

# **Zukunftsforum Politik**

Broschürenreihe  
herausgegeben von der  
Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

Nr. 70

Carl Otto Lenz / Thomas Mann / Angelika Nußberger /  
Peter J. Tettinger / Otto Wulff

## **Wie lange dürfen wir arbeiten? Gesetzliche Altersgrenzen als Verfassungsproblem**

Sankt Augustin, Februar 2006

3-937731-79-2

Redaktionelle Betreuung: Norbert Arnold

---

### **Download-Publikation**

Der Text dieser Datei ist identisch mit der Druckversion der Veröffentlichung. Die Titelei der Printausgabe beträgt 4 Seiten und wurde in der digitalen Version auf einer Seite zusammengefasst.

# Inhalt

Vorwort	7
Rechtliche Herausforderungen einer alternden Gesellschaft	9
<i>Prof. Dr. Otto Wulff</i>	
Vorkehrungen des europäischen Gemeinschaftsrechts gegen Diskriminierungen aus Gründen des Alters	31
<i>Prof. Dr. Carl Otto Lenz</i>	
Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts unter Einbeziehung der Verfassungen der Mitgliedstaaten der EU, insbesondere Osteuropas	49
<i>Prof. Dr. Angelika Nußberger</i>	
Altersrelevante Gleichheitsgebote im deutschen Verfassungsrecht	63
<i>Prof. Dr. Thomas Mann</i>	
Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts zu Höchstaltersgrenzen als berufsbezogene Regelungen	85
<i>Prof. Dr. Peter J. Tettinger</i>	
Die Autorin/Die Autoren	111

# Vorwort

Die Demographen warnen schon lange vor einem tief greifenden Wandel der Altersstruktur unserer Gesellschaft und den daraus resultierenden sozialen, wirtschaftlichen und politischen Problemen.<sup>1</sup> In der Politik wird nach Lösungsansätzen gesucht. Dass dabei die Jungen im Vordergrund stehen und ein besonderer Schwerpunkt auf der Familienpolitik liegt, ist nachvollziehbar, scheint dies doch der einzige Weg, um den demographischen Wandel langfristig zu bremsen. Trotzdem darf dadurch nicht der Blick auf die ältere Generation verstellt werden: Die Belange der älteren Menschen müssen in einer „alternden Gesellschaft“ stärker als bisher berücksichtigt und ihre Potenziale besser genutzt werden. Dafür ist eine Neudefinition des Alters und ein neues Alters- und Altenbild in unserer Gesellschaft notwendig.

Die „gesetzlichen Höchstaltersgrenzen als Verfassungsproblem“ war Thema eines Workshops der Konrad-Adenauer-Stiftung. In der vorliegenden Broschüre werden die Vorträge dieser Expertenrunde dokumentiert. Unser Ziel ist es, den politischen Entscheidungsbedarf zu verdeutlichen und einen konkreten Ansatz für politisches Handeln zu eröffnen, um ältere und alte Menschen auch künftig in das gesellschaftliche Gefüge zu integrieren.

Dr. Norbert Arnold  
Leiter AG Gesellschaftspolitik, Politik und Beratung,  
Konrad-Adenauer-Stiftung

---

<sup>1</sup> Vgl. z. B.: Birg, Herwig: Die demographische Zeitenwende. München 2001; Miegel, Meinhard: Die deformierte Gesellschaft. München 2002; Schirrmacher, Frank: Das Methusalem-Komplott. München 2004; Schumpelick, Volker/Vogel, Bernhard: Alter als Last und Chance. Freiburg 2005.

# Rechtliche Herausforderungen einer alternden Gesellschaft

*Prof. Dr. Otto Wulff*

## I. Rückgang der deutschen Bevölkerung und seine gesellschaftspolitischen Folgen

„Niemand wird gerne alt. Jetzt altern ganze Völker in nie gekanntem Ausmaß. Das individuelle Schicksal wird zum politischen und ökonomischen Schicksal fast aller Staaten dieser Erde. Die heute jungen Frauen und Männer, die später die vielen Alten werden, haben deshalb jetzt eine historische Chance. Sie müssen – schon aus Überlebensinstinkt – gegen die Diskriminierungen des Alters vorgehen. Tun sie es nicht, werden sie in dreißig Jahren in die seelische Sklaverei gehen. Negative Altersvorstellungen führen zu selbstverschuldeter Unmündigkeit und einem Verlust an Denkfähigkeit schon im frühen Alter. Dabei hat die Wissenschaft längst das negative Image des Alters von Frauen und Männern korrigiert. Nicht durch ein neues Jugendbild, sondern nur durch eine militante Revolution des Bildes des eigenen Alters gewinnt diese Gesellschaft die Chance, sich wieder zu verjüngen. Sie muss Gegenbilder schaffen: in der Kunst, im Leben, in der Wissenschaft. Die Macht, Märkte und Meinungen umzuformen, liegt bei dieser neuen Mehrheit.“

So lauten die einleitenden Sätze des Frankfurter Journalisten Frank Schirmacher in seinem ebenso spannenden wie aufrüttelnden Buch ‚Das Methusalem-Komplott‘. Wohl zu Recht wagt Schirmacher die Prognose, dass Gesellschaften, die einerseits altern, andererseits aber aus der Jugend eine Ideologie machen, das Alter in eine lebensgefährliche Phase führen. Um den Genera-

tionenkonsens zu erhalten und einen drohenden Generationenkonflikt mit unabsehbaren gesellschaftlichen Folgen zu verhindern, sei deshalb nachhaltige Gegenwehr gegen die Herrschaft eben dieser diskriminierenden und letztlich tötenden Ideologie vonnöten. Das ist starker Tobak und sicherlich in der Absicht formuliert, eine müde, an mangelnder Selbstverantwortung und fehlender Eigeninitiative leidende missmutige und älter werdende Gesellschaft zu provozieren.

Doch wie soll die Gegenwehr aussehen, welche Mittel und welche Methoden sollen dabei angewandt werden? Unbestritten ist, dass die Politik schon aus existenziellen Gründen die für das Gemeinwesen mit der demografischen Entwicklung verbundenen Probleme nicht mehr verdrängen, geschweige denn leugnen kann. Zu lange wurden die bereits seit Mitte der 70er-Jahre klar erkennbaren Schwierigkeiten übersehen, verkannt und recht häufig sogar belächelt, nicht zuletzt von jenen, die in den Parlamenten bereits über die Erhebung von Steuern entscheiden durften, ohne selbst zuvor solche bezahlt zu haben. Mangels Berufs- und Lebenserfahrung wurde den Problemen einer in der Tat sich revolutionär veränderten Gesellschaft mit Praktiken begegnet, die unter dem Aspekt des Zyklus einer vierjährigen Wahlperiode nur kurzfristig wirkende Lösungen anboten, ohne darauf zu achten, dass es in Wahrheit um verantwortliches Handeln für ein Leben von 80, nicht unbegründet sogar von 100 Jahren geht.

Nun aber bricht mit der Alterung der Gesellschaft, von vielen immer noch wahrgenommen als sei sie vom Himmel gefallen, eine Veränderung unserer Lebensverhältnisse an, vor der niemand mehr seine Augen verschließen kann. Bisläng bewährte Sozialsysteme erscheinen ebenso auseinander zu brechen, wie viele gewohnte familiäre und soziale Beziehungen. Eine zukunftsorientierte und ernstzunehmende Politik kann gar nicht mehr anders, als sich neben einer der nachwachsenden Generation zu widmen-

den Fürsorge in gleicher Weise sich auch um die Älteren in der Gesellschaft zu kümmern. Soll eine solche Politik Erfolg haben, muss sie zusätzlich, konsequenterweise deutlicher als zuvor, von der älteren Generation selbst mitgestaltet werden. Wie auch will man diese überhaupt noch aus der unmittelbaren politischen Verantwortung ausgrenzen, wenn sie schon jetzt – mit steigender Tendenz wohlgemerkt – ein Drittel der wahlberechtigten Bevölkerung und in der Regel durch höhere Wahlbeteiligung weit mehr als 40 Prozent der Wähler stellt? Diese nicht zu widerlegende Tatsache lässt für die Parteien nur eine Schlussfolgerung zu: Auf absehbare Zeit ist gegen oder ohne die ältere Generation keine Wahl mehr zu gewinnen!

Der demografische Wandel in der Bevölkerungsstruktur wird noch wesentlich sichtbarer, wenn man sich einmal die Daten aus dem Jahr 1900 vor Augen führt. Von den seinerzeit ca. 57 Millionen Einwohnern im Deutschen Reich waren 44 Prozent jünger als 20 Jahre und nur 8 Prozent älter als 60. 1950 entfielen von den 70 Millionen Einwohnern in beiden Teilen Deutschlands 30 Prozent auf die Jüngeren und 15 Prozent auf die Älteren ab 60 Jahre, d. h. es gab doppelt so viele Einwohner unter 20 wie über 60 Jahre. Legt man die vom Statistischen Bundesamt erstellten neuen Modelle zugrunde, so wird die Bevölkerungszahl in Deutschland bis 2050 von heute 82 Millionen auf mindestens 70 Millionen, möglicherweise sogar auf 65 Millionen zurückgehen und auch das nur unter der Voraussetzung, dass jährlich jeweils 200.000 bzw. 100.000 Zuwanderer in Deutschland bleiben. Doch trotz Zuwanderung wird sich der Anteil der heute unter 20-Jährigen weiter verringern und der Anteil der über 60-Jährigen wird wachsen. Fällt die Zuwanderung geringer aus, so würde sich das Verhältnis von Jung und Alt noch drastischer zu Ungunsten der Jüngeren verschieben. Sicher ist, innerhalb von 100 Jahren, von 1950 bis 2050, wird sich der Altersaufbau in Deutschland umkehren. Gab es 1950 doppelt so viele unter 20- wie über 60-Jährige, so werden

es im Jahr 2050 doppelt so viele 60-Jährige wie unter 20-Jährige sein.

Nicht unerwähnt bleiben sollte dabei die Prognose, dass sich in diesem Zeitraum auch die Lebenszeit spürbar erhöhen wird. Lag der Anteil der über 80-Jährigen im Jahr 1900 nur bei 0,5 Prozent, so ist er gegenwärtig 4 Prozent und wird bis 2050 auf etwa 12 Prozent steigen. Und als Lichtblick für jedermann, gewissermaßen zur Erhellung etwaiger getrübler Zukunftsaussichten, sei noch folgender Hinweis erlaubt:

Zurzeit leben in Deutschland 10.000 über 100-Jährige, in 30 Jahren werden es 45.000 sein, im Jahr 2050 können wir sogar mit bis zu 120.000 100-Jährigen rechnen. Von den heute 100-Jährigen ist ein Drittel noch so kompetent, dass es ohne fremde Hilfe den Alltag meistert. Und von den restlichen zwei Dritteln braucht nur ein Drittel zusätzliche Hilfe und Pflege und kann allein das Haus verlassen. Und dieser Teil wird sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bis 2050 physisch und psychisch positiv entwickeln.

Mit Blick auf den Generationenzusammenhalt kann auf die Dauer wohl nur dann ein tragfähiges Gerüst gefunden werden, wenn die Politik den Generationenkonflikt, wie es bislang weitgehend der Fall war, nicht auf eine reine Arithmetik der Sozialsysteme reduziert. Das geschieht hinreichend in gängigen Talkrunden, wobei die meisten Teilnehmer mehr durch Dauerpräsenz und Eitelkeit auffallen, als durch besondere Kenntnisse, die uns weiterhelfen können. Das Resümee solcher Shows endet auch entsprechend und lautet: Unser Sozialsystem ist unfinanzierbar, die Wirtschaft zerbricht unter den Kosten, das Vertrauensverhältnis zwischen Alt und Jung ist gleich null!

Bleibt die Alternative nun auf der Strecke und ist das Fazit Handlungsunfähigkeit, weil uns zur Abwendung solcher Szenarien die Vorstellungskraft fehlt?

## II. Spezifische Chancen für den Generationskonsens

Doch die Welt ist veränderbar, das ist offenkundig, denn sie besteht ja noch. Zu Pessimismus gibt es keinen Anlass, wenn unsere Gesellschaft die demografische Entwicklung als Chance begreift und nicht vor der Herausforderung davonläuft. Allen Unkenrufen zum Trotz haben sich beispielsweise in den letzten Jahren die Kontakte und das Einvernehmen zwischen Enkeln und Großeltern erheblich verstärkt und nehmen weiterhin erfreulich zu. Im politischen Dialog ist die zunehmende Zusammenarbeit zwischen Junger Union und Senioren-Union im Rahmen der CDU ein beredtes Beispiel für intergenerative Kontakte. Ist das bereits ein Abrücken von sattsam bekannten Altersstereotypen? Ist Alter eben doch nicht gleichzusetzen mit Inkompetenz, Demenz oder gar Starrsinn, sondern im Sinne einer individuellen Lebensleistung und Entwicklung ausgeprägte Reife und Erfahrung, auf deren Weitergabe junge Menschen nicht verzichten wollen und wohl auch nicht können, jedenfalls nicht in einer Gesellschaft, in der Jugendkult deren Lebenselixier zu sein scheint, die aber kaum Antworten auf die die Menschen bedrückenden Ängste und Sorgen vor Globalisierung, demografischer Entwicklung und fehlende Lebensorientierung geben kann? Eine begründete Zukunftsperspektive wird nicht unwesentlich davon abhängen, inwieweit es der Gesellschaft gelingt, die Alterskultur als existenziellen Bestandteil einer modernen Industriegesellschaft neu zu entdecken und ihr wieder einen vernünftigen Stellenwert in der intergenerativen Kooperation zu verleihen. Eines dürfte bei Andauern der demografischen Entwicklung sicher sein: Ohne eine umfassende Revision des vornehmlich in Deutschland anzutreffenden Altenbildes wird der Übergang in eine ältere Gesellschaft ohne größere Narben kaum gelingen.



## 1. Anforderungen des Arbeitsmarktes

Allgemein gilt und ist nicht zu bestreiten, dass für ältere Erwerbspersonen ein sich stets verändernder Arbeitsmarkt ein überaus kompliziertes Faktum ist, das bedauerlicherweise erst jetzt unter dem Druck der Ereignisse nicht mehr als unbedeutend behandelt werden kann, will man nicht schwer wiegenden und kaum wieder gutzumachenden Schaden für die Gesellschaft riskieren. Bislang jedenfalls wurden offizielle Arbeitsmarktstatistiken für Ältere nur allmählich und nur in sehr allgemeiner Betrachtung und Bewertung ausgewiesen. Die Ursachen dazu hängen mit unvollständigen Informationen zusammen, die häufig noch durch Ergänzung gängiger Altersstereotype zu voreiligen und abwegigen Schlussfolgerungen führten. Die Rede ist davon, dass ältere Mitarbeiter nicht mehr leistungsfähig und innovativ genug seien und auch ihre Leistungsbereitschaft spürbar abnehme. Diese sinke umso mehr, wenn freiwilliges Ausscheiden aus dem Arbeitsprozess mit einem ‚goldenen Handschlag‘ begleitet würde. Allein die Jüngeren seien es, die das erwünschte Innovationskapital stellen könnten. So zumindest lauten die häufig zu hörenden Vorurteile, denen ältere Arbeitnehmer immer wieder begegnen. Innerhalb weniger Jahrzehnte hat der Jugendkult das gesellschaftliche Gefüge und die arbeitsökonomische Werteordnung entscheidend geändert. Galten ältere Mitarbeiter für die Jüngeren vor noch nicht allzu langer Zeit als Vorbild, so werden sie heute immer früher als nicht mehr verwendbar angesehen. Ältere hätten eben Angst vor dem Computer und stünden jeder Neuerung ablehnend gegenüber. Solche sozialen Zuschreibungen haben nicht selten die Wirkung von sich selbst erfüllenden Prophezeiungen. In einer Arbeitswelt, in der den älteren Mitarbeitern wenig oder nichts zugetraut wird, trauen sich die über 50-Jährigen bald selbst nichts mehr zu, so dass die Fremdwahrnehmung ihre Selbstwahrnehmung ersetzt. Wer nicht

dazu herausgefordert wird, es selber zu versuchen, fühlt sich in einer solchen Arbeitswelt weniger kompetent.

## **2. Alter und berufliche Kompetenz**

Alle diese Vorstellungen, die das Stigma von mangelnder Arbeitsfähigkeit und Arbeitswilligkeit der Älteren noch verstärken, werden von der Wissenschaft wie von der Praxis nicht gedeckt. Selbst als die Bedingungen für ein vorzeitiges Ausscheiden aus den Betrieben noch leichter waren, jedenfalls mehr als sie es in Zukunft überhaupt noch sein können, galt das für die Mehrheit der Betroffenen nicht. Leider hat sich die Erkenntnis über die Fähigkeit älterer Mitarbeiter noch nicht in dem Maße durchgesetzt wie es wünschenswert wäre. Dabei sind die Erfolge beachtlich. Mit Erstaunen werden die überproportional ansteigenden Qualifikationen Älterer im Rahmen neuer Produktionstechniken und Informationstechnologien zur Kenntnis genommen. Diese werden zusätzlich kombiniert mit sozialen Fähigkeiten, Selbständigkeit, Urteilsvermögen, Allgemeinwissen und logischem Denken, wichtige Kompetenzen also, die im Alter bleiben und sogar noch zunehmen. Führungskräfte über 50 gelten als souverän, geduldig, flexibel und kompromissfähig, schreibt die Financial Times Deutschland, dennoch kämen sie in Deutschland schlecht weiter. Deutlich wird die Absurdität diskriminierender Anti-Altersmentalität am Verhalten mancher Manager großer Konzerne, die bereits 40-Jährige zu den nicht vermittelbaren Älteren zählen, selbst aber die 50 Jahre weit überschritten haben und in ihren eigenen Unternehmen gar nicht mehr aufgenommen würden.

## **3. Folgerungen für die Weiterbildung**

Eine bedeutende Schlüsselkompetenz, die oft übersehen und vergessen wird, ist das Einschätzen eigener Möglichkeiten. Zwar

verfügen ältere Menschen erfahrungsgemäß über weniger körperliche Kräfte als Jüngere. Doch kann in diesem Zusammenhang zu Recht die Frage gestellt werden, wie viel Muskelkraft die Arbeitsplätze der Zukunft überhaupt noch beanspruchen. Bildung und Weiterbildung müssen also einem neuen Lebensweg angepasst werden, und zwar über alle Lebensabschnitte hinweg. Soll es den Älteren gelingen, Teil der Wissensgesellschaft zu bleiben und als selbstbewusste Generation ihren Beitrag in der Solidargemeinschaft zu leisten, so darf der Staat Bildung und Ausbildung nicht mehr allein auf Kindheit und Jugend ausrichten. Bildung und Ausbildung müssen neue Wege gehen und allen Lebensetappen zugeordnet sein. In den USA beispielsweise werden schon seit Jahren mit großem Erfolg differenzierte und abgestimmte Bildungsprogramme an den Universitäten angeboten. Es ist nicht ungewöhnlich, wenn in staatlichen Universitäten die ‚Fort- und Weiterbildungsstudenten‘ bereits ein Drittel aller Studierenden ausmachen. Auch in Europa und erfreulicherweise in Deutschland haben sich Universitäten dem amerikanischen Vorbild angeschlossen und erkennen lassen, dass das Erfordernis kontinuierlichen Lernens ebenso im Alter gilt und als lebenslanger Entwicklungsprozess zu betrachten ist. So wird, nach einer Studie von Harvey Nash zufolge, selbst in der Branche für Informationstechnik, die doch als Jugenddomäne gilt, festgestellt, dass ältere Mitarbeiter den jungen Mitarbeitern häufig weit voraus sind. Ein junger Mitarbeiter komme beispielsweise überhaupt nicht in Frage, wenn Großrechner zu programmieren seien. Allein die Tatsache, wonach bis 2050 die Erwerbstätigen von 41 auf 34 Millionen zurückgehen werden und sich der Mangel an Arbeit unter Umständen in einen Mangel an Arbeitskräften verkehrt, gibt einen Hinweis, dass freie Stellen nicht ohne Rückgriff auf ältere Arbeitnehmer besetzt werden können.

#### **4. Forderungen nach einer längeren Lebensarbeitszeit**

Immer häufiger werden Forderungen nach einer längeren Lebensarbeitszeit laut, die den Älteren in den vergangenen Jahren verwehrt wurde. Nicht unbegründet ist die Frage, ob eine Verlängerung der Lebensarbeitszeit dadurch erzielt werden kann, dass schon frühzeitig die zeitliche und voraussehbare Länge einer speziellen Erwerbstätigkeit mit einer darauf folgenden neuen Beschäftigung verbunden wird. Personen werden allzu häufig jahrelang in Tätigkeitsbereichen belassen, die sie, wie voraussehbar, nicht bis zu ihrem regulären Rentenalter ausüben können. Würden diese jedoch bereits frühzeitig mit anderen Tätigkeiten im Betrieb kombiniert, so könnten sich möglicherweise neue Beschäftigungsalternativen ergeben, also zusätzliche Laufbahnen und keine Sackgassen.

Weil eine Wandlung der Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter nicht auszuschließen ist, kommt es wohl entscheidend auf einen Erwerbsverlauf an, der entweder neue Kombinationen von Tätigkeiten ermöglicht oder gar versperrt. Unabhängig vom verlorenen Selbstwertgefühl sind nämlich Produktivität und Gesundheit eng miteinander verbunden. Es ist kein Geheimnis, dass Produktivität, Kompetenz, das Gefühl, nicht abseits zu stehen, die Gesundheit außerordentlich beeinflussen.

Gänzlich unbegründet wäre es, einem Älteren die weitere Qualifikation mit der Begründung zu verweigern, die Abschreibungszeiten für Wissensinvestitionen würden sich bei ihm nicht mehr rechnen. Heute gibt es fast keinen Arbeitsplatz mehr, auf dem einmal erworbenes Wissen 20, 10 oder gar noch 5 Jahre vorhält und nicht permanent und grundlegend erneuert werden muss. Wenn nämlich Wissen ohnehin nicht mehr über Jahrzehnte unerneuert vorhält, kann man unterlassene Investitionen in das

Humankapital eines 50-Jährigen nicht damit erklären, dass die Nutzungszeit nur noch maximal 15 Jahre umfasse.

Auf die entscheidende Frage aber, die über die nach allgemeiner Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft älterer Mitarbeiter hinausging und sich auf die Einbeziehung dieser Beschäftigungsgruppe in den innovativen Leistungsprozess und auf damit verbundene Qualifizierungsmaßnahmen bezog, wurde vor Ort eine Antwort gegeben, die sich von den allseits bekannten hämischen Altersstereotypen doch ganz erheblich absetzt. 81 Prozent der Betriebe in den alten und 75 Prozent in den neuen Bundesländern waren der Überzeugung, Ältere müssten in jedem Fall in die nötigen Qualifizierungsprogramme einbezogen werden. Wohlgemerkt, diese Meinung äußerten Unternehmen, die unmittelbar im Wettbewerb am Wirtschaftsstandort ihre Erfahrung machen und deren Aussage über den Erfolg von Qualifizierungsmaßnahmen für Ältere exemplarische und autoritative Bedeutung zukommt. Bei der Antwort der einzelnen Beschäftigten hätte man sonst – unterschiedlich zwar – den Einwand machen können, ihre Aussage würde von eigenen Wünschen hinsichtlich ihres persönlichen Erwerbslebens beeinflusst.

Für das Innovationssystem in einer alternden Gesellschaft heißt das, dass eine Zunahme älterer Menschen an beruflichen Fortbildungsmaßnahmen Erfolg verspricht und Korrekturen an bisher gängigen unterschiedlichen Qualifikationsmodellen vorgenommen werden müssen. In einer Vielzahl von Fällen kann nachgewiesen werden, dass gerade Ältere als wertvolle Mitarbeiter in innovativen Betrieben integrierbar sind, wobei mittelständische Unternehmen die meisten „Best-Practice-Beispiele“ für den Arbeitsmarkt gegeben haben, in dem die älteren Beschäftigten bis zur normalen Arbeitsgrenze ihren Arbeitsplatz voll leistungsfähig ausfüllen können. Nach neusten Untersuchungen gelten in der

Arbeitswelt gemischte Teams mit 15 Jahren Altersunterschied als die effektivsten und flexibelsten Modelle.

