

und nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht vollständig gleichzustellen, entsprochen werden.

## VI. Schluss

Das Gutachten von *Nina Dethloff* gibt der Diskussion um die Reform der Ausgleichssysteme bei der Auflösung von Ehen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften anlässlich des 67. DJT eine breite, in vielen Punkten kritische und herausfordernde Grundlage. Die Gutachterin sieht in allen Bereichen großen bzw. erheblichen Reformbedarf. Dieser

Sichtweise kann nicht vollständig zugestimmt werden; das geltende Recht des Ausgleichs bei Ehescheidung ist weitgehend noch zeitgemäß, Reformbedarf besteht hier angesichts der bereits erfolgten bzw. geplanten Gesetzesänderungen nur in einzelnen Punkten. Im Grundsatz können auch die Ausgleichsmöglichkeiten beim Auseinandergehen nicht verheirateter Partner als zeitgemäß angesehen werden, Reformbedarf ist hier nur insoweit gegeben, als vor allem der *BGH* seine restriktive Haltung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufgeben und die vorhandenen Spielräume im geltenden Recht zugunsten bzw. im Interesse des wirtschaftlich schwächeren Lebensgefährten nutzen sollte.

---

## Abteilung Arbeits- und Sozialrecht

Professor Dr. Volker Rieble, München\*

# Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer?

## I. Sozialpolitisch korrekte Themenwahl

Der 67. DJT 2008 mußte in der arbeitsrechtlichen Abteilung ein „sozialpolitisch korrektes“ Thema wählen, nachdem 2006 die Unternehmensmitbestimmung zu Disharmonie und – einmalig – zum Verzicht auf eine Abstimmung über die eher zaghaften Thesen von *Ludwig Raiser* geführt hat.

Alternde Gesellschaft und alternde Arbeitswelt sind wunderbar geeignet. Alle altern oder rechnen jedenfalls damit. Universitätsprofessoren leben seit jeher vor, wie man bis ins hohe Alter am Arbeitsleben teilhaben kann. Im übrigen wird versucht, Arbeit im Alter als unerwünschte Belastung zu begreifen. Sozialpolitisches Leitbild ist der erschöpfte und kranke Dachdecker, dem man nicht zumuten darf, mit 64 noch eine Leiter zu besteigen. Die politische Diskussion betrifft vor allem Sozialversicherungssysteme – Stichwort: Rentenaltersgrenze – und die auslaufende Förderung der Altersteilzeit. Tarifpolitisch zeigt die IG Metall, worum es geht: Wer bezahlt künftig die Altersteilzeit – genauer: wie werden die Lasten der Einkommenseinbußen gegenüber dem zu sichernden Lebensstandard verteilt? Hier geht es um sozial- und tarifpolitische Quersubvention, also um Umverteilung!

Worum also geht es dem DJT und dem Gutachten von *Ulrich Preis*? Um einen Aspekt des Universalthemas „Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen“. So hieß freilich schon das Abteilungsthema des 65. DJT 2004 – mit anderer Schwerpunktsetzung<sup>1</sup>. „Der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand“ war Thema des 62. DJT 1998. Rechtsmethodik und Rechtsphilosophie sind aufgerufen, auf der Metaebene „alternde Themen und Diskussionen“ zu untersuchen<sup>2</sup>. Als Arbeitsrechtler nimmt der Verfasser im Folgenden in erster Linie Stellung zu den arbeitsrechtlichen Aussagen des Gutachtens.

## II. Befund

### 1. Dreiklang im Ausgang: Demographie, Altersforschung, Ökonomie

Die alternde Gesellschaft ist ein umfassendes und komplexes Phänomen, das viele rechtliche und politische Fragen in allen Bereichen aufwirft. Der demographische Befund ist inzwischen allseits bekannt. „Irreversibel“ – wie *Preis* und viele meinen – ist er nicht. Die Zukunft läßt sich nicht vorher-sagen; wir wissen nichts über künftige Migrationsströme (Zuzug Junger und Wegzug Älterer) und auch nichts über Sterbeverläufe. Eine einzige Grippeepidemie<sup>3</sup> kann die Altersstruktur der Bevölkerung nachhaltig beeinflussen – in beide Richtungen, je nachdem, ob vor allem Jüngere oder Ältere sterben. Überdies ist es eine merkwürdige Einengung des Erkenntnisobjekts, sich „die deutsche Bevölkerung“ und deren künftige demographische Entwicklung und ihre Arbeitsmarktsituation vorzunehmen. Ist dies im Zuge der Europäisierung und – wenigstens für hochmobile Arbeitnehmergruppen zu verzeichnenden – Globalisierung des Arbeitsmarktes sachgerecht? Erliegen wir hier nicht einer überholten deutschtümelnden Einengung des Blickes auf eine gar nicht mehr geschlossene Volkswirtschaft?

Flankiert wird die Demographie von der medizinischen Altersforschung, die erstens ein Hinausschieben des Alterungsprozesses entsprechend der verlängerten Lebenserwartung konstatiert und zweitens die Veränderungen im Arbeits- und Leistungsverhalten mit zunehmendem Lebensalter aufzeigt. Die wesentliche, auch von *Preis* mit Recht betonte Erkenntnis der Altersforschung ist die Komplexität des Alterns. Schematische Aussagen verbieten sich, jeder altert anders. Es gibt 60-Jährige, die in ihrer Leistungsfähigkeit 45-Jährigen weit voraus sind. Das wirft bereits einen deutlichen

Schatten auf tradierte Formen der Altersdifferenzierung, die pauschal auf ein bestimmtes Lebensalter abstellen.

Schließlich geht es um die Marktwirkungen des Alters und des Alterns. Das betrifft mikro- wie makroökonomische Aspekte. Die veränderte Altersstruktur wirkt zunächst auf das Markt- und Erwerbsverhalten Einzelner (Arbeitsangebot, aber auch Konsum- und Sparverhalten), sodann auf die „gesamtwirtschaftliche Betrachtung“ und unterläuft auf einer Zwischenebene die Funktionsannahmen und -voraussetzungen nahezu aller gesellschaftlichen Subsysteme – von der Kranken- und Pflegeversorgung (und ihren Einstrahlungen ins Arbeitsverhältnis) bis zu den Fernwirkungen auf die (weniger werdenden) Familien.

Ökonomische Folgewirkungen sind hochkomplex und schwer zu erfassen. Ergänzend zu den eher knappen Ausführungen von Preis ist zentral auf die Arbeit des Mannheimer Forschungsinstituts Ökonomie und Demographischer Wandel (MEA) hinzuweisen<sup>4</sup>, aber auch auf das Netzwerk Alternsforschung der Universität Heidelberg<sup>5</sup> und das Rostocker Zentrum für Demographischen Wandel<sup>6</sup>.

## 2. Komplexität, Individualisierung und regulatorische Unsicherheit

### a) Methode: Individualismus

Methodisch ist die Frage aufgeworfen, wie mit solchen „komplexen Phänomenen“ umzugehen ist. Friedrich August von Hayek liegt nicht im Wahrnehmungshorizont des Gutachters. Seine „Theorie komplexer Phänomene“<sup>7</sup> gibt Antworten: Jede zentrale Steuerung (Planwirtschaft) bedeutet eine Anmaßung von Wissen. Das gilt erst recht, wenn das Phänomen der alternden Gesellschaft praktisch alle Lebensbereiche durchdringt und damit zahllose Wechselwirkungen der Subsysteme auslöst. Welche Auswirkungen etwa das Altern auf das Konsum- und Sparverhalten hat, welche Folgen dies für Kapital- und Arbeitsmärkte hat, kann niemand erahnen.

