

Schlachter-Voll, Monika

**Book**

## Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien: Gutachten

HSI-Schriftenreihe, No. 10

**Provided in Cooperation with:**

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Schlachter-Voll, Monika (2014) : Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien: Gutachten, HSI-Schriftenreihe, No. 10, ISBN 978-3-7663-6389-3, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303086>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

**Gutachten**

**Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der  
Tarifvertragsparteien**

von

Prof. Dr. Dr. h. c. Monika Schlachter  
Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der  
Europäischen Union (IAAEU)  
Universität Trier

Februar 2014



# Vorwort

Das Verbot der Altersdiskriminierung spielt durch seine unionsrechtliche Verankerung in der Rechtspraxis eine zunehmend große Rolle. Immer häufiger finden sich daher auch tarifvertragliche Regelungen auf dem altersdiskriminierungsrechtlichen Prüfstand.

Gegenstand dieses Gutachtens sind aktuelle tarifvertragliche Regelungen zum Sonderkündigungsschutz und zur Verdienstsicherung, die den besonderen Schutzbedürfnissen von älteren Beschäftigten Rechnung tragen. Die Verfasserin arbeitet fundiert heraus, dass diese Regelungen einer Überprüfung am Verbot der Altersdiskriminierung standhalten. Ein besonderes Gewicht komme bei der Rechtfertigung dieser Regelungen dem kollektivvertraglichen Entstehungszusammenhang zu.

Wir sind sicher, dass das Gutachten die Diskussion um Zulässigkeit von tarifvertraglichen Regelungen zum Schutz von älteren Beschäftigten maßgeblich beeinflussen wird.



Dr. Thomas Klebe  
(Leitung HSI)



Prof. Dr. Marlene Schmidt  
(Leitung HSI)



Dr. Johannes Heuschmid  
(Stellv. Leitung HSI)



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	7
I. Einleitung.....	13
II. Das Diskriminierungsverbot und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien .....	15
1. Vorgaben des Unionsrechts .....	15
a) Verbot der Altersdiskriminierung im Primärrecht .....	15
aa) Altersdiskriminierung im Primärrecht .....	16
bb) Adressaten der Verbote.....	18
cc) Interpretation des Adressatenbegriffs.....	20
b) Verbot der Altersdiskriminierung im Sekundärrecht.....	24
aa) Unmittelbare Diskriminierung .....	24
bb) Mittelbare Diskriminierung .....	25
cc) Rechtfertigung .....	27
(1) Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG: tatbestandsausschließende Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung.....	28
(2) Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG: Ausnahme für notwendige Maßnahmen zur Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung, des Gesundheits- schutzes und des Schutzes von Rechten Dritter.....	29
(3) Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG: Ausnahme für wesent- liche und entscheidende berufliche Anforderungen ...	30
(4) Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG: besondere Rechtferti- gungsgründe für die Altersdiskriminierung .....	31
(a) Legitime Ziele .....	32
(b) Angemessene Mittel.....	34
(5) Art. 7 RL 2000/78/EG: positive Maßnahmen als Ausnahme vom Diskriminierungsverbot.....	36
2. Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien, Art. 28 GRC .....	39
a) Gewährleistung des Rechts auf Kollektivverhandlungen.....	40
b) Inhalt des Grundrechts.....	42
aa) Grundrechtsverpflichtete .....	43

bb) Sachlicher Schutzbereich.....	46
cc) Persönlicher Schutzbereich.....	47
dd) Schranken des Grundrechts.....	47
3. Vorgaben des nationalen Rechts.....	50
a) Grundgesetz .....	51
aa) Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien.....	51
bb) Art. 3 GG .....	52
cc) Art. 12 GG .....	56
dd) Art. 9 GG – Zusammenhang von Gleichbehandlung und Tarifautonomie.....	57
b) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.....	58
aa) Rechtfertigung altersdiskriminierender Bestimmungen, § 10 AGG.....	59
bb) Inhalt der Rechtfertigungsgründe .....	59
cc) Anwendungsbereich der Rechtfertigungsgründe.....	61
4. Verhältnis der Regelungsebenen zueinander .....	62
5. Rechtsfolgen der Verwendung diskriminierender Klauseln .....	64
a) Die zivilrechtlichen Schadensersatz-/Entschädigungs- ansprüche, § 15 AGG.....	65
b) Unwirksamkeit benachteiligender Bestimmungen, § 7 Abs. 2 AGG.....	67
<b>III. Tarifregelungen zum Schutz älterer Arbeitnehmer .....</b>	<b>72</b>
1. Sonderkündigungsschutz älterer Arbeitnehmer .....	72
a) Kündigungsschutzrechtliche Zulässigkeit tariflicher Unkündbarkeitsklauseln .....	73
aa) Zwingender Charakter der Sozialauswahl.....	74
bb) Fehlende Ausnahmebestimmung.....	76
b) Diskriminierungsrechtliche Zulässigkeit tariflicher Unkündbarkeitsklauseln .....	78
aa) Überprüfbarkeit der Tarifnorm am Diskriminierungs- verbot.....	79
bb) Altersbedingte Benachteiligung.....	80
cc) Rechtfertigung.....	81
(1) Legitime Ziele .....	82
(a) Bei der Differenzierung nach dem Lebensalter ....	82
(aa) Einwände gegen fortbestehenden Schutzbedarf.....	83
(bb) Einwände gegen eine Regelung durch Tarifvertrag.....	84

(b) Bei der Differenzierung nach der Betriebszugehörigkeit .....	85
(2) Verhältnismäßigkeit der Mittel.....	86
(a) Eignung und Erforderlichkeit.....	86
(b) Angemessenheit .....	88
(aa) Einwände gegen die Kombination von Alter/Betriebszugehörigkeit .....	88
(bb) Einwände gegen ein „absolutes“ Schutzniveau.....	89
(cc) Parallelwertung zu § 10 S. 3 Nr. 7 AGG a. F.	90
(3) Positive Maßnahme? .....	91
2. Verdienstsicherung für ältere Arbeitnehmer .....	93
a) Altersbedingte Benachteiligung.....	93
b) Rechtfertigung .....	94
aa) Legitime Ziele .....	94
bb) Verhältnismäßigkeit der Mittel .....	97
cc) Positive Maßnahme? .....	100
<b>IV. Gesamtergebnis .....</b>	<b>101</b>
<b>Anhang: Tarifliche Rechtsquellen .....</b>	<b>103</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>105</b>



# I. Einleitung

Seit jeher ist die Beschäftigungsquote bei älteren Arbeitnehmern im Vergleich zu den jüngeren Beschäftigten deutlich niedriger; zugleich sind die Älteren überdurchschnittlich häufig arbeitslos, wenn sie nicht vorzeitig in den Ruhestand wechseln. Beides ist für die Finanzierbarkeit staatlicher Altersversorgungssysteme problematisch, da einer niedrigeren Zahl von Beitragsleistenden eine wachsende Zahl von Leistungsempfängern gegenübersteht. Deshalb haben Gesetzgeber auf nationaler wie auf EU-Ebene eine verstärkte Beschäftigung älterer Arbeitnehmer gefordert. Die Dringlichkeit der Ausweitung der Beschäftigungsquote der älteren Erwerbsbevölkerung wird noch weiter dadurch verstärkt, dass aufgrund der demographischen Entwicklung immer weniger junge Menschen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen (siehe unter III. 1. b cc).

Für die Tarifparteien stellt dieser Befund eine Aufforderung zur innovativen Gestaltung des notwendigen Wandels dar. Gerade in Kollektivverträgen kann nämlich die Perspektive der betroffenen älteren Beschäftigten besser berücksichtigt werden, um ihre Beschäftigung zu fördern ohne ihre Gesundheit und Leistungsfähigkeit zu verschleißen. Dazu müssen die branchen- oder berufsspezifischen Arbeitsbedingungen darauf überprüft werden, ob sie trotz eines altersbedingt zunehmenden Regenerations- und Erholungsbedarfs bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze erfüllt werden können. Wo dies nicht gewährleistet ist, kommt eine Anpassung besonders belastender Bedingungen an die Situation älterer Beschäftigter ebenso in Betracht wie Maßnahmen zum Erhalt oder der Förderung ihrer Beschäftigungsfähigkeit. Um die Beschäftigungsquote älterer Arbeitnehmer zu erhöhen, setzt das Arbeitsrecht häufig altersbezogene Sonderregelungen ein, durch die ältere Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis gegenüber jüngeren Kollegen besser gestellt werden.

Solche Regelungen wurden von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung lange Zeit nur am nationalen Verfassungsrecht gemessen, insbesondere an der von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit. Durch die Europäische Grundrechtecharta (GRC) und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie RL 2000/78/EG sind auf europarechtlicher Ebene aber wichtige Regelungen samt der dazu erfolgten Rechtsprechung des EuGH zum Verbot der Altersdiskriminierung hinzugekommen, die auch bei der Rechtsanwendung auf nationaler Ebene Beachtung verlangen. Seither wird die Wirksamkeit bestehender tariflicher Regelungen zum Schutz älterer Arbeitnehmer angezweifelt; entsprechend stellt sich für

die Tarifvertragsparteien die Frage, wie ihr durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteter Gestaltungsspielraum bei der Schaffung von altersbezogenen Tarifvertragsregelungen ausgefüllt werden kann, ohne gegen das Verbot der Altersdiskriminierung zu verstoßen. Vorliegend sollen zunächst die rechtlichen Vorgaben zur Altersdiskriminierung auf Unionsebene und nationaler Ebene betrachtet und das Verhältnis beider Regelungsebenen zueinander dargestellt werden. Anschließend werden konkrete tarifvertragliche Beispiele aus der Praxis auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verbot der Altersdiskriminierung untersucht.

## **II. Das Diskriminierungsverbot und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien**

Das Verbot der Altersdiskriminierung ist in der Union und den Mitgliedstaaten in verschiedenen Rechtsquellen verankert, deren Zusammenwirken noch nicht in allen Einzelheiten geklärt ist. Umso weniger eindeutig sind die Grenzen, die es der Regelung von Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen setzen kann. Sie werden markiert durch eine grundsätzliche Pflicht der Kollektivvertragsparteien zur Beachtung von Diskriminierungsverboten einerseits, andererseits jedoch durch den Umstand, dass der Abschluss von Kollektivverträgen für die daran Beteiligten selbst Grundrechtsausübung bedeutet. Welche Auswirkungen dieses Zusammenspiel unterschiedlicher Regelungsebenen für die Gestaltungsfreiheit von Tarifverträgen in den Mitgliedstaaten hat, soll nachfolgend näher diskutiert werden.

### **1. Vorgaben des Unionsrechts**

#### **a) Verbot der Altersdiskriminierung im Primärrecht**

Die Kompetenzgrundlage für die Entwicklung geeigneter Vorkehrungen gegen Diskriminierung bietet Art. 19 AEUV; damit sollte der Union ermöglicht werden, ihre Verpflichtung auf die Achtung von Menschenwürde und Rechtsstaatlichkeit (Art. 2 EUV) auch im Bereich der Gleichbehandlung einzuhalten. Zahlreiche Antidiskriminierungsrichtlinien basieren auf dieser Ermächtigungsgrundlage, einschließlich der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie RL 2000/78/EG, die ausdrücklich die Altersdiskriminierung verbietet. Aufgabe dieser Richtlinie ist es, zugleich die einschlägige Bestimmung der Grundrechtecharta (GRC) zu konkretisieren, wie auch das Verbot der Altersdiskriminierung als Allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, wie ihn die Rechtsprechung entwickelt hatte.<sup>1</sup> Um diesen bereits erreichten Grundrechtsschutzstandard nicht zu schmälern, bleiben auch nach Inkrafttreten der GRC zum 1. 12. 2009 (Vertrag von Lissabon) diese Allgemeinen Grundsätze anwendbar, die der EuGH aus

---

<sup>1</sup> EuGH, Urteil v. 26. 09. 2013, C-546/11 „Dansk Jurist – og Økonomforbund“ Rn. 40.

völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten und gemeinsamen Verfassungstraditionen entwickelt hatte,<sup>2</sup> einschließlich des Verbots der Altersdiskriminierung.<sup>3</sup> Das Verhältnis dieser beiden Rechtsquellen zueinander, die beide Bestandteile des Primärrechts bilden, war zunächst strittig.<sup>4</sup>

Insbesondere wegen der methodischen Kritik an seinen einschlägigen Entscheidungen betont der EuGH, dass sich der Inhalt des primärrechtlichen Allgemeinen Rechtsgrundsatzes nicht aus der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie speist. Daher sei der Vorwurf verfehlt, der Grundsatz sei lediglich entwickelt worden, um den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes aus der Rahmenrichtlinie bereits vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist zu eröffnen.<sup>5</sup> Diese Richtlinie könne den Bedeutungsgehalt des allgemeinen Grundsatzes zwar konkretisieren, sein Gehalt wird jedoch durch die zugrundeliegenden völkerrechtlichen Verträge und Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten bestimmt. Was die Konkretisierungsfunktion der Gleichbehandlungsrahmen-RL angeht, gilt damit für beide Primärrechtsquellen derselbe Maßstab.

#### **aa) Altersdiskriminierung im Primärrecht**

Das Primärrecht der Union basiert auf den völkerrechtlichen Verträgen zur Gründung bzw. Abänderung der Union, die von den Mitgliedstaaten unterzeichnet und ratifiziert worden sind. Es normiert ausdrücklich ein Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 21 GRC; die GRC nimmt gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV denselben Rang wie das Primärrecht ein. Inhaltlich verbietet diese Norm die Diskriminierung wegen des Alters, d. h. jede ungerechtfertigte Benachteiligung wegen irgendeines Alters, nicht nur eines besonders hohen oder besonders niedrigen Lebensalters ab einer konkreten Grenze. Eine derart umfassende Formulierung ist angesichts der weiten Verbreitung von altersbezogenen Regelungen im Rechtsbestand der Mitgliedstaaten als so problematisch empfunden worden, dass ihnen seinerzeit bereits für die Übernahme des Verbots aus der Rahmenrichtlinie eine verlängerte Umsetzungsfrist ermöglicht worden ist, in

---

<sup>2</sup> Vgl. *Skouris*, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 5, 25, 27; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (2011), Art. 19 AEUV Rn. 14.

<sup>3</sup> EuGH, Urteil v. 22. 11. 2005, C-144/04 „Mangold“ Rn. 74 f.; Urteil v. 19. 01. 2010, C-555/07 „Kücükdeveci“ Rn. 21 f.; Urteil v. 26. 09. 2013, C-476/11 „Kristensen“ Rn. 19.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010), Einl. Rn. 9 ff.

<sup>5</sup> Dies wird nicht zuletzt in der deutschen Rechtslehre so behauptet: *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz*, Mangold als ausbrechender Rechtsakt (2009), S. 11 ff.; *Preis*, NZA 2006, 401, 402; *Bauer/Arnold*, NJW 2006, 6, 9.

der das nationale Recht auf das Vorhandensein solcher Bestimmungen hätte überprüft und ihr Regelungsgehalt hätte angepasst werden können. Diese Option allein genügt jedoch nicht, da altersabhängige Regelungen in vielen Fällen nicht ersatzlos hätten gestrichen werden können, wenn ein damit verfolgter, im konkreten Fall sozialpolitisch erwünschter, Regelungszweck auf andere Weise nicht angemessen erreicht werden kann. In stärkerem Maße als bei anderen Diskriminierungsverboten stellt sich daher im Falle der Altersdiskriminierung das Problem einer dennoch zulässigen Differenzierung.

Im Primärrecht werden Ausnahmen von einer generellen Gewährleistung der Gleichbehandlung als Schranken des Diskriminierungsverbotes formuliert. Die GRC regelt einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen teilweise in den Grundrechtsgewährleistungen selbst, schafft aber auch allgemeine Schrankenregelungen in Art. 52 GRC. Danach müssen Grundrechtsbeschränkungen gesetzlich vorgesehen sein und dürfen in den Wesensgehalt der betroffenen Rechte nicht eingreifen. Zudem müssen sie die Verhältnismäßigkeit beachten, also notwendig sein für die Verwirklichung eines von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl förderlichen Ziels, oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Anderer tatsächlich erforderlich sein. Die Konkretisierung dieser allgemein gehaltenen Schranken erfolgt für das Verbot der Altersdiskriminierung durch die Rahmenrichtlinie.

Der vom Gerichtshof entwickelte allgemeine Rechtsgrundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung unterliegt im Wesentlichen denselben Voraussetzungen wie Art. 21 GRC, bei dessen Auslegung er dementsprechend zu berücksichtigen ist, vgl. Art. 52 Abs. 4 GRC. Seine Ableitung aus internationalen völkerrechtlichen Verträgen wie Art. 14 EMRK und Art. 26 Satz 2 IPBPR impliziert zwar, dass sich die Ermittlung von Umfang und Grenzen der Gewährleistung auch an der Interpretation dieser Bestimmungen orientieren kann. Da die internationalen Bestimmungen das Verbot der Altersdiskriminierung jedoch nicht ausdrücklich formulieren, sondern es erst im Wege der Auslegung aus dem Verbot der Benachteiligung wegen eines „sonstigen Status“ entwickelt wurde,<sup>6</sup> kann es nur in der Form, die es durch Auslegung gewonnen hat, zur Rechtskenntnisquelle geworden sein. Jede Präzisierung und Weiterentwicklung des Altersdiskriminierungsverbots auf völkerrechtlicher Ebene hat damit auch Bedeutung für den allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts.<sup>7</sup> Die notwendige Konkretisierung für eine praktische Anwendung des Grundrechts lässt sich damit derzeit nicht gewinnen, da es Richterrecht allenfalls über einen längeren Zeit-

---

<sup>6</sup> Peukert, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar (2009), Art. 14 EMRK Rn. 33.

<sup>7</sup> Heuschmid/Klebe, in: FS für Lörcher (2013), 336, 347.

raum gelingt, eine Generalklausel systematisch und umfassend zu konkretisieren. Im Ergebnis bleibt es daher auch für den allgemeinen Rechtsgrundsatz bei einer Konkretisierung durch die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG<sup>8</sup>.

Für die Überprüfung einer Regelung oder Maßnahme am Verbot der Altersdiskriminierung bedeutet dies, dass die Anforderungen von Primärrecht und Richtlinie prinzipiell parallel laufen. Damit wird allerdings nicht impliziert, dass der gesamte Inhalt einer Richtlinie in die Gewährleistungen des Primärrechts hineinzulesen ist. Ihre in einigen Fällen sehr konkreten Vorgaben besitzen nicht automatisch Grundrechtscharakter, ebenso wenig wie jede zu Spezialfragen der Richtlinienumsetzung ergangene Auslegung des EuGH. Nur insoweit ein Grundrecht ohne Konkretisierung nicht operationalisierbar ist, kann dafür auf einschlägiges Sekundärrecht zurückgegriffen werden. Ansonsten bleibt das Primärrecht der Prüfungsmaßstab für die Wirksamkeit von Richtlinien, statt durch diese inhaltlich beliebig abgeändert werden zu dürfen.

#### **bb) Adressaten der Verbote**

Die Grundrechte der GRC binden die Organe der Union selbst sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union, Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC. Eine Verantwortung der Mitgliedstaaten setzt mithin eine „Durchführung“ des Unionsrechts voraus; nur in diesem Fall muss der Mitgliedstaat bei seinen Regulierungen oder Maßnahmen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung beachten. Gegebenenfalls sind die Rechtsanwender einschließlich der Gerichte gehalten, nationales Recht im Rahmen des methodisch Möglichen so auszulegen, dass diese Entsprechung hergestellt wird. Gelingt dies nicht, wird das nationale Recht dadurch zwar nicht nichtig, aber unanwendbar, um den Vorrang des Unionsrechts zu verwirklichen (siehe hierzu II.5.). Eine „Durchführung des Unionsrechts“ ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Mitgliedstaat das Unionsrecht selbst anwendet oder umsetzt. Der häufigste Anwendungsfall bildet die Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht,<sup>9</sup> bei der ein Mitgliedstaat die Ziele der Union gewissermaßen als deren „Agent“ (agency situation) durchführt: Richtlinien sind hinsichtlich ihrer Ziele für die Mitgliedstaaten verbindlich, belassen ihnen aber einen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der zur Zielerreichung im nationalen Recht jeweils geeigneten Mittel. In Ausfüllung dieses Spielraums wird der Mitgliedstaat zur

---

<sup>8</sup> EuGH, Urteil v. 26. 09. 2013, C-476/11 „Kristensen“ Rn. 19.

<sup>9</sup> EuGH, Urteil v. 27. 06. 2006, C-540/03 „Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union“ Rn. 71 und 104 ff.; *Waltermann*, EuZA 2010, 541, 548 f.; a. A.: *Thüsing*, ZIP 2010, 199, 200.

Verwirklichung der Ziele der Union tätig, wenn er sein nationales Recht an deren Vorgaben anpasst.

Aber auch in den Fällen, in denen der Staat eine Anpassungsmaßnahme unterlässt, weil er von der Unionskompatibilität der bestehenden Rechtslage ausgeht, liegt eine Durchführung des Unionsrechts vor. Dass ein bereits vorhandenes Gesetz als hinreichend zur Umsetzung der Regelungsziele angesehen wird, kann diese Normen nicht von der Pflicht entbinden, die Vorgaben der GRC zu beachten. Der Entstehungszeitpunkt der relevanten Norm ist für die Grundrechtsbindung mithin bedeutungslos. Stattdessen kommt es darauf an, dass sich der zur Überprüfung anstehende (altersdiskriminierende) Sachverhalt nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie zugetragen hat.

Auf diese Fälle wird die Bindung der Mitgliedstaaten an die GRC nach überwiegender Ansicht jedoch nicht beschränkt, um nicht hinter den bereits vor Inkrafttreten der Charta etablierten Rechtszustand zurückzufallen. Der EuGH hatte die Mitgliedstaaten zuvor nämlich bereits dann als gebunden erachtet, wenn die zur Überprüfung anstehende mitgliedstaatliche Norm „in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ fällt.<sup>10</sup> Mit dieser Formel sollte in erster Linie die Bedeutung der Grundfreiheiten der Union gestärkt werden: Sobald mitgliedstaatliche Regelungen die Grundfreiheiten des Unionsrechts begrenzen, ihre Wirksamkeit also vom EuGH an den geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen der Grundfreiheiten überprüft werden, geraten sie in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.<sup>11</sup> Mittlerweile gelten auch andere Bezüge zum Unionsrecht als geeignet, dessen „Anwendungsbereich“ zu vermitteln.<sup>12</sup> Ausreichend dafür ist bereits, wenn eine mitgliedstaatliche Maßnahme eine vom Unionsrecht zugelassene Ausnahmebestimmung in Anspruch nimmt, oder dass irgendeine materielle Bestimmung des Unionsrechts auf den Sachverhalt anwendbar ist.<sup>13</sup> Bei einer derart weitreichenden Auslegung steht zu erwarten, dass der Gerichtshof das gesamte materielle Unionsrecht als geeignet einstuft, diesen „Anwendungsbereich“ zu vermitteln.

In Übertragung dieser Grundsätze auf den Geltungsbereich der GRC müssen die Mitgliedstaaten auch die Grundrechte beachten, sobald ihre Maßnahmen entweder Grundfreiheiten oder Grundrechte einschränken. Diesen Ansatz hat

---

<sup>10</sup> EuGH, Urteil v. 19. 01. 2010, C-555/07 „Kücükdeveci“ Rn. 23; Urteil v. 26. 09. 2012, C- 476/11 „Kristensen“ Rn. 20.

<sup>11</sup> EuGH, Urteil v. 18. 06. 1991, C-260/89 „ERT“ Rn. 42.

<sup>12</sup> GA Sharpston, Schlussanträge v. 22. 05. 2008, C-427/06 „BSH“, Rn. 69.

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 26. 02. 2013, C-617/10 „AkerbergFransson“ Rn. 21; dazu auch Winter, NZA 2013, 473, 476.

der Gerichtshof zuletzt noch erweitert.<sup>14</sup> Die Anwendbarkeit der GRC auf alle „unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ wird nämlich dahingehend interpretiert, dass eine nationale Regelung nicht dadurch aus dem Anwendungsbereich des Unionsrechts herausfällt, dass sie „nicht zur Umsetzung der ... Richtlinie erlassen wurde.“<sup>15</sup> Dass die nationale Regelung Rechtsfolgen an ein Verhalten knüpft, das auch nach Unionsrecht verboten ist und die finanziellen Interessen der Union beeinträchtigt, kann den Anwendungsbereich bereits eröffnen.<sup>16</sup> Der letzte Aspekt besitzt Potential für ein sehr weitgehendes Verständnis dessen, was in diesen Anwendungsbereich fällt, da er anscheinend auf eine materielle Abgrenzung zielt: Erfasst wäre danach alles, was das Unionsrecht entweder regelt oder was die Effektivität dieser Regelungen beeinflussen kann.

Demgegenüber hat das BVerfG eine enge Interpretation dieser Entscheidung angemahnt,<sup>17</sup> die sich ausdrücklich dagegen wendet, dass bereits jeder sachliche Bezug einer Regelung „zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses“ genügen könnte, um die Mitgliedsstaaten an die GRC zu binden. Der hinzugefügte Hinweis auf einen anderenfalls drohenden „ultra-vires-Akt“ (ausbrechenden Rechtsakt) des EuGH zeigt, dass das BVerfG eine solche Interpretation als Grenzüberschreitung wertet. Im Ergebnis wird die Tendenz des Gerichtshofs zur extensiven Auslegung durch diese Intervention aber wohl nur wenig zurückgedrängt werden.

### cc) Interpretation des Adressatenbegriffs

Im Grundsatz richten sich die Vorgaben des Unionsrechts (an die Organe der Union selbst sowie) an die Mitgliedstaaten. An Privatpersonen richtet sich das Unionsrecht dagegen nur in besonderen Fällen. In einer Rechtsordnung, die Tarifverträge nicht als Ausübung hoheitlicher Gewalt einordnet, sondern als Ausdruck einer kollektiv ausgeübten Privatautonomie, handeln Tarifvertragsparteien bei Abschluss ihrer Kollektivverträge privatautonom.<sup>18</sup> Sie dürften daher zumindest im Grundsatz den Vorgaben des primären Unionsrechts nicht unterfallen. Dafür spräche sogar, dass der Union eine Kompetenz zur Regelung des Koalitionsrechts ausdrücklich verwehrt wird, Art. 153 Abs. 5 AEUV. Dies wird vielfach (missverständlich) dahingehend interpretiert, dass damit auch die

---

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 26. 02. 2013, C-617/10 „AkerbergFransson“ Rn. 19 ff.

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 26. 02. 2013, C-617/10 „AkerbergFransson“ Rn. 28.

<sup>16</sup> Winter, NZA 2013, 473, 476.

<sup>17</sup> BVerfG, Urteil v. 24. 04. 2013, 1 BvR 1215/07 Rn. 91.

<sup>18</sup> So für das deutsche Recht etwa Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie (2005), S. 91 ff., 156.

Befugnis zur Regelung des Tarifrechts ausgeschlossen werden sollte.<sup>19</sup> Tatsächlich hat die Rechtsprechung kollektive Regelungen für die Erbringung von Dienstleistungen aber bereits seit Langem auf die Beachtung bestimmter Teile des Primärrechts verpflichtet. Obwohl Tarifvertragsparteien selbst im weitesten Sinne nicht zu den direkt gebundenen staatlichen Einrichtungen zählen, werden sie im Ergebnis damit von einigen Vorgaben des Primärrechts erfasst.<sup>20</sup> Dass sie auch die Vorgaben von EU-Richtlinien, umgesetzt in mitgliedstaatliches Recht, zu beachten haben, könnte über ihre Berechtigung zur Setzung von Rechtsnormen in solchen Mitgliedstaaten erklärt werden, die Tarifverträgen normative Wirkung zuerkennen. Allerdings hat sich dafür keine der früher in Deutschland verbreiteten Delegationstheorie entsprechende Argumentation durchgesetzt. Verstünde man die Normwirkung von Tarifbestimmungen als Ausdruck staatlicher Hoheitsgewalt, die den Tarifparteien gemeinsam zur Ausübung übertragen worden ist,<sup>21</sup> wäre dies denkbar. Aus diesem Ansatz ließen sich sowohl eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifparteien wie auch eine unmittelbare Bindung an EU-Richtlinien herleiten, die nach Ablauf der Umsetzungsfrist bei unvollständiger oder unzureichender Umsetzung unmittelbare Wirkung gegenüber dem Staat und seinen Einrichtungen entfalten. Eine dahin gehende Argumentation hat der Gerichtshof jedoch nicht verfolgt, nicht zuletzt angesichts des Umstandes, dass Tarifwirkungen in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU unterschiedlich ausgestaltet worden sind. Stattdessen hat er den Unterschied zur staatlichen Normsetzung betont, da die Regelungen durch Tarifvertrag dadurch gekennzeichnet sind, dass *„die Sozialpartner bei der Wahrnehmung ihres in Art. 28 GRC anerkannten Grundrechts darauf geachtet haben, einen Ausgleich zwischen ihren jeweiligen Interessen festgelegt zu haben.“*<sup>22</sup>

Hier werden die staatliche und die tarifautonome Regelsetzung gerade nicht gleich gesetzt, sondern ein entscheidender Unterschied zwischen beiden hervorgehoben: staatliche Normsetzung erfolgt in den Worten der Entscheidung „Hennigs und Mai“ (a. a. O.) „einseitig“, also hoheitlich zur Durchsetzung staatlicher Politikziele, während tarifliche Normsetzung auf dem Ausgleich divergierender Interessen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite beruht. Tarifparteien können die konkreten Bedürfnisse ihrer Mitglieder besser bündeln und differenzierter miteinander zum Ausgleich bringen als der notwendig generalisierende Regeln schaffende Gesetzgeber. Damit ließe sich begründen, Tarifpar-

---

<sup>19</sup> Junker, ZfA 2009, 281; Krebber, in: Calliess/Ruffert (2011), Art. 153 AEUV Rn. 12; näher dazu noch S. 29.

<sup>20</sup> EuGH, Urteil v. 27. 10. 1993, C-127/92 „Enderby“ Rn. 21.

<sup>21</sup> BAG, Urteil v. 27. 05. 2004, 6 AZR 132/03 Rn. 24 ff.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH, Urteil v. 08. 09. 2011, C-297/10 und C-298/10 „Hennigs und Mai“ Rn. 66.

teien nicht parallel zum Staat und seinen Einrichtungen als Adressaten des Primärrechts einzuordnen, weil sie nicht hoheitlich („einseitig“), sondern wie Private durch Ausgleich divergierender Parteiinteressen handeln.

Der EuGH entscheidet sich allerdings weder für eine generelle Unionsrechtsbindung noch für eine generelle Freistellung von einer solchen Bindung, sondern differenziert zwischen den jeweiligen Anwendungsgebieten. Eine Bindung an Diskriminierungsverbote wurde bereits frühzeitig bejaht, konkret für den Entgeltgleichheitsgrundsatz aus Art. 157 AEUV. Der Normzweck dieser Bestimmung besteht in der Herstellung der Entgeltgleichheit „im Ergebnis“, und dies kann nur erreicht werden, wenn sie unmittelbarer Drittwirkung fähig ist.<sup>23</sup> In vielen Bereichen ist es ja nicht der (unmittelbar primärrechtsverpflichtete) Staat, sondern sind es private Arbeitgeber und/oder Tarifvertragsparteien, die benachteiligend wirkende Entgeltstrukturen schaffen; an diese muss sich das Gleichheitsgebot dann auch richten, wenn es seinen Zweck erfüllen soll. Dementsprechend sind auch Tarifparteien unmittelbar an Art. 157 AEUV gebunden.<sup>24</sup>

Eine vergleichbar auf Ergebnisgleichheit zielende Formulierung gibt es jedoch beim Verbot der Altersdiskriminierung nicht. Im Gegenteil eröffnet gerade dieses Verbot den Mitgliedstaaten einen besonders ausgeprägten Beurteilungsspielraum, um ihre jeweiligen nationalen Besonderheiten berücksichtigen zu können:

*Erwägungsgrund Nr. 25 Richtlinie 2000/78/EG: „Ungleichbehandlungen wegen des Alters können unter bestimmten Umständen jedoch gerechtfertigt sein und erfordern daher besondere Bestimmungen, die je nach der Situation der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein können“.*

Inwieweit das zu einer geringeren Kontrolldichte bei der Beachtung des Verbots der Altersdiskriminierung führt, hat der EuGH noch nicht abschließend herausgearbeitet. Unter Berufung auf Art. 16 Abs. 1 lit. b) RL 2000/78/EG hat er allerdings ausgeführt, dass Tarifverträge „ebenso wie Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ Richtlinienrecht zu beachten haben.<sup>25</sup> Das könnte im Sinne einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinienvorschriften auf Tarifverträge verstanden werden. Da Richtlinien jedoch stets an die Mitgliedstaaten gerichtet sind,

---

<sup>23</sup> EuGH, Urteil v. 08. 04. 1976, 43/75 „Defrenne II“ Rn. 30, 34 und 39; Urteil v. 07. 02. 1991, C-184/89 „Nimz“ Rn. 11; Urteil v. 27. 10. 1993, C-127/92 „Enderby“ Rn. 21; Urteil v. 28. 02. 2013, C-427/11 „Kenny“ Rn. 47.

<sup>24</sup> EuGH, Urteil v. 27. 06. 1990, C-33/89 „Kowalska“ Rn. 12.

<sup>25</sup> EuGH, Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“ Rn. 48; Urteil v. 07. 06. 2012, C-132/11 „Tyrolean Airways“ Rn. 22; Urteil v. 06. 12. 2012, C-152/11 „Odar“ Rn. 34.

könnte damit auch durchaus eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten gemeint sein, für eine gleichmäßige Beachtung der Richtlinienziele zu sorgen, unabhängig vom Durchführungsweg bei der Richtlinienumsetzung. Dann müsste keine technische Bindung der Tarifparteien an das Altersdiskriminierungsverbot angenommen werden, doch hätte jeder Mitgliedstaat für eine Beachtung des Verbots im nationalen Recht zu sorgen.

Parallele Argumente gab es bereits in früheren Entscheidungen aus dem Bereich der Geschlechterdiskriminierung, denen zufolge nationale Gerichte die Vorgaben des Unionsrechts durchführen müssen, gegebenenfalls auch durch unmittelbare Nichtanwendung diskriminierender Tarifbestimmungen, ohne eine Änderung der benachteiligenden Klauseln abzuwarten.<sup>26</sup> Danach obliegt es dem Mitgliedstaat, der die Durchführung der Umsetzung einer Richtlinie ganz oder teilweise den Tarifparteien überlässt, für einen richtlinienkonformen Zustand des nationalen Rechts zu sorgen. Er kann dies ex ante durch Schaffung entsprechender Vorgaben an die tariflichen Regelsetzer tun oder ex post durch Gewährleistung einer gerichtlichen Kontrolle der Auslegung und Anwendung von Tarifnormen.<sup>27</sup> Bei der Entscheidung über tarifliche Ansprüche muss das Gericht Tarifnormen im Rahmen eines vorhandenen Interpretationsspielraums richtlinienkonform auslegen; führt dies nicht zu einem unionsrechtskonformen Ergebnis, muss das Gericht die Vorgaben des Unionsrechts dennoch erfüllen, gegebenenfalls durch Nichtanwendung von Tarifbestimmungen oder von nicht auslegungsfähigen Bestimmungen im nationalen Umsetzungsgesetz.

Mitgliedstaatliche Rechtsakte oder Maßnahmen im Anwendungsbereich des Verbots der Altersdiskriminierung sind damit auf einer ersten Prüfungsstufe anhand der konkreten Regelungen der Richtlinie 2000/78/EG zu messen. Diese sind jedoch ihrerseits im Lichte des gesamten einschlägigen Primärrechts auszuwerten, also sowohl von Art. 21 GRC wie des allgemeinen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung. Während Art. 21 GRC dieses Verbot als ein spezielles Diskriminierungsverbot ausgestaltet, verstand der EuGH den allgemeinen Grundsatz zunächst als eine spezielle Ausprägung des Allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes,<sup>28</sup> der nunmehr ebenfalls im geschriebenen Primärrecht verankert ist, Art. 20, 21 GRC. Mittlerweile ist dies jedoch nicht mehr unverein-

---

<sup>26</sup> EuGH, Urteil v. 07. 02. 1991, C-184/89 „Nimz“ Rn. 20 f.; Urteil v. 20. 03. 2003, C-187/00 „Kutz-Bauer“ Rn. 72 ff.

<sup>27</sup> Vgl. die Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, demzufolge benachteiligende kollektivrechtliche Vereinbarungen oder Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses unzulässig sind.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil v. 22. 11. 2005, C-144/04 „Mangold“ Rn. 74; Urteil v. 19. 01. 2010, C-555/07 „Küçükdeveci“ Rn. 50.

bar, da beide Grundrechte letztlich eine Reaktion auch auf die „Mangold“-Entscheidung bedeuten; zudem können sie im konkreten Falle auch nebeneinander angewendet werden.