Die verstärkte Integration älterer Arbeitnehmer in den Arbeitsprozess bleibt vorrangiges Ziel des Gesetzgebers, will er nicht angesichts der Arbeitslosenquote jede Gestaltungsmöglichkeit verlieren. Richtig angekommen sind die Vorzüge erfahrener älterer Mitarbeiter in der Wirtschaft immer noch nicht. Zwar steht man älteren Mitarbeitern relativ positiv gegenüber, doch für Bildung und Weiterbildung der Befragten haben die Branchen noch keine sichtbaren Präferenzen. Der Politik fehlen die Ideen, eine verstärkte Weiterbildung für Ältere notfalls im Gesetzgebungsverfahren zu erreichen. Sie ist geboten, weil sich für die Wertschöpfung in einem Betrieb, so das Fraunhofer-Institut für Arbeitswirtschaft und Organisation, die Unterschätzung des Erfahrungswissens der Älteren negativ auswirkt. Neben Wissen und Erfahrung der Älteren sei gerade ihre Arbeitsmoral und Qualitätsorientierung sowie Zuverlässigkeit, Loyalität und soziale Kompetenz für viele Betriebe von außerordentlicher Bedeutung.

Zur Beseitigung von altersdiskriminierender Früh- und Zwangsverrentung brauchen wir eine klare Analyse der Situation. Die ältere Generation der Gegenwart ist gesünder und kompetenter als es deren Eltern und Großeltern im gleichen Alter waren. Paradoxerweise aber wird man heute im Vergleich zu vergangenen Zeiten bereits wesentlich früher in den ‚mittleren Jahrgängen‘ ‚alt‘ gemacht. Bis 35 zählt man zu den Jugendgruppen, ab 45 zu den älteren Arbeitnehmern. Mit 50 sind die Berufschancen vertan mit der Folge, dass man ab 55 zu den nicht mehr vermittelbaren Senioren gehört. Trotz nachweisbarer und von der Öffentlichkeit auch objektiv wahrgenommener besserer Gesundheit, hat ein solches Verfahren das aktive Erwachsenenalter auf 15 bis 20 Jahre zusammenschrumpfen lassen. Ein unhaltbarer Zustand! Das erste Universitätsexamen erfolgt in Deutschland durchschnittlich mit

28, bei unseren europäischen Nachbarn und in den USA zwischen 23 und 25 Jahren. Geradezu evident wird die stetige Verkürzung der Lebensarbeitszeit durch die Tatsache, dass in Deutschland nur noch ein Drittel aller 55- bis 64-Jährigen im Erwerbsleben steht, wohingegen es in Norwegen und in der Schweiz mehr als 70 Prozent sind und in einer Reihe weiterer Industriestaaten, wie Schweden und den USA, annähernd gleiche Prozentzahlen erreicht werden. Vor dem Hintergrund einer gesundheitlich immer besser gestellten älteren Generation ist es daher völlig unverständlich und nahezu absurd, wenn in weit über 50 Prozent der deutschen Unternehmen keine über 50-Jährigen mehr beschäftigt sind. Die häufig gemachte Bemerkung ‚Deutschland habe die ältesten Studenten und die jüngsten Rentner‘ hat einen nicht zu widerlegenden Wahrheitsgehalt. Dabei brauchen wir Jung und Alt, vor allem aber die mittleren Jahrgänge.

Ältere haben in der Vergangenheit schwierige gesellschaftliche Umbrüche mit Bravour gemeistert. War es nicht Adenauer, der erst mit 73 Jahren Bundeskanzler wurde und die deutsche Gesellschaft auf Erfolgskurs gebracht hat? De Gaulle hatte ebenfalls die heute gezogene Altersgrenze überschritten, als er in den Elysée-Palast einzog.

Ben-Gurion und Churchill waren Staatsmänner, deren fortgeschrittenes Alter kein Hindernis, eher ein Geschenk war, ihre Völker vor der Unfreiheit zu bewahren. Umso merkwürdiger erscheint in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass beispielsweise im Deutschen Bundestag zu Anfang der letzten Legislaturperiode nicht einmal 1 Prozent der Abgeordneten das 65. Lebensjahr vollendet und davon nur ein Abgeordneter seinen 70. Geburtstag erreicht hatte. Wenn vor dem Hintergrund einer Wählerschaft, in der die über 65-Jährigen bereits ca. 17 Prozent der Bevölkerung vertreten und die über 60-Jährigen insgesamt in absehbarer Zeit die Mehrheit der Wähler stellen werden und bereits

heute eine nicht mehr zu übersehende ‚quantité particulière‘ darstellen und dies mit steigender Tendenz vorerst so bleiben wird, dann bedarf es zu einer angemessenen Vertretung einer Anhebung des Durchschnittsalters in den Parlamenten, nicht übertrieben, aber erkennbar und nicht zuletzt mit Rücksicht auf ein durch Lebens- und Berufserfahrung erworbenes Wissen, das die öffentlichen Debatten bereichern und wieder stärker an der Realität orientieren würde, anstatt sich in ihnen in Theorie und Abstraktheit zu verlieren.

### **III. Forderung nach Prävention vor Pflege**

Letzten Endes geht es beim Generationenkonsens um ein gesellschaftliches Projekt, zu dem wir alle ein gerüttelt‘ Maß beitragen müssen, Männer wie Frauen, Junge wie Alte, Unternehmer wie Arbeitnehmer. Eine von allen Generationen einvernehmlich formulierte Politik kann dabei klug moderieren und die rechtlichen Voraussetzungen schaffen, die diversen gesellschaftlichen Kräfte zu verbinden. Erfolgreich angehen kann man sie wohl nur mit Gelassenheit, Reife und Kompetenz, eben jenen Tugenden, die am Anfang kluger politischer Entscheidungen stehen müssen. Leider fehlen immer noch genügend gesellschaftliche und politische Führungsfiguren, die das Alter mit seinen ihm eigenen Potenzialen glaubwürdig vertreten und die abseits von ökonomischen Transferleistungen, die ohnehin höher sind als die meisten glauben, eine Hilfestellung leisten, die von außerordentlicher Bedeutung für ihre Mitmenschen ist. Die Pflegeversicherung wäre bereits heute total zusammengebrochen, wenn nicht 70 Prozent aller Pflegefälle im häuslichen Bereich vornehmlich von älteren Angehörigen erbracht würden. Die in einem solchen Verhalten sichtbare *Conditio humana* gehört zu den herausragendsten Stärken des



Alters, die vom Gesetzgeber als vorbildliches Verhalten stärker gefördert werden sollte.

Eine zukunftsorientierte Politik darf, mit Blick auf die besondere Fürsorge gegenüber Behinderten und Pflegebedürftigen, aber nicht die im Pflegegesetz verankerte Forderung nach Prävention vor Pflege aus dem Auge verlieren. Mehr noch, Präventionsmaßnahmen müssen vehementer und intensiver eingeleitet werden als bisher. Nur durch erhebliche und intensive Anstrengungen für zusätzliche Prävention kann die Pflegeversicherung in ihrer bisherigen Form vor dem Zerfall bewahrt werden. Dabei gibt es genügend Beispiele für weitere Präventionsmaßnahmen, die neben der Steigerung von Lebensqualität zu hohen Einsparungen im Gesundheitssektor führen könnten.

Der Senioren-Union sei in diesem Zusammenhang anempfohlen, einmal über einen Vorschlag nachzudenken, der für die politische Diskussion von Interesse sein könnte. Als Anreiz für Einsparungen von Kosten beim Zahnersatz dient das allseits bekannte Bonusheft. Es dient der Prävention, weil der Patient durch freiwilligen jährlichen Besuch beim Zahnarzt weniger Kosten beim etwaigen Zahnersatz zu tragen hat.

Diese Maßnahmen haben zu erheblichen Kosteneinsparungen im Gesundheitswesen geführt. Doch warum gibt es ein Bonusheft nur beim Zahnarzt, warum nicht beispielsweise auch bei Kreislauferkrankungen und anderen Beschwerden, die auf Bewegungsarmut zurückzuführen sind? Millionen Menschen haben Kreislaufprobleme und Diabetes und verursachen Millionen an Kosten, die durch Prävention verhindert werden könnten. Warum werden für solche Fälle nicht Anreize geschaffen, die Krankheiten erst gar nicht aufkommen zu lassen? Warum gibt es kein Bonusheft, in dem die in Deutschland bestehenden zigtausend Sportvereine mit ihren ehrenamtlichen Helfern bestätigen könnten, ob jemand in einem bestimmten Zeitraum geschwommen, gelaufen, gewandert

ist. Das gleiche gilt für Gymnastikübungen, eben für alle Sportarten, die der körperlichen Bewegung dienen. Die Aufforderung zu einer solchen freiwilligen Betätigung der Bürger könnte neben der Herausstellung der Verantwortung für ihre Gesundheit auch mit der Zusage verbunden werden, bei Vorlage eines entsprechenden Bonusheftes eine Reduzierung der Krankenkassenbeiträge zu erreichen. Mit Sicherheit würden in einem solchen Verfahren die geringeren Einnahmen der Kassen durch die eingesparten Ausgaben für Kreislauf- und Diabeteserkrankungen bei weitem ausgeglichen. Darin wären auch die relativ geringen Kosten für die Vereine berücksichtigt, die ihnen die Kassen ersetzen müssten. Technisch wäre ein solches Verfahren sehr leicht durchzuführen, der bürokratische Aufwand wäre gering und der Vorteil erheblich, wie das Bonusheft beim Zahnersatz beweist. Der Unterschied bestünde nur darin, dass anstelle des Zahnarztes in dem neuen Verfahren der ehrenamtliche Helfer des Sportvereins als Testator aufträte. Überspitzt formuliert könnte der Slogan der Senioren-Union lauten: Senkung der Krankenkassenbeiträge durch Erwerb des Sportabzeichens.

Trotz aller neuen Erkenntnisse über die Entwicklung des Alters und wohlmeinender Kommentare über die Rolle der Älteren sind ‚Altenlast‘, ‚Pflegelast‘, ‚Rentenlast‘ immer noch Begriffe geblieben, die im Zusammenhang mit älteren Menschen eine vermeintliche Realität beschreiben, die in der grotesk klingenden Sprache der Versicherungen mit ‚Langlebenszeitrisiko‘ bereits eine drohende apokalyptische Endzeiterwartung auszulösen scheint. Warum wird angesichts der realen Verhältnisse und einer Wirklichkeit, die in unseren europäischen Nachbarländern weit positiver gesehen und akzeptiert wird, das Alter in Deutschland fast ausschließlich mit Kosten verbunden und nur wenig mit Nutzen? Wen wundert es, wenn in der öffentlichen Diskussion Alter als etwas Abzulehnendes, Gefährliches gilt und zu lächerlichen Anti-Aging-Kapriolen führt, mit denen Erwachsene ihre Au-

torität verspielen, indem sie in eine Rolle schlüpfen, die sie zum unechten Jugendlichen macht. Manche Altersstereotypen konnten sich wohl nur deshalb in Deutschland festsetzen, weil, wie Schirmmacher zu Recht vermutet, die Gegenwehr der Älteren ausgeblieben ist und sie vergessen haben, dass Alter ein Verdienst ist, auf das man stolz sein sollte, zu dem man sich bekennt und das man überzeugend und mutig vertritt und, wenn nötig, verteidigt. In Anspielung auf meine alemannischen Vorfahren aus dem Elsass – dieses ‚bon exemple‘ sei mir gestattet –, die früher den Namen Wolff trugen, der später in ihrer neuen westfälischen Heimat zum mundartgetreuen Wulff mutierte, kann ich aus der Sicht der Senioren, das ‚Methusalem-Komplott‘ vor Augen, nur eine Erfahrung bestätigen: Lämmer haben Wölfe zu keiner Zeit zur Änderung ihrer Fressgewohnheiten zwingen können. Der älteren Generation ist deshalb bei der Lösung intergenerativer Probleme abzuraten, die Position von Lämmern einzunehmen. Das Verhalten eines Wolfes bietet eine bessere Strategie, gemäß ‚Methusalem-Komplott‘ zu verfahren.

#### **IV. Verfassungsrechtliche Bewertung des Alters**

Lassen wir einmal die enormen Probleme, die sich für die Sozialkassen infolge eines zu späten Berufseintritts und einer zu frühen Berufsaufgabe ergeben, einmal unbeachtet und betrachten kritisch die Widersinnigkeit unseres Verhaltens, wonach trotz eindeutig besserer Gesundheit der Älteren deren Pensionsalter trotzdem stetig herabgesetzt wurde. Dass statistisch gesehen – leicht augenzwinkernd – die Gesundheit der Älteren weiter zugenommen hat, wird in einer kürzlich veröffentlichten Meldung des statistischen Bundesamtes deutlich. Ab 1998, nach Einführung von Pensionsabschlägen bei vorzeitigem Ausstieg aus dem Berufsleben, hat die Lebensarbeitszeit wieder zugenommen. Die von der Politik be-

schlossene Erhöhung des Rentenalters auf 67 Jahre – selbst 70 Jahre werden bereits öffentlich genannt – zeigt, dass das subjektiv bessere Empfinden der Älteren sich mit der objektiven Wahrnehmung der Öffentlichkeit deckt.

Unabhängig von solchen Beispielen und unabhängig auch von wirtschaftlichen und sozialen Überlegungen stellt sich mehr und mehr die ernst zu nehmende Frage, nicht zuletzt mit Blick auf unsere europäischen Nachbarn und die USA, von Japan ganz zu schweigen, ob es verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist, generelle Altersgrenzen weiter bestehen zu lassen, die alle in einer Zeit festgelegt wurden, als die Lebenserwartung deutlich unter der heutigen lag und die seitdem durch Steigerung der persönlichen Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit der meisten Menschen unverkennbar eine andere Bewertung verdienen. Alle genannten Zahlen über den demografischen Wandel geben nämlich nur eine Veränderung der quantitativen Anteile der Altersgruppen wieder. Sie treffen keine Aussage über die erstaunlichen Gesundheitsverbesserungen der älteren Generation, die vor nicht allzu langer Zeit bei vergleichbaren Altersgruppen nicht zu konstatieren und wohl auch nicht vorstellbar waren. Die beachtlichen Fortschritte in der Medizin sowie eine gesündere Ernährung haben nicht nur das Durchschnittsalter erhöht, sondern auch seine Lebensqualität durch bessere Gesundheit. Ebenso überraschend ist die völlig neu empfundene Wahrnehmung über den Unterschied zwischen dem statistischen und individuellen Alter. Unwillkürlich stellt sich damit die Frage, ob die gegenwärtige Gesetzeslage nicht auf eine Einschränkung der Freiheit der Berufsausübung hinausläuft, wenn das statistische Alter allein einziger Grund zur Untersagung einer bestimmten Berufstätigkeit sein kann.

Die neuen Erkenntnisse über die Gesundheitsentwicklung im Alter machen die Überprüfung einer Reihe von Gesetzen, die die Berufsausübung nach Vollendung eines im Einzelfall festgelegten

Lebensjahres untersagen, notwendig. Nach Art. 3 Abs. 3 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Das gilt für alte und junge Menschen gleichermaßen. Gemäß Art. 12 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, u. a. ihren Beruf frei zu wählen, wobei die Verfassung die Regelung der Berufsausübung durch den Gesetzgeber zulässt. Der Gesetzgeber hat demnach die Möglichkeit, eine Berufsausübung zu untersagen, wenn bestimmte und unabdingbare Kenntnisse für den Beruf nicht vorhanden sind oder eine zur Ausübung des Berufs gehörende Voraussetzung nicht mehr gegeben ist. In einer Reihe von Fällen wird die Berufsausübung durch den Gesetzgeber unabhängig von sonstigen Qualifikationsmerkmalen allein davon abhängig gemacht, dass der betroffene Berufsinhaber ein bestimmtes Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Als Regel wird ein Lebensalter zwischen 65 und 70 Jahren festgesetzt. Spätestens mit Vollendung des 70. Lebensjahres ist die Berufsausübung untersagt. Die Untersagung wird damit begründet, dass die Festsetzung von Höchstaltersgrenzen dem Gemeinwohl diene, da nach allgemeiner Erfahrung das geistige und körperliche Leistungsvermögen des Menschen mit zunehmendem Lebensalter nachlasse. Nach Art. 3 Abs. 3 GG darf niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Das Alter wird in Artikel 3 GG ausdrücklich nicht erwähnt. Die Frage bleibt, ob das generelle Alter nicht gleichwohl als unzulässiges Unterscheidungskriterium nach Art. 3 Abs. 3 GG gilt, weil die Verfassungsgeber dies als selbstverständlich betrachtet und womöglich schlicht vergessen haben, es in den Verfassungstext einzufügen. Wäre diese Annahme rechtlich unstrittig, könnte eine Reihe von Gesetzen, die die Berufsausübung vom Alter abhängig machen, sogleich als verfassungswidrig bezeichnet werden, wären also unwirksam. Eine solche Schlussfolgerung kann aber allgemein so nicht gezogen werden. Indessen ergeben sich hinsichtlich

der Verfassungswidrigkeit gesetzlich erzwungener Berufsaufgaben wegen Erreichens einer bestimmten Altersgrenze neue Überlegungen.

Die vom Gesetzgeber generell unterstellten geistigen und körperlichen Mängel in den genannten Altersstufen der 60- und 70-Jährigen werden von den neuen Erkenntnissen der Gerontologie eindeutig widerlegt. Die Beurteilungen der Leistungsfähigkeit dieser Altersgruppe stimmen nachweislich nicht mehr mit jenen überein, die zur Zeit der Beschlussfassung der Gesetze galten, als mangelnde körperliche und geistige Leistungsfähigkeit möglicherweise häufiger anzutreffen war und durch zahlreiche Beispiele belegt werden konnten, ohne dass Willkür die Entscheidung beeinflusste. Es mag sein, dass frühere Forschungsergebnisse auch heute noch für die Menschen des so genannten ‚hohen‘ Alters, der über 80-Jährigen, gelten. Zumindest für diese Altersgruppe wird deren Konstitution von der Gerontologie weniger positiv beurteilt. Dagegen gibt sie den 60- und 70-Jährigen, den Vertretern des jungen Alters, ein gänzlich anderes Testat. Sie bescheinigt ihnen einen körperlichen und geistigen Zustand, der mit dem früherer Jahre nicht vergleichbar ist. Insoweit wäre der Gesetzgeber aufgefordert, jene Gesetze zu ändern, die sich mit der Berufsausübung der unter 80-Jährigen befassen. Dazu hat er sich bislang nicht durchringen können. Noch immer besteht eine Gesetzeslage, die eine unterschiedliche Höchstaltersgrenze von 65, 68 oder 70 Jahren festschreibt. Um nur einige Beispiele zu nennen:

Nach dem Gesundheitsstrukturgesetz ist für die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung eine Altersgrenze von 68 Jahren vorgeschrieben.

Kassenärzte verlieren mit 70 Jahren ihre Zulassung.

Nach der Bundesnotarordnung wird die gesetzliche Altersgrenze von 70 Jahren für die Ausübung des Notarberufs vorgeschrieben.

Das Höchstalter für Schöffen beträgt 70 Jahre.

Eine Höchstaltersgrenze für öffentlich bestellte Sachverständige besteht nach der Gewerbeordnung nach Vollendung des 68. Lebensjahres.

Bundesländer haben das Alter für die Wahl zum Bürgermeister auf das 65. Lebensjahr beschränkt.

Ein in diesem Fall unterstellter physischer oder psychischer Hinderungsgrund erscheint widersinnig und entspricht nicht der Lebenserfahrung angesichts der Tatsache, dass für die Ämter des Bundespräsidenten, Bundeskanzlers, der Minister und Abgeordneten keine Altersgrenzen bestehen. Für die Wahl zum Bürgermeister wird ein Gesundheitszustand gefordert, der für die höchsten Staatsämter nicht gilt.

Ohne die Reihe ähnlicher Gesetze und Verordnungen fortzusetzen, die sich mit der altersbedingten Beschränkung der Berufsausübung befassen, bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber bei der Untersagung der Berufsausübung entgegen allen neuen Erkenntnissen der Gerontologie weiterhin ab dem 70. Lebensjahr körperliche oder geistige Mängel rechtsverbindlich unterstellt. Wenn der Gesetzgeber nicht bereit ist, zumindest für die Altersgruppe des ‚jungen‘ Alters eine Änderung der Höchstaltersgrenzen herbeizuführen, bleibt der Gang zum Verfassungsgericht unausweichlich.

Dabei darf nicht die Tatsache übersehen werden, dass hinsichtlich zuvor genannter Gesetze bereits Beschwerdeführer deren verfassungsrechtliche Wirksamkeit angefochten haben. Bislang hat das Gericht in allen Fällen keine Verletzung der Verfassung festgestellt, weil mit dem Alter bekannte Erschwernisse verbunden seien und dies der Lebenserfahrung entspreche. Freilich ist es verständlich, dass jüngere Berufsbewerber eine Chance zur Berufsausübung haben müssen, wenn ihnen durch das fortschreiten-

de Alter der Berufsinhaber jede Möglichkeit zur eigenen Berufsausübung verwehrt wird. Andererseits ist es rechtsstaatlich geboten, dass die neuen Erkenntnisse der Altersforschung für die Rechtsprechung berücksichtigt werden müssen und die Verfassungswirklichkeit ihnen nicht ausweichen kann. Um diese vom Gericht neu aufzuwerfende Frage der Lebenserfahrung geht es schließlich. Welche Lebenserfahrung ist bei der Urteilsfindung zugrunde zu legen, die gegenwärtige oder die vergangener Jahre, die nach den neuesten Erkenntnissen der modernen Medizin aber nicht mehr der Realität entspricht und nach der in der breiten Öffentlichkeit herrschenden Lebenserfahrung schon ganz und gar nicht?

Die Verfassungswirklichkeit mit Blick auf das Alter hat sich verändert, weil die Erfahrung mit dem Alter sich verändert hat. Mehr noch, im Rahmen einer neuen europäischen Verfassung und unter Einbeziehung der Verfassungswirklichkeit unserer europäischen Nachbarn, die die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes wesentlich beeinflusst haben, werden die neu entstandenen Fähigkeiten des Alters in der Rechtsprechung auch in Deutschland auf die Dauer nicht unberücksichtigt bleiben können.

## **V. Impulse für die Zusammenarbeit der Generationen**

Als großer Irrtum, und zwar glücklicherweise, dürfte sich wohl die Prognose erweisen, dass die Gesellschaft in einen heftigen Generationenkonflikt geraten werde. Sicherlich wird es in Zukunft verstärkt zu Auseinandersetzungen kommen, in der das Altern die sozialen Spannungen deutlicher und wohl auch in härteren Umrissen sichtbar macht. Die Politik wird vor schwierigen Aufgaben stehen, im Spannungsfeld von Ungleichheiten und unrealistischen Gleichheitserwartungen einen tragbaren Kompro-



miss zu finden, dessen Bestand davon abhängt, inwieweit der intergenerative Interessenausgleich gewahrt ist. Doch für den zukünftigen Generationenkonsens muss wohl noch eine Einsicht wachsen, die mit Blick auf das Alter unumgänglich ist: Um etwas Neues zu schaffen, muss möglicherweise etwas mehr zerstört werden, als man bisher einzusehen bereit war, nämlich Vorurteile!

