



Studiengesellschaft für
Wirtschaft und Recht

WiR

Alter und Recht

Linde



Thomas Eilmansberger, Michael Holoubek
Susanne Kalss, Michael Lang
Georg Lienbacher, Brigitta Lurger
Michael Potacs, Robert Rebhahn

Alter und Recht

WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft
und Recht
(Herausgeber)

Linde

Altersdiskriminierung und Verfassung¹

Magdalena Pöschl

- I. Kleine rechtsvergleichende Umschau
- II. Was ist eine Diskriminierung?
 - 1. Kennzeichen klassischer Diskriminierungsmerkmale
 - 2. Funktionsweise verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote
 - 2.1. Verpönte Merkmale begründen prima facie keinen wesentlichen Unterschied
 - 2.2. Differenzierungen aufgrund externer Zwecke
 - 2.3. Vorsicht bei Typisierungen
 - 2.4. Verbot mittelbarer Diskriminierung
- III. (Wie) funktioniert Altersdiskriminierung?
 - 1. Alter und klassische Diskriminierungsmerkmale: Gemeinsamkeiten und Unterschiede
 - 2. Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Altersdifferenzierungen
 - 2.1. Junge und Hochbetagte
 - 2.1.1. Kein Ungleichbehandlungs-, sondern ein Benachteiligungsverbot
 - 2.1.2. Benachteiligung
 - 2.2. Erwachsene und bürokratisch Alte
 - 2.2.1. Allgemeine Standards genügen
 - 2.2.2. Differenzierungen, die sich auf wesentliche Unterschiede stützen
 - 2.2.3. Typisierungen
 - 2.2.4. Differenzierungen aufgrund externer Zwecke
- IV. Ausblick

I. Kleine rechtsvergleichende Umschau

Nur scheinbar ist die Altersdiskriminierung in aller Munde. Die österreichische Verfassung jedenfalls schweigt zu diesem Thema, und sie ist damit in guter Gesellschaft: Zwar garantiert nahezu jede europäische Verfassung allgemein Gleichheit vor dem Gesetz; viele Verfassungen untersagen im Besonderen Diskriminierungen aufgrund von Rasse, Geschlecht, Geburt, Klasse, Religion, Weltanschau-

¹ Für viele wertvolle Hinweise und anregende Diskussionen zum Thema danke ich *Elissa L. Perry, Kirsten Schmalenbach* und *Franz Merli*.

ung und vergleichbaren Merkmalen. In jüngerer Zeit verbieten einige Verfassungen auch die Benachteiligung aufgrund einer Behinderung.² Das Alter wird als Differenzierungsgrund in europäischen Verfassungen aber kaum je für suspekt erklärt.³ Nichts zu lesen ist davon auch in Art 14 EMRK, Art 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und Art 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte.

Vor diesem Hintergrund ist eigentlich erstaunlich, dass die Mitgliedstaaten der EU das „zuhaus“ anscheinend unverdächtige Alter auf Unionsebene plötzlich als diskriminierungsanfällig einstufen⁴ und den Rat im Vertrag von Amsterdam dazu ermächtigten, neben Diskriminierungen nach klassischen Merkmalen auch solche nach dem Alter zu bekämpfen.⁵ Auf dieser Grundlage, heute Art 19 AEUV,⁶ untersagt bekanntlich die Rahmenrichtlinie⁷ Altersdiskriminierungen im Arbeitsleben – wie es aussieht aber nur mit halbem Herzen.⁸ Denn die Richtlinie statuiert einen eigenen Rechtfertigungstatbestand, der Differenzierungen nach dem Alter –

² S außer Art 7 Abs 1 Satz 3 und 4 B-VG auch Art 3 Abs 3 Satz 2 GG; § 6 Abs 2 finnisches Grundgesetz; Art 71 portugiesische Verfassung; Art 8 Abs 2 Schweizer BV und Art 21 der serbischen Verfassung. Art 49 der spanischen Verfassung garantiert behinderten Menschen besonderen Schutz bei der Inanspruchnahme der allen Bürgern gewährten Rechte. § 2 Abs 5 schwedisches Regierungsform-Grundgesetz beauftragt das Gemeinwesen, Diskriminierungen aufgrund der Behinderung entgegenzuwirken.

³ Ausnahmen bilden Art 8 Abs 2 Schweizer BV, § 6 Abs 2 finnisches Grundgesetz und Art 21 der serbischen Verfassung. Art 59 Abs 1 portugiesische Verfassung enthält eine bereichsspezifische Gleichheitsgarantie für das Arbeitsleben. § 2 Abs 5 schwedisches Regierungsform-Grundgesetz beauftragt das Gemeinwesen, Diskriminierungen ua aufgrund des Alters entgegenzuwirken.

⁴ Das bemerkt zu Recht schon *Huster*, Gleichheit im Mehrebenensystem: Die Gleichheitsrechte der Europäischen Union in systematischer und kompetenzrechtlicher Hinsicht, *EuR* 2010, 325 (336 f); *Huster*, Altersrationierung im Gesundheitswesen: (Un-)Zulässigkeit und Ausgestaltung, *MedR* 2010, 369 (372).

⁵ Art 6a EGV idF des Vertrages von Amsterdam: „Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

⁶ Art 19 AEUV löst Art 13 EGV (idF des Vertrages von Nizza) ab. Die darin enthaltene Ermächtigung an den Rat ist inhaltlich gleich geblieben; geändert wurde nur das Verfahren zur Erlassung von Richtlinien: Danach hat nun das Parlament nicht mehr nur ein Anhörungs-, sondern ein Zustimmungsrecht.

⁷ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, *ABl* 2000 L 303/16.

⁸ Die Literatur spricht deshalb bisweilen von einem „Diskriminierungsverbot zweiter Klasse“, s mwN *König*, Das Verbot der Altersdiskriminierung – ein Diskriminierungsverbot zweiter Klasse?, in: *Zuleeg-FS* (2005) 341 (351). Dass die EU „den wirklichen Bruch mit der Altersfixierung noch nicht realisiert“ habe, kritisiert auch *Baer*, Demographischer Wandel und Generationengerechtigkeit, *VVDStRL* 68 (2009) 290 (343 Fn 204 mwN).

und nur sie – deutlich leichter legitimiert als nach anderen Merkmalen.⁹ Eine Sonderstellung, nur in die andere Richtung, nimmt das Alter auch in der Grundrechte-Charta ein, die zwar in Art 21 zunächst Diskriminierungen aus den klassischen Gründen (wie Rasse, Geschlecht, Religion) ebenso wie aufgrund des Alters untersagt. In Art 24 und 25 hebt die Charta dann aber zum einen Kinder und zum anderen ältere Menschen hervor und statuiert für sie spezifische Schutzgarantien.

Im Kreis der verpönten Differenzierungsmerkmale ist das Alter also nicht nur ein Neuling; es scheint auch ein Sonderling zu sein und löst – was bei Neulingen und Sonderlingen ja nicht ungewöhnlich ist – ambivalente Reaktionen aus: Viele Autoren begrüßen das Verbot der Altersdiskriminierung, weil Benachteiligungen aufgrund des Alters nicht weniger schlimm seien als Diskriminierungen aufgrund klassischer verpönter Merkmale.¹⁰ Häufig ist in der Literatur aber auch ein Murren zu vernehmen: Das Alter unterscheide sich von herkömmlichen Diskriminierungsmerkmalen wesentlich;¹¹ an das Alter anzuknüpfen müsse nicht pauschal verpönt

⁹ Vgl Art 6 Abs 1 Rahmenrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten vorsehen können, „dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel [...] gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“. Nach Art 6 Abs 2 Rahmenrichtlinie dürfen die Mitgliedstaaten zudem vorsehen, „dass bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen bzw. Kategorien von Beschäftigten und die Verwendung im Rahmen dieser Systeme von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt.“ Zu den Voraussetzungen, unter denen die Rahmenrichtlinie Benachteiligungen aufgrund verpönter Merkmale sonst zulässt, s überblicksweise *Pöschl*, Baustellen des Antidiskriminierungsrechts, in: ÖJK (Hrsg), Grundrechte im Europa der Zukunft (2010) 165 (175 ff).

¹⁰ Schon einige Jahre vor dem Vertrag von Amsterdam sprach sich etwa *Häberle*, Altern und Alter des Menschen als Verfassungsproblem, in: *Lerche-FS* (1993) 189 (209), für die Aufnahme des Alters in den Kanon verfassungsrechtlich verpönter Diskriminierungsmerkmale aus. *Simitis*, Die Altersgrenzen – ein spät entdecktes Problem, *RdA* 1994, 257 (261 f); *Simitis*, Altersdiskriminierung – die verdrängte Benachteiligung, *NJW* 2004, 1453 f, parallelisiert Benachteiligungen aufgrund des Alters und Diskriminierungen von Frauen. In die Nähe klassischer Diskriminierungsgründe rückt das Alter auch *Nußberger*, Altersgrenzen als Problem des Verfassungsrechts, *JZ* 2002, 524 (527, 531 Fn 92), „zumindest“ bei Höchstaltersgrenzen, die Personen definitiv von bestimmten Rechtspositionen ausschließen; ebenso *Mann*, Gesetzliche Höchstaltersgrenzen und Verfassungsrecht, in: *Starck-FS* (2006) 319 (333). Für eine strenge Prüfung von Anknüpfungen an das Alter plädieren zB auch *König* (FN 8) 357 f, 360 f; *Bouchouaf*, Statistische Altersdiskriminierung – ein Problemaufriss anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *KJ* 2006, 310 (insb 315 f, 319); *Baer* (FN 8) 343 ff.