## **b) Verbot der Altersdiskriminierung im Sekundärrecht**

Die Konkretisierung des Diskriminierungsverbots für das Merkmal Alter leistet die RL 2000/78/EG, die diese Diskriminierungsform grundsätzlich denselben Regeln unterstellt wie die anderen geschützten Merkmale. Dass die erwähnten Besonderheiten dieses Merkmals auch spezifische Regelungen erfordern, wird neben dem o. a. Erwägungsgrund Nr. 25 insbesondere an der Einführung der Vorschrift des Art. 6 RL 2000/78/EG deutlich, die ein umfangreicheres Abweichen vom Unterscheidungsverbot wegen des Alters erlaubt als von Unterscheidungsverboten wegen anderer geschützter Merkmale.

### **aa) Unmittelbare Diskriminierung**

Als ersten allgemeinen Anwendungsfall untersagt die Richtlinie jede unmittelbare Diskriminierung, Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL 2000/78/EG, also die Anknüpfung einer belastend wirkenden Regelung oder Maßnahme unmittelbar an das geschützte Merkmal; davon ist jede Vereinbarung betroffen, der eine Altersgrenze zugrunde liegt, sofern irgendjemand durch diese Vereinbarung einem Nachteil ausgesetzt ist oder einen Vorteil nicht erhält. Festgestellt wird das Vorliegen eines Nachteils durch Vergleich mit einer anderen, realen oder hypothetischen Person, die aktuell, zuvor oder hypothetisch wegen des Alters günstiger behandelt wird. Ein Altersunterschied muss zwischen den Vergleichspersonen also durchaus bestehen,<sup>29</sup> doch kann er sehr gering ausfallen, so lange er nur den Altersbezug der Regelung erkennen lässt. Da die Richtlinie nicht nur ein höheres Lebensalter schützt, sondern Benachteiligungen wegen jeder Art Altersbezug beseitigen will, müssen die Vergleichsgruppen nicht in „jung/alt“ eingeteilt sein. Sie müssen durch die überprüfte Regelung oder Maßnahme allerdings unterschiedlich behandelt werden, mit der Folge, dass eine Gruppe verglichen mit der anderen nachteilig betroffen wird. Konkrete Vorgaben zur Abgrenzung von Vergleichsgruppen macht die Richtlinie jedoch nicht, und solche sind auch nicht implizit in der Struktur des Merkmals angelegt. Bei einer Benachteiligung wegen eines bipolar strukturierten Merkmals wie Geschlecht oder Behinderung ist die Zusammensetzung der Vergleichsgruppen logisch vorgegeben: Frauen werden mit Männern, behinderte mit nicht behinderten Menschen verglichen.

---

<sup>29</sup> A. A. Kaiser, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz (2012), S. 59.

Für das Merkmal „Alter“ ist keine vergleichbar logisch vorgegebene Gruppenzusammensetzung vorhanden. Grundsätzlich können sich die Betroffenen daher eine geeignete Vergleichsperson oder -gruppe selbst auswählen, also sowohl unter 25-Jährige mit über 55-Jährigen vergleichen wie die 55-Jährigen mit den 54-Jährigen. Die Grenzen dieser Wahlfreiheit liegen in ihren Konsequenzen für die Aussagekraft des Vergleichs, der sich bei Wahl einer nicht überzeugenden Vergleichsgruppe entsprechend verringert.

Auf das Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an, die Richtlinie stellt stattdessen auf Normwirkungen in der Rechtsanwendung ab. Hat die Anwendung der fraglichen Regelung zur Folge, dass eine Altersgruppe schlechter als andere behandelt wird, genügt dies zur Erfüllung des Tatbestandes, selbst wenn die Regelsetzer in bester Absicht gehandelt haben, etwa um die Betroffenen vor Belastungen besonders zu schützen; ob dieses Ziel im Ergebnis geeignet ist, die Differenzierung unionsrechtlich als zulässig zu erweisen, entscheidet sich erst auf der Rechtfertigungsebene. Auch bei einer Regelung durch Tarifnormen besteht das für eine unmittelbare Diskriminierung relevante Unterscheidungsmerkmal direkt im Lebensalter selbst: Tarifnormen, die Vorteile oder Belastungen an einer Altersgrenze anknüpfen, sind danach tatbestandlich den unmittelbaren Benachteiligungen zuzuordnen.

## **bb) Mittelbare Diskriminierung**

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung bezieht Vorschriften, Kriterien oder Verfahren ein, die nicht an das Merkmal Alter selbst anknüpfen, sondern merkmalsbezogen neutral sind, aber Personen eines bestimmten Alters tatsächlich in besonderer Weise benachteiligen können. Eine unzulässige altersbedingte Diskriminierung liegt darin aber nur, falls diese Unterscheidungen nicht durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt werden können und sie das Ziel nicht mit angemessenen und erforderlichen Mitteln verfolgen. Die häufigsten praktischen Anwendungsfälle werden durch die Merkmale Betriebstreue, Berufserfahrung oder Betriebszugehörigkeitsdauer umschrieben. Auf das Bestehen eines Benachteiligungsvorsatzes kommt es auch hier nicht an.<sup>30</sup> Vorausgesetzt ist jedoch, dass die überprüfte Maßnahme/Vorschrift oder das Kriterium selbst eine Ungleichbehandlung bewirkt. Eine mittelbare Diskriminierung liegt nur vor, wenn durch Anwendung eines nichtaltersbezogenen (neutralen) Kriteriums die Betroffenen in Gruppen aufgeteilt werden, und ein bestimmtes Alter besonders nachteilig betroffen wird. Wird dagegen eine allgemein formulierte Maßnahme

---

<sup>30</sup> Schlachter, in: ErfK (2013), Art. 157 AEUV Rn. 17.

getroffen, deren Anwendung nicht zwischen unterschiedlich Betroffenen differenziert, ist das Diskriminierungsverbot nicht einschlägig.

Dass auch eine nur mittelbar altersbedingte Benachteiligung unzulässig ist, falls sie nicht gerechtfertigt werden kann, verhindert zunächst einmal eine Umgehung des unmittelbaren Diskriminierungsverbotes. Ein verpöntes Merkmal durch ein neutrales zu ersetzen, würde dem Normzweck dieses Verbotes nicht genügen, falls die Unterscheidung nach dem neutralen Merkmal im Ergebnis eine Altersgruppe ebenso belastet wie eine direkte Anknüpfung am Alter.

Über den Umgehungsschutz hinaus dient die Figur der mittelbaren Benachteiligung einer Beweislastverteilung im Prozess, die unabhängig von der „Glaubhaftmachung von Tatsachen“ im Sinne des Art. 10 RL 2000/78/EG für die Merkmalsbedingtheit der mittelbaren Ungleichbehandlung gilt: Eine hohe Wahrscheinlichkeit für diesen Zusammenhang, die sich aus der statistischen Zusammensetzung der von der Unterscheidung jeweils begünstigten oder belasteten Gruppe ergibt, genügt zur Beweislastverlagerung auf den Beklagten. Als Mittel der Glaubhaftmachung dient hier also ein statistisches Indiz<sup>31</sup> dergestalt, dass die überprüfte Maßnahme im Ergebnis einen wesentlich höheren Anteil der geschützten Gruppe benachteiligt. Die Aussagekraft einer solchen Statistik wird wesentlich dadurch bestimmt, dass die zum Vergleich herangezogenen Gruppen richtig abgegrenzt sind.<sup>32</sup> Die Vergleichsgruppe wird zwar von den Benachteiligten zusammengestellt, im Prozess ist es aber Sache des Gerichts, ihre Aussagekraft zu überprüfen.<sup>33</sup> Bei der Prüfung von Tarifverträgen wird die maximale Größe der Vergleichsgruppe durch den persönlichen, räumlichen und sachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages definiert.<sup>34</sup> Wenn eine wesentlich stärkere Belastung einer bestimmten Altersgruppe durch die Anwendung einer Tarifnorm verursacht worden sein soll, muss sich das zahlenmäßige Missverhältnis aus der Betrachtung aller Arbeitnehmer ergeben, die von dieser Regelung erfasst werden können. Nur das ließe den Schluss zu, dass die überprüfte Regel eine Benachteiligung auslöst.

Die Rahmenrichtlinie stellt in Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG nur noch darauf ab, dass die zu prüfende Maßnahme Angehörige eines bestimmten Alters „in

---

<sup>31</sup> So ausdrücklich die mittlerweile aufgehobene Beweislastrichtlinie, Art. 2 Abs. 2 RL 97/80/EG; *Rebhahn*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2012), Art. 157 AEUV Rn. 19 und 26; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (2011), Art. 157 AEUV Rn. 64.

<sup>32</sup> EuGH, Urteil v. 13. 05. 1986, C-170/84 „*Bilka*“ Rn. 29 f. (zur Geschlechtsdiskriminierung).

<sup>33</sup> EuGH, Urteil v. 27. 10. 2003, C-127/92 „*Enderby*“ Rn. 17; Urteil v. 09. 02. 1999, C-167/97 „*Seymour Smith*“ Rn. 62; Urteil v. 28. 02. 2013, C-427/11 „*Kenny*“ Rn. 43.

<sup>34</sup> EuGH, Urteil v. 17. 09. 2002, C-320/00 „*Lawrence*“ Rn. 18.

besonderer Weise benachteiligen“ kann, legt also eine hypothetische Betrachtungsweise zugrunde. Das erlaubt eine Darlegung auch ohne statistische Untermauerung,<sup>35</sup> da entsprechende Daten längst nicht für alle besonders geschützten Merkmale erhoben werden.<sup>36</sup> Datenmaterial über die Alterszusammensetzungen von Belegschaften ist zwar typischerweise vorhanden, so dass ein auf Statistik basierendes Indiz für dieses Merkmal vergleichsweise leicht verfügbar sein dürfte. Dennoch ist die Auswahl einer angemessenen Vergleichsgruppe für die Feststellung einer mittelbaren Altersdiskriminierung schwierig. Dass die Anwendung einer Tarifnorm Personen eines bestimmten Lebensalters mehr Vorteile bringt als lebensjüngeren oder –älteren Kollegen, kann leichter auf Zufälligkeiten beruhen als wenn die verglichenen unterschiedlich betroffenen Gruppen nach Geschlecht oder dem Bestehen einer Behinderung zusammengesetzt sind.<sup>37</sup>

Für solche Situationen ist die Alterszusammensetzung einer Betriebsbelegschaft oder der tarifgebundenen Arbeitnehmer im Tarifgebiet wenig aussagekräftig. Dann kann zwar das nachteilige Betroffensein „wegen des Alters“ auch ohne statistische Belege auf andere Weise plausibel gemacht werden, eine Senkung der Anforderungen an das Beweismaß wird aber auch zu einer Erleichterung der Rechtfertigungsmöglichkeiten führen.<sup>38</sup>

### cc) Rechtfertigung

Benachteiligungen wegen des Alters können gerechtfertigt werden. Im Unterschied zu anderen verpönten Kriterien der Rahmenrichtlinie gilt dies bei der Altersdiskriminierung auch für die unmittelbar altersbezogene Benachteiligung, die gemäß Art. 6 RL 2000/78/EG unter nahezu gleichlautenden Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann wie eine mittelbare Benachteiligung aus Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG. Das hat verschiedentlich zu der Annahme geführt, bei der Altersdiskriminierung komme es auf die Abgrenzung von unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung nicht mehr an.<sup>39</sup> Das trifft allerdings nicht zu, da die Anforderungen aus Art. 6 RL 2000/78/EG hinsichtlich der rechtfertigenden Regelungsziele strenger sind. Hier werden insbesondere dem Gemeinwohl

---

<sup>35</sup> BAG, Beschluss v. 18. 08. 2009, 1 ABR 47/08 Rn. 28; Urteil v. 20. 04. 2010, 3 AZR 509/08 Rn. 67; *Schlachter*, in: Gedenkschrift Blomeyer (2003), S. 355, 358; *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80, 83.

<sup>36</sup> KOM (1999) 565 endg., S. 1, 9.

<sup>37</sup> *Löwisch*, DB 2006, 1729, 1731.

<sup>38</sup> *Schlachter*, in: Gedenkschrift Blomeyer (2003), S. 355, 359.

<sup>39</sup> *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 330; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 10 Rn. 5; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2013), Rn. 266.

dienende Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung vorausgesetzt. Da die Aufzählung erkennbar nicht abschließend ist, sind weitere Rechtfertigungsgründe möglich.

Die Rechtsprechung sieht hier jedenfalls engere Voraussetzungen gegeben als bei der Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung aus Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG, die mit dem Begriff des rechtmäßigen Ziels umschrieben ist.<sup>40</sup>

Gelingt eine Rechtfertigung nach dem Maßstab des Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG, müssen die strengeren Voraussetzungen der Art. 4, 6 der Richtlinie nicht erfüllt werden, da diese *nur ungeachtet* des Art. 2 anwendbar sind. Hält eine mittelbar benachteiligende Maßnahme allerdings dem Kontrollmaßstab des Art. 6 RL 2000/78/EG stand, ist ihre Verwendung damit legitimiert und fällt bereits tatbestandlich nicht mehr unter den Diskriminierungsbegriff. Die Richtlinie hält außerdem verschiedene Ausnahmen und Rechtfertigungsgründe bereit, die eine tatbestandlich dem Diskriminierungsverbot unterliegende Maßnahme legitimieren können.

**(1) Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG: tatbestandsausschließende Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung**

Wird mit der altersneutralen, aber altersabhängig differenzierend wirkenden Maßnahme ein rechtmäßiges Ziel verfolgt, zu dessen Erreichung die Maßnahme angemessen und erforderlich ist, ist der Einsatz dieser Maßnahme keine Diskriminierung, selbst wenn davon eine bestimmte Altersgruppe besonders nachteilig betroffen wird. Rechtmäßige Ziele sind grundsätzlich alle, die nicht im Widerspruch zu Unionszielen oder zur nationalen Rechtsordnung stehen, insbesondere selbst nicht mit einem Diskriminierungsmerkmal in Verbindung stehen. Mit dieser weiten Rechtfertigungsmöglichkeit wird klargestellt, dass der Regelungsspielraum zur Festlegung von im Ergebnis altersbenachteiligenden aber neutralen Differenzierungsmaßnahmen weit ist. Dieser Spielraum kommt allen Verbotsadressaten zu: dem Mitgliedstaat bei der Gesetzgebung, den Tarifparteien beim Abschluss von Kollektivvereinbarungen, den Betriebsparteien bei betrieblichen Regelungen und den Arbeitgebern bei unternehmerischen Entscheidungen.

Für die Wahrung der Tarifautonomie ist die Betonung dieses Spielraums besonders wichtig. Damit lässt die Richtlinie den Tarifparteien bei der Regelset-

---

<sup>40</sup> BAG, Urteil v. 11. 12. 2012, 3 AZR 634/10 Rn. 20 f.

zung mehr Freiheit, die Interessen ihrer Mitglieder zu wahren und sie ihrer spezifischen Feldkompetenz entsprechend umzusetzen.<sup>41</sup>

Allerdings bildet die Tarifautonomie (Art. 28 GRC) als solche keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund für die Schaffung und Verwendung mittelbar oder unmittelbar benachteiligender Regeln.<sup>42</sup> Zu prüfen bleibt daher auch für die Rechtfertigung von Tarifnormen das Vorhandensein eines selbstständigen rechtmäßigen Ziels für die nachteilig wirkende Regel. Dabei haben die Tarifparteien in Ausfüllung ihres Beurteilungsspielraums eine gewisse Einschätzungsprärogative dahingehend, welches Ziel sie als legitim und im Interesse ihrer Mitglieder als sachlich angemessen ansehen und welcher Mittel sie sich zur Zielerreichung bedienen wollen.<sup>43</sup> Zudem dürfen sie zur Erleichterung der praktischen Handhabung einer Tarifnorm auch die Regelungstechnik der Pauschalisierung einsetzen, also bei der Ausgestaltung ihrer Normen auf Näherungswerte zurückgreifen, die keine vollständige Berücksichtigung aller konkret relevanten Umstände verlangen.<sup>44</sup>

## **(2) Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG: Ausnahme für notwendige Maßnahmen zur Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung, des Gesundheitsschutzes und des Schutzes von Rechten Dritter**

Diese Bestimmung des sachlichen Gegenstandsbereichs der Diskriminierungsverbote aus der Rahmenrichtlinie wird vom EuGH als Rechtfertigungsgrund für eine berufsspezifische Altersgrenze (etwa: bei Kassenzahnärzten) geprüft.<sup>45</sup> Diese Einordnung ist inhaltlich nicht zwingend, da nach dem Wortlaut durchaus auch eine Ausnahmeregelung in Betracht kommt, die alle im einzelstaatlichen Recht enthaltenen Maßnahmen u. a. zum Gesundheitsschutz von der Geltung der Richtlinie ausnimmt.<sup>46</sup> Dem hat der EuGH jedoch widersprochen.<sup>47</sup> Stattdessen sollen die Mitgliedstaaten nur solche Maßnahmen vom Diskriminierungsverbot ausnehmen können, die zur Zielerreichung notwendig sind. Der

---

<sup>41</sup> EuGH, Urteil v. 31. 05. 1995, C-400/93 „Royal Copenhagen“ Rn. 45 f.

<sup>42</sup> EuGH, Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“ Rn. 46; Urteil v. 28. 02. 2013, C- 427/11 „Kenny“ Rn. 48.

<sup>43</sup> EuGH, Urteil v. 31. 05. 1995, C-400/93 „Royal Copenhagen“; Urteil v. 05. 07. 2012, C-141/11 „Hörnfeld“ Rn. 32; Urteil v. 06. 12. 2012, C-152/11 „Odar“ Rn. 47; BAG, Urteil v. 19. 01. 2011, 3 AZR 29/09 Rn. 41 und 46.

<sup>44</sup> EuGH, Urteil v. 08. 09. 2011, C-297/10 und C-298/10 „Hennigs und Mai“ Rn. 71; Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“ Rn. 76; BAG, Urteil v. 15. 02. 2011, 9 AZR 584/09 Rn. 76; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 08. 05. 2013 – 26 Sa 2387/12.

<sup>45</sup> EuGH, Urteil v. 12. 01. 2010, C-341/08 „Domnica Petersen“.

<sup>46</sup> Schlachter, in: Gedenkschrift Blomeyer (2003), S. 355, 356 f.

<sup>47</sup> EuGH, Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“ Rn. 64.

Richtlinienwortlaut des Art. 2 Abs. 5 „im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft [...] notwendig sind“ zeigt nach dieser Ansicht, dass es hier um staatliche Regelungen geht, die übergeordnete Politikziele durchsetzen.<sup>48</sup> Eine Anwendung dieser Bestimmung auf Tarifnormen dürfte damit von staatlicher Regelungsermächtigung abhängig sein. Tarifliche Rechtsnormen zum Gesundheitsschutz sind angesichts ihres in Deutschland typischerweise begrenzten personellen und räumlichen Geltungsbereichs somit keine im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, soweit sie nicht einen normativen Konkretisierungsauftrag erfüllen.

### **(3) Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG: Ausnahme für wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen**

Die Vorschrift erlaubt den Mitgliedstaaten, eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot vorzusehen. Tatbestandlich kann sie sich sowohl auf die unmittelbare wie auf die mittelbare Diskriminierung erstrecken, da Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG gesondert auf beide Tatbestände verweist. Inhaltlich ist bei mittelbaren Benachteiligungen das Fehlen von Rechtfertigungsgründen aber bereits Tatbestandsvoraussetzung, so dass eine weitere Überprüfung an Art. 4 RL 2000/78/EG sinnlos ist. Die Hürden für die Annahme einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung sind hoch.<sup>49</sup> Um Differenzierungen an ein geschütztes Merkmal anknüpfen zu dürfen, muss es für die Ausführung der Tätigkeit derart wichtig sein, dass diese ohne Zugehörigkeit zur richtigen Gruppe nicht vertragsentsprechend ausgeführt werden kann.<sup>50</sup> Wird das streng verstanden, kommen für diesen Rechtfertigungsgrund kaum Anwendungsfälle im Bereich der Altersdiskriminierung in Betracht. In der Literatur wird insoweit meist auf die Rolle des jugendlichen Liebhabers am Theater verwiesen,<sup>51</sup> der überzeugend nicht mehr von Personen höheren Lebensalters verkörpert werden kann. Derart eng legt der EuGH das Merkmal jedoch nicht aus.<sup>52</sup>

Die Entscheidung „Wolf“ sah eine Einstellungshöchstaltersgrenze von maximal 30 Jahren im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst aus Art. 4 Abs. 1 RL 2000/

---

<sup>48</sup> EuGH, Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“ Rn. 54 f.

<sup>49</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 23 der RL 2000/78/EG: „Unter sehr begrenzten Bedingungen kann eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sein, wenn ein Merkmal [...] eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt [...]“.

<sup>50</sup> Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung (1993), S. 135 f. (zur Geschlechtsdiskriminierung); Hahn, Auswirkungen der europäischen Regelungen zur Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht (2006), S. 114.

<sup>51</sup> Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 83.

<sup>52</sup> EuGH, Urteil v. 12. 01. 2010, C-229/08 „Wolf“ Rn. 39 f.

78/EGals gerechtfertigt an, da eine besondere körperliche Leistungsfähigkeit notwendige Voraussetzung für Brandbekämpfung und Personenrettung ist. Diese Kernfunktionen des mittleren feuerwehrtechnischen Dienstes konnten aber nur während einer bestimmten Altersspanne ausgeführt werden, und um diese Spanne nicht wirtschaftlich unvertretbar zu verkürzen wurden Höchst Eintrittsalter akzeptiert. Dass damit zugleich eine nachteilige Einschätzung der Leistungsfähigkeit von Mitgliedern höherer Altersgruppen einhergeht, die das Lebensalter pauschal als Näherungswert für nachlassende Leistungsfähigkeit verwendet, hat der Gerichtshof dabei in Kauf genommen. Hintergrund dafür könnte gewesen sein, dass eine individuelle Leistungsbewertung jedes einzelnen älteren Bewerbers unpraktisch oder unter Umständen undurchführbar sein kann. Entscheidend war jedoch, dass aktuelle medizinische Erkenntnisse verfügbar waren, die einen deutlichen Leistungsabfall ab dem 50. Lebensjahr gerade im Bereich der Personenrettung belegen. Damit konnte sichergestellt werden, dass das Alter als Näherungswert zumindest statistisch signifikant war und nicht etwa auf Altersstereotypen beruht. Fehlt es dagegen an solchen Erkenntnissen, erkennt der EuGH auch dann keine Rechtfertigungswirkung, wenn die überprüften Tätigkeiten ebenfalls eine hohe körperliche Leistungsfähigkeit voraussetzen.<sup>53</sup>

Selbst eine anerkannte wesentliche berufliche Anforderung entfaltet Rechtfertigungswirkung nämlich nur, wenn sie in verhältnismäßiger Weise eingesetzt wird. Daran lässt die Entscheidung eine vorgezogene Altersgrenze für Piloten scheitern, weil andere nationale und internationale Bestimmungen zur Flugtauglichkeit ihnen die aktive Berufsausübung bis zum 65. Lebensjahr erlaubten. Eine dahinter zurück bleibende Altersgrenze wurde entsprechend als unverhältnismäßig angesehen. Auf einen besonderen Einschätzungsspielraum der Tarifparteien ging die Entscheidung nicht ein, so dass offen bleibt, welches Gewicht diesem Aspekt hätte zukommen können.

#### **(4) Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG: besondere Rechtfertigungsgründe für die Altersdiskriminierung**

Um den Besonderheiten des Diskriminierungsmerkmals „Alter“ gerecht zu werden, sieht Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL 2000/78/EG spezielle Rechtfertigungsgründe für diesen Benachteiligungsfall vor. Die Mitgliedstaaten können danach bestimmen, dass altersbezogene Ungleichbehandlungen keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen und im nationalen Recht durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele

---

<sup>53</sup> EuGH, Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“ Rn. 67 (in Bezug auf Piloten).

aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind.<sup>54</sup>

### (a) Legitime Ziele

Die genaue Abgrenzung der im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL 2000/78/EG legitimen Ziele hat die Rechtsprechung bereits mehrfach beschäftigt und kann auch derzeit noch nicht als endgültig geklärt gelten.<sup>55</sup> Fest steht jedoch, dass der dort vorgesehene Maßstab (Ungleichbehandlungen, die durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein können), im Wesentlichen dem des „rechtmäßigen Ziels“ entspricht, das gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2000/78/EG eine mittelbare Benachteiligung rechtfertigen kann.<sup>56</sup>

Lediglich der Geltungsbereich der in Betracht kommenden Ziele ist enger gefasst, weil nur in Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG eine grundsätzliche Entscheidung für im Allgemeininteresse liegende Ziele sozialpolitischer Art getroffen wurde. Dies hatte der Gerichtshof in der Entscheidung „Age Concern England“ noch eng interpretiert.<sup>57</sup> Später sind diese Anforderungen an legitime Ziele etwas gesenkt worden, weil einige in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. c) RL 2000/78/EG genannten Regelbeispiele (Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder angemessene Beschäftigungsdauer vor Eintritt in den Ruhestand) ihrerseits einen Unternehmensbezug aufweisen.<sup>58</sup> Daraus wird abzuleiten sein, dass an der Forderung nach ausschließlich sozialpolitischen Zielen nicht festgehalten werden soll, dass aber ausschließlich unternehmensbezogene Ziele ebenso wenig genügen.<sup>59</sup> Eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG unterliegt daher weiterhin engeren Voraussetzungen als denjenigen aus Art. 2 RL 2000/78/EG.

---

<sup>54</sup> EuGH, Urteil v. 13. 09. 2011, C-477/09 „Prigge“ Rn. 80; Urteil v. 12. 10. 2010, C-229/08 „Wolf“ Rn. 32 ff.; Urteil v. 12. 01. 2010, C-341/08 „Domnica Petersen“ Rn. 67 ff.

<sup>55</sup> Eine Übersicht bietet insoweit *Wank*, in: Festschrift für Beppler, S. 585, 593.

<sup>56</sup> EuGH, Urteil v. 05. 03. 2009, C-388/07 „Age Concern England“ Rn. 65 f.

<sup>57</sup> EuGH, Urteil v. 05. 03. 2009, C-388/07 „Age Concern England“ Rn. 46: „Diese Ziele unterscheiden sich insoweit als sie im Allgemeininteresse stehen, von rein individuellen Beweggründen, die der Situation des Arbeitgebers eigen sind, wie Kostenreduzierung oder Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, ohne dass allerdings ausgeschlossen werden kann, dass eine nationale Rechtsvorschrift bei der Verfolgung der genannten rechtmäßigen Ziele dem Arbeitgeber einen gewissen Grad an Flexibilität einräumt.“

<sup>58</sup> Für die uneingeschränkte Zulassung aller Ziele daher: *Wendeling-Schröder*, NZA 2007, 1399, 1400; *Kamanabrou/Wietfeld*, SAE 2010, 269, 275; *Schmidt*, in: Schiek, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2007), § 10 Rn. 6

<sup>59</sup> BAG, Urteil v. 22. 01. 2009, 8 AZR 906/07 Rn. 45 ff.

Für die vorliegend relevante Frage nach dem Umfang der Gestaltungskompetenz der Tarifvertragsparteien lässt sich daraus ableiten, dass sie sich auf Ziele der Sozialpolitik jedenfalls berufen dürfen.<sup>60</sup>

Das deutsche Tarifrecht lässt eine solche Ausrichtung der Tarifpolitik ohne weiteres zu, soweit die Tarifparteien damit die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder fördern. Mit dieser Option hat der Mitgliedstaat Deutschland den Tarifparteien auch die Befugnis übertragen, im Interesse ihrer Mitglieder sozialpolitische (legitime) Ziele einer altersbezogenen Regelung zu definieren. Unionsrechtlich akzeptiert ist eine Kompetenzübertragung jedenfalls, wenn es um die Konkretisierung und Anpassung sozialpolitischer Ziele geht, die der Mitgliedstaat seinen gesetzlichen Normen ebenfalls zugrunde legt. Weitergehend kann es damit zulässig werden, Regelungen zur Verfolgung der Interessen von Unternehmen zu treffen, etwa in Firmentarifverträgen mit einer spezifisch auf Unternehmensziele zugeschnittenen Zwecksetzung. Das rechtfertigt sich gegebenenfalls dadurch, dass bei einer Normsetzung durch Tarifparteien nicht ausschließlich privatnützige Ziele verfolgt werden, weil als Voraussetzung einer Tarifeinigung ein Ausgleich zwischen den in der Verhandlung repräsentierten, gegenläufigen Interessen gefunden werden muss. Ein vollständiges Absehen von den Schutzzwecken staatlicher Sozialpolitik ist in Tarifregelungen regelmäßig nicht zu erwarten, solange angemessene Anforderungen an die Tariffähigkeit eine adäquate Repräsentation der Arbeitnehmerinteressen garantieren; ein ausschließlich unternehmensbezogenes Ziel wird dann nicht formuliert.

Ein legitimes Regelungsziel muss der Unterscheidung zwar überprüfbar zugrunde liegen, es braucht in der Regelung selbst aber nicht besonders benannt zu werden;<sup>61</sup> es muss sich jedoch aus dem Kontext der Differenzierungsmaßnahme ableiten lassen.

Auch legitime Ziele der anerkannten Kategorie rechtfertigen eine Ungleichbehandlung nicht automatisch, sondern nur dann, wenn ihre Verwendung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt. Angesichts der Vielzahl möglicher legitimer Differenzierungsziele bildet die Verhältnismäßigkeitsprüfung das entscheidende Element für die Bejahung einer Rechtfertigung: das Mittel zur Zielverwirklichung muss angemessen und erforderlich sein.

---

<sup>60</sup> EuGH, Urteil v. 16. 10. 2007, C-411/05 „Palacios de la Villa“ Rn. 68 und 72.

<sup>61</sup> EuGH, Urteil v. 16. 10. 2007, C-411/05 „Palacios de la Villa“ Rn. 56 f.; Urteil v. 5. 3. 2009, C-388/07 „Age Concern England“ Rn. 44 f.; Urteil v. 05. 07. 2012, C-141/11 „Hörnfeldt“ Rn. 24.

## (b) Angemessene Mittel

Bei der Auswahl der Mittel haben die Mitgliedstaaten als Normsetzer ebenso wie die Tarifparteien in der entsprechenden Funktion grundsätzlich denselben weiten Einschätzungsspielraum wie bei der Zwecksetzung selbst.<sup>62</sup> Der Gerichtshof kontrolliert bei der Überprüfung der eingesetzten Mittel jedoch genauer, ob die gewählte Differenzierungsmaßnahme über das hinausgeht, was im Interesse des Diskriminierungsschutzes angemessen und erforderlich ist. Ist die Regelung gerade von Tarifvertragsparteien getroffen worden, gewichtet der EuGH die Eingriffsintensität geringer, weil diese die speziellen Gegebenheiten des jeweiligen Arbeitsmarktes aufnehmen können.<sup>63</sup>

Obwohl der Einschätzungsspielraum der Regelsetzer weit reicht, bindet der EuGH ihn vermehrt an das Erfordernis einer kohärenten Regelsetzung; die gewählte Maßnahme muss die angegebenen Ziele konsequent und widerspruchsfrei verfolgen.<sup>64</sup> In Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RL 2000/78/EG werden die behandelten allgemeinen Voraussetzungen einer Rechtfertigung durch einen Beispielskatalog konkretisiert, der unterschiedliche Elemente enthält:

In Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. a) der Rahmenrichtlinie werden drei Maßnahmen aufgeführt, die mit einem sie legitimierenden Ziel verbunden sein müssen, nämlich die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen. Wird ein solches Ziel verfolgt, können besondere, altersbezogene Maßnahmen zur Erleichterung des Berufseinstiegs ergriffen, aber auch besondere Arbeits- und Entlassungsbedingungen geschaffen werden. Es ist allerdings nicht davon auszugehen, dass die hier beschriebenen legitimen Zwecke „Förderung oder Schutz“ jedes Mittel heiligen. Die Zulassung direkt oder indirekt altersbezogener Zugangs-, Arbeits- oder Entlassungsbedingungen beschränkt das Diskriminierungsverbot in erheblichem Maße und kann deshalb nicht selbst unbegrenzt zulässig sein, so lange es nur die genannten Zwecke verfolgt. Da Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RL 2000/78/EG nach seinem Wortlaut die allgemeine Grundregel des Satz 1 konkretisiert, müssen auch die Wertungen dieses Satzes zu den An-

---

<sup>62</sup> EuGH, Urteil v. 22. 11. 2005, C-144/04 „Mangold“ Rn. 63; Urteil v. 16. 10. 2007, C-411/05 „Palacios de la Villa“ Rn. 68; Urteil v. 06. 12. 2012, C-152/11 „Odar“ Rn. 47

<sup>63</sup> EuGH, Urteil v. 16. 10. 2007, C-411/05 „Palacios de la Villa“ Rn. 74 f.; Urteil v. 12. 10. 2010, C-45/09 „Rosenblatt“ Rn. 49 und 67; Urteil v. 21. 07. 2011, C-159/10 und C-160/10 „Fuchs und Köhler“ Rn. 50 f., 53 und 77 ff; Urteil v. 06. 12. 2012, C-152/11 „Odar“ Rn. 53.

<sup>64</sup> EuGH, Urteil v. 18. 06. 2009, C-88/08 „Hütter“ Rn. 46; Urteil v. 12. 10. 2010, C-499/08 „Andersen“; Urteil v. 21. 07. 2011, C-159/10 und C-160/10 „Fuchs und Köhler“ Rn. 85; Urteil v. 26. 09. 2013, C-476/11 „Kristensen“ Rn. 67.

wendungsbeispielen hinzugedacht werden. Die für die Zweckerreichung genutzten Maßnahmen müssen mithin selbst dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Diese Annahme wird bereits dadurch bestätigt, dass auch die in Art. 7 RL 2000/78/EG zugelassenen besonderen Förderungsmaßnahmen nicht einschränkungslos möglich sind.<sup>65</sup>

Das für die hiesige Fragestellung wesentliche Differenzierungsziel einer Sicherstellung des Schutzes älterer Arbeitnehmer ist durch Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. a) RL 2000/78/EG mithin als legitimes Anliegen ausgewiesen worden, das grundsätzlich rechtfertigende Wirkung entfaltet. Von den weitergehenden Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes befreit dies jedoch nicht.

Die Beispiele in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. b) RL 2000/78/EG nennen lediglich zwei grundsätzlich als zulässig befundene abstrakte Maßnahmen beim Zugang zur Beschäftigung und bei der Ausgestaltung vorteilhafter mit der Beschäftigung verbundener Bedingungen. Ein legitimes Ziel für diese Maßnahmen wird gar nicht erwähnt, doch muss dies aus dem systematischen Zusammenhang der Bestimmung insgesamt übernommen werden. Dass bestimmte altersbezogene Maßnahmen generell vom Diskriminierungsverbot freigestellt werden dürften, sogar ohne ein konkretes Ziel verfolgen zu müssen, wäre eine noch weitergehende Einschränkung des Diskriminierungsverbots als die zuvor genannte. Eine voraussetzungslose Ausnahme widerspräche dem Grundrechtscharakter des Diskriminierungsverbots. Daher ist auch für die zweite Gruppe von Maßnahmen zu fordern, dass sie ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt und in verhältnismäßiger Weise eingesetzt wird. Die im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsame Zulassung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für Vorteile im laufenden Arbeitsverhältnis ist unter den genannten Voraussetzungen grundsätzlich legitim, soweit sie Förderung oder Schutz bestimmter Altersgruppen bezweckt.

Die Beispiele in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. c) RL 2000/78/EG beschreiben eine konkrete Maßnahme, die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung, die bei Vorliegen zweier legitimer Ziele gerechtfertigt werden kann: wenn der Arbeitsplatz bestimmte altersabhängige Ausbildungsanforderungen stellt oder wenn eine angemessene Beschäftigungszeit vor Eintritt in den Ruhestand notwendig ist. Verfolgt die Einführung von Altersgrenzen für die Einstellung eines dieser Ziele, ist sie legitim; auch hier ist aber die Umsetzung der Maßnahme am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen.

---

<sup>65</sup> EuGH, Urteil v. 16. 10. 2007, C-411/05 „Palacios de la Villa“ Rn. 52, 67.