# **Vorkehrungen des europäischen Gemeinschaftsrechts gegen Diskriminierungen aus Gründen des Alters**

*Prof. Dr. Carl Otto Lenz*

## **I. Rechtsgrundlagen und Vorgeschichte**

### **A) Gemeinschaftsrecht**

Vorkehrungen gegen Diskriminierung aus Gründen des Alters finden sich in der „Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“, so der offizielle Titel. Diese Richtlinie hat ihre Rechtsgrundlage in Art. 13 des EG-Vertrages, der durch den Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997, d. h. zur Regierungszeit von Helmut Kohl, in den EG-Vertrag aufgenommen worden ist.

Danach

„kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die (Europäische) Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten  
– auf Vorschlag der Kommission und  
– nach Anhörung des Europäischen Parlaments  
einstimmig, d. h. mit Zustimmung aller Mitgliedsstaaten, geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen“.

In Art. 21 der wenige Tage später, am 7. Dezember 2000, in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union, wurden diese, sowie einige weitere Diskriminierungsverbote bekräftigt. Diese Charta, die vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission feierlich proklamiert wurde, ist zwar noch nicht in Kraft getreten, sie hat aber ihren Rang als politische Erklärung der politischen Organe der Europäischen Gemeinschaft auch nach den Referenden in Frankreich und den Niederlanden beibehalten. Sie bestätigt, dass der Kampf gegen Diskriminierung jeglicher Art ein wesentliches Ziel und Merkmal der Europäischen Gemeinschaft oder – politisch gesprochen – der Europäischen Union ist.

Angefangen hatte dies mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, das sich im Vertrag über die Errichtung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und, in enger gefasster Form, schon im Vertrag über die Errichtung der Europäischen Gemeinschaft von Kohle und Stahl (Montanvertrag) von 1952 befand.

Als Nächstes kam dann das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts hinzu. Ursprünglich gab es nur das Gebot gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ursprünglich Art. 119, jetzt Art. 141 EG), das dann in der Folgezeit durch einige Richtlinien weiter ausgebaut und schließlich durch Art. 3 Abs. 2 EG abgerundet wurde, der ebenfalls durch den Vertrag von Amsterdam von 1997, also noch unter der Regierung Kohl, in den Vertrag eingeführt wurde. Danach wirkt die Europäische Gemeinschaft bei allen ihren Tätigkeiten darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Bemerkenswert ist hier, dass nicht bestimmte Ungleichheiten, sondern Ungleichheiten ganz allgemein beseitigt werden sollen. Allerdings fehlt es für die Beseitigung anderer als der in Art. 13 EG bezeichneten Diskriminierungsgründe an einer

Rechtsgrundlage, aufgrund derer die Europäische Gemeinschaft handeln könnte.

Als Fazit können wir feststellen, dass die Europäische Gemeinschaft die Befugnis hat, gegen Diskriminierungen aus Altersgründen vorzugehen. Von dieser Befugnis hat sie Gebrauch gemacht durch den Erlass der oben genannten Richtlinien (und folgenden RL).

## **II. Diskriminierung Älterer auf dem Arbeitsmarkt**

Der Anlass, sich mit der Frage der Benachteiligung älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu befassen, ist deren Situation.

### **A) Anteil Älterer an den Arbeitslosen**

Im Jahr 2000 waren von den über 50 Jahre alten Arbeitnehmern 18,4 Prozent arbeitslos, von den unter 50-Jährigen hingegen lediglich 10,1 Prozent, also nur etwa die Hälfte.

### **B) Dauer der Arbeitslosigkeit bei älteren Arbeitslosen**

Über 50: 16,9 Monate.

Unter 50: 6,6 Monate.

Auch Jüngere haben – so hört man – Einstellungsschwierigkeiten aus Altersgründen.

Es ist also durchaus Anlass, über die Verbesserung der Lage älterer Arbeitnehmer nachzudenken. Diese ist das Ziel der RL. Sie wurde vertragsgemäß vom Rat einstimmig, d. h. mit deutscher Zustimmung, nach Anhörung (und Zustimmung) des EP, beschlossen. Wir sind also zur Umsetzung verpflichtet (gemäß Art.

249 EG). Die Umsetzung hat noch nicht stattgefunden und muss daher noch vollzogen werden.

Beschäftigen wir uns also mit der Richtlinie (RL).

### **III. Definition von Diskriminierung**

Diskriminierung liegt vor, wenn in vergleichbaren Situationen Gleiches ungleich und Ungleiches gleich behandelt wird. Es gibt vier Arten von Diskriminierung.

#### **A) Unmittelbare Diskriminierung**

„[E]ine unmittelbare Diskriminierung [liegt] vor, wenn eine Person (aus Altersgründen) in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“ (Art. 2 Abs. 2a RL),

z. B. Anknüpfung ans Alter (z. B. 60-Jährige werden nicht mehr eingestellt).

#### **B) Mittelbare Diskriminierung**

Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn

„dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines bestimmten Alters in besonderer Weise benachteiligen können“ (Art. 2 Abs. 2b RL),

z. B. Dienstalder, Betriebszugehörigkeit.

#### **C) Belästigung**

Belästigungen sind unerwünschte Verhaltensweisen, die mit dem Alter (der belästigten Person) im Zusammenhang stehen und be-

zwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Sie gelten gleichfalls als Diskriminierung (Art. 6 Abs. 5 RL).

**D) Die Anweisung zur Diskriminierung gilt als Diskriminierung (Art 2 Abs. 4 RL).**

#### **IV. Systematik der Rahmenrichtlinie**

**A) Die Regel ist, dass alle Formen von Belästigung verboten sind.**

##### **B) Ausnahmen**

Im Gegensatz zum unmittelbaren Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder des Geschlechts können Ungleichbehandlungen aus Altersgründen keine Diskriminierungen darstellen, wenn sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel (z. B. Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt, berufliche Bildung) gerechtfertigt und die Mittel angemessen sind (Art. 6 Abs. 1 RL).

Mittelbare Diskriminierungen können durch ein rechtmäßiges Ziel und angemessene Mittel gerechtfertigt werden (Art. 2 Abs. 2 RL).

Die Ausnahmen müssen also verhältnismäßig sein, d. h. sie müssen zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und angemessen sein (man darf nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen). Hier ist auch in diesem Bereich ein Ansatzpunkt für die Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof gegeben.

## **V. Geltungsbereich**

### **A) Persönlicher Geltungsbereich**

Welcher Personenkreis wird durch die Richtlinie betroffen? Antwort: Alle Erwerbstätigen. Nach Art. 3 der Richtlinie gilt sie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen. Sie umfasst nicht nur Arbeitnehmer und Arbeitgeber im privaten und öffentlichen Sektor, sondern auch alle öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse, wie Beamte, Soldaten und Richter, sofern nicht Ausnahmen bestehen.

### **B) Sachlicher Geltungsbereich**

Der sachliche Geltungsbereich beschränkt sich auf Beruf und Beschäftigung, das heißt, auf alle Personen in abhängiger oder selbständiger Erwerbsarbeit, unabhängig, wie schon ausgeführt, von Branche, Tätigkeit und beruflicher Position, sowie die Bedingungen für den beruflichen Aufstieg.

1) Erwerbsarbeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 RL liegt vor, wenn der Erwerbstätige für seine Tätigkeit eine Gegenleistung erhält. Dienstverpflichtungen, wie z. B. Wehr- oder Zivildienst, fallen mangels Erwerbszweck nicht darunter, ebenso wenig wie unter das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts.

2) Weiterhin umfasst die Richtlinie den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung einschließlich der praktischen Berufserfahrung. Sie orientiert sich damit an den Bestimmungen der Richtlinien 76/207 EWG, wonach der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beinhaltet, dass Berufsberatung, Berufsbildung, berufliche Weiterbildung und

Umschulung auf allen Stufen zu gleichen Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zugänglich sind.

3) Die Richtlinie erstreckt sich ferner auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts. Auch insoweit orientiert sie sich an Art. 5 der Richtlinie 76/207 EWG. An und für sich umfasst der Begriff Arbeitsbedingungen auch die Entlassungsbedingungen und das Arbeitsentgelt, die ausdrückliche Nennung des Entgelts hat somit lediglich klarstellende Funktion.

Außerdem erstreckt sich der Geltungsbereich der Richtlinie auf die Mitgliedschaft und Teilnahme an einer Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerorganisation oder einer sonstigen Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, sowie auf die Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen. Sie erstreckt sich demnach auch auf die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft oder einem Arbeitgeberverband.

## **VI. Ausnahmen**

### **A) Sicherung der öffentlichen Ordnung**

Ausgenommen sind: die im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, der Verteidigung, der Ordnung und der Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Allerdings sind diese Bereiche nur ausgeklammert, wenn die betreffenden Maßnahmen zur Erreichung der genannten Zwecke notwendig, d. h. geeignet und erforderlich sind. Die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen muss im Einzelfall nachgewiesen werden.



Etwas anderes gilt allerdings für die Streitkräfte der Mitgliedsstaaten. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie räumt diesen ausdrücklich die Befugnis ein, für diesen Bereich von der Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung abzusehen. Eine solche Vorschrift fehlt in der Gleichstellungsrichtlinie 76/207, sodass die Gleichstellung von Frauen in der Bundeswehr von dieser Vorschrift umfasst war. Allerdings, ebenso wie in unserem Falle, nicht der Wehr- und Zivildienst mangels Erwerbszweck.

## **B) Soziale Sicherheit**

Unsere Rahmenrichtlinie findet schließlich auch keine Anwendung auf die staatlichen Systeme und die damit gleichgestellten Systeme der Sozialversicherung. Entsprechendes gilt für die staatlichen Systeme sozialen Schutzes.

## **C) Weitere Ausnahme**

Nach Art. 4 RL können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und, dass es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Auch diese Formulierung ist an Art. 2 Abs. 2 der Gleichberechtigungsrichtlinie angelehnt. Außerdem können die Mitgliedstaaten spezifische Maßnahmen beibehalten oder einführen, mit denen die Benachteiligung wegen des Alters ausgeglichen wird. Denn der Anspruch auf Gleichbehandlung genügt erfahrungsgemäß häufig nicht, um einer benachteiligten Gruppe zur tatsächlichen Chancengleichheit zu verhelfen. Dazu gehören z. B. die Berücksichtigung des Lebensalters und/oder der Dauer der Betriebszuge-

hörigkeit im Rahmen der Sozialauswahl und Höchstaltersgrenzen; wir kommen darauf zurück.

## **VII. Anwendungsfälle**

Ich folge bei diesem Abschnitt einem Artikel des Richters am Bundesarbeitsgericht Wolfgang Linsenmaier (RdA 2003, Sonderbeilage Heft 5, S. 22).

### **A. Altersdiskriminierung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses**

Arbeitsverhältnisse werden regelmäßig durch Arbeitsverträge begründet. Dabei können bislang mindestens private Arbeitgeber grundsätzlich frei entscheiden, ob sie einem jüngeren oder einem älteren Arbeitnehmer den Vorzug geben. Dies gehört zu ihrer Vertragsfreiheit. Zwar hat der Betriebsrat schon bisher, gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 6 Betr.Verf.Ges. die Aufgabe, die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer im Betrieb zu fördern, aber in der Praxis hat das nichts bewirkt. Dies könnte sich durch die Rahmenrichtlinie ändern, denn diese schließt das Alter als ein Einstellungskriterium grundsätzlich aus, sofern nicht für eine bestimmte Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie oder eine vom Gesetzgeber zugelassene Ausnahme im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RL vorliegt. Es ist darauf hinzuweisen, dass alle Ausnahmen, entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, eng auszulegen sind und das Vorliegen ihrer Voraussetzungen jeweils bewiesen werden muss. d. h. hier, vom Arbeitgeber.

## **1. Das Diskriminierungsverbot gilt bereits für die Ausschreibung.**

Beispiele: Gesucht werden

- ein Leiter eines Möbelhauses zwischen ca. 30 und 40 Jahren,
- ein(e) qualifizierte(r) jüngere(r) Volljurist(in), der (die) über Erfahrungen in der Kommunalpolitik oder aus einer Tätigkeit im Verbandswesen verfügt.

Auch bei der Einladung zu Bewerbungsgesprächen darf der Arbeitgeber nicht nach dem Lebensalter differenzieren. Die Frage nach dem Alter dürfte grundsätzlich unzulässig sein. Doch lässt sich in der Praxis regelmäßig schwer über das Alter täuschen, dies wird sich ohnehin schon aus dem Lebenslauf oder den Zeugnissen ergeben. Die Vorschrift verhindert jedenfalls, dass ein Bewerber allein aufgrund des Geburtsdatums von vornherein aus dem Kreis der zu Berücksichtigenden ausgeschlossen wird. Allerdings gibt es eben Fälle, in denen das Alter für die Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung, im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der RL, darstellt oder eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung nach Art. 6 Abs. 1 der RL vorliegt.

Auch nach der RL sind Höchstaltersgrenzen bei der Einstellung vermutlich zulässig. Die Rechtfertigung hierfür könnte sein, dass der Arbeitnehmer nach Ausbildung und Laufbahnkonzept vor der Pensionierung noch eine angemessene Zeit auf der angestrebten Position arbeiten können muss. In der amerikanischen Rechtsprechung ist das z. B. für Busfahrer, Feuerwehrmänner, Fluglotsen, Piloten und Polizisten anerkannt. Eben dieser Gesichtspunkt findet sich in der zweiten Alternative des Art. 6 Abs. 1 Satz 2C der RL, wonach die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigung vor dem Eintritt in den Ruhestand zugelassen werden kann.

Andererseits können unter diesem Gesichtspunkt auch Mindestaltersgrenzen zulässig sein, z. B. wenn für die Tätigkeit eine gewisse Lebenserfahrung notwendig ist, wie z. B. bei Bundesrichtern oder Personalleitern.

## **2. Diskriminierung bei der Auswahlentscheidung**

Bei der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern darf das Alter grundsätzlich keine Rolle mehr spielen. Dies gilt sowohl bei unterschiedlicher, wie auch bei gleicher Eignung. Bei unterschiedlicher Eignung darf das Alterskriterium überhaupt nicht in Betracht gezogen werden und bei gleicher Eignung darf man weder grundsätzlich den Jüngeren noch den Älteren vorziehen.

Was soll nun der Arbeitgeber in einem solchen Falle tun? Hilfestellung kann hier das Kriterium der ausgewogenen Altersstruktur des Betriebes bieten. Dieses Interesse ist in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt.

In der Praxis wird wahrscheinlich ein erneuter Blick auf die Qualifikationsmerkmale möglicherweise doch die Möglichkeit geben, den einen oder anderen aufgrund einer, wenn auch nur geringfügig besseren, Qualifikation einzustellen, wobei der Arbeitgeber natürlich vermeiden sollte, ein Kriterium zu benutzen, was eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters darstellen könnte, z. B. höhere Belastbarkeit (Jugend) oder höhere Lebenserfahrung (Alter). Höhere Lebenserfahrung oder auch Belastbarkeit spielt bei manchen Tätigkeiten keine entscheidende Rolle.

## **B. Altersdiskriminierung während des Arbeitsverhältnisses**

### **1. Entgelt nach Lebensalter**

Es ist in Deutschland nicht unüblich, bei einzelnen Leistungen des Arbeitsverhältnisses an das Lebensalter anzuknüpfen. Dies gilt für

das Entgelt und manchmal auch für den Urlaubsanspruch, gelegentlich auch für die Arbeitszeit. Problematisch sind vor allem die an das Lebensalter anknüpfenden Staffelungen der Vergütungen. Sie stellen eine unmittelbare Diskriminierung dar, die gerechtfertigt werden muss. Allein die Honorierung der mit steigendem Alter wachsenden Lebenserfahrung scheint mir insoweit jedenfalls nicht generell ausreichend zu sein.

In schlechten Zeiten, wie den heutigen, kann diese Gewohnheit auch ein Einstellungshindernis für ältere Arbeitnehmer darstellen, da der Gesichtspunkt der geringeren Kosten in einer Zeit scharfen Wettbewerbs natürlich ein schwer zu widerlegendes Argument darstellt.

## **2. Entgelt nach Berufs- und Beschäftigungsdauer**

Dies dürfte grundsätzlich zulässig sein, allerdings hängt dies von der Art der Tätigkeit ab. Daher stellt bei einfachen mechanischen Tätigkeiten eine Differenzierung der Vergütung nach der Betriebszugehörigkeit eher eine unzulässige mittelbare Altersdiskriminierung dar als bei qualifizierten Tätigkeiten (Bundesrichter, Personalleiter).

## **3. Sonstige Leistungen**

Unter sonstigen Leistungen versteht man Verdienstsicherung und Arbeitszeitverkürzungen und Urlaubsverlängerungen. An das steigende Lebensalter anknüpfende Verdienstsicherung, Arbeitszeitverkürzungen und Urlaubsverlängerungen sind zwar unmittelbar Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer, sie dienen aber regelmäßig dem Schutz älterer Arbeitnehmer und können daher grundsätzlich, gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2a der RL, von den Mitgliedstaaten zugelassen werden. Allerdings müssen sie sich der Überprüfung durch den Richter in Bezug auf Zielsetzung und Umfang stellen.

## **C. Diskriminierung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

a) Kündigungserleichterungen zielen darauf ab, die Einstellungschancen älterer Arbeitsloser zu verbessern und könnten daher als Bedingungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 2a der RL angesehen werden, die dazu dient, die berufliche Eingliederung von älteren Arbeitnehmern zu fördern. Ob die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses hierzu allerdings ein erforderliches, geeignetes und verhältnismäßiges Mittel darstellt, wird vermutlich eines Tages der Europäische Gerichtshof aufgrund einer Richtervorlage entscheiden müssen.

### b) Pensionsgrenzen

Allgemeine gesetzliche Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand sind nach Begründungserwägung Nr. 14 von der Anwendung der Richtlinie ausgeschlossen. Aber eine entsprechende Vorschrift fehlt im operativen Teil der Richtlinie, sodass man nicht sicher davon ausgehen kann, dass sie wirklich von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen sind. Vielmehr handelt es sich dabei um Entlassungsbedingungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1/10 der Richtlinie. Den Mitgliedstaaten dürfte aber die Beibehaltung und Einführung genereller gesetzlicher Altersgrenzen jedenfalls da nicht verwehrt sein, wenn sie der Förderung von Einstellungen dient. Dies ist ein legitimes Ziel der Sozialpolitik, bei deren Verfolgung die Mitgliedstaaten über einen weiten Einschätzungsspielraum verfügen. Allerdings sind insoweit nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bloße allgemeine Behauptungen, dass die in Rede stehende Regelung zur Förderung von Einstellungen geeignet sei, nicht ausreichend. Auch hier dürfte der Rechtsprechung noch ein interessantes Tätigkeitsfeld bleiben. Hier stellt sich die Frage, ob die Einsparung von Steuermitteln ein rechtmäßiges Ziel darstellt. Dies könnte dann ein angemessenes Mittel im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der RL darstel-

len, wenn die ausscheidenden Beschäftigten durch die Möglichkeit, die Altersrente in Anspruch zu nehmen, wirtschaftlich abgesichert sind.

Ähnlich dürfte es auch bei Altersgrenzen in privatrechtlichen Arbeitsverträgen sein. d. h. eine Altersgrenze von 65 Jahren dürfte Bestand haben, wenn die betroffenen Arbeitnehmer wirtschaftlich abgesichert sind. Ob allerdings das Interesse des Arbeitgebers an einer kalkulierbaren Personalplanung den Vorrang vor dem Bestandsschutzinteresse eines Arbeitnehmers dann hat, wenn er zwar leistungsfähig, aber nicht abgesichert ist und nur deshalb zur Entlassung ansteht, weil er 65 Jahre alt ist, ist fraglich. Die entsprechende Vorschrift der RL lautet: Die Mitgliedsstaaten können vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus dem Bereich Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Das werden erst die deutschen Gerichte, insbesondere die Arbeitsgerichte und schließlich der Europäische Gerichtshof aufgrund einer Richtervorlage entscheiden müssen.

Besondere gesetzliche Altersgrenzen, insbesondere für freie Berufe, stellen schon nach heutigem Recht eine Beschränkung der freien Berufswahl dar. Aber bekanntlich können diese durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden und das Bundesverfassungsgericht hat bisher sämtliche Altersgrenzen für verfassungsgemäß erachtet. Beispiel sind die Altersgrenzen von 70 Jahren für Bezirksschornsteinfeger und Hebammen und Prüflingen für Baustatik und Notare. 68 Jahre für öffentlich bestellte Sachverständige und 65 Jahre für Professoren. Der Wegfall oder das erhebliche Nachlassen des für eine bestimmte Tätigkeit für

unverzichtbar gehaltenen Leistungsvermögens dürfte nach Art. 4 Abs. 1 RL eine Ungleichbehandlung gestatten. Auch eine ausgewogene Altersstruktur und die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses dürften legitime Ziele im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der RL darstellen, zu deren Verfolgung Höchstaltersgrenzen ein angemessenes und erforderliches Ziel sein können. Ob das ausreicht, um in einem konkreten Einzelfall die Pensionierung eines wirtschaftlich nicht abgesicherten, aber noch voll leistungsfähigen Betroffenen zu rechtfertigen, bleibt abzuwarten.

Das gleiche dürfte für besondere tarifvertragliche Altersgrenzen gelten, z. B. im Bereich der Luftfahrt für das fliegende Personal. Aber solche, durch besondere Leistungsanforderungen gerechtfertigte Altersgrenzen gelten eben nur da, wo diese Leistungsanforderungen auch berechtigt sind, nicht etwa automatisch auch für das Kabinen- oder gar das Bodenpersonal. Aber auch hier mache ich einen Vorbehalt für den oben geschilderten Fall eines leistungsfähigen, wirtschaftlich nicht abgesicherten Arbeitnehmers.

In der gegenwärtigen wirtschaftlichen Lage wird das Verbot der Altersdiskriminierung insbesondere bei der sozialen Auswahl und bei tariflichen Kündigungsverboten diskutiert. Für die bei einer betriebsbedingten Kündigung vorzunehmende soziale Auswahl werden als mögliche Gesichtspunkte seit jeher die Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten der vergleichbaren Arbeitnehmer angesehen. Hierbei kommt keinem dieser drei Grundlagen ein genereller und absoluter Vorrang zu. Vielmehr sind sie im Einzelfall gegeneinander abzuwägen. Dennoch bedeutet es eine Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer, wenn bei der Sozialauswahl zu Gunsten älterer Arbeitnehmer deren höheres Lebensalter berücksichtigt wird. Meines Erachtens kann der Gesetzgeber eine derartige Ungleichbehandlung auch unter der Geltung der RL vorsehen. Dieses könnte entweder eine besondere Bedingung für die Entlassung sein, die den Schutz älte-



rer Arbeitnehmer zum Ziel hat oder aber eine positive und spezifische Maßnahme zu Gunsten Älterer nach Art. 7 Abs. 1 der RL. Ähnliches gilt auch für die Höhe der Abfindungen bei Entlassungen aus Gründen, die in der wirtschaftlichen Lage des Betriebes ihre Ursache haben. Auch hier sind im Alter steigende Abfindungsbeträge möglich, ebenso deren Absinken oder Wegfallen mit dem nahenden Rentenalter. Auch die Betriebstreue dürfte in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden können.

Wie ist nun die RL in Bezug auf das Verbot von Diskriminierung aus Altersgründen zu beurteilen?

