

Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 31

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]

4. ZAAR-Tagung
Hamburg, 14. September 2012



ZAAR Verlag München 2013

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-25-1

Vorwort

Die tradierte Erwerbsbiografie endet mit der Altersgrenze, teilweise aber auch schon zuvor, durch Frühverrentung oder Altersteilzeit im Blockmodell. Indes verändern sich Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage. Menschen altern unterschiedlich, nicht wenige wollen auch über die Altersgrenze hinaus arbeiten. Auf der anderen Seite sind Unternehmen auf fehlende Fachkräfte angewiesen und verfolgen neben anderen Personaldeckungsstrategien auch die Beschäftigung Älterer. Die Rentenversicherung ist ohnehin darauf angewiesen, dass Menschen länger arbeiten. Doch sind unsere Regelsysteme darauf wenig vorbereitet.

Das tradierte Phasenmodell lässt wenig Spielraum für individuelles Erwerbsverhalten. Das Phasenmodell schützt den älteren Arbeitnehmer besonders – doch führt das mittelbar zu Abschreckungseffekten: Wer beschäftigt einen 65-Jährigen weiter, wenn dessen tarifliche Unkündbarkeit weiterläuft? Sozialrechtlich geht es um die Kombination von Teilzeitarbeit und Teilrente – vor und nach der Altersgrenze.

Wissenschaftliche Durchdringung tut not – weil Gesetze und Tarifverträge geändert werden müssen und weil die Praxis sich auf den Wandel der Erwerbsgesellschaft einstellen muss. Wie 2010 findet die Tagung in Hamburg statt und in Gemeinschaft mit der Bucerius Law School, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht.

München, September 2012

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Matthias Jacobs

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Martin Gasche</i>	
Empirie und Ökonomie des Arbeitsmarktverhaltens Älterer	15
Diskussion	47
 <i>Markus Stoffels</i>	
Befristung und Kündigungsschutz jenseits der Altersgrenze	53
Diskussion	74
 <i>Katharina Dahm</i>	
Tarifvertraglicher Altersschutz von 55 bis 75 – diskriminierend?	87
 <i>Sebastian Kolbe</i>	
Fluchten: Seniorenbeschäftigung in freier Mitarbeit oder bei (tarif- freien) Vertragsarbeitgebern	121
Diskussion	140
 <i>Timo Hebel</i>	
Sozialrechtliche Fragen der Kombination von (Teil-) Rente und Wei- terarbeit	149
Diskussion	169

Diskussionsteilnehmer	179
Sachregister	181

Autoren

Dahm, Katharina, Dr. iur., Akademische Rätin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg Universität Mainz

Gasche, Martin, Dr., Munich Center for the Economics of Aging (MEA) am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik

Hebeler, Timo, Dr. iur., ordentlicher Professor für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Verwaltungswissenschaft an der Universität Trier

Kolbe, Sebastian, Privatdozent Dr. iur., Ludwig-Maximilians-Universität/Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

Stoffels, Markus, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Abkürzungen

AAG	Aufwendungsausgleichsgesetz	BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Abs.	Absatz, Absätze	BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
a.D.	außer Dienst	BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
a.E.	am Ende	Bd.	Band, Bände
AE.....	Arbeitsrechtliche Entscheidungen (Zeitschrift)	BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
a.F.	alte Fassung	BGBL.	Bundesgesetzblatt
AG	Aktiengesellschaft	BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
AGG.....	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	BSG.....	Bundessozialgericht
AiB.....	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)	BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
Alt.....	Alternative	BUrlG	Bundesurlaubs-gesetz
AOK.....	Allgemeine Ortskrankenkasse	BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
ArbG	Arbeitsgericht	ca.	circa
ArbRB.....	Der Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)	DAK.....	Deutsche Angestellten-Krankenkasse
Art.	Artikel	DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
AÜG.....	Arbeitnehmerüberlassungs-gesetz	ders.....	derselbe
Aufl.	Auflage	DGB.....	Deutscher Gewerkschaftsbund
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	DJT.....	Deutscher Juristentag
BAG	Bundesarbeitsgericht	EP	Entgeltpunkte
		etc.....	et cetera
		EU	Europäische Union

EuGH	Europäischer Gerichtshof	MEA	Munich Center for the Economics of Ageing
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht	MTV	Manteltarifvertrag
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	MuSchG	Mutterschutzgesetz
e.V.....	eingetragener Verein	NGG	Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten
EzA.....	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
f., ff.....	folgende	Nr.....	Nummer, Nummern
Fn.....	Fußnote, Fußnoten	NRW	Nordrhein-Westfalen
GewO	Gewerbeordnung	NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
GG.....	Grundgesetz	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
GRCh.....	Grundrechtecharta	ÖTV.....	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)	RdA.....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch	Rn.	Randnummer, Randnummern
Hrsg.	Herausgeber	RV aktuell	Rentenversicherung aktuell (Zeitschrift)
IG	Industriegewerkschaft	S.....	siehe; Seite, Seiten
IGBCE	Industriegewerkschaft Bergbau, Chemie, Energie	SF.....	Sozialer Fortschritt (Zeitschrift)
JZ.....	Juristenzeitung		
K.O.	Knocked out		
KSchG	Kündigungsschutzgesetz		
LAG.....	Landesarbeitsgericht		
LAGE.....	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte		
lit.....	littera		

SGb.....	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)	vgl.....	vergleiche
SGB.....	Sozialgesetzbuch	WSI.....	Wirtschafts- und Sozialwissen- schaftliches Insti- tut der Hans Bö- ckler Stiftung
SHARE	Survey of Health, Ageing and Re- tirement in Eu- rope	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehun- gen und Arbeits- recht
Slg.....	Amtliche Sammlung	ZBR	Zeitschrift für Be- amtenrecht
SOKA.....	Sozialkasse	ZESAR.....	Zeitschrift für europäisches So- zial- und Arbeits- recht
SozSich	Soziale Sicherheit (Zeitschrift)	ZEuP.....	Zeitschrift für Europäisches Pri- vatrecht
TVG	Tarifver- tragsgesetz	ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder	ZIP.....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst	ZRP.....	Zeitschrift für Rechtspolitik
TzBfG	Teilzeit- und Be- fristungsgesetz	ZTR.....	Zeitschrift für Ta- rifrecht
usw.	und so weiter		
ver.di	Vereinte Dienst- leistungsgewerk- schaft		
VG	Verwaltungsge- richt		

Empirie und Ökonomie des Arbeitsmarktverhaltens Älterer

Martin Gasche

Seite

I. Einleitung.....	16
II. Empirie des Arbeitsmarktverhaltens Älterer.....	17
1. Daten und Fakten zum Arbeitsmarktverhalten Älterer.....	17
2. Charakteristika der erwerbstätigen Älteren.....	24
a) Datengrundlage.....	24
b) Ergebnisse.....	25
III. Ökonomie des Arbeitsmarktverhaltens Älterer.....	29
1. Entscheidungspfade.....	29
2. Ökonomische Anreize für das Arbeitsmarktverhalten Älterer anhand von Beispielen.....	33
a) Rentenabschläge.....	33
b) Hinzuverdienstgrenzen und Teilrentenbezug.....	34
c) Die Zuschussrente.....	39
IV. Fazit.....	46
Diskussion.....	47

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]* (München 2013), S. 15-46

I. Einleitung

Die demografische Entwicklung wird Deutschland in den nächsten 30 Jahren vor enorme Herausforderungen stellen. Einerseits sinkt wegen der geringen Geburtenrate das Erwerbspersonenpotenzial, andererseits erhöht sich wegen der in Rente gehenden *Baby-Boomer* und des Anstiegs der Lebenserwartung die Anzahl der Rentner. Ein Mittel, den damit verbundenen Problemen zu begegnen, ist ungenutztes Erwerbspersonenpotenzial zu heben. Dieses Potenzial kann man vor allem bei Jüngeren, Frauen und Älteren ausmachen. Ein Baustein einer „Demografiestrategie“ sollte also sein, die Älteren möglichst lange im Erwerbsleben zu halten. Dies erhöht das Produktionspotenzial und entlastet durch höhere Beiträge die Sozialkassen und den Steuerfiskus. Die Rentenversicherung hat zudem zunächst geringere Rentenzahlungen zu leisten.

Das Arbeitsmarktverhalten der Älteren ist vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung von zentraler Bedeutung. Deshalb werden nachfolgend in einem ersten Teil zur Bestandsaufnahme Daten und Fakten des Arbeitsmarktverhaltens Älterer zusammengetragen. Wie hoch ist die Erwerbsbeteiligung in den älteren Altersklassen derzeit und im Zeitverlauf? Wie hat sich die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung der Älteren entwickelt? Zudem ist zu fragen, welche Tätigkeiten die Älteren ausüben. Sind dies eher atypische Beschäftigungsverhältnisse, haben sie vermehrt Mini-Jobs oder sind sie eher selbständig?

In jüngster Vergangenheit haben Rentner, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen, in den Medien aber auch in der wissenschaftlichen Diskussion größere Beachtung gefunden. Zum einen geschieht dies mit einer negativen Konnotation, indem man die steigenden Erwerbstätigenquoten der Rentner mit Sorge sieht, weil man daraus auf eine zunehmende Altersarmut der Rentner schließt: Die Rentner müssen arbeiten, um ihren Lebensunterhalt bestreiten zu können. Zum anderen kann man auch die Rentner als ungehobenes Erwerbstätigenpotenzial ansehen. Jede Zunahme der Erwerbsbeteiligung dieser Gruppe hilft, den demografischen Problemen besser zu begegnen. Hintergrund ist hier aber das Grundverständnis, dass Rentner weniger aus finanziellen Gründen arbeiten, sondern weil sie es wollen, zum Beispiel aufgrund der Wahrung des sozialen Status und des Ansehens, oder weil sie im Alter gebraucht werden wollen. Wissenschaftlich ist zudem interessant, welche Charakteristika die erwerbstätigen Rentner aufweisen und welche Faktoren identifiziert werden können, die die Erwerbstätigkeit in der Rentenphase determinieren. Um die Erkenntnisse über die älteren Erwerbstätigen zu vertiefen, werden der SHARE-Datensatz (*Survey of Health, Ageing and Retirement in Europe*) ausgewertet und verschiedene Charakteristika der älteren Erwerbstätigen

herausgearbeitet. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die Gruppe der arbeitenden Rentner gelegt.

Im zweiten Teil wird aufgezeigt, welches ökonomische Kalkül hinter dem Arbeitsmarktverhalten der Älteren steckt und wie die Politik dieses Verhalten beeinflussen kann. Argumentiert wird dabei, dass durch die Möglichkeit des Renteneintritts neue Entscheidungspfade für die älteren Erwerbstätigen entstehen. Nicht jeder dieser Pfade führt über die Erwerbstätigkeit in die Altersrente. Die Politik kann hier lenkend eingreifen, indem sie bestimmte ungewollte Pfade in die Rente verschließt und andere gewollte Pfade durch entsprechende ökonomische Anreize begünstigt.

Anhand der drei Beispiele Rentenabschläge, Hinzuverdienstregelung und Zuschussrente werden verschiedene dieser Pfade näher beleuchtet und es wird gezeigt, dass derzeit geltende Regelungen und aktuelles politisches Handeln oft hinderlich für eine höhere Erwerbsbeteiligung der Älteren sind. Beispielsweise können die Rentenabschläge aus ökonomischer Sicht als zu niedrig gelten, so dass sie einen Frühverrentungsanreiz bieten. Die derzeitigen Hinzuverdienstgrenzen im Rahmen der Teilrentenregelung erweisen sich als beschäftigungsfeindlich, so dass eine Kombination von Rente und Erwerbstätigkeit und somit ein gleitender Übergang aus der Erwerbstätigkeit in den Ruhestand verhindert wird. Die Möglichkeit eines solchen gleitenden Übergangs wäre aber wünschenswert, wenn die Erwerbstätigkeit der Älteren gesteigert werden soll. Im Rahmen des sogenannten „Rentenpakets“ hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) mit der Kombirente eine Ausweitung der Hinzuverdienstgrenzen vorgeschlagen, die den gleitenden Übergang, leider aber auch die Frühverrentung, begünstigt. Schließlich wird der Vorschlag der Zuschussrente aufgegriffen und gezeigt, wie hinderlich die vom BMAS geplante Zuschussrente für die Erwerbstätigkeit der Älteren ist. Ein eigentlich gewünschter Entscheidungspfad würde somit für bestimmte Personen durch die Zuschussrente unattraktiver.

II. Empirie des Arbeitsmarktverhaltens Älterer

1. Daten und Fakten zum Arbeitsmarktverhalten Älterer

Das Arbeitsmarktverhalten Älterer im Zusammenspiel mit der Arbeitsnachfrage nach älteren Arbeitskräften lässt sich anhand der Erwerbsquoten ablesen. Es zeigt sich, dass die Erwerbsbeteiligung der über 55-Jährigen deutlich unter der Erwerbsbeteiligung der Jüngeren liegt. So ist die Erwerbstätigenquote (Anzahl der Erwerbstätigen dividiert durch die Bevölkerungszahl) in der Altersgruppe der 55- bis unter 75-Jährigen 35 %, in der Gruppe der 55- bis unter 65-Jährigen 60 % und in der Gruppe der 65- bis unter 75-Jährigen sogar nur noch 8 %. Die 15- bis unter 55-Jährigen weisen dagegen eine Erwerbstätigenquote von über 70 % aus

(vgl. Tabelle 1). Die Tatsache, dass nur 8 % der 65- bis unter 75-Jährigen, dagegen 60 % der 55- bis unter 65-Jährigen einer Erwerbstätigkeit nachgehen, zeigt, dass das bisher gültige gesetzliche Renteneintrittsalter eine Grenze für die Erwerbstätigkeit darstellt: Entweder man ist erwerbstätig oder in Rente. Eine Kombination aus Erwerbstätigkeit und Rente ist nur wenig verbreitet.

Tabelle 1: Erwerbsbeteiligung Älterer im Jahr 2011

Alter	Bevölkerung	Erwerbstätig		Sozialvers.pflichtig beschäftigt		Erwerbslos		Mini-Job
	Anzahl in Mio	Anzahl in Mio	%	Anzahl in Mio	%	Anzahl in Mio	%	Anzahl in Mio
15 – u. 65	54,0	39,1	72%	27,8	51%	2,5	5%	6,1
15 – u. 55	43,6	32,9	75%	23,6	54%	2,1	5%	5,0
55 – u. 75	19,8	6,9	35%	4,4	22%	0,4	2%	1,8
55 – u. 65	10,4	6,2	60%	4,2	40%	0,4	4%	1,1
65 – u. 75	9,4	0,76	8%	0,14	1,4%	0,006	0,06%	0,7

Quelle: Statistisches Bundesamt, Mikrozensus, eigene Berechnungen.

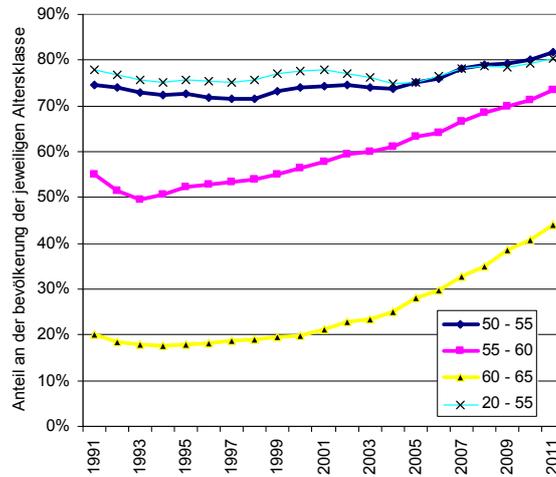
Dennoch hat die Erwerbstätigkeit der Älteren in den letzten Jahren enorm zugenommen. So betrug die Erwerbstätigenquote der 60- bis 64-Jährigen im Jahr 2001 noch rund 20 %, im Jahr 2011 schon 44 %. Dabei hat der Anstieg bei den Frauen – wenn auch von einem niedrigen Niveau – früher eingesetzt (schon im Jahr 1999) und ist genauso dynamisch wie bei den Männern. Mittlerweile beträgt zum Beispiel die Erwerbstätigenquote der Frauen in der Altersgruppe 60 bis 64 Jahre über 36 %. Seit dem Jahr 2000 hat sie sich damit verdreifacht. Die Erwerbstätigenquote der Männer zwischen 60 und 64 Jahren ist von 28 % im Jahr 2000 auf 52 % im Jahr 2011 gestiegen.

Teilt man die Erwerbstätigen auf in Beschäftigte (Arbeitnehmer und Angestellte), Beamte und Selbständige, zeigt sich bei den Selbständigen und insbesondere bei den Beschäftigten in der Altersgruppe der 60- bis 64-Jährigen ein starker Anstieg: von 13 % im Jahr 2000 auf 32 % im Jahr 2011 bei den Beschäftigten und von 4,7 % auf 7,6 % bei den Selbständigen. Da im Mikrozensus auch die Mini-Jobber als Beschäftigte erfasst werden, lohnt sich ein Blick auf die Quote der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten. Auch diese entwickelt sich sehr dynamisch (vgl. Abbildung 2) und weist sogar eine stärkere relative Zunahme als die Erwerbstätigenquote insgesamt aus: Diese Beschäftigungsquote der 60- bis 64-Jährigen hat sich seit dem Jahr 2000 nahezu verdreifacht, von weniger als 11 % auf mehr als 27 %. Damit ist die größere Erwerbsbeteiligung der Älteren nicht nur auf geringfügige Beschäftigung zurückzuführen, sondern vor allem auf die Zunahme der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung.

Als Gegenstück zur Zunahme der Erwerbstätigkeit zeigt sich ein deutlicher Rückgang der Erwerbslosigkeit in den älteren Altersklassen. Die Erwerbslosenquote (definiert als Erwerbslose dividiert durch die Erwerbspersonen) ist in den Altersklassen der 55- bis 59-Jährigen und der 60- bis 64-Jährigen mit rund 6,5 % kaum noch höher als in den jüngeren Altersklassen. Das sah Ende der 1990er Jahre noch ganz anders aus. Zum Beispiel war die Erwerbslosenquote der 55- bis 60-Jährigen noch mehr als doppelt so hoch wie die der 20- bis 55-Jährigen.

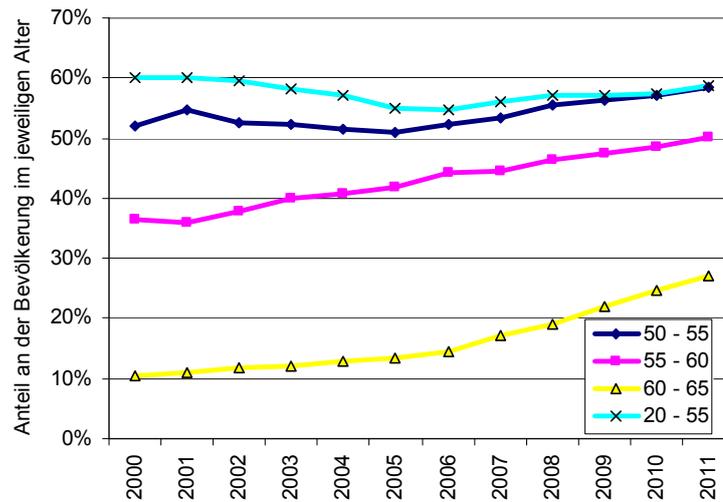
Insgesamt kann man konstatieren, dass unabhängig von konjunkturellen Gegebenheiten ein eindeutiger Trend hin zu mehr Erwerbsarbeit der Älteren besteht, wenngleich das Niveau der Erwerbsbeteiligung noch immer recht niedrig ist, verglichen mit den jüngeren Erwerbspersonen.

Abbildung 1: Entwicklung der Erwerbstätigenquoten für verschiedene Altersklassen



Quelle: Statistisches Bundesamt, Mikrozensus, eigene Berechnungen.

Abbildung 2: Entwicklung der Quote der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten für verschiedene Altersklassen



Quelle: Statistisches Bundesamt, Mikrozensus, eigene Berechnungen.

Rein technisch kann man drei *Gründe für die höhere Erwerbstätigenquote* der Älteren ausmachen¹:

1. Die Erwerbstätigen verlängern ihre Erwerbsphase. Bleibt eine Person länger erwerbstätig als eine Person im gleichen Alter in früheren Jahren, erhöht sich die Erwerbstätigenquote.
2. Die Erwerbsbeteiligung steigt. Wenn jeweils ein größerer Teil einer Kohorte einer Erwerbstätigkeit nachgeht, steigt die Erwerbstätigkeit insgesamt.
3. Es wirkt ein (statistischer) „Altersstruktureffekt“. Die Erwerbstätigenquote in den verschiedenen Altersklassen steigt durch eine Veränderung der Besetzungstärke der einzelnen Kohorten innerhalb einer Fünf-Jahres-Altersklasse. Da die Erwerbsquoten innerhalb der Fünf-Jahres-Klassen sinken, erhöht sich die Erwerbsquote automatisch, wenn im Zeitverlauf eine stark besetzte Kohorte mit einer relativ hohen Erwerbsquote in die Fünf-Jahres-Klasse eintritt und eine weniger stark besetzte mit einer geringen Erwerbsquote aus der Fünf-Jahres-Klasse raus fällt (vgl. Beispiel in Tabelle 2).

Tabelle 2: Beispiel für den „Altersstruktureffekt“

Alter	60	61	62	63	64	Gesamt 60-64
Bevölkerung	100	100	100	100	100	500
Erwerbsquote	50 %	30 %	30 %	30 %	10 %	30 %
Erwerbspersonen	50	30	30	30	10	150
Alter	60	61	62	63	64	Gesamt 60-64
Bevölkerung	200	100	100	100	100	600
Erwerbsquote	50 %	30 %	30 %	30 %	10 %	33 %
Erwerbspersonen	100	30	30	30	10	200

Quelle: eigene Darstellung.

Brussig (2010) zerlegt die gesamte Zunahme der Alterserwerbsbeteiligung in diese drei Effekte und kommt zu dem Ergebnis, dass rund die Hälfte des Effekts auf eine Verlängerung der Erwerbsphase und jeweils ein Vier-

¹ Vgl. *Brussig*, Höhere Alterserwerbsbeteiligung durch längere Erwerbsphasen, Altersübergangs-Report, 2010-04.

tel auf die höhere Erwerbsbeteiligung und den Altersstruktureffekt zurückzuführen ist².

Hinter den ersten beiden statistisch technischen Gründen, Verlängerung der Erwerbsphase und Erhöhung der Erwerbsbeteiligung, stehen Veränderungen der Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt und Veränderungen des Arbeitsmarktverhaltens. Zusammenfassend kann man folgende Ursachen dafür nennen:

- *Abschaffung der Frühverrentungsmöglichkeiten:* Die Möglichkeiten einer (abschlagsfreien) Frühverrentung und bestimmte Frühverrentungsarten werden allmählich abgeschafft. So gibt es die Altersrente für Frauen und die Altersrente nach Arbeitslosigkeit und Altersteilzeit nur noch für Personen, die vor dem Jahr 1952 geboren sind.
- *Einführung der Abschläge:* Die mit der Rentenreform im Jahr 1992 eingeführten Abschläge bei vorzeitigem Rentenbezug machen den Frührenteneintritt finanziell unattraktiver.
- *Anhebung der Altersgrenzen:* Da sich die Abschlagsberechnung auf bestimmte Altersgrenzen bezieht, bedeutet die Erhöhung der Grenzen ebenfalls einen finanziellen Anreiz, später in Rente zu gehen.
- *Bessere Gesundheit:* Nicht nur die Lebenserwartung der Menschen steigt, sondern auch ihr Gesundheitszustand in einem bestimmten Alter verbessert sich. Damit sind tendenziell mehr Personen in der Lage und auch willens, im Alter zu arbeiten.
- *Verbesserungen in den Betrieben:* Auch in den Betrieben werden Arbeitsplätze und Arbeitsabläufe stärker auf ältere Erwerbstätige ausgerichtet, so dass der Verbleib in der Erwerbstätigkeit für Ältere einfacher ist.
- *Bessere Ausbildung:* Die älteren Beschäftigten von heute sind besser ausgebildet als es die Älteren in der Vergangenheit waren. Bessere Ausbildung schützt vor Arbeitslosigkeit und geht mit einer größeren Beschäftigungswahrscheinlichkeit einher.
- *Anderes Familienbild:* Vor allem in Westdeutschland hat sich das Familienbild verändert. Die früher vorherrschende „Einverdienerehe“ hat an Bedeutung verloren. Die Erwerbsneigung der Frauen ist höher.
- *Arbeitsmarktreformen:* Die Arbeitsmarktreformen der vergangenen Jahre haben grundsätzlich die Beschäftigungsmöglichkeiten – auch die der Älteren – verbessert.

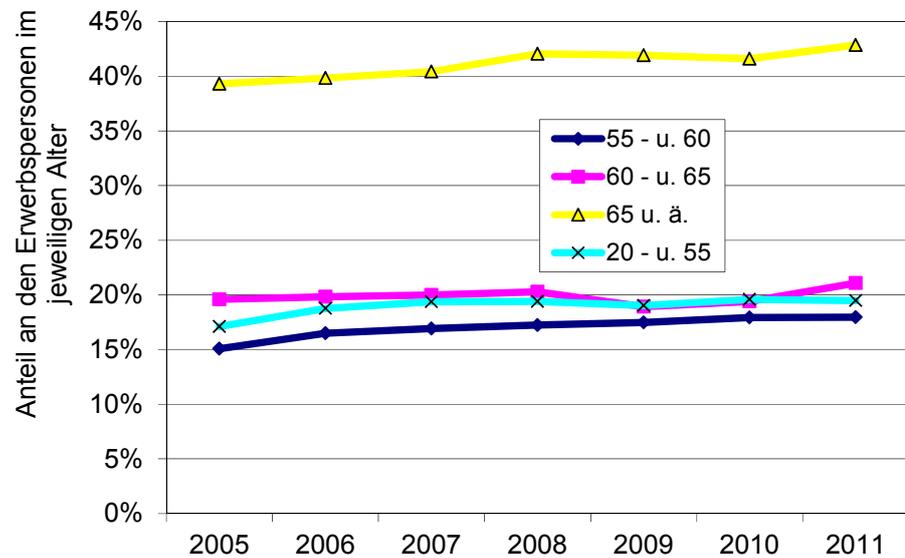
2 Vgl. *Brussig* (Fn. 1), S. 14.

- *Generelles Umdenken:* Allmählich setzt sich sowohl in den Unternehmen als auch bei den Arbeitnehmern und bei den politisch Verantwortlichen die Erkenntnis durch, dass aufgrund der demografischen Entwicklung und dem damit verbundenen möglichen Erwerbstätigenmangel eine längere Lebensarbeitszeit erforderlich ist.

Analysiert man etwas genauer, welche Tätigkeiten die älteren Erwerbstätigen ausüben, zeigt sich, dass bei den über 65-Jährigen die Teilzeitbeschäftigung und die geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse besonders weit verbreitet sind. In der Altersklasse 55-60 und 60-65 sind die Quoten der Beschäftigten in Teilzeit mit 14 % beziehungsweise 18 % zwar höher als bei den 20- bis 55-Jährigen mit 12 %, jedoch ist der Unterschied noch relativ gering. Dagegen ist der Anteil der Teilzeitbeschäftigten an den Erwerbspersonen über 65 Jahren mit 41 % deutlich höher. Rund 35 % der über 65-jährigen Erwerbspersonen gehen einer geringfügigen Beschäftigung nach. Bei den 20- bis 55-Jährigen sind es 6 %, bei den 55- bis 60-Jährigen 7 % und bei den 60- bis 65-Jährigen 12 %. Befristete Beschäftigung, Teilzeittätigkeit, Mini-Jobs und Leiharbeit werden unter dem Begriff „atypische Beschäftigung“ zusammengefasst. Hier zeigt sich das gleiche Ergebnis: Bei den über 65-Jährigen sind diese Tätigkeiten stark vertreten (43 % der Erwerbspersonen), bei den 55- bis 65-Jährigen mit ca. 20 % der Erwerbspersonen kaum weiter verbreitet als in der Gruppe der jüngeren Beschäftigten (vgl. Abbildung 3).

Differenziert nach Qualifikation fällt auf, dass insbesondere Ältere mit geringer Qualifikation und Ältere mit hoher Qualifikation im Alter arbeiten. Dies gibt einen Hinweis darauf, dass es zwei Motivationslagen für Arbeit im Alter geben könnte: Arbeit, weil man es aus finanziellen Gründen muss und Arbeit, weil man es aus anderen Gründen wie zum Beispiel Prestige oder Stuserhalt will. Diesem Hinweis wird im folgenden Abschnitt weiter nachgegangen.

Abbildung 3: Anteil der atypischen Beschäftigung in verschiedenen Altersklassen



Quelle: Statistisches Bundesamt, Mikrozensus, eigene Berechnungen.

2. Charakteristika der erwerbstätigen Älteren

a) Datengrundlage

Um die Gründe für die Erwerbstätigkeit der Älteren besser verstehen zu können und um einen Einblick in weitere Charakteristika der älteren Erwerbstätigen zu gewinnen, werden nachfolgend Daten aus dem „Deutschlandteil“ der SHARE-Umfrage ausgewertet. SHARE ist eine repräsentative Befragung der Bevölkerung im Alter 50+ in Europa. Die Befragung ist international harmonisiert und das europäische Gegenstück zur US-amerikanischen HRS (*Health and Retirement Study*). Aktuell werden rund 45.000 Personen in 17 Ländern zu ihrer gesundheitlichen, finanziellen, sozioökonomischen und familiären Situation befragt. Ausgewertet wurden die Daten für Deutschland der im Jahr 2006 erhobenen zweiten Welle.

Rentner werden danach abgegrenzt, ob sie angeben, ein Renteneinkommen zu beziehen³. Als erwerbstätig werden alle angesehen, die angeben, Einkommen aus selbständiger oder nicht selbständiger Arbeit zu erhalten. Nachfolgend werden die Befragten nach Altersklassen eingeteilt und in folgende drei Gruppen unterschieden:

- Erwerbstätige ohne Rentenbezug (insgesamt 483 Beobachtungen),
- Erwerbstätige mit Rentenbezug (arbeitende Rentner) (insgesamt 118 Beobachtungen),
- Rentner (ohne Erwerbstätigkeit) (insgesamt 910 Beobachtungen).

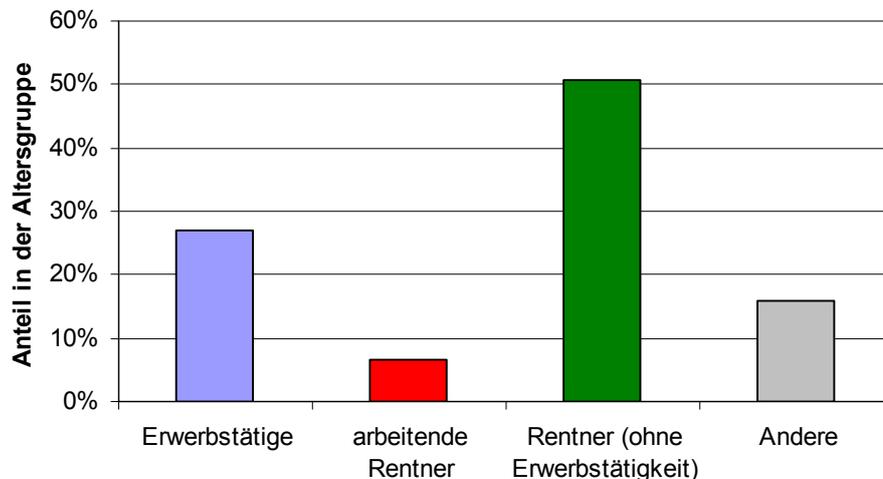
Weil dies auch in der Forschung noch etwas unterbelichtet ist, wird dabei ein besonderes Augenmerk auf diejenigen gelegt, die neben der Rente noch einer Erwerbstätigkeit nachgehen.

b) Ergebnisse

Die Auswertung der SHARE-Daten zeigt, dass in der Altersgruppe der 55- bis 75-Jährigen 27 % erwerbstätig (ohne Rente) sind und rund 7 % neben der Rente noch einer Erwerbstätigkeit nachgehen (vgl. Abbildung 4). Damit stimmt die Erwerbstätigenquote im SHARE-Datensatz in Höhe von 34 % recht gut mit der Erwerbstätigenquote des Mikrozensus von 35 % (siehe Tabelle 1) überein. Betrachtet man nur die 55- bis 65-Jährigen, ergibt sich aus den SHARE-Daten eine Quote der ausschließlich Erwerbstätigen von rund 48 % und der Erwerbstätigen mit Rentenbezug von 6 %, so dass auch hier die Gesamtquote von 54 % recht gut mit den Daten des Mikrozensus von 60 % übereinstimmt. In der Altersklasse der 65- bis 75-Jährigen sind von den SHARE-Befragten weniger als 1 % ausschließlich erwerbstätig und 7 % kombinieren Rente und Erwerbstätigkeit. Im Mikrozensus ist in dieser Altersklasse eine Erwerbstätigkeit von ebenfalls 8 % festzustellen.

3 Renteneinkommen sind dabei die gesetzliche Rente, eine Betriebsrente oder eine private Rente (einschließlich Früh- und Erwerbsminderungsrenten).

Abbildung 4: Erwerbstätigen- und Rentnerquoten in der Altersgruppe 55 bis 75 Jahre⁴



Quelle: SHARE, eigene Berechnungen.

Als Zwischenergebnis kann man festhalten, dass SHARE ähnliche Erkenntnisse zur Erwerbstätigkeit der Älteren liefert wie die amtliche Statistik. Die abgeleiteten Ergebnisse, dass die Erwerbstätigkeit der Älteren relativ gering ist und dass man eher erwerbstätig oder Rentner ist, also Rente und Erwerbstätigkeit selten kombiniert, werden bestätigt.

Schaut man sich die Branchen an, in denen die SHARE-Befragten arbeiten, zeigt sich, dass die meisten der 55- bis 75-Jährigen, die einer Erwerbstätigkeit ohne Rentenbezug nachgehen, im Dienstleistungssektor tätig sind (über 20 %). Immerhin rund 12 % arbeiten im produzierenden Gewerbe. Dagegen arbeiten die erwerbstätigen Rentner weitgehend ausschließlich im Dienstleistungssektor.

Dass die erwerbstätigen Rentner eher eine geringere Arbeitsbelastung haben, zeigt sich auch beim Vergleich der durchschnittlichen Wochenarbeitszeit⁵. Erwerbstätige ohne Rentenbezug im Alter zwischen 55 und 75 Jahren haben eine durchschnittliche Wochenarbeitszeit von knapp 37

4 Andere: Personen, die kein Renteneinkommen haben, aber auch nicht angeben, dass sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen.

5 Vgl. auch *McNamara/Brown/Aumann/Pitt-Catsouphe/Galinsky/Bond*, Working in Retirement: A Brief Report, *Journal of Applied Gerontology* 2011, 1.

Stunden. Erwerbstätige Rentner im Alter zwischen 55 und 65 Jahren arbeiten dagegen im Schnitt nur 20 Stunden und erwerbstätige Rentner zwischen 65 und 75 Jahren sogar nur rund 17 Stunden in der Woche.

Dabei weisen die arbeitenden Rentner aber eine größere Jobzufriedenheit auf als die Erwerbstätigen ohne Rentenbezug⁶. Dies deutet darauf hin, dass von den arbeitenden Rentnern zumindest ein Teil arbeitet, weil er Spaß an der Arbeit hat oder aus sonstigen mit der Arbeit verbundenen Vorteilen jenseits des zusätzlichen Einkommens⁷.

Für Erwerbstätigkeit neben dem Rentenbezug können unterschiedliche Beweggründe vermutet werden. Zum einen könnten vor allem diejenigen arbeiten, die es aus finanziellen Gründen müssen. Ansonsten können sie ihren Lebensunterhalt nicht oder nicht so gut bestreiten. Zum anderen geht man davon aus, dass vor allem diejenigen Rentner arbeiten, die Spaß an der Arbeit haben, die gebraucht werden wollen und die ihren sozialen Status erhalten wollen. Die Einkommenserzielung spielt bei dieser Gruppe eine untergeordnete Rolle. Entsprechend dieser These unterschiedlicher Motivationsgründe für Beschäftigung im Ruhestand ist zu erwarten, dass vor allem diejenigen mit geringen Renteneinkommen einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit nachgehen, weil sie aus finanziellen Gründen müssen, und dass vor allem diejenigen mit hohen Renteneinkommen einer Erwerbstätigkeit nachgehen, weil sie arbeiten wollen. Gemäß dieser These ist also ein mit der Einkommenshöhe U-förmiger Verlauf der Erwerbsbeteiligung zu erwarten⁸.

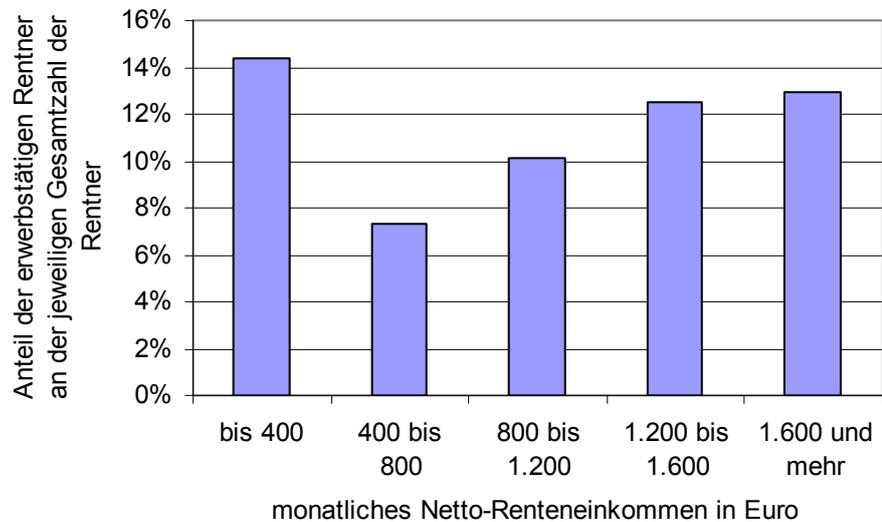
Die Auswertung der SHARE-Daten gibt einen Hinweis darauf, dass diese These nicht unrealistisch ist. So arbeiten in der Einkommensgruppe bis 400 Euro Rentennettoeinkommen 14 % der Rentner und in der Einkommensgruppe über 1.600 Euro Monatseinkommen 13 % der Rentner (vgl. Abbildung 5). In den Einkommensklassen dazwischen ist die Erwerbsbeteiligung der Rentner teilweise signifikant niedriger. Ein U-förmiger Verlauf lässt sich also erkennen.

6 Vgl. dazu auch *McNamara/Brown/Aumann/Pitt-Catsouphe/Galinsky/Bond*, *Journal of Applied Gerontology* 2011, 1.

7 Freilich kann dieser Effekt auch daher rühren, dass die erwerbstätigen Rentner wegen der geringeren Wochenstundenzahl eine geringere Arbeitsbelastung haben. Tatsächlich sind die Tätigkeiten der erwerbstätigen Rentner, gemessen an einer entsprechenden Selbsteinschätzung in der SHARE-Befragung, im Durchschnitt körperlich weniger anstrengend als die Tätigkeiten der Erwerbstätigen ohne Rentenbezug.

8 Einen solchen U-förmigen Verlauf der Erwerbsbeteiligung allerdings in Abhängigkeit von den Stundenlöhnen wird in *Cahill/Giandrea/Quinn*, *Retirement Patterns From Career Employment*, *The Gerontologist*, 46 (2006), 514, 521 festgestellt.

Abbildung 5: Erwerbstätigkeit der Rentner nach (Renten-) Einkommensgruppen



Quelle: SHARE, eigene Berechnungen.

Jenseits der Beweggründe des Einzelnen für eine Erwerbstätigkeit im Alter gilt generell, dass Personen mit einer besseren Ausbildung größere Beschäftigungschancen haben. Entsprechend zeigt sich, dass Erwerbstätige zwischen 55 und 75 Jahren und erwerbstätige Rentner zwischen 55 und 75 Jahren im Durchschnitt besser ausgebildet sind als Rentner (ohne Erwerbstätigkeit) zwischen 55 und 75 Jahren. Gemessen in Schul- und Ausbildungsjahren haben die Erwerbstätigen mit und ohne Rentenbezug zwischen 13 und 14 Bildungsjahren aufzuweisen, bei den Rentnern (ohne Erwerbstätigkeit) sind es zwölf Jahre⁹.

Zudem zeigen die Untersuchungen, dass Arbeit im Alter eher „Männersache“ ist¹⁰. Der Anteil der arbeitenden Männer ist in allen betrachteten Gruppen größer als derjenige der Frauen. Insbesondere bei den erwerbstätigen Rentnern beträgt der Männeranteil zwischen 55 % (Alter 65-75) und 60 % (Alter 55-65). Der Vergleich der Durchschnittsalter bringt eben-

9 Vgl. dazu zum Beispiel *van Komp/van Tilburg/Broese van Groenou*, Paid work between age 60 and 70 years in Europe: a matter of socio-economic status, *International Journal of Ageing and Later Life* 5 (2010), 45.

10 Vgl. *Komp/van Tilburg/Broese van Groenou*, *International Journal of Ageing and Later Life* 5 (2010), 45, 64.

falls zunächst keine Überraschungen. So sind Erwerbstätige zwischen 55 und 75 Jahren im Durchschnitt jünger als erwerbstätige Rentner in der Altersgruppe zwischen 55 und 75 Jahren: 58,4 Jahre im Vergleich zu 64,9 Jahren¹¹. Erwerbstätige Rentner zwischen 55 und 75 Jahren wiederum sind im Durchschnitt jünger als Rentner zwischen 55 und 75 Jahren: 64,9 Jahre im Vergleich zu 67,7 Jahren. Somit scheint Arbeit etwas für die relativ jüngeren Alten zu sein. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass Altersrenten erst nach dem Erreichen einer bestimmten Altersgrenze gewährt werden und deshalb das Durchschnittsalter der Rentner zwangsläufig nach oben verzerrt ist. Betrachtet man nur die Altersgruppe jenseits der Regelaltersgrenze der 65- bis unter 75-Jährigen und schließt damit den verzerrenden Effekt eines Mindestalters für den Rentenbezug weitgehend aus, verschwindet der Altersunterschied zwischen den Rentnern und den erwerbstätigen Rentnern.

Möglicherweise zusammenhängend mit der Korrelation zwischen Alter und Gesundheit schätzen Erwerbstätige zwischen 55 und 75 Jahren und erwerbstätige Rentner zwischen 55 und 75 Jahren ihren Gesundheitszustand im Durchschnitt besser ein als Rentner zwischen 55 und 75 Jahren¹².

III. Ökonomie des Arbeitsmarktverhaltens Älterer

1. Entscheidungspfade

Das Arbeitsmarktverhalten ist letztlich auf Entscheidungen der Individuen zurückzuführen. Entscheidungen treffen die Individuen unter Berücksichtigung der institutionellen Verhältnisse (zum Beispiel Höhe des Arbeitslosengeldes oder gesetzliche Altersgrenzen), der persönlichen Verhältnisse (Gesundheitszustand, Ehestatus, Vermögen, Einkommen des Partners, Höhe der Rentenansprüche) und der Situation auf dem Arbeitsmarkt, indem sie alle Entscheidungsoptionen bewerten und sich die günstigste Option aussuchen.

Diese allgemeine Aussage trifft sowohl für die Jüngeren als auch für die Älteren zu. Allerdings gibt es bei der Entscheidungsfindung zwischen beiden Gruppen einen wichtigen Unterschied. Dieser besteht darin, dass für

11 Vgl. dazu auch *McNamara/Brown/Aumann/Pitt-Catsouphe/Galinsky/Bond*, *Journal of Applied Gerontology* 2011, 1, 4 f.

12 Die SHARE-Frage lautet: „Auf einer Skala von 0 bis 10, bei der 0 den schlechtesten Zustand beschreibt, den Sie sich vorstellen können, und 10 den besten vorstellbaren Zustand – wie würden Sie hier im Allgemeinen Ihren Gesundheitszustand einstufen?“ Die Auswertung zeigt, dass Erwerbstätige und erwerbstätige Rentner im Durchschnitt einen Wert zwischen 7,1 und 7,5 angeben. Die Rentner weisen hingegen mit im Durchschnitt knapp 6,6 einen signifikant niedrigeren Wert auf.

die Älteren die Renteneintrittsmöglichkeit bei ihrer Entscheidung eine Rolle spielt, bei den Jüngeren jedoch nicht. Die Renteneintrittsaussicht erzeugt viele neue Entscheidungsoptionen beziehungsweise Entscheidungspfade, an deren Ende der Renteneintritt steht. Da nicht jeder dieser Entscheidungspfade mit Erwerbstätigkeit vor dem Renteneintritt verbunden ist, ist einer der Gründe identifiziert, warum die Erwerbstätigkeit der Älteren geringer ist.

Ein jüngerer Erwerbstätiger, der sich entscheiden muss, was er in der nächsten Periode macht, hat nur wenige Wahlmöglichkeiten: Er kann sich entscheiden, in der nächsten Periode wieder erwerbstätig zu sein. Er kann auch die Nichterwerbstätigkeit wählen. Wenn er die gesundheitlichen Beeinträchtigungen zum Bezug einer Erwerbsminderungsrente hat, kann er diese beziehen (vgl. Abbildung 6). Des Weiteren könnte er arbeitslos werden oder Krankengeld beziehen. Doch dies wird nur vorübergehend sein (können). Da der Jüngere seinen Lebensunterhalt bestreiten muss, wird die Erwerbstätigkeit in der Regel immer wieder seine Wahl sein (müssen).

Dies ändert sich, wenn eine Person ein bestimmtes Alter erreicht hat und damit der Renteneintritt als Option hinzutritt. Jetzt gibt es zahlreiche Übergangspfade in die Rente (vgl. Abbildung 7). So kann man die Zeit nach der Beendigung der Erwerbstätigkeit bis zur Altersrente durch den Bezug von Arbeitslosengeld überbrücken. Möglich wäre auch, das Krankengeld als „Brücke“ zu verwenden. Auch Kombinationen aus den beiden „Brücken“ sind grundsätzlich möglich¹³. Ein von der Politik bis Ende 2009 unterstützter Übergangspfad war derjenige der Altersteilzeit. Auch dieser Pfad ist wegen der weit überwiegenden Ausgestaltung der Altersteilzeit als Blockmodell vor dem Rentenbezug meist nicht mit Erwerbstätigkeit verbunden, wenngleich Personen in der Freistellungsphase in der Statistik als sozialversicherungspflichtig Beschäftigte gezählt werden. Auch die Frührente, also der Bezug einer Altersrente vor dem gesetzlichen Renteneintrittsalter, kann als Übergangspfad interpretiert werden. Dieser wurde in der Vergangenheit durch spezielle Rentenarten (zum Beispiel Altersrente für Frauen oder Altersrente nach Arbeitslosigkeit und Altersteilzeit) sowie den vorzeitigen Rentenbezug ohne Abschläge begünstigt.

Die Entscheidungspfade kann man mit Wasserkanälen vergleichen, die letztlich alle ins Meer fließen. Das Meer ist die Altersrente ab Erreichen des gesetzlichen Rentenalters. Schließt man einen Kanal, wird zwangsläufig ein anderer genommen, da das Wasser letztlich immer ins Meer

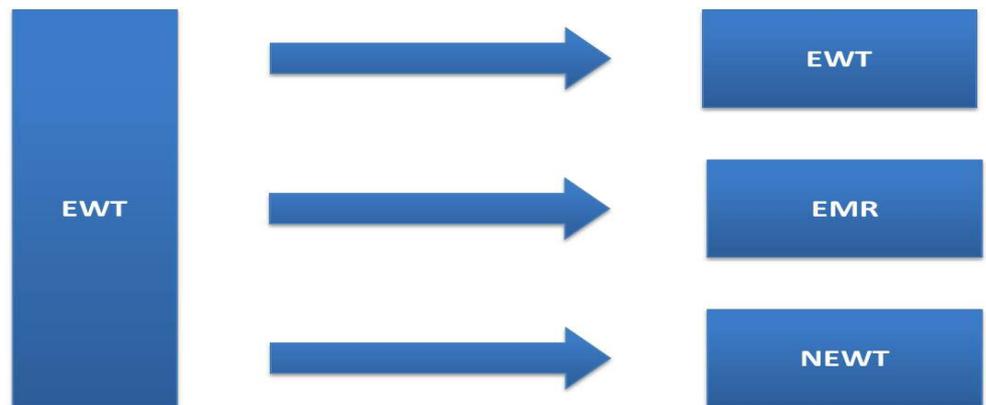
13 So könnte jemand beispielsweise seinen Anspruch auf 78 Wochen Krankengeldbezug ausschöpfen und kurz danach bis zu 24 Monate Arbeitslosengeld beziehen. Der Übergangspfad könnte somit bei einem geplanten Renteneintritt mit 63 schon im Alter von 59 besritten werden.

fließt¹⁴. Am Beispiel der Verkürzung der Bezugszeit des Arbeitslosengeldes im Jahr 2006 kann man sehen, dass auf andere Pfade ausgewichen wird. Mit der Verkürzung der Laufzeit des Arbeitslosengeldes wurde der Pfad in die Rente über den Arbeitslosengeldbezug für viele zunächst verschlossen. Die Reaktion hierauf kann zum einen die Fortführung der Erwerbstätigkeit sein. Aber es könnten auch andere Pfade verstärkt gewählt werden. Zum Beispiel ist zu beobachten, dass seit dem Jahr 2006 die Ausgaben für Krankengeld je Versicherten in den Altersklassen der über 50-Jährigen zugenommen haben und in der Altersklasse der 60- bis 64-Jährigen besonders stark angestiegen sind¹⁵. Ein Grund für diesen Anstieg kann sein, dass das Krankengeld nun verstärkt als Übergangspfad in die Rente genutzt wird. Somit wird deutlich, dass durch entsprechende politische Maßnahmen das Arbeitsmarktverhalten der Älteren beziehungsweise der Renteneintritt beeinflusst werden kann, wenn man ungewollte Übergangspfade verschließt oder unattraktiver macht und gewünschte Übergangspfade schafft beziehungsweise günstiger gestaltet.

Für die Politik ergeben sich hier also weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten. Sie kann durch geeignete Maßnahmen bestimmte Pfade verschließen oder andere Pfade öffnen, indem sie die Anreize entsprechend setzt. Vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung gewünschte Pfade in die Rente sind neben dem Pfad über die Erwerbstätigkeit vor allem derjenige einer Kombination aus Rente und Erwerbstätigkeit. Dass die institutionellen Rahmenbedingungen aber oft nicht so sind, dass die gewünschten Pfade begünstigt werden, soll im Folgenden an drei Beispielen gezeigt werden.

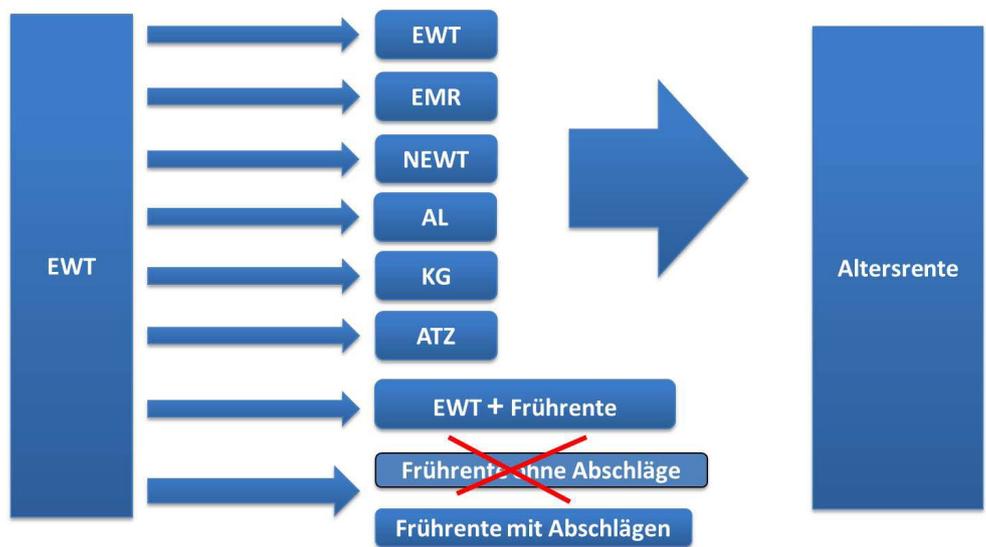
14 Bei diesem Ansatz über die Entscheidungspfade in die Altersrente ist eine Unterscheidung zwischen *push*- und *pull*-Ansätzen (vgl. Radl, Individuelle Determinanten des Renteneintrittsalters, Zeitschrift für Soziologie 36 [2007], 43) weniger bedeutend. Denn letztlich ist es unerheblich, ob sich eine Person ganz bewusst unter Auswahl aus allen Möglichkeiten für eine entscheidet oder ob die Umstände sie dazu zwingen, einen bestimmten Pfad zu wählen. Fest steht: Jeder wird einen dieser Pfade nehmen. Deshalb handelt es sich bei dieser Betrachtungsweise auch nicht um ein rein ökonomisches Kalkül.

15 So sind die Ausgaben für Krankengeld je Versicherten in der Altersklasse 60 bis 64 von rund 150 Euro im Jahr 2006 auf mehr als 250 Euro im Jahr 2010 angestiegen.

Abbildung 6: Entscheidungspfade der jüngeren Erwerbstätigen

EWT: Erwerbstätigkeit, EMR: Erwerbsminderungsrente, NEWT: Nicht-Erwerbstätigkeit.

Quelle: eigene Darstellung.

Abbildung 7: Entscheidungspfade der älteren Erwerbstätigen 55+

EWT: Erwerbstätigkeit, EMR: Erwerbsminderungsrente, NEWT: Nicht-Erwerbstätigkeit, AL: Arbeitslosigkeit, KG: Krankengeldbezug, ATZ: Altersteilzeit.

Quelle: eigene Darstellung.

2. Ökonomische Anreize für das Arbeitsmarktverhalten Älterer anhand von Beispielen

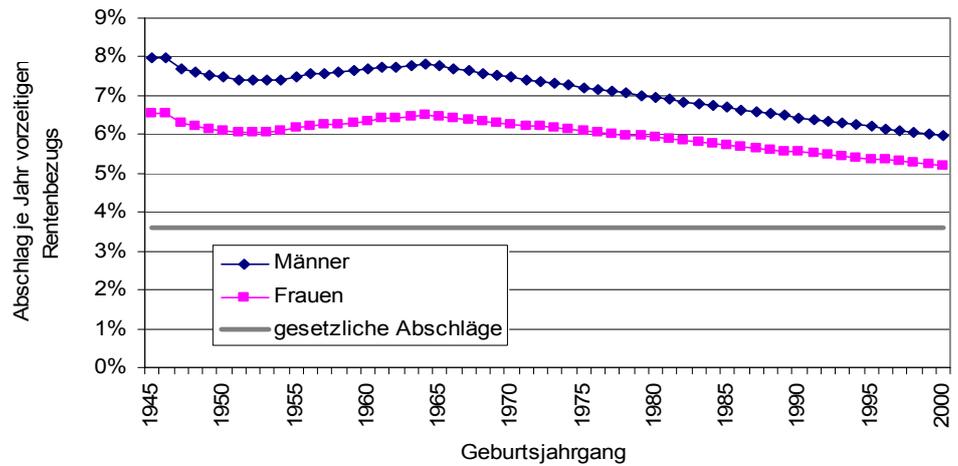
a) Rentenabschläge

Der Pfad, über einen vorzeitigen Altersrentenbezug die Regelaltersgrenze zu erreichen, wurde über lange Zeit von der Politik durch viele Frühverrentungsmöglichkeiten und Frühverrentung ohne Abschläge weit offen gehalten. In Anbetracht der Finanzierungsprobleme der gesetzlichen Rentenversicherung und in Anbetracht der demografischen Entwicklung wurden die Frühverrentungsmöglichkeiten zunehmend eingeschränkt, indem zum Beispiel die Altersrente für Frauen und die Altersrente nach Arbeitslosigkeit und Altersteilzeit, die einen Renteneintritt ab 60 Jahren möglich machten, für Geburtsjahrgänge ab 1952 abgeschafft wurden. Zudem wurden mit der Rentenreform im Jahr 1992 für den Fall eines Rentenbezugs vor der jeweiligen Altersgrenze Abschläge eingeführt. Sie betragen 0,3 % je Monat beziehungsweise 3,6 % je Jahr vorzeitigen Rentenbezugs.

Insgesamt wurde durch diese Maßnahmen die Frühverrentung unattraktiver. Allerdings bleibt trotz Rentenabschlägen ein Frühverrentungsanreiz bestehen. Dieser ökonomische Frühverrentungsanreiz ergibt sich aus der Tatsache, dass man bei Frührentenbezug aus der Rentenversicherung über das gesamte Leben einen größeren Netto-Zahlungsstrom (erhaltene Rentenzahlung abzüglich geleistete Beitragszahlungen) erhält als bei einem Renteneintritt zum gesetzlichen Renteneintrittsalter. Die Abschläge bei Frührentenbezug sind somit zu gering. Sogenannte „anreizneutrale Abschläge“ müssen gerade so hoch sein, dass die Zahlungsströme – ausgedrückt in Barwerten – bei Frühverrentung und bei Regelrenteneintritt gleich groß sind. Diese Rentenabschläge müssten je nach Geburtsjahrgang und Geschlecht zwischen 5 % und 8 % liegen (vgl. Abbildung 8)¹⁶. Die Höhe der anreizneutralen Abschläge hängt unter anderem von der Lebenserwartung ab und damit von der Dauer des Rentenbezugs. Je länger die Rente mit Abschlägen bezogen wird, auf desto mehr Jahre können die Abschlagszahlungen verteilt werden, umso geringer muss der anreizneutrale Abschlagssatz sein. Da jüngere Jahrgänge und Frauen im Durchschnitt eine höhere Lebenserwartung haben, sind die anreizneutralen Abschläge für jüngere Geburtsjahrgänge und Frauen niedriger.

Insgesamt könnte somit die Erwerbstätigkeit von Älteren erhöht werden, wenn die Rentenabschläge bei Frührentenbezug angehoben werden würden.

16 Vgl. *Gasche*, Was sind die richtigen Rentenabschläge? – neue Perspektiven, Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften 63 (2012), 187.

