

Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Altersgrenzen und die Beschäftigung von „Altersrentnern“

Professor Dr. Frank Bayreuther*

I. Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Altersgrenzen

1. Zulässigkeit von Altersgrenzen

a) Die diskriminierungsrechtliche Zulässigkeit von Altersgrenzen war nach dem Inkrafttreten des AGG heftig umstritten. Mittlerweile ist Ruhe eingekehrt: Altersgrenzen in Arbeits- und Tarifverträgen,¹ sowie in Betriebsvereinbarungen² sind diskriminierungsrechtlich zulässig, wenn sie an die Möglichkeit des Erhalts einer sozialrechtlichen Regelaltersrente anknüpfen. Das wird durch den neuen § 41 S. 3 SGB VI³ bestätigt.

Eine Vertragsklausel könnte daher lauten: „Das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, spätestens mit Ablauf des Monats, in dem der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht.“

b) Auf die Höhe bzw. Angemessenheit der Altersrente kommt es nicht an, da ausscheidenden Arbeitnehmern jedenfalls über das SGB II eine hinreichende Grundsicherung gewährt wird.⁴ Auch ist keine Voraussetzung, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder gar dem des Ausscheidens des Arbeitnehmers eine begründete Annahme dafür bestand, dass es in der betreffenden Branche bzw. für den jeweiligen Beruf einen Überhang an jungen Arbeitnehmern gibt, die ohne der Altersgrenze keinen Zugang zum Arbeitsmarkt finden würden.

Mittlerweile hat der *EuGH* auch eine recht missverständliche Passage in seinem Rosenblatt-Urteil⁵ klargestellt. In Rn. 74 ff. dieses Urteils führte der *Gerichtshof* nämlich aus, dass aus den Erläuterungen des vorlegenden Gerichts (*ArbG Hamburg*) hervorgehe, dass ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis wegen Erreichen der Altersgrenze geendet hat, in Deutschland weiterhin den Schutz gegen Diskriminierungen wegen des Alters gemäß dem AGG genieße. Dieses würde es verbieten, dass einem Altersrentner eine erneute Anstellung – sei es bei seinem früheren Arbeitgeber, sei es bei einem Dritten – aus einem Grund verweigert wird, der mit seinem Alter zusammenhängt.

Diese Passage hätte man möglicherweise so verstehen können, dass sich der Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden bei seinem alten oder einem anderen Arbeitgeber (wieder) bewerben können muss und seine Bewerbung nicht wegen seines Alters abgelehnt werden darf.⁶ Das freilich wäre fast sinnwidrig gewesen. Ein derartiger Wiedereinstellungsanspruch würde nämlich Altersgrenzen weithin entwerten, weil sie dann nur noch greifen würden, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich nicht mehr weiter arbeiten will oder der Arbeitgeber aus altersunabhängigen Gründen berechtigt ist, dessen Wiederbewerbung abzulehnen. Letzteres dürfte schwierig werden, da der bei ihm über lange Zeit tätige Arbeitnehmer meist wohl qualifizierter sein wird, als ein mit ihm konkurrierender Berufseinsteiger. Und selbst wenn man dem Arbeitgeber gestatten würde, sich damit zu verteidigen, dass der Betrieb auf den Erhalt einer angemessenen Altersstruktur angewiesen ist, bedarf es nicht viel Phantasie, um sich vorzustellen, zu welcher großen Rechtsunsicherheit das geführt hätte.

So ist sehr zu begrüßen, dass der *EuGH* im Urteil Hörnfeldt⁷ diese missverständliche Formulierung klargestellt hat. Erforderlich ist lediglich, dass das nationale Recht es dem Arbeitnehmer ermöglichen muss, auch nach seinem Ausscheiden noch um ein Arbeitsverhältnis nachzusuchen.⁸ Die Mitgliedstaaten dürfen also keine absoluten Altersgrenzen vorgeben, die dem Arbeitnehmer die weitere Berufsausübung unmöglich machen. Doch sind Arbeitgeber mitnichten gezwungen, rentenberechtigten Arbeitnehmern in diskriminierungsfreier Auswahl die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anzubieten. Folglich können auch „fremde“ Arbeitgeber die Bewerbung eines bei einem anderen Unternehmen ausgeschiedenen Arbeitnehmers mit der Begründung ablehnen, dass dieser eine in ihrem Betrieb geltende Altersgrenze überschritten hat. Das muss schon deshalb so sein, weil es andernfalls nicht nur zu einer Ungleichbehandlung von „eigenen“ und fremden Bewerbern kommen würde, sondern möglicherweise auch zu bizarren Personalrochaden von Altersrentnern zwischen unterschiedlichen Arbeitgebern.

c) Rechtstechnisch stellt eine Altersgrenze eine Befristung des Arbeitsverhältnisses im Sinne des TzBfG dar.

Insoweit gilt zunächst: Ist die Klausel diskriminierungsrechtlich wirksam, ist damit auch die mit ihr verbundene Befristung des Arbeitsvertrags iSd § 14 I TzBfG sachlich gerechtfertigt. Augenmerk verdient freilich noch die Regelung des § 15 III TzBfG. Obwohl sie von ihrem Wortlaut her anwendbar wäre, passt sie auf die vorliegende Konstellation schlicht nicht und ist teleologisch zu reduzieren. Andernfalls wären alle Arbeitnehmer, die einer Altersregelung unterliegen, ordentlich nicht unkündbar. Dessen ungeachtet sollten Arbeitgeber, die auf Nummer sicher gehen wollen, die in Nr. I.1.1. vorgestellte Klausel wie folgt ergänzen: „*Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Nr. X ist unter Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften ordentlich kündbar.*“ Auch dürfte genügen, wenn sich die ordentliche Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses aus anderen Regelungen des Arbeits- oder Tarifvertrags ergibt, etwa in dem dieser Kündigungsfristen vorgibt.

2. Vorgezogene Altersgrenzen

Das Arbeitsverhältnis darf nicht bereits dann enden, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit zum Bezug einer vorgezogenen Altersrente (o.Ä.) hat. Dies gilt selbst für den Fall, dass es sich dabei um eine abschlagsfreie Rente handelt (also zB für die Rente für besonders langjährig Versicherte [so genannte „Rente mit 63“], s. § 236 b SGB VI). Andere Grundsätze können sich allerdings für die volle Erwerbsminderungsrente ergeben. Zu den Konsequenzen anderslautender Vereinbarungen: I. 3 b).