Sie wird das deutsche Arbeitsrecht nicht revolutionieren, vielmehr werden auch künftig sachgerechte altersbezogene Differenzierungen möglich sein. Sie werden allerdings der gerichtlichen Überprüfung unterworfen sein und zwar sowohl durch die deutschen Gerichte am Maßstab des deutschen und des europäischen Rechts als auch durch den Europäischen Gerichtshof am Maßstab des europäischen Rechts. Dabei wird der Europäische Gerichtshof den Grundsatz der nützlichen Wirksamkeit der RL zu Grunde legen, d. h. es kann nicht sein, dass die Einführung des Verbots der Diskriminierung aus Altersgründen keine praktische Auswirkung hat. Das mag dazu führen, dass Einzelfallprüfungen, wo es sich möglicherweise um eine Diskriminierung aus Altersgründen handelt, häufiger vorkommen als heute und für Arbeitgeber zusätzliche Belastungen zur Folge haben. Man kann darüber klagen, ändern kann man es nicht mehr. Durch die Zustimmung der deutschen Regierung im Rat der Europäischen Union ist die RL rechtsverbindlich geworden und muss umgesetzt werden. Dabei ist die Umsetzungsfrist schon am 2. Dezember 2003 abgelaufen. Auch die zusätzliche Frist von drei Jahren läuft am 2. Dezember 2006 ab, sofern die derzeitige Bundesregierung die Voraussetzungen für ihre Inanspruchnahme geschaffen hat. Dabei geht die Verpflichtung zur Umsetzung nicht weiter als der Inhalt der RL: So

gibt es keine Verpflichtung, das Diskriminierungsverbot auf andere Rechtsverhältnisse als Beschäftigung und Beruf, z. B. auf Beförderungs-, Kauf- oder Mietverträge auszudehnen.

## **VIII. Beurteilung**

Es ist höchste Zeit, an die Umsetzung der RL heranzugehen. Man sollte das nicht nur bedauern, sondern auch begrüßen. Es ergibt die Möglichkeit, die weithin praktizierte Diskriminierung aus Gründen des Alters auf den Prüfstand zu stellen. Möglicherweise für den Preis der Rechtswidrigkeit der automatischen Gehaltssteigerung im Alter.

# **Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts unter Einbeziehung der Verfassungen der Mitgliedstaaten der EU, insbesondere Osteuropas**

*Prof. Dr. Angelika Nußberger*

## **Einleitung**

Alter ist relativ. Auch wenn es allgemeine Tendenzen und Gesetzmäßigkeiten gibt, so muss weder ein 70-Jähriger einem 70-Jährigen noch ein 10-Jähriger einem 10-Jährigen gleichen, was geistige Reife, Entwicklung, Gesundheitszustand und Einsichtsfähigkeit anbetrifft. Unterschiede gibt es aber auch zwischen der Stellung der „Jungen“ bzw. der „Alten“ in den verschiedenen nationalen Gesellschaften. Extrembeispiele sind die amerikanische Jugendkultur auf der einen und die Verehrung und Achtung der Alten in Japan auf der anderen Seite. Simone de Beauvoir hat hier in ihrem Buch „Das Alter“ kulturübergreifend ein Panorama vielfältiger Gestaltungsmöglichkeiten vorgestellt.

Aber wir brauchen nicht so weit in die Ferne zu blicken. Bereits in unseren östlichen Nachbarländern bedeutet „Altsein“ etwas anderes, wirft die Unterscheidung zwischen verschiedenen Altersgruppen andere Probleme auf. Einleitend will ich so auf die jeweiligen Besonderheiten der politischen und sozialen Dimension der Thematik der Ausgrenzung der Alten oder – juristisch konkreter – der Altersdiskriminierung hinweisen und aufzeigen, dass gewisse Selbstverständlichkeiten – länderübergreifend betrachtet – gar keine Selbstverständlichkeiten sind. In einem zweiten Punkt will ich dann der Frage nachgehen, inwieweit Altersdiskriminierung in

unseren europäischen Nachbarländern bereits als Problem des Verfassungsrechts fassbar geworden ist und schließlich, nach einem kurzen Blick auf die entsprechenden Normen, die neueste Verfassungsrechtsprechung zu Problemen der Alterdiskriminierung vorstellen und analysieren.

## **I. Die gesellschaftliche Bedeutung der altersmäßigen Differenzierung zwischen verschiedenen Gruppen von Menschen nach ihrem Alter**

### **1. Die politische Dimension**

Jeder von Ihnen kennt das Zitat von der „Gnade der späten Geburt“. Damit wird auf die Zerrissenheit der deutschen Gesellschaft angespielt – wer vor 1927 geboren ist, ist einem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt, um zu erklären, wie er sich von 1933 bis 1945 verhalten habe, wer nach 1927 geboren ist, war bei Kriegsende ein Kind, kann nicht zur Verantwortung gezogen werden.

In den Gesellschaften der Länder Mittel- und Osteuropas ist die unterschiedliche politische Prägung der Generationen noch deutlicher fühlbar, noch gegenwärtiger. Es gibt einerseits die „ganz Jungen“, die Nachgeborenen der sozialistischen Epoche, andererseits die „Mittelalten“, die den Sozialismus noch erlebt haben, in der Aufbruchphase aber bereit waren, mit in eine neue Richtung zu gehen. Daneben, abseits, stehen die Alten, für die sich die Lebenswelt – ohne ihr Zutun, ohne ihre Zustimmung – grundlegend geändert hat. Noch markanter als bei uns tritt die unterschiedliche politische Einstellung der verschiedenen Altersgruppen etwa bei Meinungsumfragen hervor. Nicht nur sind den verschiedenen Gruppen verschiedene Themen wichtig; auch zu den allgemeinen

politischen Themen vertreten sie durchweg kontroverse Ansichten, die gerade auch die Grundausrichtung der Politik betreffen.

Sprechen wir von Altersdiskriminierung, von der Benachteiligung von Menschen aufgrund ihres Alters, müssen wir diesen gesellschaftspolitischen Generationenkonflikt im Hintergrund sehen. Altersgrenzen zu setzen kann bedeuten, eine politisch missliebige Generation an die Seite zu stellen, nicht mehr teilhaben zu lassen. So war etwa die Motivation für die Ausarbeitung des preußischen Altersgrenzengesetzes aus dem Jahr 1920, in dem erstmals allgemeine Altersgrenzen für Beamte festgesetzt wurden, auch, dass man den konservativen, kaisertreuen Stamm auswechseln wollte. In den Motiven zu dem Gesetz findet sich die Bemerkung, dass die Veränderung der Verhältnisse, insbesondere die Umgestaltung des Staatswesens, eine bei bejahrten Beamten regelmäßig nicht zu erwartende Anpassungsfähigkeit erfordere. Ein ähnlicher Grund dürfte die Festsetzung der Altersgrenze für Hochschullehrer in NRW auf 65 Jahre in den 80er-Jahren bestimmt haben. – Wenn es in den Staaten Mittel- und Osteuropas um die Ersetzung der Beamten- und Richterschaft, die im sozialistischen System aufgewachsen ist, geht, ist die Verdrängung der Älteren mithilfe von niedrigen Altersgrenzen – manchmal 55 Jahre oder sogar noch niedriger – ein probates Mittel.

## **2. Die soziale Dimension**

Die Alten sind in Mittel- und Osteuropa – dies gilt allerdings nicht für die ehemalige DDR – nicht nur die politischen, sondern auch die wirtschaftlichen Verlierer. Alt sein bedeutet arm sein. Zur Illustration möchte ich Sie auf eine der jüngsten Entscheidungen des russischen Verfassungsgerichts vom Februar dieses Jahres verweisen. Bei dem Verfahren ging es darum, dass die gesetzliche Alters- und Invaliditätsrente so berechnet worden war, dass die Beschwerdeführerin im Ergebnis weniger erhielt als für die

jeweilige Region als Existenzminimum bestimmt war. Das Verfassungsgericht entschied, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei Sozialreformen nicht dazu führen dürfe, dass Altersrenten das Existenzminimum nicht mehr abdeckten. Geht es um die Sicherung des Existenzminimums durch das Rentensystem, bewegt sich die Diskussion auf einem völlig anderen Niveau als wenn, wie bei uns, die Sicherung des Lebensstandards in Frage steht.

Zum Verständnis der besonderen Situation ist es außerdem notwendig, darauf hinzuweisen, dass die Festsetzung niedrigerer Altersgrenzen, die wir traditionell in Mittel- und Osteuropa antreffen, nicht dieselbe Bedeutung hat wie bei uns. Der gleichzeitige Bezug von Rente und Arbeitslohn ist nicht die Ausnahme, sondern die Regel, und zwar im Prinzip ohne Abzüge. Somit war die Rente ein zusätzliches Einkommen ab einem bestimmten Alter. Das streng kalkulierende Entweder-Oder, das von der Rente als Einkommensersatz ausgeht, war in diesen Ländern systemfremd. Mit der Höhersetzung der sehr niedrigen Altersgrenzen ebenso wie mit dem neuen Verständnis, dass Arbeitseinkommen auf Renten anzurechnen sei, werden mit rationalen volkswirtschaftlichen Argumenten Privilegien der älteren Generation gekappt, die als sozialistische Errungenschaft angesehen wurden. Dies trug und trägt zur Verarmung – und Erbitterung – der alten Menschen bei. Verfassungsrechtlichen Niederschlag hat dies etwa in einer Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 1999 gefunden. Bei dem Verfahren wurde die Abschaffung besonderer Altersgrenzen für Eisenbahner – 55 Jahre für Frauen und 60 Jahre für Männer – als Verstoß gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Vertrauensschutzprinzip und den Schutz wohlerworbener Rechte angegriffen. Der Verfassungsgerichtshof weigerte sich aber, diese Grundsätze so auszulegen, dass damit die Reformfähigkeit des sozialen Sicherungssystems unmöglich

gemacht würde und stellte insoweit keinen Verstoß der Reform gegen die Verfassung fest.

### **3. Die demografische Dimension**

Und noch ein Faktor ist in unseren östlichen Nachbarländern grundsätzlich anders. Zwar spricht man auch dort von „alternden Gesellschaften“. Dies stimmt auch grundsätzlich im Verhältnis der Alten zu den Jungen, wenn auch die Zahlen nicht so extrem sind wie in Westeuropa. In Osteuropa und der GUS sind 26,6 Prozent der Bevölkerung unter 18 und 6,3 Prozent unter 5 Jahre alt, in Westeuropa dagegen nur 21,8 Prozent bzw. 5,8 Prozent. Zusätzlich ist aber zu bedenken, dass die Lebenserwartung nicht, wie bei uns, kontinuierlich gestiegen, sondern in den Transformationsjahren stark eingebrochen ist. Die Lebenserwartung der Männer in Russland ab Geburt erreichte im Jahr 1994 einen Tiefststand von 57 Jahren. Auch wenn sie mittlerweile wieder auf 60 Jahre gestiegen ist, liegt sie dennoch noch immer auf dem niedrigsten Niveau in ganz Europa. Zudem weisen die Statistiken aus, dass die Chance, gesund alt zu werden, bei Menschen in Osteuropa ungleich geringer ist als bei Menschen in Westeuropa. In der Altersgruppe zwischen 65 und 69 Jahren sind in Osteuropa durchschnittlich ein Drittel der Menschen nicht mehr bei guter Gesundheit, in Westeuropa dagegen weniger als ein Sechstel – und gerade dies ist die Altersgruppe, die von Altersgrenzen regelmäßig am meisten tangiert wird.

Ob die Möglichkeit, zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr arbeiten zu dürfen und dafür Rentenzahlungen zu erhalten, als Wohltat oder als ungerechtfertigte Benachteiligung empfunden wird, wird von all den genannten Faktoren mitbestimmt. Dies müssen wir im Blick behalten, wenn wir diskutieren, inwieweit das Recht aufgrund des Alters Grenzen schafft und damit ausgrenzt.

## II. Verfassungsrechtliche Regelungen zur Altersdiskriminierung

In den Texten der Verfassungen finden sich nur wenige explizite Regelungen. Diese betreffen, wie in den Staaten Westeuropas auch, den Zugang zu bestimmten Ämtern wie Staatspräsident und Verfassungsrichter und sind in der Regel eher als Mindest-, denn als Höchstaltersgrenzen ausgestattet, wobei die Grenzziehung in der Regel bei 35 bzw. 40 Jahren erfolgt.

Ein Verbot der Altersdiskriminierung wird in den Verfassungen, die nach der sozialistischen Periode einen Neubeginn markieren, nicht vorgesehen. „Alter“ wird in die Liste der speziellen Diskriminierungsverbote dort ebenso wenig aufgenommen wie im deutschen Grundgesetz. Grund dafür mag sein, dass all diese Verfassungen in den 90er-Jahren entstanden und von den Ideen der 90er-Jahre geprägt sind. Die Sensibilität für Altersdiskriminierung ist dagegen – man denke an die Verfassungen der Schweiz und Finnlands und Art. 13 EG-Vertrag sowie die Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf – noch jüngeren Datums. Die Umsetzung der EG-rechtlichen Vorgaben ist im einfachen Gesetzesrecht, nicht in den Verfassungstexten selbst, erfolgt. Allerdings ist die Aufzählung der Diskriminierungsverbote in den Verfassungen in der Regel nicht abschließend, so dass Alter unter „sonstige Gründe“ subsumiert und auf verfassungsrechtlicher Ebene diskutiert werden kann. Unmittelbar einschlägig ist zudem auch der allgemeine Gleichheitssatz.

Dennoch knüpfen die verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit von Altersgrenzen zumeist nicht oder zumindest nicht nur am Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot an. Prüfungsmaßstab ist vielmehr häufig auch das „Recht auf Arbeit“ oder das „Recht auf Zugang zur Arbeit“, das als eingeschränkt angesehen werden kann, wenn das Alter einen Kündigungsgrund oder aber einen Hinderungsgrund für den Abschluss



eines Arbeitsvertrages darstellt. Auf die Bedeutung der Altersgrenzen für die Ausübung eines Berufes will ich mich auch im Folgenden konzentrieren.

### **III. Die Zulässigkeit von Altersgrenzen in Beschäftigung und Beruf – Vergleich der argumentativen Ansätze verschiedener Verfassungsgerichte**

Berufstätigkeit ermöglicht einerseits eine materielle Absicherung, andererseits aber auch die Entfaltung der Persönlichkeit. Je nach Beruf wird Ersteres oder Letzteres überwiegen. Beide Aspekte sind aber zu berücksichtigen, wenn Berufstätigkeit aufgrund eines bestimmten Alters eingeschränkt oder unterbunden wird.

#### **1. Arbeit als Grundlage materieller Lebenssicherung**

Die Beschwerdeführer in Verfahren, die Probleme der Altersdiskriminierung betreffen, sind regelmäßig in anspruchsvollen Berufen tätig, bei denen man davon ausgehen darf, dass das ideelle Interesse an der Arbeit das materielle Interesse überwiegt. Dies gilt im Grundsatz auch für Mittel- und Osteuropa. Dennoch bedeutet der „Zwang zur Rente“ für jeden finanzielle Nachteile, die allerdings – und hier lässt sich auf die Ausführungen zur faktischen Situation verweisen – von je unterschiedlichem Gewicht sind. In dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht um die Festsetzung der Altersgrenzen für Professoren moniert der Beschwerdeführer beispielsweise, er verliere die lukrativen Einnahmen aus seinen Nebentätigkeiten. In einer vergleichbaren Entscheidung zur Beendigung des Arbeitsvertrages eines Ingenieurs in Russland dagegen trägt der Beschwerdeführer vor, die materielle Sicherung seiner Existenz sei trotz des Rentenbezugs gefährdet.

Geht es um Umverteilung und Erwerbschancen wird in die Abwägung zudem das Argument der Intergenerationengerechtigkeit eingeworfen. Diejenigen, die eine ausreichende Alterssicherung haben, seien nicht mehr darauf angewiesen zu arbeiten, so dass es gerechtfertigt sei, ihren materiellen Interessen im Vergleich zu denen der nachrückenden Generationen ein geringeres Gewicht einzuräumen. Der polnische Verfassungsgerichtshof argumentiert auf der Grundlage dieses Ansatzes, wenn er ausführt, die Verrentung in dem Augenblick, in dem man ein Recht auf Rente erworben habe, könne nicht als Begrenzung irgendwelcher verfassungsmäßigen Rechte angesehen werden. Auch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nehmen die materielle Grundsicherung als Ausgangspunkt für alle Erörterungen und bejahen die Verfassungsmäßigkeit von Altersgrenzen immer dann, wenn noch andere Gründe für die Festlegung von Altersgrenzen, so unspezifiziert sie auch sein mögen – verwiesen sei hier etwa auf die Volksgesundheit oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege –, vorhanden sind. Anders das russische Verfassungsgericht: „Das niedrige Rentenalter, das in den Gesetzen der R.F. festgelegt ist, führt ... zur Verletzung des Rechts auf Chancengleichheit bei der Realisierung des Rechts auf Arbeit und auf Schutz vor Arbeitslosigkeit für eine große Gruppe der Bevölkerung, da es die Möglichkeit beschränkt, sich den Lebensunterhalt durch Arbeit zu verdienen und einen ausreichenden Lebensstandard zu haben. Dies wird noch durch das niedrige Rentenniveau verstärkt.“

## **2. Arbeit als Grundlage der Persönlichkeitsverwirklichung**

Steht im Vordergrund nicht die materielle Existenzsicherung durch Arbeit, sondern die Verwirklichung der Persönlichkeit, kommt der Einzelne mit seinen je besonderen Wünschen, Hoff-

nungen, Möglichkeiten in den Blick. Und die entscheidende Grundfrage, die sich dann stellt, ist, inwieweit Typisierungen aufgrund von Alter zulässig sind. Die gerontologische Forschung belegt, dass die Entwicklung der geistigen und körperlichen Leistungsfähigkeit allein aufgrund des Alters nicht schematisch erfassbar ist, sondern vielmehr durch eine Reihe altersunabhängiger Faktoren, wie Ausgangsbegabung, Bildungsgrad, Übung durch die berufliche Tätigkeit, Anregung durch die Umgebung und gesellschaftliches Ansehen, bestimmt wird. Gerade die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die bis weit in die 50er-Jahre zurückreicht, baut dagegen sehr stark auf Typisierungen auf. So heißt es in der Entscheidung zur altersmäßigen Begrenzung des Hebammenberufes von 1959, dass es allgemeine Lebenserfahrung sei, „dass Menschen mit einem bestimmten Alter durchschnittlich den Anforderungen des betreffenden Berufes nicht mehr genügen.“ Ähnlich schematisch wird aber auch noch in den jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts argumentiert.

Die Entscheidungen der Verfassungsgerichte Mittel- und Osteuropas sprechen hier eine andere Sprache. Das slowakische Verfassungsgericht etwa führt in einem Obiter Dictum aus, dass die Grundrechte nicht aufgrund des hohen Alters eingeschränkt werden dürften, da der Einfluss des Alters auf die menschlichen Fähigkeiten individuell sei. Altersbeschränkungen müssten so auf der Ebene der Verfassung abgesichert werden. Das litauische Verfassungsgericht hält Typisierungen sogar für unvereinbar mit der Menschenwürde.

Die in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen. Zum einen geht es um starre Altersgrenzen, die bestimmte Tätigkeiten nur vor oder nach Erreichen eines bestimmten Alters zulassen, zum anderen um den Ausschluss bestimmter Tätigkeiten im Rahmen eines im Übrigen wei-

ter bestehenden Arbeitsverhältnisses und schließlich um Ermessensentscheidungen über die Weiterführung einer Tätigkeit ab einem bestimmten Alter.

*a) Festlegung starrer Altersgrenzen für bestimmte Berufe mit besonderer Verantwortung*

Die Festlegung starrer Altersgrenzen für bestimmte Berufe, die eine besondere Verantwortung mit sich bringen, wird von den Verfassungsgerichten in der Regel für zulässig gehalten. So argumentiert das ungarische Verfassungsgericht, es sei rechtmäßig, eine Altersgrenze von 70 Jahren für Verfassungsrichter festzulegen. Dies sei nicht eine „Brandmarkung“, wie der Beschwerdeführer ausgeführt hatte, sondern im Hinblick auf die „besonders wichtige Aufgabe und Rolle des Verfassungsgerichts im geltenden ungarischen Verfassungssystem“ gerechtfertigt, da „das störungsfreie Funktionieren unter allen Bedingungen gesichert werden müsse.“ Dem Gesetzgeber komme insofern Gestaltungsfreiheit bei der Festsetzung von Mindest- und Höchstaltersgrenzen zu.

Ähnlich sieht dies auch das ukrainische Verfassungsgericht bezogen auf die Festsetzung des Mindestalters von 40 Jahren für den Menschenrechtsvertreter im Parlament. Da die Verfassung Altersgrenzen nicht verbiete, dürfe der Gesetzgeber besondere Anforderungen für die Bewerber festlegen, so insbesondere Erfahrung und soziale Reife verlangen, die erst ab einem bestimmten Alter erreicht werde.

*b) Einschränkung des Betätigungsfeldes ab einem bestimmten Alter*

Eine Mehrzahl von Entscheidungen ist zu dem Problem ergangen, dass zwar auch jenseits einer bestimmten Altersgrenze die Fortsetzung der Berufstätigkeit als solche nicht unterbunden wird, zugleich aber die Wahrnehmung bestimmter – zumeist mit beson-

deren Kompetenzen und damit auch mit besonderem Ansehen – verbundener Ämter untersagt wird. In der Slowakei etwa ging es darum, dass es verboten war, sich ab 62 Jahren noch um das Amt des Rektors der Universität zu bewerben, obwohl das Dienstverhältnis erst mit 65 Jahren endete. In Ungarn durften sich Professoren jenseits der Altersgrenze von 55 Jahren nach einer Verordnung des ungarischen Kultusministers nicht mehr um bestimmte im Hochschulgesetz vorgesehene Stipendien bewerben. In Russland war es für über 65-Jährige nicht mehr möglich, die Position eines Lehrstuhlinhabers einzunehmen. Ähnlich war es in Lettland geregelt, da auch hier Direktionsposten in der Wissenschaft jenseits der Altersgrenze von 65 Jahren nicht mehr wahrgenommen werden konnten, obwohl die Fortsetzung einer rein wissenschaftlichen Tätigkeit möglich war. In all diesen Fällen – mit Ausnahme des Falles in der Slowakei, bei dem das Verfahren durch einen Vergleich beendet wurde – wurde die Festlegung der Altersgrenzen für verfassungswidrig erklärt.

Die ausführlichste Begründung findet sich in der litauischen Entscheidung, die auch auf die Entwicklung des Problems der Altersdiskriminierung europaweit eingeht und herausstellt, eine sehr liberale Haltung, die Tätigkeiten in der Wissenschaft ohne altersmäßige Beschränkung zuließ, sei in den 80er-Jahren des letzten Jahrhunderts einer kritischen Einstellung gegenüber altem, möglicherweise nicht mehr so innovativem Lehrpersonal gewichen. Erst in jüngster Zeit habe unter dem Einfluss der Grundrechte und in Anbetracht der alternden Bevölkerung eine erneute Kehrtwende stattgefunden. Das lettische Verfassungsgericht prüft die Regelungen dann konkret an dem in der Verfassung festgelegten Recht auf freie Wahl von Beruf und Arbeitsplatz nach den Fähigkeiten und Qualifikationen. Es anerkennt die Verjüngung des Personals und die Förderung der Bildungsaktivitäten sowie die Weiterentwicklung der Wissenschaft als grundsätzlich legitime Ziele der Grundrechtseinschränkung. Allerdings kritisiert es die Festset-

zung von Altersgrenzen – unter Heranziehung von statistischem Material – als grundsätzlich ungeeignet, die verfolgten Ziele zu erreichen. Die Vergreisung der Wissenschaft resultiere aus der schlechten Bezahlung und habe sich auch nach Einführung von Altersgrenzen nicht gebessert. Als Auswahlkriterien für Direktionsposten in der Wissenschaft dürften nur Fähigkeiten und Qualifikationen in Betracht gezogen werden; diese seien individuell und nicht typisiert aufgrund des Alters zu bestimmen.

Während sich das lettische Gericht nur auf das Recht auf freie Berufswahl und Beschäftigung bezieht, argumentiert das russische Verfassungsgericht darüber hinaus auch mit dem Gleichheitssatz und führt aus, es dürften keine unterschiedlichen Anforderungen an diejenigen gestellt werden, die die gleichen inhaltlichen Funktionen ausübten. Lehrstuhlinhaber wären, wie sonstige Professoren, lehrend und forschend tätig und könnten so nicht unterschiedlich behandelt werden. Anderes gelte dagegen für Rektoren und Dekane, die dominant Verwaltungstätigkeiten ausführten.

