbeitsgericht ihn im Ausgangsverfahren anwenden könnte.« Nr. 83 und 84 des Schlußantrags des Generalanwalts in der Rechtssache C-144/04.

könnte jedes Merkmal vor Diskriminierung (die nichts anderes als Unterscheidung bedeutet) geschützt werden. Das Ergebnis ist eine Ergebnisgleichheit anstelle einer Chancengleichheit.

Zudem muss aber die Legitimation des EuGH zur Entwicklung dieses allgemeinen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung bezweifelt werden. Unabhängig davon, ob die Berechtigung zur Entwicklung allgemeiner Grundsätze des Europarechts aus dem Gedanken der Rechtsverweigerung⁴⁹, aus Art. 220 EGV⁵⁰ oder aus der gemeinsamen Erklärung der Gemeinschaftsorgane zum Grundrechtsschutz vom 5. 4. 1977⁵¹ abgeleitet wird, beruht sie doch immer darauf, dass der gemeinschaftsrechtliche Gesetzgeber den jeweiligen Sachverhalt noch nicht geregelt hat. Eine solche Regelung liegt aber aufgrund der Richtlinie 2000/78/EG, die der EuGH sogar zur Herleitung des allgemeinen Grundsatzes verwendet, vor. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung kann auch nicht für die Zeit bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist angenommen werden. Damit würde die Intention von Richtlinien und Sinn und Zweck der Umsetzungsfristen auf den Kopf gestellt werden.

Der EuGH missachtet den ausdrücklichen Willen der gesetzgebenden Gewalt. Hätte das Verbot der Altersdiskriminierung unmittelbar gelten sollen, wäre die Richtlinie als Verordnung erlassen worden. Nur weil sie gerade nicht unmittelbar gelten soll, wurde das Instrument der Richtlinie gewählt. Wenn der EuGH nun »durch die Hintertür« eines allgemeinen Grundsatzes diese Wahl der Handlungsform umgeht, schwingt er sich zum Gesetzgeber auf.

Der EuGH ist also aufgefordert, diesen groben Missgriff alsbald zu korrigieren⁵². Die Praxis freilich muss sich auf diese Eventualität eines allgemeinen rückwirkenden gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes – für alle denkbaren Diskriminierungsmerkmale, insbesondere aber für das Alter – vorerst einstellen, schon weil sich jeder auch nur vermeintlich Diskriminierte darauf berufen wird.

Insofern sind eine Reihe von Fragen zu klären: Welchen Inhalt hat jener allgemeine Grundsatz? Kann zu seiner Bestimmung auf die Richtlinie 2000/78/EG zurückgegriffen werden? Der EuGH hat dies in der Prüfung des § 14 Abs. 3 TzBfG getan, widerspricht sich dabei aber, da die Richtlinie doch nur »Rahmen zur Bekämpfung« und nicht die inhaltliche Bestimmung des Diskriminierungsverbotes enthalten soll.

49 EuGH 12. 7. 1957 – 7/56, 3/57, 4/57, 5/57, 6/57, 7/57, Slg 1957, 83/118.

50 Pernice, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 164 Rn. 7.

51 ABl. 1977 Nr. C 103/01.

52 Kritisch zur Mangold-Entscheidung Thüsing, Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers?, ZIP 2005, 2149; Brock/Windeln, Anm. zu EuGH Rs. C-144/04, EWIR 2005, 869; Nicolai, Anm. zu EuGH Rs. C-144/04, DB 2005, 2641; Bauer/Arnold, Auf »Junk« folgt »Mangold« – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, 6; Annuß, Das Verbot der Altersdiskriminierung als unmittelbar geltendes Recht, BB 2006, 325.

III. Auswirkung eines Umsetzungsgesetzes

Von dem zweifelhaften und inhaltlich unbestimmten allgemeinen EuGH-Grundsatz des Diskriminierungsverbots einmal abgesehen, wird sich das Verbot der Altersdiskriminierung in Deutschland und seine Auswirkung auf Tarifverträge vor allem durch das deutsche Umsetzungsgesetz bestimmen. Typische tarifliche Regelungen müssen sich jedenfalls an diesem messen⁵³.

1. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen

Eine unmittelbare Diskriminierung des Merkmals Alter liegt immer dann vor, wenn eine Regelung unmittelbar an das Alter anknüpft. Mit den Worten der Richtlinie liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen ihres Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde⁵⁴. Verboten ist jede Differenzierung nach dem Alter, also nicht nur die Benachteiligung älterer Arbeitnehmer, sondern auch die Benachteiligung jüngerer⁵⁵. Anders als alle anderen Diskriminierungsmerkmale ist die Besonderheit beim Merkmal Alter, dass jeder potentiell betroffen ist. *Linsenmaier* formuliert dies treffend: »Jeder wird mal alt, aber nicht jeder wird mal katholisch«⁵⁶.

Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen des Alters gegenüber anderen Personen benachteiligen können, es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich⁵⁷. Vor allem Merkmale wie Dienstalter und Betriebszugehörigkeit knüpfen mittelbar an das Alter an⁵⁸.

Um die Rechtfertigung einer solchen Differenzierung zu prüfen, muss zunächst das Ziel der Differenzierung bestimmt werden. Bei dem Merkmal Betriebszugehörigkeit kommen vor allem zunehmende Berufserfahrung und Honorierung der Betriebstreue in Betracht.

53 Im Folgenden wird der aktuelle Gesetzentwurf des AGG in der Fassung vom Mai 2006, der auf dem letzten Entwurf des ADG-E in der nach der öffentlichen Anhörung vom 7. 3. 2005 geänderten Fassung vom 18. 3. 2005 beruht, zu Grunde gelegt. In dieser wurden für das Merkmal Alter einige wichtige Ergänzungen im § 10 ADG-E vorgenommen.

54 Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG.

55 *Schlachter*, Altersgrenzen angesichts des gemeinschaftlichen Verbots der Altersdiskriminierung, in: Richardi/Reichold (Hrsg.), Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht, Gedenkschrift Blomeyer, 2003, S. 355, 357; *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, S. 201; *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80, 89.

56 *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22, 25.

57 Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG.

58 *Zöllner*, Altersgrenzen beim Arbeitsverhältnis jetzt und nach Einführung eines Verbots der Altersdiskriminierung, Gedenkschrift Blomeyer, 2003, S. 517, 527; *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80, 83; *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, S. 203.

a) Berufserfahrung

Nimmt man Berufserfahrung als Maßstab der Qualifikation eines Arbeitnehmers, stellt dieses Kriterium einen legitimen Differenzierungsgrund dar. Dieser müsste aber auch geeignet und erforderlich sein, um die jeweilige Differenzierung zu rechtfertigen.

Längere Berufserfahrung geht nicht stets mit einer Steigerung der Qualifikation einher⁵⁹. Je einfacher die Tätigkeit ist, um so kürzer ist die Dauer, innerhalb der ein Arbeitnehmer seinen höchsten Qualifikationsgrad in der Tätigkeit erworben hat. Fortan erhöht eine steigende Berufserfahrung die Qualifikation nicht nennenswert. Diese Auffassung wird auch vom EuGH vertreten. Zunächst hatte dieser 1989 festgestellt, dass die Betriebszugehörigkeit »mit der Berufserfahrung einhergeht und diese den Arbeitnehmer im allgemeinen befähige, seine Arbeit besser zu verrichten«⁶⁰. Insbesondere habe der Arbeitgeber nicht darzulegen, dass die Berufserfahrung für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben von Bedeutung sei. Schon 1991 hat der EuGH seine Aussage korrigiert. Auf Vorlage des Arbeitsgerichts Hamburg hatte der EuGH zu entscheiden, ob das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts der damaligen Regelung des § 23a Nr. 6 BAT entgegensteht⁶¹. Die Tarifnorm bestimmte, dass die Dienstzeiten für einen Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe nur zur Hälfte angerechnet werden, wenn die Arbeitnehmer zwischen der Hälfte und Dreiviertel der regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigt waren. Der Tarifverteidigungsargumentation, vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer würden Erfahrungen schneller gewinnen, maß der EuGH nur das Prädikat »verallgemeinerte Aussagen«, denen sich »keine objektiven Kriterien entnehmen lassen«, bei. Das Dienstalter gehe zwar Hand in Hand mit der dienstlichen Erfahrung, die den Arbeitnehmer grundsätzlich zu einer besseren Erfüllung seiner Aufgaben befähige, jedoch hänge der objektive (!) Charakter eines solchen Kriteriums von allen Umständen des Einzelfalls und insbesondere davon ab, welche *Beziehung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Erfahrung bestehe*, die die Ausübung dieser Tätigkeit nach einer bestimmten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden verschaffe. Der Arbeitgeber muss also nachweisen, dass die Berufserfahrung den Arbeitnehmer bei seiner konkreten Tätigkeit zu besserer Leistung befähigt.

Insofern sind zwei Formen der Differenzierung anhand der Betriebszugehörigkeit zu unterscheiden: zuerst feste Differenzierungsstufen, die Vorteile ab einer festgelegten Dauer der Betriebszugehörigkeit vorsehen, wie insbesondere Gehaltszuschläge oder verlängerte Kündigungsfristen. Daneben können relative Bevorzugungen gegenüber anderen Arbeitnehmern an die Dauer der Betriebszugehörigkeit gekoppelt werden, wenn eine Auswahl aus mehreren Arbeitnehmern erfolgt, wie zum Beispiel bei Beförderungsentscheidungen. Ist dabei die Betriebszugehörigkeit nur ein Merkmal von mehreren, ist eine Rechtfertigung als Anerkennung einer höheren Qualifikation möglich. Die vom EuGH geforderte Betrachtung des Einzelfalls bleibt möglich, wenn die Regelung nur

59 Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 88; Linsenmaier, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22, 29; Löwisch/Caspers/-Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 35.