Abbildung 8: Anreizneutrale Abschläge nach Geburtsjahrgängen

Quelle: Gasche (2012a).

b) Hinzuverdienstgrenzen und Teilrentenbezug

Ein allmähliches Ausscheiden aus dem Erwerbsleben beziehungsweise ein gleitender Übergang in den Ruhestand durch Kombination von Erwerbstätigkeit und Rente kann sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber von Vorteil sein. Der Arbeitnehmer kann „kürzer treten“, zum Beispiel wenn dies sein Gesundheitszustand erfordert. Er hat aber noch immer Erwerbseinkommen, so dass der Einkommensrückgang durch Renteneintritt nicht so stark ausgeprägt ist. Zudem kann er den mit der Erwerbstätigkeit verbundenen Status und das Prestige erhalten. Der Arbeitgeber hat den Vorteil, dass das Unternehmen weiter von der Erfahrung und Produktivität des älteren Mitarbeiters profitieren kann. Gesamtwirtschaftlich bedeutet ein gleitender Übergang in den Ruhestand – sofern es sich um Personen handelt, die ansonsten vollständig in Rente gegangen wären – eine höhere Erwerbstätigkeit der Älteren, was vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung günstig für die Entwicklung des Produktionspotenzials, aber auch wichtig für die Steuer und Beitragseinnahmen ist. Somit ist die Kombination aus Erwerbstätigkeit und Rente ein gewünschter Übergangspfad in den Ruhestand.

Tatsächlich beziehungsweise verhindern aber verschiedene Regelungen und institutionelle Ausgestaltungen einen solchen gleitenden Übergang. So führt die Ausgestaltung der Hinzuverdienstregelung bei Frührentenbezug beziehungsweise die Teilrentenregelung des § 34 SGB VI dazu,

dass ein Hinzuverdienst und damit die Erwerbstätigkeit neben der Rente unattraktiv ist.

Während nach Überschreiten der Regelaltersgrenze für Altersrentner keine Hinzuverdienstgrenzen existieren, gelten derzeit für Frührentner starre Hinzuverdienstregelungen. Grundsätzlich ermöglicht § 34 SGB VI eine Kombination aus Rente und Hinzuverdienst. Allerdings ist die Regelung so gestaltet, dass bei Überschreiten einer bestimmten Hinzuverdienstgrenze die Rente auf die nächst niedrigere Teilrentenstufe reduziert wird. Überschreitet der Hinzuverdienst 400 Euro monatlich, wird nur noch eine 2/3-Teilrente gezahlt¹⁷. Die Rente wird also um ein Drittel gekürzt. Weiterer Hinzuverdienst führt ab einem bestimmten Einkommen zu einer Rentenkürzung auf eine 1/2-Teilrente und schließlich auf eine 1/3-Teilrente.

Die Hinzuverdienstgrenze für die Vollrente ist 400 Euro. Zur Berechnung des maximal möglichen Hinzuverdienstes auf den Teilrentenstufen wird in Westdeutschland die monatliche Bezugsgröße¹⁸ von 2.625 € im Jahr 2012 mit dem Teilrentenfaktor (bei einer 1/3-Teilrente 0,25, bei einer 1/2-Teilrente 0,19 und bei einer 2/3-Teilrente 0,13) und der Summe der innerhalb der letzten drei Kalenderjahre vor Beginn der ersten Rente erworbenen Entgeltpunkte, jedoch mit mindestens 1,5 multipliziert. In Ostdeutschland wird zusätzlich die monatliche Bezugsgröße mit dem aktuellen Rentenwert Ost (24,92 Euro seit dem 1.7. 2012) multipliziert und durch den aktuellen Rentenwert West (28,07 Euro seit dem 1.7. 2012) dividiert (§ 228a Abs. 2 SGB VI). Beispielsweise würde die Hinzuverdienstgrenze für eine westdeutsche Person mit einer 1/3-Teilrente und einem Erwerb von jährlich 0,8 Entgeltpunkten $2.625 \text{ Euro} * 0,25 * 2,4 = 1.575$ Euro betragen.

17 Eine Überschreitung der Hinzuverdienstgrenze ist allerdings in zwei Monaten pro Jahr möglich, jedoch darf der Hinzuverdienst maximal verdoppelt werden. Dies soll negative Auswirkungen auf die Rente durch Sonderzahlungen (zum Beispiel Weihnachtsgeld) verhindern. Von dieser Möglichkeit des zweimaligen Überschreitens wird im Folgenden zur Vereinfachung abstrahiert.

18 Die Bezugsgröße ist für alle Sozialversicherungen relevant und ist gemäß § 18 SGB IV das Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr, aufgerundet auf den nächsthöheren, durch 420 teilbaren Betrag.

Tabelle 3: Hinzuverdienstgrenzen bei Teilrentenbezug

	Mindest-Hinzu- verdienstgrenze	Hinzuverdienstgrenze Durch- schnittsverdiener
Altersrente		
Vollrente	400,00	400,00
2/3- Teilrente	511,88	1.023,75
1/2-Teilrente	748,13	1.496,25
1/3-Teilrente	984,38	1.968,75

Quelle: eigene Berechnungen.

Diese Teilrentenregelung mit den Hinzuverdienstgrenzen verhindert weitgehend die Kombination aus Frührente und Hinzuverdienst, da die Grenzbelastung eines hinzuverdienten Euro an den jeweiligen Teilrentenstufen weit über 100 % ist. Das Gesamteinkommen (Rente plus Hinzuverdienst) sinkt also, wenn der Hinzuverdienst die jeweilige Grenze überschreitet (vgl. Abbildung 9). Erwerbstätigkeit neben der Rente ist deshalb unattraktiv. Die Regelung ist zudem sehr unflexibel und die Berechnung der individuellen Hinzuverdienstgrenzen kompliziert¹⁹.

Insgesamt wird durch die Regelung des § 34 SGB VI der Entscheidungspfad über Kombination aus Rente und Hinzuverdienst in die Altersrente zu gehen, weitgehend verschlossen. Dies zeigt auch die Teilrentenstatistik: Insgesamt wurden zum Jahresende 2009 2.736 Teilrenten bezogen, 25 % davon als 1/3-Teilrente, 39 % als 1/2-Teilrente und 36 % als 2/3-Teilrente²⁰. Relativ zur Gesamtzahl der Altersrenten für Personen im Alter von 60 bis 64 Jahren sind dies nur 0,22 %. Dabei ist zu vermuten, dass einige der Teilrentenbezieher durch unbeabsichtigtes Überschreiten der Hinzuverdienstgrenze der vorgezogenen Vollrente in eine Teilrentenart eingestuft wurden und sich somit weniger als die oben genannte Anzahl von Personen bewusst für die Teilrente entschied²¹.

19 Vgl. dazu ausführlich *Gasche/Krolage*, Gleitender Übergang in den Ruhestand durch Flexibilisierung der Teilrente, *Sozialer Fortschritt* 2012, 149.

20 Vgl. *Deutsche Rentenversicherung Bund*, Rentenbestand am 31.12. 2009, Statistikband Nr. 177, 2010, S. 51 Tabelle 303.00 G.

21 Vgl. *Kreikebohm*, Möglichkeiten eines flexiblen Übergangs in den Ruhestand, Rede zur 7. Sozialrechtstagung der Deutschen Rentenversicherung Rheinland-Pfalz Speyer, Deutschen Rentenversicherung Nordbaden Bayreuth, Dualen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und Universität Bayreuth, 22.-23.4. 2010, Speyer.

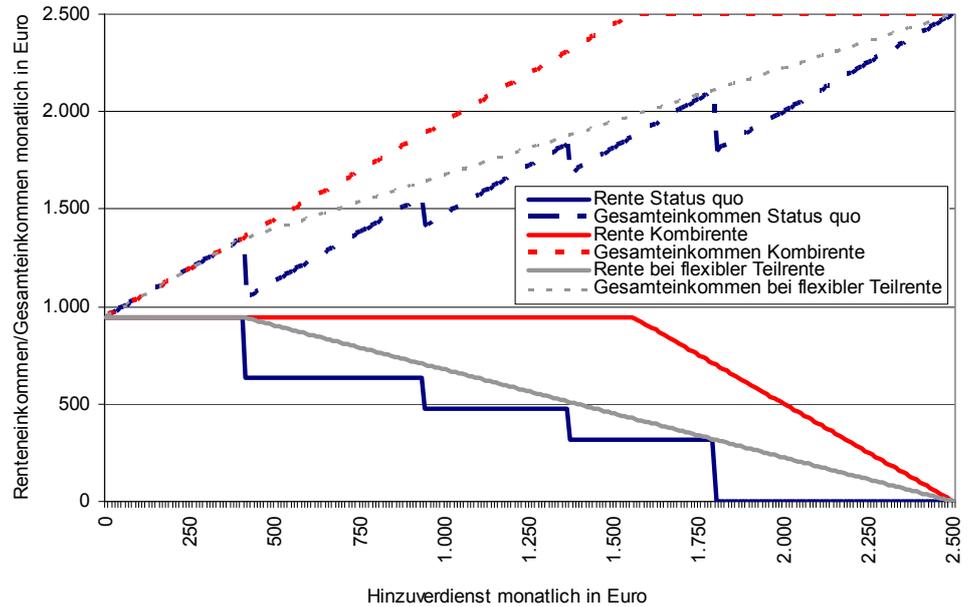
Im sogenannten Rentenpaket des BMAS wurde auf diesen verschlossenen Entscheidungspfad in die Rente reagiert und die Kombirente vorgeschlagen²². Sie erlaubt für die Zeit des vorzeitigen Altersrentenbezugs ab Renteneintritt bis zum jeweiligen gesetzlichen Renteneintrittsalter (zukünftig 67 Jahre) ein Gesamteinkommen aus Rente und Hinzuverdienst in der Höhe des höchsten Bruttoeinkommens aus den letzten 15 Jahren. Bis zu dieser Grenze können Rente und Hinzuverdienst beliebig miteinander kombiniert werden. Konkret wird die individuelle monatliche Hinzuverdienstgrenze berechnet, indem die höchste in den letzten 15 Kalenderjahren erzielte Entgeltpunktzahl mit dem auf einen Monat bezogenen Durchschnittsentgelt der Rentenversicherung multipliziert wird²³. Dabei wird von einer Mindestentgeltpunktzahl von 0,5 ausgegangen, so dass eine einheitliche Mindesthinzuverdienstgrenze existiert.

Die Kombirente ist dazu geeignet, die Erwerbstätigkeit der Frührentner zu erhöhen. Jeder zusätzlich verdiente Euro aus Erwerbstätigkeit erhöht das Gesamteinkommen. Allerdings lohnt sich die Mehrarbeit nur bis zur individuellen Hinzuverdienstgrenze. Bei einem höchsten Einkommen vor Renteneintritt von zum Beispiel 2.500 Euro brutto und gesammelten Rentenansprüchen von 40 Entgeltpunkten, ergibt sich eine individuelle Rente in Höhe von 40 % des früheren Bruttoeinkommens. Entsprechend liegt die Hinzuverdienstgrenze bei 1.550 Euro (vgl. Abbildung 9). Der Frührentner kann also eine Teilzeittätigkeit von maximal 60 % seiner früheren Tätigkeit aufnehmen. Arbeitszeit darüber hinaus erhöht sein Gesamteinkommen nicht, weil die Rente entsprechend gekürzt wird (vgl. Abbildung 9). Die Grenzbelastung hinzuverdienten Einkommens jenseits der individuellen Hinzuverdienstgrenze beträgt mithin 100 %.

22 Zum Inhalt und zur Beurteilung des gesamten Rentenpakets des BMAS vgl. *Gasche/Börsch-Supan/Haupt/Kluth/Rausch*, Ökonomische Analyse des Rentenpakets der Bundesregierung, MEA Discussion Paper 256-12, 2012, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München. Auch die Rentenvorschläge der SPD enthalten eine Veränderung der Teilrentenregelung.

23 Dadurch, dass die Hinzuverdienstgrenze vom Durchschnittseinkommen der Rentenversicherung abhängt, verändert sich die Hinzuverdienstgrenze jährlich gemäß der Entwicklung des Durchschnittsentgelts.

Abbildung 9: Renteneinkommen und Gesamteinkommen in Abhängigkeit vom Hinzuverdienst



Annahmen: Einkommen vor Renteneintritt 2.500 Euro. 40 Jahre Erwerbstätigkeit mit konstanter jährlicher Entgeltpunktzahl.

Quelle: eigene Berechnungen.

Insgesamt kann die Kombirente also die Kombination aus Rente und Erwerbstätigkeit begünstigen und damit den bisher weitgehend verschlossenen Entscheidungspfad öffnen. Leider hat das Kombirentenmodell einen entscheidenden *Konstruktionsfehler*, der dazu führt, dass die Frühverrentung begünstigt wird. Denn eine Abschaffung oder drastische Anhebung der Hinzuverdienstgrenzen ist nur dann sinnvoll, wenn gleichzeitig die Rentenabschläge bei vorzeitigem Rentenbezug auf ein Niveau angehoben werden, das den Frührenteneintritt im Vergleich zum gesetzlichen Rentenalter nicht begünstigt²⁴. Derzeit sind die Abschläge in dem Sinne zu gering bemessen, dass man bei Frührenteneintritt einen höheren Netto-Rentenbarwert (Barwert der Rentenzahlungen abzüglich Barwert der Beitragszahlungen) erzielen kann als bei einem Renteneintritt zum Regelalter²⁵. Es gibt dadurch einen Anreiz zur Frühverrentung (siehe Ab-

²⁴ Vgl. Gasche/Krolage, Sozialer Fortschritt 2012, 149.

²⁵ Vgl. Gasche, Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften 63 (2012), 187.

schnitt III 2 a). Die gültige Hinzuverdienstgrenze von 400 Euro bei der Vollrente und die Hinzuverdienstgrenzen bei der Teilrente sollen den Frührenteneintritt unattraktiver machen, also eine Aufgabe erfüllen, die mit der Anhebung der Abschläge auf ein anreizneutrales Niveau besser und zielgenauer erreicht werden könnte. Schafft man nun die Hinzuverdienstgrenzen ab beziehungsweise hebt sie an, ohne die Abschläge anzupassen, steigt für bestimmte Personen der Frühverrentungsanreiz. Eine von zwei Frühverrentungsbarrieren wird abgebaut, ohne dass die andere erhöht wird. Die Tatsache, dass bei der Kombirente die Hinzuverdienstgrenze nicht ganz abgeschafft werden soll, kann als Kompromiss gesehen werden, weil so die Verstärkung des Frühverrentungsanreizes etwas eingeschränkt wird.

Ein alternatives Modell, das ebenfalls die Kombination aus Rente und Erwerbstätigkeit begünstigt, aber den Nachteil eines größeren Frühverrentungsanreizes vermeidet, ist die *Flexible Teilrente*²⁶. Danach gibt es keine Hinzuverdienstgrenze mehr, sondern es wird eine konstante „Rentenzugsrate“ für jeden weiteren Euro Hinzuverdienst eingeführt. Beispielsweise könnte ab einem Freibetrag von 400 Euro jeder zusätzlich verdiente Euro zu einer Rentenkürzung von 45 Cent führen (vgl. Abbildung 9). Bei diesem Modell ist die Erhöhung des Rentenbarwerts in den Hinzuverdienstbereichen über 400 Euro nicht so hoch wie bei der Kombirente, es gewährt aber ebenfalls einen gleitenden Übergang in den Ruhestand und gibt einen Anreiz zur Mehrarbeit. Die Grenzbelastungen werden im Modell der flexiblen Teilrente über das gesamte Hinzuverdienstspektrum verteilt und sind immer gleich hoch (im Beispiel 45 %), während im Kombirentenmodell die Grenzbelastung zunächst 0 % und bei Erreichen des erlaubten individuellen Gesamteinkommens beziehungsweise der individuellen Hinzuverdienstgrenze auf 100 % steigt. Beim Modell der flexiblen Teilrente ist die Grenzbelastung immer und für alle gleich, eine explizite individualisierte Hinzuverdienstgrenze gibt es nicht mehr, was das Modell vereinfacht.

c) Die Zuschussrente

Während das BMAS mit der Kombirente als Teil des Rentenpakets auf verschlossene Entscheidungspfade reagiert und hier Verbesserungen eingeleitet werden, ist ein anderer Teil des Rentenpakets dazu geeignet, eigentlich gewünschte Entscheidungspfade unattraktiver zu machen. So hat die Zuschussrente das Ziel, Altersarmut zu verhindern. Ihre Ausgestaltung führt aber dazu, dass sie Erwerbstätigkeit der Älteren verhindert, al-

26 Vgl. Gasche/Krolage, Sozialer Fortschritt 2012, 149.

so den Frührenteneintritt begünstigt und Teilzeit gegenüber Vollzeittätigkeit fördert²⁷.

Das Konzept der Zuschussrente vom August 2012 sieht vor²⁸, dass Versicherte mit einem „vollen Erwerbsleben“ und trotzdem geringen Rentenansprüchen einen Zuschuss von der Rentenversicherung bekommen, so dass die Rentenansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung auf bis zu 30,3 Entgeltpunkte beziehungsweise 34,1 Entgeltpunkte (Ost) aufgestockt werden, was derzeit rund 850 Euro entspricht. Dabei wird zwischen Versicherten unterschieden, die mindestens zwölf Monate Kinder erzogen oder Personen gepflegt haben und Versicherten, die solche Zeiten nicht aufweisen.

Konkret müssen die Versicherten für einen Anspruch auf die Zuschussrente folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Weniger als 30,3 Entgeltpunkte (West) beziehungsweise 34,1 Entgeltpunkte (Ost).
- 35 Jahre Pflichtbeitragszeiten, wobei zum Beispiel Kindererziehungszeiten und Zeiten der Pflege Pflichtbeitragszeiten gleichgestellt sind, genauso wie Berücksichtigungszeiten. Zeiten des Bezugs von Arbeitslosengeld gelten dagegen im Rahmen der Zuschussrente nicht als Pflichtbeitragszeiten. In einer Übergangszeit bis 2022 sind 30 Pflichtbeitragsjahre ausreichend.
- 45 Jahre mit rentenrechtlichen Zeiten, wobei hier Zeiten der Arbeitslosigkeit mitzählen, genauso wie Anrechnungszeiten, wie zum Beispiel Schuljahre vom 17. Lebensjahr an, Ausbildungs-, Studien- und Krankheitszeiten sowie Zeiten der Schwangerschaft und Kinderberücksichtigungszeiten. Bis 2022 sind 40 Versicherungsjahre ausreichend.
- Mindestens fünf Jahre Zusatzvorsorge ab 2019, dann sukzessive ansteigend auf 35 Jahre bis 2049. Als zusätzliche Vorsorge gelten Ruster-Renten, Basisrenten, Betriebsrenten und die Rentenansprüche aus freiwilligen Zusatzbeiträgen²⁹.

Erfüllt der Versicherte all diese Voraussetzungen, kann er eine Zuschussrente beantragen. Zur Bestimmung der Höhe der Zuschussrente werden

27 Vgl. für eine ökonomische Analyse der Zuschussrente Gasche, Bonusrente statt Zuschussrente, *Wirtschaftsdienst* 92 (2012), 605.

28 Für die Analyse wird das RV-Alterssicherungsstärkungsgesetz in der Version des Referentenentwurfs vom 7.8. 2012 zugrunde gelegt.

29 Vgl. zu den freiwilligen Zusatzbeiträgen ausführlich Gasche, Freiwillige Zusatzbeiträge als sechster Durchführungsweg der betrieblichen Altersvorsorge? Eine Randnotiz zum Lebensleistungsanerkennungsgesetz, *MEA Discussion Paper* 255-12, 2012.

die in den Pflichtbeitragszeiten je Jahr erworbenen durchschnittlichen Rentenansprüche (Entgeltpunkte) ermittelt und dann mit 2,5 multipliziert, wenn Kinder erzogen beziehungsweise Pflege geleistet wurde. Dabei darf die durchschnittliche Entgeltpunktzahl je Beitragsjahr jedoch einen Entgeltpunkt (EP) nicht überschreiten. Zudem dürfen die gesamten Rentenansprüche (Rente aus eigenen Beiträgen plus Zuschussrente) 30,3 EP beziehungsweise 34,1 EP Ost nicht übersteigen. Der Zuschuss beträgt also bis zu 150 % der durch eigene Rentenansprüche erworbenen Rente. Versicherte, die die Voraussetzungen erfüllen, aber keine Kindererziehungs- und Pflegezeiten vorweisen können, erhalten einen Zuschuss von maximal 50 % ihrer Rentenansprüche³⁰.

Grundsätzlich werden Einkommen auf die Zuschussrente angerechnet mit Ausnahme der Einkommen aus der zusätzlichen Altersvorsorge, also Betriebsrenten, Riester-Renten, Basisrenten und Rentenansprüche aus den freiwilligen Zusatzbeiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung. Berücksichtigt werden zum Beispiel Erwerbseinkommen oder Vermögenseinkommen. Auch Einkommen des Ehegatten werden grundsätzlich angerechnet. Es gilt, dass die Ehepartner zusammen nicht mehr als 60,6 EP (West) beziehungsweise 68,2 EP (Ost) haben dürfen. Die Berechnung der Zuschussrente wird anhand von drei Beispielen erläutert³¹:

Beispiel 1: Ein Versicherter hat in 35 Pflichtbeitragsjahren zehn EP erworben. Damit hat er 0,2857 EP je Jahr. Diese Durchschnitts-EP werden bei Personen mit den notwendigen Kindererziehungs- und Pflegezeiten mit 2,5 multipliziert und jedem Jahr zugeschrieben, so dass die 35 Pflichtbeitragsjahre nun mit durchschnittlich 0,7143 EP bewertet werden. Die Beschränkung von maximal durchschnittlich einem EP je Beitragsjahr greift nicht, genauso wenig wie die Beschränkung auf 30,3 EP gesamt. Die Gesamtentgeltpunktzahl von 25 EP setzt sich aus zehn durch Beitragsjahre erworbene EP und 15 Zuschuss-EP zusammen. Die gesetzliche Rente beträgt in heutigen Werten ausgedrückt 281 Euro, die Zuschussrente rund 421 Euro und die Gesamrente (gesetzliche Rente + Zuschussrente) 702 Euro. Hat der Versicherte nicht die notwendigen Kindererziehungs- und

30 Für Zeiten vor dem Jahr 1992 gilt wie bisher die Rente nach Mindesteinkommen, nach der geringe Rentenansprüche um 50 % auf maximal 0,75 Entgeltpunkte jährlich aufgestockt werden. Da die Ausgestaltung der Zuschussrente grundsätzlich an der Rente nach Mindesteinkommen angelehnt ist, gilt die nachfolgende Analyse qualitativ im Wesentlichen auch für die Rente nach Mindesteinkommen.

31 Alle nachfolgenden Berechnungen beziehen sich auf die nach der Übergangszeit geltenden persönlichen und versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für einen Zuschussrentenanspruch (West). Dies ist aber keine Beschränkung der Allgemeinheit der Analyse, da für die Übergangszeit die im Folgenden erzielten (qualitativen) Aussagen ebenso gelten.

Pflegezeiten, macht die Zuschussrente nur 140 Euro aus und die Gesamtrente beträgt 421 Euro.

Beispiel 2: Ein Versicherter hat in 35 Beitragsjahren 13 EP erworben. Dies sind 0,3714 EP je Jahr. Dieser Wert wird mit 2,5 multipliziert und jedem Pflichtbeitragsjahr als Zuschuss-EP zugeschrieben, so dass insgesamt 0,9286 EP je Jahr zugerechnet werden. Die 1-EP-Grenze wird also eingehalten. Allerdings hätte der Versicherte dann für 35 Jahre mehr als 30,3 Gesamt-EP. Somit werden ihm mit $(30,3-13)/35=0,4943$ EP entsprechend weniger Zuschuss-EP gewährt. Der Versicherte erhält damit zusätzlich zu seinen 13 selbst erworbenen Entgeltpunkten 17,3 ($=0,4943*35$) Zuschuss-EP. Die Zuschussrente beträgt in heutigen Werten 486 Euro und die Gesamtrente 850 Euro monatlich. Ohne Kindererziehungs- und Pflegezeiten beträgt die Zuschussrente nur 182 Euro und die Gesamtrente 547 Euro.

Beispiel 3: Ein Versicherter hat in 35 Jahren 22 EP beziehungsweise 0,62856 EP je Jahr erworben. Da bei einer Multiplikation mit 2,5 die Grenze von einem EP pro Jahr überschritten würde, werden jedem Jahr nur $1-0,62856=0,3714$ EP zusätzlich zugeteilt. Damit hätte der Versicherte aber für 35 Jahre einen EP je Jahr und würde insgesamt die Grenze von 30,3 EP überschreiten. Deshalb werden ihm nur Zuschuss-EP in Höhe von $(30,3-22)/35=0,2371$ EP je Jahr gewährt. Insgesamt hat der Versicherte 30,3 EP, die sich aus 22 EP aus eigenen Beiträgen und 8,3 Zuschuss-EP zusammensetzen. Die Zuschussrente beträgt in heutigen Werten rund 233 Euro und die Gesamtrente 850 Euro. Versicherte ohne die Kindererziehungs- und Pflegezeiten könnten eine Zuschussrente von ebenfalls 233 Euro beanspruchen. Sie wären also in diesem Fall den Versicherten mit Kindererziehungs- und Pflegezeiten gleichgestellt.

Die Beispiele zeigen, dass die Höhe der Zuschussrente davon abhängt, welche der beiden eingebauten Grenzen (maximal ein EP je Jahr und maximal 30,3 Gesamt-EP) greift³². Ist die Gesamtentgeltpunktzahl von Personen mit Kindererziehungs- oder Pflegezeiten kleiner als 12,12, ist die Zuschussrente grundsätzlich 1,5 mal so hoch wie die gesetzliche Rente aus Pflichtbeiträgen. Die gesetzliche Rente wird also auf das 2,5-fache aufgestockt. Allerdings ist die Gesamtentgeltpunktzahl niedriger als 30,3 EP. Die Zuschussrente gewährt also keinesfalls jedem eine Gesamtrente von mindestens 850 Euro, schon gar nicht denjenigen, die keine Kindererziehungs- und Pflegezeiten aufweisen.

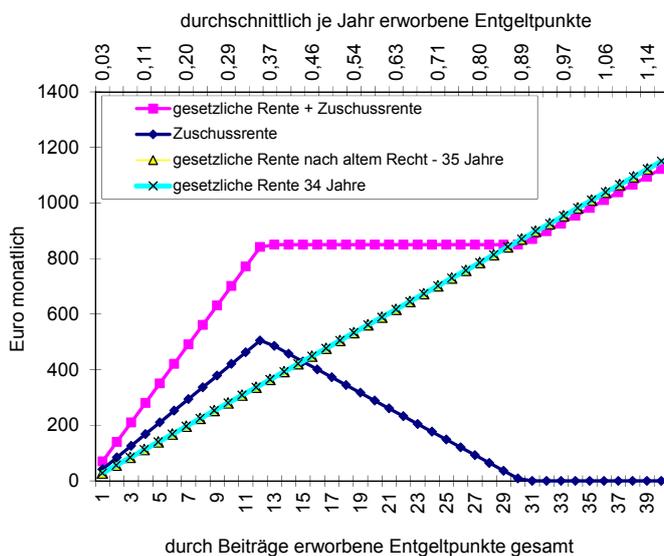
Im Fall von Personen mit Kindererziehungs- oder Pflegezeiten ist bei einer Gesamtentgeltpunktzahl von 12,12 EP ($=30,3 \text{ EP}/2,5$) beziehungsweise im

³² Es zeigt sich, dass in Westdeutschland nach der Übergangszeit die Grenze von einem Durchschnitts-EP je Jahr faktisch nie beschränkend wirkt. Eine Beschränkung wird dort stets durch die 30,3-EP-Grenze erzeugt.

Fall von 35 Pflichtbeitragsjahren bei einer durchschnittlichen Entgeltanzahl von 0,3463 EP die Zuschussrente am größten, da die Grenze von einem EP je Jahr nicht und die 30,3-EP-Grenze gerade nicht greift. Für Versicherte ohne Kindererziehungs- und Pflegezeiten ist die Zuschussrente erst bei 20,2 selbst erworbenen EP maximal.

Ab dem „kritischen Wert“ von 12,12 EP beziehungsweise 20,2 EP sinkt mit zunehmenden verdienten EP die Anzahl der Zuschuss-EP und damit die Zuschussrente (vgl. Abbildung 10). Die Gesamtrente bleibt bei 850 Euro. Mit zusätzlichen selbst verdienten EP kann die Rente nicht erhöht werden. Erst wenn 30,3 durch Beiträge selbst erworbene EP überschritten sind, steigt mit zusätzlichen EP die Rente wieder. Der Zuschussrentenanspruch ist dann entfallen³³.

Abbildung 10: Rentenhöhe aufgrund der Zuschussrentenregelung im Vergleich zum alten Recht – Versicherte mit mind. zwölf Monaten Kindererziehungs- oder Pflegezeiten



Annahmen: 35 Pflichtbeitragsjahre, Renten berechnet mit dem aktuellen Rentenwert von 28,07 Euro monatlich.

Quelle: eigene Berechnungen.

33 Die beiden kritischen Werte von Durchschnittsentgeltpunkten, ab denen zum einen die Zuschussrente maximal und zum anderen die Zuschussentgeltpunkte wieder auf null abgeschmolzen sind, berechnen sich in Abhängigkeit von der Anzahl der Beitragsjahre T . Der erste kritische Wert für die maximale Zuschussrente $DEP1^*$ ergibt sich als: $DEP1^* = 30,3/T/2,5$ bzw. $DEP1^* = 30,3/T/1,5$ und der zweite kritische Wert $DEP2^*$, ab dem die Zuschuss-EP null sind, als $DEP2^* = 30,3/T$.

Die starren Beitragsjahr Voraussetzungen zusammen mit der Berechnungsvorschrift der Zuschussrente sorgen für enorme *Ungleichbehandlungen* und zwar in dem Sinne, dass Gleiches ungleich behandelt wird und in dem Sinne, dass Ungleiches gleich behandelt wird. Die letztgenannte Ungleichbehandlung resultiert aus der mit der Zuschussrente verbundenen Durchbrechung des Prinzips der Teilhabeäquivalenz, wonach die relative Einkommensposition eines Versicherten in der Rentenphase seiner relativen (Lohn-) Einkommensposition in der Erwerbsphase entspricht. Denn eine Person A kann in Vollzeit über das gesamte Erwerbsleben das 2,5-fache Einkommen verdienen und 2,5 mal so hohe Beiträge gezahlt haben wie eine teilzeitbeschäftigte Person B. Im Extremfall bekommen beide eine gleich hohe Rente auf Basis von 30,3 EP: Person A 30,3 EP aus eigenen Beiträgen, Person B 12,12 EP aus eigenen Beiträgen und 18,18 Zuschuss-EP. Somit wird extrem Ungleiches gleich behandelt. Dies zeigt sich in Abbildung 10 im gesamten Bereich zwischen verdienten Entgeltpunkten von 12,12 EP bis 30,3 EP. Für alle Versicherten mit Rentenansprüchen in diesem Bereich ist die Gesamrente gleich hoch.

Die Tatsache, dass Gleiches ungleich behandelt wird, ergibt sich aus der starren Voraussetzung von 35 Pflichtbeitragsjahren. Ein Versicherter, der im Extremfall mit 34 Jahren und 11 Monaten Pflichtbeiträgen die gleiche Anzahl von Entgeltpunkten erworben hat wie ein Versicherter in 35 Jahren, erhält im Extremfall (kritische Gesamtentgeltpunktzahl von 12,12 EP) eine um 60 % niedrigere Rente als der Zuschussrentenbezieher³⁴ (vgl. Abbildung 10). Beim Übergang zu 35 Pflichtbeitragsjahren macht der Rentenzahlbetrag einen Sprung von bis zu 510 Euro monatlich (vgl. Abbildung 11). Hier wird also Gleiches in extremem Maß ungleich behandelt.

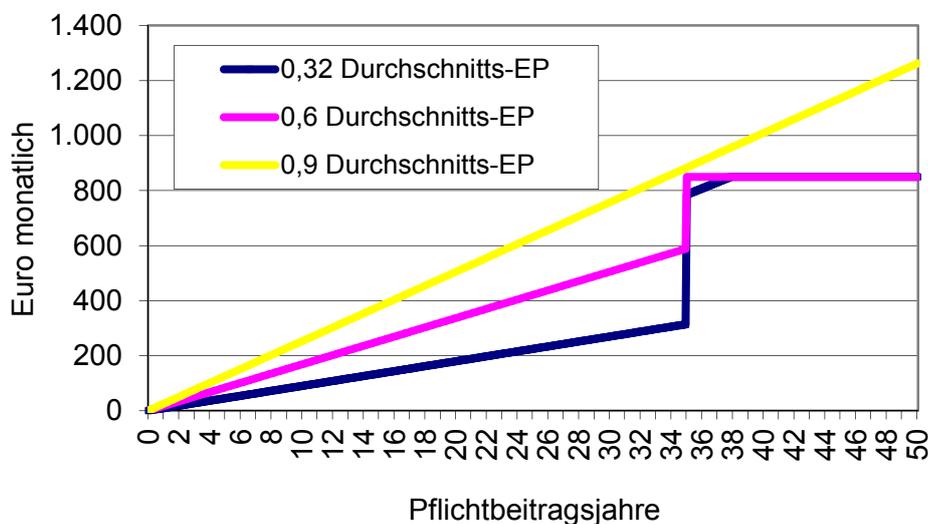
Die Ungleichbehandlungen geben schon einen Hinweis auf die mit der Zuschussrente verbundenen *Effekte auf die Erwerbstätigkeit* der potenziellen Zuschussrentenbezieher³⁵. Hat eine Person 35 Beitragsjahre absolviert, aber nur eine Entgeltpunktzahl von zum Beispiel 14 EP, befindet sich die Person also auf der horizontalen Linie im Bereich zwischen 12,12 EP und 30,3 EP in Abbildung 10, dann gibt es für diese Person nur noch wenig Anreiz, weiter einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Ihre Rente kann sie durch die zusätzlichen Beiträge nicht mehr erhöhen (erst, wenn sie 30,3 EP überschreiten würde, was sehr unwahrscheinlich ist). Teilzeittätigkeit und der Frührenteneintritt werden begünstigt. Bezieht die Person zudem derzeit ein geringes Lohneinkommen, kann sie durch den Renten-

34 So hat ein Zuschussrentenbezieher mit 12,12 erworbenen EP eine Gesamrente von 850 Euro. Ein Versicherter, der 12,12 EP nur in 34 Beitragsjahren erworben hat, bekommt nur 340 Euro Rente.

35 Für eine ausführliche Analyse der negativen Arbeitsanreize anhand von Grenzbelastungen vgl. Gasche, Wirtschaftsdienst 92 (2012), 605.

eintritt ihr Einkommen sogar erhöhen, zum Beispiel von 400 Euro auf über 800 Euro³⁶. Somit hat die Zuschussrente den Effekt, dass man seine finanzielle Situation durch Renteneintritt sogar verbessern kann. Einen stärkeren Frühverrentungsanreiz kann es kaum geben. Die negativen Wirkungen auf das Arbeitsmarktverhalten der Älteren ergeben sich auch aus der starren Voraussetzung von 35 Beitragsjahren. Hat man diese erst einmal erreicht, springt der Rentenbetrag im Extremfall auf das 2,5-fache (vgl. Abbildung 11). Danach lohnen sich weitere Beitragsjahre kaum noch. Die Zuschussrente begünstigt somit geringfügige Beschäftigung, Selbständigkeit und Schwarzarbeit von Älteren mit mehr als 35 Beitragsjahren in der gesetzlichen Rentenversicherung.

Abbildung 11: Gesamte Rentenansprüche (gesetzliche Rente + Zuschussrente) in Abhängigkeit von den Beitragsjahren und den durchschnittlich pro Jahr durch Beiträge erworbenen Entgeltpunkten (Durchschnitts-EP)



Quelle: eigene Berechnungen.

Die Analyse der Arbeitsanreize zeigt, dass im mittleren, wohl am stärksten besetzten EP-Bereich zwischen 12,12 EP und 30,3 EP sich weder weitere Beschäftigungsjahre noch eine Ausweitung des Beschäftigungsvolumens

36 Bei Frührenteneintritt müssen die Abschläge von 0,3 % je Monat vorzeitigen Rentenbezugs berücksichtigt werden, so dass die Gesamtrente niedriger als 850 Euro ist.

für die Rente lohnen³⁷. Im Gegenteil: Frühverrentung und die Teilzeittätigkeit werden extrem durch die Zuschussrente begünstigt. Da gerade ältere Arbeitnehmer ihren Zuschussrentenbezug schon gut abschätzen und planen können, wird die (versicherungspflichtige) Erwerbsneigung und das Erwerbsvolumen dieser Gruppe besonders beeinträchtigt. Dies ist deshalb problematisch, da der Entscheidungspfad, über die Erwerbstätigkeit in die Altersrente zu kommen, eigentlich begünstigt werden soll.

Eine Alternative zur Zuschussrente ist die sogenannte *Bonusrente*. Sie vermeidet die negativen Arbeitsanreize der Zuschussrente weitgehend, indem sie für Versicherte mit geringen Rentenansprüchen pro Beitragsjahr einen Bonus gewährt³⁸. Somit bleibt ein Anreiz erhalten, weitere Beitragsjahre zu absolvieren. Zudem kann mit höheren Beiträgen eine höhere Rente erzielt werden. Der Frühverrentungsanreiz und der Anreiz zur Teilzeitbeschäftigung, der bei der Zuschussrente besonders ausgeprägt ist, werden mit der Bonusrente also weitgehend vermieden³⁹.

IV. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich das Arbeitsmarktverhalten der Älteren in den letzten zehn Jahren stark verändert hat. Die Erwerbsbeteiligung der Älteren hat enorm zugenommen. Sie ist jedoch noch immer deutlich niedriger als bei den Jüngeren. Rentenbezug geht zudem nur selten mit Erwerbstätigkeit einher. Zur Bewältigung der Herausforderungen der demografischen Entwicklung ist eine weitere Erhöhung der Erwerbstätigkeit der Älteren von großer Bedeutung. Entsprechend müssen Übergangspfade in den Ruhestand, die mit Erwerbstätigkeit einhergehen, gefördert werden. Leider widersprechen viele derzeitige Regelungen und Regelungsvorschläge dem Ziel, die Erwerbstätigkeit der Älteren zu erhöhen. So sind die Rentenabschläge tendenziell zu gering, so dass ein Frühverrentungsanreiz erzeugt wird. Die derzeitigen Hinzuverdienstregelungen bei Frührentenbezug sind beschäftigungsfeindlich. Die geplante Kombirente geht in die richtige Richtung, fördert aber die Frühverrentung. Die Zuschussrente soll zukünftige Altersarmut reduzieren, erzeugt jedoch enorme Ungleichbehandlungen und wirkt einer Erwerbstätigkeit der Älteren eklatant entgegen.

37 Für Versicherte ohne Kindererziehungs- und Pflegezeiten liegt der Bereich zwischen 20,2 EP und 30,3 EP.

38 Für eine ausführliche Darstellung und Analyse der Bonusrente vgl. *Gasche*, Wirtschaftsdienst 92 (2012), 605.

39 Da man auch bei der Bonusrente eine EP-Obergrenze einführen muss, bis zu der Bonus-Entgeltpunkte gewährt werden, sind in gewissem Maße auch bei ihr in einem bestimmten (relativ kleinen) Bereich negative Arbeitsanreize gegeben.

Diskussion

Professor Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg:

Herr Dr. *Gasche*, vielen Dank für den hoch interessanten Vortrag. Die Grafiken sind für Juristen vielleicht teilweise nicht ganz einfach zu verstehen. Sie haben mir jedenfalls sehr viele neue Einblicke eröffnet, insbesondere auch bei der Zuschussrente, wobei man natürlich sagen muss, dass ein Politiker nicht nur die ökonomische Sicht im Blick hat – oder diese vielleicht sogar gar nicht –, sondern eher die sozialpolitische, die natürlich auch eine Rolle spielt. Jetzt haben Sie Gelegenheit, Fragen zu stellen, Diskussionsbeiträge zu leisten. Gibt es Wortmeldungen?

Peter Mayer, Präsident des LAG München a.D., Kolbermoor:

Zwei Anmerkungen: Ich glaube, man darf diese Zuschussrente nicht unter dem Gesichtspunkt der verdienten Rente und der Gerechtigkeit sehen. Was Herr Dr. *Gasche* gerade schon angedeutet hat läuft letztlich auf eine Grundsicherung im Alter hinaus, und wer sie sich nicht selber verdient hat, bekommt sie eben dazu. Wobei Sie einmal gesagt haben: „850 € sind doch schon ganz schön.“ Ihre und meine Pension ist wesentlich höher; von 850 € könnte ich nicht leben und Sie wären wahrscheinlich auch nicht begeistert.

Das zweite ist: Die ganzen Überlegungen funktionieren natürlich, wenn ich Arbeitskräftemangel habe. Aber wenn ich natürlich Beschäftigungsprobleme habe, dann läuft es doch auf den alten Hut hinaus, dass, je mehr Alte und je länger Alte arbeiten, umso mehr werden die Jungen verdrängt. Wo soll die Arbeit herkommen? Wenn wir Überbeschäftigung haben: geschenkt. Wenn wir aber eines Tages wieder fünf Millionen Arbeitslose haben, dann ist das wohl gar nicht so erstrebenswert, dass die Menschen bis 80 Jahre arbeiten.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich möchte nur noch einmal warnend dazu sagen: „Wir schneiden alles mit.“ Damit ist jetzt die Strafbarkeit beseitigt. Bei Herrn *Mayer* haben wir uns nicht strafbar gemacht, weil er das schon kennt.

Ich habe folgende Frage: Gibt es Erkenntnisse über individuelle Anreize? Gibt es Motivforschung, warum Ältere arbeiten? Sie haben ja mehr den makroökonomischen Blick gewählt, und natürlich kann man sich das vorstellen, dass der eine arbeiten muss, weil er zu wenig Geld hat – wobei er

immer noch eine Entscheidung hat –, aber ich kann mir auch vorstellen, dass es auch Menschen mit geringer Rente und geringem Hinzuverdienst gibt, die das auch gut finden. Kurz: Gibt es Verhaltensforschung zur Motivationslage, zu den Motivationsbündeln derjenigen, die oberhalb der Altersgrenze noch arbeiten?

Dr. Martin Gasche, Munich Center for the Economics of Aging (MEA) am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München:

Das, was Sie gesagt haben zur Zuschussrente: Es ist natürlich eine sozialpolitische Motivation. Ich habe auch gesagt, das kann man positiv sehen, dass man das Einkommen aufbessern will. Ich denke auch, man sollte dort etwas machen. Man darf sich im Übrigen dann aber nicht darüber aufregen, dass die Zuschussrente Geld kostet. Es ist eben so: Wenn man Leute besserstellen will, muss man Geld in die Hand nehmen. Aber ich wende mich gegen die Ausgestaltung der Zuschussrente und zufälligerweise habe ich einen Vorschlag gemacht, der heißt Bonusrente. Das kann man im „Wirtschaftsdienst“ in der Septemбераusgabe nachlesen. Die Bonusrente ist so etwas Ähnliches wie die Zuschussrente. Innerhalb des Rentensystems wird die Rente erhöht, allerdings vermeidet sie weitgehend die negativen Anreize, die bei der Zuschussrente – wie eben dargestellt – auftreten. Insofern kann man es besser machen. Es gibt zudem die Ansicht, man kann das Ganze innerhalb der Grundsicherung machen. Wir Ökonomen würden sagen: „Dort gehört es auch hin.“ Die Zuschussrente ist nichts anderes als eine Fürsorgeleistung und die gehört ins Steuersystem. Man kann auch in der Grundsicherung dafür sorgen, dass Menschen, die ein relativ langes Erwerbsleben haben, eine höhere Rente oder eine höhere Grundsicherung im Alter bekommen als diejenigen, die ihr ganzes Leben lang nicht gearbeitet haben. Darin sieht Frau *von der Leyen* ja die Ungerechtigkeit. So könnte man auch in der Grundsicherung einen Bonus für jedes Erwerbsjahr geben oder – wie ver.di mit dem Sozialverband vorgeschlagen haben – die Transferentzugsrate bei der Grundsicherung im Alter reduzieren. Das sind alles Möglichkeiten, um die Einkommen zu erhöhen. Ökonomisch gesehen wären das die saubersten. Das will natürlich Frau *von der Leyen* nicht, weil Grundsicherungsbezug im Alter eine Stigmatisierung darstellt. Man soll nicht zum Amt als älterer Mensch, der das ganze Leben gearbeitet hat, sondern man soll die Rente von der Rentenversicherung bekommen als Belohnung für die Lebensleistung. Das ist wahrscheinlich der einzige Grund, warum man das Ganze nicht im System der Grundsicherung macht.

Und: 850 € sind tatsächlich nicht viel Einkommen, das ist mir klar. Auf der anderen Seite gibt es auch Menschen, die ihr ganzes Leben keine

850 € im Monat verdient haben, deswegen kann man denen auch keine fürstlichen Renten geben, sondern man muss denen eine Rente geben, von der sie leben können, von der sie weiterhin ihren Lebensunterhalt bestreiten können, wie sie es vorher auch gemacht haben.

Arbeitskräftemangel – ökonomisch gesehen: Da beobachtet man ganz interessante Sachen. In Ländern, in denen die Jugendarbeitslosigkeit besonders niedrig ist, ist die Erwerbstätigkeit der Älteren besonders hoch. Diesen *Trade-off* kann man also nicht beobachten, und ökonomisch gesehen muss man immer den Kreislaufzusammenhang sehen und da ist es keinesfalls so, dass die Älteren die Jüngeren verdrängen. Auf individueller Ebene, ja: Wenn der Alte länger arbeitet, kann ein Jüngerer nicht auf seine Position. Aber wenn man dies dynamisch und volkswirtschaftlich sieht, ist es nicht so. Durch die Erwerbstätigkeit der Älteren prosperiert die Volkswirtschaft und es können neue Arbeitsplätze entstehen, so dass dieser Verdrängungseffekt gesamtwirtschaftlich gar nicht beobachtet werden kann.

Verhaltensforschung hinsichtlich der Motivation der Älteren: Da haben wir wohl noch ein Forschungsgebiet, auf dem es sich lohnt, sich zu tummeln. Wir am MEA haben das auch ins Auge gefasst und werden uns dann auch wahrscheinlich in den nächsten Jahren mit dieser Frage beschäftigen: Warum arbeiten Ältere nicht? Warum arbeiten Ältere? Was sind die Motivationslagen? Das ist in Deutschland sicherlich etwas, was noch zu erforschen ist. Die Ökonomen haben auf dem Gebiet bisher noch nicht so viel gemacht, das ist auch ein Gebiet der Soziologen. Aber es sind ganz interessante Fragen.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich wollte noch auf Herrn *Mayer* antworten, noch etwas schärfer das ausdrücken, was Herr *Gasche* sehr freundlich ausgedrückt hat: Von 850 € können viele nicht leben. Dafür gibt es die sogenannten Hartz IV-Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII. Diese laufen oft auf mehr als 850 € hinaus, haben aber mit dem Rentenversicherungssystem, das beitragsfinanziert ist und aufgrund einer Arbeitsleistung entsprechend seine Leistungen erbringt, nichts zu tun.

Der zweite klassische Irrtum, der vor allen Dingen von Menschen aus dem öffentlichen Dienst gepflegt ist, ist derjenige, dass man glaubt, es gäbe eine begrenzte Anzahl von Arbeitsplätzen, die von den Älteren den Jüngeren weggenommen würden: Das Gegenteil ist der Fall. Dort, wo die Volkswirtschaft mehr leistet, können auch den Jüngeren mehr Arbeits-

plätze zur Verfügung gestellt werden. Das Gegenteil wird heute nicht mehr vertreten in der Ökonomie.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Richard Giesen hat schon Einiges vorweggenommen. Ich möchte nur noch einmal betonen, Herr *Mayer*, dass man im Grunde nicht stark genug unterstreichen kann, dass Ihre Intervention nicht berücksichtigt, wer bei den Frühverrentungen den Lebensunterhalt bis zum 90. Lebensjahr tragen soll. Das ist eine Diskussion, die schon vor zehn Jahren zum Abschluss gekommen ist. Ein weiterer Aspekt konnte heute in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung gelesen werden, wo ein Psychiater sich über die Frage geäußert hat: Wie kann man Alzheimer-Krankheiten vermeiden oder, wenn sie ausgebrochen sind, den Fortgang verzögern? Er sagte (stark vereinfacht), das wirksamste Mittel jenseits von allen Medikamenten, die man kennt, sei geistige Arbeit. Daher kann man den Aspekt noch hinzufügen, dass jedenfalls bei Geistesarbeiten, also bei dem ständig wachsenden Heer derjenigen, die nicht mehr rein mechanische Tätigkeiten verrichten, das Arbeiten im Alter auch ein wichtiger Beitrag dazu ist, die Gesundheitskosten zu verringern.

Matthias Jacobs:

Herr *Junker* ist ein Freund von deutlichen Worten. Herr *Mayer* muss jetzt kurz die Gelegenheit haben, zu replizieren, bevor Sie, Herr *Dr. Gasche*, noch etwas sagen dürfen.

Peter Mayer:

Jetzt bin ich mindestens sechs Mal angesprochen worden, gleich doppelt diskriminiert worden: von vorgestern und öffentlicher Dienst. Weiter möchte ich das nicht kommentieren, aber einen Satz möchte ich Ihnen vorschlagen, dass das ZAAR in seiner Aufgabenberatung von Spanien und Italien und so weiter vornimmt, wo ich eine riesige Jugendarbeitslosigkeit zum Teil bei den unter 25-Jährigen bis 50 % habe, während bei den Älteren diese Arbeitslosigkeit absolut nicht so hoch ist. Wenn das so einfach ist, würde ich die Vorschläge dort einmal anbringen.

Frank Witte, Vereinigung Bergischer Unternehmerverbände e.V., Wuppertal:

Ich habe folgende Frage: Es fällt doch auf, dass die Erwerbsquote Älterer in Deutschland nur noch halb so hoch ist wie beispielsweise in anderen europäischen Ländern, insbesondere in den skandinavischen Ländern. Kennt man da die Ursachen, warum das so ist?

Martin Gasche:

Das ist eine Erkenntnis, die man zum Beispiel noch im Jahr 2004 hatte. Es hat sich wirklich in den letzten Jahren Einiges getan in Deutschland. Deutschland rangiert mittlerweile nur noch hinter den skandinavischen Ländern bei den Erwerbstätigenquoten. Insofern ist der Befund, den Sie genannt haben, nicht mehr aktuell, sondern in Deutschland hat sich wirklich eine rasante Entwicklung auf diesem Gebiet ergeben.

Dr. Felipe Temming, Universität zu Köln:

Herr *Gasche*, ich habe eine kurze Bemerkung und eine Frage, die an das anschließt, was Professor *Junker* gesagt hat: Wenn ich seine und die Aussagen von Professor *Giesen* juristisch übersetze, also diejenigen von der konstanten Arbeitsmarktmenge und der sogenannten „Milchmädchenrechnung“, dann sind das BAG und der EuGH diesem Denken noch sehr verhaftet. Ihre Ausführungen müssten konsequenterweise dazu führen, Altersgrenzen als unzulässig anzusehen, weil sie unverhältnismäßig sind. Meine Frage betrifft Ihre Ausführungen zu den Rentenabschlägen. Sie hatten gesagt: „Ökonomisch wären versicherungsmathematische Abschläge von 6 % anzusetzen.“ Das ist fast doppelt so viel wie das, was das SGB VI jetzt vorsieht, nämlich 3,6 % pro Jahr. Meine Frage lautet: Haben Sie darin auch die Anreizwirkung integriert, die dadurch entsteht, dass man weniger Entgeltpunkte erwerben kann, weil man vorzeitig aus dem Arbeitsleben ausscheidet? Bei vier Jahren verliert ein Versicherter vier Entgeltpunkte, wenn ich einmal den Durchschnittsversicherten als Grundlage heranziehe.

Martin Gasche:

Die letzte Frage kann ich einfach nur mit „Ja“ beantworten. Das wird dort richtig kalkuliert, dafür sind wir schließlich Ökonomen und dann rechnen wir auch richtig. Natürlich kann man durch die längere Erwerbsphase zusätzliche Rentenansprüche erwerben, aber selbst wenn man das mitberücksichtigt, sind die Abschläge immer noch zu niedrig.

Altersgrenzen würde ich nicht unbedingt als unzulässig bezeichnen. Altersgrenzen sind schon allein für die Abschläge wichtig, weil Sie einen Ankerpunkt brauchen, um die Abschläge zu berechnen. Das ökonomische Kalkül kann man bei der Berechnung der Abschläge natürlich kritisieren, aber richtig gerechnet ist das schon.

Matthias Jacobs:

Ich habe noch eine ganz kurze Frage zum Schluss, die auch zum Arbeitsmarktverhalten Älterer dazugehört: Wie sieht es mit der Schwarzarbeit bei Rentnern aus? Haben Sie dazu Zahlen?

Martin Gasche:

Nein. Es gibt diesen Schwarzarbeitsexperten aus der Schweiz, der könnte Ihnen sofort sagen, wie das ist. Ich habe darüber keine Erkenntnisse, weil wir nur statistische Auswertungen benutzen können und eigene Befragungen. Natürlich spielt Schwarzarbeit eine große Rolle. Man kann es auch Nachbarschaftshilfe nennen. Vielleicht ist dies auch ein bisschen vor dem Hintergrund der Zunahme von geringfügigen Beschäftigungen der Älteren zu sehen. Durch geringfügige Beschäftigung kann man Schwarzarbeit „weiß machen“. Es ist aber letztlich Arbeit der Älteren, die vorher auch schon stattgefunden hat.

Matthias Jacobs:

Dann danke ich Ihnen im Namen von uns allen noch einmal ganz herzlich für den schönen Vortrag und die Diskussion und entlasse Sie in die Kaffeepause, allerdings mit der Bitte, dass wir uns um 11.20 Uhr wieder treffen.

Befristung und Kündigungsschutz jenseits der Altersgrenze

Markus Stoffels

Seite

I. Einleitung.....	55
II. Befristungsrechtliche Fragen.....	56
1. Aussagen des EuGH zu (befristeten) Arbeitsverhältnissen nach Erreichen der Altersgrenze	57
a) Die Rosenblatt-Entscheidung des EuGH vom 12.10. 2010	57
b) Die Hörnfeldt-Entscheidung des EuGH vom 5.7. 2012.....	59
2. Sachgrundlose Befristung	60
a) Sachgrundlose Erstbefristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG)	60
b) Befristung von Arbeitsverträgen älterer Arbeitnehmer (§ 14 Abs. 3 TzBfG).....	61
aa) Begriff der Beschäftigungslosigkeit	61
bb) Die ungesicherte Europarechtskonformität des § 14 Abs. 3 TzBfG	62
3. Sachgrundbefristung	63
a) Vorübergehender Arbeitskräftebedarf, Vertretung etc.	63
b) Gründe in der Person (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG)	63
aa) Wunsch des Arbeitnehmers	64
bb) Rentnerstatus als Sachgrund.....	64
4. Erfordernis einer schriftlichen Befristungsabrede (§ 14 Abs. 4 TzBfG).....	67
5. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	67
a) Verlängerung des Arbeitsverhältnisses beim bisherigen Arbeitgeber über die Altersgrenze hinaus als Einstel- lung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG.....	67
b) Zustimmungsverweigerungsgründe (§ 99 Abs. 2 BetrVG)	68
III. Kündigungsrechtliche Fragen.....	69
1. Altersbedingter Leistungsabfall als Kündigungsgrund	70
2. Ordentliche Unkündbarkeit	70
3. Wirtschaftliche Absicherung durch Rentenbezug als rele- vanter Faktor im Rahmen der Interessenabwägung und der Sozialauswahl?	71

IV. Ausblick.....	72
Diskussion	74

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]* (München 2013), S. 53-73

I. Einleitung

Dass auch Rentner und Pensionäre als Arbeitnehmer weiterhin einer Beschäftigung nachgehen, ist ein in der Arbeitsrechtswissenschaft eher stiefmütterlich behandeltes Phänomen. Zwar gibt es kein spezifisches Arbeitsrecht für diesen Personenkreis, wohl aber stellen sich *de lege lata* wie *de lege ferenda* einige grundlegende Fragen.

Ihre Beantwortung wird immer drängender, denn der Trend ist eindeutig und nachhaltig: Immer mehr ältere Menschen sind am deutschen Arbeitsmarkt aktiv. Die Erwerbsquote der Personen über 60 Jahren hat sich innerhalb von 20 Jahren mehr als verdoppelt¹. Neue Zahlen der Bundesagentur für Arbeit² offenbaren zudem einen deutlichen Anstieg der Erwerbstätigkeit von Rentnern und Pensionären. Vor allem die Zahl der sogenannten Minijobber über 65 Jahren hat mit ca. 761.000 einen neuen Höchststand erreicht. Doch nicht nur die 450-Euro-Jobs sind sehr begehrt: Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit hatten Ende 2011 gut 154.000 Menschen im Rentenalter eine sozialversicherungspflichtige Stelle – viele von ihnen sogar in Vollzeit. Im Vergleich zu 1999 ist das eine Steigerung um knapp 100 %.

Es deutet alles darauf hin, dass sich diese Entwicklung fortsetzen wird. Die Gründe liegen auf der Hand:

- die steigende Zahl der Rentner,
- die höhere Lebenserwartung und bessere Gesundheit der Älteren,
- der vermehrt geäußerte Wunsch, auch im fortgeschrittenen Alter noch ein produktives Mitglied der Gesellschaft zu sein,
- die Notwendigkeit, die eher sinkenden Renten aufzubessern, um einen angemessenen Lebensstandard zu sichern,
- die aus der demografischen Entwicklung resultierende Notwendigkeit für die Unternehmen, stärkere Anstrengungen zu entfalten, sich die Erfahrungen und das Know-how qualifizierter Fachkräfte zu sichern.

Die Formen der abhängigen Erwerbstätigkeit im Alter sind vielfältig: So kommt die Fortführung der bisherigen Tätigkeit beim selben Arbeitgeber in vollem oder reduziertem Umfang über die Altersgrenze hinaus in Betracht. Ebenso ist es denkbar, dass ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bei einem neuen Arbeitgeber gleich im Anschluss an die Verrentung eingegangen wird. Zahlenmäßig überwiegen allerdings

1 Vgl. Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsordnung, IAB Kurzbericht 10/2012, Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 7.8. 2012, S. 9.

2 FAZ vom 29.8. 2012, S. 11.

derzeit – wie schon angesprochen – die nicht sozialversicherungspflichtigen Minijobs. Das sind oft, aber nicht ausschließlich, eher weniger angesehene Beschäftigungen wie Zeitungen austragen oder Supermarktregale auffüllen. Hinzukommen alternative Beschäftigungsformen wie die Beschäftigung im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung³ oder in eigens gegründeten Rentner-GmbHs. Auf sie möchte ich im Rahmen dieses Vortrags ebenso wie auf Seniorenbeschäftigung in freier Mitarbeit oder auf werkvertraglicher Basis nicht näher eingehen⁴.