Das ergibt sich daraus, dass der *EuGH* in fast allen Entscheidungen über die Zulässigkeit von Altersgrenzen und noch mehr in denen zum Ausschluss rentennaher Arbeitnehmer aus einem Sozialplan⁹ ausdrücklich, oder zumindest erkennbar, auf die Möglichkeit des Bezugs einer sozialversicherungsrechtlichen Regelrente abstellt. Auch wäre es unverhältnismäßig, wenn nicht gar widersprüchlich, wenn man Arbeitnehmern, die besonders lange beschäftigt sind, die Chance nimmt, bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze noch weitere Rentenpunkte hinzu zu verdienen. Dass sie wegen der Differenz zwischen ihrem Gehalt und der vorgezogenen Rente bis zum Regelrentenalter auch noch deutliche Verdiensteinbußen hinnehmen müssten, käme hinzu. Und erst recht problematisch wäre eine verfrühte Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn die vorgezogene Rente gar noch mit Abschlägen verbunden wäre. Sollte von der Klausel auch die Altersrente für schwerbehinderte Menschen¹⁰ mitumfasst sein, käme noch eine Benachteiligung behinderter Arbeitnehmer hinzu.¹¹

3. Vertragsauslegung

a) Klauseln, die ein beziffertes Alter nennen und dabei auf einen früheren Verrentungszeitpunkt abstellen, als denjenigen, der jeweils nach dem SGB VI aktuell ist (Beispiel: „... endet mit Erreichen

des 65. Lebensjahres ...“), können nach §§ 133, 157 BGB in aller Regel so ausgelegt werden, dass sie den in Nr. 1.1. dargestellten Anforderungen entsprechen.¹² Das gilt jedenfalls für Altklauseln, die vor dem Inkrafttreten des AGG vereinbart wurden. Neue Arbeitsverträge sollten indes unter Beachtung der oben skizzierten Grundsätze formuliert werden.

b) Stellt die Klausel schlicht auf die Möglichkeit zum Erhalt einer „Altersrente“ ab, ist sie im Regelfall korrigierend dahingehend auszulegen, dass das Arbeitsverhältnis erst dann enden soll, wenn dem Arbeitnehmer eine abschlagsfreie *Regelaltersrente* zusteht. Allenfalls mag man ein Abstellen auf eine vorgezogene Rente für den Fall zulassen, dass der Arbeitnehmer diese tatsächlich in Anspruch nimmt (s. o. I. 2). Allerdings als problematisch erweist sich ein expliziter Bezug auf eine vorgezogene Altersrente aus AGB-rechtlichen Gründen (§§ 305 b, 307 I und II BGB), denn hier wird dem Arbeitnehmer zu einem verfrühten Zeitpunkt positiv suggeriert, dass sein Arbeitsverhältnis bereits geendet hätte.

c) Bestimmt die Klausel eine „*abschlagsfreie Altersrente*“ zum Beendigungszeitpunkt, geht das zwar in Ordnung. Entgegen ihres Wortlauts erfasst die Regelung aber nicht die Rente für besonders langjährig Versicherte nach § 236 b SGB VI, weil es sich dabei um keine *Regelaltersrente* handelt.

d) § 41 S. 2 SGB VI ist europarechtswidrig, zumindest aber obsolet. Die Regelung sollte aus dem Gesetz gestrichen werden.

4. Besondere Sachkonstellationen

a) Noch nicht abschließend geklärt ist die Beendigung von Arbeits- bzw. Dienstverhältnissen von Arbeit- bzw. Dienstnehmern, die nicht in die gesetzliche Rentenversicherung einbezogen sind. Diese unterfallen natürlich ebenfalls dem Anwendungsbereich des AGG (§ 6 I Nr. 1, III AGG)¹³ und, soweit sie Arbeitnehmer sind, auch dem TzBfG. Insbesondere der Entscheidung des *EuGH* in Sachen *Hörnfeldt*¹⁴ ist eine gewisse Tendenz dahingehend zu entnehmen, dass jedenfalls eine Vertragsbeendigung mit Erreichen des 67. Lebensjahres zulässig ist. Beendigungsklauseln, die auf einen früheren Zeitpunkt abstellen, sind zumindest gefährdet.

b) Rigorose Altersgrenzen existieren in zwei Formen: (1.) Sie benennen für die Beendigung des Vertragsverhältnisses ein festes Alter, das unter dem gesetzlichen Rentenalter liegt. (2.) Sie untersagen als staatliche Vorschrift die Ausübung eines bestimmten Berufs mit Erreichen eines bestimmten Alters. Zu beiden Regelungstypen existiert mittlerweile eine vielfältige Rechtsprechung des *EuGH*, *BVerfG*, *BGH* und *BAG*.¹⁵ Da sie in der Privatwirtschaft allerdings kaum eine Rolle spielen, soll auf sie hier nicht näher eingegangen werden.

II. Beschäftigung von „Altersrentnern“

1. Allgemeines Befristungsrecht

a) Arbeitgeber sollten Arbeitnehmer nach Erreichen der Altersgrenze keinesfalls ohne weitere Vereinbarung erst einmal weiter arbeiten lassen. Da es sich bei der Altersgrenze um eine Befristung handelt (s. o. I. 3), gilt § 15 V TzBfG: Ist die Altersgrenze „verbraucht“, entsteht unwiderruflich ein unbefristetes Vertragsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis kann nunmehr nur durch Aufhebungsvertrag, Kündigung oder den Tod des Arbeitnehmers (§ 613 BGB) enden.

Bei dieser Gelegenheit: In Zusammenhang mit der befristeten Fortbeschäftigung von ausscheidenden Arbeitnehmern sind immer wieder Versäumnisse bei der Beachtung der Schriftform des § 14 IV TzBfG zu beachten. Daher sei an dieser Stelle einmal wieder daran erinnert, dass es zur Wahrung der

Schriftform der Unterschrift beider Vertragsparteien auf ein- und derselben Vertragsurkunde über die Befristung bedarf (§ 126 II 1 BGB; Erleichterung allenfalls über § 126 II 2 BGB!).

b) Das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern, die bis zu ihrer Verrentung bei einem anderen Arbeitgeber tätig waren, kann nach § 14 II TzBfG zwei Jahre auch ohne Vorliegen eines Sachgrundes befristet werden. Für „eigene“ Arbeitnehmer kann wegen des Anschlussverbots des § 14 II 2 TzBfG kein Gebrauch von § 14 II 1 TzBfG gemacht werden. Anderes soll nach der Rechtsprechung des BAG allerdings dann gelten, wenn der letzte Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer schon länger als drei Jahre zurückliegt.¹⁶ Doch Vorsicht: Diese Rechtsprechung ist in der Literatur¹⁷ massiv angegriffen worden und derzeit mit mehreren Verfahren beim BVerfG anhängig.¹⁸ Sie ist daher nicht verlässlich. Sie ist für den Arbeitgeber hier aber auch kaum hilfreich, weil der Arbeitnehmer nach dem Betriebsaustritt drei Jahre lang „pausieren“ oder zumindest in den letzten drei Jahren vor seiner Anstellung bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt gewesen sein müsste (beachte zu Letzterem: keine Umgehungsgestaltungen im Konzern!¹⁹).