¹¹ S zB *Runggaldier*, Das neue „Antidiskriminierungsrecht“ der EU – Bestandsaufnahme und Kritik, in: *Peter Doralt-FS* (2004) 511 (526 ff).

werden,¹² es sei im Gegenteil sogar ein besonders gerechtes Verteilungskriterium.¹³ Uneins erscheint nicht nur die Lehre, sondern auch die Judikatur; so wird dem EuGH nachgesagt, in Fragen der Altersdiskriminierung keiner klaren Linie zu folgen, an Altersbegrenzungen vielmehr einmal strenge und dann wieder lockere Maßstäbe anzulegen.¹⁴

Erkennbar tut sich Europa mit der Altersdiskriminierung noch schwer. Blickt man über diese Konfusion hinweg hoffnungsvoll über den Großen Teich nach Amerika, in das Land der scheinbar unbegrenzten Diskriminierungsverbote, bietet sich allerdings kaum ein anderes Bild: Auch in den USA sind Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters verfassungsrechtlich nicht verpönt, dafür aber einfachgesetzlich punktuell verboten, und zwar seit Jahrzehnten zum einen bei der Gewährung staatlich finanzierter Leistungen,¹⁵ etwa im Gesundheitswesen,¹⁶ zum Zweiten – wie in Europa – im Arbeitsleben.¹⁷ Anders als die Rahmenrichtlinie schützt das Gesetz in den USA aber nicht vor Differenzierungen nach dem Alter schlechthin, sondern nur vor Benachteiligungen älterer Arbeitnehmer, das sind solche, die das 40. Lebensjahr überschritten haben.¹⁸ Selbst dieser bereichsspezifische Diskriminierungsschutz ist in den USA aber nicht unbestritten; an ihm wird insbesondere

¹² S zB *Huster*, MedR 2010 (FN 4) 372; ferner *Wendeling-Schröder*, Der Prüfungsmaßstab bei Altersdiskriminierungen, NZA 2007, 1399 (1400), die Bedenken dagegen äußert, dass die Rahmenrichtlinie jede Anknüpfung an das Alter tabuisiert, obwohl das Alter – anders als klassische Diskriminierungsmerkmale – mit Leistungen und sonstigen Bedingungen im Arbeitsverhältnis durchaus korreliert. Auch in der Schweiz, deren Verfassung Diskriminierungen aufgrund des Alters ausdrücklich verbietet, wird der Bedarf nach einem solchen generellen Verbot verschiedentlich bezweifelt, s zB *J.P. Müller/Schefer*, Grundrechte in der Schweiz⁴ (2008) 723.

¹³ *Huster*, MedR 2010 (FN 4) 370, 372; *Huster*, EuR 2010 (FN 4) 336 f.

¹⁴ ZB *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2011) 240 f; *T. Müller*, Alter und Recht (2011) 157; *Wachter*, Das Verbot der Altersdiskriminierung – ein „zahnloser Papiertiger“?, in: *Wachter* (Hrsg), Jahrbuch Altersdiskriminierung 2011 (2011) 18 (202 ff); weniger skeptisch *Rebhahn*, Altersdiskriminierung in der Judikatur des EuGH, wbl 2011, 173 (185 f).

¹⁵ Age Discrimination Act of 1975, 42 USC, §§ 6101–6107.

¹⁶ Näher *Weaver Williams*, Age Discrimination in the Delivery of Health Care Services to Our Elder, Marquette University Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No 10-01, Vol 11 (2010) 1 (27 ff).

¹⁷ Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), 29 USC, §§ 621-634; näher *Fenske*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht (1998). Zum Einfluss des ADEA auf das Antidiskriminierungsrecht der EU *Hahn*, Auswirkungen der europäischen Regelungen zur Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht (2006) 65 ff.

¹⁸ § 631 ADEA; der Supreme Court schließt aus dieser Beschränkung, dass der ADEA auch innerhalb der über 40-Jährigen relativ Jüngere (in casu: unter 50-Jährige) nicht vor einer Benachteiligung relativ Älteren gegenüber schützt: 24.2.2004, *General Dynamics Land Systems Inc v Cline*, 540 US 581. Rechtspolitisch ist die Altersgrenze von 40 Jahren allerdings nicht unbestritten, s zB *Woodruff*, Unprotected Until Forty: The Limited Scope of the Age Discrimination in Employment Act of 1967, Indiana Law Journal 1998, 1295.

kritisiert, dass das Alter von klassischen Diskriminierungsmerkmalen zu verschiedenen sei, um sich für ein Diskriminierungskonzept zu eignen.¹⁹

Aus diesem kurzen Rechtsvergleich lernen wir für das Leben, dass man früher alt ist als man glaubt, und für unser Thema zweierlei. Erstens: Staaten verbieten Altersdiskriminierung zwar einfachgesetzlich und bereichsspezifisch, und zwar auch und besonders im Verhältnis zwischen Privaten. Sie sehen es aber idR nicht als erforderlich an, ein generelles Diskriminierungsverbot explizit auf Verfassungsstufe zu statuieren. Zweitens: Vorschriften, die Altersdiskriminierung verbieten, polarisieren, weil strittig ist, ob das Alter mit klassischen Diskriminierungsmerkmalen genug gemeinsam hat, um für ein Diskriminierungskonzept zu taugen. Damit sind wir mitten im Thema:

Dass das Alter in keinem Diskriminierungsverbot des österreichischen Verfassungsrechts genannt wird, heißt für sich noch gar nichts. Denn die Diskriminierungsverbote der österreichischen Verfassung sind nicht abschließend; sie zählen vielmehr Merkmale auf, nach denen zu differenzieren *jedenfalls* suspekt ist. Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG, der Vorrechte aufgrund der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses ausschließt, reagiert nur auf historisch vorgefundene Diskriminierungen und veranschaulicht an ihrem Beispiel, wogegen sich der allgemeine Gleichheitssatz in seinem Kern richtet.²⁰ Diese Aufzählung wird ergänzt durch Art I des BVG gegen rassistische Diskriminierung, der Ungleichbehandlungen aus dem alleinigen Grund der Rasse, Hautfarbe, Abstammung, ethnischen oder nationalen Herkunft untersagt. Die in diesen beiden Gesetzen genannten Merkmale finden sich wiederum allesamt in Art 14 EMRK, der außerdem – und insoweit ausdrücklich offen für Neulinge und vielleicht auch für Sonderlinge – Diskriminierungen untersagt, die „im sonstigen Status“ begründet sind. Die Frage, die Lehre und Judikatur international umtreibt, ist daher auch für das österreichische Verfassungsrecht zentral: Ist das Alter mit den klassischen Diskriminierungsmerkmalen vergleichbar? Wenn ja, dann sind Altersdifferenzierungen auch nach österreichischem Verfassungsrecht nur unter den strengen Voraussetzungen erlaubt, die für Ungleichbehandlungen nach klassischen Diskriminierungsmerk-

¹⁹ Besonders scharf resümieren zB *Issacharoff/Worth Harris*, Is Age Discrimination Really Age Discrimination? The ADEA's Unnatural Solution, *New York University Law Review* 1997, Vol 72, 780 (837), ihre Analyse des ADEA und seiner Effekte: „The ADEA emergend from the 1986 and 1990 amendments as the most potent of antidiscrimination laws. Through relentless effort by special interest lobbyists, the antidiscrimination model was captured for the benefit of a group that is not socially reviled, not penurious, neither discrete nor insular, not cut off from the mainstream of society, and not marked by the unmistakable badge of social opprobrium. The ADEA amendments forced a self-conscious wealth transfer not to society's victims or even its unfortunates, but to some of its most advantaged and secure. We cannot escape the conclusion that the use of antidiscrimination law and rhetoric to accomplish this aim is simply deplorable.“

²⁰ *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 462 ff.

malen gelten.²¹ Wenn nein, sind an Altersdifferenzierungen milde Maßstäbe anzulegen. Wenn ja und nein, müssen gemischte Maßstäbe gefunden werden.

II. Was ist eine Diskriminierung?

1. Kennzeichen klassischer Diskriminierungsmerkmale

Was kennzeichnet also klassische Diskriminierungsmerkmale wie Geschlecht, Hautfarbe, Abstammung, Religion oder Weltanschauung, um nur einige zu nennen?²² Auf den ersten Blick sind diese Merkmale zwar durchaus heterogen; was sie aber jedenfalls verbindet, ist, dass sie sich sehr gut eignen, die Vielzahl ganz unterschiedlicher Menschen in eine überschaubare Zahl homogener Kollektive einzuteilen: in Männer und Frauen, Weiße und Farbige, Katholiken und Nichtkatholiken, Linke und Rechte, Reiche und Arme – das reduziert Komplexität (das Leben ist ohnedies verwirrend genug) und wirkt entlastend, wenn den Angehörigen dieser Gruppen dann auch bestimmte Eigenschaften zugeschrieben werden, was gesellschaftlich ja auch permanent geschieht. Die Erfahrung lehrt jedoch, dass diese Zuschreibungen in hohem Maße fehleranfällig sind: Oft treffen die behaupteten Eigenschaften überhaupt nicht oder doch nicht signifikant häufiger zu als bei anderen auch, und sehr oft stellt sich sogar heraus, dass diese Eigenschaftszuschreibung eine Scheinrationalisierung ist, hinter der sich nur die Absicht verbirgt, bestimmte Personengruppen auszugrenzen.

Werden Angehörige dieser Gruppen gestützt auf fehlerhafte Eigenschaftszuschreibungen benachteiligt, dann fehlt dafür nicht nur ein sachlicher Grund; solche Benachteiligungen werden auch regelmäßig als kränkend empfunden, weil die Merkmale, an die sie anknüpfen, die Identität des Menschen maßgeblich prägen: Wer wegen seiner Hautfarbe, seines Geschlechts, seiner Religion schlechter behandelt wird, fühlt sich als Person abgewertet. Zumindest ebenso schwer wiegt, dass solche Benachteiligungen die Betroffenen zudem in eine ausweglose Situation bringen. Denn die Zugehörigkeit zu diesen Gruppen ist nicht oder nicht zumutbar beeinflussbar: Seine Hautfarbe, Ethnie oder sein Geschlecht kann man kaum und seine Religion oder Weltanschauung jedenfalls nicht zumutbar ändern.

Diese Unabänderlichkeit erhöht die Gefahr einer Benachteiligung deutlich, wenn das Merkmal eine politisch unterrepräsentierte Gruppe, zB die Roma kennzeichnet. Denn die politisch dominanten Entscheidungsträger haben wenig Grund, sich in die Lage einer Minderheit zu versetzen, der sie selbst nie angehören werden: Je niedriger die Wahrscheinlichkeit ist, einer benachteiligenden Regelung einmal selbst zu unterfallen, desto höher ist die Gefahr, dass man dieser Regelung leichtfertig zustimmt. Vor solchen Benachteiligungen kann die Demokratie allein nicht wirksam schützen; diese offene Flanke schließen erst die Diskriminierungsverbote.

²¹ Beispiele bei *Pöschl* (FN 20) 467 ff.

²² Zum Folgenden mwN *Pöschl* (FN 20) 370 ff.

2. Funktionsweise verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote

2.1. *Verpönte Merkmale begründen prima facie keinen wesentlichen Unterschied*

Diskriminierungsverbote stellen deshalb zunächst die Vermutung auf, dass die verpönten (identitätsstiftenden und unabänderlichen) Merkmale keinen wesentlichen Unterschied begründen, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Diese Vermutung beruht auf der historischen Erfahrung, dass den Trägern dieser Merkmale schon vielfältigste Eigenschaften zugeschrieben wurden, die sich bei näherem Hinsehen regelmäßig als falsch erwiesen haben. Wer diese Vermutung widerlegen will, muss gut argumentieren: Er darf nicht bloß behaupten, sondern muss hieb- und stichfest nachweisen, dass das suspektere Differenzierungsmerkmal bei vorurteilsfreier Betrachtung tatsächlich treffsicher auf Eigenschaften verweist, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.²³ Gelingt dieser Nachweis, liegt eine Ungleichbehandlung von Ungleichen, also gar kein Eingriff in das Recht vor, nicht allein wegen seiner Gruppenzugehörigkeit benachteiligt zu werden.²⁴ Das ist selten, aber zB bei Vorschriften der Fall, die zum Schutz schwangerer Frauen geeignet und erforderlich sind.