*c) Ermessen der Verwaltung über die Fortsetzung von Berufen jenseits einer bestimmten Altersgrenze*

Die letzte Gruppe von Verfassungsgerichtsentscheidungen schließlich bilden Altersgrenzen, die grundsätzlich die Beendigung der Berufstätigkeit vorschreiben, die aber nicht absolut sind. In diesen Fällen hat die Verwaltung ein Ermessen, eine Fortsetzung der Tätigkeit zu gestatten.

Dies gilt etwa für den Beamten dienst in Lettland, der bei Erreichen der zum Rentenbezug berechtigenden Altersgrenze endet. In begründeten Fällen kann der Dienstchef oder der Minister anordnen, dass der Betroffene seine Position behalten soll. Während diese Regelung für verfassungsgemäß erkannt worden ist, hat das russische Verfassungsgericht eine ähnliche Regelung als Verstoß gegen das Recht auf Arbeit angesehen. Das lettische Verfas-

sungsgericht nimmt vor allem auf das Erfordernis einer guten Verwaltung Bezug und argumentiert, die Planbarkeit einer Karriere im Staatsdienst, die berufliche Kompetenz und die Weiterqualifizierung und Rotation seien legitime Ziele einer gesetzlichen Regelung. Es sei im Interesse der Gesellschaft sicherzustellen, dass der Beamtenapparat nicht alt werde und die Altersstruktur ausgeglichen sei. In diesem Zusammenhang geht das Gericht auch explizit auf die Inter-Generationengerechtigkeit ein und sieht die Einschränkung der Grundrechte der Betroffenen als verhältnismäßig an, insbesondere da bei Bedarf die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung bestehe. Allerdings müsse man für die Prüfung dieser Frage eine Kommission einsetzen; eine entsprechende Kompetenz dürfe nicht alleine dem Minister oder Dienstchef überlassen werden.

Hier wird auf der Grundlage des Verfassungsrechts ein Modell entworfen, das Altersgrenzen als Orientierungswerte festsetzt, für den Einzelfall aber – unter Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft und der Fähigkeiten und Qualifikationen der Betroffenen – eine abweichende Entscheidung zulässt. Ob dies ein Königsweg für die Zukunft ist, bleibt allerdings abzuwarten.

*d) Altersdiskriminierung als versteckte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts*

Noch einen interessanten Punkt in der soeben erwähnten Entscheidung des lettischen Verfassungsgerichts möchte ich kurz aufgreifen. Wie in den meisten europäischen Ländern wurde auch in Lettland die Altersgrenze von Männern und Frauen, die traditionell voneinander abwich, nunmehr einheitlich festgelegt. Allerdings gilt dies noch nicht für eine vergleichsweise lange Übergangszeit, während derer Frauen früher als Männer in den Ruhestand gehen können. Nun wird in der erwähnten Entscheidung kritisiert, dass Frauen in der Übergangsphase benachteiligt würden, wenn sie früher als Männer in den Ruhestand versetzt wer-

den können, sobald sie das zum Rentenbezug berechtigende Alter erreichen. Hier legt das Verfassungsgericht die Bestimmung verfassungskonform aus und erklärt, es müsse in jedem Fall an die abstrakt gesetzlich vorgesehene und nicht die in einer bestimmten Übergangsphase geltende Altersgrenze angeknüpft werden.

## **Zusammenfassung**

Abschließend lässt sich festhalten, dass in der Verfassungsrechtsprechung in Mittel- und Osteuropa grundsätzlich dieselben Rechtsprobleme im Hinblick auf Altersdiskriminierung diskutiert werden wie in Westeuropa. Die äußerlich divergierenden Faktoren, wie Rentenniveau, demographische Entwicklung und Gesundheitszustand der älteren Menschen, werden zwar bei der Diskussion der Verhältnismäßigkeit der Festsetzung von Altersgrenzen verschiedentlich angesprochen, führen aber nicht dazu, dass die Thematik in einem grundsätzlich anderen Licht betrachtet werden würde. Vielmehr zeigt sich, dass die Verfassungsgerichte als „junge“ Gerichte diese erst neu entdeckte Form der Diskriminierung bereitwillig aufgreifen, traditionelle, auf Typisierungen beruhende Argumentationsweisen aber nicht übernehmen. Mit diesem Ansatz kann nicht nur in Einzelfällen Gerechtigkeit geschaffen werden, sondern insgesamt kann starren, auf dem Alter basierenden Ausgrenzungen entgegengewirkt werden. Dennoch werden die sozialen, wirtschaftlichen und politischen Fragen, die der Generationskonflikt in Mittel- und Osteuropa aufwirft, damit wohl keiner Lösung zugeführt werden können.



# Altersrelevante Gleichheitsgebote im deutschen Verfassungsrecht

*Prof. Dr. Thomas Mann*

Lohnt sich ein Nachdenken über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von gesetzlichen Höchstaltersgrenzen? Immerhin gibt es in dieser Frage doch bereits eine gefestigte Rechtsprechung. Ein Nachdenken lohnt sich. Denn ein näherer Blick auf die einschlägige Judikatur zeigt zweierlei: Die Entscheidungen jüngeren Datums vermeiden regelmäßig eine eigene Argumentation, indem sie schlicht auf die bereits erfolgte Klärung dieser Frage in den maßgeblichen Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verweisen. Diese Leitentscheidungen liegen aber nun bereits Jahrzehnte zurück. Seit dieser Zeit haben sich nicht nur die tatsächlichen Verhältnisse geändert, auf welche sich die seinerzeitige Argumentation der Entscheidungen stützen konnte – ein Mensch zwischen 60 und 80 Jahren ist heute in der Regel weitaus aktiver und leistungsfähiger als dies etwa noch in den Fünfziger- und Sechzigerjahren des letzten Jahrhunderts der Fall war –, sondern es hat sich auch die Dogmatik des Verfassungsrechts weiterentwickelt. Sie ist weitaus differenzierter geworden. Wenn man sich vor diesem Hintergrund nun die demografischen Probleme unserer Gesellschaft, die trotz früher Warnungen<sup>1</sup> erst nach der Jahrtausendwende von Politik und Öffentlichkeit in ihrer vollen Dimension erkannt worden sind, vor Augen führt, erscheint es durchaus lohnenswert, erneut über die verfassungsrechtliche Beurteilung der Zulässigkeit gesetzlicher Höchstaltersgrenzen nachzudenken.

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Mann*, NJW 1996, 1315 (1316).

Eine abschließende Beurteilung, ob es verfassungsrechtlich möglich ist, die gesetzlichen Altersgrenzen aus der Umklammerung der gefestigten Rechtsprechung zu lösen, lässt sich nur treffen, wenn man zwei Grundrechte ins Blickfeld nimmt: Die Berufsfreiheit und den Gleichheitssatz. Während die Würdigung des Grundrechts der Berufsfreiheit in diesem Sammelband dem Beitrag des Kollegen Tettinger vorbehalten bleibt, sollen die nachfolgenden Überlegungen den altersrelevanten Gleichheitsgeboten des Verfassungsrechts gelten.

## **I. Eingrenzung des Themas**

Die Themenvorgabe ist zudem beschränkt auf das deutsche Verfassungsrecht. Das bedeutet, dass internationale oder europarechtliche Gewährleistungen ausgeblendet bleiben – zu würdigen wären besonders Art. 13 EUV oder Artikel 21 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtecharta, der Diskriminierungen aus Gründen des Alters verbietet; daneben wäre auch an Art. 25 dieser Charta zu denken, der innerhalb des Abschnitts „Gleichheit“ das Recht älterer Menschen auf ein würdiges und unabhängiges Leben und auf Teilnahme am sozialen und kulturellen Leben anerkennt. Sie finden ihre angemessene Berücksichtigung innerhalb dieses Bandes in den Beiträgen der Kollegen Nußberger und Lenz. Nachfolgend soll es vielmehr allein um unsere nationalstaatlichen Gewährleistungen gehen. Und innerhalb dieser wiederum nur um das deutsche Verfassungsrecht. Außen vor bleiben somit Maßgaben des einfachen Rechts, wie sie etwa das neue Antidiskriminierungsgesetz aufstellt. Eine Beschränkung, die sich bereits aus der Überlegung ergibt, dass über die Zulässigkeit gesetzlicher Höchstaltersgrenzen nur deren Vereinbarkeit mit höherrangigen Maßstäben, also mit Verfassungsrecht, entscheidet, insoweit also Widersprüche zu normhierarchisch gleichrangigen Aussagen in anderen Par-

lamentsgesetzen, die zudem jederzeit mit einfacher Mehrheit wieder aufgehoben werden können, nicht relevant sein können.

Innerhalb des so verbliebenen Betrachtungsgegenstandes sollen die Ausführungen in drei Teile gegliedert werden. Zunächst sollen für den Kreis der Nichtjuristen die verfassungsrechtliche Unterscheidung zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz und den speziellen Gleichheitsgeboten sowie die Konsequenzen dieser Unterscheidung für den Prüfungsmaßstab aufgezeigt werden. In einem zweiten Teil wird das Augenmerk zunächst auf die speziellen Gleichheitsrechte gerichtet und danach gefragt werden, ob diese unmittelbar oder entsprechend für unser Thema relevant sein können. In dem dritten gedanklichen Abschnitt schließlich wird der allgemeine Gleichheitssatz in den Blick genommen und dabei drei verschiedene Konstellationen möglicher Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich gewürdigt werden.

## **II. Allgemeiner Gleichheitssatz und spezielle Gleichheitsgebote**

Was ist der Unterschied zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz und den speziellen Gleichheitssätzen? So wie die meisten anderen Verfassungsordnungen der Welt kennt auch das Grundgesetz diesen Unterschied. Der allgemeine Gleichheitssatz findet sich in Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes und besagt lapidar: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“. Die speziellen Gleichheitssätze, die auch als Diskriminierungsverbote bezeichnet werden, benennen bestimmte Eigenschaften, die nicht zum Anlass für Bevorzugungen und Benachteiligungen gemacht werden dürfen. Nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG darf niemand

„... wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“

Zudem darf niemand „wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ Neben dieser Vorschrift kennt das Grundgesetz noch weitere besondere Gleichheitssätze, etwa die Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 i.V.m. Art. 3 GG) oder die Wahlrechtsgleichheit (Art. 38), die wir im vorliegenden Kontext aber ausblenden können. Lediglich auf den durch Art. 33 I bis III GG gewährten gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern soll an späterer Stelle noch ein kurzer Blick geworfen werden.

Die Gemeinsamkeit zwischen dem allgemeinen und den speziellen Gleichheitssätzen besteht darin, dass ihnen im Ausgangspunkt die Feststellung einer Ungleichbehandlung zugrunde liegt. Ohne Differenzierung ist ein Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot nicht möglich.<sup>2</sup> Hinzu treten aber einige Unterschiede.

## **1. Unterschiedliche „Strenge“**

Im Vergleich mit dem allgemeinen Gleichheitssatz sind die speziellen Gleichheitssätze vor allem in ihrer Wirkung strenger. Das bedeutet, dass die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Differenzierungen im Grundsatz überhaupt nicht rechtfertigungsfähig sind. Jede Bevorzugung oder Benachteiligung aus den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gründen ist verboten, ohne dass unmittelbar Ausnahmen ersichtlich wären. Die Frage der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung stellt sich somit eigentlich nicht. Wie bei den

---

<sup>2</sup> Nach allgemeiner Ansicht kann aber auch eine Gleichbehandlung einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz darstellen, sofern „wesentlich Ungleiches“ gleich behandelt wird, vgl. BVerfGE 4, 144 (155); 50, 177 (186); 86, 81 (87).

vorbehaltlos gewährten Freiheitsrechten (z.B. der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG) geht das BVerfG aber auch hier über den Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG hinaus, indem es Ungleichbehandlungen unter bestimmten Voraussetzungen doch erlaubt und eine Rechtfertigung auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts für möglich hält. So stellt etwa Art. 12a GG, der den Wehrdienst nur für Männer vorsieht, eine verfassungsimmanente Ausnahme vom Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts dar.<sup>3</sup>

## **2. Zuordnungsprobleme**

Wegen dieser unterschiedlich strengen Wirkung der speziellen Diskriminierungsverbote einerseits, die Differenzierungen aus den genannten Gründen grundsätzlich nicht erlauben, und des allgemeinen Gleichheitssatzes andererseits, der im Kern auf ein Willkürverbot hinausläuft und damit Ungleichbehandlungen durch den Gesetzgeber zulässt, wenn es dafür vernünftige Gründe gibt (dazu unter III.), ist es wichtig und für die verfassungsrechtliche Beurteilung vorentscheidend, ob ein Lebenssachverhalt im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 oder des Art. 3 Abs. 3 GG zu verorten ist. Das aber ist mitunter nicht leicht zu entscheiden, denn häufig stellt sich die Frage, ob gerade gegen ein spezielles Diskriminierungsverbot verstoßen wurde, oder ob nicht bloß eine allgemeine Ungleichbehandlung vorliegt, die sich lediglich faktisch – gleichsam unbeabsichtigt – im Bereich der speziellen Gleichheitspostulate auswirkt. Die Diskriminierungsverbote sollen verhindern, dass jemand – wie es Art. 3 Abs. 3 GG formuliert – „wegen“ einer der genannten Eigenschaften, also etwa speziell wegen seines Geschlechts oder seines Glaubens, benachteiligt oder bevorzugt wird. Ganz in diesem Sinne prüft das Bundesverfassungsgericht, ob die Differenzierung speziell auf dem verbote-

---

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 92, 91 (112) – Feuerwehrabgabe.

nen Merkmal beruht oder nicht. Nehmen wir als Beispiel einmal Quarantänemaßnahmen an Flughäfen, um ein Ausbreiten der SARS-Krankheit zu verhindern. Anknüpfungspunkt für die Maßnahmen ist die Einreise aus einem bestimmten Infektionsgebiet, etwa Ostasien. Selbst wenn davon im Ergebnis möglicherweise vorwiegend Menschen einer bestimmten Hautfarbe oder „Rasse“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG betroffen sind, bildet die Maßnahme keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG. Denn die Ungleichbehandlung der Personen, für die das Quarantänegebot gilt, erfolgt nicht wegen der Hautfarbe oder Rasse, sondern die Differenzierung wirkt sich nur faktisch unterschiedlich auf die betroffenen Gruppen aus.<sup>4</sup>

### **III. Altersgrenzen und spezielle Gleichheitsgebote**

Für die rechtliche Bewertung von gesetzlichen Höchstaltersgrenzen als Verfassungsproblem ist es in Ansehung verfassungsrechtlicher Gleichheitsgebote also vorentscheidend, ob diese gesetzlichen Altersgrenzen am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes oder am Maßstab der speziellen Differenzierungsverbote zu beurteilen sind. Weil die speziellen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG nach der *lex specialis*-Regel ausschließen, soweit es um die dort genannten Differenzierungskriterien geht, sollen die näheren Betrachtungen auch mit Art. 3 Abs. 3 GG beginnen.

---

<sup>4</sup> Beispiel nach *Heun*, in: G. Nolte/H.L. Schreiber (Hrsg.), *Der Mensch und seine Rechte*, 2004, S. 171 (181 f.).

## **1. Unmittelbare Anwendung des Art. 3 III GG**

Der Eingangsbefund mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG fällt allerdings ernüchternd aus. Das Alter wird im Katalog der dort genannten Diskriminierungsgründe nicht genannt. Über die Gründe für diese Auslassung kann man trefflich spekulieren: War den Verfassungsvätern und -müttern das Problem nicht bewusst, weil viele von Ihnen bereits selbst dem Kreis der Älteren zugehörten und sie dennoch unangefochten in voller Verantwortung standen? Konrad Adenauer war 73, Paul Löbe und Adolph Schönfelder waren 74, Hermann Höpker-Aschhoff war auch schon 66 Jahre alt. Oder lag es daran, dass in der Nachkriegszeit alle Kräfte für den Wiederaufbau gebraucht wurden und es somit selbstverständlich war, dass auch die Alten dazu ihren Beitrag leisten sollen? Oder lag es daran, dass die statistische Lebenserwartung noch deutlich niedriger lag als heute, so dass man glaubte, wenige Einzelfälle vernachlässigen zu können?

Fakt ist jedenfalls, dass der Parlamentarische Rat eine Benachteiligung wegen des Alters nicht in den Rang eines speziellen Diskriminierungsverbotes gehoben hat und auch der verfassungsändernde Gesetzgeber bislang keinen Anlass zur Ergänzung des Katalogs in Art. 3 Abs. 3 GG um diesen Aspekt gesehen hat. Das bedeutet, dass die Antwort auf die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von gesetzlichen Höchstaltersgrenzen komplizierter ausfallen muss, als es bei einer ausdrücklichen Benennung eines speziellen Diskriminierungsverbots wegen des Alters möglich wäre.

## **2. Keine Auffangklausel**

Ein Versuch, trotz dieses Ausgangsbefundes dennoch zu einem altersrelevanten Diskriminierungsverbot zu gelangen, könnte darin liegen, den Katalog in Art. 3 III GG auf Differenzierungen, die

an das Alter anknüpfen, im Wege der Auslegung auszudehnen. Hier bieten sich im Ansatz mehrere Möglichkeiten an, die aber alle nicht erfolgversprechend sind.

Einfach und mit den normalen Möglichkeiten der Wortlautauslegung zu bewältigen wäre dieses Unterfangen, wenn die Auflistung in Art. 3 Abs. 3 GG mit einer Auffangklausel enden würde, die etwa nach dem Vorbild der Diskriminierungsverbote in Art. 14 EMRK und Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte auch eine Differenzierung wegen „des sonstigen Status“ eines Menschen verbieten würde. Dann wäre die Aufzählung innerhalb der Vorschrift nicht abschließend, so dass auch Differenzierungen aus Gründen des Alters in den Rang eines speziellen Diskriminierungsverbotes gehoben werden könnten. Das gleiche Ergebnis wäre zu erzielen, wenn die Auflistung der verbotenen Differenzierungsgründe im Verfassungstext mit der Wendung „insbesondere“ eingeleitet würde, was verdeutlichen würde, dass die Auflistung keinen abschließenden Charakter hätte. Beides ist jedoch nicht der Fall. Art. 3 Abs. 3 enthält weder eine Auffangklausel, noch eine „insbesondere“-Wendung. Mit den Mitteln der Wortlautauslegung kann ein altersbezogenes Diskriminierungsverbot nicht in Art. 3 Abs. 3 GG hineingelesen werden.

Mit der Feststellung, dass die Auflistung in Art. 3 Abs. 3 GG abschließend ist, ist im Grunde dann aber auch der Weg versperrt, im Wege der Analogie die Schutzwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG auf Differenzierungen wegen des Alters zu erstrecken. Ist eine gesetzliche Regelung als abschließend konzipiert, ist die Vornahme einer Analogie unzulässig, denn insoweit kann bereits keine



Regelungslücke festgestellt werden, die einer Schließung im Wege der Analogie zugänglich wäre.<sup>5</sup>

### **3. Wertungswiderspruch zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG**

Akzeptiert man dieses Auslegungsergebnis, demzufolge Art. 3 Abs. 3 GG kein spezielles altersrelevantes Diskriminierungsverbot enthält, bleibt dennoch ein gewisser Wertungswiderspruch erhalten. Dieser Wertungswiderspruch besteht nämlich im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Diese Bestimmung, die vor etwas mehr als zehn Jahren, 1994, in das Grundgesetz eingefügt wurde, ergänzt die Auflistung spezieller Diskriminierungsverbote um den Satz: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“<sup>6</sup> Im vorliegenden Kontext relevant ist nun die Definition der Behinderung. Rechtsprechung und Literatur verstehen darunter „die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.“<sup>7</sup>

Wenn diese Kriterien aber nun Grund für den verfassungsändernden Gesetzgeber gewesen sind, ein spezielles Diskriminierungsverbot zu schaffen, in dessen Folge der Ausschluss von Behinderten von bestimmten beruflichen Tätigkeiten nicht oder nur ganz ausnahmsweise auf das Vorliegen dieser Behinderung gestützt

---

<sup>5</sup> Vgl. nur *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 358, 376; *Tettinger*, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 3. Aufl. 2003, S. 161; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 44 ff.

<sup>6</sup> Anders als bei den speziellen Diskriminierungsverboten des vorangehenden Satzes enthält die Verfassungsergänzung also nur ein Benachteiligungsverbot – eine Bevorzugung aus Gründen der Behinderung ist damit verfassungsrechtlich nicht untersagt.

<sup>7</sup> Vgl. – jeweils mit leicht veränderten Akzentuierungen – nur BVerfGE 99, 341 (356 f.); *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 309; *Heun*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 135.

werden darf, dann verwundert es schon, wenn andererseits „Zwangspensionierungen“ infolge von gesetzlichen Höchstaltersgrenzen von der Rechtsprechung mit der Erwägung gerechtfertigt werden, Pauschalierungen seien zulässig, weil ab einem bestimmten Alter bekanntlich die körperlichen und geistigen Funktionen nachlassen.<sup>8</sup> Hier werden Funktionsbeeinträchtigungen als Rechtfertigungstopoi für gesetzliche Altersgrenzen ins Feld geführt, die in Ansehung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gerade umgekehrt als Grund für die Statuierung eines umfassenden Benachteiligungsverbotens auserkoren worden sind.<sup>9</sup>

#### **4. Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern**

Erlaubt sei noch der Blick auf einen anderen besonderen Gleichheitssatz, auf Art. 33 Abs. 2 GG. Danach hat jeder Deutsche „nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.“ Der Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne dieser Vorschrift wird weit ausgelegt und umfasst *cum grano salis* alle Funktionen in der öffentlichen Verwaltung, ganz gleich, ob sie von Beamten, Richtern, Angestellten oder Arbeitern besetzt sind.<sup>10</sup> Die verfassungsrechtliche Beurteilung gesetzlicher Höchstaltersgrenzen kann also nur innerhalb dieses öffentlichen Bereiches anhand des Art. 33 Abs. 2 GG beurteilt werden. Altersgrenzen für Freie Berufe etwa bleiben davon unberührt. Soweit aber Altersgrenzen für Personen im öffentlichen Dienst betroffen sind, könnte der besondere Gleichheitssatz des Art. 33 Abs. 2 GG durchaus Wirkung entfalten. Er soll die

---

<sup>8</sup> Siehe etwa BVerfGE 9, 338 (346 f.) – Hebammen; BVerfG, NVwZ 1997, 1207 – nds. Bürgermeister.

<sup>9</sup> Auf diesen Aspekt hat *Nussberger*, JZ 2002, 524 (531) aufmerksam gemacht.

<sup>10</sup> *Battis*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 33 Rn. 24; *Kunig*, in: v.Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2001, Art. 33 Rn. 20.

Chancengleichheit und das Leistungsprinzip in der öffentlichen Verwaltung verwirklichen. Entscheidend ist jedoch, was die Verfassung mit „Zugang“ meint.

Unstreitig fasst man darunter nicht nur die Einstellung, sondern auch die Beförderung und den Aufstieg.<sup>11</sup> Eine Entlassung aus dem öffentlichen Dienst ist davon dem Wortlaut nach aber nicht umfasst. Dennoch hat die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte dem Art. 33 Abs. 2 GG Maßstäbe für die Kündigung entnommen und Kündigungen für unwirksam erklärt, wenn der Kläger einen sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden Wiedereinstellungsanspruch hat, weil sich angesichts seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung das Einstellungsermessen der Behörde auf Null reduziert.<sup>12</sup> In ähnlicher Weise hat die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte dem Art. 33 Abs. 2 GG Maßstäbe für die Entlassung eines Beamten auf Probe entnommen.<sup>13</sup> Man könnte daraus die Schlussfolgerung ziehen, dass Zugang und Entlassung gleichsam Kehrseiten ein und derselben Eignungsentscheidung sind, dass der Zugang zu öffentlichen Ämtern auch durch den *actus contrarius*, durch die Entlassung aus denselben verwehrt wird.<sup>14</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat bei der Frage, ob Staatsdiener der ehemaligen DDR übernommen werden oder ob ihnen aufgrund ihrer Tätigkeit als inoffizieller Mitarbeiter der Stasi zu kündigen ist, ebenfalls Art. 33 Abs. 2 GG als Maßstab herangezogen.<sup>15</sup> Hier ging es jedoch um eine im Zeitpunkt der

---

<sup>11</sup> *Epping*, Grundrechte, 2. Aufl. 2005, Rn. 744; *Jarass* in: *Ders./Pieroth*, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 33 Rn. 10.