**(5) Art. 7 RL 2000/78/EG: positive Maßnahmen als Ausnahme vom Diskriminierungsverbot**

Diskriminierungsverbote hindern die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen (u. a. wegen des Alters) verhindert oder ausgeglichen werden. Dass „spezifische Maßnahmen“ vorausgesetzt werden, schließt es aus, allgemeine Vorzugsbehandlungen auf diesen Grund zu stützen; in den Anwendungsbereich von Art. 7 fallen sie nur, wenn sie auf vorhandene oder bevorstehende merkmalsbedingte Benachteiligungen speziell reagieren. Damit wird die Rechtsprechung des EuGH zur Geschlechtergleichberechtigung aufgenommen, Art. 157 Abs. 4 AEUV, und auf alle Diskriminierungsmerkmale der Rahmenrichtlinie erstreckt. Diese Rechtsprechung basiert auf der Vorstellung, dass Maßnahmen zu Gunsten einer geschützten Gruppe sich zum Nachteil der nichtbegünstigten Gruppe auswirken. Für ein Merkmal wie das Geschlecht, dessen Verwendung die Beschäftigten in zwei Gruppen (= Männer und Frauen) teilt, ist dieser Ansatz nachvollziehbar; bei der Erstreckung auf ein Diskriminierungsmerkmal wie das Alter, dessen Verwendung zur Schaffung zahlreicher (Alters-)Gruppen führen kann, kann die Vergleichbarkeit im Einzelfall allerdings fraglich sein. Bei der altersabhängigen Zuteilung von materiellen Vorteilen kann der Vorteil einer Gruppe dem Nachteil anderer inhaltlich entsprechen, weil die nicht der definierten Altersgruppe angehörenden Beschäftigten die Zuteilungsvoraussetzungen derzeit nicht erfüllen, also grundsätzlich ausgeschlossen werden. Dagegen kann die Einführung besonderer Schutzmaßnahmen zugunsten bestimmter Altersgruppen einen weitergehenden Effekt verursachen, wenn der besondere Schutz einer Gruppe zu einer entsprechenden Risikoerhöhung bei der nicht geschützten Gruppe führt. Soll trotz solch nachteiliger Auswirkungen auf nicht geförderte Gruppen eine positive Maßnahme zulässig sein, können (nicht: müssen) die Mitgliedstaaten dies zulassen.

Ob auch andere Akteure, insbesondere einzelne Arbeitgeber oder die Sozialpartner positive Maßnahmen autonom ergreifen dürfen, ist damit nicht entschieden. Der an den Mitgliedstaat adressierte Wortlaut der Norm spricht zunächst einmal nicht dafür. Geht man jedoch davon aus, dass eine Richtlinie stets an die Mitgliedstaaten gerichtet ist, also mögliche weitere Adressaten typischerweise nicht selbst festlegt, kommt diesem Wortlaut nicht zwingend eine Ausschließungsfunktion zu. Je nach den Umständen in der konkreten Rechtsordnung kann der Staat seine Regelungsbefugnisse auf die Tarifvertragsparteien übertragen. Die Grundentscheidung dafür muss aber vom Gesetzgeber selbst getroffen werden.<sup>66</sup> Diese

---

<sup>66</sup> Löwisch, DB 2006, 1729, 1730.

Entscheidung kann auch darin bestehen, dass der Mitgliedstaat den Sozialpartnern eine Richtlinie zur Umsetzung anvertraut; eine Umsetzungsregelung dürfte sich auch in diesem Falle zu den Grundsätzen der staatlichen Sozialpolitik im übrigen nicht in Widerspruch setzen, kann den übertragenen Gestaltungsspielraum ansonsten aber ausgestalten.

Positive Maßnahmen müssen speziell auf eines der beiden genannten Richtlinienziele zugeschnitten sein: eine (altersbedingte) Benachteiligung zu verhindern oder auszugleichen. Im ersteren Fall geht es um Prävention: der Regelschöpfer erkennt eine konkrete Situation als anfällig für eine altersbedingte Diskriminierung und beschließt spezifische Fördermaßnahmen, damit sich dieses Risiko nicht verwirklicht. Im zweiten Fall geht es um Kompensation: Eine (altersbedingte) Benachteiligung ist eingetreten, eine Gruppe hat entsprechende Nachteile erlitten, die jetzt durch spezifische Maßnahmen so ausgeglichen werden, dass der Nachteil sich künftig nicht mehr auswirkt.

Weiter sind positive Maßnahmen nur legitim, wenn sie zur Erreichung des festgelegten Ziels (Nachteilsausgleich) angemessen und erforderlich sind. Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH zu diesem Thema sind zur Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergangen. Bei der Überprüfung der Zulässigkeit von Fördermaßnahmen zugunsten eines Geschlechtes hat der EuGH herausgearbeitet, dass Art und Ausmaß der Bevorzugung der einen Gruppe die Intensität der Rechtfertigung beeinflussen: erleichtert eine begünstigende Maßnahme (konkret: Bereitstellen von Kindergartenplätzen nur an Mitarbeiterinnen) lediglich die Berufstätigkeit der geförderten Gruppe, ohne ihr einen Vorteil bei der eigentlichen Einstellungs- oder Beförderungsentscheidung zu verleihen, wiegt der Nachteil der ausgeschlossenen Gruppe weniger schwer, ist also leichter zu rechtfertigen.<sup>67</sup> Zur Konkretisierung der Anforderungen an „positive Maßnahmen“ im Kernbereich des Arbeitsverhältnisses sind bislang im Wesentlichen die Entscheidungen des EuGH zu den Quotenregelungen<sup>68</sup> verfügbar. Deren Übertragbarkeit in den Kontext anderer Diskriminierungsmerkmale ist jedoch besonders unklar.

Dies gilt vor allem für den strengen Überprüfungsmaßstab, an dem Quotierungen gemessen werden: Fördermaßnahmen sind dem EuGH zufolge zwar grundsätzlich zulässig, dürfen aber nicht im Sinne einer absoluten Vorrangregelung gefasst sein. Zugunsten gleichqualifizierter männlicher Bewerber muss vielmehr die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles möglich bleiben,

---

<sup>67</sup> EuGH, Urteil v. 19. 03. 2002, C-476/99 „Lommers“ Rn. 38.

<sup>68</sup> EuGH, Urteil v. 17. 10. 1995, C-450/93 „Kalanke“; Urteil v. 11. 11. 1997, C-409/95 „Marschall“; Urteil v. 28. 03. 2000, C-158/97 „Badeck“.

so dass sie gegebenenfalls trotz Quote zum Zuge kommen können. Diese Argumentation beruht wesentlich auf der „zweipoligen“ Struktur des Diskriminierungsmerkmals „Geschlecht“, die dazu führt, dass jede Maßnahme zur Bevorzugung des einen Geschlechts automatisch alle Angehörigen des anderen Geschlechts von der Teilhabe an knappen Ressourcen ausschließt. Werden durch eine Maßnahme automatisch alle Angehörigen der anderen Gruppe benachteiligt, bedarf die dafür verantwortliche Maßnahme einer strengen Kontrolle. Ob diese engmaschige Verhältnismäßigkeitsprüfung auch noch angemessen ist, wenn es um die Bevorzugung nur einer von vielen im Betrieb vertretenen Altersgruppen geht, steht damit keineswegs fest. Einschlägige EuGH-Entscheidungen dazu sind jedoch soweit ersichtlich nicht verfügbar. Erste Anhaltspunkte müssen daher aus einer Gegenüberstellung von Art. 6 und Art. 7 der Rahmenvereinbarung entwickelt werden.

Bereits Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie lässt altersbezogene Schutz- und Fördermaßnahmen zu, so dass eine gesetzgeberische Grundentscheidung zur Legitimität von Fördermaßnahmen bei Einstellung, Arbeitsbedingungen und Entlassung bereits unmittelbar auf Unionsebene getroffen worden ist. Die Richtlinie hat damit Besonderheiten des Merkmals „Alter“ ausdrücklich anerkannt und zugelassen, dass darauf mit speziellen Maßnahmen reagiert werden darf. Eine in Umsetzung dieser Grundentscheidung getroffene Maßnahme zum Schutz oder zur Förderung älterer Arbeitnehmer ist damit grundsätzlich legitim, wenn auch in der Durchführung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden. Das bezieht sich aber auf den flexibleren Prüfungsmaßstab aus Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG, nicht auf die weitreichenden Einschränkungen, denen der EuGH die Quotenregelungen unterworfen hat. Differenzierende Maßnahmen zum Schutz oder zur Förderung bestimmter Altersgruppen sind danach im Rahmen von Art. 6 grundsätzlich leichter zu rechtfertigen als Quotenregelungen zur Frauenförderung.

Eine solche Abstufung zwischen den jeweiligen Anforderungen an die Rechtfertigung ist keineswegs inkonsistent, sondern inhaltlich angemessen: Art. 7 der Richtlinie verlangt eine strenge Rechtfertigung, weil die Norm im Tatbestand den Einschätzungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Zulassung von Fördermaßnahmen weit gefasst hat, aber den Kern des Diskriminierungsverbots dennoch nicht preisgeben soll. Die Normgeber auf nationaler Ebene erhalten gemäß Art. 7 zwar einen weiten Gestaltungsspielraum, ob sie positive Maßnahmen zur Prävention oder Kompensation von Diskriminierungen für geboten halten und gegebenenfalls mit welchem Inhalt; angesichts des Merkmalsbezuges solcher Maßnahmen müssen diese aber gemessen am Diskriminierungsverbot des Unionsrechts verhältnismäßig ausgestaltet werden. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG hat umgekehrt die maßgebliche Grundentscheidung für die

Zulässigkeit von Schutz- und Fördermaßnahmen bereits selbst festgelegt. Zwar müssen die Mitgliedstaaten von der eingeräumten Befugnis keinen Gebrauch machen, an die vorgegebenen Ausübungsbedingungen sind sie jedoch gebunden. Art. 6 Abs. 1 gibt also weder Mitgliedstaaten noch Tarifparteien einen vergleichbaren Spielraum wie Art. 7; die Schranken, die dieser Eingriffsbefugnis gezogen werden, können daher flexibler gehandhabt werden.

Obwohl beide Richtlinienbestimmung (Art. 7 und Art. 6) es erlauben, Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung Benachteiligter zu ergreifen, sind sie nicht bedeutungsgleich. Die allgemeine Vorschrift des Art. 7 lässt Maßnahmen zur „Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben“ zu, mit denen Ergebnisgleichheit statt bloßer Chancengleichheit verwirklicht werden kann. Da sie nähere Vorgaben über Art und Durchführung solcher Maßnahmen nicht regelt, findet zur Begrenzung der mit Fördermaßnahmen verbundenen Ausschließungswirkung eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung statt. Die daraus erwachsene Quotenrechtsprechung des EuGH erlaubt entsprechend nur eine „weiche“ Vorrangregelung, die eine Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls einschließt. Dadurch wird es den „an sich“ Ausgeschlossenen doch noch ermöglicht, an der Vorzugsregelung teilzuhaben, wenn sie im konkreten Fall besonders schutzwürdig sind. Bei Zugrundelegung dieses Maßstabs wäre eine generelle, ausnahmslose Bevorzugungsnorm stets schon aus formalen Gründen unzulässig.

Anders sieht dies bei einer Rechtfertigung gemäß Art. 6 aus. Diese Norm regelt selbst konkrete Vorgaben, denen Fördermaßnahmen zugunsten bestimmter Altersgruppen auf nationaler Ebene entsprechen müssen. Soweit Art. 6 Abs. 1 Satz 2 lit. a) es erlaubt, „die berufliche Eingliederung von ... älteren Arbeitnehmern zu fördern“ und zu diesem Zweck altersbezogenen Zugangs-, Arbeits- oder Entlassungsbedingungen zu schaffen, ist ein Überschneidungsbereich mit Art. 7 zwar vorhanden, doch geht Art. 6 als speziellere Norm vor, soweit die überprüfte Maßnahme an das Alter anknüpft. Entsprechend bedarf eine altersbezogene Fördermaßnahme, die die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG erfüllt, keiner Rechtfertigung gemäß Art. 7 der Richtlinie, insbesondere sind die Anforderungen des EuGH an die Zulässigkeit von Quotenregelungen auf diese Fördermaßnahmen nicht zu übertragen.

## **2. Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien, Art. 28 GRC**

Anders als ein grundrechtsgebundener Mitgliedstaat handeln Kollektivvertragsparteien mit ihrer Normsetzung selbst im Gewährleistungsbereich eines

Grundrechtes, nämlich ihrem Recht auf Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Kollektivvereinbarungen. Dieses Recht wird auf Unionsebene von Art. 28 GRC speziell geschützt.

### **a) Gewährleistung des Rechts auf Kollektivverhandlungen**

Das Recht auf Kollektivverhandlungen wird seit dem Vertrag von Lissabon auf Unionsebene in Art. 28 GRC gewährleistet, flankiert von der Vereinigungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GRC; Art. 28 GRC geht in seinem Anwendungsbereich jedoch als speziellere Norm vor.<sup>69</sup>

Vor Geltung der GRC hatten die Kollektivverhandlungen im Primärrecht keine Grundlage. Im Gegenteil war selbst die Möglichkeit, einen dahin gehenden allgemeinen Rechtsgrundsatz aus völkerrechtlichen Abkommen und den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zu entwickeln, in den Schlussanträgen zur Rechtssache „Albany“ noch ausdrücklich abgelehnt worden.<sup>70</sup> Dies hätte bereits zum Zeitpunkt der Albany-Entscheidung anders beurteilt werden können, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die EU-Mitgliedstaaten grundlegende ILO-Übereinkommen zur Koalitionsfreiheit (Nr. 98, 151, 154) ebenso ratifiziert haben wie die EMRK (Art. 11) und die ESC (Art. 6), und dass ihr nationales Verfassungsrecht in geschriebener oder ungeschriebener Form solche Rechte ebenfalls garantiert.<sup>71</sup>

Den Schritt zur ausdrücklichen Anerkennung des Rechts auf Kollektivverhandlungen vollzog der EuGH erst wesentlich später.<sup>72</sup> Jedenfalls seit der Rechtsverbindlichkeit der GRC ist das Recht auf Kollektivverhandlungen anerkannt und mit dem primären Unionsrecht gleichgestellt worden, Art. 6 Abs. 1 EUV.<sup>73</sup>

Dass der Regelungsspielraum der Kollektivvertragsparteien damit entscheidend erweitert worden ist, ist deshalb jedoch nicht gesichert. In erster Linie übernimmt Art. 28 GRC die Aufgabe, die Tendenzen der EU-Organe einzudämmen, bestehende Regelungsspielräume für Kollektivvereinbarungen weiter einzuschränken. Auf Unionsebene sind der Tarifautonomie bereits früh Schranken

---

<sup>69</sup> Frenz, Handbuch Europarecht (2004), Band IV Europäische Grundrechte, Rn. 3723; Jarass, EU-Grundrechte (2005), § 29 Rn. 12.

<sup>70</sup> GA Jacobs, Schlussanträge vom 28. 01. 1999 zu EuGH, Urteil v. 21. 09. 1999, C-67/96 „Albany“ Rn. 132 ff. und 158 ff.

<sup>71</sup> Birk, RdA 1995, 71 ff; Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht? (2009), S. 116 f.

<sup>72</sup> EuGH, Urteil v. 15. 07. 2010, C-271/08 „KOM vs. Deutschland“ Rn. 37 ff.; Urteil v. 08. 09. 2011, C-297/10 und C-298/10 „Hennigs und Mai“ Rn. 67.

<sup>73</sup> Grabenwarter, EuGRZ 2004, 563, 565.

gezogen worden. Zunächst hatte die Rechtsprechung Grenzen der kollektiven Regelungsbefugnis aus dem Diskriminierungsverbot entwickelt, das die Kollektivvertragsparteien auf die Beachtung der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen verpflichtet.<sup>74</sup> Seither ist es unionsrechtswidrig, in Kollektivverträgen Klauseln zu vereinbaren, die mittelbar oder unmittelbar geschlechtsbedingte Entgeltunterschiede zur Folge haben. Eine Schranke für die Regulierung von Entgelten konnte damit gezogen werden, obwohl die EU eine Kompetenz zur Festsetzung von Entgeltbestimmungen gar nicht besitzt; die Kompetenzgrenzen des Unionsrechts entfalten mithin eine asymmetrische Wirkung: Selbst Lohnuntergrenzen mit arbeitnehmerschützender Wirkung dürfte die Union aus Kompetenzgründen nicht festsetzen, eine Kompetenz zur Beschneidung der Regulierungsbefugnis anderer Regelsetzer auf nationaler Ebene, die solche Grenzen schaffen dürfen, hat sie aber durchaus (sog. negative Integration). Im Falle des Verbots der Entgeltdiskriminierung, dem selbst auch arbeitnehmerschützende Wirkung zukommt, ist dieser Eingriff weniger konfliktrichtig. Wesentlich deutlicher tritt die Beschränkungswirkung für das Recht auf Kollektivverhandlungen zutage bei der Entwicklung der EU-Grundfreiheiten von Diskriminierungs- zu Beschränkungsverboten, die nicht nur an den Staat und seine Einrichtungen, sondern auch an die Tarifparteien adressiert worden sind.<sup>75</sup> Dafür stützte sich der Gerichtshof auf seine früheren Entscheidungen, denen zufolge Grundfreiheiten nicht nur durch staatliche Normierung, sondern auch durch solche kollektiv verantworteten Regelwerke nicht beschränkt werden durften, die (unselbständige oder selbständige) Dienstleistungen regulieren.<sup>76</sup> Da zahlreiche Arbeitnehmerschutzbestimmungen in Kollektivverträgen potentiell Grundfreiheiten beschränken, sobald grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind, entfalten Grundfreiheiten infolge dieser Rechtsfortbildung eine deutlich stärkere Beschränkungswirkung als durch eine Pflicht zur Beachtung der Entgeltgleichheit.

Dieser Effekt wird durch den Erlass von Sekundärrecht weiter verstärkt, wenn arbeitsrechtliche Normen des Unionsrechts unmittelbar (durch Verordnungen) oder mittelbar (durch die nationale Umsetzungsgesetzgebung zu Richtlinien)

---

<sup>74</sup> EuGH, Urteil v. 08. 04. 1976, 43/75 „Defrenne II“ Rn. 21 und 24; Urteil v. 31. 05. 1995, C-400/93 „Royal Copenhagen“ Rn. 13; Urteil v. 27. 10. 1993, C-127/92 „Enderby“ Rn. 21; Urteil v. 28. 02. 2013, C-427/11 „Kenny“ Rn. 47.

<sup>75</sup> EuGH, Urteil v. 17. 07. 2008, C-94/07 „Raccanelli“ Rn. 48; Urteil v. 16. 03. 2010, C-325/08 „Olympique Lyonnais“ Rn. 30 (zu Art. 45 AEUV); Urteil v. 11. 12. 2007, C-438/05 „Viking Line“ Rn. 33 ff. (zu Art. 49 AEUV); Urteil v. 18. 12. 2007, C-341/05 „Laval“ Rn. 86 ff. (zu Art. 56 AEUV).

<sup>76</sup> EuGH, Urteil v. 12. 12. 1974, 36/74 „Walrave“; Urteil v. 06. 06. 2000, C-281/98 „Angonese“.

der Gestaltung von Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge Grenzen setzen.<sup>77</sup> Die Beschränkungswirkung wird zwar gemildert, wenn das Sekundärrecht lediglich Mindestnormen schafft, Art. 153 Abs. 4, 2. Spiegelstrich AEUV, die Tarifverträge zugunsten der Arbeitnehmer verbessern dürfen. Das ist jedoch keineswegs durchgängig der Fall. Im Arbeitnehmerentsenderecht wird tariflichen Regelungen kaum eine Möglichkeit zur Verbesserung des von der Richtlinie erstreckten Mindestniveaus zugestanden. Anlässlich der Finanzkrise hat sich gezeigt, dass Rahmenvorgaben der Union auf der Grundlage ihrer Querschnittskompetenzen in Art. 121 Abs. 6, Art. 136 AEUV, oder an die Mitgliedstaaten adressierte Empfehlungen Anreize für eine Intervention in die Tarifpolitik der Verbände setzen, die sogar den Kernbereich der Tarifautonomie, Entgelt- und Arbeitszeitregelungen, betreffen können.<sup>78</sup> Angesichts dieses erheblichen Beschränkungspotenzials ist herauszuarbeiten, welche Bedeutung der Gewährleistung des Rechts auf Kollektivverhandlungen inhaltlich zukommen kann.

## **b) Inhalt des Grundrechts**

Der Inhalt des Rechts auf Kollektivverhandlungen ist allgemein formuliert und dementsprechend auslegungsbedürftig. Der Wortlaut schützt die kollektive Betätigung von Arbeitnehmern und Arbeitgebern sowie ihren Organisationen zur Verwirklichung ihrer Interessen. Weitere Konkretisierungen müssen im Wege der Auslegung herausgearbeitet werden. Die GRC legt für die Auslegung ihrer Gewährleistungen bestimmte Grundsätze fest, vorrangig Art. 52 Abs. 3 GRC, die Pflicht zur Berücksichtigung der EMRK bei der Auslegung der GRC. Regelungszweck dieser Bestimmung ist es, eine weitgehende Übereinstimmung zwischen beiden Rechtsinstrumenten herzustellen, also Divergenzen möglichst auszuschließen, die anderenfalls bei Zuweisung der Auslegungskompetenz an zwei voneinander unabhängige Gerichte entstehen können. Die GRC verlangt eine Übereinstimmung mit den „entsprechenden“ Grundrechten der EMRK, denen zugleich die Funktion zukommt, einen Mindestschutzstandard in der EU zu garantieren. Inkorporiert wird nicht nur der Text der Konvention einschließlich ihrer Zusatzprotokolle selbst, sondern auch die hierzu ergangene Rechtsprechung des EGMR. Das ist besonders wichtig, weil sich der EGMR in seiner Interpretation der Konvention zu einer explizit völkerrechtsfreundlichen Auslegung bekennt.<sup>79</sup> In neueren Entscheidungen wird, soweit inhaltlich einschlägig, die Auslegungspraxis der Überwachungsorgane der ILO sowie der ESC für

---

<sup>77</sup> EuGH, Urteil v. 01. 04. 2008, C-267/06 „Maruko“; Urteil v. 07. 06. 2012, C-132/11 „Tyrolean Airways“; Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“.

<sup>78</sup> Schubert, ZfA 2013, 1 ff.; Fischer Lescano, Gutachten.

<sup>79</sup> EGMR, Urteil v. 12. 11. 2008, Nr. 34503/97 „Demir und Baykara“ Rn. 154.

die Auslegung der EMRK als Erkenntnisquelle herangezogen, also das Normverständnis der EMRK abstrakt an deren Grundsätzen ausgerichtet.<sup>80</sup> Auf die Ratifizierung einzelner in Bezug genommener völkerrechtlicher Bestimmungen durch die betroffenen Staaten kommt es dafür nicht mehr an. Soweit der EGMR Normen sozialpolitischen Inhalts anhand dieser Rechtsquellen ausgelegt hat, gewinnt die völkerrechtsfreundliche Interpretation damit auch Bedeutung für die Auslegung der GRC durch den EuGH. Das gilt auch für Art. 28 GRC.

Weiter erlangen die „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ der Mitgliedstaaten über Art. 52 Abs. 4 GRC Bedeutung für die Auslegung der Charta, weil diese Norm eine Auslegung der Grundrechte „im Einklang“ mit den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV) vorschreibt. Diese hatte der EuGH, wie oben bereits gezeigt, aus den Verfassungsüberlieferungen entwickelt, ohne allerdings dabei die nationalen Verfassungen zum Maßstab für Grundrechtsgarantien auf Unionsebene zu erheben. Vielmehr wird auf der Grundlage einer wertenden Rechtsvergleichung das im Lichte der einschlägigen völkerrechtlichen Instrumente Essentielle dieser Verfassungstraditionen herausgearbeitet. Für das Recht auf Kollektivverhandlungen lässt sich daraus allerdings angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung dieses Rechts in den einzelnen Mitgliedstaaten kaum eine Konkretisierung gewinnen.

Die Normen der GRC müssen jedoch akzeptierte völkerrechtliche Standards beachten, um ein hohes Schutzniveau auf Unionsebene zu gewährleisten. Die Union will mithin keinen Vorrang der GRC dahingehend etablieren, dass diese sich gegen anderweitige völkerrechtliche oder verfassungsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten in der Form „durchsetzt“, dass unter Berufung auf die GRC eine Verringerung des anderweitig begründeten Schutzniveaus möglich würde.<sup>81</sup> Entsprechend dem Vorbild von Art. 53 EMRK, dem Art. 53 GRC auch sprachlich nachgebildet wurde, ist ein Nebeneinander aller dieser Grundrechtsebenen und ihrer spezifischen Gewährleistungen gewollt.

## **aa) Grundrechtsverpflichtete**

Die Adressaten des Grundrechts, die aus Art. 28 GRC verpflichtet werden, sind gemäß Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC die Organe und Einrichtungen der Union, die bei der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse ihrer Bediensteten, aber auch bei Schaffung von Sekundärrecht zur Beachtung des Rechts auf Kollektivverhandlungen verpflichtet sind. Welche Rechtsnormen die EU im Anwendungsbereich

---

<sup>80</sup> *Schlachter*, in: FS Lörcher (2013), S. 302, 303.

<sup>81</sup> *Heuschmid/Klebe*, in: FS Lörcher (2013), S. 336, 350.

der Kollektivverhandlungsfreiheit überhaupt erlassen kann, folgt allerdings nicht aus Art. 28 GRC selbst, da die Charta gemäß ihrem Art. 51 Abs. 2 keine neuen Zuständigkeiten oder Aufgaben für die Union begründet, vgl. auch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 EUV.<sup>82</sup>

Zurückzugreifen ist vielmehr auf die allgemeinen Regelungskompetenzen der Union. Hier sind – neben dem Dienstrecht gemäß Art. 336 AEUV – insbesondere die Art. 151 ff. AEUV einschlägig, konkret Art. 153 Abs. 1 f. AEUV, der der Union Kompetenzen im Bereich der Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen einschließlich der Mitbestimmung eröffnet. Das erlaubt jedenfalls grundsätzlich eine Regelung von Kollektivverhandlungen.<sup>83</sup> Gegen eine solche Normsetzungsbefugnis sollte nicht die in Art. 153 Abs. 5 AEUV verankerte Bereichsausnahme für Regelungen zum Koalitions- und Arbeitskampfrecht ins Feld geführt werden,<sup>84</sup> da diese Ausnahmebestimmung aus methodischen Gründen eng verstanden werden muss. Zwar verwehrt sie der EU eine Kompetenz zur Regelung von Koalitions- und Arbeitskampfrecht, doch schließt dies nicht alle Regelungen zu Inhalten aus, die sich auf Kollektivvertragsparteien beziehen. Lediglich Vorgaben für die Gründung einer Koalition, nicht aber für ihr Auftreten nach außen zur kollektiven Wahrung der Mitgliederinteressen sind von der Regelung auf EU-Ebene ausgenommen. Soweit in diesem Bereich Vorschriften des Unionsrechts erlassen würden, sind sie unmittelbar an Art. 28 GRC gebunden.

Weitere Grundrechtsverpflichtete sind die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen. Wie bereits dargestellt, wird dieser Anwendungsbereich weit ausgelegt. Eine Grundrechtsbindung erfasst daher zwar primär, aber eben nicht nur Maßnahmen zur Umsetzung des Primärrechts, insbesondere die Richtlinienumsetzung.<sup>85</sup>

Mangels entsprechender Regulierung des Tarifrechts auf EU-Ebene hätte das Grundrecht bei enger Interpretation des „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ hauptsächlich Bedeutung für die Abwehr von unverhältnismäßigen Beschränkungen des Rechts auf Kollektivverhandlungen bei Umsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten.<sup>86</sup> Darauf ist die Bindungswirkung der Grundrech-

---

<sup>82</sup> EuGH, Urteil v. 12. 07. 2012, C-466/11 „Curra“ Rn. 26; Urteil v. 26. 02. 2013, C-617/10 „AkerbergFransson“ Rn. 22.

<sup>83</sup> *Rebhahn*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2009), Art. 137 Rn. 19 und 24

<sup>84</sup> So aber *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (2011), Art. 153 AEUV Rn. 12; *Birk*, in: MünchArbR (2000), § 19 Rn. 435; *Rieble/Kolbe*, EuZA 2008, 453, 463 ff.; a. A. *Rebhahn*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2012), Art. 153 AEUV Rn. 53.

<sup>85</sup> EuGH, Urteil v. 13. 07. 1989, 5/88 „Wachauf“.

<sup>86</sup> EuGH, Urteil v. 22. 11. 2005, C-144/04 „Mangold“ Rn. 75 f.

te gegenüber den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung jedoch nicht begrenzt. Vielmehr werden sie bereits dann schon gebunden, wenn ihre Maßnahme nur deshalb in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, weil sie geeignet ist, Grundfreiheiten zu begrenzen.<sup>87</sup>

Damit wird die bereits dargestellte Voraussetzung für eine Abwägung zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten auf gleicher Ebene geschaffen, also ein gewisses Gegengewicht zu dem Umstand, dass die Kollektivvertragsparteien bei ihrer eigenen Rechtssetzung auf die Beachtung der Grundfreiheiten verpflichtet worden sind.<sup>88</sup> Wären die Mitgliedstaaten beim Erlass von Vorschriften, die in Grundfreiheiten eingreifen können, nicht zugleich an Art. 28 GRC gebunden, könnten sie die Kollektivverhandlungsrechte unionsrechtlich unbegrenzt einschränken, um ihren Schutzpflichten für die Grundfreiheiten nachzukommen. Da sie aber zugleich Art. 28 GRC beachten müssen, sind auch Maßnahmen zur Erfüllung einer Schutzpflicht nur zulässig, soweit sie sich bei der Verhältnismäßigkeitskontrolle gegen das Grundrecht durchsetzen.

Dass darüber hinausgehend sogar private Arbeitgeber Adressaten der Grundrechte sein könnten, wird in Deutschland unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC überwiegend abgelehnt.<sup>89</sup> Speziell für die Garantien aus Art. 28 GRC sprechen gegen dieses Argument allerdings gute Gründe.<sup>90</sup> Da der EuGH die Regelungsbefugnis der Koalitionen und das Streikrecht der Arbeitnehmer an die Grundfreiheiten der Unternehmen bindet, ist eine Abwägung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten im Individualarbeitsverhältnis nur möglich, wenn auch die Arbeitgeber die Koalitionsfreiheit der Beschäftigten und ihrer Verbände achten müssen. Dies setzt jedoch voraus, dass Art. 28 GRC ebenso Wirkungen im Arbeitsverhältnis entfalten kann wie dies seit Langem bereits für den Entgeltgleichheitsgrundsatz, Art. 157 AEUV, anerkannt ist. Da es im hiesigen Zusammenhang jedoch um die Grenzen der tariflichen Regelungsbefugnis und nicht um das Individualarbeitsverhältnis geht, soll der Streit nicht weiter vertieft werden.

---

<sup>87</sup> EuGH, Urteil v. 18. 06. 1991, C-260/89 „ERT“ Rn. 41 f.

<sup>88</sup> EuGH, Urteil v. 11. 12. 2007, C-438/05 „Viking Line“; Urteil v. 18. 12. 2007, C-341/04 „Laval“.

<sup>89</sup> Jarass, EU-Grundrechte (2005), § 4 Rn. 17; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (2011), Art. 51 GRC Rn. 18; Borowsky, in: Meyer, Grundrechtecharta (2011), Art. 51 GRC Rn. 31; Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar (2012), Art. 51 GRC Rn. 22.

<sup>90</sup> Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar (2009), Art. 28 GRC Rn. 22; Heuschmid, in: Däubler, Arbeitskampfrecht (2011), § 11 Rn. 33; Thüsing/Traut, RdA 2012, 65, 72.

## bb) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des Art. 28 GRC umfasst kollektive Verhandlungen zwischen Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihren Organisationen sowie die dabei erzielten Verhandlungsergebnisse. Der unionsrechtliche Begriff der Kollektivverhandlungen ist weit, schließt also neben Kollektivvertragsverhandlungen die Sozialpartnerverhandlungen, Art. 155 AEUV, ein. Weitergehende qualifizierende Anforderungen an Verhandlungen oder vertragliche Einigungen bestehen nicht explizit. Lediglich durch eine Auslegung nach dem Normzweck ergibt sich, dass die Verhandlungen der Wahrung der Interessen der Mitglieder dienen sollen; damit markiert dieser Zweck auch den Umfang der Vereinbarungsbefugnis. Die inneren Angelegenheiten der Organisationen selbst sowie die Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind danach zulässige Regelungsgegenstände in Kollektivverhandlungen,<sup>91</sup> wohingegen ausschließlich im Allgemeininteresse liegende Regelungsziele wie die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht von Art. 28 GRC erfasst werden. Die Verfolgung beschäftigungspolitischer Ziele, die zugleich im konkreten Interesse der Mitglieder liegen, wird dadurch aus dem Schutzbereich jedoch nicht ausgeschlossen.<sup>92</sup>

Weitergehende Begrenzungen lassen sich aus dem Schutzbereich des Grundrechts nicht entnehmen. Zwar hatte der EuGH in seinen Entscheidungen zum grenzüberschreitenden Arbeitskampf noch weitere Schranken vorgesehen, denen zufolge das Regelungsziel von Maßnahmen zur Einschränkung von Grundfreiheiten ausschließlich im Arbeitnehmerschutz zu bestehen hat,<sup>93</sup> doch kann daraus keine generelle Anforderung an Inhalt und Schranken des Grundrechts aus Art. 28 GRC abgeleitet werden. Diese Entscheidungen stützen sich auf den Umstand, dass die überprüften Tarifforderungen dem Geltungsbereich der Entsende-RL unterfielen; der Gerichtshof überträgt die Anforderungen der Entsende-RL an den Umfang staatlicher Mindestnormen für entsandte Arbeitnehmer damit auf die Vereinbarungskompetenz der Tarifparteien. Über die Angemessenheit dieser Gleichsetzung lässt sich streiten, da die Normsetzung der Tarifparteien nie nur Grundfreiheiten begrenzt, sondern stets zugleich auch Grundrechtsausübung darstellt. Dem hat der EuGH in Entsendezusammenhängen jedoch keine Bedeutung zugemessen. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Entsende-RL kann ihr eine solche „Konkretisierungsfunktion“ für Inhalt und Schranken von Art. 28 GRC aber keinesfalls zukommen.

---

<sup>91</sup> EuGH, Urteil v. 21. 09. 1999, C-67/96 „Albany“ Rn. 59.

<sup>92</sup> EuGH, Urteil v. 16. 10. 2007, C-411/05 „Palacios de la Villa“ Rn. 68; Urteil v. 08. 09. 2011, C-297/10 und C-298/10 „Hennigs und Mai“ Rn. 65.

<sup>93</sup> EuGH, Urteil v. 11. 12. 2007, C-438/05 „Viking Line“ Rn. 80 ff.; Urteil v. 18. 12. 2007, C-341/05 „Laval“ Rn. 106 f.

## cc) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich von Art. 28 GRC ist auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie ihre Organisationen beschränkt. Zwar stellt die Charta selbst keine Definition dieser Begriffe bereit, auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verweist dies jedoch nicht zurück. Einschlägig ist vielmehr der weite unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, wie er vor allem in der Rechtsprechung zum Freizügigkeitsrecht entwickelt worden ist;<sup>94</sup> danach werden auch Personen in einem Berufsausbildungsverhältnis oder Beamte einbezogen.<sup>95</sup> Für den Begriff der „Organisationen“ kann auf Art. 12 GRC verwiesen werden, dem es um Vereinigungen oder Zusammenschlüsse zum Schutz der Interessen der jeweiligen Mitglieder geht. Das dürfte organisatorisch verfestigte Zusammenschlüsse voraussetzen, die den Schutz der Mitglieder und ihrer Interessen auch praktisch umsetzen können. Weil der Wortlaut auf „ihre jeweiligen“ Organisationen verweist, dürfte ein gegnerunabhängiger, rein den Interessen von Arbeitgebern oder von Arbeitnehmern verpflichteter Zusammenschluss vorausgesetzt werden. Im vorliegenden Zusammenhang sind allerdings ohnehin nur Kollektivverträge zu behandeln, die von anerkannten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen geschlossen worden sind, so dass sich eine nähere Abgrenzung erübrigt.

## dd) Schranken des Grundrechts

Wenn Grundfreiheiten und Grundrechte einander auf gleicher, primärrechtlicher Ebene gegenüberstehen, Art. 6 Abs. 1 EUV, ist kein Vorrang der einen Kategorie vor der anderen angeordnet.<sup>96</sup> Daher kann der Gestaltungsspielraum der Kollektivvertragsparteien nicht darauf begrenzt werden, dass ihre Regelungen prinzipiell nicht in Grundfreiheiten eingreifen dürften. Die Kollision zwischen beiden Kategorien ist vielmehr im Rahmen der Grundrechtsschranken aus Art. 52 GRC aufzulösen, insbesondere im Rahmen der praktischen Konkordanz.<sup>97</sup>

Art. 28 GRC errichtet selbst weitere Ausübungsschranken, da das Grundrecht nur „nach Unionsrecht“ und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften/Gepflogen-

---

<sup>94</sup> EuGH, Urteil v. 03. 05. 2012, C-337/10 „Neidel“ Rn. 21 ff.; Urteil v. 17. 07. 2008, C-94/07 „Raccanelli“.

<sup>95</sup> EuGH, Urteil v. 30. 03. 2006, C-10/05 „Mattern“; Urteil v. 03. 05. 2012, C-337/10 „Neidel“ Rn. 25; *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar (2012), Art. 28 GRC Rn. 13 f.; *Jarras*, Charta der Grundrechte der EU (2013), Art. 28 GRC Rn. 10.