2.2. *Differenzierungen aufgrund externer Zwecke*

Manchmal stützen sich rechtliche Differenzierungen freilich von vornherein nicht auf die Behauptung, die ungleich behandelten Personengruppen seien wesentlich verschieden, sondern auf einen sonst wichtigen – externen – Zweck.²⁵ Dann liegt ein Eingriff in das Recht auf Gleichbehandlung vor, der nur erlaubt ist, wenn er zur Erreichung eines schwer wiegenden Zieles geeignet, erforderlich und ieS verhältnismäßig ist. Ein solcher Fall ist zB § 139 Abs 3 ABGB, nach dem ein Kind den gemeinsamen Familiennamen seiner Eltern erhält; haben sie keinen gemeinsamen Namen, bekommt das Kind den Namen, den die Eltern bestimmen. Treffen die Eltern keine solche Bestimmung, erhält das Kind den Familiennamen des Vaters. Als diese Vorrangregel beim VfGH bekämpft wurde, versuchte die Bundesregierung zu Recht nicht, sie mit wesentlichen Unterschieden zwischen Vater und Mutter zu begründen; solche Unterschiede lagen ja offensichtlich nicht vor. Der Grund für die Vorrangregelung hatte mit den Eigenschaften der Eltern nichts zu tun, er war extern: Das Kind braucht einen Namen. Das ist ein triftiges Ziel, und die Vorrangregel war nach Ansicht des VfGH zur Erreichung dieses Zieles geeignet, erforderlich und ieS verhältnismäßig. Erkennbar legte der Gerichtshof hier strenge Maßstäbe an.²⁶

²³ Pöschl (FN 20) 377.

²⁴ Pöschl (FN 20) 378 f.

²⁵ S zur Unterscheidung zwischen externen und internen Zwecken grundlegend Huster, Rechte und Ziele (1993); daran anknüpfend Pöschl (FN 20) 201 f, 380 f.

²⁶ VfSlg 15.031/1997; noch strenger wäre mE allerdings die Frage der Erforderlichkeit zu prüfen gewesen, näher Pöschl (FN 20) 354 f, 383 f.

2.3. Vorsicht bei Typisierungen

Nicht selten werden Ungleichbehandlungen auch gemischt begründet, also teils auf wesentliche Unterschiede und teils auf externe Zwecke gestützt. Das ist insbesondere bei Durchschnittsbetrachtungen der Fall: Personen, die dem Durchschnitt entsprechen, werden dann ungleich behandelt, weil sie ungleich sind. Alle anderen Personen werden aber ungleich behandelt, weil sie legistisch nicht eigens erfasst werden können oder weil ihre gesonderte Behandlung für die Vollziehung zu aufwendig wäre.²⁷ Ein Beispiel für einen solchen Mischfall ist das ungleiche Pensionsalter für Männer und Frauen.²⁸ Dass Frauen ihre Pension fünf Jahre früher antreten dürfen als Männer, begründete die Bundesregierung mit zwei verschiedenen Argumenten. Zum einen brachte sie vor, dass die Leistungsfähigkeit von Frauen früher abnehme, was sich jedoch als ein Vorurteil erwies, das wissenschaftlich nicht haltbar war. Zum anderen machte die Bundesregierung geltend, Frauen seien typischerweise mit Beruf und Kindern doppelt belastet und sollten als Ausgleich dafür früher in Pension gehen dürfen. Die Annahme einer Doppelbelastung war kein Vorurteil, sondern eine Generalisierung, die auf viele Frauen zutrifft – insoweit behandelte die Regelung tatsächlich Personen in ungleicher Lage ungleich –, aber für alle galt das nicht: Es gibt auch berufstätige Frauen, die keine Doppelbelastung tragen und ebenso, wenngleich selten, Männer, die durch Arbeit und Kinder doppelt belastet sind. Für diese atypischen Frauen und Männer wurde der Pensionsantritt nicht aufgrund ihrer individuellen Voraussetzungen, sondern allein aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit festgesetzt. Das kann nur durch einen externen Zweck gerechtfertigt werden. Dieser Zweck besteht bei Durchschnittsbetrachtungen entweder darin, überhaupt eine Vorschrift zustande zu bringen, nämlich dann, wenn die atypischen Fälle legistisch nicht gesondert erfassbar sind. Eine Durchschnittsbetrachtung kann aber auch dazu dienen, den Verwaltungsaufwand zu vermeiden, der mit einer die atypischen Fälle berücksichtigenden Regelung verbunden wäre. Die dabei vernachlässigten Konstellationen sind Härtefälle, die der Gesetzgeber in Kauf nimmt. Beim ungleichen Pensionsalter hat das der VfGH allerdings zu Recht nicht getan, und er legt bisweilen auch sonst an Durchschnittsbetrachtungen bei verpönten Merkmalen strenge Maßstäbe an,²⁹ aus gutem Grund: Die Typisierung kann ja leicht – wie hier – in ein Stereotyp übergehen und dazu führen, dass Personen nur deshalb benachteiligt werden, weil sie gesellschaftlichen Rollenerwartungen nicht entsprechen. Gerade vor solchen Erwartungen sollen Diskriminierungsverbote aber schützen. Deshalb ist mit Durchschnittsbetrachtungen bei verpönten Differenzierungsmerkmalen besondere Vorsicht geboten.³⁰

²⁷ Näher zu Durchschnittsbetrachtung und Verwaltungsökonomie *Pöschl* (FN 20) 237 ff.

²⁸ VfSlg 12.568/1990, 12.660/1991, 13.275/1992.

²⁹ Nachweise bei *Pöschl* (FN 20) 344 ff, 359, 466; zur Judikatur des EGMR zu Art 14 EMRK aaO 633 f.

³⁰ Näher *Pöschl* (FN 20) 379 f, 466 f, 538.

2.4. Verbot mittelbarer Diskriminierung

Ein weiteres Spezifikum der Diskriminierungsverbote ist, dass sie dem Gesetzgeber auch mittelbare Diskriminierungen untersagen, also Regelungen, die zwar nicht an ein verpöntes Merkmal anknüpfen, sich aber auf die Träger dieser Merkmale ungleich auswirken, ohne dass das durch gute Gründe gerechtfertigt wäre. Auch das ist eine Besonderheit, denn dass die Anwendung einer Norm für ihre Adressaten faktisch unterschiedliche Folgen hat, diesen mehr trifft und jenen weniger, ist gleichheitsrechtlich sonst im Allgemeinen als unvermeidbar hinzunehmen.³¹ Normen gerade aufgrund ihrer ungleichen Folgen einer Gleichheitsprüfung zu unterziehen, bedarf daher einer besonderen Begründung. Sie liegt zB vor, wenn die Verfassung die Ungleichbehandlung nach bestimmten Merkmalen für suspekt erklärt, weil es dem Gesetzgeber sonst ja ein Leichtes wäre, das Diskriminierungsverbot durch Vorschriften zu umgehen, die zwar merkmalsneutral formuliert sind, die verpönten Effekte aber faktisch doch erzielen.

III. (Wie) funktioniert Altersdiskriminierung?

1. Alter und klassische Diskriminierungsmerkmale: Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Vergleicht man das Alter mit klassischen Diskriminierungsmerkmalen, so lassen sich schon mit freiem Auge zwei Gemeinsamkeiten feststellen. Das Alter macht erstens unsere Identität wesentlich aus,³² und zwar umso mehr, je älter wir werden;³³ zweitens ist es aus eigener Kraft nicht änderbar, das gilt zumindest für das chronologische Alter: Wir können unser Geburtsdatum zwar (wie manch ein Schauspieler) geheim halten; ändern können wir es aber nicht.³⁴

Kein echter Unterschied ist auch, dass das Alter wie überhaupt die Zeit fließt und damit keine scharfen Grenzen zwischen Menschen zieht; denn das trifft auch auf andere Diskriminierungsmerkmale zu. Zwar denken wir gern in Kontrasten: männlich/weiblich, schwarz/weiß, doch gibt es selbst hier Zwischenstufen, man denke an Transsexualität oder an *white blacks*. Besonders deutlich sind diese fließenden Grenzen bei dem in Art 14 EMRK genannten Vermögen, das offenkundig variabel ist. Dennoch bilden wir auch hier schematische Gruppen und unterscheiden Arme, Mittelstand und Reiche, und das Recht unterstützt diese Schematisierung, wenn es zB Sozialhilfe gewährt, Einkommensklassen schafft, progressiv be-

³¹ Näher *Pöschl* (FN 20) 485 ff.

³² Verschiedentlich wird sogar gesagt, ein Mensch sei als Junger und als Alter in gewissen Belangen nicht dieselbe Person, zB *Posner*, *Aging and Old Age* (1995) 281.

³³ *Kruse*, *Alter im Lebenslauf*, in: *Baltes/Mittelstraß* (Hrsg), *Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung* (1992) 331.

³⁴ Anderes gilt für das biologische und optische Alter, das durch Lebensführung, Operationen und Kosmetik beeinflusst werden kann.

steuert und in Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG wörtlich Vorrechte aufgrund der „Klasse“ ausschließt. Nicht anders ist das auch beim Alter: Schon seit dem 16. Jahrhundert wird das Leben des Menschen in Stufen „eingetheilt, Die sich euch hier in Bildern zeigen, wenn gern der Blick darauf verweilt“:



„10 Jahr ein Kind, 20 Jahr ein Jüngling, 30 Jahr ein Mann, 40 Jahre wohlgethan, 50 Jahre Stillestand, 60 Jahr gehts Alter an, 70 Jahr ein Greis, 80 Jahre weis, 90 Jahr ein Kinder Spott, 100 Jahre Gnad von Gott“.³⁵ Gewiss sind das Fiktionen,³⁶ als solche aber gesellschaftlich fest verankert, und das Recht befördert diese Segmentierung unseres Lebens seit dem 19. Jahrhundert intensiv.³⁷ Ab dem Einsetzen der Schulpflicht werden wir fast im Jahrestakt mit neuen Rechten und Pflichten aus-

³⁵ Die hier abgebildete Lebensstuppe ist zwischen 1847 und 1853 entstanden, sie stammt aus der Sammlung von Dr. *Christa Pieske* und ist zB (neben vielen anderen Lebensstuppen; zum Teil auch zum Leben der Frau) bei *Joerßen/Will* (Hrsg), *Die Lebensstuppe. Bilder der menschlichen Lebensalter* (oJ) 140 abgedruckt.