<sup>12</sup> BAGE 29, 247 (256 f.); BAG, AP 1986 zu Art. 33 Abs. 2, Bl. 1475 f.; st. Rspr. vgl. BAG, NZA 1995, 781 (783).

<sup>13</sup> BVerwG, NVwZ 1999, 75 (76); BVerwG, DVBl. 1999, 923 f.; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1996, 554.

<sup>14</sup> So *Trute*, AK-GG, Art. 33 I-III Rn. 35.

<sup>15</sup> BVerfGE 96, 189 (198 f.).

Überleitung einsetzende „Nachholung“ der Eignungsentscheidung des Art. 33 Abs. 2 GG, so dass diese Fälle als nicht vergleichbar mit den gesetzlichen Höchstaltersgrenzen anzusehen sind.

Als kleines Ergebnis kann man aber zumindest festhalten, dass sich starre Höchstaltersgrenzen im öffentlichen Dienst, so wie sie als „hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums“ im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG tradiert sind, nicht alleine mit der Erwägung der Generationengerechtigkeit rechtfertigen lassen, sondern ebenfalls auf die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zurückführbar sein müssen. Damit aber stellt sich auch insoweit die Frage nach der Zulässigkeit von Pauschalierungen, die in der bisherigen Rechtsprechung vor allem im Kontext des allgemeinen Gleichheitssatzes eine Rolle gespielt hat, hinsichtlich der Leistungsfähigkeit älterer Menschen.

#### **IV. Der Allgemeine Gleichheitssatz**

Der Allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG – „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“ – verspricht auf den ersten Blick mehr, als er im Ergebnis halten kann. Absolute Gleichheit kann es schon logisch nicht geben, denn dann würde ja Identität vorliegen, und nicht Gleichheit, die paradoxerweise ja gerade Verschiedenheit voraussetzt. In der grundrechtlichen Werteordnung kommt dieser Gedanke bereits darin zum Ausdruck, dass neben dem Gleichheitssatz auch die persönliche Freiheit, insbesondere in Gestalt der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit gewährt ist.

## 1. Willkürverbot

Gleichheitsgebote bedürfen deshalb konkreter Bezugspunkte. Gleichheit vor dem Gesetz bedeutet gleiche Anwendung des Rechts ohne Ansehung der Person. Das ist die sog. Rechtsanwendungsgleichheit, die die Exekutive an den Gleichheitssatz bindet. Daneben verlangt die Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) aber auch eine Rechtsetzungsgleichheit, das heißt auch der Gesetzgeber muss bereits beim Erlass von Gesetzen den allgemeinen Gleichheitssatz beachten. Erst dieser Aspekt eröffnet die Möglichkeit zur Prüfung, ob die Festlegung von Altershöchstgrenzen durch Gesetz nicht möglicherweise gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt.

Weil Gleichheit aber ein Relationsbegriff ist, der ein Verhältnis zwischen verschiedenen Personen oder Sachen ausdrückt, ist ein Gleichheitsurteil immer nur mit Blick auf einen gemeinsamen Bezugspunkt, ein *tertium comparationis*, möglich. Die Dogmatik folgt dieser Überlegung, wenn sie Art. 3 Abs. 1 GG traditionell als Willkürverbot deutet. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts gebietet die Rechtsetzungsgleichheit „weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln.“<sup>16</sup> Der Gleichheitssatz enthält folglich kein Verbot jeglicher Ungleichbehandlung, sondern zwingt den Gesetzgeber lediglich, einen vernünftigen sachlichen Grund für die von ihm vorgenommenen Differenzierungen zu benennen.<sup>17</sup> Gesetzliche Höchstaltersgrenzen bilden nach dieser Grundüberlegung also nur dann einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, wenn sie ältere Berufsangehörige im Vergleich zu einer anderen Personengruppe ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes benachteiligen.

---

<sup>16</sup> BVerfGE 96, 189 (198 f.).

<sup>17</sup> Vgl. nur BVerfGE 75, 108 (157).

## 2. Linien der Rechtsprechung

Vor diesem Hintergrund lassen sich die bisher zu Höchstaltersgrenzen ergangenen Entscheidungen deutscher Gerichte zunächst nach den unterschiedlichen Vergleichsgruppen ordnen. Es lassen sich drei Fallgruppen identifizieren, bei denen die Gerichte mit unterschiedlicher Argumentation im Ergebnis die Höchstaltersgrenzen jeweils für vereinbar mit dem Gleichheitssatz gehalten haben. Im Anschluss an die Darstellung dieser Argumentationslinien soll abschließend gezeigt werden, wieso auf der Basis einer heute gewandelten Dogmatik – Stichwort: „neue Formel“ – diese Argumentationslinien einer kritischen Revision bedürfen.

### a) *Ungleichbehandlung verschiedener Berufe*

Eine bereits von den Beschwerdeführern im Hebammenurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1956 geäußerte Auffassung ging dahin, dass kein einleuchtender Grund erkennbar sei, weshalb für Hebammen eine Altersgrenze von 70 Jahren gelte, für die ebenfalls eine Geburt begleitenden Ärzte jedoch nicht.<sup>18</sup> Allgemein gesprochen geht es also um eine Ungleichbehandlung verschiedener Berufe; gemeinsames Bezugsobjekt war die Mitwirkung beider Berufsgruppen bei einer Geburt. Hier hat sich das BVerfG erst gar nicht auf die Frage nach einem sachlichen Differenzierungsgrund eingelassen, sondern bereits die Vergleichbarkeit der verschiedenen Berufsgruppen verneint. Einzelne Berufe mit rechtlich oder traditionell ausgeprägten Berufsbildern seien als eigene Lebensbereiche anzusehen. Selbst wenn es bei Einzelvorgängen – hier der Geburtshilfe – mitunter Überschneidungen gäbe, sei die Struktur des Arztberufs von dem der Hebamme doch grundverschieden. Die unterschiedlichen Berufsbilder würden es bereits nicht zulassen, Ärzte und Hebammen zu einer Vergleichsgruppe

---

<sup>18</sup> Vgl. nur BVerfGE 75, 108 (157).

zusammen zu fassen.<sup>19</sup> Das Argument, gesetzliche Höchstaltersgrenzen für einzelne Berufe seien gleichheitswidrig, weil andere Berufe altersmäßig unbegrenzt auszuüben seien, ist damit verschlossen.

*b) Ungleichbehandlung innerhalb Europas*

Ist die Vergleichsgruppe also stets innerhalb desselben Berufs zu suchen, so richtete sich der Blick insbesondere in jüngeren Entscheidungen auf Angehörige desselben Berufs in anderen EU-Mitgliedstaaten. Argumentiert wurde, Staatsangehörige anderer Länder der Europäischen Union müssten aufgrund der ihnen zustehenden Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit von den Bestimmungen über die Altersgrenze ausgenommen werden und könnten auch jenseits der Altersgrenze ihre Tätigkeit in Deutschland gleichheitswidrig privilegiert ausüben.<sup>20</sup> Diese Ansicht übersieht, dass die Niederlassungsfreiheit nach Art. 52 EGV allen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten nach den Bestimmungen des Aufenthaltstaates für seine Angehörigen gestattet und somit, wie der EuGH<sup>21</sup> längst entschieden hat, solchen nationalen Regelungen nicht entgegensteht, mit denen ein berechtigter Zweck verfolgt wird, der aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls ge-

---

<sup>19</sup> BVerfGE 9, 338 (350 ff.); 64, 72 (85 f)>; vgl. auch BVerfGE 13, 97 (122 f); 20, 283 (295); BVerfG NJW 1998, 1776 (1779); NJW 1993, 1575 (1576).

<sup>20</sup> BVerfGE 9, 338 (350 ff.); 64, 72 (85 f)>; vgl. auch BVerfGE 13, 97 (122 f); 20, 283 (295); BVerfG NJW 1998, 1776 (1779); NJW 1993, 1575 (1576).

<sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 31.3.1993, Slg. 1993 I-1689 (1696 f.) = NVwZ 1993, 661 – Kraus.

rechtfertigt ist.<sup>22</sup> Damit wird der Ball gleichsam zurückgespielt: Die Berufsangehörigen aus einem anderen Mitgliedstaat der EU sind (im Unterschied zu Angehörigen fremder Berufe) zwar eine vergleichbare Gruppe, doch werden sie rechtlich nicht ungleich behandelt, sondern genauso wie ihre deutschen Kollegen. Auch insoweit lasse sich also kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz feststellen.

*c) Ungleichbehandlung innerhalb des gleichen Berufs*

Was unter dem Aspekt des allgemeinen Gleichheitssatzes bleibt, ist – drittens – allein die Argumentation, dass Höchstaltersgrenzen gleichheitswidrig zwischen jüngeren und älteren Arbeitnehmern desselben Berufs differenzieren. Während für diejenigen, die noch vor der Altersgrenze stehen, der Beruf Grundlage der wirtschaftlichen Existenzsicherung und der Selbstverwirklichung ist, werden denjenigen, die die Altersgrenze überschreiten, die materiellen und ideellen Entfaltungsmöglichkeiten genommen. Hier liegt der Bezugspunkt also in der Ausübung des gleichen Berufs; die Gruppen sind vergleichbar und werden ungleich behandelt, so dass allein in diesem Fall die Frage nach dem sachlichen Grund der Differenzierung eröffnet ist.

Als sachliche Gründe für die Unterscheidung werden im Kern zwei Gesichtspunkte ins Feld geführt. Zum einen sind es objektive Ziele, die nicht an die Fähigkeiten und Fertigkeiten des älteren Menschen anknüpfen, sondern an Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers zur Generationengerechtigkeit. So wurde das Motiv, eine Verbesserung der Altersstruktur innerhalb eines Berufsstandes zu erreichen, als legitimes Ziel akzeptiert, etwa bei der

---

<sup>22</sup> So die Begründung in BSGE 80, 9 (16); BSGE 83, 135 (145); LSG Rh-Pf., Urt. v. 23.11.2000 (L 5 Ka 48/00), juris-Dokument Nr. KSRE 085071118.



70-Jahres-Altersgrenze für Notare<sup>23</sup> oder bei der Altersgrenze von 65 Jahren für Professoren in NRW.<sup>24</sup> In diese Gruppe möchte ich auch die Fälle der Altersgrenze für Kassenärzte einordnen, in denen die Erwägung für tragend gehalten wird, die zur Sicherung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung vom Gesetzgeber für dringend erforderlich gehaltene Beschränkung der Zahl der zugelassenen Vertragsärzte nicht einseitig zu Lasten der jungen, an der Zulassung interessierten Ärztegeneration zu verwirklichen.<sup>25</sup>

Daneben gibt es einen zweiten, bedeutenden Begründungsstrang, der an die beruflichen Fähigkeiten älterer Menschen anknüpft. Hier wird als sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung darauf abgestellt, dass die Berufstätigkeit des älteren Menschen eine potenzielle Gefahr für allgemein anerkannte Gemeinschaftsgüter bedeutet. Es wird pauschalisierend unterstellt, dass der Durchschnitt der Berufstätigen im siebenten Jahrzehnt seines Lebens eine Abnahme der Leistungsfähigkeit erfährt, die einen rechtlichen Einschnitt erfordert, um Gemeinschaftsgüter gleichsam vorbeugend vor Schaden zu bewahren.<sup>26</sup> In diesem Sinne sollen Altersgrenzen für Vertragärzte die Qualität der gesetzlichen Krankenversorgung sichern,<sup>27</sup> Altersgrenzen für Hebammen die Volksgesundheit<sup>28</sup> oder Altersgrenzen für Prüflingenieure die technische Sicherheit schützen.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> BVerfG, NJW 1993, 1575. (70 Jahre).

<sup>24</sup> BVerfG, NJW 1993, 1575. (70 Jahre).

<sup>25</sup> BVerfG, NJW 1993, 1575. (70 Jahre).

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 9, 338 (346).

<sup>27</sup> BVerfG, NJW 1998, 1776 (1777).

<sup>28</sup> BVerfGE 9, 338 (346).

<sup>29</sup> BVerfGE 64, 72 (83).

In all diesen Fällen soll der mit Altersgrenzen beabsichtigte vorbeugende Schutz wichtiger Interessen der Allgemeinheit auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen, weil der ältere Mensch in der Regel materiell gesichert sei. Er könne seine Lebensplanung auf diese Zeitgrenze einstellen. Bei der Neueinführung von Altersgrenzen werden aus Gründen der Verhältnismäßigkeit deshalb regelmäßig Übergangsvorschriften erforderlich.

Im Ergebnis ähneln die Erwägungen, die am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes angestellt werden, um mit Blick auf die eingangs zitierte Willkürformel danach zu fragen, ob ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt, denjenigen Erwägungen, die auch in Ansehung des Grundrechtes der Berufsfreiheit anzustellen sind. Das hat dazu geführt, dass man in Gerichtsurteilen und in der Literatur nicht selten die Aussage findet, dass eine differenzierende Regelung, die dem Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG standhält – dort wird nach gängiger Rechtsprechung das Vorliegen eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes gefordert – regelmäßig zugleich auch eine ausreichende Rechtfertigung für die vorgenommene Ungleichbehandlung enthält.<sup>30</sup>

### **3. Die so genannte „neue Formel“**

Einen gegenüber der Berufsfreiheit des Art. 12 GG eigenständigen Wert erhält die Prüfung solcher Altersgrenzen anhand des Gleichheitssatzes jedoch dann, wenn man sich von der schlichten Willkürformel löst und statt dessen das Rechtsverständnis zugrunde legt, das sich in der neueren Rechtsprechung des Bun-

---

30 Vgl. BVerfG, NJW 1998, 1776 (1778); BVerfGE 78, 155 (164) in Abgrenzung zu BVerfGE 25, 236 (238 ff.); Gitter/Boerner, RdA 1990, 129 (135 f.).

desverfassungsgerichts<sup>31</sup> zum allgemeinen Gleichheitssatz entwickelt hat und mit dem Schlagwort von der „neuen Formel“ verbunden ist.

Mit der Willkürformel können, ich denke das ist klar geworden, nur in Extremfällen die Wertungen des Gesetzgebers korrigiert werden. Nicht zuletzt deshalb hat das Bundesverfassungsgericht erstmals 1980 seinen Prüfungsmaßstab bei der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes näher präzisiert. Danach ist insbesondere dann ein strengerer Prüfungsansatz zu wählen, wenn

1. es um Fragestellungen geht, die die Ungleichbehandlung von Personen, nicht von Sachverhalten, betreffen,
2. das fragliche Unterscheidungskriterium in der Nähe zu den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverboten steht und
3. sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.<sup>32</sup>

Liegen diese drei Voraussetzungen vor, genügt es nach der „neuen Formel“ gerade nicht mehr, dass die Differenzierung von einem „vernünftigen sachlichen Grund“ getragen ist, sondern es muss nachgewiesen werden, dass die Unterschiede zwischen den ungleich behandelten Gruppen „von solcher Art und Gewicht sind, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können.“<sup>33</sup> Während nach der Willkürformel im Ergebnis bereits alle nicht-

---

31 Vgl. BVerfG, NJW 1998, 1776 (1778); BVerfGE 78, 155 (164) in Abgrenzung zu BVerfGE 25, 236 (238 ff.); Gitter/Boerner, RdA 1990, 129 (135 f.).

32 Vgl. BVerfG, NJW 1998, 1776 (1778); BVerfGE 78, 155 (164) in Abgrenzung zu BVerfGE 25, 236 (238 ff.); Gitter/Boerner, RdA 1990, 129 (135 f.).

33 Vgl. BVerfG, NJW 1998, 1776 (1778); BVerfGE 78, 155 (164) in Abgrenzung zu BVerfGE 25, 236 (238 ff.); Gitter/Boerner, RdA 1990, 129 (135 f.).

willkürlichen Erwägungen eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können, fordert die „neue Formel“ letztlich eine Abwägung im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung und führt damit zu einem stärker eingeschränkten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum. Dem Gesetzgeber sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.<sup>34</sup>

Sehen wir uns die oben genannten drei Voraussetzungen einmal näher mit Blick auf die hier in Rede stehenden gesetzlichen Altersgrenzen an: Es geht (1.) um die Ungleichbehandlung von Personen, das Unterscheidungskriterium des Alters steht (2.) auch in der Nähe zu den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverboten – erinnert sei an den Wertungswiderspruch zum Benachteiligungsverbot für Behinderte – und die Ungleichbehandlung wirkt sich (3.) auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig aus, nämlich auf das Grundrecht der Berufsfreiheit. Innerhalb der zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung anzustellenden Verhältnismäßigkeitserwägungen kann es nach der „neuen Formel“ also nicht mehr ausreichen, dass pauschal aus dem Alter auf eine geringere Leistungsfähigkeit geschlossen wird. Vielmehr ist zu fragen, ob die ideellen und materiellen Nachteile, die das Ausscheiden aus dem Beruf mit sich bringen, in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des mit der Altersgrenze verfolgten Zwecks stehen.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass gesetzliche Altersgrenzen bei Anlegung dieses strengen Prüfungsmaßstabs stets gleichheitswidrig sind. Das BVerfG hat in einem Beschluss aus dem Jahre 2001 die sozialrechtlichen Regelungen, nach denen appro-

---

34 Vgl. BVerfG, NJW 1998, 1776 (1778); BVerfGE 78, 155 (164) in Abgrenzung zu BVerfGE 25, 236 (238 ff.); Gitter/Boerner, RdA 1990, 129 (135 f.).

bierte Ärzte, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, nicht mehr zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen werden dürfen, einer solchen strengen Prüfung unterzogen und im Ergebnis die Altersgrenze nicht als Verstoß gegen den Gleichheitssatz gesehen. Es hat aber anders als in anderen Entscheidungen nicht mehr nur nach einem „sachlichen Grund“ im Sinne der Willkürformel gefragt,<sup>35</sup> sondern vorbildlich einerseits den mit der Altersgrenze verfolgten Zweck und andererseits auch die Nachteile, die das Ausscheiden aus dem Beruf mit sich bringt, angemessen gewürdigt.<sup>36</sup> In ersterer Hinsicht bedeutsam war vor allem die durch Erfahrungswerte belegbare Einschätzung des Gesetzgebers, dass approbierte Ärzte, die sich erst im letzten Drittel ihres Berufslebens für eine Vertragsarztniederlassung entscheiden, für das Gesamtsystem der gesetzlichen Krankenversicherung höhere Kosten verursachen als jüngere Ärzte. In letzterer Hinsicht hat das Gericht etwa berücksichtigt, dass die Betroffenen die Wirkung der Norm und damit die unterschiedliche Behandlung weitgehend selbst vermeiden können, indem sie sich rechtzeitig vor dem 55. Lebensjahr um einen Vertragsarztsitz bewerben.

## V. Fazit

Abschließend kann somit festgehalten werden:

- Die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG gewähren weder unmittelbar noch entsprechend einen grundrechtlichen Schutz gegen gesetzliche Höchstaltersgrenzen.

---

35 Vgl. BVerfG, NJW 1998, 1776 (1778); BVerfGE 78, 155 (164) in Abgrenzung zu BVerfGE 25, 236 (238 ff.); Gitter/Boerner, RdA 1990, 129 (135 f.).

36 Vgl. BVerfG, NJW 1998, 1776 (1778); BVerfGE 78, 155 (164) in Abgrenzung zu BVerfGE 25, 236 (238 ff.); Gitter/Boerner, RdA 1990, 129 (135 f.).

Hier wäre nur de constitutione ferenda eine Änderung zu erreichen.<sup>37</sup>

- Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG hat in der Vergangenheit keinen wirksamen Schutz gegen Höchstaltersregelungen geboten. Mit der Abkehr der Verfassungsrechtsprechung von der schlichten Willkürformel hin zu der „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts sind die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aus Gründen des Alters aber deutlich gestiegen. Die in der Vergangenheit stets gebilligte pauschale Annahme, ab einem bestimmten Alter nehme die körperliche und geistige Funktionsfähigkeit ab, taugt nach dem derzeitigen Stand der Dogmatik zum allgemeinen Gleichheitssatz jedenfalls nicht mehr als Rechtfertigungstopos für gesetzliche Höchstaltersgrenzen.

---

37 Vgl. BVerfG, NJW 1998, 1776 (1778); BVerfGE 78, 155 (164) in Abgrenzung zu BVerfGE 25, 236 (238 ff.); Gitter/Boerner, RdA 1990, 129 (135 f.).

# Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts zu Höchstaltersgrenzen als berufsbezogene Regelungen

*Prof. Dr. Peter J. Tettinger*

Die Alten müssen gehen!<sup>1</sup> Das deutsche Recht kennt unterschiedlichste tätigkeitsbezogene starre Altersgrenzen. So wird der Beamte auf Lebenszeit, wie er nach wie vor bezeichnet wird, durchweg mit 65 Jahren pensioniert (§ 41 Abs. 1 S. 1 BBG, § 44 Abs. 1 LBG NRW),<sup>2</sup> ein Berufssoldat graduell gestaffelt mit 53 bis 61 Jahren (§ 45 SoldatenG<sup>3</sup>), Polizeivollzugsbeamte im BGS mit 60 Jahren (§ 5 BPolBG); das Amt des Verfassungsrichters endet mit 68 Jahren (§ 4 Abs. 3 BVerfGG, § 8 Abs. 2 VerfGHG NRW), das des Schöffen mit 70 Jahren (§ 33 GVG), das des öffentlichbestellten und vereidigten Sachverständigen i.d.R. mit 68 Jahren;<sup>4</sup> beim Fluglotsen naht das Tätigkeitsende bereits mit 53 resp. 56

---

<sup>1</sup> „Die Alten müssen weg“! So lautet das provokative Motto für einen aus schweizerischer Sicht von *H. Hug* (Die Alten kommen, 3. Aufl. 1993, S. 221 ff.) prognostizierten „age war“.

<sup>2</sup> Zur Zulässigkeit der Herabsetzung der Altersgrenze für Professoren von 68 auf 65 Jahre BVerfGE 67, 1 ff.

<sup>3</sup> Siehe § 45 Soldaten G i.d.F. d. Bekanntm. v. 30.5.2005 (BGBl. I S. 1482). Zu den dortigen im einzelnen differierenden Vorgaben näher *W. Scherer/R. Alff*, Soldatengesetz, Komm., 7. Aufl. 2003, Anm. zu § 45 u. § 75, mit Blick auf die ab 1.1.2007 geltende Regelung.

<sup>4</sup> Vgl. im einzelnen § 36 GewO i.V.m. den Sachverständigenordnungen der Länder, z.B. § 22 d der SachvO IHK NRW; dazu näher *P. J. Tettinger*, in: Tettinger/Wank, GewO, Komm., 7. Aufl. 2004, § 36 Rdn. 76 ff.; zur Verfassungsmäßigkeit solcher Regelungen BVerfG(K), B.v. 16.11.1990, NVwZ 1991, 358 f.

