

**Der Schutz älterer ArbeitnehmerInnen im  
österreichischen Arbeitsrecht – ausreichend oder  
reformbedürftig???**

**von**

**Mag Dr Klaus Mayr LL.M.**

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Der Schutz älterer ArbeitnehmerInnen im österreichischen Arbeitsrecht – ausreichend oder reformbedürftig???</b> .....	<b>4</b>
0. Sichtweise der Sozialpartner .....	4
1. Die Situation älterer ArbeitnehmerInnen auf dem Arbeitsmarkt .....	4
<b>1.1. Erwerbsquoten älter ArbeitnehmerInnen</b> .....	4
<b>1.2. Arbeitslosigkeit älterer ArbeitnehmerInnen</b> .....	5
<b>1.3. demographische Entwicklung</b> .....	6
<b>1.4. Situation älterer ArbeitnehmerInnen in den USA</b> .....	7
<b>1.5. Schlussfolgerungen</b> .....	7
2. Die Rechtslage.....	7
<b>2.1. Österreichisches Arbeitsrecht</b> .....	7
2.1.1. Allgemeines .....	8
2.1.2. § 105 Arbeitsverfassungsgesetz.....	8
<b>2.1.2.1. System der Kündigungsanfechtung</b> .....	8
<b>2.1.2.2. Sozialwidrigkeit</b> .....	8
<b>2.1.2.3. Personenbedingte Kündigungsgründe</b> .....	10
<b>2.1.2.4. Betriebsbedingte Kündigungsgründe</b> .....	10
<b>2.1.2.5. Sozialvergleich</b> .....	11
2.1.3. § 15 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz.....	11
2.1.4. § 14 AVRAG - Herabsetzung der Normalarbeitszeit.....	12
2.1.5. § 27 Arbeitslosenversicherungsgesetz - Altersteilzeit.....	12
2.1.6. §§ 5a, 5b AMPFG - Bonus-Malus-System zur Beschäftigungssicherung älterer Arbeitnehmer .....	13
2.1.7. Würdigung der Funktionalität der österreichischen Rechtslage .....	14
<b>2.2. Gemeinschaftsrecht</b> .....	15
<b>2.3. Bundesgesetzliche Regelungen betreffend die Diskriminierung älterer ArbeitnehmerInnen in den Vereinigten Staaten von Amerika</b> .....	18
2.3.1. Der “Age Discrimination in Employment Act of 1967” (ADEA).....	18
2.3.2. Der “Age Discrimination Act of 1975” (ADA).....	19
2.3.3. Executive Order 11141 vom 12.2.1964.....	19
2.3.4. Andere bundesrechtliche Regelungen betreffend Arbeitnehmerdiskriminierung .....	20
2.3.5. Verbotene Maßnahmen und Verhaltensweisen .....	20
<b>2.3.5.1. Verbote für den Arbeitgeber</b> .....	21
<b>2.3.5.2. Verbote für Arbeitsvermittlungen</b> .....	22
<b>2.3.5.3. Verbote für Arbeitnehmerorganisationen</b> .....	22
<b>2.3.5.4. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung – „disparate treatment“ und „disparate impact“</b> .....	22
<b>2.3.5.5. Erzwungene Arbeitnehmerkündigung („constructive discharge doctrine“)</b> .....	23
2.3.6. Rechtsfolgen einer Verletzung des ADEA.....	24
3. Resümee – Schlussfolgerungen der Rechtsvergleichung.....	26
4. Reformüberlegungen und –vorschläge .....	28
<b>4.1. Allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters</b> .....	28
<b>4.2. Verbesserungsbedarf beim allgemeinen Kündigungsschutz</b> .....	37
<b>4.3. Sonstige Überlegungen</b> .....	39
4.3.1. Ausbau der Altersteilzeit .....	39
4.3.2. Lebensarbeitszeitkonto .....	39
5. Zusammenfassung .....	40

<b>5.1. Ausgangslage in Österreich und USA</b> .....	40
<b>5.2. Darstellung der dzt Rechtslage in Österreich, auf Gemeinschaftsebene und USA</b> .....	40
5.2.1. Österreich.....	40
5.2.2. Gemeinschaftsrecht .....	41
5.2.3. USA.....	42
<b>5.3. Resümee – Schlussfolgerungen der Rechtsvergleichung</b> .....	42
<b>5.4. Reformüberlegungen und –vorschläge</b> .....	43
Anhang.....	44
<b>I. Österreichisches Recht</b> .....	44
<b>II. Gemeinschaftsrecht</b> .....	49
<b>III. US-Recht</b> .....	60

## **Der Schutz älterer ArbeitnehmerInnen im österreichischen Arbeitsrecht – ausreichend oder reformbedürftig???**

### **0. Sichtweise der Sozialpartner**

Im Februar 1999 haben die Sozialpartner der damaligen Bundesregierung ein Maßnahmenpaket für ältere ArbeitnehmerInnen übergeben.<sup>1</sup> Dabei sind sie von folgenden Gegebenheiten ausgegangen:

Die Arbeitsmarktprobleme Älterer wurden in den letzten Jahren deutlicher sichtbar. Im Jahre 1997 waren 94.000 über 50-jährige von Arbeitslosigkeit betroffen. Das fortgeschrittene Alter wird sowohl bei der Aufrechterhaltung einer Beschäftigung als auch bei der Wiederaufnahme als Benachteiligung wirksam. Maßgeblich für die wachsende Instabilität der Beschäftigung und die steigende Arbeitslosigkeit Älterer sind im wesentlichen folgende Phänomene:

- Demographische Gegebenheiten: aufgrund geburtenstarker Jahrgänge besteht heute ein hoher Anteil von über 50-Jährigen an der erwerbstätigen Bevölkerung, was sich entsprechend in den Statistiken niederschlägt.
- Ein tiefgreifender Strukturwandel, der insbesondere traditionelle Produktions- und Dienstleistungsbranchen erfasst.
- Das rasche Veraltern beruflicher Qualifikationen, von dem insbesondere gut qualifizierte ältere ArbeitnehmerInnen betroffen sind.
- Generelle Verjüngungsprozesse auf betrieblicher Ebene in Verbindung mit Rationalisierungen und Veränderungen in der Arbeitsorganisation.
- Ein Anstieg im Arbeitskräfteangebot.
- Vorurteile in Wirtschaft und Gesellschaft gegenüber Älteren.

Nicht zuletzt haben auch die Budgetkonsolidierungsmaßnahmen den Prozess der Frühpensionierungen gebremst, damit aber auch ein Ventil beseitigt, durch das Arbeitsmarktprobleme abgeleitet wurden. Bis Mitte der 90iger Jahre wurden diese Arbeitsmarktprobleme für Ältere vor allem über erleichterte Zugänge in die Pension aufgefangen. Dies ist aus einer Vielzahl von Gründen nicht mehr möglich bzw. sinnvoll. Damit ist aber die Gefahr erhöhter Arbeitslosigkeit vor Pensionsantritt verbunden. Es sind daher Möglichkeiten zu schaffen, die einen längeren Verbleib in Beschäftigung begünstigen.

### **1. Die Situation älterer ArbeitnehmerInnen auf dem Arbeitsmarkt**

Ausgangspunkt einer derartigen Untersuchung kann nur der Status quo auf dem österreichischen Arbeitsmarkt sein. Arbeitsmarktdaten sind zwar konjunkturabhängig und branchenspezifisch, aber signifikante Besonderheiten bei bestimmten Altersgruppen zeigen doch einen bestimmten Handlungsbedarf auf. Hier zeigt sich folgendes Bild:

#### **1.1. Erwerbsquoten älter ArbeitnehmerInnen**

Die Erwerbsquoten der Männer sanken seit den fünfziger Jahren besonders stark: Die Erwerbsquote der Männer über 65 verringerte sich zwischen 1955 und 1995 von 25,7 auf 2,2 Prozent, jene der 60 bis 64-jährigen sogar von 74,9 auf 15,4 Prozent. Seit Mitte der 70-er Jahre sinkt auch die Erwerbsquote der 55 bis 59-jährigen Männer kräftig: Nachdem sie zwischen 1955 und 1975 noch von 88,8 auf 97,6 Prozent gestiegen war, reduzierte sich die Quote seitdem auf 61,8 Prozent.<sup>2</sup> Die Entwicklung der Erwerbsquoten weiblicher

---

<sup>1</sup> Den vollständigen Text siehe unter <http://www.wk.or.at/wp/cp-besch-sp-aeltere.htm>.

<sup>2</sup> Vgl. Hauptverband der Sozialversicherungsträger, *Hofer/Koman* (2001); ähnlich auch *Schönbauer*, *Ältere am Arbeitsmarkt*, Studie der AK-Wien (1998) 64 f.

Arbeitnehmer ist uneinheitlich: Während sie sich in den jüngeren Altersgruppen erhöhte – in der Altersgruppe 45 – 49 von 42,2 auf 69,4 Prozent, in der Altersgruppe 50 – 54 von 42,2 auf 60,9 Prozent, war in den höheren Altersgruppen eine Verringerung festzustellen. Bei den 55 bis 59-jährigen ist ein ähnliches Trendmuster wie bei den Männern zu beobachten: Zwischen 1955 und 1975 stieg die Erwerbsquote von 38,7 auf 47,1 Prozent, danach reduzierte sie sich sukzessive auf 23,5 Prozent.<sup>3</sup> Die Entwicklung der Erwerbsquoten spiegelt bis zu einem bestimmten Umfang die Verschlechterung der Arbeitsmarktsituation wider. Dies wird auch durch eine Studie des Arbeitsmarktservice und des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales bestätigt.<sup>4</sup> Nach dieser Studie interessierten sich die Hälfte der im Rahmen der Studie befragten Unternehmen nur für BewerberInnen unter 45, mit über 50jährigen wollte nur noch ein Fünftel der Betriebe zumindest ein Gespräch führen. Die Gründe für die Verschlechterung der Situation älterer Arbeitskräfte im Hinblick auf das Arbeitsplatzrisiko sowie die Arbeitslosigkeitsdauer sind struktureller und konjunktureller Art. Der Strukturwandel der Branchenbeschäftigung vollzieht sich zum Teil über den natürlichen, aber auch über einen forcierten Altersabgang. Der zusätzliche Bedarf expandierender Branchen wird vorwiegend mit jüngeren Arbeitskräften gedeckt. Mit den „alten Industriezweigen“ verschwinden auch stabile Arbeitsplätze Älterer mit langer Betriebszugehörigkeit. Weniger dynamische Branchen nutzen die Frühpensionierung zur betrieblichen „Verjüngung“. Branchen- und unternehmensspezifische Qualifikationen verlieren an Wert, da es dafür kaum noch adäquate Arbeitsplätze gibt.

Eine Ausgrenzung der älteren Arbeitskräfte bringt viele menschliche Probleme und wirtschaftliche Kosten mit sich. Da der Anteil von Arbeitskräften über 45 an der Bevölkerung in absehbarer Zeit deutlich steigen wird, müssen rechtzeitig Gegenmaßnahmen gesetzt werden. Die obige Studie hebt vor allem die Aus- und Weiterbildung als Möglichkeit hervor, die Beschäftigungsstabilität von Älteren trotz des Strukturwandels zu erhöhen. Der Lernwille sei durchaus vorhanden, er müsse allerdings durch entsprechende Anreize gestützt werden. Zudem gelte es, das altersspezifische Lernverhalten und die Erfahrungen dieser ArbeitnehmerInnengruppe in die Maßnahmenkonzepte zu integrieren.

Die gegenständliche Studie stellt die Eignung des Senioritätsprinzips in der Entlohnung für die heutigen Wirtschaftsstrukturen in Frage und weist darauf hin, dass mehr Kreativität bei der Arbeitszeitgestaltung für ältere Arbeitskräfte von erheblichem Nutzen sein könnte, und dies insbesondere bei reduzierter Belastbarkeit.

## **1.2. Arbeitslosigkeit älterer ArbeitnehmerInnen**

Die Arbeitslosigkeit ist in den ersten Jahren der Berufstätigkeit aufgrund einer Such- und Selektionsphase der Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Männern und Frauen sehr hoch, sinkt dann mit der Etablierung im Beschäftigungssystem ab und steigt in den Jahren vor Erreichung des gesetzlich möglichen Eintrittsalters wieder an. So entfallen beispielsweise 10,1% aller arbeitslosen Frauen auf die Altersgruppe der 45 bis 49-Jährigen (Männer 10,3%), bereits 11,3% auf die 50 bis 54-Jährigen (Männer 11%), aber lediglich 7,3% auf die 55 bis 59-Jährigen (Männer 11%).<sup>5</sup> Bei Männern tritt – bedingt durch das unterschiedliche Anfallsalter der vorzeitigen Alterspension – dieses Phänomen erst ab 60 ein, hier beträgt der Anteil der über 60-jährigen Arbeitslosen nur noch 3,2%. Mit dem Alter eng gekoppelt ist die durchschnittliche Vormerkdauer. Sowohl bei Männern als auch bei Frauen zeigt sich eine mit dem Alter deutlich abnehmende Vermittelbarkeit. Können unter 35-Jährige damit rechnen,

---

<sup>3</sup> Vgl Hauptverband der Sozialversicherungsträger, *Hofer/Koman* (2001); ähnlich auch *Schönbauer*, Ältere am Arbeitsmarkt, Studie der AK-Wien (1998) 64 f.

<sup>4</sup> Vgl Untersuchung von *Ruth FINDER* unter Mitarbeit von *Erich Dimitz*, *Volker Eickhoff*, *Matthias Euba*, *Simon Gächter* und *Sigrid Stagl*, *ams info* 3, 1996.

<sup>5</sup> [www.ams.or.at](http://www.ams.or.at); Juni 2002.

innerhalb von rund 6 Monaten wieder einen Arbeitsplatz zu finden, so müssen 40-Jährige mit bis zu einem Jahr Wartezeit rechnen und über 46-Jährige mit mehr als einem Jahr. Ob ein Hinaufsetzen des Antrittsalters nur zu einem parallelen Verschieben der Altersarbeitslosigkeit in höhere Altersgruppen führt, oder zu einem Anstieg derselben kann derzeit nur vermutet werden. Möglich ist, dass beides stattfinden wird: Die Altersarbeitslosigkeit wird sich erhöhen und ältere Menschen betreffen. Die Arbeitslosigkeit der über 50-Jährigen stieg um 5.163 (+13,7%) auf 42.936 an. Aus einem Bericht des BMWA<sup>6</sup> vom Juni 2002 ergibt sich, dass die Arbeitslosenzahl der 50- bis 54-Jährigen um +1.353 (+6,8%) und jene der 55- bis 59-Jährigen (+2.912 bzw +19,5%) leicht über dem Durchschnitt zugenommen hat, jene der über 60-Jährigen jedoch kräftig um +898 oder +31,8% auf 3.724 angestiegen ist. Nach Angaben des BMWA ist dies neben demographischen Faktoren auf die geänderten Zugangsbestimmungen in die vorzeitige Alterspension und den entsprechenden Begleitmaßnahmen im Arbeitslosenversicherungsgesetz zurückzuführen.<sup>7</sup>

### 1.3. demographische Entwicklung<sup>8</sup>

Österreichs Bevölkerung wird auch in der ersten Hälfte des 21. Jahrhunderts stark altern. Dafür gibt es zwei Ursachen: steigende Lebenserwartung, sinkende Kinderzahlen. Um 1850 wurden unsere Vorfahren im Schnitt nur rund 38 Jahre alt. 1950 hatten Männer in Österreich bei der Geburt eine Lebenserwartung von etwa 64 Jahren, Frauen von etwa 68 Jahren. Derzeit liegt die Lebenserwartung der Männer bei 74 Jahren. Frauen werden im Schnitt schon 80 Jahre alt. Die Alterung am oberen Ende der Alterspyramide hat mit dieser positiven Entwicklung zu tun. Zweite Ursache des Alterungsprozesses ist die verringerte Kinderzahl in unserer Gesellschaft. An der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert brachten Österreichs Frauen im Laufe ihres Lebens im Schnitt vier Kinder zur Welt. Damals war die Hälfte der Bevölkerung Österreichs unter 20 Jahre alt. Heute kommen im statistischen Durchschnitt nur noch 1,34 Kinder pro Frau zur Welt. Durch die geringere Anzahl von Geburten altert die Alterspyramide auch an der Basis.

Derzeit ist ein Fünftel der in Österreich lebenden Bevölkerung über 60 Jahre alt (21 Prozent), darunter etwas über sieben Prozent über 75-Jährige. Bis zum Jahr 2030 wird der Anteil der älteren Menschen in Österreich auf gut ein Drittel steigen (35 Prozent), darunter fast 15 Prozent über 75-Jährige. In Zahlen bedeutet das:

Heute leben in Österreich 1,6 Millionen über 60-Jährige, nach dem Jahr 2030 werden es mindestens 2,7 Millionen sein. Der Rückgang der Kinder und Jugendlichen in unserer Gesellschaft lässt sich aus heutiger Sicht relativ gut vorhersehen. Heute sind 21 Prozent der Bevölkerung unter 20 Jahre alt, 2030 werden gerade noch 16 Prozent unserer Bevölkerung zu dieser Altersgruppe gehören. In Zahlen bedeutet das einen Rückgang von derzeit 1,6 Millionen Kindern und Jugendlichen auf dann nur noch 1,2 Millionen Angehörige dieser Altersgruppe. Diese Entwicklung ist bis zu einem gewissen Grad unausweichlich. Denn durch die niedrigen Kinderzahlen der Gegenwart sind die Geburtenrückgänge der Zukunft bereits vorprogrammiert. Im frühen 21. Jahrhundert wird es fast 40 Prozent weniger potentielle Jungeltern geben als noch zu Beginn der 90er Jahre. Und das bedeutet in Zukunft fast automatisch weniger Geburten.

---

<sup>6</sup> Presseinformation – Die Arbeitsmarktlage Ende Juni 2002 - <http://www.bmwa.gv.at/presse/33de/2002-06-Arbeitsmarkt.pdf>

<sup>7</sup> Presseinformation – Die Arbeitsmarktlage Ende Juni 2002 - <http://www.bmwa.gv.at/presse/33de/2002-06-Arbeitsmarkt.pdf>

<sup>8</sup> Vgl R. Münz, Graue Zukunft Österreich, dieUniversitaet.at-Magazin Nr 2/2000, <http://www.univie.ac.at/dieuniversitaet/index2.htm?dieuniversitaet/2000/magazin/10000083.htm>.

Im Zuge dieser Studie soll mit dem Mittel der Rechtsvergleichung versucht werden, allfällige geeignete Rechtsinstrumente aus einem Staat, welcher sich schon seit Jahrzehnten mit dem Problem der Diskriminierung älterer ArbeitnehmerInnen beschäftigt, für das österreichische Recht fruchtbar zu machen. Ob dies grundsätzlich sinnvoll ist, bedarf jedoch vorerst eines Vergleichs der tatsächlichen Gegebenheiten.

#### **1.4. Situation älterer ArbeitnehmerInnen in den USA**

In den USA sind von den über 55-jährigen im Juni 2002 von insgesamt 63,797 Mio 19,465 Mio ArbeitnehmerInnen erwerbstätig, das entspricht einer Quote von 30,5%.<sup>9</sup> Diese Zahl ist zwar auch nicht besonders hoch, aber immer noch erheblich höher als die österreichische. Die Arbeitslosenrate älterer ArbeitnehmerInnen in den USA ist schon seit Jahren deutlich niedriger als jene vergleichbarer jüngerer ArbeitnehmerInnen. Im Juni 2002 beträgt sie für die Gruppe der 25-54-jährigen 4,9%, während sie für über 55-jährige nur 4,2% beträgt. Dieser Abstand zugunsten der Gruppe der über 55-jährigen war aber in der Vergangenheit meist größer, etwa 1992 ca 1,7%, 1993 1,1%, 1994 0,9%, 1995 0,9%, 1996 0,8%, 1997 1%, 1998 0,5%, 1999 0,4%, 2000 0,5% und 2001 0,7%. Trotz dieser Schwankungen ist signifikant, dass die Arbeitslosigkeit älterer ArbeitnehmerInnen erheblich geringer ist als die jüngerer ArbeitnehmerInnen. Dies ist auch deshalb bemerkenswert, da in den USA ein gesetzliches Pensionsalter nicht besteht.<sup>10</sup>

#### **1.5. Schlussfolgerungen**

Das methodische Grundprinzip einer Rechtsvergleichung ist das der Funktionalität.<sup>11</sup> Unvergleichbares kann man nicht sinnvoll vergleichen, und vergleichbar ist im Recht nur, was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bilden daher nicht die Normen und Institute einer Rechtsordnung, sondern die wirtschaftlich-sozialen Probleme und Zwecke, die sie regeln.<sup>12</sup> Daher wurde auch die Arbeitsmarktsituation älterer ArbeitnehmerInnen in beiden Staaten miteinander verglichen. Da die diesbezüglichen Vergleichswerte auf dem Arbeitsmarkt der USA für ältere ArbeitnehmerInnen erheblich günstiger sind als in Österreich, rechtfertigt dies vorerst die grundsätzliche These, dass allfällige Normen in den USA dies positiv beeinflussen. Dies gilt es nun in den folgenden Untersuchungen zu ergründen.

## **2. Die Rechtslage**

### **2.1. Österreichisches Arbeitsrecht**

---

<sup>9</sup> Vgl die Zahl der Erwerbstätigen <ftp://ftp.bls.gov/pub/suppl/empsit.cpseea8.txt>, die Zahl der nicht Erwerbstätigen <ftp://ftp.bls.gov/pub/suppl/empsit.cpseea36.txt>.

<sup>10</sup> Ob dieser Faktor auch für die (geringere) Altersarbeitslosigkeit von Bedeutung ist, kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht beantwortet werden. Sollte dies der Fall sein, so wäre dies ein weiteres positives Argument für das in Diskussion befindliche Modell eines „Pensioskontos“ mit variablem Pensionsantrittsalter.

<sup>11</sup> Vgl *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts<sup>2</sup>, Bd I (1984) 34.

<sup>12</sup> Vgl *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>2</sup> (1987) 15, 26; *Däubler*, Systemvergleich im Arbeitsrecht?, *Demokratie und Recht* 1979/1, 23 ff (27); *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung (1987) 26; *Moll*, Arbeitsrechtsvergleichung, *RdA* 1984, 223 ff (235 f).

### **2.1.1. Allgemeines**

Versucht man, sich in den gängigen Lehrbüchern des österreichischen Arbeitsrechts zur gegenständlichen Problematik einen Überblick zu verschaffen, so ist dies nicht einfach, da es den Bereich „ältere ArbeitnehmerInnen“ als solchen nicht gibt, sondern deren Probleme bei den einzelnen Spezialkapiteln mitbehandelt werden. Schon dies zeigt, dass es hierfür bisher kein bzw kaum ein Problembewusstsein gibt. Es verwundert daher auch nicht, wenn in einem Lehrbuch<sup>13</sup> zu einer automatischen Ruhestandsversetzungsklausel bei Erfüllen der Anspruchsvoraussetzungen für die gesetzliche Alterspension gesagt wird, dass „gegen eine derartige Befristung keine grundsätzlichen Bedenken bestehen“. Wie unter Punkt 2.2. dargestellt wird, sind derartige Klauseln im Hinblick auf Art 6 RL 2000/78/EG in Zukunft zumindest nicht ohne weiteres möglich.

Anzuführen ist auch noch, dass Regelungen des besonderen Kündigungsschutzes hier nicht behandelt werden, da diese grundsätzlich vom Alter unabhängig sind. Da sich die gegenständlichen Bestimmungen nicht immer in den klassischen arbeitsrechtlichen Gesetzen befinden, ist auch darauf hinzuweisen, dass der Begriff „Arbeitsrecht“ im Rahmen dieser Darstellung sehr weit zu verstehen ist.

Nun jedoch zu den einzelnen Bestimmungen des österreichischen Arbeitsrechts:

### **2.1.2. § 105 Arbeitsverfassungsgesetz**

#### **2.1.2.1. System der Kündigungsanfechtung**

Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Arbeitgeber-Kündigung vom Arbeitnehmer wegen Sozialwidrigkeit oder wegen eines verpönten Motivs binnen einer Woche ab Ausspruch der Kündigung (bei einem ausdrücklichen Widerspruch des Betriebsrates kann es zu einer zusätzlichen Woche kommen) angefochten werden. Dies wird als „allgemeiner Kündigungsschutz“ verstanden. Die Möglichkeit der Kündigungsanfechtung besteht einerseits im Falle einer Kündigung wegen eines verpönten Motivs (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG – zB wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft etc, das Alter ist kein derartiges Motiv!) und andererseits wegen Sozialwidrigkeit (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG). Im folgenden beschäftigen wir uns nur mit der Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit, da diese Form der Anfechtung einen gewissen Schutz älterer ArbeitnehmerInnen vorsieht. Die Möglichkeit dieser Anfechtung besteht jedoch nur dann, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung das Arbeitsverhältnis bereits sechs Monate gedauert hat. Bei der Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit ist zwar primär vom Arbeitnehmer die Sozialwidrigkeit der Kündigung – dazu im folgenden – glaubhaft zu machen, aber sodann eine Interessensabwägung mit den allenfalls vom Arbeitgeber vorgebrachten personen- oder betriebsbezogenen Kündigungsgründen vorzunehmen.<sup>14</sup> Hinsichtlich der personen- oder betriebsbezogenen Kündigungsgründe bestehen dann Besonderheiten zugunsten älterer ArbeitnehmerInnen, welche im folgenden zu besprechen sind.

#### **2.1.2.2. Sozialwidrigkeit<sup>15</sup>**

Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn wesentliche Interessen des Arbeitnehmer beeinträchtigt werden. Dies ist dann der Fall, wenn eine durch die Kündigung eintretende

---

<sup>13</sup> Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (1998) 375.

<sup>14</sup> Vgl Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller, Kommentar zum ArbVG<sup>2</sup>, Bd 3 (2002) 362 f mwN.

<sup>15</sup> Vgl Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller, Kommentar zum ArbVG<sup>2</sup>, Bd 3 (2002) 330 ff; Rauch, Die Kündigungsanfechtung wegen Sozialwidrigkeit im Licht der jüngeren Judikatur, ASoK 1999, 42 ff; Karl, Die sozial ungerechtfertigte Kündigung (1999).

finanzielle Schlechterstellung zu einem wesentlichen Nachteil des Arbeitnehmers führt bzw wenn die Kündigung eine fühlbare, ins Gewicht fallende Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage zur Folge hat, ohne dass aber schon eine soziale Notlage oder eine Existenzgefährdung eintreten müsste.

Ein solcher wesentlicher Nachteil liegt etwa vor, wenn

- eine längere Arbeitslosigkeit zu erwarten ist, wenn insbesondere aufgrund des Lebensalters des Arbeitnehmers nicht damit gerechnet werden kann, dass er in absehbarer Zeit einen neuen Arbeitsplatz erlangt.<sup>16</sup> Die Frage, ob der Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsplatz finden kann, wird im Verfahren durch ein Sachverständigengutachten geklärt. Da jüngere Arbeitnehmer in der Regel die Möglichkeit haben, einen neuen Arbeitsplatz (ohne erhebliche Einkommensverluste) zu finden, und daher die Anfechtung eher chancenlos ist, werden die Anfechtungen von Kündigungen meistens von älteren Arbeitnehmern (ab ca 45 Jahren) vorgenommen. Das Gesetz selbst kennt jedoch keine Altersgrenze für Kündigungsanfechtungen.
- Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers zu erfüllen sind. Sorgepflichten für Ehepartner und Kinder sind bei der Beurteilung der Gesamtsituation des gekündigten Arbeitnehmers stets zu berücksichtigen. Wenn diese Sorgepflichten durch eine Kündigung gefährdet werden oder der bisherige (durchschnittliche) Standard durch die verminderten Einkommensaussichten nicht aufrechterhalten werden kann, ist von wesentlichen sozialen Nachteilen der Kündigung auszugehen.<sup>17</sup>
- die Einkommenseinbußen 12-15% übersteigen.<sup>18</sup> Ein Einkommensverlust von 10% wurde ausdrücklich als „geringfügig“ bezeichnet und darauf hingewiesen, dass eine solche Einbuße unerheblich sei, weil auch schon durch gesetzliche Maßnahmen („Sparpaket“) bei aufrechten Dienstverhältnissen Einkommensbußen hinzunehmen waren.<sup>19</sup> Wenn sich jedoch das Einkommen des Arbeitnehmers durch die Kündigung um die Hälfte verringert und somit eine gravierende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage erfolgt, insbesondere auch, weil die Ehefrau kein eigenes Einkommen hat und die beiden Kinder in Berufsausbildung stehen, so liegt eine Sozialwidrigkeit der Kündigung vor.<sup>20</sup> Bei grundsätzlich möglicher Pensionierung geht der Gesetzgeber aber davon aus, dass der Einkommensverlust, der durch die Pensionierung regelmäßig eintritt, zumutbar ist. Daher ist eine Kündigung, nach der ein Arbeitnehmer Anspruch auf eine gesetzliche Pension hat, im Normalfall nicht sozialwidrig.<sup>21</sup>
- die gesamte wirtschaftliche Lage des Arbeitnehmers unter Einbeziehung der Veränderung der Einkommensverhältnisse, der Sorgepflichten, Kreditbelastungen, des Gesundheitszustandes, der Höhe der Abfertigung und die Auswirkungen der Kündigung auf die Bemessungsgrundlage der zu erwartenden Pension erheblich beeinträchtigt wird.<sup>22</sup>

Der Kündigungsschutz iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG soll ausschließlich jenen Arbeitnehmern gewährt werden, die auf ihren Arbeitsplatz angewiesen sind.

---

<sup>16</sup> Bei einer drohenden Arbeitslosigkeit von 10 Monaten sind wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt (OGH 15.3.1989, Arb 10.771); bei 3 bis 4 Monaten jedoch noch nicht (vgl EA Wien 20.12.1977, Arb 9642); nach dem ASG Wien 8.6.1998, ARD 4982/52/98 auch bei 8 Monaten noch nicht; 6 bis 8 Monate genügten auch nach OGH 10.6.1998, DRdA 1998, 445 nicht.

<sup>17</sup> Vgl EA Wien, Re II 209/76; EA Amstetten 12.6.1975, Arb 9389; EA Wien, Re II 307, 308/76; OGH 12.10.1988, Arb 10.755.

<sup>18</sup> OGH 23.5.1997, Arb 11.611; OGH 10.6.1998, DRdA 1998, 445.