³⁶ S schon *Nußberger* (FN 10) 542. Fiktiv war beim Aufkommen der Lebensstuppen bereits die Annahme, dass Menschen so alt werden wie abgebildet, war doch die Lebenserwartung um Jahrzehnte niedriger als in den Bildern vorausgesetzt; s auch *Schenda*, *Die Alterstuppe – Geschichte einer Popularisierung*, in: *Joerßen/Will* (Hrsg), *Die Lebensstuppe. Bilder der menschlichen Lebensalter* (oJ) 11: „wo konnte man schon einen Neunzigjährigen verspotten, wo einen Hundertjährigen noch lebend sehen?“

³⁷ S dazu aus rechtshistorischer Sicht *Stolleis*, *Geschichtlichkeit und soziale Relativität des Alters*, in: *Gruss* (Hrsg), *Die Zukunft des Alterns* (2007) 258 (266 ff); *Ruppert*, *Alter im Recht, Rechtsgeschichte* 9/2006, 138; *Ruppert* (Hrsg), *Lebensalter und Recht* (2010).

gestattet, besonders markant die Mündigkeit mit 14,³⁸ das Ende der Schulpflicht mit 15,³⁹ das aktive Wahlrecht mit 16,⁴⁰ die Wehrpflicht mit 17,⁴¹ die Volljährigkeit mit 18, mit der die volle Geschäftsfähigkeit,⁴² die Heiratsfähigkeit,⁴³ das passive Wahlrecht⁴⁴ und – für viele nicht minder wichtig – das Recht einhergehen, einen Führerschein zu erwerben⁴⁵. Ab 21 wird es allmählich ernst: Das Alter ist nun kein Strafmilderungsgrund mehr,⁴⁶ und mit 24 endet grundsätzlich die Familienbeihilfe:⁴⁷ Es ist dann Zeit, seine Ausbildung abzuschließen und sich einer Erwerbstätigkeit zuzuwenden. Mit ihr tritt gewissermaßen der Normalzustand ein, den das Recht abgesehen von vereinzelt Marken⁴⁸ für nicht weiter regelungsbedürftig hält, bis es schließlich noch eine letzte scharfe Zäsur setzt: Den Eintritt in den Ruhestand, der im Großen und Ganzen zwischen 60 („fängt Alter an“) und 70 Jahren stattfinden soll.⁴⁹ So bildet das Recht auch hier, obwohl das Alter fließt, im We-

³⁸ Sie führt zB zur Strafmündigkeit (§ 1 iVm § 4 Abs 1 JugendgerichtsG), zur Verschuldensfähigkeit nach schadenersatzrechtlichen Bestimmungen (§ 153 ABGB), zur beschränkten Geschäftsfähigkeit (§ 151 Abs 2 iVm § 21 Abs 2 ABGB), zur Religionsunmündigkeit (§ 5 BundesG über die religiöse Kindererziehung 1985; § 1 Abs 2 ReligionsunterrichtsG), zur Handlungsfähigkeit in Fragen der Obsorge und einer Besuchsregelung (§ 104 Abs 1 AußerstreitG), zum Zustimmungtsrecht zu Adoption (§ 181 Abs 1 Z 4 ABGB), Namensänderung bei Legitimation (§ 162a Abs 2 ABGB) und genetischen Analysen (§ 69 Abs 2 Z 1 GTG) und zum Recht, selbst die Ausstellung eines Reisepasses zu beantragen (§ 8 Abs 1 PaßG 1992).

³⁹ § 3 SchulpflichtG 1985.

⁴⁰ Art 26 Abs 1 und Art 23a Abs 1 B-VG.

⁴¹ § 10 Abs 1 WehrG.

⁴² § 21 Abs 2 iVm § 151 ABGB.

⁴³ § 1 Abs 1 EheG.

⁴⁴ Zum Nationalrat: Art 26 Abs 4 B-VG, zum Europäischen Parlament: Art 23a Abs 3 B-VG.

⁴⁵ § 6 Abs 1 Z 3 FührerscheinG; zur Stilisierung des Führerscheins als Symbol für Freiheit und Mobilität *Landerer*, Alter, Recht und Straßenverkehr seit dem Ende des 19. Jahrhunderts, in: Ruppert (Hrsg), Lebensalter und Recht (2010) 295.

⁴⁶ § 34 Abs 1 StGB.

⁴⁷ Der Gesetzgeber hat das Bezugsalter für die Familienbeihilfe erst vor kurzem von 26 auf 24 (und in Ausnahmefällen auf 25) herabgesetzt (§ 2 Abs 1 FamilienlastenausgleichsG 1967, BGBl 376/1967 idF BGBl I 111/2010) und damit die Jugend- und Ausbildungszeit, die sich im letzten Jahrhundert zunehmend verlängert hat (näher *Hardach*, Die Ökonomie der Lebensalter, in: Ruppert [Hrsg], Lebensalter und Recht [2010] 323 [330 ff]), sehr plötzlich verkürzt. Diese Maßnahme war offensichtlich nicht von gesellschaftspolitischen, sondern von budgetären Erwägungen getragen und hat bei den Betroffenen für großen Unmut gesorgt; verfassungswidrig war sie aber nicht: VfGH 16.6.2011, G 6/11.

⁴⁸ ZB passives Wahlrecht zum Bundespräsidenten ab 35 (Art 60 Abs 3 B-VG) oder Ende der Wehrpflicht mit 50 (§ 10 Abs 1 WehrG).

⁴⁹ 60. Lebensjahr: Regelpensionsantritt für Frauen (§ 253 Abs 1 ASVG, § 130 Abs 1 GSVG, § 121 Abs 1 BSVG); 65. Lebensjahr: Regelpensionsantritt für Männer (§ 253 Abs 1 ASVG, § 130 Abs 1 GSVG, § 121 Abs 1 BSVG), Ruhestand für Beamte mit der Möglichkeit eines Aufschubs bis maximal 70 (§ 13 BDG), Ruhestand für beamtete Universitätsprofessoren mit der Möglichkeit der Emeritierung mit maximal 68 (§ 163 BDG), Ruhestand für Richter und Staatsanwälte (§ 99 RStDG); 70. Lebensjahr: Ruhestand für Mitglieder des VfGH (Art 147 Abs 6 B-VG), Beendigung der Einzelverträge von Vertragsärzten (§ 342 Abs 1 Z 10 ASVG);

sentlichen drei Gruppen: jung und in Ausbildung, erwachsen und berufstätig, alt und in Pension. Das sind Schematisierungen, nicht anders als bei anderen Diskriminierungsmerkmalen auch.

Was das Alter aber von anderen Diskriminierungsmerkmalen unterscheidet, ist, dass es unbestreitbar mit rechtserheblichen Eigenschaften verbunden ist. Offensichtlich sind Kinder und Jugendliche weniger erfahren als Erwachsene und daher schutzbedürftig, ebenso wie hochbetagte Menschen augenscheinlich nicht in gleicher Weise belastbar sind wie Menschen mittleren Alters. Das soll nicht heißen, dass alle Eigenschaften, die Menschen aufgrund ihres Alters zugeschrieben werden, deshalb schon zutreffen. Aber dass die Erfahrung lehrt, sie seien praktisch immer falsch, kann man – anders als bei vorurteilsbeladenen Eigenschaftszuschreibungen aufgrund von Rasse, Hautfarbe oder Geschlecht – auch nicht sagen.⁵⁰ Insoweit ist das Alter ein Sonderling, als solcher aber nicht ganz allein: Es ist vergleichbar mit der Behinderung, einem Merkmal, das ebenfalls unbestreitbar mit realen Nachteilen einhergeht⁵¹ und in jüngerer Vergangenheit auch vermehrt Eingang in Diskriminierungsverbote gefunden hat.⁵²

Und doch gibt es etwas, das das Alter fundamental und ausnahmslos von allen anderen Diskriminierungsmerkmalen unterscheidet: Jeder Mensch hat zwar ein bestimmtes Alter, wie er eine Hautfarbe hat oder einem Geschlecht angehört. Während aber Hautfarbe und Geschlecht im Allgemeinen ein Leben lang konstant bleiben, ändert sich unser Alter sekundlich. Ob es uns gefällt oder nicht: *Wir alle altern*, waren also einmal jung und in Ausbildung, sind nun erwachsen und berufstätig und werden, wenn nichts Tragisches geschieht, im bürokratischen Sinn alt und gehen in Pension, und, um mit *Keynes* zu sprechen: Auf lange Sicht sind wir alle tot.⁵³ Eben weil wir alle die Erfahrung des Alterns machen, ist das Alter in Wahrheit ein zutiefst *egalitäres* Merkmal.⁵⁴

Das müsste eigentlich das Verständnis aller Altersgruppen füreinander erhöhen und direkt proportional die Gefahr von ungerechtfertigten Benachteiligungen senken. Doch die Erfahrung lehrt, dass junge und alte Menschen erstaunlich wenig Empathie füreinander haben. So halten, um nur ein Beispiel zu nennen, junge Menschen medizinische Unterstützung für alte Menschen viel früher für überzogen als

31. Jänner nach dem Kalenderjahr, in dem das 70. Lebensjahr vollendet wurde: Erlöschen des Amtes eines Notars (§ 19 Abs 1 lit e Notariatsordnung). Wie der Greis historisch zum Rentner wurde, beschreibt *Göckenjan*, Vom Greis zum Rentner – Alter als soziale Leistung, in: Ruppert (Hrsg), Lebensalter und Recht (2010) 187.

⁵⁰ Das räumen auch Befürworter des Altersdiskriminierungsverbotes ein, s zB *König* (FN 8) 352.

⁵¹ Näher *Pöschl* (FN 20) 681 f.

⁵² S schon oben FN 2.

⁵³ *Keynes*, A Tract on Monetary Reform (1923) 65.

⁵⁴ Nachdrücklich schon *Huster* (FN 4) MedR 2010, 370, 372.

die betroffenen alten Menschen selbst.⁵⁵ Um das Verständnis der Alten für die Jungen ist es bekanntlich auch nicht besser bestellt; zwar waren sie selbst einmal jung, aber das ist zum einen lange her, zum anderen sind die Jungen von heute mitnichten die Alten von gestern: Sie sind eine neue Generation mit einer sozialen Prägung, die mit jeder früheren unvergleichbar und ihrerseits unwiederholbar ist.⁵⁶ Deshalb werden sich auch die Jungen von heute, wenn sie einmal alt sind, über die nachfolgende Generation wundern, und das wechselseitige Staunen wird tendenziell größer werden, weil zwischen den Generationen mehr Zeit liegt als früher.