<sup>96</sup> *V. Danwitz*, EuZA 2010, 6 ff.; *Kokott/Sobotta*, EuGRZ 2010, 265, 269; *Skouris*, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 5, 25, 27 ff.

<sup>97</sup> *Winter*, NZA 2013, 473 ff.

heiten gewährleistet ist. Dass die Union nur in begrenztem Maße für das Tarifrecht Regelungskompetenzen besitzt und Koalitions- bzw. Arbeitskampfrecht jenseits des Dienstrechts gar nicht regeln darf, wurde bereits dargelegt. Insoweit sind unmittelbare „Maßgaben“ zur Begrenzung von Art. 28 GRC aus dem Unionsrecht auch selten einschlägig. Andererseits nutzt die Union die Einwirkungsmöglichkeiten, die durch eine Bindung der Kollektivvertragsregelungen an die Grundfreiheiten eröffnet worden sind, aber durchaus. Werden Grundrechtsschranken errichtet, sind auch sie auf Art. 28 GRC verpflichtet, müssen also einer Abwägung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten standhalten. Da nach der Rechtsprechung europäische Grundfreiheiten auch nur mit europäischen – und nicht mit mitgliedstaatlichen – Grundrechten abgewogen werden können,<sup>98</sup> hat eine solche Abwägung gerade die Existenz eines Unionsgrundrechts zur Voraussetzung. Insoweit hat das Inkrafttreten des Grundrechts den Regelungsspielraum der Kollektivvertragsparteien also zumindest abgesichert.

Soweit die Union selbst keine Regelungskompetenzen besitzt oder sie nicht ausfüllt, unterliegt die Gewährleistung der Kollektivvertragsfreiheit den „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften“. Diese Bestimmung ist zunächst einmal Ausdruck der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten in Fragen des kollektiven Arbeitsrechts, die ja einen weiten Bereich in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten belässt. Die Grundrechtsgarantien etwa aus Art. 9, 12 GG bleiben mithin für die Ausgestaltung des deutschen kollektiven Arbeitsrechts maßgeblich, wenn die Ausgestaltung nicht im Anwendungsbereich des Unionsrechts erfolgt. Dennoch kann die Bezugnahme auf das nationale Recht in Art. 28 GRC nicht so ausgelegt werden, als ob dieses nationale Recht den Schutzbereich des Unionsgrundrechts definiert.<sup>99</sup> Wollte man dies anders sehen, wäre damit nicht nur eine von Staat zu Staat unterschiedliche Ausgestaltung eines Unionsgrundrechts erlaubt, sondern es gäbe nicht einmal einen gemeinsamen Mindestschutz. So lange Kollektivverhandlungen mitgliedstaatlich nicht komplett verboten werden, könnten andere Einschränkungen beliebig formuliert werden. Das geht über die bloße Anerkennung der Verschiedenheit der Systeme des kollektiven Arbeitsrechts in den Mitgliedstaaten weit hinaus und ist mit einer Grundrechtsgarantie nicht vereinbar.

Dass Art. 28 GRC den Inhalt des Grundrechts unter die Definitionsmacht des nationalen Rechts stellt, wird von den Befürwortern dieser Ansicht auf eine missverständliche Passage der Laval-Entscheidung gestützt.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> EuGH, Urteil v. 12. 06. 2003, C-112/00 „Schmidberger“ Rn. 65 ff.

<sup>99</sup> Vgl. *Temming*, ZESAR 2008, 231, 239; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, Art. 28 GRC Rn. 3.

<sup>100</sup> EuGH, Urteil v. 18. 12. 2007, C-341/05 „Laval“ Rn. 91 ff.

Wie im Nachgang zu dieser Entscheidung aber auch von EuGH-Präsident *Skouris* herausgearbeitet,<sup>101</sup> sollte dort lediglich betont werden, dass auch Art. 28 GRC nicht schrankenlos gewährleistet ist, sondern parallel zu den ebenfalls beschränkten Verbürgungen in den Mitgliedstaaten. Es ging der Entscheidung also um die Möglichkeit einer Schrankenziehung überhaupt und nicht um die unbegrenzte Übertragung einer Befugnis zur Beschränkung auf die Mitgliedstaaten.

Diese Interpretation findet eine Entsprechung in EuGH-Entscheidungen zu Bestimmungen des Sekundärrechts, soweit dies gleichfalls auf „einzelstaatliche Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ verweist.<sup>102</sup> Für das Sekundärrecht hat der Gerichtshof die entsprechende Verweisung so ausgelegt, dass sie die Mitgliedstaaten nicht dazu ermächtigt, Maßnahmen zu schaffen, die die praktische Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen beeinträchtigen. Eine Auslegung der gleichlautenden Formulierung in Art. 28 GRC, die den Mitgliedstaaten die beliebige Beschränkung eines Grundrechts ermöglicht, würde dessen Gewährleistungsgehalt zu ihrer Disposition stellen. Die „praktische Wirksamkeit“ von Art. 28 GRC wäre jedoch beseitigt, wenn dieses Grundrecht keinen unionsrechtlich verbürgten Mindeststandard garantiert. Dies ist mit dem prinzipiellen Regelungsvorrang des Unionsprimärrechts nicht vereinbar und würde auch die Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen.<sup>103</sup>

In dieselbe Richtung weist die bereits angesprochene Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf Beachtung des Art. 11 EMRK. Ein Ausgestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten verbleibt, aber nur im Rahmen dieser Vorschrift, und ohne den Wesensgehalt des Rechts anzutasten; zudem müssen die Ausgestaltungsregelungen einer Verhältnismäßigkeitskontrolle standhalten.<sup>104</sup> Weitere Beschränkungen aller Grundrechte der GRC, und damit auch von Art. 28 GRC, regelt Art. 52 Abs. 2 GRC. Danach ist für alle Einschränkungen formell eine gesetzliche Regelung vorausgesetzt. Sie kann sich, je nach der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Regelungsebenen, aus dem Unionsrecht selbst oder aus dem Recht der Mitgliedstaaten ergeben. Materiell müssen zulässige Beschränkungen dem Gemeinwohl dienende Ziele verfolgen oder den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Speziell für Art. 28 GRC tritt jedoch Art. 11 Abs. 2 EMRK

---

<sup>101</sup> RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 5, 25, 28.

<sup>102</sup> EuGH, Urteil v. 09. 05. 2003, C-151/02 „Jaeger“ Rn. 59; Urteil v. 18. 01. 2007, C-385/05 „CGT“ Rn. 35.

<sup>103</sup> EuGH, Urteil v. 26. 02. 2013, C-399/11 „Melloni“ Rn. 60.

<sup>104</sup> *Jarass*, EU-Grundrechte (2005), § 6 Rn. 28 ff., § 30 Rn. 22 ff.; vgl. dazu auch EuGH, Urteil v. 26. 02. 2013, C-617/10 „AkerbergFransson“ Rn. 44.

hinzu, der strengere Anforderungen an die zulässigen Ziele formuliert. Das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen ist nur einschränkbar, wenn durch die Schrankensetzung die qualifizierten Gemeinwohlbelange aus Art. 11 Abs. 2 EMRK verfolgt werden, Art. 52 Abs. 3 GRC.

Dem steht nicht entgegen, dass in den Erläuterungen zur GRC keine Aussagen über Art. 28 GRC enthalten sind, mit denen sich die Entsprechung dieser Vorschrift zu Art. 11 EMRK belegen ließe. Dieses hat lediglich historische Gründe, weil die einschlägige Rechtsprechung des EGMR, die das Recht auf Kollektivverhandlungen in Art. 11 EMRK gewährleistet sieht,<sup>105</sup> bei Verabschiedung der GRC noch nicht ergangen war. Da Art. 52 Abs. 3 GRC die EMRK in ihrem vom EGMR ausformulierten Bedeutungsgehalt in Bezug nimmt, um die Kohärenz zwischen beiden Grundrechtsinstrumenten zu gewährleisten, umfasst dieser Verweis jetzt auch Art. 11 Abs. 2 EMRK. Daher kann das Recht auf Kollektivverhandlungen aus Art. 28 GRC nur insoweit eingeschränkt werden, wie Art. 11 Abs. 2 EMRK dies zulässt. Bis auf die besonders qualifizierten Regelungsziele, deren Verwirklichung die einschränkende Maßnahme tatsächlich dienen muss, ergibt sich daraus kein nennenswerter Unterschied zu Art. 53 Abs. 1 GRC. Entscheidend bleiben die Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie eine Gewährleistung des Wesensgehalts des eingeschränkten Rechts.

Um als verhältnismäßig anerkannt zu werden, darf eine Grundrechtsbeschränkung nicht über das hinausgehen, was zur Verwirklichung des Regelungsziels angemessen und erforderlich ist. Das kann etwa durch Vergleich mit denkbaren Regelungsalternativen und deren Folgen für die Grundrechtsverwirklichung überprüft werden. Zur Wahrung des Wesensgehalts des Rechts auf Kollektivverhandlungen muss den Kollektivparteien ein substantieller Regelungsbereich verbleiben. Genügt eine nur partielle sekundärrechtliche Normierung zur Verwirklichung der Regelungsziele, sind Mindestnormen zu schaffen, die Kollektivverhandlungen Abweichungen „nach oben“ ermöglichen. Auch die Beteiligung der Kollektivparteien im Vorfeld eines Beschlusses über Beschränkungsmaßnahmen kann einen schwerwiegenden Eingriff rechtfertigen; dasselbe gilt für die Festsetzung einer lediglich befristeten Dauer einer solchen Beschränkungsmaßnahme.

### **3. Vorgaben des nationalen Rechts**

Neben den unionsrechtlichen Vorgaben enthält auch das nationale Recht verschiedene Bestimmungen zur Altersdiskriminierung; Grundsätze sind sowohl

---

<sup>105</sup> EGMR, Urteil v. 12. 11. 2008, Nr. 34503/97 „Demir und Baykara“ Rn. 154.

auf verfassungsrechtlicher wie auf einfachgesetzlicher Ebene gewährleistet. Auch im nationalen Recht müssen die einfachgesetzlichen Bestimmungen im Lichte der Wertungen der übergeordneten Ebenen ausgelegt werden. Vorschriften zur Förderung der Beschäftigung von älteren Arbeitnehmern regeln etwa § 80 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und § 96 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Wichtigste Vorschrift neben dem AGG (siehe sogleich unter II.3.b) ist § 75 Abs. 1 BetrVG, wonach Arbeitgeber und Betriebsrat darüber zu wachen haben, „dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede Benachteiligung von Personen aus Gründen ihrer Rasse oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität unterbleibt.“ Die nationalen Gerichte prüfen eine altersbedingt differenzierende Tarifklausel zwar vorrangig am Unionsrecht, suchen als Grundrechtsadressaten aber zumindest auf zweiter Stufe parallel dazu nach Lösungen im Verfassungsrecht.

## **a) Grundgesetz**

### **aa) Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien**

Ausgangspunkt der Untersuchung ist aber erneut die Frage, inwieweit die Tarifparteien überhaupt grundrechtsgebunden sind. Anders als Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung sind sie als Privatrechtssubjekte grundsätzlich – mit Ausnahme von Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG – nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Während die früher einflussreiche Lehre von der unmittelbaren Grundrechtsbindung davon ausging, dass viele Grundrechte auch zwischen Privatpersonen unmittelbar gelten und diese untereinander binden, ist das BAG mittlerweile von dieser Ansicht abgerückt. Nach neuerer Rechtsprechung des BAG sind die Tarifvertragsparteien nur mittelbar an die Grundrechte gebunden;<sup>106</sup> dies wird auch vom überwiegenden Schrifttum so vertreten.<sup>107</sup> Dies kann zunächst aus dem Umstand gefolgert werden, dass Art. 1 Abs. 3 GG die Tarifvertragsparteien nicht als Grundrechtsadressaten aufführt, sondern diese als Grundrechtsträger in Art. 9 Abs. 3 GG anerkennt. Zwar hat der Gesetzgeber die Tarifvereinbarungen nach § 4 Abs. 1 TVG mit normativer

---

<sup>106</sup> BAG, Urteil v. 22. 04. 2010, 6 AZR 966/08 Rn. 26.

<sup>107</sup> Vgl. etwa *Joannidis*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht (2011), S. 32 f.; *Senne*, Auswirkungen des europäischen Verbots der Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht (2006), S. 205 m. w. N.

Wirkung ausgestattet, dies folgte allerdings nur in Ausgestaltung der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG, ohne diese zugleich demokratisch zu legitimieren.<sup>108</sup> Tarifliche Normsetzung beruht vielmehr auf privatautonomer Gestaltungsmacht, da die Tarifvertragsparteien privatautonom handeln können und auch keiner Regelungspflicht unterliegen.<sup>109</sup> Insoweit würde die Annahme einer unmittelbaren Grundrechtsbindung die Privatautonomie zu sehr einschränken. Die nationalen Vorgaben aus dem Grundgesetz aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG sind daher grundsätzlich nur mittelbar über die zivilrechtlichen Generalklauseln und die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe bedeutsam. Dies befreit die Tarifparteien jedoch nicht von der Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Das BAG prüft daher in ständiger Rechtsprechung, ob die Tarifvertragsparteien bei ihrer Normsetzung die Diskriminierungsverbote berücksichtigt haben, schränkt die Kontrolldichte aber dadurch wieder ein, dass die Bindung an die Gleichheitsrechte gegen die Gewährleistung der Tarifautonomie abgewogen wird (siehe hierzu auch unter II.3.a cc).<sup>110</sup> Wegen ihrer besonderen Sachnähe zum konkreten Regelungsbereich dürfen Tarifpartner gegebenenfalls Differenzierungen vornehmen, die tatbestandlich an geschützte Merkmale anknüpfen; der Sachgrund für diese Differenzierung muss jedoch einer Verhältnismäßigkeitskontrolle standhalten. Bei der Entscheidung darüber, ob ein Gegenstand überhaupt tariflich geregelt werden soll, sind die Koalitionen aufgrund der vorbehaltlosen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich frei. Allerdings gewährt Art. 9 Abs. 3 GG auch kein Normsetzungsmonopol. Der Gesetzgeber bleibt weiterhin befugt, gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG das Arbeitsrecht zu regeln, soweit er hierdurch den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.<sup>111</sup>

## **bb) Art. 3 GG**

Das Grundgesetz gewährleistet an verschiedenen Stellen die Gleichheit der Menschen. Bereits Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG hebt hervor, dass die Würde des Menschen unantastbar ist, um dem Einzelnen die Achtung seines Wertes zu garantieren. Wert und Würde jedes Einzelnen sollen trotz aller Verschiedenartigkeit von Menschen durch seine Persönlichkeitsmerkmale weder vergrößert

---

<sup>108</sup> *Dieterich/Schmidt*, in: *ErfK* (2013), Einl. GG Rn. 20.

<sup>109</sup> *Dieterich/Schmidt*, in: *ErfK* (2013), Einl. GG Rn. 20; *Sprenger*, Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG (2006), S. 17.

<sup>110</sup> Vgl. etwa BAG, Urteil v. 04. 05. 2010, 9 AZR 181/09 m. w. N.

<sup>111</sup> BVerfG, Beschluss v. 24. 04. 1996, 1 BvR 712/86.

noch verringert, sondern rechtlich gleich gewichtet werden.<sup>112</sup> Dieser Aspekt der Menschenwürde wird vom allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG aufgegriffen, dem zufolge alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Dagegen enthält das Grundgesetz – abgesehen von den Schutzbestimmungen zugunsten von Kindern in Art. 6 GG – keinerlei Normen, mit spezifischem Bezug zum Alter. Weder die besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 GG, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, noch Art. 33 Abs. 2 GG beziehen dieses Merkmal explizit in ihren sachlichen Schutzbereich ein. Dennoch wird in Teilen des Schrifttums angenommen, dass alle in der RL 2000/78/EG enthaltenen Diskriminierungsmerkmale über Art. 3 Abs. 3 GG erfasst werden können. Dies wird damit begründet, dass die Aufzählung in Art. 3 Abs. 3 GG nicht abschließend sei, sondern lediglich eine Mindestsicherung gegen unzulässige Differenzierungen darstelle.<sup>113</sup>

Da bei dieser Annahme die Grenze des Wortlauts der Norm überschritten wird, wäre sie nur überzeugend, wenn Art. 3 Abs. 3 GG insoweit analogiefähig ist. Dafür spricht allerdings wenig: Art. 3 Abs. 3 GG gewährt ein subjektives Abwehrrecht, gerichtet gegen die Benachteiligung wie die Bevorzugung einer Person wegen spezifischer Merkmale, nämlich Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen. Der Schutzbedarf wird an unabänderliche Merkmale oder höchstpersönliche Eigenschaften geknüpft, weil es den Trägern solcher Merkmale entweder tatsächlich unmöglich ist, oder von Verfassungswegen nicht zugemutet werden kann, sie zur Vermeidung von Nachteilen ändern zu müssen. Ob das Alter eines Menschen, das sich während seines Lebens andauernd ändert, in diesen Katalog deshalb passen könnte, weil es vom Betroffenen nicht beeinflussbar ist, kann dahin stehen; es sprechen zu viele andere Gründe gegen die Analogiefähigkeit der Norm: Die Entstehungsgeschichte der Norm deutet bereits auf einen abschließenden Charakter der Aufzählung hin, da die geschützten Merkmale als Reaktion auf die Verbrechen im Dritten Reich festgelegt worden sind.<sup>114</sup> Eine Benachteiligung wegen des Alters spielte bei der Entwicklung von Art. 3 GG aber noch keine Rolle und bot den Verfassungsgebern daher keinen Anlass, ein besonderes Diskriminierungsverbot zu schaffen.

Eine Erweiterung des Kriterienkatalogs übersteigt zudem die Grenzen der Kompetenzverteilung zwischen den Staatsgewalten, denn die Ergänzung eines Grundrechts ist ebenso wie die Änderung des Grundgesetzes gemäß Art. 79

---

<sup>112</sup> Müller, *Alter und Recht* (2011), S. 230.

<sup>113</sup> Korthaus, *Das neue Antidiskriminierungsrecht* (2006), S. 162.

<sup>114</sup> Polloczek, *Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts* (2008), S. 111.

Abs. 1 GG der Legislative vorbehalten. Mit derselben Begründung ist auch eine Analogie zu Art. 3 Abs. 2 GG abzulehnen. Schließlich besteht die dafür erforderliche Regelungslücke nicht, da der Schutz des Alters auch ohne diese Analogie gewährleistet werden kann; im Falle einer altersbedingten Benachteiligung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG eine an Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG angelehnte strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten (siehe hierzu unten), die den erforderlichen Persönlichkeitsschutz gewährleistet. Für eine analoge Anwendung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG besteht daher kein Bedürfnis. Aus diesem Grund muss Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auch nicht ergänzend unionsrechtskonform ausgelegt werden, um diesen Schutz sicherzustellen.<sup>115</sup>

Schließlich ist es nicht möglich, das besondere Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, so auszulegen, dass das Merkmal Alter davon erfasst wird. Unter einer Behinderung im verfassungsrechtlichen Sinne versteht das BVerfG die „Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht“.<sup>116</sup> Auf das Merkmal „Lebensalter“, das jedem Menschen zu jeder Phase seines Daseins eigen ist, passt diese Definition ersichtlich nicht. Bereits die Voraussetzung der Regelwidrigkeit spricht gegen eine Gleichstellung von Alter und Behinderung. Im Alter eine „Funktionsbeeinträchtigung“ zu sehen, wäre vielmehr ein Ausdruck des abwertenden Vorverständnisses gegenüber älteren Menschen, dem ein Diskriminierungsverbot gerade begegnen soll. Weiter zeigt ein Vergleich mit § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, wonach eine Behinderung nur dann vorliegt, wenn eine von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichende körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit zu erwarten ist, dass etwaige altersbedingte Beeinträchtigungen gerade nicht selbst Behinderungen sind.

Im Ergebnis bieten die besonderen Gleichbehandlungsgrundsätze des Art. 3 GG keinen Schutz vor Altersdiskriminierung. Gewährleistet wird er vielmehr durch den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG.

Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet nach seinem Wortlaut („vor dem Gesetz“) vorrangig die Rechtsanwendungsgleichheit, also die Gleichbehandlung bei der Anwendung der Gesetze durch Rechtsprechung und Verwaltung. Da eine bloße Rechtsanwendungsgleichheit den Gesetzgeber aber nicht an der Schaffung ungleichbehandelnder Normen hindern könnte, würde der Einzelne dadurch

---

<sup>115</sup> So auch im Ergebnis *Senne*, Auswirkungen des europäischen Verbots der Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht (2006), S. 209 ff.

<sup>116</sup> BVerfG, Beschluss v. 19. 01. 1999, 1 BvR 2161/94 Rn. 54.

nur unzureichend geschützt; daher ist anerkannt, dass auch die Rechtssetzungsgleichheit, also eine Bindung der Legislative an den Gleichheitsgrundsatz, durch Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet wird. Dies ist zugleich Konsequenz aus Art. 1 Abs. 3 GG, der auch den Gesetzgeber an die nachfolgenden Grundrechte bindet. Im Ergebnis verbietet Art. 3 Abs. 1 GG sowohl „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich“ als auch „wesentlich Ungleiches willkürlich gleich“ zu behandeln.<sup>117</sup>

Es bedarf daher rechtfertigender Gründe für eine Ungleichbehandlung, wobei das BVerfG nach der Intensität der Beeinträchtigung durch die Ungleichbehandlung unterscheidet. Danach hat der Gesetzgeber je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen zu beachten, vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Handelt es sich um Unterscheidungen nach sachbezogenen Merkmalen, so beschränkt das BVerfG seine Prüfung auf eine Evidenzkontrolle und sieht die Differenzierung bereits dann als gerechtfertigt, wenn ein vernünftiger Sachgrund vorliegt und die Ungleichbehandlung nicht willkürlich erscheint (sog. Willkürformel). Das eröffnet dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, der die Einführung differenzierender Maßnahmen in gewissem Umfang ermöglicht. Das wird jedoch für eine Differenzierung nach personenbezogenen Merkmalen ausgeschlossen, die einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten muss. Daher wird festgestellt, „ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.“ (sog. neue Formel). Die Prüfung fällt umso strenger aus, „je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, daß eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt.“<sup>118</sup>

Mithin ist die Prüfungsintensität bei einer Unterscheidung nach personenbezogenen Merkmalen besonders intensiv; das gilt auch für das Alter, das zudem mit den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen vergleichbar ist.<sup>119</sup> Das Ergebnis entspricht zudem einer richtlinienkonformen Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG. Da diese Bestimmung einen offenen Auffangtatbestand für Gleichbehandlungsfragen regelt, ist sie einer Auslegung zugänglich, bei der die Vorgaben des Unionsrechts und insbesondere der RL 2000/78/EG beachtet werden

---

<sup>117</sup> BVerfG, Urteil v. 23. 10. 1951, 2 BvG 1/51 Rn. 139; Beschluss v. 15. 07. 1998, 1 BvR 1554/89, 1 BvR 963/94 und 1 BvR 964/94 Rn. 63.

<sup>118</sup> BVerfG, Urteil v. 10. 01. 1994, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90 und 1 BvR 348/90 Rn. 94.

<sup>119</sup> So auch *Linssenmaier*, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, 22, 24; a. A.: *Joannidis*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht (2011), S. 32.

müssen.<sup>120</sup> Besondere Anforderungen bei einer Prüfung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz können sich auch daraus ergeben, dass durch die Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsrechte des Einzelnen eingeschränkt werden; in diesen Fällen werden die Anforderungen an die Rechtfertigung umso höher, je stärker die Beeinträchtigung ist.<sup>121</sup>

### cc) Art. 12 GG

Deshalb kann auch die Gewährleistung der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG das Verbot von Diskriminierungen im Arbeitsleben verstärken.<sup>122</sup> Besonders bei der verfassungsrechtlichen Prüfung von Altersgrenzen hat Art. 12 GG bislang eine prominente Rolle in der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG zur Altersdiskriminierung gespielt. Aus Art. 12 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Geschützt wird damit sowohl die Freiheit der Auswahl als auch der Ausübung des Berufs, die im Rahmen der Berufsfreiheit als einheitliches Grundrecht zusammengefasst werden. Dementsprechend ist der Regelungsvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG auch auf die Berufswahlfreiheit anwendbar, obwohl der Wortlaut lediglich eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit regelt.<sup>123</sup> Allerdings unterscheidet das BVerfG die beiden Ebenen auf der Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung, sog. Drei-Stufen-Theorie; danach fällt die Prüfung unterschiedlich aus je nachdem, ob ein Eingriff in die Berufsausübung vorliegt oder die Berufswahl betroffen ist. Ist die Berufswahl betroffen, muss weiter zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen unterschieden werden. Während die subjektiven Voraussetzungen in der Person selbst zu finden sind, liegen die Umstände der objektiven Zulassungsvoraussetzung außerhalb der Person, sind also unabhängig von persönlicher Qualifikation und Eigenschaft.<sup>124</sup> Das Lebensalter fällt nach Ansicht des BVerfG dabei unter die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen,<sup>125</sup> da die rechtliche Zurechnung von persönlichen Eigenschaften, Fähigkeiten und Fertigkeiten immer eine subjektive Zulassungsvoraussetzung bedeute. Die rechtliche Wirkung bestehe in der Vermutung, dass einer

---

<sup>120</sup> *Senne*, Auswirkungen des europäischen Verbots der Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht (2006), S. 214.

<sup>121</sup> Zu den einzelnen Rechtfertigungsgründen siehe *Trebeck*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Altersgrenzen (2008), S. 133 ff.

<sup>122</sup> *Scholz*, Das Verbot der Altersdiskriminierung bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen (2006), S. 129.

<sup>123</sup> BVerfG, Urteil v. 11. 06. 1958, 1 BvR 596/56 Rn. 67.

<sup>124</sup> BVerfG, Urteil v. 11. 06. 1958, 1 BvR 596/56 Rn. 75 ff.

<sup>125</sup> Kritisch hierzu *Polloczek*, Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts (2008), S. 114 m. w. N.

Person ab diesem Zeitpunkt die entsprechende Leistungsfähigkeit fehle.<sup>126</sup> Eingriffe können auf dieser Stufe bereits dann gerechtfertigt werden, wenn besonders wichtige Gemeinschaftsgüter geschützt werden, und der Eingriff im Übrigen verhältnismäßig ist. Mit dieser Einordnung hat die Rechtsprechung dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum zur Schaffung von Altersgrenzen belassen.

#### **dd) Art. 9 GG – Zusammenhang von Gleichbehandlung und Tarifautonomie**

Die Anwendung der (nicht mehr so) „neuen Formel“ bei der Überprüfung der Altersdiskriminierung bedeutet dagegen eine deutliche Einschränkung der Privatautonomie, auch und gerade für die Tarifparteien. Inwiefern dies mit den Gewährleistungen in Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist, bleibt festzustellen. Von Art. 9 Abs. 3 GG wird nicht nur die Koalitionsfreiheit einschließlich des Rechts auf koalitionspezifische Betätigung geschützt, sondern auch die Freiheit zu autonomer Rechtsgestaltung. Dies könnte es rechtfertigen, eine Verpflichtung der Tarifvertragsparteien auf den Gleichheitssatz auszuschließen, zumal sie eben nur mittelbar grundrechtsgebunden sind. Ein solches Ergebnis widerspräche jedoch den Anforderungen des Unionsrechts. Der EuGH stellt nämlich darauf ab, dass das in Art. 28 GRC verankerte Recht auf Kollektivverhandlungen im Geltungsbereich des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden muss. Verboten die RL 2000/78/EG eine Diskriminierung wegen des Alters, müssen dies auch die Tarifvertragsparteien beachten.<sup>127</sup>

Einer ähnlichen Argumentation bedient sich auch das BAG, wenn es zwar grundsätzlich eine nur mittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien anerkennt, aber auch die Tarifvertragspartner bei ihrer Normsetzung auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet.<sup>128</sup> Zwar erfolge die gerichtliche Kontrolle von Tarifnormen mit Rücksicht auf die Tarifautonomie nur eingeschränkt. Den Tarifvertragsparteien stünde bei der Normsetzung eine Einschätzungsprärogative zu, wobei die Regelungen auch typisieren und generalisieren dürften. Die Tarifvertragsparteien müssten daher nicht immer die gerechtesten und zweckmäßigsten Lösungen wählen. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt jedoch, ob die Tarifvertragsparteien ihren Gestaltungsspielraum überschritten haben. Das BAG stellt dafür auf den allgemeinen Gleichheitssatz und den ihm

---

<sup>126</sup> Siehe zum Ganzen etwa BVerfG, Beschluss v. 16. 06. 1959, 1 BvR 71/57 (Hebammenaltersgrenze) Rn. 23.

<sup>127</sup> Siehe hierzu EuGH, Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“ Rn. 47 ff.

<sup>128</sup> BAG, Urteil v. 22. 04. 2010, 6 AZR 966/08 Rn. 26; die Frage nach der Grundrechtsbindung offen lassend BAG, Urteil v. 04. 05. 2010, 9 AZR 181/09 Rn. 21.

zugrundeliegenden Gerechtigkeitsgedanken ab, der als fundamentales Rechtsprinzip auch die Normsetzungsautonomie der Tarifvertragsparteien begrenzt.<sup>129</sup> Deshalb müssten die Arbeitsgerichte eine Durchsetzung von Tarifregelungen verweigern, die zu einer gleichheitswidrigen Gruppenbildung führen.<sup>130</sup> Das BAG prüft daher in Übereinstimmung mit den Vorgaben des EuGH, ob ein sachlich vertretbarer Grund für die tarifliche Differenzierung besteht. Diese Prüfung ist angelehnt an die „neue Formel“ des BVerfG und damit inhaltlich auch vergleichbar zu dem Vorgehen bei einer die Prüfung an § 10 AGG. Damit bleibt festzustellen, dass auch auf Ebene des nationalen Rechts das Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs.1 GG) die Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG einschränkt.<sup>131</sup>

## b) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Verbot der Altersdiskriminierung zentral in §§ 1, 3, 7 AGG verankert. Der deutsche Gesetzgeber bezweckt mit diesem Gesetz, neben anderen Richtlinien auch die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie RL 2000/78/EG umzusetzen, und hat dafür in weitem Umfang den Richtlinienwortlaut übernommen. Diese Technik ist bereits im Ansatz problematisch, weil das Sekundärrecht der Union die Mitgliedstaaten lediglich auf bestimmte Ziele verpflichtet, über deren optimale Einpassung in das konkrete Rechtssystem jedoch vom Gesetzgeber autonom entschieden werden sollte, Art. 288 Abs. 3 AEUV, Art. 16 RL 2000/78/EG. Wird ein solcher Richtlinienwortlaut stattdessen wörtlich übernommen, deutet dies darauf hin, dass über die geeignetste Form zur Anpassung der bestehenden Rechtslage an die Richtlinienvorgabe eben nicht entschieden wurde. Besonders deutlich wird ein Abwägungsdefizit des nationalen Rechts gerade für den Bereich der Altersdiskriminierung, in dem das AGG sich stärker um eine Konservierung vorhandener Differenzierungsformen bemüht hat als um ihre inhaltliche Überprüfung.<sup>132</sup> Insbesondere die in § 10 Satz 3 AGG aufgezählten speziellen Gründe zur Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung gehen, teilweise in Übernahme des Richtlinienwortlauts, kaum über pauschale Ausnahmen zugunsten etablierter Differenzierungsformen hinaus.

---

<sup>129</sup> BAG, Beschluss v. 17. 06. 2009, 7 AZR 112/08 (A) Rn. 31; Urteil v. 27. 05. 2004, 6 AZR 132/03 Rn. 26 f.

<sup>130</sup> Siehe zum Ganzen BAG, Urteil v. 22. 04. 2010, 6 AZR 966/08 Rn. 26 ff.; Urteil v. 04. 05. 2010, 9 AZR 181/09 Rn. 22 ff.

<sup>131</sup> So im Ergebnis auch *Trebeck*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Altersgrenzen (2008), S. 131.

<sup>132</sup> *Schlachter*, ZESAR 2006, 391, 396; *Preis*, ZESAR 2007, 249 ff.

Inwieweit dies mit den oben dargestellten Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie vereinbar ist, bleibt gesondert festzustellen.

### **aa) Rechtfertigung altersdiskriminierender Bestimmungen, § 10 AGG**

Mit § 10 AGG wurde eine Spezialregelung zur Festlegung von Rechtfertigungsgründen geschaffen, die speziell für das Diskriminierungsmerkmal „Alter“ gelten.<sup>133</sup> Ist eine Vorschrift oder Maßnahme also nach deutschem Recht auf eine Altersdiskriminierung hin zu überprüfen, geht § 10 AGG als spezielle Norm anderen Bestimmungen des AGG vor. Dass es sich bei einer Differenzierung um „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen“ im Sinne des § 8 AGG handelt, ist entbehrlich, wenn eine Rechtfertigung am Maßstab des § 10 AGG gelingt. Der zuvor dargestellten Prüfungsreihenfolge des EuGH entspricht das nicht. Der Gerichtshof hat vielmehr in Fällen, in denen andere als sozialpolitische Rechtfertigungsgründe vorgebracht worden sind, diese vorrangig geprüft.<sup>134</sup> Welcher Norm in Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes Vorrang zukommt, ist für die Kontrollintensität durchaus relevant. Der weite Beurteilungsspielraum der Ausnahmeregelungen zur Altersdiskriminierung, den Art. 10 AGG und Art. 6 RL 2000/78/EG parallel eröffnen, ist nach der Rechtsprechung nur für solche altersabhängigen Differenzierungen einschlägig, die die qualifizierten Ziele im Sinne der Richtlinie verfolgen, also zumindest auch sozialpolitischen Interessen des Gemeinwohls dienen.

### **bb) Inhalt der Rechtfertigungsgründe**

Die Gesetzgebungsgeschichte des § 10 AGG lässt auf erhebliche Unsicherheiten im Umgang mit dem Differenzierungsmerkmal „Alter“ schließen. Während der Gesetzentwurf<sup>135</sup> ursprünglich die allgemeine Rechtfertigungsformel der Richtlinie anhand von vier Beispielen konkretisiert hatte, sind zwischenzeitlich zusätzliche Beispiele (§ 10 Satz 3 Nr. 5–8 AGG a. F.) eingefügt, aber kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes teilweise wieder gestrichen worden: eine altersabhängige Sozialauswahl und altersabhängige Unkündbarkeitsbestimmungen, die nach den Beispielen in § 10 Satz 3 Nr. 6 und 7 AGG a. F. als gerechtfertigt gelten

---

<sup>133</sup> *Meinel/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 10 Rn. 1.

<sup>134</sup> EuGH, Urteil v. 12. 01. 2010, C-341/08 „Domnica Petersen“ Rn. 67 ff. (Gesundheitschutz der Versicherten und finanzielle Stabilität der Krankenversicherung werden an Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG geprüft); EuGH, Urteil v. 12. 01. 2010, C-229/08 „Wolf“ Rn. 32 ff. (körperliche Leistungsfähigkeit bei Maßnahmen zum Personenschutz wird an Art. 4 RL 2000/78/EG geprüft).

<sup>135</sup> BT-Drucks. 15/4538, S. 12.

sollten, entfielen ersatzlos.<sup>136</sup> Hintergrund dieser Streichung war allerdings nicht, dass im Gesetzgebungsverfahren nicht länger an der prinzipiellen Rechtfertigungswirkung dieser Regelbeispiele festgehalten werden sollte. Die Streichung sollte vielmehr einen logischen Widerspruch zu § 2 Abs. 4 AGG vermeiden, der Kündigungen generell vom Anwendungsbereich des AGG ausnimmt. Wäre eine solche Ausnahme zulässig gewesen, hätte es der Festlegung eines besonderen Rechtfertigungsgrundes für differenzierende Klauseln im Kündigungsrecht nicht bedurft.

Allerdings fallen nach den Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 lit. c) RL 2000/78/EG, die von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG auch ins deutsche Recht übernommen wurden, alle „Entlassungsbedingungen“ in den Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote. Das schließt das gesamte Kündigungsrecht ein.<sup>137</sup> Damit ist es unvereinbar, das Diskriminierungsrecht selbst, oder zumindest die dort vorgegebenen Maßstäbe, auf Kündigungen nicht anzuwenden. Das BAG hat dem entsprochen, indem es § 2 Abs. 4 AGG im Sinne einer Vorrangregelung ausgelegt hat. Danach ist zwar auf Kündigungen in einem ersten Schritt das allgemeine und besondere Kündigungsrecht anzuwenden, dort enthaltene unbestimmte Rechtsbegriffe sind aber durch die Normen des AGG bzw. der Richtlinien zu konkretisieren.<sup>138</sup> Im Ergebnis wird also das Diskriminierungsrecht im Wege der Auslegung des Kündigungsschutzrechts angewendet, etwa betreffend die Begriffe der „sozialen Rechtfertigung“, der „Sozialauswahl“ oder des „wichtigen Grundes“. Die Beweiserleichterungen des § 22 AGG müssen in diesen Konstellationen ebenfalls angewendet werden. Besonders umstritten bleibt die Zulässigkeit von Entschädigungs- und Schadensersatzforderungen gemäß § 15 Abs. 1 und 2 AGG im Rahmen einer Kündigungsschutzklage.<sup>139</sup> Da es für die hiesige Fragestellung nicht um die Rechtsansprüche gekündigter Arbeitnehmer bei einer diskriminierenden Entlassung geht, kann eine vertiefende Diskussion unterbleiben.