<sup>19</sup> OLG Wien 26.5.1997, ARD 4880/37/97.

<sup>20</sup> OLG Wien 2.6.1997, ARD 4921/13/98.

<sup>21</sup> Vgl OGH 18.3.1992, DRdA 1992, 460; VwGH 16.1.1985, RdW 1985, 318; EA Wien 25.1.1985, Arb 10.164; *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller*, Kommentar zum ArbVG<sup>2</sup>, Bd 3 (2002) 343 mwN.

<sup>22</sup> OGH 18.3.1992, DRdA 1992/53 (*Mosler*).

Es kann daher nicht von starren Grenzen ausgegangen werden, sondern ist stets die gesamte finanzielle, gesundheitliche und familiäre Situation des gekündigten Arbeitnehmers eingehend zu prüfen.

### **2.1.2.3. Personenbedingte Kündigungsgründe**

Liegt eine Sozialwidrigkeit vor, so kann der Arbeitgeber – im Rahmen der dann vorzunehmenden Gesamtinteressenabwägung - auf Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betriebliche Interessen nachteilig berühren, verweisen. Dies können Gründe sein,

- die an sich bereits für eine Entlassung ausreichen.
- die für eine Entlassung noch nicht ausreichen (Unpünktlichkeit, Arbeitsversäumnisse, Unverträglichkeit etc).
- die nicht auf einem Verschulden des Arbeitnehmers beruhen (außerordentlich häufige bzw lange Krankenstände, jahrelange Alkoholabhängigkeit mit verminderter Leistungsfähigkeit etc).
- wenn der Arbeitnehmer durch unkollegiales Verhalten Außendienstmitarbeiter gegeneinander aufbringt und dadurch ein gespanntes Betriebsklima herbeiführt, welches die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers jedenfalls soweit nachteilig berührt, dass die betrieblichen Interessen gegenüber dem wesentlichen Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses überwiegen.<sup>23</sup>
- wenn in einem Kleinbetrieb ein Arbeitnehmer besonders unverträglich ist.<sup>24</sup>
- wenn ein im Verkauf tätiger Mitarbeiter ein unfreundliches oder „muffiges“ Verhalten und die Beschwerden überprüfbar verifiziert und berechtigt sind.<sup>25</sup>

Ältere und im Betrieb lange beschäftigte Arbeitnehmer haben Anspruch auf Schonung. Der Arbeitgeber wird daher versuchen müssen, diese Arbeitnehmer auf einem ihren geminderten Kräften entsprechenden Arbeitsplatz zu verwenden.<sup>26</sup>

Die Frage, ob ein Ersatzarbeitsplatz durch die Kündigung eines anderen Arbeitnehmers frei zu machen ist, ist nur im Rahmen eines Sozialvergleichs zu prüfen. Falls jedoch mangels Widerspruchs des Betriebsrates gegen die Kündigung (bzw falls kein Betriebsrat vorhanden ist) kein Sozialvergleich zu erfolgen hat, ist die Frage des Ersatzarbeitsplatzes für den schonungsbedürftigen älteren Arbeitnehmer nur insoweit relevant, als ein solcher Arbeitsplatz ohne Kündigung eines anderen Arbeitnehmers zur Verfügung steht und der Arbeitnehmer bereit ist, die angebotene neue Arbeit zu verrichten.

### **2.1.2.4. Betriebsbedingte Kündigungsgründe**

Liegt Sozialwidrigkeit vor, so sind neben personenbedingten Kündigungsgründen auch allfällige betriebsbedingte Kündigungsgründe zu prüfen.

Betriebliche Gründe liegen vor allem dann vor, wenn

- aufgrund der schwierigen wirtschaftlichen Lage Personalkosten reduziert werden müssen und daher der Arbeitnehmer gekündigt wird, wobei sein Arbeitsplatz nicht mehr nachbesetzt wird und auch eine anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Unternehmen nicht gegeben ist.

---

<sup>23</sup> OGH 20.4.1995, ARD 4687/9/95.

<sup>24</sup> OGH 12.3.1998, ARD 4998/11/99.

<sup>25</sup> OGH 28.1.1998, ARD 4917/8/98, im vorliegenden Fall nicht berechtigt.

<sup>26</sup> OGH 24.8.1998, ARD 5024/5/99.

- Rationalisierungen, Produktionsumstellungen und triftige organisatorische Gründe vorliegen.

Eine Kündigung ist jedenfalls dann nicht betriebsbedingt, wenn der gekündigte ältere Arbeitnehmer durch einen jüngeren (und „billigeren“) Arbeitnehmer ersetzt wird oder wenn der gekündigte Arbeitnehmer in einem anderen Bereich ohne weiteres hätte eingesetzt werden können.

Der Arbeitgeber verletzt seine soziale Gestaltungspflicht nicht, wenn er es unterlässt, dem Arbeitnehmer einen von der bisherigen Tätigkeit stark abweichenden Posten anzubieten.<sup>27</sup>

Demnach müsste der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz aufgrund von Rationalisierungen wegfällt, lediglich eine Ersatztätigkeit anbieten, die seiner bisherigen Beschäftigung wenigstens ähnlich ist. Falls der Arbeitnehmer dies ablehnt, ist die Kündigung zulässig. Gibt es angesichts der bisherigen Tätigkeit des Arbeitnehmers nur ungewöhnliche Möglichkeiten der Weiterverwendung, müsste der Arbeitnehmer selbst initiativ werden und dem Arbeitgeber seine Bereitschaft mitteilen, auch derartige Tätigkeiten zu verrichten.

Falls eine Rationalisierung aufgrund verminderter Aufgaben durch eine geringere Anzahl von Arbeitnehmern angestrebt wird, so ist die Kündigung durch betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt, wenn der Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers, der in anderen Bereichen nicht eingesetzt werden kann, weggefallen ist (bzw nicht nachbesetzt wird).<sup>28</sup>

Nähere Feststellungen zur Umsatzentwicklung und Entwicklung der Arbeitnehmeranzahl sind diesfalls nicht mehr erforderlich.<sup>29</sup>

Letztlich hat das Gericht aufgrund einer Interessenabwägung festzustellen, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung eher zumutbar ist als dem Arbeitnehmer die Kündigung.<sup>30</sup>

### 2.1.2.5. Sozialvergleich

Falls ein Betriebsrat im Betrieb vorhanden ist, so ist dieser vor jeder Kündigung zu verständigen und kann innerhalb von 5 Arbeitstagen zur Kündigung eine Stellungnahme abgeben (§ 105 Abs 1 ArbVG).

Nur wenn der Betriebsrat der Kündigung ausdrücklich widerspricht, ist ein Sozialvergleich durchzuführen.

Im Zuge des Sozialvergleichs ist zu prüfen, ob ein Vergleich sozialer Gesichtspunkte für den Gekündigten eine größere soziale Härte ergibt als für andere Arbeitnehmer (familiäre Situation, Unterhaltungspflichten, Vermögenssituation etc) des gleichen Betriebes und derselben Tätigkeitssparte, deren Arbeit der Gekündigte leisten kann.<sup>31</sup>

Bei älteren Arbeitnehmern sind hierbei weiters eine vieljährige ununterbrochene Beschäftigungszeit im Betrieb oder Unternehmen sowie die wegen des höheren Lebensalters gegebenen Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess besonders zu berücksichtigen.

### 2.1.3. § 15 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz

Da die Anfechtung gem § 105 ArbVG voraussetzt, dass Arbeitnehmer in einem betriebsratspflichtigen Betrieb (mit mindestens 5 ArbeitnehmerInnen) beschäftigt sind,

<sup>27</sup> OGH 15.11.1997, ARD 4947/16/98.; vgl *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller*, Kommentar zum ArbVG<sup>2</sup>, Bd 3 (2002) 362 f mwN.

<sup>28</sup> OGH 10.6.1998, DRdA 1999/43 (*Kallab*).

<sup>29</sup> OGH 30.3.1998, ARD 4949/3/98.

<sup>30</sup> OGH 1.4.1998, DRdA 1998, 361.

<sup>31</sup> Vgl *Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preis/Schneller*, Kommentar zum ArbVG<sup>2</sup>, Bd 3 (2002) 366 ff mwN.

besteht für ArbeitnehmerInnen in Kleinbetrieben grundsätzlich keine Möglichkeit der Kündigungsanfechtung. In Ausnahmefällen, wozu altersbedingte Kündigungen normalerweise nicht zu zählen sind, können jedoch Kündigungen nichtig gem § 879 ABGB sein.<sup>32</sup> Durch § 15 Abs 3 AVRAG besteht nun für Arbeitnehmer in einem nicht betriebsratspflichtigen Betrieb dennoch die Möglichkeit der Anfechtung im Sinne des § 105 ArbVG, wenn sie als Arbeitnehmer den Jahrgängen 1935 bis 1942 oder als Arbeitnehmerin den Jahrgängen 1940 bis 1947<sup>33</sup> angehören. Da diese Regelung im Zuge der Anhebung des Eintrittsalters für die vorzeitige Alterspension geschaffen wurde, bedeutet dies natürlich, dass in einigen Jahren ArbeitnehmerInnen in Kleinbetrieben (unter 5 ArbeitnehmerInnen) wieder schutzlos sein werden.

#### **2.1.4. § 14 AVRAG - Herabsetzung der Normalarbeitszeit**

Durch das ASRÄG 1997<sup>34</sup> wurden die hier interessierenden Abs 2 Z 1 und 4 des § 14 AVRAG eingefügt. Danach gilt für den Fall der Herabsetzung der Normalarbeitszeit nach Vollendung des 50. Lebensjahrs ex lege eine besondere Berechnungsart der Abfertigung, welche grundsätzlich das bisherige Beschäftigungsausmaß voll bei der Berechnung berücksichtigt und die Teilzeitbeschäftigung nur dann berücksichtigt, wenn sie länger als 2 Jahre dauert und dadurch eine Veränderung der für die Abfertigung maßgeblichen Dienstjahre eintritt.<sup>35</sup> Dies hat ua zur Folge, dass nach Vollendung der 25 Dienstjahre ohne jeden abfertigungsrechtlichen Nachteil in Teilzeit gewechselt werden kann, wenn das 50. Lebensjahr vollendet ist.

Durch die Altersteilzeitregelung hat diese Bestimmung dzt aber praktisch keinen Anwendungsbereich.

#### **2.1.5. § 27 Arbeitslosenversicherungsgesetz - Altersteilzeit**

Anspruch auf Altersteilzeitgeld hat ein Arbeitgeber, der ältere Arbeitnehmer beschäftigt, die ihre Arbeitszeit verringern und denen er einen Lohnausgleich gewährt (§ 27 Abs 1 AIVG). Altersteilzeitgeld gebührt dem Arbeitgeber längstens 6 1/2 Jahre für Frauen ab Vollendung des 50. Lebensjahres und für Männer ab Vollendung des 55. Lebensjahres.

Voraussetzungen dafür sind:

1. Der Arbeitnehmer war in den letzten 25 Jahren vor Geltendmachung des Anspruchs 780 Wochen (ca 15 Jahre) arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt.
2. Aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung wurde die der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Normalarbeitszeit entsprechende (oder diese um höchstens 20 Prozent unterschreitende individuelle) Normalarbeitszeit um 40 Prozent bis 60 Prozent verringert.
3. Aufgrund einer Vereinbarung bzw Regelung im Kollektivvertrag oder einer Betriebsvereinbarung erhält der Arbeitnehmer bis zur Höchstbeitragsgrundlage einen Lohnausgleich in der Höhe von mindestens 50 Prozent des Unterschiedsbetrags zwischen dem

---

<sup>32</sup> Nach *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (1998) 386 kommen als solche Gründe die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei oder einer Religionsgemeinschaft in Betracht. Vgl auch *K. Mayr*, Urlaubsrecht und arbeitsrechtliche Begleitregelungen zur Pensionsreform, in: *Resch* (Hrsg), Aktuelle Neuerungen im Arbeits- und Sozialrecht (2001) 48 f mwN.

<sup>33</sup> Zur EU-Widrigkeit der unterschiedlichen Geburtsjahrgänge zwischen Männern und Frauen: *K. Mayr*, Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und Kündigung in Kleinbetrieben, RdW 2001/44; *K. Mayr*, Urlaubsrecht und arbeitsrechtliche Begleitregelungen zur Pensionsreform, in: *Resch* (Hrsg), Aktuelle Neuerungen im Arbeits- und Sozialrecht (2001) 49 ff.

<sup>34</sup> BGBl I Nr 139/1997.

<sup>35</sup> Zur exakten Berechnung vgl *K. Mayr*, Ausgewählte Rechtsprobleme bei der Berechnung der Abfertigung, in: *Mayr/Resch* (Hrsg), Abfertigung (1999) 53 ff.

vor der Herabsetzung der Normalarbeitszeit (zw 40 und 60%) gebührenden Entgelt und dem der verringerten Arbeitszeit entsprechenden Entgelt.

4. Der Arbeitgeber leistet die SV-Beiträge entsprechend der Beitragsgrundlage vor Herabsetzung der Normalarbeitszeit.

5. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Berechnung der zustehenden Abfertigung auf der Grundlage der Arbeitszeit vor Herabsetzung der Normalarbeitszeit.

Teilzeitbeschäftigte, deren Arbeitszeit die gesetzliche oder kollektivvertragliche Normalarbeitszeit um nicht mehr als 20 Prozent unterschreitet (zB bei einer 40-Stunden-Woche 32 Stunden), können auch einbezogen werden.

Es bestehen zwei Möglichkeiten der Altersteilzeitregelung, nämlich einerseits die Vereinbarung einer Teilzeitbeschäftigung für die gesamte Laufzeit der Vereinbarung und andererseits das Erreichen der Teilzeit durch Nutzung eines Durchrechnungszeitraumes, sogenannte „Blockvariante“. Dabei wird meist in der ersten Hälfte im bisherigen Beschäftigungsausmaß weitergearbeitet und in der zweiten Hälfte die eingearbeitete Zeit konsumiert (Freistellungsphase). Gerade die zweite Variante erfreut sich größter Beliebtheit. Mit Stand 4/2002 befinden sich 14.316 ArbeitnehmerInnen in Altersteilzeit.<sup>36</sup>

#### **2.1.6. §§ 5a, 5b AMPFG - Bonus-Malus-System zur Beschäftigungssicherung älterer Arbeitnehmer<sup>37</sup>**

- Bonusregelung (§ 5a AMPFG)

Arbeitgeber, die Personen einstellen, die älter als 50 Jahre sind, zahlen nur einen verminderten Dienstgeberanteil zum Arbeitslosenversicherungsbeitrag, nämlich bis zum vollendeten 55. Lebensjahr eines eingestellten älteren Arbeitnehmers die Hälfte (dzt 1,5%). Ab dem vollendeten 55. Lebensjahr entfällt der Dienstgeberanteil zur Gänze. Für Neueinstellungen nach dem 30.9.2000 entfällt der Dienstgeberanteil zum Arbeitslosenversicherungsbeitrag zur Gänze.

Dieser Bonus wird nicht wirksam, wenn der eingestellte ältere Arbeitnehmer bereits beim selben Arbeitgeber beschäftigt war und der Auflösungszeitpunkt des vorigen Arbeitsverhältnisses nicht länger als 3 Jahre zurückliegt. Auch bei Arbeitgeberwechsel innerhalb eines Konzerns kommt die Bonusregelung nicht zum Tragen.

- Malusregelung (§ 5b AMPFG)

Wird das Arbeitsverhältnis eines Mitarbeiters, der älter als 50 Jahre ist, nach mindestens zehnjähriger Beschäftigungsdauer im Unternehmen aufgelöst, so hat der Arbeitgeber durch Einmalzahlung einen besonderen Arbeitslosenversicherungsbeitrag zu entrichten. Die Malusregelung trat mit 1. 4. 1996 in Kraft.

Die Maluspflcht besteht in folgenden Auflösungsfällen nicht:

- Selbstkündigung des Arbeitnehmers,
- verschuldete Entlassung,
- unberechtigter Austritt und
- Austritt aus gesundheitlichen Gründen.

Keine Maluspflcht besteht ferner bei Auflösung wegen Betriebsstillegung bzw wegen Teilstillegung.

---

<sup>36</sup> [http://www.oegb.at/downloads/nachrichtendienst/oegb\\_nachrichtendienst230502.pdf](http://www.oegb.at/downloads/nachrichtendienst/oegb_nachrichtendienst230502.pdf), Seite 11.

<sup>37</sup> Vgl *Andexlinger*, Bonus-Malus-System zur Beschäftigungssicherung älterer Arbeitnehmer, *ecolex* 1996, 292.

Der Malus entfällt bei Auflösung nach Erreichen der Altersgrenze für die vorzeitige Alterspension (Männer 60, Frauen 55) und auch dann, wenn der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Auflösung bereits Ansprüche auf Invaliditäts- oder Berufsunfähigkeitspension hat. Bei der maßgeblichen Dauer des Arbeitsverhältnisses sind Unterbrechungen bis zu einem Jahr einzurechnen. Allerdings entfällt die Maluspflcht auch dann, wenn im Zusammenhang mit der Auflösung ein Wiedereinstellungsvertrag oder eine Wiedereinstellungszusage vorliegt. Der besondere Arbeitgeberbeitrag wird nach dem letzten in der Arbeitslosenversicherung beitragspflichtigen Arbeitsverdienst bemessen.

Grundbetrag: 0,2%, erhöht um 0,1 vH für jeweils drei volle Monate über dem 50. Lebensjahr bis zum Ausscheiden, maximal bis zur Höhe des Dienstgeberanteils (dzt 3 vH);  
Einmalzahlung: Grundbetrag x Monate vom Ausscheiden bis zur Altersgrenze für die vorzeitige Alterspension (M 60, F 55).

Der so ermittelte Malusbetrag erhöht sich um 30 %, wenn die verpflichtende Anzeige der beabsichtigten Kündigung älterer Arbeitnehmer beim AMS unterlassen wird (§ 45 AMPFG). Für die Feststellung der Beitragspflicht, die Vorschreibung und die Einhebung der Beiträge ist die Gebietskrankenkasse zuständig. Über Berufungen entscheidet der Landeshauptmann endgültig.

Durch den durch das Konjunkturbelebungs-gesetz 2002<sup>38</sup> neu eingefügten § 1 Abs 2 lit e AIVG entfällt ab 1. 7. 2002 für Personen, die das für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer maßgebliche Mindestalter vollendet haben, ab dem Beginn des folgenden Kalendermonats der Arbeitslosenversicherungsbeitrag sowie der IESG-Zuschlag. Diese Neuregelung gilt auch für Personen, die ein bestehendes Dienstverhältnis haben und das Pensionsalter für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer bereits erreicht oder überschritten haben.

### **2.1.7. Würdigung der Funktionalität der österreichischen Rechtslage**

Das System der Kündigungsanfechtung sieht zwar die Berücksichtigung typischer Probleme von älteren ArbeitnehmerInnen vor, doch kommt es aus folgenden Gründen in der arbeitsgerichtlichen Praxis statt zu einer Weiterbeschäftigung fast ausschließlich zu Vergleichen mit Abschlagszahlungen:

- Kann ein Arbeitnehmer die Sozialwidrigkeit nicht zumindest glaubhaft machen, so kommt es überhaupt zu keiner Berücksichtigung der Situation als älterer Arbeitnehmer. Besonders negativ wirkt sich dabei die Judikatur des OGH aus, wonach das Partnereinkommen bei Beurteilung der Sozialwidrigkeit berücksichtigt wird.<sup>39</sup>
- Da die Kündigungsanfechtungsverfahren oft Monate bzw 2 – 3 Jahre dauern, sind die Arbeitsverhältnisse in der Zwischenzeit längst beendet und ist eine Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz oft schon faktisch unmöglich.
- Die Möglichkeit der grundlosen Kündigung für den Arbeitgeber ist ein Anreiz, ältere ArbeitnehmerInnen gegen jüngere, billigere ArbeitnehmerInnen auszutauschen.
- Die Anfechtungsfrist von einer Woche ist extrem kurz, um den ArbeitnehmerInnen eine ausreichende Informationsmöglichkeit zu geben.
- Ein Sozialvergleich ist nur bei einem ausdrücklichen Widerspruch des Betriebsrates vorzunehmen, was in der Praxis eher selten passiert.

Die Anfechtung in Kleinbetrieben gem § 15 Abs 3 AVRAG ist mE bisher totes Recht.

---

<sup>38</sup> BGBl I Nr 68/2002.

<sup>39</sup> Da davon überwiegend Frauen betroffen sind, stellt dies eine unzulässige mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. Vgl dazu *Smutny/Mayr*, Kommentar zum GIBG (2001) 310 ff mwN.

Besonders positiv entwickelt und sehr geschätzt von ArbeitnehmerInnen und Unternehmen wird jedoch das Modell der Altersteilzeit, zumal es für alle Beteiligten praktisch nur Vorteile bringt: Dem Unternehmen stehen die Erfahrungen der älteren ArbeitnehmerInnen noch länger zur Verfügung bzw erfolgt der Ausstieg aus der Firma nicht abrupt, was auch für die Einschulung der Nachfolger von Vorteil ist. Aber auch den betroffenen älteren ArbeitnehmerInnen wird so ermöglicht, „sanft“ in die Pension zu gleiten, was von den meisten persönlich sehr geschätzt wird.<sup>40</sup> Dadurch gelingt es mE das faktische Pensionsantrittsalter hinaufzusetzen.

Der Bonus und der Malus des Bonus-Malus-System wurden zwar erhöht, doch wirkt sich zumindest der Malus mE lediglich einnahmenerhöhend beim AMS aus. Um einen Einfluss auf das Beendungsverhalten der ArbeitgeberInnen zu haben, ist der Betrag jedenfalls viel zu gering, da er im Normalfall kaum mehr als 1 Monatsentgelt beträgt. Ob der Entfall des Arbeitgeberanteils zur Arbeitslosenversicherung (3%) einen ausreichenden Anreiz zur Einstellung von über 50-jährigen ArbeitnehmerInnen darstellt, ist mE ebenfalls zu bezweifeln. Dies ist sicherlich eine Verbesserung hinsichtlich der Entlastung des Faktors Arbeit, doch werden diese 3% durch wesentliche höhere Gehaltsansprüche älterer ArbeitnehmerInnen nur ein kleiner Anreiz sein. Unterstützt wird diese Maßnahme in Zukunft sicher durch die tw von den Sozialpartnern bereits vorgenommenen Abflachungen der Gehaltssteigerungen nach dem Senioritätsprinzip.

Weitere Diskriminierungsverbote zugunsten älterer ArbeitnehmerInnen sind dem österreichischen Recht fremd.

## 2.2. Gemeinschaftsrecht

Erst Anfang der neunziger Jahre setzte sich zunehmend die Ansicht durch, dass es auch Aufgabe der Europäischen Union sei, den älteren Menschen einen gerechten Platz in der Gesellschaft sowie die uneingeschränkte Wahrnehmung ihrer staatsbürgerlichen Rechte zu gewährleisten, indem auch Diskriminierungen aus Gründen des Alters und die soziale Ausgrenzung älterer Menschen bekämpft werden.

Das Europäische Parlament hat zwar festgestellt, dass „die ältere Bevölkerung an der Steigerung der wirtschaftlichen Produktivität und des Wohlstandes angemessen beteiligt ist“<sup>41</sup>, jedoch hat es gleichzeitig auch darauf hingewiesen, dass „ältere Menschen von Diskriminierungen nicht nur im Erwerbsleben, sondern im Alltag im allgemeinen besonders betroffen sind“.<sup>42</sup> Daher hat es wiederholt gefordert, dass „der Grundsatz der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung gemäß der Empfehlung Nr 162 der ILO auf ältere Arbeitnehmer angewandt wird“ und dass „gezielte positive Maßnahmen getroffen werden, um die Arbeitsbedingungen dieser Arbeitnehmergruppe zu verbessern“.<sup>43</sup> Weiterhin hat es die Kommission bzw die Mitgliedstaaten sowie die Unternehmen und Sozialpartner aufgefordert, „mit gutem Beispiel voranzugehen und bei der Einstellung ältere Arbeitnehmer nicht zu diskriminieren“<sup>44</sup> bzw „einklagbare Rechte gegen Diskriminierungen am Arbeitsmarkt, insbesondere bei Stellensuche, Weiterbildung und Personalkürzungen, zu schaffen“, „lebenslanges Lernen zu fördern“ und „Fort-, Weiterbildungs-, Schulungs- und

<sup>40</sup> Vgl Presseerklärung des AMS OÖ unter <http://www.ams.or.at/oe/med/event/arbeitsprogramm2002.htm>.

<sup>41</sup> Entschließung zu „Ältere Menschen im 21. Jhd - Neue Lebensperspektiven“ (EP Dok Nr A4-0160/99, weitergeleitet an Rat und Kommission am 19.4.1999).

<sup>42</sup> Entschließung zu „Ältere Menschen im 21. Jhd - Neue Lebensperspektiven“ (EP Dok Nr A4-0160/99, weitergeleitet an Rat und Kommission am 19.4.1999).

<sup>43</sup> Entschließung zu gemeinschaftlichen Aktionen zugunsten älterer Menschen (ABl C 284/1469 vom 12.11.1990), zur Veranstaltung des Europäischen Jahres der älteren Menschen und der Solidargemeinschaft der Generationen (ABl C 176/239 vom 13.7.1992), zum europäischen Arbeitsmarkt nach 1992 (ABl C 241/51 vom 21.9.1992) sowie zu Maßnahmen zugunsten der älteren Menschen (ABl C 77/24 vom 14.3.1994).

<sup>44</sup> Entschließung zu Maßnahmen zugunsten der älteren Menschen (ABl C 77/24 vom 14.3.1994).

Umschulungsmaßnahmen auf die Bedürfnisse von älteren Arbeitnehmern abzustimmen sowie Bildungssysteme auch für nicht mehr im Arbeitsprozess befindliche Personen zu öffnen“.<sup>45</sup> Seit der Vertragsrevision von Amsterdam ist das Parlament der Auffassung, dass „die Kommission basierend auf Art 13 iVm 137 EG legislative Vorschläge zur Bekämpfung von Diskriminierung und sozialer Ausgrenzung aus Gründen des Alters vorlegen“ sollte.<sup>46</sup> Die Kommission hat durch die Unterbreitung von Vorschlägen für unverbindliche Rechtsakte, dh, Empfehlungen und Erklärungen, versucht, zur Bekämpfung jeglicher in bezug auf das Alter bestehender Stereotypen beizutragen. Schwerpunkte waren dabei allerdings die Bereiche der Beschäftigung und der sozialen Sicherung, insbesondere die Erstellung von gemeinsamen Kriterien für ausreichende Leistungen im Rahmen der Systeme der sozialen Sicherung<sup>47</sup>, die Annäherung der Ziele und Politiken im Bereich des sozialen Schutzes<sup>48</sup> sowie die Flexibilisierung der Regelungen für das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben.<sup>49</sup> Auch in ihrem Weißbuch „Europäische Sozialpolitik – ein zukunftsweisender Weg für die Union“ hat die Kommission als zu verfolgende Ziele die Förderung der Rolle und der Möglichkeiten der aktiven Rentner, sowie die Ausarbeitung von Lösungsansätzen bezüglich der Verbesserung der Situation älterer Frauen, des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und der Integration älterer isolationsgefährdeter Menschen aufgeführt.<sup>50</sup>

Der Rat hat diese Kompetenz nun bereits zwei Mal in Anspruch genommen:

- Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft<sup>51</sup>;
- Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>52</sup>.

Diese Richtlinien sind bis spätestens 19.6.2003 bzw 2.12.2003 in nationales Recht umzusetzen.

Wie das Europäische Parlament in einem Arbeitsdokument<sup>53</sup> betont hat, ist die Diskriminierung von Menschen wegen bestimmter Merkmale, insbesondere aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Gruppe, die sie sich nicht ausgesucht haben, nicht nur ungerecht und ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, sondern bringt auch wirtschaftliche und soziale Kosten mit sich. Diese werden nicht nur von den Betroffenen selbst, sondern auch von den Staaten, den Kommunen, den Sozialsystemen und den Unternehmen getragen, weil Menschen, die diskriminiert werden, häufig nicht in gleichem Maße am Wohlstand teilhaben wie andere und auf Hilfe angewiesen sind. Ferner ist Diskriminierung ein Störfaktor im Gemeinsamen Markt, weil sie die Ausübung der Grundfreiheiten, insbesondere der Personenverkehrsfreiheiten, behindert. Es ist daher nicht nur die Aufgabe der Mitgliedsstaaten, sondern auch die der Europäischen Union, zur weitestmöglichen Beseitigung von Diskriminierungen beizutragen.<sup>54</sup> Der durch den Vertrag von Amsterdam neu in den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft aufgenommene Art 13 bietet

---

<sup>45</sup> Entschließung zu „Ältere Menschen im 21. Jhd - Neue Lebensperspektiven“ (EP Dok Nr A4-0160/99, weitergeleitet an Rat und Kommission am 19.4.1999) sowie zu Maßnahmen zugunsten der älteren Menschen (ABI C 77/24 vom 14.3.1994).

<sup>46</sup> Entschließung zu „Ältere Menschen im 21. Jhd - Neue Lebensperspektiven“ (EP Dok Nr A4-0160/99, weitergeleitet an Rat und Kommission am 19.4.1999) sowie zu Maßnahmen zugunsten der älteren Menschen (ABI C 77/24 vom 14.3.1994).

<sup>47</sup> Vgl ABI L 245/46 vom 26.8.1992.

<sup>48</sup> Vgl ABI L 245/49 vom 26.8.1992.

<sup>49</sup> Vgl ABI C 188/1 vom 10.7.1993.

<sup>50</sup> Vgl dazu KOM(94)0333 endg.

<sup>51</sup> ABI L 180/22 vom 19.7.2000.

<sup>52</sup> ABI L 303/16 vom 2.12.2000.

<sup>53</sup> Perspektiven der Anti-Diskriminierungspolitik Reihe soziale Angelegenheiten, Soci 105 DE (PE 168.637) - April 2000.