c) Eine Befristung des Arbeitsverhältnisses von Altersrentnern nach § 14 III TzBfG scheitert. Zwar sind die betreffenden Arbeitnehmer notwendigerweise älter als 52 Jahre. Auch hat das BAG²⁰ die Europarechtskonformität dieser Regelung „bestätigt“.²¹

Voraussetzung für eine derartige Befristung wäre aber, dass der Arbeitnehmer vor Vertragsschluss vier Monate beschäftigungslos iSd § 138 SGB II war. Das ist naturgemäß nicht der Fall, wenn er direkt aus dem „regulären“ Arbeitsverhältnis in eine Rentnerbeschäftigung übernommen wird. Selbst aber, wenn der Altersrentner nach seinem Ausscheiden erst einmal in eine viermonatige Karenz tritt – in dieser Zeit also auch für kein anderes Unternehmen arbeitet – ist dieses Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt. Rentner sind nicht beschäftigungslos, weil sie dem Arbeitsmarkt nicht nach § 138 II Nr. 3 SGB II zur Verfügung stehen (auch arg. ex. § 118 II SGB II).²²

d) Die Befristung des Arbeitsverhältnisses eines Altersrentners kann auf sämtliche der im Katalog des § 14 I TzBfG genannten Sachgründe gestützt werden. Fällt im Betrieb vorübergehend ein Arbeitnehmer aus, steht nichts entgegen, dass dieser nach § 14 I Nr. 3 TzBfG durch einen Altersrentner vertreten wird. Auch die § 14 I Nrn. 1 und 4 TzBfG werden häufig einschlägig sein. Das ist dann der Fall, wenn Projekte oder Aufträge, die während der „aktiven“ Zeit des Arbeitnehmers bereits begonnen oder zumindest geplant waren, noch nicht abgearbeitet worden sind und der ausscheidende Arbeitnehmer an diesen beteiligt bleiben soll. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer einen Nachfolger erst einarbeiten muss.²³ In beiden Fällen kann es zwar sein, dass die grundständige Tätigkeit, die der Arbeitnehmer zu erbringen hat, nicht vorübergehender Natur ist, der Bedarf an der Arbeitsleistung als solcher ist indes nur vorübergehend. Es liegt ein Auslauffatbestand vor, der eine Befristung rechtfertigt. Zu Beweis Zwecken (Prognosenachweis) empfiehlt sich eine nachvollziehbare Dokumentation der Übergangsplanung, wie sie sich zum Verrentungszeitpunkt ergeben hat. Eines wird damit aber auch deutlich: Eine motivationslose, einfache Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers kann nicht auf § 14 I Nr. 1 TzBfG gestützt werden.

e) Nach Ansicht des BAG kann der Bezug von gesetzlicher Altersrente allein die Befristung des Arbeitsverhältnisses aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen nicht rechtfertigen.²⁴ Sie kann also nicht mit dem pauschalen Hinweis darauf begründet werden, dass es letztlich gerade im Interesse des ausscheidenden Arbeitnehmers sei, dass er noch weiter arbeiten dürfe.

In der Literatur war dies überwiegend anders vertreten worden.²⁵

Die Zulassung einer Altersbefristung könnte gut dazu beitragen, für Altersrentner eine realistische Chance auf Fortbeschäftigung zu schaffen. Überhaupt geht es vorliegend weniger darum, zu verhindern, dass der Arbeitnehmer von unbefristeten Arbeitsverhältnissen ausgeschlossen bleibt.

Wenn er hier überhaupt Schutz bedarf, dann davor, dass sein Arbeitsverhältnis häufig und unangemessen kurz verlängert wird. Maßgeblich für die Beurteilung, ob das der Fall ist, sollte dabei das Alter des Arbeitnehmers, die Art des Betriebs und der zu bewältigenden Aufgaben sein, die im Betrieb vorzufindende Altersstruktur sowie die Situation auf dem konkreten Arbeitsmarkt. Faustformelartig ließe sich vielleicht überlegen, dass eine „Erstbefristung“ nach Erreichen der Altersgrenze von zwei Jahren oder mehr in jedem Fall in Ordnung geht, während eine solche von unter sechs Monaten stets der Rechtfertigung durch einen „normalen“ Befristungsgrund bedarf.

Umgekehrt lässt sich die Sichtweise des BAG gerade mit der Zulassung von Altersgrenzen durch den EuGH stützen. Immer wieder hat der EuGH darauf gedrungen, dass Altersgrenzen in sich schlüssig sind und widerspruchsfrei gehandhabt werden. Gut aufzeigen lässt sich das am Beispiel der (früheren) automatischen Beendigung der Kassenzulassung für Ärzte (§ 95 VII 2 SGB V aF).²⁶ Auch insoweit hält es der EuGH – im Ansatz – für gut vorstellbar, dass die Mitgliedstaaten eine Altersgrenze festlegen, um die Gesundheit der Patienten zu schützen. Überdies tritt der EuGH, auch was die Festlegung der Altersgrenze betrifft, der nationalen Judikatur bei: Ein Alter von 68 Jahren kann als hinreichend weit fortgeschritten betrachtet werden, um als Endpunkt der Zulassung als Arzt zu dienen. Während sich das BVerfG und das BSG²⁷ damit aber bereits zufrieden gaben („unbedenkliche gesetzgeberische Gesamtabwägung“²⁸), bohrt der EuGH nach und fragt genau nach der Kohärenz der einschlägigen Regelung. Und insoweit drängt sich natürlich geradezu die Frage auf, warum Ärzte nach Erreichen der Altersgrenze denn dann noch Privatpatienten behandeln dürfen.²⁹ Das BVerfG streift diese Frage nur kurz und verweist insoweit darauf, dass die gesetzlich Versicherten anders als privat versicherte Patienten auf Grund des Sachleistungsprinzips nur Anspruch auf Behandlung durch einen Vertragsarzt hätten. Im Gegenteil: Das Gericht zieht die Behandlungsmöglichkeit von Privatpatienten sogar als Beleg für die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme heran, könne der Vertragsarzt doch auch nach Vollendung des 68. Lebensjahres durch eine privatärztliche Tätigkeit Einkünfte erzielen. Dass das kaum zu überzeugen vermag, liegt auf der Hand und zu Recht hat der EuGH daher entschieden, dass sich die Vorschrift nicht unter Verweis auf den Gesundheitsschutz der Allgemeinheit rechtfertigen lässt.³⁰