Jahren,<sup>5</sup> beim Notar wiederum erst mit 70 Jahren (§ 48a BNotO)<sup>6</sup> und in Niedersachsen kann niemand zum Amt des Bürgermeisters kandidieren, der das 65. Lebensjahr vollendet hat (§ 61 Abs. 3 nds. GO), auch Letzteres übrigens vom BVerfG nicht moniert.<sup>7</sup> Die Sinnhaftigkeit solcher unterschiedlicher Grenzziehungen erschließt sich zumindest auf den ersten Blick nicht, zumal als maßgebliches Kriterium für den gleichen Zugang jedes Deutschen zu jedem öffentlichen Amte in Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes „nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung“ zu befinden ist, was jedenfalls dem unbefangenen Leser individuell orientierte und nicht pauschal auf das Lebensalter abstellende Maßstäbe naheliegend erscheinen läßt.<sup>8</sup>

Die Erlangung effektiven verfassungsrechtlichen Schutzes gegen Diskriminierungen aus Gründen des Alters seitens des Bundesverfassungsgerichts ist aber ein schwieriges Unterfangen, analysiert man dessen bisherige Judikatur zu gesetzlichen Höchstaltersgrenzen. Vor dem Hintergrund bisher defizitärer, jedenfalls wenig ergiebiger Diskussionsansätze zu dieser Thematik im Rahmen des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, vor allem, weil spezifizierte Aussagen in Art. 3 Abs. 3 GG<sup>9</sup> fehlen, behandelte das Bundesverfassungsgericht die Frage der Altersgrenzen in erster Linie als Problem der Freiheitsrechte und hier namentlich mit Blick auf

---

5 Vgl. § 2 Abs. 1 u. 2 sowie § 2a des Gesetzes zur Übernahme der Beamten und Arbeitnehmer der Bundesanstalt für Flugsicherung, Art. 7 des 10. Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes v. 23.7.1992 (BGBl. I S. 1370, 1376), geändert durch Gesetz v. 28.10.1994 (BGBl. I S. 3200).

6 Dazu BVerfG(K), B. v. 19.10.1992, NJW 1993, 1575.

7 Siehe BVerfG(K). B.v. 25.07.1997, NVwZ 1997, 1204

8 Vgl. *Th. Buß/B. Schulte zu Sodingen*, DVBl. 1998, 1315 ff.

9 Dazu in verfassungshistorischer Betrachtung bereits *M. Sachs*, *Der Staat* 23 (1984), S. 549 ff.



das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Diesen Konturen seien darum kurz umrissen.

## **I. Grundlinien der Dogmatik zu Art. 12 Abs. 1 GG**

Art. 12 Abs. 1 GG enthält mit seiner Aussage („Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.“) ein für das Arbeits- und Wirtschaftsleben zentrales Freiheitsrecht, das dem Einzelnen die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zur materiellen Sicherung seiner individuellen Lebensgestaltung ermöglicht.<sup>10</sup> Die primäre Gewährleistungsdimension des Art. 12 liegt damit in seiner Funktion als subjektives Recht zur Abwehr sämtlicher gezielt gegen die berufliche Freiheit gerichteter Ingerenzen. Zugrunde zu legen ist insoweit ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit. Gemeinhin wird Beruf dabei als jede auf eine gewisse Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit definiert.<sup>11</sup>

Die Freiheit der Berufswahl soll unbeeinflusst von fremden Willen erfolgen können.<sup>12</sup> Sie umfasst als äußerlich wahrnehmbarer

---

<sup>10</sup> BVerfGE 63, 266 (286); 81, 242 (254), st. Rspr. – Dazu näher *P. J. Tettinger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Komm., 3. Aufl. 2003, Art. 12 Rdn. 8, 55 f., 179 f.

<sup>11</sup> BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (362); 54, 301 (313); BVerwGE 1, 92 (93); 22, 286 (287); 96, 136 (140); 96, 293 (296); 96, 302 (307); 97, 12 (22); BVerwG, GewArch.. 1997, 287 (289); BayVerfGHE n.F. 42 II, 41 (46).

<sup>12</sup> BVerfGE 13, 181 (185); 58, 358 (363 f.).

Akt der Selbstbestimmung<sup>13</sup> die erstmalige Ergreifung eines Berufes, die Wahl eines Zweit- oder Nebenberufes,<sup>14</sup> den Berufswechsel,<sup>15</sup> die Freiheit, auf das Ergreifen eines Berufes zu verzichten und von vorhandenem Vermögen zu leben (negative Berufsfreiheit)<sup>16</sup>sowie die freie Entscheidung über die Berufsbeendigung.<sup>17</sup>

Innerhalb der Berufswahlregelungen wird noch zwischen subjektiven Berufszugangsvoraussetzungen (solchen, die eine Berufsaufnahme an das Vorliegen persönlicher Eigenschaften, Fähigkeiten oder Leistungsnachweise knüpfen)<sup>18</sup> und objektiven (nicht an persönlicher Qualifikation, sondern an allgemeinen Kri-

---

<sup>13</sup> BVerfGE 7, 377 (403); 13, 181 (185); 43, 291 (363); 58, 358 (363 f.); vgl. auch *M. Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rdn. 37 m.w.N.

<sup>14</sup> BVerfGE 21, 173 (179); 87, 287 (316); BVerfG(K), NVwZ-RR 1994, 153; BGHZ 97, 204 (208).

<sup>15</sup> BVerfGE 43, 291 (363); 55, 185 (196); 62, 117 (146).

<sup>16</sup> BVerfGE 58, 358 (364); 68, 256 (267); *D. Merten*, FS Stingl, 1984, S. 285 ff.; a.A. *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 12 Rdn. 2.

<sup>17</sup> BVerfGE 9, 338 (345); 21, 173 (183); 39, 128 (141); 80, 257 (263); 93, 213 (235); BVerfG(K), NJW 1993, 1575; BVerwGE 96, 302 (307).

<sup>18</sup> Z.B. BVerfGE 9, 338 (345); 64, 72 (82); BVerfG(K), NJW 1993, 1575; NVwZ 1997, 1207 (1208): Lebensalter; BVerfGE 13, 97 (106); 34, 71 (77); 55, 185 (196); 69, 209 (218); 80, 1 (23 f.): Befähigungsnachweis/bestandene Prüfung; BVerfGE 19, 330 (337); 34, 71 (77): Sachkundenachweis; BVerfGE 39, 344 (370); 46, 34 (54): Verfassungstreue bei Beamten und im Vorbereitungsdienst; BVerfGE 41, 378 (390); 69, 233 (244): Zuverlässigkeit; BVerfGE 44, 105 (117); 48, 292 (296): Vorstrafenfreiheit; BVerfGE 73, 301 (316 f.): Praxiserfahrung; BVerwGE 21, 197 (199); BVerwGE 22, 16 (17 f.): Kreditwürdigkeit; BVerwGE 101, 185 (186): (Fach-)Hochschulabschluss; BVerwG GewArch. 1997, 63 f. u. 1999, 108: Meisterprüfung im Handwerk; OVG NRW, NWVBl. 1997, 145 (146): abgeschlossene Berufsausbildung nach Hauptschulabschluss; BayObLG, NJW 1971, 1620 (1621 f.): Fahrgastbeförderungsnachweis.

terien orientierten) Berufszulassungsvoraussetzungen<sup>19</sup> differenziert. Für die Abgrenzung dieser beiden Modalitäten sollen deren tatsächliche Auswirkungen nicht entscheidend sein; so gelten z. B. Höchstaltersgrenzen als in der Person wurzelnde subjektive Voraussetzungen, auch wenn sie dem Einfluss der Betroffenen entzogen sind.<sup>20</sup>

Die strengsten Anforderungen bestehen nach diesem Ansatz für objektive Berufszugangsvoraussetzungen. Solche erweisen sich nur dann als zulässig, wenn sie der Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwer wiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen.<sup>21</sup> Auch auf dieser Stufe gesteht das BVerfG dem Gesetzgeber immerhin einen Prognosespielraum zur Einschätzung zukünftiger Tatsachenentwicklungen zu,<sup>22</sup> der jedoch nicht die Auswahl der eingriffslegitimierenden Gemeinwohlbelange betrifft.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Z.B. BVerfGE 7, 377 (415 f.); 9, 39 (48 f.); 11, 168 (186, 190); 79, 208 (210 f.): Bedürfnisprüfung; BVerfGE 21, 173 (181); 87, 287 (316, 321): Inkompatibilität; BVerfGE 25, 1 (15 ff.): Mühlenerrichtungsverbot; BVerfGE 40, 196 (218); BVerfGE 51, 235 (238 f.): Höchstzahlen für gewerblichen Güterfernverkehr – dazu auch *P. Badura*, FS Friauf, 1996, 529 (532 f.); BVerwG, NJW 1996, 1608 (1609); OVG NRW, NWVBl. 1997, 25 (26): bedarfsgerechte Versorgung mit Leitungen des Krankentransports.

<sup>20</sup> BVerfGE 9, 338 (345); 64, 72 (82); 80, 257 (264 f.); 86, 28 (39); BVerfG(K), NJW 1993, 1575 f.; NVwZ 1997, 1207 (1208); a.A. etwa *F. Hufen*, NJW 1994, 2913 (2921 f.).

<sup>21</sup> BVerfGE 7, 377 (408); 11, 168 (183); 25, 1 (11); 40, 196 (218); 75, 284 (296); 84, 133 (151); 85, 360 (374); 97, 12 (32) zur Patentgebührenüberwachung. Vgl. auch OVG NRW, NWVBl. 1995, 26 zur Funktionsfähigkeit des öffentlichen Rettungsdienstes; Hess VGH, GewArch. 1996, 104 (105) zu einer „Pornofilmsteuer“.

<sup>22</sup> BVerfGE 25, 1 (19 f.); vgl. auch BVerwGE 97, 79 (85): „Einschätzungsprärogative“; BVerwG, GewArch. 2000, 62 (63).

<sup>23</sup> *R. Breuer*, HStR VI, § 148 Rdn. 50; a.A. OVG NRW, NWVBl. 1995, 26 (27).

## **II. Aktuelle Judikate des Bundesverfassungsgerichts**

In den letzten Jahren ging es bei gesetzlich normierten<sup>24</sup> Höchstaltersgrenzen vor allem um drei Themenkomplexe, die im Folgenden näher beleuchtet werden sollen, nämlich zum einen um die Frage, ob § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V, der den Ausschluss einer Zulassung von Ärzten, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, von der vertragsärztlichen Versorgung regelt, mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist. Zum zweiten war als Problem zu diskutieren, ob das in § 95 Abs. 7 SGB V (in der Fassung des Gesundheitsstrukturgesetzes vom 21.12.1992 (BGBl. I S. 2266) mit Wirkung vom 1.1.1999) vorgesehene Erlöschen der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung mit Vollendung des 68. Lebensjahres verfassungsgemäß ist, also beides Fragestellungen nicht aus dem ärztlichen Berufsrecht, sondern aus dem Sozialversicherungsrecht. Zum dritten wurde kürzlich die tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten thematisiert. In allen Fällen blieb den von einzelnen Betroffenen erhobenen Verfassungsbeschwerden ein Erfolg versagt. Aber nicht erst das BVerfG, sondern schon die höchsten Fachgerichte, das Bundessozialgericht respektive das Bundesarbeitsgericht, hatten in den betreffenden Rechtstreitigkeiten einen Verfassungsverstoß verneint.

### **1. Die Zulassungsbegrenzung für Ärzte zur vertragsärztlichen Versorgung nach Vollendung des 55. Lebensjahres**

In einem Beschluss vom 20.12.1996 hatte eine Kammer des 1. Senats des BVerfG die Vorlage eines Sozialgerichts für unzu-

---

<sup>24</sup> Zum hier nicht näher behandelten Gesetzesvorbehalt für die generelle Bestimmung eines berufszugangsbezogenen Höchstalters siehe BVerfGE 80, 257 ff.

lässig erklärt, weil das vorlegende Gericht seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Norm nicht hinreichend begründet habe. Bei Prüfung der Verfassungsmäßigkeit hätte das Gericht jedenfalls Entscheidungen des 6. Senats des BSG aus dem Jahre 1993 zur Verfassungsmäßigkeit der vorgelegten Vorschrift im Vertragsarztrecht berücksichtigen müssen, in denen ausführlich dargelegt worden sei, inwieweit die Begrenzung der Zahl der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte auch durch Einführung einer Altersgrenze von 55 Jahren für die Erstzulassung neben anderen Maßnahmen verhältnismäßig sei.<sup>25</sup>

Gerade erst zwei Tage zuvor hatte der erwähnte 6. Senat des Bundessozialgerichts erneut über diese Fragestellung zu befinden. Es wies die Klage eines britischen Staatsangehörigen ab, der die Zulassung zur vertragszahnärztlichen Tätigkeit im Sauerland begehrte, nachdem er zuvor in einem Gesundheitsamt in Großbritannien beschäftigt gewesen war, den dortigen Arbeitsplatz jedoch infolge Stellenstreichung verloren hatte und seither eine Altersversorgung bezog. Die Klageabweisung erfolgte, weil der Kläger schon zum Zeitpunkt der Antragstellung die Zulassungs-Altersgrenze von 55 Jahren überschritten hatte und Gründe für eine ausnahmsweise Zulassung im Rahmen der gesetzlichen Härtefallregelung bei ihm nicht vorlagen. Der Bundesgesetzgeber sei davon ausgegangen, steigende Arztzahlen führten zu einer medizinisch nicht indizierten Leistungsmengenausweitung und damit letztlich zu einer Gefährdung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung, was nicht zu beanstanden sei. Der Befund eines jeden Bedarf übertreffenden Wachstums an zahnärztlicher Behandlungskapazität beruhe vor allem auch darauf, dass die absolute Zahl der Zahnärzte stetig zunehme, wäh-

---

<sup>25</sup> BVerfG(K), Beschl. v. 20.12.1996, NJW 1997, 791 f.

rend der Behandlungsbedarf aufgrund der demografischen Veränderungen (zurückgehende bzw. im Altersaufbau zunehmend ältere Bevölkerung) und der Fortschritt bei der Karies-Prophylaxe rückläufig sei.<sup>26</sup> Zahnärzte verfügten nach Vollendung des 55. Lebensjahres nicht anders als Ärzte in der Regel über eine gesicherte wirtschaftliche Existenz, sodass ihnen lediglich die Möglichkeit genommen werde, im fortgeschrittenen Alter und wirtschaftlich abgesichert eine zahnärztliche Tätigkeit innerhalb des vertragsärztlichen Systems der gesetzlichen Krankenversicherung neu aufzunehmen. Hierin liege zwar ein Eingriff in die Berufsfreiheit, im Vergleich zu anderen in Betracht kommenden Maßnahmen zur Begrenzung des Zugangs vertragszahnärztlicher Versorgung, wie etwa der Einführung einer generellen Zulassungssperre für Berufsanfänger, erweise sich die Einführung einer Altersgrenze für die Zulassung aber als weniger gravierend. Die Grenzen der Zumutbarkeit seien noch nicht überschritten. Hierin liege auch keine gleichheitswidrige Benachteiligung älterer gegenüber jüngeren Zahnärzten; im Sachbereich von Regelungen der beruflichen Betätigung sei das Alter kein schlechthin unzulässiges Differenzierungskriterium.

Auch gemeinschaftsrechtliche Bedenken bestünden nicht; es gehe um eine zulässige Einschränkung der gemeinschaftsrechtlich verbürgten Niederlassungsfreiheit. Die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen sozialen Sicherungssystems zur Gewährung eines angemessenen sozialen Schutzes im Falle von Krankheit sei auch unter europarechtlichem Blickwinkel ein legitimes Allgemeininteresse von hohem Rang. Den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union stehe ein weiter Entscheidungsspielraum bei der Ausgestaltung der nationalen Sozialrechtsordnung und eine Einschätzungsprärogative bei der Beurteilung der Erforderlichkeit von

---

<sup>26</sup> BSGE 80, 9 (13 f.).

Maßnahmen zu.<sup>27</sup> Auf die Härtebestimmung könnten sich grundsätzlich nur solche Ärzte berufen, die aus wirtschaftlichen Gründen auf die Berufsausübung als Vertragsarzt zwingend angewiesen seien, was auf den Kläger, der mit knapp 64 Jahren aus seiner Tätigkeit im öffentlichen Gesundheitsdienst in Großbritannien ausgeschieden sei und aus der Zeit seiner Berufstätigkeit eine Altersversorgung erhalte, nicht zutreffe.<sup>28</sup>

Auch ein Beschluss des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20.3.2001 hielt es für mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit und dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar, dass approbierte Ärzte, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, grundsätzlich nicht mehr zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen werden. Offen bleiben könne, ob die angegriffene Altersgrenze wegen ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen „in die Nähe einer Regelung der Berufszulassung“ komme und damit das Recht auf freie Berufswahl berühre, weil dem Gesetzgeber „legitime Gemeinwohlgründe von überragender Bedeutung bei der Ausgestaltung des Berufsrechts der ärztlichen Leistungserbringer im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zur Seite stehen, die auch eine Berufswahlregelung rechtfertigen.“<sup>29</sup> Neben der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung, einem besonders wichtigen Gemeinschaftsgut, habe gerade im Gesundheitswesen der Kostenaspekt für gesetzgeberische Entscheidungen erhebliches Gewicht. Die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung sei für das Gemeinwohl anerkanntermaßen von hoher Bedeutung. Bei der Auswahl einschlägiger Maßnahmen komme dem Gesetzgeber ein besonders weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Immerhin wird er aber zugleich in die Pflicht genommen:

---

<sup>27</sup> BSG, aaO, S. 17 f.

<sup>28</sup> BSG, aaO, S. 19.

<sup>29</sup> BVerfGE 103, 172 (184).

„Auch hat er die Erfolge der getroffenen Maßnahmen zu beobachten und abzuschätzen sowie ggfls. neuen Handlungsbedarf festzustellen“,<sup>30</sup>

ein zumindest die Einbeziehung aktueller Veränderungen anmahrendes Postulat.

Zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wird festgestellt:

„Die Altersgrenze ist für eine Erstzulassungsgrenze sehr hoch angesetzt und liegt in einem Bereich, in dem Arbeitnehmern vielfach schon die Möglichkeiten von Altersteilzeit und Frühverrentung offen stehen. Zugangshürden, die erst so spät eingreifen, wirken in der Regel nicht sehr belastend, weil die Betroffenen bereits beruflich etabliert sind. ... Demgegenüber wiegen die öffentlichen Interessen, denen die Altersgrenze zu dienen bestimmt ist, schwer, die Sicherung der Leistungsfähigkeit und die Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung sind Gemeinwohlaufgaben von hohem Rang.“

Damit löse die getroffene Regelung den Konflikt in angemessener Weise.<sup>31</sup>

## **2. Das Erlöschen der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung mit Vollendung des 68. Lebensjahres**

Die bereits zitierte Bestimmung des § 95 Abs. 7 SGB V wurde von einer Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts durch Beschluss vom 31.3.1998 als mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar angesehen: „Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrifft ein gesetzlicher Ausschluss

---

<sup>30</sup> BVerfGE 103, 172 (189).

<sup>31</sup> BVerfGE 103, 172 (192 f.).



von vertragsärztlicher Tätigkeit mittels einer Altersgrenze lediglich die Berufsausübung des Arztes, kommt jedoch wegen seiner Auswirkungen auf die Möglichkeit, ärztlich tätig zu sein, im Hinblick auf die Anzahl der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten einer Beschränkung der Berufswahlfreiheit gleich.“<sup>32</sup> Ob hieran mit Blick auf die einschlägigen Kontrollmaßstäbe festgehalten werden müsse, könne offen bleiben, denn selbst wenn die gesetzliche Altersgrenze für die vertragsärztliche Zulassung in ihren Auswirkungen einer Beschränkung der Berufswahlfreiheit gleichkomme, entspreche sie den verfassungsrechtlichen Regelungen, die für Altersgrenzen als berufswahlbeschränkende Regelungen gelten. Solche Altersgrenzen werden in ständiger Rechtsprechung als subjektive Zulassungsbeschränkungen eingestuft. Derartige subjektive Zulassungsbeschränkungen werden als zulässig angesehen,

„wenn sie als Voraussetzung zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Berufes oder zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes, das der Freiheit des einzelnen vorgeht, erforderlich sind. Zu dem angestrebten Zweck dürfen sie nicht außer Verhältnis stehen und keine übermäßigen, unzumutbaren Belastungen enthalten.“<sup>33</sup>

Diesen Anforderungen würden die angegriffenen Vorschriften gerecht. Die Altersgrenze diene einem besonders wichtigen Gemeinschaftsgut. Nach der Gesetzesbegründung solle mit den angegriffenen Regelungen die angestrebte, zur Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung vom Gesetzgeber für erforderlich gehaltene Beschränkung der Vertragsarztzahlen nicht nur zu Lasten der jüngeren Ärzte verwirklicht werden.<sup>34</sup> Es könne da-

---

<sup>32</sup> BVerfG(K), Beschl. v. 31.3.1998, NJW 1998, 1776.

<sup>33</sup> BVerfG(K), aaO, S. 1777.

<sup>34</sup> So BVerfG, aaO, unter Bezugnahme auf BT-Drucks. 12/3608, S. 93.

hinstehen, ob dieser Zweck allein die Einführung der Altersgrenze zu rechtfertigen vermöge, denn das Bundesverfassungsgericht prüfe, ob eine gesetzliche Regelung verfassungsgemäß sei, unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, auch wenn sie in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden hätten.<sup>35</sup> Für unser Thema besonders bemerkenswert sind die folgenden Ausführungen, die ich daher wörtlich zitiere:

„Wie bei allen Altersgrenzen, die die Berufsausübung im höheren Alter einschränken, dienen die angegriffenen Regelungen auch dazu, den Gefährdungen, die von älteren, nicht mehr voll leistungsfähigen Berufstätigen ausgehen, einzudämmen. Hier geht es um Gefahren, die von nicht mehr leistungsfähigen Vertragsärzten für die Gesundheit der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten ausgehen und die im Zusammenhang mit dem System der gesetzlichen Versicherung zu beurteilen sind. Die gesetzlich Versicherten haben anders als privat versicherte Patienten aufgrund des Sachleistungsprinzips nur Anspruch auf Behandlung durch einen Vertragsarzt. Die Tätigkeit als Vertragsarzt stellt hohe Anforderungen an die volle körperliche und geistige Leistungsfähigkeit. Es entspricht der Lebenserfahrung, daß die Gefahr einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit auch heute noch mit zunehmendem Alter größer wird ... Der Gesundheitsschutz stellt ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut dar, das selbst erhebliche Einschränkungen der Berufswahlfreiheit – auch bei einem freien Beruf – rechtfertigen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Beruf Teil einer Daseinsvorsorge ist, auf die weite Teile der Bevölkerung angewiesen sind ... Die angegriffenen Regelungen genügen auch den Anforderungen, die aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgen ... Sie sind zur Sicherung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit des Vertragsarztes geeignet und erforderlich. Der Gesetzgeber ist im Rahmen des ihm eingeräumten Gestaltungsspielraums nicht darauf beschränkt, jeweils im Einzelfall

---

<sup>35</sup> BVerfG, aaO, unter Bezugnahme auf BVerfGE 21, 292 (299) u. 33, 171 (186).

nach Vollendung des 68. Lebensjahres eine individuelle Prüfung der Leistungsfähigkeit zur Sicherstellung dieses Zieles vorzunehmen. Er darf auf der Grundlage von Erfahrungswerten eine generalisierende Regelung erlassen ...<sup>36</sup>

Nach alledem werde bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten. Die Altersgrenze liege höher als die Regelaltersgrenzen in vielen anderen Berufen und sei schon deshalb nicht unverhältnismäßig. Der Eingriff werde darüber hinaus dadurch abgemildert, dass der Vertragsarzt auch nach Vollendung des 68. Lebensjahres durch eine privatärztliche Tätigkeit – „wenn auch nur in begrenztem Umfang“ – Einkünfte erzielen könne. Ob auch die Sicherung der Qualität der vertragsärztlichen Versorgung im Hinblick auf eine rasche und sichere Heilung der Versicherten und die effektive und sparsame Verwendung der Beiträge oder die Sicherstellung der vollen Einsatzfähigkeit des Vertragsarztes die Altersgrenze rechtfertigen könne, bedürfe keiner Entscheidung.<sup>37</sup> Vor dem Hintergrund zwischenzeitlicher umfänglicher Regelungen auf der Ebene des Europäischen Gemeinschaftsrechts mit besonderem Nachdruck zu hinterfragen sind namentlich die sodann folgenden Ausführungen zum Gleichheitssatz, wenn es dort heißt:

„Die Altersgrenze verstößt auch nicht gegen Art. 3 I GG. Der Gesetzgeber wird durch den Gleichheitssatz nicht gehindert, die Berufsausübung des Vertragsarztes im Gegensatz zu derjenigen anderer freier Berufe einer Altersbegrenzung zu unterwerfen ... Dies gilt auch, soweit Ärzte mit Approbation auch nach Vollendung des 68. Lebensjahres bei bestehender Leistungsfähigkeit

---

<sup>36</sup> BVerfG(K), NJW 1998, 1777.