Die Beschäftigung von Arbeitnehmern jenseits der Altersgrenze – gleich in welcher Form – geschieht regelmäßig in der Erwartung, dass diese von überschaubarer zeitlicher Dauer sein wird. Insbesondere das Faktum der nachlassenden Leistungsfähigkeit und Gesundheit dürfte den vertragschließenden Parteien vor Augen stehen. Von daher wird bei solchen Arbeitsverhältnissen der Frage nach den Beendigungsmöglichkeiten eine gesteigerte Bedeutung zukommen. Das Bestreben wird in erster Linie dahingehen, das Arbeitsverhältnis von vornherein zeitlich zu limitieren. Daneben ist von Interesse, ob und unter welchen Voraussetzungen das laufende Arbeitsverhältnis des Rentners einseitig, insbesondere durch den Arbeitgeber, beendet werden kann. Diesen Fragen möchte ich im Folgenden nachgehen. Das Schwergewicht meiner Ausführung wird dabei auf dem Befristungsrecht liegen.

II. Befristungsrechtliche Fragen

Mit diesem Fragenkreis möchte ich auch sogleich beginnen. Dabei gehe ich davon aus, dass es um die Beschäftigung eines Rentners geht, dessen bisheriges Arbeitsverhältnis entweder wirksam beendet worden ist oder beim selben Arbeitgeber über die Altersgrenze hinaus einvernehmlich fortgeführt werden soll. Die Wirksamkeit der arbeits- oder tarifvertraglich vereinbarten Regelaltersgrenze von 65 Jahren plus x möchte ich an dieser Stelle nicht näher hinterfragen, sondern als gegeben unterstellen.

Die Möglichkeit der Befristung eines Arbeitsverhältnisses unterliegt nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz verschiedenen Beschränkungen, die auch bei der befristeten Beschäftigung eines Rentners zum Tragen kommen. Ferner müssen europarechtliche Vorgaben beachtet werden, allen voran das Verbot der Altersdiskriminierung. Bei diesem handelt es sich

3 Hierzu *Sediq*, Rentnerbeschäftigung im Lichte des demografischen Wandels – Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, NZA 2009, 524, 527 ff.

4 Vgl. hierzu den Beitrag von *Kolbe*, Fluchten: Seniorenbeschäftigung in freier Mitarbeit oder bei (tariffreien) Vertragsarbeitgebern, in diesem Band, S. 121 ff.; zum Einsatz als freier Mitarbeiter/Freelancer wiederum auch *Sediq*, NZA 2009, 524, 529 f.

nach Ansicht des EuGH sogar um einen primärrechtlich verankerten allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts⁵.

1. Aussagen des EuGH zu (befristeten) Arbeitsverhältnissen nach Erreichen der Altersgrenze

Aussagen des EuGH zur Beschäftigung von Arbeitnehmern nach Erreichen der Altersgrenze finden sich nur in sehr wenigen Entscheidungen. Etwas gleichsam Präambelartiges findet sich in einer Entscheidung vom 21.7. 2011 (Fuchs und Köhler)⁶. Der EuGH führt hierin aus, das in der Richtlinie 2000/78/EG⁷ aufgestellte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters sei im Licht des in Art. 15 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannten Rechts zu arbeiten, zu sehen. Daraus folge, dass auf die Teilnahme älterer Arbeitnehmer am Berufsleben und damit am wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Leben besonderes Augenmerk zu richten sei. Ihr Verbleiben im Berufsleben fördere die Vielfalt im Bereich der Beschäftigung, die ein im 25. Erwägungsgrund der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie anerkanntes Ziel sei. Es trage außerdem entsprechend dem in den Erwägungsgründen 9 und 11 zum Ausdruck gebrachten Anliegen des Unionsgesetzgebers zu ihrer persönlichen Entfaltung und Lebensqualität bei. Dass dies nicht absolut gilt, vermerkt der EuGH allerdings ebenfalls. Wörtlich heißt es:

„Der Belang des Verbleibens dieser Personen im Berufsleben ist jedoch unter Wahrung anderer gegebenenfalls gegenläufiger Belange zu berücksichtigen.“⁸

Laut EuGH soll unter diese gegenläufigen Belange zum Beispiel die Förderung der beruflichen Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer fallen⁹.

a) Die Rosenblatt-Entscheidung des EuGH vom 12.10. 2010

Weitere Aussagen enthält die Rosenblatt-Entscheidung des EuGH vom 12.10. 2010¹⁰. Die Entscheidung ist zu einer tarifvertraglichen Altersgrenze

5 EuGH 22.11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345, 1348 (Mangold); EuGH 19.1. 2010 – C-555/07, Slg. 2010, I-365 = EuZA 3 (2010), 541 mit Anmerkung *Waltermann* = NZA 2010, 85, 86 (Küçükdeveci).

6 EuGH 21.7. 2011 – C-159, 160/10, NZA 2011, 969 = NVwZ 2011, 1249 f. (Fuchs und Köhler).

7 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Amtsblatt EG 2000 L 303/16), hier abgekürzt mit „Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie“.

8 EuGH 21.7. 2011 – C-159, 160/10 (Fn. 6), NVwZ 2011, 1249, 1251 (Fuchs und Köhler).

9 EuGH 21.7. 2011 – C-159, 160/10 (Fn. 6), NVwZ 2011, 1249, 1251 (Fuchs und Köhler).

ze ergangen, in der im Ergebnis kein Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung gesehen wurde.

Für eine gewisse Verunsicherung hat eine Passage in den Entscheidungsgründen gesorgt, die sich mit der Beschäftigung nach Erreichen der Altersgrenze befasst¹¹. Der EuGH führt hier als Argument für die Verhältnismäßigkeit der Altersgrenze an, sie führe nicht zu einem erzwungenen Ausscheiden aus dem Erwerbsleben und nehme dem Arbeitnehmer nicht den Schutz vor Altersdiskriminierung, wenn er weiter erwerbstätig bleiben wolle. In diesem Zusammenhang referiert der EuGH die Darlegungen des vorlegenden Gerichts. Dieses habe klargestellt, dass es das AGG verbiete, einer Person in der Lage von Frau *Rosenblatt*, nachdem ihr Arbeitsverhältnis wegen Erreichens des Rentenalters geendet hat, eine Beschäftigung – sei es bei ihrem früheren Arbeitgeber, sei es bei einem Dritten – aus einem Grund zu verweigern, der mit ihrem Alter zusammenhängt. Dies nimmt der EuGH zur Kenntnis und führt aus, die Altersgrenze nehme Beschäftigten, die das Rentenalter erreicht haben, nicht den Schutz gegen Ungleichbehandlungen wegen des Alters, wenn sie erwerbstätig bleiben wollten und eine neue Beschäftigung suchten.

Diese Ausführungen haben die Frage aufkommen lassen, ob ein die Altersgrenze erreichender Arbeitnehmer womöglich gleich nach seinem Ausscheiden einen Anspruch auf Wiedereinstellung geltend machen kann¹². Mir erscheint das fernliegend¹³. Eine solche Interpretation würde dem EuGH einen eklatanten Bruch in seiner Argumentation unterstellen, würde doch die ausführlich begründete Zulässigkeit tarifvertraglicher Altersgrenzen auf diese Weise gleichsam *ad absurdum* geführt. Es muss daher auch nach der *Rosenblatt*-Entscheidung dabei bleiben, dass der Arbeitgeber frei in der Entscheidung ist, ob er einen Arbeitnehmer, der die Altersgrenze überschritten hat, weiterbeschäftigt oder erstmals einstellt. Da anders als im öffentlichen Dienst nicht etwa das Prinzip der Bestenauslese gilt, kann er sich für eine Person seiner subjektiven Wahl entscheiden.

10 EuGH 12.10. 2010 – C-45/09, Slg. 2010, I-9391 = EuZA 4 (2011), 372 mit Anmerkung *Maschmann* = NZA 2010, 1167 (*Rosenblatt*).

11 EuGH 12.10. 2010 – C-45/09 (Fn. 10), Rn. 74 f. (*Rosenblatt*).

12 In diese Richtung gehend *Preis*, Schlangenlinien in der Rechtsprechung des EuGH zur Altersdiskriminierung, NZA 2010, 1323, 1325.

13 Wie hier *Junker*, Auswirkungen der neueren EuGH-Rechtsprechung auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, 950, 957; *Bauer/Diller*, EuGH – *Rosenblatt* – rosiges oder dorniges Blatt für Altersgrenzen?, DB 2010, 2727, 2729 f.; *Bayreuther*, Altersgrenzen, Altersgruppenbildung und der Ausschluss rentennaher Arbeitnehmer aus Sozialplänen, NJW 2011, 19, 20; *Krois*, Altersgrenzen für Universitätsprofessoren, EuZA 4 (2011), 351, 360 f.

Fraglich bleibt, ob der Arbeitgeber den Bewerber sogar explizit unter Hinweis darauf ablehnen darf, er habe die maßgebliche Altersgrenze überschritten. Zwar endet der Schutz vor Altersdiskriminierung nicht mit Erreichen der Altersgrenze, das ist meines Erachtens die Quintessenz der Rosenblatt-Entscheidung in diesem Punkt. Das bedeutet aber nicht, dass die Ablehnung eines Bewerbers jenseits der Altersgrenze nicht eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung sein kann. Vor dem Hintergrund der Erwägungen des EuGH zur Zulässigkeit von Altersgrenzen erscheint mir das sogar ganz naheliegend. Die personalwirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Gründe sind in beiden Konstellationen die gleichen. Immerhin ist das Überschreiten eines bestimmten Höchstalters als Rechtfertigung einer Ablehnung sowohl der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie als auch dem AGG (§ 10 Satz 3 Nr. 3) nicht unbekannt.

b) Die Hörnfeldt-Entscheidung des EuGH vom 5.7. 2012

Bemerkenswert im Hinblick auf unsere Fragestellung ist sodann die neueste Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Hörnfeldt vom 5.7. 2012¹⁴. Der EuGH billigt in diesem Urteil eine gesetzliche Altersgrenzenregelung im schwedischen Recht, die dem Arbeitgeber das Recht gibt, das Arbeitsverhältnis allein deshalb zu beenden, weil der Arbeitnehmer das 67. Lebensjahr vollendet hat. Bemerkenswert ist in unserem Zusammenhang Rn. 41 der Entscheidungsgründe:

„Zum anderen hat die schwedische Regierung vorgetragen, dass der Arbeitgeber, wenn das Arbeitsverhältnis beendet werde, dem betreffenden Arbeitnehmer ein befristetes Arbeitsverhältnis anbieten könne. Der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer könnten die Dauer dieses Verhältnisses frei vereinbaren und es erforderlichenfalls auch verlängern.“

An dieser sehr liberalen Ausgestaltung des Befristungsrechts nimmt der Gerichtshof offenbar keinen Anstoß. Im Gegenteil: Dadurch sieht er die Forderung verwirklicht, es müsse sichergestellt sein, dass der von einer Altersgrenze betroffene Arbeitnehmer nicht endgültig aus dem Arbeitsmarkt ausscheiden muss. Bei aller Unsicherheit spricht das für einen eher großzügigen Beurteilungsmaßstab, soweit es um die Befristung der Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern jenseits der Altersgrenze geht.

Ich nähere mich im Folgenden der Problematik vom deutschen TzBfG aus. Dieses verlangt für eine Befristung grundsätzlich einen sachlichen Grund, erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen aber auch eine sachgrundlose Befristung.

14 EuGH 5.7. 2012 – C-141/11, NZA 2012, 785 (Hörnfeldt).

2. Sachgrundlose Befristung

a) Sachgrundlose Erstbefristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG)

Die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung besteht nach § 14 Abs. 2 TzBfG bis zu einer Dauer von zwei Jahren, wenn nicht mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das erlaubt die befristete Beschäftigung des Rentners bei einem Arbeitgeber, bei dem er innerhalb der letzten drei Jahre nicht gearbeitet hat (so die begrüßenswerte Fortbildung des Rechts durch das BAG¹⁵). Unbefriedigend mag dies dann sein, wenn die Parteien von vornherein eine über zwei Jahre hinausgehende Laufzeit planen. Versperrt ist der Weg der sachgrundlosen Erstbefristung, wenn ein bestehendes Arbeitsverhältnis – gleich ob in veränderter oder unveränderter Form – fortgeführt werden soll. Denkbar sind hier allenfalls noch gewisse Ausweichstrategien, wie etwa die Neueinstellung bei einem anderen konzernverbundenen Unternehmen mit anschließendem Rückverleih an den bisherigen Arbeitgeber. Das BAG ist hier zurückhaltend mit der Annahme eines Rechtsmissbrauchs¹⁶, erntet dafür jedoch zunehmend Kritik aus den Reihen des Schrifttums¹⁷.

-
- 15 BAG 6.4. 2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905; BAG 21.9. 2011 – 7 AZR 375/10, NZA 2012, 255, 257 ff.; jedenfalls im Ergebnis zustimmend etwa *Bauer*, Tückisches Befristungsrecht, NZA 2011, 241; *Persch*, Kehrtwende in der BAG-Rechtsprechung zum Vollbeschäftigungsverbot bei sachgrundloser Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG – Anmerkung zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 6. April 2011 – 7 AZR 716/09, ZTR 2011, 404; *Reinsch*, Sachgrundlose Befristung trotz „Zuvor-Arbeitsverhältnis“ möglich, BB 2011, 1011; *Schiefer*, Befristete Arbeitsverträge: Hindernisse und Fallstricke – Die aktuelle Rechtsprechung (Teil II), DB 2011, 1220; *Steinkühler*, Limitierung des Vorbeschäftigungsverbots für die sachgrundlose Befristung auf drei Jahre, BB 2011, 2099; ablehnend *Höpfner*, Die Reform der sachgrundlosen Befristung durch das BAG – Arbeitsmarktpolitische Vernunft contra Gesetzestreue, NZA 2011, 893; *Buntenbach*, Bundesarbeitsgericht übernimmt die Rolle des Gesetzgebers, AiB 2011, 345; *Lakies*, Verfassungswidrige Rechtsprechung zur Erleichterung der sachgrundlosen Befristung, AuR 2011, 190; die Position des 7. Senats verteidigend jüngst *Linsenmaier*, Befristung und Bedingung – Ein Überblick über die aktuelle Rechtsprechung des Siebten Senats des BAG unter besonderer Berücksichtigung des Unionsrechts und des nationalen Verfassungsrechts, RdA 2012, 204 f.
- 16 BAG 18.10. 2006 – 7 AZR 145/06, NZA 2007, 443; BAG 9.3. 2011 – 7 AZR 657/09, NZA 2011, 1147.
- 17 *Lipke*, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR), 9. Aufl. 2009, § 14 TzBfG Rn. 429 f.; *Brose*, Sachgrundlose Befristung und betriebsbedingte Kündigung von Leiharbeitnehmern – Ein unausgewogenes Rechtsprechungskonzept, DB 2008, 1378, 1380 f.; *Boemke*, Anmerkung zu BAG 18.10. 2006 – 7 AZR 145/06, AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG Verlängerung.

b) Befristung von Arbeitsverträgen älterer Arbeitnehmer (§ 14 Abs. 3 TzBfG)

Eine weitere Möglichkeit der Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes eröffnet § 14 Abs. 3 TzBfG, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat. Hier ist immerhin eine Befristungsdauer von bis zu fünf Jahren erlaubt. Es existiert kein Vorbeschäftigungsverbot, so dass grundsätzlich auch der bisherige Arbeitgeber von dieser Ausnahmeregelung profitieren kann. Allerdings sieht der nach der Mangold-Entscheidung des EuGH¹⁸ reformierte Tatbestand des § 14 Abs. 3 TzBfG vor, dass der Arbeitnehmer vor seiner befristeten Einstellung mindestens vier Monate beschäftigungslos gewesen ist (oder gleichgestellte Sachverhalte). Das macht eine nahtlose Fortsetzung der Erwerbstätigkeit auf der Basis eines befristeten Arbeitsverhältnisses unmöglich.

aa) Begriff der Beschäftigungslosigkeit

Denkbar bleibt immerhin, dass der frisch gebackene Rentner nach einer verordneten Pause von vier Monaten wieder bei seinem bisherigen oder einem neuen Arbeitgeber aktiv wird (Kreuzfahrt, seniorengerechter Umbau des Eigenheims etc.). Ob diese Möglichkeit besteht, hängt vom Begriff der Beschäftigungslosigkeit ab, der nicht mit demjenigen der Arbeitslosigkeit identisch ist. § 14 Abs. 3 TzBfG verweist insoweit auf § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Diese Norm verlangt als eine von mehreren Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit – hieran knüpft die Arbeitslosengeldberechtigung an –, dass die betreffende Person nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit). Dem Gesetzgeber des TzBfG ging es ausweislich der amtlichen Begründung¹⁹ um die Erfassung auch solcher Zeiten (über diejenigen der Arbeitslosigkeit hinaus), in denen Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen nicht arbeitssuchend gemeldet sind (zum Beispiel Pflege kranker Angehöriger, vorübergehende Erwerbsunfähigkeit). Es geht mithin um die Berücksichtigung einer über das bloße Alter hinausgehenden besonders chancenarmen Arbeitsperspektive des Betroffenen²⁰. Damit sollte den Anforderungen der Mangold-Entscheidung entsprochen werden. Diese offenkundige gesetzgeberische Intention lässt es – entgegen von *Steinau-Steinrück* und *Burkard-Pötter*²¹ – ausgeschlossen erscheinen, auch das bloße Rentnerdasein als Zeit der Beschäftigungslosigkeit zu wer-

18 EuGH 22.11. 2005 – C-144/04 (Fn. 5) (Mangold).

19 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 16/3793, S. 7.

20 *Backhaus*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Kündigungsrecht*, 4. Aufl. 2012, § 14 TzBfG Rn. 430.

21 *von Steinau-Steinrück/Burkard-Pötter*, *Die Alten kommen – Rentnerbeschäftigung auf dem Vormarsch*, *NJW-Spezial* 2012, 306 f.

ten²². Im Schrifttum werden zudem europarechtliche Bedenken für den Fall angemeldet, dass der befristet eingestellte Arbeitnehmer den Zustand der Beschäftigungslosigkeit nach einer Beschäftigung beim selben Arbeitgeber erreicht hat²³. Von daher dürfte auch die Konstruktion der unwiderrieflichen Freistellung vier Monate vor Erreichen der Altersgrenze als Lösung nicht in Betracht kommen²⁴.

bb) Die ungesicherte Europarechtskonformität des § 14 Abs. 3 TzBfG

Hinzukommt, dass auch nach der Neuregelung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 TzBfG Bedenken im Hinblick auf die Europarechtskonformität geltend gemacht werden²⁵. In Rede steht sowohl ein Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung als auch die mangelhafte Umsetzung der Befristungsrichtlinie²⁶. Wird man die Anknüpfung an das Alter im Hinblick auf den nunmehr im Tatbestand angelegten Bezug zum Arbeitsmarkt noch rechtfertigen können, erscheint mir die Vereinbarkeit mit der Befristungsrichtlinie in der Tat problematisch.

-
- 22 Klar ist jedenfalls, dass Rentner keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld haben. Vgl. § 136 Abs. 2 SGB III: „Wer das für die Regelaltersrente im Sinne des Sechsten Buches erforderliche Lebensjahr vollendet hat, hat vom Beginn des folgenden Monats an keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld.“
- 23 *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 12. Aufl. 2012, § 14 TzBfG Rn. 111a; *Backhaus*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 20), § 14 TzBfG Rn. 430; *Bauer*, Befristete Verträge mit älteren Arbeitnehmern ab 1.5. 2007 – oder der neue § 14 III TzBfG, NZA 2007, 544 f.; *Grimm/Brock*, Sachgrundlose Befristung der Arbeitsverhältnisse älterer Menschen, ArbRB 2007, 154, 157.
- 24 *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2011, Rn. 520; *P. Hanau*, Neues vom Alter im Arbeitsverhältnis, ZIP 2007, 2381, 2385.
- 25 *Bayreuther*, Die Neufassung des § 14 Abs. 3 TzBfG – diesmal europarechtskonform?, BB 2007, 1113; *Grimm/Brock*, ArbRB 2007, 154; *Kast/Herrmann*, Altersdiskriminierung und erleichterte Befristung gemäß § 14 Abs. 3 TzBfG: ein Praxistest, BB 2007, 1841; *Kohte*, Zur Rechtmäßigkeit einer erneuten Änderung des § 14 Abs. 3 TzBfG im Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen v. 19.4. 2007 (BGBl. I S. 538), AuR 2007, 168; *Preis/Temming*, Der EuGH, das BVerfG und der Gesetzgeber – Lehren aus Mangold II, NZA 2010, 196. Die Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben verteidigend hingegen *Dörner* (Fn. 24), Rn. 520 und *Rolfs*, Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit älteren Arbeitnehmern, NZA, Beilage 1/2008, S. 8, 10. Vereinzelt wird § 14 Abs. 3 TzBfG im Schrifttum als positive Maßnahme im Sinne des § 5 AGG und der Richtlinie gesehen, so etwa *Kast/Herrmann*, BB 2007, 1841 ff.
- 26 Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 18.3. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Amtsblatt EG 1999 L 175/43), hier abgekürzt mit „Befristungsrichtlinie“.

Am ehesten könnte man den Tatbestand des § 14 Abs. 3 TzBfG wohl als Sachgrund im Sinne der Richtlinie verstehen²⁷. Ob der EuGH dies anerkennen wird, ist jedoch offen. In der Entscheidung Adeneler aus dem Jahre 2006²⁸ führte der Gerichtshof aus, der Begriff „sachliche Gründe“ sei dahin zu verstehen, dass er genau bezeichnete, konkrete Umstände meint, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang die Verwendung aufeinander folgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können. Diese Umstände könnten sich – so die Luxemburger Richter – etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung diese Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedstaat ergeben. Es ist nicht auszuschließen, dass § 14 Abs. 3 TzBfG diesen Konkretheitsanforderungen nicht genügt²⁹. Jedenfalls verwundert es nicht, dass der arbeitsrechtlichen Praxis ausdrücklich davon abgeraten wird, vom Befristungstatbestand des § 14 Abs. 3 TzBfG Gebrauch zu machen³⁰.

3. Sachgrundbefristung

Vor diesem Hintergrund rückt die Möglichkeit der Befristung mit sachlichem Grund nach § 14 Abs. 1 TzBfG in den Mittelpunkt der Überlegungen.

a) Vorübergehender Arbeitskräftebedarf, Vertretung etc.

Je nach Lage der Dinge beim Arbeitgeber kommen hier zunächst die anerkannten Befristungsgründe in Betracht, auf die auch sonst in der arbeitsrechtlichen Praxis besonders häufig zurückgegriffen wird, etwa der Sachgrund des vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs (Nr. 1) oder der Vertretung (Nr. 3). Denkbar ist etwa die Abwicklung eines noch laufenden Projekts durch den Rentner oder die Überbrückung des Zeitraums bis zum Arbeitsantritt des Nachfolgers beziehungsweise dessen Einarbeitung³¹.

b) Gründe in der Person (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG)

Besondere Bedeutung könnte den Gründen in der Person des Arbeitnehmers zukommen, die nach Nr. 6 ebenfalls eine Befristung rechtfertigen

27 Müller-Glöge, in: ErfK (Fn. 23), § 14 TzBfG Rn. 110a; anderer Ansicht allerdings Laux/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Aufl. 2011, § 14 TzBfG Rn. 142.

28 EuGH 4.7. 2006 – C-212/04, Slg. 2006, I-6057 = NZA 2006, 909 (Adeneler).

29 Zweifelnd auch Müller-Glöge, in: ErfK (Fn. 23), § 14 TzBfG Rn. 110a.

30 Preis/Temming, NZA 2010, 196 f.; von Steinau-Steinrück/Mosch, Die Unanwendbarkeit deutscher Kündigungsfristen und ihre Folgen, NJW-Spezial 2010, 114.

31 Sediq, NZA 2009, 524, 525.

können. Hinter diesem relativ blassen Befristungsgrund verbergen sich recht heterogene Sachverhalte.

aa) Wunsch des Arbeitnehmers

Selten dürfte der Wunsch des Arbeitnehmers die Befristung sachlich rechtfertigen. Die Anforderungen der Rechtsprechung an diesen in der Person des Arbeitnehmers wurzelnden Grund sind nämlich – aus gutem Grund – ausgesprochen hoch³². Es müssen hiernach bei Vertragsschluss objektive Anhaltspunkte vorliegen, aus denen ein Interesse des Arbeitnehmers gerade an einer befristeten Beschäftigung folgt. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer auch bei einem Angebot des Arbeitgebers auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags nur ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart hätte. Dies muss individuell festgestellt werden. Dass Rentner generell gerne befristet tätig werden, würde – wenn es zuträfe – mithin nicht ausreichen. Ebenso wenig genügt es, dass der Arbeitnehmer in der Situation des Vertragsschlusses frei von wirtschaftlichen Zwängen gehandelt hat³³.

bb) Rentnerstatus als Sachgrund

Einer näheren Überprüfung bedarf hingegen die Frage, ob die schon angedeutete Entwicklung der Rechtsprechung zu den regulären Altersgrenzen nicht auch auf die Beurteilung von Befristungsabreden für die Zeit nach Erreichen des Renteneintrittsalters ausstrahlt.

Ausgangspunkt ist die Einordnung und Bewertung von Altersgrenzen, die festlegen, wann der Arbeitnehmer in den Ruhestand tritt. Das BAG sieht in ständiger Rechtsprechung in der Vereinbarung einer Altersgrenze eine Befristung bezogen auf das Arbeitsleben des Arbeitnehmers³⁴. Da die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an das Alter des Arbeitnehmers und damit typischerweise mittelbar an seine Rentenberechtigung anknüpft, wird man von einer personenbezogenen Zulässigkeit dieses Befristungsgrunds nach Nr. 6 ausgehen können³⁵. Dies gilt umso mehr, wenn man darüber hinaus die bei zunehmendem Lebensalter – jedenfalls in vorgerücktem Alter – generell nachlassende Leistungsfähigkeit in Rechnung stellt³⁶.

Die eigentliche Problematik von Altersgrenzen liegt nun allerdings weniger im Befristungsrecht, sondern in der Übereinstimmung mit den europarechtlichen und – mittlerweile schon eher in den Hintergrund getreten

32 Vgl. etwa BAG 6.11.1996 – 7 AZR 909/95, NZA 1997, 1222, 1223; BAG 3.3.1999 – 7 AZR 672/97, NZA 1999, 1049, 1050; BAG 19.1.2005 – 7 AZR 115/04, AP Nr. 260 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

33 BAG 11.12.1991 – 7 AZR 128/91, NZA 1993, 354, 355.

34 BAG 19.11.2003 – 7 AZR 296/03, NZA 2004, 1336.

35 *Lipke*, in: KR (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 289.

36 *Lipke*, in: KR (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 289.

– mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Besonderes Augenmerk verdient hier die neuere Rechtsprechung des EuGH, die jedenfalls tarifvertraglich vereinbarten, regulären Altersgrenzen die Europarechtskonformität attestiert.

Der EuGH hat in der Entscheidung Rosenblatt³⁷ eine tarifliche Altersgrenze von 65 Jahren als vereinbar mit der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie angesehen. Die Altersgrenze biete den Arbeitnehmern eine gewisse Stabilität der Beschäftigung und verheiße ihnen langfristig einen vorhersehbaren Eintritt in den Ruhestand, während sie gleichzeitig den Arbeitgebern eine gewisse Flexibilität in der Personalplanung biete. Die von der Bundesregierung angeführten Ziele hat der EuGH in dieser Entscheidung ausdrücklich als „objektiv und angemessen“ und im Sinne der Richtlinie rechtfertigend angesehen. Die Bundesregierung hatte ausgeführt, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses komme unmittelbar den jüngeren Arbeitnehmern zugute, indem sie ihre vor dem Hintergrund anhaltender Arbeitslosigkeit schwierige berufliche Integration begünstige. Die Rechte der älteren Arbeitnehmer genossen zudem angemessenen Schutz. Die meisten von ihnen wollten nämlich nach Erreichen des Rentenalters nicht länger arbeiten, da ihnen nach dem Verlust ihres Arbeitsentgelts die Rente einen Einkommensersatz biete. Für die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses spreche zudem, dass Arbeitgeber ihren Beschäftigten nicht unter Führung des Nachweises kündigen müssten, dass diese nicht länger arbeitsfähig seien, was für Menschen fortgeschrittenen Alters demütigend sein könne. So die Ausführungen der Bundesregierung.

Die gerade ergangene Entscheidung Hörnfeldt³⁸ hebt hervor, dass die zu beurteilende Altersgrenzenregelung nicht nur auf das Erreichen eines bestimmten Alters abstelle, sondern auch berücksichtige, dass dem Arbeitnehmer am Ende seiner beruflichen Laufbahn ein finanzieller Ausgleich durch einen Einkommensersatz in Gestalt einer Altersrente zugute komme. Auf deren konkrete Höhe soll es übrigens nicht ankommen.

Noch nicht entschieden ist, wie mit arbeitsvertraglich vereinbarten Altersgrenzen zu verfahren ist. Auch wenn der EuGH den Ermessenspielraum der Mitgliedstaaten und der Sozialpartner hervorhebt – die maßgeblichen Urteile scheinen doch eher von der Überlegung getragen zu sein, dass die Verrentung von Arbeitnehmern mit deren Berechtigung zum Rentenbezug kontinentaleuropäischen Gepflogenheiten entspricht und diese alles in allem eben nicht unvernünftig sind. Es kommt hinzu, dass die materiellen

37 EuGH 12.10. 2010 – C-45/09 (Fn. 10) (Rosenblatt).

38 EuGH 5.7. 2012 – C-141/11 (Fn. 14) (Hörnfeldt).

Erwägungen des EuGH unabhängig von der Ebene greifen, auf der die jeweilige Regelung getroffen wird³⁹.

Meines Erachtens lassen sich diese europarechtlichen Rechtfertigungserwägungen auch auf unsere Fallkonstellation der Rentnerbeschäftigung auf der Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrags übertragen. Die materielle Absicherung ist gleichermaßen gegeben, Neueinstellungen werden planbar und gefördert und eine einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses im fortgeschrittenen Alter unter erniedrigenden Bedingungen wird vermieden. Der letzte Punkt erlangt vorliegend noch stärkeres Gewicht, da die Wahrscheinlichkeit eines Abfalls der Leistungsfähigkeit aufgrund des höheren Lebensalters des Rentners signifikant steigt.

Es drängt sich damit ein Erst-Recht-Schluss auf: Wenn schon eine auf das Renteneintrittsalter bezogene Altersgrenze diskriminierungsfrei vereinbart werden kann, so sollte umso mehr „auch eine neue oder verlängernde Befristungsabrede ... zulässig sein, die eine erneute Beendigung bei Erreichen eines höheren Alters als des gesetzlichen Rentenalters vorsieht“⁴⁰. Die zitierte Andeutung des EuGH in der Hörnfeldt-Entscheidung erscheint vor diesem Hintergrund nachvollziehbar.

Ich plädiere damit im Ergebnis dafür, den Rentnerstatus als Grund in der Person des Arbeitnehmers anzuerkennen, der – diskriminierungsfrei – eine Befristung zu rechtfertigen vermag. Auch die Verlängerung beziehungsweise der erneute Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nach Ablauf der ersten Befristung sollte grundsätzlich zulässig sein. Noch zu formulierende äußerste Grenzen können sich insoweit aus dem im Lichte der Befristungsrichtlinie zu interpretierenden Verbot des Rechtsmissbrauchs ergeben. Unangemessen kurzen und/oder überaus häufigen Verlängerungen gilt es entgegenzuwirken⁴¹.

Klarstellend möchte ich noch auf einen Aspekt hinweisen, um nicht falsch verstanden zu werden: Allein die anderweitige finanzielle Absicherung des Arbeitnehmers stellt noch keinen hinreichenden Grund in seiner Person

39 So zutreffend *Bayreuther*, NJW 2011, 19, 21.

40 So zutreffend *Sediq*, NZA 2009, 524, 526; so im Ergebnis auch *Bayreuther*, Altersgrenzen, Kündigungsschutz nach Erreichen der Altersgrenze und die Befristung von „Altersrentnern“ – Eine Skizze im Lichte der Hörnfeldt-Entscheidung des EuGH, NJW 2012, 2758 2760. *Bauer/von Medem*, Altersgrenzen zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen – Was geht, was geht nicht?, NZA 2012, 945 sehen dies im Grundsatz auch so, wollen dies aber nur für die Verlängerung eines bereits beim Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmers über die Altersgrenze hinaus offen lassen. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb die Befristung bei erstmaliger Einstellung eines Rentners nicht ebenfalls mit demselben Argument gerechtfertigt werden kann.

41 So zutreffend und weiterführend *Bayreuther*, NJW 2012, 2758, 2760.

dar, der eine Befristung seines Arbeitsverhältnisses – auch wenn es sich nur um eine Nebenbeschäftigung handelt – rechtfertigen könnte⁴². Wer durch Schenkung, Erbschaft oder Lottogewinn vermögend geworden ist, muss nicht etwa als Folge eine Absenkung seines arbeitsrechtlichen Schutzes hinnehmen.

4. Erfordernis einer schriftlichen Befristungsabrede (§ 14 Abs. 4 TzBfG)

Als kleiner Merkposten am Rande sei noch Folgendes notiert: Die Befristung des Arbeitsvertrags eines Rentners bedarf – wie auch sonst – zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies droht übersehen zu werden, wenn der Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber über die Altersgrenze hinaus beschäftigt wird. Soll die Weiterbeschäftigung befristet erfolgen, genügt hierfür eine mündlich herbeigeführte Übereinkunft nicht. Die Folge ist fatal: Der rentenberechtigte Arbeitnehmer steht in einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsverhältnis (§ 16 Satz 1 TzBfG), und wir wären schon beim kündigungsrechtlichen Teil meines Vortrags.

5. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Zuvor möchte ich allerdings noch einen Blick auf mögliche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats werfen. Klar ist der Fall, dass der Rentner nach der Beendigung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses in die Dienste eines neuen Arbeitgebers tritt. Unabhängig davon, ob es sich um einen Minijob oder ein Vollzeitverhältnis handelt, wird in diesem Fall das Mitbestimmungsrecht des § 99 BetrVG ausgelöst, so sein Anwendungsbereich eröffnet ist.

a) Verlängerung des Arbeitsverhältnisses beim bisherigen Arbeitgeber über die Altersgrenze hinaus als Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG

Als „Einstellung“ im Sinne des § 99 BetrVG wird von der Rechtsprechung aber auch die Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags und folgerichtig auch die befristete oder unbefristete Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze hinaus gewertet. Das entspricht ständiger Rechtsprechung

42 Wie hier BAG 10.8.1994 – 7 AZR 695/93, NZA 1995, 30; Müller-Glöge, in: ErfK (Fn. 23), § 14 TzBfG Rn. 55; Lipke, in: KR (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 273 ff.; anders teilweise die Literatur vor Inkrafttreten des TzBfG, vgl. etwa Wiedemann, Die Zulässigkeit von Zeitarbeitsverträgen im öffentlichen Dienst, insbesondere im Hochschulbereich, RdA 1977, 85, 93; Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 315.

des BAG seit den 1970er Jahren⁴³. Das BAG meint, dieser Tatbestand stünde einer Neueinstellung nach Sinn und Zweck des § 99 BetrVG gleich. Wenn der Arbeitgeber mit einzelnen Arbeitnehmern die Beschäftigung über die Altersgrenze hinaus vereinbare, würden – so das BAG – die Interessen der Belegschaft berührt, deren Wahrung dem Betriebsrat im Rahmen des § 99 BetrVG obliege. Die Arbeitnehmerschaft vertraue darauf, ein nach zwingendem Beendigungsgebot zur Wiederbesetzung anstehender Arbeitsplatz werde entweder frei oder jedenfalls erst nach Beachtung der kollektiven Interessen der Arbeitnehmer gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG wiederbesetzt.

Diese Rechtsprechung ist fragwürdig⁴⁴, da das Mitbestimmungsrecht hier nur darauf abzielen könnte, einem gegebenenfalls seit langem beschäftigten Mitarbeiter die Möglichkeit zu nehmen, weiterhin im Betrieb tätig zu sein. Das wäre eine Konsequenz, die von dem Auftrag des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung (§ 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG) nicht mehr gedeckt wäre⁴⁵. Eine sich über den klaren Wortlaut des § 99 Abs. 1 BetrVG hinwegsetzende Analogie kann jedenfalls unter diesen Umständen nicht befürwortet werden.

b) Zustimmungsverweigerungsgründe (§ 99 Abs. 2 BetrVG)

Die Praxis hat sich hingegen an der Rechtsprechung des BAG zu orientieren, die als gefestigt bezeichnet werden kann⁴⁶. Auf dieser Basis bedarf die Folgefrage der Beantwortung, unter welchen Voraussetzungen der Betriebsrat die Zustimmung zur Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze hinaus verweigern darf. Hierzu wird man Folgendes sagen können.

Allein die Festlegung einer Altersgrenze in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung enthält kein Verbot der Weiterbeschäftigung über das Enddatum hinaus. Die Bedeutung solcher Altersgrenzenregelungen

43 Vgl. insbesondere zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über die Altersgrenze hinaus BAG 18.7. 1978 – 1 ABR 79/75, AP Nr. 9 zu § 99 BetrVG 1972; BAG 12.7. 1988 – 1 ABR 85/86, AP Nr. 54 zu § 99 BetrVG 1972; zustimmend *Matthes*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2 3. Aufl. 2009, § 263 Rn. 12; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 99 BetrVG Rn. 39.

44 Ablehnend *Raab*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), Bd. 2, 9. Aufl. 2010, § 99 BetrVG Rn. 28; *Kraft*, Anmerkung zu BAG 18.7. 1978 – 1 ABR 79/75, AP Nr. 9 zu § 99 BetrVG 1972; *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 13. Aufl. 2012, § 99 BetrVG Rn. 37.

45 So zutreffend *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 43), § 99 BetrVG Rn. 37.

46 Die Folge eines Verstoßes wäre die Geltung eines betriebsverfassungsrechtlichen Beschäftigungsverbots bei fortbestehender Wirksamkeit der Verlängerung des Arbeitsvertrags über die Altersgrenze hinaus.

liegt – wie das BAG zutreffend konstatiert⁴⁷ – vornehmlich darin, dass sie die Beendigung der Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer, die die Altersgrenze erreichen, gegenüber einer sonst notwendig werdenden Kündigung erleichtern, nicht aber darin, eine Beschäftigung von Arbeitnehmern jenseits der Altersgrenze zu verbieten. Sollte ein solches Verbot gewollt sein, müsste dies deutlich in der Altersgrenzenregelung zum Ausdruck kommen.

Ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kommt darüber hinaus dann in Betracht, wenn mit dem Erreichen der Altersgrenze ein gesetzliches Beschäftigungsverbot eingreift, das im Hinblick auf die konkrete Tätigkeit auch sachlich gerechtfertigt ist⁴⁸. Abgesehen von (diesen) Ausnahmekonstellationen, dürfte der Betriebsrat kaum je berechtigt sein, unter Hinweis auf das Bestehen einer Altersgrenze seine Zustimmung zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu verweigern.

Insbesondere kann er seine Zustimmung auch nicht nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG mit der Begründung verweigern, dass durch die Weiterbeschäftigung im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer benachteiligt würden. Denn durch die Beschäftigung über die Altersgrenze hinaus werden – wenn überhaupt – nur bloße Aufstiegs- oder Veränderungschancen der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer tangiert. Ausgebliebene Vorteile oder enttäuschte Erwartungen stellen anerkanntermaßen noch keinen Nachteil im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG dar⁴⁹.

III. Kündigungsrechtliche Fragen

Kündigungsrechtliche Fragen können sich ergeben, wenn der Arbeitnehmer nach Erreichen der Altersgrenze unbefristet (weiter-) beschäftigt wird, eine vereinbarte Befristung sich als unwirksam erweist oder die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des befristeten Arbeitsverhältnisses durch ausdrückliche Abrede vorbehalten war. Grundsätzlich unterfällt auch die Rentnerbeschäftigung dem geltenden Kündigungsrecht in der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung. Das bedeutet zunächst: Beschäftigte Rentner genießen den regulären Kündigungsschutz. Insbesondere stellt allein das Erreichen der Altersgrenze keinen Kündigungsgrund dar. Dies erschließt sich mittelbar aus § 41 SGB VI⁵⁰. Im Übrigen findet sich – soweit ersichtlich – nur eine einzige gesetzliche Regelung zur kün-

47 BAG 10.3. 1992 – 1 ABR 67/91, NZA 1992, 992, 993.

48 Thüsing, in: Richardi (Fn. 44), § 99 BetrVG Rn. 199.

49 Vgl. nur Thüsing, in: Richardi (Fn. 44), § 99 BetrVG Rn. 216 mit weiteren Nachweisen.

50 BAG 20.11. 1987 – 2 AZR 284/86, NZA 1988, 617, 618; Griebeling, in: KR (Fn. 17), § 1 KSchG Rn. 289; Oetker, in: ErfK (Fn. 23), § 1 KSchG Rn. 154; Preis, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 803.

digungsrechtlichen Position von Arbeitnehmern im Rentenalter. Gemeint ist § 10 Abs. 2 Satz 2 KSchG, nach dem die in § 10 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorgesehene Heraufsetzung der normalen Höchstgrenze für Abfindungen auf 15 beziehungsweise 18 Monatsverdienste nicht gelten soll, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses die Regelaltersgrenze erreicht hat⁵¹.

Besondere Bedeutung können sodann folgende Punkte erlangen:

1. Altersbedingter Leistungsabfall als Kündigungsgrund

Ein altersbedingter Leistungsabfall kann zwar grundsätzlich eine (personenbedingte) ordentliche Kündigung rechtfertigen. Die Rechtsprechung stellt jedoch strenge Anforderungen⁵², denen der Arbeitgeber nur selten wird entsprechen können⁵³. Verlangt wird eine dauerhafte, erhebliche Einschränkung der Leistungsfähigkeit in quantitativer oder qualitativer Hinsicht und eine hieraus resultierende erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen. Im Rahmen der Interessenabwägung muss insbesondere geprüft werden, ob und inwieweit ein anderer freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht, dessen Anforderungen der betroffene Arbeitnehmer trotz seiner Leistungsminderung erfüllen kann. Für Arbeitnehmer im Rentenalter wird dies im Grundsatz ebenso zu gelten haben. Man könnte sich sogar auf den Standpunkt stellen, dass es einem Arbeitgeber, der sich bewusst für die Einstellung eines Rentners entschieden hat, tendenziell eher zuzumuten ist, ein altersbedingtes Absinken unter das durchschnittliche Leistungsniveau hinzunehmen.

2. Ordentliche Unkündbarkeit

Arbeitnehmer, die kurz vor der Verrentung stehen, genießen häufig aufgrund entsprechender tarifvertraglicher Regelungen den Status der sogenannten Unkündbarkeit. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung knüpft in aller Regel an eine bestimmte Beschäftigungszeit und an ein Mindestalter an. Eine Ausklammerung der Arbeitnehmer, welche bereits die Regelaltersgrenze überschritten haben, kommt – soweit ersichtlich – nicht vor und kann wohl auch kaum im Wege der Auslegung der Tarifver-

51 *Spilger*, in: KR (Fn. 17), § 10 KSchG Rn. 44 hält diese Sonderregelung für sozialpolitisch bedenklich, verneint jedoch einen Verstoß gegen das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung.

52 BAG 26.9.1991 – 2 AZR 132/91, NZA 1992, 1073; zuletzt BAG 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693; für eine Auflockerung der strengen Voraussetzungen bei Arbeitnehmern, die nach dem Erreichen der Altersgrenze noch fortbeschäftigt werden, *Bayreuther*, NJW 2012, 2758.

53 So auch die Einschätzung von *Preis*, Individualarbeitsrecht (Fn. 50), S. 814.

träge erreicht werden⁵⁴. Entschließt sich also ein Arbeitgeber, einen Arbeitnehmer über die Altersgrenze hinaus weiterzubeschäftigen, kann der Arbeitnehmer mithin auch weiterhin das Privileg der Unkündbarkeit für sich reklamieren. Dem Arbeitgeber ist es jedenfalls bei normativer Geltung des Tarifvertrags verwehrt, diesen Sonderkündigungsschutz abzustreifen.

3. **Wirtschaftliche Absicherung durch Rentenbezug als relevanter Faktor im Rahmen der Interessenabwägung und der Sozialauswahl?**

Kommt es zur Kündigung eines nicht in besonderer Weise geschützten Arbeitnehmers jenseits der Regelaltersgrenze, stellt sich die Frage, ob die Rentenberechtigung im Rahmen der Interessenabwägung zulasten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden kann. In ähnlicher Form stellt sich die Frage bei der Sozialauswahl: Ist der wirtschaftlich durch Rentenbezug abgesicherte Arbeitnehmer *per se* weniger schutzwürdig als seine jüngeren Kollegen? Im Schrifttum und in der Instanzrechtsprechung finden sich hierzu divergierende Stellungnahmen⁵⁵. *Ulrich Preis* hat in seinem Juristentagsgutachten 2008⁵⁶ unter Aufgabe seines bisherigen Standpunkts dargelegt, dass sich die Berücksichtigung der Rentenberechtigung zulasten des gekündigten Arbeitnehmers im Kündigungsrecht verbietet.

Im Ergebnis würde ich dem zustimmen. Für diese Sichtweise streiten folgende Argumente, wobei ich den Aspekt der Altersdiskriminierung sogar außen vor lassen möchte: Soweit es um die Sozialauswahl geht, steht der Berücksichtigung der Rentenberechtigung schon der Wortlaut des § 1 Abs. 3 KSchG entgegen, der die relevanten Sozialkriterien abschließend aufführt. Weitere Kriterien, zumal solche, die – wie die Rentenberechtigung – mit dem konkreten Arbeitsverhältnis und dessen personalen Bezügen nicht in Verbindung stehen, müssen – schon aus Gründen der Rechtssicherheit – außer Betracht bleiben.

Aber auch im Rahmen der Interessenabwägung nach § 1 KSchG und § 626 BGB spricht viel dafür, diese auf arbeitsvertraglich relevante Umstände zu konkretisieren. Die Rechtsprechung hat diesen Schritt allerdings noch nicht vollzogen⁵⁷.

Jedenfalls fehlt mir für eine hier in Rede stehende pauschale Abwertung der Rechtsposition rentenberechtigter Arbeitnehmer eine entsprechende

54 Letzteres erwägend jedoch *Bayreuther*, NJW 2012, 2758, 2759.

55 Ausführliche Nachweise bei *Preis*, *Alternde Arbeitswelt*, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Gutachten B, 2008, S. B 93 f.

56 *Preis*, 67. Deutscher Juristentag (Fn. 55), S. B 94 f.

57 Exemplarisch BAG 16.12. 2004 – 2 ABR 7/04, AP Nr. 191 zu § 626 BGB.

Direktive des Gesetzgebers. In § 41 SGB VI kann sie jedenfalls nicht gesehen werden⁵⁸. Anders mag man entscheiden, wenn die Parteien selbst durch eine Befristungsvereinbarung der Rentenberechtigung Rechnung tragen.

IV. Ausblick

Schließen möchte ich mit einigen knappen Thesen *de lege ferenda*. Nach meinem Dafürhalten sind starre Altersgrenzen nicht mehr zeitgemäß. Für bedenkenswert halte ich insoweit die von *Preis* im Juristentagsgutachten unterbreiteten Vorschläge, die auf eine Flexibilisierung der Altersgrenze zielen⁵⁹.

Was bietet sich noch an? Man könnte bei § 14 Abs. 3 TzBfG ansetzen und die Zeit der Beschäftigungslosigkeit um Zeiten des Rentenbezugs erweitern. Das ist aber derzeit angesichts der nicht gesicherten Europarechtskonformität der Vorschrift wohl wenig empfehlenswert.

Eher zielführend erscheint mir eine gesetzgeberische Klarstellung dahingehend, dass der Bezug einer regulären Altersrente *per se* als Sachgrund eine Befristung zu rechtfertigen vermag. Die Tarifvertragsparteien könnten ebenfalls den Rentnerstatus als Sachgrund festschreiben. Das hätte nach hiesiger Ansicht nur deklaratorische Bedeutung und wäre keine unzulässige Abbedingung des nach der Rechtsprechung⁶⁰ nicht tarifdispositiven § 14 Abs. 1 TzBfG. Bei der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG haben die Tarifvertragsparteien zwar immerhin einen gewissen Gestaltungsspielraum. Nach Satz 3 dieser Bestimmung kann durch Tarifvertrag die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von Satz 1 festgelegt werden. Allerdings beschränkt sich die Tarifdispositivität auf die beiden in der Vorschrift angeführten Punkte (Anzahl der Verlängerungen, Höchstdauer). Weitergehende Abweichungen zum Nachteil des Arbeitnehmers sind nicht möglich. Insbesondere steht das Vorbeschäftigungsverbot (§ 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG) nicht zur Disposition⁶¹. Vor diesem Hintergrund kann die Lösung der befristungsrechtlichen Probleme wohl nicht auf der kollektivrechtlichen Ebene gefunden werden.

Im gesetzlichen Kündigungsrecht sehe ich demgegenüber kaum einen konkreten Handlungsbedarf, jedenfalls solange an Regelaltersgrenzen

58 *Preis*, 67. Deutscher Juristentag (Fn. 55), S. B 94 f.

59 *Preis*, 67. Deutscher Juristentag (Fn. 55), S. B 89; gegen starre Altersgrenzen auch *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 1 TVG Rn. 1602.

60 BAG 9.12. 2009 – 7 AZR 399/08, NZA 2010, 495.

61 *Lipke*, in: KR (Fn. 17), § 14 TzBfG Rn. 435.

festgehalten wird⁶². Hilfreich wäre sicherlich eine Klarstellung des Gesetzgebers, ob und wie sich die Rentenberechtigung im Rahmen der Interessenabwägung und bei der Sozialauswahl auswirkt. Im Übrigen sind die Tarifvertragspartner aufgerufen, ihre Unkündbarkeitsregelungen zu reformieren. Die Verlängerung des Status der Unkündbarkeit in das Rentenalter hinein ist nicht angebracht⁶³. Denn dieser Personenkreis ist in der Regel durch den Rentenbezug wirtschaftlich abgesichert und daher nicht in gleicher Weise schutzbedürftig wie ältere Arbeitnehmer vor Erreichen der Altersgrenze. Und außerdem sind kontraproduktive Effekte zu befürchten, wird es sich der Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Unkündbarkeitsregelung doch sehr genau überlegen, ob er einen seiner Arbeitnehmer über die Altersgrenze hinaus weiterbeschäftigt.

62 Zumindest in Bezug auf die personenbedingte Kündigung vgl. *Preis*, 67. Deutscher Juristentag (Fn. 55), S. B 61. Bei Aufhebung der Regelaltersgrenzen wäre an eine Reform des Kündigungsschutzes zu denken, so *Preis*, ebenda, S. B 90.

63 Unabhängig davon bestehen auch Zweifel, ob die in Unkündbarkeitsregelungen liegende Ungleichbehandlung wegen des Alters gerechtfertigt werden kann. Überwiegend wird zwar die Zulässigkeit bejaht (BAG 5.6.2008 – 2 AZR 907/06, NZA 2008, 1120, 1124; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB [MünchKommBGB], Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 10 AGG Rn. 44); eine klärende Entscheidung des EuGH steht jedoch noch aus.

Diskussion

Professor Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg:

Vielen Dank, *Markus*, für den sehr schönen Vortrag, die vielen juristischen Probleme, die Du uns geschildert hast, und Deine Vorschläge. Auf den Gesetzgeber können wir nicht hoffen, das können wir im Grunde ausklammern.

Ich habe selbst ein paar Bemerkungen: Die Ausführungen zum Sachgrund haben mir ganz gut gefallen. Ich sehe allerdings wertungsmäßig einen gewissen Widerspruch zu dem, was Du zum Kündigungsschutzrecht gesagt hast, jedenfalls bei den Grundwertungen. Ich hätte keine Probleme, bei der Interessenabwägung den Rentenbezug zu berücksichtigen, auch wenn man darauf abstellt, dass das Interesse mit dem Arbeitsverhältnis zu tun haben muss. Der Rentenbezug resultiert letztlich aus dem Arbeitsverhältnis, entspringt ihm im weitesten Sinn. Ich finde, damit ist ein gewisser Bezug da, den man berücksichtigen könnte.

Eine Bemerkung noch zur tariflichen Unkündbarkeit: Bei der Bewertung kommt es wahrscheinlich auf den konkreten Tarifvertrag an. Ein Rentner würde wahrscheinlich dem Wortlaut nach unter viele tarifliche Unkündbarkeitsregeln fallen. Die Frage wäre für diesen Fall nur: Haben die Tarifparteien das wirklich gewollt? Könnte man darüber gegebenenfalls nicht noch einmal nachdenken, dass Unkündbarkeitsregelungen nur für Arbeitnehmer bis zur Altersgrenze gedacht sind, aber für die Rentner nicht mehr?

Dr. Sebastian Kolbe, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Herr *Stoffels*, noch einmal zu Ihrem Sachgrund „Rentnerstatus“: Wenn man das konsequent durchführen würde, heißt es dann nicht, dass, abgesehen von dem relativ geringen Schutzniveau des Rechtsmissbrauchs, der Rentner sozusagen befristungsrechtlich „Freiwild“ wird? Es gibt dann keine wirklich greifbare Grenze mehr, bei der man Schluss machen würde. Man könnte ihn immer und immer wieder verlängern.

Professor Dr. Markus Stoffels, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Ja, Herr *Kolbe*, ich habe diese Einschränkung mit dem Rechtsmissbrauch und den Hinweis auf die Befristungsrichtlinie eingestreut. Auch wenn man den Rentnerstatus als Sachgrund akzeptiert und damit natürlich in-

sofern eine Freigabe erfolgt im Recht der Befristung, sind natürlich Gestaltungen denkbar, denen man begegnen muss. Das ist mir auch klar, im Monatstakt die Verlängerungen oder auch nur im Vierteljahrestakt, eine nach der anderen, das kann wohl nicht gehen. Da muss die Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Befristungsrichtlinie schauen, wo die Grenze zum Rechtsmissbrauch liegt. Da wird man sicherlich über Beschränkungen nachdenken müssen. Diese vorwegzunehmen war mir etwas zu heikel. Da war ich auch gespannt auf Ihre Reaktionen. Ich glaube, wir sind uns einig, eine gewisse Notwendigkeit der Beschränkung, was Dauer und die Anzahl der Verlängerungen angeht, wird man dort finden müssen, weil es eine absolute Freigabe wie Freiwild nicht geben kann. Trotzdem würde ich bei meinem Grundsatz bleiben: Der Rentnerstatus als solcher ist schon ein tragfähiger Sachgrund vor dem Hintergrund all der Diskussionen, die wir zur Altersgrenze geführt haben.

Im Grunde müssen wir die Beantwortung der anderen Fragen Frau *Dahm* überlassen. Ich überlasse Ihnen auch die Antwort. Ich wäre skeptisch, ob man im Wege einer korrigierenden Auslegung der Tarifverträge diese vernünftige Intention dort hineininterpretieren kann. Auch gibt es wahrscheinlich Grenzen der Tarifauslegung, dass man nicht alles, was aus unserer Sicht wünschenswert ist, dort hineininterpretieren kann. Dafür sind die Regelungen vom Wortlaut her eindeutig.

Dr. Michael Stein, ASG Asche Stein Glockemann Verstl Wiezoreck, Hamburg:

Ich knüpfe nur ganz kurz noch einmal an: Mir gefällt rechtspolitisch Ihre Aussage zur Möglichkeit der Befristung eines Rentners auch sehr gut, nur einen Punkt vermisse ich. Im Grunde genommen muss man sagen: Wenn man an den Zeitpunkt des Erreichens der Regelaltersgrenze anknüpft, haben wir einen Statuswechsel, während, wenn man sagt: „Der ist eben jetzt Rentner, deshalb haben wir einen in der Person des Menschen liegenden Sachgrund“, haben wir später keinen Statuswechsel mehr. Zwischen 68 und 72 Jahren tut sich nichts mehr, während sich zwischen 60 und 65 Jahren etwas tut.

Ich habe noch eine Frage in diesem Zusammenhang: Wie ist hier die Tendenz der bundesdeutschen Rechtsprechung? Wie ist die Entscheidungslage?

Markus Stoffels:

Die Entscheidungslage ist gleich Null. Ich habe insbesondere keine BAG-Entscheidung, aber ansonsten auch keine Instanzrechtsprechung zu der Frage gefunden, die wir hier behandelt haben. Das ist erstaunlich. Vielleicht habe ich es auch übersehen, jedenfalls kann es nur ganz wenig geben. Die Entscheidungslage ist ganz dünn. Zu diesem Fragenkreis gibt es keine Rechtsprechung: Rentnerstatus als Sachgrund zum Beispiel oder wie die befristungsrechtliche Problematik eines Arbeitnehmers zu beurteilen ist, der weiterbeschäftigt werden soll? Ich habe keine Rechtsprechung gefunden. Insofern klare Antwort dazu.