Mithin ist auch für die Sozialpolitik die Frage aufgeworfen, ob individuelles Altern und die Unvorhersagbarkeit der gesellschaftlichen Entwicklung eine zentrale Steuerung durch die Politik erlauben. Hier ist Preis zwiesgespalten. Einerseits will er richtig jedem einzelnen erlauben, selbst zu entscheiden, wie lange er arbeiten will, setzt also auf Dezentralität und methodologischen Individualismus: in der Rentenversicherung durch Verstärkung der Teilrente, dem Wegfall der Hinzuverdienstgrenzen und dem flexiblen Renteneintritt; im Arbeitsrecht durch einen das etablierte Altersgrenzensystem schonenden Vertragsverlängerungsanspruch des Arbeitnehmers, der über die Altersgrenze hinaus arbeiten will. Alles richtig, aber nicht hinreichend konsequent. Andererseits sucht Preis das Qualifizierungsproblem durch staatliche Sozialpolitik zu lösen: Der Staat möge doch individualisierte und paßgenaue Qualifizierung für jeden Arbeitnehmer anbieten (Gutachten B 81 ff, These 9f). Daß die Arbeitsförderungsverwaltung dies nicht kann, haben ZEW-Studien bereits belegt<sup>8</sup>. Zu Fehlanreizen durch falsche Qualifizierungs-

angebote, die dem Arbeitnehmer mehr schaden als nutzen, äußert sich das Gutachten nicht. Immerhin räumt Preis ein: „Aufgrund der Komplexität dieser Thematik kann in diesem Gutachten keine Blaupause zur Lösung der Weiterbildungsmisere aufgezeigt werden“ (B 85). Die eigentliche methodische Frage, ob die Komplexität „zu hoch“ ist, und deswegen überhaupt nur dezentrale Selbststeuerungssysteme mit individuellen Handlungsrechten in Betracht kommen, bleibt leider unbehandelt.

Die vielfach geforderte Individualisierung der Arbeitsverhältnisse, zu der sich das deutsche Arbeitsrecht nur punktuell bekennt (Teilzeit- und Entgeltumwandlungsanspruch, Programmsatz in § 75 BetrVG) wird auch das individuelle Altern berücksichtigen müssen. Preis formuliert zwar ein Verbot pauschaler Altersdifferenzierung (B 72 ff, These 9), ein grundsätzliches Gebot der Individualisierung durch personenbezogene Differenzierung postuliert er nicht. Immerhin soll die starre Altersgrenze aufgebrochen werden, das ist schon viel.

Erkennt man aber, daß die Individualität des Alterns der Schlüssel des Problems ist und daß deshalb verstärkt individuelle Regelungen der Arbeitsbedingungen erforderlich werden, ist eine weitere Zentralfrage unseres Arbeitsrechts angesprochen: das Verhältnis zum Kollektiv. Die berühmte Altersgrenzenentscheidung des Großen Senats mit ihrer Wahlrechtsgünstigkeit<sup>9</sup> belegt das. Es geht also um zweierlei:

– Erstens muß gefragt werden, welche „absoluten“ Grenzen altersschützenden Tarifnormen zu ziehen sind, die ökonomisch die gegenteilige Wirkung auslösen<sup>10</sup>. Müßte nicht jede tarifliche Unkündbarkeit nach Alter und/oder Betriebszugehörigkeit verboten werden? Müßte nicht jede Verdienstsicherung für ältere Arbeitnehmer unterbunden werden?

– Wenn Älteren und Alten die individuelle „Freiheit zu arbeiten“ eingeräumt werden soll, so impliziert das eine Stärkung der Individualvertragsfreiheit zu Lasten des Kollektivvertrags – also eine Erweiterung des Günstigkeitsprinzips<sup>11</sup>.

Ob und inwieweit die alternde Erwerbsgesellschaft solche Modifikationen des Tarifrechts erfordert, sagt das Gutachten nicht. Für die Tarifparteien hält der Gutachter vor allem maßvolle Appelle an deren Verantwortung bereit. Diese werden freilich nicht erhört werden: Die Überalterung des Mitgliederbestandes der Gewerkschaften löst einen organisationspolitischen Anreiz zu einseitiger Begünstigung älterer Arbeitnehmer aus, vor allem in Form von Privilegien (Verdienstsicherung, Unkündbarkeit usw.). Ein sachgerechter Interessenausgleich zwischen den Generationen kann nicht erwartet werden.

Methodischer Individualismus verlangt zugleich eine Berücksichtigung der Eigenverantwortung des Arbeitnehmers für seine Entscheidungen. Das freilich läuft dem traditionellen Menschenbild des Arbeitsrechts<sup>12</sup> zuwider. Welche Verantwortung trägt der Arbeitnehmer für seine Fehler im Qualifizierungs- und Erwerbsverhalten? Auch dazu findet der Leser keine Antwort.

<sup>4</sup> [www.mea.uni-mannheim.de/](http://www.mea.uni-mannheim.de/).

<sup>5</sup> [www.nar.uni-heidelberg.de/](http://www.nar.uni-heidelberg.de/).

<sup>6</sup> [www.rostockerzentrum.de/forschung/alterung/](http://www.rostockerzentrum.de/forschung/alterung/).

<sup>7</sup> (1972), Original: The Theory of Complex Phenomena, in: Bunge (Hrsg.), The Critical Approach to Science and Philosophy [FS Popper], 1964, S. 332 ff.

<sup>8</sup> Bergemann/Fitzenberger/Speckesser, Evaluating the Dynamic Employment Effects of Training Programs in East Germany Using Conditional Difference-in-Difference, 2004, ZEW Discussion Paper No. 04-41; Lechner/Miquel/Wunsch, Long-Run Effects of Public Sector Sponsored Training

in West Germany, 2005, ZEW Discussion Paper No. 05-02; Biewen/Fitzenberger/Osikominu/Waller, Which Program for Whom? Evidence on the Comparative Effectiveness of Public Sponsored Training Programs in Germany, 2007, ZEW Discussion Paper No. 07-042; zu diesem Thema auch Wogens/Sackmann/Grotheer Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (KZfSS) 2000, 60 ff.

<sup>9</sup> BAG, GS, 7. 11. 1989 – GS 3/85 – EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 34 = AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 = NZA 1990, 816.

<sup>10</sup> Dazu Rieble/Zedler ZfA 2006, 273, 297 f.

<sup>11</sup> Statt aller: Löwisch BB 1991, 59.

<sup>12</sup> Fastrich, in: Festschrift Kissel, 1994, S. 193.

**b) Normative Unsicherheit**

Zweitens geht es um normative Unsicherheit. Was ist „gutes Altern“? Woher bezieht der Gutachter seine Wertungen? Was sind „prekäre Arbeitsverhältnisse“ für Ältere? *Preis* übernimmt die Gewerkschaftslyrik vom Normalarbeitsverhältnis, ohne Rechenschaft über den normativen Hintergrund zu geben. Daß die sachgrundlose Befristung für ältere Arbeitslose (§ 14 Abs. 3 TzBfG in der durch Mangold erzwungenen Neufassung) eine Einbahnstraße ins Prekariat ist, wäre empirisch wie normativ begründungsbedürftig. Eine Begründung sucht der Rezensent vergebens: Anmaßung von Normativität?

Eine beschränkte normative Antwort gibt allein der Gleichheitssatz in Verbindung mit dem Verbot der Altersdiskriminierung. In der Tat ist jede Altersdifferenzierung – typischerweise die Begünstigung älterer Arbeitnehmer zu ihrem Schutz – grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig. Dieser Frage kann man sich auf zwei verschiedenen Wegen widmen:

– Man kann einmal streng normativ vorgehen. Dann ist jede Besser- oder Schlechterstellung Älterer in erster Linie durch tatsächliche und nachweisbare schlechtere Arbeitsmarktchancen zu begründen. Diesen Weg geht etwa eine neuere Dissertation von *Temming* mit dem Titel „Altersdiskriminierung im Arbeitsleben“ (2008). Die Arbeit wurde von *Ulrich Preis* betreut; sein Schüler *Temming* hat an dem Gutachten auch „mitgearbeitet“ (B 11). Wünschenswert wäre freilich gewesen, daß das Gutachten, das *Preis* als Alleinautor verantwortet, die zahlreichen Bezüge auch mit entsprechenden Nachweisen kennzeichnet. Die Arbeit von *Temming* fordert vielfach zu Widerspruch heraus, etwa wenn die „mutige“ Mangold-Entscheidung des *EuGH* mit ihrem primärrechtlichen Altersdiskriminierungsverbot verteidigt wird<sup>13</sup>. Diese Selbstermächtigung des *EuGH* zur legitimationslosen Gemeinschaftsgrundrechtssetzung verletzt die Gewaltenteilung (wenn man nicht korrigierend nur den allgemeinen Gleichheitssatz als Primärgrundrecht anerkennt). Mit *Kreber* und gegen *Temming* ist zu fragen: „Has the European Court of Justice gone mad?“<sup>14</sup>