Entsprechend gilt es zu bedenken, dass eine zu großzügige Zulassung von Altersbefristungen die Zulässigkeit von Altersgrenzen wieder in Frage stellen könnte. Doch möchte ich die damit verbundenen Bedenken relativieren. In fast allen einschlägigen Entscheidungen des EuGH, in denen dieser die fehlende Kohärenz einer Altersgrenze bemängelt, geht es um rigorose bzw. absolute Altersgrenzen (I. 4 a), also solche, die dem Arbeitnehmer abschließend jede berufliche Betätigung untersagen. Hier steht indes eine beschäftigungs- bzw. sozialpolitisch motivierte Altersgrenze zur Diskussion, die sich am Renteneintrittsalter festmacht. Und für eine solche hat der EuGH in Sachen Hörnfeldt ausdrücklich entschieden, dass Altersgrenzen „die Voraussetzungen vorgeben, unter denen ein Arbeitgeber vom Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters abweichen kann“.³¹ Wenn es dem Arbeitgeber freisteht, selbst ein seit Jahrzehnten bestehendes Arbeitsverhältnis ohne jede Rücksicht auf irgendeinen arbeitsrechtlichen Bestandsschutz „für immer“ aufzulösen, wäre es widersprüchlich, wenn er sich nicht entscheiden dürfte, den Arbeitnehmer dessen ungeachtet zwar noch fortzubeschäftigen, dies indes nur noch auf absehbare Zeit. Andernfalls würde sich die Altersgrenze darin erschöpfen, dass sie dem Arbeitgeber die einmalige Möglichkeit bietet, das Arbeitsverhältnis sofort zu beenden und ihm als Alternative dazu nur die eher unrealistische Option zur Hand gibt, dieses wie bisher, also samt vollständigem Kündigungsschutz, fortzuführen.

Da diese Sichtweise aber kein Gehör gefunden hat, müssen Arbeitgeber sich darauf einstellen, dass der Befristungsgrund des § 14 I Nr. 6 TzBfG in der Regel nicht greift. Denkbar ist allenfalls, dass § 14 I Nr. 6 TzBfG dann aktiviert werden kann, wenn der Arbeitnehmer explizit von sich aus nicht nur eine Fortbeschäftigung wünscht, sondern auch, dass diese lediglich befristet ausgestaltet wird. Diese Tatbestandsalternative scheidet folglich, wenn der Arbeitgeber nicht bereit wäre, den Arbeitnehmer unbefristet weiter zu beschäftigen, ihm aber als Kompromiss eine befristete Anstellung in Aussicht

stellt. In diesem Fall entspricht die rechtlich allein entscheidende Tatsache der Befristung nämlich nicht mehr dem eigenen Wunsch des Arbeitnehmers.

2. Befristung nach § 41 S. 3 SGB VI

a) Sieht eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vor, können die Vertragsparteien nach § 41 S. 3 SGB VI den Beendigungszeitpunkt durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben.

Diese Regelung gibt den Parteien einen speziellen Rechtfertigungstatbestand für eine Befristung des fortzuführenden Vertrags iSd §§ 23, 14 TzBfG zur Hand. Damit finden die Regelungen des TzBfG auf diese Befristung uneingeschränkt Anwendung.³²

Allerdings ist die Europarechtskonformität der Regelung nicht unumstritten.³³ Für die Vereinbarkeit mit Art. 21 GRCh bzw. der RL 2000/78/EG spricht, dass die Regelung einem legitimen Ziel im Zusammenhang mit der Beschäftigungs- und der Arbeitsmarktpolitik dient. Die lediglich befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jenseits der Regelaltersgrenze führt grundsätzlich zu einem sachgerechten Ausgleich der Interessen der Arbeitsvertragsparteien. Im Hinblick auf das Hörnfeldt-Urteil des *EuGH*³⁴ halte ich es für unschädlich, dass die Regelung beliebig viele befristete Beschäftigungen von unbegrenzter Gesamtdauer zulassen würde. Theoretisch wäre der Gesetzgeber – im Hinblick auf § 5 der Befristungsrichtlinie (Sozialpartnervereinbarung)³⁵ – vielleicht (zu Ausschluss eines Missbrauchs) auf Nummer sicher gegangen, hätte er das Hinausschieben auf einen überschaubaren Zeitraum, von zum Beispiel fünf Jahren, beschränkt und in dieser Zeitspanne ein bestimmte Anzahl, beispielsweise fünf Verlängerungen, zugelassen. Doch welcher Arbeitnehmer wird ein Interesse haben, nach einem langen Beschäftigungsleben und fünf weiteren Jahren Arbeit als Rentner, im Alter von ungefähr 72 Jahren endlich (wieder) einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu haben? Im Übrigen gelten die in Nr. I. 2.5. getroffenen Ausführungen zur Widerspruchsfreiheit von Altersgrenzen hier entsprechend. Dennoch sollten die insoweit bestehenden Unsicherheiten in die Abwägung mit eingestellt werden, wenn ein Gebrauch der Vorschrift überlegt wird.

b) Voraussetzung für das Eingreifen des § 41 S. 3 SGB VI ist stets, dass das Arbeitsverhältnis ohne Fortsetzungsbefristung auf Grund einer – wirksamen! – Verrentungsregelung enden würde.

Die Regelung greift also nur für die Fortbeschäftigung „eigener“ Arbeitnehmer. Stellt der Arbeitgeber dagegen einen Altersrentner ein, der früher bei einem anderen Unternehmen beschäftigt war, kann dieses die Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen.

§ 41 S. 3 SGB VI greift auch dann nicht, wenn der Arbeitsvertrag keine Verrentungsregelung enthält, die Parteien aber eine Auflösungsvereinbarung abschließen und an diese eine Vertragsbefristung anhängen. Auch findet sie keine Anwendung, wenn die Parteien vereinbaren, dass das Arbeitsverhältnis in mittlerer Zukunft aufgelöst sein soll. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist ein Aufhebungsvertrag, der nicht auf die alsbaldige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist, jedenfalls dann als nachträgliche Befristung eines zunächst unbefristet abgeschlossenen Arbeitsvertrags zu qualifizieren, wenn der von den Parteien gewählte Beendigungszeitpunkt die jeweilige Kündigungsfrist um ein Vielfaches überschreitet.

c) Die Parteien sind bei der Bestimmung der Dauer der einzelnen Verlängerungsphasen frei. Allerdings können häufige und kurzfristige Verlängerungen uU missbräuchlich sein.³⁶ Nochmals sei darauf hingewiesen, dass es einer schriftlichen Verlängerungsvereinbarung bedarf, siehe § 14 IV

TzBfG (s. auch II. 1). Da die ursprüngliche Altersbefristung lediglich verlängert wird, greift nach der hier vertretenen Auffassung (I. 1 c) § 15 III TzBfG erneut nicht.³⁷

Das bisherige Arbeitsverhältnis muss noch verlängert worden sein, bevor die einschlägige Altersgrenze dieses enden lässt, spätestens also am letzten „regulären“ Arbeitstag des Arbeitnehmers. Schon am Folgetag ist ein Rückgriff auf § 41 S. 3 SGB VI nicht mehr möglich. Zudem muss sich die geplante Fortsetzung des Vertrags direkt an das auslaufende Arbeitsverhältnis anschließen.