Bei all dem begründet aber der asymmetrische Verlauf des Alters – wir altern nur in eine Richtung – zwischen Alten und Jungen doch einen wichtigen Unterschied: Ehe junge Menschen einer Regelung zustimmen, die alte Menschen benachteiligt, müssen sie sich fragen, ob sie diese Regel, wenn sie selbst in die Jahre kommen, auch gegen sich gelten lassen würden.⁵⁷ Alte Menschen müssen sich das bei Regelungen, die die nachfolgende Generation belasten, nicht fragen.⁵⁸ Die Bereitschaft, die Interessen der nächsten Generation mitzubedenken, steigt zwar, wenn man selbst Kinder hat; aber die Geburtenzahlen sind bekanntlich rückläufig. Insofern ist die Gefahr, dass alte Menschen einer Benachteiligung Junger leichtfertig zustimmen, etwas höher als umgekehrt. Schwerer wiegt, dass junge Menschen im politischen Prozess auch sonst eine schlechtere Stellung haben, denn das Wahlrecht setzt erst mit 16 ein, sodass Kinder und Jugendliche ihre Interessen nicht selbst vertreten können. Demgegenüber sind ältere Menschen im demokratischen Prozess weder numerisch, noch faktisch eine Minderheit: Sie sind ein stetig wachsender Teil der Bevölkerung, der seine politischen Rechte durchaus wahrnimmt,⁵⁹ auch als relevanter Faktor erkannt wird und dementsprechend gut vertreten ist.⁶⁰

⁵⁵ *Posner* (FN 32) 268; zur Tendenz, Gesundheitsressourcen bei Knappheit eher für junge als für ältere Menschen einzusetzen zB *Harris*, *Der Wert des Lebens* (1995), 134 ff; zum grundsätzlichen Problem der Rationierung von Gesundheitsressourcen aufgrund des Alters s den Beitrag von *Köchle* in diesem Band.

⁵⁶ S zB *Parry/Urwin*, *Generational Differences in Work Values: A Review of Theory and Evidence*, *International Journal of Management Reviews* 2011, 79, die die Generationen der Veterans, Baby Boomers, Generation X, und Generation Y/Millennials unterscheiden; Vertretern dieser Generationen werden zB am Arbeitsmarkt ganz unterschiedliche Eigenschaften zugeschrieben; ob sie wirklich bestehen, ist allerdings fraglich: aaO 88 f, 92 f.

⁵⁷ Das stellen zB auch *J.P. Müller/Schefer* (FN 12) 723 fest.

⁵⁸ So zeigt zB eine amerikanische Studie, dass in Wahlbezirken, in denen viele ältere Menschen leben, Anleihen und Steuererhöhungen für Schulen eher abgelehnt werden; freilich ist das Alter hier keineswegs der einzige Faktor: Die Zustimmung für Bildungsausgaben differiert auch nach Geschlecht (Frauen stimmen eher zu als Männer), Hautfarbe (Schwarze befürworten die Ausgaben eher als Weiße) und Bildung (je höher die Bildung, desto höher die Zustimmung), s mwN *Stolleis* (FN 37) 292.

⁵⁹ *Posner* (FN 32) 288; *Issacharoff/Worth Harris* (FN 19) 784; *J.P. Müller/Schefer* (FN 12) 723.

⁶⁰ Daraus und aus der absehbaren demographischen Entwicklung zu folgern, dass das Wahlrecht ab einem bestimmten Alter wieder aberkannt werden soll, wäre indes ein grobes Fehl-

Das Alter hat mit klassischen Diskriminierungsmerkmalen also manches gemein, aber nicht alles. Dieser ambivalente Befund dürfte auch erklären, warum Lehre und Judikatur noch nicht zu einer einheitlichen Einschätzung der Altersdiskriminierung gefunden haben: Diejenigen, die die Altersdiskriminierung für ein sinnvolles Konzept halten, denken dabei vermutlich an die identitätsstiftende Wirkung und Unabänderlichkeit des Alters und an schutzbedürftige Altersgruppen, die eine schwache Stellung im demokratischen Prozess haben. Diejenigen, die im Alter kein zu verpönendes Differenzierungsmerkmal sehen, haben wohl die Eigenschaftsrelevanz und die Egalität des Alters vor Augen, aber auch seine Asymmetrie, die älteren Menschen an sich eine starke Stellung im demokratischen Prozess einräumt.

2. Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Altersdifferenzierungen

Was bedeutet das alles für den Prüfungsmaßstab, der verfassungsrechtlich an Differenzierungen aufgrund des Alters anzulegen ist? Eigenschaftsrelevanz, Egalität und Asymmetrie des Alters lassen es jedenfalls nicht zu, die für klassische Diskriminierungsmerkmale geltenden Maßstäbe direkt auf Altersdifferenzierungen zu übertragen.

2.1. Junge und Hochbetagte

2.1.1. Kein Ungleichbehandlungs-, sondern ein Benachteiligungsverbot

Zunächst ist schon der für Diskriminierungsverbote typische Verdacht, jede Anknüpfung an das verpönte Merkmal sei vorurteilsbeladen, beim Alter nicht sonderlich plausibel, geht es doch nachweislich mit vielen rechtserheblichen Eigenschaften einher. Und in der Tat: Wenn die Rechtsordnung Kinder für strafunmündig erklärt oder sonst schützt, regt sich kein Diskriminierungsverdacht, ja man würde im Gegenteil viel eher sagen: Kinder in jeder Hinsicht gleich zu behandeln wie Erwachsene wäre sogar sehr bedenklich.

Diese Situation ist dem Diskriminierungsrecht nicht völlig fremd; sie weist starke Parallelen zur Behindertendiskriminierung auf, bei der nicht schon jede Ungleichbehandlung zwischen behinderten und nichtbehinderten Menschen als suspekt behandelt wird, sondern erst die Benachteiligung aufgrund der Behinderung.⁶¹ Das hat erstens zur Folge, dass Vorschriften, die behinderte Menschen

verständnis des Zusammenspiels von Demokratie und Gleichheitssatz: Selbst wenn ältere Menschen eines Tages die Mehrheit der Bevölkerung wären, müssten sie wahlberechtigt bleiben. Zwar mag sein, dass junge Menschen dann, weil sie eine Minderheit stellen, gefährdet sind, ohne guten Grund benachteiligt zu werden. Vor dieser offenen Flanke der Demokratie schützt sie aber der Gleichheitssatz; gerade das ist sein primäres Anliegen.

⁶¹ Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

begünstigen, nicht suspekt sind und daher an einem milderen Maßstab gemessen werden: Sie müssen nicht zwingend notwendig, sondern nur im Großen und Ganzen plausibel sein.⁶² Umgekehrt sind bei diesem Verständnis auch Vorschriften suspekt, die behinderte Menschen gerade dadurch benachteiligen, dass sie auf ihre spezifischen Bedürfnisse keine Rücksicht nehmen, also nicht differenzieren.⁶³

Beides ist grundsätzlich auf das Feld des Alters übertragbar; nur ist beim Alter anders als bei der Behinderung nicht so eindeutig, wer hier eigentlich schutzbedürftig ist: Kinder sind es sicher, Erwachsene mittleren Alters sicher nicht, und Pensionisten sind es sicher nicht pauschal. Schutzbedürftig sind aber gewiss Menschen, die aufgrund ihres hohen Alters unter vergleichbaren Beeinträchtigungen leiden wie behinderte Menschen,⁶⁴ Menschen also, die nicht bloß eine rechtliche Altersgrenze überschritten, sondern auch die Lasten des Alters tatsächlich erfahren haben.⁶⁵ Begünstigungen, die die Rechtsordnung diesen Hochbetagten oder Kindern einräumt, stehen daher nicht unter Diskriminierungsverdacht; sie sind in gewissem Umfang geboten und im Übrigen schon erlaubt, wenn sie nicht unsachlich sind.

2.1.2. Benachteiligung

Freilich muss man sich bewusst sein, dass die Grenzen zwischen Schutz und Bevormundung fließend sind und dass sich hinter hehren Schutzabsichten auch wenig noble Ziele verbergen können. Das erleben Hochbetagte in Pflegeheimen, deren Freiheit nicht selten schon aus geringfügigem Anlass beschränkt wird, vordergrün-

⁶² Näher *Pöschl* (FN 20) 695 ff.

⁶³ Näher *Pöschl* (FN 20) 682 f.

⁶⁴ Folgerichtig erfassen neuere Regelwerke zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Behinderung auch Benachteiligungen aufgrund des Alters, s zB das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl III 155/2008, das in Art 1 Menschen mit Behinderungen als Menschen umschreibt, „die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“. Demgegenüber fassen frühere Dokumente Behinderung als nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung auf, die auf einem „regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand“ beruht (dieser Begriff liegt zB Art 3 Abs 3 Satz 2 GG und wohl auch Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG zugrunde, s mwN *Pöschl* [FN 20] 676 ff); darunter fallen altersbedingte Belastungen gerade nicht, weil sie ja durchaus der Regel entsprechen.

⁶⁵ Man spricht hier auch vom „Vierten Alter“ im Gegensatz zum Dritten Alter (eine Unterscheidung, die auf *Laslett*, Das Dritte Alter. Historische Soziologie des Alterns [1995] 34 ff, zurückgeht); von „sehr alten“ im Gegensatz zu alten Menschen (zB *Zacher*, Sozialrecht, in: *Baltes/Mittelstraß* [Hrsg], Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung [1992] 305 [308 f]); von „Ältesten“ im Gegensatz zu „jungen Alten“ (zB *Baltes*, Alter[n] als Balanceakt: Im Schnittpunkt von Fortschritt und Würde, in: *Gruss* [Hrsg], Die Zukunft des Alterns [2007] 15 [16]).

dig zu ihrem Schutz, bisweilen aber auch zur Schonung des Personals.⁶⁶ Zu denken ist auch an alte Menschen, denen bestimmte Behandlungsmethoden nicht mehr angeboten werden, vorgeblich, weil sie dafür nicht aufgeschlossen sind; tatsächlich zeigen Studien aber, dass auch alte Patienten die genannten, freilich auch teuren, Behandlungsformen akzeptieren, wenn ihr Arzt sie ihnen empfiehlt.⁶⁷ Nicht zuletzt weist auch die ständig steigende Zahl von Sachwalterschaften darauf hin, dass alte Menschen zunehmend an Autonomie verlieren.⁶⁸ Bevormundet werden aber nicht nur Hochbetagte, sondern auch junge Menschen, man denke zB an § 209 StGB aF, der das Schutzalter für homosexuelle Handlungen mit 18 Jahren, also um vier Jahre höher ansetzte als für heterosexuelle Handlungen.⁶⁹