– Die ökonomische Analyse des Rechts hingegen fragt nicht nur nach normativer Setzung, sondern nach faktischer Wirkung, also nach Folgenabschätzung. Wer diesen Weg beschreitet, wird in jeder Schutzvorschrift für Ältere zugleich ein Beschäftigungshindernis sehen, weil jede Schutzregelung die Arbeit verteuert und die Beschäftigung der solchermaßen Geschützten unattraktiver macht (Bumerang-Effekt). Modellhaft für diesen Ansatz steht eine „frische“, noch nicht erschienene Bonner Dissertation (*von Hoff*, Antidiskriminierung in Bezug auf das Merkmal Alter im Arbeitsrecht der USA und Deutschlands unter dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts, 2008). Abgesehen vom überlangen Titel verfolgt diese Arbeit den richtigen Weg: Arbeiten im Alter läßt sich nicht allein normativ regulieren; verantwortungsvolle Regelsetzer betreiben stets Wirkungsfolgenabschätzung<sup>15</sup>. Die Ineffizienz der Schutzregeln für Ältere stellt deren Verhältnismäßigkeit in Frage. Reine Senioritätsvergütungen erweisen sich auf der Wirkungsebene nachgerade als „Altenvertreibung“ vom Arbeitsmarkt.

13 *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 369 ff.

14 *Kreber*, The social rights approach of the European Court of Justice to enforce european employment law, Comparative Labor Law & Policy Journal (2006) 377 ff, 394; im Netz: [www.law.uinc.edu/publications/cll%26ppj/archive/vol\\_27/issue\\_3/KreberEUDevArticle27-3.pdf](http://www.law.uinc.edu/publications/cll%26ppj/archive/vol_27/issue_3/KreberEUDevArticle27-3.pdf)

15 Dazu *Rieble*, in: *Rieble/Junker* (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, 2007, S. 53 m. w. N.

### III. Die zentrale Herausforderung: Gleitender und individueller Übergang von der Erwerbs- in die Rentenphase

#### 1. Abschied von (Mindest- und) Höchstaltersgrenzen

Richtig postuliert das Gutachten (These 10a) einen grundsätzlichen Verzicht auf Höchstaltersgrenzen. Im Grundsatz soll jeder selbst entscheiden dürfen, in welchem Lebensalter er welcher Tätigkeit nachgehen will. Die mentale Vehemenz freilich hat das Nachdenken behindert: Der absolute (!) Verzicht auf jegliche Mindestaltersgrenze erlaubt Kinderarbeit und ermöglicht die Wiederansiedlung der Textilindustrie in Deutschland.

Selbstredend gibt es auch Tätigkeiten, bei denen im Interesse der Gefahrenabwehr Höchstaltersgrenzen möglich bleiben müssen.<sup>16</sup> Ich möchte nicht von einem 84-jährigen Piloten geflogen werden, der trotz intensiver medizinischer Flugtauglichkeitsuntersuchung letztlich einen alterstypischen Defekt erleidet. Immerhin ist darüber nachzudenken, ob anstelle der überschießenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein spezifisches Beschäftigungsverbot genügt.<sup>17</sup>

#### 2. Fragwürdiger Vertragsverlängerungsanspruch

So richtig die grundlegende Diagnose ist, daß die feste Regelaltersgrenze als Beendigungstatbestand des Arbeitsverhältnisses fallen muß<sup>18</sup>, so schwachbrüstig kommt der Therapieversuch daher. *Preis* will die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinnehmen, aber durch einen Anspruch auf Vertragsverlängerung des arbeitswilligen Alten kompensieren (These 10c, mißverständlich als Weiterbeschäftigungsanspruch formuliert).<sup>19</sup> Das sei behutsam und schonend. Vor allem aber ist es dysfunktional: Soll der Arbeitnehmer tatsächlich sein „Seniorenarbeitsverhältnis“ durch Klage begründen? Was kann dabei anderes herauskommen als eine Abfindung oder Entschädigung? Ich kann mir (außerhalb des öffentlichen Dienstes) kein funktionierendes Arbeitsverhältnis vorstellen, das auf solche Weise zustandekommt. Vielmehr dürfte ein solches System Mitnahmeeffekte auslösen: Wer ohnehin vorhat, aus der Arbeit in die Rente zu wechseln, der kann versuchen, über ein vorgeschobenes Weiterbeschäftigungsverlangen eine Abfindung mitzunehmen.

#### 3. Kein Sachgrund für Altersgrenzen

Radikal aber richtig und ordnungspolitisch sauber ist die Alternative, jegliche Altersgrenzen in Arbeitsverträgen und Tarifverträgen zu untersagen. Die Altersgrenze ist eine Befristung des Arbeitsverhältnisses – und sachlich nicht zu rechtfertigen.<sup>20</sup> Daß der *EuGH* sie in der *Palacios*-Entscheidung diskriminierungsrechtlich hingenommen hat<sup>21</sup>, bedeu-

16 Zur Höchstaltersgrenze für Piloten *BVerfG* (Kammer), 26.1.2007 – 2 BvR 2408/06 – EuGRZ 2007, 231; *BVerfG* (Kammer), 25.11.2004 – 1 BvR 2459/04 – AP Nr. 25 zu § 620 BGB Altersgrenze = BB 2005, 1231; für Vertragsärzte *BVerfG* (Kammer), 31.3.1998 – 1 BvR 2167/93 und 1 BvR 2198/93 – NZA 1998, 589 = NJW 1998, 1776; *BVerfG* (Kammer), 4.10.2001 – 1 BvR 1435/01 – NZS 2002, 144.

17 Kritisch auch *Laux* NZA 1991, 967, 970.

18 *Schlüter/Belling* NZA 1988, 297, 304; *Waltermann* NZA 2005, 1265, 1270; *Bertelsmann*, in: *Rust/Falke*, AGG, 2007, § 10 Rn. 237.

19 Zum „Weiterbeschäftigungsanspruch“ in diesem Sinne *Vollstädt*, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Vereinbarung einer Altersgrenze (1997), S. 374 ff.

20 *Bertelsmann*, in: *Rust/Falke* (Fn. 18), § 10 Rn. 237.

21 *EuGH*, 16.10.2007 – C-411/05 – EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr 3 = NZA 2007, 1219.

tet für das deutsche Recht und die deutsche Sozialpolitik nichts. Die beiden zentralen Erwägungen für eine Altersgrenze sind „krumme Hunde“:

– Die Kölner sozialpolitische Schule meint immer schon, die Altersgrenze schütze den Arbeitnehmer vor der Last einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen personenbedingten Kündigung<sup>22</sup>. In der Tat bedeutet der Verzicht auf eine Altersgrenze, daß diejenigen Arbeitnehmer, deren individuelle Leistungsfähigkeit unter das erträgliche Maß sinkt und die zugleich „uneinsichtig“ am Arbeitsverhältnis festhalten, eine Kündigung riskieren. Indes ist die Auseinandersetzung mit der eigenen Leistungsfähigkeit kein Grund für eine „humane Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch sachgerechte Altersgrenzen“<sup>23</sup>. Das ist erstens blanker Paternalismus. Wenn der einzelne Arbeitnehmer selbst einschätzen darf, wie lange er arbeiten will und kann, dann trägt er auch das Risiko der Fehleinschätzung – nicht anders als ein in jungen Jahren erkrankter Arbeitnehmer. Dieser Paternalismus unterstellt eine altersbedingte Starrköpfigkeit und Fehleinschätzung, die letztlich auf eine Entmündigung wegen hypothetischer Demenz hinausläuft. Vor allem aber beraubt sie alle Älteren der Weiterarbeitsmöglichkeit – nur um eine kleine Gruppe der starrköpfigen Minderleister vor sich selbst zu schützen.<sup>24</sup> Die eigentliche Frage geht dahin, ob ältere Arbeitnehmer mit eingeschränkter Leistungsfähigkeit entweder weniger arbeiten oder weniger Entgelt erhalten sollen – um den Kündigungsdruck zu mindern – oder ob die Kündigungsschutzintensität ab einem bestimmten Alter oder besser generell zurückgenommen wird, um eine eingehende Prüfung altersbedingten Leistungsabfalls zu vermeiden<sup>25</sup>.