60 EuGH 17. 10.1989, 109/88 – Danfoss, Slg. 1989, 3199 = AP Nr. 19 zu Art 119 EWG-Vertrag = NZA 1990, 772.

61 EuGH 7. 2.1991 – Nimz, Slg. 1991, 1–297 = AP Nr. 25 zu § 23 a BAT = EzA Art 119 EWG-Vertrag Nr. 1 = DB 1991, 660.

Richtliniencharakter hat. Sind solche Auswahlentscheidungen fest an der Betriebszugehörigkeit auszurichten – krasses Beispiel ist die Seniorität in der Luftfahrt –, lassen sie keine Einzelfallbetrachtung mehr zu. Sie sind daher nicht gerechtfertigt.

Unzulässig ist die Differenzierung nach der Betriebszugehörigkeit als Qualifikationsmerkmal auch dann, wenn unberücksichtigt bleibt, dass die durch Berufserfahrung vermittelte Qualifikation auch bei einem anderen Arbeitgeber auf einem vergleichbaren Arbeitsplatz gewonnen werden kann. Solange solche Beschäftigungszeiten nicht in die Betriebszugehörigkeit eingerechnet werden, missrät die Berufserfahrungsdifferenzierung unverhältnismäßig.

b) Betriebstreue

Mittelbare Diskriminierungen anhand der Betriebszugehörigkeit können als Belohnung für Betriebstreue gesehen werden. Dies wird vielfach als taugliche Rechtfertigung gesehen⁶². Freilich gebietet das Antidiskriminierungsrecht eine sorgfältige und konkrete Prüfung: Zieht der Arbeitgeber einen Nutzen aus der Förderung der Betriebstreue, der den zugewandten Vorteil trägt? Die Abwehr einer starken Fluktuation kann im Arbeitgeberinteresse liegen; nur muss eine solche Fluktuation ohne die Betriebstreubelohnung auch konkret drohen. In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit ist das eher fragwürdig. Zudem muss der Arbeitgeber dartun, weswegen er der Abwanderung gerade differenziert nach der Betriebszugehörigkeit begegnen muss. Typischerweise führt langjährige Beschäftigung auch ohne gesonderte Belohnung zu einer verstärkten Bindung des Arbeitnehmers an das Unternehmen; nicht nur mit Blick auf die Gewöhnung, sondern auch wegen der Besitzstandsverfestigung, insbesondere im Rahmen der Sozialauswahl. Wenn aber schon die Arbeitnehmer an Betriebstreue interessiert sind, ist jede zusätzliche Förderung durch den Arbeitgeber besonders rechtfertigungsbedürftig.

Auch wenn man berücksichtigt, dass der Arbeitgeber Fluktuation abwenden will, um Einarbeitungszeiten zu sparen und dem Risiko fehlerhafter Personalauswahl zu entgehen, darf der Arbeitgeber nicht einfach ein Präventionsbedürfnis behaupten. Sonst liefe das Diskriminierungsverbot mit Blick auf die Betriebszugehörigkeit womöglich leer.

Konsistent kann ein System zur Belohnung von Betriebstreue schließlich nur sein, wenn es auf ein und denselben Arbeitgeber fixiert ist – also anders als bei der Berufserfahrung Beschäftigungszeiten bei anderen Arbeitgebern ausblendet. Das beschränkt insbesondere Tarifverträge des öffentlichen Dienstes mit etwaigen Dienstalterszulagen. Zudem können solche Systeme die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 39 EGV beeinträchtigen. Die Bindung österreichischer Hochschulprofessoren an den österreichischen Staat als Arbeitgeber durch eine Dienstalterszulage hat der EuGH beanstandet, weil der hierfür erforderliche zwingende Grund des Allgemeininteresses fehlt⁶³. Die Betriebs-

62 Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 88, die eine Rechtfertigung aufgrund der Honorierung der Betriebstreue aber an Art. 6 anknüpfen; Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 42.

63 EuGH 30. 11. 2003 – Rs. C-224/01 – Gerhard Köbler/Republik Österreich, EuGHE I 2003, 10239 = DB 2003, 2331 = NJW 2003, 3539; weiter für Fachärzte unter der Geltung des BAT: EuGH 15. 1. 1998 – Rs. C-15/96 – Kalliope Schöning-Kougebetopoulou, EuGHE I 1998, 47 = AP Nr. 1 zu Art 48 EG-Vertrag = NZA 1998, 205; und für Lehrer in Österreich: EuGH 30. 11. 2000 – Rs. C-195/98, EuGHE I 2000, 10497 = AP Nr. 10 zu Art 39 EG = NJW 2001, 2704.

treue konnte jene Regelung nicht rechtfertigen, weil die Universitäten in Österreich konkurrieren und die Zulage den Arbeitgeberwechsel übersteht.

Bei Beförderungen scheidet eine Rechtfertigung über die Honorierung der Betriebs-treue aber aus. In der Begründung der Kommission zur Richtlinie 2000/78/EG heißt es:

»In Bezug auf den beruflichen Aufstieg bedeutet Gleichbehandlung, daß sichergestellt werden muß, daß ein Aufstieg innerhalb einer bestimmten Laufbahn an berufliche Fähigkeiten, Qualifikationen und Kompetenzen und andere für die betreffende Stelle relevante objektive Kriterien geknüpft ist«⁶⁴.

Betriebstreue ist kein solches Kriterium. In den Kernbereichen des unmittelbaren Leistungsaustausches, dem beruflichen Aufstieg und Weiterbildung kann sie daher nicht zur Rechtfertigung einer Diskriminierung benutzt werden. Aber auch in anderen Bereichen sind Regelungen streng darauf zu überprüfen, ob unter dem Deckmantel der Honorierung der Betriebstreue eine Umgehung des Verbots der Altersdiskriminierung versucht wird⁶⁵.

Angemessenheit und Erforderlichkeit muss für jede Regelung konkret geprüft werden; das liefert entsprechende Tarifbestimmungen einer belastenden Einzelfallprüfung aus.

2. Berufliche Anforderungen, gerechtfertigte Ungleichbehandlung und positive Maßnahmen

Die Richtlinie 2000/78/EG und ihr folgend der AGG-E kennen drei zulässige Ausnahmen vom Verbot der Altersdiskriminierung. Dies sind die beruflichen Anforderungen⁶⁶, die speziellen Rechtfertigungen für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters⁶⁷ und positive Maßnahmen zur Verhinderung oder Ausgleich einer Benachteiligung⁶⁸. Nach den Formulierungen der Richtlinie richten sich diese Ausnahmen an die Mitgliedstaaten. Ihnen obliegt es, von den Regelungen Gebrauch zu machen⁶⁹. Daraus wird teilweise

64 Kommissionsbegründung, KOM (1999) 565 endg., S. 11.

65 Nachgerade als Einladung zur Umgehung wirkt die Aussage bei *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1242: »Wenn es sich nicht um das Grundentgelt, sondern um zusätzliche Sozialleistungen handelt, wird man im Zweifel von der Zulässigkeit einer Unterscheidung ausgehen können.«; ebenfalls für unbedenklich hält solche Regelungen auch *Lüderitz*, Altersdiskriminierung durch Altersgrenzen, 2005, S. 118.

66 Art. 4 der Richtlinie, § 8 AGG-E.

67 Art. 6 der Richtlinie, § 10 AGG-E.

68 Art. 7 der Richtlinie, § 5 AGG-E.

69 Art. 4 Abs. 1: »Ungeachtet des Artikels 2 Absätze 1 und 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn (. . .).«; Artikel 6 Abs. 1: »Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie (. . .).«; Artikel 7 Abs. 1: »Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen (. . .).«.

gefolgt, dass die Mitgliedstaaten jede einzelne zulässige Ausnahme benennen müssen. Es sei aufgrund der Adressierung an die Mitgliedstaaten nicht möglich, allgemeine Ausnahmeregelungen, wie sie die Richtlinie enthält, zu schaffen⁷⁰.

Diese Interpretation ergibt sich keinesfalls aus dem »klaren Wortlaut der Richtlinie«⁷¹. Es liegt in der Natur einer Richtlinie, sich nur an die Mitgliedstaaten zu richten, da sie lediglich ein Ziel verbindlich vorgibt, Form und Mittel zur Erreichung dieses Zieles aber den Mitgliedstaaten überlässt⁷². Die Formulierungen in den Artt. 4, 6 und 7 richten sich (genauso wie alle anderen Art. der Richtlinie)⁷³ an die Mitgliedstaaten, weil diese die einzig zulässigen Adressaten einer Richtlinie sind.

Andersherum: die Richtlinie kann gar nicht vorschreiben, dass Private eine Benachteiligung unter bestimmten Umständen rechtfertigen können, da dies eine Frage der Ausgestaltung des nationalen Rechts ist. Dies kann gemäß Art. 8 der Richtlinie aber auch über das Schutzniveau der Richtlinie hinausgehen.

Ziel der Richtlinie 2000/78/EG ist ein Diskriminierungsverbot. Dazu definiert die Richtlinie Diskriminierung und damit verwandte Begriffe und stellt Ausnahmen auf, innerhalb derer eine Diskriminierung zulässig ist. Beides zusammen steckt das Ziel der Richtlinie ab. Dieses Ziel wird umgesetzt, wenn der Mitgliedstaat die Ausnahmebestimmungen wörtlich übernimmt⁷⁴. Die Mitgliedstaaten dürfen lediglich nicht weitere Ausnahmen zulassen, als sie in der Richtlinie vorgegeben sind. Damit verfehlen sie das Ziel der Richtlinie.

Wenn diese Ausnahmen, wie im Fall der Altersdiskriminierung, sehr allgemein gehalten sind, werfen sie bei der Umsetzung Fragen hinsichtlich ihrer Grenzen auf. Hierzu kann man dreierlei festhalten:

- Die Ausnahmen dürfen nicht dazu führen, dass der Altersdiskriminierungsschutz ganz leer läuft. Es muss ein hinreichend großer Anwendungsbereich verbleiben.
- Entscheidend ist dabei die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Die jeweilige Ausnahme muss – entweder auf der Ermächtigungsebene (wenn man eine hinreichend konkrete Regelungsermächtigung fordert) oder aber auf der Differenzierungsebene (des Tarifvertrags) ein angemessenes Verhältnis zwischen Differenzierungsrechtfertigung und dem Differenzierungsgrund bieten.