Zu der Frage wie es mit dem Statuswechsel aussieht: Dort könnte man in der Tat ins Grübeln kommen, ob es nicht vielleicht eine Unterscheidung rechtfertigt. Ich habe gerade in einem ganz neuen Aufsatz von *Bauer* und *von Medem* gelesen. Diese haben sich auch mit der Problematik beschäftigt, würden, was die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers über die Altersgrenze hinaus beim selben Arbeitgeber angeht, mir folgen. Sie sehen es genauso, also dieser Erst-recht-Schluss, der sich aufdrängt – Rentnerstatus als Sachgrund. Sie wollen aber einen Unterschied machen, wenn dieser Arbeitnehmer bei einem anderen Arbeitgeber nunmehr beschäftigt wird, entweder gleich danach oder ein bisschen später. Ein halbes Jahr später sagt der Arbeitnehmer: „Ich möchte wieder aktiv werden“ und gelangt an einen anderen Arbeitgeber. Die Frage ist mitgestellt. Ist diese Konstellation anders zu beurteilen? Bei *Bauer/von Medem* hat mich gewundert, dass sie gesagt haben: „Nein, da gelten diese Erwägungen nicht.“ Sie wollen diese Argumentation nur begrenzen auf den Fall, dass ein Arbeitnehmer über die Altersgrenze hinaus beim selben Arbeitgeber beschäftigt wird. Meiner Meinung nach kann aber kein wirklicher Unterschied gemacht werden, ob er bei einem anderen Arbeitgeber wieder tätig wird. Meines Erachtens macht es auch keinen Unterschied, ob ein gewisser Zeitraum dazwischenliegt oder nicht. Dass man auf den Zeitpunkt abstellt, zu dem der Status sich ändert, leuchtet mir nicht ganz ein. Ich meine, es muss einheitlich beurteilt werden: bei demselben Arbeitgeber oder bei einem anderen Arbeitgeber, Rentnerstatus ist immer Sachgrund. Das ist meine These.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Zunächst einmal vielen Dank. Ich bin mit Ihnen völlig einer Meinung, dass die Lösung nur im Befristungsrecht liegen kann, weil das abwägungsoffene Kündigungsrecht für den Arbeitgeber, der Rentner beschäf-

tigt, am Ende zu einer Prozessschlacht wird. Für den arbeitenden Rentner ist das ein Anreiz, eine Abfindung *on top* mitzunehmen, Kündigungsschutzklage ist schnell eingelegt, Arbeitsrichter wiegen bedächtig den Kopf hin und her und sagen: „Na ja, ist doch eine schwierige Frage, kann man nicht noch einmal 5.000 € Abfindung oben drauflegen?“ Dann ist das ganze Modell mit einer Folgelast versehen, dass das weder für den Arbeitgeber interessant ist noch am Ende zur Beschäftigung überhaupt von Älteren anreizt. Wenn eine Lösung möglich ist, ist sie nur im Befristungsrecht möglich. Dort habe ich natürlich auch Rechtsrisiken. Solange nicht einmal jemand einen solchen Prozess durchficht – es gibt noch keine Entscheidungen, die Arbeitgeberverbände sind vielleicht einmal eingeladen, einen spiegelbildlichen Mangold-Fall zu konstruieren als Fakeprozess zum BAG und zum EuGH –, solange werden wir die Klarheit nicht haben. Das führt vielleicht noch zu einer weiteren Frage: Könnte man vielleicht, wenn Tarifparteien sich bereitfinden, sich der Frage anzunehmen, die Tarifdispositivität des Befristungsrechts nach § 14 Abs. 2 TzBfG nutzen? Das BAG hat gerade erst vor ein paar Wochen wieder gesagt: „Das ist im Prinzip eine *carte blanche*.“ Wenn die Altersgrenze eine Befristung ist, könnte man den Tarifparteien nicht zugestehen, eine sachgrundlose Anschlussbefristung zu gewähren? § 14 Abs. 2 TzBfG zielt nicht darauf, das ist mir schon klar, aber vom Wortlaut her ist die Norm offen und schließt eine Anschlussbefristung an die Altersgrenze nicht von vornherein aus.

Markus Stoffels:

Bei mir taucht das in meinem Vortrag in einer Fußnote auf. Es ist natürlich ein interessanter Gedanke. Man könnte zum einen natürlich noch einmal bei der Sachgrundbefristung überlegen: Können die Tarifvertragsparteien vielleicht auch den Sachgrund des Rentnerstatus festschreiben? Geht das? Das war die eine Frage. Da stößt man natürlich immer auf die Rechtsprechung, die sagt: „Die Sachgründe des § 14 Abs. 1 TzBfG stehen nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien.“ Dieser Katalog ist so vorgegeben und kann nicht erweitert werden durch die Tarifvertragsparteien. Nach meiner Meinung wäre es gar keine Erweiterung, es wäre nur deklaratorisch, wenn die Tarifvertragsparteien das dort hineinschreiben würden. Es bleibt natürlich das Restrisiko, dass das generell nicht standhält, und das sehe ich im Übrigen genauso. Mein Vorschlag ist relativ mutig und natürlich für die Praxis mit einigen Unsicherheiten verbunden, ob das hält. Das wäre die eine Möglichkeit, dass man über den Sachgrund geht, den die Tarifvertragsparteien meiner Meinung nach deklaratorisch in ihre Tarifverträge hineinschreiben dürften.

Die andere Möglichkeit ist, dass man über die sachgrundlose Befristung geht. Dort erlaubt § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG Folgendes: „Durch Tarifvertrag

kann die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von Satz 1 festgelegt werden.“ Uns geht es aber um mehr. Wir wollen uns nicht nur über die Dauer – das können wir auch – oder über die Anzahl der Verlängerungen und über die Höchstdauerregelungen von den Tarifvertragsparteien unterhalten, sondern sie sollen im Grunde sagen, die sachgrundlose Befristung soll auch möglich sein, wenn wir einen Rentner als Arbeitnehmer vor uns haben. Das, glaube ich, sprengt dann wohl doch den Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG. So weit reicht er nicht. Das wäre jedenfalls wieder eine erhebliche Unsicherheit, was die Reichweite dieser Vorschrift angeht, ob sie das auch noch erlaubt. Ich habe sie immer so interpretiert, dass wirklich nur die beiden Punkte, die dort stehen – Verlängerung und Höchstdauer – zur Debatte stehen. Aber da könnte man auch noch etwas machen. Man könnte – das wäre noch ein Vorschlag – die Tarifvertragsparteien ermuntern, eine Regelung zu schaffen, dass eine sachgrundlose Befristung bei der Beschäftigung eines Rentners mit einer Höchstdauer von drei Jahren – moderate Anhebung, weil zwei Jahre ein bisschen wenig ist –, dass es bei der Ersteinstellung eines Rentners möglich sein soll, dass es auf drei Jahre erweitert wird. Das wäre vielleicht denkbar, aber es ist wohl nicht genug. Auch dies alles ist wieder mit Unsicherheiten verbunden, würde ich sagen. Einen Königsweg gibt es in diesem Bereich gar nicht. Deswegen schon der Appell an den Gesetzgeber, auch wenn er ihn nicht hören wird, dass dort etwas zu tun ist. Vielleicht wenn diese ganze Diskussion an Dynamik gewinnt, dann wird es auch noch einmal Thema sein. Dieses Thema muss man vielleicht einmal köchelnd halten, dass im Befristungsrecht eine Veränderung notwendig ist.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Herr *Stoffels*, meine Stellungnahme ist ganz kurz, sie geht in dieselbe Richtung wie die bisherigen. Wir sind wahrscheinlich alle mit Herrn *Jacobs* darin einig, dass eine gesetzgeberische Klarstellung dahingehend, dass das Erreichen des Rentenalters immer ein Sachgrund ist, nicht realistisch ist. Deswegen finde ich die Idee, über den persönlichen Grund zu gehen, nicht ohne Charme, und die Frage der Europarechtswidrigkeit oder die Rechtmäßigkeit dieses Sachgrunds könnte meines Erachtens auch davon abhängen, wie der EuGH umgeht mit der Frage bei der Einstellung von Rentnern. Ich bin nicht sicher, ob ich Sie so verstanden habe, dass die Ablehnung einer Einstellung allein mit dem Argument möglich ist, dass die Altersgrenze bei einem Bewerber überschritten ist, die jeweils einschlägig ist für den Betrieb. Wenn ich Sie so verstanden habe, dass das durchaus möglich sein kann, das diskriminierungsfest zu machen, würde mich interessieren, ob das nach Ihrer Ansicht aus der Rechtsprechung des

EuGH so abzuleiten ist oder ob Sie dort, genauso wie beim persönlichen Grund, Neuland betreten.

Markus Stoffels:

Die Interpretation der Entscheidungen, die ich hier vor allem genannt hatte – Rosenblatt in diesem Zusammenhang, wo die merkwürdige Passage auftaucht, und dann die Fortführung in der Entscheidung Hörnfeldt –, das muss ich auch unumwunden zugeben, ist wiederum mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Das ist meine persönliche Lesart, dass, noch einmal auf den Punkt gebracht, die Ablehnung eines Arbeitnehmers, der die Altersgrenze überschritten hat, unter Hinweis auf sein Alter gerechtfertigt werden kann. Das würde ich allerdings so stehen lassen, das ist insbesondere besonders naheliegend bei einem Arbeitnehmer, der sich bei demselben Arbeitgeber nach Erreichen der Altersgrenze wiederum bewirbt – dass der Arbeitgeber schon die Nachfolgeplanungen in die Wege geleitet, einen jüngeren Arbeitnehmer schon vorgesehen hat, der die Stelle dann bekleiden soll –, dass hier unter diesem Aspekt die Ablehnung gerechtfertigt sein kann, halte ich nach der Lektüre dieser Entscheidungen schon für möglich, aber gesondert und persönlich zu rechtfertigen, nicht *per se*. Das ist mein Standpunkt. Diese Wertung, meine ich, müsste dann auch das Befristungsrecht abstrahlen. Ich gebe zu, da sind wir uns einig, wie bei allen EuGH-Entscheidungen, die wir lesen und versuchen zu interpretieren, man wird immer wieder eines Besseren belehrt oder überrascht, wie es im nächsten Urteil formuliert wird. Nichts ist in diesem Bereich sicher.

Dr. Berenice Möller, Kanzlei Dr. Möller, Hamburg:

Ich habe ein paar Punkte. Ich habe gerade ein erstinstanzliches Urteil erstritten, nach dem die Anschlussbeschäftigung bei einer Bewerbung bei demselben Arbeitgeber zu Recht abgelehnt wird, es sich dabei um keine Diskriminierung wegen des Alters handelt. Es ist genau mit demselben Argument abgelehnt worden, das Sie bringen. Es wäre *ad absurdum* geführt, wenn man die tarifvertragliche Altersgrenze für wirksam erachtet, aber im nächsten Schritt die Anschlussbefristung bei demselben Arbeitgeber zulassen würde. Das Urteil ist allerdings nicht rechtskräftig.

Markus Stoffels:

Arbeitsgericht Hamburg?

Berenice Möller:

Ja, Arbeitsgericht Hamburg wieder.

Der zweite Punkt ist: Ich finde die Sachgrundidee sehr gut, sehe aber schon noch ein Problem, das man auch berücksichtigen müsste. Sie sind jetzt in einem Erst-recht-Schluss vor dem Hintergrund der europarechtlichen Erwägungen und Rechtfertigung regulärer Altersgrenzen davon ausgegangen, dass man die Rentnerbeschäftigung als Sachgrund für die Befristung nehmen kann. Wir sind uns alle einig, dass der EuGH bislang nur über tarifvertragliche Altersgrenzen entschieden hat und der Hintergrund dieser Entscheidung ist, dass Tarifvertragsparteien arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische Ziele verfolgen können. Jetzt stellt sich die Frage: Können das tarifungebundene öffentliche oder private Arbeitgeber auch? Da ist für mich relativ klar, der öffentliche Dienst im engeren Sinne und auch im weiteren Sinne – also auch tarifungebundene Körperschaften des öffentlichen Rechts zum Beispiel – kann ebenfalls arbeitsmarkt- und beschäftigungspolitische Ziele verfolgen. Beim tarifungebundenen privaten Arbeitgeber ist dies nicht ganz so einfach; er verfolgt in erster Linie seine eigenen Unternehmensinteressen. Gibt es für ihn auch eine Rechtfertigung nach dem AGG oder nicht? Ich sehe das so – und da bin ich im Ergebnis auch wieder bei Ihnen –, dass die von einem privaten Arbeitgeber arbeitsvertraglich vereinbarten allgemeinen Altersgrenzen auch halten müssen – und dann ebenfalls die Ablehnung einer Anschlussbeschäftigung zulassen. Aber ich wäre im Augenblick noch vorsichtig, ob derselbe Maßstab für einzelvertraglich vereinbarte Altersgrenzen gilt, weil der EuGH nur über die tariflichen Altersgrenzen entschieden hat.

Dann habe ich noch einen Punkt: Ich teile nicht Ihre Auffassung, dass man so enge Rechtsmissbrauchsgrenzen einführen muss. Die Frage ist: Wo stehen wir denn jetzt? Wie Sie gesagt haben, wenn wir eine unbefristete Anschlussbeschäftigung haben, hätten wir einen Kündigungsausschluss im öffentlichen Dienst und ansonsten nur noch die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung. Damit läge das Risiko der Rentnerbeschäftigung ausschließlich beim Arbeitgeber, dies um so mehr als wir nicht wissen, wann der Rentner einen Leistungsabfall haben wird. Wir gehen einmal von einem wesentlichen Leistungsabfall aus. Wenn man jetzt eine Befristung für einen Monat oder zwei oder drei Monate für rechtsmissbräuchlich hält, würden die Nachteile und die Risiken im Rahmen der Interessenabwägung ausschließlich zulasten des Arbeitgebers verschoben. Ich sehe auf den ersten Blick noch keinen Rechtsmissbrauch, wenn ich eine Rentnerbeschäftigung auf Basis einer Ein-Monats-, Zwei-Monats- oder Drei-Monatsbefristung eingehen würde und diese auch mehrfach, weil ich davon ausgehe, dass der Rentner durch seinen Rentenbezug kompensiert wird und er nur etwas Zusätzliches gewinnt, nämlich eine Verlängerung seiner Beschäftigungsdauer.

Es gab noch eine Frage, ob die zulässige Zurückweisung der Anschlussbeschäftigung anders zu entscheiden ist, wenn der Rentner zu einem anderen Arbeitgeber geht. Das sehe ich nicht so. Ich glaube, dass es falsch ist, die Unterscheidung an denselben oder einen anderen Arbeitgeber zu knüpfen. Man muss unterscheiden – ich glaube, Herr *Junker* oder Herr *Rieble* hatten es bereits gesagt –, ob bei dem jeweiligen Arbeitgeber allgemeine Altersgrenzen Anwendung finden oder nicht. Gelten allgemeine Altersgrenzen im Unternehmen, dann kann sich der Arbeitgeber jederzeit auch auf die Ablehnung der Anschlussbeschäftigung eines Rentners berufen; hat er keine im Unternehmen, kann er es natürlich nicht. Das würde dann im Übrigen auch für Ihren Sachgrund gelten. Wenn ein Arbeitgeber keine Altersgrenze im Unternehmen hat, wird er natürlich auch nicht aus Sachgrund befristet können.

Markus Stoffels:

Ich habe drei Punkte bei Ihnen ausgemacht. Letzter Punkt: da sind wir uns völlig einig, würde ich Ihnen auch Recht geben, da liegen wir beieinander. Rechtsmissbrauch: Da möchte ich auf die Befristungsrichtlinie hinweisen, die dürfen wir bei alledem nicht aus dem Blick verlieren, das ist eine Gefahr, dass wir dort zu großzügig sind, und mit der Befristungsrichtlinie in Konflikt geraten, wobei man allerdings sagen muss, die letzte Entscheidung, die ergangen ist, klang so, dass der EuGH gegen mehrere sachlich begründete Befristungen keine Einwände hat, die Befristungsrichtlinie dem nicht entgegensteht. Trotzdem: Wir sind in diesem Gefahrenbereich der Befristungsrichtlinie. Ihr erster Punkt: Meine Argumentation baut im Grunde schon darauf auf, dass arbeitsvertragliche Altersgrenzen halten. Wenn das kippt, ist auch meine Argumentation gefährdet. Im Übrigen muss man verschiedene Fälle durchdeklinieren. Es wäre auch denkbar, ein Firmentarifvertrag enthält eine Altersgrenze. Das wäre direkt auf den Betrieb, auf das Unternehmen bezogen, allerdings ist es ein Tarifvertrag. Dann ist alles klar. Der andere Fall: Im Arbeitsvertrag wird auf den Tarifvertrag verwiesen, der die Altersgrenze enthält, und dann die reine arbeitsvertragliche Altersgrenze. Das ganze Spektrum müsste man dann noch bedenken.

Dr. Rainer Sieg, Siemens AG, Erlangen:

Herr Stoffels, Sie haben es zwar am Anfang ausgeschlossen, weil Sie sagten, es sei ein eigenes Referat, aber Ihre persönliche Meinung würde mich interessieren. Wenn Sie einem 27-Jährigen beim Einstellungsgespräch einen Vertrag vorlegen: „Dein Arbeitsverhältnis endet exakt in vier Jahrzehnten“, ob diese Vereinbarung hält oder ob man nicht vielleicht auch

überlegen sollte, fünf Jahre, bevor es so weit ist, noch einmal eine Bestätigung. Sie haben es zwar ausgeschlossen, aber vielleicht haben Sie eine Meinung.

Eine zweite Frage: Was halten Sie von dem Schweizer Ansatz, dass man sagt, um die panische Angst von Arbeitgebern zu nehmen, die wir nicht mehr loswerden – Herr *Rieble* hat es schon gesagt, Kündigungsschutz gilt und die Abfindung ist höher –, wir denken jetzt darüber nach, dass man dann eine Beweislastumkehr macht. Um die Weiterbeschäftigung zu erleichtern, muss der Arbeitnehmer ab 65 plus beweisen, wenn Zweifel auftauchen beim Arbeitgeber, dass er noch voll arbeitsfähig ist.

Bernd Roock, CMS Hasche Sigle, Hamburg:

Zwei Punkte: Der erste Punkt, wenn Sie sagen, der Rentnerstatus taugt als Befristungsgrund generell, müssen Sie dann nicht konsequenterweise noch einen Schritt weiterspringen? Warum haben wir die ganze Befristungsproblematik? Eigentlich steht im BGB drin: Vertragsverhältnisse können befristet werden. Erst später hat man die Befristung eingeschränkt, um nicht den Kündigungsschutz zu untergraben. Wenn der Rentnerstatus *per se* Befristungen rechtfertigen soll, ist es dann nicht konsequent zu sagen: „Ich muss den Kündigungsschutz reduzieren, in dem Moment, in dem der Rentnerstatus erreicht ist?“ Muss das nicht auch ein personenbedingter Kündigungsgrund sein? Dann ist das gegebenenfalls auch europarechtlich leichter zu argumentieren, weil ich keine europäische Richtlinie kenne, die uns dazu zwingt, das deutsche Kündigungsschutzrecht auf europarechtlicher Ebene einzuhalten. Das wäre Punkt 1.

Punkt 2: Wenn Sie sagen, die Wiedereinstellung des wegen Altersbefristung Ausgeschiedenen kann unter Hinweis auf die Altersgrenze gegebenenfalls sachgerecht verweigert werden, Sie sagen bewusst: „kann“, dann frage ich: „wann?“ Würde das nicht zumindest erfordern, dass der Arbeitgeber diese Altersgrenze generell einhält? Es gibt Arbeitgeber, die unter dem Gesichtspunkt „Demografieproblem“ daran interessiert sind, leistungsstarke qualifizierte Arbeitnehmer über die Altersgrenze zu behalten. Wenn sie aber den Arbeitnehmern, die sie halten wollen, Angebote machen, können sie dann in Bezug auf andere Arbeitnehmer immer noch behaupten: „Es gibt eine Altersgrenze und deswegen ist die Wiedereinstellung schon aus diesem Grund für dich ausgeschlossen.“

Markus Stoffels:

Meine persönliche Einschätzung zu Altersgrenzen: Ich habe das Gefühl – das muss man fast sagen, wenn man die Entscheidungen des EuGH zur

Altersgrenze sich insgesamt anschaut –, dass der EuGH wohl reguläre Altersgrenzen – unsere 65 + X-Altersgrenze – für vereinbar hält mit dem Verbot der Altersdiskriminierung, er allerdings besonders kritisch auf vorgezogene Altersgrenzen wie bei den Piloten schaut. Dort scheint mir ein ganz anderer Maßstab angelegt zu werden, das ist sehr viel strenger. Ich würde sagen, die Tendenz geht dahin, reguläre Altersgrenzen werden vom EuGH akzeptiert, und ich meine, das müsste sich auch fortsetzen hin zu den arbeitsvertraglich vereinbarten Altersgrenzen. Aber das ist nur meine Einschätzung, meine Lesart. Die Schweizer Lösung: Ob sie mir so sympathisch ist, dass die Frage provoziert wird, wie ist der Arbeitnehmer noch leistungsfähig – ich weiß nicht genau, wie es gelebt wird, dass darüber gestritten wird –, das, finde ich, ist weniger erquicklich für alle Beteiligten. Wenn die Beweislast sich ändert, kommt der Arbeitnehmer in Not. Sind das nicht vielleicht Situationen, die eher den Arbeitnehmer in eine ihm unzumutbare Situation bringen? Auf Anhieb bin ich davon nicht so ganz überzeugt, ob das tatsächlich die Flexibilität ist, die wir uns wünschen. Das müsste man sich genauer ansehen, da kenne ich mich nicht so aus.

Dass man insgesamt auch beim Kündigungsschutz ansetzen kann, ist richtig. Der Kündigungsschutz, habe ich immer das Gefühl, hat noch eine ganz andere Sprengkraft. Wenn man dort drangeht als feine Veränderungen im Befristungsrecht, das ist vielleicht doch ein rotes Tuch. Jedenfalls rechtspolitisch scheint es mir dann noch schwerer zu sein.

Rentnerstatus als personenbedingter Kündigungsgrund: Sie hatten auch gefragt nach der Ablehnung bei der Einstellung. Dort würde ich zumindest schon sagen: kann gerechtfertigt sein, das muss man sich genauer anschauen. Auf einige Aspekte hatten Sie schon hingewiesen. Gibt es dort auch eine Altersgrenze? Und eine gewisse Folgerichtigkeit im Verhalten des Arbeitgebers könnte man auch zum Maßstab machen. Das hatten Sie ja angesprochen. Das war in einigen Entscheidungen zur Altersdiskriminierung auch ein Punkt, auf den der EuGH abgehoben hat. Ist das Ganze folgerichtig? Und vielleicht: Ist auch das Verhalten des ablehnenden Arbeitgebers folgerichtig?

Peter Mayer, Präsident des LAG München a.D., Kolbermoor:

Als simpler Praktiker sehe ich ins Gesetz und stelle fest, dass § 14 Abs. 1 TzBfG zwar zwingend ist, aber nicht abschließend. Dort heißt es „insbesondere“ und niemand hindert das BAG daran, die Möglichkeit des Bezugs einer vollen Rente, einer abschlagsfreien Rente, als eigenen sachlichen Grund anzuerkennen. Das muss man nicht mit Gewalt unter „personenbedingt“ verstehen. Dass bisher keine Entscheidungen dazu vorliegen, liegt schlicht an § 14 Abs. 3 TzBfG. Die Fälle, wo jemand befristet wird, der eine

volle Rente beziehen kann, fallen völlig problemlos im Zweifel unter § 14 Abs. 3 TzBfG. Ob die jetzige Fassung wirklich europarechtswidrig ist, müssen wir erst einmal abwarten.

Das zweite: Ich halte es für absolut kontraproduktiv zu verlangen, dass, wenn man befristet, zwei oder drei Jahre befristet wird. Ich würde vorschlagen, damit nicht das Recht der fristlosen Kündigung umgangen wird, dass man die Befristungen nach unten limitiert auf die Dauer der vom Arbeitgeber einzuhaltenden ordentlichen Kündigungsfrist.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Eigentlich wurde schon fast alles gesagt, was ich sagen wollte, aber ich möchte es noch einmal zuspitzen: Wenn es richtig ist, dass Befristungsrecht nichts anderes ist als antizipierter Kündigungsschutz, kommt man gar nicht umhin zu sagen, dass, wenn der Rentnerstatus als solcher ein Befristungsgrund ist, er dann auch gleichzeitig ein personenbedingter Kündigungsgrund sein muss. Und das passt wiederum zu *Richard Giesen*: Ein solcher Ansatz ist im Grunde eine Frage der Beschäftigungsförderung, so komisch das klingt, weil es die Beschäftigungsmöglichkeiten älterer Arbeitnehmer stark verbessert und uns außerdem erspart, den älteren Arbeitnehmer mit seinem Nachlassen konfrontieren zu müssen, wenn bereits der reine Rentnerstatus als Anknüpfungspunkt genügt. Ich glaube, es gibt gute Gründe, ein eigenes Arbeitsrecht für den Rentner zu schaffen, in dem man sich von den alten Zöpfen für den „Noch-nicht-Rentner“ löst. Das gilt auch für all die anderen Punkte, die Du genannt hast, für die Unkündbarkeit, für die Sozialauswahl usw. Ich glaube, dass dort für Rentner ganz andere Maßstäbe gelten können, und das durchaus richtlinienkonform, im Hinblick auf Beschäftigungsförderung.

Markus Stoffels:

Die abschließende Beantwortung der Fragen: Mit Herrn *Mayer* würde ich mich nicht streiten, ob es unter Nr. 6 fällt. Da habe ich immerhin gewisse Anknüpfungspunkte gefunden, dass in der Person des Arbeitnehmers der Grund liegen könnte. Aber Ihr Hinweis, dass dieser Katalog nicht abschließend ist, unterstützt im Grunde auch meine Argumentation, dass man darüber nachdenken sollte, den Rentnerstatus als Sachgrund anzuerkennen. Ihre Idee, die ordentliche Kündigungsfrist als Mindestdauer – so habe ich Sie verstanden – der Befristung zu etablieren, darüber kann man nachdenken. Es ist natürlich ein bisschen zufällig, was dabei herauskommen wird. Sie haben einmal die Arbeitnehmer, die den Status der Unkündbarkeit haben. Bei der Fortführung des Arbeitsverhältnisses bei dem-

selben Arbeitgeber gelten sehr viel längere Kündigungsfristen als wenn dieser Arbeitnehmer bei einem anderen Arbeitgeber neu beginnt und die Kündigungsfristen wieder neu anlaufen. Da sehe ich zumindest ein gewisses Ungleichgewicht, das man noch glätten müsste. Darüber könnte man aber nachdenken.

Und die Grundfrage oder die Grundkritik hat *Hans Hanau* auch noch einmal aufgeworfen: Ich hatte gedacht, ich gehe ziemlich weit mit diesem Vortrag und ernte Einiges an Widerspruch, dass mir vorgehalten wird, ich ginge viel zu weit. Jetzt merke ich, mir wird sogar vorgehalten, ich ginge immer noch nicht weit genug. Ich müsste über das Befristungsrecht hinaus auch den Kündigungsschutz in diesem Sinne interpretieren. Vielleicht muss ich noch einmal nachdenken, ob das noch weiterreichende Folgen haben müsste. Ich war bislang aber immer davon ausgegangen, dass bei Befristung immerhin der Arbeitnehmer an diesem Vorgang noch beteiligt ist. Er schließt diesen befristeten Arbeitsvertrag, es ist seine Willenserklärung, die diese Folge herbeiführt. Eine pauschale Abwertung der Rechtsposition von Arbeitnehmern, die die Regelaltersgrenze im Kündigungsrecht überschritten haben, hat, finde ich, noch eine etwas andere Qualität. Das ist näher an der Altersdiskriminierung als mein befristungsrechtlicher Vorschlag.

Matthias Jacobs:

Vielen Dank, jetzt haben wir uns die Mittagspause verdient. Wir treffen uns um 13.30 Uhr wieder hier oben. Danke schön noch einmal an Herrn *Stoffels*.

Tarifvertraglicher Altersschutz – diskriminierend?

Katharina Dahm

Seite

I. Anwendbarkeit des AGG	89
II. (Un-) mittelbare Benachteiligung	90
III. Tariflicher Kündigungsschutz für Ältere.....	91
1. Unkündbarkeit: Keine Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung	92
a) Objektiv höheres Arbeitslosigkeitsrisiko Älterer	93
aa) Kein genereller Zusammenhang zwischen Lebensalter und Arbeitslosigkeitsrisiko	94
bb) Branchen- oder tätigkeitsbezogenes Arbeitslosigkeitsrisiko	98
b) Kein zulässiges Mittel nach §§ 10, 5 AGG.....	98
aa) Ungeeignet: Kein sicherer Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen.....	98
bb) Ungeeignet: Faktische Diskriminierung Älterer	99
cc) Fehlende Erforderlichkeit durch mildere Mittel	100
2. Unkündbarkeit: Tatbestandlicher Ausschluss der mittelbaren Diskriminierung nach § 3 Abs. 2 AGG?	101
a) Honorierung der Betriebstreue.....	102
b) Honorierung der Berufserfahrung.....	102
3. Zwischenfazit	103
IV. Tariflich verkürzte Arbeitszeit: Mehrurlaub/Altersfreizeit	103
1. Keine Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung	105
a) Legitimes Ziel des Gesundheitsschutzes.....	105
b) Objektiv mit dem Lebensalter steigender Erholungsbedarf.....	106
aa) Kein genereller Zusammenhang zwischen Erholungsbedarf und Alter	106
bb) Tätigkeitsbezogener Zusammenhang.....	108
c) Kein zulässiges Mittel: weder erforderlich noch geeignet.....	109
2. Tatbestandlicher Ausschluss der mittelbaren Diskriminierung?.....	109

V. Tarifliche Verdienstsicherung	110
1. Keine Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung	111
2. Tatbestandlicher Ausschluss der mittelbaren Diskriminierung.....	113
VI. Gemeinschaftsgrundrecht der Tarifautonomie nach Art. 28 GRCh	113
VII. Konsequenzen der Diskriminierungen nach § 7 Abs. 2 AGG	114
1. Anpassung nach oben.....	114
2. Anpassungskosten: Beteiligung der Gewerkschaften?.....	118
VIII. Ergebnisse	118

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]* (München 2013), S. 87-119

Altersschützend sind Tarifregelungen, die Arbeitnehmer vor Konsequenzen aus altersbedingten Nachteilen schützen oder bezwecken, dass diese Nachteile erst gar nicht eintreten: Verdienstsicherungen für Ältere schützen vor einem geringeren Entgelt, der Bestandsschutz vor Kündigungen und verkürzte Arbeitszeiten sollen einer altersbedingten Leistungsabnahme vorbeugen. Es ist zu untersuchen, ob diese Schutzmaßnahmen ungerechtfertigt benachteiligen – entgegen §§ 1, 3 AGG, Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG sowie dem gemeinschaftsrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung¹, das seit Dezember 2009 auch über Art. 21 Abs. 1 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 AEUV) gilt².

I. Anwendbarkeit des AGG

Das AGG ist auf (ältere) Kollektivverträge anwendbar: Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG gilt das Diskriminierungsverbot des § 1 AGG für tarifliche Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, inklusive Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen³. Irrelevant ist, wann der Tarifvertrag vereinbart wurde. Lediglich die Benachteiligungshandlung muss nach dem Inkrafttreten des AGG am 18.8. 2006 stattgefunden haben⁴.

Entgegen § 2 Abs. 4 AGG gilt das AGG auch für Kündigungen⁵. § 10 Satz 3 Nr. 6 und 7 AGG a.F. befassten sich mit zulässigen, kündigungsschutz-

1 EuGH 22.11. 2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 (Mangold); EuGH 19.1. 2010 – C-555/07, Slg. 2010, I-365 = EuZA 3 (2010), 541 mit Anmerkung *Waltermann* (Küçükdeveci).

2 EuGH 19.1. 2010 – C-555/07 (Fn. 1), Rn. 22 (Küçükdeveci); *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 369 ff.; auch *Basedow*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230, 247 f. Die Grundrechtecharta ist nicht Teil des Lissabonner Vertrags, bindet jedoch alle Staaten – ausgenommen das Vereinigte Königreich und Polen. Zu den Auswirkungen der Grundrechtecharta auf das deutsche Arbeitsrecht vgl. nur *Willemsen/Sagan*, Die Auswirkungen der europäischen Grundrechtecharta auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, 258 f.

3 *Wulfers/Hecht*, Altersdiskriminierung durch Tarifbestimmungen – Eine Analyse des TVöD und TV-L, ZTR 2007, 475, 479; *Bauer/Göpfert/Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 26.

4 BAG 13.10. 2009 – 9 AZR 722/08, BAGE 132, 210 Rn. 44 mit weiteren Nachweisen; BAG 16.12. 2008 – 9 AZR 985/07, BAGE 129, 72 Rn. 33; *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 476 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 12; *Lingemann/Gotham*, AGG - Benachteiligungen wegen des Alters in kollektivrechtlichen Regelungen, NZA 2007, 663; *Löwisch*, Kollektivverträge und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, DB 2006, 1729, 1731.

5 BAG 6.11. 2008 – 2 AZR 523/07, NZA 2009, 361, 367 Rn. 28 ff.; *Sagan*, Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbe-

rechtlichen Vorgaben, standen damit im eklatanten Widerspruch zu § 2 Abs. 4 AGG und wurden als „Bereinigung von Redaktionsversehen“ gestrichen⁶. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG (sowie § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG) wurde bewusst beibehalten⁷. Wollte man § 2 Abs. 4 AGG im Sinne eines gänzlichen Anwendungsausschlusses verstehen, träfe das Gesetz in § 2 AGG zwei gegensätzliche Anwendungsbefehle⁸. Die Richtlinie 2000/78/EG (etwa Art. 3 Abs. 1 lit. c) bezieht sich ausdrücklich auf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen⁹, so dass ein Gesetz zur Umsetzung dieser Richtlinie nicht die Anwendung der Diskriminierungsverbote auf Kündigungen verbieten kann¹⁰. § 2 Abs. 4 AGG stellt nur klar, dass das AGG kein „zweites Kündigungsrecht“ (§ 134 BGB in Verbindung mit dem AGG) ist¹¹, sondern die bisherigen, im nationalen Kündigungsrecht vorgesehenen Rechtsfolgen ausreichen¹² und Diskriminierungsverbote weitergelten, die nicht § 1 AGG unterfallen (Betriebsräte, Wehrpflichtige etc.)¹³.

II. (Un-) mittelbare Benachteiligung

Knüpft der tarifliche Altersschutz an das Lebensalter an, werden Jüngere unmittelbar benachteiligt. Im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG erfahren diese

handlungsgesetz, NZA 2006, 1257; *Bauer/Preis/Schunder*, „Errata“ des Gesetzgebers – Erste Korrektur des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NZA 2006, 1261; *Bayreuther*, Kündigungsschutz im Spannungsfeld zwischen Gleichbehandlungsgesetz und europäischem Antidiskriminierungsrecht, DB 2006, 1842, 1843; *Diller/Krieger/Arnold*, Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt?, NZA 2006, 887; *Wisskirchen*, Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber, DB 2006, 1491, 1495. Unabhängig von § 2 Abs. 4 AGG ist die tarifliche Unkündbarkeit ohnehin an der Richtlinie 2000/78/EG zu messen (*Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB [MünchKommBGB], Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 10 AGG Rn. 44).

6 BT-Drucks. 16/3007, S. 20.

7 Zu § 10 Satz 3 Nr. 6 und 7 vgl. BT-Drucks. 16/3007, S. 20.

8 BAG 6.11. 2008 – 2 AZR 523/07 (Fn. 5), Rn. 36.

9 EuGH 11.7. 2006 – C-13/05, Slg. 2006, I-6467 Rn. 36 f. (*Chacon Navas*); *Reichhold/Heinrich*, Zur Kündigung eines Arbeitsvertrages wegen Krankheit und deren mögliche Wertung als Diskriminierung wegen Behinderung, JZ 2007, 196, 197; *Löwisch*, BB-Forum: Änderung des AGG, BB 2006, 2582.

10 BAG 6.11. 2008 – 2 AZR 523/07 (Fn. 5), Rn. 37; *Freckmann*, Betriebsbedingte Kündigungen und AGG – was ist noch möglich?, BB 2007, 1049.

11 BAG 6.11. 2008 – 2 AZR 523/07 (Fn. 5), Rn. 37; LAG Düsseldorf 16.4. 2008 – 2 Sa 1/08, ZIP 2009, 190 Rn. 62; *Bauer/Göppfert/Krieger* (Fn. 3), § 2 Rn. 59; *Bayreuther*, DB 2006, 1842 f.

12 Vgl. dazu BT-Drucks. 16/2022, S. 12; *Freckmann*, BB 2007, 1049, 1050.

13 BAG 6.11. 2008 – 2 AZR 523/07 (Fn. 5), Rn. 39.

aufgrund des in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmals „Alter“ eine ungünstigere Behandlung. Jüngere sind in vergleichbaren Situationen nicht unkündbar¹⁴, erfahren bei einer gesundheitlich bedingten Leistungsabnahme keine Verdienstsicherung etc. Zwar ist das Alter ein „sich in der Zeit linear fortentwickelnder Umstand“¹⁵, es ist jedoch unsicher, ob jeder Berufstätige alle Lebensstufen durchlaufen und alle Altersprivilegien erreichen wird¹⁶.

Ferner diskriminiert die Koppelung des tariflichen Altersschutzes an die Betriebszugehörigkeit Jüngere mittelbar im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG: eine längere Betriebszugehörigkeit korreliert mit einem höheren Lebensalter¹⁷.

III. Tariflicher Kündigungsschutz für Ältere

Sowohl die tarifliche Bewertung der Sozialkriterien im Verhältnis untereinander (§ 1 Abs. 4 KSchG) als auch die tarifliche Verlängerung von Kündigungsfristen (§ 622 Abs. 4 BGB) werden zum Schutz Älterer genutzt¹⁸. Allerdings erfolgt dies schon mittels der gesetzlich vorgeschriebenen So-

14 *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663; *Adomeit/Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2. Aufl. 2011, § 10 AGG Rn. 95.

15 *Waltermann*, Verbot der Altersdiskriminierung – Richtlinie und Umsetzung, NZA 2005, 1265, 1269; *ders.*, Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich?, NJW 2008, 2529, 2534.

16 LAG Hessen 22.4. 2009 – 2 Sa 1689/08, NZA 2009, 799, 802 (unter Gründe II 2.2.); *Jacobs*, Begegnungen im Recht, 2011, S. 259, 262; *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 56; anderer Ansicht *Waltermann*, NZA 2005, 1265, 1269 eine „punktuelle“ Betrachtung des Lebensalters ablehnend; ebenso *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG, 2008, § 10 Rn. 13.

17 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 18; *Thüsing*, in: MünchKommBGB (Fn. 5), § 3 AGG Rn. 24, 45 f.; *Schmidt/Senne*, Das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und seine Bedeutung für das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2002, 80, 83; *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, S. 203; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664; *Meinel/Heyn/Herms*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 5; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 7 Rn. 17 und konkret zur Unkündbarkeit § 10 Rn. 95; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 25; *Temming* (Fn. 2), S. 121, 517.

18 Zum Beispiel Feinkeramische Industrie Ost/West: Sieben Monate Kündigungsfrist zum Monatsende für Arbeitnehmer nach vollendetem 55. Lebensjahr und zwölf Jahren Betriebszugehörigkeit (Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2012 des WSI-Tarifarchivs, abzurufen unter http://www.boeckler.de/pdf/p_ta_tarifaschenbuch_2012.pdf [6.2. 2013]).

zialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG¹⁹ und der verlängerten Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 BGB²⁰. Ein besonderer, ausschließlich tariflicher Altersschutz ist die ordentliche Unkündbarkeit ab einem bestimmten Lebensalter (meist ab dem vollendeten 50. oder 55. Lebensjahr) und einer bestimmten Betriebszugehörigkeitsdauer (meist zwischen zehn und 20 Jahren). Etwa²¹:

- Manteltarifvertrag Metall Bayern: Ab 55 Lebensjahren und zehn Betriebsjahren/50 Lebensjahren und 15 Betriebsjahren nur noch Kündigung aus wichtigem Grund.
- § 34 Abs. 2 TVÖD/TV-L: ab 40 Lebensjahren und 15 Betriebsjahren nur noch Kündigung aus wichtigem Grund.

Teils ist die Unkündbarkeit modifiziert. Sie greift zum Beispiel nur in Betrieben mit in der Regel mehr als 15 wahlberechtigten Arbeitnehmern (*Abfallwirtschaft West/Ost; Fleischerhandwerk Pfalz: mehr als 20 Beschäftigte, ebenso Kfz-Gewerbe NRW*), ist bei Vorliegen eines Sozialplans (*Feinkeramische Industrie*) oder bei (Änderungs-) Kündigungen als Folge weggefallener, wesentlicher Unternehmensaufgaben ausgeschlossen (*Wohnungswirtschaft*).

1. Unkündbarkeit: Keine Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung

Die tarifliche Unkündbarkeit fällt als konkretisierendes Regelbeispiel unter § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG²². Sie muss objektiv und angemessen sein, sowie das gemäß § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG legitime Ziel des Schutzes Älterer²³

19 Zum dreifachen Schutz Älterer durch die zu berücksichtigenden Kriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Schwerbehinderung *Kaiser*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.), *Fachanwaltshandbuch Arbeitsrecht*, 4. Aufl. 2011, § 1 KSchG Rn. 200.

20 *Müller-Glöge*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)*, 12. Aufl. 2012, § 622 BGB Rn. 2.

21 Sämtliche Tarifbeispiele sind dem Statistischen Taschenbuch Tarifpolitik 2012 des WSI-Tarifarchivs entnommen (s. Fn. 18).

22 *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 95; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 31.

23 *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 8, 16 und 24.

mit angemessenen und erforderlichen Mitteln erreichen²⁴; es ist auf § 10 Sätze 1 und 2 AGG zurückzugreifen²⁵.

Daneben kommt § 5 AGG als Rechtfertigungsgrund in Betracht. Den Älteren muss ohne tarifliche Unkündbarkeit ein Nachteil drohen und die Maßnahme bezogen auf den Zweck der Verhinderung dieses Nachteils geeignet und angemessen sein²⁶.

a) Objektiv höheres Arbeitslosigkeitsrisiko Älterer

Sowohl § 5 AGG als auch § 10 Satz 1 AGG setzen Objektivität voraus²⁷, das heißt, das Schutzinteresse Älterer muss auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruhen und die Ungleichbehandlung nicht nur aufgrund von pauschalen Vermutungen, Behauptungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen werden²⁸. Die unterschiedliche Behandlung muss „durch objektive Faktoren gerechtfertigt“ sein²⁹, notfalls durch einen Sachverständigen nachgewiesen werden³⁰. Zwar räumt das Europarecht den Tarifvertragsparteien ebenso wie den Mitgliedstaaten³¹ einen weiten Ermessensspielraum dahingehend ein, welches Ziel sie mit der Un-

-
- 24 EuGH 19.1.2010 – C-555/07 (Fn. 1), Rn. 37 (Küçükdeveci); *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 47; *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 20), § 10 AGG Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.
- 25 *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 20), § 10 AGG Rn. 5; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 25.
- 26 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 5 Rn. 12; *Thüsing*, in: MünchKommBGB (Fn. 5), § 10 AGG Rn. 43; *Körner*, Diskriminierung von älteren Arbeitnehmern – Abhilfe durch das AGG?, NZA 2008, 497, 510; *M. Schmidt*, in: Schiek (Hrsg.), AGG – Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 10 Rn. 43; *Rolfs*, Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit älteren Arbeitnehmern, NZA-Beilage 2008, S. 8, 15; *Wisskirchen*, DB 2006, 1491, 1495 f.
- 27 Vgl. *Körner*, NZA 2008, 497, 501; zu § 10 AGG: *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 9; *Voigt*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, 3. Aufl. 2010, § 10 Rn. 17; *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 17), § 10 Rn. 17; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 21.
- 28 BAG 22.1.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 Rn. 55; BAG 13.10.2009 – 9 AZR 722/08 (Fn. 4), Rn. 64; BAG 26.5.2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849 Rn. 35; *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 17), § 10 Rn. 17.
- 29 EuGH 20.3.2003 – C-187/00, Slg. 2003, I-2741 Rn. 62 (Kutz-Bauer); EuGH 12.1.2010, C-229/08, Slg. 2010, I-1 = EuZA 3 (2010), 371 mit Anmerkung *Mohr* Rn. 41 (Wolf) zur Altersgrenze für den Berufszugang von Feuerwehrleuten; *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 17), § 10 Rn. 32, 80; *Voigt*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 17.
- 30 BAG 13.10.2009 – 9 AZR 722/08 (Fn. 4), Rn. 63 ff.
- 31 EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und andere, AP Nr. 2 zu RL 2000/78/EG = EuZA 5 (2012), 225 mit Anmerkung *Forst* (Hennigs und Mai); *Berg/Natzel*, Das Alter im Visier des Arbeitsrechts, ZfA 2012, 65, 73.

gleichbehandlung wegen des Alters verfolgen und welche Maßnahmen sie ergreifen, um dieses Ziel zu erreichen³². Dies darf aber nicht zu einer Aushöhung des Verbots der Altersdiskriminierung führen³³. Dass der EuGH die Wiedereingliederung Älterer in den Arbeitsmarkt allgemein als legitimes Ziel akzeptiert³⁴, bedeutet keinen Freibrief. Er hat damit im Sinne des Subsidiaritätsprinzips lediglich seinen eigenen Einfluss zurückgenommen und die Kontrolle den nationalen Gerichten zugewiesen³⁵, damit die Mitgliedstaaten und die Tarifvertragsparteien der konkreten Arbeitsmarktlage Rechnung tragen und ihre Maßnahmen anpassen können³⁶.

aa) Kein genereller Zusammenhang zwischen Lebensalter und Arbeitslosigkeitsrisiko

Nur wenn es ein unstrittiger Erfahrungswert oder gar eine Tatsache wäre, dass mit steigendem Lebensalter die Vermittlungschancen sinken, wäre die Benachteiligung Jüngerer gerechtfertigt. Das BAG behauptet dies ungebrochen und rechtfertigt hiermit vor allem die dreifache³⁷ Bevorzugung

32 EuGH 22.11. 2005 – C-144/04 (Fn. 1), Rn. 63 (Mangold); EuGH 16.10. 2007 – C-411/05, Slg 2007, I-8531 = EuZA 1 (2008), 251 mit Anmerkung *Kamanabrou* Rn. 68 (Palacios de la Villa); EuGH 5.3. 2009 – C-388/07, Slg. 2009, I-1569 = EuZA 2 (2009), 355 mit Anmerkung *Sprenger* Rn. 41, 51 (Age Concern England).

33 EuGH 5.3. 2009 – C-388/07 (Fn. 32), Rn. 51 (Age Concern England); LAG Düsseldorf 18.1. 2011 – 8 Sa 1274/10, ZTR 2011, 496 Rn. 38; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 7 Rn. 39.

34 EuGH 22.11. 2005 – C-144/04 (Fn. 1), Rn. 59-61 (Mangold); EuGH 16.10. 2007 – C-411/05 (Fn. 32), Rn. 72 (Palacios de la Villa).

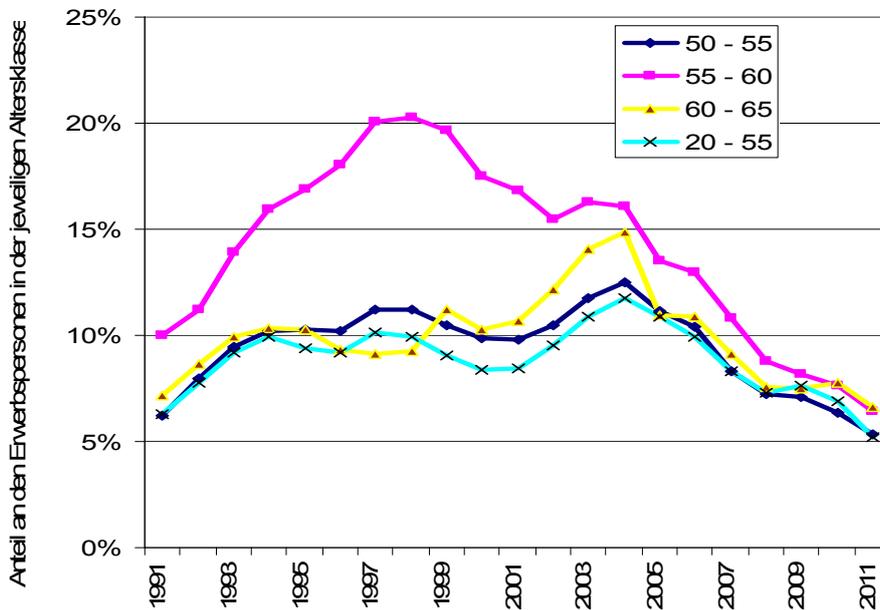
35 EuGH 5.3. 2009 – C-388/07 (Fn. 32), Rn. 47 (Age Concern England); deutlich EuGH 12.1. 2010 – C-341/08, Slg. 2010, I-47 = EuZA 3 (2010), 371 mit Anmerkung *Mohr* Rn. 71 ff. (Petersen); BAG 26.5. 2009 – 1 AZR 198/08 (Fn. 28), Rn. 39; *Preis*, *Alternde Arbeitswelt*, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Gutachten B, 2008, S. B 47 f.

36 Vgl. EuGH 16.10. 2007 – C-411/05 (Fn. 32), Rn. 69 f. (Palacios de la Villa).

37 *Kaiser*, in: *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch* (Fn. 19), § 1 KSchG Rn. 200.

Ältere in der Sozialauswahl³⁸. Die Arbeitsmarktdaten der letzten Jahre tragen dieses Ergebnis jedoch nicht mehr³⁹.

Altersspezifische Erwerbslosenquoten



Quelle: Dr. Martin Gasche, Max Planck institute for social law and social policy, Munich Center for the Economics of Aging (MEA); vgl. diesen Tagungsband, S. 15 ff.

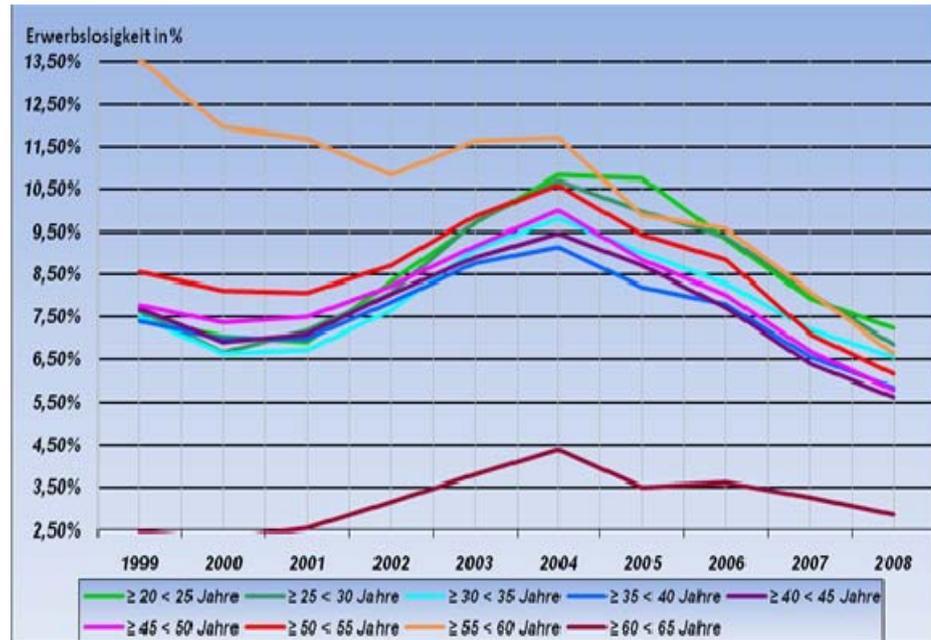
Ältere sind nicht signifikant stärker von Erwerbslosigkeit bedroht als die Gruppe der 20- bis 55-Jährigen. Zwar gab es in der Vergangenheit in der Gruppe der 55- bis 60-Jährigen mit Abstand die meisten Erwerbslosen,

38 BAG 6.11. 2008 – 2 AZR 523/07 (Fn. 5), Rn. 46; schon BAG 19.6. 2007 – 2 AZR 304/06, NZA 2008, 103 Rn. 45; BAG 6.9. 2007 – 2 AZR 387/06, NZA 2008, 405 Rn. 19. Für Sozialplanabfindungen BAG 26.5. 2009 – 1 AZR 198/08 (Fn. 28), Rn. 43. Für einen generellen, signifikanten Zusammenhang *Preis* (Fn. 35), S. B 13: „Gemeingut“ und S. B 63: „offensichtlich“; *Bauer/Krieger*, Neue Spielregeln für Punkteschemata bei betriebsbedingten Kündigungen?, Festschrift Richardi, 2007, S. 177, 181: „empirische Erkenntnis“; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 45g; *Mohr*, Die Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG zwischen Kündigungs- und Diskriminierungsschutz, ZfA 2007, 361, 379: „evident“.

39 Zweifelnd auch *Waltermann*, NJW 2008, 2529, 2530.

die Anzahl dieser sinkt aber seit 1997 beständig: Im Vergleich zu 1991 ist die Erwerbsquote 2010 bei den 55- bis 59-Jährigen um 18 % gestiegen, in der Altersklasse der 60- bis 64-Jährigen hat sie sich von 20,8 % auf 44,2 % mehr als verdoppelt⁴⁰. Die Beschäftigung älterer Menschen hat sich damit deutlich günstiger entwickelt als die Beschäftigung insgesamt⁴¹: Eine höhere Erwerbstätigenquote Älterer gibt es EU-weit nur noch in Schweden!⁴²

Untergliedert man die Gruppe der 20- bis 55-Jährigen weiter, wird noch deutlicher, dass sich die Prozentsätze der Erwerbslosen in den verschiedenen Altersgruppen stark einander annähern⁴³:



Die aktuellsten Erwerbslosenquoten aus 2011 bestätigen dieses Ergebnis:

- 40 Garloff/Pohl/Schanne, IAB-Kurzbericht 10/2012, S. 2; Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung: Der Arbeitsmarkt in Deutschland, Ältere am Arbeitsmarkt, 2012, S. 8: Die Erwerbstätigenquote 55- bis 65-Jähriger betrug 2010 57,7 % und damit 20 % mehr als zehn Jahre zuvor.
- 41 Bundesagentur für Arbeit, 2012 (Fn. 40), S. 11: „Beschäftigungsquote Älterer ist überproportional gestiegen.“ Schon Bundesagentur für Arbeit, Jahresarbeitsmarktbericht, 2007, S. 91.
- 42 Bundesagentur für Arbeit, 2012 (Fn. 40), S. 8.
- 43 Zur nachstehenden Grafik und den dieser zugrunde liegenden Daten vgl. Kaiser/Dahm, Sozialauswahl ohne Lebensalter!, NZA 2010, 473, 475.

Alter von... bis unter ... Jahren	Erwerbslosenquote
20-25	8,0
25-30	6,9
30-35	6,2
35-40	5,4
40-45	4,8
45-50	4,9
50-55	5,3
55-60	6,4
60-65	6,6

Die Quote der 55- bis 65-Jährigen ist fast identisch mit derjenigen der 25- bis 35-Jährigen. Gleiches gilt für die 35- bis 40- und die 50- bis 55-Jährigen, wobei die Erwerbslosenquote der 40- bis 50-Jährigen auch nicht signifikant niedriger ist.

Bedroht die Erwerbslosigkeit ältere und jüngere Arbeitnehmer praktisch gleichermaßen, kann das Alter nicht mit Schutzbedürftigkeit vor Arbeitslosigkeit gleichgesetzt werden⁴⁴, zumal diese Arbeitsmarktentwicklung nicht vorübergehend und zufällig ist, sondern sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen langfristig greifen: etwa die Rücknahme des verlängerten Bezugs von Arbeitslosengeld I und die Frühverrentung⁴⁵. Dass die Zahl älterer Erwerbsloser stetig sinkt, kann nicht auf deren tariflichen (und gesetzlichen) Kündigungsschutz zurückgeführt werden. Zum einen kommt weniger als die Hälfte der Zugänge in die Arbeitslosigkeit aus einer vorherigen Erwerbstätigkeit, sondern aus einer Ausbildung oder aus Nicht-

44 LAG Bremen 22.11. 2006 – 2 Sa 205/06, AE 2007, 146 (unter II 4 c der Gründe); auch *Kopke*, Sozialauswahl zwischen Geburtenrückgang und Europarecht, NJW 2006, 1040, 1041; *Preis* (Fn. 35), S. B 96; *Griebeling*, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR), 9. Aufl. 2009, § 1 KSchG Rn. 670a, 673.

45 Bundesagentur für Arbeit, 2007 (Fn. 41), S. 6; *Garloff/Pohl/Schanne* (Fn. 40), S. 2 f.; *Preis* (Fn. 35), S. B 24; zu den Auswirkungen der Änderungen vorruhestandsähnlicher Regelungen auf die Arbeitslosigkeit: Bundesagentur für Arbeit, 2012 (Fn. 40), S. 16.

erwerbstätigkeit wie Erziehungszeiten, Fortbildungen usw.⁴⁶. Von den Arbeitsverhältnissen wird zudem durchschnittlich nur ein Drittel durch Arbeitgeberkündigung beendet⁴⁷.

bb) Branchen- oder tätigkeitsbezogenes Arbeitslosigkeitsrisiko

Ein erhöhtes Arbeitslosigkeitsrisiko Älterer ist auch nicht branchenspezifisch nachzuweisen: Mechatroniker sind anders vermittelbar als Ungelernte aus demselben Betrieb und damit derselben Branche, dagegen werden Industriekaufleute häufig in ähnliche Tätigkeiten vermittelbar sein.

Nur tätigkeitsbezogen – nach Qualifikation – kann ein Zusammenhang zwischen Lebensalter und Arbeitslosigkeitsrisiko festgestellt werden⁴⁸. Etwa führt ein höheres Alter bei Minderqualifizierten zu einem höheren Arbeitslosigkeitsrisiko, hingegen ist die Erwerbstätigenquote der 50- bis 59-jährigen Akademiker identisch mit derselben von jüngeren Altersgruppen⁴⁹. Auch der EuGH verlangt für die erleichterte Befristungsmöglichkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG neben dem Lebensalter die Berücksichtigung der *persönlichen* Arbeitsmarktsituation des Betroffenen – eine mindestens viermonatige, vorherige Beschäftigungslosigkeit⁵⁰.

b) Kein zulässiges Mittel nach §§ 10, 5 AGG

aa) Ungeeignet: Kein sicherer Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen

Eine tätigkeitsbezogene (gerade unter bb, S. 98), tarifliche Unkündbarkeit schützt Ältere nicht vor betriebsbedingten Kündigungen, sondern wiegt diese in trügerischer Sicherheit⁵¹: § 1 Abs. 1 KSchG ist nicht tarifdispositiv. Dies hätte der Gesetzgeber normieren müssen⁵². § 1 Abs. 4 KSchG räumt

46 Bundesagentur für Arbeit, 2007 (Fn. 41), Sonder-Nr. 2, S. 130 (1999: 48,1 %, 2000: 48,6 %, 2001: 49,3 %, 2002: 52,4 %, 2003: 53,7 %, 2004: 51,3 %, 2005: 46,1 %, 2006: 44,4 %, 2007: 40,4 %).

47 *Pfarr/Ullmann/Bradtke/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, Regam-Projekt 2005, S. 46.

48 Für den Schutz Älterer je nach Berufszweig *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 3; für eine tätigkeitsbezogene Altersgrenze der Unkündbarkeit *Waltermann*, NJW 2008, 2529, 2532.

49 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, Rn. 795.

50 EuGH 22.11.2005 – C-144/04 (Fn. 1), Rn. 65 (Mangold); *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 63.

51 *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 665; *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 480; von einem „nicht absoluten“ Schutz sprechend *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 31.

52 *Löwisch/Rieble* (Fn. 49), Rn. 1974; *Frischmann*, Tarifliche Unkündbarkeit nach dem BAT in der außeruniversitären Forschung, ZTR 1996, 348; *Kania/*

lediglich die Möglichkeit einer Bewertung der Sozialkriterien durch die Tarifvertragsparteien ein. Unkündbare sind generell⁵³ in die Sozialauswahl einzubeziehen⁵⁴. Verlöre anstelle eines älteren Unkündbaren ein sozial schwächerer Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz, kann entgegen der tariflichen Klausel auch dem tariflich Unkündbaren gekündigt werden⁵⁵.

bb) Ungeeignet: Faktische Diskriminierung Älterer

Sind der tarifliche Altersschutz sowie zahlreiche gesetzliche „Schutz“-vorschriften ausschließlich oder ausschlaggebend an das Lebensalter geknüpft, diskriminiert dies die Älteren faktisch selbst⁵⁶. Das zeigen die prognostizierbaren Reaktionen des Arbeitgebers: Der ältere Arbeitnehmer ist – ohne eine längere Betriebszugehörigkeit vorzuweisen – ein teurer Arbeitnehmer, so dass statt dem Älteren, bald Unkündbaren wohl ein Jüngerer eingestellt wird⁵⁷. Oder der Ältere wird vom wirtschaftlich den-

Kramer, Unkündbarkeitsvereinbarungen in Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, RdA 1995, 287, 289.