– Zweites Rechtfertigungsargument ist die vom *EuGH* akzeptierte sozialpolitische und Markterwägung, die Alten mögen den Jungen (Arbeits-)Platz machen.<sup>26</sup> Das läuft letztlich auf eine sozialpolitisch induzierte „Enteignung“ der Markt- und Vertragschancen für Ältere hinaus – ohne Entschädigung. Das ist zuerst einmal ordnungspolitisch verfehlt, weil es keine Sonderverantwortung älterer Arbeitnehmer für arbeitslose Jüngere gibt, die dieses entschädigungslose Sonderopfer trüge.<sup>27</sup> Sie ist individualvertragsrechtlich immer schon dysfunktional (also diskriminierungsrechtlich „unangemessen“), weil die konkrete Beendigung des Einzelarbeitsverhältnisses überhaupt nicht davon abhängt, daß der solchermaßen frei werdende Arbeitsplatz wieder besetzt wird und dann auch noch mit einem jüngeren Arbeitslosen.<sup>28</sup>

Ein grundsätzliches Verbot der Altergrenze verschaffte dem älteren Arbeitnehmer ein nur noch durch den Tod auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis – mit grundsätzlichem Kündigungsschutz. Das wiederum löst erst recht den Anreiz aus, trotz Beendigungsbereitschaft noch eine Abfindung „mitzunehmen“.<sup>29</sup>

Indes: Das Problem liegt nicht im Entfall der Altersgrenze, sondern darin, daß unser Arbeitsrecht den Älteren immer weiter begünstigt – und insofern die Altersgrenze als Ende der Begünstigung nachgerade voraussetzt. Entfällt die Altersgrenze, so muß das System geändert werden (dazu sogleich IV).

#### 4. Wege zum Übergang

Will man diesen Systemwechsel langsam einführen, so bietet sich eine schrittweise Anhebung der zulässigen Altersgrenze an – unter Abkoppelung von der Rentenbezugsgrenze. Damit würden drei Phasen definiert: die reine Erwerbsphase, in der ein Rentenbezug noch nicht möglich ist, die reine Rentenphase, zu der jedenfalls ein vorheriges Arbeitsverhältnis automatisch endet und die Zwischenphase, innerhalb derer der Arbeitnehmer individuell das Nebeneinander von Arbeit und (Teil-)Rente steuern kann oder auch freiwillig und autonom in den Ruhestand wechselt. In einem ersten Schritt könnte allen Arbeitnehmern eine Weiterarbeit bis zum 70. Lebensjahr ermöglicht werden. In einem zweiten Schritt wäre diese Grenze auf 75 Jahre anzuheben, bevor sie endgültig fällt.

#### 5. Sozialrechtliche Flankierung

Wenn jeder individuell altert und deshalb eine feste arbeitsrechtliche Regelaltersgrenze ausscheidet, muß konsequent auch die rentenrechtliche Altersgrenze fallen (These 11c): Dafür gibt es in der Theorie zwei Möglichkeiten. Entweder bleibt es bei der dogmatischen Alternative Arbeit oder Rente oder beide Systeme überlappen einander. Praktisch kommt allein das letztere in Betracht. Mit *Preis* ist deshalb richtig zu fordern, daß der Ältere in seiner Rolle als Arbeitnehmer auch schon im noch laufenden Arbeitsverhältnis eine Teilrente beziehen darf und daß er als Rentner in Begleitarbeitsverhältnissen hinzuverdienen darf (Thesen 11d und f). Das freilich behält die klassische sozialrechtliche Phasenteilung bei und sucht nur die Folgen durch wechselseitige Öffnung von Arbeit zur Rente und umgekehrt zu mildern.

Radikal, aber richtig ist es, parallel zur Individualisierung der Weiterarbeit im Alter auch die Rente zu individualisieren und zu flexibilisieren – durch Verzicht auf das fixe Rentenbezugsalter. Jeder Ältere darf innerhalb bestimmter Grenzen selbst entscheiden, ob er vorzeitig (Teil)Rente beansprucht oder ob er den Rentenbezug hinausschiebt, sein Einkommen durch Weiterarbeit bestreitet und dadurch seine Rentenanwartschaft schon. Der Rentenbezug ist dann nur noch Entnahme aus dem individuellen Rentenkonten. Das reguläre Rentenbezugsalter ist nur noch mathematische Größe für die modellhafte 100 %-Rente; in die Rentenformel müssen vorgezogene und hinausgeschobene Entnahmen eingearbeitet werden.

Freilich: Ein derartiger Systemwechsel, den auch *Preis* mit seinem System von Teilrente und Hinzuverdienst einleitet, wirft Folgefragen auf: Je stärker die individuelle Herrschaft über das Rentenkonten ausgestaltet wird, desto weniger trägt der Solidargedanke in der Umverteilungsgemeinschaft. Denn der Einzelne kann seine Rentenanwartschaft und damit die von ihm mitfinanzierte Verteilungsmasse dem Gemeinschaftszugriff vorzeitig entziehen. Das wird besonders deutlich an dem Vorschlag des Gutachters zur Mindestrente (These 9i): Der Arbeitnehmer darf zunächst durch Teilrente sein Rentenkonten plündern – und wird dann weich durch eine steuerfinanzierte Sockelrente aufgefangen. Das setzt er-

<sup>22</sup> BAG, 21. 4. 1977 – 2 AZR 126/76 – AP Nr. 1 zu § 60 BAT = EZA § 60 BAT Nr. 1 = BB 1977, 1399; BAG, 20. 11. 1987 – 2 AZR 284/86 – AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze = EZA § 620 BGB Altersgrenze Nr. 1 = NZA 1988, 617.

<sup>23</sup> *Preis*, in: Festschrift Stahlhacke (1995) S. 417, 438; dazu auch schon *Peter Hanau RdA* 1976, 24, 29; *Laux NZA* 1991, 967, 969.

<sup>24</sup> *Bertelsmann*, in: *Rust/Falke* (Fn. 18), § 10 Rn. 268.

<sup>25</sup> Auch das erwägt *Preis*, B 90, Fn. 265 unter Verwerfung „zu extremer“ Ansichten von *Bauer*. Wertungskriterien für diesen Extremismusverdacht fehlen.

<sup>26</sup> *EuGH*, 16. 10. 2007 – C-411/05 – EZA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr 3 = NZA 2007, 1219.

<sup>27</sup> *Leuchten NZA* 2002, 1254, 1259.

<sup>28</sup> *Schlachter*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 8. Aufl. 2008, § 10 AGG Rn. 8; *Kamanabrou*, *Vertragsgestaltung und Antidiskriminierung*, NZA-Beil. 2006, 138, 140.

<sup>29</sup> *Pfeiffer ZIP* 1994, 264, 273.

stens Fehlanreize und bringt zweitens Finanzierungsprobleme. Vor diesen flieht der Gutachter, indem er pauschal und ohne Lastenrechnung den Steuersäckel anzapft.