70 Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 18; Thüsing, Handlungsbedarf im Diskriminierungsrecht – Die Umsetzungserfordernisse aufgrund der Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG, NZA 2001, 1061, 1064; Lingscheid, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, S. 208; a. A.: Weber, AuR 2002, 401, 403.

71 So Lingscheid, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, S. 208.

72 Art. 249 EGV.

73 Art. 8: »Die Mitgliedstaaten können (...)«; Art. 9: »Die Mitgliedstaaten stellen sicher (...)«; Art. 10: »Die Mitgliedstaaten ergreifen (...)«; Art. 11: »Die Mitgliedstaaten treffen (...)«; Art. 12: »Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge (...)«; Art. 13: »Die Mitgliedstaaten treffen (...)«; Art. 14: »Die Mitgliedstaaten fördern (...)«; Art. 16: »Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen (...)«; Art. 17: »Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest (...)«; Art. 18: »Die Mitgliedstaaten erlassen (...)«.

74 Dies ist z. B. auch in Frankreich der Fall, Artikel L 122–45–3 Code du Travail in der Fassung des Gesetzes no. 2002–73 vom 17. 1. 2002.

– Daran knüpft sich die Frage an, ob für diese Verhältnismäßigkeitsbewertung ein einheitlicher europäischer Maßstab gilt, der dann auch vom EuGH judiziert werden könnte, oder ob diese Verhältnismäßigkeitsprüfung nach nationalen Gepflogenheiten erfolgen soll. Viel spricht für die letztere Wertung⁷⁵. Denn die Richtlinie will Rücksicht nehmen auf die nationalen Besonderheiten. Außerdem ist daran zu denken, dass Altersdiskriminierung vielfach mit Sozialpolitik verbunden ist, für die die Mitgliedstaaten vorrangig zuständig sind. Aus diesem Grund können auch Gerichtsentscheidungen aus einem anderen Mitgliedstaat über die Frage zulässiger Altersdiskriminierung bloß eine Indizwirkung haben, da die nationale Verhältnismäßigkeitsprüfung anders ausfallen kann.

Es ist aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit erstrebenswert, wenn der deutsche Gesetzgeber über die allgemeinen Ausnahmen der Richtlinie hinaus einzelne, konkrete Ausnahmebestimmungen schafft, die eine Altersdiskriminierung in bestimmten Fällen rechtfertigen, wie er dies in § 10 Nr. 5 – 8 AGG-E getan hat. Er stellt sich damit seiner gestaltenden Verantwortung als Legislative und überlässt diese Aufgabe nicht den Gerichten. Die allgemeinen Rechtfertigungen in § 10 Nr. 1 – 4 AGG-E als eine wortgleiche Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht sind aber genauso europarechtskonform und können von Tarifvertragsparteien zur Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung benutzt werden.

Andersherum stellt sich die Frage, ob im Falle einer engeren Umsetzung sich Private unmittelbar auf die Ausnahmenvorschriften der Richtlinien berufen können. Dies ist jedoch klar zu verneinen. Die Richtlinien gestehen den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit zu, über das in ihnen festgelegte Schutzniveau hinauszugehen. Wenn sich daher ein Staat dazu entscheidet, eine Ausnahmenvorschrift enger oder gar nicht in nationales Recht umzusetzen, können sich Private nicht auf die Ausnahmeregelung in der Richtlinie berufen.

3. Folge eines diskriminierenden Tarifvertrages

Gemäß Art. 16 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG müssen die Mitgliedstaaten Vorkehrungen treffen, um sicherzustellen, dass die mit dem Diskriminierungsverbot nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden. Damit wird den Mitgliedstaaten ein weiter Spielraum bei den Folgen einer Diskriminierung gelassen.

a) Die Regelung des AGG-E

§ 7 Abs. 2 AGG-E sieht vor, dass Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, unwirksam sind. Damit entspricht die Norm der Fassung des ADG-E vom Dezember 2004. Der Entwurf vom März 2005 sah darüber hinaus einen Satz 2 vor:

»An die Stelle der unwirksamen kollektivrechtlichen Vereinbarung tritt die Regelung, die die Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit gekannt hätten. Kannte der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Anwendung der kollektivrechtlichen Vereinbarung den Verstoß gegen Absatz 1,

⁷⁵ Vom nationalen Recht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auszugehen empfiehlt auch *Waltermann*, Verbot der Altersdiskriminierung – Richtlinie und Umsetzung, NZA 2005, 1265, 1268.

dann kann der oder die Beschäftigte Gleichstellung mit dem oder den bevorzugten Beschäftigten verlangen.«

Tarifvertragliche Bestimmungen, die gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, sind nach dem AGG-E demnach sofort mit Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes unwirksam. Die Folgen sind, insbesondere im Hinblick auf die Tarifaufonomie, bedenklich: Jeder Richter in einem individualrechtlichen Verfahren wird zunächst mit Wirkung inter partes feststellen müssen, ob die Bestimmung des Tarifvertrages eine ungerechtfertigte Diskriminierung darstellt. Was danach passiert, ist fraglich. Nach dem ADG-E vom März 2005 hätte der Richter nun einen hypothetischen Inhalt des Tarifvertrages bestimmen und anwenden müssen.

Das bricht zentral mit herkömmlichem Tarifrecht. Mit guten Gründen ist die Änderung und Ergänzung von Tarifverträgen bislang stets den Tarifparteien vorbehalten geblieben und der richterliche Eingriff für unzulässig gehalten worden⁷⁶. So entspricht es herrschender Meinung, dass die ergänzende Tarifauflegung grundsätzlich unzulässig ist, weil der Tarifwille von den Tarifparteien und nicht von Richtern gebildet wird⁷⁷. Dasselbe gilt für die hypothetische Tarifwillensbildung, wie das insbesondere bei der Anpassung des Tarifvertrages an eine geänderte Geschäftsgrundlage augenscheinlich wird: Während der Richter in sonstige Schuldverhältnisse ohne weiteres eingreifen darf, um einer Geschäftsgrundlagenstörung durch Anpassung des Vertrages Rechnung zu tragen, ist dies für Tarifverträge nach ganz herrschender Meinung ausgeschlossen, gerade weil der Richter keinen hypothetischen Tarifparteiwillen bilden kann. Hier bleibt nur ein außerordentliches Kündigungsrecht, das die Änderungslast und die Änderungsverantwortung bei den Tarifvertragsparteien belässt. Allerdings hat der Erste Senat jüngst diesen Respekt vor der verfassungsrechtlich geschützten Tarifaufonomie aus Gründen der political correctness verloren und homosexuellen Lebenspartnern den Anspruch auf BAT-Ortszuschlag verschafft – nach Maßgabe eines neuen Auslegungstypus, der »Folgerichtigkeit«⁷⁸. Und so steht zu befürchten, dass auch ohne Tarifiergänzungsermächtigung im AGG die Gerichte für sich in Anspruch nehmen, besser als die Tarifparteien zu wissen, wie ein vernünftiger diskriminierungsfreier Tarifvertrag aussieht. Dass die Gleichheit der Feind der Freiheit ist, gilt auch im Tarifrecht. Dass die Arbeitsgerichte nach der Rolle des Ersatzgesetzgebers diejenige der Ersatztarifpartei ergreifen, ist für manche folgerichtig.

Diskriminierungskontrolle von Tarifverträgen, etwaige Beanstandung und womögliche Tarifiergänzung erfolgen typischerweise in Individualverfahren zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die Tarifparteien sind nicht beteiligt und können zum Diskrimi-

76 Nahezu unstreitig ist dies für bewusste Regelungslücken, dem entspricht auch die st. Rspr. des BAG: 10. 11. 1982 – 4 AZR 109/80, BAGE 40, 345 = AP Nr. 69 zu §§ 22, 23 BAT 1975 = EzBAT §§ 22, 23 BAT D2 VergGr VIIb Nr 2; 23. 9. 1981 – 4 AZR 569/79, BAGE 36, 218 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Lehrer/Dozenten = DB 1982, 608.

77 BAG 23. 9. 1981 – 4 AZR 569/79, BAGE 36, 218 = AP Nr. 19 zu § 611 BGB Lehrer/Dozenten = DB 1982, 608; 6. 2. 1985 – 4 AZR 155/83, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge: Textilindustrie = EzA § 4 TVG Textilindustrie Nr. 1 = DB 1985, 1481; Wank, in: Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 815.

78 BAG 29. 4. 2004 – 6 AZR 101/03, BAGE 110, 277 = AP Nr. 2 zu § 26 BAT = NZA 2005, 57; dazu Ingrid Schmidt, Lebenspartnerschaftsgesetz und öffentlicher Dienst – Zum Dominoeffekt eines Antidiskriminierungsgesetzes, Festschrift für Hellmut Wißmann, 2005, S. 80 ff.

nierungsvorwurf Stellung nur nehmen, soweit sie über die Prozessvertretung beteiligt sind.

Bindungswirkung für andere Verfahren oder Gerichte entfaltet weder die Beurteilung der Diskriminierung, noch die Bestimmung eines alternativen Inhalts. Ein und derselbe Tarifvertrag könnte demnach vor dem einen Richter als wirksam gelten und vor dem anderen nicht; der eine Richter greift zu jener Anpassung, der andere beurteilt die Frage anders. Selbst derselbe Arbeitgeber könnte sich verschiedenen Inhalten desselben Tarifvertrages ausgesetzt sehen. Ob die Diskriminierungskontrolle zum BAG getrieben wird, hängt nicht von den Tarifparteien ab.