<sup>54</sup> Vgl dazu die Präambeln der RL 2000/43/EG und der RL 2000/78/EG.

dazu neue Perspektiven. Zum einen, da er selbst den Rat ausdrücklich dazu ermächtigt, geeignete Vorkehrungen im Rahmen der Zuständigkeit der Gemeinschaft zu treffen, zum anderen deshalb, weil er im ersten Teil des EG mit dem Titel „Grundsätze“ steht und daher eine enorme symbolische Bedeutung hat. Die Verabschiedung dieser 2 Antidiskriminierungsrichtlinien stellt ein klares Zeichen dafür dar, dass die Mitgliedstaaten und die EU die erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung einer uneingeschränkten Mitwirkung bisher diskriminierter Menschen in der Gesellschaft ergreifen und sich für die Verwirklichung der Chancengleichheit für alle Bürger einsetzen. Dies ist ein wichtiger Schritt auf dem Weg zur Schaffung einer Gesellschaft mit einem stärkeren inneren Zusammenhalt und hat positive Auswirkungen auf die Lebensqualität der betroffenen Menschen.

Da in der alltäglichen Praxis bzw der Arbeitswelt Diskriminierungen und Vorurteile eng miteinander verbunden sind, ist es mE bedeutsam, die bestehenden Diskriminierungsverbote zu analysieren und allenfalls neue, geeignetere Lösungswege aufzuzeigen.

Da mit den oa RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG zum Teil neue Diskriminierungsverbote normiert wurden, welche aber schon seit Jahrzehnten in den USA bestehen, soll unter der nachfolgenden Darstellung der maßgeblichen amerikanischen Rechtslage hinterfragt werden, ob es nicht Mechanismen aus dem anglo-amerikanischen Raum gibt, die bei der Umsetzung der RL 2000/78/EG hinsichtlich des Alters verwendet werden können, um einen effektiven, den sozialen Frieden sichernden Diskriminierungsschutz zu erreichen.

Vor der Vertragsrevision von Amsterdam war ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot aus Gründen des Alters in den Verträgen überhaupt nicht vorgesehen. Allerdings wäre es möglich, dass ältere Menschen durch eine weite Auslegung von einigen der Bestimmungen des EG-Vertrags erfasst werden.<sup>55</sup>

Gem Art 2 Abs 1 iVm Art 1 RL 2000/78/EG sind unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen ua wegen des Alters verboten.

Art 6 RL 2000/78/EG sieht davon folgende Ausnahmemöglichkeiten für die Mitgliedstaaten vor, sofern die Ausnahme objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Diese Regelung entspricht der bisherigen Judikatur des EuGH zur Frage der Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung.<sup>56</sup>

Exemplarisch werden dann folgende gerechtfertigte Ungleichbehandlungen aufgezählt:

- die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen;
- die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile;
- die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.
- Ungeachtet des Art 2 Abs 2 können die Mitgliedstaaten 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

---

<sup>55</sup> Solche Bestimmungen wären Art 117 und 118 EGV (Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung), Art 109p EGV (Gewährleistung eines hohen Beschäftigungsniveaus), Art 126 und 127 EGV (Beitrag zu einer qualitativ hochstehenden (beruflichen) Bildung), Art 129 EGV (Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus).

<sup>56</sup> Vgl *Smutny/Mayr*, Kommentar zum GIBG (2001) 715 ff mwN.

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.

### **2.3. Bundesgesetzliche Regelungen betreffend die Diskriminierung älterer ArbeitnehmerInnen in den Vereinigten Staaten von Amerika**

In den Vereinigten Staaten existieren auf Bundesebene einige Vorschriften, deren Regelungsgegenstand das Problem der Ungleichbehandlung älterer ArbeitnehmerInnen ist.

Im einzelnen sind dies:

#### **2.3.1. Der “Age Discrimination in Employment Act of 1967” (ADEA)<sup>57</sup>**

Der ADEA verbietet privaten ArbeitgeberInnen, der öffentlichen Hand in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber sowohl auf Bundes- wie auch auf Ebene der US-Bundesstaaten, Stellen- und Arbeitsvermittlungen sowie Arbeitnehmerorganisationen die willkürliche Ungleichbehandlung von ArbeitnehmerInnen und StellenbewerberInnen, die älter als 40 Jahre sind, wegen deren Alters. Untersagt ist auch die Veröffentlichung von Stellenanzeigen, aus denen sich eine Bevorzugung jüngerer Bewerber entnehmen lässt, sowie die Benachteiligung Einzelner, die gegen eine gegen den ADEA verstoßende Handlung oder Maßnahme vorgegangen sind oder an einem ADEA-Verfahren in irgendeiner Weise beteiligt waren. Ausnahmsweise ist eine Ungleichbehandlung älterer ArbeitnehmerInnen - mit Ausnahme der Bediensteten des Bundes - im wesentlichen dann gestattet, wenn die jeweilige, grundsätzlich zwar diskriminierende, Handlung auf folgenden Gründen basiert:

- einer sogenannten “bona fide occupational qualification (BFOQ)”, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung der mit dem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben unabdingbar vorhanden sein muss,<sup>58</sup>
- vernünftigen Erwägungen, die nicht auf dem Faktor “Alter” beruhen,<sup>59</sup>
- einem “bona fide seniority system”<sup>60</sup> oder einem “bona fide employee benefit plan”.<sup>61</sup>

Darüber hinaus ist es einem Arbeitgeber gem sec. 631 auch gestattet, einen mindestens 65-jährigen Arbeitnehmer gegen dessen Willen in den Ruhestand zu schicken, wenn es sich dabei

---

<sup>57</sup> Age Discrimination in Employment Act of 1967: Public Law No. 90 -202, 81 Stat. 602 (1967) as amended, angeordnet in 29 U.S.C. §§ 621-634 (1990).

<sup>58</sup> Die Voraussetzungen der BFOQ-Einrede sind (vgl. *A. Fenske*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht (1998) 145 ff mwN):

1. Das Wesen der Geschäftstätigkeit des Arbeitgebers muss so beschaffen sein, dass dafür eine bestimmte Eigenschaft bei den ArbeitnehmerInnen notwendige Voraussetzung ist.

2. Die Anknüpfung an das Alter muss die einzige Möglichkeit sein, um das Vorhandensein dieser Eigenschaft sicherzustellen.

<sup>59</sup> ZB Kündigung wegen mangelhafter Leistung, vgl dazu *A. Fenske*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht (1998) 171 ff mwN.

<sup>60</sup> Dabei handelt es sich um ein Konzept, wonach ArbeitnehmerInnen mit zunehmender Betriebszugehörigkeit mehr Rechte und Vergünstigungen erhalten, zB automatische Gehaltsvorrückungen. Vgl dazu *A. Fenske*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht (1998) 196 ff mwN.

<sup>61</sup> Gegenstand dieser Leistungen sind Belohnungen für langjährige Betriebszugehörigkeit, zB Betriebspension, Abschluss von Lebens- und/oder Krankenversicherungen, Abfindungen, vgl dazu *A. Fenske*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht (1998) 155 ff (164 mwN).

um einen Arbeitnehmer handelt, der die letzten zwei Jahre vor seiner Pensionierung<sup>62</sup> eine leitende Position innehatte und der von Beginn seines Ruhestandes an eine nicht verfallbare Rente von mindestens \$ 44.000.- jährlich beanspruchen kann. Ebenso können unbefristet beschäftigte Lehrer an höheren Schulen ab 70 pensioniert werden.

### **2.3.2. Der "Age Discrimination Act of 1975" (ADA)<sup>63</sup>**

Dieses Gesetz verbietet die Altersdiskriminierung im Rahmen von Programmen und Maßnahmen, die vom Bund gefördert werden. Zuschüsse bzw Fördermittel im Sinne des ADA sind, mit Ausnahme von Vermittlungs-, Versicherungs- oder Garantieverträgen, alle Leistungen des Bundes in Form von Dienstleistungen, Geld und Sachmitteln. Der ADA statuiert für den Bund jedoch keine Möglichkeit, rechtliche Schritte im Hinblick auf die Beschäftigungspolitik von ArbeitgeberInnen zu ergreifen. Im Falle des Verstoßes gegen den ADA beschränken sich die Möglichkeiten nach diesem Gesetz im Prinzip auf eine Einstellung der Leistungen.<sup>64</sup> Eine Ausnahme besteht lediglich hinsichtlich der Ausbildungs- und Beschäftigungsprogramme, die unter den "Job Training and Partnership Act" (JTPA)<sup>65</sup> fallen. In diesen Fällen besteht die Möglichkeit, Maßnahmen zu ergreifen, um vorangegangene Diskriminierungen auszugleichen.<sup>66</sup> Aber auch dann werden Arbeitgeber nur erfasst, wenn sie Finanzhilfen nach dem JTPA erhalten, um Ausbildungsprogramme anzubieten oder durchzuführen. Die Anwendung des ADA ist bereits dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber eine nach dem JTPA förderungsfähige Person zunächst eingestellt hat und erst danach derartige Zahlungen erhält, um zusätzlich angefallene Ausbildungskosten abzudecken. Im Hinblick auf die geringe Relevanz dieses Gesetzes für die hier behandelte Problematik soll auf weitere Ausführungen hierzu verzichtet werden.<sup>67</sup>

### **2.3.3. Executive Order 11141 vom 12.2.1964<sup>68</sup>**

In dieser Verfügung wird das Gebot der Vermeidung von Altersdiskriminierung zu einem Programmsatz der Bundesexekutive erhoben. Durch dieses Gebot sollten auch die Vertragspartner des Bundes sowie deren Submittenten und Zulieferer angehalten werden, willkürliche Ungleichbehandlungen älterer ArbeitnehmerInnen im Hinblick auf Einstellung und Beschäftigungsbedingungen zu unterlassen. Insbesondere sollten Altersgrenzen in Stellenausschreibungen vermieden werden. Ausnahmen waren nur aufgrund einer sogenannten „bona fide occupational qualification“, einer Ruhestandsregelung oder dann zulässig, wenn die Erfüllung anderer gesetzlicher Verpflichtungen eine derartige Ungleichbehandlung erforderte. Der praktische Erfolg dieser Verfügung war jedoch nur gering. Es wurden weder entsprechende Durchführungsbestimmungen erlassen, noch die Zuständigkeit einer Stelle oder Einrichtung begründet, die über die Einhaltung dieser Order

---

<sup>62</sup> Abweichend von der sonst üblichen Nomenklatur soll der Begriff der "Pensionierung" im Rahmen der folgenden Ausführungen ganz allgemein den Umstand des Ausscheidens eines Arbeitnehmers aus dem Erwerbsleben umschreiben.

<sup>63</sup> Age Discrimination Act of 1975: Public Law No. 94-135, 89 Stat. 42 U.S.C. §§ 6101-6107 (1990).

<sup>64</sup> 42 U.S.C. § 6104(a) (1990).

<sup>65</sup> Job Training and Partnership Act (JTPA): Public Law No. 97-300, 96 Stat. 1322 (1982) as amended, angeordnet in verschiedenen §§ in 29 U.S.C. (1990).

<sup>66</sup> 29 U.S.C. § 1574(g) (1990).

<sup>67</sup> Wegen weiterführender Hinweise zum ADA: P. Schuck, *The Graying of Civil Rights Law: The Age Discrimination Act of 1975*: Yale L.J. 89 (1979) 27-93.

<sup>68</sup> 5 U.S.C. § 3301 (1990).

wachte. Darüber hinaus hat es die Rechtsprechung abgelehnt, dem Einzelnen aufgrund dieser Order ein gerichtlich durchsetzbares Recht zuzugestehen.<sup>69</sup>

#### **2.3.4. Andere bundesrechtliche Regelungen betreffend Arbeitnehmerdiskriminierung**

Die Rechtsprechung geht einhellig davon aus, dass die Möglichkeiten des Einzelnen, aufgrund Bundesrechts gegen ihn betreffende Fälle von Altersdiskriminierung vorzugehen, auf die im ADEA zur Verfügung gestellten beschränkt sind. Insbesondere das Verhältnis des ADEA zu den Bestimmungen in 42 U.S.C. §§1981, 1983 und 1985 (1990) oder zur „Equal Protection Clause“ des Vierzehnten Amendments zur Verfassung war und ist immer wieder Gegenstand von Streitigkeiten. Vor allem im Hinblick auf die umfassende und detaillierte Regelung des ADEA lehnt es die ganz hM aber ab, Rechtsbehelfe gegen Altersdiskriminierung auf der Grundlage anderer Vorschriften als des ADEA zuzulassen.<sup>70</sup> Der ADEA ist daher insoweit als eine abschließende Regelung zu betrachten.

In sec. 9 wird die EEOC zum Erlass von Vorschriften ermächtigt, nach denen u.a. bestimmte Sachverhalte ganz oder zum Teil aus dem Schutzbereich des ADEA ausgenommen sind. Voraussetzung ist, dass solche Ausnahmeregelungen vernünftig, d.h. angemessen und im öffentlichen Interesse notwendig sind. Die EEOC hat von dieser Ermächtigung bisher nur einmal Gebrauch gemacht. Danach sind im wesentlichen alle Programme und Initiativen des Bundes und der Staaten, mit denen gezielt und speziell Personen mit besonderen Beschäftigungsproblemen (zB: Behinderte, Jugendliche, Minderheiten oder Suchtkranke) unterstützt werden sollen, vom Schutzbereich des ADEA ausgenommen. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass der Erfolg derartiger Programme und Initiativen beeinträchtigt wird.

#### **2.3.5. Verbotene Maßnahmen und Verhaltensweisen**

Ausgehend von der doch relativ klar umrissenen und umfassenden Zwecksetzung des ADEA - Förderung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer auf der Grundlage ihrer individuellen Leistungsfähigkeit und Verhinderung willkürlicher Altersdiskriminierung - sollte man annehmen, auch die Verbotsregelung des ADEA beinhalte eine entsprechend klar und umfassend gehaltene Formulierung. Diese Erwartungen werden jedoch nur teilweise erfüllt. Im Gegensatz zu der für Bundesbedienstete maßgeblichen Vorschrift der sec. 15(a) enthält die alle übrigen dem Anwendungsbereich des ADEA unterfallenden Personen und Einrichtungen betreffende Verbotsregelung in sec. 4 einen eher kasuistisch anmutenden Katalog verbotener Verhaltensweisen. So wird in sec. 4(a)-(c) und (i) zwischen Arbeitgebern, Arbeitsvermittlungen und Arbeitnehmerorganisationen getrennt und gesondert für jede dieser Gruppen eine Reihe von grundsätzlich verbotenen, da diskriminierenden Verhaltensweisen

---

<sup>69</sup> *Kodish v. United Airlines, Inc.*, 463 F.Supp. 1245, 1250-1252 (D. Colorado 1979), affirmed 628 F.2d 1301, 1303 (1980); vgl zur selben Problematik betreffend die Executive Order No. 10925 ( 5 U.S.C. § 631; ersetzt durch Executive Order No. 11246, 30 F.R. 12319), die die parallele Regelung bezüglich der Diskriminierung wegen Rasse, Glaube, Hautfarbe oder nationaler Herkunft enthält: *Farmer v. Philadelphia Electric Company*, 329 F.2d 3, 9 (3<sup>rd</sup> Cir. 1964); *Farkas v. Texas Instrument, Inc.*, 375 F.2d 629, 632 f. (5<sup>th</sup> Cir.), certiorari denied 389 U.S. 977, 88 S.Ct. 480, 19 L.Ed.2d 471 (1967).

<sup>70</sup> *Izquierdo Prieto v. Mercado Rosa*, 894 F.2d 467, 469 (1<sup>st</sup> Cir. 1990); *Zombro v. Baltimore City Police Department*, 868 F.2d 1364, 1369 (4<sup>th</sup> Cir.), certiorari denied --- U.S. ---, 110 S.Ct. 147, 107 L.Ed.2d 106 (1989); *Purtill v. Harris*, 658 F.2d 134, 137 (3<sup>rd</sup> Cir. 1981), certiorari denied 462 U.S. 1131, 103 S.Ct. 3110, 77 L.Ed.2d 1365 (1983); *Paterson v. Weinberger*, 644 F.2d 521, 524 f. (5<sup>th</sup> Cir. 1981); *White v. Frank*, 718 F.supp. 592, 595 (W.D. Texas 1989); *Ring v. Crisp County Hospital Authority*, 652 F.Supp.477, 479 (M.D. Georgia 1987); *Dodson v. U.S. Army Finance and Accounting Center*, 636 F.Supp. 894, 895 f. (S.D. Indiana 1986); *Morgan v. Humboldt County School District*, 623 F.Supp. 440, 443 (D. Nevada 1985); *Graham v. F.B.Leopold Company, Inc.*, 602 F.Supp. 1423, 1424 (W.D. Pennsylvania 1985); *Wilkins v. Walters*, 571 F.Supp. 474, 477 (N.D. Ohio 1982); *Seidel v. Chicago Savings and Loan Association*, 544 F.Supp. 508, 509 f. (N.D. Illinois 1982).

aufgeführt. Daneben enthalten auch die sec. 4(d), (e) und (i) Verbotsregelungen. Diese Vorschriften gelten jedoch für jede der genannten Gruppen gleichermaßen. Die in den genannten Vorschriften enthaltenen und im Folgenden näher dargestellten Verbote gelten in der Regel aber nicht absolut, sondern besteht die Form der Rechtfertigung aus den in 2.3.1. genannten Gründen.

### **2.3.5.1. Verbote für den Arbeitgeber**

Gemäß sec. 4(a)(1) ist es einem Arbeitgeber grundsätzlich verboten, die Einstellung einer Person aufgrund ihres Alters abzulehnen. Der Begriff der „Einstellung“ umfasst dabei nicht nur die Einstellungsentscheidung als solche. Bereits in Personalfragebögen, Bewerbungsformularen und im Rahmen von Vorstellungsgesprächen sollen diskriminierende Verhaltensweisen unterbunden werden. Insbesondere die Frage nach dem Alter oder dem Geburtsdatum ist nur dort erlaubt, wo sie für die Einstellungsentscheidung notwendig ist und ohne Diskriminierungsabsicht gestellt wird. Ob eine einzelne Frage oder Verhaltensweise tatsächlich diskriminierenden Charakter besitzt oder nicht, kann jedoch nicht isoliert, sondern jeweils nur aus dem Gesamtzusammenhang heraus beantwortet werden.

Ebenfalls sec. 4(a)(1) verbietet es den verpflichteten ArbeitgeberInnen, einen Arbeitnehmer wegen seines Alters zu kündigen oder ihn in sonstiger Weise aus diesem Grunde im Hinblick auf Entlohnung, Arbeitsbedingungen oder Beschäftigungsprivilegien zu diskriminieren. Daneben untersagt sec. 4(a)(2), ArbeitnehmerInnen ausschließlich aufgrund ihres Alters in einer Weise zu gruppieren oder sonst voneinander abzugrenzen, die geeignet ist, die Lage oder den Status dieser ArbeitnehmerInnen oder ihre Beschäftigungs- und Beförderungschancen negativ zu beeinflussen. Durch diese Regelung sollen auch bloß mittelbare, durch die Gruppierung bedingte oder auch nur ermöglichte Ungleichbehandlungen unterbunden werden.

Unter Entlohnung fallen in diesem Zusammenhang alle Aufwendungen des Arbeitgebers, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung für von ihm erbrachte Arbeit erhält. Dies sind in der Regel der Lohn im eigentlichen Sinne sowie sogenannte echte Leistungszulagen. Daneben werden von den Begriffen Arbeitsbedingungen und Beschäftigungsprivilegien grundsätzlich all die den Arbeitnehmer betreffenden Verhaltensweisen und Entscheidungen des Arbeitgebers erfasst, die nicht an die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung anknüpfen. Die im Gesetz enthaltene Formulierung „terms, conditions, or privileges of employment“ wird als Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers erachtet, eine insoweit umfassende Regelung zu schaffen. Unter die genannten Kategorien fallen daher zB auch die Regelung der Arbeitszeiten, des Urlaubs und der Überstunden, die Möglichkeiten der Beförderung, Weiterbildung und Weiterbeschäftigung, die Fragen der Arbeitsplatzsicherheit sowie sämtliche sonstigen Zulagen, Zusatzleistungen und Gratifikationen.

Im weiteren untersagt sec. 4(a)(3) eine Lohnsenkung, um den Vorschriften des ADEA zu genügen. Geschützt werden durch diese Regelung bemerkenswerterweise lediglich jüngere, in der Regel nicht dem Schutzbereich des ADEA unterliegende Arbeitnehmer. Denn um zur Anwendung des ADEA zu kommen, sind es notwendigerweise diese, die besser bezahlt werden als ihre älteren Kollegen.

Daneben verbietet sec. 4(d) die Diskriminierung eines Arbeitnehmers nur weil sich dieser zuvor gegen eine diskriminierende und nach dem ADEA verbotene Maßnahme zur Wehr gesetzt hat oder in sonstiger Weise an einem ADEA-Verfahren beteiligt war (sogenanntes „Retaliation-Verbot“). Dieses Verbot gilt, wie sich aus der Ausnahmenvorschrift in sec. 4(f) mittelbar ergibt, im Gegensatz zu den übrigen Verboten absolut.

Schließlich ist es einem Arbeitgeber auch grundsätzlich untersagt, Stellenausschreibungen zu veröffentlichen, aus denen sich eine wie auch immer geartete Bevorzugung jüngerer Stellenbewerber ergibt, sec. 4(e). Dieses Verbot greift nicht nur bei ausdrücklich genannten

Altersgrenzen, sondern auch dann, wenn sich solche nur mittelbar, zB aus Qualifikationsanforderungen ergeben, die in der Regel nur von einer bestimmten Altersgruppe erfüllt werden. Verboten ist daher die Verwendung von Qualifikationsbeschreibungen wie zB „college student“, „recent college graduate“ oder „accountant: new grad“. Eine Stellenausschreibung unterliegt jedoch immer einer Gesamtbetrachtung. Entscheidend ist der gesamte Kontext, nicht nur einzelne Schlagworte, die isoliert betrachtet diskriminierend wirken können.<sup>71</sup>

### **2.3.5.2. Verbote für Arbeitsvermittlungen**

Sec. 4(b) verbietet es Arbeitsvermittlungen grundsätzlich,:

- zu vermittelnde Arbeitskräfte aufgrund ihres Alters zu klassifizieren,
- den Nachweis offener Stellen vom Alter des einzelnen Bewerbers abhängig zu machen,
- die Vermittlung eines Arbeitssuchenden aufgrund seines Alters abzulehnen oder aus diesem Grunde zu unterlassen oder
- einzelne aufgrund ihres Alters in sonstiger Weise zu diskriminieren.

Ebenso gilt auch für Arbeitsvermittlungen das (absolute) „Retaliation-Verbot“ aus sec. 4(d) sowie sec. 4(e) bezüglich der Veröffentlichung von Stellenausschreibungen.

### **2.3.5.3. Verbote für Arbeitnehmerorganisationen**

Arbeitnehmerorganisationen ist es nach sec. 4(c)(1) grundsätzlich untersagt, die Aufnahme oder das Ausscheiden eines Mitglieds von dessen Alter abhängig zu machen oder es in sonstiger Weise aufgrund seines Alters zu diskriminieren. Daneben verbietet sec. 4(c)(2) die Begrenzung oder Klassifizierung der Mitgliedschaft, die geeignet ist, sich nachteilig auf die Beschäftigungsmöglichkeiten des Einzelnen auszuwirken. Verboten ist daneben auch eine am Alter des Bewerbers orientierte Beschränkung oder Verweigerung eines Stellennachweises. Wie für die Arbeitsvermittlungen gilt auch für Arbeitnehmerorganisationen das „Retaliation-Verbot“ aus sec. 4(d) sowie die Regelung betreffend Stellenanzeigen aus sec. 4(e).

### **2.3.5.4. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung – „disparate treatment“ und „disparate impact“**

Bei der Überprüfung angegriffener Verhaltensweisen hinsichtlich ihrer ADEA-Relevanz ist stets zu beachten, dass mit den vorgenannten Verbotsregelungen nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Diskriminierungen älterer ArbeitnehmerInnen verhindert werden sollen. Unter dem Begriff „unmittelbare Diskriminierung“ („disparate treatment“) werden die Fälle zusammengefasst, in denen der Arbeitgeber einen oder mehrere ArbeitnehmerInnen aufgrund deren Alters vorsätzlich („intentionally“) diskriminiert. Es handelt sich hierbei um die offensichtlichste Art der Altersdiskriminierung; sie stellt auch den Regelfall dar.<sup>72</sup>

Anders verhält es sich hingegen bei der sog. „disparate impact theory“. Darunter sind die Fallgestaltungen zu verstehen, bei denen sich die als ADEA-widrig gerügten Maßnahmen des Arbeitgebers an scheinbar „alters-neutralen“ Kriterien orientieren, im Ergebnis jedoch überwiegend Angehörige der vom ADEA geschützten Altersgruppe benachteiligen. Ein entsprechender Diskriminierungsvorsatz („intent“) des Arbeitgebers ist im Gegensatz zur „disparate treatment theory“ hier nicht erforderlich. Die besonders im Rahmen von „class

---

<sup>71</sup> *Hodgson v. Approved Personnel Service, Inc.*, 529 F.2d 760, 765 (4<sup>th</sup> Cir. 1975).

<sup>72</sup> Vgl. *Joseph E. Kalet*, Age Discrimination in Employment Law (1986) 59; *B. Schlei/P. Grossman*, Employment Discrimination Law<sup>2</sup> (1983) 497; *H. Eglit*, The Age Discrimination in Employment Act's Forgotten Affirmative Defense: The Reasonable Factors Other Than Age Exception: B.U.L.Rev. 66 (1986) 155-226 (166).

actions“ bedeutende Ausdehnung der Verbotsregelungen über die „disparate impact theory“ geht auf ein Urteil des Supreme Court zu Title VII zurück. In der Entscheidung *Griggs v. Duke Power Company* hatte das Gericht ausgeführt, dass das Ziel des „Civil Rights Act“ nicht nur die Verhinderung vorsätzlich diskriminierenden Verhaltens sei. Vielmehr gelte es, auch all diejenigen Maßnahmen und Verhaltensweisen zu unterbinden, die „nur“ im Ergebnis zu einer Diskriminierung geschützter Personen führten.<sup>73</sup> Diese Argumentation lässt sich ohne weiteres auf den ADEA übertragen, der - ebenfalls ergebnisorientiert - in dem Verbot diskriminierender Verhaltensweisen nicht das Finalziel, sondern nur ein Mittel zum Zweck sieht. Ebenso spricht der Umstand, dass die Verbotsregelungen des ADEA teilweise wörtlich aus Title VII übernommen wurden, für eine Übernahme der „disparate impact theory“ auch auf den ADEA. Die Gerichte haben sich auch, soweit diese Frage zur Klärung anstand, unisono für eine Anwendung der „disparate impact theory“ im Rahmen des ADEA ausgesprochen.<sup>74</sup> Dem folgen auch die EEOC<sup>75</sup> und weite Teile der Literatur.<sup>76</sup>

### 2.3.5.5. Erzwungene Arbeitnehmerkündigung („constructive discharge doctrine“)

Fast ausschließlich im Zusammenhang mit Kündigungen ergibt sich die Problematik, dass zwar der Arbeitnehmer gekündigt hat, diese Entscheidung im Grunde jedoch keine freiwillige war. In der Regel handelt es sich dabei um Situationen, in denen der Arbeitgeber Arbeitsbedingungen geschaffen hat, unter denen der Arbeitnehmer nicht mehr zu arbeiten bereit ist („constructive discharge“). Die Rechtsprechung verlangt vom Kläger lediglich den Nachweis, dass der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen vorsätzlich in einer Art und Weise gestaltet, d.h. verschlechtert hat, dass ein objektiver und vernünftiger Dritter dies zum Anlass einer Kündigung genommen hätte („reasonable person standard“).<sup>77</sup>

<sup>73</sup> *Griggs v. Duke Power Company*, 401 U.S. 424, 431 C., 91 S.Ct. 849, 28 L.Ed.2d 158 (1971). Vgl hierzu auch die eingehende Besprechung bei: A. Blumrosen, Strangers in Paradise: *Griggs v. Duke Power Co.* and the Concept of Employment Discrimination: Mich.L.Rev. 71 (1972) 59-110 (75-81 und 100-107).

<sup>74</sup> *Rose v. Wells Fargo & Company*, 902 F.2d 1417, 1421 und 1423 f. (9<sup>th</sup> Cir. 1990); *Lowe v. Commack Union Free School District*, 886 F.2d 1364, 1369 (2<sup>nd</sup> Cir. 1989); *Holt v. Gamewell Corporation*, 797 F.2d 36, 37 (1<sup>st</sup> Cir. 1986); *Monroe v. United Air Lines, Inc.*, 736 F.2d 394, 404 N3 (7<sup>th</sup> Cir. 1984), certiorari denied 470 U.S. 1004, 105 S.Ct.1356, 84 L.Ed.2d 378 (1985); *Leftwich v. Hanis-Stowe State College*, 702 F.2d 686, 690 (8<sup>th</sup> Cir. 1983); *Allison v. Western Union Telegraph Company*, 680 F.2d 1318, 1321 (11<sup>th</sup> Cir. 1982); *Geller v. Markham*, 635 F.2d 1027, 1032 (2<sup>nd</sup> Cir. 1980), certiorari denied 451 U.S. 945, 101 S.Ct. 2018, 68 L.Ed.2d 332 (1981); *Lusardi v. Xerox Corporation*, 118 F.R.D. 351, 361 f. (D.New Jersey 1987); *Woodfield v. Heckler*, 591 F.Supp. 1390, 1397 (E.D.Pennsylvania 1984).

<sup>75</sup> Vgl zB 29 C.F.R. § 1625.8(d) (1989).

<sup>76</sup> R. Boehmer, The Age Discrimination in Employment Act - Reductions in Force as America Grays: Am.Bus.LJ. 28 (1990) 379-453 (398); Ch. Sullivan/M. Zimmer, Proving A Violation Under The Age Discrimination In Employment Act Of 1967: Seton Hall L.Rev. 17 (1987) 803-856 (831-839), die sich eingehend mit den vereinzelt gegen die Anwendung der „disparate impact theory“ im Rahmen des ADEA vorgebrachten Bedenken auseinandersetzen; H. Eglit, The Age Discrimination in Employment Act's Forgotten Affirmative Defense: The Reasonable Factors Other Than Age Exception: B.U.L.Rev. 66 (1986) 155-226 (175-177) m.w.N.; M. Ziegler, Disparate Impact Analysis and the Age Discrimination in Employment Act: Minn.L.Rev. 68 (1984) 1038-1076 (1049-1065); M. Thomas, Mandatory Retirement and Impact Discrimination under the Age Discrimination in Employment Act: You'll get Yours when You're 70: Akron L.Rev. 17 (1983) 65-85 (80). A.A.: P. Krop, Age Discrimination and the Disparate Impact Doctrine: Stan.L.Rev. 34 (1982) 837-855 (842-854).