#### IV. Folgeprobleme in den Systemen altersdifferenzierter Beschäftigungsbedingungen

##### 1. Systemwechsel

Das deutsche Arbeitsrecht fußt auf zwei Grundlagen, denen mit dem Systemwechsel der Rechts- und Kalkulationsboden entzogen wird: Erstens schützen wir ältere Arbeitnehmer in der Schlußphase ihres Arbeitslebens (etwa vom 55. bis zum 65. Lebensjahr) besonders – durch tarifliche Kündigungsverbote, durch Verstärkung der sozialen Schutzbedürftigkeit in der Sozialauswahl, durch tarifliche Verdienstsicherung und durch erhöhte Abfindungen, manchmal auch durch zusätzliche Urlaubstage und dergleichen mehr. Das alles geht immer auch zu Lasten der jüngeren Arbeitnehmer – bei Unkündbarkeit und Sozialauswahl unmittelbar, bei Vergütungsvorteilen mittelbar, weil die Jüngeren die Erträge des Unternehmens erarbeiten müssen, aus denen die Sondervorteile der Älteren finanziert werden. Das alles ist schon bislang fragwürdig und unter dem AGG rechtfertigungsbedürftig.<sup>30</sup> Wenn nun aber die Altersgrenze (schrittweise) fällt, wird die Lastenverteilung extrem verzerrt und greifbar ungerecht. Daß ein 78-jähriger Arbeitnehmer tariflich unkündbar ist und trotz Leistungsabfall tariflich verdienstgesichert, – ob schon er frei in eine hinreichende Altersversorgung wechseln könnte, ist niemandem begreiflich zu machen. Zusätzlich stört, daß ein solcher Arbeitnehmer eine immense Abfindung mitnehmen kann, wenn er sich dann doch „bereit erklärt“, seinen Arbeitsplatz zu räumen. 50 Dienstjahre mal 0,7 (verdienstgesicherte!) Monatsentgelte ergibt fast drei Jahresgehälter. Hinzu kommt: Alterserkrankungen können uns ungeahnte Schwerbehindertenquoten bescheren – mit weiteren Sondervorteilen.

Deswegen bringt die Abkehr von der Altersgrenze das ohnehin fragwürdige System altersprivilegierender Arbeitsbedingungen vollends ins Wanken. Das betrifft alle Arbeitsbedingungen: Kündigungsschutz (und Sozialplanabfindung), Entgeltvorteile für Ältere und schließlich alle sonstigen Sondervorteile (wie Jahresurlaub und dergleichen). Dagegen ist auf der anderen Seite zu fragen, ob der Arbeitgeber ernstlich verpflichtet ist, alters(leidens)gerechte Arbeit<sup>31</sup> zuzuweisen, also: Seniorenschonarbeitsplätze.

##### 2. Zentral: Kündigungsprivilegien Älterer

Wer Arbeiten im Alter nicht nur für Arbeitnehmer erträglich machen, sondern auch für Arbeitgeber „vertragsvernünftig“ machen will, muß sich den Kündigungsvorrechten zuwenden.

###### a) Tarifliche Unkündbarkeit

An erster Stelle steht die tarifliche Unkündbarkeit für Arbeitnehmer bestimmten Alters und bestimmter Betriebszugehörigkeit. *Preis* versteht sich nur – aber immerhin – dazu, die

besonders auffällige Regelung im Metalltarif Baden-Württemberg zu verwerfen, die die Unkündbarkeit schon ab dem 53. Lebensjahr bei nur drei Jahren Betriebszugehörigkeit gewährt (B 98). Für vertretbar hält *Preis* dagegen § 34 TVöD, weil dort neben dem 40. Lebensjahr 15 Jahre Betriebszugehörigkeit verlangt werden. Ich halte das für falsch: Wer lebenslanges Arbeiten ermöglichen will, darf nicht schon die Unkündbarkeit ab 40 vorsehen. Beginnt ein Arbeitnehmer mit 25 Jahren im öffentlichen Dienst, so muß er überhaupt nur 15 Jahre ordentliche Kündigungen befürchten. Arbeitet er bis 70, ist er die doppelte Zeit unkündbar. Das ist fein. Gerade wenn der Arbeitnehmer „stur bis zur Gebrechlichkeit“ durchhalten will, ist die außerordentliche Kündigung wegen altersbedingter Minderleistung extrem schwierig. Daß *Preis* auf diese Fragen nicht eingeht, liegt an der einseitig arbeitnehmer-zentrierten Sicht auf das Arbeitsrecht. Die solchermaßen verdrängten jungen Arbeitnehmer, die bei zunehmender Überalterung der Belegschaft zum Opfer werden – man stelle sich einen Betrieb mit 60 % unkündbaren Arbeitnehmern vor – sieht *Preis* ebenfalls nicht.

Wo bleibt die Zumutbarkeit für den Arbeitgeber? Und: Wo bleibt die Folgenabschätzung? Das Modell eines Vertragsverlängerungsanspruchs über die Altersgrenze hinaus (eben III.2) wird so gänzlich unattraktiv. Welcher Arbeitgeber wird sich auf die Vertragsverlängerung mit einem Unkündbaren einlassen?

*Preis* erwägt immerhin, man müsse das Alter womöglich als Tatbestandsmerkmal entfallen lassen. Daß die Betriebszugehörigkeit stets mittelbare Altersdifferenzierung bedeutet, wird nicht problematisiert. Nach dem normativen Gehalt dieses Kriteriums, das außer einer gewissen Berufserfahrung im Betrieb (die aber irgendwann nicht mehr zunimmt) und dem damit verbundenen Humankapital an sich keinen erkennbaren Inhalt hat<sup>32</sup>, wird nicht gefragt. Betriebstreue als solche ist vielfach nur ein Mangel an Gelegenheit; ob der Arbeitgeber diese honorieren will, mag er selbst entscheiden. Vertrauensschutz ist ebenfalls eine Leerformel: Sie behauptet, was sie beweisen will, nämlich daß der Arbeitnehmer ab einer gewissen Arbeitsverhältnisdauer mit keiner Kündigung mehr rechnen muß. Daß ein Arbeitnehmer ab gewisser Beschäftigungsdauer inflexibel wird, ist ebenfalls erstens Behauptung. Zweitens fördert der Schutz gerade wieder die Inflexibilität. Am Ende bleibt nur die Befriedungsfunktion<sup>33</sup> – und damit das Eingeständnis, daß man kein anderes Kriterium hat.

Ich halte deshalb jede auf Alter oder Betriebszugehörigkeit fußende Unkündbarkeit für unzulässig diskriminierend.<sup>34</sup> Wer lebenslanges Arbeiten will, muß die Unkündbarkeit fallen lassen – genauer: verbieten! – zum Schutz der Jungen, die noch keine 10 bis 15 Jahre Betriebszugehörigkeit vorweisen können. Überdies: Die alternde Gesellschaft braucht Kinder. Ist es dann sozialpolitisch hinzunehmen, durch die Unkündbarkeit jener, deren Kinder schon aus dem Haus sind, diejenigen um ihren Arbeitsplatz zu bringen, die sich in der Startphase von Berufs- und Familienleben befinden, insbesondere Alleinerziehende<sup>35</sup>? Entspricht das dem Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 1 und 4 GG? Die Komplexität ist eben nicht zu unterschätzen. Auf den Schutz der Arbeitgeber, deren Opfergrenze womöglich überschritten ist, wenn mehr als 30 % der Belegschaft ordentlich unkündbar sind, wollen wir mit *Preis* nicht eingehen. Rigidere Senioren-

<sup>30</sup> Waas ZRP 2006, 118, 119; Löwisch/Caspers/Neumann, Beschäftigung und demographischer Wandel, 2003, S. 34.

<sup>31</sup> BAG vom 24. 11. 2005 – 2 AZR 514/04 – EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 51 = AP Nr. 43 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit = NZA 2006, 665; auch schon Oberstes Gericht der DDR vom 17. 3. 1967 – Za 1/67 – OGA 6, 69.

<sup>32</sup> Eingehend Kaiser, in: Festschrift Konzen, 2006, S. 381 ff.

<sup>33</sup> Kaiser (Fn. 32), S. 410.

<sup>34</sup> Ähnlich Hock/Kramer/Schwerdtle ZTR 2006, 622, 624.

<sup>35</sup> Dazu weiter Rieble, in: Rieble/Junker (Hrsg.), Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, 2007, S. 9.

Arbeitsschutz erhöht die Arbeitskosten und die Inflexibilität und ist ein Argument für die Exit-Option. Andere Standorte sind schon wegen der Verfügbarkeit junger Arbeitskräfte hinreichend interessant.