Die Gefahr divergierender Tariferkenntnis durch verschiedene Spruchkörper ist zwar nicht neu. Doch erfasst das Rechtsmittelprivileg in § 64 Abs. 3 Nr. 2 lit. b ArbGG mit der Tarifauslegung schon nicht die Diskriminierungskontrolle, da diese die Kontrolle der Rechtmäßigkeit einer Tarifnorm⁷⁹ darstellt und nicht ihre Auslegung; einen erleichterten Zugang zur Revisionsinstanz gibt es in Tarifsachen nicht mehr. Vor allem aber: Das Verbot der Altersdiskriminierung ist im deutschen Rechtssystem eine neue Rechtsidee. Deren Folgen sind nicht abschätzbar.

b) Verfahren zur Feststellung einer Diskriminierung

Man sollte erwägen, die Wirksamkeit des Tarifvertrages in einem Verbandsverfahren nach § 9 TVG zu klären – in dem die Tarifparteien ihrerseits notwendig beteiligt sind.

Dies ist jedoch ebenfalls nicht unproblematisch. Die Verbandsklage ist bislang als kontradiktorisches Verfahren ausgestaltet. Wie der Vierte Senat konsequent feststellt, muss daher eine Tarifvertragspartei die umstrittene Regelung für gültig und die andere Partei sie für ungültig halten, andernfalls fehlt es an einem Feststellungsinteresse⁸⁰. Wird ein gemeinsam ausgehandelter Tarifvertrag gegen Diskriminierungsvorwürfe verteidigt, wird es am Streit zwischen den Tarifparteien oft fehlen, weil beide davon ausgehen, keine Diskriminierung zu verantworten.

Abhilfe ist in zwei Schritten denkbar. Zum einen könnte man die Gültigkeitskontrolle im Verfahren nach § 9 TVG vom kontradiktorischen Verfahren in ein Beschlussverfahren überleiten – in augenscheinlicher Parallele zur Feststellung von Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit nach § 97 ArbGG. In der Sache geht es in allen Fällen um eine Feststellung mit Wirkung gegenüber Dritten. Das setzt die Tarifvertragsparteien in die Lage, unabhängig von einem konkreten Streit zwischen ihnen die Wirksamkeit eines Tarifvertrages, dem von dritter Seite Diskriminierung vorgehalten wird, rechtssicher feststellen lassen zu können. In einem zweiten Schritt könnten solche Tarifvertragskontrollverfahren zentralisiert werden, indem – wiederum in Parallele zu § 97 Abs. 5 ArbGG – diese Frage durch eine Aussetzungspflicht dem Individualprozess entzogen wird.

79 Diese muss von der Auslegung einer Tarifnorm unterschieden werden, BAG 25. 4. 1996 – 3 AZR 316/95 (A), AP Nr. 10 zu § 76 ArbGG 1979 = EzA § 76 ArbGG 1979 Nr. 6 = NZA 1997, 231.

80 BAG 30. 5. 2001 – 4 AZR 387/00, BAGE 98, 42 = AP Nr. 64 zu § 256 ZPO 1977 = NZA 2002, 228.

c) Rechtsfolge einer Diskriminierung

Neben diesem zentralen, ersten Problem, wie eine Diskriminierung rechtssicher festgestellt werden kann, stellt sich die zweite Frage, welche Rechtsfolge der Diskriminierungsvorwurf im Tarifvertrag haben soll.

(1) Angleichung nach oben

Insofern sind bislang zwei Modelle denkbar: einmal die automatische Unwirksamkeit mit Angleichung nach oben, wie sie der EuGH in Diskriminierungsfällen⁸¹ – auch für Tarifverträge⁸² – bislang fordert. Diese Lösung mag zwar im Sinne der Diskriminierungsoffer liegen, die so eine bestmögliche Diskriminierungsabwehr erfahren, sie belastet aber das Tarifvertragssystem erheblich. Die Angleichung nach oben führt dazu, dass die typische Rollenverteilung in Tarifaueinandersetzungen nicht mehr gilt: Normalerweise liegt das Unwirksamkeitsrisiko bei derjenigen Seite, die eine Änderung der sonst geltenden Regeln begehrt. Insbesondere in Entgeltfragen trägt mithin die Gewerkschaft das Unwirksamkeitsrisiko; die Arbeitgeberseite muss das Risiko tragen, dass Tarifregelungen, die dispositives Gesetzesrecht abbedingen, unwirksam sind.

Eine Angleichung nach oben führt nun dazu, dass allein die Arbeitgeberseite das Risiko der Diskriminierung, insbesondere nach dem Alter, trägt und dieses Rechtsrisiko nicht zwischen beiden Seiten verteilt ist. Das wirkt sich doppelt aus: Präventiv müssen Arbeitgeber bei einer differenzierenden Ausgestaltung tariflicher Regelungen versuchen, der Gewerkschaft jede Regelung »auszureden«, die in die gefährliche Nähe einer Diskriminierung rückt. Die Arbeitgeberseite hat Interesse an einem gewissen *Sicherheitsabstand*. Diese Prävention wird deutlich, wenn etwa die Gewerkschaft eine Regelung, die ältere Arbeitnehmer begünstigt, durch Arbeitskampf durchsetzen will. Ist diese Regelung als Diskriminierung unzulässig, hätte die Arbeitgeberseite nur geringe Chancen, den Arbeitskampf im Verfügungsverfahren abzuwehren. Die Arbeitgeberseite müsste den Streik durchstehen, auch, um die Diskriminierung abzuwehren. Umgekehrt könnte die gewerkschaftliche Strategie sogar darin liegen, eine Diskriminierung auszuhandeln, um bei der anschließenden Tarifkontrolle die Angleichung nach oben als »Nachschlag« geltend machen zu können.

Das Problem zeigt sich deutlicher, wenn einmal festgestellt ist, dass ein Tarifvertrag eine unzulässige Altersdiskriminierung enthält. Denn die Angleichung nach oben sorgt dafür, dass die Arbeitgeberseite bei der Gewerkschaft »erbitten« muss, dass die beanstandete Regelung beseitigt oder abgesenkt wird. Ganz unabhängig davon, ob die zugrunde liegende Regelung nichtig ist oder nicht, sorgt doch die Angleichung nach oben dafür, dass vor dem Inkrafttreten einer diskriminierungsfreien Nachfolgeregelung eine spezifische Antidiskriminierungs-Nachwirkung des Tarifvertrages greift, die die Verhandlungslast den Arbeitgebern auferlegt.

81 ».. finanzielle Wiedergutmachung ... muss ... angemessen in dem Sinne sein, dass sie ... die durch die diskriminierende Entlassung tatsächlich entstandenen Schäden ... in vollem Umfang (ausgleicht).« EuGH 2. 8. 1993, Rs. C-271/91 – *Marshall II*, Slg. 1993, I-4367 = EuZW 1993, 706 = ZEuP 1995, 646.

82 EuGH 27. 6. 1990, Rs. C-33/89, Slg. I 1990, 2591 = AP Nr. 21 zu Art. 119 EWG-Vertrag = NZA 1990, 771.

Die einseitige Zuweisung des Verstoßrisikos ist zudem mit dem Antidiskriminierungsschutzkonzept nicht kompatibel. Denn die Sanktionen – und damit auch die Unwirksamkeit – müssen einen Anreiz zu diskriminierungsfreien Regeln auslösen.

Noch deutlicher als aus Art. 17 der RL 2000/78/EG, der eine wirksame und abschreckende Sanktion vorschreibt, wird dies aus dem Erwägungsgrund 35 der Richtlinie, der dies ausdrücklich auf einen Verstoß gegen eine Verpflichtung aus der Richtlinie bezieht. Gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen aber die Tarifvertragsparteien, die eine diskriminierende Regelung vereinbaren und nicht erst der Arbeitgeber, der eine solche anwendet. Eine wirksame und vor allem abschreckende Sanktion »für den Fall, dass gegen die Richtlinie verstoßen wird« muss daher bei den Tarifvertragsparteien ansetzen.

Die einseitige Belastung nur einer Tarifpartei mit den Unwirksamkeitsfolgen ist kontraproduktiv (weil sich die Diskriminierung für die andere Seite lohnen kann) und dysfunktional (weil der Vertragsmechanismus ein gemeinsames Interesse an der Diskriminierungsfreiheit verlangt – insoweit geht es um eine gemeinsame Verantwortung der Tarifpartei und nicht um einen Abgleich gegenläufiger Interessen).

Auch wenn man dieses Risiko für neue Tarifverträge (systemwidrig) den Arbeitgebern auferlegen wollte, wird dies augenscheinlich ungerecht bei der Anpassung der bislang geltenden Tarifwerke an das neue Antidiskriminierungsrecht. Man stelle sich etwa vor, ein bislang geltender Tarifvertrag differenziert nach Dienstjahren in der Besoldung oder Vergütung (sogleich 4. a). Mit Inkrafttreten des Antidiskriminierungsschutzes wird dieser Tarifvertrag unzulässig, weswegen die Arbeitgeberseite in den Verhandlungen mit der Gewerkschaft einen Preis dafür bezahlen muss, um den Tarifvertrag an das neue Antidiskriminierungsrecht anzupassen. Augenscheinlich wird das im öffentlichen Dienst bei den Ländern, die sich der Neuordnung des BAT bislang verweigert haben. Sie werden dies damit bezahlen müssen, dass der bei ihnen weiterhin geltende »alte« BAT eine Angleichung nach oben erfährt.

Dass eine solche Angleichung nach oben für Tarifverträge nicht passt, hat schon das bisherige Gesetzgebungsverfahren zum ADG-E gezeigt, doch hat man dort versucht, den Teufel mit dem Beelzebub auszutreiben, indem den Gerichten der Eingriff in den Tarifvertrag und seiner Anpassung zu einem diskriminierungsfreien Ergebnis erlaubt worden ist (dazu 3. a).

(2) Anpassung durch die Tarifvertragsparteien

Der Weg des Verfassungsgerichtes, aus Respekt vor dem demokratischen Gesetzgeber ein Gesetz zwar wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG als verfassungswidrig zu erklären, es jedoch nicht zu kassieren, um die Ausgestaltung einer Neuregelung dem Gesetzgeber zu überlassen, ist nicht ohne weiteres übertragbar. Denn die bipolare Struktur der tariflichen Normsetzung führt dazu, dass auch eine solche Anpassungslast immer zum Vorteil der einen und zum Nachteil der anderen Seite gereicht. Zudem müsste entschieden werden, was nach Ablauf einer etwaigen Anpassungsfrist gelten soll, und welche Sanktionen dann greifen.