<sup>77</sup> *Mitchell v. Mobil Oil Corporation*, 896 F.2d 463, 467 (10<sup>th</sup> Cir. 1990); *Guthrie v. J.C.Penny Company, Inc.*, 803 F.2d 202,207 (5<sup>th</sup> Cir 1986); *Calhoun v. Acme Cleveland Corporation*, 798 F.2d 559, 561 (1<sup>st</sup> Cir. 1986); *Bishop v. District of Columbia*, 788 F.2d 781, 789 f. (D.C.Cir 1986); *Lewis v. Federal Prison Industries, Inc.*, 786 F.2d 1537, 1542 N.4 (11<sup>th</sup> Cir. 1986); *Williams v. Caterpillar Tractor Company*, 770 F.2d 47, 49 (6<sup>th</sup> Cir. 1985); *Martin v. Citibank, NA.*, 762 F.2d 212, 221 (2<sup>nd</sup> Cir. 1985) (Title VII); *Goss v. Exxon Office Systems Company*, 747 F.2d885, 888 (3<sup>rd</sup> Cir. 1984) (Title VII); *Satterwhite v. Smith*, 744F:2d 1380, 1381 (9<sup>th</sup> Cir. 1984) (Title VII). Siehe auch: S. Finnegan, Constructive Discharge under Title VII and the ADEA: U.Chi.L.Rev. 53 (1986) 561-580 (577-580) mwN.

### 2.3.6. Rechtsfolgen einer Verletzung des ADEA

Ist eine Verletzung des ADEA erwiesen, so stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge. Das Prinzip, welches der Bestimmung der Rechtsfolgen einer AD EA -Verletzung zugrunde liegt, ist ein der österreichischen/deutschen Schadenersatzformel entsprechendes Prinzip der Naturalrestitution bzw das Wiedergutmachungsprinzip (sog. *make whole standard*). Danach ist der Kläger in die Lage zu versetzen (in finanzieller und anderweitiger Hinsicht), in der er sich befände, wenn die Diskriminierung nicht geschehen wäre.<sup>78</sup> Die Anspruchsgrundlagen für die Wiedergutmachung sind die §§ 626(b) und (c)<sup>79</sup> für Klagen von Einzelpersonen gegen private und öffentliche Arbeitgeber (außer den USA). § 626(b), der auf die §§ 216 und 217 des Fair Labor Standards Act (FLSA)<sup>80</sup> verweist, stellt die Anspruchsgrundlage für Wiedergutmachungsbegehren der EEOC dar. Schließlich berechtigt § 633a zur Wiedergutmachung gegenüber den USA.<sup>81</sup>

Ebenso wie der Kläger die Beweislast für die Verletzung des ADEA trägt, obliegt es ihm auch zu beweisen, dass und in welcher Weise ihm ein - ideeller oder materieller - Schaden entstanden ist.<sup>82</sup> Gelingt ihm dies nicht, so bekommt er höchstens nominalen Schadenersatz.<sup>83</sup> Es steht weitgehend im Ermessen der Gerichte zu entscheiden, welche Art von Wiedergutmachung sie im zu entscheidenden Fall für angebracht halten.<sup>84</sup> Die Entschädigung kann in Geld oder anderweitig erfolgen. Als Wiedergutmachung in Geld kommen Entschädigung für entgangenen Lohn und entgangene Lohnnebenleistungen in Frage, verdoppelter Schadenersatz sowie Zinsen für die prinzipiell seit der diskriminierenden Maßnahme geschuldete Summe. Im Rahmen nicht monetärer Wiedergutmachung kann das Gericht Verfügungen erlassen, welche beispielsweise die Wiedereinstellung des entlassenen Arbeitnehmers anordnen, ebenso die erstmalige Einstellung eines diskriminierten Stellenbewerbers oder auch die Beförderung eines Arbeitnehmers, dem die Beförderung aus Altersgründen verweigert worden ist.

In den mit den Rechtsfolgen des ADEA befassten Urteilen sowie in der Literatur findet sich immer wieder die Unterscheidung zwischen Rechtsfolgen, die entweder legal oder equitable sind. Diese Unterscheidung hat ihren Ursprung in den Durchsetzungsvorschriften des FLSA<sup>85</sup>, die durch § 626(b) in den ADEA übernommen worden sind. Der hier relevante § 216 des FLSA bezeichnet entgangenen Lohn, pauschalierten Schadenersatz sowie Spesen als legal.

---

<sup>78</sup> *Rodriguez v. Taylor*, 569 F.2d 1231, 1238 (3<sup>rd</sup> Cir. 1977), certiorari denied, 436 U.S. 913 (1978); ebenso *Graefenhain v. Pabst Brewing Co.*, 870 F.2d 1198, 1212 (7<sup>th</sup> Cir. 1989); *Hansard v. Pepsi-Cola Metro Bottling Co.*, 865 F.2d 1461, 1469 (5<sup>th</sup> Cir. 1989), certiorari denied, 493 U.S. 842 (1989); *Castle v. Sangamo Weston, Inc.*, 837 F.2d 1550, 1561 (11<sup>th</sup> Cir. 1988); *Robb v. Chemetron Corp.*, 17 F.E.P. 1535, 1545 (S.D. Texas 1978); s.a. *Sandlin v. Corporate Interiors, Inc.*, 972 F.2d 1212, 1215 (10<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>79</sup> Die in § 626(b) und (c) vorhandene Redundanz ergibt sich aus folgenden Umständen: § 626(b) überträgt die Durchsetzungsmechanismen des Fair Labor Standards Act (29 U.S.C. §§ 200-219) auf den ADEA. Die Rechtsprechung unter dem Fair Labor Standards Act hatte sich allerdings dahingehend entwickelt, dass Kläger keine gerichtlichen Verfügungen begehren konnten. Um diese Rechtsprechung für den ADEA ausser Kraft zu setzen, wurde § 626(c) verabschiedet; vgl. *Neurnan v. Northwest Airlines, Inc.*, 28 F.E.P. 1488, 1491 (N.D. Illinois 1982).

<sup>80</sup> 29 U.S.C. §§ 200-219.

<sup>81</sup> Zu Klagen gegen die USA siehe *H. Eglit*, *The Age Discrimination in Employment Act's Forgotten Affirmative Defense: The Reasonable Factors Other Than Age Exception*: B.U.L.Rev. 66 (1986), § 8.68, 8-349 ff.

<sup>82</sup> *Gibson v. Mohawk Rubber Co.*, 695 F.2d 1093, 1100 n. 7 (8<sup>th</sup> Cir. 1982); *Meschino v. International Tel. & Tel. Co.*, 661 F. Supp. 254, 256 (S.D. New York 1987); *Wilson v. Monarch Paper Co.*, 939 F.2d 1138, 1147 (5<sup>th</sup> Cir. 1991) (die Entscheidung zitiert *Kolb v. Goldring, Inc.*, 694 F.2d 869, 873 (1<sup>st</sup> Cir. 1982), die ihrerseits die Entscheidung *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251, 264, 66 S. Ct. 574, 579 f. (1946) zitiert); *Grimes v. City of Fort Valley*, 773 F. Supp. 1536, 1539 (M.D. Georgia 1991).

<sup>83</sup> *Grimes v. City of Fort Valley, a.a.O.*

<sup>84</sup> Vgl S 626(b) Satz 4 („In any action brought to enforce this chapter the court shall have jurisdiction to grant such legal or equitable relief as may be appropriate to effectuate the purposes of this chapter.“).

<sup>85</sup> 29 U.S.C. §§ 200 – 219; die durch § 626(b) übernommenen Vorschriften sind § 216 (für Klagen von Einzelpersonen) und § 217 (für Klagen der EEOC).

Dagegen werden die Rechtsfolgen Wiedereinstellung und zukünftig entgangener Lohn als equitable eingestuft.

Ob eine Rechtsfolge als legal oder equitable qualifiziert wird, hat folgende Konsequenzen: Wenn eine Rechtsfolge legal ist, hat sie ein auf eine bestimmte Geldsumme lautendes Urteil zur Folge, das mittels der üblichen Verfahren vollstreckt werden kann. Eine equitable Rechtsfolge hingegen wird mittels einer gerichtlichen Verfügung ausgesprochen. Sie kann nicht direkt durchgesetzt werden; bei einem Verstoß kann das Gericht höchstens in einem contempt of court-Verfahren ein Bußgeld auferlegen.<sup>86</sup> Zweitens muss eine Rechtsfolge, wenn sie legal ist, zwingend angeordnet werden, sobald eine Verletzung des betreffenden Gesetzes feststeht.<sup>87</sup> Die Anordnung von equitable Rechtsfolgen steht dagegen im Ermessen des Gerichts. Schließlich wird die Höhe der zu zahlenden Summe bei legal Rechtsfolgen von der Jury bestimmt, über das Ob und Wie von equitable Rechtsfolgen dagegen entscheidet allein das Gericht.<sup>88</sup>

Steht eine Verletzung des ADEA fest, so hat der Kläger gemäß § 626(b) und (c) einen Anspruch auf Schadenersatz. Nach dem sogenannten „make whole standard“ ist er in die Lage zu versetzen, in der er sich befände, wenn die Diskriminierung nicht geschehen wäre. Die Wiedergutmachung kann durch die Zahlung einer Geldsumme oder auf andere Weise erfolgen. Diese Entschädigung wird regelmäßig in Fällen zugesprochen, in denen der Arbeitnehmer in Verletzung des ADEA entlassen, herabgestuft, nicht eingestellt oder nicht befördert worden ist.<sup>89</sup> Die Zahlung des entgangenen Verdienstes soll sowohl den dem Arbeitnehmer durch die Diskriminierung entstandenen Schaden ausgleichen als auch den Arbeitgeber für die Zukunft von Diskriminierungen abschrecken.<sup>90</sup> Die Frage, ob und in welcher Höhe dem Kläger Verdienste entgangen sind, wird von der Jury entschieden. Die von der Jury bestimmte Summe kann vom Berufungsgericht nur in Ausnahmefällen abgeändert werden.<sup>91</sup> Der entgangene Verdienst wird bei Kündigungen/Entlassungen ab dem Zeitpunkt der Beendigung berechnet. Bei StellenberwerberInnen ist dieser Zeitpunkt jener, wann ein jüngerer Arbeitnehmer diese Stelle erhält. Bei der Wahl des Endzeitpunktes haben die Gerichte eine gewisse Ermessensfreiheit zwischen dem Zeitpunkt des Beginns der Gerichtsverhandlung, der Urteilsverkündung oder bei (Wieder)Einstellungen dem Datum der (Wieder)Einstellung.<sup>92</sup> Bietet der Arbeitgeber eine angemessene Stelle an, so ist der Schadenersatz nur bis zu diesem Zeitpunkt zu bemessen. Die Schadenersatzsumme setzt sich

---

<sup>86</sup> Vgl. *Wirtz v. Jones*, 340 F.2d 901 (5<sup>th</sup> Cir. 1965) einerseits, *Dunlop v. Tulsa Building Supply, Inc.*, 22 Wage & Hour Cases (BNA) 737 (N.D. Oklahoma 1975) andererseits.

<sup>87</sup> *Lorillard v. Pons*, 434 U.S. 575, 98 S. Ct. 866 (1978); *Albermarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 95 S. Ct. 2362 (1975) (Title VII-Fall); *Player*, Employment Discrimination Law (1988) § 6.21, 552 f.

<sup>88</sup> Vgl. *Lorillard v. Pons* a.a.O..

<sup>89</sup> Vgl. zB *Fiedler v. Indianhead Truck Line, Inc.*, 670 F.2d 806 (8<sup>th</sup> Cir. 1982); *Syvock v. Milwaukee Boiler Manufacturing Co.*, 665 F.2d 149 (7<sup>th</sup> Cir. 1981); *Wehr v. Burroughs Corp.*, 619 F.2d 276 (3<sup>rd</sup> Cir. 1980); *Loeb v. Textron, Inc.*, 600 F.2d 1003 (1<sup>st</sup> Cir. 1979); *Rodriguez v. Taylor*, 569 F.2d 1231 (3<sup>rd</sup> Cir. 1977), certiorari denied, 436 U.S. 913 (1978); *Hodgson v. First Federal Savings & Loan Association*, 455 F.2d 818 (5<sup>th</sup> Cir. 1972).

<sup>90</sup> *Rodriguez v. Taylor*, 569 F.2d 1231, 1237 (3<sup>rd</sup> Cir. 1977), certiorari denied, 436 U.S. 913 (1978).

<sup>91</sup> Die von den Gerichten gebrauchten Formulierungen lassen Meinungsunterschiede bezüglich des Respekts erkennen, der den von der Jury festgesetzten Summen gezollt werden muss; das Berufungsgericht des 5. Bezirks ist der Ansicht, dass die Einschätzung der Jury mit beachtlichem Respekt behandelt werden muss („the jury's assessment is entitled to considerable deference“), *Ramirez v. Allright Parking El Paso, Inc.*, 970 F.2d 1372, 1378 (5<sup>th</sup> Cir. 1992); die Grenze ist erst dann überschritten, wenn „kein vernünftiger Mensch“ dem Kläger die Summe zugestehen würde („when the award exceeds the amount to which any reasonable man could feel the claimant is entitled“), a.a.O.; an anderer Stelle sagt das Gericht, die Entscheidung der Jury müsse unzweifelhaft falsch sein („clearly erroneous“), *Brunnemann v. Terra International, Inc.*, 975 F.2d 175, 178 ff. n. 5 (5<sup>th</sup> Cir. 1992); ein anderes Gericht schließlich will die Entscheidung der Jury erst dann abändern, wenn sie „das Gewissen schockiert“ („shock the conscience standard“), *Tyler v. Bethlehem Steel Corp.*, 958 F.2d 1176, 1189 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1992), certiorari denied, 113 S. Ct. 82 (1992); fest steht jedoch, dass die Gerichte große Zurückhaltung ausüben, unabhängig davon, wie die Formulierung im einzelnen ausfällt.

<sup>92</sup> Vgl. *A. Fenske*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht (1998) 217 f mwN.

aus sämtlichen Entgeltleistungen zusammen, die für diesen Zeitraum gebührt hätten, zB Lohn/Gehalt, Sonderzahlungen, Prämien für betriebliche Altersversorgung, für Versicherungen etc.

Daneben kann dem Kläger auch der zukünftig entgehende Verdienst ersetzt werden (*front pay*). Dieser Schadenersatz ist nachrangig gegenüber der Möglichkeit der Wiedereinstellung. Die Schwierigkeit besteht hier darin abzuschätzen, wie lange der Kläger noch beim Arbeitgeber beschäftigt gewesen wäre bzw innerhalb welcher Zeit ein entlassener Kläger bei redlichem Bemühen eine neue Anstellung gefunden hätte. Wegen der Gefahr der Spekulation wurde zukünftig entgehender Verdienst überwiegend nur dann zugesprochen, wenn abzusehen war, dass der Kläger ohnehin nur noch für eine kurze Zeit beim Arbeitgeber beschäftigt gewesen wäre.

Ist die Verletzung des ADEA als *willful* zu qualifizieren, so wird der für in der Vergangenheit entstandene Schäden zu leistende Ersatz verdoppelt (*liquidated damages*). Damit sollen nach Art und Höhe im einzelnen nicht bezifferbare Schäden ausgeglichen werden. Daneben stellt diese Schadenersatzart eine Sanktion für den Arbeitgeber dar. Die Rechtsprechung hat unzählige Formeln zur Auslegung des *willfulness-Kriteriums* entwickelt. Der Supreme Court hat sich für die *knowing or reckless disregard-Formel* ausgesprochen. Danach ist eine Diskriminierung *willful*, wenn der Arbeitgeber weiß, dass sein Verhalten durch den ADEA verboten ist, oder wenn er diese Frage in rücksichtsloser Weise außer Acht lässt. Dieser Ansatz liefert jedoch keine Differenzierungen für einen Großteil aller Diskriminierungen, nämlich für individuell getroffene Einzelmaßnahmen, bei denen der Arbeitgeber einen legitimen Grund als Vorwand vorschiebt. Es wird daher vorgeschlagen, *willfulness* nicht an den subjektiven Tatbestand zu knüpfen, sondern sie unter Verwendung von Regelbeispielen vom Vorliegen bestimmter, objektiver Umstände abhängig zu machen, welche die erhöhte Verwerflichkeit des Handelns reflektieren.

Ersatz der psychischen Schäden sowie Schadenersatz mit Strafcharakter kann nicht verlangt werden.

Im Rahmen der Vorteilsausgleichung werden solche Beträge abgezogen, welche der Kläger als Folge der Diskriminierung erhalten hat. Ausnahmen gelten für Zahlungen von unabhängigen Dritten, welche den Arbeitgeber nicht begünstigen wollten (*collateral source rule*). Trotz dieser klaren Regeln besteht beträchtliche Unsicherheit hinsichtlich der Abzugsfähigkeit von Rentenzahlungen sowie staatlicherseits gezahltem Arbeitslosengeld. Des weiteren mindert sich der Schadenersatz um solche Beträge, welche der Arbeitnehmer in Verletzung seiner Schadensminderungspflicht zu erwerben unterlassen hat. Aufgrund der Schadensminderungspflicht muss der Kläger versuchen, eine der früheren Stelle vergleichbare Anstellung zu finden.

Im Rahmen der nicht monetären Wiedergutmachung steht es im Ermessen des Gerichts, Verfügungen (*injunctions*) zu erlassen. Durch solche Verfügungen kann das Gericht anordnen, dass der Kläger auf eine Position gesetzt wird, welche der Arbeitgeber ihm in Verletzung des ADEA entzogen oder nicht gewährt hat. Die Naturalrestitution ist vorrangig gegenüber dem Schadenersatz in Geld. Ihre Ablehnung muss vom Gericht sorgfältig begründet werden. Daneben steht es dem Gericht frei, Verfügungen zu erlassen, welche über das unmittelbare Klagebegehren hinausgehen.

### **3. Resümee – Schlussfolgerungen der Rechtsvergleichung**

Die Gegenüberstellung der beiden Rechtsordnungen im Hinblick auf die Frage, ob und wie weitreichend ältere ArbeitnehmerInnen gegen Benachteiligungen aufgrund ihres (fortgeschrittenen) Alters geschützt sind, ergibt folgendes:

Deutlich schlechteren bis teilweise überhaupt keinen Schutz bietet das österreichische Recht bei der Einstellung, bei Maßnahmen im Arbeitsverhältnis sowie bei der Rechtsprechung zu Altersgrenzen.<sup>93</sup>

Der von der Judikatur<sup>94</sup> und Lehre<sup>95</sup> entwickelte arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz würde in diesem Bereich – mit Ausnahme der unter 2.1. dargestellten Spezialregelungen - den einzigen Schutz vor willkürlicher Behandlung durch den Arbeitgeber darstellen. Der Inhalt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht nach der ständigen Judikatur des OGH<sup>96</sup> darin, dass „der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz es dem Arbeitgeber verbietet, willkürlich und ohne sachliche Rechtfertigung einzelne Arbeitnehmer schlechter zu stellen als die übrigen Arbeitnehmer. Eine, wenngleich willkürliche, Bevorzugung einzelner Arbeitnehmer oder kleinerer Gruppen von Arbeitnehmern gegenüber der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer ist aber dem Arbeitgeber nicht verwehrt.“ Überblickt man die österreichische Judikatur hinsichtlich altersrelevanter Unterscheidungskriterien, so zeigt sich folgendes Bild<sup>97</sup>:

Danach sind folgende Differenzierungen zulässig

- in zeitlicher Hinsicht (Stichtagsregelungen);<sup>98</sup>
- wenn (bei Ausscheiden des Arbeitnehmers) ein Pensionsanspruch besteht;<sup>99</sup>
- nach der Dauer der Dienstzeit beim Arbeitgeber;<sup>100</sup>
- nach der Dauer der Verwendung in einer bestimmten Tätigkeit;<sup>101</sup>
- nach der längeren Erfahrung im Betrieb;<sup>102</sup>
- nach dem Zeitpunkt der Pensionierung;<sup>103</sup>
- zwischen aktiven ArbeitnehmerInnen und Pensionisten;<sup>104</sup>
- zwischen Alt- und Neupensionisten.<sup>105</sup>

Dies bestätigt – wie bereits einleitend zur Darstellung der österreichischen Rechtslage angedeutet wurde – das weitgehend fehlende Problembewusstsein hinsichtlich allfälliger Diskriminierungen aufgrund des Alters.

StellenbewerberInnen dürfen daher – und dies ist tagtäglich den Stellenanzeigen in den Tageszeitungen zu entnehmen - nach österreichischem Recht aus Altersgründen abgelehnt

---

<sup>93</sup> Auch das deutsche Recht kennt – vor dem Zeitpunkt der Umsetzung der RL 2000/78/EG keinen derartigen Schutz. Dazu vgl. *A. Fenske*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im US-amerikanischen Arbeitsrecht (1998) 336.

<sup>94</sup> Seit 1948 (OGH 29.1.1948, 4 Ob 19/47, unveröffentlicht), vgl. dazu *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 11 ff (12).

<sup>95</sup> Vgl. dazu insbesondere die grundlegende Arbeiten von *Binder*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, DRdA 1983, 156 ff; *Bydlinski*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Gutachten zum 1. ÖJT 1961, Bd I/1, 50 ff, 59 ff; *Eichinger*, Die Frau im Arbeitsrecht (1991) 64 ff; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I<sup>4</sup> (1998) 337 ff; *Mayer-Maly*, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer, DRdA 1980, 261 ff; *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 11 ff.

<sup>96</sup> Vgl. dazu insbesondere die Entscheidungen des OGH bis 1989 unter 1.2.1..

<sup>97</sup> Vgl. dazu auch *Strasser*, Betriebspension und Gleichbehandlung (1991) 33 ff mwN.

<sup>98</sup> Vgl. zB OGH 1962, Arb 7497; 1975, Arb 9427; 1977, Arb 9625; 1977, Arb 9579; 1983, Arb 10.241; 1983, Rdw 1984, 117; 1990, ARD 4246/26/91.

<sup>99</sup> Vgl. OGH 1962, Arb 7620.

<sup>100</sup> Vgl. OGH 1969, Arb 8595; 1976, Arb 9469.

<sup>101</sup> Vgl. OGH 1971, Arb 8933.

<sup>102</sup> Vgl. OGH 1976, Arb 9523.

<sup>103</sup> Vgl. OGH 1985, Arb 10.434.

<sup>104</sup> Vgl. OGH 1986, Arb 10.512; 1990, ARD 4246/26/91.

<sup>105</sup> Vgl. OGH 1955, EvBl 1955/177; 1990, ARD 4246/26/91.

werden. Altersgrenzen sind nach der Rechtsprechung des OGH zulässig, wenn der Arbeitnehmer durch Pensionsansprüche wirtschaftlich abgesichert ist. Bei grundsätzlich möglicher Pensionierung geht der Gesetzgeber nämlich davon aus, dass der Einkommensverlust, der durch die Pensionierung regelmäßig eintritt, zumutbar ist. Daher ist eine Kündigung, nach der ein Arbeitnehmer Anspruch auf eine gesetzliche Pension hat, im Normalfall nicht sozialwidrig. Lediglich „ältere“ Arbeitnehmer mit einem „höheren“ Lebensalter genießen einen etwas günstigeren allgemeinen Kündigungsschutz.

Ein konkretes Schutzalter wie das US-Recht ab 40 ist dem österreichischen Recht fremd. Sehr ähnlich sind die Voraussetzungen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes (Verbot der Geschlechterdiskriminierung)<sup>106</sup> mit denjenigen des amerikanischen Rechts.

#### **4. Reformüberlegungen und –vorschläge**

Da dem österreichischen Recht ein Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters weitgehend fremd ist, dies jedoch im Hinblick auf das in österreichisches Recht umzusetzende Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters in Artikel 1 iVm Artikel 2 Abs 1 der RL 2000/78/EG in Zukunft gemeinschaftsrechtlich nicht mehr zulässig ist, bieten sich – auch unter Beachtung einer Erhöhung der Erwerbsquote älterer ArbeitnehmerInnen – folgende Möglichkeiten an:

##### **4.1. Allgemeines Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters**

Der Rechtsvergleich hat gezeigt, dass das österreichische Recht gegenüber dem amerikanischen Recht deutliche Defizite im Schutz gegen Altersdiskriminierung am Arbeitsplatz aufweist. Es gilt, diese Defizite - zumindest in einem den Vorgaben der RL 2000/78/EG entsprechenden Maße - auszugleichen. Als Vorbilder für die Verbesserungsvorschläge sollen einerseits die Regelungen des amerikanischen Rechts herangezogen werden, andererseits diejenigen des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes<sup>107</sup>, welche die einzig durchsetzungsorientierten Diskriminierungsverbote des österreichischen Arbeitsrechts mit langjähriger praktischer Erfahrung durch die Gleichbehandlungskommission (seit 1979) darstellen. ME sollten dabei aber auch systematische Überlegungen nicht zu kurz kommen, da die Frage der Ein- bzw Zuordnung bestimmter Regelungen doch ein Indiz für die gesellschaftspolitische Bedeutung einer Regelung ist. Weiters sollten reformbedürftige bestehende Regelungen natürlich in ihrem bisherigen Gesetzesumfeld verbleiben. Für die Einordnung der durch die RL 2000/78/EG umzusetzenden Diskriminierungsverbote gibt es mehrere Überlegungen: Einordnung in das Gleichbehandlungsgesetz, in das AVRAG oder ein eigenständiges Gesetz. Ich plädiere aus folgenden Überlegungen weitgehend für die letzte Variante:

Das Gleichbehandlungsgesetz hat eine seit 1979 bestehende langjährige Tradition und stellt zudem großteils die österreichische Umsetzung folgender EU-Richtlinien dar:

- Richtlinie 75/117/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen vom 10.2.1975;<sup>108</sup>
- Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur

<sup>106</sup> Vgl *Smutny/Mayr*, Kommentar zum GIBG (2001) 191 ff mwN, 710 ff.

<sup>107</sup> Umfassend zum österreichischen Gleichbehandlungsgesetz und zum europäischen Gleichbehandlungsrecht vgl *Smutny/Mayr*, Kommentar zum GIBG (2001).

<sup>108</sup> ABI Nr L 45 vom 19.2.1975, 19.

Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9.2.1976,<sup>109</sup>

- Richtlinie 86/378/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim betrieblichen System der sozialen Sicherheit vom 24.7.1986<sup>110</sup>, geändert durch die Richtlinie 96/97/EG des Rates vom 20.12.1996.<sup>111</sup>

In Anbetracht der gesellschaftspolitischen Bedeutung der Gleichbehandlung der Geschlechter ist es mE nicht der richtige Weg, diese mE wichtigste Thematik bei den Diskriminierungsfragen mit den nun vorgegebenen Diskriminierungsverboten zu vermengen. Dies würde auch der besonderen Bedeutung dieser „neuen“ Diskriminierungsverbote nicht gerecht werden. ME ist es daher sinnvoll, das Diskriminierungsverbot wegen einer Behinderung in das bestehende Behinderteneinstellungsgesetz zu integrieren, wobei durchaus auf die legislative Umsetzungsweise des Gleichbehandlungsgesetzes zurückgegriffen werden sollte, jedoch auch die dort bereits bestehenden besonderen Gremien, zB den Behindertenausschuss, und deren Erfahrung zu nutzen, um sie glz als (sozialpartnerschaftlich besetzte) Kommission zur Beurteilung von Diskriminierungen zu verwenden. Die verbleibenden drei Diskriminierungsverbote, nämlich wegen der Religion oder der Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sollten – auch wegen mangelnder inhaltlicher Zuordenbarkeit zu anderen Themengesetzen – in einem eigenen Antidiskriminierungsgesetz zusammengefasst werden. Eine Umsetzung dieser Bestimmungen im AVRAG, wie es dzt häufig bei Umsetzungen von Gemeinschaftsrecht in österreichisches Recht passiert, ist mE abzulehnen, da es der gesellschaftspolitischen Bedeutung dieser Thematik nicht gerecht wird.

Derartige Regelungen könnten – vorbehaltlich des Einbaus der Diskriminierungsverbote wegen der Religion oder der Weltanschauung und der sexuellen Ausrichtung – wie folgt aussehen:

## **Antidiskriminierungsgesetz**

### **§ 1 Antidiskriminierungsgesetz**

#### **Geltungsbereich**

##### **§ 1**

Abs 1 Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten für Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf privatrechtlichem Vertrag beruhen.

Abs 2 Ausgenommen sind Arbeitsverhältnisse

1. der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter im Sinne des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287;
2. zu einem Land, einem Gemeindeverband oder einer Gemeinde;
3. zum Bund.

(3) Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten auch für Beschäftigungsverhältnisse, auf die das Heimarbeitsgesetz 1960, BGBl. Nr. 105/1961, anzuwenden ist.

(4) Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen (Arbeitnehmer, Stellenwerber, Arbeitgeber, Vorsitzender der Antidiskriminierungskommission etc) gilt die gewählte Form für beide Geschlechter.

### **§ 2 Antidiskriminierungsgesetz**

#### **Abs 1**

---

<sup>109</sup> AB1 Nr L 39 vom 14.2.1976, 40.

<sup>110</sup> AB1 Nr L 225 vom 12.8.1986, 40.

<sup>111</sup> AB1 Nr L 46 vom 17.2.1997, 20.

Auf Grund des Alters darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden.

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person wegen des Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines bestimmten Alters gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind objektiv und angemessen oder im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind angemessen und erforderlich.

Abs 2

Dieses Diskriminierungsverbot gilt insbesondere

1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses,
2. bei der Festsetzung des Entgelts,
3. bei der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen,
4. bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung auf betrieblicher Ebene,
5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen,
6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen und
7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Abs 3

Betriebliche Einstufungsregelungen und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung haben bei der Regelung der Entlohnungskriterien den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit oder für eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, zu beachten und dürfen keine Alterskriterien, die zu einer Diskriminierung führen, es sei denn durch diese Regelungen wird die Dauer der Betriebszugehörigkeit belohnt.