Auch muss das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen fortgeführt werden. Der Vertrag darf anlässlich der Fortführungsvereinbarung also nicht inhaltlich verändert werden.³⁸ Eine Gegenmeinung³⁹ argumentiert, dass das Gesetz nicht vom Arbeitsvertrag, sondern vom Arbeitsverhältnis spricht. Während der Vertrag den Inhalt betreffe, spreche das Arbeitsverhältnis die formale Hülle an. Das überzeugt kaum, zumal die Gesetzesbegründung ausdrücklich davon spricht, dass die geltenden Arbeitsbedingungen von der Neuregelung unberührt bleiben.⁴⁰

Das ist für die Praxis misslich, weil viele Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine Reduzierung der Stundenzahl anstreben. Nicht selten ist der Arbeitnehmer zwar an einer Weiterarbeit interessiert, dies indes nur noch an einigen Tagen in der Woche. Insoweit hilft nur, die Arbeitsbedingungen entweder noch vor dem Eingreifen der Altersgrenze einvernehmlich zu ändern oder aber während der Laufzeit des befristeten Arbeitsvertrags die Arbeitsbedingungen anzupassen, wobei die Vertragsdauer allerdings beibehalten werden muss. Vorverträge mit dem Arbeitgeber, wonach er im Anschluss an die Befristung in eine entsprechende Änderung seines Arbeitsvertrags einwilligen wird, sind als Umgehungsgeschäft unwirksam.

3. Kündigung des unbefristet fortgeführten Arbeitsverhältnisses

a) Wird das Arbeitsverhältnis auch nach Erreichen der Regelaltersgrenze unbefristet⁴¹ fortgeführt, stellt sich die Frage, ob ein vertraglich vereinbarter Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit fortwirkt. In der Regel dürfte eine Auslegung der Kündigungsbestimmung, jedenfalls dann, wenn sie in Zusammenhang mit einer Verrentungsregel steht (etwa, weil sie in ein- und demselben Manteltarifvertrag enthalten ist), ergeben, dass der Sonderkündigungsschutz nur bis zum Erreichen der Regelaltersrente greifen soll.⁴² Eine dahingehende Klarstellung der Klausel ist dessen ungeachtet sehr empfehlenswert.⁴³

b) Eine personenbedingte Kündigung eines unbefristet beschäftigten Altersrentners ist mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Schon allgemein sind Kündigungen wegen Minderleistung⁴⁴ aber auch wegen Krankheit⁴⁵ nicht immer einfach durchzusetzen. Hier kommt aber hinzu, dass der Leistungsabfall oder erhöhte Krankheitszahlen häufig altersbedingte Gründe haben werden, was aus diskriminierungsrechtlichen Gründen möglicherweise im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Weiter sind nach der Rechtsprechung zahlreiche chronische Krankheiten als Behinderung im Sinne des AGG einzustufen.⁴⁶ Das bewirkt eine weitere Erhöhung der Anforderungen an die soziale Rechtfertigung der Kündigung. Denn dann ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit in besonderem Maße zu berücksichtigen, inwieweit das Arbeitsverhältnis durch Umgestaltungen im Betriebsablauf oder betriebliche Vorkehrungen aufrechterhalten werden könnte.⁴⁷ Dass sich die Ansicht durchsetzen wird, wonach für fortbeschäftigte Altersrentner geringere Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer Kündigung zu richten sind, als bei der Kündigung „gewöhnlicher“ Arbeitsverhältnisse,⁴⁸ erscheint eher unwahrscheinlich.

c) Sollten im Unternehmen betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden müssen, können (unbefristet) fortbeschäftigte Altersrentner das Ergebnis einer Sozialauswahl stark verschieben. Naturgemäß nehmen sie an dieser mit einem hohen Lebensalter und Betriebszugehörigkeit teil.

Möglicherweise müssten dadurch jüngere Arbeitnehmer gekündigt werden, obgleich abzusehen ist, dass der Altersrentner früher oder später ohnehin aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden wird. In der Literatur wird dafür plädiert, zumindest die wirtschaftliche Absicherung durch Rentenbezug als relevanten Faktor in die Sozialauswahl einzubeziehen.⁴⁹ Ob die Rechtsprechung sich dem anschließen wird, erscheint allerdings fraglich, da die Auswahlkriterien des § 1 III KSchG eigentlich abschließend sind.⁵⁰

4. Sonstiges

a) Beschäftigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag fort, unterliegt dies der betrieblichen Mitbestimmung nach § 99 BetrVG.⁵¹ Das dürfte auch im Fall eines Hinausschiebens nach § 41 S. 3 SGB VI gelten.

Eine Altersgrenze in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung gibt dem Betriebsrat indes keinen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 II Nr. 1 BetrVG und zwar weder bei der Fortbeschäftigung von „eigenen“ Altersrentnern, noch bei der Einstellung von „Neueinsteigern“. Die Altersrente darf, wie der *EuGH* in Rosenblatt nachdrücklich dargelegt hat, ja gerade nicht als Beschäftigungsverbot ausgelegt werden (s. o. I. 1 b). Auch kann der Betriebsrat der Einstellung nicht mit dem Argument entgegenreten, durch die Fortbeschäftigung des Arbeitnehmers würden Aufstiegs- und Veränderungschancen von anderen Arbeitnehmern des Betriebs geschmälert.⁵²

b) §§ 18 und 20 TzBfG gelten nicht. In der Folge kann der Betriebsrat die spätere unbefristete Einstellung eines anderen Arbeitnehmers nach Auslaufen der Befristung auch nicht nach § 99 II Nr. 3 Hs. 2 BetrVG verweigern.