53 Die herrschende Meinung (BAG 5.6. 2008 – 2 AZR 907/06, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 81 Rn. 31; *Thüsing*, in: MünchKommBGB [Fn. 5], § 10 AGG Rn. 44 mit weiteren Nachweisen; *Bauer/Göpfert/Krieger* [Fn. 3], § 10 Rn. 49) verlangt entsprechend § 10 Satz 3 Nr. 7 AGG a.F. nur einen Einbezug in die Sozialauswahl, wenn diese sonst grob fehlerhaft im Sinne des § 1 Abs. 4 KSchG ist. Auch hiernach ist eine tarifliche Unkündbarkeit nicht endgültig.

54 ArbG Cottbus 17.5. 2000 – 6 Ca 38/00, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 44; *Rieble*, Betriebliche versus tarifliche Unkündbarkeit, NZA 2003, 1243, 1244; *Kaiser*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 19), § 1 KSchG Rn. 186; *Löwisch/Spinner*, Kommentar zum KSchG, 9. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rn. 360; *Oetker*, in: ErfK (Fn. 20), § 1 KSchG, Rn. 312; *Quecke*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 1 KSchG Rn. 343 ff.; *Löwisch*, Tarifliche Regelung von Arbeitgeberkündigungen, DB 1998, 877; anderer Ansicht LAG Brandenburg 29.10.1998 – 3 Sa 229/98, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 29; LAG Niedersachsen 11.6. 2001 – 5 Sa 1832/00, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 37; *Zwanziger*, Tarifliche Unkündbarkeit und Sozialauswahl, DB 2000, 2166 ff.; *Pauly*, Ausgewählte Probleme der Sozialauswahl, ZTR 2006, 578 ff.; *Kiel*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 1 KSchG Rn. 703 ff.

55 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 50a ff.; *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 17), § 10 Rn. 34.

56 Vgl. *Preis* (Fn. 35), S. B 21 ff. und B 60 ff.

57 *Löwisch/Rieble* (Fn. 49), Rn. 796; *Rieble/Zedler*, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, 273, 301: „Der Schutz älterer Arbeitnehmer macht den Schutz älterer Arbeitnehmer erst erforderlich.“ Den gezielten Abbau des Schutzes Älterer in Erwägung ziehend *Waltermann*, NJW 2008, 2529, 2530. Zur faktischen Diskriminierung Älterer durch den hohen Kündigungsschutz auch *Senne*, Auswirkungen des europäischen Verbots der Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht, 2006, S. 288.

kenden Arbeitgeber durch einen Jüngeren ersetzt, bevor er die Altersgrenze erreicht, mit der zahlreiche Vergünstigungen einhergehen und somit Leistung und Gegenleistung auseinanderfallen⁵⁸. Insofern könnte Ziel des tariflichen Altersschutzes auch der Schutz Jüngerer sein⁵⁹. Dass ein arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz oftmals zur Benachteiligung der geschützten Gruppe führt, hat der Gesetzgeber hinsichtlich des Mutterschaftsgelds und des Schwerbehindertenschutzes gesehen⁶⁰: Als Gegenmaßnahme wird das Mutterschaftsgeld seit dem 1.1. 2006 nicht vom beschäftigenden Arbeitgeber, sondern über eine Umlage aller Arbeitgeber finanziert (§§ 1 ff. AAG, § 7 AAG). Ein Betrieb, der keine ausreichende Zahl Schwerbehinderter beschäftigt (§§ 71 ff. SGB IX), hat eine Ausgleichszahlung zu leisten (§ 77 SGB IX)⁶¹. Die Inanspruchnahme des Diskriminierungsschutzes darf nicht zu Nachteilen für den Arbeitnehmer führen⁶².

cc) Fehlende Erforderlichkeit durch mildere Mittel

Drittens ist die Benachteiligung Jüngerer durch die Unkündbarkeit nicht erforderlich, da es offensichtlich deutlich besser geeignete, nicht diskriminierende und damit mildere Mittel gibt, um Ältere vor Arbeitslosigkeit zu schützen⁶³. Änderungen des Sozialversicherungsrechts, etwa die Rücknahme des verlängerten Bezugs von Arbeitslosengeld I und der Frühverrentung, führten zu einem enormen Anstieg der Erwerbstätigkeit Älterer (oben S. 95 ff.)⁶⁴. Denn oftmals steckt hinter der Arbeitslosigkeit Älterer

-
- 58 *Wiedemann/Thüsing*, Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, NZA 2002, 1234, 1241; *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 301; dieses Problem ansprechend aber nicht lösend LAG Baden-Württemberg 30.7. 2007 – 15 Sa 29/07, AuR 2007, 406 Rn. 47: „...kann schwerlich das Ausweichen vor Schutzvorschriften zum Maßstab genommen werden“.
- 59 *Bayreuther*, Mitarbeitervergütung auf dem Prüfstand, 2008, S. 77, 86 zur Arbeitszeitverkürzung für Ältere.
- 60 Das BVerfG (18.11. 2003 – 1 BvR 302/96, NZA 2004, 33) nahm mit Blick auf die Gefahr, dass Frauen bei Einstellungsentscheidungen diskriminiert werden könnten, die Verfassungswidrigkeit des § 14 MuSchG an und verpflichtete den Gesetzgeber zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung bis zum 31.12. 2005.
- 61 Zur tatsächlichen Diskriminierung Schwerbehinderter durch deren Schutz *Adomeit*, Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, NJW 2003, 1162; *Preis*, Grünbuch und Flexicurity – Auf dem Weg zu einem modernen Arbeitsrecht?, Festschrift Birk, 2008, S. 625, 638 f. und 642; kritisch zum ausreichenden Schutz der Schwerbehinderten durch Schutzvorschriften für diese *Preis* (Fn. 35), S. B 22 f.
- 62 Zum Mutterschaftsgeld BVerfG 18.11. 2003 – 1 BvR 302/96 (Fn. 60), Leitsatz 3; allgemein *Thüsing*, in: MünchKommBGB (Fn. 5), § 10 AGG Rn. 15.
- 63 Vgl. auch *Temming* (Fn. 2), S. 545 f.
- 64 Bundesagentur für Arbeit, 2007 (Fn. 41), S. 6; *Garloff/Pohl/Schanne* (Fn. 40), S. 2 f.; *Preis* (Fn. 35), S. B 24; zu den Auswirkungen der Änderungen vorruhe-

deren privatautonome Entscheidung: Sie sind nicht bereit, für eine neue Arbeitsstelle geringeres Entgelt in Kauf zu nehmen, sich noch einmal neu einzuarbeiten, neue Kollegen kennenzulernen etc.⁶⁵.

2. Unkündbarkeit: Tatbestandlicher Ausschluss der mittelbaren Diskriminierung nach § 3 Abs. 2 AGG?

Eine längere Betriebszugehörigkeit korreliert mit einem höheren Lebensalter⁶⁶. Knüpft die tarifliche Unkündbarkeit an die Betriebszugehörigkeit an, werden Jüngere mittelbar diskriminiert, wenn im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG kein rechtmäßiges Ziel mit angemessenen und erforderlichen Mitteln verfolgt wird. Es bedarf einer § 10 AGG ähnlichen Prüfung, allerdings mit geringeren Voraussetzungen⁶⁷.

Die Honorierung von Betriebstreue⁶⁸ und Berufserfahrung⁶⁹ ist zwar generell ein legitimes Ziel, konkret ergeben sich jedoch Widersprüche:

standsähnlicher Regelungen auf die Arbeitslosigkeit: Bundesagentur für Arbeit, 2012 (Fn. 40), S. 16.

65 *Löwisch/Rieble* (Fn. 49), Rn. 796.

66 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 18; *Thüsing*, in: MünchKommBGB (Fn. 5), § 3 AGG Rn. 24, 45 f.; *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80, 83; *Lingscheid* (Fn. 17), S. 203; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664; *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 17), § 10 Rn. 5; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 7 Rn. 17 und konkret zur Unkündbarkeit § 10 Rn. 95; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 25; *Temming* (Fn. 2), S. 121, 517.

67 *Jacobs*, *Begegnungen im Recht*, 2011, S. 259, 265; von einer Übereinstimmung „im Wesentlichen“ und einem vergleichbaren Kontrollmaßstab ausgehend: *Voigt*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 12 und *Schleusener*, ebenda, § 3 Rn. 23; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 3 Rn. 32.

68 EuGH 30.9.2003 – C-224/01, Slg. 2003, I-10239 = EuZW 2003, 718 Rn. 83 (Köbler) zur Dienstalterszulage an österreichischen Universitäten als Treueprämie; vgl. auch EuGH 15.1.1998 – C-15/96, Slg. 1998, I-47 = NZA 1998, 205 Rn. 26 f. (Schöning-Kougebetopoulou); *Körner*, NZA 2008, 497, 500; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 665; *Löwisch*, DB 2006, 1729, 1731; *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 17), § 10 Rn. 34; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 19; *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1241 f.; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 43; *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 479; *Temming* (Fn. 2), S. 517 mit Nachweisen für die Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen anhand der Betriebszugehörigkeit als Belohnung für die Betriebstreue; *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 285.

69 Zu diesem legitimen Ziel der Entgeltpolitik vgl. EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und andere (Fn. 31), Rn. 72 mit weiteren Nachweisen (Hennigs und Mai); allgemein: *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 43; *Temming* (Fn. 2), S. 517.

a) Honorierung der Betriebstreue

Mit der Belohnung der Betriebstreue bezweckt der Arbeitgeber, seine Beschäftigten an den Betrieb zu binden, anstatt ständig neue Arbeitskräfte zu suchen und einzuarbeiten⁷⁰. Gerechtfertigt ist diese Anreizsetzung nur, wenn eine Fluktuation der Beschäftigten droht⁷¹. Warum ist die Betriebstreue also zu belohnen, wenn der tarifliche Altersschutz sonst davon ausgeht, dass ältere Arbeitnehmer nur schwer einen anderen Arbeitsplatz finden (vgl. S. 94 f.)⁷²? Es besteht keine Gefahr, dass der langjährige Mitarbeiter kündigt, der an seine Arbeitsumstände gewöhnt ist, dem eine Neuorientierung aufgrund fehlender Flexibilität schwerfällt und der seinen Besitzstand verfestigt hat – vor allem mit Blick auf die Gewichtung der Betriebszugehörigkeit für die gesetzlichen Kündigungsfristen und die Sozialauswahl⁷³. Belohnt die Honorierung der Betriebstreue im Alter ausschließlich die vergangene Loyalität in jungen Jahren, bestätigt dies, dass nur Jüngere Alternativen am Arbeitsmarkt haben.

b) Honorierung der Berufserfahrung

Die Berufserfahrung pauschal zu honorieren ist nur gerechtfertigt, wenn mit dieser automatisch eine höhere Qualifikation und die bessere Verrichtung der Arbeit einhergehen⁷⁴. Dies ist allerdings nicht generell der Fall⁷⁵. Bei einer einfachen Tätigkeit wird eine höhere Qualität schon nach kurzer Zeit erreicht, ebenso wie die maximale Qualifikation⁷⁶. In anderen Berufen bringt jeder Tag ein Plus an Qualifikation⁷⁷, so dass für das rechtmäßige Ziel der Belohnung der Berufserfahrung mit dem EuGH⁷⁸ tätigkeitsbezo-

70 *Temming* (Fn. 2), S. 121.

71 BAG 30.7. 2008 – 10 AZR 459/07, NZA 2009, 747 Rn. 23; BAG 18.1. 1990 – 6 AZR 485/88, nicht veröffentlicht (unter II 3 der Gründe); *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 285.

72 *Körner*, NZA 2008, 497, 500.

73 *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 285.

74 EuGH 3.10. 2006 – C-17/05, Slg. 2006, I-9583 Rn. 33 ff. (Cadman); EuGH 18.6. 2009 – C-88/08, Slg. 2009, I-5325 = EuZA 3 (2010), 244 mit Anmerkung *Risak* Rn. 47 (Hütter); *Voigt*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 30; *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 20), § 10 AGG Rn. 4 und 10; *Berg/Natzel*, ZfA 2012, 65, 74; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 423.

75 *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 284; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 23; *Thüsing* (Fn. 74), Rn. 423; *Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80, 88 stellen daher hinsichtlich der zusätzlichen Qualifikation auf den Einzelfall ab.

76 EuGH 7.2. 1991 – C-184/89, Slg. 1991, I-297 Rn. 14 (Nimz); anders wohl noch EuGH 17.10. 1989 – 109/88, Slg. 1989, 3199 Rn. 24 (Danfoss).

77 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 30.

78 EuGH 3.10. 2006 – C-17/05 (Fn. 74), Rn. 33 ff. (Cadman).

gen zu differenzieren ist⁷⁹. Dabei ist nicht *individuell* nachzuweisen, dass der Arbeitnehmer „während des einschlägigen Zeitraums eine Erfahrung erworben hat, die es ihm ermöglicht hat, seine Arbeit besser zu verrichten“⁸⁰.

Die Qualifikation ergibt sich auch aus der Berufserfahrung in derselben Tätigkeit in anderen Betrieben⁸¹. Allein die Zugehörigkeit zum momentanen Arbeitgeber ist kein geeignetes Mittel⁸².

Ferner findet sich auch an dieser Stelle ein Widerspruch im tariflichen Altersschutz: Ist der ältere, lang beschäftigte Arbeitnehmer der qualitativ Bessere, den es zu belohnen gilt, warum besteht dann eine Gefahr, dass dieser gekündigt wird (die besondere Qualifikation kann gegebenenfalls über § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berücksichtigt werden) und keine neue Beschäftigung findet?

3. Zwischenfazit

Die Unkündbarkeit darf nicht an das Lebensalter gekoppelt werden. Die Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit verfolgt im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG nur ein rechtmäßiges Ziel, wenn der Arbeitnehmer gute Arbeit leistet, keinem Leistungsabfall unterliegt, sondern jederzeit zu einem anderen Arbeitgeber wechseln kann und somit kein erhöhtes Arbeitslosigkeitsrisiko aufweist. Weiterhin ist an das „Dienstalter“ anzuknüpfen, nicht allein an die Betriebszugehörigkeit beim aktuellen Arbeitgeber, und die mit der Betriebszugehörigkeit steigende Qualifikation ist tätigkeitsbezogen zu ermitteln. Wird die Unkündbarkeit an die Betriebszugehörigkeit gekoppelt, besteht für den Arbeitgeber bei Neueinstellungen von Älteren auch kein Risiko, diesen sehr schnell, ohne äquivalente Gegenleistung, einen tariflichen Altersschutz gewähren zu müssen. Die Einstellung älterer Arbeitnehmer würde nicht unterbleiben. Die tarifliche Unkündbarkeit ist unter diesen Prämissen ein zulässiges Mittel, wenn sie auf verhaltens- und personenbedingte Kündigungen reduziert wird.

IV. Tariflich verkürzte Arbeitszeit: Mehrurlaub/Altersfreizeit

Knapp ein Drittel der im Statistischen Taschenbuch Tarifpolitik 2012 des WSI der Hans-Böckler-Stiftung⁸³ aufgeführten Tarifverträge gewährt Älteren Zusatzurlaub oder Altersfreizeit. Bis 2012 waren zahlreiche Regelungen an das Alter geknüpft (zum Beispiel: *Friseurhandwerk Sachsen: 23*

79 Auch auf die einzelne Tätigkeit abstellend *Temming* (Fn. 2), S. 123.

80 EuGH 3.10. 2006 – C-17/05 (Fn. 74), Rn. 35 ff. (Cadman).

81 *Temming* (Fn. 2), S. 124.

82 *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 285; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 23.

83 Siehe Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik (Fn. 18).

bis 28 Urlaubstage, gestaffelt nach Lebensjahren und Betriebszugehörigkeit; Floristik West: 23 bis 30 Urlaubstage, gestaffelt nach Lebensjahren und Betriebszugehörigkeit; Landwirtschaft Mecklenburg-Vorpommern: 20 bis 30 Urlaubstage, gestaffelt nach Lebensjahren und Betriebszugehörigkeit). Hier scheint jedoch ein vielleicht der Vermeidung der Altersdiskriminierung geschuldetes Umdenken der Tarifvertragsparteien stattgefunden zu haben⁸⁴. Weiterhin ausschließlich an das Lebensalter gekoppelt sind etwa⁸⁵:

- § 26 TVöD: Bei Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf fünf Tage in der Kalenderwoche beträgt der Urlaubsanspruch in jedem Kalenderjahr 29 Arbeitstage und nach dem vollendeten 55. Lebensjahr 30 Arbeitstage (mit Wirkung vom 1.3. 2012 durch § 1 Nr. 2 Änderungstarifvertrag Nr. 7 vom 31.3. 2012).
- § 2a.1. Manteltarifvertrag mit der IG Bergbau, Chemie, Energie vom 24.6. 1992 in der Fassung vom 16.3. 2009: Arbeitnehmer, die das 57. Lebensjahr vollendet haben, erhalten eine zweieinhalbstündige Altersfreizeit je Woche.
- Tarifvertrag der Brauereien Thüringen und Sachsen (28 Urlaubstage bis zum 30. Lebensjahr, 30 Urlaubstage ab dem 30. Lebensjahr),
- Fleischerhandwerk Pfalz (gestaffelt nach Alter 29 bis 34 Urlaubstage) und Fleischerhandwerk Thüringen (26 Urlaubstage bis zum 50. Lebensjahr, 30 Urlaubstage ab dem 50. Lebensjahr),
- Steine-Erden-Industrie Thüringen (25 Urlaubstage bis zum 30. Lebensjahr, ab dem 30. Lebensjahr 28 Urlaubstage),
- Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im Maler- und Lackierhandwerk (für Arbeitnehmer über 18 Jahre 25, für Arbeitnehmer über 35 Jahre 28, für Arbeitnehmer über 45 Jahre 30 Urlaubstage),
- Süßwarenindustrie Ost (26-29 Urlaubstage, gestaffelt nach Lebensjahren).

84 Vor allem auf folgende Urteile hin: BAG 20.3. 2012 – 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803 zu § 26 TVöD; LAG Düsseldorf 18.1. 2011 – 8 Sa 1274/10 (Fn. 33) zu § 15 Abs. 3 Manteltarifvertrag Einzelhandel NRW.

85 Auf die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge eingehend *Bertram*, Unzulässige Urlaubsstaffelung – Erhebliche Mehrbelastungen für zahlreiche Unternehmen durch zusätzliche Urlaubsansprüche jüngerer Beschäftigter, GWR 2012, 339.

1. Keine Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung

Mehrurlaub und Altersfreizeit sind nach § 10 Satz 3 Nr. 2 AGG mit der Beschäftigung verbundene Vorteile⁸⁶. Nr. 2 gibt nicht selbst ein legitimes Ziel der Benachteiligung vor – im Unterschied zum Schutz der Älteren in § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG (oben S. 92 f.). Vielmehr sind die Voraussetzungen des § 10 Sätze 1 und 2 AGG zu prüfen⁸⁷ beziehungsweise im Sinne des § 5 AGG, ob der drohende Nachteil der Gesundheitsgefährdung Älterer durch eine verkürzte Arbeitszeit abzuwenden ist⁸⁸.

a) Legitimes Ziel des Gesundheitsschutzes

Ist der Mehrurlaub auch jenseits des 50. Lebensjahres anhand des Alters gestaffelt⁸⁹, soll dem gesteigerten Erholungsbedürfnis Älterer Rechnung getragen werden: einerseits deren Gesundheit geschützt und andererseits deren leistungsstarke Arbeitskraft gesichert werden⁹⁰. Dem entspricht, dass in Tarifverträgen meist der Begriff „Erholungsurlaub“ verwandt, aber

86 Voigt, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 33; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 42 f., in Rn. 17 allgemein von einem Vorrang der spezielleren Nr. 2 bis 6 gegenüber der Generalklausel in Nr. 1 ausgehend; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 98, in Rn. 104 auch für die Einschlägigkeit von § 10 Satz 3 Nr. 1. Für eine Subsumtion unter § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG auch *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 28; *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 20), § 10 AGG Rn. 5; *Bertelsmann*, Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht, ZESAR 2005, 242, 246; *Linsenmaier*, Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, S. 22, 29; *Waltermann*, NZA 2005, 1265, 1269. Auch hier fehlt es jedoch an der Objektivität des Schutzes der Älteren. Vgl. LAG Düsseldorf 18.1.2011 – 8 Sa 1274/10 (Fn. 33), Rn. 29: „... die Regelbeispiele nach Satz 3 sind unzweifelhaft nicht einschlägig“.

87 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 29; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 100; *Temming* (Fn. 2), S. 517.

88 *Thüsing* (Fn. 74), Rn. 409; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 104; *Bertelsmann*, ZESAR 2005, 242, 245.

89 Den Gesundheitsschutz als konkretes Ziel der Regelung in § 26 TVöD a.F. ablehnend, da nach dem Erreichen des 40. Lebensjahres keine Erhöhung des Urlaubsanspruchs mehr erfolgte BAG 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 (Fn. 84), Rn. 20; LAG Düsseldorf 18.1.2011 – 8 Sa 1274/10 (Fn. 33), Rn. 36 zu § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel, wonach der volle Urlaubsanspruch bereits mit Vollendung des 30. Lebensjahres erreicht wird; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 105 mit weiteren Nachweisen.

90 *Waltermann*, NZA 2005, 1265, 1269; *ders.*, Altersdiskriminierung, ZfA 2006, 305, 322; *Voigt*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 33; *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 477 f.; *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 297; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 666; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 43.

nicht definiert wird, so dass Sinn und Zweck des BUrlG greifen und Erholungsurlaub der Erhaltung und Wiederauffrischung der Arbeitskraft dient⁹¹ – und dennoch im BUrlG nicht an das Lebensalter gekoppelt ist⁹²!

Dieser Gesundheitsschutz ist generell als ein gemeinwohlorientiertes⁹³, sozialpolitisches⁹⁴ Ziel legitim im Sinne des § 10 AGG⁹⁵ beziehungsweise die drohende Gesundheitsbeeinträchtigung ein Nachteil, der nach § 5 AGG abzuwenden ist. Auch der Zusatzurlaub eines Schwerbehinderten (§ 125 Abs. 1 SGB IX) ist zulässig⁹⁶.

b) Objektiv mit dem Lebensalter steigender Erholungsbedarf

aa) Kein genereller Zusammenhang zwischen Erholungsbedarf und Alter

Es fehlt an einem objektiven (vgl. S. 93 f.), generellen Zusammenhang zwischen Lebensalter und Erholungsbedarf⁹⁷. Die Gerontologie belegt,

-
- 91 Vgl. den schriftlichen Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit, BT-Drucks. IV/785, S. 2; Begründung des von der Fraktion der CDU/CSU eingebrachten Entwurfs eines Bundesurlaubsgesetzes, BT-Drucks. IV/207, S. 3.
- 92 Voigt, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 33.
- 93 Zum Streit, ob auch betriebs- und unternehmensbezogene Interessen ausreichen vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 20 f.; für ausreichende Interessen der Allgemeinheit sowie des Arbeitgebers ausführlich BAG 22.1. 2009 – 8 AZR 906/07 (Fn. 28), Rn. 45 ff.
- 94 Zu dieser Voraussetzung: EuGH 18.6. 2009 – C-88/08 (Fn. 74), Rn. 41 (Hütter); EuGH 5.3. 2009 – C-388/07 (Fn. 32), Rn. 46 (Age Concern England); auch BAG 25.2. 2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561 Rn. 39; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 7 Rn. 39.
- 95 Zunächst offenlassend (Rn. 18), dann dies aber wohl annehmend: BAG 20.3. 2012 – 9 AZR 529/10 (Fn. 84), Rn. 25; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 35 und 42; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 43; *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 17), § 10 Rn. 19 und 42; zum zulässigen Ziel des Gesundheitsschutzes Älterer auch BAG 13.10. 2009 – 9 AZR 722/08 (Fn. 4), Rn. 59; zur zulässigen Reduzierung der Pflichtstundenzahl älterer Lehrkräfte – gemessen am allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz – BAG 21.1. 2003 – 9 AZR 4/02, AP Nr. 157 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.
- 96 BAG 24.10. 2006 – 9 AZR 669/05, AP Nr. 1 zu § 125 SGB IX (unter I 2 b, bb [4] der Gründe).
- 97 ArbG Osnabrück 5.2. 2007 – 3 Ca 724/06, NZA 2007, 626, 629 Rn. 53; *Preis* (Fn. 35), S. B 14 ff.; *Senne* (Fn. 57), S. 269; *Däubler/Bertzbach* (Fn. 16), § 10 Rn. 50; *Löwisch/Rieble* (Fn. 49), Rn. 786 und 822; *Körner*, NZA 2008, 497 mit weiteren Nachweisen; eine Differenzierung je nach Branche verlangend *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 42, von einer mit dem Alter generell zunehmenden Krankheitsbetroffenheit aber ausgehend in Rn. 18; kritisch zu Alterstypisierungen auch *Mager*, Altersdiskriminierung – Eine Untersuchung zu Konzept und Funktionen eines ungewöhnlichen Diskri-

dass Alterungsprozesse sehr individuell verlaufen – abhängig von Ausgangsbegabung und -qualifikation, sozialem Umfeld, genetischen Dispositionen, gesundheitsbewusstem Lebenswandel sowie von externen Arbeits- und Umweltbedingungen⁹⁸; „dem kalendarischen Alter [kommt] für die berufliche Leistungsfähigkeit nur eine sehr geringe Bedeutung zu“⁹⁹. Innerhalb einer Altersgruppe bestehen größere Leistungsunterschiede als zwischen den verschiedenen Altersgruppen¹⁰⁰. Zwar sind Ältere durchschnittlich weniger, aber länger krank¹⁰¹. Aus Krankenstandsdaten kann jedoch nicht auf die tatsächliche Erholungsbedürftigkeit geschlossen werden. Der Krankenstand ist vielmehr umso höher, je schlechter das Betriebsklima und je geringer die Angst vor Arbeitslosigkeit ist (insofern dürften die angeblich stark von der Arbeitslosigkeit bedrohten Älteren weniger krank sein als Jüngere)¹⁰². Gegen eine Leistungsabnahme im Alter spricht auch der starke Anstieg der Erwerbsquote der über 55-Jährigen (s. oben S. 95 ff.), der unter anderem auf der besseren Gesundheit dieser Arbeitnehmer beruht¹⁰³.

Einerseits hat auch das BAG die Individualität des Alterungsprozesses erkannt: „Darum sind weder ausschließlich positive Aussagen über die Leistungsfähigkeit junger Arbeitnehmer gerechtfertigt, noch sind rein negativ

minierungsverbots, Festschrift Säcker, 2011, S. 1075, 1089 f.; anderer Ansicht *Waltermann*, NZA 2005, 1265, 1269, jedoch ohne Nachweise für ein altersabhängiges Erholungsbedürfnis; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 105 für Arbeitnehmer über 50 Jahre – „bei lebensnaher Betrachtung“, für Vorurteile und Stereotypen allerdings in Rn. 45.

98 Schon BAG 28.9. 1961 – 2 AZR 428/60, BAGE 11, 278 (unter III 2 der Gründe) das Erreichen des 65. Lebensjahres als Kündigungsgrund daher ablehnend, ebenso BAG 20.11. 1987 – 2 AZR 284/86, BAGE 57, 30 (unter B III 3 b, aa der Gründe); VG Frankfurt 6.8. 2009 – 9 L 1887/09.F, ZBR 2009, 422 Rn. 44 gegen die Unterstellung einer altersbedingten Dienstunfähigkeit; auch *Senne* (Fn. 57), S. 44 ff.; *Temming* (Fn. 2), S. 48 ff.; *Tesch-Römer/Wurm*, Wer sind die Alten? Theoretische Positionen zum Alter und Altern, in: *Gesundheit und Krankheit im Alter*, 2009, S. 7 und 15 ff.; *Körner*, NZA 2008, 497; vgl. *Voigt*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 20; einen allgemeinen Lehrsatz der mit dem Alter steigenden Erholungsbedürftigkeit ablehnend *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 478.

99 *Boecken*, Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden?, Gutachten B zum 62. Deutschen Juristentag, 1998, S. B 54 f. mit weiteren Nachweisen und S. B 92.

100 *Körner*, NZA 2008, 497 mit weiteren Nachweisen.

101 Zum Argument des höheren Erkrankungsrisikos bei Älteren vgl. insgesamt auch *Senne* (Fn. 57), S. 53 ff.

102 DAK-Gesundheitsreport 2012, S. 14 ff. Zur Rolle des Betriebsklimas: Wissenschaftliches Institut der AOK, Fehlzeiten Report 2011 vom 16.8. 2011.

103 *Garloff/Pohl/Schanne* (Fn. 40), S. 2.

verallgemeinernde Aussagen über das Nachlassen der Leistungsfähigkeit von älteren Arbeitnehmern zutreffend.“¹⁰⁴

Andererseits geht das BAG von einer nach der Lebenserfahrung sehr wahrscheinlichen Leistungsabnahme im Alter aus¹⁰⁵. Objektive Belege, eine Klärung des angeblichen Erfahrungssatzes durch einen Sachverständigen¹⁰⁶ fehlen, stattdessen wird etwa auf die privaten und öffentlichen Kranken-, Renten- und Lebensversicherungen verwiesen, die alle auf diesen Erwartungen beruhen¹⁰⁷. Aber sind die Versicherungssysteme augenblicklich nicht im Umbruch – Stichwort Rente mit 67? Immerhin hat niemand behauptet, dass die Grundgedanken des Versicherungssystems dauerhaft verbindlich bleiben¹⁰⁸.

bb) Tätigkeitsbezogener Zusammenhang

Aufgrund konkreter arbeitsmedizinischer Erkenntnisse ist bei bestimmten Tätigkeiten anhand des Alters auf eine längere Erholungsbedürftigkeit zu schließen, etwa bei Schicht- oder Nachtarbeitern oder bei körperlich schweren Tätigkeiten¹⁰⁹. Auf keinen Fall ist der Dachdecker mit dem Büroangestellten derselben Branche gleichzusetzen¹¹⁰. Ab welcher Alters-

104 Zu § 1 Abs. 3 KSchG BAG 6.11. 2008 – 2 AZR 523/07 (Fn. 5), Rn. 54 mit weiteren Nachweisen; BAG 17.6. 2009 – 7 AZR 112/08 (A), AP Nr. 64 zu § 14 TzBfG Rn. 21 zur Altersgrenze bei Piloten; zweifelnd an der regelmäßigen Leistungsabnahme auch BAG 13.10. 2009 – 9 AZR 722/08 (Fn. 4), Rn. 68 zur physischen Belastung einer Umsetzung; LAG Niedersachsen 13.7. 2007 – 16 Sa 269/07, LAGE § 2 AGG Nr. 3 (unter II 1.1.1.4. der Gründe).

105 BAG 17.6. 2009 – 7 AZR 112/08 (A) (Fn. 104), Rn. 21; BAG 13.10. 2009 – 9 AZR 722/08 (Fn. 4), Rn. 67; ebenso BVerfG 25.11. 2004 – 1 BvR 2459/04, AP Nr. 25 zu § 620 BGB Altersgrenze (unter B II 3 c, aa der Gründe mit weiteren Nachweisen). Für ein „unbestreitbares“ Abnehmen körperlicher Fähigkeiten im Alter EuGH 13.9. 2011 – C-447/09, EuZA 5 (2012), 205 mit Anmerkung *Temming* = EzA EG-Vertrag 1999 RL 2000/78 Rn. 67 mit weiteren Nachweisen (Prigge).

106 BAG 13.10. 2009 – 9 AZR 722/08 (Fn. 4), Rn. 65.

107 BAG 6.11. 2008 – 2 AZR 523/07 (Fn. 5), Rn. 54.

108 Vgl. VG Frankfurt 6.8. 2009, 9 L 1887/09.F (Fn. 98), Rn. 44; erst gar nicht diskutiert wird bezüglich der Rente mit 67 die Leistungsfähigkeit Älterer: BT-Drucks. 16/3794, S. 2.

109 Hinsichtlich „Büroarbeit“ etwa schon differenzierend BAG 28.9. 1961 – 2 AZR 428/60 (Fn. 98) (unter III 2 der Gründe); für eine tätigkeitsabhängige Erholungsbedürftigkeit *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 478; vgl. *Waltermann*, NJW 2008, 2529, 2534; zur tätigkeitsbezogenen Leistungsfähigkeit auch *Senne* (Fn. 57), S. 43.

110 Für eine Differenzierung je nach Branche aber *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 42.

grenze und in welcher Staffelung dies für welche Tätigkeit greift, haben die Tarifvertragsparteien zu recherchieren.

c) Kein zulässiges Mittel: weder erforderlich noch geeignet

Auch wenn die Verringerung der Arbeitszeit tätigkeitsbezogen an das Lebensalter gekoppelt wäre: Diese Benachteiligung Jüngerer ist nicht erforderlich. Durch deutlich besser geeignete, nicht diskriminierende, mildere Mittel kann die Leistungsfähigkeit Älterer erhalten und deren Gesundheit geschützt werden, etwa eine sich verschlechternde Wahrnehmungsfähigkeit durch einen angepasst eingerichteten Arbeitsplatz entschärft, die Abnahme psychomotorischer Reaktionen durch Training aufgehalten¹¹¹, veraltete Fachkenntnisse und -fähigkeiten durch Weiterbildung ausgeglichen und dem veränderten Lernverhalten Älterer mit didaktischen Mitteln entsprochen werden. Leistungs- und Lernprobleme sind keine altersbedingten Abbauvorgänge, sondern Resultate mangelhafter Arbeitsorganisation auf Arbeitgeberseite¹¹². Ältere verlieren nur an Flexibilität und Leistungsfähigkeit, „wenn sie lediglich mit Routineaufgaben betraut und mit ihrer Arbeit unterfordert sind“¹¹³.

Weiterhin ist das Mittel der verringerten Arbeitszeit ungeeignet. Hat ein Arbeitnehmer weniger Arbeitsstunden zu leisten, wird der wirtschaftlich denkende Arbeitgeber dieses teure Personal wohl nicht einstellen beziehungsweise möglichst entlassen: eine faktische Diskriminierung Älterer (s. oben S. 99 f.)¹¹⁴.

2. Tatbestandlicher Ausschluss der mittelbaren Diskriminierung?

Als rechtmäßiges Ziel im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG kommt wiederum die Honorierung von Betriebstreue und Berufserfahrung in Betracht (vgl. oben S. 102 f.)¹¹⁵. Auch bezüglich einer verringerten Arbeitszeit sind diese Ziele jedoch nicht widerspruchsfrei. Der Ältere ist nicht durch Mehrurlaub an den Betrieb zu binden, wenn dieser einem erheblichen Arbeitslosig-

111 Kolhossler, Analyse und Reflexion des Leistungs- und Lernvermögens älterer Arbeitnehmer, 2002, S. 74 f.

112 Arbeitsmarktforschung Rheinland-Pfalz, Bericht Nr. 35, 2004, S. 9.

113 Gründinger, Aufstand der Jungen, 2009, S. 204 mit weiteren Nachweisen.

114 Senne (Fn. 57), S. 269.

115 Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein (Fn. 16), § 10 Rn. 42; Däubler, Seniorität im Arbeitsrecht, Festschrift Gnade, 1992, S. 95, 106; Wulfers/Hecht, ZTR 2007, 475, 477; Meinel/Heyn/Herms (Fn. 17), § 10 Rn. 42b; Adomeit/Mohr (Fn. 14), § 10 Rn. 106; Voigt, in: Schleusener/Suckow/Voigt (Fn. 27), § 10 Rn. 34 mit weiteren Nachweisen; Lingemann/Gotham, NZA 2007, 665 mit weiteren Nachweisen; Löwisch, DB 2006, 1729, 1731; Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 3), § 10 Rn. 19.

keitsrisiko unterliegt. Ist eine Verkürzung der Arbeitszeit erforderlich, um die Leistungsfähigkeit des Beschäftigten aufrechtzuerhalten, hat der wirtschaftlich denkende Arbeitgeber zudem wohl kein Interesse daran, diesen an seinen Betrieb zu binden. Welche Leistung soll honoriert werden, wenn der berufserfahrene Ältere einem Leistungsabfall unterliegt?

Auch hier kommt eine Koppelung an die Betriebszugehörigkeit nur in Betracht, wenn von einem leistungsstarken Arbeitnehmer ausgegangen wird, dessen gute Arbeitsleistung zu honorieren und der an den Betrieb zu binden ist. Wird auch an die einschlägige Berufserfahrung bei vorherigen Arbeitgebern angeknüpft und die steigende Qualifikation tätigkeitsbezogen ermittelt, ist die verkürzte Arbeitszeit für Ältere auch ein zulässiges Mittel (vgl. S. 102 f.).

V. Tarifliche Verdienstsicherung

Mehr als ein Drittel der im Statistischen Taschenbuch des WSI der Hans-Böckler-Stiftung zur Tarifpolitik 2012¹¹⁶ aufgeführten Tarifverträge weist Verdienstsicherungen auf, überwiegend geknüpft an eine längere Betriebszugehörigkeit (meist zwischen zehn und 20 Jahren) sowie an ein höheres Lebensalter (ab 50 Lebensjahren, meist ab 55 Jahren). Etwa:

§ 17. A. 1. Manteltarifvertrag Metall- und Elektroindustrie Bayern vom 23.6. 2008:

Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet und dem Betrieb oder Unternehmen zu diesem Zeitpunkt mindestens zehn Jahre angehört haben,

oder das 50. Lebensjahr vollendet und dem Betrieb oder Unternehmen zu diesem Zeitpunkt mindestens 20 Jahre angehört haben,

und die aufgrund gesundheitsbedingter Minderung ihrer Leistungsfähigkeit nicht mehr in der Lage sind, ihre bisherige Tätigkeit auszuüben oder in dieser die bisherige Leistung zu erbringen,

und bei denen hierdurch eine Verdienstminderung eingetreten ist oder eintreten würde, haben auf schriftlichen Antrag Anspruch auf Entgeltausgleich.

Allerdings sind auch Regelungen zu finden, die allein auf das Lebensalter oder kumulativ nur auf eine sehr kurze Betriebszugehörigkeit abstellen:

- Tarifvertrag NGG und private Brauereien Bayerns (Verdienstsicherung für zwölf Monate ab dem vollendeten 45. Lebensjahr),
- Tarifvertrag der NGG für die Süßwarenindustrie Ost (sechs Monate Ausgleich zwischen altem und neuem Tarifeinkommen ab dem vollendeten 50. Lebensjahr),

116 Siehe Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik (Fn. 18).

- Tarifvertrag der Deutschen Lufthansa AG West (Verdienstsicherung bei Ausscheiden aus Schicht- und Nachtarbeit ab dem 55. beziehungsweise 58. Lebensjahr für zwei beziehungsweise drei Jahre; die bisherigen Schicht- und Nachtzulagen werden garantiert),
- Tarifvertrag Metallhandwerk Niedersachsen (100 % des Durchschnittsverdienstes ab dem 50. Lebensjahr in Betrieben mit über 100 Arbeitnehmern),
- Tarifvertrag der Metallindustrie Baden-Württemberg (100 % des Durchschnittsverdienstes ab dem 54. Lebensjahr und nur einem Jahr Betriebszugehörigkeit); ebenso: Manteltarifvertrag für Beschäftigte in der Metall- und Elektroindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden.

1. Keine Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung

Die Verdienstsicherung als mit der Beschäftigung verbundener Vorteil fällt unter das konkretisierende Beispiel des § 10 Satz 3 Nr. 2 AGG¹¹⁷, so dass die Voraussetzungen des § 10 Sätze 1 und 2 AGG zu prüfen sind¹¹⁸ beziehungsweise im Sinne des § 5 AGG, ob der drohende Nachteil der Altersarmut durch eine Verdienstsicherung abgewandt werden kann.

Die Verdienstsicherung bezweckt das im Sinne der §§ 10, 5 AGG legitime Ziel der sozialen Besitzstandswahrung¹¹⁹. Ältere sollen aufgrund (unverschuldeter) nachlassender Leistung keine Verdiensteinbußen erleiden¹²⁰.

117 Voigt, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 37; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 43; für eine Subsumtion sowohl unter § 10 Satz 3 Nr. 1 wie auch Nr. 2 AGG: *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 98 und 113. Auch hier ergeben sich aus der Subsumtion unter Nr. 1 im Vergleich zu Nr. 2 keine ausschlaggebenden anderen Ergebnisse.

118 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 29; *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 10 Rn. 100.

119 Für ein legitimes Ziel der Besitzstandswahrung im Rahmen der Überleitung vom BAT zum TVöD-System: EuGH 8.9. 2011 – C-297/10 und andere (Fn. 31), Rn. 90 (Hennigs und Mai); zur Wahrung des Besitzstands als zwingender Grund des Allgemeininteresses auch EuGH 6.12. 2007 – C-456/05, Slg. 2007, I-10517 Rn. 63 (Kommission/Deutschland); *Jacobs* (Fn. 67), S. 259, 266 mit weiteren Nachweisen; *Thüsing/Thieken*, Gemeinsame Anmerkung zu aktuellen Vorlagen an den EuGH, ZESAR 2010, 333; *Temming* (Fn. 2), S. 126, 524.

120 Vgl. nur BAG 7.2. 1995 – 3 AZR 402/94, NZA 1995, 894 (Leitsatz 1 und unter II 2 b der Gründe); *Preis* (Fn. 35), S. B 42 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 103; *Waltermann*, NZA 2005, 1265, 1269; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 10 Rn. 43 mit weiteren Nachweisen in Fn. 56; *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 295 f. mit weiteren Nachweisen; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 666; *Berg/Natzel*, ZfA 2012, 65, 78;

Ein genereller, altersbedingter Leistungsabfall ist allerdings zu verneinen¹²¹, sondern nur für bestimmte Tätigkeiten anzunehmen (s. oben zum Erholungsbedarf S. 106 ff.).

Selbst wenn tätigkeitsbezogen ein Leistungsabfall festzustellen ist, ist die Koppelung der Verdienstsicherung an das Lebensalter kein geeignetes Mittel: Sie diskriminiert faktisch Ältere, deren Neueinstellung beispielsweise unterbleibt (s. S. 99 f.)¹²². Im Übrigen müsste der Gedanke einer tarifvertraglichen Verdienstsicherung umfassender ansetzen: Fällt die Leistung eines Jüngeren gesundheitsbedingt ab, ist dieser erst Recht aus sozialen Gründen finanziell abzusichern¹²³. Ihm fehlt typischerweise ein erspartes finanzielles Polster, regelmäßig ist Unterhalt zu leisten und ein eventuell kürzlich erworbenes Eigenheim abzubezahlen. Jüngere unterliegen einem erhöhten Armutsrisiko¹²⁴. Daher scheidet für die Verdienstsicherung objektiv auch das legitime Ziel des sozialen Ausgleichs des höheren finanziellen Bedarfs im Alter aus¹²⁵.

Voigt, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 10 Rn. 37; in Zusammenhang mit § 5 AGG: *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 5 Rn. 18.

121 Im Hinblick auf die Verdienstsicherung: *Löwisch/Rieble* (Fn. 49), Rn. 786; *Temming* (Fn. 2), S. 525 ff.

122 *Preis* (Fn. 35), S. B 43.

123 *Löwisch/Rieble* (Fn. 49), Rn. 786.

124 Armutsrisikoquoten von 2003: 16 bis 24 Jahre: 19,1 %; 25 bis 49 Jahre: 13,5 %; 50 bis 64 Jahre: 11,5 %; 65 Jahre und älter: 11,4 % (*Tesch-Römer/Wurm*, in: *Gesundheit und Krankheit im Alter* [Fn. 98], S. 114). Dabei ist die Armutsgefährdung in Deutschland in den vergangenen zehn Jahren für die Gesamtbevölkerung signifikant angestiegen – nicht jedoch für Ältere (*Goebel/Grabka*, *Zur Entwicklung der Altersarmut in Deutschland*, Wochenbericht des DIW Berlin, Nr. 25/2011, S. 11).

125 So aber ArbG Marburg 26.9.2008 – 2 Ca 183/08, NZA-RR 2009, 165, 166 (unter B I 2 der Gründe): „Ältere Mitarbeiter mit erhöhten familiären Kosten und Anforderungen sollen ... mit einem erhöhten Vergütungsbetrag bedacht werden“; für einen höheren Bedarf aufgrund eines höheren Lebensstandards und teurer Gesundheitspflege wohl auch *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1241. Gegen einen höheren Bedarf wie hier: EuGH 8.9.2011 – C-297/10 und andere (Fn. 31), Rn. 70 (Hennigs und Mai); schon BAG 18.8.1987 – 1 AZR 30/86, BAGE 56, 18 (unter B IV 1 b der Gründe) zu einer Arbeitszeitverkürzung für Ältere durch Betriebsvereinbarung; LAG Hessen 22.4.2009 – 2 Sa 1689/08 (Fn. 16), Rn. 48; *Thüsing* (Fn. 74), Rn. 409, anders wohl aber in Rn. 424; *Bayreuther* (Fn. 59), S. 77, 83; *Jacobs* (Fn. 67), S. 259, 263; *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 10 Rn. 23; *Bissels/Lützel*, BB-Rechtsprechungsreport zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz 2009/2010 (Teil 1), BB 2010, 1661, 1662.

2. Tatbestandlicher Ausschluss der mittelbaren Diskriminierung

Auch bezüglich der Verdienstsicherung greifen die generell rechtmäßigen Ziele der Honorierung von Berufserfahrung und Betriebstreue konkret nicht¹²⁶. Wessen Leistung abfällt, ist nicht für seine gestiegene Qualifikation zu belohnen¹²⁷. Ebenso hat ein Arbeitnehmer, dessen Verdienst altersbedingt zu sichern ist, kaum zahlreiche Alternativen am Arbeitsmarkt. Diesen an den Betrieb zu binden, ist nicht erforderlich, vielmehr will der wirtschaftlich denkende Arbeitgeber diesen teuren Beschäftigten eher nicht weiterbeschäftigen¹²⁸. Anders formuliert: Ist wie im Rahmen der tariflichen Unkündbarkeit und des tariflichen Mehrurlaubs von einem guten, begehrten Älteren auszugehen, kommt es zu keiner Situation der erforderlichen Verdienstsicherung.

VI. Gemeinschaftsgrundrecht der Tarifautonomie nach Art. 28 GRCh

Das Verbot der Altersdiskriminierung folgt unter anderem aus dem Gleichheitssatz und ist ebenso als Gemeinschaftsgrundrecht anerkannt¹²⁹ wie die Tarifautonomie als Teil des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen¹³⁰. Damit stehen sich Art. 21 und 28 GRCh (in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 AEUV) ebenso gegenüber wie Art. 3 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG. Ist dieser Konflikt zugunsten eines Vorrangs der Tarifautonomie aufzulösen, wären tarifliche Diskriminierungen hinzunehmen. Dies ist allerdings nicht der Fall. Zwar ist den Koalitionen wegen ihrer Sachnähe¹³¹ ein Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum in Bezug auf die ihren Regelungen zugrunde liegenden Tatsachen und Interessen sowie die Folgen

126 Anderer Ansicht *Löwisch/Rieble* (Fn. 49), Rn. 786; *Temming* (Fn. 2), S. 524 f., 527. In Erwägung zu ziehen ist dies allein für die Verdienstsicherung bei Sachverhalten, die außerhalb des persönlichen Einflussbereichs des Arbeitnehmers liegen, etwa bei Rationalisierungsmaßnahmen. Vgl. § 14. 1. Manteltarifvertrag mit der IG Bergbau, Chemie, Energie vom 24.6.1992 in der Fassung vom 16.3.2009: „Für Arbeitnehmer, die nach mindestens 10-jähriger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit das 50. Lebensjahr vollendet haben und unverschuldet an einen anderen Arbeitsplatz mit geringeren Anforderungen umgesetzt werden, ist betrieblich im Einvernehmen mit dem Betriebsrat eine Verdienstsicherung zu treffen.“

127 *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1241; den „Verdienst“ bei nachlassender Leistungsfähigkeit anzweifeln *Adomeit*, NJW 2003, 1162.

128 *Wiedemann/Thüsing*, NZA 2002, 1234, 1241.

129 Schon EuGH 19.10.1977 – 117/76, Slg. 1977, 1753 Rn. 7 (Ruckdeschel).

130 EuGH 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 90 f. (Laval).

131 Vgl. BVerfG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95, BVerfGE 100, 271 (unter B II 1 c, aa der Gründe).

ihrer Normsetzung zuzugestehen. Dennoch sind sie an den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz gebunden und die Grenzen der autonomen Regelungsbefugnis sind überschritten, wenn die Kollektivautonomie nicht im Einklang mit dem Unionsrecht ausgeübt, sondern gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstoßen wird¹³². Auch Art. 21 GRCh besagt nicht, dass Diskriminierungsverbote tarifdispositiv sind, das AGG ist zu beachten¹³³.

VII. Konsequenzen der Diskriminierungen nach § 7 Abs. 2 AGG

1. Anpassung nach oben

Altersdiskriminierende Tarifklauseln¹³⁴ sind gemäß §§ 1, 3, 7 Abs. 1, 2 AGG in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam. Eine Anpassung nach unten bedeutete zwar einen Verlust ausgehandelter Vorteile für die Begünstigten und damit eine Sanktion für die Arbeitnehmervertretung. Auch gilt das Verbot der Absenkung des Schutzniveaus aus Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG wohl nur für die Mitgliedstaaten¹³⁵. Eine Anpassung nach unten verhindert jedoch der Vertrauensschutz der Älteren, die hinsichtlich der erfahrenen Begünstigung zudem meist entreichert und vor Rückforderungen auch durch tarifliche Ausschlussfristen geschützt sind¹³⁶.

132 EuGH 8.9. 2011 – C-297/10 und andere (Fn. 31), Rn. 67 (Hennigs und Mai). Vgl. zum beanstandeten Ausschluss von verheirateten Frauen von einer Ehefrauenzulage (BAG 13.11. 1985 – 4 AZR 234/84, NZA 1986, 321), von einer tariflichen Besitzstandszulage wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit (BAG 18.12. 2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 19 ff.), von tariflichem Sonderurlaub zur Kinderbetreuung (BAG 18.12. 2008 – 6 AZR 890/07, ZTR 2009, 322 Rn. 20 ff.) oder die beanstandete Benachteiligung alleinerziehender Eltern bei der tariflichen Berechnung des Vergleichsentgelts wegen der Ableistung von Wehr- oder Zivildienst ihrer Söhne (BAG 22.4. 2010 – 6 AZR 966/08, BAGE 134, 160 Rn. 25 ff.). Zum verfassungswidrigen Ausschluss gleichgeschlechtlicher, eingetragener Lebenspartner von tariflichen, familienstandsbezogenen Leistungen: BAG 18.3. 2010 – 6 AZR 434/07, AP Nr. 321 zu Art. 3 GG Rn. 32 ff.; BAG 18.3. 2010 – 6 AZR 156/09, BAGE 133, 354 Rn. 29 ff.

133 BAG 18.1. 2012 – 7 AZR 112/08, NZA 2012, 575 Rn. 25 mit Hinweis auf EuGH 13.9. 2011 – C-447/09 (Fn. 105), Rn. 46 ff. (Prigge).

134 Entgegen § 139 BGB ist der Tarifvertrag nur teilnichtig: *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 7 Rn. 18; *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 20), § 7 AGG Rn. 5. Zum Problem der Anwendbarkeit von § 139 BGB auf Tarifverträge *Henssler/Tillmanns*, *Altersdiskriminierung in Tarifverträgen*, Festschrift Birk, 2008, S. 179, 192 mit weiteren Nachweisen.

135 *Rieble/Zedler*, *ZfA* 2006, 273, 301.

136 BAG 20.3. 2012 – 9 AZR 529/10 (Fn. 84), Rn. 30; BAG 10.11. 2011 – 6 AZR 148/09, NZA 2012, 161 Rn. 21 ff. sowie 32; LAG Hessen 22.4. 2009 – 2 Sa 1689/08 (Fn. 16), Rn. 54 mit weiteren Nachweisen; schon BAG 13.11. 1985 – 4

Vielmehr besteht, wie bei § 612 Abs. 3 BGB a.F.¹³⁷, aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ein Anspruch auf Anpassung nach oben¹³⁸ – für die Vergangenheit und die Zukunft, bis eine diskriminierungsfreie Regelung getroffen wird¹³⁹. Im Sinne des *effet utile* sind nach dem EuGH auf die Diskriminierten die gleichen Regelungen anzuwenden wie auf die übrigen Arbeitnehmer¹⁴⁰. Dies erfolgt unabhängig von der Anzahl der betroffenen

AZR 234/84 (Fn. 132); zum Grundsatz des Vertrauensschutzes der Normunterworfenen grundlegend BAG 23.11.1994 – 4 AZR 879/93, BAGE 78, 309 (unter II 2 c, dd der Gründe); BAG 18.3.2010 – 6 AZR 434/07 (Fn. 132), Rn. 58; *Jacobs* (Fn. 67), S. 259, 269; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 7 Rn. 20; *Schmidt*, in: *ErfK* (Fn. 20), Art. 3 GG Rn. 58; *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 20), § 7 AGG Rn. 6; *Kamanabrou*, Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung im Antidiskriminierungsrecht, *ZfA* 2006, 327, 333; anderer Ansicht *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 7 Rn. 30 ff.

137 LAG Hessen 6.1.2010 – 2 Sa 1121/09, juris Rn. 54 sowie LAG Hessen 22.4.2009 – 2 Sa 1689/08 (Fn. 16), Rn. 53; zu § 612 Abs. 3 BGB a.F. vgl. BAG 11.12.2007 – 3 AZR 249/06, AP Nr. 1 zu § 2 AGG; BAG 14.8.2007 – 9 AZR 943/06, NZA 2008, 99.

138 Für eine Angleichung nach oben für die Vergangenheit BAG 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 (Fn. 84), Rn. 27 ff. zum tariflichen Urlaubsanspruch; BAG 10.11.2011 – 6 AZR 148/09, NZA 2012, 161 Rn. 19 ff. zur Entgeltstaffelung nach BAT; LAG Düsseldorf 18.1.2011 – 8 Sa 1274/10 (Fn. 33), Rn. 45 zum tariflichen Urlaub; vgl. auch BAG 24.9.2003 – 10 AZR 675/02, AP Nr. 4 zu § 4 TzBfG (unter II 4 der Gründe) zum tariflichen Spätarbeitszuschlag für Teilzeitbeschäftigte – wohl nicht nur für die Vergangenheit; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 7 Rn. 20; *Henssler/Tillmanns*, Festschrift Birk, 2008, S. 179, 188 ff.

139 EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Fn. 68), Rn. 33 mit weiteren Nachweisen (*Schöning-Kougebetopoulou*); BAG 10.11.2011 – 6 AZR 148/09 (Fn. 138), Rn. 31; wohl auch BAG 24.9.2003 – 10 AZR 675/02 (Fn. 138) (unter II 4 der Gründe) zum tariflichen Spätarbeitszuschlag für Teilzeitbeschäftigte; LAG Hessen 6.1.2010 – 2 Sa 1121/09 (Fn. 137), Rn. 54 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH; *Dornbusch/Kasprzyk*, Vergütungsstaffeln nach Lebensalter, NZA 2009, 1000, 1001; wohl auch *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 20), § 7 AGG Rn. 7; für die Vergangenheit als auch für die Zukunft *Adomeit/Mohr* (Fn. 14), § 7 Rn. 17; *Temming* (Fn. 2), S. 526 zur Verdienstsicherung; keine Übergangslösung, wenn der Anspruch des Bessergestellten nicht zu entziehen ist *Wank*, EG-Diskriminierungsverbote im Arbeitsrecht, in: Festschrift Wißmann, 2005, S. 599, 617.

140 Ständige Rechtsprechung des EuGH: 27.6.1990 – C-33/89, Slg. 1990, I-2591 Rn. 19 (*Kowalska*); EuGH 7.2.1991 – C-184/89 (Fn. 76), Rn. 21 (*Nimz*); EuGH 15.1.1998 – C-15/96 (Fn. 68), Rn. 35 (*Schöning-Kougebetopoulou*); EuGH 26.1.1999 – C-18/95, Slg. 1999, I-345 (*Terhoeve*); EuGH 22.6.2011 – C-399/09, Amtsblatt EU 2011 C 232/6 (*Landtová*); EuGH 20.3.2003 – C-187/00 (Fn. 29), Rn. 72 ff. (*Kutz-Bauer*); auch BAG 20.3.2012 – 9 AZR 529/10

Beschäftigten und den Anpassungskosten für den Arbeitgeber (zu den Anpassungskosten noch unten S. 118)¹⁴¹. Denn der Arbeitgeber wird für die Vergangenheit durch die üblichen tariflichen Ausschlussfristen geschützt (etwa § 37 TVöD/§ 37 TV-L), und für die Zukunft gilt die Anpassung nach oben nur solange, bis die Tarifvertragsparteien eine diskriminierungsfreie Regelung vereinbaren¹⁴² – insofern ist den Tarifvertragsparteien ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen. Nur die Angleichung nach oben sanktioniert und erreicht den Zweck des AGG, Benachteiligungen zu verhindern oder zu beseitigen (vgl. Art. 17 Satz 2 der Richtlinie 2000/78/EG)¹⁴³. Das Vertrauen der Tarifvertragsparteien steht einer Anpassung nach oben nicht entgegen¹⁴⁴: Die Richtlinie 2000/78/EG ist seit

(Fn. 84), Rn. 28; LAG Düsseldorf 18.1. 2011 – 8 Sa 1274/10 (Fn. 33), Rn. 45 zum tariflichen Urlaub.