Abs 4

Die in Gesetzen, in Verordnungen, in Instrumenten der kollektiven Rechtsgestaltung oder in generellen mehrere Arbeitnehmerinnen umfassende Verfügungen des Arbeitgebers getroffenen vorübergehenden Sondermaßnahmen zur beruflichen Eingliederung jüngerer (bis 25) und älter (ab 50) Arbeitnehmer gelten nicht als Diskriminierung im Sinne dieses Gesetzes. Der Bund kann für besondere Aufwendungen, die Arbeitgebern bei der Durchführung vorübergehende Sondermaßnahmen entstehen, Förderungen gewähren.

### **§ 3 Antidiskriminierungsgesetz**

Abs 1

Ist das Arbeitsverhältnis wegen einer vom Arbeitgeber zu vertretenden Verletzung des Diskriminierungsverbotes des § 2 Abs 1 Z 1 nicht begründet worden, so ist der Arbeitgeber gegenüber dem Stellenwerber zum Schadenersatz im Ausmaß von mindestens drei Monatsentgelten verpflichtet.

Abs 2

Erhält ein Arbeitnehmer wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 2 Abs 1 Z 2 durch den Arbeitgeber für gleiche Arbeit oder für eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, ein geringeres Entgelt als ein anderer Arbeitnehmer, so hat er gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf Bezahlung der Differenz.

Abs 3

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 2 Abs 1 Z 3 hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Gewährung der betreffenden Sozialleistung.

Abs 4

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 2 Abs 1 Z 4 ist der Arbeitnehmer auf Verlangen in die entsprechenden betrieblichen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einzubeziehen.

Abs 5

Ist ein Arbeitnehmer wegen einer vom Arbeitgeber zu vertretenden Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 2 Abs 1 Z 5 nicht beruflich aufgestiegen, so ist der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer zum Schadenersatz verpflichtet. Der Ersatzanspruch beträgt mindestens die Entgeltdifferenz für sechs Monate zwischen dem Entgelt, das der Arbeitnehmer bei erfolgtem beruflichen Aufstieg erhalten hätte, und dem tatsächlich erhaltenen Entgelt.

Abs 6

Bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 2 Abs 1 Z 6 hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen wie ein anderer Arbeitnehmer.

Abs 7

Ist das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber wegen des Alters des Arbeitnehmers oder wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen nach diesem Gesetz gekündigt oder vorzeitig beendet worden, so kann die Kündigung oder Entlassung binnen 4 Wochen ab ihrem Zugang beim Gericht angefochten werden.

Abs 8

Ansprüche nach Abs 1 bis 6 sind binnen drei Jahren gerichtlich geltend zu machen. Die Frist zur Geltendmachung der Ansprüche nach Abs 1 oder 5 beginnt mit der Ablehnung der Bewerbung oder Beförderung.

Abs 9

Die Einbringung eines Antrages bei der Antidiskriminierungskommission zur Prüfung der Verletzung des Diskriminierungsverbotes bewirkt die Hemmung der Fristen zur gerichtlichen Geltendmachung.

Abs 10

Insoweit sich im Streitfall der Arbeitnehmer oder Stellenwerber auf einen Diskriminierungstatbestand im Sinne des § 2 Abs 2 beruft, hat er diesen glaubhaft zu machen. Der Antrag oder die Klage ist nur dann abzuweisen, wenn vom Arbeitgeber ein anderes Motiv für die unterschiedliche Behandlung nachgewiesen wird oder ein bestimmtes Alter unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist.

#### **§ 4 Antidiskriminierungsgesetz**

Die Richtlinien über die Vergabe von Förderungen des Bundes für Unternehmen haben Förderungen nur für Unternehmen vorzusehen, die das Antidiskriminierungsgesetz beachten.

#### **§ 5 Antidiskriminierungsgesetz**

##### **Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung**

Der Arbeitgeber darf einen Arbeitsplatz, weder öffentlich noch innerhalb des Betriebes (Unternehmens) altersabhängig ausschreiben oder durch Dritte ausschreiben lassen, es sei denn, ein bestimmtes Alter ist unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit. Die Ausschreibung darf auch keine zusätzlichen Anmerkungen enthalten, die auf ein bestimmtes Alter schließen lassen.

#### **§ 6 Antidiskriminierungsgesetz**

Abs 1

Beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ist eine Antidiskriminierungskommission einzurichten.

Abs 2

Die Kommission hat aus dem Vorsitzenden und vier weiteren Mitgliedern zu bestehen. Den Vorsitz hat der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen oder eine von ihm nach Anhörung der in Abs 3 Z 1 bis 4 genannten Interessenvertretungen betraute Person zu führen. Erforderlichenfalls ist in derselben Weise ein Stellvertreter zu bestellen. Fachliche Voraussetzungen für diese Tätigkeit ist die Absolvierung des rechtswissenschaftlichen Studiums sowie Erfahrung in Diskriminierungsfragen.

Abs 3

Der Kommission haben als weitere Mitglieder anzugehören:

1. ein Mitglied, welches von der Wirtschaftskammer Österreich entsendet wird;
2. ein Mitglied, welches von der Bundesarbeitskammer entsendet werden;
3. ein Mitglied, welches von der Vereinigung der Österreichischen Industrie entsendet wird;
4. ein Mitglied, welches vom Österreichischen Gewerkschaftsbund entsendet wird.

Abs 4

Bilden Förderungsrichtlinien oder Förderungsmaßnahmen (§ 4) eines Bundesministeriums den Gegenstand der Beratungen der Kommission, so hat dieser als weiteres Mitglied ein Vertreter des betreffenden Bundesministeriums anzugehören.

Abs 5

Für jedes der in Abs 3 genannten Mitglieder ist mindestens ein Ersatzmitglied zu entsenden bzw zu bestellen. Die Funktionsdauer der Mitglieder und deren Ersatzmitglieder beträgt vier Jahre. Wiederentsendung bzw Wiederbestellung sind zulässig. Bei Verzicht, Widerruf der Entsendung oder Bestellung, grober Verletzung oder Vernachlässigung der Pflichten sind die Mitglieder bzw Ersatzmitglieder vom Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen vor Ablauf der Funktionsdauer von ihrer Funktion zu entheben. Im Bedarfsfalle ist die Kommission durch Neuentsendungen bzw Neubestellungen für den Rest der Funktionsdauer zu ergänzen. Wird das Entsendungsrecht bzw das Bestellungsrecht nicht binnen zwei Monaten nach Aufforderung ausgeübt, so hat der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen die betreffenden Mitglieder bzw Ersatzmitglieder zu bestellen.

Abs 6

Die im Abs 3 genannten Mitglieder und deren Ersatzmitglieder haben vor Antritt ihrer Funktion dem Vorsitzenden die gewissenhafte und unparteiische Ausübung ihrer Tätigkeit zu geloben.

Abs 7

Die in Abs 3 genannten Interessenvertretungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollen zumindest je eine Frau und einen Mann als Mitglied entsenden, ebenso bei der Entsendung der Ersatzmitglieder.

## **§ 7 Antidiskriminierungsgesetz**

### **Anwaltschaft für Antidiskriminierungsfragen**

Abs 1

Der Anwalt für Antidiskriminierungsfragen und allenfalls ein Stellvertreter sind vom Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen nach Anhörung der in § 6 Abs 3 genannten Interessenvertretungen für unbestimmte Zeit auf Widerruf zu bestellen.

Abs 2

Der Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) ist zuständig für die Beratung und Unterstützung von Personen, die sich im Sinne dieses Gesetzes diskriminiert fühlen. Er kann zu diesem Zweck Sprechstunden und Sprechtage im gesamten Bundesgebiet abhalten.

Abs 3

Wenn es zur Verbesserung der Beratung und Unterstützung von Personen in Fragen der Gleichbehandlung im Sinne dieses Bundesgesetzes erforderlich ist, kann der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen in den Ländern Regionalbüros des Anwalts für Antidiskriminierungsfragen durch Verordnung einrichten und Regionalanwälte (allenfalls

Stellvertreter) zu Leitern der Regionalbüros bestellen. In der Verordnung ist der jeweilige örtliche Wirkungsbereich der Regionalbüros festzulegen. Im Rahmen dieses Wirkungsbereiches kann der Regionalanwalt (Stellvertreter) zum Zweck der Erfüllung der Aufgaben Sprechstunden und Sprechtage abhalten.

Abs 4

Der Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) kann, falls erforderlich, auf Grund einer behaupteten Verletzung des Diskriminierungsverbotes den Arbeitgeber zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme auffordern. Er kann auch weitere Auskünfte vom Arbeitgeber, vom Betriebsrat oder von den Beschäftigten des betroffenen Betriebes einholen. Diese sind verpflichtet, dem Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Abs 5

Die Regionalbüros gemäß Abs 3 haben folgenden sachlichen Wirkungsbereich:

1. die Beratung und Unterstützung von Personen, die sich im Sinne dieses Gesetzes diskriminiert fühlen;
2. die Einholung von schriftlichen Stellungnahmen und weiteren Auskünften gemäß Abs 4, wobei die Auskunftspflicht auch gegenüber dem Regionalanwalt (Stellvertreter) besteht;
3. die Durchführung von Ermittlungstätigkeiten gemäß Abs 7 im Auftrag der Antidiskriminierungskommission;
4. die Antragstellung an die Bezirksverwaltungsbehörden gemäß § 16;
5. die Mitwirkung an der Erstellung der Berichte an den Nationalrat gemäß § 14.

Abs 6

Wenn der Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) die Nichteinhaltung des Gleichbehandlungsgebotes vermutet, so kann er im Auftrag eines diskriminierten Arbeitnehmers ein Verfahren bei der Antidiskriminierungskommission einleiten. Die Kommission hat sich mit einem vom Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) vorgelegten Fall in ihrer nächsten Sitzung, jedoch spätestens innerhalb eines Monats, zu befassen.

Abs 7

Die Kommission kann den Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) mit der Durchführung der Ermittlungstätigkeit beauftragen. Der Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) kann im Auftrag der Kommission die betrieblichen Räume betreten und in die Unterlagen der Betriebe Einsicht nehmen. Auf Verlangen sind ihm Abschriften oder Ablichtungen dieser Unterlagen oder Auszüge davon zur Verfügung zu stellen. Der Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) hat bei seiner Ermittlungstätigkeit den Betriebsrat zur Mitwirkung heranzuziehen. Vor Besichtigung eines der bergbehördlichen Aufsicht unterstehenden Betriebes ist der Bergbauberechtigte so rechtzeitig zu verständigen, dass dieser oder eine von ihm namhaft gemachte Person an der Besichtigung teilnehmen kann.

Abs 8

Der Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) und die Regionalanwälte (Stellvertreter) - diese jedoch nur in den ihren Wirkungsbereich betreffenden Angelegenheiten – sind berechtigt, an den Sitzungen der Antidiskriminierungskommission teilzunehmen. Ihnen ist auf Verlangen das Wort zu erteilen.

## **§ 8 Antidiskriminierungsgesetz**

Die Kommission hat sich mit allen die Diskriminierung (§ 2) berührenden Fragen und mit Verstößen gegen die Beachtung des Diskriminierungsverbotes regelnde Förderungsrichtlinien zu befassen.

## **§ 9 Antidiskriminierungsgesetz**

Abs 1

Auf Antrag einer der in § 6 Abs 3 genannten Interessenvertretungen, des beauftragten Anwalts für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) (§ 7), eines Arbeitnehmers, eines Arbeitgebers, eines von einem Arbeitnehmer beauftragten Betriebsrates oder von Amts wegen hat die Kommission zu prüfen, ob eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes vorliegt und eine Entscheidung darüber sowie über deren Rechtsfolgen zu treffen.

Abs 2

Soweit es den Zuspruch finanzieller Ansprüche betrifft, besteht für die Kommission eine Grenze von maximal 30.000€.

Abs 3

Gegen die Entscheidung der Antidiskriminierungskommission können die davon betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber binnen vier Wochen Klage beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht erheben. Die Entscheidung der Antidiskriminierungskommission tritt damit außer Kraft.

Abs 4

In Fragen der Regelungen der kollektiven Rechtsgestaltung, ist auf Antrag einer der in § 6 Abs 3 genannten Interessenvertretungen oder des Anwalts für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) von der Kommission ein Gutachten zu erstellen, wobei zur Vorbereitung ihrer Beschlussfassung den Beratungen Vertreter der jeweiligen Kollektivvertragsparteien beizuziehen sind.

Abs 5

Gutachten der Kommission sind nach den Bestimmungen des Verlautbarungsgesetzes 1985, BGBl Nr 201/1985, zu verlautbaren.

## **§ 10 Antidiskriminierungsgesetz**

### **Verpflichtung zur Berichtslegung**

Abs 1

Ergibt sich auf Grund einer Mitteilung eines Antragsberechtigten gemäß § 9 Abs 1, in der die behaupteten Umstände glaubhaft zu machen sind, die Vermutung der Nichteinhaltung des Diskriminierungsverbotes, so hat der Arbeitgeber der Kommission auf Verlangen einen schriftlichen Bericht zu erstatten. Dieser hat für die von der Vermutung betroffenen Betriebsbereiche unter Bedachtnahme auf die vermutete Nichteinhaltung des Diskriminierungsverbotes durch zahlenmäßige Aufgliederung einen Vergleich der Beschäftigungsbedingungen, der Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, der Aufstiegsmöglichkeiten sowie der Beschäftigungsdauer und der Art der Beendigung der Arbeitsverhältnisse von unterschiedlichen Altersgruppen der Arbeitnehmer im Betrieb zu ermöglichen. Erforderlichenfalls hat der Bericht auch Aufschluss zu geben über den Zusammenhang zwischen den Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen und den Aufstiegsmöglichkeiten.

Abs 2

Ein solcher Bericht kann im Falle einer von der Kommission festgestellten Verletzung des Diskriminierungsverbotes für ein oder mehrere Folgejahre verlangt werden.

Abs 3

Die Gleichbehandlungskommission kann auf Grund der Berichte Gutachten über die Erfüllung des Diskriminierungsverbotes im Betrieb erstellen.

Abs 4

Kommt der Arbeitgeber der Verpflichtung nach Abs 1 und 2 nicht nach, so hat die Kommission diesen Umstand nach den Bestimmungen des Verlautbarungsgesetzes 1985, BGBl Nr 201/1985, zu verlautbaren.

## **§ 11 Antidiskriminierungsgesetz**

## **Geschäftsführung der Kommission**

### **Abs 1**

Der Vorsitzende (§ 6 Abs 2) hat die Kommission nach Bedarf, bei Vorliegen von Anträgen mindestens einmal monatlich einzuberufen. Eine Einberufung der Kommission hat auch dann zu erfolgen, wenn dies mehr als ein Drittel der Mitglieder oder der Anwalt für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) verlangt.

### **Abs 2**

Die Mitglieder (Ersatzmitglieder) sind rechtzeitig und nachweislich unter Bekanntgabe der Tagesordnung zu laden.

### **Abs 3**

Die Kommission ist beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder (Ersatzmitglieder) anwesend ist. Für Beschlüsse der Kommission ist die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Bei Stimmgleichheit gilt die Meinung als angenommen, für die der Vorsitzende gestimmt hat.

### **Abs 4**

Die Sitzungen der Kommission sind vertraulich und nicht öffentlich. Der Vorsitzende kann den Sitzungen der Kommission auch sonstige Fachleute mit beratender Stimme beiziehen. Dem Verlangen von mehr als einem Drittel der Mitglieder oder des Anwalts für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter) nach Beiziehung bestimmter Fachleute hat der Vorsitzende zu entsprechen.

### **Abs 5**

Die Führung der laufenden Geschäfte, die Vorbereitung der Sitzungen und die Besorgung der Kanzleigeschäfte der Kommission kann unter der Leitung des Vorsitzenden einem, falls erforderlich, mehreren Bediensteten aus dem Personalstand des Bundesministeriums für soziale Sicherheit und Generationen übertragen werden.

### **Abs 6**

Auf das Verfahren der Kommission – mit Ausnahme des § 9 Abs 4 - finden die Bestimmungen der ZPO und des ASGG sinngemäß Anwendung.

### **Abs 7**

Personen, die der Ladung zur Auskunftserteilung vor der Kommission nachkommen, haben auf Antrag Anspruch auf Ersatz der notwendigen Kosten, die durch die Reise an den Ort der Befragung, durch den Aufenthalt an diesem Ort und durch die Rückreise verursacht werden. Die Höhe des Kostenersatzes bestimmt sich nach den für Zeugen geltenden Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes 1975. Die Geltendmachung des Kostenersatzes ist von Gebühren und Bundesverwaltungsabgaben befreit.

## **§ 12 Antidiskriminierungsgesetz**

Die Geschäftsführung der Kommission ist durch Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen näher zu regeln.

## **§ 13 Antidiskriminierungsgesetz**

### **Rechtsstellung der Mitglieder (Ersatzmitglieder) der Kommission**

#### **Abs 1**

Die Mitglieder (Ersatzmitglieder) der Kommission mit Ausnahme des Vorsitzenden und seines allfälligen Stellvertreters haben ihre Tätigkeit ehrenamtlich auszuüben. Sie haben Anspruch auf Ersatz der notwendigen Reise- und Aufenthaltskosten; gleiches gilt für die Vertreter der Kollektivvertragsparteien und für die sonstigen Fachleute (§ 9 Abs 4) mit Ausnahme jener Fachleute, die schriftliche Fachgutachten im Auftrag der Kommission erstellen.

#### **Abs 2**

(Verfassungsbestimmung) Der Vorsitzende und allenfalls sein Stellvertreter sind in Ausübung ihrer Tätigkeit selbstständig und unabhängig. Dem Vorsitzenden und allenfalls dessen Stellvertreter stehen unter Fortzahlung seiner Dienstbezüge die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendige freie Zeit zu; die Inanspruchnahme ist dem Arbeitgeber mitzuteilen. Der Bund hat dem Arbeitgeber sämtliche daraus resultierenden Kosten zu ersetzen.

Abs 3

(Verfassungsbestimmung) Der Arbeitgeber darf den Vorsitzenden und allenfalls seinen Stellvertreter in der Ausübung seiner Tätigkeit nicht beschränken und ihn aus diesem Grund auch nicht benachteiligen. Aus dieser Tätigkeit darf ihnen kein Nachteil erwachsen. Soweit es die dienstlichen Erfordernisse gestatten, hat der Arbeitgeber dem Vorsitzenden und seinem Stellvertreter die Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen auf den Gebieten des Gleichbehandlungsrechts zu ermöglichen.

Abs 4

Die Arbeitgeber und alle Beschäftigten der betroffenen Betriebe sind verpflichtet, der Kommission die für die Durchführung ihrer Aufgaben erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Abs 5

Die Mitglieder (Ersatzmitglieder) der Kommission sind verpflichtet, über alle ihnen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit bekanntgewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Verschwiegenheit zu bewahren; dies gilt sinngemäß auch für die Vertreter der Kollektivvertragsparteien und für die sonstigen Fachleute.

## **§ 14 Antidiskriminierungsgesetz**

### **Berichte an den Nationalrat**

Der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen hat dem Nationalrat jährlich einen Bericht über die Vollziehung des Antidiskriminierungsgesetzes vorzulegen. Dieser Bericht hat insbesondere Angaben über die Tätigkeit und Wahrnehmungen des Anwalts für Antidiskriminierungsfragen (Stellvertreter), die Verfahren vor der Kommission und die sonstige Tätigkeit der Kommission zu enthalten.

## **§ 15 Antidiskriminierungsgesetz**

### **Auflegen des Gesetzes**

Jeder Arbeitgeber hat einen Abdruck dieses Bundesgesetzes im Betrieb an geeigneter für die Arbeitnehmer leicht zugänglicher Stelle aufzulegen.

## **§ 16 Antidiskriminierungsgesetz**

### **Strafbestimmungen**

Wer als privater Arbeitsvermittler gemäß den §§ 17 ff Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl Nr 31/1969, in der jeweils geltenden Fassung, oder als mit der Arbeitsvermittlung betraute juristische Person öffentlichen Rechts entgegen der Bestimmung des § 5 einen Arbeitsplatz altersabhängig ausschreibt, ist auf Antrag eines Stellenwerbers oder des Anwalts für Antidiskriminierungsfragen von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 500 Euro zu bestrafen.

### **Anmerkungen**

Dieser Gesetzesvorschlag orientiert sich grundsätzlich am bestehenden Gleichbehandlungsgesetz, um einerseits keine zusätzliche Rechtsunsicherheit zu erzeugen und andererseits die dort gewonnenen Erfahrungen zu nutzen, ohne jedoch dessen Schwachpunkte<sup>112</sup> zu übernehmen. Das bewährte System Kommission – Anwaltschaft wurde beibehalten, wobei der Anwaltschaft primär Beratungs- und Rechtsvertretungsaufgaben vor

---

<sup>112</sup> Vgl dazu an zahlreichen Stellen *Smutny/Mayr*, Kommentar zum GIBG (2001).

der Kommission zukommen. Da Schadenersatzobergrenzen schon bisher gemeinschaftsrechtlich normalerweise unzulässig sind – und daher § 2a Abs 1, 1a, 5, 5a GIBG seit Jahren gegen EU-Recht verstoßen<sup>113</sup> – wurden diese weggelassen. Um jedoch einen wirksamen Diskriminierungsschutz zu gewährleisten, wurden jedoch Mindestgrenzen für Schadenersatz eingefügt. Bei der Diskriminierung im Zuge einer Bewerbung wurde die bisherige Entscheidung des Gesetzgebers für Schadenersatz statt eines Anspruchs auf Einstellung beibehalten, da bei einer erzwungenen Einstellung wohl weder dem Arbeitnehmer noch dem Arbeitgeber gedient sein wird. Hinsichtlich der Rechtfertigungsmöglichkeiten wurde das System des Gleichbehandlungsgesetzes übernommen, wobei im Hinblick auf die verpflichtende richtlinienkonforme Interpretation beim Alter Art 6 RL 2000/78/EG zu beachten ist. Insbesondere sind dann Differenzierungen aus anderen als altersbedingten Gründen, zB Qualität der Arbeitsleistung etc, und bei Tätigkeiten, bei denen das Alter eine unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit darstellt, zB bei bestimmten Schauspiel- oder Gesangsrollen, Fotomodellen sowie Mannequins, zulässig. Für jüngere (bis 25) und ältere (ab 50) Arbeitnehmer sollen besondere Förderungsmöglichkeiten möglich sein, ohne unter das Diskriminierungsverbot zu fallen. Die Beweislastregelung zulasten des Arbeitgebers ist nicht nur sinnvoll, sondern auch durch Art 10 RL 2000/78/EG verpflichtend vorgegeben. Um die Entscheidungsfindung zu erleichtern, wurde die Kommission – unter Beibehaltung sämtlicher Mitglieder der Sozialpartner – verkleinert. Die Position des Vorsitzenden soll hinkünftig offen ausgeschrieben werden, um hier zu einer objektiven Vergabe an die bestqualifizierte Person zu gelangen. Von großer Bedeutung für die praktische Wirksamkeit der Kommission ist die erstmals in Österreich vorgesehene Entscheidungskompetenz für Ansprüche bis maximal 30.000€. Dies entspricht zum Teil der Funktion der US-EEOC und dem irischen Recht<sup>114</sup>, wonach der Equality Officer, ein speziell geschulter, nichtjuristischer Beamter, bis zu 104 Wochenlöhne zusprechen kann. Dies hat den Vorteil, dass die primär fachlich besonders kompetente Stelle unter Beachtung der von den Sozialpartnern allenfalls einzubringenden Besonderheiten auch inhaltlich entscheiden kann. Bei der dzt Gleichbehandlungskommission aufgrund des Geschlechts dürfen trotz höchster Fachkompetenz nur unverbindliche Gutachten erstellt werden, während die Entscheidungskompetenz den meist in diesem Fachbereich kaum geschulten Arbeits- und Sozialgerichten zukommt. Daher soll/muss hier ein neuer Weg beschritten werden. Um die Rechtsstaatlichkeit zu wahren, ist neben der Anwendung der ZPO bzw des ASGG auf das Kommissionsverfahren eine finanzielle Grenze eingezogen und eine sukzessive Zuständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichte vorgesehen. In Irland werden ca 75% der Entscheidungen der Equality Officer von den Gerichten bestätigt, weshalb diese Lösung gewählt werden sollte. Die gewählte Strafhöhe ist zwar leicht höher als in § 10d GIBG dzt vorgesehen, entspricht aber dem offensichtlich effizienteren sec. 631 des US-ADEA, welcher für den Wiederholungsfall sogar eine Haftstrafe bis zu 1 Jahr vorsehen würde. Der Einbau der sonstigen noch umzusetzenden Diskriminierungsverbote wegen der Religion oder der Weltanschauung und der sexuellen Ausrichtung in das vorliegende Antidiskriminierungsgesetz ist problemlos möglich.

#### **4.2. Verbesserungsbedarf beim allgemeinen Kündigungsschutz**

Wie die in Punkt 1 dieser Studie dargestellten Statistiken belegen, nehmen die Probleme auf dem Arbeitsmarkt mit steigendem Lebensalter überproportional zu.<sup>115</sup> Um dem vielfach

---

<sup>113</sup> Vgl *Smutny/Mayr*, Kommentar zum GIBG (2001) 223 ff mwN.

<sup>114</sup> Vgl zum irischen Recht <http://www.odei.ie/EmploymentEquality/EEA-Guidelines.HTM>

<sup>115</sup> Vgl dazu auch *Schönbauer*, Ältere am Arbeitsmarkt, Studie der AK-Wien (1998).

kostenbedingten Abbau von älteren ArbeitnehmerInnen entgegenzuwirken<sup>116</sup>, ist es mE erforderlich, den allgemeinen „Kündigungsschutz“ für diese benachteiligte ArbeitnehmerInnengruppe ein wenig zu verbessern, damit überhaupt von einem gewissen Kündigungsschutz gesprochen werden kann. Aus meiner Praxis von mehr als 100 gerichtlichen Kündigungsanfechtungen habe ich die Erfahrung gewonnen, dass die Bestimmung des § 105 ArbVG in den seltensten Fällen zum erwünschten Ergebnis, nämlich der Weiterbeschäftigung, führt. Die Gründe hierfür wurden bereits unter 2.1.7. dargestellt. Eine der Ursachen dafür ist die in Österreich grundsätzliche Möglichkeit der grundlosen Kündigung, wie sie innerhalb der EU nur noch in Belgien und Griechenland möglich ist.<sup>117</sup> Als Argument von ArbeitgeberInnenseite hierfür wird immer wieder vorgebracht, dass sonst die Einstellpraxis restriktiver würde. Dessen ungeachtet ist es aber nicht einzusehen, warum zumindest nicht langjährig Beschäftigte ein Anrecht auf eine Begründung ihrer Kündigung haben sollen. Nicht unproblematisch ist es jedoch, eine Altersgrenze hierfür festzulegen. Würde man nämlich die dafür naheliegende Jahreszahl 50 nehmen, womit das kritische Alter am Arbeitsmarkt üblicherweise beginnt, so ist in der Praxis mE damit zu rechnen, dass durch eine solche Regelung ein hoher Kündigungsanreiz für ArbeitgeberInnen mit dem Alter von 49 geschaffen würde. Die Lösung nimmt mE Sec. 631 des US-ADEA vorweg, welcher einen erhöhten Schutz ab 40 vorsieht. Dies hat zwei Vorteile, nämlich dass einerseits mit 40 noch kaum jemand Probleme auf dem Arbeitsmarkt hat und trotz eines möglichen Handicaps eines verbesserten Kündigungsschutzes ab 40 einen Arbeitsplatz bekommt und andererseits damit zu dem Zeitpunkt, wo die altersbedingten Arbeitsmarktprobleme beginnen, nämlich mit 50, sich schon in der geschützten Gruppe befindet. Andererseits werden ArbeitgeberInnen dadurch nicht übermäßig belastet, da für unter 40-jährige das bestehende System gänzlich unverändert bleibt und für ab 40-jährige das System wie folgt nur leicht modifiziert werden soll:

### **§ 105a ArbVG**

Für Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung das 40. Lebensalter vollendet haben, gilt § 105 ArbVG mit folgenden Abweichungen:

Abs 1

Der Arbeitgeber hat in der schriftlichen Kündigung taxativ alle Gründe für die Kündigung des Arbeitnehmers anzuführen.

Abs 2

Die Anfechtung der Kündigung hat binnen vier Wochen nach Ausspruch der Kündigung zu erfolgen.

Abs 3

Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist dieser während der Kündigungsanfechtung bis zu deren rechtskräftigem Abschluss bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, es sei denn, dass auf Antrag des Arbeitgebers das Gericht ihn von dieser Verpflichtung aus folgenden Gründen entbindet:

1. Die Klage des Arbeitnehmers bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg oder erscheint mutwillig.
2. Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers führt zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers.

### **Anmerkung**

Wie bereits oa wurde, besteht die Begründungspflicht einer Kündigung in 12 der 15 EU-Mitgliedstaaten, sodass hier generell Handlungsbedarf besteht. Mit dieser tw Anpassung könnte aber zumindest der Kündigungsschutz für ältere ArbeitnehmerInnen verbessert werden, ohne zusätzlich – wegen eines verspäteten Erlangens des Kündigungsschutzes –

---

<sup>116</sup> Vgl dazu auch *Schönbauer*, Ältere am Arbeitsmarkt, Studie der AK-Wien (1998) 77 f.

<sup>117</sup> Vgl *Mayr/Mozet*, Der Kündigungsschutz in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (1996).

einen Kündigungsanreiz für ArbeitgeberInnen zu schaffen. Dieser altersbedingte unterschiedliche Kündigungsschutz ist gemäß Art 7 Abs 1 RL 2000/78/EG zulässig, da er dazu dient, altersbedingte Benachteiligungen auszugleichen.

Die Frist von vier Wochen dient dazu, dass ArbeitnehmerInnen nicht überhastet Kündigungen anfechten müssen, sondern sich vorher eingehend beraten zu lassen. Die dzt Frist von einer Woche ist im EU-Vergleich extrem kurz und liegt Österreich damit gemeinsam mit Dänemark auf dem letzten Platz.<sup>118</sup> International üblich sind Fristen von mehreren Monaten, sodass die hier vorgeschlagene Frist von vier Wochen keine besondere Belastung darstellen kann. Wie bereits unter 2.1.7. angedeutet wurde, ist die fehlende Weiterbeschäftigung während einer Anfechtung ein großes Problem, da nach mehrmonatiger oder –jähriger Arbeitspause ein Wiedereinstieg praktisch unmöglich ist. Daher wird hier die Idee des dt § 102 Abs 5 Betriebsverfassungsgesetz als passende Lösung vorgeschlagen. Arbeitgeber werden durch die mögliche Antragstellung geschützt, zu starken Belastungen ausgesetzt zu werden. Will man den allgemeinen Kündigungsschutz tatsächlich allen ArbeitnehmerInnen zugute kommen lassen, müsste auch die Einstiegsvoraussetzung des Nachweises der Sozialwidrigkeit beseitigt werden.