Richtig ist jedoch, dass die Anpassung einer unzulässig differenzierenden Regelung von den Tarifvertragsparteien vorgenommen werden muss, weil nur sie in der Lage sind, eine *mittlere* Regelung zu finden, die einerseits (anders als die automatische Angleichung nach oben) nicht zu einer schädlichen Lohnkostenlast führt, die aber andererseits auch nicht zu einer Angleichung nach unten führen kann, weil das dem Diskriminierungs-

schutz zuwiderliefe. Ausweg kann nur eine solche Lösung sein, die beiden Tarifvertragsparteien ein Interesse an einer diskriminierungsfreien Neuregelung auferlegt.

(3) Haftung für diskriminierende Tarifverträge

Hierzu muss nach *spezifischen Sanktionen für (diskriminierende) Tarifvertragsparteien* gefragt werden. Denn der Sanktionsmechanismus zu Lasten der Arbeitgeber ist europarechtlich darin begründet, dass effektive Sanktionen Diskriminierung verhindern sollen. Insofern stellt sich die Frage, ob ein effektiver Antidiskriminierungsschutz nicht eine Sanktion gegenüber den Tarifparteien fordern muss, damit diese im ureigensten Interesse auf diskriminierungsfreie Tarifverträge achten. Insofern geht es um eine »Haftung für Tarifunrecht«.

Als Sanktionen lassen sich – wie sonst auch – zwei Fälle denken: Eher theoretisch ist der Fall, dass Tarifvertragsparteien vom Staat eine Strafzahlung, etwa ein Bußgeld wegen diskriminierender Tarifverträge auferlegt wird. Praktischer könnte ein Strafschadensersatz zugunsten der Diskriminierungsopfer werden. Insofern ließe sich insbesondere daran denken, dass die Belastungen des einzelnen Arbeitgebers durch eine Angleichung nach oben jeweils hälftig bei den Tarifvertragsparteien geltend gemacht werden können. Das wirft im Einzelnen weitere Folgeprobleme auf, nämlich inwieweit die Tarifparteien auch für die Nutzung ihrer Tarifregelungen außerhalb der normativen Tarifgeltung gegenüber Mitgliedern in Anspruch genommen werden können. Dies wäre für die Fälle der Allgemeinverbindlichkeitserklärung, § 3 Abs. 2 TVG und bei Bezugnahmen zu klären.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Tarifvertragsparteien in diesen Fällen zwar nicht unmittelbar die Wirkung ihrer Regelungen beschließen, aber – um in den hier relevanten Kategorien zu bleiben – zumindest auf Seite des Wissenselementes sicher davon ausgehen können, dass auf ihren Abschluss in Arbeitsverträgen Bezug genommen werden wird. Daher erscheint jedenfalls eine anteilige Haftung gegenüber dem Arbeitgeber angemessen.

Schließlich ist neben der hälftigen Teilung im Einzelfall auch eine genauere Differenzierung nach dem Verschulden der Tarifvertragsparteien denkbar. Dabei könnte berücksichtigt werden, wer die diskriminierende Regelung eingebracht und sie eventuell durch die Drohung mit Arbeitskampfmaßnahmen maßgeblich beförderte. Im Regelfall ist jedoch von einer hälftigen Teilung auszugehen.

Statt eines Anspruches diskriminierter Arbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber kommt auch ein Anspruch direkt gegen die Tarifvertragsparteien als Gesamtschuldner in Betracht – zumindest wenn der Tarifvertrag aufgrund seiner normativen Wirkung gilt. Es stellt sich doch die Frage, durch wen der Arbeitnehmer diskriminiert wird. Durch den Arbeitgeber, der selbst durch einen Verbandsaustritt nicht mit sofortiger Wirkung verhindern könnte, dass die diskriminierende Regelung auf das Arbeitsverhältnis einwirkt? Oder nicht vielmehr direkt durch die Tarifvertragsparteien, deren Feder die Regelung entsprang⁸³?

83 Ähnliche Überlegungen lassen sich auch für diskriminierende Betriebsvereinbarungen aufstellen: Hier könnte das europarechtliche Effizienzgebot dazu führen, dass eine persönliche Haftung der Betriebsratsmitglieder angenommen werden muss, um einen wirksamen Diskriminierungsschutz zu gewährleisten.

Ohne solche Sanktionen tragen letztlich die Arbeitgeber die Verantwortung dafür, dass Bestimmungen, die von ihnen zwar angewandt, aber von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden ausgehandelt wurden, diskriminierungsfrei sind. Die Arbeitgeber würden so zu einer Art Diskriminierungsaufsicht über die Tarifverträge berufen, obwohl die tarifgebundenen Arbeitnehmer mit Blick auf den Tarifvertrag ihrer Gewerkschaft viel näher stehen. Ein solcher Mechanismus ist kaum als eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion im Sinne des Art. 17 der Richtlinie zu bezeichnen.

4. Einzelne Tarifregelungen

Diskriminierungen aufgrund des Merkmals Alter finden sich in Tarifverträgen (noch) sehr häufig. Typische sollen im Folgenden untersucht werden.

a) Leistungsbezogenes Entgelt

Ein leistungsbezogenes Entgelt könnte eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters darstellen, da mit dem Alter – zumindest in vielen Berufsfeldern – die Leistungsfähigkeit typischerweise abnimmt⁸⁴. Dies würde bedeuten, dass nur Zeitentlohningssysteme sich nicht gegenüber der Altersdiskriminierung rechtfertigen müssen. Dieses Verständnis lässt jedoch die Natur des Arbeitsvertrages als Austauschvertrag außer Acht.

Die Arbeitsleistung ist die im Synallagma stehende Verpflichtung des Arbeitnehmers, nicht bloß seine Zeit. Es wäre grotesk, wenn ein Fußballverein einen Sportler aufgrund altersbedingter Leistungsschwächen nicht anders bezahlen dürfte als zuvor. Daher ist jede leistungsbezogene Vergütung schon aufgrund des zentralen Leistungszwecks des Arbeitsvertrages gerechtfertigt.

b) Senioritätsentlohnung

Tarifverträge, die die Lohnhöhe in Altersstufen staffeln, stellen eine unmittelbare Diskriminierung dar. Man könnte sie zwar als Festlegung von Mindestanforderungen an das »Alter für den Zugang für bestimmte, mit der Beschäftigung verbundene Vorteile« ansehen und versuchen, sie somit über § 10 Nr. 2 AGG-E bzw. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 b der Richtlinie zu rechtfertigen. Es fehlt aber an einer Rechtfertigung für eine solche Ungleichbehandlung⁸⁵.

Staffelungen der Lohnhöhe nach dem Lebensalter sind vor allem in den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes und in der Luftfahrt zu finden. Hier ergibt sich für die Länder ein Problem, die sich der BAT-Neuordnung verweigern.

In der Privatwirtschaft spielen sie eine untergeordnete Rolle. Bei den gewerblichen Arbeitnehmern wird – sofern vorhanden – die höchste Gehaltsstufe in der Regel bereits im Alter von 18 bis 21 Jahren erreicht, bei den Angestellten in der Privatwirtschaft noch

⁸⁴ Ob dies wirklich schon mit 40 Jahren einsetzt, wie es die umstrittene Äußerung vom baden-württembergischen Ministerpräsidenten *Oettinger* nahe legt, sei an dieser Stelle dahingestellt. Die grundsätzliche Tatsache, dass ab einem gewissen Alter in jedem Beruf mit Leistungsabnahmen zu rechnen ist, ist offensichtlich.

⁸⁵ *Löwisch/Caspers/Neumann*, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 34; *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80, 88; *Linsenmaier*, RdA Sonderbeilage Heft 5, 22, 29.

vor dem 30. Lebensjahr⁸⁶. Aus diesem Grund ist es in der Privatwirtschaft nur selten erforderlich, sich mit dem Argument auseinander zu setzen, dass eine hohe Leistung bei geringer Bezahlung im mittleren Lebensalter durch hohe Bezahlung bei geringerer Leistung im fortgeschrittenen Alter kompensiert wird⁸⁷. Im Ergebnis verhilft diese Argumentation jedenfalls nicht zu einer Rechtfertigung, da eine der individuellen Leistung angepasste Bezahlung ein einfacheres Mittel ist, das zudem nicht ältere Arbeitnehmer benachteiligt.

Selbst eine geringe Differenzierung bis zum Alter von 21 Jahren lässt sich kaum rechtfertigen. Im Zusammenhang mit § 27 BAT wird als Begründung für die Differenzierung auf die steigende Dienst- wie auch Lebenserfahrung verwiesen⁸⁸. Beide Argumente vermögen nicht, die Diskriminierung zu rechtfertigen. Als Maßstab für die Dienst- oder Berufserfahrung ist das Lebensalter nicht geeignet. Hierfür kann direkt auf das Dienstalter oder die Berufszugehörigkeit zurückgegriffen werden. Die Lebenserfahrung ist als Rechtfertigung ebenso ungeeignet. Sieht man in ihr mehr als das bloße Lebensalter, lässt sie sich kaum und schon gar nicht pauschal anhand des Alters bestimmen. Andernfalls ist die Lebenserfahrung aber lediglich ein anderer Begriff für das Lebensalter – und kann nicht als Rechtfertigung für eine Diskriminierung aufgrund desselben herangezogen werden⁸⁹.