<sup>37</sup> BVerfG, aaO.

berufsrechtlich weiter zur privatärztlichen Tätigkeit befugt sind.“<sup>38</sup>

Mit Urteil vom 25.11.1998 hielt der 6. Senat des Bundessozialgerichts gleichfalls die Vorschriften über die Beendigung der Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit nach Vollendung des 68. Lebensjahres für mit dem Grundgesetz vereinbar und nahm dabei ausdrücklich Bezug auf den vorgenannten Kammerbeschluss vom 31.3.1998. Die Altersgrenze für Vertragsärzte stelle sicher, dass der nachrückenden Ärztegeneration trotz bestehender Zulassungsbeschränkungen in überversorgten Gebieten Chancen auf eine erstmalige existenzsichernde berufliche Betätigung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung erhalten blieben. Die Beendigungs-Altersgrenze garantiere, dass der innerärztliche Generationswechsel tatsächlich in ausreichendem Umfange stattfindet.<sup>39</sup> Nach den vorliegenden Statistiken waren im Bundesgebiet seinerzeit noch mehr als 2700 Vertragsärzte 69 Jahre oder älter und immerhin noch 437 von ihnen 80 Jahre und älter. Unter Bezugnahme auf die Notariatsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus den 90er-Jahren wurde die Zulässigkeit der Einbeziehung des Gesichtspunkts einer ausgewogenen Altersstruktur betont. In diesem Zusammenhang wurde ganz offen eingeräumt, dass es sich hierbei um eine bedarfsorientierte Bewertung handelt, wenn nämlich von einem Grundgedanken die Rede ist,

„daß Zulassungsbeschränkungen unter Bedarfsgesichtspunkten sowohl im Hinblick auf eine ausgewogene Altersstruktur als auch hinsichtlich der Erhaltung von Berufschancen der nachrückenden Generationen die Einführung einer Höchstaltersgrenze für die Ausübung des jeweiligen Berufs nahe liegen bzw. jeden-

---

<sup>38</sup> BVerfG, aaO, S. 1778.

<sup>39</sup> BSGE 83, 135 (143).

falls unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten rechtfertigen können.“<sup>40</sup>

Bemerkenswerterweise gilt die genannte Altersgrenze nach einem aktuellen Beschluss dieses Senats des BSG mangels eines hinreichend konkreten Verbots allerdings nicht für Vertretungen im Urlaubs-, Krankheits- oder Fortbildungsfall.<sup>41</sup>

### **3. Zur tarifvertraglichen Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten**

Eine Verfassungsbeschwerde zu der Frage, ob eine tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren für die Arbeitsverhältnisse von Piloten mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, wurde durch Beschluss einer Kammer des 1. Senats vom 25.11.2004 unlängst nicht zur Entscheidung angenommen. Dabei wurde allgemein konstatiert, dass die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Zulässigkeit von Altersgrenzenregelungen schon vom Bundesverfassungsgericht entwickelt sind.<sup>42</sup> Auch hier heißt es wiederum lapidar, dass eine Altersgrenze eine subjektive Zulassungsbeschränkung ist, die als zulässig betrachtet wird, wenn sie als Voraussetzung zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Berufes oder zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes, das der Freiheit des Einzelnen vorgeht, erforderlich ist; zu dem angestrebten Zweck darf sie nicht außer Verhältnis stehen und keine übermäßigen, unzumutbaren Belastungen enthalten. Die vorgenannte Altersgrenze diene einem besonders wichtigen Gemeinschaftsgut, nämlich dem Gesundheitsschutz einer Vielzahl von Personen, die

---

<sup>40</sup> BSG, aaO, S. 144.

<sup>41</sup> BSG, B.v. 30.6.2004 – 6 KA 11/04 R –, GesR 2004, 488 ff.

<sup>42</sup> BVerfG, EuGRZ 2004, 803 f. unter Bezugnahme auf BVerfGE 9, 338 (344 ff.); 64, 72 (82 ff.); 103, 172 (182 f.).

bei einem Versagen des Piloten aufgrund von Ausfallerscheinungen gefährdet sein könnten:

„Die Tätigkeit eines Piloten stellt hohe Anforderungen an die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit mit zunehmenden Alter größer wird ... Der Schutz von Leben und Gesundheit stellt ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut dar, das selbst erhebliche Einschränkungen der Berufsfreiheit rechtfertigen kann ... Die Tarifvertragsparteien sind – im Rahmen der ihnen verfassungsrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 GG eingeräumten Gestaltungsbefugnis ... – nicht darauf beschränkt, jeweils im Einzelfall ab Vollendung des 60. Lebensjahres eine individuelle Prüfung der Leitungsfähigkeit zur Sicherstellung dieses Zieles vorzusehen. Die Tarifvertragsparteien können – ebenso wie dies der Gesetzgeber durfte – auf der Grundlage von Erfahrungswerten eine generalisierende Regelung erlassen.“<sup>43</sup>

Es sei nichts dafür ersichtlich, dass das Bundesarbeitsgericht von einer effektiven Kontrolle des Sachgrundes bei tariflichen Altersgrenzenregelungen abgesehen habe, welche nur dann als unwirksam verworfen würden, wenn ein sachlicher Grund für die Altersgrenze tatsächlich nicht erkennbar sei.

Hierin liegt – soviel kann bereits gesagt werden – eine für generelle Überlegungen zu Altersgrenzen wichtige Prämisse, da das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf eine Entscheidung zur Unwirksamkeit einer tariflichen Altersgrenze von 55 Jahren für das Kabinenpersonal, vor allem also die Stewardessen betreffend, Bezug genommen hat. Die entsprechende Regelung in einem Manteltarifvertrag war wegen Fehlens eines sie rechtfertigenden Sachgrundes für unwirksam erklärt

---

<sup>43</sup> BVerfG, aaO, S. 804 unter Bezugnahme auf BVerfGE 9, 338 (348); 64, 72 (85).

worden, weil ein mit zunehmendem Alter ansteigendes Risiko plötzlicher Ausfallerscheinungen und unerwarteter Fehlreaktionen die vorliegende Altersgrenze nicht zu rechtfertigen vermochte:

„Beim Kabinenpersonal eines Passagierflugzeugs ist ein derartiges Sicherheitsrisiko in nicht annähernd gleicher Weise wie beim Cockpitpersonal gegeben. Fälle, in denen der altersbedingte Ausfall eines Mitglieds des Kabinenpersonals die Flugpassagiere, das Flugpersonal und gar Menschen in überflogenen Gebieten in ernste Gefahr bringen könnten, sind derart theoretisch und unwahrscheinlich, dass sie nicht geeignet sind, zur Rechtfertigung einer generellen Altersgrenze von 55 Jahren für diese Personengruppe zu dienen. Falls ein Mitglied des Kabinenpersonals tatsächlich während eines Fluges einmal altersbedingt ausfallen sollte, werden dadurch Leib und Leben der Flugpassagiere und des Flugpersonals und sonstige wichtige Rechtsgüter nicht gefährdet.“<sup>44</sup>

Allein mit der extremen Ausnahmesituation einer etwaigen Notlandung lasse sich die Altersgrenze nicht rechtfertigen; hierbei handele es sich ersichtlich um ein vorgeschobenes Argument. Ein etwaiges Interesse der beklagten Fluggesellschaft an einem jungen Erscheinungsbild des Kabinenpersonals wäre – jedenfalls ohne Hinzutreten besonderer Umstände – im übrigen ebenfalls kein Sachgrund, der eine Altersgrenze von 55 Jahren zu rechtfertigen geeignet wäre.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> BAGE 102, 65 (71).

<sup>45</sup> BAG, aaO, S. 71 f.

### III. Kritische Anmerkungen zu den Grundlinien dieser ständigen Rechtsprechung

In der staatsrechtlichen Literatur, die sich freilich merkwürdigerweise bislang kaum mit besonderem Engagement den Verfassungsfragen des Alters und der Altersgrenzen gewidmet hat<sup>46</sup>, finden sich neben Signalen pauschaler Zustimmung<sup>47</sup> bereits in den 70er-Jahren durchaus kritische Anmerkungen zu zentralen Grundlinien dieser Judikatur.

So wird als erstes moniert, dass starre Altersgrenzen durchweg die Freiheit der Berufswahl betreffen, und zwar in Gestalt des Elements der Freiheit der Berufsbeendigung.

Zum zweiten wird zutreffend herausgestellt, dass solche Altersgrenzen entgegen der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, da sie von dem Einzelnen nicht beeinflussbar sind, nicht als subjektive Zugangsbeschränkungen, sondern nach den strengeren Kriterien einer objektiven Berufssperre zu beurteilen und damit nur zu rechtfertigen sind, wenn konkrete Erfordernisse zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter nachweisbar sind, wenn etwa – wie bei einem Piloten – Leben und Gesundheit von Bürgern durch abnehmende Leistungsfähigkeit konkret gefährdet sind. So hieß es schon 1994 in der Mainzer Antrittsvorlesung von Friedhelm Hufen:

„Besonders bedenklich sind allgemeine Lebensaltersgrenzen, also ‚Zwangspensionierungen‘, bei den freien Berufen auch soweit diese in öffentliche Funktionen eingebunden sind. Auch im übr-

---

<sup>46</sup> Siehe immerhin *P. Häberle*, Altern und Alter des Menschen als Verfassungsproblem, FS P. Lerche, 1993, S. 189 ff.; *A. Nußberger*, Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts, JZ 2003, 524 ff.

<sup>47</sup> Völlig unkritische Ergebnisübernahme etwa bei *G. Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Komm., 4. Aufl. 1999, Art. 12 Rdn. 228 f.; siehe auch *R. Jahn*, GewArch. 1991, 247 ff.



gen aber können Verallgemeinerungen über erstrebenswerte Altersstrukturen in bestimmten Berufen und Versuche, ältere Arbeitnehmer zur Funktionsreserve des Arbeitsmarktes zu machen, verfassungsrechtlich gesehen kaum auf Verständnis stoßen. Dies gilt um so mehr, als wir längst wissen, daß wir uns schon aus bevölkerungspolitischer Sicht und wegen der Tragfähigkeit sozialer Sicherungssysteme starre und vor allem zu frühe Altersgrenzen nicht mehr leisten können. Wir wissen außerdem, wie sehr die Berufsfähigkeit von der Art der Tätigkeit und der individuellen Leistungsfähigkeit abhängt. Wer vor diesem Hintergrund in starren Altersgrenzen ein Allheilmittel für die Lösung von Arbeitsmarktproblemen sieht, verstößt sowohl gegen die Berufsfreiheit als auch gegen das aus Art. 3 III GG folgende Verbot der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte.“<sup>48</sup>

Diese Einschätzungen wurden von demselben Autor zehn Jahre später mit Blick auf den Grundrechtsschutz der Leistungserbringer in Zeiten der Gesundheitsreform wie folgt präzisiert:

„Altersgrenzen und bedarfsorientierte Zulassungsschranken zur gesetzlichen Krankenversicherung wurden vom BVerfG als Berufsausübungsregeln betrachtet. Gedanklicher Hintergrund ist wohl die Vorstellung, der Arzt könne seinen Beruf auch unabhängig von der Vertragsarztzulassung ausüben. Eine solche Argumentation ist bei einem Versorgungsgrad von annähernd 90 Prozent der Bevölkerung und der abnehmenden Zahl von ‚Privatpatienten‘ nicht nur lebensfremd, sondern auch verfassungsrechtlich nicht haltbar, weil eine Berufsausübung ohne Zulassung unmöglich ist.

Auch in einem weiteren Punkt ist die Rechtsprechung inkonsequent: Während subjektive Berufszulassungsschranken stets mit ‚Beeinflussbarkeit‘ gleichgesetzt werden und objektive dementsprechend mit ‚nicht beeinflussbar‘, geht die Rechtsprechung seit langem davon aus, dass Altersgrenzen subjektive Zulassungskriterien sind. Dabei wird zum einen verkannt, dass der einzelne

---

<sup>48</sup> F. Hufen, NJW 1994, 2913 (2921).

sein Alter nicht beeinflussen kann. Gravierender aber ist die eigentliche Motivation: Es geht nicht um Qualifikation, Leistungsfähigkeit usw. ..., sondern um eine schlichte Bedarfssteuerung, also die besonders strengen Rechtfertigungsanforderungen unterliegende ‚klassische‘ objektive Berufszulassungsschranke.“<sup>49</sup>

Die Folge konsequenter Anwendung der von der Rechtsprechung ansonsten herangezogenen Kriterien wäre aus seiner Sicht:

„Altersgrenzen bei dem Zulassungs- und Versorgungssystem aus reinen Bedarfsgründen wären als verfassungswidrig abzulehnen. Altersgrenzen in Bezug auf abnehmende Leistungsfähigkeit wären Sache des Arztrechts und hätten im Sozialversicherungsrecht nichts zu suchen. Die Kritik der Literatur ist insofern nahezu einhellig.“<sup>50</sup>

Dem ist eigentlich kaum etwas hinzuzufügen.

#### **IV. Rechtsprechungsimmanente Ansatzpunkte für Bewertungsänderungen**

Selbst wenn man freilich geneigt ist, den Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts im Grundsatz zu folgen, so bieten sich doch auch dann vor dem Hintergrund der aktuellen Herausforderungen durchaus lohnende perspektivische Ansätze einer Verstärkung argumentativer Anforderungen an altersbezogene gesetzgeberische Grenzziehungen.

1. Gerade vor dem Hintergrund unübersehbar massiver europäischer Grundrechtsentwicklungen, die eindrucksvoll im Beitrag von Prof. Lenz dargelegt worden sind, bestehen Impulse für eine

---

<sup>49</sup> *F. Hufen*, NJW 2004, 14 (16).

<sup>50</sup> *Ders.*, aaO, S. 17 mit ausführlichen Literaturhinweisen; siehe auch die Kritik von *H. Sodan*, NJW 2003, 257 (258 f.).

grundrechtlich induzierte Einschränkung bislang hingenommener breit dimensionierter gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume.

Soweit es nämlich bislang bei der Anwendung des Übermaßverbots auf gesetzgeberische Wertungen und Prognosen ankam, erfolgte seitens des BVerfG eine nur eingeschränkte Überprüfung; als vertretbar bezeichnete Einschätzungen wurden toleriert, Irrtümer des Gesetzgebers über voraussichtliche Geschehensabläufe wurden in Kauf genommen.<sup>51</sup> Die Kontrollmaßstäbe des Gerichts blieben freilich uneinheitlich:<sup>52</sup> Sie reichten von schlichter Evidenz-<sup>53</sup> über Vertretbarkeitskontrolle<sup>54</sup> bis hin zu intensivierter inhaltlicher Kontrolle.<sup>55</sup>

Die Berufsfreiheit ist schließlich ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.<sup>56</sup> Einschränkungen der Freiheit der Berufswahl bedürfen der Legitimation durch ein Verfassungsrechtsgut und der besonders sorgfältigen Prüfung am Maßstab des Übermaßverbots. Entsprechende jüngste Hinweise des BVerfG auf die umfassende Kontrolle der sachlichen Rechtfertigung von Altersgrenzen durch das BAG sollten ernstgenommen und auf breiter Front eingefordert werden.

2. Durch die gleichfalls gemeinschaftsrechtlich verstärkten Gleichheitsgebote können im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart übergreifende kontinuierlich orientierte Anforderungen einer Generationengerechtigkeit möglicherweise eine weitere Basis für eine

---

<sup>51</sup> BVerfGE 25, 1 (12 f.); 39, 210 (226); 47, 109 (117); 50, 290 (333 ff.).

<sup>52</sup> Zustimmung *W. Weiß*, VerwArch 90 (1999), S. 415 (432 f.).

<sup>53</sup> BVerfGE 36, 1 (17); 37, 1 (20); 40, 196 (223).

<sup>54</sup> BVerfGE 25, 1 (17); 39, 210 (225 f.); 50, 290 (333).

<sup>55</sup> BVerfGE 7, 377 (415 ff.); 87, 363 (382 ff.).

<sup>56</sup> So zutr. *F. Hufen*, NJW 1994, 2994, 2913 (2918) und *U. M. Gassner*, NVwZ 1995, 449 (450).

erhöhte verfassungsgerichtliche Kontrolldichte unter dem vorgeannten Blickwinkel des Übermaßverbots darstellen.

3. Vor allem aber die zwischenzeitlich Gemeingut gewordene Erkenntnis massiver demografischer Veränderungen bietet Anlass für Überlegungen zur Neuorientierung.<sup>57</sup> Bemerkenswerterweise meinen Bundesbürger nach aktuellen Umfragen inzwischen, erst ab 74 sei man wirklich alt.<sup>58</sup> Amerikanische Sozialwissenschaftler unterscheiden plakativ zwischen go-gos (bis 60), slow-gos (60-75) und no-gos (über 75 Jahre). Nur bei letzteren dürften sich heutzutage generelle Limitierungen rechtfertigen lassen. Dagegen entspricht nach neueren gerontologischen Erkenntnissen die geistige und körperliche Fitness eines heute 75-Jährigen eher der eines 60-Jährigen vor 50 Jahren.<sup>59</sup>

4. Hochinteressant sind übrigens auch auslegungsmethodische Erwägungen, wie sie von einer Kammer des 1. Senats auf Verfassungsbeschwerde eines früheren Richters hin, der nach seiner Pensionierung häufiger ohne entsprechende Genehmigung rechtsberatend tätig und hierfür mit einer Geldbuße belegt worden war, in einem Beschluss vom 29.7.2004 zu der Frage, was unter dem Begriff der unerlaubten „geschäftsmäßigen Rechtsberatung“ im Sinne des Rechtsberatungsgesetzes zu verstehen ist, artikuliert wurden. Bei der Auslegung eines Gesetzes haben die Gerichte, wie dort vermerkt wird, auch zu berücksichtigen, dass dieses einem Alterungsprozess unterworfen ist:

„Das Rechtsberatungsgesetz steht in einem Umfeld sozialer Verhältnisse und gesellschaftspolitischer Anschauungen, mit deren Wandel sich auch der Norminhalt ändern kann. Die Gerichte ha-

---

<sup>57</sup> Dazu statt vieler allg. *O. Wulff*, FS H. W. Kruse, 2001, S. 119 ff.; *ders.*, FS J. Kirchhoff, 2002, S. 145 ff. m.w.N.

<sup>58</sup> XA zum Thema Ruhestand; vgl. FAZ, Nr. 117 v. 23.5.2005, S. 5.

<sup>59</sup> siehe bereits *U. Gast*, BB 1993, 1146.

ben vor diesem Hintergrund zu prüfen, ob das Gesetz für alle Fälle, auf die seine Regelung abzielt, eine gerechte Lösung bereithält. Sie sind daher befugt und verpflichtet, zu prüfen, was unter den veränderten Umständen ‚Recht‘ i.S. des Art. 20 III GG ist ... Dabei haben sie unter Anwendung der allgemein anerkannten Auslegungsmethoden – zu denen auch die teleologische Reduktion gehört ... – zu prüfen, ob die gesetzliche Regelung zwischenzeitlich lückenhaft geworden ist. ... Sind mehrere Deutungen einer Norm möglich, so verdient diejenige den Vorzug, die den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht.“<sup>60</sup>

Dem ist auf dem vorliegenden Themenfeld jedenfalls dort Rechnung zu tragen, wo es nicht um starre numerische Festlegungen selbst, sondern um die Auslegung von Generalklauseln in entsprechenden Normierungen geht. Konsequenterweise hat das BSG, wie bereits erwähnt, erst unlängst festgestellt, die Altersgrenze von 68 Jahren für Vertragsärzte gelte nicht für Vertretungen im Urlaubs-, Krankheits- oder Fortbildungsfall. Davon wird man auch bei der Inanspruchnahme einer Elternzeit<sup>61</sup> durch Ärztinnen auszugehen haben.

5. Interessante Erwägungen enthält schließlich auch ein Beschluss des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 6.7.2004 zur Nichtgewährung von Kindergeld für Ausländer, wo es im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz heißt:

„Strengere Anforderungen an eine an die Zugehörigkeit zu einer Personengruppe anknüpfende Unterscheidung sind auch dann zu stellen, wenn der einzelne das Vorliegen des Differenzierungsmerkmals nicht durch eigenes Verhalten beeinflussen kann.“<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> BVerfG(K), NJW 2004, 2662 mit Rspr.nachweisen.

<sup>61</sup> Siehe etwa die Elternzeit VO NRW v. 22.6.2004 (GVBl. S. 377).

<sup>62</sup> BVerfG, NVwZ 2005, 201.

Diese kürzlich mit Blick auf den ausländerrechtlichen Status einer Person formulierten gerichtlichen Kontrollansätze dürften vor allem im Sinne der sog. neuen Formel am Gleichheitssatz orientierte intensivere Überlegungen nahe legen, aber auch für die jeweils berufsbezogen unternommene Würdigung starrer Altersgrenzen nicht unberücksichtigt bleiben. Die mit Recht bereits als „patriarchalisch“<sup>63</sup> eingestufte Einschätzung des Gerichts aus dem Jahre 1983 („Für die Betroffenen erscheint zudem eine generelle Altersgrenze eher zumutbar als das Ansinnen, eine über die Vollen- dung des 70. Lebensjahres hinaus fortbestehende Leistungsfähig- keit jeweils durch Vorlage amtsärztlicher Zeugnisse nachzuwei- sen. Wenn der schleswig-holsteinische Gesetzgeber eine generelle Regelung vorgezogen hat, bleibt er jedenfalls innerhalb seiner durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG eingeräumten Gestaltungsbefug- nis.“)<sup>64</sup> dürfte so kaum das letzte Wort in Sachen starre Höchstal- tersgrenze statt individualisierte Leistungsüberprüfung gewesen sein.

## V. Fazit

Die bisherigen Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsge- richts zu Höchstaltersgrenzen als berufsbezogenen Regelungen bedürfen angesichts der Dynamik der demografischen Entwick- lung in Deutschland, der deutlich zu registrierenden europäischen Impulse und des hohen grundrechtlichen Stellenwerts individuel- ler Optionen für berufliche Betätigung einer kritischen verfas- sungsrechtlichen Analyse. Im Anschluss hieran sollten sich nach den jeweiligen spezifischen Fallkonstellationen als besonders er-

---

<sup>63</sup> So *A. Nußberger*, JZ 2002, 524 (530).

<sup>64</sup> BVerfGE 64, 72 (85) zur Altersgrenze von Prüflingen für Bausta- tik.

folgversprechend anbietende Gelegenheiten zur Ermöglichung einer Kurskorrektur entschlossen wahrgenommen werden, sei es in Richtung auf die Heraufsetzung einer relevanten generellen Höchstaltersgrenze, sei es zur Ermöglichung einer Überprüfung des Fortbestehens der individuellen Leistungskraft im Einzelfall.

## **Die Autorin/Die Autoren**

Prof. Dr. Carl Otto Lenz, Generalanwalt am Europäischen Gerichtshof a. D.

Prof. Dr. Thomas Mann, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Universität Göttingen.

Prof. Dr. Angelika Nußberger, Direktorin des Instituts für Ostrecht, Universität zu Köln.

Prof. Dr. Peter J. Tettinger †, Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtslehre, Universität zu Köln.

Prof. Dr. Otto Wulff, Bundesvorsitzender der Senioren-Union.