c) Bietet der Arbeitgeber nur ausgewählten Arbeitnehmern eine Fortbeschäftigung an, kann sich die Frage auf tun, ob er derart gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt. Dagegen spricht, dass schon fraglich ist, ob der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz überhaupt eine Anspruchsgrundlage für den Abschluss eines Arbeitsvertrags sein kann. Zumindest aber ergibt sich aus diesem nach der Rechtsprechung kein Anspruch auf Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags.⁵³ Das gilt hier umso mehr, als dem Arbeitgeber – wie dargelegt – ein erhöhter Gestaltungsspielraum zusteht, was Arbeitsverträge von Arbeitnehmern betrifft, die die Regelaltersgrenze überschritten haben. Der Arbeitgeber muss also nicht darlegen, dass die Auswahlentscheidung sachlich begründet ist oder Arbeitnehmer mit einer besonders niedrigen Rentenerwartung bevorzugt. Eine Frage kann allenfalls sein, inwieweit sich diskriminierungsrechtliche Implikationen auf tun, wenn er Weiterbeschäftigungswünsche von Arbeitnehmern zurückweist, deren Leistungsfähigkeit wegen chronischer Krankheiten eingeschränkt ist (s. II. 3 b). Doch auch insoweit gilt zu beachten, dass das AGG bei der Auswahlentscheidung benachteiligten Arbeitnehmern lediglich einen Schadensersatzanspruch, indes keinen Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses, zuerkennen würde (s. § 15 VI AGG). Darüber hinaus ist der Arbeitgeber aber auch nach dem AGG nur zu einer diskriminierungsfreien Auswahlentscheidung bei Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes verpflichtet, aber nicht dazu, diskriminierungsfrei beendete Arbeitsverhältnisse fortzuführen. Auf der ganz sicheren Seite ist der Arbeitgeber, wenn er häufiger Altersrentner einstellt, aber nur, wenn Ablehnungsentscheidungen den Rechtsfertigungsanforderungen des § 8 AGG Stand halten würden.

5. Sozialrecht

Die sozialrechtlichen Implikationen der Beschäftigung von Altersrentnern können hier nur kurz und überblickshaft angerissen werden:

a) Hat der Arbeitnehmer das sozialversicherungsrechtliche Regelalter bereits erreicht, kann er unbegrenzt zur Rente hinzuverdienen: § 34 SGB VI. Erhält der Arbeitnehmer vor Erreichen der Regelaltersgrenze eine vorgezogene Altersrente (etwa auf Grund [besonders] langjähriger Versicherung, Erwerbsminderung wegen einer Schwerbehinderung oÄ), sind die gesetzlichen Hinzuverdienstgrenzen zu beachten. Diese beträgt bei Bezug einer Vollrente derzeit 450 Euro brutto im Monat (§ 34 III Nr. 1 SGB VI; sie erhöht sich, erhält der Arbeitnehmer lediglich eine Teilrente (§ 34 III Nr. 2 SGB VI), auf Grund der relativ komplizierten Berechnung ist hier aber regelmäßig eine individuelle Beratung, idealerweise durch die DRV angezeigt.

b) Was die Sozialversicherungspflicht von fortbeschäftigten Altersrentnern betrifft, werden diese zunächst einmal nicht anders behandelt als jeder andere Arbeitnehmer auch. Damit können auch sie in das Geringverdienerprivileg der §§ 7 und 8 SGB V gelangen, wenn sie nur einen Minijob ausüben. Umgekehrt erlangen sie bei Überschreiten der Jahreseinkommensgrenze Versicherungsfreiheit. Bezugspunkt ist stets der Verdienst aus der aufgenommenen Beschäftigung (also ohne Rente).

c) Für Arbeitnehmer, die die Regelaltersgrenze überschritten haben und die volle Altersrente beziehen, gilt:

aa) Diese Personen sind grundständig zur Kranken- und Pflegeversicherung beitragspflichtig: § 5 I Nr. 11 SGB V, § 20 I Nr. 11 SGB XI.⁵⁴ Erzielen sie einen Hinzuverdienst, erhöhen sich die Beitragssätze entsprechend (Bemessungsgrundlage = Rente + erzielt Entgelt). Dabei trägt der Arbeitgeber allerdings nur den Arbeitgeberanteil, der sich auf den Hinzuverdienst bezieht. Beide Parteien kommen in den Genuss des nach § 243 S. 1 und 3, § 44 II Nr. 4 SGB V ermäßigten Beitragssatzes von 14 %, da Altersrentner keinen Anspruch auf Krankengeld haben.

bb) Für fortbeschäftigte Altersrentner besteht keine Beitragspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung (§ 28 I Nr. 1 SGB III, § 5 IV SGB VI). Dessen ungeachtet hat der Arbeitgeber den Arbeitgeberanteil zu entrichten, der zu zahlen wäre, wenn der Rentner versicherungspflichtig wäre: § 346 III SGB III, § 172 I Nr. 1 SGB VI.

d) Von den in Nr. 4.3. dargestellten Grundsätzen ergeben sich teils erhebliche Abweichungen,

- –wenn der Arbeitnehmer keine oder keine vollständige Altersrente beantragt, sondern zum Erwerb weiterer Entgeltpunkte sein Einkommen ganz oder teilweise aus dem Arbeitsverhältnis bestreitet und zwar auch und gerade dann, wenn er die Regelaltersgrenze bereits überschritten hat,
- –der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze noch nicht überschritten hat, aber eine vorgezogene Voll- oder Teilrente bezieht.

Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Universität Passau.

1

EuGH, ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 = *EuZW* 2012, 794 = NJW 2012, 2499 Ls. – Hörnfeldt; *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:573 = NZA 2011, 1039 = NJW 2011, 3209 – Prigge; *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:699 = NZA 2011, 29 = NJW 2011, 42 – Georgiev; *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:601 = NZA 2010, 1167 = NJW 2010, 3767 – Rosenblatt; *EuGH*, ECLI:EU:C:2007:604 = NZA 2007, 1219 = NJW 2007, 3339 – Palacios; BAG, NZA 2012, 866; BAGE 140, 248 = NZA 2012, 575; BAG, NZA 2012, 691; BAG, NZA 2012, 271; BAGE 136, 270 = NZA 2011, 586; BAG, NZA 2010, 1248; BAGE 127, 74 = NZA 2008, 1302.

2

BAG, NZA 2013, 916.

3

Gesetz über Leistungsverbesserungen in der gesetzlichen Rentenversicherung (RV-Leistungsverbesserungsgesetz) vom 23.6.2014, BGBl. I 2014, 787, Art. 1 Nr. 1 a.

4

EuGH, ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 = *EuZW* 2012, 794 = NJW 2012, 2499 Ls. – Hörnfeldt.

5

EuGH, ECLI:EU:C:2010:601 = NZA 2010, 1167 = NJW 2010, 3767 – Rosenblatt.