### **4.3. Sonstige Überlegungen**

Die Arbeitslosigkeit von älteren ArbeitnehmerInnen geht meist Hand in Hand mit dem Wunsch nach frühest möglichem Pensionsantritt. Es erscheint daher mE noch folgendes überlegenswert:

#### **4.3.1. Ausbau der Altersteilzeit**

Zusätzlich zu den oa Maßnahmen soll das bisherige Modell der Altersteilzeit weiter forciert werden, um die Altersarbeitslosigkeit zu reduzieren und glz das faktische Pensionsantrittsalter zu erhöhen. Das Blocksystem bei der Altersteilzeit, dh zuerst Vollzeit weiterarbeiten und anschließend eine Freizeitphase, ist bei ArbeitnehmerInnen sehr beliebt. Dies führt dazu, dass sie wie bisher faktisch mit Ende Fünfzig in „Pension“ gehen können, da sie ja in der Freizeitphase nicht mehr arbeiten müssen. Da während dieser Zeit das Arbeitsverhältnis noch aufrecht ist, führt dies zu einer Verschiebung des tatsächlichen Pensionsantrittes. Dies führt zumindest für den Zeitraum des verschobenen Pensionsantrittes zu massiven Einsparungen bei der Pensionsversicherung im Verhältnis zu einer weniger hohen Belastung der Arbeitslosenversicherung. Das dzt Problem ist, dass die Altersteilzeitregelung bei Männern mit 55 oft zu spät greift, da sie nicht mehr in Beschäftigung stehen. Zudem ist die unterschiedliche Altersgrenze zwischen Frauen und Männern in § 27 Abs 2 AIVG wegen Art 4 RL 79/7/EWG EU-rechtlich bedenklich, sodass eine einheitliche Altersgrenze normiert werden muss. Es sollte daher mE eine einheitliche Altersgrenze von ca 52 – 53 Jahren gefunden werden und dann die Altersteilzeit auf 10 Jahre ausgedehnt werden. ME müsste sich dies bei gemeinsamer Betrachtung von Arbeitslosen- und Pensionsversicherung durchaus volkswirtschaftlich rechnen. Notfalls müsste man bei höheren Einkommen eine geringe Korrektur des Lohnausgleichs, etwa auf das dt Niveau, durchführen.

#### **4.3.2. Lebensarbeitszeitkonto**

Auf Wunsch des Arbeitnehmers könnten auch sämtliche oder Teile der während des gesamten Arbeitslebens geleisteten Mehrarbeits- und/oder Überstunden auf einem derartigen Konto angespart werden, um diese angesparten Stunden vor Inanspruchnahme einer Alterspension

---

<sup>118</sup> Vgl *Mayr/Mozet*, Der Kündigungsschutz in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (1996).

zu konsumieren. Ein derartiges Modell besteht bei VW-Deutschland sehr erfolgreich schon seit Jahren.

Lediglich für den Fall des Arbeitgeberwechsels müsste eine Auslagerung dieses Kontos vorgesehen werden. Hiefür kämen sowohl die Krankenversicherungsträger aber auch die betrieblichen Mitarbeitervorsorgekassen in Betracht.

## **5. Zusammenfassung**

### **5.1. Ausgangslage in Österreich und USA**

Derzeit ist ein Fünftel der in Österreich lebenden Bevölkerung über 60 Jahre alt (21 Prozent), darunter etwas über sieben Prozent über 75-Jährige. Bis zum Jahr 2030 wird der Anteil der älteren Menschen in Österreich auf gut ein Drittel steigen (35 Prozent), darunter fast 15 Prozent über 75-Jährige.

10,1% aller arbeitslosen Frauen gehören der Altersgruppe der 45 bis 49- Jährigen (Männer 10,3%) an, bereits 11,3% den 50 bis 54-Jährigen (Männer 11%), aber lediglich 7,3% zu den 55 bis 59-Jährigen (Männer 11%). Bei Männern tritt – bedingt durch das unterschiedliche Anfallsalter der vorzeitigen Alterspension – dieses Phänomen erst ab 60 ein, hier beträgt der Anteil der über 60-jährigen Arbeitslosen nur noch 3,2%. Mit dem Alter eng gekoppelt ist die durchschnittliche Vormerkdauer. Sowohl bei Männern als auch bei Frauen zeigt sich eine mit dem Alter deutlich abnehmende Vermittelbarkeit.

Die Arbeitslosenrate älterer ArbeitnehmerInnen in den USA ist schon seit Jahren deutlich niedriger als jene vergleichbarer jüngerer ArbeitnehmerInnen. Im Juni 2002 beträgt sie für die Gruppe der 25-54-jährigen 4,9%, während sie für über 55-jährige nur 4,2% beträgt.

### **5.2. Darstellung der dzt Rechtslage in Österreich, auf Gemeinschaftsebene und USA**

#### **5.2.1. Österreich**

Das System der Kündigungsanfechtung sieht zwar die Berücksichtigung typischer Probleme von älteren ArbeitnehmerInnen vor, doch kommt es aus folgenden Gründen in der arbeitsgerichtlichen Praxis statt zu einer Weiterbeschäftigung fast ausschließlich zu Vergleichen mit Abschlagszahlungen:

- Kann ein Arbeitnehmer die Sozialwidrigkeit nicht zumindest glaubhaft machen, so kommt es überhaupt zu keiner Berücksichtigung der Situation als älterer Arbeitnehmer. Besonders negativ wirkt sich dabei die Judikatur des OGH aus, wonach das Partnereinkommen bei Beurteilung der Sozialwidrigkeit berücksichtigt wird.
- Da die Kündigungsanfechtungsverfahren oft Monate bzw 2 – 3 Jahre dauern, sind die Arbeitsverhältnisse in der Zwischenzeit längst beendet und ist eine Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz oft schon faktisch unmöglich.
- Die Möglichkeit der grundlosen Kündigung für den Arbeitgeber ist ein Anreiz, ältere ArbeitnehmerInnen gegen jüngere, billigere ArbeitnehmerInnen auszutauschen.
- Die Anfechtungsfrist von einer Woche ist extrem kurz, um den ArbeitnehmerInnen eine ausreichende Informationsmöglichkeit zu geben.
- Ein Sozialvergleich ist nur bei einem ausdrücklichen Widerspruch des Betriebsrates vorzunehmen, was in der Praxis eher selten passiert.

Die Anfechtung in Kleinbetrieben gem § 15 Abs 3 AVRAG ist mE bisher totes Recht. Besonders positiv entwickelt und sehr geschätzt von ArbeitnehmerInnen und Unternehmen wird jedoch das Modell der Altersteilzeit, zumal es für alle Beteiligten praktisch nur Vorteile bringt: Dem Unternehmen stehen die Erfahrungen der älteren ArbeitnehmerInnen noch länger

zur Verfügung bzw erfolgt der Ausstieg aus der Firma nicht abrupt, was auch für die Einschulung der Nachfolger von Vorteil ist. Aber auch den betroffenen älteren ArbeitnehmerInnen wird so ermöglicht, „sanft“ in die Pension zu gleiten, was von den meisten persönlich sehr geschätzt wird. Dadurch gelingt es mE das faktische Pensionsantrittsalter hinaufzusetzen.

Der Bonus und der Malus des Bonus-Malus-System wurden zwar erhöht, doch wirkt sich zumindest der Malus mE lediglich einnahmenerhöhend beim AMS aus. Um einen Einfluss auf das Beendungsverhalten der ArbeitgeberInnen zu haben, ist der Betrag jedenfalls viel zu gering, da er im Normalfall kaum mehr als 1 Monatsentgelt beträgt. Ob der Entfall des Arbeitgeberanteils zur Arbeitslosenversicherung (3%) einen ausreichenden Anreiz zur Einstellung von über 50-jährigen ArbeitnehmerInnen darstellt, ist mE ebenfalls zu bezweifeln. Dies ist sicherlich eine Verbesserung hinsichtlich der Entlastung des Faktors Arbeit, doch werden diese 3% durch wesentlich höhere Gehaltsansprüche älterer ArbeitnehmerInnen nur ein kleiner Anreiz sein. Unterstützt wird diese Maßnahme in Zukunft sicher durch die tw von den Sozialpartnern bereits vorgenommenen Abflachungen der Gehaltssteigerungen nach dem Senioritätsprinzip.

Weitere Diskriminierungsverbote zugunsten älterer ArbeitnehmerInnen sind dem österreichischen Recht fremd.

### **5.2.2. Gemeinschaftsrecht**

Gem Art 2 Abs 1 iVm Art 1 RL 2000/78/EG sind unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen ua wegen des Alters verboten.

Art 6 RL 2000/78/EG sieht davon folgende Ausnahmemöglichkeiten für die Mitgliedstaaten vor, sofern die Ausnahme objektiv und angemessen ist und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Diese Regelung entspricht der bisherigen Judikatur des EuGH zur Frage der Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung.

Exemplarisch werden dann folgende gerechtfertigte Ungleichbehandlungen aufgezählt:

- die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen;
- die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile;
- die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.
- Ungeachtet des Art 2 Abs 2 können die Mitgliedstaaten 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.

### 5.2.3. USA

Der ADEA verbietet privaten ArbeitgeberInnen, der öffentlichen Hand in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber sowohl auf Bundes- wie auch auf Ebene der US-Bundesstaaten, Stellen- und Arbeitsvermittlungen sowie Arbeitnehmerorganisationen die willkürliche Ungleichbehandlung von ArbeitnehmerInnen und StellenbewerberInnen, die älter als 40 Jahre sind, wegen deren Alters. Untersagt ist auch die Veröffentlichung von Stellenanzeigen, aus denen sich eine Bevorzugung jüngerer Bewerber entnehmen lässt, sowie die Benachteiligung Einzelner, die gegen eine gegen den ADEA verstoßende Handlung oder Maßnahme vorgegangen sind oder an einem ADEA-Verfahren in irgendeiner Weise beteiligt waren. Ausnahmsweise ist eine Ungleichbehandlung älterer ArbeitnehmerInnen - mit Ausnahme der Bediensteten des Bundes - im wesentlichen dann gestattet, wenn die jeweilige, grundsätzlich zwar diskriminierende, Handlung auf folgenden Gründen basiert:

- einer sogenannten “bona fide occupational qualification (BFOQ)”, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung der mit dem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben unabdingbar vorhanden sein muss,
- vernünftigen Erwägungen, die nicht auf dem Faktor “Alter” beruhen,
- einem “bona fide seniority system” oder einem “bona fide employee benefit plan”.

### 5.3. Resümee – Schlussfolgerungen der Rechtsvergleichung

Die Gegenüberstellung der beiden Rechtsordnungen im Hinblick auf die Frage, ob und wie weitreichend ältere ArbeitnehmerInnen gegen Benachteiligungen aufgrund ihres (fortgeschrittenen) Alters geschützt sind, ergibt folgendes:

Deutlich schlechteren bis teilweise überhaupt keinen Schutz bietet das österreichische Recht bei der Einstellung, bei Maßnahmen im Arbeitsverhältnis sowie bei der Rechtsprechung zu Altersgrenzen.

Der von der Judikatur und Lehre entwickelte arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz würde in diesem Bereich – mit Ausnahme der unter 2.1. dargestellten Spezialregelungen - den einzigen Schutz vor willkürlicher Behandlung durch den Arbeitgeber darstellen. Der Inhalt des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht nach der ständigen Judikatur des OGH darin, dass „der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz es dem Arbeitgeber verbietet, willkürlich und ohne sachliche Rechtfertigung einzelne Arbeitnehmer schlechter zu stellen als die übrigen Arbeitnehmer. Eine, wenngleich willkürliche, Bevorzugung einzelner Arbeitnehmer oder kleinerer Gruppen von Arbeitnehmern gegenüber der Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer ist aber dem Arbeitgeber nicht verwehrt.“ Überblickt man die österreichische Judikatur hinsichtlich altersrelevanter Unterscheidungskriterien, so zeigt sich folgendes Bild:

Danach sind folgende Differenzierungen zulässig

- in zeitlicher Hinsicht (Stichtagsregelungen);
- wenn (bei Ausscheiden des Arbeitnehmers) ein Pensionsanspruch besteht;
- nach der Dauer der Dienstzeit beim Arbeitgeber;
- nach der Dauer der Verwendung in einer bestimmten Tätigkeit;
- nach der längeren Erfahrung im Betrieb;
- nach dem Zeitpunkt der Pensionierung;
- zwischen aktiven ArbeitnehmerInnen und Pensionisten;
- zwischen Alt- und Neupensionisten.

Dies bestätigt – wie bereits einleitend zur Darstellung der österreichischen Rechtslage angedeutet wurde – das weitgehend fehlende Problembewusstsein hinsichtlich allfälliger Diskriminierungen aufgrund des Alters.

StellenbewerberInnen dürfen daher – und dies ist tagtäglich den Stellenanzeigen in den Tageszeitungen zu entnehmen - nach österreichischem Recht aus Altersgründen abgelehnt werden. Altersgrenzen sind nach der Rechtsprechung des OGH zulässig, wenn der Arbeitnehmer durch Pensionsansprüche wirtschaftlich abgesichert ist. Bei grundsätzlich möglicher Pensionierung geht der Gesetzgeber nämlich davon aus, dass der Einkommensverlust, der durch die Pensionierung regelmäßig eintritt zumutbar ist. Daher ist eine Kündigung, nach der ein Arbeitnehmer Anspruch auf eine gesetzliche Pension hat, im Normalfall nicht sozialwidrig. Lediglich „ältere“ Arbeitnehmer mit einem „höheren“ Lebensalter genießen einen etwas günstigeren allgemeinen Kündigungsschutz.

Ein konkretes Schutzalter wie das US-Recht ab 40 ist dem österreichischen Recht fremd. Sehr ähnlich sind die Voraussetzungen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes (Verbot der Geschlechterdiskriminierung) mit denjenigen des amerikanischen Rechts.

#### **5.4. Reformüberlegungen und –vorschläge**

Da dem österreichischen Recht ein Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters weitgehend fremd ist, dies jedoch im Hinblick auf das in österreichisches Recht umzusetzende Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters in Artikel 1 iVm Artikel 2 Abs 1 der RL 2000/78/EG in Zukunft gemeinschaftsrechtlich nicht mehr zulässig ist, wird ein allgemeines Antidiskriminierungsgesetz notwendig sein. Bei dem in 4.1. dargestellten Gesetzesentwurf wird angelehnt an das bestehende Gleichbehandlungsgesetz dieses unter Berücksichtigung von Aspekten des US-Rechts und auch des irischen Rechts weiterentwickelt, um ein praktisch funktionsfähiges Antidiskriminierungsrecht zu haben. Dieses basiert auf dem von der RL 2000/78/EG geforderten unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters und sieht bestimmte Ausnahmemöglichkeiten zugunsten jüngerer (bis 25) und älterer (ab 50) ArbeitnehmerInnen vor. Überwacht werden soll das Diskriminierungsverbot von einer sozialpartnerschaftlich zu besetzenden Antidiskriminierungskommission, welcher jedoch anders als der dzt Gleichbehandlungskommission nicht nur gutachterliche Funktion, sondern auch Entscheidungskompetenz zukommt. Im Rahmen der sukzessiven Kompetenz können diese Entscheidungen auch vor das Arbeits- und Sozialgericht gebracht werden.

Im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes werden für ArbeitnehmerInnen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung das 40. Lebensalter vollendet haben, folgende Verbesserungen vorgeschlagen:

- Der Arbeitgeber hat in der schriftlichen Kündigung taxativ alle Gründe für die Kündigung des Arbeitnehmers anzuführen.
- Die Anfechtung der Kündigung hat binnen vier Wochen nach Ausspruch der Kündigung zu erfolgen.
- Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist dieser während der Kündigungsanfechtung bis zum rechtskräftigen Abschluss bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, es sei denn, dass auf Antrag des Arbeitgebers das Gericht ihn von dieser Verpflichtung aus bestimmten Gründen entbindet.

Abschließend werden auch noch der Ausbau der bestehenden Altersteilzeitregelung und ein Lebensarbeitszeitkonto, womit Mehr- und/oder Überstunden für einen bestimmten Zeitraum vor der Pensionierung angespart werden können, zur Anhebung des faktischen Pensionsantrittsalters vorgeschlagen.

## **Anhang**

### **I. Österreichisches Recht**

#### **§ 105 Arbeitsverfassungsgesetz**

##### **Anfechtung von Kündigungen**

§ 105. (1) Der Betriebsinhaber hat vor jeder Kündigung eines Arbeitnehmers den Betriebsrat zu verständigen, der innerhalb von fünf Arbeitstagen hiezu Stellung nehmen kann.

(2) Der Betriebsinhaber hat auf Verlangen des Betriebsrates mit diesem innerhalb der Frist zur Stellungnahme über die Kündigung zu beraten. Eine vor Ablauf dieser Frist ausgesprochene Kündigung ist rechtsunwirksam, es sei denn, dass der Betriebsrat eine Stellungnahme bereits abgegeben hat.

(3) Die Kündigung kann beim Gericht angefochten werden, wenn:

...

2. die Kündigung sozial ungerechtfertigt und der gekündigte Arbeitnehmer bereits sechs Monate im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, beschäftigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist eine Kündigung, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sei denn, der Betriebsinhaber erbringt den Nachweis, dass die Kündigung

a) durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren oder

b) durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet ist.  
Umstände gemäß lit. a, die ihre Ursache in einer langjährigen Beschäftigung als Nachtschwerarbeiter (Art. VII NSchG) haben, dürfen zur Rechtfertigung der Kündigung nicht herangezogen werden, wenn der Arbeitnehmer ohne erheblichen Schaden für den Betrieb weiterbeschäftigt werden kann.

Hat der Betriebsrat gegen eine Kündigung gemäß lit. b ausdrücklich Widerspruch erhoben, so ist die Kündigung des Arbeitnehmers sozial ungerechtfertigt, wenn ein Vergleich sozialer Gesichtspunkte für den Gekündigten eine größere soziale Härte als für andere Arbeitnehmer des gleichen Betriebes und derselben Tätigkeitssparte, deren Arbeit der Gekündigte zu leisten fähig und willens ist, ergibt.

Bei älteren Arbeitnehmern sind sowohl bei der Prüfung, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, als auch beim Vergleich sozialer Gesichtspunkte der Umstand einer vieljährigen ununterbrochenen Beschäftigungszeit im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, sowie die wegen des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess besonders zu berücksichtigen.

Umstände gemäß lit. a, die ihre Ursache in einem höheren Lebensalter eines Arbeitnehmers haben, der im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, langjährig beschäftigt ist, dürfen zur Rechtfertigung der Kündigung des älteren Arbeitnehmers nur dann herangezogen werden, wenn durch die Weiterbeschäftigung betriebliche Interessen erheblich nachteilig berührt werden.

...

...

(7) Gibt das Gericht der Anfechtungsklage statt, so ist die Kündigung rechtsunwirksam.

#### **§ 15 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz**

## **Kündigung**

### § 15

...

(3) Ein Arbeitnehmer in einem nicht betriebsratspflichtigen Betrieb, der als Arbeitnehmer den Jahrgängen 1935 bis 1942, als Arbeitnehmerin den Jahrgängen 1940 bis 1947 angehört, kann die Kündigung binnen einer Woche nach Zugang der Kündigung anfechten, wenn die Kündigung sozial ungerechtfertigt und der Arbeitnehmer bereits sechs Monate im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, beschäftigt ist. Sozial ungerechtfertigt ist eine Kündigung, die wesentliche Interessen des Arbeitnehmers beeinträchtigt, es sei denn, der Arbeitgeber erbringt den Nachweis, dass die Kündigung

1. durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren, oder
2. durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet ist.

(4) Bei der Prüfung, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, sind der Umstand einer vieljährigen ununterbrochenen Beschäftigungszeit im Betrieb oder Unternehmen, dem der Betrieb angehört, sowie die wegen des höheren Lebensalters zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess besonders zu berücksichtigen.

(5) Gibt das Gericht der Anfechtungsklage statt, so ist die Kündigung rechtsunwirksam.

(6) In Rechtsstreitigkeiten nach Abs. 3 steht keiner Partei ein Kostenersatzanspruch an die andere Partei zu.

## **§ 14 AVRAG - Herabsetzung der Normalarbeitszeit**

### § 14.

...

(2) Darüber hinaus kann zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer,  
1. der das 50. Lebensjahr vollendet hat,

...

die Herabsetzung der Normalarbeitszeit vereinbart werden. In Betrieben, in denen ein für den Arbeitnehmer zuständiger Betriebsrat errichtet ist, ist dieser auf Verlangen des Arbeitnehmers den Verhandlungen beizuziehen.

...

(4) Hat die Herabsetzung der Normalarbeitszeit nach Abs. 2 zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kürzer als zwei Jahre gedauert, so ist bei der Berechnung einer nach dem AngG, dem ArbAbfG oder dem GAngG zustehenden Abfertigung die frühere Arbeitszeit des Arbeitnehmers vor dem Wirksamwerden der Vereinbarung nach Abs. 2 zugrunde zu legen. Hat die Herabsetzung der Normalarbeitszeit nach Abs. 2 zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses länger als zwei Jahre gedauert, so ist – sofern keine andere Vereinbarung abgeschlossen wird - bei der Berechnung einer nach dem AngG, dem ArbAbfG oder dem GAngG zustehenden Abfertigung für die Ermittlung des Monatsentgeltes vom Durchschnitt der während der für die Abfertigung maßgeblichen Dienstjahre geleisteten Arbeitszeit auszugehen. Bei der Berechnung der Abfertigung nach dem BUAG ist bei der Berechnung der Stundenzahl nach § 13d Abs. 3 BUAG vorzugehen.

## **§ 27 Arbeitslosenversicherungsgesetz**

## Altersteilzeit

§ 27. (1) Ein Arbeitgeber, der ältere ArbeitnehmerInnen beschäftigt, die ihre Arbeitszeit verringern, und diesen einen Lohnausgleich gewährt, hat Anspruch auf Altersteilzeitgeld.

(2) Altersteilzeitgeld gebührt längstens sechseinhalb Jahre für Frauen ab Vollendung des 50. Lebensjahres und für Männer ab Vollendung des 55. Lebensjahres, die

1. in den letzten 25 Jahren vor der Geltendmachung des Anspruches 780 Wochen arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt waren,

2. auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung ihre der gesetzlichen oder kollektivvertraglich geregelten Normalarbeitszeit entsprechende oder diese höchstens um 20 vH unterschreitende Normalarbeitszeit auf 40 bis 60 vH der Normalarbeitszeit verringert haben,

3. auf Grund eines Kollektivvertrages, einer Betriebsvereinbarung oder einer vertraglichen Vereinbarung

a) bis zur Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 45 ASVG einen Lohnausgleich in der Höhe von mindestens 50 vH des Unterschiedsbetrages zwischen dem vor der Herabsetzung der Normalarbeitszeit gebührenden Entgelt und dem der verringerten Arbeitszeit entsprechenden Entgelt erhalten und

b) für die der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge entsprechend der Beitragsgrundlage vor der Herabsetzung der Normalarbeitszeit entrichtet und

4. auf Grund eines Kollektivvertrages, einer Betriebsvereinbarung oder einer vertraglichen Vereinbarung Anspruch auf Berechnung einer zustehenden Abfertigung auf der Grundlage der Arbeitszeit vor der Herabsetzung der Normalarbeitszeit haben; für die Berechnung einer Abfertigung nach dem BUAG gilt § 13d Abs. 3 BUAG.

(3) Für Personen, die eine Leistung aus der gesetzlichen Pensionsversicherung, ein Sonderruhegeld nach dem Nachtschwerarbeitsgesetz, BGBl. Nr. 354/1981, oder einen Ruhegenuss aus einem Dienstverhältnis zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft beziehen oder die Anspruchsvoraussetzungen für eine dieser Leistungen erfüllen, gebührt kein Altersteilzeitgeld.

(4) Das Altersteilzeitgeld hat dem Arbeitgeber den zusätzlichen Aufwand abzugelten, der durch einen Lohnausgleich bis zur Höchstbeitragsgrundlage in der Höhe von 50 vH des Unterschiedsbetrages zwischen dem vor der Herabsetzung der Normalarbeitszeit gebührenden Entgelt und dem der verringerten Arbeitszeit entsprechenden Entgelt sowie durch die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge entsprechend der Beitragsgrundlage vor der Herabsetzung der Normalarbeitszeit entsteht. Als zusätzlicher Aufwand für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge ist der Unterschiedsbetrag zwischen den entsprechend der Beitragsgrundlage vor der Herabsetzung der Normalarbeitszeit entrichteten Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (Pensions-, Kranken-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung) und den dem Entgelt (einschließlich Lohnausgleich) entsprechenden Dienstgeber- und Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung abzugelten.

(5) Sieht die Vereinbarung über die Altersteilzeitarbeit unterschiedliche wöchentliche Normalarbeitszeiten oder eine unterschiedliche Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit vor, so ist die Voraussetzung nach Abs. 2 Z 2 auch dann erfüllt, wenn

1. die wöchentliche Normalarbeitszeit in einem Durchrechnungszeitraum im Durchschnitt die vereinbarte verringerte Arbeitszeit nicht überschreitet und

2. das Entgelt für die Altersteilzeitarbeit fortlaufend gezahlt wird.

(6) Der Arbeitgeber hat jede für das Bestehen oder für das Ausmaß des Anspruches auf Altersteilzeitgeld maßgebliche Änderung unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice anzuzeigen.

(7) Das Altersteilzeitgeld stellt kein Entgelt im Sinne des Umsatzsteuergesetzes 1994 (UStG 1994), BGBl. Nr. 663, dar.

(8) Wenn eine der Voraussetzungen für den Anspruch auf Altersteilzeitgeld wegfällt, ist es einzustellen; wenn sich eine für das Ausmaß des Altersteilzeitgeldes maßgebende Voraussetzung ändert, ist es neu zu bemessen. Wenn sich die Zuerkennung oder die Bemessung des Altersteilzeitgeldes nachträglich als gesetzlich nicht begründet herausstellt, ist die Zuerkennung zu widerrufen oder die Bemessung rückwirkend zu berichtigen. Bei Einstellung, Herabsetzung, Widerruf oder Berichtigung einer Leistung ist der Empfänger des Altersteilzeitgeldes zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn er den Bezug durch unwahre Angaben oder durch Verschweigung maßgebender Tatsachen herbeigeführt hat oder wenn er erkennen musste, dass die Leistung nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte. Die Verpflichtung zum Rückersatz besteht auch hinsichtlich jener Leistungen, die wegen Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels weiter gewährt wurden, wenn das Verfahren mit der Entscheidung geendet hat, dass die Leistungen nicht oder nicht in diesem Umfang gebührten.

### **§§ 5a, 5b AMPFG - Bonus-Malus-System zur Beschäftigungssicherung älterer Arbeitnehmer**

#### **Arbeitslosenversicherungsbeitrag bei Einstellung Älterer**

§ 5a. (1) Stellt ein Dienstgeber eine Person, die das 50. Lebensjahr vollendet oder überschritten hat, ein, so entfällt für diese Person der Dienstgeberbeitrag zur Arbeitslosenversicherung (§ 2 Abs. 1 bis 3).

(2) Ein Entfall gemäß Abs. 1 tritt nicht ein, wenn

1. die eingestellte Person bereits beim selben Dienstgeber beschäftigt war, es sei denn, der Zeitpunkt der Beendigung des vorangegangenen Dienstverhältnisses im Sinne des § 11 ASVG liegt mehr als drei Jahre vor der Einstellung zurück, oder
2. die eingestellte Person innerhalb eines Konzerns (§ 15 Aktiengesetz 1965, BGBl. Nr. 98, § 115 GmbH-Gesetz, RGBl. Nr. 58/1906) oder innerhalb einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (zB ARGE) von einem Unternehmen zu einem anderen Unternehmen wechselt oder
3. das Dienstverhältnis nicht für die Dauer von mindestens einem Monat vereinbart wird oder die eingestellte Person nicht mindestens einen Monat lang durchlaufend arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt wird.

§ 5b. (1) Wird das Dienstverhältnis einer Person, die zum Beendigungszeitpunkt das 50. Lebensjahr vollendet oder überschritten hat, aufgelöst, so hat der Dienstgeber einen Beitrag zu entrichten, wenn das Dienstverhältnis mindestens zehn Jahre gedauert hat. Bei der Berechnung der Dauer des Dienstverhältnisses werden Unterbrechungen der Beschäftigung bis zu einem Jahr sowie die Zeit der Beschäftigung in einem anderen Unternehmen innerhalb eines Konzerns oder innerhalb einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (zB ARGE) eingerechnet.

(2) Die Beitragspflicht besteht nicht, wenn

1. die Dienstnehmerin oder der Dienstnehmer
  - a) gekündigt hat oder
  - b) ohne wichtigen Grund vorzeitig ausgetreten ist oder
  - c) aus gesundheitlichen Gründen vorzeitig ausgetreten ist oder
  - d) im Zeitpunkt der Auflösung des Dienstverhältnisses einen Anspruch auf eine Invaliditäts- oder Berufsunfähigkeitspension hat oder
  - e) im Zeitpunkt der Auflösung des Dienstverhältnisses die gesetzliche Altersgrenze für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer erreicht hat oder

f) im Zeitpunkt der Auflösung des Dienstverhältnisses die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme eines Sonderruhegeldes nach Art. X des Nachtschwerarbeitsgesetzes (NSchG), BGBl. Nr. 354/1981, erfüllt oder

2. die Entlassung gerechtfertigt ist oder

3. innerhalb eines Konzerns oder innerhalb einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (zB ARGE) im unmittelbaren Anschluss an das beendete Dienstverhältnis ein neues

Dienstverhältnis begründet wird oder

4. ein Wiedereinstellungsvertrag oder eine Wiedereinstellungszusage (§ 9 Abs. 7 AIVG) vorliegt oder

5. der Betrieb stillgelegt wird oder

6. ein Teilbetrieb stillgelegt wird und keine Beschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Teilbetrieb besteht.