Andere Tarifverträge staffeln Verdienststufen nach der Berufserfahrung⁹⁰. Wie bereits dargestellt, ist eine solche Differenzierung eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters. Zur Rechtfertigung oben I.1.a. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei einfachen Tätigkeiten die höchste Entgeltstufe schnell erreicht werden muss, um die tatsächliche Leistungssteigerung widerzuspiegeln, während bei komplizierten Tätigkeiten, insbesondere solchen, die auch Personalführung und -management umfassen, die Entgeltstufen zeitlich weiter gestreckt werden können. Gerade bei einfachen Tätigkeiten kommen daher eher Einarbeitungsabschläge als Entgeltabstufungen in Betracht.

c) Verdienstsicherungen

Verdienstsicherungen garantieren den Beschäftigten, dass sie ab einem bestimmten Lebensalter und einer gewissen Betriebszugehörigkeit ihren bisherigen Verdienst beibehalten. Eine solche Regelung stellt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Merkmals Alter dar. Sie ist aber als besondere Bedingung der Entlohnung älterer Arbeitnehmer durch ein rechtmäßiges Ziel der Beschäftigungspolitik gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG zu rechtfertigen. Die Verdienstsicherung will gerade ausschließen, dass ältere Arbeitnehmer aufgrund nachlassender Leistungsfähigkeit fi-

⁸⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2004, S. 36.

⁸⁷ Wiedemann/Thüsing, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, 1234, 1241.

⁸⁸ Dassau/Wiesend-Rothbrust, BAT, § 27, Rn. 1.

⁸⁹ Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 88.

⁹⁰ Beispiele nennt Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 35.

nanzielle Nachteile erleiden⁹¹. Ob sie dieses Ziel erreicht, erscheint hingegen fraglich, da ältere Arbeitnehmer durch solche Regelungen auch in ihrem Arbeitsplatz bedroht werden⁹².

Deswegen ist es eine wesentliche Frage, ob dieser ökonomische Bumerang-Effekt für die Eignung und die Verhältnismäßigkeit einer solchen, ältere Arbeitnehmer begünstigenden Schutzvorschrift zu berücksichtigen ist. Klassische Rechtskontrolle ist rechtsgeschäftlich-inhaltsbezogen und nicht wirkungsbezogen. Doch ist der Diskriminierungsschutz seit jeher und insbesondere in seinem europäischen Geltungsfundament gerade umgekehrt wirkungsbezogen und weniger regelungsbezogen. Dies zeigt sich deutlich an der Einbeziehung von mittelbarer Diskriminierung, die sich gerade darüber definiert, dass eine neutrale Regelung sich diskriminierend auswirkt. Deswegen sind solche ökonomischen, also *mittelbaren* Folgen differenzierender Regelungen bei der Diskriminierungsbeurteilung ebenso zu berücksichtigen.

In diesem konkreten Fall hilft diese Überlegung aber nicht viel weiter. Denn die konkrete Wirkung zu Lasten der älteren Arbeitnehmer lässt sich nicht exakt bestimmen. Insofern bleiben grundsätzlich nur Schätzungen anhand des gesunden Menschenverstandes. Eine Rechtfertigung der Verdienstsicherung bedarf jedenfalls keiner ausdrücklichen Gestattung im deutschen Umsetzungsgesetz⁹³.

d) Arbeitszeit

Einige Tarifverträge enthalten sog. Altersfreizeitregelungen. Dabei wird ab einem bestimmten Lebensalter die wöchentliche Stundenzahl reduziert, ohne den Lohn entsprechend zu kürzen. Auch eine solche Regelung ist je nach Ausgestaltung grundsätzlich nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG als besondere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung zum Schutz älterer Menschen zu rechtfertigen⁹⁴. Auch sie bewirkt jedoch, dass die synallagmatische Beziehung zwischen Lohn und Leistung im Alter auseinander fällt; genauer: dass nach Alter unterschiedlich bezahlt wird.

Insbesondere die jüngsten Arbeitszeitkompromisse im öffentlichen Dienst können keinen funktionalen Zusammenhang zwischen Lebensalter und Arbeitszeitdifferenzierung zur Rechtfertigung nachweisen. Erforderlich ist ein konkreter Zusammenhang zwischen individueller Schutzbedürftigkeit und Arbeitszeitdifferenzierung..

e) Urlaub

Die Tarifverträge für rund 36 % aller Arbeitnehmer differenzieren die Dauer des Erholungsurlaubs nach dem Lebensalter der Arbeitnehmer. Bei weiteren 5 % ist eine Kombination aus Lebensalter und Betriebszugehörigkeit maßgebend. Für 6 % aller Arbeitnehmer bestimmt sich die Urlaubsdauer ausschließlich nach der Betriebszugehörigkeit und 53 % unterfallen einer einheitlichen Urlaubsregelung⁹⁵.

⁹¹ So auch *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 20, 29.

⁹² *Boecken*, Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden?, Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag in Bremen 1998, S. B 148 ff.

⁹³ A. A. *Löwisch/Caspers/Neumann*, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 38.

⁹⁴ *Waltermann*, NZA 2005, 1265, 1269.

⁹⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2004, S. 63.

Somit liegt bei 41 % aller Beschäftigten eine Diskriminierung aufgrund des Merkmals Alters vor. Je nach Umfang lässt sie sich aber über Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG rechtfertigen, da der zusätzliche Erholungsurlaub dem Ausgleich der nachlassenden Leistungsfähigkeit und einem gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Menschen dient⁹⁶. Beschäftigungspolitisch ist jedoch auch eine solche Regelung ein Nachteil für ältere Menschen.

In diesem Fall ist eine mittelbare Diskriminierung über das Merkmal *Betriebszugehörigkeit* oder *Berufserfahrung* keine bessere Lösung. Es erscheint nicht sachlich gerechtfertigt, die Besserstellung an die Berufserfahrung anzuknüpfen, weil die persönliche Leistungsfähigkeit unmittelbar mit dem Alter, nicht jedoch mit der Erfahrung im Beruf zusammenhängt. Daher ist beim Erholungsurlaub eine mittelbare Diskriminierung nicht zu rechtfertigen, obwohl eine unmittelbare Diskriminierung gerechtfertigt ist. Hiervon sind 6 % aller Arbeitnehmer betroffen.

f) Altersgrenzen

Altersgrenzen haben in der bisherigen Diskussion um die Altersdiskriminierung eine große Rolle gespielt⁹⁷. Die Richtlinie führt in ihrem Erwägungsgrund 14 aus, dass sie die einzelstaatlichen Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand nicht berührt. Dennoch nimmt sie Altersgrenzen nicht von ihrem Anwendungsbereich aus. Vielmehr lassen diese sich unter »Entlassungsbedingungen« im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. c subsumieren. Ein bloßer Erwägungsgrund kann den Anwendungsbereich einer Richtlinie nicht einschränken, so dass die Richtlinie auch auf Altersgrenzen Anwendung findet⁹⁸. Der Erwägungsgrund bewirkt jedoch, dass Regelungen über eine Altersgrenze einem weniger strengen Rechtfertigungsmaßstab unterliegen⁹⁹.

§ 10 Nr. 5 AGG-E hält eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Alters für zulässig, wenn sie die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsehe, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann. Ob der Gesetzgeber von der Richtlinie zu einer solchen Ausnahme ermächtigt ist, ist umstritten¹⁰⁰. Angesichts des Erwägungsgrundes 14, der bei der Auslegung des Umsetzungsspielraumes zu berücksichtigen ist, ist eine derartige Regelung

⁹⁶ Waltermann, NZA 2005, 1265, 1269.

⁹⁷ Schlachter, Altersgrenzen angesichts des gemeinschaftlichen Verbots der Altersdiskriminierung, Gedenkschrift Blomeyer, 2003, S. 355; Waltermann, Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand und arbeitsrechtliche Altersgrenzen, Gedenkschrift Blomeyer, 2003, S. 495; Zöllner, Altersgrenzen beim Arbeitsverhältnis jetzt und nach Einführung eines Verbots der Altersdiskriminierung, Gedenkschrift Blomeyer, 2003, S. 517.

⁹⁸ Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 85.

⁹⁹ Ähnlich Zöllner, Gedenkschrift Blomeyer, 2003, S. 517, 530.

¹⁰⁰ Für die Rechtmäßigkeit sprechen sich aus Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 45; Zöllner, Altersgrenzen beim Arbeitsverhältnis jetzt und nach Einführung eines Verbots der Altersdiskriminierung, Gedenkschrift Blomeyer, 2003, S. 517, 526; Högenauer, Die europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht, 2002, S. 240; a. A. Waltermann, NZA 2005, 1265, 1270, der dies zwar gut begründet, dabei aber nicht auf die Auslegung anhand der Erwägungsgründe eingeht; Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 87 die Zweifel an der Legitimität des Ziels einer festen Altersgrenze äußern; Wiedemann/Thüsing, NZA 2002, 1234, 1239.

europarechtskonform. Im Vergleich zur bisher geltenden Rechtsprechung wird sich keine Änderung ergeben¹⁰¹. Die Maßstäbe, die die Rechtsprechung für besondere Altersgrenzen, wie zum Beispiel für Piloten, entwickelt hat¹⁰², genügen auch den Anforderungen einer Rechtfertigung gemäß Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie bzw. § 8 Abs. 1 des AGG-E als besondere berufliche Anforderung¹⁰³. Allerdings wäre der Gesetzgeber gut beraten, solche Höchstaltersgrenzen ausdrücklich zuzulassen. Sonst droht nämlich ein Umkehrschluss aus dem Katalog des § 10 AGG-E.