Festzuhalten bleibt jedoch, dass die gesetzgeberische Einschätzung inhaltlich unzutreffend war, die Regelbeispiele in § 10 Satz 3 Nr. 6 und 7 AGG a.F. müssten wegen der Ausschlusswirkung des § 2 Abs. 4 AGG gestrichen werden. Ein

---

<sup>136</sup> Art. 8 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes und anderer Gesetze, BGBl. 2006 I, S. 2742, 2745.

<sup>137</sup> EuGH, Urteil v. 11. 07.2006, C-13/05 „ChacónNavas“ Rn. 36.

<sup>138</sup> BAG, Urteil v. 06. 11. 2008, 2 AZR 523/07 Rn. 34; Urteil v. 05. 11. 2009, 2 AZR 676/08 Rn. 24.

<sup>139</sup> Offen gelassen von BAG, Urteil v. 22. 10. 2009, 8 AZR 642/08 Rn. 16; vgl. *Treber*, in: KR-Gemeinschaftskommentar (2010), § 2 AGG Rn. 27; *Schlachter*, in: *ErfK* (2013), § 2 AGG Rn. 19.

logischer Bruch der Normkonzeption ist durch diese Beispiele nicht verursacht worden. Da die Beispiele aber gerade nicht deshalb gestrichen wurden, weil der Gesetzgeber ihre rechtfertigende Wirkung inhaltlich nicht mehr aufrechterhalten wollte, kann aus der Streichung auch nicht auf die Unzulässigkeit solcher Bestimmungen geschlossen werden. Eine inhaltliche Orientierung an den Regelbeispielen bleibt vielmehr möglich, sofern die allgemeinen Voraussetzungen von § 10 Satz 1 und 2 AGG vorliegen und ein Widerspruch zu den Richtlinienvorgaben im konkreten Falle ausgeschlossen ist.

Die in § 10 Satz 3 AGG aktuell verbliebenen Regelbeispiele setzen (in Satz 3 Nr. 1-3) die oben dargestellten Beispiele aus Art. 6 Satz 2 lit. a)–c) der RL 2000/78/EG um. Das Regelbeispiel gemäß § 10 Satz 3 Nr. 4 geht im Wesentlichen auf Art. 6 Abs. 2 der RL zurück. Für § 10 Satz 3 Nr. 5 und 6 AGG gibt es im Richtlinien-text keine Entsprechungen; sie verstehen sich vielmehr als Konkretisierung der dort enthaltenen Generalklausel. Das BAG erklärt die Bestimmungen des § 10 AGG generell für richtlinienkonform.<sup>140</sup>

### **cc) Anwendungsbereich der Rechtfertigungsgründe**

Der Anwendungsbereich des § 10 AGG erfasst Personen, die von einer Benachteiligung im Sinne des AGG betroffen worden sind, verweist also auf den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Verbots der Altersdiskriminierung gemäß § 6 AGG zurück. Damit sind „Beschäftigte“ im weiten unionsrechtlichen Sinne gemeint, also neben Arbeitnehmern und Auszubildenden auch Arbeitsplatzbewerber sowie Personen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. § 24 AGG bezieht weiter Beamte und Richter ein, während § 6 Abs. 3 AGG Selbständige und Organmitglieder beim Zugang zur Erwerbstätigkeit und zum beruflichen Aufstieg schützt.

Der sachliche Anwendungsbereich des Altersdiskriminierungsverbots wird für „Beschäftigung und Beruf“ durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGG so festgelegt, dass die Begründung, Durchführung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen umfasst wird. Durch Ergänzung des bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 75 Abs. 1 BetrVG um das Merkmal „Alter“ hat der Gesetzgeber insoweit die AGG-Definitionen in Bezug genommen, und damit auch die Betriebsparteien für ihren Zuständigkeitsbereich an dieselben Grundsätze gebunden.

---

<sup>140</sup> BAG, Urteil v. 11. 08. 2009, 3 AZR 23/08; Urteil v. 25. 02. 2010, 6 AZR 911/08 Rn. 34 f.

## 4. Verhältnis der Regelungsebenen zueinander

Grundsätzlich genießt das Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem deutschen Recht.<sup>141</sup> Das gilt für nationale Rechtsquellen aller Ebenen einschließlich des Verfassungsrechts. Zwar hatte sich das BVerfG vorbehalten, kompetenzwidriges Unionsrecht am Maßstab des deutschen Zustimmungsgesetzes zu überprüfen, um „ausbrechenden Rechtsakten“ die Verbindlichkeit nehmen zu können;<sup>142</sup> bis zu einer entsprechenden Feststellung des Verfassungsgerichts ist von einer Unverbindlichkeit aber nicht auszugehen. Alles nationale Recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts ist daher soweit wie methodisch möglich nach den Vorgaben des Unionsrechts auszulegen, um seine volle Wirksamkeit und die verbindlich vorgegebener Regelungsziele durchzusetzen.<sup>143</sup>

Die Bewertung, ob eine bestimmte unionsrechtskonforme Auslegung noch methodisch möglich ist, überlässt der EuGH dabei grundsätzlich dem nationalen Gericht, doch bleibt der unionsrechtliche Begriff der Auslegung maßgebend. Dieser ist weiter als der deutsche und bezieht insbesondere die zulässige Rechtsfortbildung mit ein.<sup>144</sup> Lässt sich selbst durch diese weit verstandene Auslegung keine Kompatibilität zwischen einer gesetzlichen Vorschrift und zwingenden Vorgaben des Unionsrechts herstellen, müsste die Rechtsfolge danach bestimmt werden, ob unmittelbar wirkendes oder nur mittelbar wirkendes Unionsrecht verletzt wird. Ist eine Bestimmung des Unionsrechts unmittelbarer Drittwirkung im Privatrechtsverkehr fähig, setzt sie sich gegen widersprechendes nationales Recht durch. Richtlinienrecht kann dagegen nach Ansicht der ständigen EuGH-Rechtsprechung in einem Rechtsstreit zwischen Privaten grundsätzlich nicht unmittelbar angewendet werden.<sup>145</sup>

Da das Verbot der Altersdiskriminierung jedoch vollumfänglich im Primärrecht verankert ist, sowohl in Art. 21 GRC wie durch einen Allgemeinen Rechtsgrundsatz, und durch die RL 2000/78/EG auf sekundärrechtlicher Ebene ledig-

---

<sup>141</sup> EuGH, Urteil v. 10. 04. 1984, 14/83 „v. Colson und Kaman“; BVerfG, Beschluss v. 22. 10. 1986, 2 BvR 197/83 „Solange II“ Rn. 98; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (2011), Art. 1 AEUV Rn. 16; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der EU* (2013), Art. 1 AEUV Rn. 71 ff.

<sup>142</sup> BVerfG, Beschluss v. 06. 07. 2000, 2 BvR 2661/06 Rn. 53 ff.; Beschluss v. 22. 10. 1986, 2 BvR 197/83 Rn. 117; Beschluss v. 07. 06. 2000, 2 BvL 1/97 Rn. 61; *Streinz/Ohler/Herrmann*, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU* (2010), § 2 Rn. 341.

<sup>143</sup> EuGH, Urteil v. 19. 01. 2010, C-555/07 „Küçükdeveci“ Rn. 48; Urteil v. 05. 10. 2004, C-397/01 bis C-403/01 „Pfeiffer“.

<sup>144</sup> *Schlachter*, *RdA* 2005, 115 ff.; *dies.*, *ZfA* 2007, 249 ff.; *Riesenhuber/Domröse*, *RIW* 2005, 47, 50; vgl. auch BAG, Urteil v. 24. 03. 2009, 9 AZR 983/07; BGH, Urteil v. 26. 11. 2008, VIII ZR 200/05.

<sup>145</sup> EuGH, Urteil v. 19. 01. 2010, C-555/07 „Küçükdeveci“ Rn. 46.

lich konkretisiert wird, kommt es für die hiesige Fragestellung auf diese Differenzierung nicht mehr an. Das Verbot der Altersdiskriminierung wirkt unmittelbar gegenüber Subjekten des Privatrechts ebenso wie gegenüber dem Staat und seinen Einrichtungen.

Durch Auslegung (im weit verstandenen unionsrechtlichen Sinne) ist das nationale Recht möglichst in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht zu bringen. Gelingt dies nicht, setzt sich das Unionsrecht wegen seiner Vorrangwirkung durch, das nationale Gesetz wird unanwendbar, soweit die Unvereinbarkeit reicht. Da grundsätzlich dokumentiert ist, dass der Gesetzgeber das AGG unionsrechtskonform ausgestalten wollte, ist eine nicht auslegungsfähige Bestimmung nur ausnahmsweise im Sinne einer bewussten Abweichung vom Unionsrecht zu verstehen. Bei Fehlen gegenteiliger Hinweise ist vielmehr zu vermuten, dass die Unvereinbarkeit übersehen worden ist. Daher kommt eine teleologische Reduktion einer Norm auf einen unionsrechtskompatiblen Regelungsbestandteil grundsätzlich in Betracht und bleibt einer vollständigen Außerachtlassung der Vorschrift vorzuziehen. Die Unanwendbarkeit einer gesetzlichen Vorschrift bleibt jedoch als letzte Möglichkeit zur Durchsetzung des Vorrangs des EU-Rechts bestehen.

Untergesetzliche Rechtsnormen wie Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sind im Geltungsbereich der RL 2000/78/EG grundsätzlich am ( gegebenenfalls unionsrechtskonform ausgelegten) nationalen Gesetzesrecht zu messen, d. h. am AGG, an § 75 BetrVG oder an den zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB in ihrer unionsrechtskonformen Auslegung. Verstößt eine untergesetzliche Rechtsnorm gegen diese Vorgaben, folgt ihre Unwirksamkeit aus § 7 Abs. 2 AGG, § 134 BGB.

Entscheidende Prüfungspunkte für die Wirksamkeit einer nach dem Alter differenzierenden Tarifnorm sind die Abwägung zwischen der Benachteiligung und den legitimen Zielen der tariflichen Regelung sowie die Verhältnismäßigkeit der gewählten Regelungsmittel. In beide Abwägungen ist einzustellen, dass Kollektivvertragsparteien ihrerseits Grundrechtsträger sind und tarifliche Normsetzung damit Grundrechtsausübung bedeutet, was sowohl vom nationalen wie dem Unionsgesetzgeber jeweils zu beachten ist. Prüfungstechnisch bedeutet dies, dass das Unionsrecht im Rahmen seiner Regelungskompetenz und unter Beachtung der GRC Vorgaben für das nationale Recht formulieren kann, die direkt oder mittelbar auch den Kollektivvertragsparteien entgegen gehalten werden können. Es muss dabei aber auch den Regelungsspielraum der Kollektivparteien beachten, der ihnen gegebenenfalls ein weitergehendes inhaltliches Ermessen bei der Konkretisierung von Richtlinienvorgaben einräumt als dem nationalen Gesetzgeber zustünde. Wo das Unionsrecht aus Kompetenzgründen

nicht eingreifen darf oder tatsächlich keine Vorgaben formuliert hat, bleibt das nationale Recht regelungsbefugt. Solche autonomen Regelungen unterliegen der Bindung an das nationale Verfassungsrecht, haben also die Tarifautonomie in ihrer von Art. 9 GG gewährleisteten Ausprägung zu beachten.

## 5. Rechtsfolgen der Verwendung diskriminierender Klauseln

Nicht gesetzlich geregelt ist, welche Konsequenzen die Unwirksamkeit einer Tarifbestimmung für den Tarifvertrag insgesamt entfaltet, und wie die bei Anordnung einer Unwirksamkeitsfolge entstehende Vertragslücke geschlossen werden soll.

Im deutschen Recht sind die Rechtsfolgen eines (auf Tarifvertragsbestimmungen beruhenden) Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung zweispurig ausgestaltet.<sup>146</sup> Angesprochen werden das zivilrechtliche Sanktionssystem von Schadensersatz und Entschädigung für eine erlittene Benachteiligung, ergänzt durch die Pflicht zur Beseitigung der Benachteiligung selbst mit der Folge der Unwirksamkeit der benachteiligenden Bestimmung oder Maßnahme und der Pflicht, ihre fortbestehenden Auswirkungen zu beseitigen.

Im Unionsrecht verlangt Art. 8 RL 2000/78/EG, dass Diskriminierungen in tatsächlicher Hinsicht zu beseitigen sind. Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Diskriminierungsverbote müssen im nationalen Recht daher so ausgestaltet werden, dass sie alle Hindernisse für die Verwirklichung dieser Verbote in der Praxis ausschließen. Schafft ein Mitgliedstaat einen Anspruch auf Entschädigung/Schadensersatz als Rechtsfolge der Verbotsverletzung, muss er sicherstellen, dass diese Ansprüche eine „wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber“ entfalten und in einem „angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen“.<sup>147</sup> Diesen Vorgaben soll das AGG in der Schadensersatz-/Entschädigungsregelung in § 15 AGG nachkommen. Aus Abs. 1 dieser Norm ist der Arbeitgeber verpflichtet, den durch einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entstandenen Schaden zu ersetzen. Dieser Anspruch ist vom Ver-

---

<sup>146</sup> An dieser Stelle beschränkt sich die Darstellung auf die wichtigsten im AGG selbst normierten Rechtsfolgen, unter Außerachtlassung der weiteren Aspekte des Beschwerderechts, § 13 AGG, des Leistungsverweigerungsrechts, § 14 AGG, des Maßregelungsverbots, § 16 AGG, sowie allgemeiner Folgen einer Vertragsverletzung, § 7 Abs. 3 AGG.

<sup>147</sup> So Art. 17 RL 2000/78/EG in Übernahme der Rechtsprechung; EuGH, Urteil v. 22. 04. 1997, C-180/95 „Draehmpaehl“ Rn. 4.

schulden des Arbeitgebers abhängig, enthält also eine unionsrechtlich problematische Rechtsfolge. Wegen seines Nichtvermögensschadens kann ein Benachteiligter aus § 15 Abs. 2 AGG zudem eine Entschädigung verlangen. Dieser Anspruch wird verschuldensunabhängig gewährt,<sup>148</sup> auch wenn dies im Wortlaut der Norm nicht zum Ausdruck gelangt ist; das ist jedoch als Versehen zu werten, denn insoweit sollten die Vorgaben des Unionsrechts erfüllt werden. Bei einer Benachteiligung in Anwendung von Tarifverträgen ist der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 3 AGG aber nur zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt; auch dies ist nach Unionsrecht zweifelhaft.

### a) Die zivilrechtlichen Schadensersatz-/Entschädigungsansprüche, § 15 AGG

Bereits die Grundaussage, der zufolge Ansprüche auf Ersatz des materiellen Schadens vom Verschulden des Arbeitgebers abhängen, § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG, wird überwiegend als unvereinbar mit der oben zitierten EuGH-Rechtsprechung angesehen.<sup>149</sup> Auf ein Verschulden des Arbeitgebers kommt es für die hiesige Fragestellung jedoch deshalb nicht an, weil materielle Schäden, die durch Anwendung einer diskriminierenden Tarifnorm verursacht werden, regelmäßig bereits über § 7 Abs. 2 AGG verschuldensunabhängig beseitigt werden müssen.

Bedeutung erlangen kann jedoch das Haftungsprivileg bei der Anwendung kollektivrechtlicher Normen gemäß § 15 Abs. 3 AGG, dessen Unionsrechtskonformität gleichfalls strittig ist.<sup>150</sup>

§ 15 Abs. 3 AGG begrenzt die Haftung des Arbeitgebers für Entschädigungsansprüche wegen Benachteiligung in Anwendung kollektivvertraglicher Bestimmungen dahingehend, dass nicht grob fahrlässig verursachte Diskriminierungen nicht entschädigungspflichtig sind. Gegen diese Privilegierung sprechen dieselben Einwände wie gegen das Vorsatzerfordernis in § 15 Abs. 1 Satz 2

---

<sup>148</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38; BAG, Urteil v. 22. 01. 2009, 8 AZR 906/07 Rn. 65; Urteil v. 15. 03. 2010, 8 AZR 1044/08 Rn. 36.

<sup>149</sup> *Jacobs*, RdA 2009, 193, 197; *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 336; *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz (2012), S. 224 f.; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2013), Rn. 540 und 548; *Schlachter*, in: *ErfK* (2013), § 15 AGG Rn. 1; anders: *Walker*, NZA 2009, 5, 6; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG (2011), § 15 Rn. 15.

<sup>150</sup> Offen gelassen: BAG, Urteil v. 22. 01. 2009, 8 AZR 906/07 Rn. 68; für Unionsrechtswidrigkeit: *Jacobs*, RdA 2009, 193, 198; *Wagner/Potsch*, JZ 2006, 1085, 1091; *Stoffels*, RdA 2009, 204, 211; *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG (2013), § 15 Rn. 93; *Schlachter*, in: *ErfK* (2013), § 15 AGG Rn. 14; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 15 Rn. 81; anders: *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG (2011), § 15 Rn. 43.

AGG, nämlich dass sie die Forderung nach einem verschuldensunabhängigen Ausgleich aller durch Diskriminierung verursachten Nachteile nicht erfüllt.

Dagegen war allerdings im Gesetzgebungsverfahren eingewendet worden, wegen der „höheren Richtigkeitsgewähr“ kollektiver Vereinbarungen<sup>151</sup> müsse eine Rechtfertigung vorgesehen werden, die sich von der für einseitige Arbeitgebermaßnahmen vorgesehenen unterscheidet. Dem Arbeitgeber, der Kollektivverträge anwendet, steht ein gewisser Schutz seines Vertrauens auf deren Richtigkeit zu. Dies stellt allerdings einen Benachteiligten im Ergebnis (ohne jede Kompensation an anderer Stelle) schlechter, wenn die erlittene Benachteiligung auf kollektivvertraglichen Regeln beruht als wenn sie durch Anwendung des Arbeitsvertrages oder in Ausübung des Weisungsrechts erfolgt wäre. Dieser Unterschied ist unionsrechtlich nicht begründbar. Der Einwand der höheren Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen ist im Rahmen von Schadensersatzpflichten bereits im Ansatz verfehlt. Er bezieht sich zutreffend auf eine höhere Wahrscheinlichkeit eines angemessenen Ausgleichs der Interessender Verhandlungspartner untereinander, rechtfertigt aber keine Vermutung zugunsten der materiellen Rechtmäßigkeit von Tarifnormen.<sup>152</sup> Tarifbestimmungen können sowohl auf die Einhaltung verfassungsrechtlicher wie einfachgesetzlicher Diskriminierungsverbote kontrolliert werden, ohne dass diese Kontrolle selbst schon einen unzulässigen Eingriff in die Tarifautonomie bedeutet.

Weiter ist das Argument eines notwendigen Vertrauensschutzes für den normanwendenden Arbeitgeber nicht tragfähig. Die Rechtsprechung<sup>153</sup> hat nicht einmal den Umstand genügen lassen, dass eine benachteiligende Maßnahme in einer gesetzlichen Norm zugelassen worden ist, um dem Arbeitgeber Vertrauensschutz zu gewähren. Dass einer kollektivvertraglichen Norm eine darüber noch hinausgehende Vertrauenswirkung zukommen müsse, ist schlicht nicht plausibel.

Deswegen wäre der Gesetzgeber allerdings nicht gehalten gewesen, einen Entschädigungsanspruch gegen die Kollektivvertragsparteien zu schaffen, denn das Unionsrecht hat stets nur eine Ersatzpflicht des Arbeitgebers angenommen, um dem Benachteiligten den vollen Ersatz aller Nachteile zu gewährleisten.<sup>154</sup> Zugunsten eines notwendigen Vertrauensschutzes für normanwendende Arbeitgeber kann nicht damit argumentiert werden, dass der Arbeitgeber nicht

---

<sup>151</sup> BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

<sup>152</sup> *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG (2013), § 15 Rn. 89.

<sup>153</sup> EuGH, Urteil v. 22. 11. 2005, C-144/04 „Mangold“; BAG, Urteil v. 26. 04. 2006, 7 AZR 500/04 Rn. 40 ff.

<sup>154</sup> EuGH, Urteil v. 27. 06. 1990, C-33/89 „Kowalska“ Rn. 20; vgl. *Walker*, NZA 2009, 5, 7; *Schlachter*, in: ErfK (2013), § 15 AGG Rn. 14.

anders handeln können, da er zur Normanwendung verpflichtet gewesen sei. Bei der Anwendung von Betriebsvereinbarungen und Firmentarifverträgen ist das Argument bereits unschlüssig, weil der Arbeitgeber in diesen Fällen tatsächlich gleichberechtigter Normenurheber ist. In einer alternativlosen Lage befindet er sich schon allein deshalb nicht, weil er die fraglichen Kollektivvertragsnormen zuvor selbst ausgehandelt hat. Aber auch in Anwendung von Bestimmungen eines Verbandstarifvertrages geht das Vertrauensschutzargument fehl, da die Haftung nicht an der Normurheberschaft, sondern an der Normverwendung ansetzt: Die Pflicht zur Befolgung von Tarifnormen trifft den tarifgebundenen Arbeitgeber dann, wenn diese Bestimmungen wirksam zustande gekommen und inhaltlich rechtmäßig sind; sind sie dagegen erkennbar diskriminierend, lösen sie keine Anwendungspflicht aus. Der Arbeitgeber haftet also, wenn er eine Tarifnorm trotz ihrer erkennbar diskriminierenden Folgen anwendet. Dabei kann im Einzelfall freilich problematisch sein, unter welchen Voraussetzungen eine Klausel „erkennbar“ diskriminierend wirkt. Doch wird man dies ohne weiteres annehmen, wenn es eine gefestigte Rechtsprechung dazu gibt. Die Weiterverwendung einer bereits als diskriminierend ausgeurteilten Tarifklausel wird bereits als (bedingter) Vorsatz zu werten sein. Fehlt es an obergerichtlichen Entscheidungen, kommt eine grob fahrlässige Benachteiligung in Betracht, wenn eine herrschende Meinung in der Rechtslehre die fragliche Bestimmung als diskriminierend einstuft.<sup>155</sup> Hat sich auch noch keine herrschende Meinung herausgebildet, kann der Arbeitgeber als Normanwender allenfalls auf Entschädigung haften, wenn er mit seiner Maßnahme keiner rechtlich vertretbaren Auffassung folgt. Ob dies anzunehmen ist, ist auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle zu untersuchen.

## **b) Unwirksamkeit benachteiligender Bestimmungen, § 7 Abs. 2 AGG**

Aus Art. 16 lit. a) RL 2000/78/EG sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle erforderlichen Maßnahmen zur Aufhebung von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften zu treffen, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen. Weiter müssen diesem Grundsatz widersprechende Bestimmungen in (unter anderem) Arbeits- und Tarifverträgen für nichtig erklärt oder geändert werden können. Ein unzulässiger Eingriff in die Kollektivvertragsfreiheit der Verbände liegt darin nicht.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> LAG Düsseldorf, Beschluss v. 17. 02. 2010, 12 Sa 1311/07 Rn. 35.

<sup>156</sup> EuGH, Urteil v. 08. 09. 2011, C-297/10 und C-298/10 „Hennigs und Mai“ Rn. 63 ff.; BAG, Urteil v. 18. 01. 2012, 7 AZR 112/08 Rn. 42; Urteil v. 13. 10. 2009, 9 AZR 722/08; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 08. 05. 2013, 26 Sa 2387/12.

Diese Vorgabe wurde in § 7 Abs. 2 AGG bzw. § 75 Abs. 1 BetrVG, § 134 BGB umgesetzt. Rechtsfolge der damit angeordneten Unwirksamkeit einer diskriminierenden Tarifnorm ist – entgegen § 139 BGB – grundsätzlich nicht die Unwirksamkeit des Tarifvertrages insgesamt. Auch aus einem entgegenstehenden hypothetischen Willen der Tarifparteien kann eine solche Gesamtnichtigkeit nicht gefolgert werden,<sup>157</sup> da dies mit den Anforderungen der Rechtssicherheit für die Tarifunterworfenen nicht vereinbar wäre. Unwirksam ist mithin nur die selbst benachteiligend wirkende Klausel, der übrige Vertragsinhalt bleibt bestehen.

Wird ein Arbeitnehmer in Anwendung einer Tarifnorm wegen seines Alters benachteiligt, kann er sich auf die Unwirksamkeit dieser Bestimmung berufen. Damit ist die Klausel beseitigt, deren Anwendung den Nachteil auslöst, und damit entfällt vielfach auch der Nachteil selbst, etwa im Falle einer ungerechtfertigten vorgezogenen Altersgrenze für bestimmte Berufe, deren Unwirksamkeit zum Fortbestand des ursprünglichen Arbeitsvertrages führt.

Schwieriger gestaltet sich die Ermittlung der Rechtsfolge, wenn der geltend gemachte Nachteil darin besteht, dass dem Arbeitnehmer altersbedingt eine Vergünstigung vorenthalten wird, die andere Altersgruppen erhalten. Hier ist mit der angeordneten Unwirksamkeit der Klausel das Problem nicht gelöst, da aus § 7 Abs. 2 AGG kein Anspruch auf Erhalt der Vergünstigung entsteht.<sup>158</sup>

Die Lücke kann auch nicht durch Rückgriff auf die Richtlinie gefüllt werden, da diese ebenfalls keine Rechtsfolgenregelung für diese Situation formuliert.

Herangezogen werden kann jedoch die Rechtsprechung des EuGH zur Lückenfällung, die Benachteiligten grundsätzlich einen Anspruch auf „Anpassung nach oben“ zugesteht.<sup>159</sup> Dabei ist zwischen zwei Wirkrichtungen dieses Anspruchs zu unterscheiden: für die Zukunft bleibt eine Neuregelung möglich, die Ansprüche in jeder durchsetzbaren Höhe festlegen kann. Dies folgt aus der Relativität des Gleichbehandlungsanspruchs: Ein Diskriminierungsverbot schreibt weder das Niveau einer Vergütung vor noch verpflichtet es zur Sicherung bestehender Ansprüche, sondern untersagt lediglich die Verschiedenbehandlung wegen bestimmter Merkmale. Für die Zukunft können Tarifparteien nach den Vorgaben der Diskriminierungsverbote die ehemals unzulässig differenzierenden Klauseln also auf jedem beliebigen (einheitlichen) Niveau festle-

---

<sup>157</sup> BAG, Urteil v. 07. 03. 1995, 3 AZR 282/94; Urteil v. 18. 12. 2008, 6 AZR 287/07.

<sup>158</sup> Wiedemann, NZA 2007, 950 ff.

<sup>159</sup> EuGH, Urteil v. 13. 12. 1989, C-102/88 „Ruzius-Wilbrink“; Urteil v. 27. 06. 1990, C- 33/89 „Kowalska“; Urteil v. 07. 02. 1991, C-184/89 „Nimz“; Urteil v. 15. 01. 1998, C-15/96 „Schöning-Kougebetopoulou“.

gen, auf dem ihnen eine inhaltliche Einigung gelingt. Arbeitsvertragsrechtlich kann das gegebenenfalls bereits wieder anders aussehen, um einer Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf erworbene Besitzstände zu entsprechen.

Bei den Ansprüchen für die Vergangenheit ist die Lückenfüllung dagegen sehr strittig. Fest steht nur, dass der EuGH die „Angleichung nach oben“ für die Vergangenheit sowohl bei Tatbeständen im Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten wie dem der Kollektivvertragsparteien vorgesehen hat,<sup>160</sup> ohne dass eine vorherige Anpassung der Differenzierungsklausel durch den jeweiligen Normgeber selbst hätte abgewartet werden dürfen.<sup>161</sup>

Zur Vornahme dieser Angleichung sind die Gerichte der Mitgliedstaaten befugt und verpflichtet, wobei sie sich weder auf die Gewaltenteilung zugunsten des Gesetzgebers noch auf die Tarifautonomie zugunsten der Kollektivvertragsparteien berufen können, um den Beseitigungsanspruch Benachteiligter zeitweilig zu versagen.<sup>162</sup> Hintergrund dieser Argumentation ist eine Abwägung der Belastungen, die eine „Angleichung nach oben“ für die Regelungsautonomie der Kollektivparteien sowie für den leistungspflichtigen Arbeitgeber bedeutet, mit den Nachteilen, denen Diskriminierungs Betroffene ausgesetzt sind.<sup>163</sup> Würde den Kollektivvertragsparteien eine Regelungsprärogative eröffnet, bevor ein Anspruch auf Beseitigung der Benachteiligung gerichtlich durchsetzbar wäre, könnte ein solcher Anspruch für die Vergangenheit dauerhaft gesperrt bleiben. In Kollektivverträgen wird rechtswirksam kaum eine nachträgliche Umverteilung bereits gewährter Leistungen zugunsten einer bisher ausgeschlossenen Gruppe vereinbart werden können, die zudem auch eine unzumutbare Maßnahme den Begünstigten gegenüber darstellt.

Die gerichtlich festgestellte Benachteiligung bliebe gegebenenfalls für die Vergangenheit ohne eine „wirksame und abschreckende Sanktion“ falls es nicht gelingt, vertraglich eine ausschließlich vom Arbeitgeber zu finanzierende Nachzahlung zugunsten bisher Ausgeschlossener durchzusetzen. Das spricht dafür, es grundsätzlich beim Anspruch auf „Angleichung nach oben“ zu belassen.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> EuGH, Urteil v. 07. 09. 2006, C-81/05 „Cordero Alonso“ Rn. 46 (Mitgliedstaat); Urteil v. 01. 02. 1991, C-184/89 „Nimz“ Rn. 18 und 20 (Tarifvertrag).

<sup>161</sup> EuGH, Urteil v. 07. 02. 1991, C-184/89 „Nimz“ Rn. 21.

<sup>162</sup> EuGH, Urteil v. 07. 02. 1991, C-184/89 „Nimz“ Rn. 20; Urteil v. 20. 03. 2003, C-187/00 „Kutz-Bauer“ Rn. 72 und 74; Urteil v. 05. 03. 2009, C-388/07 „Age Concern England“ Rn. 52; *Wiedemann*, NZA 2007, 950, 951; *Meinel/Heyn/Hermes*, AGG (2010), § 7 Rn. 41 ff.; anders: *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 291 ff.

<sup>163</sup> *Kaiser*, Tarifvertrag und Altersdiskriminierungsschutz (2012), S. 210 f.; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2013), Rn. 499.

<sup>164</sup> BAG, Urteil v. 10. 11. 2011, 6 AZR 481/09 Rn. 21 und 24; *Henssler/Tillmanns* in: *Festschrift für Birk* (2008), 179, 195 f.

Eine Einschränkung ist freilich dahingehend zu machen, dass diese Anpassung insbesondere dann als automatische Konsequenz einer Benachteiligung vorgesehen worden ist, wenn einzelne Entgeltregelungen betroffen waren; für ganze Entgeltsysteme sind aber Abweichungsmöglichkeiten denkbar. Grundsätzlich weist die Rechtsprechung darauf hin, dass jede Benachteiligung „beseitigt“ werden muss, indem die diskriminierende Regelung nicht angewendet wird.<sup>165</sup> Damit dürfte für die Vergangenheit auch eine „Anpassung nach unten“ zur Lückenfüllung<sup>166</sup> ausgeschlossen sein, die eine gesicherte Rechtsposition entziehen müsste, um die diskriminierende Regelung in ihrem personellen Anwendungsbereich erweitern zu können. Umgekehrt können Benachteiligungen aber nicht allein dadurch beseitigt werden, dass der Geltungsbereich der Klausel zugunsten der meistbegünstigten Gruppe auf alle anderen ausgeweitet wird. Gerade in Anwendungsfällen jenseits des Entgeltgleichheitsgrundsatzes scheint der Handlungsspielraum für Tarifparteien, alternative Konzepte zu entwickeln, größer zu sein.<sup>167</sup>

Dabei gewinnt das Verhalten der Normsetzer einen deutlichen Einfluss darauf, ob die „Angleichung nach oben“ als quasi automatische Rechtsfolge einer benachteiligenden Regel vorgesehen wird. Haben sie nämlich keinerlei Anpassungen zur Beseitigung der Diskriminierung vorgenommen, sieht die Rechtsprechung diese Anpassung als Pflicht der Gerichte an.<sup>168</sup> Das BAG hat in solchen Fällen besonders betont, eine Anpassung durch die Tarifparteien selbst sei nicht geboten, weil sie auf die Wirksamkeit ihrer altersdiskriminierenden Regelungen nicht mehr hätten vertrauen dürfen, da sie trotz einschlägiger Rechtsprechung ihre Tarifbestimmungen nicht reformiert hätten. Ob bei unklarer Rechtslage einer Anpassung durch die Gerichte auch eine Fristsetzung an die Tarifparteien hätte vorhergehen dürfen<sup>169</sup> ist noch nicht abschließend diskutiert.

Falls die Normsetzer jedoch benachteiligende Bestimmungen bereits selbst anpassen, wird ihnen auch in dieser Situation ein Regelungsspielraum zugebilligt; sie werden nicht auf den Automatismus der sofortigen vollständigen „Angleichung nach oben“ verpflichtet. So hat der EuGH zwar das Entgeltsystem des BAT beanstandet, der die Grundvergütung der Angestellten lebensaltersabhän-

---

<sup>165</sup> EuGH, Urteil v. 22. 11. 2005, C-144/04 „Mangold“ Rn. 77.

<sup>166</sup> Dafür: *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG (2011), § 7 Rn. 26 ff.

<sup>167</sup> *Krebber*, EuZA 2009, 200, 205.

<sup>168</sup> BAG, Urteil v. 10. 11. 2011, 6 AZR 481/09 Rn. 32; Urteil v. 20. 03. 2012, 9 AZR 529/10 Rn. 28.

<sup>169</sup> BAG, Urteil v. 20. 05. 2010, 6 AZR 481/09 Rn. 33; *Schlachter* in: *Festschrift für Schaub* (1998), S. 651, 671.

gig ansteigen ließ,<sup>170</sup> im Ergebnis sind aber die Bestimmungen zur Bestandswahrung, die trotz Wechsel zu einem altersneutralen System für eine Übergangszeit den zuvor Begünstigten ihre Ansprüche beließen, zulässig gewesen.

Das rechtfertigt sich mit der Überlegung, dass sich Tarifbestimmungen innerhalb des den Kollektivparteien zustehenden Spielraums bewegen, wenn sie eine zeitlich gestreckte Anpassung des Entgeltsystems im schutzwürdigen Interesse einiger Tarifgebundener für erforderlich halten. Schutz verdienen auch die Interessen derjenigen Beschäftigten, die sich auf die Existenz einer sie begünstigenden Tarifklausel verlassen; Arbeitgebervertreter sind berechtigt, diesem Wunsch des Kollektivvertragspartners im „Interesse an guten Arbeitsbeziehungen“ zu entsprechen.<sup>171</sup> Obwohl die Tarifautonomie nicht schon als solche eine benachteiligende Entgeltdifferenzierung rechtfertigen kann, bildet sie doch ein wichtiges Element innerhalb der Gesamtabwägung. Verfolgen die Tarifparteien mit ihrem Regelungssystem ein legitimes Schutzziel, kann der Umstand, dass sie sich trotz ihrer regelmäßig gegensätzlichen Interessenorientierung darauf kompromissweise verständigen konnten, diese Lösung angemessen erscheinen lassen. Vorausgesetzt ist jedoch, dass das neue System die Benachteiligung bisher ausgeschlossener Gruppen umfangmäßig deutlich reduziert und sie nur noch zeitlich begrenzt aufrechterhalten will. Eine sofortige „Angleichung nach oben“ wird den Kollektivvertragsparteien dann nicht automatisch vorgeschrieben.

---

<sup>170</sup> EuGH, Urteil v. 08. 09. 2011, C-297/10 und C-298/10 „Hennigs und Mai“ Rn. 41.

<sup>171</sup> EuGH, Urteil v. 28. 02. 2013, C-427/11 „Kenny“ Rn. 46 ff.; Urteil v. 31. 05. 1995, C-400/93 „Royal Copenhagen“ Rn. 46.