6

Preis, NZA 2010, 1323 (1326 f.); *Maschmann*, EuZA 2011, 372; dagegen aber schon im Anschluss an das Urteil selbst: *Bauer/Diller*, DB 2010, 2727; *Bauer/v. Medem*, NJW 2010, 3771 (3772); *Junker*, NZA 2011, 950 (956); *Bayreuther*, NJW 2011, 19; *ders.*, NZA-Sonderbeil. 2011, 27; *Tempelmann/Stenslik*, DStR 2011, 577 (580 f.).

EuGH, ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 = EuZW 2012, 794 = NJW 2012, 2499 Ls. – Hörnfeldt.

Andere Sprachfassungen: engl. „may offer“; franz. „peut proposer“; esp. „podrá proponer“.

EuGH, ECLI:EU:C:2015:115 = NZA 2015, 473 – Ingeniørforeningen i Danmark; *EuGH*, ECLI:EU:C:2012:772 = NZA 2012, 1435 = NJW 2013, 587 = EuZW 2013, 75 = NZS 2013, 174 Ls. – Odar; *BAG*, NZA 2015, 365 = NJW 2015, 1406 Ls.; *BAGE* 137, 136 = NZA 2011, 740 = NJW 2011, 2535.

Die vormals diskutierte Frage, ob Frauen bei einem Einbezug einer Rente nach § 237 a SGB VI (Altersrente für Frauen) benachteiligt werden (*EuGH*, ECLI:EU:C:2010:703 = NZA 2010, 1401 = NJW 2011, 39 = EuZW 2011, 67 = NZS 2011, 133 Ls. – Kleist) hat sich mit dem zeitlichen Auslaufen des § 237 a SGB VI erübrigt.

EuGH, ECLI:EU:C:2012:772 = NZA 2012, 1435 = NJW 2013, 587 = EuZW 2013, 75 = NZS 2013, 174 Ls. – Odar; *BAGE* 137, 136 = NZA 2011, 740.

Parallelwertung zu: *BAG*, BB 2015, 179; *BAGE* 141, 259 = NZA-RR 2012, 433 = NZA 2012, 878 Ls.

S. nur *BGHZ* 193, 110 = NZA 2012, 797 = NJW 2012, 2346.

EuGH, ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 = EuZW 2012, 794 = NJW 2012, 2499 Ls. – Hörnfeldt.

Altersgrenze von 71 Jahren für öffentlich bestellte Sachverständige: *BVerfG*, NZA 2012, 202 = NVwZ 2012, 297 = NJW 2012, 518 Ls.; *BVerwGE* 141, 385 = NJW 2012, 1018 = DS 2012, 124; Altersgrenze von 70 Jahren für Notare: *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:508 = NVwZ 2011, 1249 = NZA 2011, 969 Ls. = NJW 2011, 2781 Ls. – Fuchs/Köhler; *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:3 = NVwZ 2010, 244 = EuZW 2010, 142 = NJW 2010, 2193 Ls. – Wolf; *BGH*, NJW-RR 2014, 631; *BGH*, DNotZ 2013, 76; Tarifliche Altersgrenzen für Piloten: *EuGH*, ECLI:EU:C:2011:573 = NZA 2011, 1039 = NJW 2011, 3209 – Prigge; absolute Altersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten: *BVerfG*, EuGRZ 2007, 231; Altersgrenze von 60 bzw. 55 Jahren für Flugbegleiter: *BAG*, NZA 2010, 1248; *BAGE* 128, 134 = NZA 2009, 378 = EuZW 2009, 312 Ls.; Altersgrenze für brandenburgische Polizeikräfte in SEK: *BVerwG*, Beschl. v. 20.2.2012 – 2 B 136/11, BeckRS 2015, 54734; Altersgrenze von 65 Jahren für berufsmäßige erste Bürgermeister und Landräte in Bayern: *BVerfG*, NVwZ 2013, 1540; *BayVerfGH*, NVwZ 2013, 792.

BAGE 139, 213 = NZA 2012, 255; *BAGE* 137, 275 = NZA 2011, 905 = NJW 2011, 2750 Ls.

Gegen das *BAG* auch: *LAG Baden-Württemberg*, ZIP 2013, 2481 (anhängig beim *BAG*: 7 AZR 896/13).

ArbG Braunschweig, Vorlagebeschl. v. 3.4.2014 – 5 Ca 463/13, BeckRS 2014, 70860, beim *BVerfG* anhängig unter Az. 1 BvL 7/14; *BAG*, Urt. v. 30.4.2014 – 7 AZN 119/14; *LAG Nürnberg*, Urt. v. 8.5.2013 – 2 Sa 501/12, BeckRS 2015, 72862; *ArbG Bamberg*, Urt. v. 10.10.2012 – 2 Ca 1097/11, gegen sämtliche Entscheidungen sind Verfassungsbeschwerden beim *BVerfG* anhängig unter Az. 1 BvR 1375/14.

BAG, NZA 2014, 840; *BAGE* 146, 371 = NZA 2014, 426; *BAGE* 145, 128 = NZA 2013, 1214 = NJW 2013, 3465; *BAG*, NZA 2011, 1147.

BAG, NJW-Spezial 2014, 659.

Beachte: Das *BAG* hält die Bestimmung aber nur insoweit für europarechtskonform und daher „gültig“, als der Arbeitgeber erstmalig von ihr Gebrauch macht (also: kein zweiter Zugriff nach erneuter viermonatiger Beschäftigungslosigkeit; maximale Befristungsdauer daher im Ergebnis: fünf Jahre).

Stoffels, Befristung und Kündigungsschutz in *Rieble/Junker/Giesen*, Arbeiten im Alter, 2013, 53 (61); *Müller*, Beschäftigung von Rentnern unter arbeits- und sozialrechtlichen Aspekten, 2015, 178 ff.; aA v. *Steinau-Steinrück/Burkard-Pötter*, NJW-Spezial 2012, 306.

EuGH, ECLI:EU:C:2011:508 = EuZW 2011, 767 = NVwZ 2011, 1249 – Fuchs/Köhler; s. auch *BAG*, NZA 2015, 1066 = NJW 2015, 2682.

BAG, NZA 2015, 1066 = NJW 2015, 2682.

ErFK/Müller-Glöge, 15. Aufl. 2015, § 14 TzBfG Rn. 56 g; *Rolfs*, TzBfG, 2002, § 14 Rn. 52; BeckOK ArbR/*Bayreuther*, Stand: 1.3.2015, § 14 Rn. 72 a ff.; *ders.*, NJW 2012, 2758; *Stoffels*, Befristung und Kündigungsschutz in *Rieble/Junker/Giesen*, Arbeiten im Alter, S. 66; *Bauer/v. Medem*, NZA 2012, 945 (951); *Sediq*, NZA 2009, 524 (526); aA: *Laux/Schlachter/Schlachter*, TzBfG, 2. Aufl. 2011, § 14 Rn. 75; *Waltermann*, SR 2014, 66 (81); *Gräf in Latzel/Chr. Picker*, Neue Arbeitswelt, 2014, 55 (66).