(3) Der Beitrag ist in einem Betrag zu entrichten und ist wie folgt zu bemessen:

1. Beitragsgrundlage ist die letzte volle Beitragsgrundlage einschließlich anteiliger Sonderzahlungen des gelösten Dienstverhältnisses.

2. Ab Vollendung des 50. Lebensjahres der Dienstnehmerin oder des Dienstnehmers beträgt der Grundbetrag 0,2 vH der Beitragsgrundlage. Dieser Grundbetrag erhöht sich jeweils für je drei weitere vollendete Lebensmonate um 0,1 vH maximal bis zur Höhe des jeweils geltenden Arbeitgeberbeitrages zur Arbeitslosenversicherung.

3. Der Grundbetrag ist mit der Anzahl der Monate, die vom Zeitpunkt der Auflösung des Dienstverhältnisses bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer liegen, zu vervielfachen.

4. Bei Verletzung der gemäß § 45 des Arbeitsmarktförderungsgesetzes (AMFG), BGBl. Nr. 31/ 1969, einzuhaltenden Verpflichtung zur schriftlichen Anzeige des Ausspruches der Kündigung des Arbeitsverhältnisses einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, erhöht sich der nach den Z 1 bis 3 errechnete Betrag um 30 vH.

## II. Gemeinschaftsrecht

### **Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf**

DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION –

Gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Artikel 13,

auf Vorschlag der Kommission(1),

nach Stellungnahme des Europäischen Parlaments(2),

nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses(3),

nach Stellungnahme des Ausschusses der Regionen(4),

in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Nach Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union beruht die Europäische Union auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam. Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.

(2) Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen wurde in zahlreichen Rechtsakten der Gemeinschaft fest verankert, insbesondere in der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen(5).

(3) Bei der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ist die Gemeinschaft gemäß Artikel 3 Absatz 2 des EG-Vertrags bemüht, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, zumal Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung sind.

(4) Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung ist ein allgemeines Menschenrecht; dieses Recht wurde in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, im VN-Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen, im Internationalen Pakt der VN über bürgerliche und politische Rechte, im Internationalen Pakt der VN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten anerkannt, die von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden. Das Übereinkommen 111 der Internationalen Arbeitsorganisation untersagt Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf.

(5) Es ist wichtig, dass diese Grundrechte und Grundfreiheiten geachtet werden. Diese Richtlinie berührt nicht die Vereinigungsfreiheit, was das Recht jeder Person umfasst, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

(6) In der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer wird anerkannt, wie wichtig die Bekämpfung jeder Art von Diskriminierung und geeignete Maßnahmen zur sozialen und wirtschaftlichen Eingliederung älterer Menschen und von Menschen mit Behinderung sind.

(7) Der EG-Vertrag nennt als eines der Ziele der Gemeinschaft die Förderung der Koordinierung der Beschäftigungspolitiken der Mitgliedstaaten. Zu diesem Zweck wurde in den EG-Vertrag ein neues Beschäftigungskapitel eingefügt, das die Grundlage bildet für die Entwicklung einer koordinierten Beschäftigungsstrategie und für die Förderung der Qualifizierung, Ausbildung und Anpassungsfähigkeit der Arbeitnehmer.

(8) In den vom Europäischen Rat auf seiner Tagung am 10. und 11. Dezember 1999 in Helsinki vereinbarten beschäftigungspolitischen Leitlinien für 2000 wird die Notwendigkeit

unterstrichen, einen Arbeitsmarkt zu schaffen, der die soziale Eingliederung fördert, indem ein ganzes Bündel aufeinander abgestimmter Maßnahmen getroffen wird, die darauf abstellen, die Diskriminierung von benachteiligten Gruppen, wie den Menschen mit Behinderung, zu bekämpfen. Ferner wird betont, dass der Unterstützung älterer Arbeitnehmer mit dem Ziel der Erhöhung ihres Anteils an der Erwerbsbevölkerung besondere Aufmerksamkeit gebührt.

(9) Beschäftigung und Beruf sind Bereiche, die für die Gewährleistung gleicher Chancen für alle und für eine volle Teilhabe der Bürger am wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Leben sowie für die individuelle Entfaltung von entscheidender Bedeutung sind.

(10) Der Rat hat am 29. Juni 2000 die Richtlinie 2000/43/EG(6) zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft angenommen, die bereits einen Schutz vor solchen Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf gewährleistet.

(11) Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung können die Verwirklichung der im EG-Vertrag festgelegten Ziele unterminieren, insbesondere die Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus und eines hohen Maßes an sozialem Schutz, die Hebung des Lebensstandards und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt, die Solidarität sowie die Freizügigkeit.

(12) Daher sollte jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen gemeinschaftsweit untersagt werden. Dieses Diskriminierungsverbot sollte auch für Staatsangehörige dritter Länder gelten, betrifft jedoch nicht die Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und lässt die Vorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen dritter Länder und ihren Zugang zu Beschäftigung und Beruf unberührt.

(13) Diese Richtlinie findet weder Anwendung auf die Sozialversicherungs- und Sozialschutzsysteme, deren Leistungen nicht einem Arbeitsentgelt in dem Sinne gleichgestellt werden, der diesem Begriff für die Anwendung des Artikels 141 des EG-Vertrags gegeben wurde, noch auf Vergütungen jeder Art seitens des Staates, die den Zugang zu einer Beschäftigung oder die Aufrechterhaltung eines Beschäftigungsverhältnisses zum Ziel haben.

(14) Diese Richtlinie berührt nicht die einzelstaatlichen Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand.

(15) Die Beurteilung von Tatbeständen, die auf eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung schließen lassen, obliegt den einzelstaatlichen gerichtlichen Instanzen oder anderen zuständigen Stellen nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten; in diesen einzelstaatlichen Vorschriften kann insbesondere vorgesehen sein, dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist.

(16) Maßnahmen, die darauf abstellen, den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung am Arbeitsplatz Rechnung zu tragen, spielen eine wichtige Rolle bei der Bekämpfung von Diskriminierungen wegen einer Behinderung.

(17) Mit dieser Richtlinie wird unbeschadet der Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen, nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist.

(18) Insbesondere darf mit dieser Richtlinie den Streitkräften sowie der Polizei, den Haftanstalten oder den Notfalldiensten unter Berücksichtigung des rechtmäßigen Ziels, die Einsatzbereitschaft dieser Dienste zu wahren, nicht zur Auflage gemacht werden, Personen einzustellen oder weiter zu beschäftigen, die nicht den jeweiligen Anforderungen entsprechen,

um sämtliche Aufgaben zu erfüllen, die ihnen übertragen werden können.

(19) Ferner können die Mitgliedstaaten zur Sicherung der Schlagkraft ihrer Streitkräfte sich dafür entscheiden, dass die eine Behinderung und das Alter betreffenden Bestimmungen dieser Richtlinie auf alle Streitkräfte oder einen Teil ihrer Streitkräfte keine Anwendung finden. Die Mitgliedstaaten, die eine derartige Entscheidung treffen, müssen den Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung festlegen.

(20) Es sollten geeignete Maßnahmen vorgesehen werden, d. h. wirksame und praktikable Maßnahmen, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten, z. B. durch eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten oder eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen.

(21) Bei der Prüfung der Frage, ob diese Maßnahmen zu übermäßigen Belastungen führen, sollten insbesondere der mit ihnen verbundene finanzielle und sonstige Aufwand sowie die Größe, die finanziellen Ressourcen und der Gesamtumsatz der Organisation oder des Unternehmens und die Verfügbarkeit von öffentlichen Mitteln oder anderen Unterstützungsmöglichkeiten berücksichtigt werden.

(22) Diese Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt.

(23) Unter sehr begrenzten Bedingungen kann eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sein, wenn ein Merkmal, das mit der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, dem Alter oder der sexuellen Ausrichtung zusammenhängt, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Diese Bedingungen sollten in die Informationen aufgenommen werden, die die Mitgliedstaaten der Kommission übermitteln.

(24) Die Europäische Union hat in ihrer der Schlussakte zum Vertrag von Amsterdam beigefügten Erklärung Nr. 11 zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften ausdrücklich anerkannt, dass sie den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt und dass dies in gleicher Weise für den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften gilt. Die Mitgliedstaaten können in dieser Hinsicht spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen beibehalten oder vorsehen, die Voraussetzung für die Ausübung einer diesbezüglichen beruflichen Tätigkeit sein können.

(25) Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters stellt ein wesentliches Element zur Erreichung der Ziele der beschäftigungspolitischen Leitlinien und zur Förderung der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung dar. Ungleichbehandlungen wegen des Alters können unter bestimmten Umständen jedoch gerechtfertigt sein und erfordern daher besondere Bestimmungen, die je nach der Situation der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein können. Es ist daher unbedingt zu unterscheiden zwischen einer Ungleichbehandlung, die insbesondere durch rechtmäßige Ziele im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung gerechtfertigt ist, und einer Diskriminierung, die zu verbieten ist.

(26) Das Diskriminierungsverbot sollte nicht der Beibehaltung oder dem Erlass von Maßnahmen entgegenstehen, mit denen bezweckt wird, Benachteiligungen von Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, einem bestimmten Alter oder einer bestimmten sexuellen Ausrichtung zu verhindern oder auszugleichen, und diese Maßnahmen können die Einrichtung und Beibehaltung von Organisationen von Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, einem bestimmten Alter oder einer bestimmten sexuellen Ausrichtung zulassen, wenn deren Zweck hauptsächlich darin besteht, die besonderen Bedürfnisse dieser Personen zu fördern.

(27) Der Rat hat in seiner Empfehlung 86/379/EWG vom 24. Juli 1986(7) zur Beschäftigung

von Behinderten in der Gemeinschaft einen Orientierungsrahmen festgelegt, der Beispiele für positive Aktionen für die Beschäftigung und Berufsbildung von Menschen mit Behinderung anführt; in seiner Entschließung vom 17. Juni 1999 betreffend gleiche Beschäftigungschancen für behinderte Menschen<sup>(8)</sup> hat er bekräftigt, dass es wichtig ist, insbesondere der Einstellung, der Aufrechterhaltung des Beschäftigungsverhältnisses sowie der beruflichen Bildung und dem lebensbegleitenden Lernen von Menschen mit Behinderung besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

(28) In dieser Richtlinie werden Mindestanforderungen festgelegt; es steht den Mitgliedstaaten somit frei, günstigere Vorschriften einzuführen oder beizubehalten. Die Umsetzung dieser Richtlinie darf nicht eine Absenkung des in den Mitgliedstaaten bereits bestehenden Schutzniveaus rechtfertigen.

(29) Opfer von Diskriminierungen wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sollten über einen angemessenen Rechtsschutz verfügen. Um einen effektiveren Schutz zu gewährleisten, sollte auch die Möglichkeit bestehen, dass sich Verbände oder andere juristische Personen unbeschadet der nationalen Verfahrensordnung bezüglich der Vertretung und Verteidigung vor Gericht bei einem entsprechenden Beschluss der Mitgliedstaaten im Namen eines Opfers oder zu seiner Unterstützung an einem Verfahren beteiligen.

(30) Die effektive Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes erfordert einen angemessenen Schutz vor Viktimisierung.

(31) Eine Änderung der Regeln für die Beweislast ist geboten, wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht. Zur wirksamen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei erforderlich, wenn eine solche Diskriminierung nachgewiesen ist. Allerdings obliegt es dem Beklagten nicht, nachzuweisen, dass der Kläger einer bestimmten Religion angehört, eine bestimmte Weltanschauung hat, eine bestimmte Behinderung aufweist, ein bestimmtes Alter oder eine bestimmte sexuelle Ausrichtung hat.

(32) Die Mitgliedstaaten können davon absehen, die Regeln für die Beweislastverteilung auf Verfahren anzuwenden, in denen die Ermittlung des Sachverhalts dem Gericht oder der zuständigen Stelle obliegt. Dies betrifft Verfahren, in denen die klagende Partei den Beweis des Sachverhalts, dessen Ermittlung dem Gericht oder der zuständigen Stelle obliegt, nicht anzutreten braucht.

(33) Die Mitgliedstaaten sollten den Dialog zwischen den Sozialpartnern und im Rahmen der einzelstaatlichen Gepflogenheiten mit Nichtregierungsorganisationen mit dem Ziel fördern, gegen die verschiedenen Formen von Diskriminierung am Arbeitsplatz anzugehen und diese zu bekämpfen.

(34) In Anbetracht der Notwendigkeit, den Frieden und die Aussöhnung zwischen den wichtigsten Gemeinschaften in Nordirland zu fördern, sollten in diese Richtlinie besondere Bestimmungen aufgenommen werden.

(35) Die Mitgliedstaaten sollten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen für den Fall vorsehen, dass gegen die aus dieser Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen verstoßen wird.

(36) Die Mitgliedstaaten können den Sozialpartnern auf deren gemeinsamen Antrag die Durchführung der Bestimmungen dieser Richtlinie übertragen, die in den Anwendungsbereich von Tarifverträgen fallen, sofern sie alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um jederzeit gewährleisten zu können, dass die durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse erzielt werden.

(37) Im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5 des EG-Vertrags kann das Ziel dieser Richtlinie, nämlich die Schaffung gleicher Ausgangsbedingungen in der Gemeinschaft bezüglich der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden und kann daher wegen des Umfangs und der Wirkung der

Maßnahme besser auf Gemeinschaftsebene verwirklicht werden. Im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nach jenem Artikel geht diese Richtlinie nicht über das für die Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus –  
HAT FOLGENDE RICHTLINIE ERLASSEN:

## **KAPITEL I ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN**

### **Artikel 1**

#### **Zweck**

Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten.

### **Artikel 2**

#### **Der Begriff „Diskriminierung“**

(1) Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet „Gleichbehandlungsgrundsatz“, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe geben darf.

(2) Im Sinne des Absatzes 1

a) liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde;

b) liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn:

i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, oder

ii) der Arbeitgeber oder jede Person oder Organisation, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, ist im Falle von Personen mit einer bestimmten Behinderung aufgrund des einzelstaatlichen Rechts verpflichtet, geeignete Maßnahmen entsprechend den in Artikel 5 enthaltenen Grundsätzen vorzusehen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen.

(3) Unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem der Gründe nach Artikel 1 in Zusammenhang stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird, sind Belästigungen, die als Diskriminierung im Sinne von Absatz 1 gelten. In diesem Zusammenhang können die Mitgliedstaaten den Begriff „Belästigung“ im Einklang mit den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten definieren.

(4) Die Anweisung zur Diskriminierung einer Person wegen eines der Gründe nach Artikel 1 gilt als Diskriminierung im Sinne des Absatzes 1.

(5) Diese Richtlinie berührt nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.

### **Artikel 3**

## **Geltungsbereich**

(1) Im Rahmen der auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten gilt diese Richtlinie für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf

a) die Bedingungen - einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen - für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, einschließlich des beruflichen Aufstiegs;

b) den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung, einschließlich der praktischen Berufserfahrung;

c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts;

d) die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Organisationen.

(2) Diese Richtlinie betrifft nicht unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und berührt nicht die Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Länder oder staatenlosen Personen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder deren Aufenthalt in diesem Hoheitsgebiet sowie eine Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Länder oder staatenlosen Personen ergibt.

(3) Diese Richtlinie gilt nicht für Leistungen jeder Art seitens der staatlichen Systeme oder der damit gleichgestellten Systeme einschließlich der staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit oder des sozialen Schutzes.

(4) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass diese Richtlinie hinsichtlich von Diskriminierungen wegen einer Behinderung und des Alters nicht für die Streitkräfte gilt.

## **Artikel 4**

### **Berufliche Anforderungen**

(1) Ungeachtet des Artikels 2 Absätze 1 und 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

(2) Die Mitgliedstaaten können in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beibehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften Bestimmungen vorsehen, die zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie bestehende einzelstaatliche Gepflogenheiten widerspiegeln und wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Eine solche Ungleichbehandlung muss die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund.

Sofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im übrigen eingehalten werden, können die Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, im Einklang mit den einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Rechtsvorschriften von den für sie arbeitenden Personen verlangen, dass sie

sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten.

## **Artikel 5**

### **Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung**

Um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, sind angemessene Vorkehrungen zu treffen. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird.

## **Artikel 6**

### **Gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters**

(1) Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Derartige Ungleichbehandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

- a) die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen;
- b) die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile;
- c) die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.

(2) Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten 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.

## **Artikel 7**

### **Positive und spezifische Maßnahmen**

(1) Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen wegen eines in Artikel 1 genannten Diskriminierungsgrunds verhindert oder ausgeglichen werden.

(2) Im Falle von Menschen mit Behinderung steht der Gleichbehandlungsgrundsatz weder dem Recht der Mitgliedstaaten entgegen, Bestimmungen zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz beizubehalten oder zu erlassen, noch steht er Maßnahmen entgegen,

mit denen Bestimmungen oder Vorkehrungen eingeführt oder beibehalten werden sollen, die einer Eingliederung von Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern.

## **Artikel 8**

### **Mindestanforderungen**

(1) Die Mitgliedstaaten können Vorschriften einführen oder beibehalten, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger als die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften sind.

(2) Die Umsetzung dieser Richtlinie darf keinesfalls als Rechtfertigung für eine Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten allgemeinen Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen benutzt werden.

## **KAPITEL II**

### **RECHTSBEHELFE UND RECHTSDURCHSETZUNG**

## **Artikel 9**

### **Rechtsschutz**

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass alle Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ihren Rechten für verletzt halten, ihre Ansprüche aus dieser Richtlinie auf dem Gerichts- und/oder Verwaltungsweg sowie, wenn die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, in Schlichtungsverfahren geltend machen können, selbst wenn das Verhältnis, während dessen die Diskriminierung vorgekommen sein soll, bereits beendet ist.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu sorgen, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in dieser Richtlinie zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können.

(3) Die Absätze 1 und 2 lassen einzelstaatliche Regelungen über Fristen für die Rechtsverfolgung betreffend den Gleichbehandlungsgrundsatz unberührt.

## **Artikel 10**

### **Beweislast**

(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.

(2) Absatz 1 lässt das Recht der Mitgliedstaaten, eine für den Kläger günstigere Beweislastregelung vorzusehen, unberührt.

(3) Absatz 1 gilt nicht für Strafverfahren.

(4) Die Absätze 1, 2 und 3 gelten auch für Verfahren gemäß Artikel 9 Absatz 2.

(5) Die Mitgliedstaaten können davon absehen, Absatz 1 auf Verfahren anzuwenden, in denen die Ermittlung des Sachverhalts dem Gericht oder der zuständigen Stelle obliegt.

## **Artikel 11**

### **Viktimisierung**

Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung die erforderlichen Maßnahmen, um die Arbeitnehmer vor Entlassung oder anderen Benachteiligungen durch den Arbeitgeber zu schützen, die als Reaktion auf eine Beschwerde innerhalb des betreffenden

Unternehmens oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen.

## **Artikel 12**

### **Unterrichtung**

Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass die gemäß dieser Richtlinie getroffenen Maßnahmen sowie die bereits geltenden einschlägigen Vorschriften allen Betroffenen in geeigneter Form, zum Beispiel am Arbeitsplatz, in ihrem Hoheitsgebiet bekannt gemacht werden.

## **Artikel 13**

### **Sozialer Dialog**

(1) Die Mitgliedstaaten treffen im Einklang mit den einzelstaatlichen Gepflogenheiten und Verfahren geeignete Maßnahmen zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit dem Ziel, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Überwachung der betrieblichen Praxis, durch Tarifverträge, Verhaltenskodizes, Forschungsarbeiten oder durch einen Austausch von Erfahrungen und bewährten Verfahren, voranzubringen.

(2) Soweit vereinbar mit den einzelstaatlichen Gepflogenheiten und Verfahren, fordern die Mitgliedstaaten Arbeitgeber und Arbeitnehmer ohne Eingriff in deren Autonomie auf, auf geeigneter Ebene Antidiskriminierungsvereinbarungen zu schließen, die die in Artikel 3 genannten Bereiche betreffen, soweit diese in den Verantwortungsbereich der Tarifparteien fallen. Die Vereinbarungen müssen den in dieser Richtlinie sowie den in den einschlägigen nationalen Durchführungsbestimmungen festgelegten Mindestanforderungen entsprechen.

## **Artikel 14**

### **Dialog mit Nichtregierungsorganisationen**

Die Mitgliedstaaten fördern den Dialog mit den jeweiligen Nichtregierungsorganisationen, die gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ein rechtmäßiges Interesse daran haben, sich an der Bekämpfung von Diskriminierung wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe zu beteiligen, um die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu fördern.

## **KAPITEL III**

### **BESONDERE BESTIMMUNGEN**

#### **Artikel 15**

##### **Nordirland**

(1) Angesichts des Problems, dass eine der wichtigsten Religionsgemeinschaften Nordirlands im dortigen Polizeidienst unterrepräsentiert ist, gilt die unterschiedliche Behandlung bei der Einstellung der Bediensteten dieses Dienstes - auch von Hilfspersonal - nicht als Diskriminierung, sofern diese unterschiedliche Behandlung gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ausdrücklich gestattet ist.

(2) Um eine Ausgewogenheit der Beschäftigungsmöglichkeiten für Lehrkräfte in Nordirland zu gewährleisten und zugleich einen Beitrag zur Überwindung der historischen Gegensätze zwischen den wichtigsten Religionsgemeinschaften Nordirlands zu leisten, finden die Bestimmungen dieser Richtlinie über Religion oder Weltanschauung keine Anwendung auf die Einstellung von Lehrkräften in Schulen Nordirlands, sofern dies gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ausdrücklich gestattet ist.

## **KAPITEL IV**

### **SCHLUSSBESTIMMUNGEN**

## **Artikel 16**

### **Einhaltung**

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass

- a) die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufen, aufgehoben werden;
- b) die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden.

## **Artikel 17**

### **Sanktionen**

Die Mitgliedstaaten legen die Sanktionen fest, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um deren Durchführung zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Mitgliedstaaten teilen diese Bestimmungen der Kommission spätestens am 2. Dezember 2003 mit und melden alle sie betreffenden späteren Änderungen unverzüglich.

## **Artikel 18**

### **Umsetzung der Richtlinie**

Die Mitgliedstaaten erlassen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie spätestens zum 2. Dezember 2003 nachzukommen, oder können den Sozialpartnern auf deren gemeinsamen Antrag die Durchführung der Bestimmungen dieser Richtlinie übertragen, die in den Anwendungsbereich von Tarifverträgen fallen. In diesem Fall gewährleisten die Mitgliedstaaten, dass die Sozialpartner spätestens zum 2. Dezember 2003 im Weg einer Vereinbarung die erforderlichen Maßnahmen getroffen haben; dabei haben die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um jederzeit gewährleisten zu können, dass die durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse erzielt werden. Sie setzen die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis.

Um besonderen Bedingungen Rechnung zu tragen, können die Mitgliedstaaten erforderlichenfalls eine Zusatzfrist von drei Jahren ab dem 2. Dezember 2003, d. h. insgesamt sechs Jahre, in Anspruch nehmen, um die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Diskriminierung wegen des Alters und einer Behinderung umzusetzen. In diesem Fall setzen sie die Kommission unverzüglich davon in Kenntnis. Ein Mitgliedstaat, der die Inanspruchnahme dieser Zusatzfrist beschließt, erstattet der Kommission jährlich Bericht über die von ihm ergriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen des Alters und einer Behinderung und über die Fortschritte, die bei der Umsetzung der Richtlinie erzielt werden konnten. Die Kommission erstattet dem Rat jährlich Bericht.

Wenn die Mitgliedstaaten derartige Vorschriften erlassen, nehmen sie in den Vorschriften selbst oder durch einen Hinweis bei der amtlichen Veröffentlichung auf diese Richtlinie Bezug. Die Mitgliedstaaten regeln die Einzelheiten der Bezugnahme.

## **Artikel 19**

### **Bericht**

- (1) Bis zum 2. Dezember 2005 und in der Folge alle fünf Jahre übermitteln die Mitgliedstaaten der Kommission sämtliche Informationen, die diese für die Erstellung eines dem Europäischen Parlament und dem Rat vorzulegenden Berichts über die Anwendung dieser Richtlinie benötigt.
- (2) Die Kommission berücksichtigt in ihrem Bericht in angemessener Weise die Standpunkte der Sozialpartner und der einschlägigen Nichtregierungsorganisationen. Im Einklang mit dem

Grundsatz der systematischen Berücksichtigung geschlechterspezifischer Fragen wird ferner in dem Bericht die Auswirkung der Maßnahmen auf Frauen und Männer bewertet. Unter Berücksichtigung der übermittelten Informationen enthält der Bericht erforderlichenfalls auch Vorschläge für eine Änderung und Aktualisierung dieser Richtlinie.

#### **Artikel 20**

##### **Inkrafttreten**

Diese Richtlinie tritt am Tag ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften in Kraft.

#### **Artikel 21**

##### **Adressaten**

Diese Richtlinie ist an die Mitgliedstaaten gerichtet.

Geschehen zu Brüssel am 27. November 2000.

Im Namen des Rates

Der Präsident

É. Guigou

(1) ABl. C 177 E vom 27.6.2000, S. 42.

(2) Stellungnahme vom 12. Oktober 2000 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

(3) ABl. C 204 vom 18.7.2000, S. 82.

(4) ABl. C 226 vom 8.8.2000, S. 1.

(5) ABl. L 39 vom 14.2.1976, S. 40.

(6) ABl. L 180 vom 19.7.2000, S. 22.

(7) ABl. L 225 vom 12.8.1986, S. 43.

(8) ABl. C 186 vom 2.7.1999, S. 3.

### III. US-Recht

#### The Age Discrimination in Employment Act of 1967

##### **SEC. 621. Congressional statement of findings and purpose**

(a) The Congress hereby finds and declares that-

(1) in the face of rising productivity and affluence, older workers find themselves disadvantaged in their efforts to retain employment, and especially to regain employment when displaced from jobs;

(2) the setting of arbitrary age limits regardless of potential for job performance has become a common practice, and certain otherwise desirable practices may work to the disadvantage of older persons;

(3) the incidence of unemployment, especially long-term unemployment with resultant deterioration of skill, morale, and employer acceptability is, relative to the younger ages, high among older workers; their numbers are great and growing; and their employment problems grave;

(4) the existence in industries affecting commerce, of arbitrary discrimination in employment because of age, burdens commerce and the free flow of goods in commerce.

(b) It is therefore the purpose of this chapter to promote employment of older persons based on their ability rather than age; to prohibit arbitrary age discrimination in employment; to help employers and workers find ways of meeting problems arising from the impact of age on employment.

##### **SEC. 622. EDUCATION AND RESEARCH PROGRAM**

(a) The Secretary of Labor [*EEOC*] shall undertake studies and provide information to labor unions, management, and the general public concerning the needs and abilities of older workers, and their potentials for continued employment and contribution to the economy. In order to achieve the purposes of this chapter, the Secretary of Labor [*EEOC*] shall carry on a continuing program of education and information, under which he may, among other measures-

(1) undertake research, and promote research, with a view to reducing barriers to the employment of older persons, and the promotion of measures for utilizing their skills;

(2) publish and otherwise make available to employers, professional societies, the various media of communication, and other interested persons the findings of studies and other materials for the promotion of employment;

(3) foster through the public employment service system and through cooperative effort the development of facilities of public and private agencies for expanding the opportunities and potentials of older persons;

(4) sponsor and assist State and community informational and educational programs.

(b) Not later than six months after the effective date of this chapter, the Secretary shall recommend to the Congress any measures he may deem desirable to change the lower or upper age limits set forth in section 631 of this title [*section 12*].

##### **SEC. 623. PROHIBITION OF AGE DISCRIMINATION**

(a) It shall be unlawful for an employer-

(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's age;

(2) to limit, segregate, or classify his employees in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's age; or

- (3) to reduce the wage rate of any employee in order to comply with this chapter.
- (b) It shall be unlawful for an employment agency to fail or refuse to refer for employment, or otherwise to discriminate against, any individual because of such individual's age, or to classify or refer for employment any individual on the basis of such individual's age.
- (c) It shall be unlawful for a labor organization-
- (1) to exclude or to expel from its membership, or otherwise to discriminate against, any individual because of his age;
  - (2) to limit, segregate, or classify its membership, or to classify or fail or refuse to refer for employment any individual, in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities, or would limit such employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee or as an applicant for employment, because of such individual's age;
  - (3) to cause or attempt to cause an employer to discriminate against an individual in violation of this section.
- (d) It shall be unlawful for an employer to discriminate against any of his employees or applicants for employment, for an employment agency to discriminate against any individual, or for a labor organization to discriminate against any member thereof or applicant for membership, because such individual, member or applicant for membership has opposed any practice made unlawful by this section, or because such individual, member or applicant for membership has made a charge, testified, assisted, or participated in any manner in an investigation, proceeding, or litigation under this chapter.
- (e) It shall be unlawful for an employer, labor organization, or employment agency to print or publish, or cause to be printed or published, any notice or advertisement relating to employment by such an employer or membership in or any classification or referral for employment by such a labor organization, or relating to any classification or referral for employment by such an employment agency, indicating any preference, limitation, specification, or discrimination, based on age.
- (f) It shall not be unlawful for an employer, employment agency, or labor organization-
- (1) to take any action otherwise prohibited under subsections (a), (b), (c), or (e) of this section where age is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of the particular business, or where the differentiation is based on reasonable factors other than age, or where such practices involve an employee in a workplace in a foreign country, and compliance with such subsections would cause such employer, or a corporation controlled by such employer, to violate the laws of the country in which such workplace is located;
  - (2) to take any action otherwise prohibited under subsection (a), (b), (c), or (e) of this section-
    - (A) to observe the terms of a bona fide seniority system that is not intended to evade the purposes of this chapter, except that no such seniority system shall require or permit the involuntary retirement of any individual specified by section 631(a) of this title because of the age of such individual; or
    - (B) to observe the terms of a bona fide employee benefit plan-
      - (i) where, for each benefit or benefit package, the actual amount of payment made or cost incurred on behalf of an older worker is no less than that made or incurred on behalf of a younger worker, as permissible under section 1625.10, title 29, Code of Federal Regulations (as in effect on June 22, 1989); or
      - (ii) that is a voluntary early retirement incentive plan consistent with the relevant purpose or purposes of this chapter. Notwithstanding clause (i) or (ii) of subparagraph (B), no such employee benefit plan or voluntary early retirement incentive plan shall excuse the failure to hire any individual, and no such employee benefit plan shall require or permit the involuntary retirement of any individual specified by section 631(a) of this title, because of the age of such individual. An employer, employment agency, or labor organization acting under subpara-

graph (A), or under clause (i) or (ii) of subparagraph (B), shall have the burden of proving that such actions are lawful in any civil enforcement proceeding brought under this chapter; or (3) to discharge or otherwise discipline an individual for good cause.