Angreifbar sind Altersgrenzen allenfalls unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit. Insofern wird man zwei Dinge festhalten können: Wenn man die Altersgrenze zum Schutz der älteren Arbeitnehmer vor eigener Leistungsunfähigkeit für gerechtfertigt hält, ist sie in der Tat eine unverhältnismäßige Reaktion, weil sie demjenigen Arbeitnehmer, der noch leistungsfähig ist, die Weiterbeschäftigung versperrt. Insofern könnte man an einen Weiterbeschäftigungsanspruch oder einen Verlängerungsanspruch denken, der als milderer Mittel geboten ist. Das zweite Problem liegt darin, dass die Altersgrenze eine sozialpolitische Bedeutung hat: Die älteren Arbeitnehmer sollen den jüngeren Platz machen. Inwiefern diese sozialpolitische Erwägung Altersgrenzen tragen kann, ist durchweg problematisch. Denn der grundsätzliche Diskriminierungsschutz räumt jedem Arbeitnehmer unabhängig von seinem Alter das gleiche individuelle Recht auf Teilhabe am Erwerbsleben und auf Zugang zu Arbeitsverhältnissen ein. Eine Norm, die die Altersdiskriminierung von Arbeitnehmern im Rentenalter, etwa bei Einstellungen erlaubt, ist augenscheinlich unverhältnismäßig. Insofern lässt sich fragen, ob eine Altersgrenze, die dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz automatisch und strikt und ausnahmslos nimmt, nicht ebenso unverhältnismäßig ist.

g) Mindestalter

Soweit ersichtlich, kommen Mindestaltersgrenzen in der Privatwirtschaft kaum vor. Sie können sich aber mittelbar über staatliche Vorschriften ergeben. So wird durch Gesetz ein Mindestalter zur Führung bestimmter Fahrzeuge, auch als Berufskraftfahrer, vorgeschrieben¹⁰⁴. Sie lassen sich nach der Richtlinie 2000/78/EG gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2b rechtfertigen, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen. Zumeist dürften sie dazu dienen, eine gewisse Lebenserfahrung und Reife bei einem Bewerber voraussetzen zu können. Wie zuvor ausgeführt, ist Lebenserfahrung aber kein taugliches Kriterium, das sich anhand des Alters bestimmen lässt – wenn es mehr bedeuten soll als das Lebensalter selbst. Daher verstoßen solche Bestimmungen gegen das Diskriminierungsverbot¹⁰⁵. Etwas anderes ist

101 So auch Waltermann, NZA 2005, 1265, 1267.

102 BAG 25. 2. 1998 – 7 AZR 641/96, BAGE 88, 118 = AP Nr 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt = NZA 1998, 715 = SAE 1999, 143 mit Anm. Oetker; 20. 2. 2002 – 7 AZR 748/00, BAGE 100, 292 = AP Nr 18 zu § 620 BGB Altersgrenze = NZA 2002, 789.

103 Linsenmeier, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 20, 32.

104 Geregelt in § 10 Fahrerlaubnisverordnung: Das Mindestalter für Fahrzeuge der Klasse D beträgt gemäß Abs. 1 21 Jahre. Berufskraftfahrer können gemäß Abs. 3 auch schon mit 20 Jahren die Fahrerlaubnis erwerben, müssen die erforderliche körperliche und geistige Eignung aber in diesem Fall durch Vorlage eines medizinisch-psychologischen Gutachtens nachweisen. Mindestalter ist damit auch für Berufskraftfahrer 20 Jahre.

105 Relevant wird dies vor allem für den öffentlichen Dienst.

wiederum eine mittelbare Diskriminierung durch das Erfordernis einer (bestimmten) Berufserfahrung, zum Beispiel Führungsverantwortung. Sofern diese für den auszuübenden Beruf tatsächlich erforderlich ist, bestehen gegen diesbezügliche Mindestanforderungen keine Bedenken.

h) Tarifliche Unkündbarkeit

Viele Tarifverträge enthalten Kündigungsverbote für ältere Arbeitnehmer. Diese knüpfen zumeist an ein bestimmtes Lebensalter und eine gewisse Betriebszugehörigkeit an. Solche Bestimmungen sind zwar eine unmittelbare Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer, sie könnten aber gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2 a der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt sein, da sie eine Bestimmung über die Entlassung zum Schutz älterer Arbeitnehmer darstellen. In der Form, die die Rechtsprechung solchen Kündigungsverböten gegeben hat, verletzen sie nicht das Diskriminierungsverbot¹⁰⁶.

Dies wurde auch im AGG ausdrücklich festgestellt. § 10 Nr. 7 AGG-E sieht eine Ausnahme für individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarungen der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit vor, soweit dadurch nicht der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 des Kündigungsschutzgesetzes grob fehlerhaft gemindert wird. Um diesen Gedanken Rechnung zu tragen, könnten Tarifvertragsparteien Regelungen treffen, die eine Einbeziehung unkündbarer Arbeitnehmer in die Sozialauswahl unter bestimmten Umständen und mit einem »Unkündbarkeits«-Bonus vorsehen¹⁰⁷.

Entscheidend ist letztlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung jeder einzelnen Unkündbarkeitsbestimmung mit Blick auf die ökonomischen Folgen. Jedenfalls in denjenigen Tarifgebieten, in denen schon nach kurzer Betriebszugehörigkeit Unkündbarkeit erworben wird, wird niemand einen älteren Arbeitnehmer einstellen. Man denke nur an Baden-Württemberg, wo nach dem dortigen Metalltarif nach nur drei Jahren Betriebszugehörigkeit und ab einem Lebensalter von 53 Jahren Unkündbarkeit erreicht wird¹⁰⁸. Für den Arbeitgeber ist somit schon die Einstellung eines 50-jährigen ein riskantes Spiel. Die Vorschrift verhindert solche Einstellungen und wirkt deshalb diskriminierend.

i) Kündigungsfristen

Teilweise werden die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB durch Tarifverträge zugunsten älterer Arbeitnehmer modifiziert. Dies dient dazu, älteren Arbeitnehmern ausreichend Zeit zu geben, um sich nach einer Kündigung eine neue Stelle suchen zu können und somit ihrem Schutz. Unverhältnismäßig erscheint dies nicht.

j) Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder

Auf den ersten Blick stellen Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder keine Altersdiskriminierung dar. Hält man sich jedoch die Mitgliederstruktur der Gewerkschaften vor Au-

¹⁰⁶ Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 51.

¹⁰⁷ Waltermann, NZA 2005, 1265, 1269.

¹⁰⁸ § 4.4 der Manteltarifverträge für Beschäftigte in der Metallindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden, Südbaden und Südwürttemberg/Hohenzollern vom 14. 6. 2005.

gen¹⁰⁹, führen solche Vorteile in den meisten Fällen zu einer Begünstigung älterer Arbeitnehmer. Es könnte sich daher um eine mittelbare Altersdiskriminierung handeln. Dagegen sprechen jedoch zwei Überlegungen: Zum einen ist es legitimes Interesse einer Organisation, ihre Mitglieder zu vertreten. Dies kann auch den Gewerkschaften niemand verweigern. Zum anderen steht es Arbeitnehmern aller Altersklassen offen, in die Gewerkschaft einzutreten. Sie haben es daher selbst in der Hand, an den erstrebten Vorteilen zu partizipieren. Solange beides gewährleistet ist, ist zumindest die faktisch durch Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder entstehende mittelbare Diskriminierung gerechtfertigt.

IV. Bedeutung für die Tarifpolitik

Auch wenn nach unserer Auffassung manche Fälle der Altersdifferenzierung in Tarifverträgen nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, liegt es im Interesse der Tarifvertragsparteien, vor allem solche Regelungen zu ersetzen, die nicht ausdrücklich im Umsetzungsgesetz als zulässig bezeichnet werden. Es ist schwer zu prognostizieren, wie die Gerichte mit den allgemeinen Rechtfertigungen umgehen werden. Insbesondere durch die derzeit geplanten Diskriminierungsfolgen entsteht die Gefahr für den Arbeitgeber, alle Beschäftigten mit dem nach Auffassung des Gerichts zu Unrecht Begünstigten gleichstellen zu müssen. Für den Fall einer Lohnstaffelung bedeutet das nichts anderes, als dass alle Arbeitnehmer nach der höchsten Lohnstufe zu bezahlen sind. Unkündbarkeitsregelungen auf alle Arbeitnehmer zu erstrecken, befördert die außerordentliche Kündigung.

1. Abbau von Schutzvorschriften

Ein weiterer Grund spricht für einen Abbau der Schutzvorschriften zugunsten älterer Arbeitnehmer in Tarifverträgen: der Schutzgedanke. Nachdem bisher danach gefragt wurde, welche der vorhandenen Regelungen zum vermeintlichen Schutz der Arbeitnehmer noch mit dem Diskriminierungsverbot aufgrund des Merkmals Alter zu vereinbaren ist, sollte nun auch umgekehrt gefragt werden, welche Maßnahmen zur Förderung der Beschäftigung von älteren Arbeitnehmern möglich und rechtmäßig sind.

Der zuletzt genannte Punkt der Kündigungsfristen wirft exemplarisch ein Problem des gesamten Schutzes älterer Arbeitnehmer auf. Weil ältere Arbeitnehmer länger brauchen, um eine neue Anstellung zu finden, dient es ihrem Schutz, die Kündigungsfristen zur Kündigung solcher Arbeitnehmer zu verlängern. Letztlich führt aber möglicherweise genau die gleiche, längere Kündigungsfrist dazu, dass der nach Arbeit suchende ältere Arbeitnehmer länger braucht, um eine neue Anstellung zu finden. Einige Arbeitgeber werden ihn vielleicht nicht einstellen, weil ihnen eine über die Frist des § 622 Abs. 2 BGB hinausgehende Kündigungsfrist zu unflexibel erscheint. Anders gewendet: Der besondere Schutz älterer Arbeitnehmer ist eventuell gar nicht erforderlich, wenn es

¹⁰⁹ Hierzu ausführlich bereits: Wolf (Hrsg.), *Alter und gewerkschaftliche Politik. Auf dem Weg zur Rentnergewerkschaft?*, 1994.

den Schutz älterer Arbeitnehmer nicht mehr gibt. Beziehungsweise: Der Schutz älterer Arbeitnehmer macht den Schutz älterer Arbeitnehmer erst erforderlich.

Die Gesamtheit der zuvor behandelten Regelungen (zu denen noch weitere gesetzliche Schutzvorschriften hinzukommen) wirft daher die Frage auf, ob sie wirklich ältere Menschen insgesamt eher schützt. Zwar kommen die verschiedenen Regelungen dem einzelnen Arbeitnehmer zugute, der einen Arbeitsplatz hat und zusätzlich die Vorteile von verbessertem Kündigungsschutz, Verdienstsicherung, mehr Urlaubstagen, Altersfreizeit etc. erhält. Älteren Arbeitsuchenden hingegen macht es dieser Schutz oft schwer, einen Arbeitsplatz zu erhalten¹¹⁰.