⁶⁶ Das hat schon mehrere Gerichte veranlasst auszusprechen, dass Personalmangel eine Freiheitsentziehung nach dem HeimaufenthaltsG nicht rechtfertigt, s zB LG Wels 14.9.2005, 21 R 26/05b; LG Salzburg 28.11.2005, 21 R 539/05v; LG Leoben 19.1.2006, 3 R 9/06i; LG Krems an der Donau 23.2.2006, 2 R 30/06h. S auch *Verein für Sachwalterschaft und Patienten-anwaltschaft*, Im rechtsfreien Raum. Freiheitsbeschränkungen in Behinderteneinrichtungen, Alten- und Pflegeheimen (1999) 44; *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter (2005) 366 f, wonach viele Freiheitsbeschränkungen in Heimen auf Personalmangel zurückzuführen sind; s auch *Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Zur Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes – Effekte von Rechtsschutz auf die Kultur der Pflege (2007) 18, die feststellen, dass oft nur geringe Veränderungen der Rahmenbedingungen in Heimen, zB an der organisatorischen Routine, Freiheitsbeschränkungen vermeiden oder auf ein absolutes Mindestmaß reduzieren könnten. Das ist aber kein österreichisches, sondern ein international beobachtbares Phänomen. So erhalten nach Berechnungen des Zentrums für Sozialpolitik der Universität Bremen rund 240.000 Demenzkranke in Deutschland Psychopharmaka, ohne dass eine entsprechende Indikation vorliegt; Hauptgrund dafür sei die Ruhigstellung der Patienten, die häufig von zu wenig Personal versorgt würden, s „Chemische Gewalt“ in Pflegeheimen – Psychopharmaka für Demenzpatienten, Pflegezeitschrift, <http://www.pflegezeitschrift.de/> (Rubrik „News“, 27.3.2012). Über katastrophale Missstände bei der Pflege alter Menschen in Großbritannien berichtet die *Equality and Human Rights Commission*, Close to home. An inquiry into older people and human rights in home care, http://www.equalityhumanrights.com/uploaded_files/homecareFI/home_care_report.pdf.

⁶⁷ ZB *Weaver Williams* (FN 16) 18, 21 ff.

⁶⁸ Die Zahl der Neubestellungen von Sachwalterschaften hat sich zwischen 1991 und 1996 verdoppelt und zwischen 1991 und 2001 sogar verdreifacht (*Hammerschick/Pilgram*, Die Sachwalterschaft – vom Schutz zum inflationären Eingriff in die Autonomie älterer Menschen?, in: Hoffmann/Pilgram [Hrsg], Autonomie im Alter [2004] 25). Ein weiteres Mal verdoppelt haben sich die Sachwalterschaften zwischen 2000 und 2008; seit dem Inkrafttreten des Sachwalterrechts-ÄnderungsG 2006, BGBl I 92/2006, ist allerdings eine gewisse Abmilderung zu verzeichnen. Nach wie vor sind aber über 75-Jährige besonders häufig von Sachwalterbestellungen betroffen (*Pilgram/Hanak/Kreissl/Neumann*, Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis als Grundlage für die Abschätzung des Bedarfs an Vereinssachwalterschaft [2009] 14, 61 f).

⁶⁹ Aufgehoben durch VfSlg 16.565/2002, allerdings nur gestützt auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot; den diskriminierenden Charakter des § 209 StGB hat erst der EGMR 9.1.2003, *SL/Österreich*, Appl 45330/99, ausgesprochen.

Um Regelungen zu enttarnen, die hinter dem vorgeblichen Schutzzweck ganz andere Ziele verfolgen, hilft dogmatisch nur ein klarer Eingriffsbegriff, wie ihn *U. Davy* schon für das Verbot der Behindertendiskriminierung vorgeschlagen hat:⁷⁰ Eine mild zu prüfende Begünstigung liegt nicht schon vor, wenn eine Regelung in Schutzabsicht erlassen wird, sondern erst, wenn den Betroffenen besondere Rechte eingeräumt oder sie von Pflichten befreit werden. Erlegt der Gesetzgeber hingegen Pflichten auf, entzieht oder beschränkt er Rechte, so nimmt er eine Benachteiligung vor, die – mag sie auch noch so gut gemeint sein – streng auf ihre Zulässigkeit zu prüfen ist: Zu fragen ist dann, ob die angenommenen Defizite bei unparteilicher und vorurteilsfreier Betrachtung wirklich bestehen und ob die Benachteiligung geeignet und erforderlich ist, diese Defizite auszugleichen. Eine Benachteiligung kann aber auch darin liegen, dass der Gesetzgeber die besonderen Bedürfnisse Junger und Hochbetagter gar nicht sieht oder sie sogar bewusst vernachlässigt und daher Regelungen erlässt, die sich auf sie besonders nachteilig auswirken, sie also mittelbar diskriminieren.

Dieser strenge Prüfungsmaßstab ist mE nicht nur angezeigt, weil Kinder, Jugendliche und Hochbetagte besonders schutzbedürftig sind, sondern auch, weil sie ihre Interessen im politischen Prozess kaum wirksam vertreten können: Den Jungen fehlt es schon am Wahlrecht und den Hochbetagten aufgrund physischer Einschränkungen und oft auch wegen ihrer Isolation⁷¹ an der Möglichkeit, sich mit anderen zusammenzuschließen und nachhaltig für ihre Interessen einzutreten. Hinzu kommt, dass Hochbetagte für die Wirtschaft als Konsumenten nicht sonderlich interessant sind; leben sie im Heim, werden sie auch statistisch kaum mehr erfasst, und selbst die Wissenschaft befasst sich mit ihnen nur zögerlich⁷². So werden Hochbetagte zunehmend „unsichtbar“ und sind damit in besonderer Weise der Gefahr ausgesetzt, auch im politischen Prozess übersehen und ungerechtfertigt benachteiligt zu werden: Umso mehr Aufmerksamkeit ist ihnen bei der Gleichheitsprüfung zuzuwenden.

⁷⁰ *U. Davy*, Der Gleichheitssatz des österreichischen Rechts und Menschen mit Behinderung, in: Funk-FS (2003) 63 (86 f).

⁷¹ Zu Einsamkeit und sozialem Ausschluss Älterer mwN *J.P. Müller/Schefer* (FN 12) 724; *Schefer/Rhinow*, Zulässigkeit von Altersgrenzen für politische Ämter aus Sicht der Grundrechte – Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Seniorenrats, Jusletter 7. 4. 2003, Rz 44.

⁷² *Baltes/Baltes*, Gerontologie: Begriff, Herausforderung und Brennpunkte, in: *Baltes/Mittelstraß* (Hrsg), Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung (1992) 1 (20); *Mittelstraß et al*, Integrative Perspektiven, in: *Baltes/Mittelstraß* (Hrsg), Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung (1992) 695 (699); *Weaver Williams* (FN 16) 23 ff; im letzten Jahrzehnt sind hier aber gewisse Verbesserungen zu verzeichnen: *Baltes* (FN 65) 25 f.

2.2. Erwachsene und bürokratisch Alte

2.2.1. Allgemeine Standards genügen

Jenseits der Jungen und der Hochbetagten kommt man mE weitgehend mit den Standards des allgemeinen Gleichheitssatzes aus. Innerhalb der breiten Masse der Jungwähler, der Erwachsenen und der bloß im bürokratischen Sinn Alten bestehen zum einen altersbedingt reale Unterschiede, sodass auch bei ihnen die für Diskriminierungsverbote typische Vermutung, jede Eigenschaftszuschreibung sei falsch und vorurteilsbeladen, nicht trägt. Zum anderen ist hier keine Gruppe zu sehen, die wegen ihrer natürlichen Ausgangslage und/oder ihrer schwachen Stellung *im demokratischen Prozess* besonders schutzbedürftig wäre.

Auf dem Arbeitsmarkt können die Dinge freilich anders liegen: Hier gibt es sehr wohl Gruppen, die gefährdet sind, aufgrund ihres Alters weit unter ihrem Wert geschlagen zu werden. Das sind zum einen ältere Arbeitnehmer, die mit echten Vorurteilen zu kämpfen haben, dann aber auch Berufsanfänger, die zum Teil in prekäreren Verhältnissen arbeiten.⁷³ Deshalb ist es rechtspolitisch nicht zu beanstanden, verfassungsrechtlich sicher gerechtfertigt und unionsrechtlich sogar geboten, dass der Gesetzgeber diesen Schutzinteressen auf dem Arbeitsmarkt durch bereichsspezifische Altersdiskriminierungsverbote Rechnung trägt.⁷⁴ Das zeigt allerdings auch, dass diese Gruppen im demokratischen Prozess stark genug waren, sich den nötigen Schutz zu verschaffen.

Für *gesetzliche* Differenzierungen aufgrund des Alters genügt daher mE in dieser breiten und politisch gut vertretenen Gruppe der Erwachsenen und (nur) bürokratisch Alten im Großen und Ganzen das Instrumentarium des allgemeinen Gleichheitssatzes, um die bestehenden Probleme angemessen zu erfassen. Was bedeutet das im Einzelnen?

2.2.2. Differenzierungen, die sich auf wesentliche Unterschiede stützen

Altersgrenzen beruhen zum Teil auf der Behauptung, Menschen diesseits und jenseits dieser Grenze würden sich wesentlich voneinander unterscheiden und seien

⁷³ So wird von älteren Arbeitnehmern oft angenommen, sie seien weniger leistungsfähig, weniger flexibel, weniger innovativ, weniger bereit, sich auf Neues, insbesondere auf neue Technologien einzustellen. Diese Vorurteile sind allgegenwärtig und auch international sehr ähnlich; vereinzelte länderweise Abweichungen sind idR kulturell bedingt, mwN *Perry/Parlamis*, *Age and Ageism in Organizations. A Review and Consideration of National Culture*, in: Konrad/Prasad/Pringle (Hrsg), *Handbook of Workplace Diversity* (2006) 345, 346 ff, 363, die allerdings zeigen, dass es auch positive Vorurteile gegenüber älteren Menschen gibt, etwa, dass sie verlässlicher, erfahrener, loyaler seien und mehr Eigeninitiative zeigten. Zu Stereotypen, denen ältere Menschen allgemein begegnen, s auch den Beitrag von *Holzleithner* in diesem Band.

⁷⁴ S die erwähnte Rahmenrichtlinie (FN 7) und ihre Umsetzung im Gleichbehandlungsg, BGBl I 66/2004 idF BGBl I 7/2011, im Bundes-Gleichbehandlungsg, BGBl 100/1993 idF BGBl I 140/2011, sowie in diversen Landesgesetzen; eine Übersicht über dieses komplizierte Regelungsgeflecht findet sich zB bei *Pöschl* (FN 9) 181 ff.

daher ungleich zu behandeln. Dass ein bestimmtes Alter treffsicher auf relevante Eigenschaften verweist, ist freilich nur ausnahmsweise der Fall, etwa dann, wenn die Altersgrenze ihrerseits an eine andere Altersgrenze anknüpft, mit der regelungsrelevante Rechte oder Pflichten verbunden sind.