(g) *[Repealed]*

(h) (1) If an employer controls a corporation whose place of incorporation is in a foreign country, any practice by such corporation prohibited under this section shall be presumed to be such practice by such employer.

(2) The prohibitions of this section shall not apply where the employer is a foreign person not controlled by an American employer.

(3) For the purpose of this subsection the determination of whether an employer controls a corporation shall be based upon the-

(A) interrelation of operations,

(B) common management,

(C) centralized control of labor relations, and

(D) common ownership or financial control, of the employer and the corporation.

(i) It shall not be unlawful for an employer which is a State, a political subdivision of a State, an agency or instrumentality of a State or a political subdivision of a State, or an interstate agency to fail or refuse to hire or to discharge any individual because of such individual's age if such action is taken-

(1) with respect to the employment of an individual as a firefighter or as a law enforcement officer and the individual has attained the age of hiring or retirement in effect under applicable State or local law on March 3, 1983, and

(2) pursuant to a bona fide hiring or retirement plan that is not a subterfuge to evade the purposes of this chapter.

(j) (1) Except as otherwise provided in this subsection, it shall be unlawful for an employer, an employment agency, a labor organization, or any combination thereof to establish or maintain an employee pension benefit plan which requires or permits-

(A) in the case of a defined benefit plan, the cessation of an employee's benefit accrual, or the reduction of the rate of an employee's benefit accrual, because of age, or

(B) in the case of a defined contribution plan, the cessation of allocations to an employee's account, or the reduction of the rate at which amounts are allocated to an employee's account, because of age.

(2) Nothing in this section shall be construed to prohibit an employer, employment agency, or labor organization from observing any provision of an employee pension benefit plan to the extent that such provision imposes (without regard to age) a limitation on the amount of benefits that the plan provides or a limitation on the number of years of service or years of participation which are taken into account for purposes of determining benefit accrual under the plan.

(3) In the case of any employee who, as of the end of any plan year under a defined benefit plan, has attained normal retirement age under such plan-

(A) if distribution of benefits under such plan with respect to such employee has commenced as of the end of such plan year, then any requirement of this subsection for continued accrual of benefits under such plan with respect to such employee during such plan year shall be treated as satisfied to the extent of the actuarial equivalent of in-service distribution of benefits, and

(B) if distribution of benefits under such plan with respect to such employee has not commenced as of the end of such year in accordance with section 1056(a)(3) of this title [*section 206(a)(3) of the Employee Retirement Income Security Act of 1974*] and section 401(a)(14)(C) of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*], and the payment of benefits under such plan with respect to such employee is not suspended during such plan year pursuant to section 1053(a)(3)(B) of this title [*section 203(a)(3)(B) of the Employee Retirement Income Security*

*Act of 1974*] or section 411(a)(3)(B) of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*], then any requirement of this subsection for continued accrual of benefits under such plan with respect to such employee during such plan year shall be treated as satisfied to the extent of any adjustment in the benefit payable under the plan during such plan year attributable to the delay in the distribution of benefits after the attainment of normal retirement age. The provisions of this paragraph shall apply in accordance with regulations of the Secretary of the Treasury. Such regulations shall provide for the application of the preceding provisions of this paragraph to all employee pension benefit plans subject to this subsection and may provide for the application of such provisions, in the case of any such employee, with respect to any period of time within a plan year.

(4) Compliance with the requirements of this subsection with respect to an employee pension benefit plan shall constitute compliance with the requirements of this section relating to benefit accrual under such plan.

(5) Paragraph (1) shall not apply with respect to any employee who is a highly compensated employee (within the meaning of section 414(q) of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*]) to the extent provided in regulations prescribed by the Secretary of the Treasury for purposes of precluding discrimination in favor of highly compensated employees within the meaning of subchapter D of chapter 1 of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*].

(6) A plan shall not be treated as failing to meet the requirements of paragraph (1) solely because the subsidized portion of any early retirement benefit is disregarded in determining benefit accruals.

(7) Any regulations prescribed by the Secretary of the Treasury pursuant to clause (v) of section 411(b)(1)(H) of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*] and subparagraphs (C) and (D) of section 411(b)(2) of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*] shall apply with respect to the requirements of this subsection in the same manner and to the same extent as such regulations apply with respect to the requirements of such sections 411(b)(1)(H) and 411(b)(2).

(8) A plan shall not be treated as failing to meet the requirements of this section solely because such plan provides a normal retirement age described in section 1002(24)(B) of this title [*section 3(24)(B) of the Employee Retirement Income Security Act of 1974*] and section 411(a)(8)(B) of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*].

(9) For purposes of this subsection-

(A) The terms “employee pension benefit plan”, “defined benefit plan”, “defined contribution plan”, and “normal retirement age” have the meanings provided such terms in section 1002 of this title [*section 3 of the Employee Retirement Income Security Act of 1974*].

(B) The term “compensation” has the meaning provided by section 414(s) of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*].

(k) A seniority system or employee benefit plan shall comply with this chapter regardless of the date of adoption of such system or plan.

(l) Notwithstanding clause (i) or (ii) of subsection (f)(2)(B) of this section-

(1) It shall not be a violation of subsection (a), (b), (c), or (e) of this section solely because-

(A) an employee pension benefit plan (as defined in section 1002(2) of this title [*section 3(2) of the Employee Retirement Income Security Act of 1974*]) provides for the attainment of a minimum age as a condition of eligibility for normal or early retirement benefits; or

(B) a defined benefit plan (as defined in section 1002(35) of this title [*section 3(35) of such Act*]) provides for-

(i) payments that constitute the subsidized portion of an early retirement benefit; or

(ii) social security supplements for plan participants that commence before the age and terminate at the age (specified by the plan) when participants are eligible to receive reduced or unreduced old-age insurance benefits under title II of the Social Security Act (42 U.S.C. 401 et seq.), and that do not exceed such old-age insurance benefits.

(2) (A) It shall not be a violation of subsection (a), (b), (c), or (e) of this section solely because following a contingent event unrelated to age

(i) the value of any retiree health benefits received by an individual eligible for an immediate pension;

(ii) the value of any additional pension benefits that are made available solely as a result of the contingent event unrelated to age and following which the individual is eligible for not less than an immediate and unreduced pension; or

(iii) the values described in both clauses (i) and (ii); are deducted from severance pay made available as a result of the contingent event unrelated to age.

(B) For an individual who receives immediate pension benefits that are actuarially reduced under subparagraph (A)(i), the amount of the deduction available pursuant to subparagraph (A)(i) shall be reduced by the same percentage as the reduction in the pension benefits.

(C) For purposes of this paragraph, severance pay shall include that portion of supplemental unemployment compensation benefits (as described in section 501(c)(17) of title 26 [*the Internal Revenue Code of 1986*]) that-

(i) constitutes additional benefits of up to 52 weeks;

(ii) has the primary purpose and effect of continuing benefits until an individual becomes eligible for an immediate and unreduced pension; and

(iii) is discontinued once the individual becomes eligible for an immediate and unreduced pension.

(D) For purposes of this paragraph and solely in order to make the deduction authorized under this paragraph, the term "retiree health benefits" means benefits provided pursuant to a group health plan covering retirees, for which (determined as of the contingent event unrelated to age)-

(i) the package of benefits provided by the employer for the retirees who are below age 65 is at least comparable to benefits provided under title XVIII of the Social Security Act (42 U.S.C. 1395 et seq.);

(ii) the package of benefits provided by the employer for the retirees who are age 65 and above is at least comparable to that offered under a plan that provides a benefit package with one-fourth the value of benefits provided under title XVIII of such Act; or

(iii) the package of benefits provided by the employer is as described in clauses (i) and (ii).

(E) (i) If the obligation of the employer to provide retiree health benefits is of limited duration, the value for each individual shall be calculated at a rate of \$3,000 per year for benefit years before age 65, and \$750 per year for benefit years beginning at age 65 and above.

(ii) If the obligation of the employer to provide retiree health benefits is of unlimited duration, the value for each individual shall be calculated at a rate of \$48,000 for individuals below age 65, and \$24,000 for individuals age 65 and above.

(iii) The values described in clauses (i) and (ii) shall be calculated based on the age of the individual as of the date of the contingent event unrelated to age. The values are effective on October 16, 1990, and shall be adjusted on an annual basis, with respect to a contingent event that occurs subsequent to the first year after October 16, 1990, based on the medical component of the Consumer Price Index for all-urban consumers published by the Department of Labor.

(iv) If an individual is required to pay a premium for retiree health benefits, the value calculated pursuant to this subparagraph shall be reduced by whatever percentage of the overall premium the individual is required to pay.

(F) If an employer that has implemented a deduction pursuant to subparagraph (A) fails to fulfill the obligation described in subparagraph (E), any aggrieved individual may bring an action for specific performance of the obligation described in subparagraph (E). The relief shall be in addition to any other remedies provided under Federal or State law.

(3) It shall not be a violation of subsection (a), (b), (c), or (e) of this section solely because an employer provides a bona fide employee benefit plan or plans under which long-term disability benefits received by an individual are reduced by any pension benefits (other than those attributable to employee contributions)-

(A) paid to the individual that the individual voluntarily elects to receive; or

(B) for which an individual who has attained the later of age 62 or normal retirement age is eligible.

#### **SEC. 624. STUDY BY SECRETARY OF LABOR**

(a) (1) The Secretary of Labor [EEOC] is directed to undertake an appropriate study of institutional and other arrangements giving rise to involuntary retirement, and report his findings and any appropriate legislative recommendations to the President and to the Congress. Such study shall include-

(A) an examination of the effect of the amendment made by section 3(a) of the Age Discrimination in Employment Act Amendments of 1978 in raising the upper age limitation established by section 631(a) of this title [section 12(a)] to 70 years of age;

(B) a determination of the feasibility of eliminating such limitation;

(C) a determination of the feasibility of raising such limitation above 70 years of age; and

(D) an examination of the effect of the exemption contained in section 631(c) of this title [section 12(c)], relating to certain executive employees, and the exemption contained in section 631(d) of this title [section 12(d)], relating to tenured teaching personnel.

(2) The Secretary [EEOC] may undertake the study required by paragraph (1) of this subsection directly or by contract or other arrangement.

(b) The report required by subsection (a) of this section shall be transmitted to the President and to the Congress as an interim report not later than January 1, 1981, and in final form not later than January 1, 1982.

#### **TRANSFER OF FUNCTIONS**

*[All functions relating to age discrimination administration and enforcement vested by Section 6 in the Secretary of Labor or the Civil Service Commission were transferred to the Equal Employment Opportunity Commission effective January 1, 1979 under the President's Reorganization Plan No. 1.]*

#### **SEC. 625. ADMINISTRATION**

The Secretary [EEOC] shall have the power-

(a) to make delegations, to appoint such agents and employees, and to pay for technical assistance on a fee for service basis, as he deems necessary to assist him in the performance of his functions under this chapter;

(b) to cooperate with regional, State, local, and other agencies, and to cooperate with and furnish technical assistance to employers, labor organizations, and employment agencies to aid in effectuating the purposes of this chapter.

#### **SEC. 626. RECORDKEEPING, INVESTIGATION, AND ENFORCEMENT**

(a) The Equal Employment Opportunity Commission shall have the power to make investigations and require the keeping of records necessary or appropriate for the administration of this chapter in accordance with the powers and procedures provided in sections 209 and 211 of this title [sections 9 and 11 of the Fair Labor Standards Act of 1938, as amended].

(b) The provisions of this chapter shall be enforced in accordance with the powers, remedies, and procedures provided in sections 211(b), 216 (except for subsection (a) thereof), and 217 of this title [sections 11(b), 16 (except for subsection (a) thereof), and 17 of the Fair Labor

*Standards Act of 1938, as amended*], and subsection (c) of this section. Any act prohibited under section 623 of this title [*section 4*] shall be deemed to be a prohibited act under section 215 of this title [*section 15 of the Fair Labor Standards Act of 1938, as amended*]. Amounts owing to a person as a result of a violation of this chapter shall be deemed to be unpaid minimum wages or unpaid overtime compensation for purposes of sections 216 and 217 of this title [*sections 16 and 17 of the Fair Labor Standards Act of 1938, as amended*]: Provided, That liquidated damages shall be payable only in cases of willful violations of this chapter. In any action brought to enforce this chapter the court shall have jurisdiction to grant such legal or equitable relief as may be appropriate to effectuate the purposes of this chapter, including without limitation judgments compelling employment, reinstatement or promotion, or enforcing the liability for amounts deemed to be unpaid minimum wages or unpaid overtime compensation under this section. Before instituting any action under this section, the Equal Employment Opportunity Commission shall attempt to eliminate the discriminatory practice or practices alleged, and to effect voluntary compliance with the requirements of this chapter through informal methods of conciliation, conference, and persuasion.

(c) (1) Any person aggrieved may bring a civil action in any court of competent jurisdiction for such legal or equitable relief as will effectuate the purposes of this chapter: Provided, That the right of any person to bring such action shall terminate upon the commencement of an action by the Equal Employment Opportunity Commission to enforce the right of such employee under this chapter.

(2) In an action brought under paragraph (1), a person shall be entitled to a trial by jury of any issue of fact in any such action for recovery of amounts owing as a result of a violation of this chapter, regardless of whether equitable relief is sought by any party in such action.

(d) No civil action may be commenced by an individual under this section until 60 days after a charge alleging unlawful discrimination has been filed with the Equal Employment Opportunity Commission. Such a charge shall be filed-

(1) within 180 days after the alleged unlawful practice occurred; or

(2) in a case to which section 633(b) of this title applies, within 300 days after the alleged unlawful practice occurred, or within 30 days after receipt by the individual of notice of termination of proceedings under State law, whichever is earlier.

Upon receiving such a charge, the Commission shall promptly notify all persons named in such charge as prospective defendants in the action and shall promptly seek to eliminate any alleged unlawful practice by informal methods of conciliation, conference, and persuasion.

(e) Section 259 of this title [*section 10 of the Portal-to-Portal Act of 1947*] shall apply to actions under this chapter. If a charge filed with the Commission under this chapter is dismissed or the proceedings of the Commission are otherwise terminated by the Commission, the Commission shall notify the person aggrieved. A civil action may be brought under this section by a person defined in section 630(a) of this title [*section 11(a)*] against the respondent named in the charge within 90 days after the date of the receipt of such notice.

(f) (1) An individual may not waive any right or claim under this chapter unless the waiver is knowing and voluntary. Except as provided in paragraph (2), a waiver may not be considered knowing and voluntary unless at a minimum-

(A) the waiver is part of an agreement between the individual and the employer that is written in a manner calculated to be understood by such individual, or by the average individual eligible to participate;

(B) the waiver specifically refers to rights or claims arising under this chapter;

(C) the individual does not waive rights or claims that may arise after the date the waiver is executed;

(D) the individual waives rights or claims only in exchange for consideration in addition to anything of value to which the individual already is entitled;

- (E) the individual is advised in writing to consult with an attorney prior to executing the agreement;
- (F) (i) the individual is given a period of at least 21 days within which to consider the agreement; or
- (ii) if a waiver is requested in connection with an exit incentive or other employment termination program offered to a group or class of employees, the individual is given a period of at least 45 days within which to consider the agreement;
- (G) the agreement provides that for a period of at least 7 days following the execution of such agreement, the individual may revoke the agreement, and the agreement shall not become effective or enforceable until the revocation period has expired;
- (H) if a waiver is requested in connection with an exit incentive or other employment termination program offered to a group or class of employees, the employer (at the commencement of the period specified in subparagraph (F)) informs the individual in writing in a manner calculated to be understood by the average individual eligible to participate, as to-
- (i) any class, unit, or group of individuals covered by such program, any eligibility factors for such program, and any time limits applicable to such program; and
- (ii) the job titles and ages of all individuals eligible or selected for the program, and the ages of all individuals in the same job classification or organizational unit who are not eligible or selected for the program.
- (2) A waiver in settlement of a charge filed with the Equal Employment Opportunity Commission, or an action filed in court by the individual or the individual's representative, alleging age discrimination of a kind prohibited under section 623 or 633a of this title [section 4 or 15] may not be considered knowing and voluntary unless at a minimum-
- (A) subparagraphs (A) through (E) of paragraph (1) have been met; and
- (B) the individual is given a reasonable period of time within which to consider the settlement agreement.
- (3) In any dispute that may arise over whether any of the requirements, conditions, and circumstances set forth in subparagraph (A), (B), (C), (D), (E), (F), (G), or (H) of paragraph (1), or subparagraph (A) or (B) of paragraph (2), have been met, the party asserting the validity of a waiver shall have the burden of proving in a court of competent jurisdiction that a waiver was knowing and voluntary pursuant to paragraph (1) or (2).
- (4) No waiver agreement may affect the Commission's rights and responsibilities to enforce this chapter. No waiver may be used to justify interfering with the protected right of an employee to file a charge or participate in an investigation or proceeding conducted by the Commission.

#### **SEC. 627. NOTICE TO BE POSTED**

Every employer, employment agency, and labor organization shall post and keep posted in conspicuous places upon its premises a notice to be prepared or approved by the Equal Employment Opportunity Commission setting forth information as the Commission deems appropriate to effectuate the purposes of this chapter.

#### **SEC. 628. RULES AND REGULATIONS**

In accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of title 5 [United States Code], the Equal Employment Opportunity Commission may issue such rules and regulations as it may consider necessary or appropriate for carrying out this chapter, and may establish such reasonable exemptions to and from any or all provisions of this chapter as it may find necessary and proper in the public interest.

#### **SEC. 629. CRIMINAL PENALTIES**

Whoever shall forcibly resist, oppose, impede, intimidate or interfere with a duly authorized representative of the Equal Employment Opportunity Commission while it is engaged in the performance of duties under this chapter shall be punished by a fine of not more than \$500 or by imprisonment for not more than one year, or by both: Provided, however, that no person shall be imprisoned under this section except when there has been a prior conviction hereunder.

### **SEC. 630. DEFINITIONS**

For the purposes of this chapter-

(a) The term "person" means one or more individuals, partnerships, associations, labor organizations, corporations, business trust, legal representatives, or any organized groups of persons.

(b) The term "employer" means a person engaged in an industry affecting commerce who has twenty or more employees for each working day in each of twenty or more calendar weeks in the current or preceding calendar year: Provided, That prior to June 30, 1968, employers having fewer than fifty employees shall not be considered employers. The term also means (1) any agent of such a person, and (2) a State or political subdivision of a State and any agency or instrumentality of a State or a political subdivision of a State, and any interstate agency, but such term does not include the United States, or a corporation wholly owned by the Government of the United States.

(c) The term „employment agency“ means any person regularly undertaking with or without compensation to procure employees for an employer and includes an agent of such a person; but shall not include an agency of the United States.

(d) The term „labor organization“ means a labor organization engaged in an industry affecting commerce, and any agent of such an organization, and includes any organization of any kind, any agency, or employee representation committee, group, association, or plan so engaged in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours, or other terms or conditions of employment, and any conference, general committee, joint or system board, or joint council so engaged which is subordinate to a national or international labor organization.

(e) A labor organization shall be deemed to be engaged in an industry affecting commerce if (1) it maintains or operates a hiring hall or hiring office which procures employees for an employer or procures for employees opportunities to work for an employer, or (2) the number of its members (or, where it is a labor organization composed of other labor organizations or their representatives, if the aggregate number of the members of such other labor organization) is fifty or more prior to July 1, 1968, or twenty-five or more on or after July 1, 1968, and such labor organization-

(1) is the certified representative of employees under the provisions of the National Labor Relations Act, as amended [29 U.S.C. 151 *et seq.*], or the Railway Labor Act, as amended [45 U.S.C. 151 *et seq.*]; or

(2) although not certified, is a national or international labor organization or a local labor organization recognized or acting as the representative of employees of an employer or employers engaged in an industry affecting commerce; or

(3) has chartered a local labor organization or subsidiary body which is representing or actively seeking to represent employees of employers within the meaning of paragraph (1) or (2); or

(4) has been chartered by a labor organization representing or actively seeking to represent employees within the meaning of paragraph (1) or (2) as the local or subordinate body through which such employees may enjoy membership or become affiliated with such labor organization; or

(5) is a conference, general committee, joint or system board, or joint council subordinate to a national or international labor organization, which includes a labor organization engaged in an industry affecting commerce within the meaning of any of the preceding paragraphs of this subsection.

(f) The term “employee” means an individual employed by any employer except that the term “employee” shall not include any person elected to public office in any State or political subdivision of any State by the qualified voters thereof, or any person chosen by such officer to be on such officer's personal staff, or an appointee on the policymaking level or an immediate adviser with respect to the exercise of the constitutional or legal powers of the office. The exemption set forth in the preceding sentence shall not include employees subject to the civil service laws of a State government, governmental agency, or political subdivision. The term „employee“ includes any individual who is a citizen of the United States employed by an employer in a workplace in a foreign country.

*[The exclusion from the term "employee" of any person chosen by an elected official "to be on such official's personal staff, or an appointee on the policymaking level or an immediate adviser with respect to the exercise of the constitutional or legal powers of the office," remains in section 11(f). However, the Civil Rights Act of 1991 now provides special procedures for such persons who feel they are victims of age and other types of discrimination prohibited by EEOC enforced statutes. See section 321 of the Civil Rights Act of 1991.]*

(g) The term “commerce” means trade, traffic, commerce, transportation, transmission, or communication among the several States; or between a State and any place outside thereof; or within the District of Columbia, or a possession of the United States; or between points in the same State but through a point outside thereof.

(h) The term „industry affecting commerce“ means any activity, business, or industry in commerce or in which a labor dispute would hinder or obstruct commerce or the free flow of commerce and includes any activity or industry „affecting commerce“ within the meaning of the Labor-Management Reporting and Disclosure Act of 1959 [29 U.S.C. 401 et seq.].

(i) The term “State” includes a State of the United States, the District of Columbia, Puerto Rico, the Virgin Islands, American Samoa, Guam, Wake Island, the Canal Zone, and Outer Continental Shelf lands defined in the Outer Continental Shelf Lands Act [43 U.S.C. 1331 et seq.].

(j) The term “firefighter” means an employee, the duties of whose position are primarily to perform work directly connected with the control and extinguishment of fires or the maintenance and use of firefighting apparatus and equipment, including an employee engaged in this activity who is transferred to a supervisory or administrative position.

(k) The term “law enforcement officer” means an employee, the duties of whose position are primarily the investigation, apprehension, or detention of individuals suspected or convicted of offenses against the criminal laws of a State, including an employee engaged in this activity who is transferred to a supervisory or administrative position. For the purpose of this subsection, “detention” includes the duties of employees assigned to guard individuals incarcerated in any penal institution.

(l) The term “compensation, terms, conditions, or privileges of employment” encompasses all employee benefits, including such benefits provided pursuant to a bona fide employee benefit plan.

## **SEC. 631. AGE LIMITATION**

(a) The prohibitions in this chapter *[except the provisions of section 4(g)]* shall be limited to individuals who are at least 40 years of age.

(b) In the case of any personnel action affecting employees or applicants for employment which is subject to the provisions of section 633a of this title *[section 15]*, the prohibitions

established in section 633a of this title [*section 15*] shall be limited to individuals who are at least 40 years of age.

(c) (1) Nothing in this chapter shall be construed to prohibit compulsory retirement of any employee who has attained 65 years of age and who, for the 2-year period immediately before retirement, is employed in a bona fide executive or a high policymaking position, if such employee is entitled to an immediate nonforfeitable annual retirement benefit from a pension, profit-sharing, savings, or deferred compensation plan, or any combination of such plans, of the employer of such employee, which equals, in the aggregate, at least \$44,000.

(2) In applying the retirement benefit test of paragraph (1) of this subsection, if any such retirement benefit is in a form other than a straight life annuity (with no ancillary benefits), or if employees contribute to any such plan or make rollover contributions, such benefit shall be adjusted in accordance with regulations prescribed by the Equal Employment Opportunity Commission, after consultation with the Secretary of the Treasury, so that the benefit is the equivalent of a straight life annuity (with no ancillary benefits) under a plan to which employees do not contribute and under which no rollover contributions are made.

(d) Nothing in this chapter shall be construed to prohibit compulsory retirement of any employee who has attained 70 years of age, and who is serving under a contract of unlimited tenure (or similar arrangement providing for unlimited tenure) at an institution of higher education (as defined by section 1141(a) of title 20 [*section 1201(a) of the Higher Education Act of 1965*]).

#### **SEC. 632. ANNUAL REPORT**

The Equal Employment Opportunity Commission shall submit annually in January a report to the Congress covering its activities for the preceding year and including such information, data and recommendations for further legislation in connection with the matters covered by this chapter as it may find advisable. Such report shall contain an evaluation and appraisal by the Commission of the effect of the minimum and maximum ages established by this chapter, together with its recommendations to the Congress. In making such evaluation and appraisal, the Commission shall take into consideration any changes which may have occurred in the general age level of the population, the effect of the chapter upon workers not covered by its provisions, and such other factors as it may deem pertinent.

#### **SEC. 633. FEDERAL-STATE RELATIONSHIP**

(a) Nothing in this chapter shall affect the jurisdiction of any agency of any State performing like functions with regard to discriminatory employment practices on account of age except that upon commencement of action under this chapter such action shall supersede any State action.

(b) In the case of an alleged unlawful practice occurring in a State which has a law prohibiting discrimination in employment because of age and establishing or authorizing a State authority to grant or seek relief from such discriminatory practice, no suit may be brought under section 626 of this title [*section 7*] before the expiration of sixty days after proceedings have been commenced under the State law, unless such proceedings have been earlier terminated: Provided, That such sixty-day period shall be extended to one hundred and twenty days during the first year after the effective date of such State law. If any requirement for the commencement of such proceedings is imposed by a State authority other than a requirement of the filing of a written and signed statement of the facts upon which the proceeding is based, the proceeding shall be deemed to have been commenced for the purposes of this subsection at the time such statement is sent by registered mail to the appropriate State authority.

#### **SEC. 633a. NONDISCRIMINATION ON ACCOUNT OF AGE IN FEDERAL GOVERNMENT EMPLOYMENT**

(a) All personnel actions affecting employees or applicants for employment who are at least 40 years of age (except personnel actions with regard to aliens employed outside the limits of the United States) in military departments as defined in section 102 of title 5 [*United States Code*], in executive agencies as defined in section 105 of title 5 [*United States Code*] (including employees and applicants for employment who are paid from nonappropriated funds), in the United States Postal Service and the Postal Rate Commission, in those units in the government of the District of Columbia having positions in the competitive service, and in those units of the legislative and judicial branches of the Federal Government having positions in the competitive service, and in the Library of Congress shall be made free from any discrimination based on age.

(b) Except as otherwise provided in this subsection, the Equal Employment Opportunity Commission is authorized to enforce the provisions of subsection (a) of this section through appropriate remedies, including reinstatement or hiring of employees with or without back-pay, as will effectuate the policies of this section. The Equal Employment Opportunity Commission shall issue such rules, regulations, orders, and instructions as it deems necessary and appropriate to carry out its responsibilities under this section. The Equal Employment Opportunity Commission shall-

(1) be responsible for the review and evaluation of the operation of all agency programs designed to carry out the policy of this section, periodically obtaining and publishing (on at least a semiannual basis) progress reports from each department, agency, or unit referred to in subsection (a) of this section;

(2) consult with and solicit the recommendations of interested individuals, groups, and organizations relating to nondiscrimination in employment on account of age; and

(3) provide for the acceptance and processing of complaints of discrimination in Federal employment on account of age.

The head of each such department, agency, or unit shall comply with such rules, regulations, orders, and instructions of the Equal Employment Opportunity Commission which shall include a provision that an employee or applicant for employment shall be notified of any final action taken on any complaint of discrimination filed by him thereunder. Reasonable exemptions to the provisions of this section may be established by the Commission but only when the Commission has established a maximum age requirement on the basis of a determination that age is a bona fide occupational qualification necessary to the performance of the duties of the position. With respect to employment in the Library of Congress, authorities granted in this subsection to the Equal Employment Opportunity Commission shall be exercised by the Librarian of Congress.

(c) Any person aggrieved may bring a civil action in any Federal district court of competent jurisdiction for such legal or equitable relief as will effectuate the purposes of this chapter.

(d) When the individual has not filed a complaint concerning age discrimination with the Commission, no civil action may be commenced by any individual under this section until the individual has given the Commission not less than thirty days' notice of an intent to file such action. Such notice shall be filed within one hundred and eighty days after the alleged unlawful practice occurred. Upon receiving a notice of intent to sue, the Commission shall promptly notify all persons named therein as prospective defendants in the action and take any appropriate action to assure the elimination of any unlawful practice.

(e) Nothing contained in this section shall relieve any Government agency or official of the responsibility to assure nondiscrimination on account of age in employment as required under any provision of Federal law.

(f) Any personnel action of any department, agency, or other entity referred to in subsection (a) of this section shall not be subject to, or affected by, any provision of this chapter, other than the provisions of section 631(b) of this title [*section 12(b)*] and the provisions of this section.

(g) (1) The Equal Employment Opportunity Commission shall undertake a study relating to the effects of the amendments made to this section by the Age Discrimination in Employment Act Amendments of 1978, and the effects of section 631(b) of this title [section 12(b)], as added by the Age Discrimination in Employment Act Amendments of 1978.

(2) The Equal Employment Opportunity Commission shall transmit a report to the President and to the Congress containing the findings of the Commission resulting from the study of the Commission under paragraph (1) of this subsection. Such report shall be transmitted no later than January 1, 1980.

#### *EFFECTIVE DATE*

*This Act shall become effective one hundred and eighty days after enactment, except (a) that the Secretary of Labor may extend the delay in effective date of any provision of this Act up to an additional ninety days thereafter if he finds that such time is necessary in permitting adjustments to the provisions hereof, and (b) that on or after the date of enactment the Secretary of Labor [EEOC] is authorized to issue such rules and regulations as may be necessary to carry out its provisions.]*

#### **SEC. 634. APPROPRIATIONS**

There are hereby authorized to be appropriated such sums as may be necessary to carry out this chapter.