EuGH, ECLI:EU:C:2010:4 = NZA 2010, 155 – Petersen.

BVerfG, NZA 1998, 589 = NJW 1998, 1776. Ebenso: *BVerfG*, NZS 2002, 144 = NJW 2002, 1864; *BSGE* 83, 135 = NZS 1999, 515.

BVerfG, NZS 2002, 144 = NJW 2002, 1864.

29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54

Im Fall Petersen kam noch hinzu, dass die §§ 95 VII u. 100 I 1 SGB V idF des Gesetzes zur Änderung des Vertragsarztrechts (VÄndG) vom 22.12.2006 vorsahen, dass der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen in einem Bezirk, in dem eine ärztliche Unterversorgung eingetreten ist, die Altersgrenze aufheben kann. Auch das sprach nach Ansicht des *EuGH* gegen die Kohärenz der Regelung.

EuGH, ECLI:EU:C:2010:4 = NZA 2010, 155 – Rn. 58, 61 – Petersen.

EuGH, ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 = *EuZW* 2012, 794 Rn. 40 = *NJW* 2012, 2499 Ls. – Hörnfeldt.

Ausf. hierzu: *Giesen*, *ZfA* 2014, 217 (222).

Für europarechtskonform halten diese: BeckOK SGB VI/*Kreikebohm/Jassat*, Stand: 1.3.2015, § 41 SGB VI Rn. 6; *Klösel/Reitz*, NZA 2014, 1366 (1368); *Giesen*, *ZfA* 2014, 217 (230 ff.); *Poguntke*, NZA 2014, 1372 (1374); *Kleinebrink*, DB 2014, 1490; als ganz oder teilweise europarechtswidrig wird die Befristungsregelung bewertet von: *Erk/Rolfs*, § 41 SGB VI Rn. 22; *KassKomm/Gürtner*, 85. EL 2015, § 41 SGB VI Rn. 21; *Kramer*, *ArbRAktuell* 2015, 144 (145); *Bader*, NZA 2014, 749 (752).

EuGH, ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 = *EuZW* 2012, 794 = *NJW* 2012, 2499 Ls. – Hörnfeldt.

RL 1999/70/EG v. 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, *ABl.* 1999 L 175, 43.

BAGE 142, 308 = NZA 2012, 1351 = *NJW* 2013, 1254; *BAG*, NZA 2012, 1359.

Giesen, *ZfA* 2014, 217 (223).

So jedenfalls die Rspr. im „regulären“ Befristungsrecht: *BAG*, NZA 2008, 883 = *NJW* 2008, 2457; *BAGE* 125, 248 = NZA 2008, 701 = *NJW* 2008, 2140; *BAGE* 119, 212 = NZA 2007, 204; *BAG*, NZA 2006, 605 = *NJW* 2006, 1836 Ls.; *BAG*, NZA 2006, 154; *BAGE* 114, 146 = NZA 2005, 923 (925 f.) = *NJW* 2005, 3595.

Wie hier: *Kleinbrink*, DB 2014, 1490 (1493); *Bader*, NZA 2014, 749 (751); großzügiger: *Bauer*, NZA 2014, 889 (890); *Giesen*, *ZfA* 2014, 217 (226).

BT-Drs. 18 (11)102, 2.

Bei befristeter Fortführung ist die ordentliche Kündigung gem. § 15 III TzBfG ohnehin regelmäßig ausgeschlossen.

So bereits: *Bayreuther*, *NJW* 2012, 2758 (2759).

So etwa: § 8 II (III) MTV für die bayerische Metall- und Elektroindustrie; § 24 Nr. 4 des MTV der Metall- und Elektroindustrie in Sachsen.

S. nur: *BAG*, NZA 2009, 842; *BAGE* 125, 257 = NZA 2008, 693 = *NJW* 2008, 3019; *BAGE* 109, 87 = NZA 2004, 784 = *NJW* 2004, 2545; sowie: *Maschmann*, *NZA-Beil.* 2006, 13; *Klösel/Reitz*, NZA 2014, 1366 (1371); *Bayreuther*, *NJW* 2012, 2758 (2759); allgemein: *Hunold*, *NZA-RR* 2014, 169.

Hinzu kommt, dass im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist, inwieweit das Arbeitsverhältnis durch Umgestaltungen im Betriebsablauf oder betriebliche Vorkehrungen aufrecht erhalten werden kann, s. dazu nur *BAGE* 147, 162 = NZA 2014, 962 = *NJW* 2014, 3054; *BAG*, NZA 2006, 655 = *NJW* 2006, 2287 Ls.; auch *BAGE* 148, 16 = NZA 2014, 719 = *NJW* 2014, 2302, Anm. *Hromadka*, *RdA* 2015, 59.

EuGH, ECLI:EU:C:2014:2463 = *NJW* 2015, 391 = NZA 2015, 33 – FOA; *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:222 = NZA 2013, 553 – Ring; ähnlich bereits: *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:456 = NZA 2006, 839 = *EuZW* 2006, 472 = *NJW* 2006, 3626 Ls. – Chacon Navas; ebenso: *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372 = *NZA-RR* 2014, 289 Os. = *NJW* 2014, 1470 Ls.

Vgl. etwa: *BAGE* 148, 16 = NZA 2014, 719 = *NJW* 2014, 2302.

Stoffels, Befristung und Kündigungsschutz in *Rieble/Junker/Giesen*, *Arbeiten im Alter*, S. 70.

Stoffels, Befristung und Kündigungsschutz in *Rieble/Junker/Giesen*, *Arbeiten im Alter*, S. 71; aA *Müller*, *Beschäftigung von Rentnern im Arbeits- und Sozialrecht*, S. 291 ff.

BAGE 123, 1 = NZA 2008, 33; *BAG*, NZA 2011, 460; *BAG*, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit.

Fitting, *BetrVG*, 27. Aufl. 2014, § 99 Rn. 38 f.; aA *Stoffels*, Befristung und Kündigungsschutz in *Rieble/Junker/Giesen*, *Arbeiten im Alter*, S. 67 f.

Stoffels, Befristung und Kündigungsschutz in *Rieble/Junker/Giesen*, *Arbeiten im Alter*, S. 69.

BAGE 127, 239 = NZA 2009, 27.

Die grundständige Versicherungspflicht des Altersrentners nach § 5 I Nr. 11 SGB V, § 20 I Nr. 11 SGB XI bleibt hiervon unberührt; sie würde erst enden, wenn Rente und Hinzuverdienst zusammen die JAE-Grenze überschreiten.