Nicht bedacht wird, daß die ordentliche Unkündbarkeit auch die ordentliche *Änderungskündigung* ausschließt.<sup>36</sup> Arbeiten bis ins hohe Alter ist aber vielfach nur möglich, wenn Tätigkeit und Arbeitszeit der individuell nachlassenden Leistungsfähigkeit angepaßt werden können. Die Anforderungen an eine außerordentliche Änderungskündigung sind außerordentlich hoch. Damit wird letztlich ein Freiwilligkeitsvorbehalt zugunsten des Arbeitnehmers eingeführt. Wie die Unternehmen die Wertschöpfung im Betrieb organisieren können, bleibt außerhalb des Blickfelds.

#### b) Sozialauswahl

Dieselben Erwägungen gelten für die etwas weichere Sozialauswahl. Auch hier will *Preis* richtig das Alter ausblenden (B 96 f) – aber ebenso die Betriebszugehörigkeit stehen lassen. Mit Blick auf die im Rahmen der Sozialauswahl mögliche Sicherung der Altersstruktur (durch Auswahl in Altersbändern) wirkt sich das Kriterium nicht so verheerend aus. Unsachlich ist es dennoch.<sup>37</sup>

#### c) Schwerbehindertensonderkündigungsschutz

Schließlich ist daran zu denken, daß ab einer gewissen Belegschaftsmorbidität die Schwerbehindertenquote zunimmt und damit der Sonderkündigungsschutz. Deswegen wird man darüber nachdenken müssen, ob dieser nicht auszusetzen ist, solange der Arbeitgeber mindestens 10 % Schwerbehinderte beschäftigt. Oder ob die Schwerbehinderung nur bis zu einem gewissen Alter schützt (wieder eine Diskriminierung).

Man sieht: Der Systemwechsel ist mit dem bisherigen Kündigungsrecht nicht in Einklang zu bringen. Deshalb darf einmal mehr gefragt werden, ob der Wechsel zu einem Abfindungsschutz angezeigt ist<sup>38</sup>, wobei dieser durch ein Altersdiskriminierungsverbot flankiert werden muß.

#### d) Wechselwirkung mit dem Rentenbezugsrecht

*Preis* gibt seine bisherige Auffassung auf, daß das Rentenbezugsrecht die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer mindert (B 93 ff), will aber umgekehrt den Kündigungsschutz enden lassen, wenn eine „angemessene“ (!) Altersrente bezogen werden kann (B 90). Das heißt: Ein 70-jähriger Arbeitnehmer genosse nach *Preis* und seinem Betriebszugehörigkeitsmodell womöglich höhere Verbleibechancen im Betrieb als der 60-jährige, und dies obzwar dieser anders als jener hinreichend altersgesichert ist. Ich halte das für willkürlich. Wer ein planvolles Nebeneinander von Seniorenarbeit und Rentenbezug will, muß beide Systeme verzahnen. Sonst kommt es zu sachwidrigen Schutzgefällen und Mitnahmeeffekten!

Daß das Betriebsrentenrecht planwidrige Überversorgungen abbauen und verhindern darf, ist anerkannt.<sup>39</sup> Nach dem Gutachten soll dies für die Doppelversorgung aus Rente und Arbeit nicht gelten. Begründet wird dies damit, daß die Lebenslänge einer ausreichenden Rentenversorgung nicht mehr trägt, es also letztlich kein „Zuviel“ geben kann. Das

trifft schon nicht für jeden Arbeitnehmer zu. *Preis* hat vor allem jene im Auge, die aufgrund von Lücken in der Erwerbsbiographie schmale Rentenansprüche haben. Dieser Befund wird aber weder empirisch belegt, noch wird normativ nach der Eigenverantwortung des Arbeitnehmers für seine Altersversorgung gefragt. Letztlich fingiert der Gutachter „Altersarmut“ und baut hierauf ein Konzept – dem deshalb das Fundament fehlt. Dieses Ausblenden führt überdies zu massiven Ungleichbehandlungen, weil der gut versorgte und gesunde Arbeitnehmer alles mitnimmt, Arbeitsentgelt ins hohe Alter und Rentenleistungen – wohingegen Problemfälle wie der Arbeitnehmer, der etwa krankheitsbedingt schon ab dem 50. Lebensjahr nicht mehr voll arbeiten kann, sich lange qualen muß, um einen auch nur erträglichen Lebensstandard zu halten. Das ist ein weiterer Angriff auf das Solidarkonzept der Rentenversicherung.

#### e) Abfindungen

Weichen Kündigungsschutz durch Prävention bieten Abfindungen, vor allem aus dem Sozialplan, aber auch aus dem Nachteilsausgleich und dem Kündigungsschutz. Konsequenter und richtig im Sinne eines ersten Schrittes will *Preis* auch hier das Lebensalter und die Rentennähe als Faktoren ausschalten (B 99 ff, These 10k). Dann bleibt wiederum nur die Betriebszugehörigkeit, also die Dauer des Arbeitsverhältnisses – nach dem Gutachten grundsätzlich ohne Deckelung. Der 75-jährige Arbeitnehmer erhalte wegen seiner längeren Betriebszugehörigkeit beim Ausscheiden also eine höhere Abfindung als der 60-jährige. Weil man dies mit der im bisherigen System so richtigen wie anerkannten Überbrückungsfunktion von Abfindungen<sup>40</sup> (die letztlich private Arbeitslosenversicherung ist) nicht erklären kann<sup>41</sup>, muß der Abfindungszweck umgewidmet werden. Die Abfindung ist dann ein Aufopferungsanspruch, der den Verlust des Arbeitsplatzes entschädigt und die Wertbemessung am durch Betriebszugehörigkeit verstärkten Bestandsschutz ausrichtet. Das folgt dem kündigungrechtlichen Konzept des Gutachtens, das dem Arbeitnehmer im länger währenden Arbeitsverhältnis höheren Bestandwert zuspricht<sup>42</sup>. Sinnstiftend will *Preis* den Abfindungsbetrag dann als zusätzliche Altersversorgung nutzen – ganz nach dem österreichischen Abfertigungsmodell. Auch hier werden wieder die Gesunden und lang Arbeitsfähigen bevorzugt und ihnen ein Anreiz zu möglichst langer Weiterarbeit gesetzt. Die zentrale Wertung ist fragwürdig: dass das Arbeitsverhältnis des 75-jährigen Arbeitnehmers bei gleichem Eintrittsalter „mehr wert“ ist, als das des 60-jährigen. Zugleich liegt darin wiederum eine rechtfertigungsbedürftige mittelbare Altersdiskriminierung.

Jenes Modell heiße letztlich, daß die Abfindung wie die betriebliche Altersversorgung Entgeltfunktion hat: In jedem Jahr des Beschäftigungsverhältnisses wird eine Anwartschaft „erarbeitet“. Das erhöht einmal die Lohnkosten – ohne daß das Gutachten zu den ökonomischen Folgen Stellung nimmt. Zweitens aber impliziert ein solches Abfertigungsmodell letztlich den Wechsel vom Bestands- zum Abfindungsschutz.

### 3. Fehlanreiz: tarifliche Verdienstsicherung

Daß ältere Arbeitnehmer in der Leistungsfähigkeit nachlassen können, macht mitunter Versetzungen auf Arbeitsplätze

<sup>36</sup> BAG, 2. 3. 2006 – 2 AZR 64/05 – AP Nr. 84 zu § 2 KSchG 1969 = EzA § 2 KSchG Nr. 58 = NZA 2006, 985.

<sup>37</sup> Kritisch auch *Annufß* BB 2006, 325, 326.

<sup>38</sup> Dazu näher *Kamanabrou* RdA 2004, 333.

<sup>39</sup> BAG, 23. 9. 1997 – 3 ABR 85/96 – AP Nr. 26 zu § 1 BetrAVG Ablösung = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 60 = NZA 1998, 719; *Blomeyer/Rolfs/Otto*, Betriebsrentengesetz, 4. Aufl. 2006, § 1 Rn. 499 ff. m. w. N.