### III. Tarifregelungen zum Schutz älterer Arbeitnehmer

#### 1. Sonderkündigungsschutz älterer Arbeitnehmer

*Am Beispiel von § 4.4 MTV Metall- und Elektroindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden v. 14. 06. 2005.*<sup>172</sup>

Die der Entscheidung des BAG vom 20. 06. 2013 – 2 AZR 295/12 – zugrunde liegende Regelung im MTV ERA-Tarifvertrag Metall- und Elektroindustrie Südwestfalen-Hohenzollern vom 14. 06. 2005 enthält eine inhaltsgleiche Regelung. Dieser tarifliche Kündigungsschutz ist aufgrund einer Forderung der IG Metall in der Tarifrunde 1973 vereinbart worden, um die Arbeitnehmer zu schützen, die dem hohen Leistungsdruck mit zunehmendem Alter unter Umständen nicht mehr gewachsen sind.<sup>173</sup> Dieses Tarifergebnis konnte erst nach langjährigen Verhandlungen und nach einem intensiv geführten Arbeitskampf erreicht werden, repräsentiert also einen Kompromiss, der zunächst weit auseinander liegende Positionen und Interessen zusammen gebracht hat. Bei einer Abwägung mit der Grundrechtsbetätigung der Sozialpartner ist daher zu berücksichtigen, dass ein nachträglicher Eingriff in eine solche Kompromisslösung das errungene Ergebnis gegenseitigen Nachgebens einseitig verändert.

Die Regelung zur ordentlichen Unkündbarkeit älterer Arbeitnehmer ist wegen ihrer kombinierten Anspruchsvoraussetzung einer vergleichswise hohen Altersschwelle mit einer vergleichsweise kurzen Betriebszugehörigkeitsdauer in der Literatur angegriffen worden. Während eine Ansicht die Klausel als eine nicht zu rechtfertigende Altersdiskriminierung einstuft,<sup>174</sup> hält die andere Ansicht sie für eine gerechtfertigte Differenzierung.<sup>175</sup> Die Rechtsprechung hat

---

<sup>172</sup> Wortlaut siehe Anhang.

<sup>173</sup> *Oberhofer*, Das AGG und der tarifliche Sonderkündigungsschutz, in: Mittag u. a., Die Sicherung von Arbeitnehmerrechten, S. 159, 166 f.

<sup>174</sup> *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben (2008), S. 530 ff.; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 10 Rn. 34; *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 479 f.; *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 299.

<sup>175</sup> *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz (2013), Rn. 451; *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz (2012), S. 197 ff., 202; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008), § 10 Rn. 31; *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht (2012), § 1 KSchG Rn. 707; *Gallner/Mestwerdt*, in: *HaKo Kündi-*

diese Regelung grundsätzlich gebilligt.<sup>176</sup> Um die dafür maßgebliche Argumentation beurteilen zu können, soll zunächst eine Einordnung in das Gesamtkonzept von Unkündbarkeitsregelungen vorgenommen werden.

### **a) Kündigungsschutzrechtliche Zulässigkeit tariflicher Unkündbarkeitsklauseln**

Zweck einer tariflichen Unkündbarkeitsklausel ist es, die dadurch geschützten Arbeitnehmer vor einer ordentlichen Kündigung zu bewahren. Das bedeutet für die Betroffenen einen Vorteil in Gestalt höherer Beschäftigungssicherheit, und zunächst nur für den Arbeitgeber eine Belastung, die er aber wegen bestehender Tarifgebundenheit zu tragen verpflichtet ist.

Ein Nachteil für Dritte folgt automatisch aus der Anspruchsvoraussetzung, dem von der Zugangsgrenze bewirkten Ausschluss aller unter 53-Jährigen von dieser Vergünstigung. Kündigungsrechtlich werden damit keine zusätzlichen Probleme geschaffen, lediglich diskriminierungsrechtlich bleibt ein Ausschluss jüngerer Beschäftigter rechtfertigungspflichtig. Die Begünstigung der Lebensälteren dient jedoch deren sozialem Schutz, weil sie sie gegen ihr höheres Risiko, in der Arbeitslosigkeit zu verbleiben, absichert. Dieses Schutzziel wird nicht nur von der Tarifnorm, sondern bereits von § 1 Abs. 3 KSchG verfolgt. Dass die Sozialpartner für ihren Zuständigkeitsbereich die allgemeine Wertung des Gesetzes übernehmen, aber den Schutzbedarf im Tarifgebiet als noch schwerwiegender einschätzen, ist Ausdruck ihres Beurteilungsspielraums. Angesichts der im Tarifgebiet zahlreichen Arbeitsplätze mit hohen körperlichen Anforderungen ist sowohl die Entscheidung, den Kündigungsschutz zu verstärken als auch die dafür vorgesehene Zugangsgrenze nicht unplausibel. Zur Rechtfertigung im konkreten Falle sollte auf empirische Erkenntnisse zu tatsächlich abnehmenden Vermittlungschancen dieser Altersgruppe in der Metall- und Elektroindustrie abgestellt werden. Angemessen für die Zweckerreichung ist die Differenzierung, wenn sie auf die jüngeren Beschäftigten nicht nachteiliger wirkt als zum Erreichen des Schutzzwecks unvermeidlich. Eine weniger ausschließend wirkende Alternative ist nicht ersichtlich, da die jüngeren Beschäftigten in den Vorteil nur einbezogen werden könnten, wenn der Tarifvertrag jede ordentliche Kündigung ausschließt; darauf würden sich die Unternehmen zur Wahrung ihrer Flexibilitätsinteressen nicht einlassen. Der Schutzzweck kann also nur

---

gungsschutzrecht (2012), § 1 KSchG Rn. 849, 851; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG (2011), § 10 Rn. 48; *Stein*, in: *Gedächtnisschrift für Zachert*, S. 663, 668 ff.

<sup>176</sup> LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 15. 03. 2007, 21 Sa 97/06 Rn. 29 ff.; Urteil v. 30. 07. 2007, 15 Sa 29/07 Rn. 44 ff.; Urteil v. 09. 12. 2010, 20 Sa 85/10 Rn. 101 ff.; BAG, Urteil v. 05. 06. 2008, 2 AZR 907/06 Rn. 31; Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12.

erreicht werden, wenn eine Grenze gezogen wird, bis zu der die kündigungrechtlich vorgesehene Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers erhalten bleibt, und diese Grenze durch das verstärkte Auftreten von Vermittlungsschwierigkeiten markiert wird.

Ein über die Nichtgewährung des Vorteils hinausreichender Nachteil für jüngere Beschäftigte ergibt sich aus dem tariflichen Sonderkündigungsschutz Älterer solange nicht, wie konkrete Kündigungsentscheidungen inhaltlich miteinander nicht verknüpft sind. Anders könnte dies jedoch im Falle einer betriebsbedingten Kündigung deshalb zu beurteilen sein, weil die Unkündbaren aus dem Personenkreis ausgeschlossen werden, unter denen die Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG vorgenommen wird. Nicht mehr alle im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG vergleichbaren Arbeitnehmer werden darauf überprüft, wer von ihnen durch eine Kündigung sozial besonders nachteilig betroffen würde, sondern nur noch ein kleinerer als der an sich vergleichbare Personenkreis. Spiegelbildlich zur Bevorzugung der kündigungsgeschützten Gruppe erhöht sich das Risiko der nicht geschützten Gruppe, aus der Sozialauswahl in diesem kleineren Kreis als Verlierer hervorzugehen. Dieser Fall ist daher bereits im Kündigungsrecht selbst auf seine Zulässigkeit zu kontrollieren.

### **Zwischenfeststellung**

Die diskriminierende Wirkung einer tariflichen Unkündbarkeitsklausel, die allein vom Ausschluss jüngerer Beschäftigter aus dem Kreis der geschützten Personen ausgelöst wird, ist als besondere Schutzmaßnahme für ältere Beschäftigte gerechtfertigt, um deren größeres Risiko dauerhafter Arbeitslosigkeit auszugleichen. Eine Diskriminierungswirkung, die sich zusätzlich aus dem Ausschluss dieser geschützten älteren Arbeitnehmer aus einer kündigungsvorbereitenden Sozialauswahl ergibt, ist noch gesondert zu betrachten.

#### **aa) Zwingender Charakter der Sozialauswahl**

Die Zulässigkeit einer solchen Tarifregelung ist in der Literatur mit der Begründung bezweifelt worden, dass die Tarifautonomie eine Einschränkung der gesetzlichen Vorgaben zur Zusammensetzung des auswahlrelevanten Personenkreises mangels einer gesetzlichen Öffnungsklausel der zwingenden Vorschrift des § 1 Abs. 3 KSchG nicht rechtfertigen könne.<sup>177</sup> Diese Einschätzung ist jedoch

---

<sup>177</sup> Adam, NZA 1999, 846, 850; Oetker, ZfA 2001, 287, 326; Rieble, NZA 2003, 1243, 1244; von Hoyningen-Huene/Linck/Krause, KSchG (2013), § 1 Rn. 921, 924; Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung (2008), § 7 Rn. 135 ff.

von der Rechtsprechung bereits zutreffend zurückgewiesen worden.<sup>178</sup> Nur unter der Voraussetzung, dass eine Unkündbarkeitsvereinbarung gerade zu dem Zweck getroffen würde, etwa vor einem geplanten Personalabbau bestimmte Beschäftigte gezielt aus der Sozialauswahl herauszuhalten, würde dies wegen Umgehung des § 1 Abs. 3 KSchG unwirksam sein.<sup>179</sup>

In allen Fällen, in denen ein Umgehungszweck der Unkündbarkeitsregelung nicht zugrunde liegt, soll sie lediglich ältere Arbeitnehmer vor einer ordentlichen Kündigung schützen.<sup>180</sup> Dieser Zweck ist an sich legitim und von der Regelungskompetenz der Tarifparteien gedeckt, zum Schutze der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder normativ wirkende Beendigungsnormen zu vereinbaren. Dass eine solche Tarifklausel zusätzlich Nebenwirkungen auf andere Beschäftigte hat, macht sie nicht illegitim. Der Gesetzgeber hat die Zusammensetzung des für die Sozialauswahl relevanten Personenkreises in § 1 Abs. 3 KSchG nämlich, trotz des zwingenden Charakters der Norm, nicht mit absolutem Vorrang gegenüber abweichenden Interessen ausgestattet. Dies zeigt sich bereits an der Zulässigkeit anderer Vereinbarungen oder Maßnahmen, die den für die Sozialauswahl relevanten Personenkreis beeinflussen können: der Arbeitgeber selbst kann gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG betriebswichtige Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl ausschließen. Zudem hat er die Möglichkeit, durch Veränderung der Anforderungen und den Zuschnitt der Aufgabenzuweisung bestimmter Stellen eine Unverzichtbarkeit einzelner Personen zu schaffen oder zu verstärken. Kollektivverträge dürfen gemäß § 1 Abs. 4 KSchG durch Auswahlrichtlinien ebenfalls die Zusammensetzung des auswahlrelevanten Personenkreises bis zu einem gewissen Grad beeinflussen. Für den Interessenausgleich mit Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 KSchG gilt dies sogar verstärkt.<sup>181</sup> Aus diesem Befund folgt, dass die Tarifparteien nicht aus verfassungsrechtlichen und kündigungsschutzrechtlichen Gründen daran gehindert sind, Unkündbarkeitsklauseln zu vereinbaren, sofern dies nicht zielgerichtet zur Umge-

---

<sup>178</sup> BAG, Urteil v. 05.06.2008, 2 AZR 907/06 Rn. 31; zustimmend: LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 30.07.2007, 15 Sa 29/07 Rn. 44 ff.; LAG Brandenburg, Urteil v. 29.10.1998, 3 Sa 229/98 Rn. 46; zustimmend: *Eylert*, PersR 2007, 92; *Wendeling-Schröder*, NZA 2007, 1399; *Griebeling*, in: KR-Gemeinschaftskommentar (2013), § 1 KSchG Rn. 666; *Deinert*, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR (2011), § 1 Rn. 605; *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht (2012), § 1 KSchG Rn. 703.

<sup>179</sup> Sächsisches LAG, Urteil v. 10.10.2001, 2 Sa 744/00 Rn. 100.

<sup>180</sup> BAG, Urteil v. 20.06.2013, 2 AZR 295/12 Rn. 46.

<sup>181</sup> LAG Nürnberg, Urteil v. 04.07.1994, 7 Sa 1159/93; *Hergenröder*, in: MüKo BGB (2012), § 1 KSchG Rn. 351; *Däubler*, Tarifvertragsrecht (1993), Rn. 949; *Stahlhackel/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis (2010), Rn. 1153 ff.; *Hensche/Heuschmid*, in: Däubler, TVG (2012), § 1 Rn. 826.

hung des § 1 Abs. 3 KSchG geschieht, sondern – wie im Regelfall – dem Schutz vor ordentlicher Kündigung dient.

## **bb) Fehlende Ausnahmebestimmung**

Dies wird jedoch auch von einigen Vertretern der Ansicht, die von der grundsätzlichen Zulässigkeit tariflicher Unkündbarkeitsklauseln ausgeht, für die hier betrachtete Tarifnorm des § 4.4 MTV NW/NB wegen der beschriebenen Kombination aus hohem Zugangsalter und niedriger Betriebszugehörigkeitsdauer wieder infrage gestellt.<sup>182</sup> Dabei nehmen die Autoren an, dass die Tarifklausel ein verfassungsrechtlich gebotenes Untermaßverbot bei der Abwägung von Interessen tariflich unkündbarer und anderer Arbeitnehmer nicht eingehalten habe, weil die zum Erwerb der Unkündbarkeit erforderliche geringe Betriebszugehörigkeitsdauer eine sachwidrige Ungleichbehandlung ermöglicht. So könne ein langjährig beschäftigter, aber lebensjüngerer Arbeitnehmer trotz Unterhaltspflichten oder Behinderung in der Sozialauswahl zur Kündigung anstehen, weil ein erst drei Jahre beschäftigter 53-Jähriger unkündbar gestellt würde. Da ein solches Ergebnis die Auswahlkriterien des § 1 Abs. 3 KSchG nicht nur modifiziert, sondern sie aushebelt („auf den Kopf stellt“), müsse die gesamte Tarifnorm unwirksam sein, Arbeitnehmer könnten sich auf die tarifliche Unkündbarkeitsregelung nicht berufen.<sup>183</sup> Diese Ansicht will der Tarifbestimmung die Wirksamkeit insgesamt versagen, weil ihre Überprüfung in der Abwägung zu komplex und damit nicht mehr rechtssicher vorhersehbar ausgestaltet würde.<sup>184</sup>

Diese Argumentation überzeugt allerdings nicht. Sie geht von einem seltenen Ausnahmefall aus, in dem eine Kombination unglücklicher Umstände dazu führt, dass eine sonst angemessene Entscheidung der Tarifparteien zur Etablierung von Sonderschutz vor ordentlicher Kündigung weitreichende Folgen für einen Drittbetroffenen hat. Zwar ist es durchaus möglich, dass Betriebe der Metall- und Elektroindustrie 50-jährige Arbeitnehmer einstellen, die dann bereits nach drei Jahren Betriebszugehörigkeitsdauer den Unkündbarkeitsstatus erlangt hätten. Angesichts der eher schwierigen Vermittlung von Bewerbern ab dem 50. Lebensjahr wird dies aber nicht häufig auftreten. Auch die lebensjüngere aber deutlich dienstältere und zudem noch unterhaltspflichtige Vergleichsperson wird aus der Sozialauswahl nicht regelmäßig bereits dann als Verlierer hervorgehen, wenn der 53-Jährige wegen Unkündbarkeit ausgenom-

---

<sup>182</sup> Kiel, NZA 2005, Beilage 1, 18, 27; Oetker, ZfA 2001, 287.

<sup>183</sup> Dazu: BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 49.

<sup>184</sup> Kiel, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht (2012), § 1 KSchG Rn. 705.

men wird. Zu diesem Ergebnis kommt es vielmehr nur, wenn andere in der Vergleichsgruppe verbliebene Beschäftigte sozial noch schutzwürdiger als der Betroffene sind und allein der unkündbare 53-Jährige diese Schutzwürdigkeit nicht besäße. Dass dieser Fall logisch möglich ist, ist nicht zu bestreiten; häufig wird er aber nicht auftreten. Dieser Umstand lässt darauf schließen, dass die Tarifparteien mit § 4.4 MTV NW/NB eine generalisierende Regelung getroffen haben, die einen regelungsbedürftigen Sonderfall nicht als solchen erkannt hat. Das belässt den Gerichten die Möglichkeit, auch ohne Abweichung von einem spezifisch auf diese Situation bezogenen tariflichen Regelungsplan beim Auftreten außergewöhnlicher Fälle eine einschränkende Auslegung vorzunehmen, die eine Unvereinbarkeit mit Art. 3 GG und den Grundwertungen des § 1 Abs. 3 KSchG vermeidet.<sup>185</sup>

Ein unzulässiger Eingriff in die Tarifautonomie liegt in einer solchen Korrektur nicht, wenn die Tarifbestimmung diese Konfliktlage gar nicht erfassen sollte. Haben die Tarifparteien nur eine generelle Regelung zum Schutz sowohl von lebensälteren betriebstreuen Arbeitnehmern wie von lebensälteren Arbeitsplatzwechslern für angemessen gehalten, enthält das keine Stellungnahme zu dem in der Literatur aufgeworfenen Konfliktfall. Dieser Entscheidung deshalb die Wirksamkeit zu versagen, weil die Notwendigkeit einer Ausnahmebestimmung nicht gesehen wurde, stellt eine weit stärkere Abweichung vom tariflichen Regelungsplan dar als die nachträgliche Einführung einer Ausnahmeklausel. Von einer Entscheidung der Tarifparteien, den Kündigungsschutz des 53-Jährigen ohne Unterhaltspflichten und Behinderung nach dreijähriger Betriebszugehörigkeit auch dann durchzusetzen, wenn statt dessen ein 52-jähriger, seit 30 Jahren im Betrieb beschäftigter Schwerbehinderter mit vier unterhaltsberechtigten Familienangehörigen den Arbeitsplatz verliert, ist jedenfalls nicht auszugehen.<sup>186</sup>

Auch das Argument einer weiteren Erschwernis der Sozialauswahl und damit weiter verringerter Rechtssicherheit bei der Kündigungsentscheidung spricht nicht gegen diese Lösung. Im Regelfall bleibt es bei der tariflichen Unkündbarkeit, nur bei Auftreten eines seltenen Sonderfalles ist eine Ausnahme geboten.<sup>187</sup> Die Anwendung der Tarifnorm ist mithin regelmäßig eine rechtssichere Entscheidung für den Arbeitgeber. Im Ergebnis der kündigungsrechtlichen Prüfung bleibt die Tarifnorm anwendbar; nur wenn ihre Anwendung eine Umkehr

---

<sup>185</sup> Vgl. *Zwanziger*, DB 2000, 2166, 2168; BAG, Urteil v. 05. 06. 2008, 2 AZR 907/06 Rn. 31; Urteil v. 21. 02. 2012, 6 AZR 524/11 Rn. 19; Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 50.

<sup>186</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 52; *Oetker*, ZfA 2001, 287, 329.

<sup>187</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 51.

der Wertungen des § 1 Abs. 3 KSchG bedeuten würde, unterbleibt dies ausnahmsweise.

Eine Alternative zur Implementierung einer unbenannten Ausnahme wäre die Kündigung des an sich geschützten älteren Arbeitnehmers aus wichtigem Grund, § 626 BGB. In besonderen Fällen hat die Rechtsprechung bereits eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung tariflich unkündbarer Beschäftigter anerkannt.<sup>188</sup> Das BAG geht dabei jedoch davon aus, dass der Arbeitgeber auch bei der außerordentlichen Kündigung Kündigungsgeschützter „in einer Konkurrenzsituation zu einer Sozialauswahl entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG verpflichtet“ ist,<sup>189</sup> also die Schutzwürdigkeit aller vergleichbaren Arbeitnehmer abwägen muss. Der Schutzstandard für tariflich kündigungsgeschützte Personen ist mithin auch bei einer Prüfung an § 626 BGB im Wesentlichen vergleichbar zu dem Fall, dass die Unkündbarkeitsklausel einschränkend ausgelegt wird.

### **Zwischenfeststellung**

In Ausnahmefällen kann eine Unkündbarkeitsklausel, die als Anspruchsvoraussetzungen eine niedrige Betriebszugehörigkeitsdauer mit einem hohen Lebensalter kombiniert, die Interessen jüngerer Arbeitnehmer im Falle einer betriebsbedingten Kündigung unverhältnismäßig stark belasten. Dadurch könnte in Sonderfällen der von Art. 12 GG gebotene Mindestschutz vor Arbeitsplatzverlust ausgehebelt werden; auch diskriminierungsrechtlich wäre ein solches Ergebnis unzulässig. Auf solche Ausnahmefälle ist die Unkündbarkeitsbestimmung unanwendbar; von ihrem Vorliegen kann aber erst ausgegangen werden, wenn eine Herausnahme eines geschützten älteren Arbeitnehmers aus der Sozialauswahl im konkreten Falle grob fehlerhaft wäre.

### **b) Diskriminierungsrechtliche Zulässigkeit tariflicher Unkündbarkeitsklauseln**

In einem weiteren Schritt bleibt zu diskutieren, ob das soeben erzielte Ergebnis auch einer Kontrolle am Diskriminierungsrecht standhält. Zu prüfen ist anhand des unionsrechtskonform auszulegenden AGG, ob die Unkündbarkeitsregelung des § 4.4 MTV NW/NB eine ungerechtfertigte Benachteiligung wegen des Alters darstellt.

---

<sup>188</sup> BAG, Urteil v. 18. 03. 2010, 2 AZR 337/08 Rn. 17; 22. 11. 2012, NZA 2013, 730 Rn. 14; Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 13; LAG Köln v. 16. 06. 2006, AuR 2006, 372; vgl. dazu *Eylert/Sänger*, RdA 2010, 2421.

<sup>189</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 30.

## aa) Überprüfbarkeit der Tarifnorm am Diskriminierungsverbot

Zunächst ist dabei festzuhalten, dass die Wertungen des AGG ungeachtet der Bestimmung des § 2 Abs. 4 AGG auf Unkündbarkeitsregelungen anwendbar sind. Es handelt sich hierbei um Entlassungsbedingungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, die nach den Vorgaben des Unionsrechts dem Diskriminierungsverbot unterliegen müssen (vgl. oben II.3. b bb). Dies kann auch nicht unter Berufung auf einen Vorrang des Rechts auf Kollektivverhandlungen, Art. 28 GRC, bezweifelt werden. Das Verbot der Altersdiskriminierung beschränkt zwar die Regelungsautonomie der Kollektivparteien, doch ist dies angesichts der parallel bestehenden grundrechtlichen Gewährleistung des Diskriminierungsverbots in Art. 21 GRC nicht unzulässig. Doch ist das Ausmaß der Beschränkung des Art. 28 GRC durch das Diskriminierungsverbot auf seine Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Dabei ist grundsätzlich festzuhalten, dass das Diskriminierungsverbot dem legitimen, mit den sonstigen Zwecken der Union vereinbaren Ziel dient, Ausgrenzung und Benachteiligung wegen persönlicher Merkmale zu verhindern. Dass eine Anwendbarkeit des Verbotes auf die Kollektivverträge erforderlich ist, wird zu bejahen sein, da altersbezogene Regelungen nicht nur in staatlichen Gesetzen, sondern auch in Tarifverträgen weit verbreitet sind.

Eine Lösung, die die Kollektivvertragsfreiheit weniger einschränkt als die Pflicht zur Beachtung des Diskriminierungsverbots ist daher nicht ersichtlich. Auch an der Voraussetzung der Angemessenheit scheitert diese Bindung nicht: Das Diskriminierungsverbot kann den Abschluss von Kollektivvereinbarungen weder erschweren noch gar ausschließen, noch bestimmte Regelungsgegenstände aus der Vereinbarungsbefugnis der Kollektivparteien herausnehmen.<sup>190</sup> Die Bindung an die Diskriminierungsverbote enthält lediglich eine Ausübungsregelung, die den Kollektivparteien bei der inhaltlichen Gestaltung ihrer Vereinbarungen Schranken zieht, indem sie sie einem Rechtfertigungsvorbehalt unterwirft. Werden Regeln vereinbart, die nach dem Alter differenzieren, sind diese nicht unwirksam, sondern lediglich rechtfertigungspflichtig. Erst wenn eine solche Rechtfertigung am Maßstab des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes misslingen sollte, wäre die Bestimmung des Kollektivvertrages unanwendbar. Mit dieser abgestuften Vorgabe kann die Geltung des Verbots der Altersdiskriminierung auch für Kollektivvereinbarungen als angemessene und insgesamt verhältnismäßige Beschränkung des Art. 28 GRC eingeordnet werden. Die grundrechtliche Absicherung des Rechts auf Kollektivverhandlungen im Unionsrecht und im nationalen Recht ist jedoch in jedem Einzelfall bei

---

<sup>190</sup> Schubert, ZfA 2013, 1, 27.

der Rechtfertigung kollektiver Differenzierungsklauseln zu berücksichtigen. Nur wenn den Kollektivvertragsparteien ein Beurteilungsspielraum bei Festlegung der Regelungsziele und der für die Zielerreichung eingesetzten Mittel eingeräumt wird, ist Art. 28 GRC angemessen berücksichtigt. Dies hat der EuGH vielfach unterstrichen.<sup>191</sup> Im Ergebnis ist die Unkündbarkeitsklausel am Diskriminierungsverbot zu messen.<sup>192</sup> Auch § 2 Abs. 4 AGG steht einer Überprüfung von Tarifnormen zu unmittelbaren Kündigungsbeschränkungen nicht entgegen.<sup>193</sup>

## **bb) Altersbedingte Benachteiligung**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Unkündbarkeitsklausel sowohl unmittelbar nach dem Alter differenziert (zwischen den 53-Jährigen und den unter 53-Jährigen) als auch mittelbar, indem sie an eine dreijährige Betriebszugehörigkeit anknüpft. Die erste Differenzierung benachteiligt unter 53-Jährige unmittelbar, weil sie zum Beurteilungszeitpunkt die Unkündbarkeit nicht erreichen können, nicht einmal aufgrund langer Betriebszugehörigkeit. Maßgebend ist der Nachteil, der von der „Nebenwirkung“ der Unkündbarkeitsklausel auf die nicht geschützten unter 53-Jährigen ausgelöst wird.<sup>194</sup> Im Falle einer betriebsbedingten Kündigung wirkt sich die Herausnahme der geschützten älteren Arbeitnehmer aus der Vergleichsgruppe direkt nachteilig auf die verbliebenen lebensjüngeren Arbeitnehmer aus, deren Entlassungswahrscheinlichkeit in demselben Verhältnis steigt, in dem der auswahlrelevante Personenkreis schrumpft.<sup>195</sup> Dass es sich dabei um eine nicht bezweckte Nebenfolge handelt, genügt allein nicht zu Ablehnung des Diskriminierungstatbestandes; dessen Vorliegen hängt weder gemäß § 7 AGG noch nach Unionsrecht von einem Diskriminierungsvorsatz ab (vgl. oben II. 1. b aa). Werden die jüngeren Arbeitnehmer reflexartig durch die Besserstellung der älteren schlechter gestellt, ist eine weitere unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters anzunehmen.

Die Unkündbarkeitsklausel benachteiligt zudem mittelbar lebensjüngere Beschäftigte gegenüber lebensälteren, weil eine dreijährige Betriebszugehörig-

---

<sup>191</sup> EuGH, Urteil v. 12. 10. 2010, C-45/09 „Rosenblatt“ Rn. 67 ff.; Urteil v. 08. 09. 2011, C-297/10 und C-298/10 „Hennigs und Mai“ Rn. 65; Urteil v. 13. 09. 2011, C-447/09 „Prigge“ Rn. 75; Urteil v. 06. 12. 2012, C-152/11 „Odar“ Rn. 47; ebenso: BAG, Urteil v. 12. 12. 2012, 10 AZR 718/11 Rn. 32.

<sup>192</sup> BAG, Urteil v. 15. 11. 2012, 6 AZR 359/11 Rn. 17.

<sup>193</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 36.

<sup>194</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 42 f.

<sup>195</sup> *Kamanabrou*, NZA 2006, Beilage 3, 138, 144; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG (2011), § 10 Rn. 49.

keitszeit logisch häufiger von älteren Arbeitnehmern erreicht wird als von ganz jungen Beschäftigten. Diese mittelbare Benachteiligung ist allerdings wegen des geringen Umfangs der geforderten Dauer der Betriebszugehörigkeit wenig ausgeprägt.<sup>196</sup> Eine lediglich dreijährige Betriebszugehörigkeit kann auch von jungen Beschäftigten schnell erreicht werden. Die Gruppe der allein durch dieses Kriterium vom Erreichen der Unkündbarkeit Ausgeschlossenen ist mithin nicht „weit überwiegend“ mit jungen Arbeitnehmern besetzt. Sie besteht vielmehr aus Berufseinsteigern, die typischerweise jung sein werden, sowie aus Arbeitsplatzwechslern, die jeder beliebigen Altersgruppe angehören können. Ein statistisch untermauerter Beleg für die Verursachung eines überwiegend junge Arbeitnehmer treffenden Nachteils wird kaum gelingen. Wird die Behauptung der mittelbaren Benachteiligung auf die hypothetische Diskriminierungseignung der Tarifklausel gestützt, sinkt mit Indizwirkung des Altersbezuges dieser Differenzierung auch die Anforderung an ihre Rechtfertigung (vgl. oben. II. 1. b bb). Eine mittelbar altersbedingte Benachteiligung kann durch das Kriterium der dreijährigen Betriebszugehörigkeitsdauer zwar ausgelöst werden, eine Rechtfertigung dieses Differenzierungskriteriums, die wegen der nur geringen Indizwirkung leicht gelingt, lässt diesen Tatbestand freilich wieder entfallen.

### cc) Rechtfertigung

Sowohl die unmittelbar wie die mittelbar altersbezogene Benachteiligung können gerechtfertigt werden. Da das Schwergewicht des Benachteiligungsvorwurfs hier auf der unmittelbaren Benachteiligung liegt, soll vorrangig § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG als Maßstab herangezogen werden; die Tarifnorm legt „Bedingungen für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses fest, um den Schutz älterer Beschäftigter sicherzustellen“. Dass die Bedingungen hier von den Tarifparteien und nicht vom Gesetzgeber normiert werden, ist auch unionsrechtlich unbedenklich. Die Tarifparteien bewegen sich mit ihrer Vereinbarung im Rahmen der staatlichen Sozialpolitik,<sup>197</sup> deren Grundsätze im KSchG niedergelegt und einer Ausgestaltung durch Kollektivvereinbarungen geöffnet worden sind.<sup>198</sup> Dass die speziell auf Unkündbarkeitsklauseln bezogene Sonderregelung in § 10 Satz 3 Nr. 7 AGG a.F. vom Gesetzgeber wieder aufgehoben worden ist, begründet gerade keine Rücknahme der Anerkennung diesbezüglicher Regelungskompetenz.

---

<sup>196</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 46.

<sup>197</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 46.

<sup>198</sup> A. A.: *Broers*, in: Däubler/Bertzbach, AGG (2013), § 10 Rn. 28 ff.

Nach der ursprünglichen Gesetzesfassung des AGG war in § 10 Satz 3 Nr. 7 AGG die Sonderbestimmung enthalten, dass „Vereinbarungen der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit zulässig sind, soweit dadurch nicht der Kündigungsschutz anderer Beschäftigter im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG grob fehlerhaft gemindert wird“. Wie bereits dargelegt (vgl. oben II. 3. b bb), wurde diese Regelung alsbald wieder gestrichen zur Beseitigung eines vermeintlichen Wertungswiderspruchs zu § 2 Abs. 4 AGG. Die Unkündbarkeitsklausel unterliegt damit jetzt technisch der Prüfung an den allgemeinen Anforderungen von § 10 Satz 1 und 2 AGG. Die in der aufgehobenen Bestimmung ausgedrückten gesetzgeberischen Wertungen können jedoch für diese Prüfung weiterhin berücksichtigt werden.<sup>199</sup> Kann die Unkündbarkeitsklausel den Anforderungen von § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG genügen, ist damit zugleich die Rechtfertigung der mittelbaren Benachteiligung gelungen, § 3 Abs. 2 AGG. Die unterschiedliche Behandlung muss dafür durch ein legitimes Ziel, das nach Art. 6 RL 2000/78/EG besonders zu qualifizieren ist, gerechtfertigt sein, und die Mittel zur Erreichung des Ziels müssen angemessen und erforderlich sein.

## **(1) Legitime Ziele**

### **(a) Bei der Differenzierung nach dem Lebensalter**

Zwar nennt die Unkündbarkeitsklausel selbst keine Regelungszwecke, doch ist dies – wie bereits gezeigt (vgl. oben II. 1. b cc [4 i]) – keine Voraussetzung der Rechtfertigungswirkung, sofern die Ziele sich nur mit hinreichender Sicherheit aus dem Regelungszusammenhang ergeben. Generelles Ziel einer Unkündbarkeitsklausel ist eine Beschäftigungssicherung für *ältere Arbeitnehmer*, nicht die Reflexwirkung auf jüngere Beschäftigte. Dabei handelt es sich um ein legitimes Ziel im unionsrechtlichen Sinne, da es die staatliche Beschäftigungspolitik zugunsten eines möglichst langen Verbleibs älterer Arbeitnehmer im aktiven Arbeitsverhältnis aufnimmt und für den Bereich der Metall- und Elektroindustrie konkretisiert.<sup>200</sup> Es knüpft an die typischerweise erhöhte Schutzbedürftigkeit älterer Arbeitnehmer an, die grundsätzlich ein hohes Kündungsrisiko trifft, während ihre Wiedereinstellungschancen nach Arbeitsplatzverlust typischer-

---

<sup>199</sup> *Meinel/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 10 Rn. 34; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008), § 10 Rn. 30 f.; a. A.: *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 480.

<sup>200</sup> *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 665; *Kamanabrou*, NZA 2006, Beilage 3, 138, 145; *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 479; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG (2011), § 10 Rn. 48; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 10 Rn. 34; *Thüsing*, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz* (2013), Rn. 450.

weise gering sind.<sup>201</sup> Eine dahingehende Vermutung stützt sich auf die vom 50. Lebensjahr an abnehmende Beschäftigungsquote sowie auf die hohe Arbeitslosigkeit dieser Altersgruppe.<sup>202</sup>

**(aa) Einwände gegen fortbestehenden Schutzbedarf**

Dagegen ist in jüngerer Zeit geltend gemacht worden, die Statistiken zur Erwerbslosigkeit in Deutschland zeigten für die Jahre 1999 bis 2008 einen Trend zur längeren Erwerbsbeteiligung älterer Arbeitnehmer kombiniert mit einer hohen Jugendarbeitslosigkeit.<sup>203</sup> Dieser Befund wird als Argument dafür herangezogen, tarifliche Bestimmungen zum Schutz älterer Arbeitnehmer dienten nicht mehr länger einem legitimen Ziel, da die älteren Arbeitnehmer als Gewinner am Arbeitsmarkt keines besonderen Schutzes mehr bedürften, sondern vielmehr gerade die jüngeren. Dieses Argument belegt den daraus gezogenen Schluss jedoch nicht. Unbestritten ist die Arbeitslosenquote in Deutschland in den letzten Jahren gesunken, während die Erwerbsbeteiligung Älterer insgesamt gestiegen ist.<sup>204</sup>

Parallel ist aber auch die Arbeitslosigkeit Jugendlicher zurückgegangen und wird perspektivisch unter den Vorzeichen des demographischen Wandels auch weiterhin sinken. Keinesfalls lässt sich aus den Statistiken ein Kausalzusammenhang dahingehend ableiten, dass die bisherige – auch tarifliche – Förderung der Weiterbeschäftigung älterer Arbeitnehmer eine Erhöhung der Jugendarbeitslosigkeit bezweckt oder bewirkt habe. Zudem ist die auf den Gesamtstaat bezogene Arbeitsmarktstatistik wenig aussagekräftig für die jeweilige Situation in einzelnen Berufsfeldern.<sup>205</sup> Mit allgemein auf die Bundesrepublik bezogenen Statistiken wird man weder dem Beschäftigungsbedarf in einer konkreten Branche gerecht noch den Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatzsuche für bestimmte Altersgruppen. Konkret auf die zu regelnden Branchen bezogene Statistiken können dagegen das legitime Anliegen verdeutlichen. Daher müssen die Kollektivparteien in Ausübung ihrer Regelungsautonomie bei der Auswahl ihrer Ziele und der dafür geeignetsten Mittel zwar auf diese Besonderheiten abstellen, erhalten dafür aber einen weiten Beurteilungsspielraum (vgl. oben II.4.).<sup>206</sup>

---

<sup>201</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 47; Urteil v. 15. 12. 2011, 2 AZR 42/10 Rn. 56.

<sup>202</sup> Vgl. Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, 60. Jahrgang, Sondernummer 2, Arbeitsmarkt 2012, S. 17.

<sup>203</sup> *Kaiser/Dahm*, NZA 2010, 473, 475.

<sup>204</sup> Vgl. Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, 60. Jahrgang, Sondernummer 2, Arbeitsmarkt 2012, S. 17.

<sup>205</sup> *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz (2012), S. 199.

<sup>206</sup> *Linck*, in: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch* (2013), § 128 Rn. 2; *Bauer/Krieger*, in: *Festschrift für Bepler* (2012), S. 1, 6.