- 141 LAG Hessen 6.1. 2010, 2 Sa 1121/09 (Fn. 137), Rn. 55; offenlassend BAG 10.11. 2011 – 6 AZR 148/09 (Fn. 136), Rn. 35 (Mehrkosten des Arbeitgebers in Höhe von 1,8 % als nicht unverhältnismäßig hoch ansehend), für eine Anpassung nach oben auch bei großen Beschäftigtengruppen wohl in Rn. 32 und 34; wie hier *Jacobs* (Fn. 67), S. 259, 272 f.; *Henssler/Tillmanns*, Festschrift Birk, 2008, S. 179, 190; kritisch *Dornbusch/Kasprzyk*, NZA 2009, 1000, 1001 f. mit Hinweis auf BAG 28.5. 1996 – 3 AZR 752/95, NZA 1997, 101 ff.; anderer Ansicht für Höchstgrenzen der ruinösen, finanziellen Belastung des Arbeitgebers *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 7 Rn. 22 und 27; für einen Schutz vor Überlastung auch *Schmidt*, in: *ErfK* (Fn. 20), Art. 3 GG Rn. 58; ebenso *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt* (Fn. 27), § 7 Rn. 54; aufgrund von „absurden praktischen Konsequenzen“: *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 3), § 7 Rn. 29 ff. Kritisch hinsichtlich einer größeren Gruppe Benachteiligter und von „inakzeptablen praktischen Konsequenzen“ sprechend: *Wulfers/Hecht*, ZTR 2007, 475, 482; ebenso *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 334. Für die Relevanz der Gruppengröße und damit der finanziellen Belastung für den Arbeitgeber *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 667; *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 20), § 7 AGG Rn. 7 für eine Neuregelung durch die Tarifparteien selbst bei großen Beschäftigtengruppen.
- 142 *Jacobs* (Fn. 67), S. 259, 271 f.; *Henssler/Tillmanns*, Festschrift Birk, 2008, S. 179, 194; kritisch zum Ausreichen des Schutzes durch Ausschlussfristen *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327, 334.
- 143 Vgl. EuGH 10.4. 1984 – 14/83, Slg. 1984, 1891 Rn. 23 (Colson und Kamann); EuGH 8.11. 1990 – C-177/88, Slg. 1990, I-3941 Rn. 23 (Dekker); BAG 20.3. 2012 – 9 AZR 529/10 (Fn. 84), Rn. 29; BAG 10.11. 2011 – 6 AZR 148/09 (Fn. 136), Rn. 18; LAG Hessen 6.1. 2010 – 2 Sa 1121/09 (Fn. 137), Rn. 60; *Kamanabrou*, ZfA 2006, 327, 330 f.; *Henssler/Tillmanns*, Festschrift Birk, 2008, S. 179, 191; *Jacobs* (Fn. 67), S. 259, 269 Fn. 59; *Thüsing* (Fn. 74), Rn. 499.
- 144 BAG 20.3. 2012 – 9 AZR 529/10 (Fn. 84), Rn. 32; *Jacobs* (Fn. 67), S. 259, 272; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 7 Rn. 21 mit der alleinigen Einschränkung des Inkrafttretens des AGG; anderer Ansicht wohl *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 68.

ihrem Erlass im Jahr 2000 ausdrücklich auf Tarifverträge anzuwenden (Art. 16 lit. b der Richtlinie), ebenso das AGG seit seinem Inkrafttreten im Jahr 2006 (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Schon in der Begründung des AGG¹⁴⁵, im Schrifttum sowie in der Rechtsprechung¹⁴⁶ war die Koppelung von mit der Beschäftigung verbundenen Vorteilen an das Lebensalter kritisch gesehen worden¹⁴⁷.

Die Anpassung für die Zukunft im Rahmen einer angemessenen Frist den Tarifvertragsparteien zu überlassen, entspräche zwar der Tarifautonomie¹⁴⁸. Eine diskriminierungsfreie Regelung ist dann allerdings nicht sicher¹⁴⁹, denn seit Inkrafttreten des AGG im Jahr 2006 wurde das Problem der Altersdiskriminierung von den Tarifvertragsparteien nicht angegangen¹⁵⁰ und diese können aufgrund der Tarifautonomie auch nicht zu Neuregelungen verpflichtet werden¹⁵¹. Bei Fristüberschreitung müsste die tarifliche Lücke ohnehin durch richterliche Regelung geschlossen werden¹⁵². Wenn nur die Anpassung nach oben rechtlich möglich ist, kann die Tarifnorm durch die Gerichte ergänzt werden¹⁵³. Zudem können die Tarifver-

145 Vgl. BT-Drucks. 16/1780, S. 36.

146 Zum Mehrurlaub: Spätestens mit der Entscheidung des LAG Düsseldorf aus Januar 2011 war arbeitgeberseitig eine entsprechende Risikobewertung notwendig (*Ebel/Lezius*, BAG: Unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters bei altersabhängiger Staffelung der Urlaubsdauer, BB 2012, 1992, 1996).

147 Vgl. BAG 20.3. 2012 – 9 AZR 529/10 (Fn. 84), Rn. 32; BAG 10.11. 2011 – 6 AZR 148/09 (Fn. 136), Rn. 36 ff.; LAG Hessen 6.1. 2010 – 2 Sa 1121/09 (Fn. 137), Rn. 63.

148 Hierfür *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein* (Fn. 16), § 7 Rn. 24; *Schmidt*, in: *ErfK* (Fn. 20), Art. 3 GG Rn. 59; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 668; *Wank*, Festschrift Wißmann, 2005, S. 599, 617; *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 20), § 7 AGG Rn. 7: wenn ein gesamtes Tarifsysteem benachteiligt; vgl. zu einer aufgrund von Art. 9 Abs. 3 GG erforderlichen Neuregelung durch die Tarifvertragsparteien selbst BAG 13.11.1985 – 4 AZR 234/84 (Fn. 132), welches tatsächlich aber auch zu einer Anpassung nach unten gelangt; keine Problematik hinsichtlich Art. 9 Abs. 3 GG erkennend BAG 24.9. 2003 – 10 AZR 675/02 (Fn. 138) (unter II 4 der Gründe).

149 In dem BAG 10.11. 2011 – 6 AZR 148/09 (Fn. 138) zugrunde liegenden Fall waren die Tarifvertragsparteien nicht bereit, eine Ersatzregelung zu vereinbaren (Rn. 24 ff.).

150 LAG Düsseldorf 18.1. 2011 – 8 Sa 1274/10 (Fn. 33), Rn. 54.

151 BAG 10.11. 2011 – 6 AZR 148/09 (Fn. 138), Rn. 27; *Schmidt*, in: *ErfK* (Fn. 20), Art. 3 GG Rn. 56 mit weiteren Nachweisen.

152 Für eine Anpassung nach Ablauf der Frist als nicht mehr unverhältnismäßigen Eingriff in die Tarifautonomie *Schmidt*, in: *ErfK* (Fn. 20), Art. 3 GG Rn. 59.

153 Vgl. BAG 13.11. 1985 – 4 AZR 234/84 (Fn. 132), für eine gerichtliche Regelung für die Vergangenheit; ebenso LAG Hessen 22.4. 2009 – 2 Sa 1689/08 (Fn. 16), Rn. 56; auch BAG 4.5. 2010 – 9 AZR 181/09, ZTR 2010, 583 für das Fehlen einer anderen, dem Gleichheitssatz genügenden Möglichkeit; *Schlachter*, in:

tragsparteien jederzeit eine diskriminierungsfreie Tarifregelung vereinbaren und von der gerichtlichen Entscheidung abweichen¹⁵⁴.

2. Anpassungskosten: Beteiligung der Gewerkschaften?

Verhindern hohe Kosten für den Arbeitgeber keine Anpassung nach oben (vgl. S. 115 f.), ist zu erwägen, die Gewerkschaften an diesen zu beteiligen – vor allem in Entgeltsituationen, wenn der Schaden bezifferbar ist. *Beiden* Tarifvertragsparteien mittels der Anpassungskosten ein Bußgeld aufzuerlegen, entspricht dem Vertragsverhältnis. Sonst könnten Gewerkschaften gezielt Diskriminierungen aushandeln, um mittels Angleichung nach oben ein Mehr für alle zu erreichen¹⁵⁵. Für beide Vertragsparteien muss ein Anreiz gesetzt werden, diskriminierungsfreie Regelungen zu treffen¹⁵⁶.

Es wäre eine tarifvertragliche Schutzpflicht¹⁵⁷ zugunsten der Gegenseite zu konstruieren: Es ist darauf zu achten, dass die andere Partei durch diskriminierende Klauseln keine Nachteile erleidet. In diesem Rahmen wäre ein Mitverschulden zu prüfen.

VIII. Ergebnisse

Eine Koppelung des tariflichen Altersschutzes an das Lebensalter ist nicht zu rechtfertigen; insofern ist der Begriff „Alters“schutz hinfällig. Die Betriebszugehörigkeit dient nur als Anknüpfungspunkt für einen tariflichen Sonderschutz, wenn tätigkeitsbezogen eine steigende Qualifikation zu ermitteln ist und sie als betriebsübergreifende Berufserfahrung verstanden wird. Ab welcher Zugehörigkeitsdauer ein Sonderschutz greifen soll und in welchen Schritten, haben die Tarifvertragsparteien anhand von objektiven, unstreitigen Kriterien tätigkeitsbezogen festzulegen. Eine Kumulation von tariflicher Verdienstsicherung und Unkündbarkeit und/oder Mehrurlaub beziehungsweise Altersfreizeit ist ohne Verstoß gegen das Europarecht unmöglich. Vielmehr müssen sich die Tarifvertragsparteien entscheiden: Gehen sie von einem im Alter an sich zu bindenden, guten Arbeitnehmer aus und gewähren Unkündbarkeit und Mehrurlaub bezie-

ErfK (Fn. 20), § 7 AGG Rn. 6 nur für eine Lückenfüllung durch die Tarifparteien, wenn verschiedene Möglichkeiten bestehen.

154 BAG 24.9. 2003 – 10 AZR 675/02 (Fn. 138) (unter II 4 der Gründe); vgl. LAG Hessen 6.1. 2010 – 2 Sa 1121/09 (Fn. 137), Rn. 55.

155 Vgl. *Wank*, Festschrift Wißmann, 2005, S. 599, 617.

156 Vgl. *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 300 ff.; *Dornbusch/Kasprzyk*, NZA 2009, 1000, 1002; kritisch zur ausschließlich belasteten Arbeitgeberseite auch *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 334.

157 Zu tariflichen Schutzpflichten *Konzen*, Grundlagen und Grenzen des vorbeugenden Rechtsschutzes, Festschrift Kissel, 1994, S. 571, 591 ff.

ungsweise Altersfreizeit? Oder gehen sie von einem altersbedingt leistungsschwächeren Arbeitnehmer aus, dessen Verdienst zu sichern ist? Momentan wird tariflicher Altersschutz meist als allumfassendes „Gesamtpaket“ gewährt und dabei die tatsächliche Arbeitsmarkt- und Lebenssituation Älterer gedreht und gewendet, wie sie für die Rechtfertigung der jeweiligen begünstigenden Seniorität gebraucht wird, anstatt unstrittige Erfahrungswerte oder gar Tatsachen heranzuziehen. Die Möglichkeit eines diskriminierungsfreien, sachgerechten Altersschutzes belegt der Manteltarifvertrag für Waldarbeiter der Länder und der Gemeinden:

§ 13 Lohngruppen: ... (6) Mit dem Waldarbeiter, der wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen nicht voll leistungsfähig ist, kann ein besonderer Lohn entsprechend seiner Leistungsfähigkeit schriftlich vereinbart werden.

Fluchten: Seniorenbeschäftigung in freier Mitarbeit oder bei (tariffreien) Vertragsarbeitgebern

Sebastian Kolbe

Seite

I. Fluchtweg: „Gezielte“ Neueinstellung nach altersbedingtem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis	122
1. Ausscheiden und Neueinstellung als einzige (praktische) Option	122
2. Neueinstellung als Altersdiskriminierung?	123
a) Kompetenzbezogener Diskriminierungsschutz	124
b) Tatbestand	124
c) Rechtfertigung.....	127
II. Freie Mitarbeit	129
1. Arbeitnehmerstatus und Arbeitsaufgabe	129
2. Arbeitnehmer-Ähnlichkeit?	131
3. Ergänzend: Sozialrecht.....	131
III. Tariffreie Arbeitgeber.....	132
1. „Nachteil“ Arbeitsverhältnis	133
2. Einsatzmodelle.....	133
a) Gemeinschaftsbetrieb	133
b) Drittbezogener Personaleinsatz.....	134
[1] Arbeitnehmerüberlassung.....	134
[2] Werkverträge	136
3. Kollektives Arbeitsrecht.....	137
4. Ergänzend: Sozialrecht.....	137
IV. Thesen.....	138
Diskussion	140

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]* (München 2013), S. 121-139

Für die Flucht aus dem Arbeitsrecht wie aus dem Tarifvertrag gibt es viele Gründe. Nicht zuletzt bieten gesetzliche und tarifliche Regelungen Anlass für solche Fluchten, die ältere Arbeitsplatzbesitzer gezielt begünstigen¹, damit Arbeits(rechts)kosten produzieren und letztlich die Altersgrenze als Korrektiv erzwingen². Als Ventil kann die Altersgrenze aber nicht immer greifen, etwa dann nicht, wenn gerade Senioren jenseits der üblichen Altersgrenzen beschäftigt werden sollen. Und es gibt Gründe genug, ältere Arbeitnehmer noch im Rentenalter zu halten: Zentraler Gesichtspunkt ist dabei die demografische Entwicklung, die künftig nicht nur einen Fachkräfte-, sondern einen Arbeitskräftemangel befürchten lässt³. Nicht selten droht mit der Pensionierung von Arbeitnehmern aber auch ein Verlust an betrieblichem „Know-how“, weil auf dem Arbeitsmarkt kein adäquater Ersatz zu bekommen ist⁴ oder weil das Wissensmanagement im Unternehmen versagt⁵.

In solchen Fällen wird die Weiterbeschäftigung von Rentnern wirtschaftlich attraktiv – vor allem dann, wenn es mit der Flucht aus dem Arbeitsrecht oder dem Tarifvertrag gelingt, Senioritätsbegünstigungen zu umgehen. Die beiden „Fluchtwege“, die hier vorgestellt werden sollen, sind die Beschäftigung von Senioren als freie Mitarbeiter sowie als Arbeitnehmer bei tariffreien Vertragsarbeitgebern.

I. Fluchtweg: „Gezielte“ Neueinstellung nach altersbedingtem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis

1. Ausscheiden und Neueinstellung als einzige (praktische) Option

Zuvor bleibt festzuhalten, dass beide Wege wiederum von der tariflichen oder arbeitsvertraglichen Altersgrenze abhängen: Theoretisch lässt sich ein Arbeitsverhältnis einvernehmlich in ein freies Dienstverhältnis umwandeln⁶. Der Arbeitnehmer hat aber vor dem Hintergrund der Seniori-

-
- 1 Überblick über begünstigende Senioritätsregelungen bei *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008, S. 119 ff.
 - 2 Dazu etwa *Kolbe*, *Küçükdeveci* und tarifliche Altersgrenzen, BB 2010, 501, 502.
 - 3 Etwa *Moog/Raffelhüschen*, Ehrbarer Staat? Die Generationenbilanz – Update 2012: Demographie und Arbeitsmarkt, S. 15.
 - 4 Hierzu *Sediq*, Rentnerbeschäftigung im Lichte des demografischen Wandels – Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, NZA 2009, 524.
 - 5 Etwa *von Steinau-Steinrück/Burkard-Pötter*, Die Alten kommen – Rentnerbeschäftigung auf dem Vormarsch, NJW-Spezial 2012, 306.
 - 6 Auch für solche „impliziten“ Aufhebungsverträge gilt das Schriftformgebot nach § 623 BGB, *Oetker*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 620-630 (Dienstvertragsrecht 3), Bearbeitung 2011, § 623 Rn. 49.

tätsbegünstigungen im Arbeitsrecht keinen Grund, seinen arbeitsrechtlichen Sonderschutz aufzugeben, wenn diesem Verzicht kein erheblicher finanzieller Anreiz gegenübersteht, der dem wirtschaftlichen Zweck der Vertragsänderung zuwiderläuft.

Der Arbeitgeberwechsel ließe sich über § 613a BGB sogar ohne einen solchen Anreiz erreichen, solange die Arbeitnehmer nicht widersprechen. Das setzt aber einen (Teil-) Betriebsübergang voraus, der erstens nicht gewollt sein muss, und der zweitens nicht die Chance bietet, gezielt ältere Arbeitnehmer zu „verschieben“. Zwar kann der Arbeitgeber die Zuordnung der Arbeitnehmer zu verschiedenen Betrieben oder Betriebsteilen steuern und (auch noch kurz vor dem Betriebsübergang) ändern⁷. Praktisch nutzen lässt sich dazu aber letztlich nur das Direktionsrecht⁸. Damit scheitert die gezielte Zuordnung von Arbeitnehmern nach deren Lebensalter jedenfalls (und unabhängig von der Diskriminierungsfrage) an der von § 106 Satz 1 GewO zwingend⁹ als Kontrollmaßstab vorgeschriebenen Billigkeit. Auch (Konzern-) Versetzungsklauseln im Arbeitsvertrag helfen nicht weiter, weil der Vertragsarbeitgeberwechsel ohne rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach richtiger Auffassung von der fortbestehenden Zustimmung des Arbeitnehmers abhängt¹⁰.

Praktisch kommt als „Fluchtvehikel“ also nur ein Neu-Vertrag in Betracht: Die Arbeitnehmer scheiden mit Erreichen der Altersgrenze aus und werden dann gezielt entweder von ihrem früheren Arbeitgeber als freie Dienstnehmer unter Vertrag genommen oder sie werden als Vertragsarbeitnehmer einer tariffreien „Rentner-Arbeitgeberin“ eingestellt, die gegebenenfalls eigens zu gründen ist.

2. Neueinstellung als Altersdiskriminierung?

Einziges Ziel dieser Personalpolitik ist es, Senioritätsbegünstigungen im gesetzlichen und tariflichen Arbeitsrecht zu vermeiden. Schon deshalb kann die zentrale Rechtsfrage solcher Fluchtbewegungen nur die nach der Altersdiskriminierung sein: die Frage also, ob Ältere wegen ihres Alters ungerechtfertigt benachteiligt werden, wenn ihnen nur Verträge als freie

7 *Annuß*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 613a-619a (Dienstvertragsrecht 2), Bearbeitung 2011, § 613a Rn. 146.

8 Zur „Zuordnungsentscheidung“ des Arbeitgebers im Rahmen des § 106 GewO *Müller-Glöge*, in: *Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB)*, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 613a Rn. 87.

9 *Kolbe*, in: *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.)*, *Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht*, 5. Aufl. 2012 (erscheint demnächst), § 106 GewO Rn. 2.

10 *Maschmann*, *Abordnung und Versetzung im Konzern*, RdA 1996, 24, 39.

Dienstnehmer oder als Arbeitnehmer besonderer tariffreier Arbeitgeber angeboten werden.

Außen vor bleiben soll hier die (weniger drängende) Frage nach einer Diskriminierung der Jüngeren, wenn und weil sie von dem Seniorenmodell ausgeschlossen sein sollen, aber auch, weil die Fluchten des Arbeitgebers den älteren Konkurrenten Vorteile im Kostenwettbewerb bescheren.

a) Kompetenzbezogener Diskriminierungsschutz

Selektiert ein Unternehmen die Kandidaten für bestimmte Vertragsangebote nach dem Lebensalter, kann diese Praxis ohne weiteres Bewerber diskriminieren¹¹. Dass aber Seniorenbeschäftigung bei einem neuen, tariffreien Arbeitgeber überhaupt mit der Weiterarbeit beim alten Arbeitgeber und zu Tarifbedingungen verglichen werden könnte, lässt sich durchaus bezweifeln: Gleichheitsgebote und damit Diskriminierungsverbote sind kompetenzbezogen¹²; sie setzen eine einheitliche, verteilende Instanz voraus, die verschiedene Personen ungleich behandelt. Dass ein Arbeitgeber weniger bezahlt als ein anderer, ist auch dann kein diskriminierungsrechtliches Problem, wenn einer nur Frauen und der andere nur Männer beschäftigt.

Aber: Die Sondermodelle für die Seniorenbeschäftigung setzen trotz rechtlicher Eigenständigkeit der beteiligten Arbeitgeber eine einheitliche Instanz voraus, die den Personaleinsatz unternehmensübergreifend steuert. Ob diese Leitung konzern- oder gesellschaftsrechtlich realisiert wird, spielt insoweit keine Rolle. Wichtig ist nur, dass sie realisiert werden muss und damit einen Ansatzpunkt für den Diskriminierungsvergleich bietet¹³.

b) Tatbestand

Dabei bedingen die beiden „Nestoren-Modelle“ zunächst eine unterschiedliche Behandlung der alten im Verhältnis zu den jüngeren Beschäftigten. Nach dem AGG¹⁴ verboten ist aber nicht jede Ungleichbehandlung, son-

¹¹ Vgl. nur BAG 6.4. 2011 – 7 AZR 524/09, NZA 2011, 970 Rn. 18.

¹² Exemplarisch *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 9 Rn. 12 ff. zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

¹³ In solchen Fällen wirkt auch der Gleichbehandlungssatz konzerndimensional, *Richardi* (Fn. 12), § 9 Rn. 14.

¹⁴ Prüfungsmaßstab für Altersdiskriminierungen ist nach dem BAG (seit dem 18.8. 2006) das AGG, das die Gleichbehandlungsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt hat, welche ihrerseits das unbestimmte unionsprimärrechtliche Altersdiskriminierungsverbot konkretisiert; BAG 25.2. 2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561 Rn. 17.

dern nur die Benachteiligung, also die „weniger günstige Behandlung“¹⁵. Insofern stellt sich gerade für das Alter als Diskriminierungsmerkmal die dogmatische Frage¹⁶, ob das Diskriminierungsverbot im Sinne eines strikten Anknüpfungsverbots zu verstehen ist¹⁷ oder sachgerechte Differenzierungen schon tatbestandlich nicht erfasst¹⁸.

In seiner Entscheidung zu den Freiwilligenprogrammen beim Personalabbau hat der 6. BAG-Senat 2010 die letztere Auffassung vertreten und hat das Alter als „ambivalentes, relatives Diskriminierungsmerkmal“ eingestuft¹⁹. In der Tat ist die Altersdiskriminierung insofern besonders, als sie oftmals eine Kompensation in der Zeit erfährt²⁰. Sind die Jungen von heute erst die Alten von morgen geworden, kommen sie in den Genuss jedenfalls der Senioritätsvorteile und müssen sich mit den Senioritätsnachteilen auseinandersetzen, die mit ihnen gealtert sind.

Außerdem kennt das Arbeitsrecht viele Sondervorteile für Senioren. Die Praxis hat mit einer weitgehenden Verdrängung Älterer vom Arbeitsmarkt reagiert²¹ – nicht erst durch die Altersgrenze, sondern vielfach bereits früher über Vorruhestandsmodelle respektive Altersteilzeit nach dem Blockmodell²². Ergebnis ist eine Art „Teufelskreis der Diskriminierungen“, in dem diskriminierungsschutzrechtlich fragwürdige²³ Senioritätsvergünsti-

15 BAG 25.2. 2010 – 6 AZR 911/08 (Fn. 14), Rn. 25 mit weiteren Nachweisen.

16 Zu ihr *Grünberger*, Altersdiskriminierung und Abfindungsansprüche, EuZA 4 (2011), 171, 173.

17 In diesem Sinne liegt nach *Temming* (Fn. 1), S. 433 „eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Regelung oder Maßnahme direkt an das verbotene Kriterium anknüpft. Das ist in diesem Fall das *Lebensalter*“ (Hervorhebung im Original). Weiter *Wendeling-Schröder*, Der Prüfungsmaßstab bei Altersdiskriminierungen, NZA 2007, 1399, 1400: „Alter als arbeitsrechtliches Tabu“.

18 Hierzu *Wernsmann*, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, 224, 228 f.

19 BAG 25.2. 2010 – 6 AZR 911/08 (Fn. 14), Rn. 20. *Ablehnend* die Anmerkung *Bieder*, Altersdiskriminierung bei nach dem Alter unterscheidender Auswahl der Adressaten von Aufhebungsvertragsangeboten, AuR 2010, 268 f.; ausführlich *Grünberger*, EuZA 4 (2011), 171 ff.

20 *Waltermann*, Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich?, NJW 2008, 2529, 2534. Mit weiteren Nachweisen *Grünberger*, EuZA 4 (2011), 171 f.

21 *Rolfs*, Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit älteren Arbeitnehmern, NZA 2008, Beilage 1, S. 8, 9. *Demgegenüber* sehen *Kaiser/Dahm*, Sozialauswahl ohne Lebensalter!, NZA 2010, 473, 475 f. in hohem Alter keine Ursache signifikant schlechterer Arbeitsmarktchancen (mehr).

22 *Giesen*, Die „alternde Arbeitswelt“ vor arbeits- und sozialrechtlichen Herausforderungen, NZA 2008, 905, 906 ff.

23 Unter Diskriminierungsverdacht steht etwa die Berücksichtigung des Lebensalters in der Sozialauswahl im Sinne von § 1 Abs. 3 KSchG, zumal die Betriebs-

gungen gegenläufige Diskriminierungen geradezu erzwingen²⁴ und insbesondere einen starken Anreiz setzen, ältere Arbeitnehmer nicht mehr (oder gar nicht erst) zu beschäftigen. Aus dieser Perspektive lässt sich also nicht nur bezweifeln, dass Weiterarbeit jenseits der Altersgrenze und ohne Sondervorteile für Ältere Altersdiskriminierung sein kann. Vielmehr wäre ein solches Modell geradezu das Ideal einer altersdiskriminierungsfreien Arbeitswelt²⁵.

Dementsprechend müssen die Beschäftigungswirkungen altersabhängig gestalteter Maßnahmen unstrittig diskriminierungsschutzrechtlich berücksichtigt werden. Unklar ist nur, ob sie den Diskriminierungsvorwurf auf Tatbestandsebene ausräumen können. Erlaubt man dies mit dem BAG, wird das Altersdiskriminierungsverbot zu einem Gebot relativiert, (auch nachteilige) Ungleichbehandlungen nach sachlichen Kriterien zu ordnen. Keine Benachteiligung sind dann insbesondere Maßnahmen, die Seniorenbeschäftigung fördern und damit das im 8. Erwägungsgrund der Gleichbehandlungsrichtlinie²⁶ angesprochene Ziel einer „Erhöhung des Anteils [älterer Arbeitnehmer] an der Erwerbsbevölkerung“ verwirklichen. Eine solche Wirkung entfalten beide der hier vorgestellten Modelle, weil sie den Rentnern eine Chance auf eine fortlaufende Erwerbstätigkeit eröffnen, die der normale Arbeitsmarkt kaum mehr bietet.

Tatbestandlich müssen sie aber gleichwohl Diskriminierung sein, weil es unter zwei Gesichtspunkten nicht in Betracht kommt, das Altersdiskriminierungsverbot zu relativieren: In der Sache lässt sich die paternalistische Grundwertung kritisieren, nach der Senioren am Arbeitsmarkt ohnehin keine Chance mehr hätten und sich deshalb mit letztlich jeder Form von

-
- zugehörigkeit mittelbar auch an das Alter anknüpft; *Kaiser/Dahm*, NZA 2010, 473 ff. *Anders* freilich BAG 15.12. 2011 – 2 AZR 42/10, DB 2012, 1445 Rn. 48 ff.
- 24 *Kolbe*, BB 2010, 501, 502; *von Hoff*, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsvergleichung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009, S. 356 mit weiteren Nachweisen. Zur dysfunktionalen Wirkung arbeitsrechtlicher Senioritätsvergünstigungen schon *Rieble/Zedler*, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, 273, 300 ff.
- 25 Ein solches Leitbild schwebt etwa *Preis*, Ein modernisiertes Arbeits- und Sozialrecht für eine alternde Gesellschaft, NZA 2008, 922, 924 f. vor; eingehend *ders.*, Alternde Arbeitswelt, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags, Gutachten B, 2008, S. B 72 ff. Radikaler noch *Rieble*, Alternde Arbeitswelt – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Anpassung der Rechtsstellung und zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer?, JZ 2008, 811, 815 ff.
- 26 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Amtsblatt EG 2000 L 303/16).

Beschäftigung zufriedengeben müssten²⁷. Vor allem aber tragen Richtlinie und AGG den Besonderheiten des Alters systematisch nicht auf Tatbestandsebene Rechnung²⁸, sondern durch besondere Rechtfertigungsmöglichkeiten, die eine differenziertere Prüfung erlauben und erfordern²⁹. Das Alter darf tatbestandlich nicht anders behandelt werden als andere geschützte Merkmale – und insoweit gilt, dass kompensatorische Vorteile für eine benachteiligende Regelung zunächst außer Acht bleiben müssen³⁰. Nur diese Sicht deckt sich mit der Rechtsprechung des EuGH, der beispielsweise in der Mangold-Entscheidung die Beschäftigungswirkungen einer Sonderbefristungsmöglichkeit für ältere Arbeitnehmer (erst) auf der Rechtfertigungsebene gewürdigt hat³¹.

c) Rechtfertigung

Die mithin zentrale Rechtfertigungsfrage entscheidet sich in den hier untersuchten Fällen ausschließlich an § 10 AGG. Berufliche Anforderungen im Sinne des § 8 AGG spielen keine Rolle: Dass das persönliche Know-how der ehemaligen Arbeitnehmer im Rahmen der Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen gesichert werden soll, lässt sich nicht als sachnotwendige Anforderung der jeweiligen Tätigkeit formulieren.

Es kommt also darauf an, ob die Seniorenbeschäftigung bei gleichzeitiger Flucht aus Arbeitsrecht oder Tarifvertrag bezogen auf ein legitimes Ziel angemessen ist. Insoweit ist umstritten, welche Ziele der einzelne Arbeitgeber legitimerweise verfolgen darf. Art. 6 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrichtlinie meint, „insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung“ könnten die Ungleichbehandlung nach dem Alter rechtfertigen. Das lässt den Schluss zu, die Richtlinie privilegiere nur „sozialpolitische“ Zwecke, die den genannten Beispielen vergleichbar sind³², wende sich also letztlich nur an Gesetzgeber und Tarifparteien als überbetriebliche Akteure der Sozialpolitik³³. Unternehmen werden immer zumindest auch individuelle Interessen verfolgen, insbesondere monetäre. Trotzdem müssen auch sie altersab-

27 Bieder, AuR 2010, 268, 269; Grünberger, EuZA 4 (2011), 171, 177.

28 Hierzu Grünberger, EuZA 4 (2011), 171, 179 f.

29 Bieder, AuR 2010, 268, 269.

30 Grünberger, EuZA 4 (2011), 171, 176 mit weiteren Nachweisen.

31 EuGH 22.11.2005 – C-144/04, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345 Rn. 65 (Mangold).

32 Deziert Grünberger, EuZA 4 (2011), 171, 181 mit weiteren Nachweisen. Anders etwa Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 20a, die jedes anerkennenswerte Interesse des Unternehmens ausreichen lassen, auch wenn es auf egoistischen Motiven beruht.

33 Vgl. Thüsing, in: MünchKommBGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 10 AGG Rn. 12.

hängige Maßnahmen nach § 10 AGG rechtfertigen dürfen³⁴, schon weil die Regelbeispiele jedenfalls für Höchstaltersgrenzen bei der Einstellung (§ 10 Satz 3 Nr. 3 Alt. 2 AGG) ausdrücklich Amortisations- und also Kosteninteressen des Arbeitgebers ausreichen lassen³⁵.

Vor diesem Hintergrund begnügt sich die überwiegende Ansicht damit, ein anerkanntes sozialpolitisches Anliegen im „Motivbündel“ zu verlangen³⁶. Aus meiner Sicht kann man noch einen Schritt weitergehen: Mit der Generalklausel des § 10 AGG reicht der Gesetzgeber den sozialpolitischen Spielraum, den ihm die Richtlinie lässt, an die Tarifparteien, aber auch an die Unternehmen weiter³⁷. Dahinter steht (auch) das unionsrechtlich privilegierte Anliegen, Beschäftigungschancen für Ältere zu verbessern, indem die Wirtschaftlichkeit von Unternehmen gefördert wird – in der Hoffnung, dass die so begünstigten Arbeitgeber neue Arbeitsplätze schaffen³⁸.

Damit dürfen Rentner in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit dann zu schlechteren Bedingungen eingestellt werden, wenn der Arbeitgeber damit (auch) die Erwerbstätigkeit älterer Menschen fördert³⁹, denen anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten faktisch nicht mehr offen stehen. Das belegt der Gegenschluss zu § 8 Abs. 2 AGG: Verboten ist ausschließlich, mit Blick auf den arbeitsrechtlichen Senioritätsschutz eine geringere Vergütung für die „gleiche oder gleichwertige Arbeit“ zu vereinbaren. Außerhalb des § 8 Abs. 2 AGG aber dürfen insbesondere „die Kosten im Zusammenhang mit Schutzvorschriften rechtfertigend berücksichtigt werden“⁴⁰. Dass damit in gewisser Weise Diskriminierungen durch andere Diskriminierungen gerechtfertigt werden, ist hinzunehmen⁴¹: Die Älteren müssen sich nicht nur die Kosten des rechtmäßigen Senioritätsschutzes entgegenhalten lassen, sondern auch die Kosten rechtswidriger Sondervorteile, sofern die Vorteile (noch) gewährt werden müssen und damit die Kalkulations-

34 In diese Richtung *Grünberger*, EuZA 4 (2011), 171, 182, der es für unzulässig hält, Kostengründe durch „vorgeschoben[e]“ sozialpolitische Motive zu verdecken.

35 Hierzu *Kamanabrou*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, RdA 2006, 321, 329; *von Hoff* (Fn. 24), S. 225 ff. mit weiteren Nachweisen.

36 *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 12. Aufl. 2012, § 10 AGG Rn. 7.

37 *von Hoff* (Fn. 24), S. 226.

38 *von Hoff* (Fn. 24), S. 227.

39 Hierzu auch *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG, 2008, § 10 Rn. 8 f.: Die Eingliederung älterer Beschäftigter in den Arbeitsmarkt sei immer legitim.

40 Auch dazu *von Hoff* (Fn. 24), S. 231.

41 Generell *skeptisch* gegenüber einem solchen Ansatz *von Hoff* (Fn. 24), S. 355.

grundlage für den Arbeitsplatz prägen. Am Beispiel der Sozialauswahl: Sollte der EuGH hier einmal eine verbotene Altersdiskriminierung erkennen⁴², entfällt von diesem Zeitpunkt an der Senioritätsbonus. Bis dahin aber verhindert oder erschwert es der gesteigerte Bestandsschutz für Ältere, im Betrieb eine altersmäßig ausgewogene Personalstruktur zu schaffen – und produziert damit Kosten, mit denen der Arbeitgeber kalkulieren muss und auf die er sich im Rahmen des § 10 AGG stützen darf.

Hält man solche Kostenüberlegungen mit der hier vertretenen Ansicht für legitim, sind Sondermodelle für die Beschäftigung von Senioren insoweit erforderlich und angemessen, als Beschäftigungshemmnisse durch Senioritätsvorteile beseitigt werden sollen. Rechtfertigen in diesem Sinne lassen sich also sowohl die Flucht aus dem Arbeitsrecht, als auch die aus dem Tarifvertrag. Dass in deren Folge nicht nur altersabhängige Beschäftigungsbedingungen der Rentner anders ausfallen, sondern auch altersunabhängige, ist keine eigenständige Diskriminierung durch die Personalstrategie eines Unternehmens oder Konzerns, sondern ergibt sich aus der gesetzlichen Entscheidung über den personellen Anwendungsbereich des Arbeitsbeziehungsweise Tarifvertragsrechts. Diese Grundwertungen mutieren auch dann nicht zur Altersdiskriminierung, wenn ein Unternehmen Ältere nur als freie Dienstnehmer oder eine Unternehmensgruppe Ältere nur als Arbeitnehmer eines tariffreien Vertragsarbeitgebers beschäftigt.

II. Freie Mitarbeit

Die Seniorenbeschäftigung in freier Mitarbeit wird vielfach praktisch: häufig sind (befristete) Beraterverträge, in deren Rahmen ehemalige Arbeitnehmer nach Eintritt in den Ruhestand selbständig tätig werden⁴³. Für die dabei bezweckte Flucht aus dem Arbeitsrecht kommt es auf den Arbeitnehmerbegriff als den „Schlüssel zum Arbeitsrecht“ an.

1. Arbeitnehmerstatus und Arbeitsaufgabe

Mit Wirkung für das gesamte Arbeitsrecht ist dieser Schlüsselbegriff nicht legaldefiniert, sondern wird vom Gesetz vorausgesetzt⁴⁴. Rechtsprechung und Wissenschaft definieren die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers – vor allem infolge von Weisungsbindung – nicht, sondern umschreiben den Arbeitnehmer als „Typus“⁴⁵. Anders gewendet gibt es kein K.O.-Kriterium, über das die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen rechtssicher gesteuert werden könnte. Die „Scheinselbstän-

42 Zur Frage einer Altersdiskriminierung in der Sozialauswahl vgl. die Nachweise in Fn. 23.

43 von *Steinau-Steinrück/Burkard-Pötter*, NJW-Spezial 2012, 306, 307.

44 *Kolbe*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 9), § 6 GewO Rn. 1.

45 *Kolbe*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 9), § 6 GewO Rn. 43.

digkeit“ als Rechtsrisiko lässt sich im Grenzbereich nicht ausschalten, insbesondere nicht mit kautelarjuristischen Mitteln: Widersprechen sich der Vertrag als Grundlage der Beschäftigung und seine tatsächliche Durchführung, gibt grundsätzlich Letztere den Ausschlag⁴⁶.

Damit wird die Weiterbeschäftigung Älterer auf selbständiger Basis entscheidend eingeschränkt⁴⁷: Interessant ist ein solcher Einsatz vor allem, wenn die Senioren ihre bisherige Arbeitsaufgabe auch weiterhin wahrnehmen und so ihr erworbenes Know-how einbringen können. Das setzt voraus, dass diese Tätigkeit sinnvoll erledigt werden kann, ohne dass Weisungen zu Zeit, Ort und Inhalt der Arbeitsleistung erteilt werden. Problematisch ist das bei Mitarbeitern, die bei ihrer Tätigkeit auf „Apparat und Team“ angewiesen sind. Eine enge organisatorische Einbindung setzt in aller Regel voraus, dass der Arbeitgeber die Arbeitsorganisation durch Weisungen steuert⁴⁸. Anders gesagt: Einen einzelnen Orchestermusiker kann man nicht als freien Mitarbeiter beschäftigen. Demgegenüber lassen sich weitgehend „autarke“ Tätigkeiten, die keine oder nur eine rudimentäre organisatorische Einbindung erfordern, unproblematisch auch an freie Mitarbeiter vergeben. Für Vertreter beispielsweise lässt schon § 84 HGB erkennen, dass sie selbständig oder unselbständig tätig werden können. Frachtführer sieht das HGB prinzipiell als selbständige Unternehmer, in der Praxis finden sich aber auch abhängig beschäftigte Transporteure⁴⁹. Für solche Tätigkeiten ist der Übergang vom Arbeitsverhältnis in die Selbständigkeit gestaltbar – und damit auch die Flucht aus dem Arbeitsrecht.

Das heißt aber nicht, dass „klassische“ Arbeitnehmertätigkeiten nicht von freien Dienstnehmern erbracht werden könnten. 1991 hat das BAG einer „Eigengruppe“ von Bauarbeitern die Arbeitnehmereigenschaft abgesprochen, die sich in einer GmbH zusammengeschlossen hatten, in der alle Gesellschafter „gleich berechtigt und gleich verpflichtet“ sein sollten⁵⁰. Durch diese ungewöhnliche Gestaltung gelang es den findigen Ex-Arbeitnehmern, vor allem Zimmerarbeiten als nicht nur formal, sondern rechtlich Selbständige auszuführen. Vor dem BAG ging es damals um Forderungen der SOKA-Bau; dass sie leer ausgegangen ist, eröffnet eine Perspektive, die auch für die Beschäftigung von Rentnern auf dem alten Arbeitsplatz interessant ist: Zwar kann der einzelne Zimmermann nicht wie bisher eingesetzt werden, ohne Arbeitnehmer zu sein. Steht aber eine Gruppe Ausgeschiedener zur Verfügung, lässt sich die Arbeitsaufgabe womöglich an diese Gruppe outsourcen. Wichtig ist dabei, dass im Innen-

46 Kolbe, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 9), § 6 GewO Rn. 22 ff.

47 In diese Richtung auch *Sediq*, NZA 2009, 524, 529 f.

48 Hierzu Kolbe, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 9), § 6 GewO Rn. 45.

49 Zur Abgrenzung BAG 19.11.1997 – 5 AZR 653/96, NZA 1998, 364 (I 2 der Gründe).

50 BAG 10.4.1991 – 4 AZR 467/90, NZA 1991, 856 (I 3 der Gründe).

verhältnis der Eigengruppe kein Abhängigkeitsverhältnis entstehen darf; auch insoweit muss es letztlich auf die tatsächliche Handhabung eines Gesellschaftsvertrags ankommen⁵¹. Als Vorteil gegenüber der klassischen Fremdvergabe kann dann das Know-how der langjährigen Arbeitnehmer aktiviert werden. Gelingen wird das freilich nur, wenn ausreichend viele geeignete Kräfte für eine abtrennbare Aufgabe zur Verfügung stehen, die bereit sind, unternehmerische Verantwortung für einen funktional abgegrenzten Teilbereich der Betriebstätigkeit zu übernehmen.

2. Arbeitnehmer-Ähnlichkeit

Die Flucht aus dem Arbeitsrecht kann auch teilweise scheitern. Werden ältere Mitarbeiter beschäftigt, ohne persönlich vom Dienstberechtigten abhängig zu sein, dann sind sie zwar keine Arbeitnehmer, können aber immer noch arbeitnehmerähnlich sein. Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbständige, die von einem bestimmten Auftraggeber wirtschaftlich abhängig und ihrer sozialen Stellung nach vergleichbar einem Arbeitnehmer schutzbedürftig sind⁵².

Die potenzielle wirtschaftliche Abhängigkeit der Senioren begründet also – vergleichbar der potenziellen persönlichen Abhängigkeit – ein Rechtsrisiko, das sich nicht vollständig ausschalten lässt. Indes wird die wirtschaftliche Existenz weiterbeschäftigter Rentner schon mit Blick auf ihre Altersbezüge kaum einmal von der Vergütung aus der selbständigen Tätigkeit⁵³ abhängen. Und selbst wenn sich das Rechtsrisiko realisiert, bleiben die Folgen überschaubar: Insbesondere erfasst der arbeitsrechtliche Bestandsschutz Arbeitnehmerähnliche nicht; KSchG und TzBfG sind unanwendbar⁵⁴. Relevant werden vor allem der gesetzliche Urlaubsanspruch sowie der Arbeitsschutz.

3. Ergänzend: Sozialrecht

Für das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis kommt es zwar nicht auf die arbeitsrechtliche Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen an – sozialrechtlicher Beschäftigtenbegriff und arbeits-

51 Vgl. BAG 10.4. 1991 – 4 AZR 467/90 (Fn. 50) (I 3 c der Gründe).

52 Die Definition lehnt sich stark an § 12a TVG an; *Richardi/Fischinger*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1), Bearbeitung 2011, Vorbemerkung zu §§ 611 ff. Rn. 342.

53 Anzusetzen sind dabei nicht die Umsätze aus selbständiger Tätigkeit, sondern die Gewinne vor Steuern und privaten Versicherungen; BAG 26.11. 2011 – 9 AZR 820/09, NZA-RR 2012, 365 Rn. 34.

54 *Vogelsang*, in: *Schaub* (Hrsg.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 14. Aufl. 2011, § 10 Rn. 10.

rechtlicher Arbeitnehmerbegriff decken sich aber weitgehend⁵⁵. Für nominell als Selbständige beschäftigte Rentner ist die Abgrenzungsfrage für beide Rechtsgebiete einheitlich zu entscheiden: Werden sie arbeitsrechtlich als freie Dienstnehmer tätig, stehen sie auch sozialversicherungsrechtlich nicht in einem Beschäftigungsverhältnis. Für den Auftraggeber fallen dann keinerlei Sozialabgaben an; der Rentner selbst würde zwar unter die Rentenversicherungspflicht für arbeitnehmerähnliche Personen nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI fallen, bleibt aber laut § 5 Abs. 4 Nr. 1 SGB VI versicherungsfrei, wenn er eine Vollrente wegen Alters bezieht und kann anderenfalls zumindest die Befreiung von der Versicherungspflicht für drei Jahre beantragen, § 6 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB VI.

Weil gerade aus Sicht des Arbeitgebers eine erhebliche Diskrepanz zwischen beitragsfreier selbständiger und beitragspflichtiger unselbständiger Beschäftigung von Rentnern besteht, empfiehlt es sich, das Personaleinsatzmodell von Beginn an mit Anfrageverfahren nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund abzusichern. Das Verfahren entfaltet zwar keine Bindungswirkung für das Arbeitsrecht, bietet aber angesichts des vergleichbaren Bewertungsmaßstabs ein Indiz. Außerdem ist das behördliche Verfahren nach § 64 Abs. 1 SGB X kostenfrei und schafft eine schnelle erste Entscheidung, die eine Statusfeststellungsklage vor den Arbeitsgerichten überflüssig machen könnte.

Wie attraktiv die Selbständigkeit aus der Perspektive des Rentners ist, beeinflussen neben der Beitragspflicht auch die sozialversicherungsrechtlichen Hinzuverdienstgrenzen. Insofern gilt: Wer die Regelaltersgrenze erreicht hat und Altersrente als Vollrente bezieht, muss keine Anrechnung befürchten (vgl. § 34 Abs. 2 Satz 1 SGB VI)⁵⁶.

III. Tariffreie Arbeitgeber

Obwohl die Flucht aus dem Tarifvertrag gegenüber der aus dem Arbeitsrecht gewissermaßen nur die „kleine Lösung“ ist, erfordert die Weiterbeschäftigung von Rentnern bei tariffreien Vertragsarbeitgebern im Zweifel erheblichen organisatorischen Aufwand. Die neue Arbeitgeberin muss zunächst gegründet oder doch zumindest umfassend neu aufgestellt werden. Die Senioren in die Betriebe bestehender, bereits operativ tätiger Unternehmen zu integrieren, ist schon deshalb problematisch, weil dann die Stammebelegschaft in der Sozialauswahl einen „Puffer“ für die neu dazugekommenen Rentner bildet. Strukturelle Anpassungen werden so massiv erschwert.

⁵⁵ Hierzu *Kolbe*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 9), § 6 GewO Rn. 8 ff.

⁵⁶ *Roßbach*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 2. Aufl. 2011, § 34 SGB VI Rn. 5.

1. „Nachteil“ Arbeitsverhältnis

Damit ist das zentrale „Problem“ der Seniorenbeschäftigung bei tariffreien Vertragsarbeitgebern angesprochen: Die Rentner bleiben – oder genauer: werden in diesem Fall wieder – Arbeitnehmer. Ihre Beschäftigungsverhältnisse unterliegen voll dem Arbeitsrecht, einschließlich Bestands- und Befristungsschutz. Dass tarifvertragliche Senioritätsvergünstigungen mangels Tarifbindung des Arbeitgebers nicht greifen, beseitigt den gesetzlichen Sonderschutz für ältere Arbeitnehmer nicht. Immerhin mag dieser im Rentner-Betrieb weniger ins Gewicht fallen: So werden beispielsweise die Vorteile älterer Arbeitnehmer in der Sozialauswahl egalisiert, wenn die Konkurrenz in derselben Altersklasse antritt. Keine Rolle spielt weiter, dass hohes Alter üblicherweise bei der Bemessung von Abfindungen prämiert wird: § 10 Abs. 2 Satz 2 KSchG schließt Arbeitnehmer jenseits der Regelaltersgrenze kategorisch aus.

2. Einsatzmodelle

Die tariffreie Arbeitgeberin lässt sich vor allem dann sinnvoll einsetzen, wenn diejenigen Unternehmensfunktionen an sie fremdvergeben werden, in denen die Rentner erworbenes Know-how einbringen können. Dabei kann es zum Betriebsübergang kommen, etwa wenn die Rentnergesellschaft auch Sachmittel übernimmt. In der Folge könnten Arbeitnehmer zu der tariffreien Gesellschaft wechseln, die nach dem Personaleinsatzkonzept bei ihrem alten Arbeitgeber bleiben sollen. Insoweit wäre es sicherer, der besonderen Arbeitgeberin keine Sachmittel zu übertragen und die Senioren unternehmensübergreifend einzusetzen.

a) Gemeinschaftsbetrieb

Zu diesem Zweck kommt zunächst eine unternehmensübergreifende Zusammenarbeit im Gemeinschaftsbetrieb im Sinne des § 1 Abs. 2 BetrVG in Betracht. Die beteiligten Trägerunternehmen müssen dazu in „einer gemeinsamen Betriebsstätte ... Betriebsmittel und ... Arbeitnehmer zur Erreichung des einheitlichen arbeitstechnischen Zwecks“ unter „einer einheitlichen Leitung“ zusammenfassen⁵⁷. Das heißt insbesondere, dass die Rentnergesellschaft sich nicht darauf beschränken darf, ihre Arbeitskräfte in einen fremden Betrieb zu entsenden: Das BAG sieht Arbeitnehmerüberlassung und Gemeinschaftsbetrieb streng alternativ; Abgrenzungskriterium ist, ob die beteiligten Unternehmen jeweils einen eigenen arbeitstechnischen Zweck verfolgen, der über das bloße „Zur-Verfügung-Stellen“ von Arbeitnehmern hinausgeht⁵⁸. Anders ausgedrückt muss die Rentnergesellschaft bei dieser Gestaltung voll in das operative Geschäft

57 BAG 13.8. 2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, 255 Rn. 29.

58 BAG 13.8. 2008 – 7 ABR 21/07 (Fn. 57), Rn. 24.

des Alt-Arbeitgebers einsteigen, und dieser muss seine betriebsverfassungsrechtliche Leitungsmacht im Betrieb mit dem neuen Partnerunternehmen „vergemeinschaften“.

Der Gemeinschaftsbetrieb führt zunächst dazu, dass Arbeitnehmer verschiedener Unternehmen mit Blick auf mitbestimmungsrechtliche Schwellenwerte „zusammengerechnet“ werden. Nach dem BAG gilt das auch dann, wenn das BetrVG auf die Arbeitnehmerzahl von Unternehmen abstellt⁵⁹, und nach umstrittener Ansicht erfolgt selbst im Unternehmensmitbestimmungsrecht eine wechselseitige Zurechnung nach dem Prinzip „alle (Arbeitnehmer) an alle (Unternehmen)“⁶⁰. Zum Problem kann aber vor allem die kündigungsschutzrechtliche Wirkung des Gemeinschaftsbetriebs werden: Die Sozialauswahl begründet eine betriebsweite Gefahrengemeinschaft der horizontal vergleichbaren Arbeitnehmer; damit besteht die Gefahr, dass Personalabbaumaßnahmen in der Rentnergesellschaft nur zulasten des anderen Trägerunternehmens realisiert werden können⁶¹.

b) Drittbezogener Personaleinsatz

[1] Arbeitnehmerüberlassung

Soll die Rentnergesellschaft ihre Arbeitnehmer an deren ehemaligen Arbeitgeber verleihen, setzt dieses Modell zunächst ein Auftreten am Markt der Personaldienstleistungen voraus, wenn man mit der überwiegenden Auffassung auch die auf einen einzigen Auftraggeber (im Konzernverbund) fixierten Verleiher als Marktteilnehmer sieht⁶². Damit erfolgt die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit⁶³,

59 Für § 99 BetrVG BAG 29.9. 2004 – 1 ABR 39/03, NZA 2005, 420 (B III 2 der Gründe); für den Wirtschaftsausschuss BAG 1.8. 1990 – 7 ABR 91/88, NZA 1991, 643 (B II 2 der Gründe).

60 In diesem Sinne etwa *Däubler*, Der Gemeinschaftsbetrieb im Arbeitsrecht, Festschrift Zeuner, 1994, S. 19, 31; *Hjort*, Wahlrecht der Arbeitnehmer zu mehreren Aufsichtsräten in Gemeinschaftsbetrieben?, NZA 2001, 696, 698; *Thüsing/Forst*, Der Gemeinschaftsbetrieb im Recht der Unternehmensmitbestimmung, Festschrift Kreuzt, 2010, S. 867, 873 ff.; *dagegen* etwa *Hohenstatt/Schramm*, Der Gemeinschaftsbetrieb im Recht der Unternehmensmitbestimmung, NZA 2010, 846, 847 ff.

61 Zur Sozialauswahl im Gemeinschaftsbetrieb nur *Oetker*, in: ErfK (Fn. 36), § 1 KSchG Rn. 322 mit weiteren Nachweisen.

62 *Hamann*, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2011, 70, 71 f.; *Lembke*, Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 414; explizit die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 17/4804, S. 8. *Dagegen Rieble/Vielmeier*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 4 (2011), 474, 480 f.

63 Zum Merkmal der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ *Rieble/Vielmeier*, EuZA 4 (2011), 474, 476 ff.

die Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG greift. Ob die Verleihtätigkeit Profit abwirft, spielt seit der AÜG-Reform 2011⁶⁴ keine Rolle mehr⁶⁵.

Daneben treffen eine Rentnergesellschaft auch die arbeitsrechtlichen Vorgaben des AÜG. Das heißt in erster Linie, dass sie den überlassenen Senioren *equal-pay* und *equal-treatment* gewähren muss. Die Unterschreitung der Arbeitsbedingungen im Einsatzbetrieb ist zwar typisch für die Leiharbeit, setzt aber einen – wenigstens schuldrechtlich über die Bezugnahme geltenden – Tarifvertrag voraus. Insoweit ordnet der neu gefasste § 9 Nr. 2 AÜG a.E. eine Ausnahme von der Tarifdispositivität der Gleichstellungspflicht an, wenn die entliehenen Kräfte längstens sechs Monate zuvor aus einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher ausgeschieden sind. Diese „Drehtür-Klausel“ soll den Missbrauch der Leiharbeit verhindern, als Reaktion vor allem auf die *causa* Schlecker. Sie trifft dem klaren Wortlaut nach auch das hier vorgestellte Rentner-Modell. Zwar lässt sich durchaus fragen, ob der Missbrauchsschutz auch in Fällen geboten ist, in denen Arbeitnehmer nicht entlassen wurden, sondern mit Erreichen der Altersgrenze ausgeschieden sind. Indes liegt in der denkbaren teleologischen Reduktion der Vorschrift ein für die Praxis unzureichend kalkulierbares Rechtsrisiko.

Mithin wird *equal-treatment* zum Problem der Rentner-Überlassung an den alten Arbeitsplatz. Welche Arbeitsbedingungen „wesentlich“ sind, sagt § 9 Nr. 2 AÜG nicht. Die Leiharbeitsrichtlinie⁶⁶ hingegen definiert in Art. 3 Abs. 1 lit. f (unter anderem) tarifliche Arbeitsbedingungen als „wesentlich“, die „Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nacharbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage“ sowie das Entgelt betreffen. Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 erweitert diese – ansonsten abschließende – Aufzählung um den hier nicht interessierenden Mutter- und Jugendschutz „sowie die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und sämtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen“ aufgrund der nach AGG geschützten Merkmale. Richtigerweise ist die offene deutsche Umsetzung im AÜG an diesen Vorgaben auszurichten⁶⁷. Damit kann sich die Gleichstellungspflicht gerade auch auf tarifliche Senioritätsvorteile – etwa zusätzliche Urlaubstage für Ältere – erstrecken, die zu vermeiden das wirtschaftliche Ziel des Nestorenmodells ist.

64 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung, BGBl. I 2011, S. 643.

65 Rieble/Vielmeier, EuZA 4 (2011), 474, 477 f.; Hamann, NZA 2011, 70, 71.

66 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EU 2008 L 327/9).

67 Schüren/Wank, Die neue Leiharbeitsrichtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht, RdA 2011, 1, 3 f.; Rieble/Vielmeier, EuZA 4 (2011), 474, 496.

Ob⁶⁸ und – sofern überhaupt – zu welcher Bezugsgröße entliehene Rentner gleichzustellen sind, wenn sich im Einsatzbetrieb keine vergleichbaren Arbeitnehmer finden, ist nicht abschließend geklärt: In der Literatur wird (gestützt auf § 612 Abs. 2 BGB) mit Arbeitnehmern in anderen Unternehmen verglichen⁶⁹, aber auch (nach dem Modell der Leiharbeitsrichtlinie) mit einem hypothetischen Stammarbeitnehmer⁷⁰. Die Frage wird (nur dann) praktisch, wenn ein ausgeschiedener Rentner im alten Betrieb gewissermaßen „als Einzelkämpfer“ eine Arbeitsaufgabe allein und exklusiv wahrgenommen hat. Der rechtlich sicherste Weg ist es dann, angelehnt an die hypothetische Betrachtung der Richtlinie die „alten“ Arbeitsbedingungen des heutigen Rentners als Vergleichsmaßstab heranzuziehen. Ignoriert die Rentnergesellschaft die (mögliche) Gleichstellungspflicht, riskiert sie nicht nur Nachforderungen der Arbeitnehmer, sondern setzt auch die Verleiherlaubnis aufs Spiel, die womöglich nicht verlängert oder widerrufen wird.

[2] Werkverträge

Schließlich könnte die besondere Arbeitgeberin nicht als Verleiherin, sondern als Werkunternehmerin tätig werden. Die Rentner kommen dann als Erfüllungsgehilfen, soweit möglich, an die alten Arbeitsplätze zurück, unterstehen dort aber nicht mehr dem Direktionsrecht ihres alten Arbeitgebers. Der drittbezogene Personaleinsatz kann sich dabei auf Daueraufgaben im Einsatzbetrieb beziehen, deren Nähe zum Betriebszweck des Werkbestellers keine Rolle spielt. Voraussetzung ist nur, dass sich der Werkvertrag auf organisatorisch abgrenzbare Teilfunktionen des Einsatzbetriebs bezieht⁷¹. Hier zeigt sich eine Parallele zur Seniorenbeschäftigung in Selbständigkeit: Beide Modelle setzen eine funktional abgrenzbare Arbeitsaufgabe voraus.

Rechtlich riskant ist ein Werkvertragsmodell vor allem mit Blick auf die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung. Diese hängt davon ab, wem das arbeitsrechtliche Weisungsrecht zusteht⁷²; die tatsächliche Vertragsdurchführung ist maßgeblich, soweit sie vom Vertragswortlaut abweicht⁷³.

-
- 68 *Gegen* jede Gleichstellung in einem solchen Fall *Rieble/Vielmeier*, EuZA 4 (2011), 474, 497 f. Ähnlich bereits zum alten Recht *Rieble/Klebeck*, Lohn-gleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23, 24.
- 69 *Lembke*, Die „Hartz-Reform“ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BB 2003, 98, 100.
- 70 *Wank*, in: ErfK (Fn. 36), § 3 AÜG Rn. 16, der freilich hilfsweise auf die Arbeitsbedingungen in einem vergleichbaren Betrieb abstellen will.
- 71 *Dauner-Lieb*, Der innerbetriebliche Fremdfirmeneinsatz auf Dienst- oder Werkvertragsbasis im Spannungsfeld zwischen AÜG und BetrVG, NZA 1992, 817, 819 mit weiteren Nachweisen.
- 72 Nur BAG 18.1. 2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455 Rn. 26 ff.
- 73 *Karthaus/Klebe*, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, 417, 421.