Als Beispiel dafür kann § 21 FremdenG aF gelten, der drittstaatsangehörigen Kindern nur bis zum vollendeten 14. Lebensjahr gestattete, zu ihrer Familie nach Österreich nachzuziehen. Die Bundesregierung führte für diese niedrige Altersgrenze ins Treffen, nachziehende Minderjährige, die älter als 14 Jahre sind, beabsichtigten in Österreich primär zu arbeiten und bedürften daher des elterlichen Beistandes nicht. Diese Annahme qualifizierte der VfGH zutreffend als verfehlt, weil sie mit schul- und beschäftigungsrechtlichen Vorschriften in Widerspruch steht: Da die Schulpflicht in Österreich neun Jahre dauert, dürfen Minderjährige (von Sonderfällen abgesehen) bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres nicht zu Arbeiten herangezogen werden.⁷⁵ Dass die Altersgrenze für den Familiennachzug sodann auf 15 Jahre angehoben wurde, hat der VfGH folgerichtig nicht beanstandet.⁷⁶

Ein zweites Beispiel findet sich im Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Schlüsselarbeitskräften den Zugang zum Arbeitsmarkt und damit auch die Zuwanderung nach Österreich umso leichter macht, je jünger sie sind: Unter 30 Jahre alt zu sein, bringt mehr Punkte als zwischen 30 und 40 Jahre alt zu sein; und wer älter ist als 40, bekommt gar keine Punkte mehr.⁷⁷ Der Gesetzgeber sagt damit ziemlich unverblümt, wer in Österreich mehr und wer weniger erwünscht ist; hinter diesem Profil steht aber eine realistische Annahme: Wer mit einer beruflichen Qualifikation zuwandert, verursacht dem Staat keine Ausbildungskosten, sondern trägt zum Steuer- und Sozialsystem bei, und zwar umso länger, je jünger er ist. Deshalb besteht an der Zuwanderung junger Schlüsselarbeitskräfte ein höheres Interesse als an der Zuwanderung älterer Menschen; das ist nicht gerade freundlich, unsachlich und gleichheitswidrig ist es aber mE nicht.

2.2.3. Typisierungen

Soweit Altersdifferenzierungen sich nicht auf Unterschiede stützen, die ihrerseits durch das Recht vorgegeben sind, sondern auf reale Verschiedenheiten, kommen sie ohne Typisierungen nicht aus. Das Alter ist dann nur ein Surrogatmerkmal, mit dem der Gesetzgeber das eigentlich gemeinte, aber legislativ schwer fassbare Dif-

⁷⁵ VfSlg 15.836/2000.

⁷⁶ VfSlg 16.672/2002.

⁷⁷ §§ 12 ff Ausländerbeschäftigungsgesetz iVm den in den Anlagen B und C festgelegten Zulassungskriterien für Fachkräfte in Mangelberufen gemäß § 12a und für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1. Für besonders Hochqualifizierte gemäß § 12 liegen die Altersgrenzen etwas höher (Anlage A).

ferenzierungskriterium abzubilden versucht:⁷⁸ die Einsichtsfähigkeit; eine gewisse Reife; die Verkehrstüchtigkeit; die körperliche Leistungsfähigkeit und vieles andere mehr. Wie jede Typisierung produziert freilich auch die Anknüpfung an das Alter Härtefälle; ob man sie in Kauf nehmen kann, hängt nach der Judikatur von verschiedenen Faktoren ab:⁷⁹

Zunächst muss die Anknüpfung an das Alter wirklich den Regelfall erfassen, der Härtefall muss also die Ausnahme bleiben. Die Judikatur toleriert „vereinzelt“, „relativ selten“, „gelegentlich“ auftretende Härten, nicht aber Typisierungen, die an einer „erheblichen“ Zahl oder gar an den Kernfällen vorbeigehen. Hier ist folglich der Ort, an dem altersspezifische Vorurteile aufzudecken sind: Schreibt der Gesetzgeber einer Altersgruppe Eigenschaften zu, die sich nicht bei der deutlichen Mehrheit finden, verletzt er schon deshalb den Gleichheitssatz. Liegen für diese Einschätzung wissenschaftliche Studien vor, sind sie zu beachten; fehlen sie, bleibt nur die Beurteilung nach der allgemeinen Lebenserfahrung.

Trifft eine Regelung den typischen Fall, so ist weiter zu prüfen, welches Gewicht den angeordneten Rechtsfolgen zukommt. Dafür ist erstens maßgeblich, ob eine Regelung in Freiheiten eingreift – wie zB gesetzliche Altersgrenzen für Beamte – oder ob sie nur eine verfassungsrechtlich nicht gebotene Begünstigung gewährt, wie das etwa bei Tarifvergünstigungen für Senioren in öffentlichen Verkehrsmitteln der Fall ist. Freiheitseingriffe wiegen dabei idR schwerer als die Vorenthaltung von Begünstigungen.

Für die Gewichtung der Rechtsfolgen ist zweitens maßgeblich, ob der Gesetzgeber ein Höchst- oder ein Mindestalter festsetzt: Da Höchstaltersgrenzen die Betroffenen auf Dauer von Rechten ausschließen, wiegen sie schwerer als Mindestaltersgrenzen, die nur ein vorübergehendes Hindernis sind.⁸⁰ Auch psychologisch wirken diese beiden Grenzen verschieden: Gesagt zu bekommen, man sei zu jung

⁷⁸ S allgemein zur Typisierung *Pöschl* (FN 20) 237 ff, und im Besonderen zur Typisierung aufgrund des Alters *Bouchouaf* (FN 10) 311, der hier von „statistischer Diskriminierung“ spricht; er betont freilich auch, dass die Anknüpfung an das Alter nur aus Praktikabilitätsgründen erfolgt, also – anders als bei klassischen Diskriminierungen – gerade nicht in der Absicht, eine Personengruppe herabzusetzen. Dementsprechend war man sich auch bei der Erlassung des ADEA (FN 17) einig, dass Benachteiligungen aufgrund des Alters – anders als klassische Diskriminierungen – nicht auf Hass und Ressentiments zurückzuführen sind, sondern auf stereotypes Denken und ökonomische Erwägungen (*Issacharoff/Worth Harris* [FN 19] 786 mwN). Dieser Unterschied zwischen Altersdifferenzierung und klassischer Diskriminierung sollte mE auch terminologisch nicht verwischt werden: Beruht eine Ungleichbehandlung gerade nicht auf Hass, Vorurteilen oder Klischees, sondern auf statistisch erweislichen Unterschieden und ökonomischen Erwägungen, wäre mE besser als von „Diskriminierung“ von „Typisierung“ zu sprechen; das schließt nicht aus, dass auch die Verabschiedung dieser Typisierung gefordert wird, zB von *Baer* (FN 8) 348.

⁷⁹ MwN *Pöschl* (FN 20) 240 ff.

⁸⁰ S schon *Nußberger* (FN 10) 526.

für etwas, nervt; hören zu müssen, man sei zu alt, kränkt. Denn im zweiten Fall schließt sich ein Fenster, im ersten Fall wird es sich in absehbarer Zeit öffnen.

Kombiniert man beide Gesichtspunkte – Regelungsgegenstand und zeitliche Perspektive –, so lässt sich sagen: Dass atypische Fälle Nachteile hinnehmen müssen, obwohl sie die dafür maßgeblichen Eigenschaften gar nicht haben, ist bei Mindestaltersgrenzen für Begünstigungen am leichtesten und bei Höchstaltersgrenzen für Freiheitsausübungen am schwersten zu rechtfertigen.

Ob solche Benachteiligungen zu rechtfertigen sind, hängt von den Vorteilen der Typisierung ab.⁸¹ Das sind zunächst verwaltungsökonomische Ersparnisse, die sehr hoch, aber auch niedrig sein können, je nachdem, wie kompliziert der Sachverhalt ist, den die Behörde bei einer nicht typisierenden Regelung ermitteln müsste. Für die Typisierung kann ferner sprechen, dass die Behörde beim Normvollzug nicht auf schwer nachprüfbar Angaben der Rechtsunterworfenen angewiesen ist. Und auch der Rechtsunterworfene selbst kann daran interessiert sein, der Behörde nicht sehr persönliche Dinge offenlegen, sich unangenehmen Tests unterziehen und befürchten zu müssen, am Ende als unreif oder unfähig stigmatisiert zu werden. Zu bedenken ist zudem, dass Normen, die die Beurteilung jedes Einzelfalles ermöglichen, der Behörde erhebliches Ermessen einräumen: Das macht ihre Entscheidung schwer vorhersehbar und geht damit zu Lasten der Rechtssicherheit.

Anhand dieser Kriterien könnte man zB prüfen, ob sich Höchstaltersgrenzen im Berufsrecht mit der geminderten Leistungsfähigkeit älterer Dienstnehmer und daraus resultierenden Gefahren für die Allgemeinheit begründen lassen. Konsultiert man dazu gerontologische Studien, so erfährt man zunächst, dass nicht alle kognitiven Fähigkeiten mit dem Alter abnehmen; mit hoher statistischer Wahrscheinlichkeit gehen aber die episodische Erinnerungsleistung, Verarbeitungsgeschwindigkeit und Arbeitskapazität zurück.⁸² Auch hier ist aber zu beachten, dass die Entwicklung der geistigen und körperlichen Leistungsfähigkeit individuell sehr unterschiedlich verläuft: Anlage, Anregung durch das Umfeld, Training und auch die soziale Schicht spielen für den Alterungsprozess eine wesentliche Rolle.⁸³ Hinzu kommt, dass selbst eine sinkende Leistungskraft durch Erfahrung kompensiert werden kann; das erklärt, warum die Leistungen junger und älterer Arbeitnehmer im Ergebnis oft nicht signifikant voneinander abweichen.⁸⁴ Die Leistungsfähigkeit allein mit dem Alter zu erfassen, ist daher eine starke Vergröberung, die eine nicht unerhebliche Zahl von Härtefällen produziert; in Berufen, in denen die körperliche

⁸¹ Zu diesen *Pöschl* (FN 20) 240.

⁸² *Weinert*, Altern in psychologischer Perspektive, in: *Baltes/Mittelstraß* (Hrsg), *Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung* (1992) 180 (191 ff).

⁸³ *Baltes/Baltes* (FN 72) 16; *Weinert* (FN 82) 194 ff; *Mayer et al*, *Gesellschaft, Politik und Altern*, in: *Baltes/Mittelstraß* (Hrsg), *Zukunft des Alterns und gesellschaftliche Entwicklung* (1992) 721 (725 f); s auch die Nachweise bei *Schefer/Rhinow* (FN 71) Rz 50.