Aber nicht nur Arbeitsuchende sind durch den gutgemeinten Schutz älterer Arbeitnehmer benachteiligt. Ein wirtschaftlich denkender Unternehmer muss seine Arbeitnehmer entlassen, bevor sie von den zahlreichen Regelungen profitieren und so das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auseinander fällt. Wer ältere Arbeitnehmer daher wirklich schützen möchte, muss das Auseinanderfallen von Leistung und Gegenleistung im Alter eher verhindern als es weiter voranzutreiben.

Diese Forderung wendet sich gerade auch an Tarifvertragsparteien, die kontraproduktiven Senioritätsregelungen zu beseitigen¹¹¹. Einer solchen Bereinigung der Tarifverträge steht insbesondere nicht Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG entgegen, da diese Vorschrift lediglich den Mitgliedstaaten untersagt, anlässlich der Umsetzung der Richtlinie das Schutzniveau abzusenken.

Wohlgemerkt: Es geht um den Abbau von Schutzvorschriften, nicht die Schaffung neuer Diskriminierungen. Diese sind selbstverständlich demnächst am Diskriminierungsverbot zu messen. Anders als zum Beispiel die Regelung des § 14 Abs. 3 TzBfG sollen nicht Nachteile geschaffen werden, um Vorteile auszugleichen, sondern die Vorteile abgeschafft werden. Unter Diskriminierungsgesichtspunkten kann dieses Verhalten sogar geboten sein.

2. Besondere Regelungen für ältere Arbeitnehmer, insbesondere Einstiegslohne

Selbst wenn die Tarifvertragsparteien konsequent Besserstellungen von älteren Arbeitnehmern aus ihren Verträgen entfernen, bleiben die gesetzlichen Ungleichbehandlungen zugunsten älterer Arbeitnehmer bestehen. Um Arbeitgebern dennoch Beschäftigungsanreize für ältere Menschen zu geben, muss man daher auch prüfen, ob nicht die gezielte Benachteiligung (zuvor arbeitsloser) älterer Menschen geboten ist. Der EuGH hat in der *Mangold*-Entscheidung ausdrücklich festgehalten, dass rechtliche Benachteiligungen älterer Menschen zulässig seien, wenn diese deren Chancen auf dem Arbeitsmarkt verbessern. Auf diese Rechtfertigung können sich nicht nur der Staat, sondern auch die Tarifvertragsparteien berufen.

Insbesondere könnten die Tarifvertragsparteien vereinbaren, den Einstiegslohn älterer Arbeitnehmer unter dem sonst geltenden Tariflohn anzusetzen, wie dies teilweise auch schon bei Jugendlichen oder Langzeitarbeitslosen der Fall ist. Eine solche Ausgestaltung stellt zwar eine Benachteiligung dar, dient aber gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a der Eingliederung

110 Boecken, Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden?, Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag in Bremen 1998, S. B 150.

111 Boecken, Fn. 110, S. B 151.

rung von älteren Arbeitnehmern und ist – sofern es sich um moderate Abschlüsse handelt – als Anreiz zur Einstellung auch angemessen und erforderlich. Dass die Richtlinie den Gegensatz zwischen Schutz und Förderung älterer Arbeitnehmer ebenfalls sieht, zeigt sie in Art. 6 Abs. 1 lit. a am Ende. Gerechtfertigt ist demnach, was die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten fördert *oder* ihren Schutz sicherstellt. Nachdem bisher hauptsächlich der Schutz älterer Menschen im Vordergrund der Rechtfertigungen für Diskriminierung steht, können solche Maßnahmen ihrer Förderung dienen und somit ebenfalls gerechtfertigt sein – zumindest solange sie gesetzlichen Besserstellungen älterer Menschen gegenüberstehen.

Da solche Maßnahmen dazu dienen, die Benachteiligungen älterer Arbeitsuchender durch fehlgeleitete Schutzvorschriften auszugleichen, ist sogar daran zu denken, sie als positive Maßnahmen gemäß Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie zu rechtfertigen. Dafür fehlt aber wohl derzeit die Einsicht, dass der Schutz älterer Arbeitnehmer sich in der Mehrzahl der Fälle wider die Geschützten wendet¹¹². Wie anders ist es zu erklären, dass die Arbeitslosenquote im Jahr 2000 für Beschäftigte ansteigt, je älter sie werden: bei den 55– bis 60-jährigen beträgt sie 18,7 %, bei den über 60-jährigen sogar 21 %, während sie im Vergleich bei allen jüngeren Jahrgängen bei 12 % liegt¹¹³.

Darin liegt jedoch die Chance bei der Umsetzung des Diskriminierungsverbotes: Das Erfordernis einer Rechtfertigung für jede (also auch für eine begünstigende) Regelung, die an das Alter anknüpft, kann zu einer grundsätzlichen Diskussion über die Frage führen, ob ein hoher Schutzstandard überhaupt mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar ist und ob nicht die angestrebten Ziele besser mit Förderungs- denn mit Schutzmaßnahmen zu erreichen sind.

V. Verpflichtung des Gesetzgebers

Die wichtigen Entscheidungen zur Altersdifferenzierung und -diskriminierung hat jedoch der Gesetzgeber zu treffen. Auch er muss seine Besserstellungen älterer Arbeitnehmer auf den Prüfstand stellen und auf einen hohen Schutzstandard für Ältere verzichten. Der Gesetzgeber könnte ein strenges Antidiskriminierungsrecht erlassen und vor allem von den Ausnahmemöglichkeiten der Richtlinie nicht Gebrauch machen. Dies hätte gegenüber einer Regelung durch die Tarifvertragsparteien den Vorteil, dass eine schnelle, bundeseinheitliche Regelung nur so erreicht werden kann. Zudem betreffen die Fragen nach dem zulässigen Maß der Altersdiskriminierung alle Arbeitnehmer und nicht bloß solche, die in Gewerkschaften vertreten sind. Auch für Fragen der Arbeitsplatzverteilung zwischen den Generationen sind die Tarifvertragsparteien nur beschränkt legitimiert. Das zeigt sich nicht zuletzt an der Mitgliederstruktur der Gewerk-

112 Dazu *Hanau*, Schranken zwingenden gesetzlichen Arbeitsrechts, in: Kohte/Dörner/Anzinger (Hrsg.), Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Hellmut Wißmann, 2005, S. 27.

113 Zahlen aus *Löwisch/Caspers/Neumann*, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 12.

schaften. Sie ist stark überaltert¹¹⁴ und führt schon zu einem strukturellen Hang zur Altersdiskriminierung durch die Gewerkschaften im Interesse ihrer Mitglieder.

Ein zukunftsfähiger Ausgleich zwischen den Generationen im Arbeitsrecht muss daher vom Gesetzgeber geleistet werden. Wenn er hierzu ein schlüssiges Gesamtkonzept verfolgt, sind einzelne Regelungen, die Ältere besser oder schlechter stellen, gerechtfertigt. In ihrer Gesamtheit müssen sich jedoch Vor- und Nachteile sowohl aus beschäftigungspolitischer als auch aus diskriminierungsrechtlicher Sicht ausgleichen.

VI. Zusammenfassung

Das Verbot der Altersdiskriminierung – als allgemeiner Grundsatz des Europarechts oder aus einer noch umzusetzenden Richtlinie – stellt alle Beteiligten des Arbeitsrechts vor große Herausforderungen. Es geht zwar etwas weit, wenn man angesichts der zu erwartenden Änderungen wieder davon spricht, dass im Arbeitsrecht »kein Stein auf dem anderen bleiben« werde¹¹⁵. Das Verbot der Altersdiskriminierung wird aber das Arbeitsrecht in Deutschland verändern.

Zunächst ist der Gesetzgeber gefordert. An ihm liegt es, die Ausgestaltung des Verbots der Altersdiskriminierung in Deutschland dem EuGH aus den Händen zu nehmen und ein praxistaugliches Umsetzungsgesetz zu schaffen. Wichtiger als die häufig geforderte 1:1-Umsetzung der Richtlinie ist dabei die Ausgestaltung der von der Richtlinie offen gelassenen Fragen. Der Gesetzgeber muss Stellung beziehen, welche Unterscheidungen aufgrund des Alters künftig zulässig sein sollen und welche er als verbotene Diskriminierung ansieht. Je ungenauer er diese Entscheidung trifft, um so mehr Aufmerksamkeit ist bei der Frage erforderlich, wem er das Risiko einer diskriminierenden Regelung aufbürdet. Dabei sind auch die Tarifparteien in die Verantwortung zu nehmen.

Die Tarifvertragsparteien ihrerseits dürfen diese Entscheidungen des Gesetzgebers nicht erst abwarten, bis sie die Tarifverträge auf eine Altersdiskriminierung hin überprüfen. Dadurch, dass der Gesetzgeber die gesamte Zeit der (verlängerten) Umsetzungsfrist ausschöpfen wird, bleiben ihm europarechtlich kaum Spielräume, um Übergangsfristen im Umsetzungsgesetz einzuführen. Auch wenn die Bedeutung der *Mangold*-Entscheidung noch nicht geklärt ist, drängt dies die Tarifparteien zu zusätzlicher Eile.

Bei der inhaltlichen Überprüfung der Tarifverträge werden sich Begünstigungen älterer Arbeitnehmer vielfach nicht halten lassen. Da eine Anhebung der Arbeitsbedingungen aller Arbeitnehmer auf dieses Niveau nicht in Betracht kommt, müssen auch Verschlechterungen für Ältere hingenommen werden. Dies ist letztlich in ihrem eigenen Interesse, da ihre Arbeitskraft damit wieder konkurrenzfähiger wird.

114 Siehe Fn. 109.

115 So Nicolai, DB 2005, 2641, 2642.