## **(bb) Einwände gegen eine Regelung durch Tarifvertrag**

Dass die Kompetenz zur Regelung der Arbeitsbedingungen und zur Umsetzung sozialpolitischer Ziele auch den Tarifparteien zukommt, soll ihre größere Sachkunde hinsichtlich der Verhältnisse in einer bestimmten Branche für passgenaue und damit qualitativ bessere Regelungen nutzen. Um auf diese Besonderheiten gezielt einzugehen benötigen sie den entsprechenden Beurteilungsspielraum.<sup>207</sup> In einer Branche wie der Metall- und Elektroindustrie, in der körperlich belastende Tätigkeitsfelder häufig sind, ist die Einschätzung plausibel, dass gesundheitliche Belastungen der Beschäftigten altersabhängig zunehmen.<sup>208</sup> Bestehende Belastungen sowie die Befürchtung der Arbeitgeber, dass solche mit zunehmendem Alter eintreten könnten, erhöhen voraussichtlich das Kündigungsrisiko älterer Arbeitnehmer und reduzieren die Einstellungschancen älterer Bewerber im Vergleich zu jüngeren. Der Arbeitsplatzschutz für ältere Beschäftigte ist mithin in der Metall- und Elektroindustrie ein legitimes beschäftigungspolitisches und arbeitnehmerschützendes Ziel der Tarifparteien.<sup>209</sup>

Hiergegen wird gelegentlich vorgebracht, dass das Verbot der Altersdiskriminierung auch die Bewerbungssituation einschließt, und dass die Eingliederung älterer Arbeitnehmer besser über eine Gleichbehandlung bei der Einstellung als über Sonderschutzklauseln bei der Entlassung gewährleistet werden sollte. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass die Auswahl der für die Zweckerreichung verwendeten Mittel von den Regelsetzern selbst vorgenommen werden darf; ist ein Ziel legitim, darf es mit allen nicht unverhältnismäßigen Mitteln verfolgt werden. Zudem besitzt dieses Argument wenig Gewicht, da das Verbot der Einstellungsdiskriminierung tatsächlich kaum Schutzwirkung für ältere Bewerber entfaltet.<sup>210</sup> Die Beweissituation ist in Fällen von Einstellungsdiskriminierung so unüberschaubar, dass ein effektiver Schutz gegen Benachteiligung älterer Bewerber auf dem Klageweg nicht zu leisten ist.<sup>211</sup> Ein geeignetes Mittel

---

<sup>207</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 40; Urteil v. 08. 12. 2011, 6 AZR 319/09 Rn. 29; Urteil v. 18. 12. 2008, 6 AZR 287/07 Rn. 21 ff.

<sup>208</sup> *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008), § 10 Rn. 18.

<sup>209</sup> LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 09. 12. 2011, 20 Sa 85/10 Rn. 102 f.

<sup>210</sup> Von 18 Entscheidungen des EuGH zur Altersdiskriminierung betraf nur eine (Rs. C-229/08 „Wolf“) eine Einstellungsdiskriminierung, und zwar einen Fall des gesetzlichen Einstellungshöchstalters, bei dem die Benachteiligungswirkung leicht nachweisbar ist. BAG-Entscheidungen zur Einstellungsdiskriminierung betreffen aus demselben Grund überwiegend die Nichtbeachtung von formalen Einstellungs Voraussetzungen nach dem SGB IX.

<sup>211</sup> *Posner*, *Employment discrimination: Age discrimination and sexual harassment*, *International Review of Law and Economics* 19 (1999), 421, 426.

zur Erhöhung der Beschäftigungssicherheit älterer Arbeitnehmer liegt in dem Verbot der Einstellungsdiskriminierung somit nicht.

Alternativ wird angemahnt, die Unkündbarkeit nicht an das Lebensalter, sondern an eine verlängerte Betriebszugehörigkeitsdauer zu binden, da diese Voraussetzung jüngere Arbeitnehmer weniger stark belastet. Für den verfolgten Regelungszweck ist dieses Vorgehen jedoch nicht passgenau, da die Arbeitsplatzsicherheit der betroffenen Gruppe ja gerade wegen bestehender oder vermuteter gesundheitlicher Beeinträchtigungen gefährdet ist, die von einer Beschäftigung unter branchentypisch belastenden Arbeitsbedingungen verstärkt werden. Eine längere Beschäftigungszeit bei einem bestimmten Arbeitgeber beeinflusst dieses Risiko nicht direkt, sondern bildet nur einen Näherungswert für das eigentlich gemeinte Kriterium; eine geringere Benachteiligungswirkung auf jüngere Beschäftigte tritt dann jedoch nicht ein, wenn eine lange Betriebszugehörigkeit lediglich zur Umschreibung der eigentlich gemeinten Altersgruppe genutzt wird.

### **Zwischenfeststellung**

Die tarifliche Unkündbarkeit an das Erreichen des 53. Lebensjahrs zu knüpfen, kann dem legitimen sozialpolitischen Ziel dienen, den Verbleib älterer Arbeitnehmer im Arbeitsprozess zu fördern und ihr Arbeitslosigkeitsrisiko zu verringern. Dafür sollte ein erhöhtes Risiko für diese Altersgruppe im Tarifgebiet dargelegt werden.

#### **(b) Bei der Differenzierung nach der Betriebszugehörigkeit**

Zur Begründung einer Differenzierung nach der *Betriebszugehörigkeit* kommen grundsätzlich mehrere Ziele in Betracht: Damit kann sowohl die erwiesene Betriebstreue honoriert, wie ein bestimmtes betriebsspezifisches Erfahrungswissen abgegolten werden. Denkbar ist weiter eine Belohnung der Beschäftigten, die ihren Arbeitsplatz nicht wechseln und damit dem Unternehmen Kosten für die Auswahl und Einarbeitung eines Nachfolgers auf dem Arbeitsplatz ersparen: Ihre über längere Zeit erworbene Spezialisierung auf die Anforderungen eines konkreten Betriebes würde durch eine Kündigung entwertet, während der mit einer Spezialisierung voraussichtlich einhergehende Verlust allgemeiner Qualifikationen ihre Erfolgsaussichten bei Bewerbung am externen Arbeitsmarkt verschlechtert.<sup>212</sup> Ein legitimes Ziel einer Differenzierung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit ist somit ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Arbeitsvertragsparteien: Die Förderung des Erwerbs betriebsspezifischer Kenntnisse und Erfahrungen der Arbeitnehmer dient dem Betriebszweck,

---

<sup>212</sup> Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG (2008), § 10 Rn. 18.

setzt den Arbeitnehmer im Falle einer Kündigung aber einem höheren Vermittlungsrisiko aus.<sup>213</sup>

Betriebstreue gesondert zu honorieren, stellt daher ein legitimes Regelungsziel dar. Im konkreten Fall ist die geforderte Betriebszugehörigkeitsdauer von lediglich drei Jahren ein Indiz für eine Besonderheit der branchenspezifischen Interessenlage. Genügt ein vergleichsweise kurzer Zeitraum der Betriebszugehörigkeit als Anspruchsvoraussetzung, ist der Arbeitgeber schneller leistungspflichtig. Auf eine solche Regelung wird sich die Arbeitgeberseite daher einlassen, wenn der Erwerb betriebsspezifischer Kenntnisse in diesem Zeitraum möglich ist und wenn zudem ein Interesse besteht, auch für Betriebswechsler attraktiv zu sein. Zum Ausgleich für dieses Entgegenkommen liegt die Lebensalterschwelle für das Erreichen der Unkündbarkeit hoch. Diese Voraussetzung schützt die Arbeitgeber vor einer großen Zahl Anspruchsberechtigter und enthält damit den lebensjüngeren Arbeitnehmern diesen Vorteil zeitweilig vor. Einen fairen Ausgleich aller beteiligten Interessen herzustellen, kann ein legitimes Regelungsziel darstellen.

### **Zwischenfeststellung**

Die tarifliche Unkündbarkeit außer vom Lebensalter auch noch von einer mindestens dreijährigen Betriebszugehörigkeit abhängig zu machen, kann dem legitimen sozialpolitischen Zweck dienen, ältere Arbeitsplatzwechsler in den Sonderkündigungsschutz einzubeziehen, ohne die Unternehmen finanziell zu überfordern.

## **(2) Verhältnismäßigkeit der Mittel**

### **(a) Eignung und Erforderlichkeit**

Eine Unkündbarkeitsklausel ist grundsätzlich geeignet, die Arbeitsplatzsicherheit für ältere Beschäftigte zu verbessern, da sie das Kündungsrisiko verringert.

Sie ist grundsätzlich auch erforderlich, weil es gerade um den Schutz lebensälterer, durch die Anforderungen in der Branche schon länger belasteter Arbeitnehmer geht. Eine Erforderlichkeit wird jedoch mit der Begründung bestritten, dass mit einer konkreten Altersschwelle kein altersspezifisches Bedürfnis korrekt abgebildet werden kann.<sup>214</sup>

Das Argument trifft allerdings den Regelungszusammenhang von Tarifnormen kaum. Tarifnormen enthalten typischerweise generalisierte Bestimmungen, weil

---

<sup>213</sup> Meinel/Heyn/Herms, AGG (2010), § 10 Rn. 34.

<sup>214</sup> So: Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben (2008), S. 530 ff.

den Kollektivparteien nicht nur bei der Festlegung rechtmäßiger Ziele, sondern auch bei der Auswahl der dafür erforderlichen Mittel ein Beurteilungsspielraum zusteht, den sie auch mit typisierenden Regelungen ausfüllen dürfen (vgl. oben II. 1. b cc).<sup>215</sup> Dass dieser Spielraum weit genug ist, auch eine allgemeine Altersgrenze zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu rechtfertigen,<sup>216</sup> könnte den Schluss zulassen, dass die Tarifpartner gar nicht branchenbezogen argumentieren müssen, sondern sich allein auf ihre Einschätzung der Erforderlichkeit eines Mittels berufen dürfen. Da der Gerichtshof diesen sehr großzügigen Überprüfungsmaßstab bisher aber vor allem für die Rechtfertigung einer allgemeinen Regelaltersgrenze anerkannt hat, die in den Mitgliedstaaten über Jahrzehnte galt und Ausdruck einer weitverbreiteten Arbeitsmarktpolitik gewesen ist, ist seine Übertragbarkeit auf altersdifferenzierende Bedingungen eines einzelnen Tarifgebietes risikobehaftet. Bei der Beurteilung anderer altersbezogener Differenzierungen als der Regelaltersgrenze ist nämlich ein deutlich strengerer Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt worden.<sup>217</sup> Unter diesen Umständen empfiehlt es sich, altersdifferenzierende Regelungen so vorzunehmen, dass sie die für ihre Branche typischen Verhältnisse zutreffend abbilden.

In diesem Falle können die Tarifparteien Maßnahmen für erforderlich halten, die nicht jeden Einzelfall passgenau regeln. Der EuGH akzeptiert, dass eine differenzierende Maßnahme „in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht handhabbar bleiben muss“.<sup>218</sup> Das setzt sich im Anwendungsbereich von § 10 AGG in der prinzipiellen Zulässigkeit solcher Regelungen fort, die nicht von einer generellen Einzelfallprüfung abhängig sind.<sup>219</sup> Ein altersabhängiges Bedürfnis nach verstärktem Kündigungsschutz wegen zunehmender gesundheitlicher Einschränkungen tritt nicht gleichmäßig über das ganze Land verteilt und für alle Berufe zutage. In einer Branche wie der Metall- und Elektroindustrie, in der körperlich anstrengende Berufe vertreten sind, ist die Berücksichtigung dieses Aspekts aber erforderlich. Aus demselben Grund sind Wiedereinstellungschancen auf dem Arbeitsmarkt branchenspezifisch zu gewichten, die von tatsächlichen, oder auch nur bei zunehmenden Alter unterstellten, gesundheitlichen Einschränkungen mit geprägt werden.

---

<sup>215</sup> BAG, Urteil v. 21. 09. 2011, 7 AZR 134/10 Rn. 20; Urteil v. 12. 12. 2012, 10 AZR 718/11 Rn. 33.

<sup>216</sup> EuGH, Urteil v. 12. 10. 2010, C-45/09 „Rosenblatt“; Urteil v. 05. 07. 2012, C-141/11 „Hörnfeldt“.

<sup>217</sup> EuGH, Urteil v. 12. 10. 2010, C-499/08 „Andersen“; vgl. auch *Broors*, RdA 2012, 346, 350.

<sup>218</sup> EuGH, Urteil v. 26. 09. 2013, C-546/11 „Dansk Jurist- og Økonomsforbund“ Rn. 70.

<sup>219</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 47.

Dem steht nicht entgegen, dass in einigen Branchen oder Berufen in jüngerer Zeit verstärkt ältere Bewerber eingestellt worden sind. Eine solche Aussage bezieht sich auf die prozentuale Erhöhung des Anteils älterer Arbeitnehmer an allen Neueinstellungen. Sie besagt weder etwas über die Erfolgsaussichten älterer Bewerber gegenüber jüngeren Bewerbern auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt, noch gar über die Arbeitsmarktchancen älterer Bewerber in der Metall- und Elektroindustrie. Dass die Tarifparteien bei der Entscheidung über die Voraussetzungen ihrer Unkündbarkeitsklausel gerade die Besonderheiten ihrer Branche berücksichtigen und in Kenntnis dieser Umstände typisierende Regelungen schaffen, ist Ausdruck ihrer Regelungsautonomie. Das BAG hat darüber hinausgehend sogar eine generelle Typisierung von schlechteren Chancen auf dem Arbeitsmarkt anhand des höheren Lebensalters als erforderlich akzeptiert.<sup>220</sup> Die homogener zusammengesetzte Arbeitnehmerschaft in einem konkreten Tarifgebiet erlaubt eine deutlich konkretere Prognose der Wahrscheinlichkeit schlechterer Arbeitsmarktchancen von Bewerbern ab einem bestimmten Lebensalter. Sie ist also mit der vom BAG für § 1 Abs. 3 KSchG akzeptierten Begründung ebenfalls zu rechtfertigen.

### **Zwischenfeststellung**

Die tarifliche Unkündbarkeitsklausel ist zur Erreichung der Regelungsziele sowohl geeignet wie erforderlich. Den Tarifparteien kommt ein Beurteilungsspielraum bei der Auswahl der geeignetsten Mittel zu; daher dürfen sie auch generalisierende Anspruchsvoraussetzungen festlegen.

#### **(b) Angemessenheit**

##### **(aa) Einwände gegen die Kombination von Alter/Betriebszugehörigkeit**

Einwände gegen die Angemessenheit der Unkündbarkeitsklausel stützen sich zumeist auf die Kombination der beiden Voraussetzungen (hohes) Lebensalter und (geringe) Betriebszugehörigkeitsdauer, die als besonders benachteiligend angesehen wird.<sup>221</sup> Dieser Einwand überzeugt nicht. Zunächst tritt grundsätz-

---

<sup>220</sup> BAG, Urteil v. 06. 11. 2008, 2 AZR 523/07 Rn. 46: „Dass die Arbeitsmarktchancen auf diese Weise typisierend und nicht rein individuell berücksichtigt werden, ist letztlich, will man die Arbeitsmarktchancen überhaupt einbeziehen, unvermeidbar: jede mögliche Aussage über Chancen muss sich an Wahrscheinlichkeiten orientieren, die ihrerseits nicht ohne Berücksichtigung von Erfahrungswerten beurteilt werden können.“ Vgl. auch BAG, Urteil v. 06. 09. 2007, 2 AZR 387/06 Rn. 19 (zu § 1 Abs. 3 KSchG); Urteil v. 05. 11. 2009, 2 AZR 676/08 Rn. 25 (zu § 1 Abs. 5 KSchG); zustimmend: *Lingemann/Beck*, NZA 2009, 577; *Gaul/Niklas*, NZA-RR 2009, 457.

<sup>221</sup> *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 480; *Löwisch*, BB 2006, 2189, 2191; *Meinell/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 10 Rn. 34.

lich durch eine Berücksichtigung beider Elemente (Lebensalter und Betriebszugehörigkeit) nebeneinander zwar eine Verstärkung des Altersbezuges ein, doch ist dies schutzzweckentsprechend. Eine Unkündbarkeitsklausel soll die Arbeitsplatzsicherheit der Betroffenen im Vergleich zu der sonst vorzunehmenden Sozialauswahl verstärken, und auch in § 1 Abs. 3 KSchG werden beide Kriterien parallel herangezogen.<sup>222</sup>

Zu einem umfassenden Schutz älterer Arbeitnehmer führt die doppelte Berücksichtigung altersbezogener Faktoren im Rahmen der gesetzlichen Sozialauswahl jedoch nicht, so dass für eine Verstärkung der Arbeitsplatzsicherheit Raum ist. Im konkreten Fall ist die Wirkung der beiden Kriterien zudem tatsächlich wenig verstärkend, da die Altersabhängigkeit einer dreijährigen Betriebszugehörigkeit so gering ist. Dass die Unkündbarkeitsregelung nicht nur vor ordentlichen Kündigungen schützt, sondern Auswirkungen auf die Sozialauswahl gerade lebensjüngerer Kollegen entfaltet, wird ganz wesentlich durch die Altersvorgabe verursacht. Der Kombination mit der Betriebszugehörigkeit kommt eine allenfalls geringfügige Verstärkungswirkung zu. Diejenigen, die durch die niedrige Betriebszugehörigkeitsdauer in die Unkündbarkeit einbezogen werden, sind – da sie ja zum Kündigungszeitpunkt mindestens 53 Jahre alt sein müssen – diejenigen Beschäftigten, die bei Einstellung bereits mindestens 50 Jahre alt waren. Das ist ein Alter, ab dem für sich genommen bereits besondere Bestandsschutzregelungen akzeptiert werden.

#### **(bb) Einwände gegen ein „absolutes“ Schutznivea**

Bestritten wird die Angemessenheit der Unkündbarkeitsklausel weiter mit dem Argument, dass sie die begünstigten älteren Arbeitnehmer absolut schütze und dadurch die Arbeitsplatzsicherheit jüngerer Beschäftigter zu weitgehend einschränke.<sup>223</sup> Insbesondere wenn dem Lebensalter als Zugangsvoraussetzung die weit überwiegende Bedeutung zukomme, habe die Tarifnorm die konkreten betrieblichen Umstände und Bedürfnisse nicht berücksichtigt; angemessen sei eine Unkündbarkeitsklausel daher nur, wenn sie eine mindestens zehnjährige Betriebszugehörigkeitsdauer voraussetze.<sup>224</sup> Das Argument berücksichtigt zu wenig, dass es bei einer als unverhältnismäßig einzustufenden Bevorzugung wegen des Alters um einen unangemessenen Nachteil der jüngeren Vergleichsperson gehen muss, nicht um eine unangemessene Nichtberücksichtigung betrieblicher Belange. Zwar kann eine hohe Betriebszugehörigkeitsdauer durchaus begrenzend auf die

---

<sup>222</sup> *Graj*, Unkündbarkeitsklauseln in der Sozialauswahl (2009), S. 333.

<sup>223</sup> *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG (2011), § 10 Rn. 45d, 49; *Kamanabrou*, NZA 2006, Beilage 3, 138, 145.

<sup>224</sup> *Voigt*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG (2013), § 10 Rn. 77 f.

Zahl der Unkündbaren wirken, also das Kündigungsrisiko der Lebensjüngeren weniger erhöhen als eine nur dreijährige Betriebszugehörigkeitsdauer. Tatsächlich wird dieser Fall aber selten auftreten, da eine hohe Korrelation zwischen beiden Voraussetzungen besteht: die Anzahl solcher Betriebswechsler, die zwar bereits 53 Jahre alt ist, aber dennoch eine Betriebszugehörigkeitsdauer von 10 Jahren nicht erreicht, dürfte sich auf die Zusammensetzung der Vergleichsgruppe bei einer Sozialauswahl nicht signifikant auswirken.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss den von der Tarifnorm bezweckten Arbeitsplatzschutz für ältere Arbeitnehmer in ein angemessenes Verhältnis zur Risikoerhöhung setzen, der jüngere Beschäftigte dadurch ausgesetzt werden. Eine Regelung, die einen vollständigen Arbeitsplatzschutz Älterer schafft, wäre in diesem Sinne nicht mehr angemessen.<sup>225</sup> Ein absoluter Schutz wird durch § 4.4 MTV NW/NB auch nicht bewirkt. Der Arbeitgeber muss kein „sinnentleertes Arbeitsverhältnis über einen längeren Zeitraum allein durch Gehaltszahlungen aufrechterhalten“.<sup>226</sup> Auch die Wertungen des Kündigungsschutzgesetzes dürfen durch eine Unkündbarkeitsklausel im Einzelfall nicht umgekehrt werden.<sup>227</sup> Wie bereits gezeigt, ist in Extremfällen, in denen der bezweckte Arbeitsplatzschutz Älterer eine Sozialauswahl zu Lasten eines sozial sonst in jeder Hinsicht schutzwürdigeren Jüngeren verursacht, die die Wertungen des Kündigungsrechts grob missachtet, von einer ungeschriebenen Ausnahmebestimmung in der Tarifnorm auszugehen.<sup>228</sup> Zwar bezweckt eine tarifliche Unkündbarkeitsklausel, die Älteren auch in der Sozialauswahl besser zu schützen als § 1 Abs. 3 KSchG; sie folgt den gesetzlichen Wertungen also gerade nicht, sondern übersteigt sie. Sie bezweckt damit aber keine Rechtfertigung von Einzelfällen, in denen alle weiteren gesetzlichen Auswahlkriterien für den Schutz der jüngeren Vergleichsperson sprechen, diese jedoch allein wegen des höheren Lebensalters des unkündbaren Beschäftigten nicht berücksichtigt werden dürfen. Ist eine ungeschriebene Ausnahme für Extremfälle aber bereits aus kündigungsrechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmen, wirkt damit der Schutz der Unkündbarkeitsklausel auch diskriminierungsrechtlich nicht mehr „absolut“.

### **(cc) Parallelwertung zu § 10 S. 3 Nr. 7 AGG a. F.**

Im Ergebnis folgt dies den Wertungen der früheren Regelung des § 10 Satz 3 Nr. 7 AGG a.F., die eine Unkündbarkeitsklausel grundsätzlich soweit akzeptiert

---

<sup>225</sup> *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz (2012), S. 201.

<sup>226</sup> BAG, Urteil v. 06. 10. 2005, 2 AZR 362/04 Rn. 28; Urteil v. 18. 03. 2010, 2 AZR 337/08 Rn. 17.

<sup>227</sup> BAG, Urteil v. 05. 06. 2008, 2 AZR 907/06 Rn. 31.

<sup>228</sup> BAG, Urteil v. 20. 06. 2013, 2 AZR 295/12 Rn. 50.

wie sie nicht „grob fehlerhaft“ in die Sozialauswahl eingreift. Grob fehlerhaft ist eine Sozialauswahl, die keinerlei Korrekturen mehr ermöglicht, und „jede Ausgewogenheit vermissen lässt“.<sup>229</sup>

Für die Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Altersdiskriminierung gilt nichts anderes: der Arbeitsplatzschutz für Ältere wird durch die Unkündbarkeit effektiv verwirklicht; der Nachteil eines jüngeren Beschäftigten, von dieser Regelung nicht profitieren zu können, ist schutzzweckentsprechend und verhältnismäßig. Ein weiterer Nachteil besteht potentiell in einer „Gefahrerhöhung“ bei der Sozialauswahl. Zwar trifft es zu, dass die Sozialauswahl in aller Regel auf einen Arbeitnehmer fallen wird, der jünger ist als der Unkündbare, aber dies ist gerade wegen des altersspezifischen Risikos lang dauernder Arbeitslosigkeit in der Metall- und Elektroindustriehinzunehmen. Führt die Unkündbarkeit im Extremfall zu einer Entscheidung, die die gesetzlichen Wertungen des Kündigungsrechts völlig umkehrt, wäre dies nicht mehr angemessen. Auf einen solchen Fall ist die Tarifregelung nicht anwendbar, sondern ihr ist eine ungeschriebene Ausnahme hinzuzufügen.

Eine Rechtfertigung der Unkündbarkeitsklausel anhand des allgemeinen Grundsatzes aus § 10 AGG und der zugrunde liegenden Richtlinienbestimmung ist also für den Regelfall erfolgreich.

### Zwischenfeststellung

Eine vom Alter und der Betriebszugehörigkeitsdauer abhängige Unkündbarkeitsklausel stellt tatbestandlich jeweils eine Altersdiskriminierung dar. Die unmittelbare Diskriminierung kann gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 AGG damit gerechtfertigt werden, dass sie den Schutz älterer Arbeitnehmer angemessen verwirklichen. Das gilt bis zur Grenze einer „grob fehlerhaften Minderung“ des Kündigungsschutzes jüngerer Beschäftigter. Würde die Anwendung der Unkündbarkeitsklausel im konkreten Falle grob fehlerhaft in die Sozialauswahl eingreifen, wäre die Diskriminierung nicht zu rechtfertigen. In solchen Fällen ist eine ungeschriebene Ausnahmeklausel hinzuzudenken, die eine reguläre Sozialauswahl ermöglicht.

### (3) Positive Maßnahme?

Die Unkündbarkeitsklausel könnte auch als „positive Maßnahme“ im Sinne des § 5 AGG zulässig sein.<sup>230</sup> Dafür müsste sie eine geeignete und angemessene

---

<sup>229</sup> BAG, Urteil v. 02. 12. 1999, 2 AZR 757/98 Rn. 17; vgl. *Willemsen/Annufß*, NJW 2004, 177, 181 (zu § 1 Abs. 4, 5 KSchG); *Fischermeier*, NZA 1997, 1089, 1097; *Preis*, NJW 1996, 3369, 3371.

<sup>230</sup> Dafür: *Brors*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG (2013), § 10 Rn. 102 ff.

Maßnahme zum Ausgleich bestehender Nachteile darstellen.<sup>231</sup> Im vorliegenden Fall bestünde der auszugleichende altersbedingte Nachteil in den altersabhängig schlechten Vermittlungschancen über 53-jähriger Arbeitsuchender in der Metall- und Elektroindustrie. Dass Unkündbarkeitsklauseln zur Erreichung des Schutzzwecks geeignet sind, wurde bereits dargelegt. Ob sie aber auch eine angemessene Maßnahme im Sinne des § 5 AGG und des zugrunde liegenden Art. 7 RL 2000/78/EG darstellen, ist problematisch. Unmittelbar auf den Ausgleich schlechter Vermittlungschancen ist eine Unkündbarkeitsklausel nicht gerichtet, da sie nicht bestehende Einstellungshindernisse verringert, sondern nur indirekt die Erforderlichkeit einer erneuten Arbeitsplatzsuche begrenzt. Zudem sind die zentralen Entscheidungen zur Rechtfertigung positiver Maßnahmen auf Unionsebene zur Geschlechterquotierung (vgl. oben II. 1. b cc [5]) ergangen. Diese Anforderungen waren für Quotenregelungen jedoch sehr streng,<sup>232</sup> insbesondere wurden nur solche Maßnahmen akzeptiert, bei denen die ausgeschlossene Gruppe in jedem Anwendungsfall die Chance behält, wegen der konkreten Umstände doch noch vorrangig berücksichtigt zu werden.<sup>233</sup>

Wird diese Argumentation auf die Anforderungen übertragen, die an „positive Maßnahmen“ zum Ausgleich von altersbedingten Nachteilen zu richten sind, könnte dem keine generelle Norm ohne Ausnahmeklausel für besondere Fälle entsprechen. Ob der EuGH für andere Diskriminierungsmerkmale einen davon unabhängigen, milderen Prüfungsmaßstab entwickeln würde, ist jedoch keineswegs gesichert. Daher ist es vorzugswürdig, bis zur Klärung dieser Grundfrage auf § 5 AGG nur zurückzugreifen, wenn die differenzierende Regelung ausdrücklich Ausnahmetatbestände vorsieht, die eine Einbeziehung der eigentlich ausgeschlossenen Altersgruppen bei Vorliegen besonderer Umstände dennoch zulässt. Für den Fall einer grob fehlerhaften Sozialauswahl wäre diese Voraussetzung durch die oben entwickelte Ausnahmeklausel partiell verwirklicht. Eine Benachteiligung, die allein auf dem Ausschluss jüngerer Beschäftigter vom Vorteil der Unkündbarkeit beruht, wird von dieser ungeschriebenen Ausnahme jedoch nicht berücksichtigt. Insoweit bliebe die Ungewissheit über die Anforderungen an rechtmäßige positive Maßnahme bestehen.

### Zwischenfeststellung

Gelingt eine Rechtfertigung der Unkündbarkeitsklausel an § 10 AGG nicht, wird in der Literatur eine Rechtfertigung als „positive Maßnahme“ im Sinne

---

<sup>231</sup> EuGH v. 30. 09. 2010, C-104/09 „Roca Alvarez“.

<sup>232</sup> EuGH v. 11. 11. 1997, C-409/05 „Marschall“; v. 28. 03. 2000, C-158/97 „Badeck“.

<sup>233</sup> EuGH v. 06. 07. 2000, C- 407/98 „Abrahamsson“; vgl. auch BAG v. 21. 01. 2003, NZA 2003, 1036.

von § 5 AGG diskutiert. Darin läge freilich so lange keine Erleichterung der Anforderungen, bis verlässlich geklärt ist, ob die Quotenrechtsprechung vom EuGH auf die Altersdiskriminierung übertragen wird. Wird dieser Prüfungsmaßstab auf andere Diskriminierungsmerkmale übertragen, gelingt eine Rechtfertigung schwerer als eine nach dem Maßstab des § 10 AGG.

## 2. Verdienstsicherung für ältere Arbeitnehmer

*Am Beispiel von § 6 MTV Metall- und Elektroindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden.*<sup>234</sup>

Die tarifliche Verdienstsicherungsklausel gewährt Arbeitnehmern ab dem 54. Lebensjahr mit mindestens einjähriger Betriebszugehörigkeit einen Alterssicherungsbetrag als Mindestentgelt, der unabhängig vom tatsächlich verdienten Tarifentgelt auf jeden Fall zu zahlen ist. Daneben besteht zusätzlich ein allgemeiner Abgruppierungsschutz nach §§ 12, 13 ERA TV NW/NB. Ausgelöst wird eine solche Absicherung durch die Tätigkeits- bzw. Vertragsänderungen aus vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Umständen, vornehmlich Abgruppierungen als Folge von Arbeitsunfällen, alters- oder gesundheitsbedingter Leistungsminderung, Wegfall von Schichtdiensten, Versetzungen, Wechsel vom Leistungs- zum Zeitentgelt oder Folgen von Rationalisierungsmaßnahmen.<sup>235</sup>

### a) Altersbedingte Benachteiligung

Durch die Leistungsvoraussetzung „Vollendung des 54. Lebensjahrs“ knüpft § 6.1 MTV NW/NB unmittelbar an das Lebensalter als Differenzierungsmerkmal an. Arbeitnehmer, die zum Antragszeitpunkt jünger sind, werden von dem tariflichen Sicherungsanspruch ausgeschlossen. Darin liegt ein unmittelbar altersbedingter Nachteil für alle unter 54-jährigen Beschäftigten. Dass sie jedenfalls die Aussicht haben, mit Zeitablauf in die Anspruchsberechtigung „hineinzuwachsen“, ist kein Argument gegen das Vorliegen des Nachteils.<sup>236</sup> Ob ein Nachteil vorliegt oder nicht, hängt von den Umständen zum Zeitpunkt der Überprüfung ab. Lediglich die Schwere des Nachteils ist geringer zu gewichten, wenn die Betroffenen mit Zeitablauf zumindest eine gefestigte Aussicht haben, in den Kreis der Anspruchsberechtigten hineinzuwachsen. Diese Aussichten sind zwar vom Eintritt bestimmter Voraussetzungen abhängig, etwa vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, von der Fortgeltung der begünstigenden Ta-

---

<sup>234</sup> Wortlaut siehe Anhang.

<sup>235</sup> Schmidt, in: Schiek, AGG (2007), § 10 Rn. 16; Hensche/Heuschmid, in: Däubler, TVG (2012), § 1 Rn. 839; BAG, Urteil v. 11. 11. 1997, 3 AZR 675/96 Rn. 16 f.

<sup>236</sup> Anders noch: Waltermann, NZA 2005, 1265, 1269.

rifnorm und letztlich vom Erlebensfall,<sup>237</sup> das ändert aber nichts an der dadurch eintretenden Verringerung der Benachteiligungswirkung. Nach dem Regelungskonzept der Tarifnorm liegt keine Stichtagsregelung vor, die lebensjüngere Arbeitnehmer von einer Verdienstsicherung dauerhaft ausschließt, sondern es ist davon auszugehen, dass sie mit Erreichen der relevanten Altersgrenze (und Betriebszugehörigkeitsdauer) selbst anspruchsberechtigt werden sollen. Damit kann einem nur vorübergehend andauernden Nachteil auch ein geringeres Gewicht zugemessen werden als einem unbefristet fortdauernden.

Weiter liegt in der Verknüpfung der Verdienstsicherungsklausel mit einer einjährigen Betriebszugehörigkeitsdauer ein mittelbar altersbedingter Nachteil für jüngere Arbeitnehmer, da die Dauer der Betriebszugehörigkeit logisch in Abhängigkeit vom Lebensalter steht. Angesichts der Kürze der hier vorausgesetzten Betriebszugehörigkeitszeit wird der dadurch verursachte zusätzliche Nachteil für jüngere Arbeitnehmer jedoch kaum spürbar. Diese Anspruchsvoraussetzung kann selbst von jungen Berufseinsteigern rasch erfüllt werden. Altersbedingte Nachteile, die gerade von der geforderten Betriebszugehörigkeitsdauer verursacht werden, sind somit zwar möglich, aber von geringem Gewicht. Falls die kurze Betriebszugehörigkeitsdauer nicht im Interesse der beteiligten Unternehmen liegt, ist dies wie bereits gezeigt für die Beurteilung ihrer Benachteiligungswirkung nicht maßgebend.

### **Zwischenfeststellung**

Eine von Alter und Betriebszugehörigkeitsdauer abhängige Verdienstsicherungsklausel stellt tatbestandlich eine Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer dar.

## **b) Rechtfertigung**

### **aa) Legitime Ziele**

Eine Rechtfertigung der altersbezogenen Differenzierung kann auf § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG gestützt werden, falls die Verdienstsicherungsklausel „besondere Bedingungen für die Entlohnung“ festlegt, die „den Schutz älterer Arbeitnehmer sicherstellen“ sollen.

Wer als „älterer Beschäftigter“ schutzbedürftig sein kann, lässt sich weder dem AGG noch dem Unionsrecht explizit entnehmen. Doch kann auf verschiedene internationale Quellen zurückgegriffen werden um Anhaltspunkte dafür zu

---

<sup>237</sup> Franzen, RdA 2013, 180, 183.

gewinnen, welche Altersgruppen typischerweise einbezogen werden: Ziffer I Nr. 1 (1) und (3) der ILO-Empfehlung Nr. 162 vom 23. Juni 1980 versteht unter „älteren Arbeitnehmern“ diejenigen, die „wegen zunehmenden Alters auf Schwierigkeiten in Beschäftigung und Beruf stoßen können“, beschreibt also einen explizit schutzweckorientierten Typus statt einer exakten Definition.<sup>238</sup> Die Entscheidung des Rates der EU vom 12. Juli 2005 über Leitlinien für Beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten 2005/600/EG<sup>239</sup> bezeichnet alle Beschäftigten ab 55 Jahren als „ältere Arbeitnehmer“. Einer schutzweckorientierten Auslegung folgend kommt es damit auf Vermittlungsprobleme am Arbeitsmarkt ebenso an wie auf arbeitsmedizinische oder -psychologische Erkenntnisse über besondere Belastungen, aber auch auf die Dauer des verbleibenden typisierten „Normalarbeitslebens“. Selbst unter Berücksichtigung der künftigen Regelaltersgrenze von 67 Jahren dürften danach Beschäftigte über 50 Jahren zu den „älteren“ gerechnet werden, da sie bereits den überwiegenden Teil der maximalen Lebensarbeitszeit (16 bis 67 Jahre) geleistet haben, und Vermittlungsschwierigkeiten am Arbeitsmarkt ab dieser Altersgruppe statistisch zunehmen. Der grundsätzlich erwünschte konkrete Arbeitsmarktbezug ist branchenbezogen zu bestimmen, sollte also von den Tarifparteien auf der Grundlage ihrer spezifischen Vertrautheit mit den Gegebenheiten in einer Branche konkretisiert werden. Die hier gewählte Anknüpfung an das 54. Lebensjahr liegt im Korridor denkbarer Anknüpfungszeitpunkte nahe an der Leitlinie des Rates, dürfte also insbesondere unter Einbeziehung des Einschätzungsspielraums der Kollektivvertragsparteien akzeptabel sein.