<sup>40</sup> BAG, 22. 3. 2005 – 1 AZR 3/04 – EzA § 112 BetrVG 2001 Nr. 13 = NZA 2005, 831; *Oetker*, in: *Gemeinschaftskommentar-BetrVG*, 8. Aufl. 2005, § 112 Rn. 101 m. w. N.

<sup>41</sup> *Kaiser* (Fn. 32), S. 405 ff.

<sup>42</sup> Dagegen mit Recht *Kaiser* (Fn. 32), S. 395 ff.

mit geringerem Anforderungsprofil erforderlich. Konsequenterweise hätte dies eine Herabgruppierung im tariflichen Vergütungssystem zur Folge. Diese Verschlechterung wird lebensstandardsichernd von tariflichen Verdienstsicherungssystemen verhindert, die wiederum typischerweise an eine Kombination von Lebensalter und Betriebszugehörigkeit anknüpfen.

Senioritätsgelte sind eine unmittelbare und mittelbare Diskriminierung nach dem Alter in der Vergütung. „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit bei demselben Arbeitgeber“ darf nicht gelten. Denkt man ökonomisch, so sind Senioritätsgelte keine Begünstigung der Älteren, sondern vor allem eine Benachteiligung, weil sie einen massiven Freisetzungsanreiz auslösen. An Eingriffe in den Tarifvertrag denkt das Gutachten nicht. Auch die Frage, ob solche Verdienstsicherungen vor dem AGG überhaupt zu rechtfertigen sind oder jedenfalls unverhältnismäßig geraten, wenn ein Arbeitnehmer ab dem 50. Lebensjahr auch bei Weiterarbeit bis 85 volle Verdienstsicherung erfährt, wird nicht gestellt.<sup>43</sup>

Die Tarifparteien weiten diese Verzerrung noch aus. Der Entfall der staatlichen Altersteilzeitförderung löst Gewerkschaftsforderungen dahin aus, die Arbeitgeber mögen die Aufstockungsbeträge übernehmen, gerade auch im Blockmodell. Also: echte Senioritätsentlohnung für Teilzeiter, deren Arbeitsstunde kraft der Kombination von Alter und Teilzeit besser vergütet wird, als diejenige des Vollzeiters. Das diskriminiert nicht nur die Jungen, sondern vielfach mittelbar auch die Frauen, weil das Blockmodell nach meiner Kenntnis vorwiegend von männlichen Alten genutzt wird. Der Systemfehler wird also nicht nur beibehalten, sondern ausgeweitet. Der Blick verengt sich auf den sozialen Aspekt der Lebensstandardsicherung für eine privilegierte Arbeitnehmergruppe. Der ökonomische Fehlanreiz ist greifbar.

Eine Rechtfertigung dieser Differenzierung nach Alter, Teilzeit und Geschlecht ist schwierig. Der einzige Ausweg besteht darin, im Aufstockungsbetrag zugleich eine Abfindung für den Teilverzicht auf das Arbeitsverhältnis zu sehen. Verhältnismäßig ist das aber nur, wenn jeder Verzicht auf das Arbeitsverhältnis abgefunden wird und dies auch zu gleichen Bedingungen.

Konsequent im Sinne gleicher Marktchancen für Ältere ist nur eines: das Verbot jeglicher Entgelt differenzierung nach dem Alter, also die Unwirksamkeit sämtlicher unmittelbarer oder mittelbarer Senioritätsentlohnung.<sup>44</sup> Einkommenseinbußen können aus angesparten Arbeitszeitkonten guthaben, aus einem Betriebsrentenkonto oder aus dem Rentenversicherungskonto (Teilrente) teilkompensiert werden, aber letztlich auf eigene Kosten des Arbeitnehmers. Eine staatliche Subventionierung aller älteren Arbeitnehmer ist verfehlt.

## V. Zauber der Bildung

Bildung tut not, gerade alternden Erwerbsgesellschaften in Hochlohnländern, in denen die Bereitschaft zu körperlich harter Arbeit schwach ausgeprägt ist. Beschäftigungsfähigkeit im Alter bei körperlich nachlassender Arbeitsfähigkeit setzt also (einmal mehr) lebenslanges Lernen voraus. Auch der Bildungsstand wirkt als Faktor nicht nur auf den Arbeitsmarkt, sondern auf zahlreiche andere Subsysteme ein. Bildung hält gesund; schlechte Gesundheit korreliert mit

schlechter Bildung. Gebildete zeigen vernünftigeres und damit gemeinwohlverträglicheres Marktverhalten.

Zur Bildung kann man niemand zwingen. Eigenverantwortung des Arbeitnehmers für sein Humankapital steht also an erster Stelle<sup>45</sup>. Gesetzgeber und Tarifparteien können nur Rahmenbedingungen setzen, die die richtigen Anreize geben – für den Arbeitnehmer und für den Arbeitgeber. Der Gutachter will nach dem Leitbild des § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG vor allem den Arbeitgeber in die Qualifizierungsverantwortung nehmen (B 81 ff) und begleitend staatliche Bildungsförderung anbieten. Das wiederum lädt den Arbeitnehmer ein, seine eigene Verantwortung für die eigene Beschäftigungsfähigkeit (§ 2 Abs. 4 SGB III) zu ignorieren. Erforderlich ist präventive und vorausschauende Bildung und nicht „Not-schulung“ zur Abwehr von Kündigungen nach dem Ultima-ratio-Prinzip.

## VI. Zwischenruf: Reformvorschläge und Arbeitsvertragsgesetz

Präsident des 67. DJT ist Prof. Dr. *Martin Henssler* aus Köln. Das arbeitsrechtliche Gutachten erstellt Prof. Dr. *Ulrich Preis* – ebenfalls Köln. Beide sind dem geeigneten Publikum als Verfasser eines Entwurfes zum Arbeitsvertragsgesetz<sup>46</sup> bekannt, der auch im Gutachten mehrfach zitiert wird. Jener Entwurf soll alles leisten: Vereinheitlichung, Vereinfachung, Kalkulierbarkeit und beschäftigungsfördernde Flexibilität, zugleich aber als „Restatement“ im wesentlichen den Stand des aktuellen Arbeitsrechtes wiedergeben und damit – Zentralvoraussetzung – auf die Zustimmung der Sozialpartner treffen. Über Sozialkonsens als Gesetzgebungsmaxime kann man streiten<sup>47</sup> – interessant ist die sozialpsychologische Divergenz zwischen dem Wissenschaftler *Ulrich Preis* und dem Gesetzgeber *Ulrich Preis*.

Der Wissenschaftler *Preis* ist ein reformfreudiger Denker. Er hat insbesondere 2003 bereits wegweisende Vorschläge zur Reform des Kündigungsschutzes gemacht, die insbesondere die nachteiligen Marktwirkungen von Sonderkündigungsschutz für die geschützten Mütter und Schwerbehinderten beschreibt und jedenfalls die Sozialauswahl durch ein Abfindungssystem ersetzen will<sup>48</sup>. §§ 108 ff., insbesondere § 117 (Sozialauswahl) und § 121 (Sonderkündigungsschutz) ArbVG-E wollen davon nichts wissen.

Der DJT-Gutachter *Preis* spricht sich vehement und wie ich finde überzeugend gegen den Sonderbefristungstatbestand in § 14 Abs. 3 TzBfG aus (auch wenn er ökonomische Folgewirkungen ausblendet); das bringt ihn in gewissen Zwiespalt, weil er als Verfasser des ArbVG-E in § 129 Abs. 3 eben jenen Befristungstatbestand aufrechterhalten will. Nun ist *Preis* ein kluger Mann und rechtfertigt sich in Fn. 274 selbst: „... ist den politischen Notwendigkeiten geschuldet, um die Chance auf eine Umsetzung nicht zu gefährden.“ *Ulrich Preis* ist ein besonnener Kollege, der keinesfalls als Dr. Jekyll nicht wüßte, was Mr. Hyde äußerte. Diese Divergenz wirft die Frage auf, ob Wissenschaft durch das Diktat sozialpolitischer Korrektheit<sup>49</sup> nicht in ihrer Glaubwürdigkeit beschädigt wird. Wer kann einer wissenschaftlichen Forderung von *Preis* Gehör schenken, wenn derselbe Autor als

<sup>45</sup> Dazu näher *Rieble*, in: 2. Festschrift BAG, 2004, S. 831, 841 ff.