Weil das Werkrecht detaillierte vertragliche Vorgaben für die Tätigkeit des Werkunternehmers erlaubt und bei Einsätzen im Betrieb des Werkbestellers zudem dessen Personal koordinierend anweisen darf, ergibt sich hier eine erhebliche Grauzone⁷⁴. Die beteiligten Arbeitgeber sollten diesem Risiko vorbeugend begegnen, indem sich die Rentnergesellschaft eine vorsorgliche Überlassungserlaubnis erteilen lässt, die zumindest die Fiktionsfolge des § 10 Abs. 1 AÜG vermeidet. *Equal-pay* und *equal-treatment* lassen sich demgegenüber kautelarjuristisch nicht verlässlich abwenden. Das gilt selbst jenseits der „Drehtürklausel“⁷⁵, weil die hilfsweise Bezugnahme auf einen Zeitarbeits-Tarifvertrag ebenso gegen das Transparenzgebot verstößt wie die bekannte Doppelverweisung in der Leiharbeit⁷⁶.

3. Kollektives Arbeitsrecht

Tariffreie Arbeitgeber müssen nicht tariffrei bleiben. Sie sind nach § 2 Abs. 1 TVG selbst tariffähig und können theoretisch jederzeit bestreikt werden, um den Abschluss eines Haustarifvertrags zu erzwingen. „Tariffrei“ heißt eben auch, dass keine Friedenspflicht besteht. Indes mindern zwei Gesichtspunkte das Arbeitskämpfrisiko: Zunächst dürfte den Senioren klar sein, dass ihr neuer Arbeitsplatz gezielt tariffrei gestaltet wurde, um ihre Beschäftigung überhaupt zu ermöglichen. Außerdem sind sie durch die Altersrente (wenigstens teilweise) finanziell abgesichert, so dass höhere Erträge aus dem neuen Arbeitsverhältnis an Bedeutung verlieren.

Dass die fehlende Tarifbindung den Betriebsräten der Rentner-Gesellschaft mehr Raum lässt, wirkt sich nicht entscheidend aus. Insbesondere bleibt es – solange der Betrieb fachlich und räumlich von einem Tarifvertrag erfasst wird – bei der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG⁷⁷, so dass es schon von Rechts wegen ausgeschlossen ist, die tariflichen Senioritätsvergünstigungen in Betriebsvereinbarungen nachzuzeichnen.

4. Ergänzend: Sozialrecht

Sozialversicherungsrechtlich bietet das Modell tariffreies Arbeitsverhältnis im Gegensatz zur Fremdvergabe an Selbständige keinen Spareffekt,

74 Karthaus/Klebe, NZA 2012, 417, 420.

75 Soeben [1].

76 Zu dieser Doppelverweisung Löwisch/Rieble, Kommentar zum TVG, 3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 551 mit weiteren Nachweisen.

77 Für diese Sperrwirkung kommt es nach ganz herrschender Meinung nicht darauf an, ob eine der Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden ist; statt vieler Kania, in: ErfK (Fn. 36), § 77 BetrVG Rn. 45. Die *Gegenmeinung* vertritt Richardi, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 77 Rn. 260, der eine Tarifbindung (nur) des Arbeitgebers für erforderlich hält.

weil jedenfalls der Arbeitgeber die Entgelte der Rentner nach § 346 Abs. 3 SGB III, § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI auch noch jenseits der Regelaltersgrenze verbeitragen muss.

Förderleistungen für das Nestorenmodell kommen nicht in Betracht. Insbesondere ist das hohe Alter der avisierten Arbeitnehmer zwar ein Vermittlungshemmnis im Sinne des § 88 SGB III⁷⁸. Indes geht es bei dem hier vorgestellten Modell gerade nicht um eine Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, die angesichts einer bestehenden Leistungsminderung scheitern müsste und nur durch eine staatliche Anschubfinanzierung ermöglicht werden könnte⁷⁹.

IV. Thesen

1. Die Flucht aus dem Arbeitsrecht durch Beschäftigung von Senioren als selbständige Dienstnehmer und die Flucht aus dem Tarifvertrag durch Beschäftigung von Senioren bei tariffreien Vertragsarbeitgebern setzen faktisch die Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses durch die tarif- oder arbeitsvertragliche Altersgrenze voraus. Einen praktisch gangbaren Weg zu beiden Nestorenmodellen eröffnet allein die gezielte Neueinstellung von Rentnern.

2. Obwohl es bei diesen selektiven Beschäftigungsangeboten in der Sache nur darum geht, Zusatzkosten durch arbeitsrechtliche und tarifvertragliche Senioritätsbegünstigungen einzusparen, lässt sich die Ungleichbehandlung der Rentner diskriminierungsschutzrechtlich rechtfertigen. Das Kosteninteresse der Unternehmen ist grundsätzlich legitim im Sinne des § 10 Satz 1 AGG. Erforderlich und angemessen sind altersabhängige Sparmaßnahmen zumindest, wenn sie Sonderaufwand für ältere Arbeitnehmer kompensieren und damit Beschäftigungshemmnisse für diese Arbeitnehmer abbauen sollen. Mithin lassen sich sowohl die Flucht aus dem Arbeitsrecht als auch die Flucht aus dem Tarifvertrag vor dem AGG rechtfertigen. Dass in der Folge auch altersunabhängige Beschäftigungsbedingungen für die Rentner anders ausfallen, ist keine eigenständige Altersdiskriminierung.

3. Die selbständige Beschäftigung von Senioren setzt voraus, dass Unternehmensfunktionen „outgesourct“ werden. Dasselbe gilt, wenn die Rentner von ihrer tariffreien Vertragsarbeitgeberin auf Werkvertragsbasis auf den alten Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Beide Personalstrategien

78 Voeltzke, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB III, 2. Aufl. 2012, § 88 Rn. 22. Mittelbarer Beleg ist die Möglichkeit eines verlängerten Eingliederungszuschusses nach § 131 SGB III.

79 Zum Förderzweck des Eingliederungszuschusses Voeltzke, in: Hauck/Noftz (Fn. 78), Rn. 23.

erfordern also eine funktional abgegrenzte Arbeitsaufgabe, die fremdvergeben werden kann. Freie Dienstnehmer lassen sich vor allem für „autarke“ Aufgaben einsetzen, die keine oder nur eine rudimentäre Einbindung in die Betriebsorganisation voraussetzen.

4. Bei der Fremdvergabe an tariffreie Unternehmen kann es zu einem Betriebsübergang kommen, dessen Rechtsfolgen das wirtschaftliche Ziel der Maßnahme (teilweise) unterlaufen. Verhindern lässt sich das in der Regel, wenn die Rentner-Arbeitgeberin nicht selbst produziert, sondern ihre Arbeitnehmer bei deren früherem Arbeitgeber einsetzt – womöglich auf ihrem früheren Arbeitsplatz. Neben dem Werkvertrag bieten sich hierfür vor allem der Gemeinschaftsbetrieb und die Arbeitnehmerüberlassung an. Freilich bedingen beide Optionen spezifische Nachteile: Der Gemeinschaftsbetrieb zwingt insbesondere zur betriebsweiten und damit unternehmensübergreifenden Sozialauswahl, die Arbeitnehmerüberlassung zur Gleichstellung der Leiharbeitnehmer auch mit Blick auf tariflichen Altersschutz.

5. Rechtlich sind die vorgestellten Personaleinsatzmodelle in gewisser Weise riskant: Bei einem Einsatz der Rentner als freie Dienstnehmer droht angesichts der nur unvollständig steuerbaren Abgrenzung zum Arbeitnehmer und zum Arbeitnehmerähnlichen der „Rückfall“ ins Arbeitsrecht. Die Beschäftigung bei tariffreien Arbeitgebern ist einem gewissen Arbeitskämpfrisiko ausgesetzt und produziert zudem höhere Arbeitsrechtskosten.

6. Mit Blick auf die vom Unternehmen zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge ist die Seniorenbeschäftigung in freier Mitarbeit die kostengünstigere Variante, weil die Entgelte dann nicht verbeitragt werden müssen. Dieser Kostennachteil einer Rentnerbeschäftigung im Arbeitsverhältnis wird nicht durch Förderleistungen aufgewogen: Obzwar neue Arbeitsplätze geschaffen und die Reintegration der Rentner in den Arbeitsmarkt geleistet wird, fehlt es an den sozialrechtlichen Voraussetzungen für staatliche Zuschüsse.

Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Meine Damen und Herren, das Zusammenziehen der beiden Vorträge hat sich als glückliche Fügung erwiesen, weil Frau *Dahm* zuerst klargemacht hat, wie sich die Alterslasten verschieben und Herr *Kolbe* dann gezeigt hat, ob man sich dort irgendwie – wie es im Arbeitsrecht üblich ist – auf mehr oder minder krummen Wegen herauswinden kann. Einigermäßen kohärent fand ich in beiden Vorträgen die Überlegung, dass diese Widersprüchlichkeiten in unseren Arbeitsbedingungssystemen nur begrenzt zur Diskriminierungsrechtfertigung taugen. Dort war Frau *Dahm* vielleicht deutlich strenger und Herr *Kolbe* hat gemeint, man muss der Wirklichkeit helfen und eine Art ökonomische Bilanzierung in gewissen engen Grenzen zulassen.

Ich glaube, es ist gar nicht sinnvoll, die Themen getrennt abzuarbeiten. Wenn Sie Fragen stellen, für den Mitschnitt bitte Ihren Namen nennen. Wenn Sie die Frage gezielt einem Referenten oder Frau *Dahm* stellen möchten, bitte dies auch entsprechend adressieren.

Frank R. Witte, Vereinigung Bergischer Unternehmerverbände e.V., Wuppertal:

Ich möchte ein paar Sätze zum Thema „Altersfreizeit“ sagen. Das ist in der Tat in der Chemischen Industrie ein großes Problem, insbesondere in den kleinen und mittelständischen Unternehmen. Warum? Weil sich seit Einführung dieser Regelung die Alterskohorten nach hinten verschoben haben und gerade kleine und mittlere Betriebe aber an ihren Belegschaften – im Gegensatz zu Großkonzernen – festgehalten haben. Während Großkonzerne Abfindungsregelungen auf den Markt geworfen haben, haben die Kleinen und Mittleren an ihren Belegschaften festgehalten und leiden deshalb umso stärker unter der Bevorzugung von älteren Arbeitnehmern in Form der Altersfreizeit. Würde man Ihnen, Frau Dr. *Dahm*, folgen, müsste man im Grunde genommen Angst haben, dass ein jüngerer Arbeitnehmer gegen die Altersfreizeiten klagt, mit dem Ergebnis, dass alles nur noch schlimmer wird. Es erfolgt dann die Anpassung nach oben mit dem Ergebnis, dass am Freitag nicht nur ein Teil der Belegschaft um 12.00 Uhr geht, sondern alle. Das kann eigentlich nicht des Rätsels Lösung sein, und insofern finde ich auch die Konsequenzen des BAG, die Anpassung nach oben vorzunehmen, skandalös. Man muss im Grunde genommen dankbar sein, dass, wenn es soweit käme, die IG BCE erfreulicherweise dann immer noch ein paar Argumente in ihrem Köcher hat. Sie werden dann einen

Schwall hören von Stichworten wie Arbeitsverdichtung, *Burn out*-Syndrome, erweiterte Ansprechzeiten, all dies rechtfertigt auf einmal die Altersfreizeit.

Ich halte auch Ihren Hinweis auf den Manteltarifvertrag Waldarbeiter für wenig zielführend, was eine ÖTV für diesen Personenkreis vereinbart hat. Damit wären Sie mit einer IG BCE für einen Anlagenführer einfach nicht hingekommen. Deshalb vielleicht nur mein Hinweis: Wir haben gerade in der diesjährigen Tarifrunde 2012 mit der IG BCE eine Regelung „Demografiefonds II“ vereinbart, wo versucht wird, zumindest einen Teil der Lasten, die durch die Altersfreistellung für Arbeitnehmer ab 55 für Schichtarbeiter oder 57 für alle entstehen, in dem Zeitraum vom 55. bis zum 60. Lebensjahr aufzusparen und danach konzentriert ab dem 60. Lebensjahr nehmen zu lassen, mit dem Ergebnis, dass möglicherweise eine reduzierte Vollzeit 80 % herauskommt. Die Gewerkschaft kann das unter Umständen gut auch als Vier-Tage-Woche verkaufen. Ich will damit sagen: Leider ist es so, dass wir, wenn wir einmal manteltarifvertragliche Begünstigungen vereinbart haben, auch mit der besten Gewerkschaft dieser Welt in aller Regel nicht mehr von diesen Vereinbarungen herunterkommen und deshalb muss man dann andere Ausweichschleifen fahren, um die Belastungen möglicherweise zu minimieren.

Dr. Katharina Dahm, Johannes Gutenberg-Universität Mainz:

Ich bin auch noch nicht sicher, ob die Anpassung nach oben wirklich das letzte Wort des BAG ist und diese Lösung nicht doch anzuzweifeln ist. Das sehe ich genauso wie Sie. Das Problem ist die Alternative, was unternehmen wir statt der Anpassung nach oben? Ich habe mich in meinem Vortrag auf die dogmatische Lösung beschränkt, die in der Praxis zu erheblichen Problemen führen wird, da stimme ich Ihnen zu.

Aber das ist das, was uns im Nachgang zu der Entscheidung Hennigs/Mai droht, das ist momentan aktuell und die Anpassungskosten nach oben drohen auf uns zuzukommen.

Volker Rieble:

Man kann vielleicht noch ergänzend sagen: Natürlich ist der Waldarbeitertarifvertrag kein tarifpolitisches Motivationsargument, aber er ist ein rechtliches Argument für die Diskriminierungskontrolle. Wenn ich Tarifverträge mit altersspezifischen Sonderschutzinstrumenten habe und aufweisen kann, dass andere Tarifparteien nicht diskriminierende, merkmalsspezifische Regelungen haben, kann ich die diskriminierenden Fakten noch

offenbarer machen und sagen: „Dann bricht die Regelung auf dem Rechtsweg womöglich weg.“

Ob bei der Anpassung nach oben das letzte Wort schon gesprochen ist, wage ich zu bezweifeln. Denken Sie nur an Südwestmetall. Wenn man dort sagt, die Altersanknüpfung an das 53. Lebensjahr ist diskriminierend, also weg, dann sind alle Arbeitnehmer nach dem dritten Betriebstreuejahr sonderkündigungsgeschützt. Das wäre die Konsequenz einer Anpassung nach oben. Das BAG benutzt diese Anpassung nach oben derzeit vor allem – als zugereister Neubayer kann ich das sagen – als Märtyrerinstrument. Man denkt, ich zeige etwas auf, das so schrecklich ist, dass dann die Tarifparteien sofort zur Vernunft kommen. So hat es beim Urlaub auch geklappt. ver.di hat für den öffentlichen Dienst eine altersdiskriminierungsfreie Urlaubsneuregelung gemacht. Die Nagelprobe kommt dann, wenn sich zum ersten Mal eine Gewerkschaft weigert und sagt: „Wir machen keine Neuregelung, wir sind bockig und stur.“ Ich will der IG Metall bestimmt keine Unvernunft unterstellen, aber als Denkmodell: Stellen Sie sich vor, die IG Metall sagt in Baden-Württemberg: „Nein, Unkündbarkeit für alle ab dem dritten Beschäftigungsjahr.“ Das ist doch eine prima Sache. Dann wird auch das BAG wieder ins Grübeln kommen, weil das Instrument einer Anpassung nach oben diese Paritätsfixierung der Tarifautonomie vollkommen aufhebt. Die Idee der Tarifautonomie ist ja, dass Gewerkschaft und Arbeitgeberverband gleichberechtigt und auch mit gleichem Risiko die Tarifbedingungen vereinbaren, und das Diskriminierungsrecht würde bei einer permanenten strikten Anpassung nach oben ganz einseitig das Rechtsrisiko auf die Arbeitgeberseite verschieben mit dem wirklich perfiden Ergebnis, dass ein Rechtsberater einer Gewerkschaft sagen muss: „Verhandelt ganz viele Diskriminierungsfehler in den Tarifvertrag hinein und kartet hinterher mit Antidiskriminierungsrecht, um dann die Anpassung nach oben zu bekommen.“ Das wäre dann auf einmal kluge Tarifpolitik, und damit ist Tarifautonomie *ad absurdum* geführt. Deswegen würde ich sagen, das kann sich – es gibt auch rechtlich schon einige Überlegungen, wie man von der Anpassung nach oben vielleicht doch wegkommt, das BAG hat das struktiv noch gar nicht durchdacht – dort womöglich noch ändern.

Bernd Roock, CMS Hasche Sigle, Hamburg:

Frau Dr. *Dahm*, zunächst einmal vielen Dank für die provokanten Thesen. Gerade wenn man schwarz-weiß zeichnet, werden die Dinge manchmal sehr deutlich. Das hat mir in Bezug auf die vermeintliche Altersdiskriminierung auch eingeleuchtet aufgrund der statistischen Zahlen, die ich unheimlich interessant fand, die mir zum Beispiel so in dieser Schärfe gar nicht bewusst waren. Nicht ganz einig bin ich allerdings mit Ihrer Schluss-

folgerung in Bezug auf die Betriebszugehörigkeit. Das fand ich ein bisschen kurzgeschlossen und zwar: Arbeitsverhältnisse sind personenbezogene Dauerschuldverhältnisse. Ich meine, dass man dann durchaus vertreten kann, dass sich mit der Dauer dieser Personenbezogenheit auch die Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB – oder wie auch immer – verfestigen oder vergrößern, und dementsprechend gegebenenfalls ein größerer Schutz für den von seiner Arbeit und dem Einkommen aus der Arbeit Abhängigen gewährt wird. In dem Bereich hat mich Ihre Argumentation deshalb nicht ganz so überzeugt. Man kann das ja diskutieren. Ich würde gern Ihre Antworten noch darauf haben.

Zweite Frage an Herrn Dr. Kolbe: Ich habe in der Kurzzusammenfassung gelesen, dass Sie sagen: „Beschäftigung beim tariffreien Arbeitgeber hat ein vergleichsweise geringes Risiko.“ Wenn ich allerdings diese Variante nehme, ich source also quasi die Kräfte, die ich gern hätte, erst auf eine nicht tarifgebundene, konzerneigene Gesellschaft aus, um sie von dort wieder zurückzuleihen, haben wir meines Erachtens denselben Punkt, den ich vorhin schon einmal angesprochen habe. Wenn ich das nur mit denjenigen mache, die ich leistungsstark und toll finde, das allerdings regelhaft, während die anderen dieses Angebot nicht erhalten, stellt sich, meine ich, die Frage, ob ich mir dadurch beim Ursprungsarbeitgeber nicht die Altersgrenze zerschieße.

Katharina Dahm:

Ich muss noch einmal nachfragen: Betriebszugehörigkeit, sagen Sie, als Anknüpfungsmerkmal: „Ja“, weil sich aufgrund der Beschäftigungsdauer aus der Fürsorgepflicht besondere, gesteigerte Pflichten ergeben können? Ich hatte überlegt: Betriebszugehörigkeit ist Betriebserfahrung und Betriebstreue, die honoriert wird, und ich sage nicht, dass das nicht geht. Das ist ein rechtmäßiges Ziel. Für mich stellt sich das Problem, dass in dem Moment, in dem ich die Berufserfahrung und die Betriebstreue honoriere, ich davon ausgehen muss, dass ich einen super qualifizierten Arbeitnehmer habe, der sehr erfahren ist und der mir weggeworben wird oder der weggeht. Dies passt nicht damit zusammen, dass ich im Rahmen der Unkündbarkeit von einem höheren Arbeitslosigkeitsrisiko ausgehe. Betriebszugehörigkeit zu honorieren: Dass dies ein rechtmäßiges Ziel ist, sehe ich vollkommen ein, da bin ich bei Ihnen. Ich habe nur manchmal das Gefühl, dass ein Rosinenpicken stattfindet. Man sucht sich die jeweils passende Begründung heraus: Einmal ist der Ältere schutzbedürftiger und ein anderes mal ist er ein guter Arbeitnehmer, den wir an uns binden und deshalb honorieren müssen. Ich denke, Altersschutzregelungen finden sich oftmals als Gesamtpaket in einem Tarifvertrag und vielleicht muss man dort einmal durchstrukturieren: Wie sieht es aus, was haben wir

denn aktuell für einen Arbeitnehmer? Wie sind unsere Älteren in unserem Betrieb aufgestellt? Und dann neu sortieren: Honorieren wir etwas, müssen wir ihn schützen? Aber nicht mehr dieses Gesamtpaket allen ohne Differenzierung überstülpen.

Dr. Sebastian Kolbe, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Danke schön für Ihre Frage. Sie haben gesagt, Sie sehen ein Problem mit der Altersgrenze beim Alt-Arbeitgeber, wenn man regelhaft die Leute in ein neues Modell überführt. Ich denke, es macht zunächst einmal einen Unterschied, welche Art von Altersgrenze man hat. Dass die tarifliche Altersgrenze durch dieses Verhalten eines Unternehmens infrage gestellt wird, halte ich für sehr zweifelhaft. Es ist natürlich so, wenn das gesellschaftlich zur Regel werden sollte, muss man in der Tat das ganze System hinterfragen. Dann haben Sie völlig recht, dann ist es perplex, dass man die Leute mit 65 aus dem Arbeitsverhältnis entlässt, um sie in aller Regel wieder in einer eigenen Gesellschaft aufzufangen. Da würde ich auch sagen: Beim Neuvertragsabschluss kann es keine Gleichbehandlung geben.

Volker Rieble:

Das wird man ganz generell sagen müssen. Die Altersgrenzenrechtfertigung ist dann weg, wenn ein nennenswerter Prozentsatz der Erwerbsbevölkerung – 20, 30, 40 % – einfach über die Altersgrenze hinaus gearbeitet, dann ist der Rosenblatt-Gedanke – der Alte geht, damit der Junge kommt – in der Lebenswirklichkeit nicht mehr abgebildet und dann ist die Altersgrenze in der Tat nur noch ein Selektionsmechanismus: Wen möchte ich behalten und wer soll gehen? Da ist es keine sozialpolitische Rechtfertigung. Insofern kann man sagen, dass das, was Herr *Gasche* uns heute morgen als Entwicklung vorgetragen hat, im Kern darauf hinausläuft, dass wir anfangen müssen zu überlegen, ab welchem Stichtag X, ab welcher Seniorenbeschäftigungsquote ist die Altersgrenze insgesamt futsch. Aber bis dahin müssen die etwas moderneren Unternehmen oder vielleicht auch der Mittelständler, der drei Fachkräfte hat, für die er keinen Ersatz findet, dem müssen wir sagen, wie er es machen soll zu halbwegs erträglichen Rechtsrisiken. So schade das ist, aber Arbeitsrecht ist immer Rechtsrisikomanagement. Was traurig ist, denn eigentlich soll Arbeitsrecht genügend Schutz zu erträglichen wirtschaftlichen Lasten bieten, aber das funktioniert nicht immer.

Martin Beckschulze, Westfälischer Arbeitgeberverband für die chemische Industrie Bochum e.V.:

Ich möchte noch einmal zurückkommen auf die Frage, inwiefern die ganzen tariflichen Regelungen, die Sie vorgestellt haben, diskriminierend sind. Da hab ich so meine Zweifel. Die BAG-Entscheidung, die jetzt zum öffentlichen Recht ergangen ist, hat gerade darauf abgestellt, dass es ab dem 28. Lebensjahr zwei zusätzliche Urlaubstage gibt und ab 30 noch einmal einen zusätzlichen Tag, im fortgeschrittenen Alter dann aber keine zusätzlichen Tage mehr hinzukommen. Da kann man schon eher sagen, dass diese spezielle Regelung vielleicht diskriminierend ist. Aber ich würde das nicht generell so sehen: beispielsweise bei den Altersfreizeiten in der Chemischen Industrie, die erst ab dem Alter 55 anfallen und nicht schon ab dem Alter 30. Ferner wird in § 2a MTV Chemie altersabhängig noch einmal differenziert, ob die Mitarbeiter in Schichtarbeit geleistet haben oder nicht. Ich sehe diese Vorschriften daher nicht als diskriminierend an, zumal § 10 AGG gerade vorgibt, dass für gewisse Altersgruppen auch Rechtfertigungstatbestände möglich sind.

Zu der Verdienstsicherung: Wenn ich es richtig verstanden habe, hatten Sie darauf abgestellt, dass das Motiv einer Verdienstsicherung nur eine Bindung an einen guten Arbeitnehmer sein sollte und nicht auf das Alter abgestellt werden dürfte?

Katharina Dahm:

Bei der Verdienstsicherung ist es die Besitzstandswahrung, es geht um sozialen Schutz. Dort habe ich ein Problem mit der ausschließlichen Begünstigung Älterer. Warum erhält ihn nur der alte Arbeitnehmer und warum nicht der 35-Jährige, der auch gesundheitsbedingt schwächer arbeitet?

Martin Beckschulze:

In der Regel oder zumindest in der Chemie sind die Verdienstsicherungen aber neben dem Alter auch wieder mit einer Betriebszugehörigkeitsdauer verbunden.

Katharina Dahm:

Genau. Diese Koppelung an die Betriebszugehörigkeit kann auch rechtmäßig sein. Es ging mir nur um die Lebensaltersstaffelung, nicht um die Betriebszugehörigkeit, die man sich erarbeitet hat, die man sich verdient hat. Hingegen ist das Lebensalter kein Kriterium mehr.

Martin Beckschulze:

Und die Regelung zu den Waldarbeitern halte ich eher für ungeeignet, weil sie so unbestimmt ist, dass man dort alles mögliche darunter erfassen kann. Dann braucht man auch keine Regelung.

Katharina Dahm:

Mir ist der Tarifvertrag für die Waldarbeiter bei der Recherche aufgefallen. Es ist nett, dass es einmal einen Tarifvertrag gibt, der anders ist und der genau nicht an diesen Kriterien ansetzt. Von daher dachte ich, als „Schmankerl“ zum Schluss, um einmal zu zeigen, dass es vielleicht auch anders geht.

Ich möchte noch einmal auf Ihren ersten Ansatz zu sprechen kommen, der Mehrurlaub, der an der Altersstaffelung 29 bis 30 gescheitert ist: Auch dort rechtmäßiges Ziel für die Ungleichbehandlung ist der Gesundheitsschutz. Stimme ich Ihnen zu, stimme ich auch dem BAG zu. Das ist unbestritten. Ich finde, das Problem ist, man muss diesen Gesundheitsschutz auch erst einmal nachweisen. Das ist das, was mir an diesen ganzen tariflichen Regelungen wirklich nicht gefällt. Es wird ein unstreitiger Erfahrungswert gefordert. Es ist doch aber nicht unstreitig. Dann weist doch bitte einmal jemand nach, dass es so ist. Es wird immer von Erfahrungswerten gesprochen, aber wo kommen diese her? Angesprochen habe ich auch den Tätigkeitsbezug: Ich muss nachweisen, dass diese Tätigkeit wirklich mit 50 Jahren schlechter auszuführen ist als mit 40, und dass ich dann eine größere Erholungsbedürftigkeit habe und daraufhin mehr Urlaub oder Altersfreizeit brauche. Ich denke, es gibt so viele Berufe in einer Branche, die teilweise über einen Kamm geschoren werden, wo das nicht der Fall ist oder wo es so ist, dass der Ältere besser ist, er ist erfahrener, er kann besser arbeiten. Was hat das mit einer Gesundheitsbeeinträchtigung zu tun? Es ist ein rechtmäßiges Ziel, aber vielleicht muss man es noch einmal untersuchen, für welche Tätigkeiten das gilt und wann es greift und wann es nicht greift.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Leider noch mehrere Bemerkungen. Eine Sache zur Betriebstreue: Meines Erachtens ist es wirklich schwierig, die Betriebstreue zu belohnen. Da geht es darum, Betriebstreue von Arbeitnehmern, die in jungen Jahren betriebstreu geblieben sind, später zu belohnen. Das ist diese Zeitperspektive. Deswegen denke ich, jemand der alt ist und der vielleicht gezwungenermaßen betriebstreu ist, darf trotzdem vielleicht belohnt werden dafür,

dass er so alt geworden ist und während dieser Zeit – auch als er noch jung war und nur auf dem Weg dorthin – betriebstreu gewesen ist.

Ein zweiter Punkt zu Herrn Dr. *Kolbe*: Ich habe einen kleinen warmen Hinweis, das ist die Drehtürklausel im AÜG. Wenn Sie innerhalb der letzten sechs Monate beim alten Arbeitgeber beschäftigt gewesen sind und dorthin wieder zurück ausgeliehen werden von einem konzernzugehörigen Unternehmen, kann es sein, dass wenigstens die *equal pay*-Unterschreitung nicht mehr freigestellt ist durch das AÜG neuer Fassung. Im Übrigen stütze ich Ihre These, dass eine Diskriminierung wohl nicht anzunehmen ist, wenn man bedenkt, dass die meisten Unternehmen generell grundsätzlich nur Arbeitnehmer einstellen, die unterhalb des Rentenalters liegen. Wenn also jetzt ein Unternehmen – und sei es zum Zweck des Seniorenverleihs – ausschließlich Arbeitnehmer einstellt, die oberhalb dieses Alters sind, sehe ich darin erst einmal eine erlaubte Gegenmaßnahme, die diese sehr weitgehende Diskriminierung, die der Markt praktiziert aus bekannten Gründen, erst einmal noch ausgleicht.

Dr. Felipe Temming, Universität zu Köln:

Eine Anmerkung zu diesem spannenden Vortrag: Ich glaube, das große Problem ist der gefürchtete und berühmt-berüchtigte Anspruch auf „Anpassung nach oben“. Das ist bei der Altersdiskriminierung, glaube ich, nicht richtig durchdacht, weil man diese Prinzipien, die man von der Geschlechterdiskriminierung her kennt, nicht „eins zu eins“ übertragen sollte. Es wird nämlich häufig vergessen, dass es bei Gleichheitsrechtsverstößen grundsätzlich noch zwei andere mögliche Rechtsfolgen gibt, nämlich eine „Anpassung nach unten“ oder die Unwirksamkeit einer Norm beziehungsweise einer Klausel verbunden mit der Aufforderung, eine diskriminierungsfreie Regelung auszuarbeiten. Es existiert Rechtsprechung des EuGH zu gleichheitswidriger Besoldung von EU-Beamten und dort hat der EuGH interessanterweise geurteilt, dass die Regelungen unwirksam seien und der EU-Gesetzgeber aber zwei Jahre Zeit hätte, ein diskriminierungsfreies Besoldungssystem zu verabschieden. Ginge man auf diese Weise vor, entstünden auch nicht die von Dir erwähnten Fehlanreize aus Paritätserwägungen.

Was den interessanten Vortrag von *Sebastian Kolbe* betrifft, möchte ich eine Frage stellen: Was ist das Argument, das Kosteninteresse bei Altersdiskriminierungen als legitim zu erachten, ein solches hingegen in den Bereichen der Geschlechterdiskriminierung oder der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung als fragwürdig anzusehen? Beispielsweise stellen die Gender-Richtlinien ausdrücklich fest, dass die Kosten, die der Diskriminierungsschutz generiert, nicht als Rechtfertigung dafür dienen können, das Geschlecht zu benachteiligen.

Sebastian Kolbe:

Ich denke, zunächst ist es erst einmal in der Gleichbehandlungsrichtlinie so nicht formuliert. Das heißt, es sind dort Spezialregelungen, die es in der Gleichbehandlungsrichtlinie nicht gibt. Und insofern denke ich, muss schon rechtssystematisch das Argument sein, dass § 8 Abs. 1 Satz 2 AGG ganz ausdrücklich sagt, man darf nur nicht geringere Vergütung geben für gleiche Arbeit mit Blick auf solche Sonderschutzregelungen. Daraus würde ich im Gegenschluss sagen: „Dann muss es sonstige Arbeitsbedingungen aber sehr wohl schlechter geben dürfen mit Blick auf Senioritätsvergünstigungen.“

Katharina Dahm:

Ich wollte noch einmal kurz zusammenfassen: Ich finde die Lösung, dass die Tarifvertragsparteien eine Frist bekommen und sich etwas Neues überlegen, hat Charme, absolut. In der Entscheidung war es, glaube ich, so, dass die Tarifvertragsparteien eine Eckvereinbarung getroffen hatten, wonach keine Neuregelung vereinbart werden sollte. Die Richter unterstellten diesen daher: „Sie wollen ja nicht, sie haben es ausgeschlossen, dass sie sich wieder an einen Tisch setzen und dann noch einmal nachverhandeln beziehungsweise es neu regeln“ und deshalb ging es in der Entscheidung nach dem Motto: „Die wollen ja sowieso nicht, also machen wir das.“ Eine tarifliche Neuregelung hätte durchaus den Charme einer Kompromissfindung, die Anpassungskosten hätte nicht nur der Arbeitgeber zu tragen.

Volker Rieble:

Das waren die Schlussworte. Gestatten Sie mir noch eine Bemerkung. Sie konnten etwas Typisches bemerken: Jüngere Referenten sind deutlich zeitdisziplinierter als ältere, aber das AGG erfasst nicht die Diskriminierung durch Ältere.

Sozialrechtliche Fragen der Kombination von (Teil-) Rente und Weiterarbeit*

Timo Hebel

Seite

I. Einleitung.....	151
1. Themenumreißung.....	151
2. Gesellschaftliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen	151
3. Gang der Überlegungen	152
II. Die geltende Rechtslage nach dem SGB VI.....	153
1. Regelaltersrente, Altersrente für langjährig Versicherte.....	153
a) Gesetzliches Rentenalter	153
b) Vorzeitige Rentenanspruchnahme	154
c) Hinausschieben der Rentenanspruchnahme	154
d) Altersrente und Beendigung des Arbeitsverhältnisses	154
e) Erstes Zwischenfazit	155
f) Vollrente und Teilrente	155
g) Hinzuverdienstgrenzen	157
2. Sonderfall Altersrente nach Altersteilzeit	158
a) Die rentenrechtliche Seite der Altersteilzeit	159
b) Die arbeitsrechtliche Seite der Altersteilzeit.....	159
c) Gesamtbetrachtung.....	160
III. Aktuelle Entwicklungen und Reformbedarf	162
1. Aktuelle tarifvertragliche Entwicklungen hinsichtlich der Kombination von Teilrente und Weiterarbeit	162
2. Reformoptionen: Modifizierung der Teilrenten- und Hinzu- verdienstregelungen	164
a) Grundsätzliche Neugestaltung der Teilrenten.....	164
b) Neugestaltung der Hinzuverdienstgrenzen	165
c) Referentenentwurf	166

* Die Schriftfassung ist gegenüber dem mündlichen Vortrag inhaltlich leicht er-
weitert, der Vortragsstil wurde jedoch durchgehend beibehalten.

IV. Ergebnis	167
Diskussion	169

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]* (München 2013), S. 149-168

I. Einleitung

1. Themenumreißung

Die sozialrechtlichen Fragen der Kombination von (Teil-) Rente und Weiterarbeit sind sehr vielfältig. Es geht im Kern darum aufzuzeigen, welche Regelungen das SGB VI enthält, um ein Nebeneinander von Altersrentenbezug und Arbeitslohnbezug zu ermöglichen. Noch zugespitzter formuliert: So, wie mein Vortragsthema und das Oberthema der gesamten Tagung formuliert ist, ist Gegenstand der folgenden Überlegungen, inwieweit *zeitgleich* in der Lebensspanne zwischen dem 55. und 75. Lebensjahr eines Rentenversicherten dieser Rente und Lohn beziehen kann. Bereits an dieser Stelle sei aber schon die These aufgestellt, dass das geltende Rentenversicherungsrecht auf diese „Kombinationsfrage“ nur unzureichend ausgerichtet ist, sondern es stattdessen bislang mit hauptsächlich anderen Instrumenten den Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich ausgestaltet. Ich werde daher das Blickfeld über das eigentliche Vortragsthema teilweise etwas erweitern und auch die Übergangsausgestaltung von Arbeit zu Ruhestand ansprechen¹, soweit mit ihr nicht eine Arbeitsphase und Rentenbezugsphase zeitgleich einhergehen. Davon ausgehend werde ich dann aber vor allem in der zweiten Hälfte meiner Überlegungen wieder auf die Frage der zeitgleichen Kombination von Rente und Weiterarbeit zurückkommen.

2. Gesellschaftliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen

Die Frage nach der „richtigen“ Ausgestaltung des Arbeitens im Alter zwischen 55 und 75 lässt sich nicht ein für alle Mal beantworten, sondern man muss als politisch gestaltender Gesetzgeber gesellschaftliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen und Faktoren im Blick haben. Zu nennen sind stichpunktartig folgende: Die Arbeitsmarktsituation (Stichwort: „Braucht“ der Arbeitsmarkt überhaupt Arbeitnehmer zwischen 55 und 75?), gerontologische Aspekte (Stichworte: Lebenserwartung der Menschen, Arbeitsfähigkeit im Alter) und – speziell bei einer sozialrechtlichen Sichtweise – die Finanzsituation des gesetzlichen Rentenversicherungssystems. Hinsichtlich dieser genannten Faktoren möchte ich thesenartig eine Trendwende formulieren, die seit einigen Jahren eingesetzt hat

¹ Grundsätzlich zu den Gestaltungsmöglichkeiten des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand siehe etwa *Heinze*, Der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand, ZRP 1998, 307 ff.; *Eichenhofer*, Gleitender Übergang in den später beginnenden Ruhestand – eine Zukunftsperspektive für die Rentenversicherung?, JZ 1998, 808 ff.; umfassend *Boecken*, Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden?, Gutachten B zum 62. Deutschen Juristentag, 1998, S. B 5 ff.

und die sich fortsetzen und vermutlich zukünftig noch verstärken wird: Bis vor wenigen Jahren litt der gesamte deutsche Arbeitsmarkt unter einer vergleichsweise hohen Arbeitslosigkeit und ein Mittel zur Entlastung dieser Situation war es, Wege zu eröffnen, dass ältere Arbeitnehmer möglichst frühzeitig aus dem Erwerbsleben ausscheiden, um für jüngere arbeitssuchende Menschen Arbeitsplätze frei werden zu lassen. Dass ein ganz oder zumindest weitgehend abschlagsfreier vorzeitiger Rentenbezug das System der gesetzlichen Rentenversicherung nach und nach finanziell auszehrt, ist schon seit längerem erkannt und dem wird auch schon seit Jahren durch Rentenabschlagsregelungen und verringerte Möglichkeiten, überhaupt vorzeitig eine gesetzliche Altersrente in Anspruch nehmen zu können, entgegengewirkt. Neu und erst nach und nach ins öffentliche Bewusstsein und ebenso in den Fokus des Gesetzgebers dringt ein Arbeitsmarktwandel: In manchen Branchen ist ein Fachkräftemangel bereits zu verzeichnen oder er ist zumindest kurz- oder mittelfristig absehbar². Ein Mittel, diesem Mangel zu begegnen, kann darin bestehen, ältere Arbeitnehmer länger im Beruf zu halten. Dies kann dadurch erfolgen, dass insgesamt länger vollzeitig gearbeitet und später Rente bezogen wird; es kann aber auch dadurch erfolgen – und damit bin ich wieder bei meinem Vortragsthema im engeren Sinne –, dass Weiterarbeit und Rente miteinander kombiniert werden. Angesichts des Heraufsetzens der rentenrechtlichen Regelaltersgrenze auf 67 Jahre – auf die sogleich noch zurückzukommen sein wird – besteht zudem ein verstärktes Bedürfnis nach Teilzeitarbeit bei gegebenenfalls gleichzeitigem Teilrentenbezug, weil nicht mehr alle Versicherten physisch und gegebenenfalls auch psychisch in der Lage sein werden, bis zur Vollendung des 67. Lebensjahres Vollzeit zu arbeiten.

Es lässt sich zusammenfassend sagen, dass angesichts der skizzierten Situation das Rentenversicherungsrecht einer Kombination von Rentenbezug und Weiterarbeit jedenfalls nicht hinderlich sein darf. Dies ist der zentrale tatsächliche Hintergrund für die folgende Analyse der sozialrechtlichen Situation.

3. Gang der Überlegungen

Ich werde in folgenden zwei großen Gedankenschritten vorgehen: Zunächst erfolgt eine Bestandsaufnahme der gegenwärtig geltenden Rechtslage nach dem SGB VI einschließlich deren kritischer Würdigung (II). Anschließend werde ich auf aktuelle Entwicklungen und einen etwaigen Reformbedarf eingehen (III), bevor ein kurzes, thesenartiges Fazit die Überlegungen beschließen wird (IV).

² Siehe dazu überblickartig etwa *Zika/Helmrich*, Qualifikations- und Berufshauptfeldprojektionen bis 2025, SF 2011, 161 ff.

II. Die geltende Rechtslage nach dem SGB VI

Zunächst sollen die rentenversicherungsrechtlichen Bestimmungen des SGB VI, die letztlich für die Frage der Kombination von Rentenbezug und Weiterarbeit relevant sind, dargestellt werden. Die insoweit maßgeblichen Regelungen sind über das SGB VI verstreut.

Das SGB VI kennt mehrere Arten der Rente wegen Alters, nämlich die Regelaltersrente (§§ 35, 235 SGB VI), die Altersrente für langjährig Versicherte (§§ 36, 236 SGB VI), die Altersrente für besonders langjährig Versicherte (§ 38 SGB VI), die Altersrente für schwerbehinderte Menschen (§§ 37, 236a SGB VI), die Altersrente für langjährig unter Tage beschäftigte Bergleute (§§ 40, 238 SGB VI), die Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeitarbeit (§ 237 SGB VI) und die Altersrente für Frauen (§ 237a SGB VI). Es würde den hier gegebenen Rahmen sprengen, auf alle Einzelheiten dieser Altersrentenarten einzugehen. Ich werde mich daher zunächst (1) auf die Regelaltersrente und die Altersrente für langjährig Versicherte konzentrieren, da die Regelaltersrente den rentenrechtlichen Normalfall darstellt, der für eine Vielzahl von Versicherten gilt; die Altersrente für langjährig Versicherte ist im Hinblick auf die Möglichkeit ihrer vorzeitigen Inanspruchnahme in die hiesigen Überlegungen einzubeziehen. Danach (2) werde ich auch noch auf die Altersrente nach Altersteilzeit zu sprechen kommen, da diese in besonderer Form den Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand regelt.

1. Regelaltersrente, Altersrente für langjährig Versicherte

a) Gesetzliches Rentenalter

Anspruch auf Regelaltersrente haben Versicherte, wenn sie die Regelaltersgrenze erreicht und die allgemeine Wartezeit von fünf Jahren (vgl. § 50 Abs. 1 Satz 1 SGB VI) erfüllt haben (§ 35 Satz 1 SGB VI). Versicherte, die vor dem 1.1. 1947 geboren sind, erreichen die Regelaltersgrenze mit Vollendung des 65. Lebensjahres; für Versicherte, die später geboren sind, wird die Regelaltersgrenze stufenweise auf die Vollendung des 67. Lebensjahres angehoben (vgl. im Einzelnen §§ 35 Satz 2, 235 Abs. 1, 2 SGB VI)³. Anspruch auf Altersrente für langjährig Versicherte haben diejenigen Versicherten, die das 67. Lebensjahr vollendet und die Wartezeit von 35 Jahren erfüllt haben (§ 36 Satz 1 SGB VI); die Heraufsetzung der Altersgrenze erfolgt hier vergleichbar der Regelaltersrente stufenweise von 65 Jahren auf 67 Jahre (vgl. Einzelheiten in § 236 Abs. 1, 2 SGB VI).

3 Zu den ökonomischen Erfordernissen, das Rentenalter heraufzusetzen, siehe ausführlich *Ruland*, Rente mit 67 – Ökonomische Notwendigkeit oder Sozialabbau?, NJW 2012, 492 ff.

b) Vorzeitige Rentenanspruchnahme

Der Hauptunterschied zwischen der Regelaltersrente und der Altersrente für langjährig Versicherte zeigt sich bei der vorzeitigen Rentenanspruchnahme: Eine solche ist bei der Regelaltersrente nicht möglich, wohl aber bei der Altersrente für langjährig Versicherte nach Vollendung des 63. Lebensjahres (§§ 36 Satz 2, 236 Abs. 1 Satz 2 SGB VI). Die Altersrente für langjährig Versicherte ist für Versicherte gedacht, die durch ihre langjährige Versicherungsdauer eine lange Bindung an die gesetzliche Rentenversicherung vorweisen können⁴ und denen daher die Möglichkeit einer früheren Rentenanspruchnahme gegeben werden soll.

Mit der vorzeitigen Inanspruchnahme einer Altersrente sind Rentenabschläge verbunden. Für Altersrenten vermindert sich für jeden Monat der vorzeitigen Inanspruchnahme der Zugangsfaktor als ein Berechnungsfaktor der Altersrente um 0,003 (§ 77 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2a SGB VI). Dies bedeutet einen monatlichen Abschlag von 0,3 %.

c) Hinausschieben der Rentenanspruchnahme

Während die soeben beschriebene Möglichkeit einer vorzeitigen Inanspruchnahme der Altersrente für bestimmte Versicherte und die damit verbundenen Rentenabschläge einer größeren Öffentlichkeit bekannt sein dürften, dürften nur wenige wissen, dass das geltende Rentenrecht auch den gleichsam umgekehrten Fall regelt. Es besteht nämlich für den Versicherten die Möglichkeit, nach Erreichen der Regelaltersgrenze trotz erfüllter Wartezeit die Altersrente noch nicht in Anspruch zu nehmen. Geschieht dies, so erhöht sich für jeden Monat jenseits der Regelaltersgrenze, in dem keine Altersrente bezogen wird, der Zugangsfaktor um 0,005, so dass sich die Rente ab ihrem – späteren – Bezugsbeginn dann um monatlich 0,5 % erhöht (§ 77 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2b SGB VI).

d) Altersrente und Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Der Bezug einer Altersrente bewirkt *grundsätzlich* keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Anspruch des Versicherten auf eine Rente wegen Alters ist nicht als ein Grund anzusehen, der die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach dem Kündigungsschutzgesetz bedingen kann (§ 41 Satz 1 SGB VI). Der Sinn und Zweck dieser Norm besteht darin, dass der versicherte Arbeitnehmer die Freiheit haben soll, die Dauer seiner beruflichen Tätigkeit und damit die Art der Sicherung seines Lebensunterhalts im Alter selbst zu bestimmen und diese möglichst unbeeinträchtigt von arbeitsrechtlichen Vereinbarungen zu nutzen, um möglichst

4 *Freudenberg*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), *Juris-Praxiskommentar SGB VI*, 2008, § 36 SGB VI Rn. 3.

lange zu arbeiten und damit das Verhältnis von Beitragszahlern und Rentnern im Interesse der Finanzierbarkeit der Rentenversicherung günstig zu beeinflussen⁵. Die Regelung stellt klar, dass die Möglichkeit einer Inanspruchnahme einer Altersrente keinen Grund für eine personenbedingte Kündigung darstellt⁶. Tarifliche Altersgrenzen, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Zeitpunkt des Erreichens der Regelaltersgrenze vorsehen, sind nach der Rechtsprechung des BAG indes zulässig, denn die hierin liegende Befristung des Arbeitsverhältnisses wird als sachlicher Grund im Sinne von § 14 Abs. 1 TzBfG angesehen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Beschäftigung eine gesetzliche Altersrente erwerben kann⁷.

e) Erstes Zwischenfazit

Die bisherigen Überlegungen lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen: Erstens ist rentenrechtlich mit dem Erreichen des gesetzlichen Rentenalters grundsätzlich keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses verknüpft. Zweitens muss mit Erreichen des gesetzlichen Rentenalters nicht zwingend der Rentenbezug beginnen, sondern dieser kann aufgeschoben werden, was mit späteren Rentenaufschlägen verbunden ist. Drittens kann für bestimmte Versicherte – etwa langjährig Versicherte – der Bezug der Altersrente um einige Jahre vorgezogen werden, was aber mit Rentenabschlägen verbunden ist.

Für mein Thema der Kombination von Rentenbezug und Weiterarbeit stellen sich angesichts dieses Ausgangsbefunds nunmehr die folgenden zwei zentralen Anschlussfragen: Kennt erstens das Rentenversicherungsrecht nur Alles-oder-nichts-Lösungen dergestalt, dass der Versicherte unter den genannten Bedingungen entweder aufhört zu arbeiten und Altersrente bezieht *oder* weiter arbeitet und gar keine Rente bezieht? Beinhaltet zweitens das Rentenversicherungsrecht für den Fall, dass eine Kombination von Rentenbezug und Weiterarbeit möglich ist, Hemmnisse, diese Kombination auch wahrzunehmen?

f) Vollrente und Teilrente

Die aufgeworfene Frage nach dem Alles-oder-nichts-Verhältnis zwischen Rentenbezug und Weiterarbeit beantwortet das SGB VI maßgeblich mit seiner Regelung zur Vollrente und Teilrente in § 42 SGB VI. Versicherte können eine Rente wegen Alters in voller Höhe als Vollrente oder als Teilrente in Anspruch nehmen (§ 42 Abs. 1 SGB VI), wobei die Teilrente ent-

5 *Roßbach*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 2. Aufl. 2011, § 41 SGB VI Rn. 1.

6 *Roßbach*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann (Fn. 5), § 41 SGB VI Rn. 2.

7 Siehe etwa BAG 18.6.2008 – 7 AZR 116/07, BAGE 127, 74 ff.

weder ein Drittel, die Hälfte oder zwei Drittel der erreichten Vollrente beträgt (§ 42 Abs. 2 SGB VI). Der Sinn und Zweck dieser seit 1992 bestehenden Regelung besteht darin, einen gleitenden Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand zu ermöglichen, indem die Möglichkeit zum teilweisen Rentenbezug bei teilweiser Weiterarbeit geschaffen wird⁸. Die Teilrente soll dabei die Verdienstminderung infolge des reduzierten Arbeitsvolumens ausgleichen⁹.

Die genannte Regelung beinhaltet ein Wahlrecht des Versicherten, das mehrere Gestaltungsoptionen eröffnet¹⁰: Zum Beispiel kann ein langjährig Versicherter die bereits angesprochene Möglichkeit zu vorzeitigem Rentenbezug ab Vollendung des 63. Lebensjahres dergestalt ausüben, dass er nur einen Teil seiner Rente vorzeitig in Anspruch nimmt, wodurch auch nur für diesen Rententeil Rentenabschläge entstehen. Weitere Möglichkeit: Ein Versicherter kann die Regelaltersrente – bei der, wie gesagt, kein vorzeitiger Rentenbezug möglich ist – mit Erreichen des regulären Rentenalters zunächst nur zum Teil in Anspruch nehmen, mit der Folge, dass für den nicht beanspruchten Rententeil die bereits angeführten Zuschläge entstehen (§ 77 Abs. 2 Nr. 2b SGB VI). Dritte Möglichkeit: Die durch den vorzeitigen Bezug einer Teilrente entstandenen Abschläge können durch die Geltendmachung eines anderen Rententeils erst jenseits des Erreichens des Rentenalters kompensiert werden (vgl. dazu § 77 Abs. 3 SGB VI).

Der Versicherte ist an eine einmal in Ausübung seines Wahlrechts getroffene Entscheidung nicht gebunden, sondern ein Wechsel zwischen Voll- und Teilrente und zwischen den genannten Teilrentenhöhen von einem Drittel, der Hälfte oder zwei Dritteln ist möglich.

Ob das Teilrentenmodell für den Versicherten praktikierbar ist, hängt maßgeblich davon ab, ob für ihn überhaupt ein Teilzeitarbeitsplatz zur Verfügung gestellt wird¹¹. Das SGB VI trifft insoweit die Regelung, dass Versicherte, die wegen der beabsichtigten Inanspruchnahme einer Teilrente ihre Arbeitsleistung einschränken wollen, von ihrem Arbeitgeber verlangen können, dass er mit ihnen die Möglichkeit einer solchen Einschränkung erörtert (§ 42 Abs. 3 Satz 1 SGB VI). Einen Anspruch des

8 *Schellhorn*, in: Fasselt/Schellhorn (Hrsg.), Handbuch Sozialrechtsberatung, 3. Aufl. 2011, Kapitel 7 Rn. 60.

9 *Künzler*, in: Eichenhofer/Rische/Schmähl (Hrsg.), Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung (SGB VI), 2. Aufl. 2012, Kapitel 12 Rn. 43; *Fichte*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB-Kommentar, Loseblattausgabe, § 42 SGB VI Rn. 1.

10 Vgl. zum Folgenden etwa ähnlich *Lilge*, Gesetzliche Rentenversicherung, Loseblatt-Kommentar, § 42 SGB VI, Anmerkung 3.1.

11 *Bäcker/Naegele/Bispinck/Hofemann/Neubauer*, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, Bd. 2, 5. Aufl. 2010, S. 414.

Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Verschaffung eines Teilzeitarbeitsplatzes gewährt das SGB VI somit nicht.

g) Hinzuverdienstgrenzen

Die geschilderten Wahlmöglichkeiten hinsichtlich Voll- und Teilrentenbezug lassen das Rentenversicherungsrecht auf den ersten Blick flexibel hinsichtlich der Kombination von Rentenbezug und Weiterarbeit erscheinen. In die Betrachtung einzubeziehen sind indes noch Hinzuverdienstgrenzen. Insoweit unterscheidet das SGB VI strikt zwischen der Situation vor und nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze:

Nach Erreichen der Regelaltersgrenze normiert das SGB VI keinerlei Hinzuverdienstgrenzen. Dies bedeutet: Egal, ob sich der Versicherte mit Erreichen der Regelaltersgrenze dafür entscheidet, die Altersrente als Vollrente, als Teilrente oder zunächst gar nicht zu beziehen, so kann er stets beliebig hinzuverdienen.

Vor Erreichen der Regelaltersgrenze stellt sich die Situation anders dar: Anspruch auf eine Altersrente besteht in diesem Zeitraum nur, wenn die Hinzuverdienstgrenze nicht überschritten wird (§ 34 Abs. 2 Satz 1 SGB VI). Die Hinzuverdienstgrenze beträgt bei einer Altersrente als Vollrente 400 € (§ 42 Abs. 3 Nr. 1 SGB VI). Kompliziert ist die Regelung der Höhe der Hinzuverdienstgrenze für eine Teilrente. Sie ist individuell ausgestaltet und errechnet sich – vereinfacht ausgedrückt – folgendermaßen: Je kleiner der Quotient der Teilrente, umso höher ist die dazugehörige Hinzuverdienstgrenze. Die konkrete Hinzuverdienstgrenze errechnet sich, indem der von der jeweiligen Teilrente abhängige Hinzuverdienstfaktor mit der monatlichen Bezugsgröße und den Entgeltpunkten der letzten drei Kalenderjahre vor Beginn der Altersrente multipliziert wird. Dazu hier nur ein Zahlenbeispiel: Für das Jahr 2011 beträgt für einen Durchschnittsverdiener (Durchschnittsjahresverdienst im Jahr 2011: 30.268 Euro), der in den letzten drei Jahren vor dem Rentenbezug kontinuierlich Beiträge entrichtet und somit drei Entgeltpunkte erworben hat, für die alten Bundesländer die monatliche Bruttoarbeitsentgeltgrenze 1.456 €¹²; das heißt, dass bei einem Teilrentenbezug in Höhe der halben Vollrente für den geschilderten Rentner nicht mehr als etwa 1.450 € brutto hinzuverdient werden dürfen. Das hinter dieser gesetzlichen Regelung stehende Leitbild ist darin zu sehen, dass sichergestellt wird, dass durch die Summe aus Teilrente

12 Siehe zu diesem Beispiel näher *Weinacht/Schmidt*, Grundriss des Rentenversicherungsrechts, 2012, S. 168; vgl. ähnlich *Kerschbaumer*, Flexibler Ausstieg aus dem Erwerbsleben – aber wie?, *SozSich* 2009, 125, 127.

und Hinzuverdienst kein höheres Gesamteinkommen bezogen wird als vor dem Teilrentenbezug¹³.

Wird die im konkreten Fall maßgebliche Hinzuverdienstgrenze überschritten, ist die Teilrente zu gewähren, deren Hinzuverdienstgrenze noch eingehalten wird. Wird zum Beispiel die Hinzuverdienstgrenze für die Teilrente in Höhe von zwei Dritteln der Vollrente überschritten, so ist die Teilrente in Höhe der Hälfte der Vollrente zu gewähren, sofern die dafür geltende Hinzuverdienstgrenze gewahrt wird. Bei einem Überschreiten der Grenze für die kleinste Teilrente – nämlich die Teilrente in Höhe von einem Drittel der Vollrente – entfällt der Teilrentenanspruch insgesamt¹⁴.

Diese Hinzuverdienstregelungen sind weitgehend intransparent, denn Versicherte und Unternehmen, in denen sie neben dem Teilrentenbezug beschäftigt sind, können nur schwer erkennen, in welchem Umfang im konkreten Einzelfall Teilrentenbezieher Arbeitsentgelt beziehen dürfen, ohne dass Teilrentenkürzungen drohen¹⁵. Neben dieser Intransparenz mag auch die sachlich-inhaltliche Limitierung – nämlich die Deckelung der Summe aus Teilrente und gleichzeitigem Hinzuverdienst etwa in Höhe des bisherigen vollen Verdienstes – die Teilrente unattraktiv machen. Letztlich wird die Teilrente nur von einem verschwindend geringen Anteil in Höhe von 0,02 % aller Altersrentner (in absoluten Zahlen: nur etwa 3.000 Teilrentner) in Anspruch genommen¹⁶.

2. Sonderfall Altersrente nach Altersteilzeit

Gesondert zu betrachten ist die Altersrente nach Altersteilzeit, die in § 237 SGB VI geregelt ist und die in spezifischer Form den Übergang von der Erwerbsphase in den Ruhestand regelt. Bei ihr wird – dies sei bereits vorweggenommen – konzeptionell kein Teilrentenmodell verfolgt, sondern ein – zumindest im Kern – „Lohnaufstockungsmodell“ mit einhergehendem vorzeitigem Ausscheiden aus dem Arbeitsleben. Die Altersrente nach Altersteilzeit hat regelungstechnisch eine rentenrechtliche und eine arbeitsrechtliche Seite. Diese sollen zunächst nacheinander und sodann in einer Gesamtschau betrachtet werden.

13 *Dietsch*, Auswirkungen der „Flexiblen Altersarbeitszeit (FALTER)“ auf die Rente aus der Deutschen Rentenversicherung und die Rente aus der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes, ZTR 2011, 135, 139.

14 Siehe zu den genannten Konsequenzen des Überschreitens der Hinzuverdienstgrenzen etwa *Roßbach*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann (Fn. 5), § 42 SGB VI Rn. 23 in Verbindung mit Rn. 6; *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 848 f.

15 *Rische/Kreikebohm*, Verbesserung der Absicherung bei Invalidität und mehr Flexibilität beim Übergang in Rente, RV aktuell 2012, 2, 5.