⁸⁴ *MwN Perry/Parlamis* (FN 73) 351 ff, 363.

Belastbarkeit eine geringe Rolle spielt, kann diese Zahl auch zu hoch sein.⁸⁵ So oder so treffen diese Härtefälle zudem gewichtige Rechtsfolgen: Die Betroffenen werden – da eine Höchstaltersgrenze vorliegt – auf Dauer von einer beruflichen Tätigkeit ausgeschlossen, obwohl sie durchaus noch leistungsfähig sind. Allerdings fallen sie damit nicht ins Bodenlose, sondern in die Pension, was die Nachteile ein Stück weit lindert. Den verbleibenden Nachteilen steht als Vorteil gegenüber, dass der Verwaltung ebenso wie den betroffenen Arbeitnehmern eine aufwendige und möglicherweise auch demütigende Prüfung ihrer Leistungsfähigkeit erspart bleibt.⁸⁶ Ob diese Vorteile der Typisierung die Nachteile aufwiegen, ist eine Wertungsfrage, die man so und anders sehen kann und die bekanntlich auch ganz verschieden beantwortet wird.⁸⁷

2.2.4. Differenzierungen aufgrund externer Zwecke

Bewertet man die Nachteile der Typisierung höher als die Vorteile, kann die Altersgrenze nicht auf (typisiert erfasste) Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen gestützt werden. Sie behandelt dann Personen in gleicher Lage ungleich und greift daher in den Gleichheitssatz ein. Dieser Eingriff kann nur gerechtfertigt werden, wenn er zur Erreichung eines externen Zweckes geeignet, erforderlich und iES verhältnismäßig ist. Unter den externen Zwecken, die für berufsbezogene Altersgrenzen ins Treffen geführt werden,⁸⁸ erscheint der Zweck, Jüngere nachrücken zu lassen, besonders relevant, jedenfalls in Berufen, in denen das Stellenangebot wie bei Professoren oder Notaren knapp ist.⁸⁹ Die Altersgrenze verfolgt hier das Ziel, die vorhandenen Stellen unter den Interessenten gleichmäßig zu ver-

⁸⁵ Bedenken gegen Altersgrenzen äußert daher generell zB *Nußberger* (FN 10) 532; für eine je nach Beruf differenzierende Betrachtung plädiert auch *Bouchouaf*, Altersdiskriminierung durch rechtliche Altersgrenzen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Ruppert (Hrsg), *Lebensalter und Recht* (2010) 241 (252 ff); ebenso *T. Müller* (FN 14) 282 f.

⁸⁶ Darauf weisen zB *Zacher* (FN 65) 308, und *Mayer et al* (FN 83) 726 hin; dieses Argument kann freilich auch als paternalistisch empfunden werden, s etwa *Nußberger* (FN 10) 530. Der EuGH hält es allerdings für ein legitimes Ziel, Rechtsstreitigkeiten über die Fähigkeit des Beschäftigten, seine Tätigkeit über eine bestimmte Altersgrenze hinaus auszuüben, vorzubeugen: EuGH 21.7.2011, verb Rs C-159/10 und C-160/10 *Fuchs und Köhler*.

⁸⁷ Auch international werden Altersgrenzen im Berufsrecht ganz unterschiedlich beurteilt: *Stolleis* (FN 37) 273 mwN; energisch dagegen zB *Wachter* (FN 14).

⁸⁸ Vgl allgemein zu Motiven für Altersgrenzen im Berufsrecht *Nußberger* (FN 10) 527 ff, sowie den Beitrag von *Eberhard* in diesem Band.

⁸⁹ Knapp ist das Stellenangebot idR in Berufen, die mit viel Autonomie, gutem Einkommen und hohem gesellschaftlichen Ansehen verbunden sind. Deshalb kann gegen Altersgrenzen in diesen Berufen auch nicht eingewendet werden, sie seien inkonsistent, weil der Gesetzgeber doch allgemein eine Verlängerung der Arbeitszeit und einen späteren Pensionsantritt anstrebe. Denn die Notwendigkeit, vorzeitigen Pensionsanträgen gegenzusteuern, entsteht nur bei Berufen, die nicht derart attraktiv sind, dass den Beschäftigten eine weitere Berufsausübung wünschenswerter erscheint als die Pension: Es sind aus begreiflichen Gründen eben nicht die Fabriks- und Lagerarbeiter, sondern die Professoren und Notare, die ihren Beruf über das Regelpensionsalter hinaus ausüben wollen.

teilen. Das ist nicht nur ein legitimes Anliegen; die Altersgrenze ist dafür auch – gerade weil das Alter egalitär ist – ein besonders geeignetes Mittel: Nahezu jeder, der heute eine Professur oder eine Notariatsstelle hat, hat sie, weil zuvor irgendwo im System ein anderer emeritiert oder in Pension gegangen ist. Geht er selbst in Pension, so ermöglicht er seinerseits einem Jüngeren nachzurücken. Es ist nicht zu sehen, was an dieser Gleichverteilung zwischen den Generationen diskriminierend sein soll.⁹⁰

IV. Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen sind ein Interpretationsangebot zur österreichischen Verfassung: Strenge Maßstäbe für die beiden „Altersextremisten“ – Junge und Hochbetagte – und zwar nicht nach Art eines klassischen Unterscheidungsverbotes, sondern nach Art des „fürsorglichen“ Benachteiligungsverbotes, wie es von der Behindertendiskriminierung geläufig ist. Zwischen diesen beiden äußersten Gruppen – dh für Jungwähler, Erwachsene und (nur) bürokratisch Alte – genügen die Standards des allgemeinen Gleichheitssatzes.

Das ist ein Interpretationsangebot zur österreichischen Verfassung, aber die Überlegungen, die dazu geführt haben, sind erkennbar sehr allgemeiner Natur. So kann nicht verwundern, dass sich die hier vorgestellten Ergebnisse auch gut in internationale Standards fügen: Dass einerseits das Alter nicht auf einer Ebene mit den klassischen Diskriminierungsmerkmalen liegt, hat schon der Supreme Court festgestellt,⁹¹ und

⁹⁰ Als nicht diskriminierend qualifiziert auch der EuGH, 12.1.2010, Rs C-341/08 *Petersen*, Höchstaltersgrenzen (in casu: für Vertragsärzte), wenn sie die Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen innerhalb der Berufsgruppe zum Ziel haben und unter Berücksichtigung der Situation auf dem betreffenden Arbeitsmarkt zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind; s ferner EuGH 21.7.2011, verb Rs C-159/10 und C-160/10, *Fuchs* und *Köhler*, wonach es nicht diskriminierend ist, Beamte mit Vollendung des 65. Lebensjahres zwangsweise in den Ruhestand zu versetzen, um eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen, die Einstellung und die Beförderung von jüngeren Berufsangehörigen zu begünstigen, die Personalplanung zu optimieren und damit Rechtsstreitigkeiten über die Fähigkeit des Beschäftigten, seine Tätigkeit über ein bestimmtes Alter hinaus auszuüben, vorzubeugen, sofern zur Erreichung dieser Ziele angemessene und erforderliche Mittel eingesetzt werden.

⁹¹ Bereits in der Entscheidung vom 25.6.1976, *Massachusetts Board of Retirement v Murgia*, 427 US 307, lehnte es der Supreme Court ab, eine Altersdifferenzierung einem strengen Test („strict judicial scrutiny“) zu unterziehen, wie er bei Diskriminierungen angewendet wird; begründend führte der Supreme Court aus: „But even old age does not define a ‘discrete and insular‘ group [...] in need of ‘extraordinary protection from the majoritarian political process.’ Instead, it marks a stage that each of us will reach if we live out [...] our normal span. Even if the statute could be said to impose a penalty upon a class defined as the aged, it would not impose a distinction sufficiently akin to those classifications that we have found suspect to call for strict judicial scrutiny.“ Im Urteil 11.1.2000, *Kimel et al v Florida Board of Regents et al*, 528 US 62, bekräftigt der Supreme Court, dass das Alter kein verpöntes Differenzierungsmerkmal iSd 14. Zusatzartikels der Verfassung ist und hält unter Hinweis auf seine Vorjudikatur fest: „Age classifications, unlike governmental conduct based on race or gen-

wird vom deutschen Bundesverfassungsgericht⁹² und vom VfGH⁹³ in der Sache auch so gehandhabt. Dass andererseits junge und alte Menschen einen besonderen Schutzbedarf haben, spricht die Grundrechte-Charta in Art 24 und 25 ausdrücklich aus. Nun darf man noch gespannt sein, wie sich die Judikatur zum allgemeinen Verbot der Altersdiskriminierung in Art 21 Grundrechte-Charta entwickelt. Vielleicht hält sich der EuGH an die Literatur zur Schweizer Verfassung, die – als eine von wenigen – auch ein generelles Verbot der Altersdiskriminierung enthält. Die Kommentare dazu äußern verschiedentlich gewisse Zweifel an der Notwendigkeit dieses Verbotes⁹⁴ und betonen im Übrigen, dass Altersdifferenzierungen weiterhin leichter zu rechtfertigen sind als Ungleichbehandlungen aufgrund „klassischer“ Diskriminierungsmerkmale.⁹⁵

der, cannot be characterized as ‘so seldom relevant to the achievement of any legitimate state interest that laws grounded in such considerations are deemed to reflect prejudice and anti-pathology.’ [...] Older persons, again, unlike those who suffer discrimination on the basis of race or gender, have not been subjected to a ‘history of purposeful unequal treatment.’ [...] Old age also does not define a discrete and insular minority because all persons, if they live out their normal life spans, will experience it. [...] Accordingly [...] age is not a suspect classification under the Equal Protection Clause.”

⁹² Setwa – allerdings in kritischer Tendenz – zur Judikatur, die an Altersgrenzen im Berufsrecht keine strengen Maßstäbe anlegt, *Bouchouaf* (FN 10) 313 f; *Bouchouaf* (FN 85) 246 ff; *König* (FN 8) 356 ff; *König*, Handlungsbedarf bei der Umsetzung der Altersdiskriminierungsverbots?, ZESAR 2005, 218 (221 ff); *Mann* (FN 10) 322 ff; *Baer* (FN 8) 345 ff; *T. Müller* (FN 14) 249 ff; die Judikatur dem Grunde nach befürwortend hingegen *Huster* (FN 4) MedR 2010, 372.

⁹³ S den Beitrag von *Eberhard* in diesem Band.

⁹⁴ *J.P. Müller/Schefer* (FN 12) 723.

⁹⁵ *Schefer/Rhinow* (FN 71) Rz 54 ff; *J.P. Müller/Schefer* (FN 12) 723 f; s auch *Peters*, § 211 Diskriminierungsverbot, in: Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2 Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein (2007) Rz 37 („Unterscheidungen anhand des Alters [sind] relativ leicht zu rechtfertigen“).