<sup>46</sup> Abgedruckt etwa in NZA 2007 Beilage 21, S. 6 ff.

<sup>47</sup> Dazu *Rieble*, in: Festschrift Adomeit, 2008, S. 619.

<sup>48</sup> *Preis* RdA 2003, 65, 67 f., 72.

<sup>49</sup> Vgl. die Äußerung von *Henssler* FAZ vom 25. 8. 2007 (Beruf und Chance) Seite C2.

<sup>43</sup> *Rieble/Zedler* ZfA 2006, 273, 294 ff.; *Lingemann/Gotham* NZA 2007, 663, 666.

<sup>44</sup> *Waas* ZRP 2006, 118, 119 f.; *Löwisch/Caspers/Neumann* (Fn. 30), S. 38.

Entwurfsverfasser eigenen Vorschlägen fehlende Akzeptanz bescheinigt? Wissenschaft strebt nach Erkenntnis, mag diese auch radikal sein; Politik strebt nach Akzeptanz, mag das Geforderte auch falsch sein. Über diese Inkompatibilität muß man Rechenschaft ablegen – wie *Preis* dies richtig tut. Nach meinem persönlichen Geschmack geht solche Biegsamkeit zu weit. Zum anderen wird das „Restatement“ als Methode des „Weiter so!“ ad absurdum geführt, wenn für das Arbeitsrecht mit Blick auf die alternde Gesellschaft erheblicher Reformbedarf konstatiert wird. Es ist gesellschaftspolitisch nicht zu verantworten, ein Arbeitsvertragsgesetz zu kodifizieren, das die bisherigen und falschen Weichenstellungen (und „Lebenslügen“) versteinert.

## VII. Fazit

1. Der Gutachter *Preis* hat alles richtig gemacht: Grundsätzliche Abkehr vom bisherigen System, dies aber möglichst schonend. „Weiter so!“ auf dem Weg zum „Guten Altern“. Am Anfang steht die mentale Bewußtseinsänderung (Schlußthese 13). Richtig wird erkannt, daß radikale Bestandsaufnahmen Arbeitnehmer verunsichern und unerwünschte politische Verwerfungen auslösen. Richtig ist es auch, ab und zu an das Prekariat zu denken und überhaupt mit emotionalen

Worten davon abzulenken, daß normative Grundlagen für „gutes Altern“ und „schlechte Arbeit“ fehlen.

2. Der Gutachter *Preis* hat es falsch gemacht: Beschäftigungschancen für ältere Arbeitnehmer hängen in erster Linie davon ab, daß verzerrende Marktanziehe beseitigt werden. Das verlangt nach einer schonungslosen Bestandsaufnahme, vor allem der tariflichen Schutzvorschriften für Ältere, die schützen wollen, indes deren Arbeit teurer und unattraktiver machen. Altersdiskriminierung betrifft nicht nur die unmittelbare rechtliche Besserstellung Älterer, sondern gerade auch den ökonomischen Bumerangeffekt, der negative Beschäftigungsanreize auslöst. Folgenabschätzung im Sinne ökonomischer Wirkungsanalyse ist gefordert. Insofern muß in der alternden Erwerbsgesellschaft gerade der Benachteiligung der Jungen und damit der Familien vorgebeugt werden.

3. Damit keine der sozialpolitischen Korrektheit als Hauptzweck moderner Rechtspolitik zuwiderlaufende Stimmung entsteht, darf jeder Leser in pectore frei zwischen Nr. 1 und Nr. 2 und modesten Zwischenstufen wählen. Für die Abstimmung auf dem 67. DJT ist das übergreifende Harmoniegebot im Harmonieverein zu achten. Keinesfalls darf die Einsicht reifen, daß die alternde (Erwerbs-)Gesellschaft als komplexes Phänomen letztlich alle Gleichschaltungsbemühungen der Rechts- und Tarifordnung in Frage stellt.

## Abteilung Strafrecht

Professor Dr. Klaus Rogall, Berlin\*

# Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus

## I. Einleitung

Die strafrechtliche Abteilung des 67. Deutschen Juristentages befasst sich in diesem Jahr erstmals seit 42 Jahren<sup>1</sup> wieder mit den Beweisverboten im Strafprozess. Die Hinwendung zum Thema erreicht diesmal zwar nicht das Ausmaß von 1966,<sup>2</sup> doch deutet die Bezeichnung des Beratungsgegenstandes zeitgemäße Fragestellungen an, die damals noch nicht auf

der Agenda stehen konnten.<sup>3</sup> Es ist gute Tradition, dass die juristischen Fachzeitschriften den Verhandlungen der Abteilungen des Deutschen Juristentages Begleitaufsätze widmen. 1966 hat sich *Gerald Grünwald* in der *JZ*<sup>4</sup> zu den Beweisverboten und Verwertungsverboten im Strafverfahren geäußert. Im Folgenden werden der strafrechtlichen Abteilung Überlegungen zur behandelten Thematik zur Verfügung gestellt, von denen zu hoffen ist, dass sie von der beteiligten Fachöffentlichkeit in Erwägung gezogen werden.

Fachliche Darlegungen zu den Beweisverboten im Strafprozess folgen in der Regel zwei (in der Soziologie sog.) Skripten:<sup>5</sup> Es fehlt so gut wie nie die Berufung auf die am Anfang der Diskussion stehende Grundlagenschrift von *Beling* aus dem Jahre 1903,<sup>6</sup> die in jeweils unterschiedlicher Weise zitiert und in Anspruch genommen wird.<sup>7</sup> Als Zweites

\* Der Autor lehrt Strafrecht und Strafprozessrecht an der Freien Universität Berlin.

<sup>1</sup> Seit dem 46. Deutschen Juristentag, Essen 1966, mit den Gutachten (Verhandlungen des 46. DJT, 1966, Bd. I und II, Teil 3 A und B) von *Peters* (Beweisverbote im deutschen Strafverfahren) und *Rupp* (Beweisverbote im Strafprozess in verfassungsrechtlicher Sicht), den ausländischen Gutachten von *Andenaes* (nordische Länder), *Mueller* (U.S.A.), *Nuvolone* (romänischer Rechtskreis) sowie dem rechtsvergleichenden Generalgutachten von *Jescheck*.

<sup>2</sup> Was aber durchaus einen Mangel darstellt, denn die Komplexität der Materie hätte Veranlassung geben müssen, tiefer zu schürfen. Eine rechtsvergleichende Analyse, die neuere Entwicklungen im Ausland (vgl. dazu den – allerdings nicht mehr aktuellen – Überblick bei *Thaman*, in: Festschrift Eser, 2005, S. 1041, 1042 ff.) zum Gegenstand hat, ist nach Lage der Dinge praktisch unverzichtbar. Das auf den Blickwinkel der Frankfurter Schule und ihrer Gefolgsleute beschränkte und am deutschen Recht orientierte Gutachten kann daher – ohne dass dem Gutachter daraus ein Vorwurf zu machen wäre – den Anforderungen an eine Bewältigung des Themas nicht gerecht werden.

<sup>3</sup> Zu den allerdings nicht in vollem Umfang überzeugenden Gründen für das Wiederaufgreifen der Thematik vgl. *Jahn*, Verhandlungen des 67. DJT, Bd. I, Gutachten, Teil C, S. C 17.

<sup>4</sup> *Grünwald* *JZ* 1966, 489 ff.

<sup>5</sup> Näher dazu *Rogall* *ZfU* 1997, 35 ff., 36 f. m. w. N.

<sup>6</sup> *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903.

<sup>7</sup> Nachweise hierzu dürften sich erübrigen; auch ich selbst habe mich mehrfach auf *Beling* als „Gewährsmann“ berufen, vgl. etwa *Rogall* *ZStW* 91 (1979), 1, 4; *ders.*, Beweisverbote im System des deutschen und amerikanischen Strafverfahrensrechts, in: *Wolter* (Hrsg.), Zur Theorie und Sys-