16 *Rische/Kreikebohm*, RV aktuell 2012, 2, 5.

a) Die rentenrechtliche Seite der Altersteilzeit

Das SGB VI normiert für den Bezug einer Altersrente nach Altersteilzeit zahlreiche Tatbestandsvoraussetzungen, unter anderem das Erfüllen einer langen Wartezeit. Hervorzuheben ist indes im vorliegenden Zusammenhang, dass der Versicherte unter anderem seine Arbeitszeit aufgrund von Altersteilzeitarbeit im Sinne des Altersteilzeitgesetzes für mindestens 24 Monate vermindert hat (§ 237 Abs. 1 Nr. 3b SGB VI). Die rentenrechtliche Besonderheit der Altersrente wegen Altersteilzeit besteht darin, dass man sie zu einem früheren Zeitpunkt, nämlich mit Vollendung des 60. Lebensjahres, in Anspruch nehmen kann (vgl. § 237 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI). Regelungstechnisch unübersichtlich ist indes für Geburtsjahrgänge ab 1937 die Altersgrenze für die Altersrente nach Altersteilzeit zunächst stufenweise angehoben worden und sie liegt für die Geburtsjahrgänge ab 1942 nunmehr gleichbleibend bei der Vollendung des 65. Lebensjahres (§ 237 Abs. 3 SGB VI in Verbindung mit Anlage 19 zum SGB VI). Die Altersrente nach Altersteilzeit kann vorzeitig in Anspruch genommen werden und sie liegt für die Geburtsjahrgänge ab 1949 bei der Vollendung des 63. Lebensjahres plus einem Monat. Die vorzeitige Inanspruchnahme auch dieser Altersrente ist indes mit den bereits beschriebenen, auch für die anderen Altersrentenarten geltenden Abschlägen von monatlich 0,3 % verbunden¹⁷. Die Altersrente nach Altersteilzeit ist insofern insgesamt als auslaufende Rente ausgestaltet, als nur diejenigen Versicherten sie überhaupt beziehen können, die vor dem 1.1. 1952 geboren sind (§ 237 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI)¹⁸.

b) Die arbeitsrechtliche Seite der Altersteilzeit

Das Altersteilzeitgesetz (ATG) schreibt als Zielsetzung fest, dass durch Altersteilzeit älteren Arbeitnehmern ein gleitender Übergang vom Erwerbsleben in die Altersrente ermöglicht werden soll (§ 1 Abs. 1 ATG). Die Bundesagentur für Arbeit fördert durch Leistungen nach dem ATG die Teilzeitarbeit älterer Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeit ab Vollendung des 55. Lebensjahres vermindern und damit die Einstellung eines sonst arbeitslosen Arbeitnehmers ermöglichen (§ 1 Abs. 2 ATG). Die Regelungstechnik des ATG besteht im Kern darin, dass dem Arbeitgeber gegen die Bundesagentur für Arbeit Erstattungsansprüche zustehen, wenn er seinerseits dem Arbeitnehmer besondere Leistungen zukommen lässt. Kurzgefasst gilt Folgendes: Wenn der Arbeitnehmer ab Vollendung des 55. Lebensjahres seine Arbeitszeit halbiert (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2 ATG) und der Arbeitgeber diesem Arbeitnehmer aufgrund tarifvertraglicher

17 Siehe dazu näher etwa *Gürtner*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Loseblattausgabe, § 237 SGB VI Rn. 34.

18 Siehe zu dem auslaufenden Charakter der Altersrente nach Altersteilzeit etwa *Künzler*, in: Eichenhofer/Rische/Schmähl (Fn. 9), Kapitel 12 Rn. 40.

oder individueller Vereinbarung das Regelarbeitsentgelt für die Altersteilzeitarbeit um mindestens 20 % aufstockt und für den Arbeitnehmer zusätzliche Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung abführt sowie auf dem durch die Altersteilzeit frei werdenden Arbeitsplatz einen neuen, bisher arbeitslosen Arbeitnehmer einstellt (vgl. im Einzelnen § 3 Abs. 1 Nr. 1 a, b, 2 a ATG), dann besteht für den Arbeitgeber hinsichtlich der Aufstockungsleistungen und der Entrichtung der zusätzlichen Rentenversicherungsbeiträge ein Erstattungsanspruch gegen die Bundesagentur für Arbeit (vgl. im Einzelnen § 4 Abs. 1 Nr. 1, 2 ATG). Obwohl das ATG als solches noch gilt, ist mittlerweile ein wesentlicher Baustein von ihm gegenstandslos geworden¹⁹: Der beschriebene Erstattungsanspruch des Arbeitgebers gegenüber der Bundesagentur für Arbeit besteht nur noch für diejenigen Arbeitnehmer, die die Altersteilzeit vor dem 1.1. 2010 angetreten haben (§ 16 ATG; vgl. auch § 1 Abs. 2 ATG). Über 55-jährige Arbeitnehmer können auch nach dem 1.1. 2010 eine Altersteilzeit im Sinne des ATG antreten, indem tarifvertraglich oder individuell mit dem Arbeitgeber eine Altersteilzeitvereinbarung über die genannten Punkte (also unter anderem: Entgeltaufstockung) getroffen wird; der Arbeitgeber erhält indes keine Erstattung mehr von der Bundesagentur.

c) Gesamtbetrachtung

Rentenrechtlich sollte die Inanspruchnahme von Altersteilzeitarbeit zunächst dadurch belohnt werden, dass sie zu einem früheren Zeitpunkt als andere Altersrentenarten in Anspruch genommen werden konnte. Durch das mittlerweile erfolgte Heraufsetzen der Altersgrenze auch für diese Altersrentenart ist dies inzwischen wieder beseitigt worden. Ebenso sollte arbeitsrechtlich durch die beschriebenen Regelungen des ATG eine Altersteilzeit für den Arbeitnehmer attraktiv ausgestaltet werden, indem er aufgestocktes Regelarbeitsentgelt und zusätzliche, arbeitgeberseitig bezahlte Rentenversicherungsbeiträge erhält. Auch wenn diese Aufstockung nach wie vor möglich ist, ist der finanzielle Anreiz für den Arbeitgeber, dies zu tun, durch die mittlerweile ausgelaufene Erstattungsregelung durch die Bundesagentur für Arbeit weggefallen.

Es lässt sich somit *mittlerweile* gewissermaßen ein rentenrechtlicher und arbeitsrechtlicher Gleichklang erkennen, gesetzlich die Altersteilzeit nicht mehr zu fördern. Die Gründe dafür sind in Folgendem zu sehen: Das ATG und ebenso die Regelungen der Altersrente nach Altersteilzeit im SGB VI

¹⁹ Siehe zum Folgenden insgesamt *P. Hanau*, Neue Altersteilzeit, NZA 2009, 225 ff.; *Rolfs*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 12. Aufl. 2012, § 16 ATG Rn. 1 ff.; *Vogelsang*, in: *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, § 83 Rn. 1; *Wanger*, Die Altersteilzeit im Zusammenspiel individueller und betrieblicher Einflussfaktoren, WSI-Mitteilungen 2010, 395 ff.

sind 1996 in Kraft getreten²⁰. Die Zielsetzung war, dass Versicherten, die nach Vollendung des 55. Lebensjahres eine Altersteilzeitbeschäftigung ausgeübt haben, der nahtlose Übergang von einer Altersteilzeitarbeit in eine vorzeitige Altersrente ermöglicht wird. Das ATG und das SGB VI wollten insoweit den Arbeitsmarkteffekt einer generationenübergreifenden Umverteilung der Arbeit zugunsten jüngerer Arbeitsloser fördern²¹. Diese Zielsetzung wird mittlerweile vom Gesetzgeber nicht mehr verfolgt.

Die rentenversicherungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Regelungen zur Altersteilzeit stellen zwar einen wichtigen Regelungsbaustein zur Ausgestaltung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand dar. Bei Lichte betrachtet verfolgen sie indes *nicht* das Ziel einer Kombination von Rentenbezug und Weiterarbeit. Die Altersteilzeit kann zwar entweder als das in der Praxis nahezu ausschließlich praktizierte sogenannte Blockmodell – das heißt im Saldo wird über mehrere Jahre nur hälftig gearbeitet, indes die ersten Jahre zunächst noch voll, später gar nicht mehr – oder als sogenanntes Kontinuitätsmodell – das heißt kontinuierliche Arbeitszeitreduzierung über mehrere Jahre vor dem Eintritt in den Ruhestand – ausgestaltet werden²²; in beiden Ausgestaltungsvarianten sind aber der Lohnbezug und der Rentenbezug hintereinandergeschaltet. Außerdem ist die Altersteilzeit nicht darauf ausgerichtet, die Arbeitsphase über das reguläre gesetzliche Rentenalter hinaus auszudehnen, sondern die Altersteilzeit ist gleichsam umgekehrt ein Mittel, das für den Arbeitnehmer Anreize für das *vorherige* Ausscheiden aus dem Arbeitsleben schafft.

Es ist richtig, dass der Rentengesetzgeber durch die geschilderten Regelungen die Altersteilzeit mittlerweile nicht mehr unterstützt. Denn die Altersteilzeit setzt Anreize zum vorzeitigen Ausscheiden aus dem Erwerbsleben und ist daher kein geeignetes Mittel, um die beschriebene, in den letzten Jahren gewandelte Arbeitsmarktsituation zu bewältigen.

20 Siehe zur Entstehung ausführlich *Diller*, Das neue Altersteilzeitgesetz, NZA 1996, 847 ff.; zur Entstehung speziell des ATG *Boecken*, Das Altersteilzeitgesetz 1996, NJW 1996, 3386 ff.; *Preis/Rolfs*, Das Altersteilzeitgesetz, SGB 1998, 147 ff.; mit arbeitsmarktpolitischem Fokus *Rode/Adamy*, Altersteilzeit statt Frühverrentung oder was bringt das neue Altersteilzeitgesetz?, SozSich 1996, 376 ff.

21 So zutreffend *Fichte*, in: Hauck/Noftz (Fn. 9), § 237 SGB VI Rn. 1.

22 Zu diesen beiden Modellen und deren mengenmäßiger Anwendung in der Praxis siehe etwa *Vogelsang*, in: *Schaub* (Fn. 19), § 83 Rn. 9 f.; *Rolfs*, in: *ErfK* (Fn. 19), § 2 ATG Rn. 9; *Wanger*, WSI-Mitteilungen 2010, 395; *Bäcker/Naegele/Bispinck/Hofemann/Neubauer*, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, Bd. 1, 5. Aufl. 2010, S. 582.

III. Aktuelle Entwicklungen und Reformbedarf

1. Aktuelle tarifvertragliche Entwicklungen hinsichtlich der Kombination von Teilrente und Weiterarbeit

Wie soeben beschrieben, ist das Altersteilzeitgesetz zwar nicht insgesamt außer Kraft getreten, indes gilt einer seiner Bausteine – nämlich die Erstattung der Lohnaufstockung und der zusätzlichen arbeitgeberseitigen Entrichtung von Rentenversicherungsbeiträgen durch die Bundesagentur für Arbeit für ab 2010 begründete Altersteilzeitarbeitsverhältnisse – nicht mehr. In mittlerweile mehreren Tarifverträgen ist die Fortführung der Altersteilzeit trotz dieses Wegfalls des Erstattungsanspruchs festgeschrieben, indem dort Altersteilzeitaufstockungsleistungen festgelegt sind. Beispielfähig sei hier der Tarifvertrag der Chemieindustrie „Lebensarbeitszeit und Demografie“ (TV Demo) genannt²³.

Wegweisend sind tarifvertragliche Entwicklungen, die nicht auf einen vorgezogenen Ruhestand abzielen, sondern darauf, einen gleitenden Übergang in den Ruhestand mit längerer Teilhabe am Berufsleben und gleichzeitigem Rentenbezug zu ermöglichen. Zu nennen ist hier besonders im Bereich des öffentlichen Dienstes das sogenannte Modell zur flexiblen Arbeitszeitgestaltung – genannt FALTER –, das die Tarifvertragsparteien des Bundes und der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände jeweils gesondert geschaffen haben²⁴. Die FALTER-Regelung ist Bestandteil des Tarifvertrags zu flexiblen Arbeitszeitregelungen für ältere Beschäftigte (TV FlexAZ). Dieser Tarifvertrag enthält auch Altersteilzeitregelungen (§§ 2 ff. TV FlexAZ), daneben aber auch die FALTER-Regelung (§ 13 TV FlexAZ).

Das FALTER-Modell sieht kurz gesagt Folgendes vor²⁵: Beschäftigte reduzieren über einen Zeitraum von vier Jahren die Arbeitszeit auf die Hälfte

23 Näher zu diesem Tarifvertrag *Mostert*, Demografie und Altersübergang – Tarifpolitische Lösungsansätze in der chemischen Industrie, *SozSich* 2012, 97 ff.; siehe ferner auch zu weiteren solcher Tarifverträge *Rolfs*, Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand, *NZA* 2010, Beilage 4, S. 139, 143; *P. Hanau*, *NZA* 2009, 225, 227 f.

24 Im Folgenden wird sich auf die Ausgestaltung im Bereich der kommunalen Arbeitgeber (VKA) beschränkt.

25 Im hier gegebenen Rahmen kann nur ein Überblick gegeben werden; siehe insgesamt näher zum Folgenden: *Conze/Karb*, Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 3. Aufl. 2012, Rn. 226 ff.; *Junghanns*, Dem demographischen Wandel Rechnung tragen – Das neue FALTER-Modell des öffentlichen Dienstes, *ZTR* 2010, 443 ff.; *Dietsch*, *ZTR* 2011, 135 ff.; *Klapproth/Hock*, Die neuen Tarifregelungen zur Altersteilzeit und flexiblen Altersteilzeit im öffentlichen Dienst, *ZTR* 2010, 278 f., 285 f.; knapp zum FALTER-Modell außerdem *Löwisch*, Arbeitsrechtliche Fragen der Rente mit 67, *ZTR* 2011, 78, 82.

und beziehen zum Ausgleich des Einkommensverlustes gleichzeitig eine Teilrente in Höhe von höchstens 50 % der Altersrente. Die reduzierte Arbeitszeit beginnt zwei Jahre vor Erreichen des Kalendermonats, für den der Beschäftigte eine abschlagsfreie Altersrente in Anspruch nehmen kann und geht zwei Jahre über diese Altersgrenze hinaus²⁶. Das FALTER-Arbeitsmodell ist mit dem Rentenversicherungsrecht insoweit verknüpft und wechselseitig bedingt, als es zur persönlichen Voraussetzung beim Beschäftigten hat, dass diesem rentenversicherungsrechtlich überhaupt ein Anspruch auf vorzeitige Inanspruchnahme einer Altersrente zusteht. Wie bereits gesagt, ist dies zum Beispiel nicht bei der Regelaltersrente der Fall, wohl aber etwa bei der Altersrente für langjährig Versicherte. Rentenversicherungsrechtlich erfährt das FALTER-Modell keine Sonderbehandlung, sondern es gelten alle bereits geschilderten Mechanismen; dies bedeutet insbesondere: Für jeden Monat, den die Altersrente vor Erreichen der Regelaltersgrenze beansprucht wird, verringert sich die Rente monatlich um 0,3 %, was bei einer zweijährigen vorzeitigen Inanspruchnahme addiert 7,2 % Rentenabschlag bedeutet. Da die Beschäftigten während des Teilrentenbezugs aber auch über die Regelaltersgrenze hinaus in Teilzeitarbeit weiterarbeiten, erwerben sie dafür zusätzliche Entgeltpunkte; außerdem erhöht sich für jeden Monat, den eine Teilaltersrente nach Erreichen der Regelaltersgrenze nicht in Anspruch genommen wird, die monatliche Teilrente um 0,5 %, das heißt für die zwei Jahre insgesamt um 12 %. Rentenversicherungsrechtlich stellt sich insoweit die Situation des Beschäftigten nach dem insgesamt vierjährigen Durchlaufen des FALTER-Arbeitszeitmodells als durchaus attraktiv dar.

Der eigentliche rentenversicherungsrechtliche Hemmschuh für dieses Modell sind indes die Hinzuverdienstregelungen, die in den ersten zwei Jahren des FALTER-Modells greifen. Denn in dieser ersten Phase des FALTER-Modells befindet sich der Beschäftigte noch vor dem Erreichen der Regelaltersgrenze und somit gelten die bereits geschilderten, individuell zu berechnenden Hinzuverdienstgrenzen für den Bezug einer hälftigen Teilrente. Aufgrund der individuellen Berechnung der Hinzuverdienstgrenze verbieten sich zwar allgemeingültige Detailaussagen, aber je nach Entgeltstufe, in der der Beschäftigte eingeordnet ist, kann durch die Weiterarbeit mit hälftiger Arbeitszeit und dementsprechend hälftigem Lohn die Hinzuverdienstgrenze überschritten werden.

26 Für Beschäftigte der Kommunen wird ein Anschlussarbeitsvertrag für zwei Jahre unter der Bedingung abgeschlossen, dass das Arbeitsverhältnis bei einer mehr als hälftigen Teilrente oder Vollrente endet (§ 13 Satz 4 TV FlexAZ VKA). Auf der Ebene des Bundes verschiebt sich das Ende des Arbeitsverhältnisses über die Regelaltersgrenze hinaus nach hinten (siehe zu diesen Unterschieden *Klapproth/Hock*, ZTR 2010, 278, 286).

2. Reformoptionen: Modifizierung der Teilrenten- und Hinzuverdienstregelungen

Als Reformoptionen sind angesichts der geschilderten Situation bei tarifvertraglichen Arrangements wie FALTER, aber auch jenseits davon erstens eine prinzipielle Neuordnung der Teilrentenregelungen (a) und zweitens eine Neugestaltung der Hinzuverdienstregelungen (b) zu erwägen.

a) Grundsätzliche Neugestaltung der Teilrenten

Die grundlegenden Eigenheiten der derzeitigen Teilrentenregelungen bestehen darin, dass erstens für Teilrenten dieselben Altersgrenzen hinsichtlich einer vorzeitigen Renteninanspruchnahme gelten wie für die Vollrente. Im Fall von langjährig Versicherten liegt diese Altersgrenze – wie bereits gesagt²⁷ – bei der Vollendung des 63. Lebensjahres. Zweitens ist die Teilrente in der Form stufenhaft ausgestaltet, dass die Teilrente nur in den Abstufungen von einem Drittel, der Hälfte oder zwei Dritteln der Vollrente in Anspruch genommen werden kann.

Beides sollte geändert werden²⁸: Die Teilrente sollte als eigene Rentenart mit eigenständiger Altersgrenze für die vorzeitige Inanspruchnahme ausgestaltet werden; damit dies finanziell nicht zulasten der Versichertengemeinschaft geht, sollten indes die bestehenden Rentenabschlagsregelungen aufrechterhalten werden. Als Teilrentenaltersgrenze wäre zum Beispiel das 60. Lebensjahr, gegebenenfalls aber auch ein noch früheres Lebensalter wie zum Beispiel das 55. Lebensjahr denkbar. Der Vorteil einer solchen Neuerung bestünde darin, dass sich das Rentenversicherungsrecht dahingehend öffnet, dass Weiterarbeit und Rentenbezug zu einem früheren Lebensalter kombinierbar werden. Würde man den Bezug einer Teilrente zum Beispiel bereits ab dem 55. Lebensjahr ermöglichen und richtigerweise mit Abschlagsregelungen versehen, so würden zwar erhebliche Renteneinbußen drohen und dieses Szenario auf den ersten Blick sehr unattraktiv erscheinen lassen. Entsprechende arbeitsrechtliche Arrangements wie etwa Lohnaufstockungen bei Teilzeitarbeit ab dem 55. Lebensjahr könnten aber die Attraktivität steigern. Entscheidend ist insoweit, dass das Rentenversicherungsrecht nicht von sich aus zu hohe Hürden errichtet, die kreativen arbeitsrechtlichen Arrangements ent-

27 Siehe oben II 1 a.

28 Ebenso *Rolfs*, NZA 2010, Beilage 4, S. 139, 144; *DGB-Bundesvorstand*, *Flexible, abgesicherte Übergänge in die Rente ermöglichen!*, *SozSich* 2012, 18, 19; ähnlich *Kerschbaumer*, *Weiterentwicklung der Altersteilzeit und neue Instrumente zum flexiblen Übergang in den Ruhestand*, *SozSich* 2007, 104, 107; dies zumindest erwägend *Rische/Kreikebohm*, *RV aktuell* 2012, 2, 6 f.; Reformbedarf andeutend auch *Zweng/Scheerer/Buschmann/Dörr*, *Handbuch der Rentenversicherung*, Teil 2, Loseblattausgabe, § 42 SGB VI Rn. 3a.

gegenstehen; dies gilt zumal dann, wenn damit, wie im Fall von Abschlagsregelungen, keine finanziellen Nachteile für das Rentenversicherungssystem verbunden sind.

Die bisherige Stufung von Teilrenten in Höhe von einem Drittel, der Hälfte oder zwei Dritteln ist ebenfalls nicht einleuchtend. Der damit einhergehende Schematismus steht stufenlosen Reduzierungen der Arbeitszeit in Abstimmung mit dem Teilrentenanteil entgegen. Sollte etwa der Arbeitgeber aufgrund organisatorischer betrieblicher Belange für einen älteren Arbeitnehmer einen Teilzeitarbeitsplatz nur mit einer anderen Quotelung als einem Drittel, der Hälfte oder zwei Dritteln anbieten können, so erweisen sich insoweit die genannten Teilrentenstufen als zu starr und hinderlich. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, wieso nicht *jegliche Feinstufung* einer Teilrente möglich sein soll.

b) Neugestaltung der Hinzuverdienstgrenzen

Sowohl im Rahmen eines tarifvertraglich detailliert ausgestalteten Arbeitszeitmodells wie FALTER als auch jenseits davon erweisen sich die rentenversicherungsrechtlichen Hinzuverdienstregelungen, die für die Phase des Rentenbezugs *vor* Erreichen der Regelaltersgrenze gelten, als weiterer zentraler – wenn nicht gar als der zentralste – Punkt, der auf den Prüfstand gehört, um eine Kombination von (Teil-) Rente und Weiterarbeit flexibler zu ermöglichen.

Hinsichtlich einer Neugestaltung der Hinzuverdienstgrenzen ließen sich zunächst eher vorsichtige, maßvolle Reformschritte erwägen. Im Sinne einer leichteren Verständlichkeit für die betroffenen Versicherten wäre zunächst daran zu denken, die Hinzuverdienstgrenzen einfacher zu gestalten. Dies könnte in der Form geschehen, dass man genauso wie bei der Vollrente, bei der die Hinzuverdienstgrenze einheitlich 400 € beträgt, bei der Teilrente pauschale Hinzuverdienstgrenzen schafft. Propagiert man indes – wie hier soeben geschehen – eine stufenlose Ausgestaltung der Teilrente, so erscheint eine pauschale Regelung nicht gangbar.

Ins Zentrum der Überlegungen rückt daher die fundamentaler ansetzende Frage, ob Hinzuverdienstgrenzen überhaupt gerechtfertigt sind. Wie bereits dargelegt²⁹, wird die derzeitige Hinzuverdienstregelung von dem Bestreben getragen zu verhindern, dass die Summe aus Teilrente und Hinzuverdienst ein höheres Gesamteinkommen ergibt als vor dem Teilrentenbezug. Die wiederum dahinterstehende Überlegung wird man allenfalls darin sehen können, dass ohne Hinzuverdienstgrenze die Einkommensersatzfunktion der Altersrente unzulässig aufgegeben werde. Pointierter formuliert: Wer in hohem Maße in der Lage und willens sei, weiterhin zu

29 Siehe oben II 1 g.

arbeiten und somit Arbeitsentgelt zu erzielen, bedürfe der Altersrente als Arbeitsentgeltersatzleistung im Alter nicht.

Diese Argumente überzeugen nicht. Erstens ist die Einkommensersatzfunktion der Altersrente zunächst kein wie auch immer – sei es verfassungsrechtlich oder einfachgesetzlich – gearteter allgemeiner Rechtsgrundsatz, der dem Rentenrecht unverrückbar innewohnt und der daher nicht oder nur unter Anführung von besonderen Gründen beseitigt oder relativiert werden dürfte. Es ist vielmehr eine allein politische Entscheidung, ob und gegebenenfalls inwieweit im Rentenversicherungsrecht eine Einkommensersatzfunktion der Renten zum Ausdruck kommt. Weiterhin enthält auch das derzeit gültige Rentenrecht im Zusammenhang mit den Hinzuverdienstregelungen eine starke Relativierung der Einkommensersatzfunktion der Rente. Eine solche Relativierung ist nämlich für die Lebensphase nach Erreichen der Regelaltersrente gegeben. Wie ausgeführt³⁰, gelten nach dem Erreichen der Regelaltersrente schon derzeit *keinerlei* Hinzuverdienstgrenzen. Wenn man die Einkommensersatzfunktion der Rente als grundlegendes Prinzip des Rentenversicherungsrechts ansehen wollte, müsste man auch für diese Lebensphase eine Hinzuverdienstgrenze fordern. Dies wird aber richtigerweise – soweit ersichtlich – von niemandem getan. Gibt es somit keine überzeugenden Gründe *für* die Aufrechterhaltung einer Hinzuverdienstgrenze, so lassen sich umgekehrt indes gute Gründe *gegen* ihre Aufrechterhaltung anführen: Wie bereits mehrfach angeführt, stellt der Arbeitsmarkt derzeitig (und dies wird auch mittelfristig zukünftig gelten) an das Recht die grundlegende Anforderung, den Rentenbezug und die Weiterarbeit insgesamt möglichst flexibel auszugestalten und insbesondere eine Kombination von beiden zu ermöglichen. Deshalb sollten Hinzuverdienstgrenzen insgesamt beseitigt werden.

c) Referentenentwurf

Die Teilrenten- und Hinzuverdienstregelungen möchte der Bundesgesetzgeber ändern und zwar noch in dieser Legislaturperiode. Dies soll im Rahmen des – so der derzeitige Titel – Alterssicherungsstärkungsgesetzes geschehen. Das Kernvorhaben dieses Gesetzes besteht in der Neuregelung der sogenannten Zuschussrente, die derzeit auch in der breiten politischen Öffentlichkeit kontrovers diskutiert wird. Eine Neuregelung der Teilrenten- und Hinzuverdienstregelungen ist aber ebenfalls angestrebt; dies behandelt der Gesetzentwurf unter der Bezeichnung „Kombirente“. Derzeit existiert lediglich ein Referentenentwurf³¹. Da das weitere Schicksal des

30 Siehe oben II 1 g.

31 Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Alterssicherung (Alterssicherungsstärkungsgesetz); Stand des Entwurfs: 7.8. 2012.

gesamten Gesetzes derzeit noch ungewiss ist, soll hier nur kurz auf die wesentlichen Punkte, die die Teilrente und die Hinzuverdienstgrenzen betreffen, hingewiesen werden: Ein Teilrentenbezug soll zukünftig dergestalt stufenlos möglich sein, dass eine Teilrente nicht mehr ein Drittel, die Hälfte oder zwei Drittel betragen muss³². Die Hinzuverdienstgrenzen sollen neu gestaltet werden: Die Kombirente soll ein Einkommen aus Rente und Hinzuverdienst in der Höhe des früheren Einkommens erlauben, wobei sich die Obergrenze am höchsten Jahresbruttoeinkommen in den letzten 15 Jahren vor dem Renteneintritt bemessen soll. Das Berechnungsverfahren soll insgesamt einfacher und unbürokratischer ausgestaltet werden. Im Fall des Überschreitens der Hinzuverdienstgrenze sollen die Rentenkürzungen maßvoller ausfallen³³.

All dies sind Schritte in die richtige Richtung. Den mutigen und hier befürworteten Schritt hin zum Streichen der Hinzuverdienstgrenzen geht der Gesetzesentwurf nicht. Es bleibt abzuwarten, ob die beabsichtigten Änderungen überhaupt realisiert werden.

IV. Ergebnis

Meine Überlegungen lassen sich in thesenartiger Form wie folgt kurz zusammenfassen:

1. Der lange Zeit beschrittene Weg, Anreize für ein frühzeitiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben zu setzen, wird derzeit und auch zukünftig der gewandelten Situation des Arbeitsmarktes nicht mehr gerecht.
2. Das Rentenversicherungsrecht ist richtigerweise in der jüngeren Vergangenheit an mehreren Stellen schon dahingehend geändert worden, dass es kaum noch Anreize für ein gänzlich frühes Ausscheiden aus dem Erwerbsleben enthält.
3. Der derzeitige und zukünftige Arbeitsmarkt stellt an das Recht die Herausforderung, Arbeit und Rentenbezug im Alter möglichst flexibel miteinander kombinieren zu können.
4. Für die Kombination von (Teil-) Renten und Weiterarbeit ist im Rentenversicherungsrecht zu unterscheiden:
 - a) Für die Zeit *nach* dem Erreichen der Regelaltersgrenze gibt es keine Hinzuverdienstgrenzen, so dass in sehr flexibler Form Weiterarbeit und Rentenbezug möglich sind, sofern Arbeitnehmer und Arbeitgeber dies wünschen. Insoweit besteht kein gesetzlicher Reformbedarf.

32 Dies soll durch eine ersatzlose Streichung des derzeitigen § 42 Abs. 2 SGB VI erreicht werden (Referentenentwurf [Fn. 31], S. 8).

33 Vgl. insgesamt Referentenentwurf (Fn. 31), S. 8 (beabsichtigter neuer Wortlaut von § 34 Abs. 2, 3 SGB VI) und S. 41-43 (Begründung).

b) Für die Zeit *vor* dem Erreichen der Regelaltersgrenze gilt Folgendes: Hier ist nur für bestimmte Rentenversicherte (unter anderem langjährig Versicherte) überhaupt ein vorzeitiger Rentenbezug möglich. Sofern dies der Fall ist, ermöglicht das Rentenversicherungsrecht zwar auch eine Kombination von Weiterarbeit und Rentenbezug in Form von Teilrentenbezug. Indes ist die Teilrente unattraktiv ausgestaltet und wird daher auch in der Praxis kaum in Anspruch genommen. Die bislang zu komplizierten und auch sachlich-inhaltlich restriktiven Hinzuverdienstgrenzen sollten gänzlich gestrichen werden.

Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich bin in der Pause darauf angesprochen worden, dass es vielleicht noch gewisse Komplikationen gibt bei der Frage, welches Zusammenarbeitsmodell die Senioren GmbH mit dem normalen Arbeitgeber wählt: Dabei kommen Arbeitnehmerüberlassung oder ein Gemeinschaftsbetrieb mit getrennten individualrechtlichen Arbeitgebern in Betracht. Insbesondere tariflicher Senioritätsschutz ist wesentliche Arbeitsbedingung im Sinne des *equal treatment* und müsste deshalb tariflich abgedungen werden. Herr Kolbe wird diese Fragen in seinem schriftlichen Referat, das Sie im Tagungsband nachlesen können, behandeln.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Ich habe nur eine – wahrscheinlich ganz dumme – Frage, die zeigt, dass ich nicht alles verstanden habe. Und zwar beim Hinzuverdienst, rein mathematisch: Wenn es richtig ist, dass die Rentenanwartschaft schwerlich das übersteigen kann, was ich vorher erwirtschaftet habe, kann ich rechnerisch das geschilderte Problem nicht nachvollziehen. Wie kann ich theoretisch überhaupt über 100 % kommen?

Professor Dr. Timo Hebler, Universität Trier:

Ich habe Ihre Frage nicht verstanden.

Hans Hanau:

Vielleicht habe ich mich nicht deutlich genug ausgedrückt. Ich habe eigentlich nur ein reines Rechenproblem. Wenn es richtig ist, dass die erworbene Anwartschaft tendenziell hinter 100 % dessen zurückbleibt, was ich bisher verdient habe, kann ich nicht verstehen, wie es in der Summe mehr als 100 % werden soll. Sie müssten einmal ein Beispiel geben.

Volker Rieble:

Sie könnten doch, Herr Hanau, relativ einfach hingehen und sagen: „Ich beantrage eine halbe Teilrente, habe einen halben Job beim einen Arbeitgeber und mache noch eine halbe Tätigkeit beim anderen Arbeitgeber,

immer zum selben Lohn, dann komme ich auf 150 %.“ Das will man bislang verhindern.

Timo Hebeler:

Vielleicht kann ich eine Teilantwort noch versuchen. Es ist individuell ausgestaltet, wie hoch die Teilrente ist, die der infrage stehende Rentner beziehen kann. Das errechnet sich seinerseits wieder nach der allgemeinen Rentenformel, sprich: der ganzen Biografie, die er mitbringt. Diese kann sehr verschiedenartig sein. Weil aber das bei der Formel ins Verhältnis gesetzt wird mit dem bisherigen Verdienst, den der Arbeitnehmer hat, wird in der Koppelung der Faktoren miteinander genau das mathematische Ergebnis erreicht, was ich vorhin geschildert habe. Dann ist diese Deckelung drin.

Volker Rieble:

Ganz kurz, um die Fragelust der Praktiker etwas zu motivieren, möchte ich Ihnen nur klarmachen: Wenn Sie auf die Beschäftigung Älterer angewiesen sind in Ihrem Unternehmen, werden die Mitarbeiter Sie fragen: „Wie sieht das sozialrechtlich aus?“ Ich garantiere Ihnen, der erste Prozess wegen Falschberatung, wie wir es bei der Betriebsrente schon kennen, dauert nicht so lange, deswegen müssen die Praktiker unter Ihnen alles dieses so verstanden haben, dass sie das den teilrentenbezugsberechtigungswilligen Arbeitnehmern auch erklären können.

Peter Mayer, Präsident des LAG München a.D., Kolbermoor:

Herr *Hanau* hat, glaube ich, einen Irrtum in seiner Frage versteckt. Wenn ich eine Teilrente beziehe, kann ich trotzdem voll weiterarbeiten. Und wenn es keine Deckelung gäbe, würde ich voll verdienen und die Rente plus mein volles Gehalt sind immer mehr als 100 %. Das will der Gesetzgeber verhindern. Also Teilrente ist kein Zwang zur Teilzeitarbeit. Wenn Sie die Voraussetzungen für die Rente erfüllt haben, können Sie das Arbeiten bleiben lassen und die Abschlüsse in Kauf nehmen, Sie können Teilzeit arbeiten, Sie können genauso voll arbeiten.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Wer bei Herrn *Gasche* und bei Herrn *Hebeler* aufgepasst hat – die Frage, wer aufpasst, ist heute schon öfter gestellt worden –, hat gemerkt, dass in

dem Moment, in dem Abschläge und Zuschläge versicherungsmathematisch vernünftig berechnet werden, die Hinzuverdienstgrenze überhaupt keine Rolle mehr spielen darf, weil der Arbeitnehmer sich beitrags- und rentenrechtlich tief – und zwar mathematisch richtig – genug ins Fleisch hineinschneidet, wenn er sich für eine Voll- oder Teilrente entscheidet. Deswegen halte ich die *Hebelersche* Forderung glasklar für richtig. In dem Moment, in dem ich versicherungsmathematisch halbwegs – das muss nicht immer ganz genau sein – richtige Zuschläge und Abschläge formuliere, muss auch dieses Ausmaß an Flexibilisierung möglich sein. Was uns als Arbeitsrechtler viel mehr umtreiben sollte, wäre die Flankierung der FALTER-Lösung, die sich natürlich außerhalb des tarifvertragsrechtlichen Rahmens auch als individualarbeitsrechtliche Vereinbarung in der Zukunft anbieten muss, und das ist wieder die Frage nach der Befristung und nach dem Kündigungsschutz. Als Sozialrechtler ist man sofort geneigt, beides zu verknüpfen, dass Vereinbarungsmodelle mit Teil- und Vollrenten arbeitsrechtlich flankiert werden sollten. Ob man es so kompliziert machen sollte, wage ich zu bezweifeln. Ich meine, die Vereinbarungsfreiheit sollte da Einiges hergeben. Ich wollte aber an Sie, Herr *Hebeler*, doch die Frage stellen: Könnten Sie sich anfreunden mit einer arbeitsrechtlichen Flankierung, die dann bei einer entsprechenden Vereinbarung eines FALTER-Modells dann tatsächlich auch den rechtssicheren Abschied vom Arbeitnehmer im Alter von 69 Jahren und einem Monat ermöglicht?

Timo Hebeler:

Rückfrage: Sie meinen, dass es arbeitsrechtlich nicht uferlos weiterläuft?

Volker Rieble:

Damit der Arbeitnehmer nicht mit 69 Jahren Kündigungsschutzklage erhebt, und sei es nur, um das Ziel: „Jetzt nehme ich noch eine Abfindung mit, die ich mir dann vom Arbeitsrichter im Vergleichsweg aushandeln lasse.“

Timo Hebeler:

Darauf kann meine Antwort sehr kurz ausfallen. Darin sehe ich überhaupt keine Probleme. Das würde ich so mitmachen.

Erlauben Sie mir noch ein kleines Statement zu dem, was Sie gerade gesagt haben, weil hier auch viele – denke ich – aus der Personalpraxis von größeren Unternehmen kommen. Ich habe versucht klarzumachen – noch einmal kurz zu den Hinzuverdienstgrenzen –, dass sie sehr schwer auszu-

rechnen sind. Bei größeren Unternehmen, würde ich sagen, kann man sich noch die *Manpower* vorstellen, dass man einen Zuständigen hat, der sich dort auskennt. Zur Not kann man sich auch an seinen Rentenversicherungsträger wenden; diese sind auch zur Beratung und zur Auskunft verpflichtet. Worin ich das eigentliche Problem sehe: Man muss sich einmal das ganz kleine Unternehmen vorstellen, wo es nur eine Handvoll Beschäftigte gibt. Der Arbeitgeber hat von Hinzuverdienstgrenzen keine Kenntnis. Man stelle sich vor, der Arbeitnehmer tritt mit dem Wunsch heran, er möchte in Teilrente gehen und der Arbeitgeber ist völlig überfordert. Er wird überhaupt nicht wissen, an wen er sich halten soll, hat selbst nicht die Kapazität, einen zuständigen Fachmann einzustellen. Ein solcher Fall wird in der Wirklichkeit künftig auftreten und darauf ist das bisherige Berechnungsmodell überhaupt nicht abgestimmt.

Klaus Weczerka, Evonik Industries AG, Essen:

Eine Anmerkung beziehungsweise Frage zur Neugestaltung von Teilrenten. Ich denke, ein Aspekt, warum Teilrenten heute so gut wie gar nicht genutzt werden – Sie haben auch darauf hingewiesen –, ist aus meiner Sicht weniger das Thema „Hinzuverdienst“, sondern eher entscheidend ist die Koppelung an die Zugangsvoraussetzungen der jeweiligen Vollrente, sprich insbesondere, dass man im Grunde frühestens realistisch mit dem Alter von 63 bei langjährig Versicherten diese überhaupt in Anspruch nehmen kann. Ich denke, es gab vor ein paar Jahren einmal Gesetzesinitiativen, bei denen ein Zugang mit dem Alter von 60 vorgeschlagen worden ist. Sie hatten auch als Reformvorschlag gemacht, dies hier loszulösen. Wie würden Sie die weitere Ausgestaltung machen, also insbesondere, was die Zugangsvoraussetzungen für eine solche losgelöste Teilrente angeht, insbesondere bei den Versicherungszeiten? Weil man im Grunde praktisch eine komplett neue Art von Rentengestaltung parallel zu den bestehenden Vollrenten hätte.

Timo Hebler:

Weil Sie gerade die Reformfrage ansprechen: In dem besagten Entwurf, mit dem die besagte Zuschussrente kombiniert ist, steht dazu nichts. Darin ist nicht angedacht, dass eine Flexibilisierung dergestalt ansteht, dass man die Teilrente zu einem früheren Lebenszeitalter beziehen kann. Da ließen sich verschiedene Möglichkeiten vorstellen. Ein Punkt ist meiner Meinung nach entscheidend: Je weiter man mit dem Lebensalter nach vorn geht, desto mehr wird man, aus meiner Sicht, den sich wandelnden Arbeitsmarktgegebenheiten gerecht. Ich habe eben auch gesagt, dass man dies immer mit Abschlagsregelungen einhergehen lassen sollte. Das ande-

re mag zwar arbeitsmarktpolitisch wünschenswert sein, aber das würde wieder auf mittel- und langfristige Dauer das Rentenversicherungssystem finanziell auszehren. Wenn man das mitmacht, diesen Gedanken, gibt es aus meiner Sicht keinen Grund, zurückhaltend ans Werk zu gehen, zum Beispiel zu sagen: „Wir machen es erst ab 62 oder 63 Jahren“, sondern man kann mutig nach vorn gehen, meinetwegen 60 oder 55 Jahre. Ich würde es auch nicht koppeln mit einer übermäßig langen Wartezeit; denn der Rentner, für den dieses Modell infrage kommt, schädigt nicht das Rentensystem, weil die Abschlagsleistungen damit einhergehen. Wenn er es schafft, mit dem Arbeitgeber ein attraktives Arrangement zu finden, das über die Lohnbezugsebene in Kombination mit der Teilrente in der Summe für ihn etwas Attraktives herauskommt, sehe ich keinen Verlierer in diesem System. Das ist mein Grundanliegen.

Volker Rieble:

Vielleicht gestatten Sie mir einen kleinen persönlichen Einwand: Das stimmt aber immer nur dann, solange der Versicherte nichts über seine persönlich individuelle Lebenserwartung weiß. Lachen Sie nicht: Wenn ich weiß, ich sterbe in fünf Jahren, weil ich eine bestimmte Krankheit habe, gehe ich zum frühestmöglichen Zeitpunkt in Rente. Wenn ich so lange warte, bis ich normal in Rente gehen kann, lohnt es sich nicht. Wenn ich umgekehrt ein Langlebiger bin, weil in meiner Familie alle zwischen 104 und 108 Jahre alt geworden sind, werde ich anders kalkulieren. Der Versicherungseffekt der Altersversorgung, egal, ob private oder öffentliche Versicherung, fußt darauf, dass ich nicht weiß, wie alt ich werde. Sobald dieses durchbrochen ist, besteht die Möglichkeit von Mitnahmeeffekten. Nun kann ich sagen: „So arg viele Leute, die aufgrund einer schweren Krankheit früh versterben und deswegen früh Mitnahmeeffekte aktualisieren wollen, wird es nicht geben“, dann kann ich das vernachlässigen. Je weiter die Gendiagnostik greift, bei der zudem der Schutz der ist, dass der Versicherte alles weiß und der Arbeitgeber und die Versicherung nichts wissen – weil sie keinen Zugriff auf diese Daten haben –, umso schwieriger wird das am Ende. Wenn die Medizin mir individuelle Überlebensprognosen machen kann, die halbwegs taugen, habe ich ein neues Problem wie bei jeder anderen Versicherung auch. Aus gutem Grund zahlt die Lebensversicherung nicht beim mutwillig herbeigeführten Versicherungsfall. Das gilt hier eben auch.

Timo Hebler:

Darf ich dazu gleich etwas sagen?

Volker Rieble:

Sie dürfen, Sie sind der Redner. Sie dürfen jederzeit jedem alles ins Gesicht sagen.

Timo Hebler:

Der Sozialrechtler antwortet auf Ihre Überlegung, Elemente des sozialen Ausgleichs sind der Rentenversicherung seit jeher immanent. Was Sie beschrieben haben ist das Risiko, dass manche Leute älter werden, manche Leute nicht so alt werden und entweder eine kürzere Rentenbezugsdauer haben oder eine längere. Das ist, so betrachtet, gar nichts Spektakuläres. Man kann hier nur sagen: „Er kann es ein bisschen selbst steuern“, indem er sagt: „Ich möchte auch früher gehen“ und das System gewissermaßen in Randbereichen etwas „ausnutzen“. Wenn man einen großen Reformentwurf in die Richtung, in die ich gezielt habe, andenken würde, sind es doch Probleme im Randbereich, die, wie ich finde, verkraftbar wären. So viele Personen, wie Sie es skizziert haben, gibt es wohl nicht, die a) wissen wie ihr Gesundheitszustand ist und wie lange sie noch leben werden und die b) dies dann auch ausnutzen würden. Das würde ich nicht als entscheidenden, grundlegenden Einwand ansehen.

Bernd Roock, CMS Hasche Sigle, Hamburg:

Kurze Nachfrage nur, weil Sie sagten, das kann alles mit Abschlägen und Zuschlägen justiert werden. Wir hatten heute Morgen gehört, dass es sich rechnerisch lohnt, früh in Rente zu gehen, weil die Abschläge zu gering sind. Teilen Sie die Auffassung oder sehen Sie das anders?

Timo Hebler:

Ich sehe keinen Grund, der dagegen spricht, dass der Reformgesetzgeber die Teilrente als eigenständige Altersrente ausgestaltet, das Bezugsalter nach vorn verlagert und dies mit den Abschlägen verbindet, die bisher schon für sämtliche Altersrentenarten gelten.

Bernd Roock:

„*Learning*“, um Neudeutsch zu sprechen, von heute Morgen war, dass die 0,3 % zu knapp bemessen sind. Vielleicht können Sie es noch genauer sagen.

Dr. Martin Gasche, Munich Center for the Economics of Aging (MEA) am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München:

Die 0,3 % sind tendenziell zu niedrig und führen dazu, dass es Frühverrentungsanreize gibt. Wenn man den Hinzuverdienst in Grenzen abschafft, muss man die Abschläge entsprechend erhöhen. Dann könnte man sagen: „In Ordnung.“ Denn für die Rentenversicherung würde es dann tatsächlich egal sein, ob einer mit 55 oder mit 63 Jahren in Rente geht. Für die anderen Sozialversicherungen und die gesamte Volkswirtschaft ist es jedoch nicht egal, weil man möchte, dass die Leute arbeiten und produktiv sind und entsprechend Steuern und Beiträge zahlen. Tendenziell gehen zudem dann eher diejenigen in Rente, die noch andere Einkommen haben und vielleicht produktiver sind als andere. Insofern wäre ich sehr vorsichtig, diese Grenze zu weit „nach links“ zu verschieben und schon ab 55 Jahren den Teilrentenbezug zu gewähren. Und ich wäre auch vorsichtig, ihn nicht mit der Erwerbstätigkeit zu verknüpfen. Es müssten schon Teilrente und Erwerbstätigkeit verknüpft werden und nicht irgendein neues Teilrentenrecht geschaffen werden, nach dem man einfach eine Teilrente bezieht, ohne gleichzeitig noch erwerbstätig zu sein. Das ist eher problematisch.

Timo Hebler:

Im Hinblick darauf, dass man insgesamt nicht genügend zum Lebensunterhalt zur Verfügung hat? Ich würde Ihnen zunächst einmal entgegennehmen, dass es doch die autonome Entscheidung des jeweiligen Versicherten ist. Es greift immer der Mechanismus: Je früher ich in Rente gehe, desto höher sind die Abschläge. Das muss ich mir als potenzieller Rentner überlegen. Ich schneide mir, was die Rentenhöhe anbelangt, selbst ins Fleisch. Wenn mir die Abschläge zu hoch sind, nehme ich sie nicht in Anspruch. Insofern ist auch keine Anreizsituation für mich gegeben, so dass ich zumindest auf prinzipieller Ebene kein Problem sehe zu fragen, ob die 0,3 % – um das auch noch einmal zu beantworten – zu viel oder zu wenig sind. Das ist keine Frage an sich an den Juristen, sondern an den Wirtschaftler. Sagt man, man gestaltet – wie eben skizziert – die Teilrente als eigene Rentenart aus und versieht man andere Altersrentenarten mit monatlichen Abschlägen im Falle der vorzeitigen Inanspruchnahme, so sollte man eine einheitliche Linie fahren und die Teilrente ebenso mit diesen Abschlägen versehen. Wenn man insgesamt sagt, 0,3 % reichen monatlich nicht aus, sollte man sie aber einheitlich erhöhen. Bei den Bergleuten etwa gibt es noch Vergünstigungen, sie können früher in Rente gehen, aber auch mit Abschlägen. Ich würde aber nicht der Teilrente eine besonders strenge Sonderbehandlung durch die Abschläge zukommen lassen, son-

dern die allgemeinen Abschläge an sich darauf auch anwenden, weil mir nicht einleuchtet, warum man dort eine Art Sonderbestrafung einführen sollte.

Dr. Felipe Temming, Universität zu Köln:

Wenn ich Sie richtig verstanden habe, Professor *Hebeler*, bräuchten wir eigentlich einen Kläger, der bis vor das BSG zieht und Ihre Position vertritt. Denn, zugespitzt formuliert, ist das Regime, das wir bis jetzt in § 34 SGB VI haben, eigentlich als verfassungswidrig anzusehen oder nicht?

Timo Hebeler:

Ich habe mich bewusst zum Verfassungsrecht ausgeschwiegen. Was ich als sozialpolitische Forderung formuliert habe, drängt sich mir – ich bin von Hause aus Öffentlichrechtler, wie Herr *Rieble* mich heute angekündigt hat – nicht auf, wie man das verfassungsrechtlich verdichten will. Da würde ich die Kirche im Dorf lassen wollen und das dem politisch denkenden Gesetzgeber anheimstellen. Ich möchte nicht das eben Gesagte mit verfassungsrechtlichen Überlegungen überhöhen.

Felipe Temming:

Im Jahr 1972, als die Hinzuverdienstgrenzen eingeführt wurden, wurde dieses Regime damals als ein alternatives Modell angesehen: entweder versicherungsmathematische Abschläge oder Hinzuverdienstgrenzen. Der Gesetzgeber hat sich für die Hinzuverdienstgrenzen entschieden aufgrund der Philosophie, dass Renten eine Einkommensersatzfunktion und Standardsicherungsfunktion besäßen. Insbesondere die letzte Annahme stimmt heute nicht mehr. Insofern könnte man argumentieren, dass das Versicherungsprinzip gemäß Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sei, weil Rentenbezieher durch diese Kumulation doppelt bestraft würden: Entweder versicherungsmathematische Abschläge oder Hinzuverdienstgrenzen – aber nicht beides zugleich. In diesem Zusammenhang möchte ich noch daran erinnern, dass diese Thematik eine der wenigen Punkte war, die der 67. DJT 2008 in Erfurt einhellig für reformbedürftig erachtet hat. Er hat sich dafür ausgesprochen, das Regime der Hinzuverdienstgrenzen abzuschaffen. Es ist bei der arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung des DJT selten, dass überwiegende Einstimmigkeit bezüglich eines strittigen Reformpunktes besteht.

Timo Hebler:

Ja. Sie werden in meiner Schriftfassung lesen, dass die Gedanken, die damals auf dem DJT geäußert worden sind, in den Fußnoten eingearbeitet und bestätigt wurden. Ich bin mit einigen Kollegen, die das schon vor einigen Jahren so artikuliert haben, einer Meinung.

Zu Ihrem Stichwort „Verletzung des Versicherungsprinzips“: Daran haben sich schon viele abgearbeitet. Kann man das Versicherungsprinzip irgendwie – wenn ich sage: „verfassungsrechtlich garnieren“, ist das böseartig – valide machen? Aus meiner Sicht ist es bisher nicht gelungen, ein verfassungsrechtliches Prinzip überzeugend zu entwickeln. Man kann natürlich viel in das Sozialstaatsprinzip hineinlesen und auch verschiedene Grundrechte durchdeklinieren, aber aus meiner Sicht ist das eher ein Auszug von sozialpolitischen Erwägungen, die im Gesetzesprogramm enthalten sind, was ich nicht auf die verfassungsrechtliche Ebene erhöhen wollte. Damit bin ich sehr vorsichtig.

Volker Rieble:

Die Klage wird noch nicht vertreten.

Damit schließe ich sogleich die Tagung, aber erst einmal einen Applaus für den Referenten. Wenn Sie kurz, bevor Sie aufbrechen, noch einmal resümieren: Wir hatten eine *tour d'horizon* mit einem arbeitsrechtlichen Schwerpunkt von drei Referaten. Herr *Gasche* hat uns eingangs die doch teils dramatischen Arbeitsmarktveränderungen erläutert. Zum Schluss hat Herr *Hebler* die sozialversicherungsrechtlichen Defizite unseres derzeitigen Systems benannt. Alle Referenten waren durchwegs mit dem Zustand, wie wir ihn jetzt haben, nicht einverstanden. Herr *Stoffels* hat sich für erleichterte Befristungsmöglichkeiten ausgesprochen, sieht aber noch keine Sicherheit. Frau *Dahm* und Herr *Kolbe* haben den Finger in Diskriminierungswunden und -probleme gelegt. Herr *Gasche* hat am Anfang gesagt: „Das kann so überhaupt nicht weitergehen. Wenn die Arbeitsmarktentwicklung sich so fortsetzt, ist das System dysfunktional.“ Herr *Hebler* hat zum Schluss gesagt: „Auch sozialrechtlich ist das erstens gegenüber den Versicherten ungerecht und außerdem ist das mit den Hinzuverdienstgrenzen auch sachwidrig“. Was macht die Politik? Sie sucht die populistische Diskussion um die Altersarmut in 30 Jahren, kümmert sich aber nicht darum, ob Arbeitsmärkte und Arbeitsverhältnisse heute und morgen und übermorgen funktionieren. Man kann in der Politik offenbar nur noch Pluspunkte sammeln, indem man alarmistisch dramatisiert, sich die 10 % Armutsrentner herausucht und die 90 % der anderen, die einfach nur in Ruhe arbeiten wollen, aber vielleicht auch bis 75, für diese wird keine Rechtsbasis zur Verfügung gestellt. Das ist misslich, denn natürlich hat

der Sozialstaat die Aufgabe, sich um diejenigen zu kümmern, die irgendwo durch den Rost fallen. Aber der Rechtsstaat hat die Aufgabe, denjenigen, die kein Notfall sind, ein verlässliches, planbares und sicheres Recht und System zur Verfügung zu stellen. Man darf nicht über die Notfallversorgung die Regelfallversorgung vollkommen ignorieren. Das, glaube ich – das ist jedenfalls meine Erkenntnis des heutigen Tages –, kann man einmal mitnehmen. Der Handlungsimpuls, der an die Politik zu richten ist – das ist immer das eine, ein vergebliches Rufen im Walde: Die Unternehmen und die Tarifparteien müssen überlegen, ob sie – vergleichbar dem FALTER-Modell oder mit anderen Arbeitszeitentgelten, Arbeitszeitkonten, Langzeitkontenmodellen – andere Formen entwickeln können, die das Politikversagen in den Unternehmen kompensieren und die Weiterarbeit möglich machen. Das ist ihre Aufgabe. Dazu muss noch mehr nachgedacht werden und wir brauchen auch noch mehr empirische Erkenntnisse aus der Arbeitsgruppe von Herrn *Gasche*, gerade auch zur Arbeitsmotivation der Älteren, die ich auch als Unternehmen, vielleicht auch im Interesse der Arbeitnehmer, zur Weiterarbeit bewegen will. Dort muss die Forschung weitergehen. Insofern fand ich das alles erhellend und ich für mich kann sagen, ich habe meinen persönlichen Lernerfolg heute erreicht. Ich hoffe, Sie hatten Spaß.

Zum Schluss noch den Dank an die Mannschaften, die all diese wissenschaftliche Betätigung erst möglich machen. Das betrifft einmal die Lehrstuhlmannschaft von Herrn *Jacobs* „unter“ Frau *Ehlers*, die uns unten einen schönen Empfang bereitet hat und mit den Mikrofondiensten gut betreut hat. Aber natürlich auch an unsere ZAAR-Mannschaft, Herrn Dr. *Latzel* und Herrn *Apelt*, die die Vorbereitungsarbeiten und heute die Präsenz geleistet haben. Ohne wissenschaftliche Mitarbeiter geht nichts und wenn man sich wissenschaftlich wohlfühlt, sollte man am Schluss einer Veranstaltung auch einmal an die denken, die diese Arbeiten leisten.

Wenn Sie mögen, sehen wir uns wieder am 3.5. 2013 zum ZAAR-Kongress in München. Heute sind viele Münchener nach Hamburg gereist, wir werden einmal sehen, wie viele Hamburger nach München kommen. Das Thema steht noch nicht fest. Wir werden Sie rechtzeitig mit einer Einladung konfrontieren. Ein schönes Wochenende, vielen Dank an alle.

Diskussionsteilnehmer

Beckschulze, Martin – Seite 145, 146

Dahm, Katharina – Seite 141, 143, 145, 146, 148

Gasche, Martin – Seite 48, 51, 52, 175

Giesen, Richard – Seite 49, 146, 170

Hanau, Hans – Seite 84, 169

Hebeler, Timo – Seite 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177

Jacobs, Matthias – Seite 47, 50, 52, 74, 85

Junker, Abbo – Seite 50, 78

Kolbe, Sebastian – Seite 74, 144, 148

Mayer, Peter – Seite 47, 50, 83, 170

Möller, Berenice – Seite 79, 80

Rieble, Volker – Seite 47, 76, 140, 141, 144, 148, 169, 170, 171, 173, 174, 177

Roock, Bernd – Seite 82, 142, 174

Sieg, Rainer – Seite 81

Stein, Michael – Seite 75

Stoffels, Markus – Seite 74, 76, 77, 79, 81, 82, 84

Temming, Felipe – Seite 51, 147, 176

Weczerka, Klaus – Seite 172

Witte, Frank R. – Seite 51, 140

Sachregister

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

- Anwendbarkeit 89
- unmittelbare Benachteiligung Jüngerer 90, 105

Altersdiskriminierung 58, 99, 113, 123

Altersfreizeit 103

Altersgrenze 55

Altersteilzeit 158

Arbeitnehmerüberlassung 134

Arbeitslosigkeitsrisiko 94

Beendigung des Arbeitsverhältnisses 154

Befristung 56

- Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 67
- Sachgrundbefristung 63
- sachgrundlose Befristung 60

Charakteristika erwerbstätiger Senioren 24

Diskriminierung

- Alters 58, 99, 113, 123

Erwerbsbeteiligung 18

Erwerbslosenquote 94

FALTER-Modell 162

Freie Mitarbeit 129

Gemeinschaftsgrundrecht der Tarifautonomie 113

Hörnfeldt 59

Kündigungsschutz 69, 91

- tariflicher 91

Mehrurlaub 103

Neueinstellung

- als Altersdiskriminierung 123
- nach Ausscheiden 122

Ökonomische Anreize 33

Rente

- Abschläge 33
- Altersteilzeit 158
- Beendigung des Arbeitsverhältnisses 154
- Eintrittsalter 153
- Hinzuverdienstgrenze 34, 157, 165
- Kombination mit Weiterarbeit 149, 163
- Teilrente 34
- vorzeitige Inanspruchnahme 154
- Zuschussrente 39

Rosenblatt 57

Tarifautonomie 113

Tariffreier Arbeitgeber 132

Tarifliche Verdienstsicherung 110

Tariflich verkürzte Arbeitszeit 103

Teilrente 34

- Kombination mit Weiterarbeit
149, 162

**Vorzeitige Rentenanspruch-
nahme 154**

Zuschussrente 39

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4