Regelungsziel einer Verdienstsicherungsklausel ist eine Absicherung älterer Arbeitnehmer, die zumindest aus den normierten Anspruchsvoraussetzungen erkennbar wird. Ältere Beschäftigte sollen vor finanziellen Folgen rechtlich zulässiger Maßnahmen im Arbeitsverhältnis geschützt werden, die Folge gesundheits- oder altersbedingter Einschränkungen sind.<sup>240</sup> Vertragsrechtlich ist es regelmäßig zulässig, auf einen Leistungsabfall von Beschäftigten mit einer Versetzung, Veränderung des Tätigkeitsfeldes oder der Arbeitsumstände einschließlich dementsprechenden Verdienstminderungen zu reagieren, da Leistung und Entlohnung zueinander im Austauschverhältnis stehen. Die Tarifklausel verpflichtet den Arbeitgeber dennoch zu einer Ausgleichszahlung zur überwiegenden Kompensation solcher Verdienstminderungen, wenn die Betroffenen mindestens 54 Jahre alt sind. Der Tarifvertrag knüpft diese Kompensati-

---

<sup>238</sup> Vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 07. 09. 2012, 6 Sa 709/11 Rn. 198.

<sup>239</sup> ABl. EG Nr. L 205, S. 21, Anhang, Leitlinie 17.

<sup>240</sup> Bertelsmann, ZESAR 2005, 242, 245; Waas, ZRP 2006, 118, 119 f.; Linssenmaier, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 22, 29; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG (2011), § 5 Rn. 18.

onspflicht an ein höheres Lebensalter vor dem Hintergrund, dass Leistungsminderungen ab einem höheren Lebensalter typischerweise auch alters- oder arbeitsbedingt sind.<sup>241</sup> Für diese Einschätzung spricht ein generell erhöhter Krankenstand in der Altersgruppe der über 50-jährigen Beschäftigten.

Speziell in der Metall- und Elektroindustrie, insbesondere den Arbeitsplätzen mit erheblichen körperlichen Anforderungen, kann das Zusammenspiel von höherem Lebensalter und längerfristig bestehenden körperlich belastenden Anforderungen einen Gesundheitsverschleiß begünstigen. Daher wird der Arbeitgeber verpflichtet, ältere Arbeitnehmer nicht vollständig die finanziellen Folgen solcher Einschränkungen tragen zu lassen. Auch bei der Konkretisierung dieses Ziels haben die Tarifparteien einen Beurteilungsspielraum.<sup>242</sup> Sie sind deshalb nicht gehalten, nur erwiesenermaßen bereits gesundheitlich geschädigte Arbeitnehmer zu schützen, sondern dürfen angesichts der typischen Arbeitsbedingungen ihrer Branche einen Schutzbedarf aller älteren Beschäftigten standardisiert zugrunde legen. Das Regelungsziel, ältere Arbeitnehmer vor finanziellen Auswirkungen gesundheits- oder altersbedingter Leistungsminderung zu schützen, ist grundsätzlich legitim.

Zwar hat das BAG in anderem Zusammenhang die Legitimität eines Ausgleichs alterungsbedingter Minderung der Leistungsfähigkeit ausdrücklich dahinstehen lassen.<sup>243</sup> Die dafür maßgeblichen Überlegungen treffen auf die hier diskutierte Tarifbestimmung jedoch nicht zu. Vorliegend geht es nicht um den Einwand, dass jüngere Beschäftigte eine Sicherung gegen eine generelle nachträgliche Anrechnung künftiger Entgeltsteigerungen nicht benötigen, weil sie diese Anrechnung aufgrund höherer Leistungsfähigkeit mit einem anderen tariflich vereinbarten Anspruch (Leistungsentgelt) selbst kompensieren können. § 6 MTV NW/NB hat stattdessen eine Kompensation einer Entgeltreduzierung zum Gegenstand, die gerade nicht alle Beschäftigten, sondern überwiegend alters- oder gesundheitsbedingt eingeschränkte Personen trifft. Zwar können prinzipiell auch jüngere Arbeitnehmer von einer Entgeltreduzierung wegen Leistungsminderung betroffen sein. Die Einschätzung der Tarifparteien geht jedoch dahin, dass ab einem Alter von 54 Jahren die Ursache für Leistungsminderungen auch in den belastenden Arbeitsumständen der Branche liegen dürfte; das rechtfertigt einen finanziellen Ausgleich, der jüngeren Beschäftigten nicht geschuldet ist.

---

<sup>241</sup> *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 20, 29; *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 296.

<sup>242</sup> BAG, Urteil v. 08. 12. 2011, 6 AZR 319/09 Rn. 41 ff.

<sup>243</sup> BAG, Urteil v. 15. 11. 2012, 6 AZR 359/11 Rn. 36.

## Zwischenfeststellung

Soweit die Verdienstsicherung an Abgruppierungen wegen alters- oder gesundheitsbedingter Leistungsminderung anknüpft, kann diese grundsätzlich gemäß § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 AGG gerechtfertigt werden, um ältere Arbeitnehmer durch besondere Entlohnungsbedingungen zu schützen. Es obliegt dabei grundsätzlich den Tarifparteien, den Adressatenkreis ihrer Schutzmaßnahme zu konkretisieren; eine dem legitimen Regelungsziel dienende kohärente Maßnahme stellt dabei jedoch auf die Besonderheiten der jeweiligen Branche ab.

### bb) Verhältnismäßigkeit der Mittel

Eine Verdienstsicherungsklausel ist grundsätzlich geeignet, ältere Beschäftigte vor finanziellen Folgen einer Leistungsminderung zu schützen.<sup>244</sup> Garantiert der Arbeitgeber einen Mindestlohn, wirken sich Abgruppierungen wegen Leistungsminderung finanziell nicht, oder deutlich weniger stark aus. Die Betroffenen müssen zwar eine Veränderung in den tatsächlichen Umständen ihrer Tätigkeit akzeptieren, die anderenfalls damit verbundenen finanziellen Einbußen werden aber verringert oder ausgeglichen.

Erforderlich zur Erreichung des spezifischen Schutzzwecks sind Verdienstsicherungsklauseln jedoch nur, falls es keine ebenfalls geeigneten Methoden des finanziellen Ausgleichs gibt, die jüngere Arbeitnehmer weniger benachteiligen. Als eine solche Alternative wird häufig diskutiert, die Verdienstsicherung nur solchen Beschäftigten zu gewähren, deren konkrete Tätigkeit gesundheitlich so belastend ist, dass dies zu entsprechender Leistungsminderung geführt hat.<sup>245</sup> Grundsätzlich wird damit verlangt, dass eine unterschiedliche Behandlung so speziell wie möglich auf das mit der Unterscheidung verfolgte Schutzanliegen zugeschnitten ist. Wie konkret die Einzelfallumstände berücksichtigt werden müssen, hängt jedoch davon ab, ob eine generelle Regelung betroffen ist oder eine individuelle Maßnahme. Bei Tarifregelungen kann nur vorausgesetzt werden, dass die Annahme, die eingesetzten Mittel könnten das legitime Differenzierungsziel erreichen, plausibel, in sich widerspruchsfrei und auf Tatsachen gestützt ist. Würde die Verdienstsicherung also bereits ab einem mittleren Alter einsetzen, wäre der Ausschluss der jüngeren Arbeitnehmer nicht mehr mit dem legitimen Schutz gerade der Gruppe der branchentypisch besonders gesund-

---

<sup>244</sup> Zweifelnd: *Schmidt*, in: Schiek, AGG (2007), § 10 Rn. 16; *Bertelsmann*, ZESAR 2005, 242, 245.

<sup>245</sup> *Meinel/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 10 Rn. 42d; *Brors*, in: Däubler/Bertzbach, AGG (2013), § 10 Rn. 48.

heitlich Belasteten zu erklären. Diese Differenzierung ist dann auch nicht erforderlich, das legitime Ziel tatsächlich zu erreichen.<sup>246</sup>

Tatsächlich hat die besprochene Verdienstsicherungsklausel den Entgeltsschutz aber erst ab einem Alter vorgesehen, das die Korrelation von erwartbarer gesundheitlicher Belastung und Lebensalter plausibel erscheinen lässt. Ein noch konkreteres Differenzierungsmerkmal der bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigung wäre zwar noch deutlicher auf das legitime Ziel bezogen,<sup>247</sup> würde aber auch eine generelle Regelung auf Tarifebene erschweren, weil sie auf die besondere Umstände des einzelnen Arbeitsverhältnisses abstellen müsste. Wer diesen Schutz für sich in Anspruch nehmen wollte, müsste eine „gesundheitliche Beeinträchtigung wegen langjähriger belastender Tätigkeit in der Branche“ beweisen, so dass eine Inanspruchnahme der Verdienstsicherung regelmäßig erschwert würde. Um der Tarifklausel Effektivität zu ermöglichen, muss es dem Einschätzungsspielraum der Tarifparteien überlassen bleiben, eine verallgemeinernde Regelung zu formulieren, die gerade nicht auf die Besonderheiten des Einzelfalles abstellt (vgl. oben II. 1. b cc [2]), sondern eine Altersgruppe genügen lässt, in der statistisch gesundheitsbedingte Fehlzeiten zunehmen.

Denkbar wäre es jedoch, statt an das Lebensalter an eine dementsprechende Betriebszugehörigkeitsdauer anzuknüpfen, also die unmittelbar an das Alter anknüpfende Differenzierung durch eine lediglich mittelbar damit verbundene zu ersetzen. Langjährig betriebstreue Arbeitnehmer dürfen in besonderem Maße darauf vertrauen, dass ihr erdienter Besitzstand gewahrt wird.<sup>248</sup> Bei Maßnahmen zum Gesundheitsschutz bildet ein solches Anknüpfungskriterium allerdings kein milderes Mittel gegenüber einer Anknüpfung an das Lebensalter. Die Abhängigkeit der Betriebszugehörigkeitsdauer vom Lebensalter führt dazu, dass jüngere Arbeitnehmer auch bei Austausch der maßgeblichen Differenzierungskriterien grundsätzlich keine deutlich bessere Aussicht auf Teilhabe an der Verdienstsicherung haben. Anders wäre dies nur, wenn die Tarifklausel die maßgebliche Dauer der Betriebszugehörigkeit wesentlich niedriger ansetzt, also den personellen Geltungsbereich der Verdienstsicherung ausweitet. Damit würde die Anspruchsvoraussetzung den Nachteil zwar für einen Teil der Arbeitnehmer ausschließen, dieses Mittel wäre aber zur Zielerreichung nicht „gleich geeignet“, und entspräche auch nicht dem bisherigen Regelungsziel.

Der vorliegenden Regelung geht es nicht um die Kompensation konkreter Arbeitsbedingungen in einem bestimmten Betrieb oder Arbeitsplatz, sondern um

---

<sup>246</sup> So: *Schmidt*, in: Schiek, AGG (2007), § 10 Rn. 16.

<sup>247</sup> *Glajcar*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung (2011), S. 158 ff.

<sup>248</sup> BAG, Urteil v. 15. 11. 2012, 6 AZR 359/11 Rn. 43.

branchenweit typische Verhältnisse. Auch ältere Arbeitnehmer, die den Arbeitgeber gewechselt haben, sollen bei alters- und gesundheitsbedingten Einschränkungen denselben Schutz vor Entgeltverlust genießen wie die betriebstreuen Beschäftigten, da die Pflicht zur Rücksichtnahme hier nicht auf eine besondere Verbundenheit zum Arbeitgeber, sondern auf branchentypische gesundheitliche Belastungen gestützt wird.

Schließlich ist bei der Beurteilung der Erforderlichkeit das Ausmaß des mit der Differenzierung verursachten Nachteils zu berücksichtigen: Nicht durch eine Verdienstsicherung für Ältere wird den vergleichbaren Jüngeren ihr bisheriger Besitzstand entzogen, sondern durch die Abgruppierung selbst. Reflexartige Nachteile einer Kompensationsleistung für Ältere treten bei jüngeren Arbeitnehmern nicht auf. Zwar könnten Arbeitgeber versucht sein, wegen einer drohenden Inanspruchnahme der tariflichen Verdienstsicherung eine Einstellung oder fortgesetzte Beschäftigung von Personen ab dem 54. Lebensjahr zu vermeiden;<sup>249</sup> in diesem Falle beträfe der geltend gemachte Nachteil jedoch die geschützte Gruppe selbst, jüngere Arbeitnehmer könnten sich darauf nicht berufen.

Angemessen ist eine Verdienstsicherungsklausel wenn der Vorteil der begünstigten Gruppe nicht außer Verhältnis zu dem Nachteil steht, den die nicht Begünstigten erleiden. Der Vorteil für die begünstigten älteren Arbeitnehmer ist mit anderen Mitteln als einer Verdienstsicherung aber kaum zu erreichen. Dabei geht es nicht um die vom BAG offen gelassene Frage, ob sie wegen altersbedingt schlechteren Aussichten auf dem Arbeitsmarkt ihre Einbußen durch einen Arbeitgeberwechsel kompensieren könnten; ungeachtet vorhandener oder fehlender Wechseloptionen könnten sie wegen typischerweise bestehender altersbedingter oder gesundheitlicher Beeinträchtigungen selbst bei einem anderen Arbeitgeber die frühere Entgelthöhe voraussichtlich nicht erreichen. Ohne die tarifliche Verdienstsicherungsklausel bliebe es mithin beim vertragsrechtlichen Austauschprinzip, wonach einer eingeschränkten Leistung auch eine entsprechend verringerte Gegenleistung gegenübersteht. Insgesamt kann die Verdienstsicherungsklausel insoweit als angemessen gelten<sup>250</sup> wie sie eine Abgruppierung wegen gesundheitsbedingter Einschränkungen ausgleicht.

---

<sup>249</sup> So: *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 296 und 301.

<sup>250</sup> *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, 20, 29; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG (2008), § 10 Rn. 43; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG (2010), § 10 Rn. 42d.

## Zwischenfeststellung

Eine altersabhängige Verdienstsicherungsklausel kann als Schutzmaßnahme für ältere Beschäftigte gerechtfertigt werden, wenn diese wegen alters- oder gesundheitsbedingter Einschränkungen abgruppiert werden, und die maßgebliche Altersgrenze dort gezogen wird, wo in der Branche altersbedingte Leistungsminderungen typischerweise auftreten.

### cc) Positive Maßnahme?

Alternativ dazu wird in der Literatur auch vertreten, dass eine Verdienstsicherungsklausel als „**positive Maßnahme**“ im Sinne des § 5 AGG gerechtfertigt ist.<sup>251</sup> Hiergegen ist erneut einzuwenden, dass eine Rechtfertigungswirkung durch die Annahme einer solchen positiven Maßnahme so lange unsicher bleibt, wie eine Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zur Quotenregelung nicht ausgeschlossen werden kann. Dies würde alle Bestimmungen von der Rechtfertigungswirkung ausschließen, die keine Ausnahmebestimmung zur Gewährleistung eines Anspruchs der an sich ausgeschlossenen Gruppen in besonderen Fällen vorsehen.

---

<sup>251</sup> *Hinrichs*, in: Däubler/Bertzbach, AGG (2013), § 5 Rn. 54; *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG (2011), § 5 Rn. 18.

## IV. Gesamtergebnis

Dass sich auch Tarifregelungen am Verbot der Altersdiskriminierung messen lassen müssen, ist im nationalen wie im europäischen Recht anerkannt. Dies darf freilich nicht so verstanden werden, als ob die Tarifautonomie hinter den Gleichbehandlungsgrundsatz zurück tritt. Beide Elemente begegnen einander gleichberechtigt auf derselben Regelungsebene, keines genießt einen prinzipiellen Vorrang gegenüber dem anderen. Stattdessen ist im Konfliktfall auf der Rechtfertigungsebene zu unterscheiden zwischen solchen Differenzierungen, die trotz ungleicher Auswirkungen auf verschiedene Altersgruppen vom Beurteilungsspielraum der Kollektivparteien noch gedeckt sind und denen, für die das nicht gelingt. Unzulässig ist allein die nicht gerechtfertigte Differenzierung.

Dass eine Regelung gerade in einem Kollektivvertrag getroffen wurde, ist nicht selbst bereits die Rechtfertigung für jede Art altersbezogener Differenzierung. Ihrem spezifischen Entstehungsgrund kommt aber bei der Abwägung im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung trotzdem ein besonderes Gewicht zu. Durch die Art ihres Zustandekommens sind Kollektivverträge Ergebnis eines Aushandlungsprozesses, in dem gegenläufige Interessen repräsentiert sind; das erhöht ihre Legitimität auch gegenüber denjenigen, die von einer konkreten Regelung nachteilig betroffen werden können, weil davon auszugehen ist, dass deren Interessen an anderer Stelle der Vereinbarung kompensiert werden. Kollektivverträge haben wegen ihrer regelmäßig befristeten Laufzeit die Chance, auf neu auftretende Probleme mit Lösungsoptionen probeweise zu reagieren und sie bei mangelnder Passgenauigkeit rasch anzupassen. Als normative Regelung für eine Vielzahl von Anwendungsfällen müssen sie dabei notwendig typisieren und generalisieren; eine Berücksichtigung aller Umstände konkreter Einzelfälle wird nicht gelingen. Zudem gilt für Normen, die Zugangsvoraussetzungen für Sonderleistungen festlegen, dass sie objektiv leicht feststellbar sein müssen und nicht manipulierbar sein dürfen, um in der praktischen Anwendung handhabbar zu bleiben. Das rechtfertigt es unter bestimmten Voraussetzungen, auch am Differenzierungsmerkmal „Lebensalter“ anzuknüpfen.

Da sich der Vorgang des Alterns als höchst individuell gestaltet, und da der Einfluss, den die Lebens- und Arbeitsbedingungen auf die Leistungsfähigkeit und Berufsbefähigung älterer Beschäftigter haben, wesentlicher ist als das kalendarische Lebensalter, kann jede Altersgrenze nur ein grober Näherungswert für das an sich maßgebliche Differenzierungskriterium darstellen. Da Tarifklausur

seln ohne generelle Merkmale zur Gruppenabgrenzung aber nicht praktikabel gestaltet werden können, muss der Beurteilungs- und Regelungsspielraum der Kollektivparteien insoweit erhalten bleiben. Hierbei sollten die Regelsetzer allerdings Problembewusstsein demonstrieren und möglichst auch transparent machen.

# Anhang: Tarifliche Rechtsquellen

## § 4 MTV Metall- und Elektroindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden v. 14. 06. 2005

### Kündigung und Aufhebungsvertrag

- 4.1 Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen.
- 4.2 Die Kündigungsfrist beginnt frühestens mit dem Tag der vereinbarten Arbeitsaufnahme zu laufen. Eine hiervon abweichende Regelung muss schriftlich vereinbart sein.
- 4.3 Auf Wunsch ist dem Beschäftigten nach Kündigung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts angemessene Zeit zu gewähren, um sich eine neue Stelle zu suchen.
- 4.4 Einem Beschäftigten, der das 53., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb mindestens drei Jahre angehört, kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden.

## § 6 MTV Metall- und Elektroindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden

### Alterssicherung

- 6.1 Beschäftigte, die das 54. Lebensjahr vollendet haben und dem Betrieb oder Unternehmen mindestens ein Jahr angehören, haben Anspruch auf Verdienstsicherung.  
Die tarifliche Verdienstsicherung bezieht sich nicht auf das Tarifentgelt, sondern auf das Effektiventgelt und wird wie folgt verwirklicht:
  - 6.1.1 Der Alterssicherungsbetrag, der nach §§ 6.3 und 6.4 zu ermitteln ist, wird als Mindestverdienst garantiert.
  - 6.1.2 Der laufende Verdienst innerhalb des nach § 6.9 zu regelnden Vergleichszeitraums wird mit dem Alterssicherungsbetrag verglichen.
  - 6.1.3 Ist der laufende Verdienst niedriger als der Alterssicherungsbetrag, so ist ein Ausgleich bis zur Höhe des Alterssicherungsbetrages zu bezahlen.
- 6.2 Beginn der Verdienstsicherung  
Die Verdienstsicherung beginnt mit dem Ersten des Monats, in dem der Beschäftigte das 54. Lebensjahr vollendet. Erfüllt der Beschäftigte an seinem 54. Geburtstag die Voraussetzung der Betriebs- oder Unterneh-

menzugehörigkeit von einem Jahr nicht, so beginnt die Verdienstsicherung am Ersten des Monats, in welchem er diese Voraussetzung erfüllt.

- 6.3 Zusammensetzung und Errechnung des Alterssicherungsbetrages  
Der Alterssicherungsbetrag errechnet sich wie folgt:
  - 6.3.1 aus dem Monatsgrundentgelt der Entgeltgruppe zu Beginn der Verdienstsicherung;
  - 6.3.2 aus den in den letzten 12 Monaten vor Beginn der Verdienstsicherung durchschnittlich erzielten leistungsabhängigen variablen Bestandteilen;
  - 6.3.3 der Belastungszulage zu Beginn der Verdienstsicherung;
  - 6.3.4 aus der übertariflichen Zulage zu Beginn der Verdienstsicherung;
  - 6.3.5 aus den in den letzten zwölf Kalendermonaten vor Beginn der Verdienstsicherung erzielten (tariflichen und/oder übertariflichen) durchschnittlichen Zuschlägen für Sonn-, Feiertags-, Spät-, Nacht-(Schicht-), Montagearbeit sowie Erschwerniszulagen gemäß § 8 BMTV, sofern die in § 6.4 genannten Voraussetzungen erfüllt sind.
- 6.3.6 Der Alterssicherungsbetrag errechnet sich nach der Formel:  
 $6.3.1 + 6.3.2 + \text{ggf. } 6.3.3 + \text{ggf. } 6.3.4 + \text{ggf. } 6.3.5$
- 6.3.7 Bei Reisenden im Sinne von § 15, die eine Provision erhalten, ist diese in den Alterssicherungsbetrag mit einzubeziehen, und zwar in der Höhe der monatlichen Durchschnittsprovision, errechnet aus der Provision der letzten 36 Kalendermonate vor Beginn der Verdienstsicherung.

# Literaturverzeichnis

*Adam, Roman F.*, Abschied vom „Unkündbaren“, NZA 1999, S. 846–850.

Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, 60. Jahrgang, Sondernummer 2, Arbeitsmarkt 2012, abrufbar unter: <http://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Jahresbericht-Arbeitsmarkt-Deutschland/Generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-2012.pdf>.

*Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*, Kündigungsrecht: Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl., München 2012.

*Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian*, Auf „Junk“ folgt „Mangold“ – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, S. 6–12.

*Bauer, Jobst-Hubertus/Göpfert, Burkard/Krieger, Steffen*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Kommentar, 3. Aufl., München 2011.

*Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen*, Altersdiskriminierende Tarifverträge und ihre Rechtsfolgen, in: Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft, Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 1–14.

*Bayreuther, Frank*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005.

*Becker, Friedrich/Bader, Peter/Etzel, Gerhard*, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften: KR, 10. Aufl., Neuwied 2010.

*Berkowsky, Wilfried*, Die betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl., München 2008.

*Bertelsmann, Klaus*, Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht, ZESAR 2005, S. 242–253.

*Birk, Rolf*, Die Tarifautonomie in rechtsvergleichender Sicht, RdA 1995, S. 71–76.

*Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*, EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta; Kommentar, 4. Aufl., München 2011.

*Däubler, Wolfgang*, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.

*Däubler, Wolfgang*, Tarifvertragsrecht, Baden-Baden 1993.

*Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013.

*Däubler, Wolfgang*, Arbeitskampfrecht: Handbuch für die Rechtspraxis, 3. Aufl., Baden-Baden 2011.

*Dunkel-Benz, Friederike*, Altern aus medizinischer Sicht – Vermeidbares und Unvermeidliches, NZA 2008, Beilage 1, S. 25–26.

*Eylert, Mario*, Kündigungsrecht im öffentlichen Dienst, PersR 2007, S. 92–100.

*Fiebig, Stefan/Gallner, Inken/Mestwerdt, Wilhelm/Nägele, Stefan*, Kündigungsschutzrecht: Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2012.

*Fischer Lescano, Andreas*, Gutachten, in: [http://media.arbeiterkammer.at/PDF/Austeritaetspolitik\\_und\\_Menschenrechte.pdf](http://media.arbeiterkammer.at/PDF/Austeritaetspolitik_und_Menschenrechte.pdf)

*Fischermeier, Ernst*, Die betriebsbedingte Kündigung nach den Änderungen durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1997, S. 1089–1100.

*Franzen, Martin*, Entgeltsysteme und Gleichbehandlung, RdA 2013, S. 180–187.

*Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Band IV, Europäische Grundrechte, Berlin 2009.

*Frowein, Jochen Abraham/Peukert, Wolfgang*, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009.

*Gaul, Björn/Niklas, Thomas*, Keine Altersdiskriminierung durch Sozialauswahl mit Altersgruppen, NZA-RR 2009, S. 457–462.

*Gerken, Lüder/Rieble, Volker/Roth, Günter H./Stein, Thorsten/Strein, Rudolf*, Mangold als ausbrechender Rechtsakt, München 2009.

*Glajcar, Jakob*, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung, Freiburg 2011.

*Grabenwarter, Christoph*, Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft?, EuGRZ 2004, S. 563–570.

*Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin*, Das Recht der Europäischen Union, 50. Aufl., München 2013.

*Graj, Sebastian*, Unkündbarkeitsklauseln in der Sozialauswahl: Senioritäts- und Sozialschutz in praktischer Konkordanz, Baden-Baden 2009.

*Hahn, Oliver*, Auswirkungen der europäischen Regelungen zur Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum U.S.-amerikanischen Recht, Baden-Baden 2006.

*Henssler, Martin/ Tillmanns, Kerstin*, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, in: Festschrift für Rolf Birk zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, S. 179–196.

*Heuschmid, Johannes*, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, Baden-Baden 2009.

*Heuschmid, Johannes/Klebe, Thomas*, Die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation und ihre Bedeutung im Richterrecht des EuGH, in: Wolfgang Däubler/Reingard Zimmer (Hrsg.): Arbeitsvölkerrecht, Festschrift für Klaus Lörcher, Baden-Baden 2013, S. 336.

*Hock, Klaus/Kramer, Barbara/Schwerdtle, Jutta*, Ausgewählte Fragen bei der Anwendung des TVöD in der Praxis, ZTR 2006, S. 622–639.

*Jacobs, Matthias*, Grundprobleme des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG, RdA 2009, S. 193–204.

*Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union: unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte und der Grundrechtsregelungen der Verträge; Kommentar, München 2010.

*Jarass, Hans D.*, EU-Grundrechte: ein Studien- und Handbuch, München 2005.

*Joannidis, Aris Ilias*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, Tübingen 2011.

*Junker, Abbo*, Europa und das deutsche Tarifrecht – Was bewirkt der EuGH?, ZfA 2009, S. 281–296.

*Kaiser, Dagmar/Dahm, Katharina*, Sozialauswahl ohne Lebensalter!, NZA 2010, S. 473–481.

*Kaiser, Eva Maria*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz: Prominente tarifvertragliche Klauseln auf dem Prüfstand des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der europa- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Baden-Baden 2012.

*Kamanabrou, Sudabeh*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, RdA 2006, S. 321–339.

*Kamanabrou, Sudabeh*, Vertragsgestaltung und Antidiskriminierung, NZA 2006, Beilage 3, S. 138–146.

*Kamanabrou, Sudabeh/Wietfeld, Anne Christin*, Tarifliche Altersgrenzen für Piloten, SAE 2010, S. 269–278.

*Kiel, Heinrich*, Die Kündigung unkündbarer Arbeitnehmer, NZA 2005, Beilage 1, S. 18–31.

*Kittner, Michael/Däubler, Wolfgang/Zwanziger, Bertram*, KSchR – Kündigungsschutzrecht: Kommentar für die Praxis, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 2011.

*Kokott, Juliane/Sobotta, Christoph*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, EuGRZ 2010, S. 265–271.

*Korthaus, Hannah*, Das neue Antidiskriminierungsrecht, Aachen 2006.

*Krebber, Sebastian*, Rechtsfolgen einer Diskriminierung durch gesetzliche und kollektivvertragliche Regelungen, EuZA 2009, S. 200–217.

*Lehr, Ursula*, Die Wiederentdeckung der Älteren in den Unternehmen: rechtliche und personalpolitische Überlegungen zum Thema „Alter“, NZA 2008, Beilage 1, S. 3–8.

*Lingemann, Stefan/Beck, Charlotte*, Auswahlrichtlinie, Namensliste, Altersgruppenbildung und Altersdiskriminierung, NZA 2009, S. 577–581.

*Lingemann, Stefan/Gotham, Meike*, AGG – Benachteiligungen wegen des Alters in kollektivrechtlichen Regelungen, NZA 2007, S. 663–670.

*Linsenmaier, Wolfgang*, Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, S. 22–33.

*Lipinski, Wolfgang*, Mit 40 noch voll im Saft, BB 2012, S. 895.

*Löwisch, Manfred*, Kollektivverträge und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, DB 2006, S. 1729–1732.

*Löwisch, Manfred*, Kündigungen unter dem AGG, BB 2006, S. 2189–2191.

*Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: arbeitsrechtlicher Kommentar, 2. Aufl., München 2010.

*Meyer, Jürgen*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011.

*Müller, Thomas*, Alter und Recht, Das menschliche Alter und seine Bedeutung für das Recht unter besonderer Berücksichtigung des europäischen und nationalen Antidiskriminierungsrechts, Frankfurt a. M. 2011.

*Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., München 2013.

*Oetker, Hartmut*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Tarifautonomie, ZfA 2001, S. 287–340.

*Oberhofer, Herrmann*, Das AGG und der tarifliche Sonderkündigungsschutz, in: Mittag u. a., Die Sicherung von Arbeitnehmerrechten, Baden Baden 2008, S. 159–168.

*Polloczek, Tobias*, Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts, Baden-Baden 2008.

*Posner, Richard A.*, Employment discrimination: Age discrimination and sexual harassment, *International Review of Law and Economics* 19 (1999), S. 421–446.

*Preis, Ulrich*, Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996, *NJW* 1996, S. 3369–3378.

*Preis, Ulrich*, Diskriminierungsschutz zwischen EuGH und AGG (Teil I), *ZESAR* 2007, S. 249–256.

*Preis, Ulrich*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, *NZA* 2006, S. 401–410.

*Richardi, Reinhard*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2009.

*Rieble, Volker*, Betriebliche versus tarifliche Unkündbarkeit, *NZA* 2003, S. 1243–1246.

*Rieble, Volker/Kolbe, Sebastian*, Vom sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag?, *EuZA* 2008, S. 453–481.

*Rieble, Volker/Zedler, Alexander*, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, *ZfA* 2006, S. 273–303.

*Riesenhuber, Karl/Domröse, Ronny*, Richtlinienkonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre, *RIW* 2005, S. 47–54.

*Säcker, Franz Jürgen*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., München 2012.

*Schaub, Günter*, Arbeitsrechts-Handbuch: systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 15. Aufl., München 2013.

*Schick, Dagmar*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007.

*Schlachter, Monika*, Altersgrenzen angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung, in: Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht, *Gedenkschrift für Wolfgang Blomeyer*, München 2003, S. 355–373.

*Schlachter, Monika*, Das Arbeitsrecht im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, *ZESAR* 2006, S. 391–399.

*Schlachter, Monika*, Methoden der Rechtsgewinnung zwischen EuGH und der Arbeitsgerichtsbarkeit, *ZfA* 2007, S. 249–275.

*Schlachter, Monika*, Richtlinienkonforme Rechtsfindung – ein neues Stadium im Kooperationsverhältnis zwischen EuGH und den nationalen Gerichten, RdA 2005, S. 115–120.

*Schlachter, Monika*, Gleichheitswidrige Tarifnormen, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998, S. 651–673.

*Schlachter, Monika*, Wege zur Gleichberechtigung: Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten, München 1993.

*Schlachter, Monika*, Soziale Rechte auf supranationaler Ebene: wirksame Schutzinstrumente?, in: Wolfgang Däubler/Reingard Zimmer (Hrsg.): Arbeitsvölkerrecht, Festschrift für Klaus Lörcher, Baden-Baden 2013, S. 302.

*Schleusener, Aino/Suckow, Jens/Voigt, Burkhard*, AGG: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl., Neuwied 2013.

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

*Scholz, Mathias W.*, Das Verbot der Altersdiskriminierung bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Stuttgart 2006.

*Schubert, Claudia*, Der Tarifvertrag in den Schranken Europas – Die Tarifaufonomie als Bestandteil der europäischen Wirtschaftsordnung, ZfA 2013, S. 1–40.

*Schwarze, Jürgen*, EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.

*Senne, Daniela*, Auswirkungen des europäischen Verbots der Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht, Berlin 2006.

*Skouris, Vassilios*, Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten, RdA 2009, Sonderbeilage zu Heft 5, S. 25–31.

*Sprenger, Markus*, Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG, Konstanz 2006.

*Stahlhacke, Eugen/Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., München 2010.

*Stein, Peter*, Tarifaufonomie und Kündigungsschutz, in: Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden Baden 2010, S. 663–675.

*Stoffels, Markus*, Grundprobleme der Schadensersatzverpflichtung nach § 15 Abs. 1 AGG, RdA 2009, S. 204–215.

*Streinz, Rudolf/Ohler, Christoph/Herrmann, Christoph*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl., München 2010.

*Temming, Felipe*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben: eine rechtsmethodische Analyse, München 2008.

*Temming, Felipe*, Das „schwedische Modell“ auf dem Prüfstein in Luxemburg – der Fall Laval, ZESAR 2008, S. 231–242.

*Tempelmann, Achim/Stenslik, Bastian-Peter*, Staffelung von Arbeitgeberleistungen nach dem Lebensalter, DStR 2011, S. 1183–1186.

*Thüsing, Gregor*, Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 19. 01. 2010, C-555/07 „Küçük-deveci“, ZIP 2010, S. 199–202.

*Thüsing, Gregor*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz: das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote, 2. Aufl., München 2013.

*Thüsing, Gregor/Traut, Johannes*, Zur begrenzten Reichweite der Koalitionsfreiheit im Unionsrecht, RdA 2012, S. 65–73.

*Trebeck, Joachim*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Altersgrenzen – unter besonderer Berücksichtigung der Wesentlichkeitstheorie –, Hamburg 2008.

*v. Danwitz, Thomas*, Grundfreiheiten und Kollektivautonomie, EuZA 2010, S. 6–18.

*v. Hoyningen-Huene, Gerrick/Linck, Rüdiger/Krause, Rüdiger*, Kündigungsschutzgesetz: Kommentar, 15. Aufl., München 2013.

*Waas, Bernd*, Die Beschäftigungssituation älterer Arbeitnehmer als Herausforderung für den arbeitsrechtlichen Gesetzgeber, ZRP 2006, S. 118–121.

*Wagner, Gerhard/Potsch, Nicolas*, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, JZ 2006, S. 1085–1100.

*Walker, Wolf-Dietrich*, Der Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG, NZA 2009, S. 5–11.

*Waltermann, Raimund*, Unanwendbarkeit des nationalen Rechts bei Verstoß gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung, EuZA 2010, S. 541–552.

*Waltermann, Raimund*, Verbot der Altersdiskriminierung – Richtlinien und Umsetzung, NZA 2005, S. 1265–1270.

*Wank, Rolf*, Altersgrenzen in Tarifverträgen nach der EuGH-Rechtsprechung, in: Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft, Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 585–603.

*Wendeling-Schröder, Ulrike*, Der Prüfungsmaßstab bei Altersdiskriminierungen, NZA 2007, S. 1399–1405.

*Wendeling-Schröder, Ulrike/Stein, Axel*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Kommentar, München 2008.

*Wiedemann, Herbert*, Tarifvertrag und Diskriminierungsschutz, NZA 2007, S. 950–954.

*Willemsen, Heinz Josef/Annus, Georg*, Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004, S. 177–184.

*Winter, Regine*, Deutliche Worte des EuGH im Grundrechtsbereich, NZA 2013, 473.

*Wulfers, Christian/Hecht, Diana*, Altersdiskriminierung durch Tarifbestimmungen – Eine Analyse des TVöD und TV-L, ZTR 2007, S. 475–483.

*Zwanziger, Bertram*, Tarifliche Unkündbarkeit und Sozialauswahl, DB 2000, S. 2166–2168.

# Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- Band 9** Ingrid Maas / Karl Schmitz / Peter Wedde  
**Probleme und Lösungsmöglichkeiten**  
ISBN 978-3-7663-6386-2
- Band 8** Thorsten Kingreen  
**Soziales Fortschrittsprotokoll – Potenzial und Alternativen**  
ISBN 978-3-7663-6326-8
- Band 7** Ulrike Wendeling-Schröder  
**Kritik der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Tarifverträge tarifunfähiger Gewerkschaften in der Leiharbeit**  
ISBN 978-3-7663-6282-7
- Band 6** Jens Schubert  
**Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung – eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie**  
ISBN 978-3-86194-115-6
- Band 5** Wolfgang Däubler  
**Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?**  
ISBN 978-3-86194-110-1
- Band 4** Bernd Waas  
**Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das Gesetz hinaus**  
ISBN 978-3-86194-092-0
- Band 3** Bernd Waas  
**Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht**  
ISBN 978-3-86194-080-7
- Band 2** Rüdiger Krause  
**Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay**  
ISBN 978-3-86194-071-5
- Band 1** Britta Rehder / Olaf Deinert / Raphaël Callsen  
**Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung**  
ISBN 978-3-86194-056-2





